

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ..... nr 4. 2004

thema 

## Justiz und Randgruppen

recht & gesellschaft

Recht auf Umweltschutz?

Land ohne Gott?

Rot wählen?

Aus Prinzip: Anti-NS!

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · Euro 9,90 · ISSN 1019-5394

 VERLAG  
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

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

Pleischl/Soyer

**Strafprozessordnung idF des Strafprozessreformgesetzes**

In-Kraft-Treten: 1. 1. 2008, Stand: 1. 7. 2004

592 Seiten, geb., 3-7046-4410-2, € 48,-

Das **Strafprozessreformgesetz** wird am 1. 1. 2008 in Kraft treten. Es **ändert das strafprozessuale Vorverfahren grundlegend**, indem es Aufgaben und Kompetenzen zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei neu verteilt und präzise bzw. genau regelt. Die gerichtliche Voruntersuchung entfällt. Die Rechte der Beschuldigten werden ebenso eingehend normiert wie jene der Opfer gerichtlich strafbarer Handlungen. Ermittlungsmaßnahmen und Beweisaufnahmen – auch bisher unregelmäßig wie z.B. Observation, verdeckte Ermittlungen und Scheingeschäft sowie Tatrekonstruktion – werden gesetzlich festgeschrieben.

Die Textausgabe enthält die **Strafprozessordnung in der Fassung dieses umfassendsten Reformgesetzes** seit ihrem Entstehungsjahr 1873. Überdies werden aus den **Materialien** (Erläuterungen zur Regierungsvorlage und Bericht des Justizausschusses) zu den jeweiligen Paragrafen jene Passagen übersichtlich – und zitierfähig – wiedergegeben, welche den **Wortlaut und die Struktur des neuen Gesetzes** erläutern. Das Werk ist daher sowohl zum Nachschlagen geeignet als auch als Lernbehelf für Studenten und Praktiker, die sich mit dem neuen Vorverfahren vertraut machen wollen.



Mayerhofer

**StPO – Strafprozessordnung**

Das österreichische Strafrecht, Zweiter Teil

5. Auflage 2004, 2 Bände, 1.452 Seiten, geb., 3-7046-4249-5, € 240,-

Das Ergebnis der Durchsicht der gesamten, auch unveröffentlichten Judikatur des Obersten Gerichtshofes sowie ausgewählter Entscheidungen der Oberlandesgerichte. Der Judikaturteil wird durch die den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalte ergänzt.

Mit Anmerkungsteil, Gesetzesmaterialien und Hinweisen auf das Schrifttum.

**Bisher erschienen:**

**Strafgesetzbuch, Erster Teil, 5., überarbeitete Auflage, 2000,**  
1.140 Seiten, gebunden, € 216,57, 3-7046-1441-6

**Nebenstrafrecht, Dritter Teil (2 Bände), 4., überarbeitete Auflage,**  
1997, 1.886 Seiten, gebunden, € 216,57, 3-7046-1068-2

**Verordnungen und Erlässe, Vierter Teil, 3., überarbeitete Auflage,**  
2003, 1.704 Seiten, 2 Mappen, Losebl., € 238,-, 3-7046-4098-0



# JUS extra

A K T U E L L – I N F O R M A T I V – K O M P A K T

**Schnupperabo um nur € 9,90**

## Inhalt

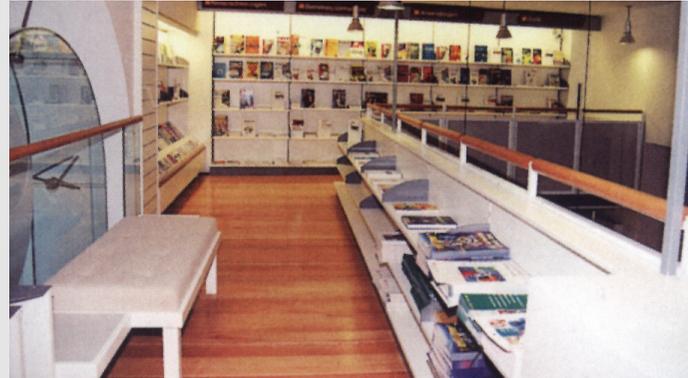
- 1/21-26 | Bundesgesetzblatt
  - 1/26 | Regierungsvorlagen
  - 1/26 | Veranstaltungen
- 2/13-18 | Verfassungsgerichtshof
  - 3/5-8 | Verwaltungsgerichtshof - A
  - 4/7-8 | Verwaltungsgerichtshof - F
  - 5/7-8 | OGH - Zivilsachen
- 6/5-10 | OGH - Strafsachen
- 7/9-12 | EuGH – Vorabentscheidungsverfahren
- 8/7-12 | Literatur





Wir freuen uns  
auf Ihren Besuch!

Die bestsortierte  
Fachbuchhandlung mit  
200 Jahren Erfahrung



#### RECHT

- Rechtsliteratur aus österreichischen und internationalen Verlagen
- Österreichische und internationale juristische Zeitschriften
- CD-ROM's (Vorführung und Tests sind jederzeit möglich)

#### STEUERN

- Nationale und Internationale Fachliteratur
- aktuelle Zeitschriften
- CD-ROM's

#### WIRTSCHAFT

- Bücher aus den Bereichen: Management und Unternehmensführung, Controlling und Finanzen, Marketing, Verkauf, u.v.m.
- diverse Ratgeber
- Fachwörterbücher

#### SERVICE

- Express-Zustellung, Wien: 3 Stunden, andere Bundesländer: 1 bis 2 Tage
- Auf Wunsch erhalten Sie alle 2 Wochen einen Newsletter über Neuerscheinungen
- Lesebereiche in angenehmer Atmosphäre (Kaffe auf Wunsch, natürlich gratis!)
- An Studenten werden Bücher, gegen Vorlage eines Studenausweises, zum Hörscheinpreis verkauft.
- Alle Bücher können auch zur Ansicht mitgenommen werden
- Stammkundenkonditionen
- Geschenkgutscheine

**Jurbooks**  
BÜCHER. RECHT. SCHNELL

Wollzeile 16, 1010 Wien  
Tel.: 01-512 48 85 • Fax: 01-512 06 63  
Mo. – Fr. 9.00–19.00 Uhr  
[www.jurbooks.at](http://www.jurbooks.at) • [order@jurbooks.at](mailto:order@jurbooks.at)

# Inhalt

## recht & gesellschaft

<b>D. Ennöckl/B. Painz</b>	Gewährt die EMRK ein Recht auf Umweltschutz? .....	<b>163</b>
<b>G. Eisenberger/E. Hödl</b>	Eine Frage der Ehre? .....	<b>170</b>
<b>Matthias C. Kettemann</b>	Land ohne Gott?.....	<b>173</b>
<b>Bernhard Perchinig</b>	Kein Wahlrecht ohne roten Pass .....	<b>178</b>

## sonderthema

<b>Klaus Zeleny</b>	Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip? (Teil 1) .....	<b>182</b>
---------------------	---	------------

## thema: justiz und randgruppen

<b>Oliver Scheiber</b>	Vorwort .....	<b>189</b>
<b>Alexia Stuefer</b>	„Gewerbsmäßigkeit“ und Untersuchungshaft bei Schwarzafrikanern .....	<b>191</b>
<b>Mira Kadric</b>	Sichtbare Gerechtigkeit in gedolmetschten Verhandlungen .....	<b>195</b>
<b>Christian Bertel</b>	Die normalen Abnormalen – zur Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB.....	<b>201</b>
<b>Karin Gutiérrez-Lobos</b>	Psychiatrische Gutachten im Spannungsfeld zwischen Medizin, Recht und Gesellschaft .....	<b>203</b>
<b>M. Kadric/O. Scheiber</b>	Ausgangspunkt Tampere: Unterwegs zum europäischen Strafprozess .....	<b>207</b>

## rubriken

<b>vor.satz</b>	<b>Ronald Faber</b> Swing it! .....	<b>162</b>
<b>nach.satz</b>	<b>Iris Kugler</b> Salzburger Nockerln.....	<b>212</b>
<b>impresum</b>	.....	<b>169</b>

# Swing it!

Ronald Faber

Wer würde bei all dem Unbill in dieser Welt der bis zum Abwinken rechtschaffenen JurstInnenseele nicht gönnen, sich nach getanem Tagwerk in die Wittmanncouch zu senken, um bei gedämpften Jazzklängen und einem (Riedel)Gläschen zur leichten *juridikum*-Lektüre zu greifen? Schwenken, riechen, kosten, degustieren Sie!

Man braucht, um mit dem Unerfreulichen zu beginnen, den obligaten Jahresrückblick gar nicht bis zum bitteren Anfang durchwürgen. Schon die letzten Highlights machen 2004 zu einem rechtsstaatlichen Jubeljahr: MenschenrechtsanwältInnen wurde im Innenministerium endlich die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle des Asylwesens von wechselnden Ressortchefs wie auf einem Basar gehandelt, die träge Konventssuppe weiter eingedickt und mit ihr die Hoffnung, dass die Verfassung aus dem traurigen Schauspiel Österreich-Konvent doch noch unbeschädigt hervorgehen könnte, während der für Demokratie an sich zuständige (eben nicht: Verfassungs-)Gesetzgeber munter das demokratische Wahlergebnis des Studierendenparlaments umschrieb.

Der JuristInnenstand hat sich dieser Entwicklung mit geballtem Standeseethos mutig in den Weg gestellt und den Markt pünktlich zur Weihnachtszeit mit einer weiteren Welle humoriger JuristInnenanekdotchen überschwemmt, von denen sich einige in weiser Selbsterkenntnis mit dem Adjektiv „*ridiculum*“ gleich selbst qualifizieren<sup>1</sup>. Dazu wurde eine Sammlung von Weintipps illustrierter VertreterInnen unseres Standes kredenzt: „Wenn’s Recht viniert. Ein Weinbuch von und für Juristen“<sup>2</sup> – heisse Kandidaten für die Liste der mostwanted-Sponsionsgeschenke.

Der moralische Tiefflug schlägt schon in der unlauteren Titelgebung durch, denn nach dem Vorjahreserfolg von „Wenn’s Recht kocht“ durfte Justizia heuer nicht in logischer Fortsetzung „trinken“ oder „saufen“, ausgerechnet „viniere“ muss sie. Das soll ihr wohl den nötigen Anstand geben, kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es alkoholmäßig nicht mehr tiefer geht. Viniere bedeutet laut Weinglossar ua, einen Grundwein mit Hochprozentigem anreichern – ein richtiger Absacker also. Wir hoffen auf Fortsetzung ähnlich frommer Wortlügen und würden das Recht beim nächsten Mal inhalieren (statt tschicken) und koi-tieren (statt ...) lassen.

Das *juridikum. zeitschrift im rechtsstaat* will dieser Entwicklung selbstverständlich um nichts nachstehen und nicht etwa mit einem Editorial über Asyl- oder Menschenrechte langweilen, sondern ein schales Häppchen aus der leidlichen Anekdotenkiste beisteuern. „Wenn’s Recht schmunzelt“, denn echter JuristInnenhumor schmunzelt, er lacht nicht, wie uns die humorigen Anekdotenbücher erklären. Was würde sich zu diesem Zweck besser eignen als ein Streiflicht auf das Prostitutionsrecht, über das es zwar reichlich Ernsthaftes zu sagen gäbe, hier aber in nahtloser Einreihung in das juristische Boulevardniveau berichtet werden soll.

Die Marktgemeinde Strasshof an der Nordbahn im gottgefälligen Niederösterreich wollte dem unmoralischen Treiben innerhalb ihrer Gemeindemauern ein Ende setzen. Sie verbot die öffentliche Anbahnung und Ausübung der Prostitution sowie die Errichtung und den Betrieb „so genannter ‚Swingerclubs‘ und sonstiger Einrichtungen, die der Anbahnung sexueller Handlungen dienen, und nicht dem NÖ Prostitutionsgesetz unterliegen“.

Prompt landete die Verordnung beim VfGH. Die Beschwerdeführerin erblickte in ihr ein nachgerade josefinistisches „Aufrißverbot“ und malte dem hohen Gericht die Schreckensvision einer gasthauslosen Marktgemeinde vor Augen: Würde man die Verordnung beim Wort nehmen, drohe „sämtlichen Gastronomiebetrieben in der Verbotszone Strafe und Schließung ...“, da es der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass angestrebtem, rechtmäßigem Kopulationsverhalten der Besuch von Gastronomiebetrieben vorangeht, insbesondere dann, wenn die künftigen Kopulanten einander erst kennenlernen wollen. Der Volksmund hat dafür den Ausdruck ‚Aufreißen‘ geprägt.“

Derart argumentativ in die Enge getrieben, rettete sich der VfGH auf den sittlich einwandfreien Boden des Prozessrechts und wies den Antrag kurzerhand zurück, weil er nicht den strengen Voraussetzungen für die Individualanfechtung von Verordnungen genüge (VfGH 6.12.2004, V 44/04). Gekonnt umschifften die RichterInnen damit einen argumentativen Notstand, denn wer mag schon von sich behaupten, noch nie rechtmäßiges Kopulationsverhalten anstrebend einen Gastronomiebetrieb besucht und dabei gar künftige Kopulanten kennengelernt zu haben?

Zu schade: Die rechtssuchende Bevölkerung muss weiter auf ein klärendes Wort des Höchstgerichts über die Zulässigkeit von Vorbereitungsaktionen zu rechtmäßigem Kopulationsverhalten warten. Die Marktgemeinde Strasshof hatte für diese Frage sogar tief in die Tasche gegriffen: Sie beantragte Kostenersatz, denn die Beiziehung eines Anwaltes war ihr „aufgrund der Komplexität der Angelegenheit“ unbedingt erforderlich erschienen.

1) *Krejci*, JuRidiculum. UniVerse von Heinz Krejci. Verlag Österreich 2004.

2) *N. Forgó* (Hrsg.), Wenn’s Recht viniert. Ein Weinbuch von und für Juristen. Manz 2004.

# Gewährt die EMRK ein Recht auf Umweltschutz?

Daniel Ennöckl/Bernhard Painz

## 1. Einleitung

Ebenso wie das österreichische Verfassungsrecht enthält auch die Europäische Konvention für Menschenrechte (EMRK) kein explizites Recht auf Natur- und Umweltschutz.<sup>1</sup> Die Konvention ist vielmehr als ein Vertrag zum Schutz des Menschen und seiner Persönlichkeit und insofern anthropozentrisch konzipiert.<sup>2</sup> Erst jüngst hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einem Verfahren, in dem sich die Bf über die Bebauung und die damit verbundene Zerstörung eines Sumpfbereiches in ihrer Nachbarschaft beschwert hatten, festgestellt, dass weder Art 8 EMRK<sup>3</sup> noch irgendeine andere Bestimmung der Konvention speziell dafür ausgerichtet seien, einen einklagbaren Anspruch auf Schutz der Umwelt zu gewähren.<sup>4</sup> Dennoch hat der EGMR in den letzten Jahren eine eigene Rsp zur Frage der Vereinbarkeit von Umweltbeeinträchtigungen durch Fluglärm, Mülldeponien, verschmutztes Trinkwasser, die Errichtung von Kernkraftwerken und die Lagerung und Versenkung von Atommüll im Meer mit den durch die Konvention geschützten Rechten entwickelt.<sup>5</sup>

## 2. Rechtsprechung des EGMR zum Umweltschutz

### 2.1 Umweltrecht und Verfahrensgarantien der Konvention

Umweltfragen können in verschiedenen Konstellationen Verfahrensgegenstand vor dem EGMR sein. Berührt das nationale Verfahren zivile Rechte oder betrifft es strafrechtliche Anklagen iSd EMRK,<sup>6</sup> kommt Art 6 zur Anwendung und sind in Folge dessen die dort gewährleisteten Verfahrensgarantien einzuhalten. Die Rsp zur Frage, in welchen Fällen umweltrechtliche Genehmigungsverfahren zivile Rechte betreffen, erweist sich allerdings als reichlich kasuistisch. So hat der Gerichtshof in zwei Fällen,<sup>7</sup> die sich gegen die Betriebsbewilligung von Atomkraftwerken richteten, die Anwendbarkeit von Art 6 verneint, da es den Bf nicht gelungen sei, glaubhaft zu machen, dass die betreffenden Kernkraftwerke eine schwerwiegende, konkrete und unmittelbare Gefährdung für ihre Gesundheit oder ihr Eigentum bedeuten. Es bestehe daher kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen den bekämpften Entscheidungen der belangten Behörden und den geltend gemachten Rechten.

Zu einem anderen Schluss kam der Gerichtshof hingegen im Fall Zander.<sup>8</sup> Hier hatten die Bf keine Beschwerdemöglichkeit vor einem Tribunal gegen

eine Betriebsbewilligung für eine benachbarte Abfallbehandlungsanlage, durch die die Wasserqualität der Brunnen der Bf gefährdet wurde. Die Wasserrechte der Bf wurden in diesem Fall als zivile Rechte qualifiziert und eine Verletzung von Art 6 festgestellt. Auch im Fall Fischer,<sup>9</sup> in dem eine wasserrechtliche Abfallablagerungsbewilligung aus Umweltschutzgründen widerrufen wurde, wurde Art 6 für anwendbar erklärt und eine Verletzung festgestellt, da dem Antrag des Bf auf eine mündliche Verhandlung vor dem VwGH nicht stattgegeben wurde.

### 2.2 Eingriffe in Konventionsrecht zum Schutz der Umwelt

Eine andere Konstellation, in der Umweltverfahren Probleme im Hinblick auf die EMRK aufwerfen können, liegt vor, wenn Maßnahmen zum Schutz der Umwelt beschränkend in Konventionsrechte eingreifen. Gem der Entscheidung im Fall Fredin,<sup>10</sup> in dem eine Betriebsbewilligung für eine Schottergrube aus Umweltschutzgründen widerrufen wurde, dürfen staatliche Umweltschutzmaßnahmen das Recht auf Eigentum gem Art 1 des 1. ZP einschränken, wenn diese gesetzlich vorgesehen, in Übereinstimmung mit dem Allgemeininteresse – also zB zum Schutz der Gesundheit und für die Erhaltung der Umwelt – erforderlich sind und die Behörden einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen der Parteien angestrebt haben. Umweltschutzmaßnahmen können dem entsprechend ein Allgemeininteresse iSv Art 1 des 1. ZP darstellen, das als Schrankenbestimmung einzelner Grundrechte in Frage kommt. Als gerechtfertigte Eingriffe aus Gründen des Umweltschutzes wertete der Gerichtshof beispielsweise Nutzungsbeschränkungen für Grundstücke, die sich in Naturschutzgebieten befanden.<sup>11</sup> Flächen-

1) *Gutknecht*, Das Prinzip Umweltschutz im Österreichischen Verfassungsrecht, in: *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte II (1992) 113, 140; *Kley-Struller*, Der Schutz der Umwelt durch die Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1995, 507 (509).

2) *Rest*, Europäischer Menschenrechtsschutz als Katalysator für ein verbessertes Umweltrecht, NuR 1997, 209 (211).

3) Im Folgenden beziehen sich Artikelangaben ohne nähere Bezeichnung auf die EMRK.

4) *Kyrtatos g Griechenland*, Nr 41666/98, 22.5.2003, vgl auch die ZulässigkeitsE X.Y. g Deutschland, Nr 7407/76, DR 5, 161; *Rayner g Vereinigtes Königreich*, Nr 9310/81, *Decisions and Reports* (DR) 47, 13.

5) Vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention (2003) § 22 Rz 13; *Meyer-Ladewig*, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grund-

freiheiten (2003) Art 8 Rz 17.

6) Zum Begriff der „civil rights“ und „criminal charge“ vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rz 4 ff, 11 ff mwN.

7) *Athanassoglou g die Schweiz*, U v 6.4.2000, Nr 27644/95; *Balmer-Schafroth g die Schweiz*, U v 26.8.1997; vgl *ecolex* 1998, 276; krit *Anm Raschauer*, RdU 1997, 64 = ÖJZ 1998, 436 = EuGRZ 1999, 183, siehe auch *Kley*, Gerichtliche Kontrolle von Atombewilligungen, EuGRZ 1999, 177.

8) *Zander g Schweden*, U v 25.10.1993; vgl EuGRZ 1995, 535.

9) *Fischer g Österreich*, U v 26.4.1995, vgl RdU 1995, 129 (*Anm Raschauer*).

10) *Fredin g Schweden*, U vom 18.2.1991, Nr 12033/86; vgl ÖJZ 1991, 514.

11) *Herrick g Vereinigtes Königreich*, ZulässigkeitsE v 1.3.1985, (DR) 42, 275; *Chapman g Das Vereinigte Königreich*, ZulässigkeitsE v 18.1.2001, Nr 27238/95.

widmungsplanänderungen<sup>12</sup> oder die Auswirkungen eines Umweltschutzprogramms für Seen- und Meeresküsten auf die Eigentumsrechte der Anwohner.<sup>13</sup>

### 2.3 Beeinträchtigungen der Umwelt als Grundrechtverletzung

Weiters können durch Umweltbelastungen Konventionsrechte verletzt werden, wenn diese von Organen des Mitgliedsstaats selbst verursacht werden oder aber die Mitgliedstaaten es verabsäumen, ausreichende Maßnahmen zu deren Schutz zu ergreifen. Die ersten Fälle, mit denen sich die Straßburger Instanzen in diesem Zusammenhang auseinander zu setzen hatten, betrafen Beschwerden über die Immissionen durch Fluglärm. In zwei Fällen<sup>14</sup> machten die Bf Lärmbelästigungen geltend, die vom Betrieb der Flughäfen Gatwick und Heathrow ausgingen und sie in ihrem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzt seien. Die Kommission erklärte die Beschwerden für zulässig und führte aus, dass „erhebliche Lärmbelästigung das physische Wohlbefinden einer Person zweifellos beeinträchtigen und damit in ihr Privatleben eingreifen kann. Sie kann auch eine Person um die Möglichkeit bringen, die Annehmlichkeiten ihrer Wohnung zu genießen.“ Zu Sachentscheidungen kam es in diesen Fällen jedoch nicht, da sich die Parteien gütlichen einigten.

Der Fall Powell und Rayner betraf Liegenschaften, die zwei Kilometer bzw mehrere Meilen vom Flughafen Heathrow entfernt waren. Diese Beschwerden wurden nach der Zulässigkeitsklärung der Kommission dem Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.<sup>15</sup> In der Zulässigkeitsentscheidung stellte die Kommission fest, dass Art 8 nicht nur durch unmittelbare Maßnahmen staatlicher Behörden verletzt werden könne, sondern die Vertragsstaaten auch verpflichtet seien, notwendige Maßnahmen zu ergreifen, um Personen von mittelbaren Einflüssen zu schützen („positive obligations“). Weiters stellte sie fest, dass eine beträchtliche Lärmbe-

lästigung zweifelsohne das körperliche Wohlbefinden einer Person beeinträchtigen und daher dem Recht auf Privatleben zuwiderlaufen und darüber hinaus auch die Annehmlichkeiten der Wohnung beeinträchtigen könne. Welches Ausmaß an Beeinträchtigung vorliegen muss, damit eine Verletzung vorliegt, entschied die Kommission jedoch nicht. Sie kam zu der Beurteilung, dass einerseits die Errichtung und der Betrieb des Flughafens auf einer gesetzlichen Basis beruhe und andererseits seine wirtschaftliche Bedeutung so groß sei, dass die Lärmbelästigung der Anrainer in jedem Fall gerechtfertigt erscheine. Darüber hinaus habe Großbritannien die international üblichen Maßnahmen zur Eindämmung des Lärms ergriffen.

Zum ebenfalls gerügten Art 1 des 1. ZP sprach die Kommission aus, dass diese Bestimmung grundsätzlich kein Recht auf friedlichen Genuss des Eigentums in intakter Umwelt gewähre. Zwar könne der Wert eines Grundstückes durch Flugzeuglärm geschmälert sein und dieses unter Umständen sogar unverkäuflich werden. Da im vorliegenden Fall jedoch keine beträchtliche Wertminderung nachgewiesen werden konnte, wurde auch die Beschwerde unter Art 1 des 1. ZP als unzulässig zurückgewiesen.

Nur hinsichtlich der Frage, die sich im Hinblick auf Art 13 stellte, nämlich, dass die Anrainer kein effektives Rechtsmittel zur Hand hatten, um sich gegen den Flugzeuglärm zur Wehr zu setzen, wurde die Beschwerde für zulässig erklärt und dem Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Nach Art 13 müssen die Vertragsstaaten für alle begründeten Ansprüche eine effektive Möglichkeit der Durchsetzung gewährleisten.<sup>16</sup> Da Art 13 jedoch nach der Rsp des EGMR keine allgemeine Rechtsschutzgarantie darstellt, sondern immer nur im Zusammenhang mit einer anderen Bestimmung der Konvention verletzt sein kann, hatte der EGMR in diesem Fall Art 13 gemeinsam mit Art 6 und 8 zu prüfen.

Der EGMR stimmte in seinem Urteil zwar der Kommission zu, dass der Flugzeuglärm die Lebensqualität und die Annehmlichkeiten der Wohnung der Beschwerdeführer beeinträchtigt hatte und bejahte daher insoweit die Anwendbarkeit des Art 8. Seiner Ansicht nach begründete das Vorbringen der Bf allerdings keinen „arguable claim“ unter Art 8 und wies daher auch diesen Teil der Beschwerde als unbegründet ab.

Das erste Mal stellte der Gerichtshof eine Verletzung von Art 8 im Zusammenhang mit einem Umweltverfahren im Fall Lopez Ostra<sup>17</sup> fest. Es handelte sich dabei um eine besonders gravierende Beeinträchtigung, die nicht nur die Wohnung, sondern auch die Gesundheit der Personen betraf. Neben dem Haus der Bf errichteten die Gerbereien der Stadt Lorca eine Abwasser- und Abfallbeseitigungsanlage. Diese verursachte gesundheitsgefährdende Immissionen in Form von üblem Geruch, Lärm und Rauch. Aufgrund dieser Gesundheitsgefährdung wurde die Bf mit ihrer Familie – drei Jahre nach Inbetriebnahme der Anlage – vorübergehend aus ihrem Haus evakuiert und ihr kostenlos eine Ersatzwohnung zur Verfügung gestellt.

Der Gerichtshof führte aus, dass starke Umweltverschmutzung das Wohlbefinden von Individuen beeinträchtigen, dem Recht auf Privatleben zuwiderlaufen und darüber hinaus die Annehmlichkeiten der Wohnung beeinträchtigen könne. Der Gerichtshof prüfte, ob die Behörden ihre positive Pflicht wahrgenommen hatten und angemessene Maßnahmen ergriffen wurden, um die Interessen der Anrainer zu wahren und das Recht der Beschwerdeführerin auf Achtung der Wohnung, des Privat- und Familienlebens unter Art 8 zu gewährleisten. Sowohl der Gerichtshof als auch die Kommission werteten den Missstand als Verletzung von Art 8 und stellten fest, dass trotz des Beurteilungsspielraums des Staates die Behörden keinen gerechten Ausgleich zwischen dem wirtschaftlichen Interesse

12) Berger und Hüttaler g Österreich, ZulässigkeitsE v. 7.4.1994, Nr 21022 und 21023/92 (Einbeziehung der ursprünglich als Bauland gewidmeten Grundstücke der Bf in einen Grüngürtel); Haider g Österreich, ZulässigkeitsE v 29.1.2004, Nr 63413/00 (Umwid-

mung des als Bauland gewidmeten Grundstücks des Bf in Freiland).

13) Uuhiniemi g Finnland, Entscheidung v 10.10.1994, Nr 21343/93.

14) Arrondelle g Das Vereinigte Königreich, ZulässigkeitsE v 15.7.1980, Nr 7889/77, DR 19, 186; Baggs g Das Ver-

einigte Königreich, ZulässigkeitsE v 16.10.1985, Nr 9310/81.

15) Powell u Rayner g Vereinigtes Königreich, ZulässigkeitsE v 17.10.1985 und 16.7.1986, Nr 9310/81; U v 21.2.1990, Nr 9310/81, ÖJZ 1990, 418.

16) Allgemein zu Art 13 siehe *Graben-*

*warter*; Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rz 110 ff.

17) Lopez Ostra g Spanien, U v 9.12.1994, EUGRZ 1995, 347 = ÖJZ 1995/24.

der Stadt Lorca und dem Interesse der Bf gefunden hatten.

Im Rahmen dieser Beschwerde rügte die Bf auch eine Verletzung von Art 3. Geltend gemacht wurde, dass sie Opfer einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung geworden sei. Dazu sprach der Gerichtshof aus, dass die Bf und ihre Familie zwar jahrelang gewiss unter sehr schwierigen Bedingungen gelebt hätten, diese aber nicht einer erniedrigenden Behandlung gem Art 3 gleichkommen könne.

Eine wichtige Weiterentwicklung erfuhr die Rsp im Fall Guerra ua.<sup>18</sup> Die Bf lebten in einer Entfernung von einem Kilometer zu einer Chemiefabrik, die als Betrieb iSd Seveso I-Richtlinie<sup>19</sup> qualifiziert wurde. Sie brachten vor, dass es die staatlichen Behörden versäumt hätten, sie über mögliche Umwelttrisiken der benachbarten, besonders gefährlichen Fabrik, zu informieren. Die Kommission stellte zunächst eine Verletzung von Art 10 fest. Sie vertrat die Ansicht, dass Art 10 die Staaten nicht nur dazu verpflichte, Informationen über umweltrelevante Sachverhalte der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, sondern auch die positive Pflicht auferlege, solche Informationen zu sammeln, aufzubereiten und zu verbreiten. Dieser weiten Auslegung des Art 10 schloss sich der Gerichtshof allerdings nicht an. Er sprach aus, dass Art 10 zwar das Recht auf Zugang zu Informationen gewähre, aus dieser Bestimmung jedoch keine positive Pflicht des Staates geschlossen werden könne, Informationen zu sammeln und zu verbreiten.

Hingegen erklärte der Gerichtshof ex officio Art 8 für anwendbar und stellte fest, dass die Gasimmissionen das Recht auf Privat- und Familienleben der Bf beeinträchtigt hatten und prüfte, ob der Staat seiner Schutzpflicht nachgekommen war. Nach seiner Ansicht hatten die Behörden es verabsäumt, Informationen zur Verfügung zu stellen, die den Anrainern ermöglicht hätten, abzuschätzen, welcher Gefahr sie sich aussetzen, indem sie weiterhin im Einzugsbereich der Chemiefabrik lebten. Genau wie im Falle Lopez Ostra kam er zu dem Ergeb-

nis, dass die Behörden ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen waren, und stellte daher eine Verletzung von Art 8 fest. Mit dieser Entscheidung anerkannte der Gerichtshof ein Recht auf Umweltinformation. Das bedeutet, dass die Staaten verpflichtet sind, Personen über Gefahren, die ihre Rechte unter Art 8 gefährden können, in Kenntnis zu setzen.

Als jüngster Fall unter Art 8, der sich mit Fluglärm befasste, ist der Fall Hatton ua zu nennen. Wie im Fall Powell und Rayner ging es um die Beeinträchtigung der Rechte der Anrainer des Flughafens Heathrow. In diesem Fall brachten die Bf vor, dass nach dem Inkraft-Treten einer neuen Regulierung des Flugverkehrs eine erhöhte Frequenz der Nachtflüge und der dadurch empfindlich gestiegene Geräuschpegel ihren Schlaf erheblich beeinträchtigt hätten und dadurch ihre Rechte nach Art 8 verletzt seien.

In seinem Urteil vom 2.10.2001<sup>20</sup> stellte der Gerichtshof noch eine Verletzung der Rechte der Bf im Hinblick auf Art 8 fest, da insb aufgrund des mangelhaften Erhebungsverfahrens der Behörden kein gerechter Ausgleich zwischen den Parteien gefunden wurde. In der Begründung dazu führte der Gerichtshof aus, dass das Ausmaß der wirtschaftlichen Bedeutung der Nachtflüge weder von der Regierung noch durch eine unabhängige Studie erhoben worden sei. Weiters seien lediglich begrenzte Recherchen auf dem Gebiet der Schlafstörungen durch (Nacht)Fluglärm angestellt worden.

Auf Antrag der britischen Regierung wurde der Fall der Großen Kammer vorgelegt. In deren Urteil vom 8.7.2003 wird abweichend von der angefochtenen Entscheidung ausgesprochen, dass den Behörden bzw Mitgliedstaaten in allgemeinpolitischen Fragestellungen (wie in Umweltfragen) ein weiter Beurteilungsspielraum zukomme. Die geltend gemachte Beeinträchtigung berühre das Privatleben der Bf nicht in einer Weise, dass die Anwendung eines besonders engen Beurteilungsspielraums gerechtfertigt werde könne. Auf der Basis dieser Feststellung wurden die Erhe-

bungen der Behörden als ausreichend und die Auswirkungen des Nachtfluglärms als nicht schwerwiegend beurteilt.<sup>21</sup>

Anders als in den bisher genannten Entscheidungen stellte der Gerichtshof – sowohl im ersten Urteil, als auch in der Großen Kammer – eine Verletzung des Art 13 fest. Art 13 gewähre zwar keine Beschwerdemöglichkeit gegen allgemeinpolitische Entscheidungen als solche. Wenn ein Bf jedoch eine argumentierbare Behauptung einer Konventionsverletzung aufstellt, müsse diesem ein effektives Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Nachdem im Urteil vom 2.10.2001 eine Verletzung von Art 8 festgestellt wurde, kam die Große Kammer nicht umhin, das Vorbringen der Bf als „*arguable claim*“ zu qualifizieren.

Im Fall Öneriyildiz<sup>22</sup> stellte der EGMR erstmals eine Verletzung von Art 2 im Zusammenhang mit einem umweltrelevanten Sachverhalt fest. Der Bf lebte mit seiner Familie in Slums neben einer Mülldeponie. Auf dieser ereignete sich eine gewaltige Methangasexplosion, bei der 90 Bewohner der angrenzenden, behördlich nicht bewilligten, aber seit Jahren geduldeten Siedlung ums Leben kamen, darunter neun Familienmitglieder des Bf. Im anschließenden Verfahren gegen die verantwortlichen Entscheidungsträger wurden bedingte Geldstrafen in der Höhe von umgerechnet EUR 9,70 verhängt und dem Bf in einem langwierigen Verfahren eine Entschädigung von etwa EUR 2.000 zugesprochen.

Zum Beschwerdevorbringen unter Art 2 EMRK stellte der EGMR fest, dass sich das Recht auf Leben nicht im Schutz vor absichtlichen Tötungen erschöpfe, sondern die Mitgliedstaaten auch positive Verpflichtungen treffen, das Leben von Personen unter ihrer Jurisdiktion zu schützen. Wenn auch nicht jede lebensgefährliche Situation die Behörde verpflichte, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, so sei der Sachverhalt anders zu beurteilen, wenn den Behörden reale und unmittelbare Gefahren für Leib und Leben bekannt sind, sie es aber verabsäumen, die ihnen zu Gebote

18) Guerra ua g Italien, U vom 19.2.1998, EUGRZ 1999,188 (Anm Schmidt-Radefeld) = ÖJZ 1999, 33.

19) RL 82/501/EG, ABI L 230/1982, mittlerweile abgelöst von Seveso II, RL 96/82/EG, ABI L 010/1997.

20) Hatton ua g Vereinigtes König-

reich, U v 2.10.2001, Nr 36022/97; vgl ecosex 2002, 392 = ÖJZ 2003/2 = RdU 2002, 20 (Anm Kind).

21) Zur Kritik an diesem Urteil siehe

Painz, Fluglärm und Art 8 EMRK, RdU 2004, 111.

22) Öneriyildiz g Türkei, U v 27.5.2002, Nr 48939/99.

stehenden Maßnahmen zu ergreifen. Weiter führte der Gerichtshof aus, dass Verletzungen von Art 2 im Zusammenhang mit Umweltangelegenheiten nicht nur in den Bereichen der öffentlichen Gesundheitsvorsorge und von Atom- oder Industrieanlagen vorstellbar seien, sondern auch in anderen Bereichen, in denen ernste Gefahren für Leib und Leben entstehen können. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Behörden keine geeigneten Maßnahmen ergriffen hätten, um die – den Behörden seit Jahren bekannten – Gefahren, die von der Mülldeponie ausgingen, zu beseitigen und auch die Anrainer nicht von diesen Gefahren informiert worden seien. Da darüber hinaus die dem Unfall folgenden (verwaltungs-)gerichtlichen Verfahren nicht den verfahrensrechtlichen Anforderungen von Art 2 genügten, lag eine Verletzung dieses Rechts vor.<sup>23</sup> Da dem Bf der finanzielle Schaden, der durch die Explosion entstand nur unzureichend ersetzt wurde, stellte der Gerichtshof weiters eine Verletzung von Art 1 des 1. ZP fest.

Dass das Eingriffsniveau jedoch ein sehr hohes sein muss, um Art 2 zur Anwendung kommen zu lassen, zeigt sich an Hand des Falles Fadyeva.<sup>24</sup> Die Bf lebt in einer „Sicherheitszone“ rund um ein Stahlwerk, in der die Anrainer aus Gründen des Gesundheitsschutzes abgesiedelt werden mussten. Sie brachte vor, dass durch den Betrieb des Stahlwerkes ihre Gesundheit und ihr Leben gefährdet sei, die Behörden es jedoch verabsäumt hätten, ihr eine Wohnung außerhalb der Sicherheitszone zur Verfügung zu stellen. Zu Art 2 führte der EGMR aus, dass für das Leben oder die Gesundheit der Bf kein reales und unmittelbares Risiko vorläge und daher Art 2 nicht zur Anwendung komme. Zur geltend gemachten Verletzung von Art 3 wurde ausgesprochen, dass positive Verpflichtungen des Staates etwa im Zusammenhang mit Haftbedingungen und Misshandlungen in Gefängnissen

bestehen. Solche Fragen würden in diesem Verfahren jedoch nicht aufgeworfen. Mit dem Hinweis, dass der Sachverhalt unter Art 8 – nur bezüglich dieser Bestimmung wurde die Beschwerde für zulässig erklärt – geprüft werde, erklärte der Gerichtshof die Beschwerde im Hinblick auf Art 3 für unzulässig.

#### 2.4 Zusammenfassende Würdigung der EGMR-Judikatur

Auch wenn die Rsp bislang ein explizites Recht des Einzelnen auf Umweltschutz bestritten hat, wird durch die EMRK dennoch ein Mindestschutz vor übermäßigen Umweltstörungen gewährt. Wie in den oben dargestellten Fällen gezeigt, müssen jedoch gravierende Eingriffe vorliegen, damit der EGMR Art 2 und 3 im Zusammenhang mit Beeinträchtigung durch Immissionen für anwendbar hält. Das Recht auf Schutz des Eigentums gem Art 1 des 1. ZP kann demgegenüber konventionskonform durch Umweltschutzmaßnahmen eingeschränkt werden. Es finden sich in der Rsp allerdings Hinweise, die darauf hindeuten, dass durch Umweltmaßnahmen erlittene Vermögensschäden ersetzt werden müssen<sup>25</sup> bzw durch vom Staat zu verantwortende Umweltbelastungen erlittene Schäden zu einer Verletzung von Art 1 des 1. ZP führen können.<sup>26</sup> Wenn auch die festgestellte Verletzung von Art 13 im Fall Hatton ein spezifisch britisches Problem betrifft,<sup>27</sup> ist doch zu konstatieren, dass die aus Art 13 resultierenden verfahrensrechtlichen Aspekte eine immer größere Bedeutung in der Rsp erlangen.

Am ehesten eignet sich Art 8, um sich gegen Umweltbelastungen zur Wehr zu setzen. Nach der Rsp können schwere Umweltverschmutzungen das Wohlbefinden der Einzelnen beeinträchtigen und sie vom ungestörten Genuss ihrer Wohnungen in einer Art 8 verletzenden Weise abhalten, ohne dass auch eine schwere Gefährdung der Gesundheit vorliegen muss.<sup>28</sup> Auch das Recht, über potentielle Umweltgefahren informiert

zu werden, wurde vom EGMR mittlerweile anerkannt.<sup>29</sup>

Die Prüfung des Gerichtshofs, ob durch Immissionen Konventionsrechte verletzt werden, beinhaltet zwei Aspekte: Zum einen die inhaltliche Vereinbarkeit der materiellen nationalen Entscheidung mit Art 8, zum anderen die Prüfung, ob im Rahmen des Entscheidungsprozesses den Interessen des Einzelnen ausreichend Gewicht beigemessen wurde. Die anwendbaren Prinzipien bei der Frage, ob ein Staat hinsichtlich seiner positiven Pflicht ausreichende Maßnahmen zum Schutz der Rechte nach Art 8 Abs 1 ergriffen hat, oder hinsichtlich eines direkten Eingriffes durch eine Behörde, der gem Art 8 Abs 2 gerechtfertigt sein muss, sind im Großen und Ganzen ähnlich. In beiden Fällen muss zwischen den widerstreitenden Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft als Ganzes ein ausgewogenes Gleichgewicht hergestellt werden, wobei den Staaten bei der Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt.

Im Fall Hatton hat sich der Gerichtshof ausführlich mit der Frage des Beurteilungsspielraumes der Vertragsstaaten in Umweltverfahren befasst und befunden, dass in allgemeinpolitischen sowie in Planungsentscheidungen den Mitgliedstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden wird.<sup>30</sup> Mit dieser Klarstellung hat der EGMR den Mitgliedstaaten ein großzügiges Instrumentarium für die Genehmigung von Großprojekten in die Hände gelegt.

### 3. Ist das österreichische Umweltrecht EMRK-konform?

Im Hinblick auf die dargestellten Rsp des EGMR zum Schutz gegen Umweltstörungen stellt sich die Frage, ob das österreichische Umweltrecht als EMRK-konform angesehen werden kann. Dabei muss grundsätzlich zwischen der materiellrechtlichen Zulässigkeit von Umweltbeeinträchtigung einerseits und der ver-

23) Unter Hinweis auf die festgestellte Verletzung von Art 2 hielt der EGMR eine weitere Prüfung des Beschwerdevorbringens unter den Art 6, 8 und 13 nicht für erforderlich.

24) Fadyeva g Russland, ZulässigkeitsE v 16.10.2003, Nr 55723/00.

25) Vgl etwa Haider g Österreich (FN 12). Eine Verletzung des Art 1 des 1. ZP

durch die Änderung des Flächenwidmungsplans wurde ua deshalb verneint, da eine Wertminderung des Grundstücks nicht substantiiert wurde.

26) Vgl etwa die Zulässigkeitsentscheidung im Fall Rayner (FN 15) und Öneriyildiz (FN 22).

27) Vor dem In-Kraft-Treten des Human Rights Acts 1998 konnten die briti-

schen Gerichte Entscheidungen nicht auf ihre Konventionskonformität überprüfen, vgl dazu allgemein *Heller*; Die Entwicklung der Grundrechte in England und im Vereinigten Königreich – Historisches und Aktuelles, JBl 2002, 288.

28) Vgl etwa den Fall Lopez Ostra (FN 17).

29) Vgl die Fälle Guerra ua (FN 18) und Öneriyildiz (FN 22).

30) Dies mit der Konsequenz, dass das im ersten Urteil zu diesem Fall (FN 20) als mangelhaft befundene Verfahren im Urteil der Großen Kammer vom 8.7.2003 als ausreichend qualifiziert wurde.

fahrensrechtlichen Stellung der davon Betroffenen andererseits unterscheiden werden.

### 3.1 Aus materiellrechtlicher Sicht

In materiellrechtlicher Hinsicht gewähren die Genehmigungserfordernisse des österreichischen Verwaltungsrechts einen nahezu lückenlosen Schutz vor Emissionen, die die Grundrechtsposition der Anrainer beeinträchtigen können. Dass Kernstück stellt das gewerbliche Betriebsanlagenrecht dar, das in § 77 GewO sicherstellt, dass keine Anlage errichtet und in Betrieb genommen werden darf, die zu einer Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, des Eigentums oder sonstiger dinglicher Rechte oder zu unzumutbaren Belästigungen oder Beeinträchtigungen führen könnte. Diese Zulassungskriterien der GewO hatten Vorbildcharakter für zahlreiche weitere Genehmigungstatbestände. Ähnliche Vorschriften zum Schutz der Nachbarn finden sich beispielsweise in § 43 AWG für Anlagen zur Behandlung von Abfällen, in § 4 LRG-K für Dampfkesselanlagen, in den §§ 116, 119 MinroG für Gewinnungsbetriebspläne und Bergbauanlagen, in § 40 GTG für die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, in § 20 RohrleitungsG für Rohrleitungsanlagen oder in § 17 UVP-G für umweltverträglichkeitspflichtige Vorhaben. Durch diese Genehmigungsvoraussetzungen wird gewährleistet, dass die Beeinträchtigung des unmittelbaren Lebensbereiches des Einzelnen durch die wirtschaftliche Tätigkeit eines anderen nicht ein Ausmaß erreicht, dass eine Grundrechtsverletzung zu befürchten wäre. Für jene Bereiche, die keine dieser behördlichen Bewilligungen erfordern, enthalten die Bauordnungen der Länder Vorschriften, die die Nachbarn vor Emissionen, die von den zu genehmigenden Bauwerken ausgehen, schützen.<sup>31</sup>

Als weniger streng erweisen sich hingegen die Erfordernisse, die der Ge-

setzgeber an die Zulassung von Infrastruktureinrichtungen stellt. Projekte, deren Errichtung aufgrund ihrer Bedeutung für die wirtschaftliche Entwicklung (auch) im öffentlichen Interesse gelegen ist, unterliegen einem weniger strengen Genehmigungsregime als rein private Vorhaben. So kann eine eisenbahnrechtliche Baugenehmigung erteilt werden, wenn der dadurch entstandene Vorteil für die Öffentlichkeit größer ist als der Nachteil, der den Nachbarn durch die Genehmigung erwächst.<sup>32</sup> Die Errichtung eines Zivilflugplatzes ist aus Sicht des Umwelt- und Nachbarnschutzes bereits dann zulässig, wenn seiner Errichtung keine „sonstigen öffentlichen Interessen“ entgegenstehen.<sup>33</sup> Für Militärflugplätze gilt lediglich, dass ihre Errichtung keine unbillige Härte für an die um den geplanten Flugplatz im Bereich der vorgesehenen Sicherheitszone gelegenen Liegenschaften dinglich Berechtigten darstellen darf.<sup>34</sup> Die Beeinträchtigung der Nachbarn durch den Verkehr auf Bundesstraßen muss nur soweit herabgesetzt werden, als dies durch einen im Hinblick auf den erzielbaren Zweck wirtschaftlich vertretbaren Aufwand erreicht werden kann.<sup>35</sup> Äußerst unterschiedlich ist das Ausmaß, in dem die Interessen der Nachbarn in den LandesstraßenG der Länder berücksichtigt werden. Einen garantierten Schutz vor unzumutbaren Beeinträchtigungen gewährt jedoch kein Bundesland.<sup>36</sup> Es zeigt sich also, dass für die Genehmigung von Infrastrukturprojekten ein deutlich gelockertes Emissionsschutz besteht und es grundsätzlich für ausreichend erachtet wird, wenn die Interessen der Allgemeinheit an der Realisierung des Projektes mit jenen der betroffenen Nachbarn abgewogen werden.

Dabei muss jedoch beachtet werden, dass derartige Infrastrukturvorhaben (mittlerweile) großteils dem UVP-G unterliegen und daher die strengeren Genehmigungsvorausset-

zungen der §§ 17 und 24h UVP-G erfüllt sein müssen. Aber selbst jene Projekte, für die diese mangels Erreichen des die UVP-Pflicht auslösenden Schwellenwertes<sup>37</sup> nicht gelten oder die bereits vor Inkrafttreten des UVP-G<sup>38</sup> bewilligt waren, sind nach der Rsp des EGMR mit Art 8 vereinbar. Denn der EGMR räumt den Mitgliedstaaten bei der Bewertung von Umweltangelegenheiten einen weiten Beurteilungsmaßstab ein, weshalb es zulässig ist, Infrastrukturvorhaben auch dann zu bewilligen, wenn unzumutbare Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können, sofern nur ein gerechter Ausgleich zwischen den öffentlichen Interessen an der Projektrealisierung einerseits und dem Schutz der Anrainer andererseits angestrebt wird.<sup>39</sup> Dabei kann die Behörde durchaus, wie die Entscheidung im Fall Hatton zeigt, selbst bei gravierenden Beeinträchtigungen zugunsten der Nachbarn entscheiden, ohne deren Grundrechtsposition zu verletzen. Vor diesem Hintergrund erweist sich das österreichische Umweltrecht materiellrechtlich als in jedem Fall EMRK-konform.

### 3.2 Aus verfahrensrechtlicher Sicht

Weniger eindeutig erscheint hingegen, ob das österreichische Recht den Vorgaben der Judikatur des EGMR in verfahrensrechtlicher Sicht entspricht. Der VfGH steht in seiner Rsp bekanntlich auf dem Standpunkt, dass sich aus dem Verfassungsrecht keine Verpflichtung ableiten lasse, Nachbarn Parteirechte in Genehmigungsverfahren überhaupt oder in einem bestimmten Umfang zu gewähren.<sup>40</sup> Die einzige Schranke, die der Gesetzgeber diesbezüglich zu beachten habe, sei das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Sachlichkeitsgebot.<sup>41</sup>

Nun hat der EGMR in seiner jüngsten Rsp – wie oben dargestellt – festgehalten, dass den von einem Projekt

31) Vgl § 3 Z 5 Bgld BauG; § 23 Abs 3 lit i Krnt BauO; § 6 Abs 2 Z 2iVm § 48 NÖ BauO; § 31 Abs 4 OÖ BauO; § 9 Abs 1 Z 6 Slzb BauPolG; § 26 Abs 1 Z 1 Stmk BauG; § 25 Abs 3 lit a Tir BauO; § 8 Vbg BauG; § 134a Abs 1 lit e Wr BauO.  
32) § 35 Abs 3 EisdG; vgl Rohregger, Eisenbahnrechtliche Genehmigungsverfahren und verfassungsrechtlicher

Eigentumsschutz, ZfV 1996, 671; Zeleny, Eisenbahnplanungs- und Baurecht (1994) 204; Raschauer, Umweltschutzrecht (1988) 199.

33) § 71 Abs 1 lit d LFG.

34) § 82 Abs 3 LFG; vgl Funk/Novak/Aicher, Militärische Luftfahrt und Verfassung (1988).

35) § 7a Abs 1 BStG; vgl ua Hecht,

Die Rechtstellung der von der Planung öffentlicher Straßen Betroffenen (1995); Hintze, Der Bau von Bundesstraßen und das Rechtsschutzdefizit der Betroffenen, ZfV 1991, 11.

36) Vgl Hecht, Nachbarrechtlicher Untersuchungsanspruch und Immissionen von Straßen, ÖJZ 1993, 289.

37) Vgl Anhang 1 des UVP-G 2000.

38) 1.7.1994 bzw 11.8.2000 idF BGBl I 2000/89.

39) Powell and Rayner (FN 15) § 44; Hatton ua (FN 20) § 101, 129.

40) Vgl ua VfSlg 6664/1972, 8279/1978, 8397/1978, 11934/1988, 12240/1989, 14512/1996.

41) So etwa jüngst VfGH 11.3.2004, G 124/03, 12.12.2000, G 97/00.

betroffenen aufgrund Art 13 jedenfalls ein gewisser Rechtsschutz offen stehen müsse.<sup>42</sup> Auch aus dem Recht auf eine wirksame Beschwerde lässt sich aber an sich noch nicht ableiten, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet wären, bestimmte Projekte einem administrativen Genehmigungsverfahren zu unterziehen und davon betroffenen Dritten Parteistellung einzuräumen.<sup>43</sup> Art 13 verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich, eine wirksame Beschwerde innerhalb der nationalen Rechtsordnung einzurichten, wenn in vertretbarer Weise eine Konventionsverletzung geltend gemacht wird („*arguable claim*“). Die Konvention schreibt aber nicht vor, wie diese Beschwerde konkret ausgestaltet sein muss, sondern verlangt nur, dass sie „*wirksam*“ zu sein hat.<sup>44</sup>

Die Rsp des EGMR hat dieses Recht dahingehend präzisiert, dass ein Zugang zu einem effektiven Rechtsmittel dann gegeben ist, wenn dieses grundsätzlich geeignet ist, eine konventionswidrige Situation zu beseitigen und den rechtskonformen Zustand wiederherzustellen.<sup>45</sup> Rechtsbehelfe, die nur der Feststellung einer Rechtswidrigkeit dienen, zu deren Beseitigung aber nicht geeignet sind, können hingegen nicht als Beschwerdemöglichkeit im Sinne des Art 13 angesehen werden.<sup>46</sup> Bloßen Aufsichts-, Disziplinar- oder Volkanwaltsbeschwerden kommt daher kein Rechtsmittelcharakter zu.<sup>47</sup> Weiters gilt, dass es sich bei der Beschwerdeinstanz um eine unabhängige und unparteiische Einrichtung handeln muss, die von jener Behörde verschieden zu sein hat, die das in Beschwerde gezogene Verfahren geführt hat.<sup>48</sup> Der Beschwerdeführer muss einen Rechtsanspruch darauf

haben, dass sein Rechtsmittel inhaltlich behandelt wird und dass ihm im Rahmen eines förmlichen Verfahrens rechtliches Gehör eingeräumt wird.<sup>49</sup> Ein österreichisches Verwaltungsverfahren kann diesen Anforderungen uE nur dann entsprechen, wenn dem Nachbarn, der in vertretbarer Weise eine Verletzung seiner Grundrechtsphäre geltend macht, Parteistellung eingeräumt wird. Denn nur in diesem Fall wird ihm der Zugang zu den ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln eröffnet, die dem vom EGMR entwickelten Begriff der „*wirksamen Beschwerde*“ entsprechen. Eine faktische Rechtsdurchsetzung ohne Parteistellung ist im System des österreichischen Verfahrensrechts nicht möglich. Nur dort, wo die Materien-gesetze entsprechende subjektive Rechte einräumen, ist ein effektiver Schutz grundrechtlich gewährter Positionen gesichert.<sup>50</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass auch die Anrufung der Zivilgerichte zur Überprüfung der Zulässigkeit von Immissionen ein wirksames Rechtsmittel darstellt. Da den österreichischen Gerichten bei der Entscheidung über Immissionsunterlassungsklagen nach § 364 ABGB eine umfassende Prüfungsbefugnis zukommt, die – anders als jene der britischen Gerichte im Fall *Hatton* – im Umfang nicht beschränkt ist, erfüllt auch der Zivilprozess die Erfordernisse eines wirksamen Beschwerdeverfahrens im Sinne des Art 13.<sup>51</sup> Der zivilrechtliche Nachbartschutz stellt daher aus Sicht der EMRK jedenfalls eine gleichwertige Alternative zur Einräumung der Parteistellung im Genehmigungsverfahren dar. Das bedeutet in der Konsequenz, dass es

aus Sicht des Art 13 dem Mitgliedstaat überlassen bleibt, ob er den von einem Vorhaben betroffenen Dritten im öffentlich-rechtlichen Verfahren subjektive Parteirechte einräumt oder ihnen den Gang zu den ordentlichen Gerichten offen hält.<sup>52</sup>

Als problematisch erweisen sich im Hinblick auf Art 13 allerdings jene Vorhaben, gegen deren Emissionen weder eine ausreichende zivilrechtliche, noch eine öffentlich-rechtliche Beschwerdemöglichkeit offen steht. So qualifiziert die Rsp des OGH (trotz Kritik in der Literatur<sup>53</sup>) öffentliche Straßen als behördlich genehmigte Anlagen im Sinne des § 364a ABGB.<sup>54</sup> Gegen von solchen Straßen ausgehende Lärm- und Luftschadstoffbelastungen besteht daher kein Unterlassungsanspruch, obwohl den Nachbarn – soweit nicht die Vorschriften des UVP-G zur Anwendung gelangen – keine Parteistellung in den „Straßengenehmigungsverfahren“ zukommt.<sup>55</sup> Gleiches gilt nach der Judikatur und dem überwiegenden Teil der Lehre auch für Immissionen durch den Betrieb von (ohne Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung genehmigten) Eisenbahnen und Flugplätze.<sup>56</sup> Auch deren Emissionen sind zivilrechtlich nicht untersagbar, selbst wenn die Nachbarn zur Frage der Lärm- und Geruchsbelästigung im Genehmigungsverfahren keine Parteistellung hatten. Dass dem beeinträchtigten Nachbarn ein verschuldensunabhängiger Ausgleichsanspruch auf Vergütung des eingetretenen Schadens zukommt, stellt uE keinen adäquaten Ersatz dar. Zum einen kann die Beeinträchtigungen der Gesundheit durch eine bloß finanzielle Entschädigung im Regelfall nicht aus-

42) *Hatton* ua (FN 20).

43) *Raschauer*, Anlagenrecht und Nachbartschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZfV 1999, 506 (509).

44) *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rz 114; *Holoubek*, Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz, JBl 1992, 137; *Matscher*, Zur Funktion und Tragweite der Bestimmung des Art 13 EMRK, in: FS Seidl-Hohenveldern (1988) 315.

45) *Kaya* g Türkei, U vom 19.2.1998, Nr 22729/93.

46) *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention 2 (1996) Art 13 Rz 3.

47) *Bernegger*, Das Recht auf eine

wirksame Beschwerde: Art 13 EMRK, in: *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte II (1992) 733 (744).

48) *Calogero* Diana g Italien, U v 15.11.1996, Nr 15211/89; RJD 1996-V, 1765.

49) *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention Art 13 Rz 4; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention § 24 Rz 114.

50) Vgl insb Feik, Staatliche Gewährleistungspflicht und Nachbarrechte im gewerblichen Betriebsanlagenrecht, in: *Grabenwarter/Thienel*, Kontinuität und Wandel der EMRK (1998) 205 (208); *Raschauer*, ZfV 1999, 516; *Thienel*, Verfassungsrechtliche Grenzen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren

nach § 359b GewO, ZfV 2001, 1558; *Müller*, Der Nachbar im Betriebsanlagenrecht (1998) 130.

51) Vgl *Wagner*, Die Betriebsanlage im zivilen Nachbarrecht (1997).

52) So auch jüngst OGH 8.7.2003, 4 Ob 137/03f, wonach eine im vereinfachten Verfahren gem § 359b GewO ohne Parteistellung der Nachbarn genehmigte Betriebsanlage keine behördlich genehmigte Anlage im Sinne des § 364a ABGB darstellt.

53) *Bydlinkski*, Straßenverkehr und Waldschäden, JBl 1990, 489; *Gimpl-Hinteregger*, Ersatz von Forstschäden infolge Salzstreuung, *ecolex* 1991, 77; *dies*, Grundlagen der Umwelthaftung (1994), 307; *Hecht*, ÖJZ 1993, 289;

*Wagner*, Betriebsanlage 29, 233.

54) OGH 29.4.2002, 7 Ob 66/02k; 20.6.2002, 6 Ob 109/02a, krit Anm *Wagner*, RdU 2002, 59; OGH 9.11.1995, 6 Ob 608/95.

55) Vgl *Hecht*, ÖJZ 1993, 289.

56) SZ 54/158, 63/49; *Spielbücher* in *Rummel*, ABGB<sup>2</sup> Rz 4 zu § 364a; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>2</sup>, Band II (1984), 329; *Klang*, Kommentar zum ABGB II<sup>2</sup> 174; *Aicher*, Grundfragen der Staatshaftung (1978) 298; aA *Raschauer*, Umweltschutzrecht 36, 200; *Wagner*, Betriebsanlage 221, 228; *Hauer*, Nachbartschutz und Eisenbahnbau (2002) 18.

geglichen werden, zum anderen werden bloß psychische Beeinträchtigungen durch Emissionen von der Rsp als nicht ersatzfähig angesehen.<sup>57</sup>

Das österreichische Umweltrecht weist daher uE bei der Genehmigung von Infrastruktureinrichtungen aus Sicht des Nachbarnschutzes gewisse Rechtsschutzlücken auf. Projekte, die vor ihrer Genehmigung keiner Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen sind oder ohne eine solche bereits errichtet wurden, bieten den davon betroffenen Anrainern keinerlei Rechtsbehelfe, um Beeinträchtigungen ihrer Grundrechtsposition wirksam bekämpfen zu können. Im Hinblick auf die Immissionsschutzgarantie des Rechts auf Privat- und Familienleben sind die Anforderungen des Art 13 daher nicht vollständig erfüllt.

#### 4. Resümee

Auch wenn die EMRK kein eigenes Recht auf Schutz der Umwelt enthält, zeigen die in den letzten Jahren zu Umweltverfahren ergangenen Urteile und

Entscheidungen, dass sich die Judikatur des EGMR langsam einem solchen annähert. Der großzügig interpretierte Schrankenvorbehalt des Art 8 Abs 2 und der den Mitgliedstaaten bei Umweltfragen eingeräumte weite Beurteilungsspielraum führten bislang allerdings dazu, dass der Gerichtshof teilweise auch schwerwiegende Immissionen als konventionskonform wertete. Insoweit lässt sich aus der EMRK zum derzeitigen Stand primär die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Ergreifung von angemessenen Immissionsschutzmaßnahmen und zur Gewährung effektiver Beschwerdemöglichkeiten an die betroffenen Nachbarn ableiten.

*Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, LL.M., Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; daniel.ennoeckl@univie.ac.at; Mag. Bernhard Painz, Jurist bei der e-control GmbH; bernhard.painz@univie.ac.at.*

## Impressum

### juridikum

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

### HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),  
Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale),  
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum

### Medieninhaber und Verleger:

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

**Redaktionsassistentz:** Mag. Peter Spevacek

**Preis:** Jahresabonnement Euro 36,- ,  
StudentInnenabonnement Euro 25,-,  
Förderabonnement Euro 55,-,  
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)

**Erscheinungsweise:** vierteljährlich

### Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag<sup>a</sup>. Simone Dieplinger, Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Hödl, Dr. Roland Kier, Mag<sup>a</sup>. Elke Hasibeder, Dr<sup>in</sup>. Nora Melzer-Azodanloo, Lukas Oberndorfer, RAA Dr. Florian Oppitz, Mag. Oliver Scheiber, Mag<sup>a</sup>. Marianne Schulze, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, RA<sup>in</sup>. Dr<sup>in</sup>. Maria Windhaber

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Christian Bertel, Georg Eisenberger, Daniel Ennöckl, Ronald Faber, Karin Gutierrez-Lobos, Elisabeth Hödl, Mira Kadric, Matthias Kettemann, Iris Kugler, Bernhard Painz, Bernhard Perchinig, Oliver Scheiber, Alexia Stuefer, Klaus Zeleny

### Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

### Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc

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

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

Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Iris Eisenberger, MSc. (LSE):  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,  
1010 Wien, Tel.: 01/4277-35474,  
Fax: 01/4277-35479;  
iris.eisenberger@univie.ac.at

Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale):  
ronald.faber@wu-wien.ac.at

ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum:  
christian.hiebaum@uni-graz.at

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

57) Vgl. *Gimpl-Hinteregger*, Der Umweltschaden im österreichischen Privatrecht, ÖJZ 1992, 561 (568).

# Eine Frage der Ehre?

## Die Sprache des Rechtsanwaltes

Georg Eisenberger/Elisabeth Hödl

### 1. Dreiste Wortwahl

Kürzlich hat der VfGH die Beschwerde eines Rechtsanwaltes abgewiesen,<sup>1</sup> der sich in seiner Meinungsäußerungsfreiheit<sup>2</sup> verletzt fühlte, weil ihm vorgeworfen wurde, er habe in einer Berufungsschrift eine unsachliche und beleidigende Schreibweise gewählt.<sup>3</sup> Der Rechtsanwalt hat folgende Formulierung benutzt: „... darüber hinaus auch das Erstgericht jegliche Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit beiseite lässt und sich *erdreistet*, entgegen den ausdrücklichen Ausführungen in den abgehaltenen Verwaltungsverfahren das Verhalten des Privatanklägers für unkorrekt zu empfinden“.

Die Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission (OBDK) – jene Institution, die letztinstanzlich für die Aufsicht rechtsanwaltlicher Standespflichten verantwortlich ist – befand, es gebe keine sachliche Rechtfertigung dafür, die richterliche Urteilsfindung und die in diesem Zusammenhang vorgenommene Beweiswürdigung mit dem Ausdruck „erdreisten“ zu apostrophieren. Eine derartige Wortwahl unterstelle dem erkennenden Richter Dreistigkeit, also Frechheit, Unverschämtheit und Hemmungslosigkeit. Das stelle eine unsachliche, aggressive und beleidigende Schreibweise dar, welche nicht den Schutz zulässiger Kritik im Sinne der Meinungsäußerungsfreiheit genieße. Diese standeswidrige Äußerung sei dem Erstrichter, dem Verteidiger und den mit der Erledigung der Berufung be-

fassten Richtern zur Kenntnis gelangt, sei demnach geeignet gewesen, die Ehre und das Ansehen des Rechtsanwaltsstandes zu beeinträchtigen und stelle sohin eine Berufspflichtverletzung dar.

Natürlich stellt sich die Frage, ob es nicht überschießend ist, wegen eines Begriffes wie „erdreisten“ in einem auf Konfrontation ausgerichteten Gerichtsverfahren Strafsanktionen auszusprechen. Wenn ein Rechtsanwalt, der die Interessen seines Klienten mit aller Deutlichkeit vertritt, Angst vor Strafe haben muss, kann dies im Ergebnis sehr wohl als Einschränkung der Meinungsfreiheit betrachtet werden.

### 2. Wie soll ich wissen, dass es das ist, was du meinst?

In diesem Sinne beteuert der Beschwerdeführer, er habe entgegen der Auffassung der OBDK dem erkennenden Gericht nicht Frechheit, Unverschämtheit oder Hemmungslosigkeit unterstellen wollen. Er sei viel mehr der Ansicht gewesen, mit dem Begriff *erdreisten* eine wertneutrale Formulierung gewählt zu haben. *Sich erdreisten* könne auch *sich herausnehmen* bedeuten, *sich herausnehmen* sei eine andere Bezeichnung für das Wort *anmaßen* und dieses wiederum bedeute in *Anspruch nehmen* bzw. *sich erlauben*.<sup>4</sup>

Bei dieser Fülle möglicher Bedeutungen fragt sich, wie der Rezipient eines Textes, in dem das Wort „erdreisten“ verwendet wird, wissen kann, wel-

che Bedeutung der Verfasser seinem Text unterstellt bzw. unterstellen will. Zu klären ist vorweg die Frage, wie Schriftsätze inhaltlich zu verfassen und zu interpretieren sind. Für die formalen Aspekte eines Schriftsatzes bestehen hinreichende Regeln, deren Verletzung entsprechend sanktioniert wird. Für die sprachliche Umsetzung der inhaltlichen Belange rechtsanwaltlicher Schriftsätze existieren derartige Regeln nicht. Es muss daher auf allgemeine sprachliche Interpretationsregeln zurückgegriffen werden. Aus diesem Grund kann ein Rechtsanwalt jedenfalls nicht ohne weiteres erwarten, dass der Rezipient seines Textes jene Bedeutung des Wortes annimmt, die er seinen Zeilen (angeblich) unterstellt hat.

*Davidson* beschreibt diese Problematik anhand eines Zwiegesprächs zwischen *Alice* im Wunderland und *Humpty Dumpty*.<sup>5</sup> *Alice* sagt: 'Wie soll ich wissen, dass es das ist, was du meinst?' Und *Humpty Dumpty* erwidert: 'Du kannst es nicht wissen.' Wenn *Humpty Dumpty* weiß, dass *Alice* es nicht wissen kann, dann kann er es nach *Davidson* auch nicht beabsichtigen, denn man kann nicht beabsichtigen, was man für unmöglich hält. Es kann also sein, dass jemand auf eine bestimmte Weise verstanden werden will, ohne angemessene Gründe für die Annahme zu haben, dass er so verstanden wird. Umgekehrt – für den Rezipienten der Botschaft – stellt sich die Frage, was dieser jemand eigentlich meint. Niemand kann nach *Davidson* etwas prinzipiell Unverständliches meinen. Er muss dem Hörer (Leser) angemessene Mittel zur richtigen Interpretation liefern.

In Texten wie der vorliegenden Berufungsschrift muss daher angenommen werden, dass Begriffe auf eine Art verwendet und verstanden werden, die ihr Verständnis ohne allzu großen Aufwand<sup>6</sup> ermöglicht. Vor dem Hintergrund des

1) VfGH 25.02.2003, B 1541/02.  
2) Art 13 StGG, Art 10 Abs 2 EMRK.  
3) Die Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission (OBDK) erkannte den Anwalt schuldig, das Disziplinarvergehen der Beeinträchtigung von Ehre und Ansehen des Standes sowie eine Berufspflichtverletzung begangen zu haben. Wie der VfGH schon mehrmals ausgesprochen hat (vgl. VfSlg 12.796/1991, 14.233/1995, 15.586/1999), genießen unsachliche und erkennbar beleidigende Äußerungen nicht den Schutz der freien Meinungs-

äußerung, da in einer demokratischen Gesellschaft das dringende soziale Bedürfnis besteht, das Ansehen der Rechtsprechung zu wahren.

4) Wie der Anwalt mit Hilfe des Fremdwörterbuches von *Mackensen/Holander* (und nicht etwa Standardwerken der Deutschen Sprache, wie dem Duden, dem Deutschen Universalwörterbuch, dem Sachwörterbuch, dem *Brockhaus/Wahring* oder dem Deutschen Wörterbuch) zu belegen versucht.

5) Siehe *Glüer*, Donald Davidson zur Einführung (1993) 165.

6) Wie etwa dem aufwendigen Nachschlagen in Wörterbüchern sowie der Berücksichtigung der rätselhaften Logik des Beschwerdeführers, der erklärt, dass es einer allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass "jeder einen negativen Begriff so verstehe, wie er ihn verstehen wolle, somit ein Wort, welchem im Fremdwörterbuch ein neutraler und objektiver Sinn gegeben werde, sowohl positiv als auch negativ verstanden werden könne. Lo-

gisch in diesem Zusammenhang sei allerdings nur ein neutraler Begriff, wie "herausnehmen", "in Anspruch nehmen". Er betonte, dass jede negative Wortwahl, die dem erkennenden Richter "Dreistigkeit", sprich "Frechheit und Unverschämtheit bzw. Hemmungslosigkeit" vorwerfe, eine einseitige subjektive Negativbeschreibung des Wortes sei, welche nur von denjenigen Personen so aufgefasst werden könne, welche der gesamten Berufung einen negativen Inhalt unterstellen wollten.

Alltagswissens besteht fraglos Konsens darüber, dass der Ausdruck *erdreisten* in dem vom Rechtsanwalt gewählten Zusammenhang negativ konnotiert ist. Dies muss dem Beschwerdeführer als jemandem, der berufsbedingt Sprache zur Durchsetzung der Interessen seines Klienten einsetzt, bewusst gewesen sein. Um wertneutral zu argumentieren, wären weitere Hinweise notwendig gewesen. Sämtliche Versuche, die sprachliche Spitze stumpf zu machen, scheitern daher.

### 3. Raubrittertum führt nicht zwingend zum Recht

Was aber verbirgt sich hinter diesem Kampf um die Interpretation eines Begriffes? Auf welche Rechtsgrundlagen und Überlegungen stützt sich die stillschweigende Übereinkunft, mittels derer sich rechtsanwaltlicher Sprachgebrauch ua definiert?

Rechtsanwälte stehen untereinander im Wettbewerb und sind aufgerufen, Angriffs- und Verteidigungsrechte geschickt zu gebrauchen, um ihrer Partei zum Recht zu verhelfen. Für dieses Vorgehen gibt es jedoch bestimmte gelebte Regeln, die sich im Ergebnis im Standesrecht der Rechtsanwälte niederschlagen. Gleichzeitig definiert sich durch diese Regeln das Selbstverständnis des Berufstandes. Der Rechtsanwalt wird damit zum Bestandteil eines Kollektivs, dem er zwangsläufig folgen muss. Dieses kollektive Bewusstsein reicht sogar über die innerstaatlichen Grenzen hinaus und schlägt sich auch im Gemeinschaftsrecht nieder. Am 28. November 1998 wurden in Lyon die *Berufsregeln der Rechtsanwälte der EU und des EWR* festgelegt.<sup>7</sup> Dem Rechtsanwalt komme in einer auf die Achtung des Rechtes gegründeten Gesellschaft eine „besonders wichtige Funktion“ zu, da er im Rechts-

staat sowohl für die Justiz als auch für den Rechtsuchenden unentbehrlich ist. Für die Gesellschaft ist ein freier, unabhängiger und durch sich selbst auferlegte Regeln integrierter Berufsstand ein wesentliches Mittel zur Verteidigung der Rechte des einzelnen gegenüber dem Staat und gegenüber Dritten. Jeder einzelne Anwalt ist durch sein Handeln, sein Unterlassen und letztlich auch durch seine Wortwahl der Allgemeinheit gegenüber für die Aufrechterhaltung dieses so selbstverständlich gewordenen Teiles unseres Rechtssystems mitverantwortlich. In diesem Sinne ist auch eine weitere Entscheidung der OBDK<sup>8</sup> zu verstehen, mit der ein Rechtsanwalt ebenfalls der Standespflichtenverletzung wegen unsachlicher, ungehöriger Schreibweise verurteilt wurde. Der Rechtsanwalt hatte in einer Klage geschrieben: „Die beklagte Partei, die ihren Dienstnehmer kurz vor Abschluss des 15. Dienstjahres kündigte, verstand es *in bester Raubrittermanier*, diesen in den letzten Jahren seiner Tätigkeit um seine gerechtfertigten Ansprüche zu verkürzen.“<sup>9</sup> Der Versuch des Rechtsanwaltes, die Formulierung „in bester Raubrittermanier“ mit dem Argument zu entschärfen, es habe sich um eine „bloß humoristische Behauptung“ gehandelt, blieb erfolglos. Laut OBDK komme der Ausübung des Rechtsanwaltsberufes eine besondere Rolle bei der Wahrung des Vertrauens in die Rechtspflege zu. In diesem Zusammenhang sei die im gerichtlichen Verfahren verwendete schriftliche Formulierung inkriminierend.<sup>10</sup> Tatsächlich geht es hier aber nicht nur um die Wahrung des Vertrauens des einzelnen Rechtssuchenden in die Rechtspflege, sondern um die Integrität des Anwaltsstandes und damit die Qualität des Rechtsschutzes im Allgemeinen.

### 4. Jedes Staatsgefüge hat den Anwaltsstand, den es verdient

Über den spezifischen Einsatz rechtsanwaltlichen Sprachgebrauchs ist in den Berufsregeln nichts verankert.<sup>11</sup> Hier findet sich ein merkwürdiges Paradoxon. Sprache als Teil einer Gesamtkommunikation, als Teil des Außenauftritts spiegelt vorweg das Selbstverständnis einer Kanzlei wieder,<sup>12</sup> dh die Sprache des Rechtsanwaltes repräsentiert seine Kanzlei nach Außen und ist Teil seiner Corporate Identity. Getreu der Metapher, dass letztlich jeder Klient den Anwalt bekommt, den er „verdient“,<sup>13</sup> ist sohin Sprache vor allem Identifikationshilfe und Bindungsfaktor im Verhältnis zwischen Anwalt und Klient. Zugleich haben aber die zitierten Erkenntnisse verdeutlicht, dass rechtsanwaltlicher Sprachgebrauch über die individuelle Selbstdefinition einer Kanzlei und über die Identifikation mit einer bestimmten Klientel hinaus pars pro toto steht. Wer als Rechtsanwalt in seinen Schriftsätzen eine Sprache wählt, die geeignet ist, Ehre und Ansehen des Standes zu beeinträchtigen, wird unabhängig davon, ob sein Klient die gewählten Formulierungen begrüßt oder gar in dieser Form gefordert hat, von der Gemeinschaft sanktioniert. Dahinter steht die Befürchtung, dass aggressive Vortragsweise nicht nur der Beilegung eines bestimmten Rechtsstreits nachhaltig entgegen wirken könnte, sondern darüber hinaus die Beziehungen des gesamten Standes zu Justiz und Behörden und somit das bestehende Gefüge unseres Rechtsstaates negativ beeinträchtigen könnte.<sup>14</sup> Wenn der Anwalt (unter Außerachtlassung der ihm vom System zugeteilten Rolle als zwar parteiischer, aber nicht persönlich in die jeweilige Causa involvierter Rechtsvertreter) durch aggressive Wort-

7) Berufsregeln der Rechtsanwälte der EU und des EWR angenommen von den Delegationen der 18 Mitgliedstaaten der EU und des EWR, die die Anwaltschaft der Europäischen Gemeinschaft vertreten.

8) Auch hier hatte der VfGH in der Folge zu entscheiden, ob der Beschwerdeführer in seiner Meinungsäußerungsfreiheit verletzt wurde. Vgl VfSlg 16.436/2002.

9) Vgl VfSlg 16.436/2002.

10) Dies im Zusammenhang mit der Behauptung des Beschwerdeführers, in

politischen Diskussionen sei ein derartiger Stil und die Wortwahl durchaus üblich.

11) Diese Vernachlässigung der Konkretisierung rechtsanwaltlichen Sprachgebrauchs, die sich leider auch in der juristischen Ausbildung zeigt, die nur wenig Anleitung und Hilfestellung bei der Entwicklung und Schärfung des Sprach-Bewusstseins der Juristen gibt, macht auch vor der Lehre nicht halt. Sucht man nach fachspezifischen Publikationen zur Frage des rechtsanwaltlichen Sprachgebrauchs,

sind die Quellen rar.

12) Hier ist der gesamte rechtsanwaltliche Schriftverkehr wie Redaktion, Layout von Verträgen, Fachveröffentlichungen, Informationsbriefe, Richtlinien und Profildarstellungen angesprochen.

13) Es scheint in der Praxis ein ungeschriebenes Gesetz zu sein, dass sich Klienten und Anwälte mit ähnlichen moralischen Wertvorstellungen „finden“, also dass sich letztlich jeder Klient bei seiner Anwaltswahl bewusst oder unbewusst an der Frage orientiert, ob er sich

mit der Persönlichkeit des Anwalts identifizieren kann.

14) Das Verhältnis von Anwalt und Klienten sowie die Frage anwaltlichen Wissens bei der Durchsetzung von Rechtspositionen ist von *Somek* thematisiert worden. Vgl *Somek*, Zwischen Anstandsblabla und Rechtskritik. Überlegungen zur Beschäftigung mit der Ethik der juristischen Berufe, Vienna Working Papers in Legal Theory. Political Philosophy and Applied Ethics, No 15 (1999); <http://www.juridicum.at/forschung/wp15.pdf>.

wahl und persönliche Angriffe den Eindruck aufkommen lässt, er sei eins mit seinem Klienten, wird er selbst zum Teil der Beweiswürdigung des Gerichtes und damit zur Zielscheibe richterlicher Wertung und Kritik. Die für die ungehinderte Ausübung des Anwaltsberufes und damit letztlich für die Aufrechterhaltung des Rechtssystems, wie es unsere Verfassung versteht, erforderliche exakte Abgrenzung zwischen Vertreter und Vertretenem verschwimmt und öffnet einer undifferenzierten Herabsetzung des Anwaltsstandes, aber vor allem auch der Verfolgung einzelner Anwälte Tür und Tor.<sup>15</sup>

Auf den ersten Blick mögen zwar die zitierten Entscheidungen des VfGH, den Beschwerdeführern nicht Recht zu geben, als Einschränkung persönlicher anwaltlicher Identität empfunden werden. Die analytische Auseinandersetzung führt aber zu einem gegenteiligen Ergebnis. Durch die Bestätigung der Entscheidungen der OBDK gibt der VfGH dem Kollektiv der Anwälte Recht und bekräftigt damit letztlich deren Rolle als gleichwertige Partner im Justizgefüge.

## 5. Angemessener Sprachgebrauch statt aggressiver Sprachelemente

Rechtsanwälte verkaufen neben ihrer juristischen Kompetenz auch das Prestige, über das sie persönlich und der Anwaltsstand als Ganzes verfügen. Klienten werden ihrem Rechtsanwalt nur dann vertrauen, wenn er bei der Ausübung seiner Tätigkeit die Achtung der Gerichte und Behörden genießt und normativen Erwartungen gerecht wird. Zu diesen normativen Erwartungen gehören Reputation und die damit im Zusammenhang stehenden Codes, durch die sich das anwaltliche Selbstverständnis manifestiert. Dieses wird in entscheidendem Maße über allgemeine Verhaltensregeln gegenüber Klienten, der Justiz und den Behörden statuiert, zu deren Grundvoraussetzung ein angemessener Sprachgebrauch gehört. Die ungestrafte Verwendung aggressiver Sprachelemente durch einzelne Anwälte kann letztlich zu einer Gefährdung der Stellung des Anwaltsstandes im Gesamtgefüge der Rechtsordnung führen.<sup>16</sup> Diese Erkenntnis macht deutlich, dass der schriftliche Teil anwaltlicher Rechts-

praxis nicht allein die Produktion mehr oder weniger elegant formulierter Schriftsätze beinhaltet, sondern darüber hinaus auch eine ernstzunehmende Auseinandersetzung mit zwischenmenschlich angemessener Wortwahl voraussetzt.<sup>17</sup> Eine disziplinarrechtlich strenge Verfolgung unsachlicher Herabsetzung anderer Personen oder gar von Organen der Rechtspflege in Schriftstücken ist somit insgesamt im Interesse der gesamten Rechtsordnung, aber auch im Interesse des Anwaltsstandes angebracht. Natürlich – dies sei abschließend betont – entbindet dieses Ergebnis weder die Standesbehörden davon, Bestrafungen nur bei tatsächlich überschießender Wortwahl auszusprechen, noch den Anwaltsstand davon, durch Auslotung der Grenzen zulässiger Wortwahl die Durchsetzung der Interessen des Einzelnen bestmöglich zu gewährleisten.

*Dr. Georg Eisenberger ist Partner, Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Hödl ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Rechtsanwaltskanzlei Eisenberger&Herzog in Graz; eisenberger@court.at.*

15) Als Beispiel für die Folgen des fortschreitenden Verschwimmens der Unterscheidung von Vertretern und Vertretenen seien die Ermittlungen gegen die beiden Libro/Rettberg-Anwälte *Michael Löb* und *Gerhard Eckert* mit anschließender Verhängung der Untersuchungshaft Anfang 2004 genannt (während gegen den eigentlichen Hauptverdächtigen *Andre Rettberg* noch nicht einmal ein Haftbefehl vorlag, wurden die zwei Anwälte wegen des

Verdacht der Beteiligung an Untreue und Krida mit dem konkreten Vorwurf, sie seien dem Hauptverdächtigen *Rettberg* behilflich gewesen, Millionenbeträge ins Ausland zu verschieben, verhaftet). Ohne hier eine Wertung vornehmen zu wollen, darf doch festgehalten werden, dass unseres Erachtens die Kriminalisierung der Tätigkeit dieser Anwälte zu selbstverständlich und zu schnell erfolgte und daher insgesamt dazu geeignet ist, dem ös-

terreichischen Rechtsstaat Schaden zuzufügen.

16) Auch Erkenntnisse der modernen Spieltheorie geben Anlass zur Vermutung, dass die Wahl aggressiver Kommunikationsmethoden durch Anwälte negative Auswirkungen hat. Bekanntlich beschäftigt sich die Spieltheorie mit strategischen Entscheidungssituationen, das sind Situationen, deren Ergebnis vom Verhalten mehrerer Entscheidungsträger abhängig ist, wobei sich

die Akteure dieser Interdependenz bewusst sind. In der Spieltheorie wird nahegelegt, dass man im Umgang mit anderen am besten fährt, wenn der erste Zug, den man anderen gegenüber macht, freundlich und kooperativ ist. Dieser Grundsatz hat auch für die Kommunikation zwischen Anwälten und der Justiz (sowie anderen Behörden) Gültigkeit.

17) Vgl. *Somek*, Anstandsblabla 18.

# Land ohne Gott?

## Der Supreme Court und die Pledge of Allegiance

Matthias C. Kettemann

### 1. Einleitung

Selbst Urteile, die nicht gefällt werden, können von Bedeutung sein. Das zeigte der United States Supreme Court in seiner 8-0 Entscheidung *Elk Grove Unified School District v Newdow*<sup>1</sup> vom 14. Juni 2004. Vor der Möglichkeit stehend, die Demarkationslinie von Staat und Kirche neu zu ziehen und mit der Formulierung „one nation under God“ den Gottesbezug wegen Verfassungswidrigkeit aus der Pledge of Allegiance, dem traditionellen amerikanischen Fahneid, zu streichen, entzog er sich dieser Aufgabe und rekurrierte auf die verfahrensrechtliche Frage der fehlenden Aktivlegitimation (*lack of standing*) des Klägers.

Als Folge des Systems der *dissenting opinions* am Supreme Court ist eine Fortführung der Diskussion jedoch garantiert. Schließlich schrieben die drei konservativeren der neun Höchstrichter (*Rehnquist, Day O'Connor, Thomas*) in ihrem abweichenden Urteil fest, wofür sie keine Mehrheit finden konnten. Im Ergebnis stimmten sie zwar überein, dass es dem Kläger an *standing* mangelte, doch erweist sich ihr Begründungsweg als differenzierter ausgestaltet als jener der liberalen Mehrheit. Während sich der als liberaler eingeschätzte Flügel des Gerichts (*Stevens, Kennedy, Souter, Ginsburg, Breyer*) in der *majority opinion* auf die Analyse formaler Kriterien beschränkte, stellten die konservativen Richter fest, dass *Newdow*s Klage selbst im hypothetischen Fall ihrer Zulässigkeit nicht begründet gewe-

sen und „under God“ ausdrücklich verfassungsgemäß sei. Der neunte Höchstrichter, *Scalia*, hatte sich wegen Befangenheit selbst aus den Beratungen zurückgezogen.

Da sich die besondere Relevanz dieses (nicht) gefällten Urteils – sowie der in seinem Rahmen gestellten Fragen – nur vor dem Hintergrund der Entwicklungsgeschichte des Fahneides erkennen lässt und erst das Wissen über die speziellen sozio-religiösen Rahmenbedingungen des Urteils die Dimensionen der aktuellen Diskussion zu begreifen erlaubt, werden vor einem Überblick über die Klagengeschichte einige Aspekte des Spannungsfeldes von Säkularität und öffentlichem Glauben in den Vereinigten Staaten kritisch beleuchtet.

### 2. Vom Symbol zum Streitobjekt

Bereits ein kurzer Abriss der Entwicklungsgeschichte der *Pledge of Allegiance* erhellt die Gründe für die Ideologiehaftetheit der Diskussion um seine Interpretation.<sup>2</sup> Der Fahneid in seiner aktuellen und inkriminierten Fassung lautet: „I pledge allegiance to the flag of the United States of America and to the Republic for which it stands, one nation under God, indivisible, with liberty and justice for all.“<sup>3</sup> Die heutige Formulierung entspricht nicht der Urfassung, die vom baptistischen Pastor *Francis Bellamy* Ende des 19. Jahrhunderts noch ohne die Wortfolge „under God“ formuliert wurde und deren allmorgendliche Verwendung im Schulalltag bald zur nationalen Gewohnheit wurde. Einen Platz in

der rechtspolitischen Debatte um die Trennung zwischen Staat und Religion erhielt der Fahneid erst 1940 durch ein Urteil des Supreme Court im Fall *Minersville School District v Gobitis*<sup>4</sup>. Dieser beschied, dass Schülerinnen und Schüler, die den allmorgendlichen Fahneid verweigern, aus öffentlichen Schulen ausgeschlossen werden können, ohne dass dies eine Verletzung der Religionsfreiheit darstelle.<sup>5</sup> 1942, mitten im Zweiten Weltkrieg, wurde die *Pledge* als Instrument der patriotischen Besinnung allen öffentlichen Schulen als verpflichtender Bestandteil des Beginns jedes Unterrichtstages vorgeschrieben.<sup>6</sup>

Ein Jahr später revidierte der Supreme Court seine Entscheidung von 1940 und urteilte in einer – gemessen an der kriegsbedingten Stimmungslage im Land – durchaus bemerkenswerten Entscheidung im Fall *West Virginia Board of Education v Barnette*<sup>7</sup>, dass die Nichtteilnahme am Fahneid eine persönliche Entscheidung sei und nicht den Grund für einen Schulausschluss darstellen könne. *Gobitis* und *Barnette*, die ersten „Flag Salute Cases“, sind, obwohl sie beide auf Beschwerden von Angehörigen der Glaubensgemeinschaft der Zeugen Jehovas zurückgingen, primär vor dem Hintergrund der Einschränkung der Freiheit der Meinungsäußerung in Zeiten eines nationalen Notstandes zu verstehen und stellen daher keine Präzedenzfälle dar, an denen sich der Supreme Court in seiner Entscheidung in *Elk Grove Unified School District v Newdow* hätte orientieren können. Dies insbesondere deshalb nicht, weil die *Pledge* erst ein Jahrzehnt später, im Juni 1954, fast ein Jahrzehnt nach Ende des „heißen“ und zu Beginn des Kalten Krieges, um die streitgegenständliche Formulierung „under God“ erweitert wurde.

Diese letzte und sehr substanzielle Änderung wurde auf Drängen Präsident *Dwight W. Eisenhowers* vom Kongress durchgeführt.<sup>8</sup> *Eisenhowers* Ziel war es, „[to reaffirm] the transcendence of religious faith in America's heritage and fu-

1) No 02-1624.

2) Einen umfassenden, wenn auch etwas unkritischen Einblick in die Entwicklung der *Pledge of Allegiance* ermöglicht *Baer*, *The Pledge of Allegiance, A Centennial History, 1892 - 1992*.

3) *Pledge of Allegiance* idF *Act of*

June 14, 1954, ch. 297, § 7, 68 Stat. 249 („Act of 1954“), Hervorhebung durch den Verfasser.

4) *Minersville School District v Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

5) In seiner *Majority Opinion* schrieb Justice Frankfurter, dass „national unity is the basis of national security. ...

True enough, the flag is a symbol, but we live by symbols. To salute it is therefore a constitutionally allowable part of a school program, which may be made mandatory. A claim for exceptional immunity may be refused simply because granting it might weaken the effect of the exercise.“

6) *Pledge of Allegiance to the United States flag, Act of June 22, 1942*, ch. 435, § 7, 56 Stat. 380.2.

7) *West Virginia Board of Education v Barnette*, 319, U.S. 624 (1943).

8) *Act of June 14, 1954*, ch. 297, § 7, 68 Stat. 249 („Act of 1954“).

ture ... [to] constantly strengthen those spiritual weapons which forever will be our country's most powerful resource in peace and war.<sup>9</sup> In einer Radioansprache, die *Eisenhower* zum Anlass der Beschlussfassung im Kongress hielt, erklärte er, dass die Hinzufügung dieser Worte notwendig sei, damit „from this day forward ... school children will daily proclaim ... the dedication of our Nation and our people to the Almighty.“

Schon damals wurde im Rahmen der Debatte in Kongress und Senat die Frage releviert, ob der Gottesbezug unter Umständen in Konflikt mit der *Establishment Clause* des First Amendment stehe, die mit den Worten „Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; [...]“ das Verbot jeder behördlich verordneten Religionsausübung vorsieht.<sup>10</sup> Eine Verletzung der *Clause* wurde in einer gemeinsamen, wenn auch normativ wirkungslosen Erklärung des Kongresses verneint, welche die Verfassungskonformität von „under God“ erklärte, zumal „[it is] not an act establishing a religion or one interfering with the ‚free exercise‘ of religion“<sup>11</sup>. Allein, die religiöse Dimension dieser Ergänzung sollte nicht übersehen werden: *Eisenhower* intendierte eine konkrete widmungshafte Unterwerfung der Vereinigten Staaten unter eine religiöse Autorität, die vor dem Hintergrund des Kalten Krieges als bewusste politische Akzentuierung des Gegensatzes zwischen einem als gottesfürchtig wahrgenommenen Amerika und der als atheistisch kritisierten kommunistischen Sowjetunion zu verstehen war.

### 3. Patriotismus auf dem Prüfstand

Zurück in die Gegenwart: In Übereinstimmung mit geltendem kalifornischem und bezirksbehördlichem Schulrecht, das eine „patriotic exercise at the beginning of every school day“<sup>12</sup> vor-

sieht, wird der Fahneneid jeden Morgen tausenden Schülerinnen und Schülern des kalifornischen Elk Grove Unified School District abgenommen. Eine von ihnen ist die Tochter von *Michael A. Newdow*. Dieser, ein bekennender Atheist, erachtete sich durch die tägliche Rezitation des Fahneneides in seinen elterlichen Rechten verletzt und klagte die Schulbehörden. „One nation under God“ müsse als „one nation under one God“ gelesen werden. Und „for those who do not share the majority's religious belief that there exists a God – and who wish to instill non-Montheistic values in their children – [„under God“] intrudes into their rights of parenthood.“<sup>13</sup> *Newdow* wollte erreichen, dass „when she [seine Tochter] goes into the public schools she's not going to be told every morning to be asked to stand up, put her hand over her heart, and say your father is wrong.“

Die erste Instanz gab *Newdow* in der Sache *Recht. Newdows* Klagsgegner, der Elk Grove Unified School District, dessen Superintendent sowie die Regierung der Vereinigten Staaten als Streithelfer beriefen. Doch auch vor dem höchsten staatlichen Berufungsgericht, dem für Kalifornien zuständige Circuit Court of Appeals for the Ninth Circuit, mussten sie eine 2-1 Niederlage hinnehmen.<sup>14</sup>

Das Urteil des Circuit Court of Appeals steckte bereits den argumentativen Rahmen für die Verhandlung vor dem Supreme Court ab. Richter *Alfred T. Goodwin* schrieb in seiner *opinion*: „In the context of the Pledge, the statement that the United States is a nation ‚under God‘ is an endorsement of religion. It is a profession of a religious belief, namely, a belief in monotheism.“<sup>15</sup> Es sei weder, wie von *Newdows* Klagsgegnern vorgebracht, ein „mere acknowledgement that many Americans believe in a deity“, noch eine Beschreibung der „undeniable historical significance of religion in the founding of the Republic“.

Vielmehr verfüge ‚under God‘ im Kontext der Pledge über eine normative Wirkung: Die Pledge zu rezitieren wäre ein Bekenntnis zu den „values for which the flag stands: unity, indivisibility, liberty, justice, and – since 1954 – monotheism.“ Daher sei „one nation, under God“ gleichbedeutend mit Formulierungen wie „a nation, under Jesus, ‚a nation, under Vishnu, ‚a nation, under Zeus, ‚or a nation ‚under no god,““ Im Rahmen dieser Bezeugungen gebe es keine religiöse Neutralität.

Der Elk Grove Unified School District berief erneut und wandte sich an das amerikanische Höchstgericht, das beschloss, den Fall zur Verhandlung zuzulassen. Der Supreme Court machte jedoch von seinem Recht Gebrauch, die Vorlagefragen dergestalt umzuformulieren, dass sich die – seines Erachtens – tatsächlich entscheidenden Rechtsfragen herauskristallisierten. Während die vom Elk Grove Unified School District ursprünglich vorgelegten Fragen<sup>16</sup> primär die Verfassungskonformität der Pledge betrafen, stellte der Supreme Court die Frage der Aktivlegitimation in der Vordergrund: „1. Whether respondent [*Michael A. Newdow*] has standing to challenge as unconstitutional a public school district policy that requires teachers to lead willing students in reciting the Pledge of Allegiance. 2. Whether a public school district policy that requires teachers to lead willing students in reciting the Pledge of Allegiance, which includes the words ‚under God,‘ violates the Establishment Clause of the First Amendment, as applicable through the Fourteenth Amendment.“<sup>17</sup>

Bereits die Umformulierung der Vorlagefragen war ein erster Warnschuss für jene, die eine Entscheidung der Frage der Verfassungsmäßigkeit von „under God“ durch den Supreme Court erhofften; konnte doch bei Verneinung der ersten Frage die zweite unbeantwortet bleiben. Da gleichwohl die zweite Vorlagefrage rechtsdogmatisch und rechts-

9) <http://www.usflag.org/pledgeof-fallegiance.html> (22.3.2004).

10) Die Establishment Clause ist ein Teil des im Dezember 1791 im Rahmen der sogenannten „Bill of Rights“ angenommenen First Amendments zur Constitution.

11) H.R. Rep. No. 1693, 83d Cong., 2d Sess. 3 (1954).

12) California Education Code § 52720

iVm Elk Grove Unified School District Policy AR 6115.

13) *Newdow*, Respondents Brief on the Merits, [http://www.abanet.org/publiced/preview/briefs/pdfs\\_03/1624Resp.pdf](http://www.abanet.org/publiced/preview/briefs/pdfs_03/1624Resp.pdf) (23.3.2004) 1.

14) *Elk Grove Unified School District v Newdow*, CA 9, 292 F.3d 597.

15) *Elk Grove Unified School District v Newdow*, CA 9, 292 F.3d 597.

16) „1) Whether the policy of Petitioner Elk Grove Unified School District that requires teachers to lead willing students in reciting the Pledge of Allegiance, which includes the words ‚under God,‘ violates the establishment clause of the First Amendment to the United States Constitution. 2) Whether a non-custodial parent of a minor child has standing in federal court to challenge

the policies of a public school district that require teachers to lead willing students in reciting the Pledge that includes the words ‚under God,‘ when the non-custodial parent does not have legal authority to direct either the education or the religious education of the child.“

17) <http://www.supremecourt.gov/qp/02-01624qp.pdf> (27.3.2004).

philosophisch von ungleich höherem Interesse ist, wird sie vor dem Hintergrund der Judikatur des Supreme Court zur Thematik Staat und Religion im Folgenden genauer beleuchtet werden.

#### 4. Religion vor den Richtern

In Bezug auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit von „under God“ hatte (bzw hätte) der Supreme Court im Wesentlichen zu klären (gehabt), ob die tägliche Bezugnahme auf Gott im Rahmen des Fahneneides die *Establishment Clause* verletzt. Fand wirklich eine behördliche „monotheistische Indoktrinierung“ statt, wie es *Newdow* während der mündlichen Verhandlung<sup>18</sup> formulierte? Zeugte „under God“ eher von einer bestimmten „political philosophy“, wie die Vertreter des Elk Grove Unified School District argumentierten? Oder musste die Pledge, was Solicitor General *Theodore B. Olson* als Vertreter der Regierung vorbrachte, als „civic invocation“ gesehen und im Kontext seiner „ability to invoke certain principles“ verstanden werden, was ihre Qualifizierung als „religious invocation“<sup>19</sup> ausschließen würde?

Eine Leitlinie für das Verhältnis von „under God“ zur *Establishment Clause* stellt die grundsätzliche Judikatur des Supreme Court zum Spannungsfeld von Säkularität und staatlicher Religion dar. Insbesondere die Urteile der letzten Jahrzehnte waren von einem bewussten und programmatischen Bekenntnis zur Trennung von Staat und Gott geprägt. Unter Zugrundelegung eines strengen Säkularitätsmaßstabs entwickelten die Höchststrichter eine konsistente Judikaturlinie zur Trennung von Religion und (staatlichen) Schulen.<sup>20</sup> In *Engel v Vitale*<sup>21</sup> verbot der Supreme Court 1962 schulbehördlich vorgeschriebene Gebetszeremonien. Er wies dabei das Argument zurück, dass „non-denominational prayers“, die ohne Bezeichnung des angerufenen Gottes als christlichen auskommen, unter der *Establishment Clause* erlaubt seien, und weigerte sich, angesichts des informellen sozialen Drucks durch Mitschüler und Lehrer die

Freiwilligkeit der Teilnahme als Rechtfertigungsgrund für das Bestehen der Zeremonien zu sehen. In *Lee v Weisman*<sup>22</sup> erweiterte der Supreme Court 1992 das der *Establishment Clause* entfließende Verbot auf private, nicht schulbehördlich vorgesehene Gebete, die im Rahmen von *commencement ceremonies*<sup>23</sup> stattfinden. Der letzte Fall im Beziehungsfeld von Schule und Gebet war *Santa Fe Independent School District v Doe*,<sup>24</sup> wo das Höchstgericht von Schülervereinigungen geleitete Gebetszeremonien, die auf schulischen Sportplätzen vor Football-Spielen abgehalten werden, wegen ihres offiziellen Charakters und der de facto bestehenden teilnahmebezogenen Peer Pressure für verfassungswidrig erklärte.

Wie schon im Kontext der Flag Salute Cases angedeutet, konnte die erwähnte Judikatur nicht kritiklos im Sinne des Vorbringens *Newdows* fruchtbar gemacht werden. Zwar zeigen *Engel*, *Lee* und *Santa Fe Independent School District*, dass der Supreme Court besonders die Verfassungsmäßigkeit religiöser Verhaltenselemente in Schulen anhand rigider Voraussetzungen prüft, doch unterschied sich *Elk Grove Unified School District v Newdow* in einem entscheidenden Punkt von den erwähnten Präzedenzfällen. Während in der bisherigen Judikatur die Religionsbezogenheit der strittigen Tätigkeiten immer außer Streit gestellt wurde und nur die Zulässigkeit ihrer Vornahme Verfahrensgegenstand war, musste im Fall *Newdow* die rechtliche Prüfung bereits eine Stufe zuvor ansetzen. Vertreter der Schulbehörden und der Regierung versuchten zu zeigen, dass die Formulierung „under God“ nicht ausreiche, um den Fahneneid als religiöse Aussage zu qualifizieren; diese Einordnung indes ist Voraussetzung für eine Prüfung am Maßstab der *Establishment Clause*. Nur schulbehördlich verordnetes religiöses Verhalten muss sich an der *Establishment Clause* messen. Lag der Pledge keine schlechthin religiöse Aussage zugrunde, konnte

*Newdow* nicht auf die *Establishment Clause* rekurren.

#### 5. Dimensionen der Debatte

Vor der Analyse der Vorbringen der Parteien plausibilisiert ein Blick in die amerikanische Öffentlichkeit die soziale Problematik des Falles. Medien und Meinungsmacher waren sich dessen bewusst, dass sich der Supreme Court mit einer Grundsatzentscheidung konfrontiert sah, die für das Verhältnis von Staat und Religion entscheidend sein würde. Nach einer Umfrage,<sup>25</sup> die am Tag der mündlichen Verhandlung vor dem Supreme Court veröffentlicht wurde, befürworteten fast neun von zehn Amerikanern eine Pledge mit Gottesbezug. Während sich nur zwölf Prozent für die Entfernung von „under God“ aussprachen, war die mit einem Prozent im Vergleich zu anderen Umfragen auffallend geringe Anzahl der Unentschlossenen als Signal der Emotionalität und Aktualität der Thematik auszudeuten. Ein detachierter Zugang unter Zugrundelegung einer kritischen Würdigung der Argumente *Newdows* war für einen großen Teil der US-Gesellschaft nicht möglich.

Der Grund dafür liegt in der für europäische Verhältnisse sehr starken religiösen Durchdringung Amerikas und den darob tradierten monotheistischen Denkmustern, die atheistischen Argumentationsansätzen nicht unmittelbar zugänglich sind. Der Atheismus als Lebensanschauung, wie *Newdow* ihn vertritt, ist für einen substantziellen Teil der amerikanischen Gesellschaft politisch nicht diskursfähig. Doch nicht nur innerhalb der Bevölkerung konnte eine hohe Zahl an Unterstützern des Gottesbezuges ausgemacht werden: Sowohl der zu diesem Zeitpunkt amtierende US-Präsident *George W. Bush* als auch sein demokratischer Gegenkandidat *John F. Kerry*, die Attorney Generals aller 50 Staaten, die National School Boards Association und die als Gewerkschaft der Lehrerinnen und Lehrer fungierende National Education Association traten –

18) Zitate der mündlichen Verhandlung aus: Excerpts From Arguments on the Meaning of „Under God“ in the Pledge of Allegiance, <http://www.nytimes.com/2004/03/25/national25STEX.html> (25.3.2004).

19) Excerpts, <http://www.nytimes.com/2004/03/25/national25STEX.html> (25.3.2004).

20) Erhellend zum Hintergrund des Wirkungszusammenhangs von Religion, Staat und Freiheit: *Haynes*, History of Religious Liberty in America (1991).

21) 370 U.S. 421 (1962).

22) 505 U.S. 577 (1992).

23) Das sind traditionelle Feiern zu Schulbeginn.

24) 530 U.S. 290 (2000).

25) Zitiert auf <http://www.nytimes.com/aponline/national/AP->

[Pledge-AP-Poll.html](http://www.nytimes.com/aponline/national/AP-Pledge-AP-Poll.html) (24.3.2004). Die Umfrage fand unter 1,001 erwachsenen US-Amerikanern statt, Befragungszeitraum: 19-21.3.2004. Die Fehlerquote betrug +/- 3 %.

wenn auch mit unterschiedlichem Grad an Sendungsbewusstsein – für den Erhalt von „under God“ ein. Desgleichen trugen Kongressabgeordnete und Senatoren der Mehrheitsauffassung Rechnung. Zwischen zweinstanzlichem Urteil des Circuit Court of Appeals und Verhandlung vor dem Supreme Court befürwortete der Senat 99-0 eine Pledge mit „under God“, und Kongressmitglieder stimmten gemeinsam in eine von mehreren Fernsehkanälen übertragene kollektive Rezitation der Pledge ein.

## 6. Die Positionen der Parteien

Zum Verfahren zurückkehrend, sind die Fragen, die sich der Supreme Court stellen musste, genauer zu betrachten. Vorerst: Was bedeutet „one nation under God“? Und in Folge: Ist hinter der Invokation eine religiöse Aussage verborgen, der die *Establishment Clause* des First Amendment entgegensteht? Umgekehrt gefragt: Kann „under God“ als Beispiel von Religiosität außerhalb jedweden christlich-spirituellen Kontextes gelten? Vorschläge, wie diese Streitfragen zu beantworten wären, gab es zuhauf. In den verschiedenen beim Supreme Court eingelangten *briefs* (Schriftsätzen) äußerten sich neben den Streitparteien auch mehr als 50 *amici curiae*, Streithelfer der klagenden oder der beklagten Partei.<sup>26</sup>

Ein kurzer Auszug aus der Liste der *amici* gibt Zeugnis von der Mannigfaltigkeit sozialer und religiöser Gruppierungen, die Interesse am Prozess bekundeten, und gibt ein interessantes Sitzenbild der amerikanischen Gesellschaft wider: American Jewish Congress, Associated Pantheist Groups, Atheists for Human Rights, Buddhist Temples, Christian Legal Society, United Fathers of America, et al.

Die meisten *briefs* von *amici curiae* mit atheistischem oder liberalem, bürgerrechtlichem oder minderheitenrechtlichem Hintergrund argumentierten im Sinne *Newdows*, der die Formulierung aufstellte, dass „under God“ nur „one side in the quintessential religious question ‚Does God exist?‘“ sei und als Aus-

druck eines „sectarian religious dogma“, das keinesfalls in öffentlichen Schulen gefördert werden sollte, für verfassungswidrig zu erklären sei. In seinem *Respondent Brief* stellt *Newdow* insbesondere klar, dass er nur gegen das Eindringen dieser Formulierung „into an otherwise patriotic exercise“<sup>27</sup> kämpfe, mithin gegen die religiösen Untertöne der Pledge, nicht aber gegen die „patriotic exercise“ an sich.

Was die Argumentation seiner Streitgegner, der Regierung unter Präsident *Bush* und des *Elk Grove Unified School District* als Verteidiger des Fahneidees, betraf, ergaben sich zwei interessante Erkenntnisse: Erstens bestanden augenfällige Parallelen zu europäischen Präambel-Diskussionen. Verfechter der Präambel im Europäischen Konvent rekurrierten regelmäßig auf das ‚christliche Erbe Europas‘, das durch einen Gottesbezug seinen Ausdruck finden sollte. Solicitor General *Olson* folgte als Vertreter der Regierung dieser historisch-philosophischen Betrachtungsweise und sprach im Antrag der Regierung von einer patriotischen Anerkennung „[of] the nation’s religious history“ und dem „undeniable historical fact that the nation was founded by individuals who believed in God.“<sup>28</sup> Indes – und hier liegt der entscheidende Unterschied zu manchen Verfechtern einer gottesbezüglichen Präambel – stellte *Olson* fest, dass „under God“ lediglich eine empirische Aussage sei, die keine Gefahr für die Trennung von Kirche und Staat darstelle. Damit entkäme die Pledge, wie bereits ausgeführt, der Prüfung anhand der *Establishment Clause*. Zweitens – und dies ließ auf ein breites Meinungsspektrum auch auf Seiten der Regierung schließen – schienen sich die prozessbezogenen Äußerungen und Schriftsätze des Department of Justice nicht immer mit der Linie Präsident *Bushs* in Einklang bringen lassen: So hatte dieser in einem Schreiben an Parteifreunde noch zum Ausdruck gebracht, dass die Formulierung „under God“ ein Weg sei, „our reliance on God“ zu beweisen und zu zeigen, dass die Menschen auch wei-

terhin „humbly ... the wisdom and blessing of divine providence“ suchen würden.

*Bushs* Aussagen wurden von *Newdow* in der mündlichen Verhandlung releviert, als die Frage zu klären war, ob die Pledge unter Umständen Charakterzüge eines Gebetes aufweise – und damit eine unter der *Establishment Clause* verbotene religiöse Aussage darstelle. Das Transkript<sup>29</sup> der Verhandlung gibt folgende Diskussion wieder: „*Justice O’Connor*: ... I suppose reasonable people could look at the pledge as not constituting a prayer. *Newdow*: Well, President Bush said it does constitute a prayer. *Chief Justice Rehnquist*: Well, but he – we certainly don’t take him as the final authority on this.“

## 7. Alltägliche Kontextualität

Eine im Rahmen der mündlichen Verhandlung vielfach thematisierte Problematik war das Schicksal jener Ausdrücke des täglichen Lebens, der Wirtschaft, der Politik und des Justizwesens, die sich bei konsequenter Auslegung eindeutig als monotheistisch geprägt erweisen. Sollten sie im Falle der Verfassungswidrigkeit von „under God“ im Fahneid ebenfalls durch neutrale Formulierungen ersetzt werden müssen? Selbst grundlegende Dokumente der Aufklärung, Geistesfreiheit und Staatswerdung Amerikas, wie die *Declaration of Independence*, würden diesfalls dann als vorurteilsbeladen wahrgenommen werden müssen. Die Unabhängigkeitserklärung nimmt etwa offen Bezug auf eine göttliche Quelle als Legitimationsgrundlage für die Separation von England. In der vielleicht bekanntesten Formulierung wird die gottesbezügliche, naturrechtliche Verankerung sogar noch deutlicher: Während nämlich Regierungen auf den Konsens der Regierten rückführbar sein müssen, stellen sich bestimmte fundamentale Menschenrechte als gottgegeben dar. Es sei „self-evident“, dass „[all Men] are endowed by their Creator with certain unalienable Rights.“ Während die *Declaration of Independence* noch als historisches Doku-

26) Die vollständige Liste findet sich auf: <http://www.supremecourtus.gov/docket/02-1624.htm> (25.6.2004).

27) *Newdow*, Respondents Brief on the Merits, [http://www.abanet.org/publiced/preview/briefs/pdfs\\_03/1624Resp.pdf](http://www.abanet.org/publiced/preview/briefs/pdfs_03/1624Resp.pdf) (23.3.2004) 20.

28) Eine Übersicht über die Anträge der Streitparteien findet sich bei *Greenhouse*, One Crucial Issue in Pledge Case: What Does 'Under God' Mean? *New York Times* (22.3.2004).

29) Excerpts, <http://www.nytimes.com/2004/03/25/national25STEX.html> (25.4.2004).

ment aus der Debatte genommen werden könnte, sind so alltägliche Gegenstände wie Zahlungsmittel ebenfalls betroffen: „In God We Trust“ findet sich seit den Zeiten *Lincolns* auf dem amerikanischen Geld; auch dies, bei genauer Betrachtung, ein vom Finanzhoheitsträger Staat verordnetes Bekenntnis zum Monotheismus.

Schließlich ist selbst der Supreme Court von einer gottesbezüglichen Formulierung betroffen. Jede öffentliche Sitzung beginnt mit den Worten des Gerichtsdieners: „God save the United States and this honorable court.“<sup>30</sup> Kann ein Gerichtshof, der „under God“ im Fahnenfeld für verfassungswidrig erklärt, eine religiöse Anrufung in eigener Sache dulden? Wie gleich unten zu zeigen sein wird, verzichtete der Supreme Court auf eine Beantwortung der aufgeworfenen Fragen. *Newdow* fühlte sich in diesem konkreten Zusammenhang nicht beschwert. Von *Justice O'Connor* auf die Verfassungsmäßigkeit des traditionellen Eröffnungsvorganges angesprochen, betonte er, dass „nobody's asked to stand up, place their hand on their heart and affirm this belief.“<sup>31</sup>

### 8. Aktivlegitimation als Notweg

*Newdow* war sich der Implikationen seiner Anfechtung der Pledge von Anfang an bewusst und verglich seinen Fall bald mit *Brown v Board of Education*<sup>32</sup>, jenem bahnbrechenden Urteil, mit dem der Supreme Court die *Separate but Equal*-Doktrin verworfen und die rechtlichen Grundlagen für ein Ende der Rassentrennung in Amerikas Bildungsinstitutionen gelegt hatte. Doch es sollte anders kommen. Angesichts der vorgebrachten Argumente und der tatsächlich bestehenden rechtlichen und philosophischen Grundsatzfragen, die *New-*

*dows* Klage ausgelöst hatte, erwies sich das Urteil als eher enttäuschend.

Mit der schlichten Begründung, der Kläger verfüge über keine ausreichende Aktivlegitimation, da er nicht obsorgeberechtigt für seine Tochter sei und sich in einem gerichtlichen Obsorgestreit mit deren Mutter befinde, entzogen sich jene fünf Richter, welche die *majority opinion* formulierten, der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Pledge. Unter der Führung von *Justice Stevens* hielten sie fest, dass sie den „realm of domestic relations“ keiner rechtlichen Würdigung unterziehen und dem zuständigen Familiengericht nicht vorgreifen wollten, indem sie *Newdows* Klagerecht bestätigten. Während *Newdow* in der Verhandlung davon sprach, dass ihm „actual, concrete, discrete, particularized, individualized harm“<sup>33</sup> zugefügt werde, sah der Supreme Court dies nicht als gegeben an. Die Mutter des Kindes, *Sandra L. Banning*, teilte übrigens ihrerseits in einer Eingabe mit, dass sie sowohl die Pledge in ihrer derzeitigen Form als auch die tägliche Rezitation durch ihre Tochter unterstütze.

Im Ergebnis hatte *Newdow* vermutlich Glück. Seine Argumente in Bezug auf die Pledge wurden in der *majority opinion* nicht rechtlich gewürdigt – und daher auch nicht zurückgewiesen. Das Thema bleibt daher offen. Obschon, wie eingangs erwähnt, die drei konservativeren Mitglieder des Supreme Courts in ihrer gemeinsamen *opinion* weiter gingen und auch die zweite Vorlagefrage beantworteten. Chief Justice *Rehnquist* und die Justices *O'Connor* und *Thomas* brachten zum Ausdruck, dass die Pledge verfassungsgemäß sei. Sie kritisierten die anderen fünf Richter und führten aus, dass die verfahrens- und familienrechtliche Dimension nicht entscheidend sei. Da Gott auch in vielen an-

deren Umständen im Laufe der amerikanischen Geschichte angerufen worden sei – so etwa in *Lincolns* Gettysburg Address und in General *Eisenhowers* Invasionsbefehl an die Alliierten Streitkräfte vom 6. Juni 1944 –, sei die Pledge ein traditionsreiches, legitimes und verfassungskonformes Bekenntnis zu einer höheren Entität.

### 9. Schlusswort

Offen bleibt, ob sich nicht bald ein anderer Kläger findet, der tatsächlich aktiv legitimiert ist. Dann wäre der Supreme Court erneut vor dieselbe Frage gestellt und müsste eingestehen, dass der *easy way out* in der Welt des Rechts nicht immer der beste ist. Dabei wäre ein Kompromissvorschlag, der zwar qua Bezugnahme auf eine übermenschliche Autorität einen naturrechtlichen Anker beibehält, jedoch nicht monotheistische Auffassungen bevorzugt, durchaus denkbar. Eine Formulierung der polnischen Verfassung aufnehmend, würde die neue Pledge dann lauten: „I pledge allegiance to the flag of the United States of America and to the Republic for which it stands, one nation *under God or some other source of truth, justice, good and beauty*, indivisible, with liberty and justice for all.“ Mit dieser Version könnte wohl auch *Newdow* leben, mit oder ohne ausreichende Aktivlegitimation.

*Matthias C. Kettemann studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz; matthias.kettemann@stud.uni-graz.at.*

30) Vgl. *Schwartz*, A History of the Supreme Court (1993).

31) Excerpts From Arguments on the Meaning of „Under God“ in the Pledge of

Allegiance, <http://www.nytimes.com/2004/03/25/national25STEX.html> (25.4.2004).

32) *Brown v Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

33) Excerpts, <http://www.nytimes.com/2004/03/25/national25STEX.html> (25.4.2004).

# Kein Wahlrecht ohne roten Pass

Das VfGH-Erkenntnis zum  
Ausländerwahlrecht in Wien  
(VfGH 30.6.2004, G 218/03)<sup>1</sup>

Bernhard Perchinig

## 1. Ein pragmatischer Sonderweg

Die Ausgangslage ist bekannt: Im Jahr 2003 beschloss der Wiener Landtag, in Zukunft Nicht-EU-BürgerInnen mit zumindest fünfjährigem Aufenthalt in Österreich bei Wahlen zu den Bezirksvertretungen das aktive und passive Wahlrecht zu gewähren. Damit sollte den langansässigen MigrantInnen, die sich noch nicht eingebürgert hatten, die Möglichkeit der politischen Partizipation auf der untersten Ebene der Gemeindepolitik gewährt und ein Einstieg in die Kommunalpolitik ermöglicht werden. Ein logischer Schritt, nachdem UnionsbürgerInnen seit dem EU-Beitritt auch das Wahlrecht auf Bezirksebene (und in anderen Städten zum Gemeinderat) haben, und es keinen logischen Grund gibt, einem/r in Wien lebenden/r PortugiesIn, nicht aber deren/dessen türkischen NachbarIn die Stimmabgabe zu ermöglichen.

Neben dem demokratischen Impetus hätte dies auch den Druck auf die Parteien, sich MigrantInnenanliegen zu widmen und diesen Karrierewege zu eröffnen, erhöht. Der Schritt wurde daher von allen MigrantInnenorganisationen und NGOs in dem Feld sowie von der SPÖ und den Grünen begrüßt.

Die Wiener Stadtregierung sicherte ihre Entscheidung durch verfassungsrechtliche Gutachten und Einschränkungen des Wahlrechts ab: Die Bezirksvertretungen bildeten, so die Argumentation der Gutachten, keine all-

gemeinen Vertretungskörper und übten, mit der Ausnahme der BezirksvorsteherInnen und deren StellvertreterInnen sowie des Bauausschusses auch keine Hoheitsaufgaben aus. Die Einführung des Bezirkswahlrechts für Drittstaatsangehörige würde daher nicht das gemäß Judikatur und herrschender Lehre StaatsbürgerInnen vorbehaltene Wahlrecht zu einer gesetzgebenden Körperschaft betreffen und wäre somit verfassungskonform, sofern Drittstaatsangehörigen weiter die Wahl zur BezirksvorsteherIn bzw. stellvertreterIn und zu Mitgliedern (Ersatzmitgliedern) des Bauausschusses verwehrt bliebe. Ein Wahlrecht zum Gemeinderat war schon deshalb undenkbar, da dieser gemäß Art 108 B-VG gleichzeitig Landtag ist. Auch UnionsbürgerInnen besitzen kein Landtagswahlrecht.

Diese Beschränkungen zeigen deutlich, dass der Schritt von Anfang an ein pragmatischer Versuch war, eine nur für Wien denkbare Regelung in einer vermeintlichen verfassungsrechtlichen Regelungslücke zu etablieren. Denn selbst wenn der Verfassungsgerichtshof dem Wiener Vorstoß zugestimmt hätte, wäre zur Einführung des Kommunalwahlrechts für Drittstaatsangehörige in anderen Gemeinden weiter eine Verfassungsänderung nötig geblieben. Zum Verständnis der Komplexität der Materie ist ein kurzer Ausflug in das Verfassungsrecht angebracht.

## 2. Wahlrecht und Staatsbürgerschaft

Entgegen landläufiger Ansicht schränkt der Text des B-VG das Wahlrecht zum Nationalrat und zu den Landtagen nicht direkt auf StaatsbürgerInnen ein, sehr wohl jedoch das Wahlrecht zu Gemeinderäten<sup>2</sup>. In der Judikatur und Lehre ist jedoch unbestritten, dass auch das Wahlrecht zum Landtag und Nationalrat nur StaatsbürgerInnen zusteht (ua Feik 2003, S. 99 f.) Manche Autoren sprechen auch von einem Homogenitätsprinzip im Bereich des Wahlrechts, was bedeutet, dass der Kreis der Wahlberechtigten zu den allgemeinen Vertretungskörpern im wesentlichen aus den gleichen Personen bestehen muss (ua Kojas 1988, S. 101).

Staatsbürgerschaft und Wahlrecht waren historisch jedoch keineswegs immer so eng verknüpft wie heute: Der § 28 des Provisorischen Gemeindegesetzes 1849 (RGI 1849/170) sowie der Art 26 Abs 1 B-VG (idF der B-VG Novelle 1929, der erst Ende 1968 außer Kraft gesetzt wurde), sahen die – de facto nie realisierte – Möglichkeit vor, unter der Bedingung staatsvertraglich gewährleisteter Gegenseitigkeit das aktive und passive Wahlrecht auch NichtösterreicherInnen zuzugestehen (Feik 2003, S. 103). Doch dies ist Geschichte, Art 117 Abs 2 B-VG definiert eindeutig:

Die Wahlen in den Gemeinderat finden auf Grund des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Verhältniswahlrechts aller Staatsbürger statt, die in der Gemeinde den Hauptwohnsitz haben; ... Unter den von den Ländern festzulegenden Bedingungen steht das aktive und passive Wahlrecht auch den Staatsbürgern anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu.

Allein aufgrund dieses Artikels ist klar, dass ein allgemeines kommunales Wahlrecht für Drittstaatsangehörige ohne Verfassungsänderung nicht zu haben ist. Mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union wurde in Umsetzung des Art 19 Abs 1 (ex-Art 8b Abs 1) EGV das kommunale Wahlrecht allerdings

1) Für Anregungen und Kritik bin ich Bedana Bapuly, Ronald Faber und Hannes Tretter zu Dank verpflichtet. 2) Die Definition der Wahlberechtigten zum Nationalrat findet sich in Art 26 B-VG, zu den Landtagen in Art 95 B-VG und zum Gemeinderat in Art 117 B-VG.

auf UnionsbürgerInnen ausgedehnt. Diese Bestimmung lautet:

„Jeder Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, hat in dem Mitgliedstaat, in dem er seinen Wohnsitz hat, das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen, wobei für ihn dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates.“

Die EG-Kommunalwahlrichtlinie (RL 94/80/EG des Rates vom 19.12.1994, ABl L 368, 38, geändert durch RL 96/30/EG des Rates vom 13.5.1996, ABl L 122, 14 vom 22.5.1996) definiert in Art. 2 Abs. 1 „Kommunalwahlen“ folgendermaßen:

„Kommunalwahlen: die allgemeinen, unmittelbaren Wahlen, die darauf abzielen, die Mitglieder der Vertretungskörperschaft ... einer lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe zu bestimmen.“

Die jeweiligen Vertretungskörperschaften der „lokalen Gebietskörperschaften der Grundstufe“ werden wiederum im Anhang der Richtlinie aufgelistet, für Wien wurden in diesem Anhang die Bezirke genannt. UnionsbürgerInnen realisieren daher ihr Recht auf Wahl der Mitglieder einer Vertretungskörperschaft auf der Grundstufe durch die Teilnahme an den Wahlen zur Bezirksvertretung.

Wesentlich ist hier, dass die Ausdehnung des Wahlrechts auf UnionsbürgerInnen nicht durch eine Änderung der Bestimmung über die Staatsbürgerschaft als Voraussetzung für das kommunale Wahlrecht im ersten Satz des Art 117 Abs 2 stattfand, sondern durch das Einfügen einer entsprechenden ergänzenden Bestimmung in den Text des B-VG. Damit signalisierte der Verfassungsgesetzgeber klar, dass die Umsetzung des Art 19 Abs 1 (ex-Art 8b Abs 1) EGV keine Änderung der wahlrechtlichen Grundsätze der Verfassung bewirkte, sondern UnionsbürgerInnen dieses Wahlrecht nur aufgrund der Verpflichtungen des EU-Rechts zugesprochen bekämen. Damit ist ein österreichisches Spezifikum angesprochen: Zwar brachte der Beitritt Österreichs zur EU eine grundlegende Änderung der Verfassungsprinzipien mit sich, dies wurde jedoch in der Verfassungsurkunde nicht entsprechend nachvollzogen. Die Chance, den EU-Beitritt

Österreichs zu einer allgemeinen Ausweitung des kommunalen Wahlrechts auf alle legal ansässigen ausländischen Staatsangehörigen zu nutzen, wurde von der damaligen SPÖ-ÖVP Koalition nicht wahrgenommen; auch die Zivilgesellschaft verschlief damals die Chance einer Verfassungsreform.

### 3. Die Wiener Bezirksvertretungen

So weit, so klar. Doch wie sieht es mit den Wiener Bezirksvertretungen aus? Der Text der Verfassung schweigt über diese, sie werden allein in der Wiener Stadtverfassung (LGBl 1968/28 idF 1997/41) in der „6. Abteilung“ geregelt. § 61a Abs 1 bestimmt die Wiener Gemeinderatswahlordnung 1996 (LGBl 1996/16 idF 1996/31) – ein einfaches Landesgesetz – als für das Wahlrecht zuständige Rechtsnorm.

Nachdem der Verfassungstext zu den Wiener Bezirksvertretungen schweigt, stellt sich die Frage, was diese aus verfassungsrechtlicher Sicht sind. Gehören sie zu den zitierten „allgemeinen Vertretungskörpern“ oder gründen sie allein auf Länderrecht und unterliegen somit der „relativen Verfassungsautonomie“ der Länder gemäß Art 99 Abs 1 B-VG, die diesen erlaubt, Materien, die die Bundesverfassung nicht berühren, autonom zu regeln?

In dieser Frage waren bis zum gegenständlichen Erkenntnis zwei unterschiedliche Einschätzungen möglich: Die Bezirksvertretungen wurden im Gemeindestatut 1900 festgeschrieben und wurden auch im § 34 Abs 2 des Verfassungs-Übergangsgesetzes 1920 erwähnt, entfielen aber in der B-VG-Novelle 1929. Dieses Schweigen der Verfassung wurde unterschiedlich interpretiert: Nach der einen Auffassung habe der Verfassungsgesetzgeber die Bezirksvertretungen bewusst aus der Verfassung entfernt, da er sie nicht als allgemeine Vertretungskörper ansah (so Heinz Mayer in seinem Gutachten, zitiert nach VfGH 30.06.2004, G 218/03, S. 19), nach anderer Meinung habe der Verfassungsgesetzgeber diese 1929 bereits vorgefunden und somit stillschweigend als allgemeine Vertretungskörper zur Kenntnis genommen (Ponzer/Cech 2000, S. 89). Je nach Interpretation wäre das Wahlrecht für Drittstaatsangehörige auf Bezirksebene als verfassungskonform bzw als verfassungswidrig einzu-

schätzen. Die Stadt Wien schloss sich der ersten Denkschule an, änderte 2003 die Wiener Stadtverfassung und die Wiener Gemeinderatswahlordnung und dehnte das Wahlrecht auf Bezirksebene auf Drittstaatsangehörige mit zumindest fünfjährigem ununterbrochenen legalen Aufenthalt in Wien aus.

### 4. Das Verfahren vor dem VfGH

Diese Bestimmungen wurden von der Wiener ÖVP und FPÖ als verfassungswidrig beim VfGH angefochten.

Die Anfechtung entwickelte drei Argumentationsgänge. Erstens behauptete sie, dass die Wiener Bezirksvertretungen zu den allgemeinen Vertretungskörpern zählten und das Wahlrecht zu diesen somit dem wahlrechtlichen Homogenitätsprinzip unterliege, daher sei eine Ausdehnung auf Drittstaatsangehörige verfassungswidrig. Zweitens widerspreche das Wahlrecht für Drittstaatsangehörige dem StaatsbürgerInnenvorbehalt bei der Ausübung öffentlicher Funktionen gemäß Art 3 StGG. Der Ausschluss Drittstaatsangehöriger vom Recht, zur BezirksvorsteherIn und -stellvertreterIn sowie zu Mitgliedern bzw Ersatzmitgliedern des Bauausschusses gewählt zu werden, ändere daran nichts, da schon die Teilnahme an der Wahl zu hoheitlichen Organen die Ausübung einer hoheitlichen Funktion darstelle. Schließlich wurde vorgebracht, dass die Ausdehnung des Wahlrechts auf Drittstaatsangehörige dem Sachlichkeitsgebot widerspreche.

Die Stadt Wien bestritt in ihrer Stellungnahme, dass das wahlrechtliche Homogenitätsprinzip auf die Bezirksvertretungen anzuwenden sei und meinte, dieses sei nur auf die im B-VG direkt genannten Vertretungskörper anzuwenden. Mit Verweis auf das Urteil des VfGH zum Zentralausschuss der Österreichischen Hochschülerschaft (VfGH 10.10.1995, B 70/94) stellte sie fest, dass das Ausmaß der hoheitlichen Tätigkeiten bei der Wahl der BezirksvorsteherIn bzw -stellvertreterIn bzw. der Mitglieder und Ersatzmitglieder des Bauausschusses zu geringfügig sei, um eine Verfassungswidrigkeit zu bewirken. Dem Vorwurf der Unsachlichkeit wurde mit dem Verweis auf das geringe politische Gewicht der Bezirksvertretungen, der Einschränkung des Wahlrechts auf Drittstaatsangehörige mit zumindest fünfjährigem Aufenthalt und

der Aufgabenstellung der Bezirksvertretungen, nur die unmittelbaren Lebensbedingungen im Bezirk zu regeln, begegnet.

## 5. Das Erkenntnis

Der VfGH gab der Anfechtung Recht und hob die Bestimmungen zur Einführung des Wahlrechts auf Bezirksebene für Drittstaatsangehörige mit Entscheidung vom 30.06.2004 (G 218/03) als verfassungswidrig auf. Er setzte sich nur mit der Frage des Wahlrechts auseinander, die anderen in der Anfechtung genannten Punkte blieben unbehandelt.

Die Argumentation des VfGH ist bedenkenswert. Er stellt zuerst fest, dass das wahlrechtliche Homogenitätsprinzip ein in den Grundzügen einheitliches Wahlrecht für alle allgemeinen Vertretungskörpern verlange (S. 35 f) und zu klären sei, ob die Wiener Bezirksvertretungen solche allgemeine Vertretungskörper seien. Nach einer Analyse der entsprechenden Bestimmungen der Wiener Landesgesetze zählt er die Argumente auf, die dafür sprechen, ohne sich jedoch festzulegen. In der Folge stellt er fest, dass das Wahlrecht zu den Bezirksvertretungen bei Unionsbürgern als Realisierung des ihnen zustehenden Wahlrechts zu einer „lokalen Gebietskörperschaft der Grundstufe“ gelte, man hier sehr wohl davon ausgehe, dass diese die Repräsentationsorgane auf unterster politischer und administrativer Stufe seien (S. 46). Allerdings verfolgt der VfGH dieses Argument, das deutlich gegen die Argumentationslinie der Stadt Wien spricht, die die Bezirksvertretungen nicht als allgemeine Vertretungskörper qualifiziert, nicht weiter. Möglicherweise deshalb, da diese Debatte unausweichlich zur Frage geführt hätte, ob nach dem EU-Beitritt Österreichs und der Ausweitung des Kommunalwahlrechts auf UnionsbürgerInnen die Argumentation einer wahlrechtlichen Homogenität noch so ohne weiters aufrechterhalten werden kann.

Statt dessen übernimmt der VfGH die Perspektive der Wiener Landesregierung, dass die ausdrücklichen verfassungsgesetzlichen Regeln nur für die im B-VG genannten Vertretungskörper gelten, aus dem B-VG also für die Beantwortung der Frage des Charakters der Bezirksvertretungen nichts zu gewinnen sei. (S. 47).

Dieser Abwägung, aus der prima vista eine Rückweisung der Anfechtung folgen müsste, folgt jedoch ein Argumentationsschwenk, der aus einem Lehrbuch des Nationalismus des 19. Jahrhunderts stammen könnte. Der VfGH fährt fort (S. 47 f):

„Von entscheidender Bedeutung ist aber – und insofern sind die Antragsteller mit ihrer Anfechtung im Recht – dass die genannten Bestimmungen ..., die das Wahlrecht zum Nationalrat, zu den Landtagen und zu den Gemeinderäten ... österreichischen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern vorbehalten, ihrerseits nur eine nähere Ausgestaltung des demokratischen Grundprinzips der österreichischen Bundesverfassung darstellen. Dieses ist im Art. 1 B-VG wie folgt geregelt:

„Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“

Der in dieser Bestimmung verwendete Begriff des Volkes knüpft aber – wie der Verfassungsgerichtshof schon in seinem Erkenntnis VfSlg. 12.023/1989 im Zusammenhang mit dem Begriff des Bundesvolkes iSd Art. 26 B-VG dargelegt hat – an die österreichische Staatsbürgerschaft an. ... „Auch eine Bedachtnahme auf Art. 8 Abs. 1 des Staatsvertrags von Wien, BGBl. 152/1955 ... macht ... deutlich, dass der Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft das maßgebliche Kriterium für die Zugehörigkeit zum Bundesvolk darstellt.“

Die Änderung, die Art. 1 B-VG durch den Abschluss des EU-Beitrittsvertrags ... erfuhr und der zu Folge das „Recht“ der Republik Österreich nunmehr nicht allein vom „Volk“, sondern zum Teil von Gemeinschaftsorganen „ausgeht“, ist hier ohne Belang.“

Mit diesem Argument verknüpft der VfGH den demokratischen Charakter Österreichs mit dem Staatsbürgervorbehalt beim Wahlrecht und distanziert sich damit weit von der Demokratieentwicklung in anderen europäischen Ländern, die ua auch durch eine Ausweitung des kommunalen Wahlrechts auf Drittstaatsangehörige gekennzeichnet ist. Zudem beruft sich der VfGH auf ein vor dem Beitritt Österreichs zur EU ergangenes Erkenntnis, ohne die durch den EU-Beitritt eingetretenen Änderungen zu reflektieren. Die Gleichsetzung des Volksbegriffs mit der Summe der Staatsbürger ist nicht nur ein Rückschritt in eine völkische Staatskonzeption

des 19. Jahrhundert, die schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts massiv kritisiert wurde (siehe zB Jellineks Kritik aus 1914, zit in Feik 2003, FN 24), sondern widerspricht auch dem im Vertrag von Maastricht zu Recht gewordenem Konzept der Europäischen Bürgerschaft, das EU-BürgerInnen mit Staatsangehörigen, ua beim kommunalen Wahlrecht, weitgehend gleichstellt und damit die Gleichung Staatsvolk = Summe der StaatsbürgerInnen klar bricht. Schon gar nicht nimmt das Urteil Notiz von den Schlussfolgerungen des Europäischen Rats von Tampere, demgemäß Drittstaatsangehörige nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer rechtlich weitestgehend mit Staatsangehörigen gleichgestellt werden sollten. Dass der VfGH nicht auf die Bedeutung der Ausweitung des kommunalen Wahlrechts auf UnionsbürgerInnen für das wahlrechtliche Homogenitätsprinzip eingeht, sondern stattdessen apodiktisch festhält, dass der Beitritt zur EU schlicht keine Rolle spiele, ist ein weiteres Zeichen dafür, dass das Hohe Gericht mit seiner wortorientierten Auslegung des Art 1 B-VG noch nicht ganz in Europa angekommen ist: Bei Kommunalwahlen sind UnionsbürgerInnen zweifelsohne Teil des Souverän, und nicht umsonst schlug der Präsident des VfGH, Karl Korinek, nach dem Beitritt Österreichs zur EU eine entsprechende Adaptierung des Art 1 B-VG vor.

## 6. Causa finita?

Was bedeutet dieses Erkenntnis auf politischer Ebene, welche Strategien können nun eingeschlagen werden?

Nachdem mit dem VfGH-Erkenntnis die Teilnahme von Drittstaatsangehörigen an Kommunal- und Bezirksvertretungswahlen ausgeschlossen ist und der VfGH zudem ein zutiefst nationalistisches Verfassungsdenken zeigte, ist es höchst an der Zeit, dass das Thema „Wahlrecht für Drittstaatsangehörige“ auf die Tagesordnung des Verfassungskonvents kommt. Bisher haben sich weder SPÖ noch Grüne dafür besonders stark gemacht, beide kündigen jedoch in Reaktion auf das Erkenntnis an, neue Schritte setzen zu wollen. Hierbei wäre es vor allem nötig, die Debatte mit der europäischen Diskussion der Entwicklung einer europäischen Zivilbürgerschaft zu verknüpfen, die als Zwischenstatus zwischen AusländerInnen und

StaatsbürgerInnen langansässige MigrantInnen im Wesentlichen mit UnionsbürgerInnen gleichstellen sollte. Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang mehrfach auf die Bedeutung des kommunalen Wahlrechts als Integrationsinstrument hingewiesen, und eine Gleichstellung mit UnionsbürgerInnen müsste logischerweise auch das kommunale Wahlrecht beinhalten. Dazu ist jedoch innerstaatlich eine Verfassungsänderung nötig, und der zurzeit tagende Konvent bietet eine gute Möglichkeit, die Diskussion voranzutreiben.

Ob eine derartige Verfassungsänderung politisch realisierbar ist, ist jedoch fraglich. Daher bedarf es als zweites einer Ergänzungsstrategie, nämlich der Durchsetzung leichterer Einbürgerung. Auch in diesem Bereich ist Österreich ein europäisches Schlusslicht mit langen Wartezeiten, hohen Kosten und schwierigen sonstigen Voraussetzungen. Zudem ist Österreich eines der wenigen Länder Europas, das Doppelstaatsbürgerschaft nicht duldet – es gibt also genug Handlungsbedarf. Da der Zugang zur Unionsbürgerschaft über sehr unterschiedliche nationalstaatliche Einbürgerungsregeln erfolgt, hat die Europäische Kommission hier zwar noch keine rechtliche Kompetenz, aber durchaus einen Fuß in der Tür. Sie plant daher die regelmäßige Veröffentlichung von „good practices“ und will so einen Koordinierungsprozess in Gang setzen,

dem sich auch Österreich nicht entziehen können wird.

Last, but not least, könnten die zukünftigen Erweiterungsrounds das Problem quantitativ entschärfen: Mit einem Beitritt der Türkei und später der Balkanländer würde, da UnionsbürgerInnen ja automatisch das kommunale Wahlrecht besitzen, die quantitative Dimension der Thematik deutlich schrumpfen, ohne dass das grundlegende Problem gelöst würde.

Welche Strategie die meisten Erfolgchancen hat, hängt ganz massiv vom Engagement der VertreterInnen von SPÖ und Grünen im Konvent sowie davon ab, ob sie Reformen in diesem Bereich zu einer Bedingung für die Regierungsteilnahme nach den nächsten Wahlen machen. Sowohl die SPÖ wie die Grünen forderten im Konvent mehrfach das kommunale Ausländerwahlrecht für MigrantInnen, dies stieß jedoch bei den Regierungsparteien auf taube Ohren. Die kürzlich bestellte Wiener Integrationsstadträtin Sonja Wehselelly griff das Thema in mehreren Interviews und Presseaussendungen engagiert auf, doch bisher fanden diese Vorschläge im Konvent keine Mehrheit. Allerdings forderte kürzlich auch der Grazer ÖVP-Bürgermeister das kommunale Ausländerwahlrecht, was möglicherweise auf ein Aufbrechen der starren Linie in der ÖVP hinweisen könnte. Realistisch gesehen, dürfte die Frage wohl erst nach den Wahlen 2006 bei den Koalitionsverhandlungen geklärt wer-

den. Es ist zu hoffen, dass dann nicht wahltaktische Manöver, sondern die Sorge um die politischen Teilhaberechte eines großen Teils der Bevölkerung die Entscheidungen bestimmen werden, denn sonst wird es wohl bis nach den letzten Erweiterungsrounds brauchen, bis die größten Gruppen der MigrantInnen zumindest auf kommunaler Ebene mitbestimmen können. Wer dann noch Drittstaatsangehörige/r ist, hat Pech gehabt – denn auch im 21. Jahrhundert ist der rote Pass die entscheidende Voraussetzung dafür, eine Wahl zu haben.

#### Literatur:

*Feik, Rudolf* (2003). Staatsbürgerschaft als Mittel oder als Folge der Integration einer nichtösterreichischen Person. Zugleich eine Besprechung der Staatsbürgerschaftsgesetz-Kommentare von Brugger/Unterweger und Matzka/Bezdeka. In: *Journal für Rechtspolitik* 11, S. 96–112.

*Koja, Friedrich* (1988). Das Verfassungsrecht der Österreichischen Bundesländer. Wien (Springer).

*Ponzer, Josef/Cech, Gerhard* (2000). Die Verfassung der Bundeshauptstadt Wien. Wien (Orac).

*Dr. Bernhard Perchinig,  
Research Fellow am Institut für  
Europäische Integrationsforschung der Österreichischen  
Akademie der Wissenschaften;  
bernhard.perchinig@oeaw.ac.at.*

## 1. Einleitung

Schon seit dem Inkrafttreten der Stammfassung des B-VG 1920<sup>1</sup> (und auch seit der Wiedereinführung des B-VG 1920 idF der Novelle 1929 im Jahre 1945 durch die Unabhängigkeitserklärung<sup>2</sup> als historisch erster Verfassung<sup>3</sup> und den Art 1 des [1.] Verfassungs-Überleitungsg 1945,<sup>4</sup> bzw. spätestens seit 1. 5. 1945<sup>5</sup>) enthält dieses eine Bestimmung über die *Gesamtänderung* der Bundesverfassung; Art 44 Abs 2 (heute unverändert Art 44 Abs 3<sup>6</sup>) B-VG ordnet an, dass „jede Gesamtänderung der Bundesverfassung ... einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen [ist]“.<sup>7</sup> Dabei ist nicht näher bestimmt, wann eine solche Gesamtänderung vorliegt. Da das B-VG seit 1920 auch die Abänderbarkeit von Verfassungsbestimmungen durch (einfache) Verfassungsgesetze (bis heute) vorsieht (Art 44 Abs 1; Art 44 Abs 2: Teiländerung), ist es schlüssig anzunehmen, dass eine Gesamtänderung als schwieriger zu erzeugende Verfassungsbestimmung nur dann vorliegt, wenn die Bundesverfassung in einem „schwerwiegenden Ausmaß“ verändert wird. Mit der Lit ist anzunehmen, dass damit nicht eine bloß formale Erlassung einer neuen Verfassungsurkunde gemeint ist, sondern ein inhaltliches Abgehen von den wesentlichen Grundpositionen des B-VG 1920 – wie jede Verfassung baut auch das B-VG 1920 auf bestimmten grundsätzlichen politischen Ideen auf –, die als *Grundprinzipien* bezeichnet wurden.<sup>8</sup> Welche Ideen dies im Einzelfall sind, ist aus den Bestimmungen der Verfassung, dh etwa des B-VG 1920, herauszufiltern; dh, dass nicht programmatische Festlegungen – etwa am Beginn des Verfassungstextes – ausschlaggebend sind, sondern die einzelnen Bestimmungen der Verfassung.<sup>9</sup> Nach dieser Betrachtungsweise sind für das österreichische Verfassungsrecht das demokratische, das republikanische, das bundesstaatliche und das rechtsstaatliche Grundprinzip allgemein anerkannt; aber auch das liberale und das gewaltenteilende Grundprinzip werden überwiegend als solche betrachtet.<sup>10</sup>

Werden nun ein oder mehrere Grundprinzipien aufgegeben oder wesentlich geändert oder wird das Verhältnis zwischen den Grundprinzipien wesentlich verändert, so liegt eine *Gesamtänderung* der Bundesverfassung vor, die den erschwerten Erzeugungsbedingungen des Art 44 Abs 2 B-VG zu unterziehen ist.<sup>11</sup> Auf die besondere Problematik der damit anzustellenden materiellen Betrachtungsweise, die darin liegt, dass *eine exakte Angabe*, ab wann eine Veränderung im Zusammenhang mit<sup>12</sup> den Grundprinzipien so wesentlich ist, dass eine Gesamtänderung vorliegt, *kaum* möglich ist, weil vom B-VG dafür keine exakten Beurteilungskriterien angeordnet sind, sei hingewiesen.<sup>13</sup>

Als quasi erster „Testfall“ iZm der Gesamtänderung ist die *B-VG-Novelle 1929*<sup>14</sup> anzusehen, die eine nicht bloß geringfügige Novellierung der Bundesverfassung darstellte: Obwohl diese Novelle weitreichende Veränderungen, insb eine Stärkung der Stellung des BPräs,<sup>15</sup> mit sich brachte, ging (und geht) die hL davon aus, dass diese Änderungen offenbar nur eine Nuancierung des parlamentarisch-demokratischen Systems in die Richtung einer Präsidentschaftsrepublik darstellten, ohne dass das parlamentarisch-demokratische System aufgegeben bzw wesentlich verändert wurde, sodass *keine Gesamtänderung* vorlag.<sup>16</sup> Hinzuweisen ist darauf, dass *Mer-*

*kl* bezüglich der RV zur B-VG-Novelle 1929 die Meinung vertrat, dass es sich dabei um eine Gesamtänderung gehandelt hätte.<sup>17</sup> Angesichts der durchaus beträchtlichen „Abstriche“ bis zur Beschlussfassung scheint die Qualifikation der hL zu treffend.

Die *Verfassungsgesetzgebung bezüglich der Nationalsozialisten* bzw gegen den Nationalsozialismus nach 1945 wird Gegenstand der *weiteren Überlegungen* sein.<sup>18</sup> Dabei muss insb untersucht werden, ob die verfassungsgesetzlichen Maßnahmen nach 1945 bezüglich der Nationalsozialisten der-

# Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip?\*( Teil 1)



art schwerwiegende Änderungen eines oder mehrerer Grundprinzipien bedeuteten, dass von einer Gesamtänderung gesprochen werden kann (bzw die Abschaffung eines oder mehrerer Grundprinzipien darstellten bzw das Verhältnis zwischen den Grundprinzipien wesentlich veränderten).

## 2. Die Verfassungsrechtslage bezüglich der Nationalsozialisten im Jahr 1945

### 2.1 Im Lichte des demokratischen Grundprinzips

#### 2.1.1 § 1 VerbotsG 1945

§ 1 VerbotsG<sup>19</sup> ordnet (seit 1945 bis heute) an, dass „die NSDAP, ihre Wehrverbände (SS, SA, NSKK, NSFK), ihre Gliederungen und angeschlossenen Verbände sowie alle nationalsozialistischen Organisationen und Einrichtungen überhaupt ... aufgelöst [sind]; ihre Neubildung ist verboten“. Durch das Verbot der politischen Partei NSDAP könnte va das demokratische Grundprinzip betroffen sein. Daher scheint es sinnvoll, sich mit dem, was das B-VG seit 1920 (und idF 1929) unter dem demokratischen Grundprinzip verstanden hat, näher, wenn auch nicht erschöpfend auseinander zu setzen.

#### 2.1.1.1 Inhalt des demokratischen Grundprinzips iSd B-VG

1. Die im wesentlichen programmatische Bestimmung des Art 1 B-VG („Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“) erfährt ihre nähere Ausgestaltung durch andere Bestimmungen des B-VG, va durch Art 26, Art 41 ff und Art 95 ff B-VG,<sup>20</sup> Art 26 legt das gleiche, unmittelbare, geheime und persönliche Wahlrecht der Männer und Frauen für die Wahlen zum NR fest, weiters das System der Verhältniswahl und den Grundsatz des allgemeinen passiven Wahlrechts. Art 41 Abs 2 stellt das Instrument des Volksbegehrens als einen Ausdruck der unmittelbaren Demokratie zur Verfügung, des weiteren Art 43 die Volksabstimmung, Art 44 Abs 2 die obligatorische Volksabstimmung für Gesamtänderungen der Verfassung; Art 45 f regeln die Durch-

führung der Volksabstimmung genauer. Art 95 ff legen die eben erwähnten Bestimmungen auch für die Länderebene fest.

Damit wird ein System der *mittelbaren Demokratie* und der *parlamentarischen Demokratie* eingerichtet.<sup>21</sup> Wie schon erwähnt wurde dieses System durch die B-VG-Novelle 1929 modifiziert.

2. Interessant erscheint, dass das B-VG 1920 (und auch nach der Novelle 1929) die *politischen Parteien* nicht erwähnt,<sup>22</sup> obwohl gerade diese an der Entstehung der 1. Republik führend beteiligt waren<sup>23</sup> (wie auch bei der Gründung der 2. Republik<sup>24</sup>). Bloß Art 35 B-VG spricht von „Parteien“. Doch handelt es sich dabei um die *Parlamentspartei*<sup>25</sup> in den LT und nicht um die politische Partei schlechthin.<sup>26</sup> Zumindest dem einfachen Gesetzgeber war die wahlwerbende Partei seit der Reichsratswahl 1907<sup>27</sup> bekannt.<sup>28</sup> Trotzdem aber erfolgte weder im B-VG noch im sonstigen Verfassungsrecht oder einfachen Gesetzesrecht eine nähere, va inhaltliche Regelung der politischen Parteien, wahlwerbenden Parteien oder Parlamentsparteien.

Der Gesetzgeber der Monarchie behandelte die politischen Parteien als Sonderfall der Vereine. So waren politische Vereine nach dem VereinsG 1867<sup>29</sup> strengeren Bestimmungen unterworfen als andere Vereine. Damit war aber auch die für alle Vereine geltende Auflösungsbefugnis durch die Aufsichtsbehörde verbunden.<sup>30</sup> Zusätzlich sah Art 20 StGG<sup>31</sup> vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Teile dieses StGG, ua der Art 12 über die Vereins- und Versammlungsfreiheit, suspendiert werden konnten; das in Ausführung dieses Art ergangene Gesetz<sup>32</sup> sah eine Auflösungsbefugnis ua bei inneren Unruhen und hochverräterischen Umtrieben in größerem Ausmaß vor. Diese Bestimmungen wurden nicht in die Rechtsordnung der 1. Republik übergeleitet.<sup>33</sup> Damit waren diejenigen Teile des Vereinsrechts beseitigt, die die Möglichkeit geboten hätten, die Vereinsfreiheit sehr drastisch einzuschränken. Trotzdem aber blieben „politische Vereine“ dem VereinsG und den Sonderbestimmungen desselben unterworfen; es wurde für „politische Parteien“ kein eigener Sonderstatus geschaffen. Die Sonderbestimmungen des VereinsG über politische Vereine wurden erst mit der VereinsG-Nov 1947<sup>34</sup> beseitigt.

3. Vom *demokratiethoretischen Hintergrund*<sup>35</sup> aus lässt sich folgendes – ohne hier eine erschöpfende Behandlung leisten zu können – festhalten: Demokratie ist der Idee nach eine Staatsform, bei der der „Gemeinschaftswille“ durch die Rechtsunterworfenen erzeugt wird; dadurch soll eine „Identität von Herrscher und Beherrschten“ hergestellt werden, wodurch die „Herrschaft des Volkes über das Volk“ verwirklicht werden soll. Dies entspricht dem Gedanken, dass das Volk souverän ist, dass die oberste Gewalt vom Volk ausgeht.<sup>36</sup> In einer mittelbaren Demokratie schiebt sich zwischen das Volk und die Rechtserzeugung ein – vom Volk bestimmtes – Zwischenorgan, das Parlament. Nach der ursprünglichen *liberal-repräsentativen Idee* sollten völlig (sowohl voneinander als auch von ihrem Wahlkreis) unabhängige Abgeordnete die Willensbildung vornehmen. Doch treten seit dem Ende des 19. Jhdts mit der sukzessiven Ausdehnung des Kreises der Wahlberechtigten die politischen Parteien zwischen das Volk und das Parlament – sozusagen als Mittler des Volkswillens –, was zur Ausprägung der De-

mokratie als *parteienstaatliche Demokratie* führt.<sup>37</sup> *Kelsen* betrachtet die politischen Parteien als bedeutendstes Element der Demokratie.<sup>38</sup>

Die Konzeption des B-VG ist eine *liberal-repräsentative Demokratie*, obwohl die politischen Parteien, die maßgeblich an der Gründung der 1. Republik und der Entstehung des B-VG beteiligt waren, schon vorhanden waren, also tatsächlich eine parteienstaatliche Demokratie gegeben war. Diese Diskrepanz ist verblüffend. *Kelsen* soll hierzu 1967 die Meinung vertreten haben, dass das B-VG die politischen Parteien stillschweigend vorausgesetzt habe.<sup>39</sup> *Merkl* hingegen geht davon aus, dass „mit der Einführung des Verhältniswahlrechts die Anerkennung der politischen Parteien untrennbar verbunden sei“.<sup>40</sup>

Im Ergebnis lässt sich wohl festhalten, dass die politischen Parteien, obwohl im B-VG unerwähnt, doch eine wesentliche Aufgabe in der Demokratie nach dem Demokratieverständnis des B-VG hatten (und bis heute haben).<sup>41</sup>

Dies entspricht auch einem Gedankengut, das auf möglichste Freiheit bei der Teilnahme am politischen Prozess gerichtet ist. *Kelsen* stellt die Freiheit des einzelnen als ein Hauptziel der Demokratie dar, nämlich der Demokratie als politische Freiheit.<sup>42</sup> Auch *Merkl* bezeichnet die Demokratie als „Idee der politischen Freiheit für die Masse“.<sup>43</sup> Dies führt zu einer engen Verknüpfung zwischen demokratischen und liberalen Elementen, wodurch allein der moderne Rechtsstaat verwirklicht werden kann.<sup>44</sup> Die Demokratie soll nur den Rahmen abgeben (*formale Demokratie*<sup>45</sup>), in dem sich *alle politischen Meinungen frei entfalten* können.<sup>46</sup> Gerade um alle politischen Kräfte auch am parlamentarischen Prozess teilhaben zu lassen, wird das Verhältniswahlrecht als das gegenüber dem Mehrheitswahlrecht vorzuziehende System dargestellt.<sup>47</sup> *Kelsen* schreibt 1932: Die Demokratie „ist diejenige Staatsform, die sich am wenigsten gegen ihre Gegner wehrt. Bleibt sie sich selbst treu, muß sie auch eine auf Vernichtung der Demokratie gerichtete Bewegung dulden, muß sie ihr wie jeder anderen politischen Überzeugung die gleiche Entwicklungsmöglichkeit gewähren.“<sup>48</sup> Auch *Radbruch* hat die Toleranz der Demokratie sehr hoch bewertet und sehr absolut genommen: Jede politische Richtung wird geduldet, mag sie dieses Prinzip auch selber ablehnen, weil „die Demokratie die Staatsform ist, die keiner Machtverschiebung Widerstand entgegengesetzt, wenn sie vom Willen der Volksmehrheit getragen ist“.<sup>49</sup>

4. Der Gedanke der Freiheit spielt also im Demokratieverständnis eine wesentliche Rolle, aber – „*psychologisch*“ betrachtet – wohl auch in den Ansichten der politischen Parteien bzw der führenden Mitglieder der politischen Parteien: Unter dem monarchischen System waren sie öfters an die Beschränkungen, die ihnen dieses System auferlegte, gestoßen;<sup>50</sup> mühsam mussten sie sich Stück um Stück weiteren Freiraum erkämpfen. Nach dem Zusammenbruch der Monarchie stießen die politischen Parteien schnell in das entstandene Machtvakuum vor und unterließen es – um ihre nunmehr (fast) unbeschränkte Freiheit nicht begrenzen zu müssen – in ihrer Rolle als Gesetzgeber (dh als Parlament) die politischen Parteien (dh sich selber) gesetzlichen Bestimmungen zu unterwerfen.

So gab es – abgesehen von den vereinsrechtlichen Bestimmungen<sup>51</sup> – *keine Möglichkeit*, sei es auf verfassungsgesetzlicher sei es auf einfachgesetzlicher Ebene, *politische*

Parteien zu beschränken oder gar zu verbieten.<sup>52</sup> Die politische Landschaft Österreichs kannte schon seit Beginn der 1. Republik auch extreme Parteien: Die KP kandidierte seit den NR-Wahlen 1920; schon bei der Wahl zur Konstituierenden Nationalversammlung 1919 gab es eine kandidierende Liste „Nationalsozialistische Arbeiterpartei“, die bei den späteren Wahlen als „Nationalsozialisten“ auftrat; seit der NR-Wahl 1927 bewarb sich auch die NSDAP um Stimmen.<sup>53</sup> Auch kam es seit Beginn der 1920er Jahre immer wieder zu blutigen Auseinandersetzungen zwischen den Anhängern der verschiedenen politischen Gruppen.<sup>54</sup> Trotzdem gab es unter der uneingeschränkten Geltung des B-VG keine Parteienverbote; erst nach der sog. Selbstausschaltung des Parlaments im Jahre 1933 wurden politische Parteien verboten, uzw mit Hilfe von V auf Grund des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes.<sup>55, 56</sup>

Auch nach 1945 betrachteten die politischen Parteien die Freiheit der politischen Parteien als sehr wesentlich: Weder SPÖ noch ÖVP noch KPÖ konstituierten sich nach dem Vereinsrecht, wohl um nicht den Sonderbestimmungen des VereinsG unterworfen sein zu müssen.<sup>57</sup> Mit der VereinsG-Novelle 1947 wurden schließlich die Sonderbestimmungen über politische Vereine aufgehoben. In den EB dazu heißt es, dass „diese Bestimmungen eine durch nichts zu rechtfertigende Behinderung des politischen Lebens seien“.<sup>58</sup> Noch anlässlich der Einführung des ParteienG<sup>59</sup> führt *Ermacora* aus:<sup>60</sup> „Damit ist der Status der Freiheit der politischen Parteien in Österreich erstmals unmißverständlich sichergestellt. Das VereinsG findet ... keine Anwendung. Der BMI hat keine ... Zuständigkeit, Parteien zu verbieten.“ Im Bericht des Verfassungsausschusses heißt es wörtlich, dass „eine solche verfassungsrechtliche Verankerung der Parteien keinesfalls diese in ihrer Tätigkeit einengen darf“.<sup>61</sup>

5. Es kann also wohl festgestellt werden, dass das Verständnis bezüglich der politischen Parteien im Demokratiebegriff des B-VG ein ausgeprägt freies war, getragen von dem Gedanken bloß „Spielregeln“ vorzugeben, nach denen der Wettbewerb der politischen Kräfte stattfinden sollte, nicht aber irgendwelche Inhalte – sei es auch nur den Inhalt, sich selber schützen zu wollen – zu statuieren.<sup>62</sup>

#### 2.1.1.2 Auswirkung des § 1 VerbotsG

1. Daher könnte man mE durchaus argumentieren, dass durch § 1 VerbotsG, mit dem die NSDAP, insb auch als politische Partei verboten wurde, das demokratische Prinzip in einem Ausmaß berührt wird, dass von einer Gesamtänderung des demokratischen Prinzips zu sprechen ist,<sup>63</sup> weil schon das Verbot einer politischen Partei nicht mehr mit dem überaus liberalen Demokratiebegriff des B-VG vereinbar ist.

2. Daran ändert auch nichts, wenn man in die Betrachtung einbezieht, dass in der staatsrechtlichen Diskussion schon vor dem 2. Weltkrieg sich die Sichtweise von einer allzu liberalen Demokratie zu wandeln beginnt, uzw in die Richtung einer weiteren – inhaltlichen – Beschränkung der Demokratie (*Radbruch* schreibt 1934: „Die Demokratie kann alles tun – nur nicht endgültig auf sich selber verzichten.“<sup>64</sup>); finden doch diese Gedanken mangels Änderung der einschlägigen Bestimmungen des B-VG keinen Eingang in das Demokratieverständnis des B-VG.<sup>65</sup>

3. Nach dem 2. Weltkrieg freilich beginnen verschiedene Staaten, dh die politischen Parteien als Mittler des Volkswillens, die Freiheit der politischen Parteien, also ihre eigene Freiheit, in einer Art Selbstbeschränkung von Staats wegen in oft ausdrücklicher Anerkennung der parteienstaatlichen Demokratie zu beschränken. Das Bonner GG (1949) zeigt dies sehr deutlich: Art 21 GG erkennt die politischen Parteien ausdrücklich an, weist sie eindeutig dem demokratischen Gedanken zu, stellt Grundsätze für ihre innere Ordnung auf und unterwirft sie staatlicher Kontrolle, indem die Möglichkeit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das BVerfG vorgesehen wird. Verfassungswidrig sind solche Parteien, die ihren Zielen nach oder dem Verhalten ihrer Anhänger nach ua darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen; das bedeutet die Möglichkeit des Verbotes antidemokratischer Parteien. Damit wird eine neue Qualität in das Demokratieverständnis eingeführt: die sog. *wehrhafte Demokratie*.<sup>66</sup> In der BRD wurden auf Grund des Art 21 Abs 2 GG die Sozialistische Reichspartei und die KPD für verfassungswidrig erklärt.<sup>67</sup> Ähnlich, aber kürzer lauten die Art 49 der Verfassung der Italienischen Republik (1948) und Art 4 der Verfassung der Französischen Republik (1958); wesentlich detaillierter hingegen sind die Art 56 f der Verfassung der Türkischen Republik (1961).<sup>68</sup>

Dass die großen politischen Parteien in Österreich nach dem 2. Weltkrieg auch eine Art Selbstbeschränkung vornahmen, lässt sich aus deren Parteiprogrammen erschließen: Im Aktionsprogramm der SPÖ 1947 heißt es, „die SPÖ sei eine grundsätzlich demokratische Partei, sie lehne den Einheitsstaat ab und betrachte das freie Kräftespiel politischer Parteien als notwendige Grundlage der Demokratie“.<sup>69</sup> Im Neuen Parteiprogramm der SPÖ 1958 „bekennt sich die SPÖ zur Demokratie, zur politischen Willensbildung durch Mehrheitsbeschluß unter gleichzeitiger Achtung vor den Rechten der Minderheit“.<sup>70</sup> In der Schrift „Alles für Österreich“ der ÖVP 1952 „bejaht die ÖVP den Mehrparteienstaat“.<sup>71</sup> Im Grundsatzprogramm „Was wir wollen“ der ÖVP 1958 heißt es, „die ÖVP lehne den Einparteienstaat bedingungslos ab und halte die politischen Parteien für das Funktionieren der Demokratie unentbehrlich“.<sup>72</sup> Gesetzes- oder gar Verfassungsebene erreichten diese Aussagen aber nicht. In einem Entwurf der ÖVP aus dem Jahre 1967 wurde die Einführung eines Art 1a in das B-VG vorgesehen, der die politischen Parteien als wesentliche Bestandteile der demokratischen Ordnung festschreibt. Weiters enthält dieser Entwurf die Bestimmung, dass die Zielsetzung der politischen Partei den Grundsätzen der Demokratie entsprechen muss.<sup>73, 74</sup>

#### 2.1.1.3 Übergang zur wehrhaften Demokratie durch § 1 VerbotsG?

Wenn man annimmt, dass durch § 1 VerbotsG eine Gesamtänderung des demokratischen Grundprinzips bewirkt wurde, dann stellt sich die weitere Frage, ob dies den Übergang zu einer wehrhaften Demokratie darstellt (und damit die Möglichkeit böte ohne weitere Gesamtänderung auch politische Parteien anderer antidemokratischer Richtungen zu verbieten).

Weder aus dem Text des § 1 VerbotsG noch aus dem System des VerbotsG ist ersichtlich, dass die NSDAP deswegen

verboten wurde, weil sie antidemokratisch war. Die NSDAP wurde deswegen verboten, weil es als ein vordringliches Ziel nach dem 2. Weltkrieg angesehen wurde, „den Nazismus auszurotten“. <sup>75</sup> Die Möglichkeit eines Verbotes auch anderer Parteien wird weder auf einfach- noch auf verfassungsgesetzlicher Ebene erwähnt. Allerdings gibt es Anklänge in diese Richtung in den Debatten zum NationalsozialistenG 1947: <sup>76</sup> Berichterstatter *Migsch* führte aus, „wer grundsätzlich ein Todfeind der Demokratie und der Freiheitsrechte des Individuums sei, habe kein Recht, an der politischen Gestaltung eines demokratischen Staatswesens mitzuwirken. Dieser Grundsatz sei ein Selbstschutzelement der Demokratie“. Abgeordneter *Koref* meinte, „die Demokratie habe aus der Geschichte gelernt. Es sei ihr Recht und ihre Pflicht, sich zu schützen und zu verteidigen. Das sei das Selbstbehauptungsrecht der Demokratie“. Trotzdem aber stehen alle diese Aussagen immer im Zusammenhang mit der Vernichtung des Nationalsozialismus. <sup>77</sup>

Rein tatsächlich wurden in Österreich auch nie andere Parteien als die NSDAP verboten; im speziellen wurde etwa die KPÖ nie verboten, auch nicht im Zuge der kommunistischen Putschversuche 1947 und 1950, obwohl die KPÖ damals erklärtermaßen die Umwandlung Österreichs in eine Volksdemokratie anstrebte, also die bestehende Form der Demokratie beseitigen wollte. Sicherlich spielte dabei auch eine Rolle, dass die KPÖ politisch nie wirklich gefährlich wurde, <sup>78</sup> aber auch dass Österreich damals zum Teil von sowjetischen Truppen besetzt war.

Im Ergebnis kann daher wohl angenommen werden, dass das Verbot der NSDAP durch § 1 VerbotsG *nicht* den *Übergang zu einer wehrhaften Demokratie* darstellt, sondern *nur ein Mittel im Kampf gegen den Nationalsozialismus* ist. <sup>79</sup>

### 2.1.1.2 § 7 WahlG 1945

1. Allerdings besteht das VerbotsG nicht nur aus seinem § 1 und die Nationalsozialistengesetzgebung nicht nur aus dem VerbotsG. § 7 WahlG 1945<sup>80</sup> – ein einfaches Gesetz<sup>81</sup> – schließt Angehörige von bestimmten nationalsozialistischen Verbindungen vom aktiven Wahlrecht aus; § 36 WahlG 1945 bestimmt dasselbe für das passive Wahlrecht. <sup>82</sup>

Das *allgemeine Wahlrecht*, das die Mitwirkung aller Staatsbürger ohne Unterschied (weitere Kriterien sind nur das Alter, wodurch aber bloß Kinder und Jugendliche ausgeschlossen werden dürfen, und die Verurteilung wegen bestimmter, schwererer Straftaten bzw früher auch Geisteskrankheit) nach dem Grundsatz der vollen Gleichberechtigung sichert, ist ein sehr wesentlicher Punkt des demokratischen Grundprinzips des B-VG, der ausdrücklich in Art 26 Abs 1 B-VG normiert ist. <sup>83</sup> Demokratietheoretisch betrachtet ist wiederum *Kelsen* zu zitieren, der die Gleichheit in der Freiheit als ein (weiteres<sup>84</sup>) Hauptziel der Demokratie sieht. <sup>85</sup>

Der *Ausschluss einer größeren Personengruppe aus ideologischen Gründen vom aktiven und vom passiven Wahlrecht*

stellt zweifellos eine starke Einschränkung dieses Ausgestaltungspunktes des demokratischen Grundprinzips dar. Es stellt sich also die Frage, ob nicht (auch) damit das demokratische Grundprinzip derart berührt ist, dass eine Gesamtänderung vorliegt.

2. Die – wie gesagt einfachgesetzliche – Bestimmung über den Ausschluss bestimmter Nationalsozialisten vom Wahlrecht wurde beim VfGH – freilich im Zusammenhang mit einer primär pensionsrechtlichen Frage – als eventuelle Gesamtänderung thematisiert. Der VfGH kam in *VfSlg 1708/1948* dabei zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss des Wahlrechts für Angehörige von nationalsozialistischen Verbindungen keine Gesamtänderung des demokratischen Prinzips sei, weil „eine solche grundlegende Änderung nicht gegeben sein kann, wenn, wie hier, der Gesetzgeber ein Verfassungsgesetz mit der erklärten Absicht geschaffen hat, die Grundlagen der demokratischen Republik Österreich sicherzustellen, die durch die NS-Bewegung beseitigt worden war“. <sup>86</sup>

Interessant erscheint, dass der VfGH in seinen Begründungen Argumente verwendet, die auf eine Gesamtänderung durch die Nationalistengesetzgebung, und zwar in Richtung auf Einführung eines neuen Grundprinzips, deuten. So kann man durchaus annehmen, dass die Begründung von *VfSlg 1708/1948* wohl folgendes zum Ausdruck bringt: Der Ausschluss vom Wahlrecht für Angehörige bestimmter nationalsozialistischer Verbindungen ist keine Gesamtänderung des demokratischen Prinzips, weil der Verfassungsgesetzgeber diese Bestimmungen nicht in erster Linie im Hinblick auf das demokratische Grundprinzip erlassen hat, sondern vielmehr in der Absicht, die durch das nationalsozialistische Regime beseitigte österreichische Grundordnung wiederher- und für die Zukunft sicherzustellen, also im Hinblick auf eine (andere) grundsätzliche politische Idee, die lauten mag: „Ausrottung des Nationalsozialismus und Verhinderung seines Wiedererstehens.“

In diese Richtung geht auch *VfSlg 10.705/1985*, wo ausgeführt wird, dass „die kompromißlose Ablehnung des Nationalsozialismus ein grundlegendes Merkmal der wiedererstandenen Republik sei. Ausnahmslos jede Staatstätigkeit habe sich ...“ daran „... zu orientieren.“ <sup>87</sup> Auch dies geht in die Richtung der Geltung eines weiteren Grundprinzips – des antinationalsozialistischen Grundprinzips – in der österreichischen Verfassung; <sup>88</sup> eines Grundprinzips, das nicht im B-VG enthalten war, sondern erst nach dem 2. Weltkrieg eingeführt wurde.

## Teil 2 folgt im nächsten Heft

*MMag. Dr. Klaus Zeleny ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am VfGH;  
klaus.zeleny@vfwgh.gv.at.*

\* Die Fragestellung, um die es in dieser grundsätzlich rechtsdogmatisch konzipierten Arbeit gehen soll, ist jene, die geltende österr Rechtsordnung daraufhin zu untersuchen, ob die Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip enthält. Dabei treten viele (rechts-)historische Bezugspunkte auf, zum einen weil auch schon aufgehobene Rechtsvorschriften dogmatisch untersucht werden müssen, zum zweiten weil es auch bei bis heute geltenden Rechtsvorschriften nicht nur auf ihr heutiges Verständnis, sondern auch auf ihr früheres Verständnis, dh auch auf die damalige Lit, ankommen kann (wenngleich eine Änderung des Inhaltes der Rechtsvorschrift durch bloße Änderung des Verständnisses in der Lit im B-VG nicht vorgesehen ist und daher sehr wohl einer Anordnung durch eine weitere Rechtsvorschrift bedarf; eine solche könnte im Bereich der Grundrechte die EMRK sein) (ähnlich ist die Situation in Bezug auf die nach dem B-VG grundsätzlich einzelfallbezogene Jud) und zum dritten weil auch historische Tatsachen von Bedeutung sind, die sich allerdings nicht immer bis zur völligen Klärung erhellen lassen. Gerade in diesem Zusammenhang, aber auch wegen der in einigen Teilbereichen, insb zu Fragen der Staatslehre (Demokratietheorie) nahezu unüberblickbar gewordenen Lit, letztlich aber auch ganz grundsätzlich sollte schon aus dem Fragezeichen im Titel, aber auch aus dem Umfang der Arbeit deutlich werden, dass diese Untersuchung nur ein Diskussionsbeitrag sein kann, der einige wichtige Punkte zur aufgeworfenen Frage näher, wenn auch, uzw insb in Bezug auf Lit und Jud, nicht abschließend beleuchtet, und keine endgültige Antwort auf die gestellte Frage bzw keine endgültigen Antworten auf die vielfältigen, sich im Zuge der Untersuchung auftuenden Fragen bieten kann (sofern in der Wissenschaft überhaupt jemals endgültige Antworten erzielbar sind).

Mein besonderer Dank gilt zum einen Herrn em.O.Univ.-Prof. DD.R.dr.h.c. Robert Walter, der mich vor über 10 Jahren auf einen Teilaspekt dieser Arbeit aufmerksam gemacht und damit den Beginn meiner Forschungen angestoßen hat, und zum anderen Herrn Präsidenten des VwGH Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, der mich, nachdem er ein dem nunmehr veröffentlichten Beitrag sehr nahe kommendes Manuskript gesehen hatte, immer wieder ermuntert hat, die Publikation vorzunehmen.

1) BGBl 1920/1; hier wird in Hinkunft immer die Abkürzung B-VG verwendet, wenn der Stand des B-VG zu Beginn der 2. Republik gemeint ist.

2) StGBI 1945/1 (hinfort: UnabhErkl); diese wurde gem dem Abdruck im StGBI am 27. 4. 1945 unterzeichnet und laut den Angaben im Kopf des 1. Stückes des StGBI 1945 am 1. 5. 1945 ausgegeben. Im selben Stück des StGBI 1945 ist die Einsetzung einer provisorischen Staatsregierung (StGBI 1945/2; hinfort: ProvStReg) und die Regierungserklärung (StGBI 1945/3) kundgemacht (beide wurden ebenfalls am 27. 4. 1945 unterzeichnet).

3) Vgl Zeleny, Artikel „Revolution“, in: Mayer (Hrsg), Fachwörterbuch zum Öffentlichen Recht (2003) (hinfort zit als Zeleny, Art „...“); in diesem Werk sind auch jeweils weitere Nachweise insb der Lehrbuchlit angeführt; vgl auch Oberndorfer, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (3. Lfg, 2000) Rz 4 zu Art 1 B-VG; Jabloner, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34 ff (40); Janko, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004) 111 f; vgl auch Schnitzer, Österreichische Verfassungsmythen und Erkenntnis des Rechts, JRP 2004, 16 ff, der zwar zunächst beachtliche Argumente gegen diese Sichtweise vorbringt (auf die hier aber nicht eingegangen werden kann), dann aber aus der (rein tatsächlichen) Annahme der hL, Jud und Praxis, dass die UnabhErkl die historisch erste Verfassung ist, ableitet, dass dies auch in der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise so ist. AA Rill/Schäffer, in: Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1. Lfg, 2001) Rz 36 FN 112 zu Art 1 B-VG, die meinen, dass sich das zwar von NR und BR einstimmig beschlossene, aber vom Alliierten Rat nicht genehmigte und daher auf dem Boden der UnabhErkl und des (1.) V-ÜG nicht in Geltung getretene (3.) V-ÜG (RV 1 BlgNR, V. GP) tatsächlich durchgesetzt hat und somit die historisch erste Verfassung sei. Vgl auch unten.

4) StGBI 1945/4 (hinfort: [1.] V-ÜG); dieses wurde tatsächlich am 13. 5. 1945 beschlossen, aber gem Art 6 rückwirkend mit 1. 5. 1945 in Kraft gesetzt und auch im Kopf des 2. Stückes des StGBI 1945 mit dem Ausgabedatum 1. 5. 1945 versehen (auf die damit verbundenen Probleme kann hier nicht eingegangen werden); vgl Renner, Denkschrift über die Geschichte der Unabhängigkeitserklärung (1945) 26; Schärf, Österreichs Erneuerung (1955) 51; Neues Österreich vom 15. 5. 1945, 1; zum historischen Ablauf vgl auch Schnitzer, JRP 2004, 18 ff.

5) Auf die Lage zwischen dem 27. 4. und dem 1. 5. 1945 kann hier nicht eingegangen werden.

6) Hinfort wird nur von dem zum Beginn der 2. Republik geltenden Art 44 Abs 2 B-VG gesprochen.

7) Hier kann nicht auf das Problem eingegangen werden, dass das B-VG 1920 allein durch die Konstituierende Nationalversammlung, dh ohne Volksabstimmung beschlossen wurde; trotzdem wird mit sehr guten Gründen angenommen, dass auch eine Abschaffung bzw Änderung des Art 44

Abs 2 B-VG nur durch Gesamtänderung (also unter den erschwerten Bedingungen des Art 44 Abs 2 B-VG) vorgenommen werden darf, Art 44 Abs 2 B-VG also den Rang eines Grundprinzips hat; vgl Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>3</sup> (2002) Anm II.2. zu Art 44 B-VG; Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1. Lfg, 2001) Rz 17 zu Art 44 B-VG; Mayer, Verfahrensfragen der direkten Demokratie, FS Schambeck (1994) 518; Janko, Gesamtänderung, 261 ff; Zeleny, Art „Grundprinzip“.

8) Vgl schon Kelsen/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Neudruck 2003) 124 (wo bezüglich der Änderung der „Grundlagen des Staatswesens“ sowohl eine materielle als auch eine formelle Sichtweise als möglich angeführt wird, aber bei letzterer auch eine materielle Komponente verlangt wird); Merkl, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in: Klecatsky (Hrsg), Die Republik Österreich (1968) 79; vgl auch Rill/Schäffer, Rz 13 ff zu Art 44 B-VG; Oberndorfer, Rz 8 zu Art 1 B-VG; Jabloner, JRP 2001, 40; Janko, Gesamtänderung, 61 ff; Zeleny, Art „Grundprinzip“.

9) Vgl schon Kelsen/Froehlich/Merkl, Bundesverfassung, 65 (zu Art 1 B-VG), 66 (zu Art 2 B-VG); Kelsen, Österreichisches Staatsrecht (1923) 164; Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1972) § 34; Ringhofer, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 14; vgl auch Rill/Schäffer, Rz 1 ff zu Art 1 B-VG und Rz 15 zu Art 44 B-VG; Jabloner, JRP 2001, 43; Janko, Gesamtänderung, 82 ff; Zeleny, Art „Grundprinzip“.

10) Vgl Walter, System, § 33; Loebeinstein, Das verfassungswidrige Verfassungsgesetz, FS Walter (1991) 444 f; Rill/Schäffer, Rz 4 zu Art 1 B-VG und Rz 21 zu Art 44 B-VG; Mayer, Bundesverfassungsrecht, Anm II.2. zu Art 44 B-VG; Jabloner, JRP 2001, 41 ff; Zeleny, Art „Grundprinzip“.

Gerade in diesem – durch das B-VG 1920 (bis heute) nicht bezüglich aller Grundprinzipien ausdrücklich programmatisch erwähnten – Bereich könnte die oben angedeutete Frage gestellt werden, nämlich ob dem B-VG 1920 Grundprinzipien „unterstellt“ werden dürften, die erst später in der Lit angesprochen wurden. Wenn die Argumente, die für die Annahme des Grundprinzips sprechen, dh die verfassungsgesetzlichen Bestimmungen, die das Grundprinzip konstituieren, schon im B-VG 1920 vorhanden waren, ist mE zwingend, dass das Grundprinzip schon im B-VG 1920 normiert war, aber erst später quasi erkannt wurde. Wäre man anderer Meinung, hieße das, dass durch die Lit Grundprinzipien in das B-VG 1920 eingeführt werden könnten; dies aber scheint mit Art 44 Abs 2 B-VG unvereinbar, der eine bestimmte Form für die Erzeugung bzw Änderung bzw Abschaffung von Grundprinzipien vorsieht. Vgl dazu auch Janko, Gesamtänderung, 109 ff, der aber schließlich annimmt, dass eine Gesamtänderung nur dann vorliegt, wenn der Verfassungsgesetzgeber vom „gesamtgemeinschaftlichen“ Verfassungskonsens im jeweiligen Zeitpunkt des Beschlusses der Verfassungsänderung abweicht, der aber nicht empirisch-soziologisch festzustellen ist; damit ist er wohl nahe an der mE nicht zutreffenden Meinung.

Anderes könnte man bezüglich des Inhaltes eines Grundprinzips annehmen, da dieser – in gewissen Grenzen, nämlich jenen der Gesamtänderung – durch einfaches Verfassungsrecht abänderbar ist; vgl auch Jabloner, JRP 2001, 44.

11) Vgl etwa Rill/Schäffer, Rz 14 ff zu Art 44 B-VG; Zeleny, Art „Grundprinzip“. Auf die Sonderfälle der Einführung eines neuen Grundprinzips (ohne gleichzeitige Veränderung eines bestehenden Grundprinzips; vgl dazu insb die Diskussion bezüglich der Einführung der immerwährenden Neutralität Österr; diesfalls ist entscheidend, ob die Rechtsvorschrift unter Durchführung einer Volksabstimmung iSd Art 44 Abs 2 B-VG erzeugt wurde oder nicht; daher ist die immerwährende Neutralität kein Grundprinzip; vgl Zeleny, Art „Grundprinzip“ und „Neutralität“), einer Gesamtänderung durch Staatsvertrag (bedarf keiner Volksabstimmung iSd Art 44 Abs 2 B-VG, weil Art 50 B-VG nicht darauf verweist [umstritten]; vgl Mayer, Bundesverfassungsrecht, Anm III. zu Art 50 B-VG) sowie der vom VfGH und von Teilen der Lit angenommenen Möglichkeit der sog schleichenden Gesamtänderung, also der Gesamtänderung durch mehrere in zeitlicher Folge ergehender Rechtsakte, die je für sich betrachtet keine Gesamtänderung darstellen (vgl dazu insb VfSlg 11.927/1988; VfSlg 16.327/2001; vgl auch Mayer, Bundesverfassungsrecht, Anm II.3. zu Art 44 B-VG; Zeleny, Art „Grundprinzip“), kann hier nicht eingegangen werden. Zur Entstehungsgeschichte des Art 44 Abs 2 B-VG vgl auch Janko, Gesamtänderung, insb 25 ff.

12) Hinfort: iZm.

13) Vgl etwa Adamovich, Grundriß des österreichischen Staatsrechts<sup>2</sup> (1932) 275; Walter, System, § 33; Ringhofer, Bundesverfassung, 151; Mayer, Bundesverfassungsrecht, Anm II.2. zu Art 44 B-VG; Mayer, FS Schambeck, 512 und 518; Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG (1988) 35 ff; Zeleny, Art „Grundprinzip“.

14) BGBl 1929/392.

15) Vgl zu den einzelnen Punkten nur Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> (2000) Rz 63.

16) Vgl Adamovich, Staatsrecht, 45; Merkl, Das rechtliche Ergebnis des

# Zum Herausnehmen & Bestellen

BÜCHER UND ZEITSCHRIFTEN IM VERLAG ÖSTERREICH

Binder/Hofbauer/Patka/Steiger

## Personalnews für die Praxis – alle Neuerungen 2005

2005, ca. 300 Seiten, br, 3-7046-4448-X, € 14,80

Das Buch beinhaltet alle Neuerungen der Bereiche Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht, sowie die aktuelle Rechtsprechung – damit sie rechtssicher informiert ins neue Jahr gehen können!

### Arbeitsrecht:

- Neue Elternteilzeit
- Änderungen durch die EU-Osterweiterung im Ausländerbeschäftigungsrecht
- Neues Gleichbehandlungsrecht
- Dienstzettelpflicht bei freien Dienstnehmern

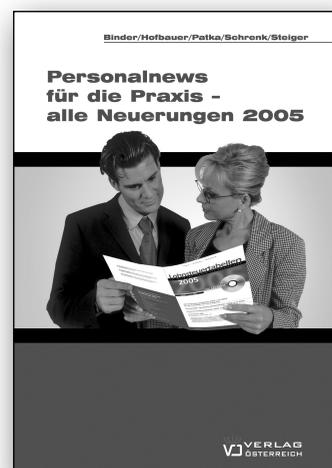
### Sozialversicherungsrecht:

- Änderungen beim Bonus
- Pensionsharmonisierung
- sonstige gesetzliche Änderungen in der Sozialversicherung

### Steuerrecht:

- Steuerrecht 2004/2005
- Abgabenänderungsgesetz 2004
- Lohnsteuerprotokoll 2004
- Änderungen der Lohnsteuerrichtlinien

### Aktuelle Rechtsprechung aus Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht



**TOPAKTUELL**  
mit ausführlichem  
**LOHNSTEUER ABC**  
von Experten  
aus dem Ministerium

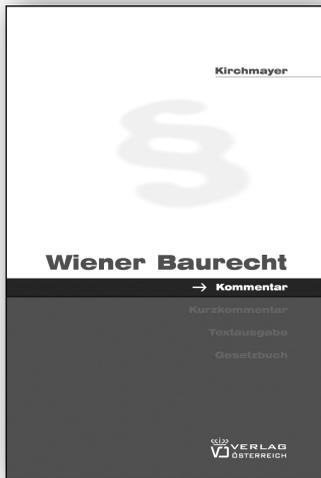
Nolz/Schögl/Wiesner

## Lohnsteuertabellen 2005 + CD-ROM

2005, 208 Seiten, spiralisiert, 3-7046-4573-7, € 24,80, Abopreis € 21,80

Lohnsteuertabellen 2005 inklusive CD-Rom mit allen Neuerungen wie zB:

- grundlegende strukturelle Tarifreform mit gleichzeitiger Steuerentlastung
- gestaffelte Kinderzuschläge zum Alleinverdiener und Alleinerzieherabsetzbetrag
- Anhebung der Zuverdienstgrenze für den Ehepartner des Alleinverdieners mit Kindern
- Anhebung des Pendlerpauschales
- nicht nur Studienbeiträge, sondern sämtliche mit dem Studium zusammenhängende Aufwendungen sind abzugsfähig
- erhöhter Sonderausgabenabzug für Kirchenbeiträge
- Erhöhung der Freigrenze für sonstige Bezüge
- Zuschläge (Überstundenzuschläge) an Ersatzruhetagen sind wie Sonntagszuschläge steuerlich begünstigt



*Kirchmayer*  
**Wiener Baurecht**

*Kommentar*

2005, ca. 800 Seiten, geb., 3-7046-4076-X, € 128,-  
 Subskriptionspreis -25% bis 28. 2. 2005: € 96,-

- Die Ausgabe enthält die Gesetzestexte der Bauordnung für Wien und ihrer Nebengesetze samt Durchführungsverordnungen sowie weitere für die Baupraxis maßgebliche Vorschriften des Bundes- und Landesrechtes.
- Zu den wesentlichen Vorschriften umfasst das Buch jeweils Anmerkungen, Erläuterungen des Gesetzgebers und die aktuelle Rechtsprechung der Höchstgerichte sowie weiterführende Literaturhinweise.
- Der Kommentar beinhaltet den aktuellen Gesetzesstand, einschließlich der in Ausarbeitung befindlichen Bauordnungsnovelle, die voraussichtlich im Frühjahr erscheinen wird und deren wesentliche Änderungen folgenden Zwecken dienen sollen:
  - Vereinfachung des Bauanzeige- und des Planwechselverfahrens
  - Beschleunigung der Bauplatzschaffung im Falle einer notwendigen Abtretung von Fremdgrund zu einer Verkehrsfläche

*Gmeiner*  
**Werbung erlaubt!**

*Werbe- und Marketingideen für Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater*  
 2004, 266 Seiten, br., 3-7046-4421-8, € 36,80

**Low Budget Werbe- und Marketingideen  
 für Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater!**

Werbung für die freien Berufe war lange Zeit ein Tabuthema. Die harten Werbebestimmungen der Kammern wurden jetzt gelockert und somit können Wirtschaftstreuhänder, Steuerberater, Rechtsanwälte und Notare werben. Die **besten Tipps** und **Tricks** dazu gibt das vorliegende Praxishandbuch!



*Laga/Gangoly/Eisenriegler*  
**spam://e-mail-werbung**

*Der schmale Grat zwischen sinnvoller Werbung und verbotenem Spamming*  
 2004, 128 Seiten, br., 3-7046-4330-0, € 16,80,-

Ein Handbuch über rechtliche Rahmenbedingungen, Sinn und Unsinn von E-Mail-Werbung und darüber, wie man sich effizient vor Spam schützt.

- Rechtliche Informationen rund um E-Mail-Werbung leicht verständlich dargestellt
- Praktische Tipps für Internet-Nutzer, wie man sich effizient vor Spam schützen kann
- Hinweise, was Unternehmen beim Einsatz von E-Mail-Werbung beachten müssen
- Interessante Einblicke in die Hintergründe der internationalen Spam-Problematik
- <http://www.spambuch.at>





Maurer/Schrott/Schütz  
**AußStrG – Außerstreitgesetz**

*Kommentar, 2005, ca. 700 Seiten, geb., 3-7046-3946-X, ca. € 95*

Der reichhaltige **Kommentar** enthält bereits den **Einführungserlaß** zum Außerstreitgesetz und alle relevanten **Nebengesetze** sowie das **Außerstreit-Begleitgesetz** und das **Wohnungsrechtliche Außerstreit-Begleitgesetz**. Auch auf die neue **Verordnung-Brüssel II** wird Bedacht genommen. Textbausteine und Formulierungshinweise geben Hilfestellung in der Praxis.

**Praxisorientiert**

Gugerbauer  
**Rechtsschutz im globalisierten Wirtschaftswettbewerb**

*Die EG-Verordnung gegen Handelshemmnisse  
 2004, 396 Seiten, geb., 3-7046-4523-0, € 68,-*

Exportorientierte Produktions-, Handels- und Dienstleistungsunternehmen stoßen außerhalb der Europäischen Union immer wieder auf Handelshemmnisse: direkte und indirekte Subventionen von Wettbewerbern, Behinderungen bei öffentlichen Auftragsvergaben, diskriminierende Zollverfahren und passive Gestattung der Verletzung geistiger Eigentumsrechte.

Mit der EG-Verordnung Nr. 3286/94 wurde der rechtliche Rahmen für Verfahren geschaffen, die Unternehmen aus der Europäischen Union einen wirkungsvollen Rechtsschutz gegen internationale Handelshemmnisse bieten.

Der Verlag Österreich legt in seiner "edition europa" (in Kooperation mit dem deutschen Nomos-Verlag) den ersten Kommentar zu diesem zentralen wirtschaftsrechtlichen Thema vor. Im Anhang des Bandes findet sich der Text der wichtigsten WTO-Übereinkommen.



**Versicherungshandbuch**

*6. Lieferung/Gesamtaustausch  
 2005, ca. 700 Seiten, Loseblattsamml., € 44,80*

**Zum Inhalt**

Das Versicherungshandbuch umfasst wesentliche schadenersatzrechtliche, versicherungsrechtliche und versicherungswirtschaftliche Grundlagen sowie eine ausführliche Beschreibung der wichtigsten Versicherungsparten.

Das Handbuch deckt einen Großteil der in der Praxis auftretenden Fragen zu Versicherungsparten und zum Versicherungsrecht ab. Für darüber hinausgehende Fragen werden Judikatur- und Literaturhinweise gegeben.

Lenz

## Prozessproviding am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Wien

Ein gutes Ende braucht einen guten Anfang  
2005, 186 Seiten, br., 3-7046-3907-9, € 45,-, Hörscheinpreis € 36,-

Österreich hat mit dem Verfahren Flughafen Wien eine Vorreiterrolle auf dem Gebiet der „Mediation im öffentlichen Bereich“, früher "Umweltmediation" genannt, übernommen.

Die bisher über Mediation veröffentlichte Literatur beschäftigt sich insbesondere mit dem Kernbereich der Mediation, der Main-Mediation. Bei großen Verfahren ist aber die Vorbereitung, die Pre-Mediation, ein ganz wesentlicher Teil.

Mag. Cristina Lenz hat sich am Beispielfall des Flughafens Wien mit dieser Phase der Pre-Mediation beschäftigt. Sie hat die Erfahrungen, die bei dem Projekt gemacht wurden, in eine allgemeingültige Struktur gebracht. Dies ermöglicht die Verwertung in anderen Ländern und bietet eine Hilfestellung für große und mittlere Fälle in der Wirtschaft.



**BESTELLSERVICE**

Fax: 01-610 77-589, e-mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at)

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315 Fax: -589, [www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

STÜCK:	BUCHTITEL:	PREIS:
_____	<b>Personalnews für die Praxis - alle Neuerungen 2005</b>	€ 14,80
_____	<b>Lohnsteuertabellen 2005 + CD-ROM</b>	€ 24,80
_____	<b>Lohnsteuertabellen 2005 + CD-ROM</b>	Abopreis € 21,80
_____	<b>Wiener Baurecht</b>	€ 128,-
_____	<b>Werbung erlaubt!</b>	€ 36,80
_____	<b>spam://e-mail-werbung</b>	€ 16,80
_____	<b>AußStrG - Außerstreitgesetz</b>	ca. € 96,-
_____	<b>Rechtsschutz im globalisierten Wirtschaftswettbewerb</b>	€ 68,-
_____	<b>Versicherungshandbuch</b>	€ 44,80
_____	<b>Prozessproviding am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Wien</b>	€ 45,-
_____	<b>Prozessproviding am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Wien</b>	Hörscheinpreis € 36,-

Preise einschließlich MwSt zuzüglich Versandkosten. Lieferung unter Eigentumsvorbehalt. Kundenbezogene Daten werden zur Kundenbetreuung gespeichert. Loseblattausgaben, Datenträger und Sammelwerke zur Fortsetzung bis auf Widerruf; der Widerruf entfaltet keine Wirksamkeit für bereits erhaltene, sondern nur für zukünftige Lieferungen und hat schriftlich zu erfolgen. Zeitschriftenabonnements verlängern sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn nicht spätestens 6 Wochen vor Jahresende eine schriftliche Kündigung erfolgt. Probe-Abonnements ("Schnupper-Abo") können spätestens 2 Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen Probe-Abonnements in ein Jahres-Abonnement über. Irrtum und Preisänderungen vorbehalten. Ich bin damit einverstanden, dass ich gelegentlich insbesondere mittels Fax, mittels E-Mail oder telefonisch über Neuerscheinungen informiert werde. Diese Zustimmung kann jederzeit schriftlich widerrufen werden. Ich stimme der Verwendung und Verwertung meiner personenbezogenen Daten (Name, Wohn- und Lieferanschrift, E-Mail, Telefonnummer udgl.) für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung, für die Abrechnung und für Werbezwecke innerhalb der Jusline AG zu. Kundenbezogene Daten werden nur dann an Dritte weitergegeben, wenn dies zur Vertragserfüllung notwendig ist.

Vor- und Zuname

Postleitzahl/Ort/Straße

Datum

Unterschrift

Verfassungskampfes, JBl 1930, 1; vgl auch *Janko*, Gesamtänderung, 50. 17) *Merkel*, JBl 1930, 1; vgl auch *Kelsen*, Die Verfassungsreform, JBl 1929, 445 ff, 457, der zur – damals sich noch im Vorbereitungsstadium befindlichen – B-VG-Novelle meint, dass „man die Ansicht vertreten kann, dass es sich um eine Gesamtänderung handelt“.

18) Um diese Problematik anzudeuten, habe ich im Fachwörterbuch des Öffentlichen Rechts Artikel „Grundprinzip“ bzw im gleichnamigen Artikel von „antinationalsozialistischer Grundtendenz“ gesprochen; vgl auch die dort zit Lehrbuchlit, die zT von einer diesbezüglichen „Staatszielbestimmung“ spricht.

Auf die anderen in diese Richtung diskussionswürdigen Fälle – Einführung der immerwährenden Neutralität (vgl *Zeleny*, Art „Neutralität“ und oben), EU-Beitritt (vgl *Zeleny*, Art „Grundprinzip“; die hL nimmt mE zutreffend an, dass damit eine Gesamtänderung verbunden war; es hat auch eine Volksabstimmung stattgefunden), schleichende Gesamtänderung (vgl *Zeleny*, Art „Grundprinzip“ und oben) – kann hier nicht eingegangen werden.

19) Als Verfassungsgesetz vom 8. 5. 1945 im StGBI 1945/13 mit dem Ausgabedatum 6. 6. 1945 kundgemacht und gem seinem § 28 mit dem Tag der Kundmachung in Kraft getreten.

20) Vgl schon *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Bundesverfassung, 65 f; vgl auch *Zeleny*, Art „Demokratie“.

21) Vgl schon *Kelsen*, Staatsrecht, 164; *Merkel*, Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dezember 1929, ZÖR 1931, 161; *Rill/Schäffer*, Rz 6 ff zu Art 1 B-VG; *Oberndorfer*, Rz 10 ff zu Art 1 B-VG; *Mayer*, Bundes-Verfassungsrecht, Anm II. zu Art 1 B-VG; *Mayer*, FS Schambeck, 512; *Mayer*, Plebiszitäre Instrumente in der staatlichen Willensbildung, FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 347; vgl auch *Zeleny*, Art „Demokratie“.

22) *Schambeck*, Politische Parteien und österreichische Staatsrechtsordnung, FS Walter (1991) 606 f.

23) *Kelsen*, Staatsrecht 77; *Schambeck*, Die Demokratie, in: *Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung (1980) 209.

24) Nämlich durch die von den Vertretern der drei politischen Parteien (SPÖ, ÖVP und KPÖ) unterzeichnete UnabhErkl.

25) *Pelinka*, Parteien und Verbände, in: *Pelinka/Welan*, Demokratie und Verfassung in Österreich (1971) 265; *Schambeck*, Demokratie, 209; Bericht der BReg über ihre Rechtsauffassung betreffend die Stellung der politischen Parteien, in: *Stiefbold* ua (Hrsg), Wahlen und Parteien in Österreich, Band II, Teil B (1966) 871.

26) Auf die strikte Unterscheidung der Begriffe „politische Partei“ – „wahlwerbende Partei“ – „Parlamentspartei“ wie zB bei *Kostelka*, Politische Parteien in der österreichischen Rechtsordnung, FS Floretta (1983) 40 sei nur verwiesen; vgl auch *Zeleny*, Art „politische Partei“.

27) § 23 des Gesetzes betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhaus des Reichsrates RGBI 1907/17; vgl auch *Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung (1907) 106.

28) In der Folge vgl §§ 18 ff WahlO 1918, StGBI 1918/115 und §§ 46 ff WahlO 1923, BGBl 1923/367.

29) RGBI 1867/134.

30) Nach § 6 VereinsG 1867 konnte die Bildung eines Vereines untersagt werden, wenn der Verein staatsgefährlich war.

31) StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBI 1867/142.

32) RGBI 1869/66.

33) *Kelsen*, Staatsrecht, 64; StGBI 1918/3, StGBI 1919/249, Art 149 B-VG.

34) BGBl 1947/251; vgl dazu *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 286 f.

35) Der hohe Abstraktionsgrad der Grundprinzipien lässt es durchaus vertretbar erscheinen, in die rechtsdogmatischen Überlegungen auch die Überlegungen der Staatslehre zur Entstehungszeit (besser -epoche) des B-VG 1920 einzubeziehen, aber nicht ohne auf die größere Unsicherheit in der Gewichtung aufmerksam zu machen, die insb darin liegt, dass konkrete Verknüpfungen zwischen dem Willen des historischen Gesetzgebers (der konstituierenden Nationalversammlung) und bestimmten staatstheoretischen Grundpositionen hier nicht aufgefunden wurden, während ausgearbeitete Äußerungen insb in demokratiethoretischer Richtung von *Kelsen* zwar vorliegen, dieser aber am Entstehungsprozess des B-VG 1920 als Legist beteiligt war (vgl in diese Richtung etwa *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>4</sup> [1999] Rz 64, wonach Grundprinzipien „im Lichte jener theoretischen Konzeptionen über Demokratie, Republik, Bundesstaat und auch Rechtsstaat zu interpretieren“ sind, „von denen die Schöpfer der Bundesverfassung geleitet waren“; sowie *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Band I [1997] Rz 01.031 mit dem iZm der „Spielregelverfassung“ gegebenen Hinweis auf *Kelsen*). *Kelsens* demokratiethoretisches Konzept war geprägt von der Idee, möglichst alle politischen Kräfte sich am Bewerb um die Mehrheit der Stimmen beteiligen zu lassen (vgl gleich unten), ein

Aspekt, der in der Lit meist als „Spielregelverfassung“ angesprochen wird (vgl auch *Zeleny*, Art „Demokratie“). Rein tatsächlich, dh politisch betrachtet, bestanden aber innerhalb der meisten politischen Parteien (und damit auch in den Mitgliedern der konstituierenden Nationalversammlung) Strömungen (uzw während der 1. Republik überhaupt), die unter „Demokratie“ etwas anderes, nämlich die Einrichtung des Staates nach ihren Vorstellungen, verstanden. Aber vielleicht ist es gerade deshalb schlüssig, von einem demokratiethoretischen Konzept des B-VG 1920 zu sprechen, das – als kleinster gemeinsamer Nenner – eben allen diesen Strömungen in sehr liberaler Weise den Bewerb um die Mehrheit der Stimmen gestattet.

36) *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie<sup>2</sup> (1929) 14; *Leibholz*, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert<sup>2</sup> (1968) 219; *Walter*, System, § 34; *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts<sup>6</sup> (1971) 76.

37) *Leibholz*, Repräsentation, 224 ff; *Berchtold* (Hrsg), Österreichische Parteiprogramme 1868 – 1966 (1967) 1.

38) *Kelsen*, Demokratie, 19 ff, insb 20: „Nur Selbsttäuschung oder Heuchelei kann verneinen, daß Demokratie ohne politische Parteien möglich ist. Die Demokratie ist notwendig und unvermeidlich ein Parteienstaat.“

39) *Schambeck*, Demokratie, 209.

40) *Merkel*, Der Staat und die politischen Parteien, JB des Österreichischen Gewerbevereins 1962, 67.

41) Während andere Bereiche des demokratischen Prinzips relativ genau im B-VG geregelt wurden, man denke nur an das Wahlrecht.

42) *Kelsen*, Demokratie, 1 und 93; zum anderen Hauptziel, der Gleichheit in der Freiheit bei der Teilnahme am politischen Prozess, vgl unten. Zur Einschränkung dieser Freiheit durch § 3 VerbotsG siehe unten beim liberalen Grundprinzip unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit.

43) *Merkel*, Die Zukunft der Demokratie – Hoffnung oder Verhängnis? FS Verdross (1971) 271.

44) *Merkel*, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, ÖVwBl 1937, 179; *Merkel*, Idee und Gestalt der politischen Freiheit, FS Giacometti (1953) 175 f; *Merkel*, Baugesetze, 92; *Schambeck*, Demokratie, 212.

45) *Kelsen*, Demokratie, 99.

46) *Kelsen*, Demokratie, 101.

47) *Kelsen*, Demokratie, 61.

48) *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, Blätter der Staatspartei, 2. Jg, Heft 3/4, 1932, 98.

49) *Kaufmann* (Hrsg), *Gustav Radbruch*, Gesamtausgabe Band 1 Rechtsphilosophie I (1987) 80; *Radbruch*, Kulturlehre<sup>2</sup> (1927) 39; *Radbruch*, Rechtsphilosophie (1932) VIII und 77.

50) *Kelsen* spricht von der Parteienfeindlichkeit der alten Monarchie (Demokratie, 20); vgl auch die Ausführungen über das VereinsG RGBI 1867/134.

51) Mit Hilfe des Vereinsrechts wurden tatsächlich auch „Vorfeldorganisationen“ verboten (zB Zentralorganisation der Auswanderer nach Sowjetrußland, vgl VfSlg 37/1921; Internationale Rote Hilfe, vgl VfSlg 405/1925; Föderation syndikalistischer Hotel-, Gast- und Kaffeehausangestellter, vgl VfSlg 625/1926; Verband der Proletarierjugend Österreichs, vgl VfSlg 1458 und 1459/1932), nie aber politische Parteien an sich.

52) Etwa durch die Möglichkeit, bestimmten Gruppen die Kandidatur bei den Wahlen zu verbieten, was aber den WahlOn 1918 und 1923 unbekannt war.

53) Alle Angaben aus: *Stiefbold* ua (Hrsg), Wahlen und Parteien in Österreich (1966), Band III, Teil C, 26 ff.

54) *Weinzierl/Skalnik*, Österreich 1918 – 1938, Band 2 (1983) 1095 ff.

55) RGBI 1917/307.

56) Verbot der KP vom 26. 5. 1933, BGBl 1933/200; Verbot der NSDAP vom 19. 6. 1933, BGBl 1933/240; Verbot der SP vom 12. 2. 1934, BGBl 1934/78.

57) Vgl *Raschauer*, Die Rechtsstellung politischer Parteien, in: *Pelinka/Passer* (Hrsg), Das österreichische Parteiensystem (1988) 557.

Andere, später gegründete politische Parteien bildeten sich aber sehr wohl nach dem Vereinsrecht.

58) 437 BlgNR, V. GP.

59) BGBl 1975/404.

60) JBl 1976, 85 f.

61) 1680 BlgNR, XIII. GP.

62) *Kelsen*, Demokratie, 98 f.

Auf die Frage, ob im Lichte des republikanischen Grundprinzips und des gem Art 149 B-VG als Verfassungsgesetz geltenden HabsburgerG, StGBI 1919/209, (insb dessen § 1) eine politische Partei, die Werbung für die Abschaffung des republikanischen Grundprinzips und Wiedererrichtung der Habsburgermonarchie, unzulässig (gewesen) wäre, kann hier nicht eingegangen werden; vgl zur Problematik auch *Kolonovits*, Habsburgergesetz, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4.

Lfg, 2001) insb Rz 13.

- 63) Vgl auch *Knauth*, 3. ÖJT, Band II, 2. Teil, 64, der annimmt, dass die Nationalsozialistengesetzgebung das demokratische Grundprinzip abgeändert hat.
- 64) *Radbruch*, Relativismus (1934) 86.
- 65) Methodisch aA *Janko*, Gesamtänderung, 164 ff, der meint, dass eine Gesamtänderung nur dann vorliegt, wenn der Verfassungsgesetzgeber vom im Zeitpunkt der Erzeugung des in Frage stehenden Verfassungsgesetzes bestehenden „gesamtgesellschaftlichen Verfassungskonsens“ abweicht (dh mE dass dann, wenn der Verfassungsgesetzgeber nur das „nachvollzieht“, was gerade bestehender „gesamtgesellschaftlicher Verfassungskonsens“ ist, keine Volksabstimmung iSd Art 44 Abs 2 B-VG erforderlich ist, und dass nur dann, wenn der Verfassungsgesetzgeber etwas normiert, was nicht der gerade bestehende „gesamtgesellschaftliche Verfassungskonsens“ ist, eine Volksabstimmung iSd Art 44 Abs 2 B-VG erforderlich ist); der „gesamtgesellschaftliche Verfassungskonsens“ sei aber nicht empirisch-soziologisch festzustellen, sondern dies solle so gehandhabt werden wie der VfGH die Grundrechte judiziert. Abgesehen davon, dass mE Art 44 Abs 2 B-VG diese Auslegung nicht trägt, bleibt damit mE auch offen, wie der „gesamtgesellschaftliche Verfassungskonsens“ auf eine objektive nachprüfbar Weise festgestellt werden soll (und nicht bloß eine „Ermächtigung“ an den VfGH gemeint ist, nach seinem Gutdünken [was durchaus eine mögliche, die Übertragung der Entscheidung an den VfGH deutlich machende, freilich mE der Normierung durch Gesamtänderung bedürftige Option wäre], freilich bezeichnet als „gesamtgesellschaftlicher Verfassungskonsens“ [was eine mE als bloße Verschleierung der Entscheidungsbefugnis des VfGH abzulehnende Option ist] zu entscheiden).
- 66) Nach v. *Münch*, Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (1976) 1, ist Art 21 Abs 2 GG der Versuch, Lehren aus der Zeit der Weimarer Republik zu ziehen, die an ihrer Toleranz gegenüber den Feinden der Demokratie zugrundegegangen ist; vgl auch *Leibholz/Rinck/Hesselberger*, Kommentar zum Grundgesetz<sup>6</sup>, Band 2 (1989) Art 21, Rz 14; *Morlok*, in: H. *Dreier* (Hrsg), Grundgesetz, Bd II (1998) insb Rz 135 ff zu Art 21 GG.
- 67) BVerfGE 2, 1 ff und BVerfGE 5, 85 ff.
- 68) Abgedruckt bei: *Pelinka*, Demokratie, 269.
- 69) Abgedruckt bei *Berchtold*, Parteiprogramme, 268 ff.
- 70) Abgedruckt bei *Berchtold*, Parteiprogramme, 286 ff.
- 71) Abgedruckt bei *Berchtold*, Parteiprogramme, 379 ff.
- 72) Abgedruckt bei *Berchtold*, Parteiprogramme, 386 ff.
- 73) Vorschläge der ÖVP zur Regelung der Rechtsstellung der Parteien, abgedruckt bei: *Pelinka/Welan*, Demokratie, 351 ff.
- 74) Auf das ParteienG kann hier nicht eingegangen werden.
- 75) *Renner*, Drei Monate Aufbauarbeit der Provisorischen Staatsregierung der Republik Österreich (1945) 9 f, gebraucht die im Haupttext angeführten Worte als Kapitelüberschrift; *Neck*, Innenpolitische Entwicklung, in: *Weinzierl/Skalnik* (Hrsg), Die Zweite Republik, Band 1 (1972) 157; vgl auch die

zahlreichen diesbezüglichen Wortmeldungen in den Debatten über das NSG, StProtNR V. GP, 28. S am 24. 7. 1946 und StProtBR, 11. S am 26. 7. 1946.

- 76) Erstmals im NR beschlossen am 24. 7. 1946, nach Änderungswünschen der Alliierten erneut beschlossen am 6. 2. 1947, BGBl 1947/25 (hinfort: NSG).
- 77) Vgl auch die Ausführungen des Abgeordneten *Frisch*, vgl unten.
- 78) *Pelinka*, Auseinandersetzung mit dem Kommunismus, in: *Weinzierl/Skalnik* (Hrsg), Die Zweite Republik, Band 1 (1972) 180 ff, insb 194: Zitat aus Figls Rundfunkansprache vom 18. 1. 1948: „Eine kommunistische Gefahr gibt es in Österreich nicht.“
- 79) Vgl auch *Schambeck*, FS Walter, 623; *Rill/Schäffer*, Rz 35 zu Art 1 B-VG sprechen in diesem Zusammenhang von einer „partiell wehrhaften Demokratie“.
- 80) StGBI 1945/198.
- 81) Nicht behandelt werden kann hier die Frage, ob für die Qualifikation einer Gesamtänderung als solcher ausschließlich Verfassungsbestimmungen herangezogen werden dürfen oder auch die einfachgesetzliche, vielleicht auch die untergesetzliche Rechtslage; in aller Regel werden grundprinzipienwidrige einfache G auch gegen einfaches Verfassungsrecht verstoßen, sodass dies ihre Aufhebbarkeit sicherstellt; der VfGH prüft allerdings gelegentlich einfache G direkt am Maßstab der Grundprinzipien (vgl *Zeleny*, Art „Rechtsstaat“). Hier dienen Verweise auf einfache Gesetze idR als weitere Indizien für die antinationalsozialistische Grundhaltung in Österr nach dem 2. Weltkrieg, deren Erheblichkeit für die Annahme einer Gesamtänderung eines bestimmten Grundprinzips schon durch verfassungsgesetzliche Bestimmungen dargetan wurde.
- 82) Vgl auch § 18 Verbotsg idF des NSG.
- 83) Vgl *Zeleny*, Art „Demokratie“ und „Wahlrechtsgrundsatz“. Vgl auch *Rill/Schäffer*, Rz 42 zu Art 1 B-VG (allerdings bezogen auf Art 9 Stv v Wien).
- 84) Zum einen Hauptziel, der Freiheit des einzelnen, vgl oben.
- 85) *Kelsen*, Demokratie, 1 und 93; vgl auch *Adamovich*, Handbuch, 76; *Ringhofer*, Kommentar, 14.
- 86) Weiters wurde in diesem Erk auch die Einschränkung des Gleichheitsgrundsatzes durch die Nationalsozialistengesetzgebung als Gesamtänderung thematisiert, aber vom VfGH verneint; vgl unten. In der Folge zieht der VfGH immer wieder VfSlg 1708/1948 heran, um generell zu begründen, dass mit der Nationalsozialistengesetzgebung keine Gesamtänderung der Verfassung verbunden sei.
- 87) Dass der VfGH zum Ergebnis kommt, dass keine Gesamtänderung vorliegt, mag vielleicht auch damit zusammenhängen, dass damit das Problem, dass in diesem Zusammenhang nie die von Art 44 Abs 2 B-VG geforderte Volksabstimmung stattgefunden hat, nicht in den Blick kommt. Dass die hier angenommene Gesamtänderung ohne Volksabstimmung durchaus verfassungskonform ist, wird unten erläutert werden.
- 88) Vgl auch *Ucakar*, Verfassung – Geschichte und Prinzipien, in: *Dachsua*, Handbuch des politischen Systems Österreichs (1991) 93.

# Justiz und Randgruppen

## Einleitung

Oliver Scheiber

### Das Recht auf besondere Aufmerksamkeit – neue Herausforderungen für ein faires Verfahren

Der Gleichheitssatz nimmt unter den Grundrechten eine besondere Stellung ein. Der Staat soll gleiche Sachverhalte gleich behandeln und mit seinen Bürgerinnen und Bürgern nicht ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich umgehen. Zur Unterstützung dieses Gebots ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten, nicht zuletzt auf europäischer Ebene, eine Antidiskriminierungsgesetzgebung entwickelt worden. Diese ist auch notwendig: keine Gesellschaft ist homogen; überall gibt es Menschen, die am Rand der Gesellschaft leben. Das Abgleiten an den Rand der Gesellschaft kann vielfältige Ursachen haben: wirtschaftliche Gründe wie Langzeitarbeitslosigkeit ebenso wie Krankheit, einen von der Mehrheit der Bevölkerung abweichenden Lebensstil oder ganz einfach mangelnde Kenntnisse der Landessprache, die eine Teilnahme am sozialen Leben verhindern. Die Randsituation führt regelmäßig zu einer besonderen Verletzlichkeit der betroffenen Personengruppe. Sind sich Gesellschaft, Staat und Behörden dieser Verletzlichkeit nicht bewusst, kann das fatale Folgen haben. Die Problematik lässt sich gut am Beispiel gehörloser Menschen illustrieren. Ein gehörloser Mensch wächst gleichsam als Fremder im eigenen Land auf; von klein auf ist ihm schon der Zugang zum führenden Informationsmedium Fernsehen weitgehend abgeschnitten. Daraus resultiert ein hoher Prozentsatz an kaum alphabetisierten gehörlosen Personen; aus Scham unterschreiben diese Personen im Alltag Verträge, die sie nicht lesen können, sie erhalten Mahnschreiben, die sie nicht verstehen und versäumen deshalb Fristen. Resultieren aus all dem Gerichtsverfahren, stehen dem Gehörlosen vor Gericht allzu oft nur unqualifizierte Dolmetscher zur Verfügung. Die vielen Schwierigkeiten gehörloser Menschen nimmt die Öffentlichkeit kaum wahr. Viel zu wenig wurde bisher überlegt, wie man Gehörlosen zumindest vor Gericht ein faires Verfahren einräumen kann.

Unsere neoliberale Gesellschaft drängt tendenziell immer mehr Menschen an den Rand; das Idealbild eines gleichberechtigten Zusammenlebens möglichst vieler (aller) Menschen ist weiter entfernt als noch vor einigen Jahren. Umso wichtiger sind Schutzmechanismen für die Schwächeren. Für die Justiz bedeutet dies eine besondere Herausforderung. Der gleiche Zugang zum Recht ist wesentliche Voraussetzung für

den Rechtsstaat. Die Einrichtung der Verfahrenshilfe etwa ist ein erprobtes Mittel, wirtschaftlich benachteiligten Bürgerinnen und Bürgern vor Gericht gleiche Chancen einzuräumen. Der Ausgleich unterschiedlicher wirtschaftlicher Möglichkeiten reicht aber nicht mehr aus; zunehmend steigt die Erkenntnis, dass verschiedenste Bevölkerungsgruppen im Verfahren einer besonderen Aufmerksamkeit der Behörden und Gerichte bedürfen, damit ein faires Verfahren gewährleistet ist. Während es früher darum ging, allen den Zugang zu Gericht zu ermöglichen, sind wir heute einen Schritt weiter: es sollen auch alle ein rundum faires Verfahren erhalten. Dabei rückt unter anderem die Frage der Kommunikation in den Mittelpunkt: noch lange sind nicht alle gleichberechtigt in ihren Ausdrucksmöglichkeiten vor Gericht.

Sobald es um Fragen von Randgruppen und deren Stellung in Behörden- und Gerichtsverfahren geht, ist eine interdisziplinäre Zusammenarbeit gefragt. Die Richterinnen und Richter, ja die Rechtsberufe überhaupt, sind auf die Kompetenz der jeweiligen Experten angewiesen, um Probleme einzelner Gruppen zu erkennen und Lösungen zu finden. Dieser interdisziplinäre Ansatz ist als künftiger Trend jeder Justizgesetzgebung bereits auszumachen. Er war auch selbst gestecktes Ziel bei der Gestaltung dieses Heftschwerpunkts.

Das Thema dieses Hefts will auf die Schwierigkeiten einzelner Bevölkerungsgruppen bei ihrem Zusammentreffen mit der Justiz aufmerksam machen und die Vertreter der Rechtsberufe auf bisher vielleicht zu wenig beachtete Fragestellungen hinweisen. Auf die Gefahr hin, bestehende Stigmatisierungen zu verstärken, müssen dabei vielfach unbewusste Benachteiligungen einzelner Gruppen benannt werden. Betroffen sind vor Gericht etwa schwarzafrikanische Verdächtige. Viele dieser Personen leiden zum einen an der mangelnden Versorgung während eines laufenden Asylverfahrens (zu wenig Unterbringungsstätten, keine Beschäftigungsmöglichkeiten); wie Alexia Stuefer im ersten Beitrag des Themas belegt, machen die Strafgerichte das Tatbestandsmerkmal der Gewerbmäßigkeit zu einem kriminalpolitischen Instrument insbesondere gegenüber asylsuchenden Schwarzafricanern.

Mit den schon angesprochenen Kommunikationsfragen befasst sich Mira Kadric in einem Beitrag zum Gerichtsdolmetschen. Die noch junge Disziplin der Translationswissenschaft leistet heute wesentliche Beiträge zur Hebung der Qualität von Gerichtsdolmetschungen. Die Europäische Kommission hat einen intensiven Dialog zwischen Rechts- und Translationswissenschaft eingeleitet; für Österreich, das bereits mehrfach im Zusammenhang mit unzureichender Dolmetschung vor Gericht vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte verurteilt wurde, ein besonders interessanter Bereich.

Die zunehmende Zahl verhaltens- und psychisch auffälliger Personen, denen sich Gerichte und Strafvollzug gegenüber sehen, ist seit längerem ein Thema. Zwei Beiträge befassen sich damit: Christian Bertel weist auf die Problematik der Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB hin. An die 300 Personen sind derzeit von dieser Unterbringungsmaßnahme betroffen. An die von Christian Bertel diskutierte Fraglichkeit von Prognoseentscheidungen knüpft Karin Gutiérrez-Lobos aus psychiatrischer Sicht an. Ihre Ausführungen zur Qualität psychiatrischer Gutachten und zum Risiko von Gefährlichkeitsprognosen machen deutlich, dass hier auf Grund der neueren Forschungsergebnisse durchaus legislativer Handlungsbedarf besteht.

Am Schluss steht die Besprechung einer Gesetzesinitiative der Europäischen Kommission; der von der Kommission vorgeschlagene Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren unternimmt es, besondere Mechanismen zum Schutz verletzlicher Personen zu schaffen. Diese Initiative ist gleichzeitig einer der ersten Versuche, die Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union anzugleichen und damit eines der spannendsten strafrechtlichen Projekte der Gegenwart.

*Oliver Scheiber ist Richter in  
Straf- und Zivilsachen in Wien.*

*Kelsen/Froehlich/Merkl*  
**Kommentar zur Bundesverfassung**



Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920

Kommentiert und herausgegeben in Verbindung mit Georg Froehlich und Adolf Merkl von Hans Kelsen

Nachdruck des ersten und jahrzehntelang einzigen Kommentars zum B-VG 1920

mit einem Vorwort und einer Einführung von em. O. Univ.-Prof. DDr. Dr. h.c. Robert Walter, Geschäftsführer des Hans Kelsen-Institutes

Endlich wird das bedeutende Verfassungswerk der interessierten Fachwelt wieder zugänglich gemacht.

**3-7046-4197-9, 558 Seiten, geb., € 78,-**

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

**VERLAG  
ÖSTERREICH**

Am 04.08.2004 wurde im Zuge einer Routinekontrolle der Gewerbeaufsichtsbehörde in einem für seine gute Küche bekannten afrikanischen Restaurant der als Gast anwesende Jonathan T. (Anm.: Name von der Verfasserin geändert) einer Personendurchsuchung unterzogen. Laut Anzeige der Bundespolizeidirektion Wien konnten bei Jonathan T. 14 Suchtgiftkugeln in den Hosentaschen und 21 Suchtgiftkugeln in beiden Schuhen versteckt gefunden werden. Bei einer genaueren Visitation wurde in der Unterhose ein in Plastik eingeschweißtes Pulver, nämlich Kokain, gefunden. Insgesamt konnten bei Jonathan T. 13,2 Gramm Heroin und 12,4 Gramm Kokain sowie ein Bargeldbetrag in der Höhe von € 1.090,- sichergestellt werden (Anm.: die angegebenen Mengen bezeichnen den Bruttogehalt an Suchgift; erfahrungsgemäß liegt die große Menge für die Erfüllung des (strengeren) Tatbestandes (§ 28 SMG) im Zweifel nicht vor). Jonathan T. wurde in vorläufige Verwahrungshaft genommen. In seiner polizeilichen Niederschrift gab er an, dass er das bei ihm gefundene Suchtgift verkaufen wollte und dass er bisher noch nie Suchtgift verkauft hat. Das sichergestellte Bargeld hat er nachweislich in einem neben dem Restaurant befindlichen Wettbüro gewonnen. Jonathan T. war zum Tatzeitpunkt 17 Jahre alt und bislang unbescholten.

Nach der niederschriftlichen Einvernahme wurde der Sachverhalt dem Staatsanwalt mitgeteilt, der den Antrag auf Verhängung der Untersuchungshaft stellte. Am 06.08.2004 wurde über Jonathan T. die Untersuchungshaft antragsgemäß verhängt. Die Begründung des Beschlusses wird zur Veranschaulichung (auszugsweise) zitiert:

*„Es liegt dem Beschuldigten aufgrund des Strafantrages der Staatsanwaltschaft vom 05.08.2004 zur Last, am 04.08.2004 in Wien gewerbsmäßig den bevorstehenden Vorschriften zuwider Suchtgift potenziellen Suchtgiftkonsumenten durch Verkauf zu überlassen versucht zu haben, indem er 22 Kugeln Heroin und 14 Kugeln Kokain zum Weiterverkauf bereit hielt, jedoch zuvor betreten wurde.“*

*Die Haftgründe liegen vor, weil der Beschuldigte Ausländer unterstandslos ist und ohne soziale Integration in Österreich ist und aufgrund des modus operandi im Zusammenhalt mit seiner Arbeits-, Einkommens, und Vermögenslosigkeit massive Tatbegehungsgefahr gegeben ist.*

*Die Verhängung der Untersuchungshaft steht zur Bedeutung der Sache sowie der zu erwartenden Strafe nicht außer Verhältnis und die genannten Haftzwecke können durch die Anwendung gelinderer Mittel nicht erreicht werden, weil eine unbedingte Freiheitsstrafe droht und ein Widerruf drohen und die oben bereits angeführten Umstände die Anwendung gelinderer Mittel als nicht ausreichend erscheinen lassen.“*

Laut Anzeige der Bundespolizeidirektion Wien, Kriminaldirektion 2, wurde am 30.06.2004 um ca 23:00 Uhr am Gehsteig in 1020 Wien, Arnezhofergasse 3, der 29 jährige Kelly O. (Anm.: Name von der Verfasserin geändert) dabei betreten, wie er offensichtlich Ausschau nach Suchtgiftkonsumenten hielt. Kelly O. wurde perlustriert; es konnten insgesamt 5,2 Gramm Heroin, ein Samsung Handy sowie ein Bargeldbetrag in der Höhe von € 10,- sichergestellt werden. Da – so die Anzeige weiter – der Verdacht der Begehung einer gerichtlich strafbaren Handlung, die mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht ist und daher nicht in die Zuständigkeit der Be-

zirksgerichte fällt, vorlag und Kelly O. mit Suchtmittel auf frischer Tat betreten wurde, wurde er gemäß § 177 iVm § 175 StPO vorläufig festgenommen. In der Anzeige heißt es wörtlich:

*„Der Verdacht der gewerbsmäßigen Begehung gründet sich auf die Art des Modus operandi beim Suchtgifthandel sowie sonstige Umstände wie insbesondere:*

- in der konspirativen Verhaltensweise des Tatverdächtigen in seinem gesamten Verhalten (wie insbesondere erhöhte Aufmerksamkeit in Form ständiger Rundumbeobachtung der Umgebung, einschätzende (Polizeikräfte) bzw. suchende (Konsumenten) Beobachtung anwesender Personen im Umfeld u.dgl.)*
- der Beschäftigungslosigkeit der Festgenommenen*
  - wobei aufgrund der von ihnen getragenen/mitgeführten Kleidung, Schuhe, Handy ua. geschlossen werden kann, dass sie sich durch den rechtswidrigen Verkauf von SG eine fortlaufende Einnahme verschaffen bzw. schon geschaffen haben.“*
  - Die Verpackung des Kokains*

## „Gewerbsmäßigkeit“ und Untersuchungshaft bei Schwarzafrikanern

Alexia Stuefer

Bei seiner polizeilichen Befragung gab Kelly O. an, dass er bereits am Tag vor seiner Verhaftung gemeinsam mit einer Freundin Kokain konsumiert hat. Weiters sagte er aus, dass er die Absicht hatte, auch die bei ihm gefundene Suchtgiftmenge mit seiner Freundin zu konsumieren.

Am 03.07.2004 wurde über Kelly O. die Untersuchungshaft wegen dringenden Verdachts des versuchten gewerbsmäßigen Überlassens von Suchtgift nach §§ 27 Abs 1, 2 Z 2, 1. Fall SMG und 15 StGB verhängt. In der Begründung des Beschlusses wird konstatiert, *dass er zumindest am 30.06.2004 im Besitz von Kokain gewesen sei, das er offensichtlich für den Verkauf bereitgehalten habe.* Die Haftgründe seien gegeben, *weil der genannte Ausländer ohne hinreichende Inlandsbindung sei, seine Identität ungeklärt erscheine und ihm gewerbsmäßige Tatbegehung angelastet werde.*

Nach dem von der Staatsanwaltschaft Wien am 08.07.2004 eingebrachten Strafantrag wird Kelly O. zur Last gelegt: *„Er hat am 30.06.2004 in Wien dadurch versucht, gewerbsmäßig den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift anderen zu überlassen, dass er 5,2 Gramm Kokain brutto für den unmittelbar bevorstehenden Weiterverkauf an unbekannte Abnehmer bereithielt.“*

Zu bemerken ist, dass sich Kelly O. am angeblichen Tatzeitpunkt alleine in der Arnezhofergasse befand. Es waren keine sog „Suchtgiftkonsumenten“ in seiner Nähe und konnten daher auch nicht ausfindig gemacht werden. Auch Kelly O. war bisher unbescholten.

### Die Annahme der Gewerbsmäßigkeit und ihre Folgen

Bei richtiger rechtlicher Würdigung der dargestellten Sachverhalte lässt sich daraus der Verdacht auf die versuchte gewerbsmäßige Weitergabe von Suchtgiften nicht ableiten. Ein rechtlich sicherer Schluss ist lediglich auf die Verwirklichung des Deliktes des Besitzes bzw. allenfalls des versuchten Überlassens von Suchtgiften möglich. Die hier interessierenden Delikte und die daran anknüpfenden verfahrensrechtlichen Konsequenzen werden kurz skizziert: Gemäß § 27 Abs 1 SMG ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, wer den bestehenden Vorschriften zuwider ein Suchtgift erwirbt, besitzt, erzeugt, einführt, ausführt oder einem anderen überlässt oder verschafft. Gemäß § 27 Abs 2 Z 2 1. Fall SMG ist mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer die im Abs 1 des § 27 SMG bezeichnete Tat gewerbsmäßig begeht.

Gemäß § 9 StPO obliegt den Bezirksgerichten das Strafverfahren grundsätzlich wegen aller Vergehen, für die nur eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe angedroht ist, deren Höchstmaß ein Jahr nicht übersteigt. Gemäß § 10 Z 1 und Z 2 StPO sind die Gerichtshöfe erster Instanz zur Führung von Vorerhebungen und Voruntersuchungen wegen aller Verbrechen und der nicht den Bezirksgerichten zur Aburteilung zugewiesenen Vergehen sowie zur Hauptverhandlung und Urteilsfällung wegen aller Verbrechen und Vergehen, die weder den Geschworenengerichten noch den Bezirksgerichten zur Aburteilung zugewiesen sind, berufen.

Während somit für den Tatbestand des unerlaubten Besitzes bzw. des Überlassens von Suchtgiften gemäß § 27 Abs 1 SMG die Bezirksgerichte zuständig sind und die Verhängung der Untersuchungshaft ausschließlich wegen der Haftgründe der Flucht – und Verdunkelungsgefahr zulässig ist (vgl. § 452 Z 3 StPO), ist im Falle der gewerbsmäßigen Weitergabe von Suchtgiften (bei einer Strafdrohung bis zu drei Jahren) gemäß §§ 10 Z 2, 13 Abs 1 und Abs 2 StPO der Untersuchungsrichter zur Führung der Voruntersuchung und der Gerichtshof erster Instanz als Einzelrichter zur Urteilsfällung zuständig. Gemäß § 180 StPO ist die Untersuchungshaft zu verhängen, wenn ein dringender Tatverdacht und einer der in § 180 Abs 2 StPO aufgezählten Haftgründe vorliegt. Neben den bereits erwähnten Haftgründen der Flucht – und Verdunkelungsgefahr sind dies die Tatbegehungsgefahr und die Ausführungsgefahr (vgl. § 180 Abs 2 Z 3 lit a, b, c und d StPO). § 180 Abs 1 letzter Satz StPO bestimmt, dass die Untersuchungshaft nicht verhängt oder nicht aufrechterhalten werden darf, soweit sie zur Bedeutung der Sache außer Verhältnis steht oder durch gelindere Mittel erreicht werden kann.

Die aufgezeigten Sachverhalte veranschaulichen, dass ohne die Annahme des Tatbestandselementes der Gewerbsmäßigkeit die Verhängung der Untersuchungshaft rechtlich nicht möglich gewesen wäre. Hätten die Strafverfolgungsbehörden in concreto lediglich das Delikt des unerlaubten Besitzes oder allenfalls des versuchten Überlassens von Suchtgiften gemäß § 27 Abs 1 2. und 6. Fall SMG als verwirklicht angesehen, wäre die Verhängung der Untersuchungshaft rechtswidrig gewesen. Denn angesichts der Strafdrohung bis zu sechs Monaten wäre eine (wenn auch nur kurze) Untersuchungshaft unverhältnismäßig im Sinne des § 180 Abs 1 StPO. § 27 Abs 2 Z 2 SMG droht hingegen eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren an

und rechtfertigt daher schon aufgrund der Strafdrohung die Verhängung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft. Als Haftgründe dienen die Flucht – und Tatbegehungsgefahr, zu deren Begründung die „mangelnde soziale Integration im Inland“ und die „Vermögens – und Beschäftigungslosigkeit“ herangezogen wird. So gesehen, liegen bei schwarzafrikanischen – und generell bei fremden – meist asylsuchenden Verdächtigen allein aufgrund ihrer Herkunft und ihrer Lebenssituation immer Haftgründe vor.

Die Legaldefinition der „Gewerbsmäßigen Begehung“ ist im § 70 StGB geregelt und lautet: „*Gewerbsmäßig begeht eine strafbare Handlung, wer sie in der Absicht vornimmt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.*“ Die einheitliche Definition des § 70 StGB gilt auch für die auf Gewerbsmäßigkeit abstellenden Strafnormen außerhalb des StGB. In Rechtsprechung und Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass der gewerbsmäßig handelnde Täter ein besonderes Gefahrenmoment für die Gesellschaft darstellt (vgl. *Jerabek WK<sup>2</sup> § 70 Rz 1*). Ihn charakterisiert eine besonders gefährliche innere Einstellung und damit ein hohes Maß an Charakterschuld, eine Neigung zu chronischer Kriminalität, deren Bekämpfung die gesonderte Tatbegehung in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen dient (vgl. *Leukauf-Steininger Komm<sup>3</sup> § 70 RN 1*; *Bertel Die Gewerbsmäßigkeit. Eine kriminalpolitische Betrachtung, JRP 1998, 265*).

Nach den Kommentierungen und der st Rsp handelt gewerbsmäßig, wer – auch nur eine einzige (auch versuchte) – strafbare Handlung in der Absicht begeht (§ 5 Abs 2 StGB), sich selbst durch wiederholte Begehung solcher Taten eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Der Täter muss also darauf abzielen, sich eine regelmäßige und ständige Einnahme zu verschaffen. Die innere Einstellung ergibt sich aus dem Gesamtverhalten des Täters vor und nach der Tat (vgl. *Frabrizy StGB<sup>8</sup> § 70 Rz 1*). Ob eine Handlung gewerbsmäßig begangen wurde, ist als Tatfrage nach dem inneren Vorhaben des Täters zu klären, das sich in einem äußeren Geschehen widerspiegeln kann, aber nicht muss; das Gesamtverhalten des Täters nicht nur zur Tatzeit, sondern auch vor und nach der Tat, seine persönlichen Verhältnisse und die Begleitumstände der Tat sind maßgebliche Beurteilungskriterien (vgl. *Jerabek aaO Rz 2*).

Nach der Diktion der Rsp muss es nicht tatsächlich zur Wiederholung gekommen sein, sofern nur das inkriminierte Verhalten unter Berücksichtigung seiner Begleitumstände und Nebenumstände die begriffssessentielle Tendenz des Täters klar, sinnfällig und unmissverständlich zum Ausdruck bringt (15 Os 100/97; 15 Os 181/98; 11 Os 83/75; 9 Os 91/85). Die in der Legaldefinition der Gewerbsmäßigkeit verwendeten Begriffe „wiederkehrend“ und „fortlaufend“ sind nicht mit „zeitlich unbegrenzt“ gleichzusetzen. Gemeinsam bringen sie zum Ausdruck, dass es dem gewerbsmäßig handelnden Täter darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung strafbarer Handlungen eine zumindest für einen längeren Zeitraum wirkende Einnahmequelle zu erschließen, ohne dass die Einnahme während dieses Zeitraumes regelmäßig und dauernd fließen muss (vgl. *Jerabek aaO Rz 7*; 12 Os 163/87; 14 Os 112/91). Zu Recht verweisen *Ch. Grafl et al.* darauf, dass die höchstrichterliche Judikatur konturlos ist: zum einen wird uU bereits ein deliktischer Angriff als ausrei-

chend angesehen, um eine von einer entsprechenden Absicht getragenes Handeln als gewerbsmäßig zu qualifizieren. Andererseits bietet ein mehrfaches Delinquieren für sich alleine noch keinen ausreichenden Anhaltspunkt, um eine Gewerbsmäßigkeit anzunehmen (vgl. *Ch. Grafl et al.* Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft, JRP 2004, 62f).

### Gewerbsmäßigkeit als kriminalpolitisches Instrument

Misst man die dargestellten Sachverhalte an den Erfordernissen des Vorliegens der Gewerbsmäßigkeit, so ist klar zu erkennen, dass keine Indizien für deren Annahme vorlagen. Weder Jonathan T. noch Kelly O. hatten ein getrübt Vorleben. Es lagen keine Umstände vor, die nahe legen, dass es ihnen darauf ankommt, die ihnen zur Last gelegte Tat wiederkehrend zu begehen, um sich daraus eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Ebenso wenig lässt sich aus den Begleitumständen der Tat eine Wiederholungsabsicht ableiten. Allenfalls kann im ersten Fall das versuchte Überlassen von Suchtgift gemäß § 27 Abs 1 SMG als verwirklicht angesehen werden. Zu bedenken ist aber auch hier, dass (noch) keine der Ausführung der Tathandlung unmittelbar vorangehende Handlung gesetzt wurde und damit kein Versuch gemäß § 15 StGB vorliegt. Das Delikt des § 27 Abs 1 6. Fall SMG wurde somit nicht einmal versucht, geschweige dem ist der Verdacht auf das versuchte *gewerbsmäßige* Überlassen von Suchtgift indiziert.

Die Fälle zeigen, dass das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit zu einem kriminalpolitischen Instrument insbesondere gegenüber asylsuchenden Schwarzafricanern und ganz generell gegenüber Fremden „verkommen“ ist. Von den Strafverfolgungsbehörden (Polizei und Staatsanwaltschaft) bleibt offenbar nichts unversucht, um zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit zu gelangen. Sogar die vom Verdächtigen getragene Kleidung oder der Besitz eines Handys sollen Indizien für eine Absicht zur wiederholten Tatbegehung und der dadurch zu verschaffenden fortlaufenden Einnahme sein. Auch ein „konspiratives“ Verhalten soll den Verdacht der gewerbsmäßigen Begehungsweise begründen (vgl. das oben dargestellte Beispiel Kelly O.). Im Dunkeln bleibt, wie sich jemand ohne Anwesenheit eines möglichen Suchtgiftkonsumenten oder Komplizen – und somit mit sich selbst – konspirativ verhalten kann. Mag den polizeilichen Ermittlungsorganen die rechtliche (Fehl-)Beurteilung der gewerbsmäßigen Begehung nachgesehen werden, für die Staatsanwaltschaft als Antragstellerin der Untersuchungshaft und den UntersuchungsrichterInnen kann und darf dies nicht gelten. Gemäß § 3 StPO haben alle im Strafverfahren tätigen Behörden die zur Belastung und die zur Verteidigung des Beschuldigten dienenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu berücksichtigen. Für Jonathan T. und Kelly O. hätte eine eingehendere rechtliche Würdigung der Anzeige die Vermeidung der Untersuchungshaft bedeutet. Entgegen den Anträgen der Staatsanwaltschaft erfolgte keine Verurteilung wegen versuchtem gewerbsmäßigen Überlassen von Suchtgift: Der 18 jährige Jonathan T. wurde wegen unerlaubtem Besitz von Suchtgift gemäß § 27 Abs 1 2. Fall SMG zu einem Monat Freiheitsstrafe verurteilt. Gemäß § 43 wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe unter Setzung einer Probezeit in

der Dauer von 3 Jahren bedingt nachgesehen. Die Untersuchungshaft in der Dauer von 21 Tagen wurde ihm auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet. Auch Kelly O. wurde wegen unerlaubtem Besitz von Suchtgift gemäß § 27 Abs 1 2. Fall SMG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 4 Monaten verurteilt, die Freiheitsstrafe wurde unter Setzung einer Probezeit in der Dauer von 3 Jahren bedingt nachgesehen. Auch ihm wurde die 10 Tage andauernde Untersuchungshaft auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet.

Ein Exkurs in den Bereich der Vermögenskriminalität zeigt, dass die so ausgelegte gewerbsmäßige Begehung insbesondere bei aus dem osteuropäischen Raum stammenden und meist unbescholtenen Verdächtigen zur Verhängung der Untersuchungshaft führt. Hauptanwendungsgebiet ist vor allem das Delikt des Diebstahles, insbesondere des Ladendiebstahles. § 127 StGB droht eine Freiheitsstrafe bis sechs Monaten an, gemäß § 9 StPO sind die Bezirksgerichte zur Urteilsfällung berufen. Wer einen Diebstahl gewerbsmäßig begeht, ist mit Freiheitsstrafe von fünf Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen (§ 130 1. Fall StGB). Der Gerichtshof 1. Instanz ist zuständig. Zur Begründung der Gewerbsmäßigkeit wird meist auf die „Vermögens- und Beschäftigungslosigkeit“ oder beispielsweise auf die „besondere Fingerfertigkeit“ bei der Tatausführung verwiesen. Das so angewandte Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit führt dazu, dass Verdächtige oft wegen Schadensbeträgen im untersten Bereich (häufig übersteigt der Wert der gestohlenen Waren nicht € 10 – € 100) über Monate in Untersuchungshaft verbringen. Auf der Hand liegt, dass die so gehandhabte Annahme der Gewerbsmäßigkeit zu der in der Öffentlichkeit viel beklagten Überbelegung der Justizanstalten führt.

Sie schlägt sich auch in den signifikant gestiegenen Zahlen der Kriminalstatistik nieder. Beim Verbrechen des gewerbsmäßigen Diebstahls stiegen zwischen 2001 und 2002 die bekannt gewordenen Fälle um 31,7% an (vgl. *Ch. Grafl et al.* aaO).

### Schlussfolgerungen

Die geschilderten Beispiele machen deutlich, dass das Tatbestandsmerkmal der gewerbsmäßigen Begehungsweise gemäß § 70 durch diese Auslegung und Anwendung seinen Zweck verfehlt. Der Zweck der Regelung ist es, vor den besonderen Gefahren zu schützen, die von einem Täter ausgehen, der sein kriminelles Handeln zum Gewerbe (vgl. *Bertel* aaO) macht. *Bertel* fordert, dass der Gesetzgeber die Gewerbsmäßigkeit so definieren sollte, dass die Definition wenigstens annähernd jene kriminelle Lebensform erfasst, die vom Gesetz verhindert werden will, nämlich die des gewerbsmäßig handelnden Täters als Negativbild des redlichen Menschen. Zutreffend verlangt er die Objektivierung der Gewerbsmäßigkeit durch den Gesetzgeber: Die Lebensform eines Täters kann nicht in einer „grundsätzlichen Entschlossenheit“, sondern nur in einem konkreten Verhalten bestehen, das der Täter wirklich an den Tag gelegt hat. Neben einem Beobachtungszeitraum in der Dauer von einem Jahr und der Begehung von mindestens drei gleichartigen Taten, die voneinander und von der zuletzt begangenen Tat durch Abstände von wenigstens zwei Monaten getrennt sind, fordert er einen beträchtlichen Gewinn (und nicht nur „geringfügige Nebeneinkünfte“) aus den strafbaren Handlungen (vgl. *Bertel* aaO).

Zu Recht noch weiter gehen *Ch. Grafl et al.*, indem sie die Bindung der Gewerbsmäßigkeit an objektive Kriterien, wie die tatsächliche, mindestens fünffache Tatwiederholung fordern (vgl. *Ch. Grafl et al. aaO*).

Auch meines Erachtens ist eine gesetzgeberische Reaktion dringend geboten, da die beschriebene Auslegung des Tatbestandsmerkmals zu einer immer mehr ansteigenden Bereitschaft zu (ungerechtfertigten) Inhaftierungen von Verdächtigen führt. In Zeiten, in denen das Bedürfnis nach Sicherheit steigt und die strenge Ahndung von Straftaten durch die Verhängung von unbedingten Freiheitsstrafen insbesondere in

der öffentlichen Meinung beruhigend wirkt, ist eine gesetzgeberische Initiative derzeit kaum zu erwarten. Umso mehr sind die in der Strafrechtspflege tätigen Behörden – und nicht nur die VerteidigerInnen – aufgefordert, die Voraussetzungen der gewerbsmäßigen Tatbegehung mit größter Sorgfalt zu würdigen.

*Mag<sup>a</sup>. Alexia Stuefer ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien und war als RA<sup>in</sup> für RA Univ. Doz. Dr. Richard Soyer und RA Mag. Josef Phillip Bischof an beiden Verfahren beteiligt.*

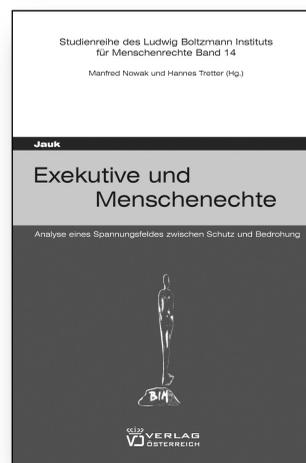
Jauk

## Exekutive und Menschenrechte

Analyse eines Spannungsfeldes zwischen Schutz und Bedrohung  
2004, 548 Seiten, br., 3-7046-4418-8, € 60,-

Die Arbeit bietet eine ausführliche Analyse des Spannungsfeldes, in dem sich polizeiliche Arbeit im Verhältnis zu den Menschenrechten bewegt, dies unter Einbeziehung umfangreicher Judikatur von VfGH und EGMR und der Beobachtungen ua des Europäischen Komitees zur Verhütung der Folter. Dieser theoretischen Aufarbeitung wurde eine praktische Untersuchung durch Befragung steirischer Gendarmarie- und PolizeibeamtInnen gegenübergestellt, um die exekutivinterne Sicht des angesprochenen Spannungsfeldes zu durchleuchten.

- Polizei und Menschenrechte bzw.
- Grundrechtssensibilität der Polizeiarbeit
- Folter- und Misshandlungsverbot
- Judikaturspiegel zum Folter- und Misshandlungsverbot
- Rechtliche Rahmenbedingungen zum Schutz vor Folter und Misshandlung
- Exekutivinterne Sichtweisen zur Menschenrechtsthematik



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

VERLAG  
ÖSTERREICH

### 1. Einleitung

Die Beziehung von Dolmetscherinnen zu Gerichtsverfahren wird allgemein als selbstverständliche Einrichtung des Rechtsstaats angesehen, die durch internationale Abkommen abgesichert ist und in den nationalen Rechtsordnungen näher ausgeformt wird.

Auf die für Österreich maßgeblichen Rechtsgrundlagen (Art. 5 und 6 EMRK, § 82 Abs 1 Geo, §§ 38a, 163 und 164 StPO) soll hier nicht im Detail eingegangen werden. Die genannten Bestimmungen – sowohl des nationalen als auch des internationalen Rechts – haben die gleiche Grundintention: faire Verfahren in Zivil- und Strafsachen nach dem Prinzip der sichtbaren Gerechtigkeit.

Der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte aus Art. 6 EMRK entwickelte und vom Verfassungsgerichtshof übernommene Grundsatz der sichtbaren Gerechtigkeit bedeutet, dass in einem fairen Verfahren die Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit des Gerichtes, insbesondere für die Partei, auch subjektiv sichtbar und wahrnehmbar sein muss. („Justice must not only be done, it must also be seen to be done“). Diese Forderung richtet sich nicht nur an die Richterin oder den Richter, sondern auch an Sachverständige und an die Dolmetscherin oder den Dolmetscher.<sup>1</sup> Es ist also kein Zufall, dass die Dolmetscherin vom Gericht bestellt wird, und nicht etwa von einer Partei vorgeschlagen werden kann.

In Zivilsachen bedeuten diese Erfordernisse des fairen Verfahrens auch sichtbare Herstellung von Chancen- bzw. Waffengleichheit: die Parteien müssen mit gleichen prozessualen Rechten ausgestattet sein. Im Strafverfahren geht es vor allem um die Wahrung der vollen Verteidigungsrechte der/des Angeklagten sowie um die Schaffung der besten Voraussetzungen für die angestrebte objektive Wahrheitsfindung. So weit die gesetzliche Selbstverständlichkeit, man könnte auch sagen: die Theorie. Die Praxis folgt oft anderen Gesetzen.

Vor der Betrachtung der Praxis des österreichischen Gerichtssaals empfiehlt sich zunächst ein Blick auf die Erwartungen der „Klientel“ von Dolmetschleistungen. Das sind aus der Sicht der Dolmetscherin einerseits die fremdsprachigen Verfahrensbeteiligten, andererseits das Gericht, also die Richterinnen und Richter. Die Bedeutung des Gerichtsdolmetschens im speziellen, also für die einzelnen Interaktionspartner, kann als mehrstelliger Beziehungsbegriff aufgefasst werden. In diesem Sinne sollen hier zunächst die einzelnen Sichtweisen und Erwartungen der Fremdsprachigen und des Gerichts näher beleuchtet werden, damit die Erwartungen an eine Dolmetschung im Gerichtssaal und damit an die Gerichtsdolmetscherin

- 1) transparenter werden und
- 2) auf mögliche Handlungsweisen der Dolmetscherin hindeuten, die nicht in der derzeitigen Ausübung der Tätigkeit vorkommen, möglicherweise aber von Wichtigkeit sind.

Bei den Erwartungen der Fremdsprachigen im Gerichtsverfahren interessiert hier vor allem die fremdsprachige Verfahrenspartei, also der/die Angeklagte im Strafverfahren bzw. die Partei des Zivilverfahrens. (Für die Parteien steht in der Regel mehr auf dem Spiel als für Zeugen. Natürlich haben auch fremdsprachige Zeugen die Erwartung, dass ihre Aussage vollständig gedolmetscht wird und die Kommunikation mit dem Gericht funktioniert; für die gegenständliche, grundrechtsorientierte Erörterung soll das Hauptaugenmerk aber doch auf der stärker involvierten Partei liegen.)

An die Darstellung der Erwartungen der Klientel soll dann die Prüfung der Praxis anschließen; dabei geht es darum, welche Dolmetschung im österreichischen Gerichtssaal geboten wird, ob etwa nur Teile der Verhandlung oder die gesamte Verhandlung für eine fremdsprachige Partei gedolmetscht werden. Abschließend sollen dann Verbesserungsmöglichkeiten der aktuellen Situation aus der Dolmetschperspektive angedacht werden.

## Sichtbare Gerechtigkeit in gedolmetschten Verhandlungen

Mira Kadric

### 2. Erwartungen der Fremdsprachigen

Die Kommunikationssituationen, die sich im Rahmen des gerichtlichen Dolmetschens ergeben, sind durch unterschiedliche Erwartungen der Kommunikationspartner gekennzeichnet: Während sich die Behördenvertreter (Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte) der für ihren Bereich geltenden Normen und Konventionen bedienen und bestimmte Erwartungen haben, haben fremdsprachige Beteiligte (meist unbewusst) eine Erwartungshaltung, die eher kommunikationspsychologisch Relevanz findet. Wenn Fremdsprachige vor Behörden auf Dolmetschdienste zurückgreifen, so wissen sie zumeist nur soviel, dass sie „das Recht auf Dolmetschung haben“. Was dieses „Recht“ genau beinhalten soll, darüber bestehen in der Regel eher diffuse Vorstellungen. Die Erwartungen der Fremdsprachigen haben aber zumeist nicht nur mit der Sache, mit Sachinformationen zu tun, sondern beinhalten auch einen emotionalen Aspekt. In fast jeder gedolmetschten Verhandlung kommen folgende an die Dolmetscherin gerichtete Äußerungen vor: „Sie müssen ihnen [dem Gericht] alles erzählen, auch wie ich mich fühle“, oder „Sie müssen ihnen erklären, was ich meine“. Es geht dabei vorwiegend um das „Wie“ der Kommunikationspartner zueinander. In Teilen der Verhandlung, die

1) Im folgenden wird einfachheitshalber nur die weibliche Form verwendet. Dolmetscher sind selbstverständlich mitgemeint.

nicht gedolmetscht werden, richten Fremdsprachige Fragen wie: „Was passiert jetzt?“ an die Dolmetscherin. In der subjektiven Erwartungshaltung der Fremdsprachigen ist zu beobachten, dass sie von der Dolmetscherin erwarten, dass sie ihre Position einnehmen, für sie sprechen und im allgemeinen ihre Helferin sein soll. Wenn Fremdsprachige beispielsweise im Zivilverfahren einen Kostenvorschuss für die Dolmetschung erlegen müssen, erachten sie die Dolmetscherin häufig als eine Art Rechtsbeistand („wird ja von mir bezahlt“). Diese Erwartungen – wie auch die Beispiele zeigen – basieren eher auf einer kommunikationspsychologischen Erwartungshaltung. Das verwundert nicht, denn wir wissen spätestens seit Watzlawick, dass sich das menschliche Kommunikationsverhalten auf zwei Ebenen bewegt: auf Inhaltsebene und Beziehungsebene. Der Inhaltsaspekt liefert die reinen Informationen, der Beziehungsaspekt drückt aus, wie diese Informationen aufzufassen sind, oder wie es Watzlawick (1969/2003:56) im zweiten Axiom der Kommunikation zusammenfasst: „Jede Kommunikation hat einen Inhalts- und einen Beziehungsaspekt, derart, dass letzterer den ersteren bestimmt und daher eine Metakommunikation ist.“ Dieser kommunikationspsychologische Grundsatz korrespondiert mit dem Grundsatz der sichtbaren Gerechtigkeit in einem fairen Verfahren.

Auch objektiv baut eine Gerichtsverhandlung insgesamt auf einem komplexen Kommunikationsgeschehen auf. Die jeweiligen Kommunikationspartner bringen in die Kommunikationssituation unterschiedliche Positionen ein. Dem Gericht „alles erzählen“ bzw. „erklären“ gehört zum nötigen Komplex prozessualer Aussichten, Möglichkeiten und Lasten. Die Handlungen der Parteien – sohin auch der Fremdsprachigen – sind auf ein bestimmtes Ziel gerichtet, nämlich das Verfahren erfolgreich zu beenden, ungeachtet dessen, ob es sich dabei um Straffreiheit bzw. ein mildes Urteil im Strafverfahren handelt, oder ob es darum geht, im Zivilverfahren zu obsiegen bzw. zumindest nicht zur Gänze zu unterliegen. Zu diesem Zweck werden im Verfahren verschiedene, individuelle Strategien angewandt – auch von Fremdsprachigen. Mit diesen Strategien versuchen die Beteiligten, durch bestimmte Verhaltensweisen und ihr Auftreten und Vorbringen auf das Gericht einzuwirken, einen bestimmten Eindruck zu machen, um so die gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen. Auch objektiv hängt die gerichtliche Entscheidung von dem beim Gericht entstehenden Eindruck ab. Zusammenfassend erwarten die Prozessparteien daher, dass sie die Möglichkeit erhalten, der Verhandlung zu folgen und sich dem Gericht zu präsentieren; bei fremdsprachigen Parteien ist damit untrennbar die Forderung und Erwartung nach einer umfassenden Dolmetschung verbunden. Aus der Sicht der fremdsprachigen Verfahrensbeteiligten ist die Dolmetscherin die einzige Person, die sie versteht – sprachlich und kulturell – und in diesem Sinne erwarten sie, dass die Dolmetscherin als ihr Medium, ihr *Hilfsorgan*, auftritt.

### 3. Erwartungen des Gerichts

Während der Oberste Gerichtshof<sup>2</sup> den Dolmetscher technisch als Sachverständigen für die Fremdsprache bezeichnet hat, ist im gerichtlichen Alltag oft vom Sprachmittler oder Hilfsorgan

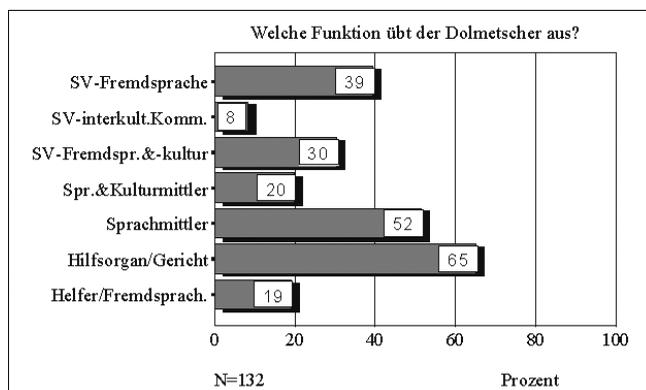
des Gerichts die Rede. Um diese Behauptung zu illustrieren, wird hier auf eine Studie zurückgegriffen, die sich mit der Praxis der Dolmetschtätigkeit bei Gericht beschäftigt.<sup>3</sup> Diese erste Bestandsaufnahme der Sicht der Richterinnen und Richter betreffend die Dolmetschtätigkeit lieferte eine im Jahr 1999 an Wiener Bezirksgerichten durchgeführte Studie, an der sich 133 Richterinnen und Richter beteiligten. Die Befragung wurde mit dem Ziel durchgeführt, die derzeitige gerichtliche Praxis der Kommunikation mit Fremdsprachigen zu erfassen, Problemfelder zu dokumentieren und Alternativen aus translationswissenschaftlicher und rechtlicher Perspektive aufzuzeigen und auf ihre Akzeptanz hin zu beurteilen. Die Studie wurde mittels Fragebögen erstellt, die von den Richterinnen und Richtern anonym ausgefüllt wurden. Der Fragebogen umfasste 15 Fragen mit den dazugehörigen Subfragen und -punkten. Die Fragegruppen betrafen zusammenfassend:

- 1) Zahl, Sprache und Aufenthaltsstatus der fremdsprachigen Prozessbeteiligten;
- 2) die Kriterien für die Auswahl und Wiederbestellung des Dolmetschers;
- 3) die Erwartungen an den Dolmetscher;
- 4) die gerichtliche Praxis in Bezug auf den Umfang der Dolmetschung, die Verlängerung der Verhandlung durch die Dolmetschung sowie die Zufriedenheit der befragten Richterinnen und Richter mit der aktuellen Praxis und
- 5) die Bewertung von alternativen Vorgangsweisen.

In Anknüpfung an die Ausführungen zu den Erwartungen der fremdsprachigen Prozessbeteiligten wird im folgenden zunächst ein Punkt aus dieser Studie herausgegriffen, nämlich die Frage nach Funktion und Aufgabenbereich der Dolmetscherin. Die Frage an die Wiener Richterinnen und Richter lautete: *Wie würden Sie die Funktion der Dolmetscherin am ehesten charakterisieren?* Zur Auswahl standen folgende Möglichkeiten, wobei Mehrfachnennungen möglich waren:

- Sachverständige für die Fremdsprache
- Sachverständige für interkulturelle Kommunikation
- Sachverständige für die Fremdsprache und -kultur
- umfassende Sprach- und Kulturmittlerin
- Sprachmittlerin
- Hilfsorgan des Gerichtes
- Helferin der fremdsprachigen Person
- Sonstiges

Die Antworten der Richterinnen und Richter auf diese Frage verteilten sich wie folgt:



2) OGH 21.1.1964, EvBl 1964/259.

3) Kadric, Dolmetschen bei Gericht (2001) 93ff.

Mit 65% sieht die große Mehrheit der befragten Richterinnen und Richter die Dolmetscherin als „Hilfsorgan des Gerichts“. Die Funktion „Helferin der fremdsprachigen Person“ fand dagegen mit nur 19% die zweitgeringste Zustimmung unter den gebotenen Optionen. Besonders auffallend ist die niedrige Zustimmung von nur 8% beim Punkt „Sachverständige für interkulturelle Kommunikation“.

**4. Umfang der Dolmetschung in der Verhandlung**

Diese Verteilung zeigt, dass die Erwartung des Gerichtes eine andere ist als die der Fremdsprachigen. Im Ergebnis sind jedoch die Erwartungen beider Seiten, der fremdsprachigen Prozessbeteiligten einerseits und der Richterinnen und Richter andererseits, ähnlich: beide Seiten sehen in der Dolmetscherin ihr „Hilfsorgan“, beide Seiten versuchen, in der Kommunikationssituation die Dolmetscherin zu vereinnahmen. Das Gericht ist – wie nicht anders zu erwarten – in dieser Bemühung stärker. Es ist damit nicht nur die Natur der institutionellen Kommunikation an sich gemeint, wo ein Austausch von Informationen in der Weise erfolgt, dass die RichterIn bzw. der Richter das Thema vorgibt, fordert, reglementiert, Informationen filtert usw und die Prozessbeteiligten reagieren, sondern auch die kommunikationspsychologische Machtausübung gegenüber Fremdsprachigen im Gerichtssaal. Neben der institutionalisiert organisierten Kommunikationsasymmetrie, die durch die Autorität einer staatlichen Institution vorgegeben ist, ist es das Ausüben dieser Autorität: Es ist das oben angeführte „Wie“ des Umgangs der Richterinnen und Richter mit Fremdsprachigen. Als einfaches Beispiel soll hier die Raumwahrnehmung als Kommunikationsobjekt dienen, konkret: die Sitzposition der Dolmetscherin. Österreichische Gerichtssäle verfügen über keine Dolmetschanlagen, sodass die Dolmetscherin ihren Sitzplatz in der Regel nach Anweisung der prozessführenden RichterIn oder des prozessführenden Richters wählt. Zumeist wird sie angewiesen, neben der RichterIn oder dem Richter Platz zu nehmen. Diese Vorgangsweise wird auch durch die oben erwähnte Studie bestätigt: In der Studie wurde nämlich auch die Frage nach der Sitzposition gestellt; die Antwort der Bezirksrichterinnen und -richter, die sich sowohl auf Zivil- als auch Strafverfahren bezog, lautete zu 95% „neben dem Richter“. (In Strafverfahren am Oberlandesgericht Wien beispielsweise sitzt die Dolmetscherin in der Regel neben der Vertretung der Anklagebehörde; an sonstigen Wiener Strafgerichten ist das auch häufig der Fall, allerdings zumeist dann, wenn auf der Richterbank kein Platz frei ist.) Kommunikationspsychologisch ist diese Sitzposition ein deutliches Signal dafür, dass die Dolmetscherin für das Gericht bzw. für die Staatsanwaltschaft und nicht für die fremdsprachige Partei tätig sein soll.

Sachlich betrachtet könnte man die Ansicht vertreten, dass die Beziehungsebene in der institutionellen Kommunikation keine Rolle spielen darf. Beziehungsebene und In-

haltsebene sind aber untrennbar miteinander verbunden – in welcher Weise, wird im folgenden gezeigt. Zur besseren Illustration werden zunächst einzelne Punkte im Ablauf<sup>4</sup> einer Strafverhandlung mit fremdsprachigem Angeklagten chronologisch angeführt und jene Stellen markiert, wo Dolmetschungen stattfinden.

Aufruf der Sache	–
Feststellung der Anwesenheit von Beschuldigten, Verteidiger, Sachverständigen, Zeugen und Dolmetscher	–
Vernehmung des Beschuldigten zur Person; Belehrung zum Recht, die Aussage zu verweigern, Fragen an Zeugen und Sachverständige zu stellen	zusammenfassende Dolmetschung
Vortrag des Strafantrages durch den Staatsanwalt	–
Gegenäußerung des Verteidigers/Beschuldigten	–
Vernehmung des Beschuldigten zur Sache	<b>vollständige Dolmetschung</b>
Eröffnung des Beweisverfahrens	–
Beweisanträge der Parteien	–
Einvernahme von Zeugen und Sachverständigen, Einsichtnahme in Urkunden, Lokalaugenschein	(allenfalls zusammenfassende Dolmetschung)
Verlesung des Akteninhalts	–
Schluss des Beweisverfahrens	–
Schlussanträge von Staatsanwalt und Verteidiger, Privatbeteiligten bei Schadenersatzforderung, Schlusswort des Beschuldigten	zusammenfassende Dolmetschung
Urteilsverkündung	zusammenfassende Dolmetschung
Rechtsmittelbelehrung des Richters an den Beschuldigten	zusammenfassende Dolmetschung
Rechtsmittelerklärung von Staatsanwalt, Verteidiger, Beschuldigten	zusammenfassende Dolmetschung

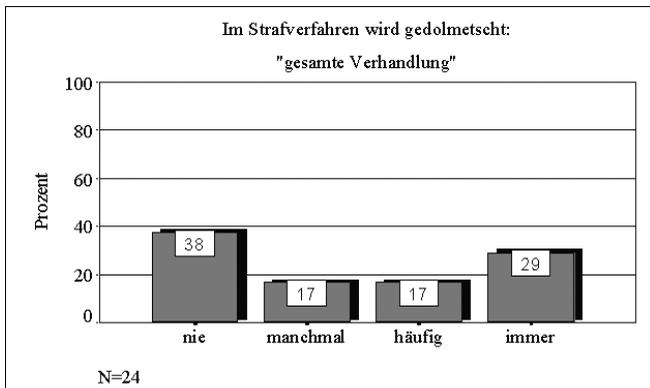
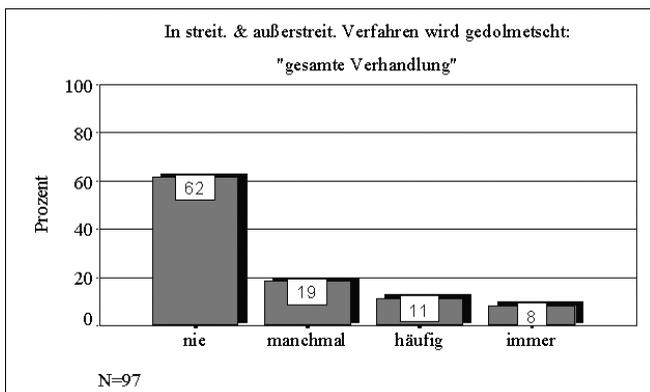
Die vorstehende Tabelle basiert auf Erfahrungswerten.<sup>5</sup> Als empirische Bestätigung für die Richtigkeit dieser Erfahrungswerte kann die angeführte Studie dienen, in der auch die Frage nach dem Umfang der Dolmetschung in der Verhandlung gestellt wurde. Die entsprechende Frage wurde folgendermaßen formuliert: „Wenn ein(e) Partei/Beschuldigter fremdsprachig ist, lassen Sie dolmetschen: ...“ Als mögliche Antworten waren vorgegeben:

- die Vernehmung der fremdsprachigen Partei
- wesentliche, für das Verfahren notwendige Teile der Verhandlung
- die gesamte Verhandlung

Die möglichen Antworten waren auf einer Häufigkeitsskala von „nie“ über „manchmal“ und „häufig“ bis „immer“ einzustufen. Um dem unterschiedlichen Charakter von Straf- und Zivilverfahren Rechnung zu tragen, wurde in dieser Fragestellung den Richterinnen und Richtern die Möglichkeit geboten, zwischen Straf- und Zivilsachen zu unterscheiden. Im folgenden wird die Verteilung der Antworten, die sich auf die Frage nach der Dolmetschung der gesamten Verhandlung bezieht, grafisch dargestellt.

4) Die Unterteilung erfolgt aus dolmetschtechnischer Perspektive. Es geht also nicht um eine prozessrechtliche Einteilung, sondern um die Bildung von Verfahrensabschnitten zur Feststellung des Dolmetschumfangs.

5) Und zwar auf Erfahrungswerten einer mehr als zehnjährigen Praxis der Autorin als Dolmetscherin mit regelmäßigen Dolmetscheinsätzen bei Gericht und zahlreichen Gesprächen mit Richterinnen und Richtern sowie Dolmetschkolleginnen und -kollegen.



Die Verteilung der Antworten macht deutlich, dass bei Verhandlungen mit fremdsprachigen Verfahrensparteien mehrheitlich nicht die gesamte Verhandlung gedolmetscht wird: in Zivilverfahren wird in 62% und in Strafverfahren in 38% der Verhandlungen **nie** die gesamte Verhandlung gedolmetscht. Über den Umfang der gebotenen Dolmetschung entscheidet das Gericht. Diese Entscheidung orientiert sich regelmäßig daran, wie viel an Information die prozessführende Richterin oder der prozessführende Richter für ihr bzw. sein Urteil benötigt. Eine darüber hinaus gehende Dolmetschung hängt einzig und allein vom Willen des Gerichts ab; das Gericht wird eine umfassendere Dolmetschung insbesondere dann unterbinden, wenn es der Meinung ist, die Verhandlung würde dadurch gestört oder zeitlich „unnötig“ verlängert.

**5. Diskussion der Ergebnisse**

Für die fremdsprachigen Beteiligten, die auf diese Weise nur einem Teil der Verhandlung folgen können, ist so – auf der Beziehungsebene – weder die Unvoreingenommenheit noch Unparteilichkeit des Gerichtes subjektiv sichtbar und wahrnehmbar. Auch auf der Inhaltsebene kann die beschriebene Vorgangsweise nicht befürwortet werden: Die Prozesschancen eines Verfahrensbeteiligten hängen entscheidend von seiner Prozessführung ab. Um am Verfahren aktiv teilnehmen zu können, muss die Partei die Möglichkeit zur Äußerung erhalten. Genau so wichtig ist aber, dass die Partei ein umfassendes Verständnis der Vorgänge vor Gericht erhält. Wer eine Situation nicht versteht, kann nicht angemessen reagieren. Aus der Tabelle, die den gewöhnlichen Umfang der Dolmetschung in einer Strafverhandlung illustriert, ergibt sich, dass in der Hauptverhandlung in der Praxis oft nur die Vernehmung des fremdsprachigen Beschuldigten gedolmetscht wird. Zeugenaussagen werden dem Beschuldigten gar nicht, oder

in einem zusammenfassenden Satz übermittelt und vorgehalten. Auf diese Weise kann der Beschuldigte weder dem Gang der Verhandlung folgen noch sein Fragerecht wahrnehmen. Ein faires Verfahren im Sinne des Art. 6 EMRK würde eine umfassendere Dolmetschung erfordern; in Art. 6 Abs. 2 lit. d heißt es ja u.a.:

Jeder Angeklagte hat mindestens bzw. insbesondere die folgenden Rechte:

[...] Fragen an die Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung der Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu erwirken.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zu Art. 5 und 6 EMRK eine reiche und dynamische Rechtsprechung entwickelt. Dabei vertritt der EGMR ein modernes Verständnis der Bestimmungen der EMRK und fasst Art. 5 und 6 als umfassende Garantie eines fairen Verfahrens auf. Es mangelt also weder an gesetzlichen Vorgaben noch an Rechtsprechung. Entscheidend ist im Zusammenhang mit der Dolmetschung, eine höhere Sichtbarkeit der Verfahrensgarantien herzustellen und so die Kenntnis der Rechte bei allen Beteiligten im Strafverfahren zu verbessern und damit die Einhaltung dieser Rechte zu stärken. Zu diesem Zweck und auf Grund der dargestellten Dolmetschpraxis hat die Europäische Kommission auf dem Gebiet des Strafverfahrens Initiativen ergriffen.

Ein Schwerpunkt der Initiativen der Kommission ist die Erforschung der Übersetzungs- und Dolmetschpraxis vor den europäischen Gerichten und die Gewährleistung umfassender und qualitativ einwandfreier Übersetzungs- und Dolmetschleistungen vor Gericht. Ziel der Initiativen auf EU-Ebene ist es nicht, neue Rechte zu begründen, sondern die bestehenden Rechte zu benennen und sichtbar zu machen. Die Ergebnisse sind u.a. in ein Grünbuch der Kommission und in den Entwurf für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union eingeflossen (siehe den Beitrag „Ausgangspunkt Tampere“ in diesem Heft).

Im Entwurf des Rahmenbeschlusses wird ausführlich auf die Problematik im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Mindeststandards in gedolmetschten Verhandlungen eingegangen. So wird im Punkt „Das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers und Übersetzers“ unter anderem ausgeführt, dass sich die Mitgliedstaaten dieser Pflicht zwar theoretisch bewusst sind, sie in der Praxis aber unzureichend erfüllen. Insbesondere wird dabei auf die Forderung des Artikel 6 Abs. 2 lit. e EMRK auf „unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers“ eingegangen und die dabei verbreitete Vorgangsweise der Gerichte kritisiert:

... Dolmetscher [scheinen] manchmal eher für den Richter und/oder Staatsanwalt als den Angeklagten beigezogen worden zu sein. In einigen Fällen wurden die Ausführungen des Richters und Staatsanwalts nicht für die Angeklagten gedolmetscht, und die Rolle des Dolmetschers beschränkte sich darauf, die direkten Fragen des Richters an den Angeklagten und seine Antworten für den Richter zu dolmetschen, statt sicherzustellen, dass der Angeklagte das Verfahren versteht. (KOM(2004) 328endg.:10f)

Wie die oben dargestellte Umfrage zeigt, entspricht diese Beschreibung durchaus der österreichischen Situation. Gründe für diese Praxis könnten viele genannt werden. Hier sollen zunächst drei wichtige Faktoren herausgenommen werden: Ein Grund ist sicherlich die Zahl gedolmetschter Verhandlungen, die auf Grund verschiedener Faktoren steigt und eine für das Gericht lästige Verlängerung der Verhandlung mit sich bringt. Ein weiterer Grund für verkürzte Dolmetschungen ist aber auch eine falsch verstandene „Loyalität“ der Dolmetscherinnen gegenüber den Gerichten. Durch die Auftragsvergabe sowie Honorarabwicklung über das Gericht bilden Dolmetscherinnen und Dolmetscher nicht selten mental Allianzen mit dem Gericht. So machen sie auch nicht auf Möglichkeiten aufmerksam, umfassend zu dolmetschen, ohne dass die Verhandlung verlängert wird. Dies ist nicht weiter verwunderlich; die oben zitierte Studie hat auch ergeben, dass Richterinnen und Richter als Auftraggeber (was einen nicht unwichtigen Faktor darstellt!) in der Dolmetscherin ihr „Hilfsorgan“ sehen und nicht selten erwarten, dass sich in der Erbringung der Dolmetschleistung die Zielsetzung der Dolmetscherin mit ihrer eigenen Zielsetzung deckt. Ein weiterer nicht zu unterschätzender Faktor ist die Tatsache, dass im Zusammenhang mit der steigenden Zahl gedolmetschter Verhandlungen immer häufiger unqualifizierte Dolmetscherinnen und Dolmetscher eingesetzt werden. Diese „Dolmetscher“ wissen in der Regel nicht, was ihre Aufgaben sind, sie sind vielmehr auf die Anleitungen der Richterinnen oder des Richters angewiesen.

### 6. Möglichkeiten für eine umfassende Dolmetschung

Wie lässt sich die bestehende Situation verbessern? Eine Möglichkeit und Notwendigkeit ist, dass prozessleitende Richterinnen und Richter dafür sorgen, dass in der Verhandlung alles gedolmetscht wird. Hier stellt sich sofort eine für die Gerichte entscheidende Frage: kann diese umfassende Dolmetschung ohne wesentliche Verlängerung der Verhandlungen erreicht werden? In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf die Möglichkeit des Flüsterdolmetschens zu verweisen, von der viel zu wenig Gebrauch gemacht wird. Flüsterdolmetschen ist eine Form des Simultandolmetschens und kommt zum Einsatz, wenn keine Dolmetschanlagen zur Verfügung stehen. Beim Flüsterdolmetschen nimmt die Dolmetscherin neben der fremdsprachigen Person Platz und dolmetscht ihr gleichsam simultan die gesamte Verhandlung – und zwar so leise, dass die Verhandlung dadurch nicht gestört wird. Dadurch entsteht auch kein Zeitverlust, der von den Richtern zumeist als Argument gegen umfassende Dolmet-

schungen verwendet wird. Flüsterdolmetschen bei Gericht gehört in Europa zum Standard und könnte in Österreich durch eine bloße Änderung der Sitzposition der Dolmetscherin umgesetzt werden. An Stelle des tradierten Platzes neben der Richterinnen oder dem Richter wäre eine Sitzposition der Dolmetscherin neben der fremdsprachigen Person zweckmäßig (was im übrigen im Ausland eine Selbstverständlichkeit ist).<sup>6</sup> Eine Änderung der Sitzposition würde sohin einerseits der fremdsprachigen Person eine umfassende Dolmetschung und damit ein umfassendes Verständnis vom Ablauf der Verhandlung gewährleisten; aus kommunikationspsychologischer Perspektive wäre die neue Sitzposition für die fremdsprachige Person ein Signal sichtbarer Gerechtigkeit. Zum anderen hätte das Gericht den Vorteil, dass durch die vollständige Dolmetschung mögliche Verfahrensfehler ausgeschlossen werden. Allen späteren Einwendungen, der Angeklagte habe auf Grund der nur zusammenfassenden Dolmetschung sein Fragerecht nicht wahrnehmen können, er habe im Ergebnis kein faires Verfahren erhalten, ist so von vornherein der Boden entzogen.<sup>7</sup>

Wie bereits ausgeführt, unterscheiden sich die Verhaltensmuster der Kommunikationspartner, der Behördenvertreter einerseits und der vor Gericht erscheinenden Bürger andererseits, diametral voneinander. Dieser Unterschied ist durch das Institutionswissen und die Herrschaftsrolle einerseits und das Unwissen und die Ohnmacht der Laien andererseits begründet. In einer solchen Konstellation erfolgt die Arbeit der Dolmetscherin: die Dolmetscherin sorgt für Verständigung, ist aber ihrerseits auf das Verständnis ihrer Kunden angewiesen. Die Erwartungen der Auftraggeber, die Erwartungen der fremdsprachigen Prozessbeteiligten und die Bestimmungen der EMRK und der Prozessordnungen geben der Dolmetscherin einen Handlungsrahmen vor; wie dieser Rahmen und die darin enthaltenen Strategien mit Inhalten gefüllt werden, kann die Dolmetscherin zwar selbst definieren, die Ausführung hängt aber nicht allein von ihr ab, sie ist vielmehr auf die Unterstützung des Gerichtes angewiesen. Natürlich ist auch die Kommunikation zwischen der Dolmetscherin und dem Gericht vom Verhältnis der Über- und Unterordnung gekennzeichnet.<sup>8</sup> Grundsätzlich wäre es einfach, mittels Dolmetschung das Verständigungsinteresse beider Seiten zu befriedigen. Zur Erinnerung: Im Zentrum der aktuellen Dolmetschpraxis stehen aus der Sicht der fremdsprachigen Person folgende Erwartungen:

- umfassendes Verständnis des Verfahrensgangs
- Verschaffung von Gehör, Möglichkeit zur Vermittlung des „guten Eindrucks“

6) Die Sitzposition der Dolmetscherin kann ja auch wechseln. So ist ein Platz neben der Richterinnen oder dem Richter während der Vernehmung der fremdsprachigen Person durchaus zweckmäßig, für den Rest der Verhandlung sollte die Dolmetscherin jedoch in unmittelbarer Nähe der fremdsprachigen Person Platz nehmen.

7) In einem am 28. November 2004 vom Oberlandesgericht Linz veranstalteten Seminar „Interkulturelle Kommunikation bei Gericht“ für Richtersamtsanwärter wurde in einer nachgestellten Ge-

richtsverhandlung die Möglichkeit der umfassenden Dolmetschung erprobt. Eine Türkisch-Dolmetscherin und ein türkischsprachiger „Beschuldigter“ stellten sich zur Verfügung. Die Dolmetschung in der simulierten Verhandlung wurde so gestaltet, dass die Dolmetscherin die gesamte Zeit neben dem Beschuldigten positioniert war (zuerst im Zeugenstand, anschließend auf der Parteienbank). Die Verhandlung wurde vollständig gedolmetscht und zwar so, dass die Vernehmung des Beschuldigten für das Gericht bzw. alle Anwesenden laut und alle anderen

Teile der Verhandlung für den Beschuldigten im Flüsterton gedolmetscht wurden. Dadurch entstand keine unnötige Verlängerung der Verhandlung, gleichzeitig wurden die Beschuldigtenrechte aber voll gewahrt. Die geübte Vorgangsweise stieß auf ungeteilte Zustimmung der Seminarteilnehmer.

8) Auch vorsichtige Aufklärungen der Richterinnen und Richter über umfassende Dolmetschung führen häufig dazu, dass die „lästige“ Dolmetscherin vom Gericht einfach nicht mehr bestellt wird.

Aus der Sicht des Gerichts lauten die Erwartungen:

- reibungslose Verständigung mit der fremdsprachigen Person
- Sicherung des störungsfreien Gerichtsbetriebs

Grundsätzlich wollen also alle am Verfahren Beteiligten umfassend verstehen und umfassend verstanden werden. Für Dolmetscherinnen und Dolmetscher bedeutet dies, dass als Endergebnis ihrer Arbeit die *erfolgreiche Herstellung von Kommunikation* stehen sollte, indem das *Verständigungsinteresse* eines jeden an der Kommunikation Beteiligten zur Gänze befriedigt wird, unabhängig davon, ob es sich um fremdsprachige Verfahrensbeteiligte oder Gerichtspersonen handelt. Und verlangt nicht der Grundsatz des fairen Verfah-

rens genau dies, nämlich dass in einer Gerichtsverhandlung die gleichwertige Handlungsmöglichkeit für alle Verfahrensbeteiligten gewährleistet wird? Im übrigen kommuniziert der Mensch als Ganzheit und wird als Ganzheit rezipiert – das gilt sowohl für Richterinnen und Richter als auch für fremdsprachige Beteiligte vor Gericht.

*Mira Kadric ist Assistenzprofessorin am Zentrum für Translationswissenschaft der Universität Wien und praktizierende Gerichtsdolmetscherin. Zum Thema ist von ihr die Monographie „Dolmetschen bei Gericht. Erwartungen, Anforderungen, Kompetenzen.“ 2001. Wien: WUV, erschienen.*

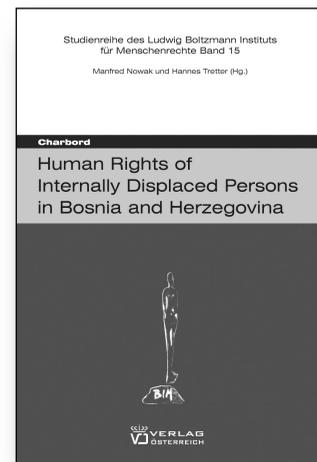
Charbord

## Human Rights of Internally Displaced Persons in Bosnia and Herzegovina

2005, 478 Seiten, br., 3-7046-4472-2, € 58,-

The war in Bosnia and Herzegovina was characterised by a policy of ethnic cleansing, leading to the internal displacement of almost 1.3 million individuals. This book is a thorough analysis of these internally displaced persons' human rights, covering the period between 1992 and 2003.

**Anne Charbord** obtained her Doctorate Degree in Law in 2004 at the University of Vienna (Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights). She has carried out several field Missions for the OSCE in the Balkans and is currently based in Sarajevo.



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

Auch Zurechnungsfähige können in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher untergebracht werden. Drei Voraussetzungen sind dafür notwendig: 1. Der Täter muss eine geistige oder seelische Abartigkeit höheren Grades aufweisen; 2. er muss unter deren Einfluss eine Tat begangen haben, die mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bedroht ist; und 3. er muss befürchten lassen, er werde unter dem Einfluss seiner Abartigkeit eine Tat mit schweren Folgen begehen (§ 21 Abs 2 StGB). Die Unterbringung dauert auf unbestimmte Zeit (§ 25 Abs 1 StGB): Der Täter wird festgehalten, bis seine Abartigkeit oder seine Gefährlichkeit aufhört, er kann aus der Unterbringung nur bedingt entlassen werden (§ 47 Abs 1 StGB). Aber neben der Unterbringung wird der Täter auch zu einer Strafe verurteilt: Wenn seine Abartigkeit oder Gefährlichkeit aufhörte, bevor er aus der Strafe bedingt oder unbedingt entlassen werden kann, müsste die Unterbringung beendet und die Strafe weiter vollstreckt werden. Die offizielle Rechtfertigung für die Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB: Die Gesellschaft müsse vor abartigen gefährlichen Rechtsbrechern auch über die Dauer der Strafe hinaus geschützt werden.

Die Zahl der nach § 21 Abs 2 StGB Unterbrachten ist nicht groß, aber sie steigt gerade in letzter Zeit bedenklich an. Am 1.12.2001 befanden sich 233 Personen in dieser Unterbringung, 2002 waren es schon 248, 2003 gar 285.<sup>1</sup> Die Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB ist eine der vielen Lügen, an denen die österreichische Strafrechtspflege krankt.

1) Was ist eine geistige oder seelische Abartigkeit höheren Grades? Alle Menschen sind verschieden, es gibt sonderliche und weniger sonderliche, gestörte und weniger gestörte Menschen. Es ist schon schwierig genug, einen Kreis von Menschen auszusondern, deren Besonderheiten einem der Krankheitsbilder der Psychiatrie entsprechen oder ihnen nahe kommen; sie sind zurechnungsunfähig (§ 11 StGB) und kommen hier nicht weiter in Betracht. Aber wie soll man unter den zurechnungsfähigen, also „normalen“ und darum rechtlich verantwortlichen, Tätern wieder eine Gruppe als abartig ausscheiden? Es heißt,<sup>2</sup> die Abartigkeit müsse „eindeutig außerhalb der Variationsbreite des Normalen liegen“. Sehr schön! Aber wo hört die Variationsbreite des Normalen auf? In der Regel werden die geistigen und seelischen Besonderheiten, die der Richter als Abartigkeit beurteilt, in vagen Floskeln beschrieben, die sich auf sehr viele Menschen anwenden lassen: „Psychopathie“, „sexuelle Perversion“, „soziale Instabilität“ usw. Freilich muss der Richter, bevor er eine Unterbringung anordnet, einen Sachverständigen hören (§ 439 Abs 2 StPO). Aber das hilft nicht weiter: Auch wenn es dem Sachverständigen gelänge, die geistigen und seelischen Eigenschaften des Täters wertfrei, anschaulich und konkret zu schildern, wüsste der Richter noch immer nicht, ob diese Eigenschaften noch normal oder schon abnorm sind. Sehr häufig verwenden auch Sachverständige leere Floskeln.<sup>3</sup>

2) Freilich beschränkt das Gesetz die Unterbringung auf Täter, die eine Tat begangen haben die mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist. Aber was ist in Österreich nicht alles mit dieser Strafe bedroht? Ein Einbruchsdiebstahl nach § 129 Z 2 StGB (6 Monate bis 5 Jahre) zB kann auch darin bestehen, dass der Täter die Geldkassette an einem Zeitungsverkaufsstand aufbricht und 30 € stiehlt.

In sehr vielen Fällen kann die Tat, die zur Unterbringung führte, wirklich nicht schwer gewesen sein. Das sieht man an der Strafe, die neben der Unterbringung verhängt wird. Für die Strafzumessung spielen die Schwere der Tat, die Zahl der Taten und die Vorstrafen die entscheidende Rolle. Meist sind die Unterbrachten vorbestraft oder Mehrfachtäter. Man möchte erwarten, dass sie schwere Strafen erhalten, zumal Richter, wenn sie eine Unterbringung anordnen, eher zu höheren Strafen neigen; niedrige Strafen könnten ja an der Gefährlichkeit des Täters zweifeln lassen. Aber von den zwischen 1975 und 1998 Unterbrachten haben 6,8 % eine Strafe von nicht einmal einem Jahr erhalten; 23,9 % eine Strafe

## Die normalen Abnormalen – zur Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB

Christian Bertel



zwischen ein und zwei Jahren, 20,2 % eine Strafe zwischen zwei und drei Jahren. In 50,9 % der Fälle betrug die Strafe also nicht einmal drei Jahre.<sup>4</sup> Die Frage nach der Art der Taten, die zur Einweisung führen, ist nicht leicht zu beantworten, weil Unterbrachte häufig wegen mehrerer Taten verurteilt werden. Von den zwischen 1975 bis 1998 unterbrachten Männern waren 43,6 % wegen Delikten verurteilt worden, von denen das schwerste ein Sexualdelikt war, in 56,4 % war das schwerste Delikt ein Nichtsexualdelikt. Und unter diesen bilden die verschiedenen Formen der Diebstähle die Hauptgruppe.<sup>5</sup> Präzisere Schlüsse wage ich aus den mir vorliegenden Unterlagen nicht zu ziehen.

Der Verdacht, dass unter den Unterbrachten Täter mittelschwerer Diebstähle eine beträchtliche Rolle spielen, kann man durch Beispiele belegen. Eines sei hier herausgegriffen. Ein junger Mann, schon als Hauptschüler in heilpädagogischer Behandlung, „aus dem Familienverband unmotiviert ausgebrochen“, hatte schon mehrere Lehren abgebrochen, war inzwischen mehrfach vorbestraft und schon im Strafvollzug gewesen; nun wurde er wieder wegen mehrerer Ein-

1) Sicherheitsbericht 2003, 367.

2) *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup> § 21 Rz 20.

3) *Gratz*, Die Praxis der Unterbringung zurechnungsfähiger geistig abnormer Rechtsbrecher

(1986) 69ff.

4) *Gutierrez-Lobos* ua, Der österreichische Maßnahmenvollzug nach § 21 Abs 2 öStGB, in: *Gutierrez-Lobos/Katschnig/Pilgram* (Hrsg), 25 Jahre Maß-

nahmenvollzug – eine Zwischenbilanz (2001) 56f;

*Gratz*, Unterbringung 48.

5) *Gutierrez-Lobos*, Maßnahmenvollzug 54f, *Gratz*, Unterbringung 50.

bruchsdiebstähle iSd § 129 StGB zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und nach § 21 Abs 2 StGB untergebracht (12 Os 181/94). Seine geistig-seelische Abartigkeit bestand nach Meinung des Richters in einer „hochgradig gestörten Persönlichkeitsstruktur durch psychische und soziale Instabilität“. Die Instabilität dieses Täters zeigt sein Lebenslauf; welche geistigen und seelischen Besonderheiten dafür ursächlich sind, haben weder der Sachverständige noch der Richter herausgefunden. Bei diesem Vorleben und wirklich schweren Taten wäre die Strafe anders ausgefallen. Welche Tat mit schweren Folgen hat das Gericht wohl von diesem Täter befürchtet?

3) Taten mit schweren Folgen sind Taten, von denen jede einzelne über den Rahmen alltäglicher Vorsatzkriminalität deutlich hinausgeht, weil der Schaden besonders groß ist oder weil sie verbreitet Unruhe und Besorgnis auslöst; bei Vermögensdelikten verlangt man gewöhnlich einen Schaden von mehr als 40.000 €. <sup>6</sup> Die Einbrüche, die dieser Täter wohl auch in Zukunft begangen hätte, wären in ihrer Gesamtheit sicher sehr störend gewesen; jede einzelne Tat für sich genommen wohl nicht. Wie konnte es dennoch zur Unterbringung kommen? Gewöhnlich stellen die Richter in ihren Urteilen nicht fest, welche konkreten Taten sie vom Beschuldigten erwarten, prüfen auch nicht, ob die erwarteten Taten solche mit schweren Folgen sind, sondern schreiben lediglich, es sei zu befürchten, der Beschuldigte werde unter dem Einfluss seiner Abnormität Taten mit schweren Folgen begehen. Was der Richter befürchtet und was er unter Taten mit schweren Folgen versteht, bleibt damit im Ungewissen; der lockere Umgang mit dem Gesetz wird etwas verdeckt.

Aber vielleicht wollte das Gericht etwas Vernünftiges tun: Und dafür sorgen, dass der Täter eine Behandlung erhält, die ihm zu sozialer Anpassung verhilft. Dann hat sich der Richter gründlich geirrt.

Einen einigermaßen therapeutischen Vollzug erhalten die Unterbrachten in der Sonderanstalt Mittersteig. Dort aber befanden sich am 1.12.2003 nur 114 Unterbrachte, 168 dagegen in Sonderabteilungen allgemeiner Justizanstalten. <sup>7</sup> Die Unterbringung unterscheidet sich dort vom gewöhnlichen Strafvollzug so gut wie gar nicht. Für mehr als die Hälfte der nach § 21 Abs 2 StGB Unterbrachten hat die Unterbringung nur eine Konsequenz: Sie müssen damit rechnen, dass sie über die Strafzeit hinaus im Vollzug festgehalten werden. Diese Gefahr ist gerade bei Unterbrachten, die zu kleineren Freiheitsstrafen verurteilt wurden, besonders groß. Gerade für Täter kleiner Nichtsexualdelikte geschieht in der Unterbrin-

gung so gut wie gar nichts, gerade sie werden dort häufig über die Strafzeit hinaus festgehalten.

Unterbrachte mit längeren Strafen, vor allem Sexualtäter, haben bessere Aussichten, nach Mittersteig zu kommen; das aber erst, wenn sie einen Großteil ihrer Strafe in einer Sonderabteilung des allgemeinen Strafvollzugs verbüßt haben. Dann muss die Therapie in Mittersteig zunächst einmal beginnen, die seelischen Schäden der Haft abzubauen. Und wenn es dann gelingt, den Unterbrachten soweit zu bringen, dass man ihn – mit Hilfe und Betreuung – ein Leben in Freiheit führen lassen könnte und sollte, muss der Anstaltsleiter erst noch damit rechnen, dass das Gericht die bedingte Entlassung verweigert. Der Unterbrachte verliert dann das Interesse an Therapie und Behandlung, die Therapeuten sehen sich in ihrer Arbeit gestört und behindert, der weitere Aufenthalt in Mittersteig kann dem Unterbrachten nicht weiterhelfen, aber er nimmt dort anderen, die eine Behandlung dringend brauchen, den Platz weg. Schließlich gibt es viele Gefangene, die nicht zu einer Unterbringung verurteilt wurden, die aber eine Therapie und einen begleiteten Übergang in die Freiheit dringend nötig hätten. Aber nur für die wenigsten von ihnen findet sich in Mittersteig Platz.

Die Unterbringung nach § 21 Abs 2 StGB ist eine Maßnahme, die von Richtern nach Belieben angeordnet werden kann; eine Maßnahme, die zur längeren Anhaltung gerade von Tätern kleinerer Taten führt; eine Maßnahme, die zur Sicherung der Gesellschaft vor schweren Taten gefährlicher Täter nicht notwendig ist, weil sie ohnehin zu hohen Strafen verurteilt werden; eine Maßnahme, die zur Behandlung und Förderung der Unterbrachten gar nichts oder erst beiträgt, wenn sie schon durch die Strafhaft geschädigt wurden; eine Maßnahme überdies, die den rationellen Einsatz der wenigen Therapieplätze erschwert. Sie sollte endlich ersatzlos abgeschafft und die vorhandenen Therapiemöglichkeiten an die Gefangenen vergeben werden, die dafür am besten geeignet sind. <sup>8</sup>

Auch in diesem Zusammenhang ist eine Reform der bedingten Entlassung unbedingt notwendig. Über die bedingte Entlassung sollten in allen Instanzen Personen entscheiden, die vom Strafvollzug, von Therapie und Betreuung Entlassener wenigstens ein gewisses Maß von Erfahrung haben. Richter haben diese Erfahrung leider nicht.

*Christian Bertel ist o.Universitätsprofessor am und derzeitiger Leiter des Instituts für Strafrecht und sonstige Kriminalwissenschaften der Universität Innsbruck.*

6) *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup> § 21 Rz 14.

7) Sicherheitsbericht 2003, 368.

8) *Gratz*, Unterbringung 239ff.

Die Psychiatrie arbeitet im Grenzbereich zwischen biologisch orientierter Medizin, Psychologie und Soziologie und hat daher auch eine eindeutig politische Dimension. Die in der Psychiatrie Tätigen haben somit die Aufgabe, sich immer wieder mit der eigenen Position und jener der PatientInnen im Spannungsfeld zwischen Gesellschaft, Macht und Recht auseinanderzusetzen. Und das betrifft besonders die Tätigkeit als Gerichtsgutachter/in. In der Gesetzgebung sind traditionellerweise die Begriffe Bestrafung, Schuldfähigkeit und Abwesenheit einer psychischen Störung untrennbar miteinander verbunden. Weder Kriminalität noch psychische Störung existieren aber unabhängig von gesellschaftlichen Strömungen. Definitionsgemäß sind der/die Sachverständige unparteiische Personen, die wegen ihrer Fachkenntnisse rechtserhebliche Umstände vor Gericht unter Wahrheitspflicht aussagen; sie werden vom Gericht bestellt, gegenüber dem Auftraggeber besteht keine Verschwiegenheitspflicht. Eine Ablehnung des Gutachtensauftrages hat zu erfolgen, wenn sich der/die Sachverständige befangen fühlt bzw. wenn er/sie in den Verdacht der Befangenheit gerät. Der/die Sachverständige soll objektiv sein und sein/ihr Gutachten soll auf wissenschaftlicher Basis stehen. So weit die formalen Anforderungen. Warum gerade psychiatrische Gutachten immer wieder im Kreuzfeuer der Kritik stehen, dafür gibt es viele unterschiedliche Gründe. Einer davon ist die gesellschaftliche Einstellung gegenüber der Psychiatrie und ihren PatientInnen, die geprägt ist von Vorurteilen und Stigmatisierung. „Im Bewusstsein der Öffentlichkeit werden die Außenseiter der Gesellschaft entweder zu milde oder zu hart angefasst. Die forensische Psychiatrie, von der Gesellschaft mit der Verwaltung der doppelt Stigmatisierten beauftragt, hat auch den doppelten Tadel zu erwarten.“ stellte Rasch (1986) folgerichtig fest. Im Folgenden sollen drei Kernbereiche diskutiert werden, die sich auf die generelle Qualität und die Objektivität von psychiatrischen Gutachten sowie die Problematik der Gefährlichkeitsprognosen beziehen.

### Qualität psychiatrischer Gutachten

Die Qualität psychiatrischer Gutachten und die mangelnde Vergleichbarkeit von Gutachtenergebnissen sind in der Vergangenheit – auch von psychiatrischen Sachverständigen selbst – wiederholt kritisch hinterfragt worden. Ausgehend von der Streitschrift Tilman Mosers „Repressive Kriminalpsychiatrie“ im Jahr 1971 sind im deutschen Sprachraum erste Versuche unternommen worden, um die „Geheimwissenschaft“ der Gutachtenserstellung empirisch zu beleuchten. Die bisher vorliegenden Untersuchungsergebnisse werfen in der Tat ein eher düsteres Bild auf die Qualität von psychiatrischen Gutachten. Von Erhebungsmängeln, abwertender und verurteilender Sprache, mangelnder Vergleichbarkeit bei Mehrfachgutachten, der Vorwegnahme richterlicher Entscheidungen, dem Verdacht der willfährigen „Haus- und Hofgutachter“ uäm ist die Rede. Pfäfflin (1976) hat als Erster im deutschen Sprachraum Gutachten über Sexualstraftäter untersucht. In 75% der untersuchten Gutachten wurde Schwachsinn behauptet ohne einen entsprechenden Intelligenztest durchgeführt zu haben, in 55% fanden sich keine verwertbaren und in 25% überhaupt keine Angaben zur Sexualanamnese, in 30% der Gutachten fand sich eine vorurteilsbehaftete Terminologie wie „abartig, minderwertig, primitiv, stumpf-

sinnig“. In einer eigenen Untersuchung (Gutiérrez et al 2001) waren nur in 48% der Gutachten über in den Maßnahmenvollzug eingewiesene Sexualstraftäter Angaben zur Sexualanamnese zu finden, eine entsprechende nach international üblichen Kriterien erstellte Diagnose fand sich gar nur in etwa 9% der Gutachten. Nowara (1995) und Konrad (1995) haben nach der Analyse von Mehrfachbegutachteten festgestellt, dass 2/3 der Gutachten divergieren und darauf hingewiesen, dass es unter den Sachverständigen keinen Konsens über Erhebungsbereiche, Standardkriterien und Gewichtung der Kriterien gebe. Dass das aber keine neuen Probleme sind, beweist bereits die von Robert Musil anlässlich der Begutachtung von Moosbrugger in „Der Mann ohne Eigenschaften“ geäußerte Feststellung: „Es stehen sich in der Beurteilung eines solchen Grenzfalls auch zwei Schulen gegenüber. Wenn ihre Verhandlung und Untersuchung in Würzburg stattgefunden hätte, wären sie wegen Unzurechnungsfähigkeit freigesprochen worden, hier werden sie verurteilt werden.“

## Psychiatrische Gutachten im Spannungsfeld zwischen Medizin, Recht und Gesellschaft

Karin Gutiérrez-Lobos

### Die Illusion der Objektivität – psychiatrische Begutachtung

Die Psychiatrie an sich und so auch die Begutachtung benützt keine objektive von der Person losgelöste Diagnostik. Es macht auch einen Unterschied ob ein/eine Sachverständige/r eine biologische Auffassung von psychischer Störung, eine tiefenpsychologische oder eine andere Theorie zur Genese psychischer Störungen vertritt. In jede psychiatrische Tätigkeit fließen darüber hinaus eigene Meinung, Erfahrungen, Werte und Ethik ein. Uns schwer zu erkennen, dass sich diese Faktoren auf die Interpretation auswirken und auch auswirken müssen. Dass diese Umstände psychiatrische Gutachten und ihre Ergebnisse beeinflussen, ist zwar bekannt, aber bisher nicht ausreichend untersucht und bei der Würdigung der Gutachten miteinbezogen worden. Zu fordern, der/die psychiatrische Sachverständige müsse sich über solche Ideologie hinwegsetzen können, greift aber zu kurz. Die Begegnung zwischen GutachterInnen und ProbandInnen stellt für beide eine völlig neue Erfahrung dar. Beide wollen auf ihre Weise und mit unterschiedlicher Motivation etwas von einander wissen. Darin unterscheidet sich diese Beziehung auch gar nicht von anderen Beziehungen. Der Unterschied liegt jedoch in der Konsequenz, die diese Beziehungsqualität, wenn sie unreflektiert in die Beurteilung einfließt, haben kann. So wie der/die ProbandIn dem/der Gutachter/in gegenüber empfindet auch der/die Sachverständige dem/der zu Untersuchenden gegenüber positive und negative Gefühle, Erwartungen und Ängste, Sympathie oder Antipathie. Oft wird

die Leugnung dieser emotionalen und subjektiven Anteile fälschlicherweise als Ausdruck von „Objektivität“ und damit von Professionalität interpretiert. Eine psychiatrische Exploration ist aber in jedem Fall ein interaktiver Vorgang, bei dem ProbandInnen und Sachverständige ihre Erfahrungen und Emotionen aufeinander projizieren. Die Darstellung der Lebensgeschichte eines/einer Täters/Täterin und ihre Interpretation können folglich gar nicht objektiv sein, es sind immer mehrere Interpretationen möglich, von denen mehr oder weniger unbewusst eine für die Schlussfolgerungen im Gutachten ausgewählt wird. Je bewusster sich Sachverständige ihrer Gegenübertragung und Subjektivität sind und je ausführlicher sie Gegenübertragung und die Denkschule, auf der ihre Ergebnisse beruhen und welche alternativen Schlüsse möglich wären, im Gutachten darstellen, desto „objektiver“ kann das Gutachten sein und umso mehr wird der Anspruch es nach „bestem Wissen und Gewissen“ erstattet zu haben, erfüllt.

Besonders problematisch ist die psychiatrische Begutachtung in jenen Fällen, wo der Täter/die Täterin nicht geständig ist. Zu den im vorigen Absatz beschriebenen subjektiven Fehlerquellen kommt eine weitere: Kann sich ein/eine GutachterIn vorurteilsfrei mit der Frage der Schuldfähigkeit beschäftigen ohne die Frage der Täterschaft zu berühren, ohne also gleichsam auch „Ermittlungstätigkeit“ durchzuführen? Es scheint fast unmöglich, dass sich der/die Sachverständige nicht auch mit dieser Frage beschäftigt und zu einer vorerst sehr persönlichen Meinung darüber gelangt. Dass diese Meinung aber bei der Durchführung der Exploration – welche Fragen wonach wie ausführlich gestellt werden – und dem darauf basierenden Gutachtenergebnis keine Rolle spielt, ist nicht vorstellbar. Haddenbrock (1981) hat so auch die Frage gestellt, ob ein Gutachten in diesen Fällen nicht generell die Gefahr in sich birgt, zur unwillkürlichen Indizienbeschaffung herangezogen zu werden. Ausführliches dazu findet sich auch in der aktuellen österreichischen Literatur, etwa in Pollacks „Anklage Vatermord“, worin ein historischer Kriminalfall aus den 30-iger Jahren beschrieben wird. Im Vatermordprozess gegen Philipp Halsmann, der diese Tat übrigens immer bestritten hat, wurde ein Gutachten der Medizinischen Fakultät Innsbruck in Auftrag gegeben. Darin wird festgestellt, dass der Verdächtige für die kritische Zeit einem Verdrängungsmechanismus zum Opfer gefallen ist, so dass er sich nicht an den Mord erinnern könne und dass das Vorhandensein einer erotischen Leidenschaft der Mutter gegenüber, also ein Ödipuskomplex, nicht unwahrscheinlich sei, ohne diese Annahmen jedoch anhand der individuellen Angaben und Lebensgeschichte des Verdächtigen zu begründen. Diese Darstellung ermöglichte es der Staatsanwaltschaft quasi im Umkehrschluss Halsmann gerade wegen dieses angeblichen Ödipuskomplexes, der als „Indiz“ gewertet wurde, zu verurteilen. Sigmund Freud hat dazu festgestellt, dass bei Nichterbringung des Nachweises der Täterschaft, die Erwähnung des Ödipuskomplexes jedoch irreführend ist. Psychiatrische Aussagen zur Schuldfähigkeit sind immer post-hoc Feststellungen, die an bestimmte Gegebenheiten – zumindest aber an die Eindeutigkeit der Täterschaft – gebunden sind, ohne diese Eindeutigkeit sind die Gutachten jedoch wertlos. Es ist und kann nicht Aufgabe der Psychiatrie sein, dem Gericht pseudowissenschaftliche Erklärungen dafür anzubieten, warum jemand aufgrund seiner psychischen Disposition bei nicht erwiesener Täterschaft der/die TäterIn sein könnte.

Auch die Diagnostik mittels psychologischer Tests oder anhand von Kriterienkatalogen ist nicht viel objektiver. Schon die Auswahl von Tests, die Durchführung und Interpretation bieten genügend Quellen für Subjektivität. Als Beispiel sei der MMPI, ein Test zur Persönlichkeitsdiagnostik, erwähnt, der breite Anwendung bei den unterschiedlichsten Begutachtungen findet. Untersuchungen haben ergeben, dass durch diesen Test beispielsweise Ergebnisse durch geschlechtsstereotype Fragen und Auswertungen beeinflusst werden können. So sollen etwa Fragen wie „Gehen sie gerne ins Theater?“ von Frauen mit ja und von Männern mit nein beantwortet werden, um geschlechtskonkordantes – damit persönlichkeitsmäßig unauffälliges Verhalten – zu dokumentieren. Manche Items der Geschlechtsrollenskalen werden aber auch zur Beurteilung anderer Skalen herangezogen: „Ich bin in der Liebe enttäuscht worden“ wird bei Beantwortung mit ja durch Männer auf der Psychopathieskala und damit in Richtung Auffälligkeit verrechnet, bei Frauen aber auf der Weiblichkeitsskala, was als geschlechtskonform und damit als unauffällig gewertet wird. Im schlimmsten Fall – also wenn bei einem Mann oder einer Frau gegen das dort postulierte Geschlechtsrollenstereotyp verstoßen wird – können extrem nachteilige Folgen für die Begutachteten entstehen. Darüber hinaus sind auch Rechtsbegriffe, wie etwa bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, wo Kategorien wie schwer, erheblich oder tiefgreifend angeführt sind, an sich schon dazu geeignet eine subjektive Darstellung zu provozieren.

Noch weniger ist über die Auswirkungen auf und Rezeption der Begutachtungssituation durch die ProbandInnen bekannt. Die meisten Untersuchungen und Lehrbücher widmen sich dem Umgang mit den ProbandInnen gar nicht oder nur in wenigen Sätzen. Wie oben bereits ausgeführt, sind die Konsequenzen aber u.U. erheblich. Ein derzeit nicht bestimmbarer Anteil an „Wertungsfehlern“ geht auf Störungen in der Interaktion zurück und ist damit als „Untersuchungsfehler“ zu werten (Heinz 1986). Littmann (1988) hat ProbandInnen untersucht und ihre Erwartungshaltungen vor der Begutachtung und die subjektive Befindlichkeit, die Wahrnehmung der Gutachtenssituation sowie ihre Einschätzung der Kommunikationsstile der GutachterInnen nach der Begutachtung erhoben. Auffällig war, dass nur ca. 2/3 der ProbandInnen durch die AuftraggeberInnen auf die Gutachtenssituation vorbereitet wurden. Durchschnittlich 1/3 der Untersuchten äußerten vor der Begutachtung Ängste und Befürchtungen. 1/3 der Begutachteten fühlten sich durch die Begutachtungssituation belastet, jeder Vierte bemängelte den zu kurzen Zeitaufwand durch die GutachterInnen. Besonders wichtig für die Gutachtensbewertung ist aber das Ergebnis, dass ein hohes Ausmaß beiderseits zugestandener Sympathie häufiger bei sich als strafrechtlich verantwortlich deklarierender ProbandInnen aufgetreten ist, die keine Erwartung an die Hilfestellung durch die GutachterInnen hatten. Diese ProbandInnen scheinen womöglich dem ärztlichen Rollenverständnis eher entgegenzukommen. Auf jene ProbandInnen, die sich als nicht voll verantwortlich einschätzten, es nach Meinung der GutachterInnen aber waren, reagierten die GutachterInnen hingegen mit Abwehr und relativer Antipathie.

Im Sinne einer „Schärfung des Sachverständigengewissens“ (Müller-Luckmann 1972) besteht dringender Forschungsbedarf zu untersuchen, in welcher Form von den Sachverständigen Fragen wie Gegenübertragung und psychiatrische Denk-

schule bewusst wahrgenommen werden, wie sie diese beiden Faktoren im Rahmen der Gutachtenserstellung bewerten und welchen Stellenwert sie ihnen zumessen, welche Erwartungen und Bedürfnisse die ProbandInnen aufweisen und wie sie die Begutachtungssituation erleben.

### Das Risiko von Gefährlichkeitsprognosen

Prognostizieren ist eine Alltagstätigkeit, die sich in sämtlichen Bereichen des Lebens findet und unser Handeln und seine Auswirkung bestimmt. Wie man im täglichen Leben zu einer Prognose des Verhaltens kommt, ist relativ wenig untersucht. Jede zielgerichtete soziale Aktion basiert auf einer Prognose der Aktion und Reaktionen anderer Beteiligter. Im Alltag handelt es sich gewöhnlich um bestimmte Situationen, die das Verhalten eines anderen interessant machen. Die verschiedenen Situationseinflüsse, auch des eigenen Einflusses darauf, sind weitgehend bekannt, die Reaktion anderer darauf lassen sich aufgrund von Erfahrungen einschätzen. Wir prognostizieren dabei in erster Linie die Stärke einer Gewohnheit und nicht das Auftreten eines gänzlich neuen Verhaltens (Steinert 1969). Im Falle einer Gefährlichkeitsprognose ist die Situation aber komplexer: die Reaktion des Betroffenen in Situationen, in die er kommen kann oder sich bringen wird, ist wie sein Verhalten in diesen Situationen unbestimmt. Auch der Effekt der verfügbaren therapeutischen oder anderer Maßnahmen wird damit beurteilt. Gleichzeitig ist jede mitgeteilte Prognose auch eine Rollenzuschreibung, die als solche ebenfalls Wirkung hat: man kann die Voraussagbarkeit benützen, um das voraussagbare Verhalten zu beeinflussen, zu verändern. Die Prognose wird umso unzuverlässiger ausfallen, je weiter sie in die Zukunft gerichtet ist. Menschliches Verhalten ist ein Verhalten in einer unvorhersagbaren Umwelt, es folgt einer innerpsychischen Dynamik, die sich einer objektiven Beurteilung weitgehend entzieht. Die Angemessenheit der Zielsetzung, nämlich menschliches Verhalten voraussagen, kann unter diesem Blickwinkel nur in Frage gestellt werden. Es ist menschlichem Verhalten nicht angemessen, es als prognostizierbar zu betrachten. Für die Politik und die Gesetzgebung steht die Angemessenheit der Zielsetzung jedoch außer Frage.

Bei der vom Gesetz geforderten Prognoseerstellung handelt es sich um eine normative Beurteilung bestimmter Risikosachverhalte. Strafbares Verhalten und diesbezügliche Rückfälligkeit sind jedoch nicht ident mit Gefährlichkeit. Gefährlichkeit wird von anderen wahrgenommen auf der Basis von dem, was eine Person gesagt oder getan hat. Daraus wird künftiges gefährliches Verhalten abgeleitet. Gefährlichkeit ist ein soziales Konstrukt, keine psychiatrische Diagnose. Es verwundert daher auch nicht, dass PsychiaterInnen bei der Prognose von künftigem gefährlichem Verhalten nicht besser abschneiden als Laien. Der Baxstrom-Fall in den USA eröffnete durch die Entlassung von als gefährlich eingestuften PatientInnen die Möglichkeit, die Einschätzung der „irrtümlich“ für gefährlich gehaltenen Personen zu überprüfen. Baxstrom wurde aufgrund eines Verfahrensfehlers entgegen den Empfehlungen der PsychiaterInnen entlassen. Aufgrund dieser Entscheidung wurden weitere 967 als gefährlich eingestufte TäterInnen entlassen. Lediglich 20 % dieser TäterInnen wurden wieder gewalttätig (Monahan 1973).

Die Analyse von Vollzugslockerungsentscheidungen und Entlassungsgutachten im Maßnahmenvollzug – wo die Abnah-

me der Gefährlichkeit als entscheidende Entlassungsvoraussetzung gilt – zeigt darüber hinaus, dass trotz aller Forschungsbestrebungen, nach wie vor das aktuelle Delikt sowie die Vorstrafen mehr die Gefährlichkeitsbeurteilung beeinflussen, als psychiatrische Daten. Dieser Umstand macht eine psychiatrische Begutachtung eigentlich überflüssig, da das Gericht diese Fakten auch ohne Unterstützung eines/einer Sachverständigen beurteilen könnte.

Gefährlichkeitsprognosen sind zweifellos riskant, denn sie sind ungeeignet, menschliches Verhalten in einer unbekanntem Zukunft voraussagen. Ihre Gefährlichkeit besteht letztendlich in der Vortäuschung einer falschen Sicherheit, denn Gefährlichkeitsprognosen tragen kaum zur öffentlichen Sicherheit bei. Nur bei einer kleinen und extrem selektierten Minderheit der Bevölkerung findet überhaupt eine Gefährlichkeitsbeurteilung statt: bei psychisch Kranken und Personen, die Gewaltdelikte begangen haben. Gefahren und Gewalttätigkeit sind jedoch so verbreitet und drohen der Gesellschaft von verschiedenen Seiten (rücksichtsloses Autofahren, Ignorieren von Sicherheitsbestimmungen von Fabriken, Fluglinien, etc.), dass der Effekt eine ausgewählte Minderheit dahingehend zu untersuchen und wegzusperren, insignifikant für die Sicherheit im allgemeinen ist. Das Risiko der Gefährlichkeitsprognose ist kein Methodenproblem. Zuverlässige Prognosen gibt es nicht. Es geht mehr um eine politische Fragestellung als um eine psychiatrische: Wieviel Risiko ist zumutbar und wer soll es tragen? Wenn sich etwa das prognostizierte Verhalten Gewalttätigkeit – wie im oben zitierten Baxstrom-Fall – nur bei jedem/jeder fünften TäterIn bestätigt, so ist es in erster Linie eine Frage des gesellschaftlichen Konsenses zu entscheiden, ob riskiert wird, dass 4/5 der TäterInnen trotz unzutreffender Prognose weiter in Haft sind oder dass jeder/jede fünfte TäterIn rückfällig wird. In diesem Zusammenhang sind GutachterInnen und JuristInnen aufgefordert, auch aktuelle politische Entwicklungen zu hinterfragen. Werden psychiatrische Gutachten in Zukunft aus anderen Anlässen als bisher angefordert werden? Etwa im Sinne einer Sicherheitspolitik, die sich weg vom Gedanken der Behandlung und Resozialisierung hin zur Identifizierung von für „gefährlich“ gehaltenen Gruppen wie AusländerInnen, Drogenabhängigen, psychisch Kranken etc. entwickelt und sich damit gesellschaftspolitischer Entscheidungen entledigen und diese an ExpertInnen delegieren möchte?

### Begutachten und urteilen

Auch der Frage nach der Fähigkeit von RichterInnen und StaatsanwältInnen, fehlerhafte Gutachten zu erkennen, wurde in einigen Untersuchungen nachgegangen. Während Plewig (1983) konstatierte, dass sich JuristInnen der Argumentation von Sachverständigen häufig ausgeliefert fühlen, wurde in einer anderen Untersuchung (Dittmann 1988) eine hohe Kritikfähigkeit gegenüber Gutachten festgestellt. Interessant ist eine Untersuchung von Wolff (1995), der anhand einer Diskursanalyse zu folgendem Schluss kommt: "Aus soziologischer Sicht reduziert sich die Rolle der Psychiatrie in juristischen Verfahren weder auf die Bereitstellung von Diagnosen, erfahrungswissenschaftlichen Ergebnissen und Gesetzen, noch darauf, der Justiz nach dem Munde zu reden. Vielmehr arbeitet die Psychiatrie an der praktischen Bewältigung bestimmter zentraler Systemprobleme juristischer Verfahren mit, die in keinem unmittel-

telbaren Zusammenhang mit psychiatrischer Diagnostik und Therapie stehen: Psychiater bzw. ihre Gutachten machen in 'schwierigen Fällen' Entscheidungen möglich und bestandssicher. Sie tun dies, indem sie interpretative Räume ausfüllen helfen, die offensichtlich rein juristisch bzw. auf der Ebene des gerichtlichen Wirklichkeitsverständnisses allein nicht befriedigend, d.h. in gesellschaftlich akzeptabler Weise zu schließen gewesen wären." Ob die in Zusammenhang mit der gutachterlichen Subjektivität geforderte Offenlegung der subjektiven Anteile und Diskussion alternativer Möglichkeiten von den Gerichten überhaupt positiv rezipiert werden würde, bleibt damit fraglich. Bennet und Feldman (1981) zeigten in einer Analyse von Strafverfahren, dass bei RichterInnen der Anschein der Wahrheit weit mehr zählt als die Wahrheit selbst. So gewinnt in Prozessen häufig die Seite, die die wenigsten Widersprüche in ihrer Argumentation aufweist, unabhängig von der Wahrheit. Tatsächlich gibt es hierfür experimentelle Befunde. Holstein (1985) zeigte in Simulationsstudien, dass das Vorliegen verschiedener Interpretationen eines Sachverhaltes – auch wenn beide für die Unschuld eines/einer Angeklagten sprechen – nachteilige Konsequenzen für das Erreichen eines positiven Urteiles für den/die Angeklagten/Angeklagte bedingt. Auch die RichterInnen unterscheiden sich in ihren Werthaltungen und subjektiven Erfahrungen. Tetlock, Bernzweig und Gallant (1985) konnten z.B. für die RichterInnen des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten konsistente Unterschiede in ihrer „Liberalität“ nachweisen, die auch über verschiedene Fälle hinweg konstant blieben. Zudem spielen Attributionsfehler, die sich je nach Lage des Falles unterschiedlich auswirken können, für RichterInnen eine Rolle. Reue des/der Täters/Täterin, Leiden des Opfers, Attraktivität des Täters und andere Faktoren beeinflussen stark die Zuschreibung z.B. der Absicht für die Tat als hinterhältig, unbeabsichtigt, kaltblütig, etc.

Garber und Maslach (1977) stellten z.B. fest, dass die Verhandlungen über Strafaussetzungen im erfolgreichen Fall zwei Minuten dauern und im für den Straftäter nicht erfolgreichen Fall eine Minute. Das Ergebnis stand bereits vor der Verhandlung fest und wurde in der Verhandlung bestätigt. So wurden Personen, deren Strafaussetzung abgelehnt wurde, zu ihren Problemen im Strafvollzug befragt, während im erfolgreichen Fall Fragen nach der Zukunftsplanung im Vordergrund standen.

Konecni und Ebbenson (1979, 1982) gingen zunächst von der Annahme aus, dass man angesichts der großen Komplexität der einzelnen Fälle einer gut angelegten archivarischen Datenbank bedürfe, um die Zusammenhänge aller Faktoren und Tatsachen des Falles mit dem letztendlichen Urteil aufzudecken. Nach einer Analyse von 400 Fällen in San Diego zeigte sich jedoch ein anderes Bild. Nur drei Faktoren bestimmten das Urteilsverhalten vieler RichterInnen in zahlreichen Fällen: Schwere des Verstoßes, Zahl früher begangener Verstoße, polizeiliche Bewertung der „Gefährlichkeit“. „Man kann begründet davon ausgehen, dass vor verschiedenen Gerichten für spezifische Verbrechen verschiedene Normen oder 'Pauschalen' existieren“ Stephenson (1990, S. 463). Und hier schließt sich der Kreis zu den psychiatrischen Gutachten und relativiert auch deren oft mangelnde Qualität und Objektivität. Urteilen und begutachten scheint auf vielfältige Weise einer ähnlichen Dynamik zu unterliegen.

In den letzten Jahren setzt sich immer mehr das Verständnis dafür durch, dass es keine allgemeingültigen professionellen Standards im Beurteilungsprozess geben kann. Unterschiedliche Methoden weisen ebenso unterschiedliche Vor- und Nachteile auf. Der blinde Fleck der einen Methode ist die Stärke der anderen. In der Literatur zur Diagnostik wird von daher eine Methodenvielfalt angeregt. Durch die Nutzung streng standardisierter diagnostischer Instrumente wie Fragebögen kommt es nämlich zu einer starken Einengung des Blickwinkels. Um die statistischen Gütekriterien von Fragebögen hoch zu halten, ist in der Regel eine Konzentration auf einige wenige Aspekte unerlässlich. So bilden Fragebögen in der Regel nur schmal umgrenzte Bereiche ab, so dass allein von daher schon die Anwendung verschiedener Diagnoseinstrumente gefordert ist. Aber auch dann ist die Verbindung der einzelnen Befunde nicht immer einfach. Die den verschiedenen Fragebögen zugrundeliegenden theoretischen Perspektiven widersprechen einander nicht selten. Die Gewichtung und Einordnung der Befunde in ein Gesamtbild bleibt damit eine rein subjektive Leistung der BeurteilerInnen. Es entsteht damit zwangsläufig die Gefahr, objektive Fragebogenergebnisse als Rechtfertigung schon bestehender subjektiver Auffassungen zu nutzen. Diagnostik dient dann nicht mehr der Entscheidungsfindung, sondern der Entscheidungsrechtfertigung. Dieser Gefahr gilt es entgegenzuwirken, indem sowohl objektive Daten als auch subjektive möglichst transparent zur Entscheidungsfindung herangezogen werden. Die PsychiaterInnen müssen mehr als bisher klarstellen, was sie aufgrund ihrer fachlichen Kenntnisse leisten können, und das ist eine Menge. Sie müssen aber auch auf das hinweisen, was nicht in ihren Kompetenzbereich fällt. Und die GutachterInnen und JuristInnen sind zum gemeinsamen kritischen Diskurs, zur Streitrede im besten wissenschaftlichen Sinn aufgerufen, wollen sie nicht an der Entwicklung eines „Sachverständigen neuen Typs“, wie ihn Nicolas Becker (1993) in seinem Artikel „Der gute und der schlechte Sachverständige“ charakterisiert hat, mitwirken: „Er ist ungefähr 38 Jahre alt und hält sich nicht für konservativ. Er hasst und verachtet den Probanden nicht. Seine Empathiefähigkeit ist allerdings ziemlich beschränkt. In der Exploration stellt er dem Probanden „natürlich“ auch unangenehme Fragen. ... Eine saubere Trennung zwischen explorativem und wertendem Teil im Gutachten ist für ihn selbstverständlich. Er verwendet jede Menge Tests. Die relevante Rechtssprechung des BHG ist ihm geläufig. .... Seine Phantasie hält sich in engen Grenzen. Nichts, was er in seinem Beruf tut, ist ihm 'persönlichkeitsfremd'. Er ist nicht anderweitig seelisch abartig. Schwere Erschütterungen hat er nicht erlebt. Er macht keine Fehler, aber er ist banaler und vielleicht schrecklicher als die großen Reaktionäre“.

*Karin Gutiérrez-Lobos ist Fachärztin für Psychiatrie und Neurologie, Psychotherapeutin und Universitätsprofessorin und Leiterin der Hauptambulanz und der forensisch-sozialtherapeutischen Ambulanz an der Universitätsklinik für Psychiatrie der Medizinischen Universität Wien. 1996-2001 Leiterin des psychiatrisch-psychotherapeutischen Betreuungsbereichs der Justizanstalt Mittersteig. Forschungsschwerpunkte: Forensische Psychiatrie und Gender medicine. Literaturauskünfte zum obigen Beitrag sind bei der Verfasserin erhältlich: karin.gutierrez-lobos@meduniwien.ac.at.*

Das Strafrecht gehört zu den Kernbereichen staatlichen Handelns. Jedem Land fällt es schwer, in diesem Bereich Kompetenzen abzugeben, selbst wenn es um die Übertragung von Aufgaben an die Vereinten Nationen oder die Europäische Union geht. Die Schwierigkeiten bei der Schaffung eines Strafgerichtshofs der Vereinten Nationen oder die späte Einräumung von (ohnedies sehr limitierten) EU-Zuständigkeiten im Strafrechtsbereich belegen das Misstrauen der Einzelstaaten, wenn es um die Abgabe strafrechtlicher Alleinkompetenzen geht. In Rechtshilfe- oder Auslieferungsverfahren wird nicht selten die Frage gestellt, ob der eigene Staatsbürger im Strafverfahren in diesem oder jenem europäischen Land auch „ordentlich“ oder fair behandelt wurde.

Dem Misstrauen der Mitgliedstaaten stehen auf europarechtlicher Ebene seit einigen Jahren Ambitionen der Kommission, die Strafrechtssysteme anzugleichen, gegenüber. In der erst vor wenigen Jahren eingerichteten Generaldirektion für Justiz, Freiheit und Sicherheit ist man mit Schwung an der Arbeit.<sup>1</sup> In der Angleichung der Straf- und Strafprozessordnungen sieht die Kommission eine der kommenden Herausforderungen des europäischen Projekts – nach der Schaffung des Binnenmarkts soll der gemeinsame Rechtsraum Europa Wirklichkeit werden. Die Schaffung von Eurojust und eines Europäischen Haftbefehls und Maßnahmen zur Stellung von Opfern im Strafverfahren<sup>2</sup> bedeuten erste, symbolkräftige Erfolge der Kommission, auch wenn es sich eher um Maßnahmen einer engeren Zusammenarbeit denn um Rechtsangleichungen handelt.<sup>3</sup>

Vor kurzem hat die Kommission nun einen Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte im Strafverfahren<sup>4</sup> (im folgenden kurz: Kommissionsvorschlag) vorgelegt. Der Vorschlag wird seit einigen Monaten in Rat und Parlament verhandelt und unternimmt den Versuch einer Mindestharmonisierung der Strafverfahren der Mitgliedstaaten in einigen grundrechtlich wichtigen Punkten. Im folgenden soll einleitend die noch junge Geschichte der europäischen Strafrechtsangleichung nachgezeichnet werden; anschließend sollen die Bestimmungen des Kommissionsvorschlags besprochen und bewertet werden.

### 1. Ausgangspunkt Tampere

Der Europäische Rat nutzte rasch die der Union durch den Amsterdamer Vertrag eingeräumten neuen Kompetenzen. Kaum war der neue Vertrag am 1. Mai 1999 in Kraft getreten, beraumte die finnische Ratspräsidentschaft schon einen Sondergipfel für Justiz und Inneres an. Die Schlussfolgerungen

des Europäischen Rates auf diesem Treffen von Tampere (15. und 16. Oktober 1999) formulierten die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen als Ziel der Justizpolitik auf europäischer Ebene. Zugleich betonte der Europäische Rat, dass die gegenseitige Anerkennung und die notwendige Annäherung der Rechtsvorschriften den Schutz der Rechte des einzelnen durch die Justiz erleichtern würde. Der Aufforderung des Europäischen Rates folgend legte die Kommission eine Mitteilung über die gegenseitige Anerkennung strafgerichtlicher Entscheidungen vor.<sup>5</sup> Eine der zentralen Botschaften der Mitteilung ist die Forderung, es müsse sichergestellt werden, dass die Behandlung verdächtiger Personen und die Wahrung der Verteidigungsrechte durch die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung nicht nur nicht beeinträchtigt, sondern verbessert werden. Dieses

## Ausgangspunkt Tampere: Unterwegs zum europäischen Strafprozess

### Gedanken zum Vorschlag der Kommission für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union

Mira Kadric und Oliver Scheiber



Ziel wurde bald darauf in einem gemeinsamen Maßnahmenprogramm des Rates und der Kommission<sup>6</sup> wiederholt.

Die Arbeiten in den europäischen Institutionen zur Erreichung der gegenseitigen Anerkennung strafgerichtlicher Entscheidungen gestalten sich jedoch schwierig; die Mitgliedstaaten haben bei der Frage der gegenseitigen Anerkennung strafgerichtlicher Urteile und Beschlüsse ganz offenbar Bedenken, ob die Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten in qualitativ hochwertigen Verfahren zustande kommen (dabei wird nicht selten ein allzu kritischer Maßstab bei der Prüfung fremder Entscheidungen angelegt; vergessen wird – man denke nur an die Fragwürdigkeit österreichischer Abwesenheitsurteile – auf die Unzulänglichkeiten und Schwächen des eigenen Systems). Die Kommission geht daher seit Jahren von der Überlegung

1) vgl die Homepage der Generaldirektion: [http://europa.eu.int/comm/dgs/justice\\_home/index\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/dgs/justice_home/index_de.htm) (Stand: Dezember 2004).

2) Beschluss des Rates vom 28. Februar 2002 über die Errichtung von Eurojust zur Verstärkung der Bekämpfung der schweren Kriminalität (ABI L 63 vom 6.3.2002); Homepage: <http://www.eurojust.eu.int> (Stand: Dezember 2004); Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABI L 190 vom 18.07.2002); Rahmenbeschluss 2002/22/JI des Ra-

tes vom 15. März 2001 über die Stellung von Opfern in Strafverfahren (ABI L 82 vom 22.3.2001); Richtlinie 2004/80/EG des Rates vom 29. April 2004 zur Entschädigung der Opfer von Straftaten (ABI L 261 vom 6.8.2004).

3) In Richtung Angleichung der Strafprozessordnungen geht es dagegen beim bereits erwähnten Rahmenbeschluss über die Stellung von Opfern in Strafverfahren – vgl FN 2.

4) Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union

[KOM(2004)328endg. - nicht im Amtsblatt veröffentlicht].

5) Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 26. Juli 2000 über die gegenseitige Anerkennung strafgerichtlicher Entscheidungen [KOM(2000)495endg. vom 29.7.2000].

6) Maßnahmenprogramm des Rates und der Kommission zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen (ABI C 12 vom 15.1.2001, Seite 10).

aus, dass es nur dann zu einer vollen wechselseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen kommen wird, wenn zuerst Mindestnormen für die gerichtlichen Verfahren aufgestellt, die Strafverfahren der Mitgliedstaaten also aneinander angeglichen werden. Es sollen zunächst die Rechte aller Verdächtigen und Angeklagten harmonisiert werden. Nach Erreichen eines einheitlichen Schutzniveaus für Verdächtige und Angeklagte innerhalb der Europäischen Union, so die nachvollziehbare Überlegung der Kommission, müsste es den Mitgliedstaaten leichter fallen, strafgerichtliche Entscheidungen im vollen Umfang gegenseitig anzuerkennen.

Im Bemühen um die Schaffung gemeinsamer Mindestnormen für den Strafprozess legt die Kommission einen Schwerpunkt auf den angemessenen Schutz ausländischer Verdächtiger und Angeklagter, zumal die Zahl ausländischer Angeklagter in allen Mitgliedstaaten aufgrund der höheren beruflichen Mobilität, des wachsenden Tourismus sowie aufgrund der Migrations- und Flüchtlingsbewegungen ansteigt. Schließlich hat auch die organisierte Kriminalität zunehmend grenzüberschreitenden Charakter. Der Kommissionsvorschlag für einen Rahmenbeschluss schließt eine erste Etappe der Arbeiten der Kommission auf diesem Gebiet ab. Als Rechtsgrundlage für einen Rahmenbeschluss beruft sich die Kommission auf Artikel 31 EUV in der Fassung des Vertrags von Nizza.

## 2. Der Inhalt des Kommissionsvorschlags

Die im Kommissionsvorschlag vorgesehenen Verfahrensrechte lassen sich in fünf Blöcke einteilen:

1. Das Recht auf (unentgeltlichen) Rechtsbeistand (Artikel 2, 3, 4 und 5 des Vorschlags):

Der Vorschlag sieht ein Recht auf Rechtsbeistand, im Falle der Einkommenslosigkeit auch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, in ähnlicher Form vor, wie dies aus der österreichischen Strafprozessordnung bekannt ist. Demnach soll jeder Verdächtige einen Rechtsbeistand konsultieren können, bevor er Fragen in Bezug auf die Anklage beantwortet. In bestimmten Situationen muss jedenfalls ein Rechtsbeistand vorhanden sein, so etwa für die Dauer der Untersuchungshaft, nach Anklage einer komplexeren Straftat (bei mehr als einem Jahr Haftstrafandrohung) oder generell im Fall von Minderjährigen. Auch Personen, die aufgrund ihres Alters, ihrer mentalen, physischen oder emotionalen Verfassung nicht in der Lage scheinen, den Inhalt oder die Bedeutung des Strafverfahrens zu verstehen oder dem Verfahren zu folgen, muss in jedem Fall ein Rechtsbeistand zur Verfügung gestellt werden.

2. Recht auf Dolmetschung und Übersetzung der maßgeblichen Dokumente (Artikel 6, 7, 8 und 9 des Vorschlags):

Nach dem Vorschlag haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass einer verdächtigen Person, die die Verfahrenssprache nicht versteht, unentgeltlich ein Dolmetscher beige stellt wird, und zwar auch für Besprechungen mit dem Rechtsbeistand. Ausdrücklich im Gesetzestext findet sich die Feststellung, dass das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers auf Personen mit Hör- oder Sprachbehinderungen Anwendung findet. Damit ist also das Recht auf Gebärdensprachdolmetschung gewährleistet. Zum Recht auf unentgeltliche Übersetzung ist hervorzuheben, dass nach dem Kommissionsvorschlag zwar grundsätzlich die zuständigen Behörden entscheiden, welche Dokumente zu übersetzen

sind. Der Rechtsanwalt des Verdächtigen kann jedoch die Übersetzung weiterer Dokumente verlangen (Artikel 7 Ziffer 2 des Vorschlags). Darüber hinaus schreibt der Entwurf ausdrücklich den Einsatz "hinreichend qualifizierter" Übersetzer und Dolmetscher vor. Eine echte Innovation aus österreichischer Sicht würde die im Entwurf (Artikel 9) vorgesehene Audio- oder Videoaufzeichnung jeder Strafverhandlung, in der ein Dolmetscher beigezogen wird, bedeuten. Die Parteien sollen im Streitfall eine Kopie der Aufzeichnung erhalten. Ansonsten ist die Verwendung der Aufzeichnung auf die Überprüfung, ob die Dolmetschung korrekt erfolgt ist, beschränkt.

3. Recht auf besondere Aufmerksamkeit (Artikel 10 des Vorschlags):

Ein weiterer innovativer Ansatz des Kommissionsvorschlags liegt in den umfassenden Schutzrechten, die allen Personen eingeräumt werden sollen, die aufgrund ihres Alters, ihrer mentalen, physischen oder emotionalen Verfassung dem Verfahren nicht umfassend folgen können. Diesen Personen soll „besondere Aufmerksamkeit“ zuteil werden. Nach der Begründung (Punkt 40) des Vorschlags sollen sich alle Strafverfolgungsbehörden und Gerichte verstärkt der Probleme dieser Personen bewusst werden; es soll von ihnen verlangt werden zu prüfen, ob eine verdächtige Person in irgendeiner Weise besondere Aufmerksamkeit benötigt. Wenn ja, soll diese besondere Aufmerksamkeit sichergestellt werden. Die Rücksichtnahme soll im Einzelfall etwa durch die Anwesenheit der Eltern während der Befragung eines Kindes oder durch Hinweise über die Möglichkeiten ärztlicher Hilfe für psychisch kranke Personen bestehen. Die Ausgestaltung wird im einzelnen den Mitgliedstaaten überlassen. Die Pflicht zur Gewährung besonderer Aufmerksamkeit soll während des gesamten Strafverfahrens bestehen und der Förderung eines fairen Verfahrens und der Vermeidung möglicher Fehlentscheidungen aufgrund der Verletzlichkeit der betreffenden Personen dienen. Ziel der Kommission ist es, dass sich etwa Richter die Frage stellen, ob der Verdächtige angesichts seines Alters oder seiner mentalen, physischen oder emotionalen Verfassung in der Lage ist, das Verfahren zu verstehen bzw. diesem zu folgen. Allfällige Schritte, die zur Durchführung dieses Rechts ergriffen werden, sollen schriftlich als Aktenvermerk festgehalten werden.

Zur Durchsetzung des Rechts auf besondere Aufmerksamkeit soll wie im Falle der Dolmetschung eine Audio- oder Videoaufzeichnung der betroffenen Verfahren bzw. der Verhöre im Vorverfahren angefertigt werden.

4. Recht auf Kommunikation (Artikel 11 - 13 des Vorschlags):

Der Entwurf sieht das Recht auf Kommunikation Verdächtiger bzw. in Untersuchungshaft genommener Personen mit ihren Angehörigen, Vertrauenspersonen bzw. Konsularbehörden vor. Dabei handelt es sich im wesentlichen um Rechte, wie sie in der österreichischen Strafprozessordnung bereits umfassend vorgesehen sind.

5. Informationsrechte (Artikel 14 des Vorschlags):

Jeder Verdächtige soll durch eine schriftliche Mitteilung (letter of rights) über die maßgeblichen Verfahrensrechte informiert werden. Die Mitgliedstaaten sollen sicherstellen, dass diese schriftlichen Mitteilungen in allen Amtssprachen der EU in den Polizeidienststellen aufliegen, damit eine festgenommene Person sofort in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte informiert werden kann.

### 3. Bewertung

Die Kommission weist in der Begründung ihres Vorschlags zu Recht darauf hin, dass ein modernes Verständnis des fairen Verfahrens nach Art 6 MRK die im Rahmenbeschluss vorgesehenen Beschuldigtenrechte einschließt; auch die Grundrechtscharta der EU verlange umfassende Verteidigungsrechte für jeden Verdächtigen im Strafverfahren. Dennoch geht der Kommissionsvorschlag in einzelnen Punkten über das bisherige Schutzniveau der Strafverfahren in einigen Mitgliedstaaten hinaus. Aus österreichischer Sicht sind mehrere Aspekte des Kommissionsvorschlags beachtlich: zum einen die umfangreichen Vorarbeiten der Kommission mit ihrem interdisziplinären Ansatz; inhaltlich interessiert vor allem der Gedanke der Audio- oder Videoaufzeichnung aller Strafverhandlungen, in denen Dolmetschungen erfolgen oder an denen besonders schützenswerte Personen beteiligt sind.

#### Die Vorarbeiten zum Entwurf

Die Kommission hat in die Vorarbeiten gedanklich wie finanziell viel investiert; das Konsultationsverfahren war überaus breit angelegt. Dabei hat die Kommission nicht nur nationale Ministerien und Vertreter der Rechtsberufe einbezogen, sondern sich insbesondere auch an die Translationswissenschaft und an praktizierende Dolmetscher und Übersetzer gewandt. So wurden bisher zur Frage der Dolmetschung und Übersetzung vor Gericht drei internationale Konferenzen (2001 in Prag, 2002 in Antwerpen und 2004 in Den Haag) abgehalten, an denen jeweils ein Austausch zwischen Juristen und Translationswissenschaftlern, Dolmetschern und Übersetzern stattfand. Auf Grund der Ergebnisse der ersten beiden Konferenzen legte die Kommission im Februar 2003 ein Grünbuch vor.<sup>7</sup> Auf das Grünbuch erhielt die Kommission insgesamt 78 schriftliche Antworten; ergänzend veranstaltete die Kommission im Juni 2003 eine öffentliche Anhörung über Verfahrensgarantien. Zu dieser Anhörung lud die Kommission wiederum alle beteiligten Fachkreise und all jene Personen und Institutionen ein, die zum Grünbuch Stellung genommen hatten. Schließlich wurde bei der dritten Konferenz bewusst Den Haag als Tagungsort gewählt, um das Know-how der dort vorhandenen internationalen Einrichtungen (Internationaler Gerichtshof, Ständiger Schiedsgerichtshof, Internationaler Strafgerichtshof, Internationales Tribunal für das frühere Jugoslawien, Europol und Eurojust usw) auf dem Dolmetsch- und Übersetzungswesen zu nutzen. Das aufwändige, interdisziplinär angelegte Konsultationsverfahren ist sicher entscheidend für die hohe Qualität des Kommissionsvorschlags.

#### Audio- und Videoaufzeichnung bestimmter Strafverhandlungen

Inhaltlich hat die Kommission mit den Schwerpunkten der Prüfung der Qualität von Dolmetschungen und Übersetzungen sowie dem Schutz von Personen, die aufgrund ihres Alters oder gesundheitlicher Probleme dem Verfahren nicht folgen können, zentrale Problembereiche der europäischen Strafverfahren erkannt. Der Kommissionsvorschlag bringt die Frage

des Schutzes von Menschen, die aufgrund ihres Alters oder ihres Gesundheitszustandes im Verfahren benachteiligt sind, in Erwägungsgrund 14 auf den Punkt: "Die Pflicht, für verdächtige Personen, die das Verfahren nicht verstehen oder ihm nicht folgen können, Sorge zu tragen, ist Grundlage für eine faire Justiz. Wenn sich eine verdächtige Person aufgrund ihres Alters, ihrer mentalen, physischen oder emotionalen Verfassung in einer potenziell schwachen Position befindet, kann das Kräfteverhältnis zu Gunsten der Anklage, der Strafverfolgungsbehörden und der Justiz verschoben werden. Diese Behörden müssen sich daher einer möglichen Verletzbarkeit solcher Personen bewusst sein und geeignete Schritte ergreifen, damit das Gleichgewicht wieder hergestellt wird. Mit diesem Rahmenbeschluss soll daher die Stellung dieser Personen verbessert werden, indem spezielle Rechte festgelegt werden".

Was Gerichtsdolmetschungen betrifft, lässt sich aus der österreichischen strafgerichtlichen Praxis zunächst die Ansicht der Kommission bestätigen, dass in vielen Sprachen keine ausreichend qualifizierten Dolmetscher zur Verfügung stehen. An den österreichischen Universitäten gibt es nur für die Weltsprachen bzw. einzelne andere Sprachen eine qualifizierte Ausbildung.<sup>8</sup> Für viele im Gerichtsalltag wichtige Sprachen wie etwa Hindi bzw. sämtliche afrikanische Sprachen gibt es keinerlei Ausbildung in Österreich. Dementsprechend sind für diese Sprachen auch keine oder nicht ausreichend qualifizierte Personen in die Liste der gerichtlich beeedeten und zertifizierten Dolmetscher eingetragen. Das gilt auch für die Gebärdensprache: erst seit dem Jahr 2002 existiert in Graz die bisher einzige universitäre Ausbildung für Gebärdensprachdolmetscher in Österreich;<sup>9</sup> die Absolventen werden erst in den nächsten Jahren zur Gerichtsdolmetscherprüfung antreten. In anderen Mitgliedstaaten ist die Situation ähnlich. Daraus ergibt sich zweierlei: Zum einen muss, wie von der Kommission vorgeschlagen, sichergestellt werden, dass Dolmetschungen und Übersetzungen im Verfahren selbst überprüft werden können. Zum anderen werden Anstrengungen zu unternehmen sein, die Ausbildung der Gerichtsdolmetscher europaweit zu verbessern bzw. zu standardisieren. Daneben besteht in Österreich – wie in vielen anderen Mitgliedstaaten, die Kommission weist in der Begründung des Vorschlags zum Rahmenbeschluss darauf hin – das Problem, dass viele Strafgerichte nur unzureichend Dolmetschungen zulassen. Vielfach ist einfach fehlendes Wissen bei den Vertretern der Rechtsberufe über professionelle und zeitsparende Dolmetschetechniken Grund für mangelnde Dolmetschungen und damit für Verletzungen des Prinzips des fairen Verfahrens.<sup>10</sup> Gerade deshalb ist der interdisziplinäre Ansatz der Kommission der einzig zielführende.

Die von der Kommission vorgeschlagene Kontrolle der Dolmetschungen und Übersetzungen durch Audio- oder Videoaufzeichnungen ist zu begrüßen. Um so mehr ist es zu bedauern, dass nach Berichten aus Kommissionskreisen unter anderem Deutschland und Österreich in der zuständigen Ratsarbeitsgruppe solche Audio- und Videoaufzeichnungen strikt ableh-

7) Grünbuch der Kommission über Verfahrensgarantien in Strafverfahren [KOM(2003)75endg. vom 19.2.2003].

8) Näher dazu *Kadric* in *Soyer* (2004), Strafverteidigung – Konflikte und Lösungen, 81.

9) Näheres im Internet unter: <http://www-gewi.uni-graz.at/uedo/signhome> (Stand Dezember 2004).

nen. Die angegebenen Kostengründe können nicht überzeugen; Audioaufzeichnungen etwa lassen sich mit geringem Aufwand herstellen. Die Anschaffung eines Tonaufnahmegeräts übersteigt wohl kaum das durchschnittliche Entgelt für einen Dolmetscher in einer einzigen Strafverhandlung. Im übrigen stehen an jedem größeren Gericht Videorecorder und Aufnahmegeräte für die im österreichischen Recht seit Jahren vorgesehenen Videovernehmungen zur Verfügung. Auch das von einem deutschen Vertreter auf der Konferenz in Den Haag ins Treffen geführte Argument, Zeugen könnten bei einer audio- oder videoaufgezeichneten Verhandlung Hemmungen haben, auszusa-gen, geht ins Leere. Die Praxis einer großen Zahl von Mitgliedstaaten, wo Video- und Audioaufzeichnungen von Polizei- und Gerichtsvernehmungen bereits eine Selbstverständlichkeit sind, steht solchen Vermutungen entgegen. Spanien und Polen haben erst vor kurzem das bisherige System der Protokollie-rung von Strafverhandlungen auf Audio- und Videoaufzeich-nung umgestellt. Die technischen Systeme wurden eigens den Bedürfnissen der Gerichte angepasst.<sup>11</sup> Die Einwände gegen die Aufzeichnung von Gerichtsverfahren, die ausschließlich der Überprüfung der Dolmetschqualität dienen soll, ist im Hin-blick auf die Öffentlichkeit der Verhandlungen unverständlich.

Aus österreichischer Sicht erschiene insbesondere die Auf-zeichnung der von den Sicherheitsbehörden durchgeführten Vernehmungen wichtig. Während die Gerichte überwiegend auf gerichtlich beeidete und zertifizierte Dolmetscher zurückgreifen, treten bei der Polizei – aus welchen Gründen auch immer – allzu oft unqualifizierte Dolmetscher in Erscheinung. Das führt nicht zuletzt zu aufwändigen Erörterungen und Be-weisnahmen in der Hauptverhandlung darüber, ob vor der Polizei korrekt gedolmetscht wurde und was der Verdächtige bei der polizeilichen Vernehmung tatsächlich ausgesagt hat. Durch die mit vergleichsweise geringem Aufwand zu bewerk-stellende Audioaufzeichnung der Polizeivernehmung ließen sich Kosteneinsparungen im Gerichtsverfahren erzielen; die Zahl unberechtigter Vorwürfe gegen den Dolmetscher würde rasch zurückgehen. Es liegt jedenfalls auf der Hand, dass die Qualität der Verfahren insgesamt steigt, wenn die Vernehmungen und Verhandlungen auf Band aufgezeichnet werden.

Auf Grund des bisherigen Verlaufs der Verhandlungen über den Kommissionsvorschlag im Rat muss damit gerech-net werden, dass Audio- und Videoaufzeichnungen gedol-metschter Vernehmungen und Strafverhandlungen derzeit nicht konsensfähig sind. Im Hinblick auf das Ziel, die Qualität der Gerichtsdolmetschung zu erhöhen, bietet sich als Alterna-tive die Verpflichtung der Mitgliedstaaten an, durch geeignete Maßnahmen für eine ausreichende Zahl qualifizierter Über-setzer und Dolmetscher zu sorgen, sprich die Ausbildung der Gerichtsdolmetscher zu verbessern.

Auch wenn derzeit noch nicht alle Vorschläge der Kom-mission angenommen werden sollten: es ist ein großes Ver-dienst der Kommission, mit dem Vorschlag für einen Rah-menbeschluss auf die Schwierigkeiten fremdsprachiger Ver-dächtigter und von Personen, die sich aufgrund ihres Alters, ihrer mentalen, physischen oder emotionalen Verfassung in

einer potenziell schwachen Position befinden, aufmerksam gemacht zu haben. Allein diese Bewusstseinsbildung ist eine bleibende Leistung dieses Gesetzesprojekts der Kommission.

#### 4. Zusammenfassung und Ausblick

Im Rahmen der bereits erwähnten interdisziplinären Konfe-renz in Den Haag ist der Kommissionsvorschlag auf breite Anerkennung gestoßen. Die Ergebnisse der Diskussionen las-sen sich so zusammenfassen:

1. Der vorgeschlagene Rahmenbeschluss soll bei den Ver-tretern der Rechtsberufe (Richtern, Staatsanwälten, Polizeiju-risten, Rechtsanwälten) vor allem das Bewusstsein für die Be-deutung der Dolmetschung stärken. Es handelt sich um ein grundsätzliches Verfahrensrecht des Beschuldigten, dass vor Gericht professionelle und gute Dolmetscher eingesetzt wer-den. Dies bedeutet auch, dass die Gerichte bereits bei der Aus-wahl der Dolmetscher nach Qualitätskriterien entscheiden müssen.

2. Die Qualität und Professionalisierung bei den Dolmet-schern muss erhöht werden. Es müssen europaweit Ausbil-dungsstätten und gemeinsame Qualitätsanforderungen für Gerichtsdolmetscher geschaffen werden.

3. Zur Erreichung dieser Ziele sollten Dolmetscher und Übersetzer verstärkt Publikationen in juristischen Zeitschrif-ten platzieren, um das Bewusstsein bei den Juristen für qua-litativ hochwertige Dolmetschungen und Übersetzungen zu erzeugen. Die Vertreter der Rechtsberufe sollen Kenntnisse darüber erhalten, woran man einen professionellen bzw. un-professionellen Dolmetscher erkennt; zweckmäßig wäre etwa die Erstellung spezieller Arbeitsunterlagen zum Themenkreis Dolmetschen/Übersetzen für Vertreter juristischer Berufe.

4. Die Bedeutung interdisziplinärer Expertentreffen wird in Zukunft weiter zunehmen.

Es bleibt anzuwarten, welche Veränderungen der Kommis-sionsvorschlag bis zu seiner Annahme in Rat und Parlament erfährt. Die Qualität des Kommissionsvorschlags ist jeden-falls ein Beweis für die Leistungsfähigkeit der EU-Dienststel-len und macht Lust auf weitere europäische Harmonisierungs-projekte auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts.

*Mira Kadric ist Assistenzprofessorin am Zentrum für Translationswissenschaft der Universität Wien und praktizierende Gerichtsdolmetscherin; Oliver Scheiber ist Richter in Straf- und Zivilsachen in Wien.*

#### Weiterführende Literatur:

Hertog (Hg.)(2001), *Aequitas - Access to Justice across Language and Culture in the EU*, Antwerpen, Lessius Hogeschool.

Hertog (Hg.)(2003), *Aequalitas - Equal Access to Justice across Language and Culture in the EU*, Antwerpen, Lessius Hogeschool.

Vgl. auch die Homepage des EU-Projekts zum Gerichtsdolmetschen: <http://www.legalinttrans.info> (alle Angaben zu Internetseiten mit Stand vom Dezember 2004).

10) Zur Frage des Umfangs der Dolmetschung und möglicher Techniken wie etwa dem Flüsterdolmet-schen vgl. den Beitrag von *Mira Kadric*, Sichtbare Ge-

rechtigkeit in gedolmetschten Verfahren, in diesem Heft.

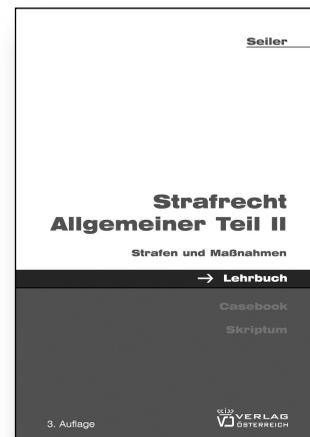
11) Eine andere Frage ist, was die Protokollierung

durch Audio-/Videoaufzeichnung für die Rechtsmit-telverfahren bedeutet – wie das spanische und pol-nische Beispiel zeigt, gibt es dafür Lösungen.

*Seiler*  
**Strafrecht, Allgemeiner Teil II**

*Lehrbuch*  
 2005, 158 Seiten, br., 3-7046-4656-3, € 15,-

- Praxisnahes Lehrbuch
- Leichte Lesbarkeit
- Ausführliche Judikaturhinweise
- Umfassendes Stichwortverzeichnis



*Pleischl/Soyer (Hg.)*  
**Strafrecht**

*Gesetzbuch, 6. Auflage, Stand 1. 3. 2005*  
 600 Seiten, br., 3-7046-4642-3, € 22,50, Abo- und Hörscheinpreis € 18,-

- Strafprozessnovelle 2005
- Sozialbetrugsgesetz
- SPG-Novelle 2005
- Suchtmittelgesetz und Suchtgift-Grenzmengenverordnung
- Strafrechtliches Entschädigungsgesetz 2005

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



*Kelsen/Froehlich/Merkl*  
**Kommentar zur Bundesverfassung**



Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920

Kommentiert und herausgegeben in Verbindung mit Georg Froehlich und Adolf Merkl von Hans Kelsen

Nachdruck des ersten und jahrzehntelang einzigen Kommentars zum B-VG 1920

mit einem Vorwort und einer Einführung von em. O. Univ.-Prof. DDr. Dr. h.c. Robert Walter, Geschäftsführer des Hans Kelsen-Institutes

Endlich wird das bedeutende Verfassungswerk der interessierten Fachwelt wieder zugänglich gemacht.

**3-7046-4197-9, 558 Seiten, geb., € 78,-**

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



# Salzburger NockerIn

Iris Kugler

Rückengestärkt und offensichtlich gut finanziert rülpsten sich in Salzburg katholisch-fundamentalistische HüterInnen der untersten Schubladen hoch. Und nur darüber zu schreiben ist bereits zu viel der Ehr, zumal es kaum vorstellbar anmutet, wie spurlos die Aufklärung an ihnen vorübergezogen ist. Deren polnische GesinnungskollegInnen forderten „ganz demokratisch“ den Rücktritt der polnischen Frauenbeauftragten, weil diese es gewagt hatte, einen Zusammenhang zwischen der Frauenpolitik der katholischen Kirche und der Gewalt gegen Frauen herzustellen.

Hierzulande ist der Würgegriff nicht mehr ganz so eng, aber wie eng spürte Gabi Burgstaller. Wer nicht weiß, was alles unter Gewalt gegen Frauen zu verstehen ist, sei auf eine die Landeshauptfrau diffamierende vorweihnachtliche Comiczeichnung verwiesen, wo ihr unterstellt wird, Maria anlässlich der Herbergssuche anzuraten, es doch zu lassen und stattdessen eine Abtreibung durchzuführen.

So stark und zahlreich wie in den 70er Jahren Dohnalseidank Frauen und Männer die Fristenlösung durchgesetzt haben, so wenig zahlreich aber sich umso stärker fühlend treten derzeit deren GegnerInnen auf. Die Mehrheit der österreichischen Bevölkerung, dies ist in mehreren Studien belegt, ist mit der momentanen Regelung der Fristenlösung einverstanden. Es handelt sich daher nur um einzelne RepräsentantInnen des Paläozoikums. Diese verfügen aber über erstaunliche Ressourcen und einen langen finanziellen Atem.

Dass ihnen Maß und Ziel der Form des Umgangs in der politischen Auseinandersetzung abhanden gekommen ist, verwundert nicht, da auf Regierungsebene vorgelebt wird, dass faktisch jedes Mittel Recht ist, sich durchzusetzen. Zwar ist der Minister der „Mensch bleiben wollte“ (wer hätte das ahnen sollen) mittlerweile abhanden gekommen, aber sein demokratischer Tabubruch der politischen Verfolgung von Menschen-

rechtsaktivistInnen hatte historische Dimension und war einmal mehr prägend für das politische Klima.

Oder sein Kollege aus dem Verteidigungsministerium, der zunächst couragiert Verantwortliche für die Folterungen von Grundwehrdienern aus dem Verkehr gezogen hat, nur um jäh sein Tun vor möglichen Bekannten und Verwandten zu unterbrechen. Gerade für das menschenrechtlich sensible Innenressort war denn auch die interimistische Lösung mit Günther Platter kein gesundes Signal.

Häufiges Signal ist derzeit vielmehr, dass egal was passiert und wie tief Menschen verletzt werden, dies ohnehin keine Konsequenzen hat. Ob es sich bei den Menschen nun um Asylwerbende handelt, die sich umständebedingt oft genug mit glatter Rechtsverweigerung konfrontiert sehen, wenn sie sich ohne Dolmetsch und Rechtsberatung in Schubhaft wiederfinden, oder um Kinder, die in kaputtgesparten Schulen das europäische Niveau nicht mehr erreichen. Um mit ihnen Politik zu machen, sind sie noch allemal gut genug.

Den Frauen ergeht es hier nicht anders. Vertreten sind sie derzeit durch eine Frauenministerin, die zur Problematik der geringen Pensionseinkommen teilzeitarbeitender Frauen meint: „Wenn man wenig einzahlt, kann man nicht eine Höchstpension erwarten. Die Entscheidung muss jede Frau treffen, das ist ein Teil ihrer Wahlfreiheit. Jede Frau kann freiwillig höhere Beiträge ... einzahlen, damit sie später mehr Pension bekommt.“ Und weiter: „Für Frauen, die einen gut verdienenden Mann haben, ist das die Möglichkeit – dass sie trotz Teilzeit Pensionsbeiträge wie für Vollzeit einzahlen.“ Wenn sie den Frauen nicht reiches Heiraten als Daseinsvorsorge empfiehlt und somit ihr frauenpolitisches Programm outet, ist vor allem in der Salzburger Debatte erstaunlich nichts von ihr zu hören – und auch das ohne Konsequenzen. Ähnlich sinnstiftend, kreativ und innovativ sind denn

auch die Vorschläge zur Gesundheitsreform – auch ohne Konsequenzen.

Bei diesem Stichwort nicht fehlen sollte der völlig unberechtigt wieder aus den Medien entschwundene Finanzminister mit seiner PR-Maschine namens Industriellenvereinigung. Ob es sich um simple Belohnung für seine Politik zugunsten des Promilleanteils der Großindustriellen dieser Bevölkerung handelte oder die Gegenleistung noch ausständig ist – man wird es wohl nie erfahren.

Gut, diese Liste erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, kann aber Erklärungsansatz für die Hochblüte dieser Sorte von Salzburger NockerIn sein. Der Geist und die mentalen Defizite, die durch all diese Erscheinungen von Machtmissbrauch und Charakterlosigkeit wehen, seien am besten mit einem Vorfall anlässlich des vorletzten Opernballs umschrieben. Hubsi Kramer, originelles, ungebremstes Kreativbündel, kam als großer Führer und konnte zunächst problemlos den Eingang passieren. Danach wurde er äußerst grob, um nicht zu sagen mit Gewalt von der Polizei abgeführt. Die Reaktionen zeigten ihm, so sagte er in einem Interview für den Sender Arte, dass der Führer für die Anwesenden noch keinesfalls tot war. Dieser war für die Menschen noch sehr lebendig und er spürte teils Angst, teils Ehrfurcht und Aggression. Dass er nicht als Persiflage, als Witzfigur erkannt und behandelt wurde, zeige auch, dass es nun Anzeigen wegen Wiederbetätigung gegen ihn gebe.

Wenn es immer noch ein Verfahren braucht um diesen Begriff umfassend und erschöpfend zu klären, dann ist dies eine geistige Bankrotterklärung. Und so ist auch die Debatte in Salzburg das geistige Kind dieser Denkstrukturen und Ausdruck für den intellektuellen und gesellschaftspolitischen Konkurs dieses Landes.