

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat • • • • • nr 1.2001

thema

## Strafende Gerechtigkeit



recht & gesellschaft

Frauenrechte effektiv

Im Fremden

Komm Austria

Freedom and Money

Taking Sovereignty Seriously

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

Verlag **Österreich**  
vormals Verlag der  
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Für Context herausgegeben von

• • • • •  
Birgit Feldner · Alexander Somek · Richard Soyer · Maria Windhager

# Inhalt

## recht & gesellschaft

Anna Sporrer	Frauenrechte werden effektiv .....	5
Nikolaus Benke	Die Herausforderung im Fremden .....	9
Daniel Ennöckl	Gleichgeschlechtliche Partnerschaften im deutschen Recht .....	14
Sepp Brugger	Komm Austria – aber wohin? .....	17
G. A. Cohen	Freedom and Money .....	19
Aleksandra Wentkowska	Taking Sovereignty Seriously? .....	21

## thema: strafende gerechtigkeit

Richard Soyer	Kriminalpolitik ante portas .....	25
Brigitte Loderbauer	Überlegungen zu einem Strafrecht für Heranwachsende in Österreich .....	26
Alois Birklbauer	Entrümpelung des StGB? .....	29
Stefan Ebensperger	Die strafrechtlichen Auswirkungen des Cannabis-Anbaus, Teil 1 .....	33
Christian Bertel	Die lebenslange Freiheitsstrafe .....	37
Claudia Mahler	Amtsmissbrauch im Strafrecht – Judikatur versus Realität? .....	38
Barbara Helige	Ist das gerichtliche Disziplinarrecht effizient? .....	42
Wolfgang Aistleitner	Denkmalschutz für Geschworenengerichte? .....	44
Fritz Zeder	Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU? .....	47

## rubriken

vorsatz	Richard Soyer „Holocaust-Industrie“ und/oder Beseitigung von Fehlurteilen ...	1
merk.würdig	Kurzmeldungen .....	3
nach.satz	Iris Kugler Abgang .....	52
impressum	.....	4

# „Holocaust-Industrie“ und/oder Beseitigung von Fehlurteilen

Ein (unvollständiges) Mosaik

Richard Soyer

## Anlass und Fragestellung

Der Philosoph *Rudolf Burger* hat in Die Presse (Spectrum) 10. 2. 2001, II, ausgehend von einer Würdigung der heftigen Reaktionen auf *Norman G. Finkelsteins* Buch über die „Holocaust-Industrie“ (München 2001, Piper Verlag), für möglich, jedenfalls für diskussionswürdig gehalten, dass

„der gesamt begriffliche Apparat, mit dem in den letzten Jahren und Jahrzehnten, insbesondere in Deutschland und Österreich, die Auseinandersetzung um ‚die Bewältigung der Vergangenheit‘ geführt wird, zusammenbricht: Wenn das Halbwachssche Modell richtig ist und nicht das Freudianische, dann wurde zwar lange Zeit aus politischen Gründen vom Nazi-Holocaust nicht geredet, aber es wurde nichts in ein Unbewusstes ‚verdrängt‘, . . . dann ist ‚Bewältigung der Vergangenheit‘ eine empirisch leere Kategorie und als kollektiv veranstaltetes Reinigungsritual sozialpsychologisch sinnlos; wenn dieses nicht sogar umschlägt in kollektive Heuchelei.“

Der Historiker *Oliver Rathkolb* hat demgegenüber in Die Presse (Spectrum) 17. 2. 2001, III, die Ansicht vertreten, dass *Burgers* These, die die „Verdrängung“ des Genozids und der Aggressionspolitik nach 1945 in Frage stellt, ins Leere geht:

„Das Problem in Österreich ist nicht die Verdrängung, das Thema Zweiter Weltkrieg war in der Nachkriegsgesellschaft ständig präsent und förderte die Gründung des VdU nach Entnazifizierungs- und Restitutionsgesetzgebung. . . .

Das Problem in Österreich ist die Uminterpretation real begangenen Unrechts in der NS-Zeit, das primär Juden und Jüdinnen betroffen hat, aber auch andere Opfergruppen wie Roma und Sinti, Euthanasieopfer, politisch Verfolgte umfasst. Die nüchterne Auseinandersetzung – ohne Wenn und Aber – mit den Ursachen, der Exekution und den Nachkriegsfolgen des Nationalsozialismus und Holocaust sollte hingegen insbesondere nach den jüngsten Entschädigungsvereinbarungen zentral in der öffentlichen Agenda stehen. . . .“

Es stellt sich aufgrund dieser wichtigen Diskussion mE folgende Frage:

Wie können die Perspektiven dieses Diskurses rechtlich thematisiert werden?

## Gesetz vom 3. Juli 1945

Das Gesetz vom 3. Juli 1945 über die Aufhebung von Strafurteilen und die Einstellung von Strafverfahren (Aufhebungs- und Einstellungsgesetz), BGBl 1945/68, normiert:

„§ 1. Verurteilungen von österreichischen Staatsangehörigen, gleichgültig, ob innerhalb oder außerhalb des Staatsgebietes, gelten als nicht erfolgt,

a) wenn sie nach den Bestimmungen gegen Hoch- und Landesverrat (§§ 80 bis 83, 85, 88, 90 a bis 90 i, 91, 91 a und b, 92 a bis f RStGB.) oder der Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz (Kriegssonderstrafrechtsverordnung) vom 17. August 1938, Deutsches R. G. Bl. 1939, I S. 1455, ergangen sind und die Handlung gegen die nationalsozialistische Herrschaft oder auf die Wiederherstellung eines unabhängigen Staates Österreich gerichtet war,

b) wenn sie nach § 5, Abs. (1) bis (3), des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. September 1935, Deutsches R. G. Bl. I S. 1146, nach dem Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniform vom 20. Dezember 1934, Deutsches R. G. Bl. I S. 1269, oder nach der Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 1. September 1939, Deutsches R. G. Bl. I S. 1683, ergangen sind.

§ 4. (1) Das Gericht stellt von Amts wegen oder auf Antrag mit Beschluß fest, daß die Verurteilung wegen der im § 1 bezeichneten strafbaren Handlungen als nicht erfolgt gilt, im Falle eines Zusammentreffens im Sinne des § 3 [Anm: i. e. Zusammentreffen strafbarer Handlungen der im § 1 angeführten Art mit anderen strafbaren Handlungen] auch, daß das Urteil im Punkte der Strafe außer Kraft getreten ist. In letzterem Falle ordnet es gleichzeitig die neue Hauptverhandlung an.

(2) Für die Beschlußfassung ist in den Fällen, in denen sich der Sitz des Urteilsgerichtes außerhalb des Gebietes der Republik Österreich befindet, der Gerichtshof erster Instanz zuständig, in dessen Sprengel der

Verurteilte seinen Wohnsitz oder Aufenthalt hat, oder, wenn ein solches Gericht fehlt, das Landesgericht für Strafsachen Wien.

§ 8. Die Provisorische Staatsregierung ist ermächtigt, zu verordnen, dass die Bestimmungen der §§ 1 und 2 [Anm: § 2 normiert die Einstellung anhängiger Strafverfahren] auch für Verurteilungen und Strafverfahren zu gelten haben, die wegen Zuwiderhandlung gegen andere Rechtsvorschriften typisch nationalsozialistischer Prägung erfolgt oder eingeleitet sind.“

## Beschluss vom 3. Juni 1997

Mit Beschluss des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 3. Juni 1997, 4a E Vr 5094/97, wurde, soweit bekannt erstmals in der Geschichte der Zweiten Republik, ein Todesurteil des Reichskriegsgerichts Berlin vom 22. Januar 1943 wegen Wehrkraftzersetzung auf Antrag des Bruders des Hingerichteten – in Anwendung des Gesetzes vom 3. Juli 1945 – aufgehoben (vgl *Moos*, Die Aufhebung der Todesurteile der NS-Militärgerichtsbarkeit, JRP 1997, 263, FN 68).

## Urteilsaufhebung durch Wiederaufnahme

In jedem Strafverfahren steht in einer besonderen Ausprägung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung auf dem Prüfstand. Erschütterungen, die dieses Vertrauen in die Rechtspflege erleidet, sind in einem demokratischen Rechtsstaat ernst zu nehmen.

Es sind vor allem jene Urteile, die sich oft Jahre später als unrichtig herausstellen, die dieses Grundvertrauen in die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege beschädigen. Es ist das Institut der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, das dazu bestimmt ist, dem Grundbedürfnis des Menschen nach Vertrauen in den Rechtsstaat und seine Rechtspflege durch die Ermöglichung einer Korrektur von unrichtigen Urtei-

len grundsätzlich Rechnung zu tragen. Dieses Rechtsinstitut findet sich daher, in welcher Ausgestaltung immer, in allen staatlichen Rechtsordnungen. Seine Funktion liegt darin, einem Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit zu dienen. In grundsätzlicher Hinsicht ist zu den vielfältig existierenden wieder aufnahmerechtlichen Lösungsansätzen zu bemerken, dass die Wiederaufnahme der Korrektur der Sachverhaltsfeststellung, darüber hinaus aber auch der Behebung von Fehlern bei der Anwendung des materiellen oder formellen Rechts dienen kann.

Das geltende österreichische Strafprozessrecht fokussiert die Wiederaufnahme auf die Tatsachengrundlage strafgerichtlicher Entscheidungen. Die fehlerhafte Anwendung des materiellen oder formellen Rechts kann nach Rechtskraft nur ausnahmsweise, nämlich seit Inkrafttreten des StRÄG 1996 im Falle einer mit Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte festgestellten Konventionsverletzung korrigiert werden. Im Übrigen kommt eine Urteilskorrektur nach Rechtskraft wegen Rechtsfehlern zwar auch im Wege einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes in Betracht; zur Antragstellung legitimiert ist diesfalls jedoch einzig der Generalprokurator, Betroffene können bei ihm die Erhebung dieses Rechtsbehelfs bloß anregen.

### Urteilsaufhebung durch Gesetz

Reinhard Moos hat mit Bezug auf Fragen der Aufhebung von NS-Todesurteilen schon vor einiger Zeit zutreffend darauf hingewiesen (Aufhebung, 256), dass die Wiederaufnahmevorschriften, die sich auf eine andere Beurteilung der Tatfrage aufgrund neuer Beweise beziehen, für derartige Fälle nicht geeignet sind: vielmehr gehe es darum, durch ein Gesetz Todesurteile aufgrund von Vorschriften des seinerzeitigen Militärstrafgesetzbuches bzw. der Kriegssonderstrafrechtsverordnung für absolut nichtig zu erklären. Sein Resümee im Jahr 1997 war:

„Die rechtspolitische Entwicklung in Deutschland und Österreich hat einen Reifegrad erreicht, der es angezeigt erscheinen lässt, in beiden Ländern durch Gesetz alle Verurteilungen, die auf dem Vorwurf der Kriegsdienstverweigerung, Fahnenflucht und Wehrkraftzersetzung beruhen, für aufgehoben zu erklären, weil durch diese Handlungen dem Nationalsozialismus Widerstand geleistet worden ist. . . . Nach Art 9 des Bayrischen Gesetzes bedarf es zur Aufhebung keiner gerichtlichen Entscheidung. Auf Antrag erteilt die Staatsanwaltschaft eine entsprechende Bescheinigung.“

(Bereits am 26. August 1998 ist in Deutschland ein bundeseinheitliches Gesetz in Kraft getreten, das die generelle Aufhebung von solchen Strafurteilen in sehr weit gehender und einfach anzuwendender Weise vorsieht; s auch dazu Moos, <http://www.doew.at/thema/rehabil/moos.html>, 21. 2. 2001.)

### Nationalratspräsident

Die erste Aufhebungsentscheidung in Österreich (siehe oben) kommentierte Nationalratspräsident Heinz Fischer (Der Standard 24. 6. 1997, 9) als

„eine mutige und richtungsweisende Entscheidung, die jemandem, der vom Unrechtsregime des Dritten Reiches verurteilt worden ist, eine nachträgliche Wiedergutmachung zuteil werden lässt. . . . Für durchaus denkmöglich hält Fischer auch eine pauschale Aufhebung aller NS-Unrechtsurteile. „Eine politische Diskussion darüber würde ich befürworten“.

### Nationalrat

Am 6. Juli 1999 stellte der Justizausschuss an den Nationalrat einen Antrag, der von diesem mehrheitlich angenommen wurde (zitiert nach Moos, Recht und Gerechtigkeit, in: Kohlhöfer [Hg], Gewissensfreiheit und Militärdienst, Wien 2000, 140):

„Die Bundesregierung wird ersucht, ehestmöglich die historische Aufarbeitung der Verurteilungen von Österreichern durch die nationalsozialistische Militärgerichtsbarkeit einschließlich des Reichskriegsgerichtes Berlin, insbesondere nach der Kriegssonderstrafrechtsverordnung, zu veranlassen und zu fördern sowie nach Vorliegen der Forschungsergebnisse für die Herbeiführung von Gerichtsbeschlüssen im Sinne des § 4 des Aufhebungs- und Einstellungs-

gesetzes, StGBI. Nr. 48/1945, und nach Möglichkeit für die Verständigung der Hinterbliebenen hiervon zu sorgen.“

Treffend hebt Moos (Gerechtigkeit, 140 [FN 104]) dazu hervor, der Abgeordnete Harald Ofner (FPÖ) hatte insoweit Recht, als er in der Plenardebatte die Vorlage als einen „Schlag ins Wasser“ bezeichnete, „weil sie darauf abzielt, etwas, was bereits seit Jahrzehnten geltendes Recht ist, noch einmal vom Gesetzgeber her zu wiederholen.“ - Moos konstatiert aufgrund des Beschlusses des Nationalrates eine Verlagerung der Rehabilitierungsanliegen auf das Gleis der Forschung und äußert Sorge über eine mögliche Verschlechterung der Anwendungspraxis. Er berichtet in seinem Buchbeitrag von mehreren in den Jahren 1998 und 1999 erfolgten Urteilsaufhebungen, aber auch von einer Antragsablehnung (Gerechtigkeit, 142 [FN 113]), weil ein geborener Steirer, der in Frankreich lebte, während des Krieges die deutsche Staatsbürgerschaft erworben hatte.

### Materielle und immaterielle Entschädigung

Genugtuung und Gutmachung sind keineswegs nur eine Frage (der Höhe) von Entschädigungszahlungen.

Es erscheint angezeigt ein Gesetz zu beschließen, das alle hier einschlägigen Verurteilungen für aufgehoben erklärt, ohne dass jeweils eine Gerichtsentcheidung getroffen werden muss.

Solange dies nicht der Fall, ist die Aufhebung von NS-Todesurteilen und anderen Unrechtsurteilen jener Zeit einzelfallbezogen mit besonderer Dringlichkeit durchzuführen. Dabei ist der gesetzlich vorgesehenen Amtswegigkeit bei der gerichtlichen Urteilsaufhebung besonderes Augenmerk zu schenken.

Sowohl Gesetzgeber als auch Justizverwaltung sind daher – ungeachtet (Fragen) materieller Restitutionsbemühungen – in besonderer Weise auch in „immaterieller“ Hinsicht gefordert!

(Hervorhebungen durch Fettdruck wurden jeweils hinzugefügt.)

# Juristische Sekunde und Präsidentenamtszeit

Ein „Gutachten des Sozialministeriums“ vom 29. 1. 2001 thematisiert die rechtlichen Grundlagen einer Neubestellung des Präsidiums des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger. Das Bundesministerium kommt durch Interpretation der entsprechenden Rechtsgrundlagen zum Ergebnis, dass der Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen die Präsidenten des Hauptverbandes neu bestellen kann, und darüber hinaus, dass der Bundesminister über den Zeitpunkt dieser Neubestellung frei disponieren könne.

Als Rechtsgrundlagen werden § 442 Abs 1 ASVG, § 587 Abs 6 ASVG sowie § 421 ASVG angeführt. § 442 Abs 1 ASVG regelt, dass der Präsident des Hauptverbandes und sein Stellvertreter vom Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen für die Amtsdauer der genannten Verwaltungskörper nach Anhörung der Bundesarbeitskammer usw zu ernennen sind. Weiters regelt § 442 Abs 1 ASVG, dass der Präsident und sein 1. Stellvertreter der Gruppe der Dienstnehmer zu entnehmen sind. Sie haben als Versicherungsvertreter einem der dem Hauptverband angeschlossenen Versicherungsträger anzugehören.

§ 587 Abs 6 ASVG regelt, dass alle Versicherungsvertreter nach § 421 ASVG neu zu bestellen sind, und dass mit dem Tag der Neubestellung jedes amtierende Mitglied als seines Amtes enthoben gilt. Weiters wird im Gutachten des Sozialministeriums außer Streit gestellt, dass die Funktionsperiode der Verwaltungskörper der Versicherungsträger und des Hauptverbandes gem § 587 Abs 7 ASVG bis Ende 2005 verlängert wurde.

Zusammengefasst schließt das Bundesministerium aus der Zusammenschau der zitierten Gesetzesstellen, dass bei den Präsidenten des Hauptverbandes durch die Enthebung als Versicherungsvertreter auch deren Funktion als Präsident erloschen sei. Denn, so wird argumentiert, eine „juristische“ Sekunde lang seien die Präsidenten keine Versicherungsvertreter gewesen, deshalb erfüllten sie eine „juristische“ Sekunde lang die Vorausset-

zungen des § 442 ASVG nicht, und deshalb wären sie ihres Amtes als Präsidenten des Hauptverbandes verlustig geworden.

Diese Interpretation des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen birgt gravierende Schwächen:

1. *Die Präsidenten des Hauptverbandes sind für die Dauer der Amtsperiode ernannt.* Die Rechtsgrundlage für die Ausübung ihrer Funktion ist im Wesentlichen die Ernennung durch den Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen. Die Frau Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales aD Hostasch hat mit Dekreten vom 27. 9. 1999, den Vorsitzenden der Gewerkschaft der Privatangestellten, Hans Sallmutter, zum Präsidenten des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, den Obmann der oberösterreichischen Gebietskrankenkasse, Helmut Oberchristl zum Vizepräsidenten ernannt. Die Amtsperiode dieses Gremiums Verbandspräsidium ist unbestrittenerweise bis zum Jahr 2005 verlängert.

Dass die Neubestellung und Enthebung als Versicherungsvertreter an der rechtlichen Verbindlichkeit der genannten Ernennung vom 27. 9. 1999 bzw deren Verlängerung bis 2005 etwas zu verändern mag, ist keinem Gesetz zu entnehmen. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Organfunktionen mit zwei unterschiedlichen Bestellungsmodalitäten.

2. *Juristisches Kontinuum als Versicherungsvertreter?*

Genauer betrachtet, regelt § 442 ASVG, dass die Präsidenten des Hauptverbandes bei ihrer Ernennung zum Präsidenten als Versicherungsvertreter einem Versicherungsträger anzugehören haben. Nicht geregelt ist, dass sie *kontinuierlich* Versicherungsvertreter sein müssten bzw dass sie, wenn sie nicht mehr Versicherungsvertreter wären, automatisch ihres Amtes verlustig würden.

3. *Tatsächliches Kontinuum als Versicherungsvertreter*

Selbst wenn man von der Annahme, die keine Rechtsgrundlage hat, ausgeht, dass mit dem Verlust des Amtes

als Versicherungsvertreter auch das Präsidentenamt erlischt, also selbst unter Zuhilfenahme dieser Annahme ist ein Erlöschen der Präsidentenfunktion nicht zu begründen. Denn: Die Präsidenten des Hauptverbandes waren keine einzige – reale – Sekunde lang nicht Versicherungsvertreter. Einer Fiktion nach wären sie es eine juristische Sekunde lang nicht gewesen. Doch eine juristische Sekunde ist kein realer Zeitbegriff, eine juristische Sekunde hat keine reale Entsprechung. Dh, die Präsidenten des Hauptverbandes waren kontinuierlich Versicherungsvertreter eines Versicherungsträgers. Mehr fordert § 442 ASVG nicht. Daraus ist – auch nicht mit überspitztem juristischen Formalismus – ein Ende der Präsidenschaft nicht zu argumentieren.

4. *Juristische Sekunde*

Die Formulierung der Gesetzesstelle, aus der heraus die Fiktion der juristischen Sekunde abgeleitet wird, lautet im Wortlaut: Mit dem Tag der Neubestellung gilt jedes amtierende Mitglied als seines Amtes enthoben. Es ist also richtigerweise nicht von einer juristischen Sekunde des Enthobenseins auszugehen, sondern von einem Tag der Neubestellung. Dieser Tag der Neubestellung ist vor der Enthebung in Kraft getreten.

Also selbst die Annahme eines funktionslosen „Zeitraumes“ der Versicherungsvertreter für eine juristische Sekunde lang – durch ihre Neubestellung – findet im Gesetz keinen Rückhalt.

Im Ergebnis kann daher die Neubestellung aller Versicherungsvertreter und das Tatbestandserfordernis, dass auch die Präsidenten des Hauptverbandes Versicherungsvertreter zu sein haben, keine Basis für das Erlöschen der Funktion der Präsidenten des Hauptverbandes darstellen.

Nach Meinung führender österreichischer Verfassungsexperten und der Bundesarbeitskammer ist damit eine Ablöse zum jetzigen Zeitpunkt nur aufgrund schwerer Verfehlungen möglich. Ansonsten könnte das Präsidium auf Erfüllung der laufenden Funktionsperiode bis 2005 bestehen.

Wolfgang Panhölzl

# Schmeck's gilt nicht!

Der willkürliche Ausschluss von Zeitschriften aus der Publizistikförderung durch die rot-schwarze Koalitionsregierung beschäftigt seit zwei Jahren nun auch die ordentlichen Gerichte. In dem Rechtsstreit der Zeitschrift ZOOM (nunmehr Context XXI) gegen die Republik Österreich wegen der unbegründeten und unsachlichen Vorenthaltung der Förderung im Jahr 1996 hat nun das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zu Recht erkannt, was die alte Bundesregierung nicht erkennen wollte und auch die neue nicht erkennen will: Auch eine Bundesregierung ist an die Gesetze gebunden – und zwar durch die Verfassung.

Die Republik Österreich als beklagte Partei kann sich nicht darauf berufen, dass kein Rechtsanspruch bestehe, nur weil es sich bei der Publizistikförderung nicht um Hoheitsverwaltung handelt, weil der Gleichheitsgrundsatz auch die privatrechtliche Subventionsvergabe bindet. Gleiche Sachverhalte sind gleich zu behandeln.

Wenn es der überwiegenden Praxis entspricht, die Subventionen bei Vorliegen bestimmter typischer – in diesem Fall auch gesetzlich geregelter – Voraussetzungen zu gewähren, darf im Einzelfall somit nur davon abgewichen werden, wenn besondere sachliche, am Förderungszweck ausgerichtete Gründe dies rechtfertigen. Das bedeutet, dass in einem Fall willkürlicher Weigerung dem Benachteiligten ein *direkter Leistungsanspruch* zusteht.

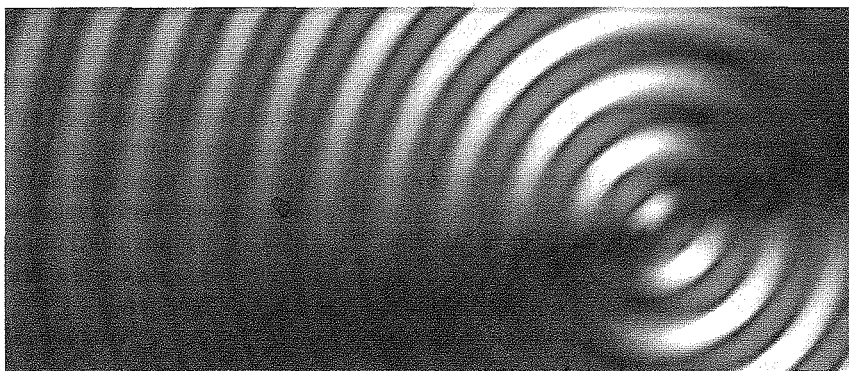
Das Landesgericht führte wörtlich aus: „Die hier von der beklagten Partei als Subventionsmittler vergebenen Förderungen werden aus öffentlichen Mitteln gespeist. Die Vergabe erfolgt nicht durch Bescheid, sondern auf privatrechtlichem Weg, also in der Regel durch Vertrag. Grundsätzlich hat der Förderungswerber keinen Rechtsanspruch

*auf Abschluss eines solchen Vertrages. Soweit eine Gebietskörperschaft im Rahmen des Privatrechtes tätig wird, gelten für sie auch dessen Grundsätze und damit grundsätzlich auch die Privatautonomie. Da aber über § 16 ABGB die allgemeinen Wertvorstellungen der verfassungsmäßig garantierten Grundrechte in die Privatrechtsordnung einfließen, sind der Privatautonomie neben ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen auch aus dem verfassungsgesetzlich garantierten Gleichheitsgrundsatz Grenzen gesetzt, wo besondere Umstände hinzukommen. Die Grundrechte wirken für die öffentliche Hand auch dann verpflichtend, wenn diese in Form des Privatrechtes tätig wird. Der Gleichheitsgrundsatz verlangt damit auch für die privatrechtlich agierende Körperschaft öffentlichen Rechts eine sachliche Rechtfertigung für die konkrete Gestaltung einer Ausnahmeregelung.“*

Die bisher von der Bundesregierung gepflogene, ausdrückliche Grundlosigkeit ihrer Entscheidungen ist somit nicht nur politisch skandalös, sondern auch rechtswidrig.

Das Verfahren wurde vom Landesgericht für ZRS an das erstinstanzliche Gericht zurückverwiesen. Im nun anstehenden ergänzenden Verfahren werden die Zeitschrift ZOOM (nunmehr Context XXI) sowie die Zeitschriften Alternative (Monatszeitung der unabhängigen und grünen GewerkschafterInnen – AUGE) und Akin, die 1996 ebenfalls von der willkürlichen Vorgangsweise der Bundesregierung betroffen waren, zu beweisen haben, dass sie gegenüber einer Mehrheit anderer Subventionsempfänger ohne sachliche, am Förderungszweck ausgerichtete Begründung benachteiligt wurden und daher der Anspruch auf Publizistikförderung besteht.

Maria Windhager  
Robert Zöchling



## Impressum

### juridikum

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

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

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Rennweg 16, Postfach 129, A-1037 Wien, Tel. 01/610 77, Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589, e-Mail: order@verlagoesterreich.at, <http://www.verlagoesterreich.at>

**Preis:** Jahresabonnement ATS 360,-, StudentInnenabonnement ATS 240,-, Förderabonnement ATS 600,-, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten

### Erscheinungsweise: vierteljährlich

**Redaktion:** Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

### AutorInnen dieser Ausgabe:

SPräs. Dr. Wolfgang Aistleitner, Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, o. Univ.-Prof. Dr. Christian Bertel, Univ.-Ass. Dr. Alois Birklbauer, Dr. Sepp Brugger, Prof. G. A. Cohen, Univ.-Ass. Dr. Stefan Ebensperger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Präs. Dr<sup>in</sup>. Barbara Helige, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, StA Dr<sup>in</sup>. Brigitte Loderbauer, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Claudia Mahler, Mag. Wolfgang Panhölzl, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, Mag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. Anna Sporrer, Mgr PhD Aleksandra Wentkowska, RAA Dr<sup>in</sup>. Maria Windhager, OStA Dr. Fritz Zeder, Robert Zöchling

### 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:** Laudenschlag Satz & DTP, 1070 Wien

**Druck:** Manz, 1050 Wien

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

# Frauenrechte werden effektiv

## Das Fakultativprotokoll der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

Anna Sporrer

### Die UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

Die *Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau* wurde am 18. Dezember 1979 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen und ist völkerrechtlich seit 3. September 1981 in Kraft. Für Österreich hat die damals für Frauenangelegenheiten zuständige Staatssekretärin im Bundeskanzleramt *Johanna Dohnal* die Konvention anlässlich der 2. UN-Weltfrauenkonferenz im Jahr 1980 in Kopenhagen unterzeichnet. Der österreichische Nationalrat hat die Konvention im Jahr 1982 genehmigt (Artikel 1–4 im Verfassungsrang), hat dabei allerdings beschlossen, dass die Konvention „durch Erlassung von Gesetzen zu erfüllen“ ist (BGBl. Nr. 443/1982).

Als „Erfüllungsgesetze“ können nicht nur später erlassene Regelungen angesehen werden, sondern auch bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konvention bestehende, wie zB die Familienrechtsreformen der 70er Jahre, das Gleichbehandlungsgesetz 1979, das Mutterschutzgesetz 1979 oder die Karenz(urlaub)s-geldgesetze. Als weitere Umsetzungsmaßnahmen sind etwa das Eltern-Karenzurlaubsgesetz 1989, die Frauenförderung im Universitäts-Organisationsgesetz (1992), das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz 1993 oder das Gewaltschutzgesetz (1997) zu nennen. Einer der wichtigsten Gesetzgebungsakte zur Umsetzung der Konvention war zuletzt die Verankerung einer *Staatszielbestimmung zur tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter* und der nunmehr ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Frauenförderung in Artikel 7 Bundes-Verfassungsgesetz (1998). Als Durchführungsmaßnahmen der Konvention sind aber auch alle jene Aktivitäten auf administrativer und politischer Ebene anzusehen, wie zB arbeitsmarktpolitische Fördermaß-

nahmen für Frauen, Bildungsprogramme für Frauen und Mädchen, Frauen-Förderpläne in den Ministerien und an den Universitäten, Gewährung von Subventionen an Frauenorganisationen und Frauenberatungen, Errichtung von Interventionsstellen gegen Gewalt an Frauen, aber auch Kampagnen zur Bewusstseinsbildung (zB die „Halbe/Halbe“-Kampagne der Frauenministerin *Helga Konrad* im Jahr 1996) oder Stipendien und Preise an Wissenschaftlerinnen und Künstlerinnen.

Die Konvention enthält nun umfassende Bestimmungen über die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere auf politischem, sozialem, wirtschaftlichem und kulturellem Gebiet sowie über Maßnahmen der Frauenförderung zur Herbeiführung einer *De-facto-Gleichberechtigung* zwischen Frauen und Männern in den genannten Bereichen. Eine Schwächung der Konvention stellen allerdings die zahlreichen Vorbehalte dar, die die Vertragsstaaten gegen einzelne Bestimmungen erhoben haben. Zur Problematik der Vorbehalte ist zu bemerken, dass gerade die Möglichkeit, Vorbehalte gegen einzelne Artikel der Konvention anzubringen, es den Staaten dennoch erlaubt, die Konvention zumindest in den anderen Teilen verpflichtend anzunehmen und sich der Prüfung durch das UN-Frauenrechtskomitee und der Berichtspflicht zu unterwerfen, womit zumindest ein teilweiser internationaler Dialog über die Entwicklung von Frauenrechten in Gang gesetzt werden kann. Österreich hatte anlässlich der Ratifizierung zwei Vorbehalte gegen die Konvention angemeldet, einen wegen des Frauen-Nacharbeitsverbotes, einen wegen des früheren Ausschlusses von Frauen beim Zugang zu militärischen Dienstleistungen, der nach Einführung eines „Frauen-Ausbildungsgesetzes“ zurückgezogen wurde.

Zur Wahrung der in der Konvention gesicherten Bestimmungen überprüft das aus 23 unabhängigen Expertinnen bestehende *Komitee zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau* die Berichte der Vertragsstaaten und gibt „Abschließende Bemerkungen“ dazu ab. Diese werden nicht nur dem jeweiligen Vertragsstaat, sondern auch der *UN-Frauenstatuskommission*, dem *UN-Wirtschafts- und Sozialrat* und der *UN-Generalversammlung* übermittelt.

### Das Fakultativprotokoll der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

Der Durchsetzungsmechanismus der Konvention hat sich bisher auf die Überprüfung der *Staatenberichte* durch das Komitee beschränkt, was im Vergleich zu anderen Menschenrechtsinstrumenten der Vereinten Nationen als geringerer Standard anzusehen war. Aus diesem Grund hat ua die UN-Weltfrauenkonferenz 1995 in Peking dazu aufgefordert, ein *Individualbeschwerderecht* - zum UN-Frauenrechtskomitee bei Verletzungen von Konventionsrechten einzuräumen. Das *Fakultativprotokoll* wurde in der Folge durch eine von der UN-Frauenstatuskommission eingerichtete Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz der österreichischen Diplomatin *Aloisia Wörgetter* in den Jahren 1996 – 1999 ausgearbeitet. Am 10. Dezember 1999 wurde das Protokoll im Rahmen einer feierlichen Eröffnungszeremonie zur Unterzeichnung durch die Vertragsstaaten aufgelegt: Bis Jänner 2001 haben insgesamt 64 Staaten unterzeichnet und 15 Staaten haben es bereits ratifiziert. Es sind dies (in chronologischer Reihenfolge): Namibia, Senegal, Dänemark, Frankreich, Thailand, Bangladesch, Österreich, Neuseeland, Irland, Italien, Bolivien, Slowakei, Mali, Ungarn und Finnland. Das Fakultativprotokoll ist am 22. Dezember 2000 – drei Monate nach dem Zeitpunkt der Hinterlegung der zehnten Ratifikationsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen – in Kraft getreten. Zwanzig Jahre nach Annahme der Konvention stellt das Fakultativprotokoll somit ein zusätzliches verfahrensrechtliches Instrument zur Durchsetzung von Frauenrechten dar.

Das *Fakultativprotokoll* enthält nun ein *Individualbeschwerdeverfahren*, sowie in Fällen schwerer und systematischer Konventionsverletzungen ein *Untersuchungsverfahren* in Vertragsstaaten der

Konvention. Seit das Fakultativprotokoll auch für Österreich mit 22. Dezember 2000 in Kraft getreten ist, kann sich jede Frau (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit), die sich durch die Republik Österreich in ihren von der Konvention eingeräumten Rechten verletzt fühlt, an das Komitee mit einer *Individualbeschwerde* wenden. Wichtig ist, dass es eine oder mehrere konkrete Frauen gibt, die eine Verletzung von in der UN-Konvention verankerten Frauenrechten behaupten können. (Frauen-) NGOs oder andere Personen können im Namen und (im Regelfall) mit Zustimmung dieser Frauen eine Beschwerde an das UN-Komitee übermitteln. Das formelle Erfordernis der *Ausschöpfung der innerstaatlichen Instanzen* bedeutet, dass im Regelfall zunächst versucht werden muss, vor den österreichischen Behörden oder Gerichten Recht zu bekommen. Dabei muss Frau sich grundsätzlich auf die innerstaatliche Rechtsordnung berufen, sollte aber bereits mit den einzelnen Rechten der UN-Frauenrechtskonvention argumentieren, die im Bereich der Interpretation eine Rolle spielen können. Wenn jedoch das Verfahren zu lange dauert (was im Einzelfall auf die näheren Umstände des Falles ankommt) oder ein innerstaatliches Verfahren keine Aussicht auf Erfolg hätte, kann die Beschwerde direkt an das Komitee gerichtet werden. Das ist zB bei der Frage des Kindesnamens bei Eheschließung oder der Verkürzung der Karenzzeit für Alleinerzieherinnen der Fall, wobei der Verfassungsgerichtshof jeweils bereits abschlägig entschieden hat. Hier ist es nicht erforderlich, weitere Zeit und finanzielle Mittel unnütz aufzuwenden. Wenn eine Beschwerde beim Komitee einlangt, die alle formalen Voraussetzungen erfüllt, übermittelt das Komitee dem *Vertragsstaat* die *Beschwerde*. Der Staat hat darauf innerhalb von 6 Monaten eine Stellungnahme dazu abzugeben. Das Komitee prüft daraufhin den Fall und übermittelt den Parteien das *Ergebnis dieser Prüfung* samt allfälliger *Empfehlungen* an den Staat. Der Staat hat innerhalb von weiteren 6 Monaten dem Komitee eine schriftliche Antwort zu übermitteln. Das Komitee kann darüber hinaus verlangen, dass weitere Angaben über getroffene Maßnahmen in den nächsten Staatenbericht aufgenommen werden.

Bei *schwer wiegenden oder systematischen Verletzungen* von Frauenrechten kann das Komitee im Rahmen des *Unter-*

*suchungsverfahrens* von sich aus tätig werden – es bedarf dazu also keiner Beschwerde einer individuell betroffenen Person. Einzige Voraussetzung ist, dass das Komitee zuverlässige Angaben über Rechtsverletzungen erhält. Diese Informationen können auch von Menschenrechts- bzw. Frauenorganisationen an das Komitee übermittelt werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass diese Verfahren Mechanismen sind, welche regelmäßig die Kooperation des jeweiligen Staates voraussetzen. Es gibt – wie auch bei anderen UN-Menschenrechtsverträgen – keine Möglichkeit des Komitees, einen Vertragsstaat zu etwas zu „zwingen“ oder ein Pönale zu verhängen. Auch kann das Komitee keine Gesetze „aufheben“ oder diskriminierende Praktiken selbst bzw. unmittelbar beseitigen. Der Staat ist jedoch aufgrund seiner Ratifikation der Konvention und des Fakultativprotokolls völkerrechtlich dazu verpflichtet, den Empfehlungen und Aufforderungen des Komitees zu entsprechen. Falls der Staat sich nicht an die Empfehlungen hält, kann jedoch internationaler und nationaler *politischer und moralischer Druck* ausgeübt werden, um den jeweiligen Staat zum Einlenken zu bewegen.

Dennoch ist insbesondere das neue Individualbeschwerderecht eine wichtige Ergänzung bei der Durchsetzung von Menschenrechten. Es gibt zwar auf diesem Gebiet die österreichischen *Höchstgerichte*, den *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte* in Straßburg oder den *Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften* in Luxemburg, diese Gerichtshöfe haben aber unterschiedliche Zuständigkeiten, sodass nicht alle frauenrelevanten Rechtsfragen gleichermaßen geltend gemacht werden können. So hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zwar eine wichtige Rolle bei der Weiterentwicklung der beruflichen Gleichstellung von Frauen und Männern gespielt, familienrechtliche Fragen wie zB das Namensrecht können dort aber nicht aufgeworfen werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wäre zwar für manche dieser Themen zuständig, das Verfahren kann sich aber sehr zeit- und kostenaufwendig gestalten. Der wichtigste Unterschied zu den bisher bestehenden Instrumenten ist aber, dass Maßstab der Prüfung eben nicht ein allgemeines Gleichheitsgebot ist, das uU auch zu Lasten von Frauen ausgelegt werden kann, sondern es vielmehr der Grund-

satz der Gleichstellung *von Frauen* ist, der die Staaten ausdrücklich dazu verpflichtet, aktive politische und rechtliche Schritte zur Erreichung der tatsächlichen Gleichstellung zu ergreifen.

### Musterfälle

Die Konvention sieht im Wesentlichen *ein Recht* vor, nämlich das Recht auf *tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter*. Dies bedeutet, dass es nicht nur darum geht, Frauen und Männer formal in der Rechtsordnung gleich zu behandeln („Gleichheit vor dem Recht“), sondern im Ergebnis gleich zu stellen („Gleichheit durch das Recht“). Die österreichische Rechtsordnung weist noch einige „Relikte“ formalrechtlicher Diskriminierung wie zB beim Namensrecht auf, die zu beseitigen wären. Darüber hinaus gibt es zahlreiche Regelungen oder Praktiken, die zwar geschlechts„neutral“ gehalten sind, im überwiegenden Maß aber Frauen nachteilig betreffen (*mittelbare Diskriminierung*). Darüber hinaus erfordert es der Grundsatz der *tatsächlichen Gleichstellung* auch, spezifische Maßnahmen oder besondere Förderungen für Frauen vorzusehen, um diese Gleichstellung in Zukunft sicherzustellen.

Der Verfassungsgerichtshof, das Organ, das in Österreich die Gesetze anhand des Gleichheitsgrundsatzes prüft, vertritt bisher – mitunter zu Lasten von Frauen – die Auffassung, dass es im „*rechtspolitischen Gestaltungsfreiraum*“ stehe, ob und wie die Gesetzgebung zur Gleichstellung der Geschlechter beiträgt oder nicht. Die Frauenrechtskonvention, die dabei im Rahmen der Interpretation heranzuziehen wäre, wird in keinem der dafür in Frage kommenden Fälle in Betracht gezogen. Durch die zukünftigen Einzelfallentscheidungen des Komitees kann nun abgeklärt werden, ob dieser „*Gestaltungsfreiraum*“ des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der Verpflichtungen, die Österreich durch die Konvention eingegangen ist, tatsächlich so weit ist, wie der Verfassungsgerichtshof vermeint. Ein weiterer Bereich sind besondere Fördermaßnahmen zugunsten von Frauen: Die Zulässigkeit solcher Maßnahmen wurde rechtlich vielfach angezweifelt und deren Existenz bis zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bekämpft. Nunmehr ist die Zulässigkeit der Frauenförderung durch Rechtsprechung und Gesetzgebung europa- und verfassungsrechtlich etabliert. Dies bedeutet, dass Staaten nunmehr



rechtlich nicht daran gehindert sind, eine Politik der Frauenförderung einzuschlagen. Die Praxis des Komitees wird nun zeigen, ob und wie weit Fördermaßnahmen nunmehr „einklagbar“ werden, die Staaten also im Einzelfall ausdrücklich dazu verpflichtet werden können.

Jedenfalls nicht mit der Konvention vereinbar und daher eine *Verletzung von Frauenrechten* ist der *Abbau von bereits etablierten Standards und Rechten*, noch bevor das Ziel der tatsächlichen Gleichstellung erreicht ist. Ein solcher Abbau geschieht in Österreich derzeit etwa beim Wegfall von Frauenfördermaßnahmen anlässlich von „Ausgliederungen“ früherer Staatsaufgaben, bei der Einführung einer „gemeinsamen“ Ob- und Versorgung für Kinder nach Scheidung der Eltern (wobei die Auswirkungen auf die ökonomische Situation der Frauen und das Kindeswohl sehr in Frage steht), der Abschaffung der beitragsfreien Mitversicherung beim Ehemann für Ehefrauen, die keine Kinder geboren haben (wobei es für ältere Frauen keine Ausnahmen gibt und dies insgesamt eine Stigmatisierung kinderloser Frauen bedeutet, was wohl nicht der richtige Weg in Richtung einer „Individualisierung“ von sozialrechtlichen Ansprüchen darstellt), der Streichung der Familienzuschläge bei der Arbeitslosenversicherung (wovon insbesondere Alleinerzieherinnen nachteilig betroffen sind), der Kürzung der Notstandshilfe und Streichung des Weiterbildungsgeldes nach Karenz oder (in Zukunft unter Umständen) die Erschwerung des Schwangerschaftsabbruches. Weitere Diskriminierungsfelder in der österreichischen Rechtsordnung sind: das Namensrecht in Bezug auf den Kindesnamen, wonach bei Nichteinigung der Eltern gesetzlich der Name des Vaters als Kindesname bestimmt wird (also ein Fall unmittelbarer Diskriminierung), der um ½ Jahr verkürzte Anspruch auf Karenzgeld für Alleinerzieherinnen im Vergleich zu Elternpaaren, die nicht ausdrückliche Anerkennung geschlechtsspezifischer Asylgründe (die zu Auslegungsspielräumen und zu Fehlentscheidungen der Asylbehörden führt), der fehlende Anspruch auf Arbeitsgenehmigungen für Migrantinnen (die dadurch vom Ehemann ökonomisch abhängig sind), der fehlende effektive Schutz für Opfer des Frauenhandels, die fehlende Effektivität der Maßnahmen gegen Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern und anderes mehr.

### Fakultativprotokoll der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl. III Nr. 206/2000

Die Vertragsstaaten dieses Protokolls –

► im Hinblick darauf, dass die Charta der Vereinten Nationen den Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit und an die Gleichberechtigung von Mann und Frau erneut bekräftigt;

► ferner im Hinblick darauf, dass die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte feierlich feststellt, dass alle Menschen frei und an Würde und Rechten gleich geboren sind und dass jeder ohne irgendeinen Unterschied, einschließlich eines Unterschieds auf Grund des Geschlechts, Anspruch hat auf alle in der genannten Erklärung aufgeführten Rechte und Freiheiten;

► unter Hinweis darauf, dass die Internationalen Menschenrechtspakete und andere internationale Menschenrechtsübereinkünfte die Diskriminierung auf Grund des Geschlechts verbieten;

► ferner unter Hinweis auf die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau („Konvention“), in dem die Vertragsstaaten jede Form von Diskriminierung der Frau verurteilen und übereinkommen, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen;

► in erneuter Bekräftigung ihrer Entschlossenheit, die volle Gleichberechtigung der Frau bei der Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten und wirksame Maßnahmen zu treffen, um Verletzungen dieser Rechte und Freiheiten zu verhindern –

sind wie folgt übereingekommen:

**Artikel 1** Jeder Vertragsstaat dieses Protokolls („Vertragsstaat“) erkennt die Zuständigkeit des Komitees für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau („Komitee“) für die Entgegennahme und Prüfung von nach Artikel 2 eingereichten Mitteilungen an.

**Artikel 2** Mitteilungen können von oder im Namen von der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaats unterstehenden Einzelpersonen oder Personengruppen eingereicht werden, die behaupten, Opfer einer Verletzung eines in der Konvention niedergelegten Rechts durch diesen Vertragsstaat zu sein. Wird eine Mitteilung im Namen von Einzelpersonen oder Personengruppen

eingereicht, so hat dies mit ihrer Zustimmung zu geschehen, es sei denn, der Verfasser kann rechtfertigen, ohne eine solche Zustimmung in ihrem Namen zu handeln.

**Artikel 3** Mitteilungen sind schriftlich abzufassen und dürfen nicht anonym sein. Das Komitee nimmt keine Mitteilung entgegen, die einen Vertragsstaat der Konvention betrifft, der nicht Vertragspartei dieses Protokolls ist.

**Artikel 4** (1) Das Komitee prüft eine Mitteilung nur, wenn er sich vergewissert hat, dass alle zur Verfügung stehenden innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft worden sind, sofern nicht das Verfahren bei der Anwendung solcher Rechtsbehelfe unangemessen lange dauert oder keine wirksame Abhilfe erwarten lässt.

(2) Das Komitee erklärt eine Mitteilung für unzulässig, wenn

a) dieselbe Sache bereits vom Komitee untersucht worden ist oder in einem anderen internationalen Untersuchungs- oder Streitregelungsverfahren geprüft worden ist oder geprüft wird;

b) sie unvereinbar mit den Bestimmungen der Konvention ist;

c) sie offensichtlich unbegründet ist oder nicht hinreichend begründet wird;

d) sie einen Missbrauch des Rechts auf Einreichung einer Mitteilung darstellt;

e) sich die der Mitteilung zu Grunde liegenden Tatsachen vor dem Inkrafttreten des Protokolls für den betreffenden Vertragsstaat ereignet haben, sofern sie nicht auch nach diesem Zeitpunkt weiterbestehen.

**Artikel 5** (1) Das Komitee kann jederzeit nach Eingang einer Mitteilung und bevor eine Entscheidung in der Sache selbst getroffen worden ist, dem betreffenden Vertragsstaat ein Gesuch zur sofortigen Prüfung übermitteln, in dem er aufgefordert wird, die vorläufigen Maßnahmen zu treffen, die gegebenenfalls erforderlich sind, um einen möglichen, nicht wieder gutzumachenden Schaden für das oder die Opfer der behaupteten Verletzung abzuwenden.

(2) Übt das Komitee sein Ermessen nach Absatz 1 aus, so bedeutet das keine Entscheidung über die Zulässigkeit der Mitteilung oder in der Sache selbst.

**Artikel 6** (1) Sofern nicht das Komitee eine Mitteilung für unzulässig erachtet, ohne sich dabei an den betreffenden Vertragsstaat zu wenden, und sofern die Person oder Personen in die Offenlegung ihrer Identität gegenüber

diesem Vertragsstaat einwilligen, bringt das Komitee jede ihm nach diesem Protokoll zugegangene Mitteilung dem Vertragsstaat vertraulich zur Kenntnis.

(2) Der betreffende Vertragsstaat übermittelt dem Komitee innerhalb von sechs Monaten schriftliche Erklärungen oder Darlegungen zur Klärung der Sache und der gegebenenfalls von ihm getroffenen Abhilfemaßnahmen.

**Artikel 7** (1) Das Komitee prüft die ihm nach diesem Protokoll zugegangenen Mitteilungen unter Berücksichtigung aller ihm von oder im Namen von Einzelpersonen oder Personengruppen und von dem betreffenden Vertragsstaat unterbreiteten Angaben, wobei diese Angaben den betreffenden Parteien zuzuleiten sind.

(2) Das Komitee berät über Mitteilungen auf Grund dieses Protokolls in nicht öffentlicher Sitzung.

(3) Nach Prüfung einer Mitteilung übermittelt das Komitee den betreffenden Parteien seine Auffassungen zusammen mit etwaigen Empfehlungen.

(4) Der Vertragsstaat zieht die Auffassungen des Komitees zusammen mit etwaigen Empfehlungen gebührend in Erwägung und unterbreitet dem Komitee innerhalb von sechs Monaten eine schriftliche Antwort, einschließlich Angaben über alle unter Berücksichtigung der Auffassungen und Empfehlungen des Komitees getroffenen Maßnahmen.

(5) Das Komitee kann den Vertragsstaat auffordern, weitere Angaben über alle Maßnahmen, die der Vertragsstaat als Reaktion auf die Auffassungen oder etwaigen Empfehlungen des Komitees getroffen hat, vorzulegen, einschließlich, soweit dies vom Komitee als geeignet erachtet wird, in den folgenden Berichten des Vertragsstaats nach Artikel 18 der Konvention.

**Artikel 8** (1) Erhält das Komitee zuverlässige Angaben, die auf schwerwiegende oder systematische Verletzungen der in der Konvention niedergelegten Rechte durch einen Vertragsstaat hinweisen, so fordert das Komitee diesen Vertragsstaat auf, bei der Prüfung dieser Angaben mitzuwirken und zu diesen Angaben Stellung zu nehmen.

(2) Das Komitee kann unter Berücksichtigung der von dem betreffenden Vertragsstaat abgegebenen Stellungnahmen sowie aller sonstigen ihm zur Verfügung stehenden zuverlässigen Angaben eines oder mehrere seiner

Mitglieder beauftragen, eine Untersuchung durchzuführen und ihm sofort zu berichten. Sofern geboten, kann die Untersuchung mit Zustimmung des Vertragsstaats einen Besuch in seinem Hoheitsgebiet einschließen.

(3) Nachdem das Komitee die Ergebnisse einer solchen Untersuchung geprüft hat, übermittelt er sie zusammen mit etwaigen Bemerkungen und Empfehlungen dem betreffenden Vertragsstaat.

(4) Der Vertragsstaat unterbreitet innerhalb von sechs Monaten nach Eingang der vom Komitee übermittelten Ergebnisse, Bemerkungen und Empfehlungen dem Komitee seine Stellungnahmen.

(5) Eine solche Untersuchung ist vertraulich durchzuführen; die Mitwirkung des Vertragsstaats ist auf allen Verfahrensstufen anzustreben.

**Artikel 9** (1) Das Komitee kann den betreffenden Vertragsstaat auffordern, in seinen Bericht nach Artikel 18 der Konvention Einzelheiten über Maßnahmen aufzunehmen, die als Reaktion auf eine nach Artikel 8 dieses Protokolls durchgeführte Untersuchung getroffen wurden.

(2) Sofern erforderlich, kann das Komitee nach Ablauf des in Artikel 8 Absatz 4 genannten Zeitraums von sechs Monaten den betreffenden Vertragsstaat auffordern, ihn über die als Reaktion auf eine solche Untersuchung getroffenen Maßnahmen zu unterrichten.

**Artikel 10** (1) Jeder Vertragsstaat kann zum Zeitpunkt der Unterzeichnung oder Ratifikation dieses Protokolls oder seines Beitritts dazu erklären, dass er die in den Artikeln 8 und 9 vorgesehene Zuständigkeit des Komitees nicht anerkennt.

(2) Jeder Vertragsstaat, der eine Erklärung nach Absatz 1 abgegeben hat, kann diese Erklärung jederzeit durch eine an den Generalsekretär gerichtete Notifikation zurücknehmen.

**Artikel 11** Ein Vertragsstaat trifft alle geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, dass seiner Hoheitsgewalt unterstehende Personen nicht deshalb einer Misshandlung oder Einschüchterung ausgesetzt werden, weil sie sich auf Grund dieses Protokolls an das Komitee gewandt haben.

**Artikel 12** Das Komitee nimmt in seinem Jahresbericht nach Artikel 21 der Konvention eine Zusammenfassung seiner Tätigkeit nach diesem Protokoll auf.

**Artikel 13** Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die Konvention und dieses Protokoll weithin bekanntzuma-

chen und zu verbreiten und den Zugang zu Angaben über die Auffassungen und Empfehlungen des Komitees, insbesondere in diesen Vertragsstaat betreffenden Sachen, zu erleichtern.

**Artikel 14** Das Komitee gibt sich eine Geschäftsordnung, die bei der Erfüllung der ihm durch dieses Protokoll übertragenen Aufgaben zu beachten ist.

**Artikel 15** (1) Dieses Protokoll liegt für jeden Staat, der die Konvention unterzeichnet oder ratifiziert hat oder ihm beigetreten ist, zur Unterzeichnung auf.

(2) Dieses Protokoll bedarf der Ratifikation, die von allen Staaten vorgenommen werden kann, die die Konvention ratifiziert haben oder ihm beigetreten sind. Die Ratifikationsurkunden werden beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt.

(3) Dieses Protokoll steht jedem Staat, der die Konvention ratifiziert hat oder ihm beigetreten ist, zum Beitritt offen.

(4) Der Beitritt erfolgt durch Hinterlegung einer Beitrittsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen.

**Artikel 16** (1) Dieses Protokoll tritt drei Monate nach Hinterlegung der zehnten Ratifikations- oder Beitrittsurkunde beim Generalsekretär der Vereinten Nationen in Kraft.

(2) Für jeden Staat, der dieses Protokoll nach seinem Inkrafttreten ratifiziert oder ihm nach seinem Inkrafttreten beitrifft, tritt es drei Monate nach Hinterlegung seiner Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft.

**Artikel 17** Vorbehalte zu diesem Protokoll sind nicht zulässig.

**Artikel 18** (1) Jeder Vertragsstaat kann eine Änderung dieses Protokolls vorschlagen und ihren Wortlaut beim Generalsekretär der Vereinten Nationen einreichen. Der Generalsekretär übermittelt sodann alle Änderungsvorschläge den Vertragsstaaten mit der Aufforderung, ihm mitzuteilen, ob sie eine Konferenz der Vertragsstaaten zur Beratung und Abstimmung über die Vorschläge befürworten. Befürwortet wenigstens ein Drittel der Vertragsstaaten eine solche Konferenz, so beruft der Generalsekretär die Konferenz unter der Schirmherrschaft der Vereinten Nationen ein. Jede Änderung, die von der Mehrheit der auf der Konferenz anwesenden und abstimmenden Vertragsstaaten angenommen wird, ist der Generalversammlung der Vereinten Nationen zur Billigung vorzulegen.

(2) Die Änderungen treten in Kraft, wenn sie von der Generalversammlung

der Vereinten Nationen gebilligt und von einer Zweidrittelmehrheit der Vertragsstaaten dieses Protokolls nach Maßgabe ihrer verfassungsrechtlichen Verfahren angenommen worden sind.

(3) Treten die Änderungen in Kraft, so sind sie für die Vertragsstaaten, die sie angenommen haben, verbindlich, während für die anderen Vertragsstaaten weiterhin dieses Protokoll und alle früher von ihnen angenommenen Änderungen gelten.

**Artikel 19 (1)** Jeder Vertragsstaat kann dieses Protokoll jederzeit durch schriftliche Notifikation an den Generalsekretär der Vereinten Nationen kündigen. Die Kündigung wird sechs Monate nach Eingang der Notifikation beim Generalsekretär wirksam.

(2) Die Kündigung berührt nicht die weitere Anwendung dieses Protokolls auf Mitteilungen nach Artikel 2 oder Untersuchungen nach Artikel 8, die vor dem Wirksamwerden der Kündigung eingegangen oder begonnen worden sind.

**Artikel 20** Der Generalsekretär der Vereinten Nationen unterrichtet alle Staaten von

a) den Unterzeichnungen, Ratifikationen und Beitritten nach diesem Protokoll;

b) dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Protokolls und der Änderungen nach Artikel 18;

c) Kündigungen nach Artikel 19.

**Artikel 21 (1)** Dieses Protokoll, dessen arabischer, chinesischer, englischer, französischer, russischer und spanischer Wortlaut gleichermaßen verbindlich ist, wird im Archiv der Vereinten Nationen hinterlegt.

(2) Der Generalsekretär der Vereinten Nationen übermittelt allen in Artikel 25 der Konvention bezeichneten Staaten glaubigste Abschriften dieses Protokolls.

Mag.<sup>a</sup> Dr.<sup>in</sup> Anna Sporrer ist Verfassungsjuristin und österreichisches Mitglied der legal expert group der Europäischen Kommission zur Umsetzung des EU-Gleichbehandlungsrechts in den Mitgliedstaaten sowie Präsidentin des Frauen-Rechtsschutzfonds. Ein von der Autorin verfasster Leitfaden zum Fakultativprotokoll samt Muster für Individualbeschwerden kann ab März 2001 beim Frauenbüro der Stadt Wien, MA 57, Friedrich-Schmidt-Platz 3, 1082 Wien, e-mail: frauen@m57.magwien.gov.at, bezogen werden.

# Die Herausforderung im Fremden

## Zur Internationalisierung des römischen Rechts<sup>1</sup>

Nikolaus Benke

### 1. Themenstellung

Am Beginn meines Beitrags steht ein lateinisches Zitat, das vom römischen Juristen Gaius stammt, der um die Mitte des 2. Jh. n. Chr. gewirkt hat – nämlich *populus . . . Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*.<sup>2</sup> Das römische Volk bringt teilweise sein eigenes Recht zum Einsatz und teilweise das Recht, das allen Menschen gemeinsam ist.

Was bedeutet das?

Der Satz birgt keine besonderen Geheimnisse, sondern beschreibt klar die Situation, dass es im antiken Rom mit Blick auf den Bürgerstatus zwei Rechtskreise gibt.<sup>3</sup>

Zunächst gibt es das Recht der römischen Bürger, der *cives* oder *Quirites*. Es wird *ius Quiritium* genannt, manchmal auch *ius civile*.<sup>4</sup> Da dieser Rechts-

kreis über einen Personenkreis definiert und auf diesen zugeschnitten ist, manifestiert er das Personalitätsprinzip.

Daneben respektive zugleich gibt es aber auch das *ius commune omnium hominum*. Sein Spezifikum liegt einmal darin, von der persönlichen Qualität des römischen Bürgerstatus abzusehen. Technisch heißt dieser Rechtskomplex *ius gentium*,<sup>5</sup> was man freilich nicht mit Völkerrecht übersetzen darf, sondern mit Völkergemeinrecht.

Wenn die Römer mit *ius gentium* auf die übergeordnete<sup>6</sup> Ebene dessen verweisen, was den Menschen bzw. Völkern an Rechtsnormen gemeinsam sei, bedeutet dies aber nicht, dass sie ihre letztbestimmende Rechtskompetenz zurücknehmen. Sie gestalten auch diesen Rechtskreis, wenn sie entwickeln

<sup>1</sup> Dies war ein Beitrag zu der von Edith Saurer und Birgit Wagner an der Universität Wien organisierten Tagung „Fremd ist der Fremde nur in der Fremde“ – European Citizenship (13. Oktober 2000). Die Tagung bot folgende Vorträge:

Giorgio Baratta, Universität Urbino/Immaginare Europa–Rom: *Europa außerhalb der Grenzen von Europa. Eine postkoloniale Betrachtung*.

Franz Römer, Institut für klassische Philologie, Universität Wien: *Die Brauchbarkeit des Fremden. Praxisorientierte Sichtweise im antiken Rom*.

Nikolaus Benke, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität Wien: *Populus Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Zur Internationalisierung des römischen Rechts*.

Hanna Burger, Institut für Ost- und Südosteuropa/Institut für Geschichte, Universität Wien: *Ein historisches Modell österreichischer Staatsbürgerschaft: „Jeder, der sich keines Verbrechens schuldig gemacht hat, kann die österreichische Staatsbürgerschaft erlangen.“*

F. Peter Kirsch, Institut für Romanistik, Universität Wien: *Frankreichs Sprachminderheiten und die Demokratie*.

Michael Weinzierl, Institut für Geschichte, Universität Wien: *Lebensformen und Lebenschancen afrikanischer ImmigrantInnen in Großbritannien*.

Sonja Puntischer Riekmann, Research Unit for Institutional Change & European Integration, Österreichische Akademie der Wissenschaften/Humboldt Universität Berlin: *Europäische Unionsbürgerschaft und Grundrechtspolitik der EU*.

Giuseppe Giliberti, Universitäten Urbino und Bologna/Amnesty International: *The Wall across the Mediterranean. European Unity and Conflicts of Identity*. Eine Publikation aller Beiträge ist von Edith Saurer und Birgit Wagner in der Editionsreihe der Wiener Vorlesungen geplant.

<sup>2</sup> Vgl. *Gaius Institutiones* 1.1.

<sup>3</sup> Dies gilt bis 212 n. Chr., als den im römischen Reich lebenden Völkern mit der *constitutio Antoniniana* das römische Bürgerrecht verliehen und somit eine globale „Einbürgerung“ verfügt wird. S. dazu auch unten Anm. 29.

<sup>4</sup> Vgl. *Gaius Institutiones* 1.1: . . . *quod quisque populus ipse sibi instituit, id ipsius proprium est vocatur ius civile, quasi ius proprium civitatis*: Was sich jedes Volk selbst eigen und wird *ius civile* genannt, also das der Bürgerschaft eigene Recht.

<sup>5</sup> Vgl. *Gaius Institutiones* 1.1: . . . *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur*: Was nämlich die *naturalis ratio* zwischen allen Menschen bestimmt hat, das wird bei allen Völkern beachtet und *ius gentium* genannt, dh das Recht, das alle Völker zum Einsatz bringen.

Von einem reichen Literaturangebot seien hier nur zwei Werke angegeben: Max Kaser, *Ius gentium* (1993); Christian Baldus, *Das ius gentium: Modernisierung des römischen Rechts als Globalisierungsphänomen?*, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1998. *Vernetzte Welt – globales Recht* (hgg. von Martin Immenhauser und Jürg Wichter mann 1998).

und bestimmen, was unter ihrer Herrschaft als Recht gilt.

In einem konkreten Sinn umfasst das *ius gentium* das (römische) Recht, das aus Situationen und für Situationen entwickelt worden ist, in denen Nicht Römer (im Sinn von Nichtbürgern) rechtsgeschäftlich tätig sind.<sup>6</sup> Trotz des Rekurses auf eine *naturalis ratio* geht es – modern ausgedrückt – um positives römisches Recht.<sup>7</sup>

## 2. Ein Fallbeispiel

Mein Anliegen ist es, kurz zu erklären, was mir am Phänomen des römischen *ius gentium* bemerkenswert erscheint. Dazu gehört für mich auch wesentlich eine Geschichte der Errungenschaften und des Weiterwirkens dieser Errungenschaften.<sup>8</sup>

Zur Illustration möchte ich eine regelmäßig wiederkehrende Situation des juristischen Elementarunterrichts vorführen: Hauptvorlesung römisches Privatrecht I, Wintersemester, 1. Stunde, Auditorium Maximum der Universität Wien.

Der Einstiegssachverhalt, den ich den Erstsemestrigen vorstelle, lautet wie folgt:

*Sie gehen zwecks Anschaffung eines Autos zu einem Gebrauchtwagenhändler. Sie sehen ein Modell, das Ihnen gefällt, den Preis finden Sie angemessen. Sie sagen, Sie wollen das Auto haben, wenn der Autohändler noch einige Ausbesserungen an der Lackierung vornimmt. Der Händler stimmt zu und erklärt, Sie könnten das Auto in einer Woche abholen. Als Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung vereinbaren Sie den nächsten Monatsersten.*

Meine erste Frage an die Studentinnen und Studenten: Ist das Ihr Auto, am Ende des Tages?

Stereotype Antwort aus der Hörschaft: *Nein, es wurde ja noch nicht gezahlt.*

Meine zweite Frage: Steht Ihnen das Auto irgendwie zu, respektive steht dem Verkäufer der Kaufpreis zu?

Stereotype Antworten aus der Hörschaft: *Eigentlich nicht, weil ja nichts Schriftliches aufgesetzt worden ist.*

*Außerdem war sonst niemand dabei, und weil man nichts beweisen kann, ist alles rechtlich unerheblich.*

Jede dieser Antworten ist plausibel, und jede ist aus juristischer Sicht verfehlt.<sup>9</sup>

Die erste Antwort ist in ihrer Begründung falsch. Ob jemand Eigentum an einem Kaufobjekt erwirbt, ist grundsätzlich nicht von der Erbringung der Gegenleistung abhängig.

Die zweite Bemerkung geht fehl, weil sie Schriftlichkeit generell für ein Konstitutivum der Vertragsbindung hält.<sup>10</sup>

Die dritte Antwort ist falsch, weil sie den Vorgang der Tatsachenerhebung und Tatsachenfeststellung – Stichwort Beweisverfahren – mit dem Vorgang der juristischen Analyse und Evaluation in einen Topf wirft.

Sie werden jetzt fragen, ob meine kritischen Stellungnahmen zu den drei Antworten vor dem Hintergrund des römischen Rechts gelten oder vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Rechts. Die Antwort: Sie gelten vor beiden (die Feinanalyse, in der sich Abweichungen zeigen, wird hier nicht vorgenommen) – sie gelten generell in den meisten Privatrechtsordnungen der kontinentaleuropäischen Tradition.<sup>11</sup>

Allerdings zeigt sich diese Kongruenz von modernen Privatrechtskonzeptionen und dem Recht der römischen Antike nur dann, wenn man als Vergleichsfolie das in der Internationalisierung des römischen Rechts entwickelte *ius gentium* heranzieht.

Hingegen liegt solch eine Kongruenz nicht vor, wenn man als Ver-

gleichsgröße das der Internationalisierung vorgelagerte *ius civile* der römischen Bürgerschaft betrachtet.

## 3. Noch ein Fallbeispiel

Als Nächstes möchte ich ein Konträr-szenario zeigen – eines, für das jede der von den Erstsemestrigen in der ersten Stunde gegebenen Antworten in hohem Maß zutrifft.

Variierter Sachverhalt: Wir tauschen den Gebrauchtwagen gegen ein Pferd und gehen nach Rom in die mittlere Republik. Ganz ähnlich wie im Grundsachverhalt soll nun das Pferd kaufweise veräußert und erworben werden. Die Parteien sind römische Bürger.

Ein erster signifikanter Unterschied: Veräußerer und Erwerber treten nicht allein auf – vielmehr haben weitere sechs Personen mitzuwirken, in Summe also acht. Erforderlich für den hier gebotenen Rechtsakt – die so genannte *mancipatio* – sind nämlich fünf Zeugen und ein Waagehalter. An Gerätschaften braucht es eine Waage und eine Münze (die Münze steht für das Kaufgeld, das man ursprünglich mit der Waage abgewogen hat).<sup>12</sup>

Der aktive Part in diesem Verfügungsgeschäft fällt dem (präsumptiven) Erwerber zu. Er hat eine Satzformel zu sagen und dann mit der Münze auf die Waage zu schlagen. Der Satz enthält die (vorerst noch unzutreffende) Behauptung des Erwerbers, er habe quiritisches Eigentum an dem Erwerbsobjekt. Gaius überliefert diese Formel für den Manzipationserwerb eines Sklaven wie folgt:

*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra:*<sup>13</sup> Ich behaupte, dass dieser Sklave nach dem Recht der römischen Bürger mir gehört, und er soll

6 Für diese Rechtspflege ist seit 242 v. Chr. primär ein eigener Magistrat zuständig, der so genannte *praetor peregrinus*. S. dazu etwa Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* (1988) 438–446.

7 S. oben Anm. 5. Anders verhält es sich mit den Naturrechtswürfen der Neuzeit, die darauf angelegt sind, mit ihrem Konzept einer (rechtlich-)imperativen *naturalis ratio* (auch) über die Geltung bzw. Gestaltung der positivierten Rechtsnormen zu bestimmen.

8 S. dazu etwa Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht* (4. Aufl. 1966); Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (2. Aufl. 1967); Peter Stein, *Roman Law in European History* (1999).

9 Diese Betrachtung stellt auf das Prinzipielle insbesondere von Grundfiguren der Privatrechtsdogmatik ab und nimmt damit Vergrößerungen in Kauf.

10 Es ist eine weit verbreitete Ansicht, erst die Leistung einer Unterschrift könne eine Vertragsbindung erzeugen. Diese Ansicht wird wohl durch den Umstand genährt, dass in

bestimmten Bereichen des Vermögensprivatrechts die Schriftform rechtlich vorgesehen ist – so verlangt etwa § 1346 Abs 2 ABGB für die Bürgerschaftserklärung Schriftlichkeit – und weiters, dass schriftliche Aufzeichnungen nützliche Beweismittel abgeben können.

11 S. dazu etwa die historisch orientierte, europäische Privatrechte vergleichende Studie von Franco Ferrari, *Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip*, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1/1993, 52–78.

12 Die *mancipatio* (Alternative: eine *in iure cessio*, s. unten Anm. 16) ist vorgesehen für Verfügungen über italische Grundstücke, bestimmte Feldservituten, Sklaven und Sklavinnen sowie über Rinder, Pferde, Esel, Maulesel und Maultiere. Andere Sachen lassen sich (bei Vorliegen einer *iusta causa* und der dinglichen Berechtigung des Veräußerers) durch die formlose *traditio* übereignen. Vgl. *Gaius Institutiones* 2.14a–22. S. dazu auch unten 19.

13 Vgl. *Gaius Institutiones* 1.19.

für mich gekauft sein durch dieses Kupfer und diese kupferne Waage.

Die Rolle des Veräußerers ist es, zu schweigen. Somit gilt die Behauptung des Erwerbers, er habe Eigentum.

#### 4. Eine weltgeschichtliche Premiere: Die Schöpfung des Juristischen

Was sich da als faszinierende, auch etwas bizarr anmutende Figur darstellen lässt, ist alles andere als primitiv. Es ist das Ergebnis eines hochtechnischen juristischen Sachverständes. Dies erscheint als ein Markenzeichen der Schöpfungen des alten, „nationalen“ *ius civile*.

Wesentlich für die Übereignung ist die strikte Einhaltung eines formalisierten, exakt festgelegten Prozedere, man kann sogar sagen, eines Rituals.

Dieses strenge Ritual hat seinen Sitz nun nicht im Kultischen, sondern gründet sich auf bestimmte, in überlappenden Konstellation vorliegende wirtschaftliche, rechtspragmatische und rechtsdogmatische Anschauungen:

Wirtschaftlich: Zu den Elementen des Geschäfts gehört (auch) die Gegenleistung. Der Manzipationskauf sieht die Kaufpreiszahlung als Leistungsaustausch „Zug um Zug“ vor. Dieses Element verblasst, als die Kaufpreiszahlung auf eine symbolische Größe reduziert wird – das ist die uns von Gaius vermittelte Vorstellung<sup>14</sup> –, doch es verschwindet nicht gänzlich.

Rechtspragmatisch: Die Zeugen sind in die Transaktion integriert, ihre

Mitwirkung ist konstitutiv. Zum Rechtspragmatischen kann man auch die Fixierung des Rechtserheblichen durch das Ritual zählen. Solch eine über das Informell-Mündliche hinausgehende Fixierung leistet heute primär die Schriftform. Was weiters mit dem Ritual gut erreicht werden kann, ist Publizität.

Rechtsdogmatisch: Unter dem Aspekt juristischen Problemverständnisses und juristischer Problemlösungskompetenz ist diese *mancipatio* ein Paradebeispiel für ein so genanntes „nachgeformtes Rechtsgeschäft“.<sup>15</sup> Was die Parteien hier abwickeln, ist eine zweckdienlich adaptierte Variante des Eigentumsprozesses: Der präsumptive Erwerber behauptet (unzutreffenderweise), er sei Eigentümer, und der Veräußerer schweigt dazu. Die im Verfahren unwidersprochen artikulierte Rechtsbehauptung schafft somit neue Eigentumsverhältnisse.<sup>16</sup>

Von ihrer rechtsgestaltenden Konzeption her ist die *mancipatio* durchaus vergleichbar mit einem modernen Versäumungsurteil, das ohne streitige Auseinandersetzung und nähere Sachprüfung erfolgt und in seiner Rechtsgestaltung ganz dem Vorbringen des Klägers entspricht.<sup>17</sup>

#### 5. Dogmatik, Pragmatismus und Kreativität im Juristischen: Komponenten eines weltgeschichtlichen Serienerfolgs

Soweit die *mancipatio*. Gehen wir zurück zum Ausgangsfall und zum

Rechtskreis des römischen *ius gentium*.<sup>18</sup>

Nach *ius gentium* lassen sich Sachen ohne aufwendigen Formalakt übereignen. Eigentum, etwa am Kaufgegenstand, wird durch formlose reale Übergabe – *traditio*<sup>19</sup> – der Sache vom Verkäufer an den Käufer übertragen, vorausgesetzt, der Verkäufer ist selbst Eigentümer. Als Legitimationsgrund des Eigentumsübergangs gilt der Geschäftszweck des Kaufvertrages.<sup>20</sup>

Der Kauf ist – im römischen *ius gentium* wie heute – ein Konsensualvertrag, er bedarf bloß der Willenseinigung<sup>21</sup> der Parteien über Ware und Preis. Dies schafft klagbare Ansprüche. Für die Begründung der klagbaren Ansprüche bedarf es grundsätzlich keiner Schriftlichkeit, keiner Vorleistung, keiner Gegenleistung, keines Spruchformelrituals<sup>22</sup> und keiner Zeugen.

Was ich am Beispiel des Eigentumserwerbs, genauer: des Eigentumserwerbs aufgrund eines Kaufes, vorgeführt habe, nämlich die vereinfachende Neukonzeption von rechtsgeschäftlichen Akten, lässt sich auch in vielen anderen Bereichen des Vermögensprivatrechts an Beispielen vorführen.

Hier nur noch zwei knappe Bemerkungen zum Vertragsrecht:

Ein simpel erscheinender, aber in seiner Konsequenz wahrlich weit reichender Schritt hin zur Internationalisierung war die Öffnung der römischen Stipulation.

Die Stipulation ist ein römischer Vertragstypus. Er hat seine Eigentüm-

14 S. oben Abschnitt 3.

15 S. dazu etwa Max Kaser, Das römische Privatrecht I (2. Aufl. 1971) 40; Wieacker, Rechtsgeschichte (oben Anm. 6) 332 ff.

16 Ein ganz ähnliche Struktur zeichnet das zweite formalisierte Übergangsgeschäft des *ius civile* aus, die *in iure cessio*. Auch sie macht den Mechanismus des Eigentumsprozesses rechtsgeschäftlich nutzbar. Vgl. Gaius Institutiones 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: Apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRTIUM MEUM ESSE AIO. Deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet. Quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit.* Die *in iure cessio* spielt sich folgendermaßen ab: Vor dem Magistrat des römischen Volkes – etwa dem Prätor – sagt der, dem die Sache *in iure* zediert wird, „ich sage, dass dieser Sklave nach

dem Recht der Quiriten mir gehört“. Dann, nachdem er diese Eigentumsbehauptung geäußert hat, fragt der Prätor den Veräußerer, ob er eine genteilige Eigentumsbehauptung äußert. Wenn dieser es ablehnt oder schweigt, dann spricht er (der Prätor) dem, der die Eigentumsbehauptung geäußert hat, die Sache zu.

17 Eine Ähnlichkeit damit zeigt auch das Anerkenntnis nach modernem Prozessrecht.

18 Gaius Institutiones 2.65: *Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur, quaedam civili. Nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.* Von denen, die wir besprochen haben, scheint es, dass welche nach *ius naturale* (*ius naturale* erscheint bisweilen als Synonym für *ius gentium*) veräußert werden – das sind jene, die durch *traditio* veräußert werden – und welche nach *ius civile*. Denn das Recht

der Manzipation, der *in iure cessio* und der Ersitzung ist angestammtes Recht der römischen Bürger.

Vgl. weiters Gaius I. 2 rerum cottidianarum sive aureorum D 41.1.1 pr.

19 Gaius I. 2 rerum cottidianarum sive aureorum D 41.1.9.3: *Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur.* Auch werden die Sachen, die durch *traditio* unser Eigentum werden, uns nach *ius gentium* erworben. Zur Rolle der *traditio* s. etwa Nikolaus Benke, Zur ‚traditio‘ als zentralem Modell privatrechtlicher Vermögensübertragung. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Bemerkungen auf dem Weg zum gemeineuropäischen Privatrecht, in: Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister (hgg. von Werner Ogris und Walter H. Rechner) 1996, 35 ff.

20 S. Benke, *Traditio* (oben Anm. 19) 36.

21 Paulus I. 33 ad edictum D 18.1.1.2: *Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras.* Der Kauf gehört zum *ius gentium* und wird daher durch Konsens auch *inter absentes* abgeschlossen – sowohl durch Boten als auch durch Brief.

22 Paulus I. 34 ad edictum D 19.2.1: *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.* Da die *locatio conductio* (Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag) auf natürlicher Vernunft und *ius gentium* beruht, wird sie nicht durch Wortformeln, sondern durch den Konsens abgeschlossen, wie auch der Kaufvertrag. S. auch die gleich folgenden Bemerkungen zur Figur des auf dem Sprechen von Wortformeln beruhenden Verbalvertrages.

lichkeit darin, dass die Parteien ein Leistungsversprechen verhandeln und schließlich formulieren, und die Klagbarkeit des Vertrages dadurch erzeugt wird, dass die Parteien am Ende eine Frage stellen und eine Antwort geben. *Spondesne? Spondeo*. Versprichst du mir das? Ich verspreche es. Stipulationen waren weit verbreitet, nicht zuletzt, weil sie in einem effizienten, gläubigerfreundlichen Verfahren durchgesetzt werden konnten.<sup>23</sup>

Wie sieht hier die Internationalisierung aus? Man ging weg von der Konzeption des Verbalvertrages als Rechtsakt, der nur römischen Bürgern vorbehalten war, und lässt das *spondesne-spondeo* einfach in anderen Sprachen und unabhängig vom *status* römischer Bürgerschaft zu.<sup>24</sup>

Die zweite, ungemein wirkmächtige Innovation des *ius gentium* liegt darin, den Konsensualvertrag entwickelt zu haben. Kauf, Miete, Pacht, Werkvertrag, Dienstvertrag, Auftragsvertrag und Gesellschaftsvertrag<sup>25</sup> werden in Rom durch bloße Willensübereinstimmung hinsichtlich der *essentialia negotii* erzeugt.

Freilich braucht es dort, wo die Konstruktion solcher Rechtsbindungen nicht mehr bei äußeren Korsetten wie Spruchformeln und Ähnlichem ansetzen kann, eine innere, materielle Strukturierung.

Über weite Gebiete des Vertragsrechts erfolgt diese Strukturierung anhand des Prinzips der *bona fides* – grob übersetzt als Prinzip von Treu und Glauben.<sup>26</sup> Dabei erbringt die *bona fides* zwei Leistungen. Zum einen wird sie als Grund der Vertragsbindung institutionalisiert, und andererseits ist sie der

juristische Begriff, in dem Versprechensgestaltbarkeiten, Leistungsprofile, Haftungsrahmen und Ähnliches für die materielle Ausdifferenzierung von Verträgen etabliert werden.<sup>27</sup>

## 6. Zu den Gründen der Internationalisierung des römischen Rechts

Wie kam es in Rom zu der nun mehrfach an Beispielen vorgeführten Internationalisierung? Sie ergab sich als logischer Schritt aus zwei Vorgaben, nämlich aus dem Personalitätsprinzip einerseits<sup>28</sup> – das *ius Quiritium* ist ausschließlich das Recht der römischen Bürger – und andererseits aus der Errichtung eines Imperiums.

Diese Situation lässt für die Rechtspflege grundsätzlich nur drei Vorgangsweisen zu: Erstens, die wenig praktikable und herrschaftspolitisch unproduktive, den Rechtskreis der Bürgerschaft im Personalitätsprinzip abzuschließen; zweitens, die Einbürgerung aller Völkerschaften des Reiches,<sup>29</sup> also die formale Integration der Bewohner in die römische Bürgerschaft (dieser Schritt wurde freilich erst relativ spät gesetzt, mit der *Constitutio Antoniniana* 212 n. Chr.); und drittens, die Parallelentwicklung von rechtlichen Figuren und Behelfen, deren Einsatz nicht auf die Personengruppe römischer Bürger beschränkt war. Diesen Weg wählten die Römer. Und da römische Herrschaft und Weltkreis – *orbis* – gleichsam als kongruente Größen verstanden wurden,<sup>30</sup> hat dieser dritte Weg, eben die Entwicklung des *ius gentium*, den Charakter einer Globalisierung.<sup>31</sup>

Christian Baldus ortet Grund und Ursache für das Hervorbringen des *ius*

*gentium* im Außenhandel.<sup>32</sup> Mir erscheint dies etwas zu kurz gegriffen, vielleicht auch zu sehr von der Vorstellung moderner Erwerbswirtschaftlichkeit inspiriert. Dass der Außenhandel eine ursächliche Rolle für die Entwicklung des *ius gentium* hatte, wird nicht zu bestreiten sein. Dennoch, das römische Imperium war nicht bloß eine Handelszone. Was hier an Internationalisierung geschah, hatte seine Gründe wohl auch im vielschichtiger angelegten Entwurf römischer Machtentfaltung und römischer Herrschaftspolitik.<sup>33</sup>

Wo ich mit Baldus wieder voll übereinstimme, das ist die Charakterisierung des Settings bzw. der Mentalität, die diesen Globalisierungsvorgang bestimmen. Rom betreibt diese Veränderung/Internationalisierung, diese Öffnung aus einer Position der Stärke.<sup>34</sup> Die Gestaltung des *ius gentium* geschieht nicht kurzatmig oder ängstlich, sondern mit bedächtigen wie sicheren Schritten, die den souveränen Duktus einer herrschaftserprobten und herrschaftsbewussten Gesellschaft erkennen lassen.

## 7. Ein Vergleich

Ich habe nun den nachhaltigen, vielfach und stark in die Gegenwart wirkenden Nutzen der Errungenschaften des römischen *ius gentium* vorgeführt. Da muss man sich natürlich fragen, ob das nicht vielleicht die Projektion der juristischen Romanisten ist?

Es gibt eine interessante Vergleichssituation, die sich im *common law* der Neuzeit findet, und zwar im England des 17. und 18. Jahrhunderts. Wie steht es dort mit der Internationa-

23 S. dazu etwa Kaser, Privatrecht (oben Anm. 15) 485.

24 Vgl. *Gaius Institutiones* 3.93: *Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est. Ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, ... etiam haec tamen inter cives Romanos valent ... et e contrario Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent ...* Diese Verbalverpflichtung DARI SPONDES? SPONDEO bezieht sich auf die römischen Bürger. Die anderen (ergänze: Verbalverpflichtungen) aber gehören zum *ius gentium*, und gelten daher zwischen allen Menschen – seien sie römische Bürger oder Nichtbürger. Und auch wenn

sie auf Griechisch formuliert worden sind, ... gelten sie auch zwischen den römischen Bürgern ... und umgekehrt, wenn sie auf Latein gesprochen werden, gelten sie auch zwischen Nichtbürgern ...

25 Vgl. *Gaius Institutiones* 3.154: *Sed haec quoque societas, de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est.* Doch auch der Gesellschaftsvertrag, über den wir sprechen, der nämlich durch bloßen Konsens abgeschlossen wird, gehört zum *ius gentium*.

26 Vgl. *Gaius Institutiones* 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.* Folgende sind *bona fides*-Klagen: Die Klage aus dem Kauf, aus

Miete, Pacht, Werkvertrag und Dienstvertrag, aus Geschäftsführung ohne Auftrag, aus Mandat, aus Hinterlegung, aus Treuhand, aus der Gesellschaft, aufgrund einer Vormundschaft und für ehgüterrechtliche Ansprüche nach Auflösung der Ehe.

27 Zur *bona fides* s. etwa Kaser, Privatrecht (oben Anm. 15) 485 ff.

28 S. dazu oben Abschnitt 1.

29 *Ulpianus l. 22 ad edictum D 1.5.17: In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.* Die Bewohner des römischen Reichs wurden durch die Konstitution des Kaiser Antoninus (= Caracalla) zu römischen Bürgern gemacht.

S. dazu etwa die Studie von Hartmut Wolff, Die *Constitutio Antoniniana*

und Papyrus Gissensis 40 I, Bd. 1 (1976) 9–117, 272–281.

30 S. dazu auch Joseph Vogt, *Orbis Romanus*, ein Beitrag zum Sprachgebrauch und zur Vorstellungswelt des römischen Imperialismus, in: *Orbis*, Ausgewählte Schriften zur Geschichte des Altertums (1960) 151–171.

31 S. dazu Baldus (oben Anm. 5) bes. 41 ff.

32 S. dazu Baldus (oben Anm. 5) 23 ff., 41, 43, ausgewogener schließlich 44.

33 S. dazu etwa Jochen Bleicken, *Verfassungs- und Sozialgeschichte des römischen Kaiserreiches*, Bd. 1 (3. Aufl. 1989) bes. 79–94, 346; Bd. 2 (2. Aufl. 1981) 219–234.

34 S. dazu Baldus (oben Anm. 5) 24, 42 ff.

lisierung des Privatrechts als einem Phänomen der Ausbildung eines Empire? Kommt es dort zu Innovation und Öffnung?

Ich äußere mich dazu hier in extremer Knappheit, die Antwort ist schlicht: nein. Das neuzeitliche Justizwesen Englands erscheint ua nachhaltig geprägt von heterogenen, teils rivalisierenden Gerichtszuständigkeiten. Insgesamt bleibt das *common law*, trotz der Abfederungen durch *equity*, vielfach althergebrachten Technizitäten prozeduraler Art verhaftet. Es erscheint lange Zeit mit wenig Systematisierung in Klagekatalogen festgehalten, gezeichnet von den Attributen des Feudalrechts,<sup>35</sup> deutlich entfernt von dem, was moderne Merkantilität verlangt: Transparente, einfache Konstrukte, Berechenbarkeit, leichte und rasche Kommunizierbarkeit, ein Vermeiden von Formalballast.<sup>36</sup>

Erst im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts treten mit Blackstone und Lord Mansfield zwei englische Juristen auf, die zu einer großen Wende beitragen. Blackstone erarbeitet eine am Werk des römischen Juristen Gaius orientierte, einigermaßen geraffte und systematisierte Darstellung des englischen Rechts und wird damit zu einem überragenden Autor der juristischen Literatur im anglo-amerikanischen

Rechtskreis. Als er dieses Werk schreibt, war er durch Erwerb eines Doktorgrades durch die Schule des *civil law* gegangen – dh, er war gut vertraut mit dem *ius gentium*.<sup>37</sup>

Lord Mansfield ist ein exzellenter juristischer Kopf, der immer wieder als Urheber ganz wesentlicher Neuerungen im englischen Vertragsrecht gerühmt wird, und zwar insbesondere im Handelsrecht.<sup>38</sup> Er konnte Griechisch und Latein, und er hatte die aktuellen Autoren der römischrechtlichen Tradition Kontinentaleuropas in seiner Bibliothek – etwa Grotius, Pufendorf und Vinnius.<sup>39</sup> Er verstand und schätzte, was Kontinentaleuropa da an so nützlichem Erbe aus dem römischen *ius gentium* hatte, und er versuchte immer wieder – mit wechselndem Erfolg<sup>40</sup> –, diese Errungenschaften auch im englischen Recht zu etablieren.

## 8. Schlussbemerkungen

Die nach vielen Jahrhunderten (insbesondere für das neuzeitliche Europa) wirksame Rentabilität jener Errungenschaften des römischen *ius gentium* kann man wohl nicht als ursprünglich kalkuliert annehmen.

Aber man kann sich über diese Kulturleistungen und die unverändert aus diesen Kulturleistungen fließenden Vorteile freuen.

Und man sollte sich meines Erachtens nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Kulturleistungen aus einer offenen, vitalen Begegnung mit dem Fremden entstanden sind.

Mehr will ich nicht sagen.

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke,  
LLM, ist Mitglied des Instituts für  
Römisches Recht und Antike  
Rechtsgeschichte der Universität  
Wien.

35 S. dazu etwa A. W. B. Simpson, - A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit (1975) 5 ff.

Zur Frage, durch welche Traditionen, Kontakte, Rezeptionsvorgänge etc. die englische Rechtskultur Gemeinsamkeiten mit der kontinentaleuropäischen aufweist, s. etwa Reinhard Zimmermann, Der Europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1/1993, 4–51. Zur Eigenheit des englischen Vertragsrechts, bis etwa 1770 nur in geringem Maß als Schauplatz analytischer, systematisierender juristischer Leistungen genützt worden zu sein, s. 43 f.

36 Während das neuzeitliche *ius civile* bereits die rechtliche Verbindlichkeit des formlosen (nicht rechts-

oder sittenwidrigen) Versprechens entwickelt hatte, war dieser Durchbruch in England durch die unterschiedliche zusätzliche Bindungsvoraussetzungen normierende *doctrine of consideration* nicht geschehen. 1765 wurde in der berühmten handelsrechtlichen Entscheidung *Pillans v. Van Mierop*, 3 Burrow's Reports 1663, unter Mitwirkung von Lord Mansfield die *doctrine of consideration* unter Berufung auf kontinentaleuropäische Quellen durch das kontinentale Konzept der rechtlichen Versprechensbindung ersetzt. Dreizehn Jahre später wurde die *doctrine of consideration* in *Rann v. Hughes* (1778) 4 Brown's Reports 27, mit höchstgerichtlicher Autorität wieder generell etabliert. S. dazu Nikolaus Benke, „No inefficacy arises merely from the naked promise“. Bemerkungen zu *Consideration* und Ver-

sprechen in *Pillans v. Van Mierop* (1765), in: *Ius Commune* XIV (1987) 1–55.

37 S. dazu etwa Benke, *Inefficacy* (oben Anm. 36) 37 ff; Zimmermann (oben Anm. 35) 17 ff.

38 Eine Laudatio auf die Verdienste von Lord Mansfield für das englische Handelsrecht liefert Mr. Justice Buller in *Lickbarrow v. Mason* (1787) 2 Term Reports 63 (73): *Before that period we find that in Courts of Law all the evidence in mercantile cases was thrown together; they were left generally to a jury and they produced no established principle. From that time we all know the great study has been to find some certain general principles, which shall be known to all mankind, not only to rule the particular case then under consideration, but to serve as a guide for the future. Most of us have heard these prin-*

*ciples stated, reasoned upon, enlarged and explained, till we have been lost in admiration at the strength and stretch of the human understanding. And I should be very sorry to find myself under a necessity of differing from any case on this subject which has been decided by Lord Mansfield, who may be truly said to be the founder of the commercial law of this country.*

S. etwa auch Zimmermann (oben Anm. 35) 34 ff.

39 S. dazu etwa Benke, *Inefficacy* (oben Anm. 36) 5 f, 35 ff; Zimmermann (oben Anm. 35) 35.

40 Wie erwähnt (s. oben Anm. 36) wurde der Schritt, von der komplexen *doctrine of consideration* wegzukommen, nach ein paar Jahren rückgängig gemacht.

# Gleichgeschlechtliche Partnerschaften im deutschen Recht

Daniel Ennöckl

Gleichgeschlechtliche Partnerschaften und nicht-eheliche Gemeinschaften von homo- und heterosexuellen Paaren sind mittlerweile in mehreren Staaten rechtlich anerkannt. Das Ende des letzten Jahres im deutschen Bundestag beschlossene Lebenspartnerschaftsgesetz verdient jedoch – insbesondere aus österreichischer Sicht – besondere Beachtung. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem familienrechtlichen Institut der „Eingetragenen Lebenspartnerschaft“ einen gesicherten Rahmen für das auf Dauer angelegte Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Paare geschaffen, der aufgrund seiner weit reichenden Rechtsfolgen als nahezu vollständige Kopie der Ehe anzusehen ist.

Ausgangspunkt des rot-grünen Gesetzesentwurfes<sup>1</sup> war ein im Auftrag des Bundesjustizministeriums erstelltes rechtsvergleichendes Gutachten des Hamburger Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht zur Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften.<sup>2</sup> Darin werden die verschiedenen nationalen Rechtsinstitute, die (auch) homosexuellen Partnerschaften offen stehen, untersucht und darauf aufbauend Empfehlungen an den deutschen Gesetzgeber gerichtet.

Einleitend stellt das Gutachten fest, dass die Institution der Ehe bislang in noch keinem Land der Welt für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet wurde, wenngleich das niederländische Parlament im September 2000 beschlossen

hat, zukünftig auch Homosexuellen die Eheschließung zu ermöglichen. Auch hat das Europäische Parlament bereits 1994 einen Entschluss zur Gleichberechtigung von Schwulen und Lesben in der Europäischen Union gefasst, in dem ua das Recht auf Eheschließung und auf Adoption gefordert wurde.<sup>3</sup> Wollte man dem in Deutschland folgen, wäre allerdings eine Verfassungsänderung erforderlich.<sup>4</sup>

Hinsichtlich der Rechtsfolgen, die durch gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften begründet werden können, differenziert die Untersuchung zwischen dem sog. „Nordischen Modell“ einerseits und „gesetzlichen Vertragslösungen“ andererseits. Die Partnerschaftsgesetze in Skandinavien und den Niederlanden<sup>5</sup> verweisen bezüglich ihrer Rechtswirkungen pauschal auf die Vorschriften zur Ehe. Durch eine derartige Generalverweisung gelten sämtliche Rechtsfolgen der Ehe auch für registrierte Partnerschaften. Es werden nur jene Bereiche ausdrücklich festgelegt, die davon ausgenommen sind. Dies betrifft im Wesentlichen die kinschaftsrechtlichen Regelungen. Demgegenüber findet in den, in Frankreich (*pacte civil de solidarité*), Belgien und einzelnen Regionen Spaniens (Katalonien, Aragón) geltenden Partnerschaftsgesetzen keine derartige Anlehnung an die Ehe statt. Bei diesen Regelungen handelt es sich letztendlich um „gesetzliche Vertragslösungen“, dh dass die Lebenspartner die wechselsei-

tigen Rechtsverhältnisse in Form eines Partnerschaftsvertrages selbst festzulegen haben. Per Gesetz sind nur einige wenige Bereiche (wie Güterstand und Namensrecht) geregelt, während wesentliche Punkte (wie beispielsweise die erbrechtlichen Fragen) unberührt bleiben. Die gesetzlich gewährten Rechte bleiben bei diesem Modell somit weit hinter denen der Ehe zurück.

Für Deutschland empfiehlt das Max-Planck-Institut die in den nordischen Ländern praktizierte Übertragung der ehelichen Rechtswirkungen auf die Lebenspartnerschaft. Für deren Eintritt soll jedoch das bloß faktische Bestehen einer Lebensgemeinschaft aufgrund der zu erwartenden Beweisprobleme nicht ausreichen. Rechtliche Konsequenzen sollen vielmehr erst durch eine Art „amtliche Registrierung“ ausgelöst werden. Eine Öffnung derartiger registrierter Partnerschaften auch für heterosexuelle Paare erscheint den Gutachtern nicht empfehlenswert.<sup>6</sup>

Diesen Vorschlägen folgend brachten die Bundestagsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen im Juli 2000 den Entwurf für ein Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften ein. Bereits in der Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zeigte sich jedoch, dass die CDU/CSU-Fraktion dem Vorschlag nicht zustimmen und im Bundesrat ein Veto einlegen würde. Um diese Blockade zumindest teilweise ins Leere laufen zu lassen, wurde der ursprüngliche Gesetzesentwurf in zwei aufgesplittet. In das LebenspartnerschaftsG (LPartG), das nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, und in ein Gesetz zur Ergänzung des LebenspartnerschaftsG (LPartG-ErgänzungG), das jene Teile umfasst, denen die Länderkammer zustimmen muss. Beide Gesetze wurden im letzten November im Bundestag verabschiedet. Während das LPartG-ErgänzungG jedoch Anfang Dezember 2000 im Bundesrat nicht die für eine Zustimmung

1 Entwurf der Fraktion der SPD und der Fraktion Bündnis 90/Grüne eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG), Drucksache des dt. Bundestages Nr. 14/3751 vom 4. Juli 2000; Änderungsantrag vom

6. 11. 2000, Ausschussdrucksache 14/943.

2 Basedow, *Dopffel, Kötz (Hrsg.)*, Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen 2000; vgl. auch *Buba, Vaskovics (Hrsg.)*, Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, Studie im Auftrag des

Bundesministeriums der Justiz, Köln 2000.

3 ABl. C 61 vom 28.02.1994, S. 40.

4 Vgl. BVerfGE 10, 59 [66]; 49, 286 [300]; 53, 224 [245]; 62, 323 [330]; 87, 234 [264].

5 Dänemark hat seit 1989 ein Partnerschaftsgesetz, Norwegen seit 1993, Schweden seit 1994, Is-

land seit 1996, die Niederlande seit 1998.

6 Während die skandinavischen Partnerschaftsgesetze nur gleichgeschlechtlichen Paaren offen stehen, gelten die niederländischen, französischen, belgischen und spanischen Regelungen auch für heterosexuelle Lebensgemeinschaften.



erforderliche Mehrheit fand, kann das LPartG (ohne Befassung der Länderkammer) plangemäß Mitte 2001 in Kraft treten.

Das LPartG gliedert sich in drei Teile, wobei der erste mit der Eingetragenen Lebenspartnerschaft den Kern der Reform, die Schaffung des eigenen familienrechtlichen Institutes, mit dem homosexuellen Paaren ein gesicherter Rechtsrahmen für ihre Beziehungen gewährt wird, enthält. Dabei lehnen sich die Vorschriften über Förmlichkeit, Grundzüge des Verfahrens und die negativ formulierten Voraussetzungen für die Begründung einer Lebenspartnerschaft eng an jene zur Eheschließung an. Das neue Rechtsinstitut wird durch übereinstimmende Willenserklärungen, eine Partnerschaft auf Lebenszeit führen zu wollen, eingegangen. Die Erklärungen sind bei persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit der künftigen Lebenspartner an die zuständige Behörde zu richten. Zur Wirksamkeit der Begründung müssen beide Lebenspartner mindestens 18 Jahre alt sein, dürfen nicht bereits verheiratet sein oder sich in aufrechter Lebenspartnerschaft mit einer anderen Person befinden. Zwischen engen Verwandten ist eine Eingetragene Lebenspartnerschaft ausgeschlossen.

Mit der Begründung der Lebenspartnerschaft sind die Lebenspartner als Familienangehörige des anderen anzusehen. Die Verwandten des einen Teils gelten als mit dem anderen Lebenspartner verschwägert. Dies hat vor allem im Zivilrecht Konsequenzen. Die Lebenspartner können ihre Lebensgemeinschaft durch einen gemeinsamen Namen nach außen dokumentieren, der auch nach Beendigung der Lebenspartnerschaft weitergeführt werden kann. Derjenige, dessen Namen nicht Partnerschaftsname wird, kann seinen bisherigen Namen als Begleitnamen dem gemeinsamen Namen voranstellen (Doppelname).

Mit dem Eingehen einer Lebenspartnerschaft sind die Partner einander zu gegenseitiger Fürsorge und Unterstützung verpflichtet und tragen füreinander Verantwortung. Wie sich aus der Rechtsprechung zu den Parallelvor-

schriften für eheliche Lebensgemeinschaften bzw. für das Verhältnis zwischen Eltern und Kind ergibt,<sup>7</sup> die nach den Erläuterungen auch für die Auslegung des LPartG heranzuziehen sind, sind die Lebenspartner dadurch zur wechselseitigen Unterstützung und Hilfeleistung in allen Lebenslagen verpflichtet. Es kann von den Lebenspartnern nicht nur ein aktives Handeln gefordert werden, sie haben auch gegenseitige Rücksichtnahme zu üben. Die Lebenspartnerschaft ist somit eine gegenseitige Einstehens- und Verantwortungsgemeinschaft.

Bringt ein Lebenspartner ein eigenes Kind in die Lebenspartnerschaft mit, so erhält der andere Teil ein sog. „kleines Sorgerecht“, das ihm die Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens ermöglicht. Davon sind nach der Legaldefinition des § 1687 BGB, auf den verwiesen wird, alle Entscheidungen umfasst, die häufig vorkommen und keine schwer abzuändernden Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben. Erfasst sind damit insbesondere die praktisch im Vordergrund stehenden Fragen der täglichen Betreuung und Versorgung, aber auch Alltagsfragen, die im schulischen Leben und in der Berufsausbildung des Kindes vorkommen. Im Rahmen dieses „kleinen Sorgerechts“ steht dem Lebenspartner auch ein Vertretungsrecht des Kindes zu. Darüber hinaus wird ihm bei Gefahr in Verzug entsprechend § 1629 Abs 1 Satz 4 BGB ein Notvertretungsrecht eingeräumt.

Die Lebenspartner sind einander zu angemessenem Unterhalt verpflichtet. Dies ist als unmittelbare Konsequenz der durch die Lebenspartnerschaft begründeten engen Bindung zu sehen. Das LPartG enthält im weiteren keine Angaben zur Höhe des Unterhaltes, sondern verweist auf die für eheliche Gemeinschaften geltenden §§ 1360a und 1360b BGB. Damit wird klargestellt, dass sich die Höhe des Unterhaltes nach der Erforderlichkeit und Angemessenheit richtet. Für die Gestaltung der sonstigen vermögensrechtlichen Verhältnisse in der Lebenspartnerschaft gilt der Grundsatz der Privatautonomie. Wird keine gültige Vereinbarung zu den vermögensrechtlichen

Wirkungen getroffen, gilt Vermögens-trennung als vereinbart.

Im Rahmen des LPartG wird den Lebenspartnern sowohl ein gesetzliches Erbrecht eingeräumt, als auch ein Pflichtteil am Erbe zugebilligt. Die Höhe des gesetzlichen Erbrechts entspricht jener, die dem Ehepartner nach § 1924 BGB zugestanden wird. Sie beträgt ein Viertel der Erbschaft, wenn Erben erster Ordnung<sup>8</sup> vorhanden sind. Neben Erben zweiter Ordnung<sup>9</sup> erhält der überlebende Lebenspartner die Hälfte. Gleiches gilt, wenn neben dem Lebenspartner Großeltern vorhanden sind. In allen anderen Fällen geht das Erbe zur Gänze an den Lebenspartner. Der Pflichtteil beträgt wie bei Ehegatten die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

Die Aufhebung einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft kann nur durch ein gerichtliches Urteil erfolgen. Ein solches ergeht, wenn beide Partner übereinstimmend erklären, die Lebenspartnerschaft nicht fortsetzen zu wollen und seit dieser Erklärung mindestens zwölf Monate vergangen sind. Wünscht nur ein Teil die Auflösung der Partnerschaft, ist das Verfahren insoweit modifiziert, als sich die Wartefrist auf 36 Monate verlängert. Eine sofortige Aufhebung der Gemeinschaft kommt nur in Frage, wenn eine in der Person des anderen Lebenspartners liegende unzumutbare Härte für den Antragsteller gegeben ist.

Ein nachpartnerschaftlicher Unterhalt ist von deutschen Gesetzgeber nur in Ausnahmefällen vorgesehen. Wegen der wirtschaftlichen Eigenverantwortlichkeit beider Lebenspartner besteht nach Aufhebung der Partnerschaft ein Unterhaltsanspruch nur in Fällen des Unvermögens, für sich selbst zu sorgen. Eine Verantwortlichkeit der Lebenspartner füreinander nach Aufhebung der Partnerschaft kann sich ergeben, wenn es einem Lebenspartner im Hinblick auf die während der Gemeinschaft gewählte Arbeitsteilung nach Aufhebung der Partnerschaft nicht gelingt, eine angemessene Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Die nähere Ausgestaltung des Unterhaltsanspruches nach Aufhebung der Lebenspartnerschaft erfolgt durch Verweisung auf die

7 §§ 1353, 1618a BGB.

8 § 1924 Abs 1 BGB: Abkömmlinge des Erblassers.

9 § 1925 BGB: Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

einschlägigen Regelungen des Scheidungsfolgenrechts im BGB.

Der zweite Teil des LPartG sieht 26 Änderungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) vor, wovon vor allem Fragen des Miet- (Eintritts- und Fortsetzungsrechte für gemeinsam genutzte Wohnungen im Todesfall), Namens- und Testamentsrechts betroffen sind. Mit dem dritten Abschnitt wird das sonstige Bundesrecht an das neue Rechtsinstitut angepasst. Die diesbezüglichen Änderungen betreffen rund 60 Gesetze und Verordnungen und reichen im wahrsten Sinne des Wortes von A (AusländerG, AbgeordnetenG) bis Z (Zivilprozessordnung). Die wesentlichsten davon umfassen

- die Einbeziehung der PartnerInnen und deren Kinder als beitragsfreie Mitversicherte in die Kranken-, Pflege- und gesetzliche Unfallversicherung;
- die Anpassung des BundeskindergeldG, des UnterhaltssicherungsG und des AusbildungsförderungsG;
- ein Zeugnis- bzw. Aussageverweigerungsrecht der PartnerInnen nach Straf- und Zivilprozessordnung sowie
- die Anpassung des Ausländerrechts. Ausländische LebenspartnerInnen bekommen ein Aufenthaltsrecht in Deutschland. Die Vorschriften zum Familiennachzug für Eheleute werden für Eingetragene Lebenspartnerschaften entsprechend angewandt. Gleiches gilt für die Vorschriften über Arbeitsgenehmigungen.

Nicht in Kraft treten können hingegen die vom Bundesrat blockierten Regelungen des LPartG-ErgänzungsG. Dessen wichtigste Punkte sind:

- die Eintragung am Standesamt: Der formale Akt der Eintragung der Lebenspartnerschaft durch das Standesamt kann nur mit Zustimmung der Länder erfolgen. Es ist nun jedem Bundesland überlassen, welche Behörde die Eintragung vornimmt.
- das öffentliche Dienstrecht: Die wesentlichen beamtendienstrechtlichen

Regelungen für Eheleute (Ortszuschlag, Beamtenbesoldung, Beihilfen) sollten auch auf Lebenspartnerschaften sinngemäß angewandt werden.

▫ die Gleichstellung bei der Einkommens-, Erbschafts-, Schenkungs- und Grunderwerbssteuer.

▫ Änderungen des BundessozialhilfeG und des WohngeldG. Hier sollte bei der Gewährung staatlicher Leistungen – wie bei Ehegatten – das Einkommen des Partners angerechnet werden.

Mittlerweile hat der Bundestag nach Art 77 Abs 2 GG den Vermittlungsausschuss angerufen, um mit den CDU-regierten Bundesländern über das LPartG-ErgänzungsG zu verhandeln. Eine Einigung gilt jedoch als überaus unwahrscheinlich. Das ErgänzungsG kann daher als politisch gescheitert betrachtet werden. Offen ist nunmehr nur noch, ob die Bundestagsfraktion von CDU/CSU und/oder unionsgeführte Bundesländer (zB Bayern) auch Verfassungsklage gegen das LPartG erheben werden. Die Christdemokraten argumentieren, dass mit der Eingetragenen Lebenspartnerschaft eine völlige Kopie des Instituts der Ehe geschaffen worden sei. Das Grundgesetz stelle Ehe und Familie unter besonderen Schutz, was eine exklusive Rechtsform voraussetze. Eine Übertragung der Rechtsfolgen der Ehe unter anderer Bezeichnung auf andere Lebensformen wäre daher verfassungswidrig. Ob das Grundgesetz aber eine Diskriminierung homosexueller Lebensgemeinschaften gebietet, ist jedoch mehr als umstritten, denn auch das BVerfG ließ bereits erkennen, dass es den Gesetzgeber für verpflichtet hält, „gleichgeschlechtlichen Partnern eine rechtliche Absicherung ihrer Lebensgemeinschaft zu ermöglichen, oder [ . . . ] zumindest einzelne Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen“ anzupassen.<sup>10</sup>

Dr. Daniel Ennöckl ist Rechtsanwaltsanwarter in Wien.

## Allgemeine Bestimmungen des Versicherungsrechts

Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer

10. Mai 2001

9:00 bis 17:00 Uhr

Hotel Falkensteiner Palace, Wien

- Systematische Darstellung der allgemeinen Grundlagen des Versicherungsrechts
- Von Vertragsabschluss bis Beendigung
- Auswertung der aktuellen Rechtsprechung
- Hilfestellung bei Lösung zweifelhafter Rechtsfragen

Verlag Österreich

vormals Verlag der k. u. k. Hof- und Staatsdruckerey

Verlag Österreich GmbH, 1037 Wien, Rennweg 16, Tel.: 01-610 77-510, Fax: -602  
e-mail: [seminare@verlagoesterreich.at](mailto:seminare@verlagoesterreich.at)  
Internet: [www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

justline.at

Direkt zu Ihrem Recht

Jurbooks  
1010 Wien, Wollzeile 16

<sup>10</sup> BVerfG 1 BvR 640/93.

# Komm Austria – aber wohin?

Sepp Brugger

Laut Regierungsübereinkommen soll eine unabhängige integrierte Regulierungsbehörde für die Bereiche Telekommunikation, Informationstechnologie und Medien eingerichtet werden, ein durchaus zu begrüßendes Politisches Vorhaben. Im August wurde in der Folge ein erster Entwurf für eine derartige Behörde vorgelegt. Eine Diskussion über diesen Vorschlag wurde jedoch mit dem Argument, es handle sich nur um ein Arbeitspapier, abgelehnt. Die Chance eines öffentlichen Diskurses über Aufgaben, Strukturen und Zusammensetzung einer derartigen Behörde bei den Alpacher Mediengesprächen Ende August wurde leider ausgelassen. Obwohl für die Einrichtung einer solchen Behörde im Nationalrat eine 2/3-Mehrheit notwendig ist, wurde zum Vierparteiengespräch erst im Jänner eingeladen und trotz der weit reichenden Bedeutung dieses Gesetzes nie eine breite öffentliche Debatte gesucht, sondern sogar die Begutachtungsfrist auf vier Wochen verkürzt. So war es auch weiter nicht verwunderlich, dass der Antrag der Opposition auf Einrichtung eines Unterausschusses, in dem Experten angehört werden sollten, abgelehnt wurde. Während es im Justizbereich – zumindest in der Vergangenheit – üblich ist, dass über weit reichende Gesetzesänderungen intensiv unter Beiziehung von Experten verhandelt und debattiert wird, fürchteten die Regierungsparteien in diesem Fall offensichtlich die Meinung der Fachleute. Angesichts der Tatsache, dass sich die Koalitionsparteien bei den Vierparteiengesprächen über den Gesetzesvorschlag betreffend die Komm-Austria nicht wirklich kompromissbereit zeigten, drängt sich der Verdacht auf, dass ÖVP und FPÖ an einer demokratisch legitimierten, unabhängigen Regulierungsbehörde gar nicht interessiert waren. Sie zeigten zB keine Bereitschaft, von dem im Gesetz vorgeschlagenen Be-

stellmodus, wonach der Regierung bzw den Regierungsparteien für zehn der dreizehn Behördenmitglieder (davon alle hauptberuflichen) das Vorschlagsrecht eingeräumt wurde, abzugehen. Von einer unabhängigen Behörde kann daher nicht wirklich gesprochen werden. Die Bedeutung der Aufgaben und die damit verbundene Macht, die dieser Behörde übertragen wird, erfordert eine entsprechende Legitimation.

*„Die unabhängige Behörde bezieht dabei ihre Legitimation zum Einen aus ihrer besonderen Sachkompetenz, die bei der vorliegenden Materie zweifellos erforderlich ist. Der Sachverstand alleine reicht jedoch nicht aus, wenn der Behörde, wie im vorliegenden Fall, nicht nur wettbewerbsregulierende, sondern in einem wesentlichen Ausmaß auch demokratie-, kultur- und (wie etwa im Zusammenhang mit der Sicherstellung eines flächendeckenden Universaldienstes) sozialpolitische Aufgaben zukommen (sozialpolitische Aspekte werden in unserer Informationsgesellschaft – Stichwort ‚Zwei-Klassen-Gesellschaft‘ – zunehmend an Bedeutung gewinnen). In einem solchen Fall bedarf die Legitimation einer unabhängigen Behörde einer breiten demokratischen Basis, die nach dem vorliegenden Entwurf, der im wesentlichen gemäß § 3 Abs 2 die Ernennung der maßgeblichen Mitglieder durch den Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung vorsieht, nicht gewährleistet ist. Auch das vorgesehene Vorschlagsrecht des Hauptausschusses für einige wenige Mitglieder (4) ebenso wie die in § 14 vorgesehene parlamentarische Kontrolle reichen nicht aus, um den erhöhten Legitimationsanforderungen gerecht werden zu können. Vielmehr bedürfte es zur demokratischen Absicherung einer derartigen unabhängigen Regulierungsbehörde der Bestellung der Mitglieder dieser Behörde nach den Grundsätzen der demokratischen Repräsentation, was eine maßgebliche Verantwortung des Nationalrates in diesem Zusammenhang miteinschließt. Insofern wären auch Auskunftsrechte und Berichtspflichten des und an den Nationalrat*

*ausführlicher und umfassender zu regeln.“* Diesen Ausführungen des Univ.-Prof. Dr. Heinz Peter Rill vom Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht (WU) ist nichts hinzuzufügen.

Die Schaffung eines Präsidenten, der keine Sachkompetenzen hat, aber über weit gehende Eingriffsrechte verfügt – er entscheidet über das Zusammentreten verstärkter Kommissionen und hat somit die Möglichkeit durch Veränderung der Zusammensetzung der Spruchkörper Entscheidungen zu beeinflussen, – ist auch nicht im Sinne einer Unabhängigkeit. Es drängt sich vielmehr der Verdacht auf, dass damit in erster Linie ein gut bezahlter (S 180.000,- brutto monatlich) Versorgungsposten für Parteifreunde der Koalitionsparteien geschaffen werden sollte.

Nach dem vorliegenden Gesetzesvorschlag wird der Komm-Austria zwar die Frequenzplanung und -verwaltung für den Rundfunk und Mobilfunk übertragen, nicht jedoch für andere Funkdienste. Das bedeutet, dass neben der Lizenz auch weiterhin eine Bewilligung für den Richtfunk von der Fernmeldebehörde notwendig sein wird. Das heißt, von einem „one-stop-shop“ kann nicht gesprochen werden. Wenn eine Vereinfachung der Verwaltungsstrukturen und eine verbesserte Koordination der Regulierungstätigkeit – wie in der Regierungsvorlage ausgeführt – angestrebt wird, muss eine „All-in-one“-Lösung konsequent verwirklicht werden. Die Verwaltung und Planung auch der anderen Funkdienste, insbesondere der Richtfunkstrecken, die für jeden Lizenzinhaber, ob im Rundfunk- oder Mobilfunkbereich unverzichtbarer Bestandteil sind und derzeit ca 70% der Tätigkeit der Fernmeldebehörden ausmachen, gehört daher notwendigerweise zur Frequenzplanung und -verwaltung. Auch die Mobilfunkbetreiber benötigen eine fernmeldebehördliche Bewilligung für die Richtfunkstrecke, mittels der sie ihre Telefondienste zum Mobilfunknetz senden. Eine integrierte Regulierungsbehörde hat daher nur einen Sinn, wenn alle Aufgaben der Fernmeldebehörde der Komm-Austria übertragen werden. Dazu gehören auch die Entscheidungen über Anträge auf Typenzulassung von Funkanlagen sowie der Endgeräte.<sup>1</sup> Ange-

<sup>1</sup> Vgl Glas/Vartan, Handbuch Telekommunikationsrecht, Verlag Österreich, Wien 1998, S 243. Darin wird

kritisiert, dass der Bereich Anlagen- und Endgerätezulassung bei der Fernmeldebehörde verbleiben und

nicht der Regulierungsbehörde übertragen wurde, „was sicherlich einen bedeutenden Beitrag zur Ver-

waltungsvereinfachung geleistet hätte.“

sichts dieser berechtigten inhaltlichen Bedenken ist es nicht verständlich, dass die Regierung keine Bereitschaft zeigte, einen breiten Diskurs unter fachmännischer Beteiligung über den Gesetzesentwurf zuzulassen.

Der Nationalrat hätte den ganzen Februar Zeit gehabt intensiv unter Beziehung von ExpertInnen einen brauchbaren Gesetzesvorschlag zu erarbeiten. Aber die Bereitschaft war offensichtlich nur auf FPÖ-Mitarbeiterseite vorhanden. Dabei muss man/frau allerdings auch dem Mediensprecher der SPÖ, Dr. Josef Cap, den Vorwurf machen, dass er offensichtlich nicht sehr an einem vernünftigen Vorschlag für eine unabhängige Regulierungsbehörde interessiert war und so den Regierungsparteien den Alleingang in dieser medienpolitisch bedeutenden Angelegenheit und somit den Weg zu einer weisungsgebundenen Behörde erleichterte. So wurde Ende Jänner 2001 der längst vorbereitete Entwurf eines weisungsgebundenen (Bundeskanzler und der Infrastrukturministerin) Beamten als Medienbehörde eingebracht.<sup>2</sup> Diese Regulierungsbehörde (Komm-Austria) besteht aus einem Behördenleiter und 2 JuristInnen zu seiner Unterstützung. Unklar ist auch, warum die bestehende Telekom Control GmbH zur Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) verschmolzen werden muss. Eine Ausweitung der Aufgaben, Aufstockung des Personals und allenfalls Umbenennung wäre billiger gewesen und hätte den gleichen Effekt gehabt. Aber offensichtlich geht es auch hier in erster Linie um Personalpolitik – man will den derzeitigen Geschäftsführer loswerden. Auch der so genannte Rundfunkbeirat wird entgegen bisheriger politischer Praxis ausschließlich von der Bundesregierung ernannt. Man versucht nicht einmal beim Beirat den Schein der Unabhängigkeit zu wahren. Nicht nachvollziehbar ist auch, warum zur Finanzierung dieser RTR-GmbH auch die Umsätze des ORF incl Programmengeld herangezogen werden, zumal nicht ersichtlich ist, welche Leistungen diese Behörde für den ORF er-

bringen wird. Außerdem handelt es sich beim Programmengeld um eine Gebühr, die als Gegenleistung für den Empfang von Hörfunk und Fernsehsendungen zu erbringen sind; dazu leistet diese GmbH aber keinen Beitrag.

Bedenklich ist weiters, dass dieser weisungsgebundene Behördenleiter auch die Entscheidungen über Rechtsverletzungen oder Beschwerden, was bis jetzt der mehrheitlich aus Richtern besetzten Regionalradiokommission vorbehalten war, treffen wird. Dabei handelt es sich nicht nur um Verwaltungsübertretungen, sondern auch um Beschwerden von WettbewerberInnen, also doch eher um Angelegenheiten, die als civil rights anzusehen sind. Aber schließlich entscheidet der Behördenleiter auch in Streitfällen über die Angemessenheit des Entgelts für die Sendeanlagen des ORF (§ 15 Abs 3 PrR-G).

Als Rechtsmittelinstanz ist ein Bundeskommunikationssenat vorgesehen. Es handelt sich hierbei um eine Behörde gem Art 133 Z 4 B-VG, wobei 3 von den 5 Mitgliedern RichterInnen sein sollen. Diese Behörde mit richterlichem Einschlag erkennt als oberste Instanz über Rechtsmittel gegen die Entscheidungen des „Regulierungsbeamten“ ausgenommen in Verwaltungsstrafsachen (in diesen Fällen ist der UVS Rechtsmittelinstanz) und übernimmt außerdem die Aufgaben der Rundfunkkommission. Warum diese unbedingt abgeschafft werden musste, ist nicht nachvollziehbar, zumal diese Behörde ihr Aufgaben bisher durchaus erfolgreich erledigte. Aber offensichtlich waren bestimmte Teile der Regierung mit der Rechtsprechung dieser Behörde nicht einverstanden, also musste eine neue Behörde geschaffen werden. Staatssekretär Franz Morak hat Recht: Das ist kein Stillstand in der Medienpolitik, das ist ein Rückschritt. Der Begriff Medienalbanien für Österreich wäre eine Beleidigung Albanien.

*Dr. Sepp Brugger ist wissenschaftlicher Mitarbeiter für den Grünen Club im Parlament für die Bereiche Justiz und Medien.*

MUSKATELZ

**DER  
DATENZUGRIFF IM  
STRAFVERFAHREN**

JURISTISCHE SCHRIFTENREIHE BAND 168



Verlag Österreich

286 Seiten, broschiert,  
öS 498,- / € 36,19, 3-7046-1621-4

- Ist das Instrumentarium der StPO noch ausreichend und zeitgemäß?
- Entstehen andererseits durch den Datenzugriff neue Gefahren für Betroffene?
- Umfassende Bewertung der bestehenden Rechtslage
- Vergleich mit anderen europäischen Rechtsordnungen
- Reformvorschläge zur Sicherung der Strafverfolgung bei gleichzeitigem Grundrechtsschutz

**Verlag Österreich**

vormals Verlag der  
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerey

Verlag Österreich GmbH, 1037 Wien,  
Rennweg 16, Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
e-mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at)  
Internet: [www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

**justline.at**

Direkt zu Ihrem Recht

**Jurbooks**  
1010 Wien, Wollzeile 16

<sup>2</sup> Vgl. Initiativantrag der Abgeordneten Dr. Ulrike Baumgartner-Gabitzler, Dr. Krüger und Kollegen, 370/A dBlg 21. GP.

# Freedom and Money

G. A. Cohen

Der folgende Text gibt das "handout" zum gleichnamigen Vortrag von G. A. Cohen wieder, den dieser am 4. Dezember des Vorjahres auf Einladung des Instituts für Philosophie und des Instituts für Rechtsphilosophie in Wien gehalten hat. Der Text des eigentlichen Vortrags ist für den Abdruck im **juridikum** zu umfangreich. Allerdings hätten wir es bedauert, auf Cohens bedeutende Ausführungen über den Zusammenhang von ökonomischer Ungleichheit und Unfreiheit verzichten zu müssen. Wir haben uns daher dazu entschlossen, anstelle des Textes das ausführliche "handout" abzu drucken. Darüber hinaus habe ich mit Gerald Cohen vereinbart, dass Interessenten das gesamte, etwa 40 Seiten umfassende Manuskript zur Verfügung gestellt wird.<sup>1</sup> Wer an dem längeren Text interessiert ist, kann diesen bei mir per E-Mail anfordern (alexander.somek@univie.ac.at).

Alexander Somek

## 0. Principal Contention: Lack of Money carries with it Lack of Freedom.

The Right-wing view (also held by the non-right-wing thinkers Isaiah Berlin and John Rawls): the problem the poor face is not that they lack *freedom*, but that they are not always able to *exercise* the freedom that they undoubtedly have; when the left assert that the poor, by virtue of being poor, lack *freedom itself*, the left indulge in a tendentious use of language. The right-wing argument (not endorsed by Berlin and Rawls, since they deny (4), and, therefore, (5)):

(1) Freedom is compromised by (liability to) interference (by other people), but not by lack of means.

(2) To lack money is to suffer not (liability to) interference, but lack of means.

so (3) Poverty (lack of money) does not carry with it lack of freedom (Conceptual Claim).

(4) The primary task of government is to protect freedom.

so (5) Relief of poverty is not part of the primary task of government (Normative Conclusion).

Familiar left-wing responses are: rejection of (1) (which Berlin and Rawls accept) and/or of (4) (which Berlin and Rawls reject). I shall reject (2), which is not usually challenged.

## 1. Endorsements of (1)–(3) by Isaiah Berlin and John Rawls

Rawls and Berlin agree with the right's *conceptual* claim, even though (not at all inconsistently), they reject the right's *normative* conclusion.

a. "It is important to discriminate between liberty and the conditions of its exercise. If a man is too poor or too ignorant or too feeble to make use of his *legal rights*, the liberty that these rights confer upon him is nothing to him, but it is not thereby annihilated. The obligation to promote education, health, justice, to raise standards of living, to provide opportunity for the growth of the arts and the sciences, to prevent reactionary political or social or legal policies or arbitrary inequalities, is not made less stringent because it is not necessarily directed to the promotion of *liberty itself*, but to conditions in which alone its possession is of value, or to values which may be independent of it."<sup>2</sup>

b. Berlin described Roosevelt's New Deal as a "great liberal enterprise" which was "certainly the most constructive compromise between individual liberty and economic security which our own time has witnessed".<sup>3</sup>

c. "The inability to take advantage of one's rights and opportunities as a result of poverty and ignorance, and a lack of means generally, is sometimes counted among the constraints definitive of liberty. I shall not, how-

ever, say this, but rather I shall think of these things as affecting the worth of liberty . . . the worth of liberty is not the same for everyone. Some have greater authority and wealth, and therefore greater means to achieve their aims."<sup>4</sup>

d " . . . the connection of the rule of law with liberty is clear enough . . . if the precept of no crime without a law is violated, say by statutes being vague and imprecise, what we are at liberty to do is likewise vague and imprecise. The boundaries of our liberty are uncertain. And to the extent that this is so, liberty is restricted by reasonable fear of its exercise."<sup>5</sup>

e. It is hard to see why liberty (*itself*) is restricted by mere *fear* of its exercise yet not at all restricted by the *impossibility* of its exercise that Rawls thinks poverty ensures.

## 2. Refutation of (2) and (3)

a. I shall here accept the Berlin/Rawls contrast between means and ability, on the one hand, and freedom on the other. Also, I shall assume that the law of the land is fully enforced.

b. Why (2) and (3) are false: a property distribution *is* a structure of interference: if *A* owns *P* and *B* does not, then *A* may use *P* without interference, and *B* will suffer interference if he attempts to use *P*. But money serves to remove that latter interference. Money therefore confers freedom, rather than merely the ability to use it, even when freedom is equated with absence of interference.

c. Money alone never suffices, by itself, to supply the freedom its seekers seek, since other conditions are necessary to buying something. But the poor *as such* are far less free than the rich *as such*, because, in their case, a key condition – money – is widely unsatisfied.

## 3. Return to Berlin

a. Freedom is "opportunity for action",<sup>6</sup> "the absence of obstacles to possible choices and activities"<sup>7</sup> and the "absence" of said "freedom is due to the closing of . . . doors or failure to open them, as a result, intended or un-

<sup>1</sup> Ähnliche Überlegungen findet man allerdings schon in Cohens früheren Arbeiten. Hingewiesen sei auf Cohen, Self-Ownership,

Freedom, and Equality (1995) 57–59.

<sup>2</sup> Berlin, Four Essays on Liberty (1969) liii, emphases added.

<sup>3</sup> Berlin, *ibid.*, 31.

<sup>4</sup> Rawls, A Theory of Justice (1971) 204.

<sup>5</sup> Rawls, *ibid.*, 239.

<sup>6</sup> Berlin, above note 1, xlii.

<sup>7</sup> *ibid.*, xxxix.

intended, of alterable human practices, of the operation of human agencies"<sup>8</sup>.

b. My negative liberty is determined by the answer to the question: "[h]ow much am I governed?"<sup>9</sup>

c. Suppose that two people are prevented from boarding a plane, one because she lacks a passport and the other because she lacks a ticket. Was only the first unfree to board it? What the airline does to the ticketless passenger is exactly what the state does to the passportless one: it blocks her way.

#### 4. Tickets and freedoms

a. The analogy between a sum of money and a state-issued ticket on which a person's freedoms are inscribed: In their complex version, the tickets lay out a disjunction of conjunctions of courses of action that I may perform. That is, I may do A and B and C and D OR B and C and D and E OR E and F and G and A, and so on.

b. A sum of money is, similarly, a license to perform a disjunction of conjunctions of actions, actions, like, for example, visiting one's sister in Glasgow, or taking home, and wearing, the sweater on the counter at Selfridge's.

#### 6. Marxian Comments

a. The partial disanalogy between money and state tickets is consequent on the separation, in capitalist civilization, between the state and civil society. In a market society, my freedom of access to commodities does not depend so immediately on the state, but on the decisions of others that the state endorses. But it *is* my freedom that depends on that, and, since their decisions turn on whether or not I offer them money, my freedom depends on how much money I have.

b. Money, and its lack, imply social relations of freedom and unfreedom: money is "social power in the form of a thing"<sup>10</sup>.

c. If people all had wonderful memories and were all law-abiding, and information flowed rapidly from person to person, money could take the form

of nothing more than common knowledge of people's entitlements. Money would then take no physical form at all.

d. The Left's protest against poverty is a plea on behalf of freedom, a protest against the extreme unfreedom of the poor in capitalist society, and in favour of a much more equal distribution of freedom.

#### 7. Why these Conceptual Claims Matter

a. Conceptual claims are sometimes key premises in arguments with normative conclusions, and the right-wing movement from (1) through to (5) is a case in point. That important normative argument is defeated when its critical conceptual sub-conclusion, (3), is shown to be false, as it has been shown to be here. And this way of countering normative arguments is often more effective than a properly normative confrontation with them, which so often leads to impasse.

b. My argument does not prove that the right must abandon their political preferences, since they can always reformulate them without using the language of freedom. But the right lose, if I am right, not, indeed, the capacity to sustain the policies that they favour, but an *argument* for those policies rooted in the value of freedom.

c. The right do not oppose interference *as such*: they oppose interference with the rights of private property, but they support interference with access by the poor to that same private property, and they consequently cannot defend property rights by invoking the value of freedom, in the sense of non-interference.

d. Whether "freedom" is understood rights-disregardingly, or, instead, rights-ladenly, private property cannot be vindicated through a conceptual connection between private property and freedom.

*G. A. Cohen is Chichele Professor of Social and Political Theory and a Fellow of All Souls College at the University of Oxford.*

AUER

### VERFASSUNG UND STRAFRECHT IM KONTEXT RECHTS-PHILOSOPHISCHER ETHIK

JURISTISCHE SCHRIFTENREIHE BAND 157



Verlag Österreich

165 Seiten, broschiert,  
öS 348,- / € 25,29,  
3-7046-1532-3

- Rechtsphilosophische Ethik in Geschichte und Gegenwart
- Grundrechte: Genese und Bedeutung der gegenwärtigen Rechtsordnung
- Strafrechtswesen und verfassungsrechtliche Determinanten
- Zum Spannungsverhältnis von Verfassung und Strafrecht

Verlag Österreich

vormals Verlag der k. u. k. Hof- und Staatsdruckerey

Verlag Österreich GmbH, 1037 Wien, Rennweg 16, Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
e-mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at)  
Internet: [www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

justline.at

Direkt zu Ihrem Recht

Jurbooks  
1010 Wien, Wollzeile 16

<sup>9</sup> Ibid., p. xliii.

<sup>10</sup> Karl Marx, *Grundrisse*.

# Taking Sovereignty Seriously?

## The Principle of Sovereignty in the Community Legal Order

Aleksandra Wentkowska

"On behalf of the peoples of Europe, . . ."  
(The Preamble to Draft Constitution of the European Union 1994)

### I. Introduction

The European Community, as a developed form of an international organisation, is a sovereign union of states which creates a supranational system of co-operation. The European Court of Justice has contrasted the European Community Treaties with "ordinary international Treaties"<sup>1</sup> and stated that "the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subject of which comprises not only Member States, but also their nationals."<sup>2</sup>

Poland, like the other East European states, wishes to accede into the EU because of the basic advantages which the EU provides. In addition to furthering social and security aims for its Members, the Union concentrates on providing for the defence of its Members' sovereign rights in relation to the world through the strengthening of economic power. Therefore, when we talk about sovereignty we take into consideration its economic aspect. According to the principles of international law, there can be no distinct division between, eg economic, political

or national sovereignty,<sup>3</sup> for when considering the principle of sovereignty and economic dependencies between states we, in fact, necessarily talk about its economic aspect, too. We should pay attention to the fact that while political sovereignty is the most important attribute of statehood,<sup>4</sup> without economic sovereignty a declaration of statehood would be empty. History shows that a strong economic union was, *erga omnes*, the primary integrating factor for the EU. The direct motive for creation of the European Coal and Steel Community by the Paris Treaty in 1951 was an attempt to build a great economic structure, which would preserve peace and security in Europe.

Member States transfer some of their own competencies to the Community, but this is not tantamount to a complete loss of sovereignty. Shall we talk about 'Europe of bits and pieces'?<sup>5</sup> It shows that in order to attain this kind of unprecedented legal order, Member States have diverged from the concept of absolute independence, moving in the direction of moderate monism. The theory of monism affirms that all existing national laws are unified into a system in which international legal rules are of a higher legal order than is the system created by each individual state.<sup>6</sup> In this paper I shall try to resolve some 'sover-

eignty misunderstandings' by pointing to the reality of the relation between European Community law and state sovereignty.

### II. Understanding the Concept of Sovereignty

"International law, through its principle of effectiveness, determines the sphere and reason of validity of national law; and thus, the superiority of international law to national seems to be imposed by the content of the law itself."<sup>7</sup> In this connection membership in the European Union may reduce the sphere of sovereign activity retained by each state, because "a state loses its quality as a state if the law created by the treaty assumes the character of national law."<sup>8</sup> H. Kelsen explains that this is "because of the centralisation of the community constituted by the treaty, as is the case of a treaty by which a federal state is established."<sup>9</sup> In this case "national law is created by an act of international law."<sup>10</sup>

This leads to a problem with the understanding of the principle of sovereignty, which was reformulated in various ways during the last four centuries. According to one of them the sovereignty "is a state's independence from every other power in its relations with other subjects of international law and self-dependence in regulation of internal matters. Particularly, sovereignty means the right of a state to make decisions freely about its internal matters and external connections without being constrained by any external factors, other than the fact that it cannot break the law of other states in keeping with general rules of international law."<sup>11</sup>

If the above definition was taken for granted, international connections and dependencies could be treated as a reduction of state sovereignty. The adherents of the "erosion" or "abso-

1 Fedechar Case, Case 8/55, [1954-56] E.C.R. 245.

2 Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Vereestingen, Case 26/62, [1963] E.C.R. 250.

3 W. Garner: Introduction to Political Science, New York 1910, p. 46.

4 A government which exercises its political, international, and internal competencies is expressing its statehood.

5 D. Curtin: The Constitutional Structure of the Union: A Europe of

Bites and Pieces. Common Market Law Review 10/1993, p. 17

6 This doctrine of monism, which gives international law primacy, was created and advocated by H. Kelsen in The Principles of International Law, New York 1952, p. 43. This is in opposition to the theory of dualism created by H. Triepel, D. Anzilotti, which suggests that international and national law compose two different branches of law, and, moreover, two totally distinct sys-

tems with specific matters of regulation and sources. See generally R. Bierzanek, J. Symonides, Prawo Publiczne Międzynarodowe (Public International Law), Warsaw 1995, p. 20.

7 Kelsen: The Principles of International Law, *supra* note 6, p. 109-115.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 K. Skubiszewski, Zarys prawa międzynarodowego publicznego (An Outline of the Public International Law), vol. I, Warsaw 1955, p. 158 (my own translation); similar J. Brownlie: The Principles of International Law, London, 1990; B. Gilson: The Conceptual System of Sovereign Equality. Leuven, 1984.

lute sovereignty" theories affirm that states lose their economic and political autonomy through the growing international co-operation among states. The result is limiting the freedom of governments to form their own foreign affairs policies, and a greater dependence on decisions of other states' governments.

This "absolutist theory" maintains that in the past states had at their disposal real sovereignty; nowadays, through the growing existence of transnational organisations and subjects and through the "necessary" memberships in international structures, there is an erosion and decline of state sovereignty. This false assumption is unreasonable and presupposes an absolutist or totalitarian form of sovereignty. Indeed, the point of the sovereignty principle is respected and emphasised in a large number of treaties.<sup>12</sup> The substance is developed, occasionally assuming wider dimensions. In effect it is the states' point of view; they emphasise their own benefits. Taking into consideration self-interests and international correlations or interdependencies, they take part in a wider regulation, redefining the concept of sovereignty. Dependencies are natural and affirmative relationships which arise from economic, technical and political development. The intensification of such relationships is connected with the creation of political structures such as the EU, which extends beyond the states' internal schemes and adaptations to international standards. There is also an idea of "collective management of interdependencies"<sup>13</sup>, which states try to put into effect, thus creating institutions such as the European Community.

Sovereignty does not hamper the realisation of requirements subsequent to interdependence. Indeed, these states which 'lose' by agreeing to reduce their freedom they "recov-

er" by the assertion of adequate behaviour of their partners. Therefore, states give up only a limited amount of their sovereignty by granting particular powers to the international organisations from which they hope to gain benefits.<sup>14</sup>

According to the second attitude, which accepts the above-mentioned elements of the international relations, sovereignty should not be connected with any ideal model of autonomy. States can never achieve absolute autonomy. A conception of total sovereignty does not reflect faithfully the scale of state autonomy at any stage of history. Followers of this so-called "new view" theory consider that their concept of sovereignty is the condition sine qua non for peaceful co-operation and for keeping international order.

In order to resolve the issues presented in this paper, it may be necessary to create a definition of sovereignty, taking into account the views mentioned above.

Sovereignty is a state's capacity to be a subject of international rights and obligations through the independent performance of national competencies resulting from a state's own free will. This definition recognises each state's freedom to transfer some of its inherent powers to international organisations, and simultaneously takes into consideration international interdependencies and compliance with the rules of international law. The word "independent" should be interpreted as the whole character of competencies, which are not constituted from above like international competencies.<sup>15</sup> It is exclusive to the territory of the state where separate and independent political power functions. Finally, independence implies self-reliance as states can exercise their competencies without taking orders from, or taking cognisance of the internal laws of other states.

#### IV. Sovereignty in the Light of the Proposed European Union Constitution and the Role of the European Court of Justice

This situation may change with the adoption of the European Union Constitution,<sup>16</sup> which, *inter alia*, gives more powers to the European institutions. It is said that "the term Constitution is used typically to designate the category of basic legal orders of sovereign states (or – exceptionally – of non-political units). However it has also become familiar in denoting the fundamental principles laid down in Treaties such as those establishing the European Union: it is well known that even the European Court of Justice uses the term *ordre constitutionnel européen*"<sup>17</sup>.

The Preamble constitutes the basic purposes: on the one hand a common system of constitutional values, the creation of a European identity; and on the other hand the Union shall respect the historical, cultural and linguistic heritage of the Member States.<sup>18</sup> Then it is possible that, if the project becomes a law, the European Union will turn into a federation. According to the Kelsen theory, "the law created by the Treaty [and, if passed, the Constitution] assumes the character of national law."<sup>19</sup> Since no state is sovereign when it is depending on the internal law of another state or organisation, it is possible for the Member States to be dispossessed of their sovereignty in the future. But the draft constitution was proposed to increase the efficiency, transparency and democracy of the institutions and to simplify the decision-making procedures. F. Snyder poses very important questions: '( . . . ) in what sense is the proposed draft of constitution? ( . . . ) What exactly do we mean by constitution? Is it a codification? Is it a statement or renewal of basic values and principles? Is a legal cornerstone of European society, however later may be bounded or constructed? . . . ' It could be answered that the con-

12 For example, see Article 2(1), U. N. Charter. See also, The Declaration of Principles in Helsinki Closing Act of 19. founded by Organization for Security and Cooperation in Europe.

13 This expression can be found in an article written by Zbigniew Czachór, „System współpracy politycznej w integrowaniu Europy“ („The System of European Political Coopera-

tion in Integration of Europe“), Toruń, 1994, p. 16–21.

14 In the EU there are rules concerning common economic, competition, agriculture and transportation policies, as well as regarding the free movement of persons, goods, services and capital.

15 The meaning was taken over from J. Kranz, „Państwo i jego suwerenność“ („The State and its Sover-

eighty“) 7 Państwo i Prawo 1996, p. 3–25 (my own translation).

16 The European Union Constitution was proposed by the Parliament on February 10<sup>th</sup> 1994. Its text is in Bundesrat-Drucksache 182/94.

17 D. Thüser: Do we need a Constitution for Europe? A Constitution for the European Union? Proceedings of a Conference, 12–13 May 1994, organized by the Robert Schuman Center

with the patronage of the European Parliament. EUI Working Paper, RSC No 95/9, p. 15.

18 Article 1 of European Union Constitution; See also, J. Galster, „Projekt konstytucji wspólnot europejskich“ („The Project of the European Union Constitution“), 10–11 Państwo i Prawo 1995, p. 51–62.

19 Kelsen: The Principles of International Law, *supra* note 6 p. 44.



stitution is a right term in the EU structure and should be understood as dynamic, fluid elements of the constitutional process. In this sense the sovereign right of states would be preserved, because the supranational legal order is created by states which is one of the most outstanding parts of European identity.

The expansion of supranational Community powers threatened to weaken the position of member governments in the process of the European integration. These powers Community obtains through the general and specific principles of the Community law. They are mainly elaborated by the European Court of Justice. The functioning of the European Court of Justice, created by European Community, is specified. Under the authority of the treaties, it is the task of the ECJ to ensure the due observance of Community law. But that law is the focus of the jurisdiction of the ECJ. Therefore this function creates its role as the 'Supreme Court' of the Community which is more similar to a state court than eg to the International Court of Justice.

### V. The Sovereign Rights of Poland Upon the EU Accession

Regarding the Polish history,<sup>20</sup> it appears that Poles feel strongly about matters of nationality and sovereignty. Therefore, many of them consider sovereignty to be an absolutist principle with an ideal state most often having a full internal autonomy and total freedom of activity in the international sphere. It conforms to the "absolutist theory" described above.

However, states do not lose their sovereignty by acceding to a treaty.<sup>21</sup> If for example Poland and other accessing countries join the European Union, they will still be able to execute their own competencies in the capacity of the so-called "reserved sphere" ("con-

trol gap"). The Member States deliver some of their own competencies to the Community;<sup>22</sup> while it is tantamount to a reduction in some sovereign powers and it does not result in the relinquishment of sovereignty. First of all, there is no form of subordination to any other state. The granted competencies are taken over by the commonly created institutions, which act for the good of the Community. States give the Community some of their natural competencies because it is necessary in order to achieve the Treaty's stated purposes. "It is not only the delivering of competencies to any form of higher power, but also an order to execute the competencies . . . on the base of an international treaty."<sup>23</sup> Thus, the Member States remain sovereign in accordance with the rules of democratic control over the realisation of the Community aims. As mentioned above,<sup>24</sup> within the borders of the Community, the interests of smaller states are not dependent on the "most important" state.

As an international organisation the EU is the most effective in its role as a creator of a high level of economic development and as a potential developer of an efficient structure of economic relations both within and outside of the Community. For this reason, the accession of Poland to the EU would give the country a chance to increase its economic power without losing its treasured state sovereignty. This idea satisfies the conception created by General Charles de Gaulle, who described the economic aspect of the integration process as a necessary stage of states' development. His "Europe of Native Countries" would have been created as a compact union of sovereign states. In that case Poland will transfer some of its own competencies to the Community, but this is not tantamount to a complete loss of sover-

eignty. If it joins the EU, Poland will have to accept the EU legal order.

### VI. The Viewpoint of Poland's Constitution

The rules embodied in the European Constitution increase the Polish Parliament's difficulties in drafting Poland's new constitution. Since the modern trend is interdependence and co-operation in the international arena, the newly created Polish Constitution is to express Poland's ability to assume and fulfil obligations arising from the EC Treaty and *acquis communautaire*.<sup>25</sup> Therefore, one of the first articles provides Poland's obligation to respect international law.

Moreover, the next provisions contain a direct reference to matters of international law, that is "some rights of the Poland's Republic institutions can be delivered in some matters to an international organisation on the strength of an international treaty."<sup>26</sup> Initial opinions of Members of Parliament have treated the prepared Article 90(1) of the Polish Constitution as "an act against the state's principle of sovereignty", and condemned the "mad speed at which some of the political parties are pursuing a total submission and dependence on the world economy."<sup>27</sup> Generally speaking, the conviction that a state cannot belong to an organisation such as the EU without accepting all of the consequences for the state's legal order, still prevails in the Polish Parliament. Nevertheless, "Member States still keep their sovereign equality because they deliver their own free will and factual and material powers on the mutual terms. They make it better and more efficient to realise their own interests. Through their actions, they have the possibility of initiating profitable solutions, which could be more difficult to achieve outside the integration in EU."<sup>28</sup>

20 Examples of this include: the strong identity which the nobility had to their *Respublica Poloniae*; insurrections during the time of the Polish partitions (1772-1918); and a short time of real independence (1918-1939).

21 International law refuses to recognize an abandonment of sovereignty in the conclusion of any treaty by which a state undertakes to perform or refrain from performing a particular act. See, e. g., Wimble-

don Case, [1923] PCIJ, Ser. A, No. I, p. 25, saying that „the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty.”

22 See footnote 14.

23 A. Wasilkowski, „Uczestnictwo w strukturach europejskich a suwerenność państwowa” (Sovereignty of the State and Membership in the European Union), 5 Państwo i Prawo 1996, p. 15-23 Similarly, J. Brownley argues in *The Principles of International Law*, 1990, p. 33-40 that

„membership of international organizations is not obligatory and the powers of the organs of such organizations, to determine their own competencies, to take decisions by a majority vote, and to enforce decisions, depend on the consent of member states.”

24 *Kelsen: The Principles of International Law*, *supra* note 6, p. 44

25 *Acquis communautaire* „describes the sum of what has been achieved in giving effect to the

founding Treaties.” *Wyatt and Dashwood*, E. C. Law, London, 1995, p. 656.

26 Art 90 (1).

27 Biuletyn, Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego (KKZN), No. XV, 33<sup>rd</sup> Session of Parliament Report.

28 M. P. W. Konarski, KKZN, No. XV, 33<sup>rd</sup> Session of Parliament Report.

In contrast to some constitutions of Member States of European Community, the Polish Constitution has no direct regulations dealing with membership in the European Union, which seems to be a significant question to resolve.

One of the most important and recent provision in the Constitution is the reservation that the Republic of Poland shall respect international law binding upon it<sup>29</sup>. Upon this provisions we can state that the Constitution compiles with what is required by fundamental international law. Moreover, there are some supplements, which provides further evidence of the relationship between internal legal order and international law. According to them, a ratified international agreement, upon its publication in *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Journal of Laws of Poland's Republic)* shall constitute the part of the national legal order, and shall be applied directly, unless its application depends on the enactment of a statute. Here one may ask a question: what is the rank that secondary legislation will have – *acquis communautaire* of the European Community – in our internal legal system? The list of sources of law<sup>30</sup> is a so called 'closed catalogue', which is the consequence of the principle of democracy. There is no place for a new source of law as *acquis communautaire*. Therefore, one of the propositions could be a modification of the Constitution e. g. adding some articles which would relate to Poland's future membership in the European Union.

The Constitution further provides that an international agreement which has been ratified upon prior consent granted in a statute, shall take precedence over a statute if the statute in question cannot be reconciled with the

agreement. If the agreement, ratified by the Republic of Poland, establishing an international organisation so provides, the law settled by such an organisation shall be applied directly, and have precedence in the event of a collision with statutes.<sup>31</sup> This is a new problem for Polish courts, to whom the direct application of EC law is still unknown.

The 'transfer of competencies' creates another problem of interpretation. Poland gives up only a limited amount of its sovereignty by granting specific powers to the international organisations, from which they hope to gain material benefits. If it joins the European Union, Poland will still be able to execute its own competencies in the capacity of the so-called "reserved sphere" ("control gap"). However, still there is no specification of or the scope of these competencies. Hopefully, the 'open domain' of this provision will specify in a executive regulation.

As a conclusion the words of Professor S. Biernat could be cited, who states that provisions of the Constitution of the Republic of Poland 'despite certain doubts that may be raised by some formulations, these provisions create convenient constitutional foundations for Poland's future membership in the European Union. They correspond to the standards developed in the case law of the European Court of Justice for relations between the Union and Member States, and also between Community law and the legal orders of the Member States'<sup>32</sup>.

*Aleksandra Wentkowska, Mgr, PhD candidate at the Department of Public International Law and European Law at the Faculty of Law and Administration, University of Silesia, Katowice.*

## Die aller-neuesten Entscheidungen aus dem Versicherungs-vertragsrecht

Sen.-Präs. Dr. Ekkehard Schalich

29. Mai 2001

9:00 bis 17:00 Uhr

Hotel Biedermeier, Wien

- Präsentation der neuesten OGH-Entscheidungen
- Auswirkungen der Einzelfallentscheidungen auf andere Streitfragen
- Aufzeigen neuer Tendenzen

Verlag Österreich  
vormals Verlag der k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH, 1037 Wien, Rennweg 16, Tel.: 01-610 77-510, Fax: -602  
e-mail: [seminare@verlagoesterreich.at](mailto:seminare@verlagoesterreich.at)  
Internet: [www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

**justline.at**

Direkt zu Ihrem Recht

**Jurbooks**  
1010 Wien, Wollzeile 16

29 Art 9.  
30 Art 87.  
31 Art 91.

32 S. Biernat: Constitutional Aspects of Poland's Future Membership in the European Union. *Archiv des Völkerrechts*. Band 36 Heft 4, December 1998, p. 24.

# Strafende Gerechtigkeit

## Kriminalpolitik ante portas –

Einleitende Anmerkungen zum Heftthema „Strafende Gerechtigkeit“

Richard Soyer

Thema dieses Heftes sind Beiträge zu Problemstellungen mit – teilweise nur sehr lose – Bezug auf die parlamentarische Enquete-Kommission über Reaktionen auf strafbares Verhalten in Österreich. Sepp Brugger, in seiner Eigenschaft als Mitglied der Redaktion des **juridikum**, und ich als Mitherausgeber dieser Zeitschrift haben es übernommen, diesen Heftschwerpunkt zu betreuen. Bei der Konzipierung erschien es uns zweckmäßig, das Hauptaugenmerk nicht auf parlamentarisch-parteilpolitische Diskussionen, sondern auf rechtspolitische und rechtsdogmatische Überlegungen mit (nach unserem Dafürhalten großer) Relevanz für die Zukunft zu richten.

Über viele Jahre, ja Jahrzehnte war die altbewährte programmatische Idee, dass eine gute Sozialpolitik die beste Kriminalpolitik sei, zumindest dem äußeren Anschein nach quasi unbestritten und vorherrschende Meinung. Davon abgesehen (womit der Wert einer guten Sozialpolitik keineswegs grundsätzlich in Frage gestellt sei) ist nicht erst seit kurzem klar, dass in den vergangenen Jahren Reformen versäumt und Entwicklungsmöglichkeiten nicht wahrgenommen wurden.

Wer Kriminalpolitik in vereinfachender Weise als Ideologiepolitik zu betreiben versuchte, würde die Zeichen der Zeit nicht adäquat verstehen. Globalisierung, New Economy, Risikogesellschaft – wie immer die großen Herausforderungen der Gegenwart charakterisiert werden, bestimmend ist für das Bestehen dieser Republik noch immer und allemal, ja mehr denn je, die Pflege der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfasstheit dieser Gesellschaft und ihrer Kultur der Aufklärung.

Daher sind abseits tagesaktueller bzw. anlassbezogener kriminalpolitischer Neuerungen wichtige Fragen der Kriminalpolitik immer wieder neu zu stellen. Dass es im vorliegenden Rahmen – wenn überhaupt – nur ansatzweise gelingen

kann, einem solchen Meta-Thema gerecht zu werden, war und ist uns klar; die LeserInnen werden dessen ungeachtet, so hoffen wir, die einzelnen Beiträge zu würdigen wissen.

Die eingeladenen AutorInnen waren gebeten worden, die ihnen unterbreiteten Fragestellungen in kurz gehaltenen Abhandlungen zu erörtern. Für die nachstehend veröffentlichten Beiträge sei den VerfasserInnen an dieser Stelle herzlich gedankt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Aufsätze an dieser Stelle wie folgt vorgestellt:

- ▶ „Überlegungen zu einem Strafrecht für Heranwachsende in Österreich“ werden von *Brigitte Loderbauer* angestellt;
- ▶ *Alois Birklbauer* setzt sich mit der ihm gestellten Aufgabe einer „Entrümpelung des StGB?“ auseinander;
- ▶ *Stefan Ebensperger* thematisiert „Die strafrechtlichen Auswirkungen des Cannabis-Anbaus“ (Teil 2 dieser Publikation wird im nächsten Heft erscheinen);
- ▶ „Die lebenslange Freiheitsstrafe“ wird von *Christian Bertel* in einem Kurzbeitrag in Frage gestellt;
- ▶ *Barbara Helige* erörtert die ihr unterbreitete Fragestellung „Ist das gerichtliche Disziplinarrecht effizient?“;
- ▶ „Amtsmissbrauch im Strafrecht – Judikatur versus Realität?“ ist der Titel des Beitrags von *Claudia Mahler*;
- ▶ *Wolfgang Aistleitner* geht auf die Problemstellung „Denkmalschutz für Geschworene?“ ein;
- ▶ „Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU?“ ist schließlich das Thema von *Fritz Zeder*.

Wie *Sepp Brugger* die Arbeit der Enquete-Kommission im Parlament sieht, wird er im nächsten Heft darlegen. Für Erweiterungen des Spektrums des Heftschwerpunktes ist die Redaktion offen.

*Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer ist Rechtsanwalt in Wien und Mitherausgeber des juridikum.*

In den letzten Jahren konnte in Europa ein zweifacher Trend bei der rechtlichen Behandlung junger Menschen im Alter bis zu etwa 24 Jahren beobachtet werden. In fast allen Ländern Europas wurde die Grenze der *zivilrechtlichen Volljährigkeit* mit der Vollendung des 18. Lebensjahrs festgesetzt. Andererseits wurde das so genannte *Heranwachsendenstrafrecht* geschaffen. Darunter versteht man Bestimmungen für die Altersgruppe, die zwar dem Jugendstrafrecht nicht mehr unterliegt, der aber zugute gehalten wird, dass sie aufgrund entwicklungsbedingter Faktoren noch nicht mit aller Konsequenz dem Erwachsenenstrafrecht zuzurechnen ist. In der Regel handelt es sich dabei um Personen im Alter bis zu etwa 24 Jahren. Das Heranwachsendenstrafrecht nimmt Rücksicht auf die Tatsache, dass sich manche junge Menschen über die Volljährigkeit hinaus in einem oft krisenhaft verlaufenden Entwicklungsprozess befinden.

Die so genannte *Adoleszenzkrise* kann sowohl durch psychische, biologische, genetische als auch soziale Faktoren ausgelöst werden. Man versteht darunter eine akute Anpassungsstörung, entstanden durch das Nichtbewältigen der altersbedingt anstehenden Entwicklungsaufgaben.<sup>1</sup> Folge dieser krisenhaften Entwicklung kann neben anderen Erscheinungsformen auch abweichendes Verhalten im Sinne von Kriminalität sein. Wie auch mir aus der Praxis bekannt ist, äußern sich Straftaten, die als Auswirkung der Adoleszenzkrise begangen werden, oftmals in typischen Erscheinungsformen, wobei besonders auffällig ist, dass rund 40% aller registrierten Jugendstraftaten in der Gruppe begangen werden. Etwa 2/3 aller jungen Menschen begehen irgendwann ein „normales Jugenddelikt“ (als altersgebunden vorübergehendes Phänomen), während nur etwa 2% eine „echte Straftat“ (als Vorbote einer „kriminellen Laufbahn“) begehen (vgl. R. Kohnstamm, *Praktische Psychologie des Jugendalters*, Bern 1999). Damit korrespondiert auch die steigende Tendenz bei Jugenddelikten vor allem im minderschweren Kriminalitätsbereich, die nicht verbunden ist mit einer signifikanten Zunahme der Verurteilungszahlen<sup>2</sup> oder der Häftlingszahlen. Statistisch erwiesen ist in diesem Zusammenhang, dass die Jugendkriminalität gerade zwischen dem 18. und 20. Lebensjahr stark ansteigt und danach wieder sinkt. Das zeigt, dass Jugendkriminalität in ihren typischen Erscheinungsformen *nicht den Beginn einer „kriminellen Karriere“ darstellt, sondern vielmehr Ausdruck vorübergehender Probleme ist.*

Von besonderer Bedeutung ist daher auch die Reaktion der Gesellschaft auf solches abweichendes Verhalten, da jede überzogene strenge Intervention eher das Gegenteil des Erstrebtens bewirkt. Es ist kriminologisch belegte Erkenntnis, dass Spontanremission und soziale Anpassung nach der Adoleszenz am besten ohne stigmatisierende und repressive Sanktionen auftritt.<sup>3</sup>

Das Heranwachsendenstrafrecht trägt diesen *entwicklungspsychologischen Erkenntnissen* Rechnung und weist die

Entscheidungskompetenz über junge Erwachsene den Jugendgerichten zu. Das bedeutet freilich nicht, dass es keine adäquaten Reaktionen auf kriminelles Verhalten junger Menschen geben soll. Es ist für die Strafverfolgungsbehörden vielmehr dringend geboten, *normverdeutlichend* zu wirken. *Effiziente Sanktionen* sind vor allem solche, bei denen die Einsicht des Jugendlichen oder jungen Erwachsenen gefördert und seine eigene Verantwortung gestärkt werden und der Erziehungs- bzw. Resozialisierungsgedanke im Vordergrund steht. Daraus lässt sich auch die besondere Wirksamkeit von diversionellem Vorgehen ableiten. Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Straftat und gesellschaftlich spürbarer Reaktion ist dabei sehr wichtig. Die eigenen Handlungsweisen oder Wiedergutmachungsleistungen, die vom Jugendlichen oder jungen Erwachsenen verlangt werden, wie dies sowohl beim Außergerichtlichen Tatausgleich

# Überlegungen zu einem Strafrecht für Heranwachsende in Österreich

Brigitte Loderbauer



aber auch bei Gemeinnützigen Leistungen oder Kursbesuchen der Fall ist, stellen ein besonders wichtiges erzieherisches Element dar.

Nunmehr *beabsichtigt auch der österreichische Gesetzgeber, sich dem europäischen Trend anzuschließen.*

Mit dem *Kindschaftsrechtsänderungsgesetz, welches mit 1. 7. 2001 in Kraft treten wird, wird daher der Eintritt der zivilrechtlichen Volljährigkeit vom 19. auf das 18. Lebensjahr herabgesetzt.* Inwieweit durch diese Änderungen den Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens und nicht so sehr den Interessen der solchermaßen frühzeitig für erwachsen (allerdings nicht im Sinne von reif) Erklärten Rechnung getragen wird, ist eine spannende Diskussionsfrage, die aus rechtlicher Sicht allein jedenfalls nicht beantwortet werden kann. Psychologen weisen in diesem Zusammenhang immer wieder darauf hin, dass in den letzten Jahrzehnten zwar eine Beschleunigung der körperlichen Entwicklung festzustellen war, bedingt im Wesentlichen durch gesteigerten Wohlstand, gleichzeitig aber die psychosoziale Entwicklung einen längeren Zeitraum als früher in Anspruch nimmt. Tatsache ist, dass es mit dieser Neuerung für junge Menschen leichter wird, ihre Rechte und Pflichten allein wahrzunehmen, dass sie damit aber auch noch früher ungeschützt gesellschaftlichen Entwicklungen ausgesetzt sind, an denen teilzunehmen

1 Gößler, Friedrich, *Jugend und Sucht* in: Homepage der Drogenambulanz, AKH Wien.

2 Vgl. Beclin/Grafl in: *Österreichische Juristenzeitung*, 55. Jahrgang, Heft 22, S. 831.

3 Albrecht, *Jugendstrafrecht*, 2. Aufl., 1993.

ihnen oft noch das nötige persönliche Rüstzeug, insbesondere die erforderliche Ich-Stabilität fehlt.

In der ursprünglich in Begutachtung gegangenen Fassung des Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes war keine wesentliche Änderung des Jugendstrafrechtes beabsichtigt. Der Gesetzgeber plante nur, die erforderlichen Anpassungsbestimmungen, die zB mit dem Wegfall des gesetzlichen Vertreters für die Altersgruppe der 18- bis 19-Jährigen verbunden sind, vorzunehmen. Schließlich wurde aber unter dem plakativen Motto „Gleiche Rechte, gleiche Pflichten“ die *Herabsetzung des Alters für die Anwendung des Erwachsenenstrafrechtes* auf den Zeitpunkt der Vollendung des 18. Lebensjahres als gesellschaftspolitische Notwendigkeit postuliert. Begründet wurde diese Initiative damit, dass ein Auseinanderklaffen von zivilrechtlicher Volljährigkeit und Erwachsenenstrafrecht nicht zu rechtfertigen wäre, da ein Teil der Bestimmungen des JGG für Volljährige ohnehin nicht mehr anwendbar sei. Wie zuletzt die Vorsitzende des Justizausschusses im Nationalrat in der Richterzeitung 01/01, Seite 3, betonte, seien zudem „jungen Erwachsenen die Grenzen ihres Tuns klar aufzuzeigen und sie hätten die Verantwortung dafür zu übernehmen“. Bei dieser Argumentation darf aber nicht übersehen werden, dass Jugendliche in Österreich ab Vollendung des 14. Lebensjahres strafmündig sind und daher ab diesem

Zeitpunkt für von ihnen begangenes, strafrechtlich relevantes Unrecht auch einzustehen haben. Das *Jugendstrafrecht* bietet lediglich die Möglichkeit, auf krisenhafte Entwicklungen adäquat einzugehen, indem dem Jugendrichter oder Jugendstaatsanwalt ein breiteres Reaktionsspektrum an die Hand gegeben wird.

Weil bei Einführung des JGG 1988 wegen der damals mit dem 19. Lebensjahr eintretenden Volljährigkeit unter anderem ein Gleichziehen von Strafrecht und Zivilrecht unter Verzicht auf die Schaffung eines eigenen Heranwachsendenstrafrechtes sinnvoll erschien, wurde jetzt auch argumentiert, dass sich daraus folgerichtig ergebe, dass auch die Absenkung der Altersgrenzen wiederum parallel zu erfolgen habe. Völlig außer Acht lässt diese Argumentation, dass die seinerzeitige Hinauf-

setzung ganz wesentlich zu dem Zweck erfolgte, „die in ihrer Persönlichkeit noch nicht ausgereifte unterste Gruppe der so genannten Heranwachsenden dem Jugendstrafrecht zu unterstellen“<sup>4</sup>, also ein Eingehen auf die Adoleszenzkrise zumindest ansatzweise zu ermöglichen.

Historisch gesehen hat es eine *Gleichstellung von zivilrechtlichen und strafrechtlichen Altersgrenzen* bis 1989 nie gegeben. Während noch bei Einführung des JGG 1961 die zivilrechtliche Volljährigkeit mit dem 21. Lebensjahr erreicht wurde,

wurde damals das Erwachsenenstrafrecht mit geringen Ausnahmen ab Vollendung des 18. Lebensjahres angewendet. Auch nachdem 1973 die zivilrechtliche Volljährigkeitsgrenze auf 19 Jahre herabgesetzt wurde, blieb es im Strafrecht beim 18. Lebensjahr. Eine Angleichung dieser beiden Altersgrenzen erfolgte erst mit Einführung des auch derzeit geltenden Jugendgerichtsgesetzes am 1. 1. 1989. Seit diesem Zeitpunkt wird das Jugendstrafrecht auf die Altersgruppe der 14- bis 19-Jährigen angewendet. Danach kommt – mit Einschränkung bei der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe – ausschließlich das Erwachsenenstrafrecht zur Anwendung.

In der Praxis haben sich die *Bestimmungen des JGG*, das durchaus immer noch als *europaweit führendes, innovatives Gesetzeswerk* betrachtet werden kann, sehr gut bewährt. Kein Wunder also, dass bei Bekanntwerden der Absichten des Gesetzgebers vor allem die Praktiker, nämlich Richter, Staatsanwälte und Rechtsanwälte, aber auch die Bewährungshilfe und sonstige im Bereich des Strafrechtes tätige Sozialorganisationen, vehement für eine Beibehaltung des geltenden Gesetzes eintraten. Das bloße Reduzieren des JGG auf Jugendliche im Alter zwischen 14 und 18 Jahren ohne gleichzeitige Schaffung von Sonderbestimmungen für die Altersgruppe der 19- bis 21-Jährigen hätte kriminalpolitisch einen gravierenden Rückschritt bedeutet, der angesichts der positiven Erfahrungen mit der bisherigen strafrechtlichen Altersgrenze und der für die Einführung der beabsichtigten Herabsetzung der Altersgrenze prognostizierten Mehrkosten von ursprünglich sogar 11 Mio. Schilling nicht verständlich gewesen wäre.

Im *internationalen Vergleich* zeigt sich, dass die meisten europäischen Länder im Strafrecht Bestimmungen für junge Erwachsene eingeführt haben. Nur in Großbritannien, Frankreich, Italien und der Schweiz, in der allerdings eine Ausweitung bis zum 25. Lebensjahr in Diskussion ist, endet die Anwendbarkeit des Jugendstrafrechtes absolut mit Vollendung des 18. Lebensjahres. In den meisten anderen Ländern, in denen ein Heranwachsendenstrafrecht gesetzlich verankert ist, liegt die Grenze für die Anwendung dieses Rechtsinstitutes bei der Vollendung des 21. Lebensjahres, in den Niederlanden ist eine Ausdehnung bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres in Planung.

Wichtig für die *Anwendung des Heranwachsendenstrafrechtes* ist auch, dass die *Entscheidungskompetenz üblicherweise dem Jugendgericht zukommt*, dessen Richter in der Regel über besondere pädagogische und psychologische Kenntnisse verfügen müssen. Allerdings hängt die Anwendung dieser Spezialnormen in vielen Ländern, darunter auch in der Bundesrepublik Deutschland, von der Beurteilung des Entwicklungsstandes des jungen Menschen ab. Die richterliche Entscheidung darüber kann in Einzelfällen sogar nur unter Beiziehung von Sachverständigen getroffen werden. Dabei hat eine „Gesamtwürdigung der Persönlichkeit unter Berücksichtigung der Umweltbedingungen“<sup>5</sup> zu erfolgen. Die Praxis in unserem Nachbarland hat hiezu gezeigt, dass angesichts der Fülle der zu bewältigenden Fälle Richter eher zu schematischen Einordnungen neigen, die sich weitgehend an schnell registrierbaren Äußerlichkeiten wie der sozialen Gruppenzugehörigkeit, dem Alter, dem Bildungsgrad oder auch der Erwerbstä-

4 Vgl 486 BlgNR XVII.GP, 23 und 738 BlgNR XVII.GP, 5.

5 Vgl § 105 dJGG, RN 11 in: Eisenberg, Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl., München 2000.

tigkeit und dem Einkommen orientieren. Zusätzlich kommt es in der Praxis bei so genannten „Bagatelldelikten“ wie insbesondere dem Verkehrsstrafrecht häufig zur Anwendung des allgemeinen Strafrechtes, während mit zunehmender Tatschwere – vor allem bei Raubdelikten – überwiegend Jugendstrafrecht angewendet wird. Eine Anwendungspraxis, die dem Postulat einer möglichst persons- und falladäquaten Behandlung von Straftätern wohl nicht immer entspricht.

Umso erfreulicher ist es, dass Österreich nach dem im Nationalrat beschlossenen Bundesgesetz, mit dem das JGG 1988 und das StGB geändert werden, nicht diesen Weg zu gehen beabsichtigt, sondern den schon bisher mit dem JGG erfolgreich praktizierten Weg klarer und genereller Regelungen beibehalten will.

Der Weg zu diesem Ergebnis war allerdings gekennzeichnet von einer Phase intensiver Diskussionen des ursprünglichen Änderungsentwurfes für das JGG 1988 und das StGB, die ihren Abschluss schließlich in einem *Expertenhearing im Rahmen der parlamentarischen Enquetekommission* fanden. Dabei konnte entgegen den vorerst geplanten Einschränkungen ein Kompromiss gefunden werden, der aus Praktikersicht – ausgenommen die doch massive Verschlechterung für den Altersjahrgang der 18- bis 19-jährigen – den Bedürfnissen der Heranwachsenden doch mehr entgegenkommt. Nicht zugestimmt kann allerdings einer Expertenmeinung aus dem Bereich der Lehre werden, wonach die Verschärfung bei den 18- bis 19-jährigen leicht durch die Verbesserungen für die 19- bis 21-jährigen wieder aufgewogen würde. Wie auch im täglichen Leben kann wohl nicht des einen Unglück gegen des anderen Glück aufgewogen werden. Besonders zu bedauern sind in diesem Zusammenhang die Verdoppelung der Strafrahmen, weiters der Wegfall der Möglichkeiten des § 6 JGG (Absehen von der Verfolgung) bzw. das Unterlassen, eine ähnliche Regelung zu schaffen, die ein Reagieren auf strafbares Verhalten im untersten Bereich der Kriminalität zugelassen hätte, ohne insbesondere beim Verschulden an die engen Grenzen des § 42 StGB gebunden zu sein, die Einschränkung der Diversionmöglichkeiten auf das für Erwachsene geltende Maß sowie insbesondere der Umstand, dass auch

die beschränkte Auskunft im Sinne des § 6 Abs 2 Tilgungsgesetz nun nur mehr für Jugendliche bis zum vollendeten 18. Lebensjahr gilt.

Neben diesen Wermutstropfen enthält die *beschlossene Neuregelung aber auch wichtige, von der Praxis geforderte Regelungen* wie die Zuständigkeit des Jugendgerichtes bis zum 21. Lebensjahr, die erweiterten Möglichkeiten der Bewährungshilfe, die Beibehaltung der Möglichkeit von Jugenderhebungen und der Beiziehung einer Vertrauensperson, den erweiterten Rahmen für einen Strafaufschub sowie die Sonderbestimmungen für die Haft bis zum 21. Lebensjahr. Zusätzlich ist es auch noch zu einem Wegfall der Untergrenzen bis zu einer Strafdrohung von 5 Jahren Freiheitsstrafe sowie zu einer Herabsetzung der 1-jährigen Untergrenze auf 6 Monate und zur Einführung einer maximalen Untergrenze von einem Jahr für junge Erwachsene bis 21 gekommen.

Insgesamt verbleibt bei der *nunmehr beschlossenen* Änderung des JGG 1988 und des StGB der Wunsch, dass der Gesetzgeber wieder zur Überzeugung kommt, dass die bisher für Jugendliche bis zum vollendeten 19. Lebensjahr geltenden diversionellen Regelungen keineswegs zu weit gesteckt sind und durchaus auch bis zum vollendeten 21. Lebensjahr angewendet werden könnten. In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass die Anwendbarkeit der §§ 12 und 13 JGG (Schuldspruch ohne Strafausspruch und Schuldspruch unter Vorbehalt der Strafe) nunmehr ebenfalls mit Eintritt der Volljährigkeit entfallen soll. Die sehr positiven Erfahrungen aus dem ersten Anwendungsjahr der Diversion im Rahmen der Strafprozessnovelle 1999 würden meines Erachtens einen solchen Schritt durchaus rechtfertigen. Diversion bedeutet für junge Straftäter die Möglichkeit, eigenes Fehlverhalten auf eine in der Gesellschaft positiv bewertete Weise wieder gut zu machen, ohne stigmatisierende Wirkungen durch eine Vorstrafe. Das heißt gleichzeitig *Verantwortung zu übernehmen, Normen anzuerkennen, aber auch Chancen und damit eine positive Einstellung zu allgemein anerkannten Werten zu bekommen.*

StA Dr. Brigitte Loderbauer ist bei der Staatsanwaltschaft Linz tätig.



# Themenvorschau 2001

**Heft 2/2001**

**Spuren im Recht**

Redaktionsschluss: Ende April

**Heft 3/2001**

**Eingebildete Ausbildung – ausgebildete Einbildung**

Redaktionsschluss: Mitte Juli

**Heft 4/2001**

**Das Ende der Kommunikation**

Redaktionsschluss: Mitte Oktober

1. Einleitung

Im Besonderen Teil des Strafgesetzbuches (StGB) drückt sich der Wertekatalog einer Gesellschaft aus. Wenn sich die Wertvorstellungen einer Gesellschaft ändern, wird sich dies auch auf einzelne Strafbestimmungen auswirken. Folglich ist es nur konsequent, das Strafgesetz immer wieder auf seine Zeitgemäßheit zu durchforsten und die einzelnen Tatbestände an die geänderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen und Bedürfnisse anzupassen.

Das österreichische Strafgesetzbuch wurde am 23. 1. 1974 erlassen. Der gesellschaftliche Wandel in den vergangenen 27 Jahren liegt auf der Hand. Das Anliegen der parlamentarischen Enquetekommission zum Thema „Die Reaktion auf strafbares Verhalten in Österreich, ihre Angemessenheit, ihre Effizienz, ihre Ausgewogenheit“, das Strafrecht auf seine Aktualität hin zu überprüfen, ist damit berechtigt. Die Richtung, in die die Anpassung gehen soll, hängt jedoch von den jeweiligen kriminalpolitischen Bekenntnissen ab. Folglich wird ein Konsens nicht leicht zu finden sein. Der vorliegende Beitrag referiert einerseits verschiedene Vorschläge, die in der Enquetekommission gemacht wurden, zum anderen stellt er darüber hinaus weitere Änderungsmöglichkeiten zur Diskussion. Er umfasst in jedem Fall nur eine Auswahl der reformbedürftigen Bestimmungen. Im ersten Teil werden zunächst verschiedene Strafbestimmungen aufgezählt, die aus dem StGB gestrichen werden könnten. Der zweite Teil befasst sich mit Strafrahmänderungen bei einzelnen Delikten, wobei vorgeschlagen wird, die Anzahl der Strafrahmertypen zu reduzieren. Schließlich wird noch zur Beseitigung des Missverhältnisses zwischen den Strafdrohungen der Vermögensdelikte und jenen der Delikte gegen Leib und Leben Stellung bezogen.

2. Streichung einzelner Bestimmungen des Besonderen Teils des StGB

2.1 Strafbare Handlungen gegen Ehe und Familie

Geändert hat sich in den letzten Jahrzehnten die Bedeutung von Ehe und Familie. Trotz des grundsätzlichen Bekenntnisses der Gesellschaft zum Wert dieser Institutionen, wie es etwa in den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts Ausdruck findet, ist das Strafrecht zur Unterstützung dieses Bekenntnisses ungeeignet. Es bedarf kaum mehr strafrechtlicher Bestimmungen speziell zum Schutz dieses Rechtsguts. Dies hat der Gesetzgeber zum Teil erkannt, und 1996 die Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 194 aF<sup>1</sup>) aufgehoben. Dieser Schritt kann allerdings nur als Anfang verstanden werden. Es ist in der heutigen Zeit unverhältnismäßig und überflüssig, für die Tatsache der mehrfachen Ehe (§ 192), ohne dass es bei einem solchen Delikt ein Opfer gibt, eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorzusehen, also genau so viel wie für die fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen (§§ 80, 81) oder für die vorsätzliche schwere Körperverletzung (§§ 83, 84). Dabei fällt auch ins Gewicht, dass seit der Abschaffung der

Strafbarkeit des Ehebruchs die Bigamie zu einem formellen Statusdelikt mutiert ist und Ehetäuschung und Ehenötigung in § 193 eigens pönalisiert sind.

Zu überdenken ist auch die Altersgrenze von 16 Jahren für die so genannte Kindesentziehung (§ 195). Wer einen noch nicht 16-jährigen Jugendlichen verleitet oder ihn unterstützt, sich vor dem Erziehungsberechtigten verborgen zu halten, ist nach dieser Bestimmung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen. Dass der Jugendliche dabei nicht gegen seinen Willen dem Erziehungsberechtigten entzogen wird, ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieses Delikts. Zur Einschränkung der Verfolgbarkeit ist zwar bei der Entziehung eines über 14-jährigen Jugendlichen für die Strafverfolgung die Ermächtigung des Jugendwohlfahrtsträgers erforderlich, die Strafbestimmung an sich ist aber dennoch überzogen. Das Gesetz spricht von „Kindesentziehung“, obwohl es die Altersgrenze zwischen Kindern und Jugendlichen mit

# Entrümpelung des StGB?

## Auswirkungen des gesellschaftlichen Wertewandels auf das Strafrecht

Alois Birklbauer



14 Jahren festsetzt (§ 74 Z 1). Die Altersgrenze sollte auch in § 195 bei 14 Jahren gezogen werden. Der Gesetzgeber geht schon ab diesem Alter sowohl von einer zivil- als auch einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus. Wer einen über 14-jährigen „Ausreißer“ dabei unterstützt, sollte nicht durch das Strafrecht diszipliniert werden.

Ähnliches gilt für die Vereitelung behördlich angeordneter Erziehungsmaßnahmen (§ 196). Wer eine nicht volljährige Person einer behördlich angeordneten Erziehungsmaßnahme entzieht, sie dazu verleitet oder ihr dazu Hilfe leistet, ist nach dem geltenden Recht mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Auch hier wäre es sinnvoll, eine Strafbarkeit lediglich für die Vereitelung behördlich angeordneter Erziehungsmaßnahmen bei Personen bis zum vollendeten 14. Lebensjahr vorzusehen und nicht noch darüber hinaus.

2.2 Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden

Nicht mehr zeitgemäß sind zum Teil auch die Strafbestimmungen für Handlungen gegen den religiösen Frieden. Es ist nicht Aufgabe eines liberalen, säkularisierten und demokratischen Staates, die Glaubensgrundsätze von Religionen durch Strafnormen zu schützen. Wenn die Herabwürdigung religiöser Lehren (§ 188) unter Strafe gestellt wird, gibt es, bei allem Re-

1 §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche des StGB.

spekt gegenüber persönlichen religiösen Einstellungen, in dieser Hinsicht kaum einen Unterschied zu Rechtssystemen von Staaten, in denen hinter Rechtsvorschriften religiöse Normen stehen. An der Unverhältnismäßigkeit der genannten Bestimmung ändert auch die relativ geringe Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen nichts. Dass diese Strafbestimmung heute fehl am Platz ist, zeigt sich auch darin, dass dieses Delikt am ehesten gegen Künstler angewendet wird, weil in der Freiheit der Kunst kein genereller Rechtfertigungsgrund gesehen wird<sup>2</sup>. Ein liberales Staatsverständnis legt nahe, auf Strafbestimmungen für solche Fälle zu verzichten. Die zivilrechtlichen Maßnahmen bis zur Beschlagnahme reichen aus, um den gesellschaftlichen Frieden zu wahren.

Unter dem Gesichtspunkt der Trennung von Staat und Religion sollte auch die Qualifikation der *falschen Zeugenaussage unter Eid* (§ 288 Abs 2) überdacht werden. Staatsanwälte und Verteidiger beantragen die Beeidung idR bei Zeugen, bei denen sie aufgrund ihrer religiösen Einstellungen eine Chance sehen, sie durch die „Heiligkeit des Eides“ zu einer wahren Aussage bewegen zu können. Wenn diese Personen dann unter Eid aussagen, wird die angedrohte Freiheitsstrafe beinahe verdoppelt. Somit werden durch diese Qualifikation im Ergebnis Personen wegen ihrer persönlichen Einstellung und Werthaltung benachteiligt. Darüber sollte ein moderner Staat – auch abgesehen von der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes – erhaben sein.

### 2.3 Strafbare Handlungen gegen den öffentlichen Frieden

Das Staatsverständnis hat sich in den vergangenen Jahren insgesamt geändert. Das Demokratiebewusstsein und das Vertrauen in den Rechts- und Gesetzesstaat ist mittlerweile so stark, dass es beispielsweise unnötig ist, die *Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze* (§ 281) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder die *Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen* bzw die *Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen* (§ 282) mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren als eigene Delikte vorzusehen. Wegen dieser Delikte wurden in den letzten Jahren immer wieder Personen verurteilt, die beispielsweise in Zeitungsinserten zur Totalverweigerung des Wehrdienstes aufgerufen haben. Die Strafbarkeit solcher „Unruhestifter“, wenn sei einen anderen zu einem konkreten Delikt bestimmen (§ 12 2. Fall) bzw sonst zu einem konkreten Delikt eines anderen beitragen (§ 12 3. Fall), ist ohnehin gegeben und unter kriminalpolitischen Gesichtspunkten ausreichend. Politisch anders Denkende, die ihren Ansichten mehr oder minder öffentlich freien Lauf lassen, brauchen nicht durch das Strafrecht diszipliniert und zu „politischen Märtyrern“ gemacht zu werden.

Zu überdenken wäre auch die *Verbreitung falscher, beunruhigender Gerüchte* (§ 276). Nach dieser Vorschrift ist jemand, der absichtlich ein Gerücht verbreitet, von dem er weiß, dass es falsch ist, und das geeignet ist, einen großen Personenkreis zu beunruhigen und dadurch die öffentliche Ordnung zu gefährden, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Von mündigen und kritischen Bürgern ist zu erwarten, dass sie nicht allen Gerüchten glauben. In Zeiten wacher Medienkon-

trolle und des Internets ist es überdies relativ einfach, sich rasch Gewissheit über den Wahrheitsgehalt eines Gerüchts zu verschaffen. Insofern wird das Tatbestandsmerkmal der Beunruhigung eines großen Personenkreises ohnehin praktisch nie erfüllt sein. Durch das Entfernen überflüssiger Bestimmungen aus dem StGB würde insgesamt das Schwergewicht auf tatsächlich strafwürdige Verhaltensweisen verlagert werden.

### 2.4 Hochverrat und andere Angriffe gegen den Staat

Es ist ein legitimes Interesse eines Staates, zu seiner Bestandsgarantie Hochverrat und staatsfeindliche Verbindungen unter Strafe zu stellen. Wird allerdings die *Herabwürdigung des Staates bzw seiner Symbole* (§ 248) mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht, so vermittelt dies den Eindruck, der Bestand eines Staates wäre bereits durch eine Herabwürdigung seiner Symbole bedroht. Das in Österreich herrschende Staatsbewusstsein macht in der heutigen Zeit eine solche Strafbestimmung entbehrlich. Das Singen der österreichischen Bundeshymne mit einem gehässigen Text auf einer Demonstration gegen die Regierung ist beispielsweise zwar verwerflich, es vermag aber das Staatsbewusstsein nicht in einer Weise zu erschüttern, dass eine strafrechtliche Reaktion erforderlich ist. Es ist wiederum unverhältnismäßig, geschmacklose Kritiker des Staates mit Mitteln des Strafrechts zu Märtyrern zu machen.

Dies gilt auch für das Verbrennen der österreichischen Fahne im Zuge einer Demonstration. Selbst wenn dadurch die Missachtung des Staates öffentlich an den Tag gelegt wird, braucht dem nicht in jedem Fall mit Mitteln des Strafrechts begegnet zu werden. Solche Handlungen disqualifizieren sich von selbst. Denkbar wäre es in diesem Zusammenhang lediglich – ähnlich wie in der Schweiz – eine Strafbarkeit für die Beschädigung *behördlich angebrachter* Fahnen oder Hoheitszeichen vorzusehen<sup>3</sup>. Hierin könnte die Grenze zwischen geschmackloser Kritik und strafbarem Angriff gegen den Staat als überschritten angesehen werden.

### 2.5 Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit

Die Reformbedürftigkeit der Sexualdelikte wurde in den vergangenen Jahren immer wieder aufgezeigt. Die letzten Novellierungen haben diese nur zu einem geringen Teil zu beseitigen vermocht. Auch wenn nach der Überschrift des Gesetzes das geschützte Rechtsgut die Sittlichkeit ist, sieht die herrschende Meinung die sexuelle Integrität bzw die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit des Menschen als das eigentlich geschützte Rechtsgut<sup>4</sup>. Damit ist die Strafbarkeit der *Blutschande* (§ 211) unvereinbar. Hinter der Strafbarkeit von Sexualkontakten unter nahen Verwandten stehen viel mehr „überlieferte Moralvorstellungen“<sup>5</sup>, und diese sind als Argument für die Strafbarkeit alles andere als zeitgemäß.

Nicht mehr zeitgemäß ist auch die Strafbarkeit der *Werbung für Unzucht mit Tieren* (§ 220a). Eine Strafwürdigkeit ergibt sich hier offenbar aus Gründen des „guten Geschmacks“, doch dies ist wiederum keine Aufgabe des Staates. Solche Werbungen disqualifizieren sich bei der breiten Bevölkerung von selbst, auch wenn es keine entsprechende Strafbestimmung mehr gibt, die mit der Änderung der land-

2 Siehe dazu Foregger, in: WK<sup>2</sup> § 188 Rz 17 ff.  
3 Vgl Art 270 schwStGB.

4 Zum geschützten Rechtsgut siehe näher Kienapfel/Schmoller, BT III Vorbem §§ 201 ff Rz 10 ff.

5 Vgl Kienapfel/Schmoller, BT III § 211 Rz 7.



wirtschaftlichen Strukturen ohnehin großteils obsolet geworden sind.

Überholt ist auch die diskriminierende Bestimmung der männlichen *gleichgeschlechtlichen Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren* (§ 209). Auch hinter dieser Bestimmung stehen weniger rational nachvollziehbare Argumente als vielmehr überlieferte Vorstellungen der Sexualmoral. In Deutschland und der Schweiz wurde die Diskriminierung der männlichen Homosexualität bereits aufgegeben, wengleich dort die „sexuelle Mündigkeit“ nicht wie in Österreich mit Vollendung des 14., sondern erst mit Vollendung des 16. Lebensjahres angenommen wird und Alterstoleranzgrenzen vorgesehen sind<sup>6</sup>.

## 2.6 Strafbare Handlungen gegen die Freiheit

Überflüssig und diskriminierend ist auch die Strafbarkeit der *Entführung einer willenlosen oder wehrlosen Frau* (§ 100). Wer eine geistesranke oder wehrlose Frau entführt, um sie zur Unzucht zu missbrauchen oder dieser zuzuführen, ist nach dieser Bestimmung mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Die Strafbarkeit eines Beteiligten ist allerdings aufgehoben, wenn dieser die Entführte geheiratet hat. Eine kriminalpolitische Notwendigkeit für diese Kombination eines Freiheits- mit einem Sexualdelikt ist nicht zu erkennen<sup>7</sup>. Der Schutz durch die allgemeinen Freiheits- bzw Sexualdelikte ist ohnehin gegeben und ausreichend<sup>8</sup>.

## 2.7 „Kameradschaftsdiebstahl“

Nicht mehr zeitgemäß ist schließlich auch die Verdoppelung des Strafrahmens beim Diebstahl, wenn Opfer und Täter „Kameraden“ des österreichischen Bundesheeres sind (*Kameradschaftsdiebstahl*; § 127 StGB iVm § 31 Abs 2 MilStG). Auch diesbezüglich haben sich die Wertvorstellungen der Gesellschaft in den letzten Jahren geändert. Warum soll es um so viel mehr strafwürdig sein, wenn ein Kamerad des Bundesheeres bestohlen wird als ein anderer Dritter?

## 3. Anpassung des Strafrahmens bei einzelnen Delikten

### 3.1 Problem der Vergleichbarkeit

Ob die angedrohten Strafen einzelner Delikte im Vergleich zu anderen Strafen unverhältnismäßig sind, ist – unabhängig von der jeweiligen kriminalpolitischen Einstellung – auch eine Frage des gewählten Vergleichspunkts. Es kommt nicht nur auf die jeweiligen Obergrenzen, sondern auch auf die angedrohten Mindeststrafen an. Da das österreichische StGB zurzeit 23 Typen verschiedener Strafrahmen kennt, ist der Vergleich mitunter schwierig zu ziehen. Das System der Strafdrohungen ist auch unter dem Gesichtspunkt zu überdenken, dass es in Hinkunft für Strafdrohungen Mindeststandards innerhalb der Europäischen Union geben soll<sup>9</sup>.

### 3.2 Reduzierung der Anzahl von Strafrahmentypen

Um eine bessere Vergleichbarkeit der einzelnen Delikte zu erreichen, könnte die genannte Vielzahl der Strafrahmentypen eingeschränkt werden. Mit einzelnen wenigen Maßnah-

men könnte der Katalog nahezu halbiert werden, ohne dass die Gerechtigkeit oder die präventive Funktion der Strafen darunter leiden müsste.

### 3.2.1 Streichung der obligatorischen lebenslangen Freiheitsstrafe

Die absolute Androhung der *lebenslangen Freiheitsstrafe*, die ohnehin nur für den *Völkermord* (§ 321) vorgesehen ist, könnte nicht zuletzt wegen der fehlenden praktischen Bedeutung dieses Delikts entfallen. Für dieses Delikt sollte *derselbe Strafrahmen* vorgesehen sein wie für den *Mord* (§ 75). Die absolute lebenslange Freiheitsstrafe könnte im Übrigen ähnlich wie bei den überzogenen Strafen des Verbotsgesetzes vor seiner Novellierung 1992 bewirken, dass keine Verurteilungen wegen § 321 erfolgen. Im internationalen Vergleich ist interessant, dass es nicht einmal beim Kriegsverbrechertribunal in Den Haag eine derart hohe Strafdrohung gibt<sup>10</sup>.

### 3.2.2 Beseitigung von Strafrahmenuntergrenzen

*Niedrige Strafrahmenuntergrenzen* sind vor allem deswegen von Bedeutung, weil sie es dem Richter ermöglichen, in minderschweren Fällen angemessene Strafen zu verhängen. Dies hat Bertel in der Kommission betont, der im Übrigen dafür eingetreten ist, „um ein gutes Werk zu tun und etwas zur Reform des Strafrechts beizutragen“ die Strafrahmenuntergrenzen generell zu beseitigen<sup>11</sup>. In Fortführung dieses Gedankens könnte man als ersten Schritt zumindest bei Delikten, die eine *Strafrahmenobergrenze bis zu fünf Jahren* vorsehen, die *Untergrenze entfallen* lassen. Die Richter könnten dadurch im Einzelfall noch flexibler als bisher auf eine strafbare Handlung reagieren bzw wären nicht genötigt, mittels des außerordentlichen Strafmilderungsrechts (§ 41) aus dem Regelstrahmen auszusteigen. Mit dieser Maßnahme würde von den drei zurzeit im StGB vorgesehenen Strafrahmentypen: 1) Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren, 2) Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren und 3) Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren nur mehr der letzte Typ übrig bleiben.

### 3.2.3 Abschaffung der kumulativen Geld-Freiheitsstrafe

Für einzelne Delikte wie die Wucherdelikte (§§ 154 f), die Auskundschaftung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses (§§ 123 f) und die Kreditschädigung (§ 152) sowie für bestimmte Tatbestände des Nebenstrafrechts ist vorgesehen, dass neben der Freiheitsstrafe zusätzlich eine Geldstrafe verhängt werden kann. Diese *kumulativen Geld- und Freiheitsstrafen* sind einerseits deswegen entbehrlich geworden, weil der finanzielle Vorteil, den jemand aus diesen Delikten gezogen hat, durch das 1996 erweiterte Instrument der *Abschöpfung der Bereicherung* (§ 20) ausgeglichen werden kann<sup>12</sup>. Zum andern ist die *Kombination unbedingte Geldstrafe – bedingte Freiheitsstrafe* ohnehin im Rahmen der Strafzumessung im weiteren Sinn (§ 43a Abs 2) für alle Delikte vorgesehen, wenn im Einzelfall eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verhängt wird. Durch das Streichen der kumulativen Geld-Freiheitsstrafe als eigenständige Strafdrohung könnten

6 Vgl Art 187 schwStGB (Alterstoleranzgrenze von 3 Jahren) bzw § 182 dStGB (Alterstoleranzgrenze von 2 Jahren).

7 Vgl auch Bertel/Schwaighofer, BT I<sup>6</sup> § 100 Rz 1.

8 Auch in der Strafrechtsenquetekommission

wurde seitens der NRBg Wurm (SPÖ) und Paphäzy (FPÖ) die Streichung dieses Tatbestands gefordert (Protokoll 10.10.2000, 49).

9 Siehe dazu den Beitrag von Miklau in der Sitzung vom 5. 10. 2000 (Protokoll 28 f).

10 Dies wurde in Kommission von Höpfl betont (Protokoll 5. 10. 2000, 45).

11 Protokoll 5. 10. 2000, 11 und 13.

12 In diese Richtung argumentierte auch Aistleitner (Protokoll 10. 10. 2000, 18).

vier Strafraumentypen entfallen: 1) Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren plus Geldstrafe, 2) Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren plus Geldstrafe, 3) Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren plus Geldstrafe und 4) Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten plus Geldstrafe.

### 3.2.4 Teilweise Beseitigung der alternativen Geldstrafenandrohung

Verschiedentlich ist bei einzelnen Delikten, die eine *Strafrahmobergrenze* von *mehr als sechs Monaten Freiheitsstrafe* vorsehen, ausdrücklich die Möglichkeit der *Umwandlung in eine Geldstrafe* bis zu 360 Tagessätzen vorgesehen. Für Delikte mit *konkreten Freiheitsstrafen* bis zu sechs Monaten bei abstrakten Strafdrohungen bis zu fünf Jahren wird die Umwandlung in eine originär zu verhängende Geldstrafe *auch durch Anwendung des § 37* ermöglicht. Der Grundsatz des § 37 von der Schädlichkeit kurzer Freiheitsstrafen soll dazu führen, dass möglichst alle konkreten Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten durch Geldstrafen ersetzt werden. Aufgrund dieser generellen Regelung könnte die bei einzelnen Delikten zusätzlich ausdrücklich vorgesehene Alternative der Verhängung einer Geldstrafe entfallen. Das Gesetz überschneidet sich hier, was zu vermeidbaren Verwirrungen in der Systematik führt. So könnten die Strafraahmen 1) Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätze, 2) Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätze und 3) Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätze eingespart werden.

Hingegen sollte bei Delikten, die keine über sechs Monate hinausgehende Freiheitsstrafe als *abstrakte Obergrenze* vorsehen, stets eine *Geldstrafe alternativ* im Strafraahmen angedroht sein, um den erwähnten Grundsatz von der Schädlichkeit kurzer Freiheitsstrafen, dem das österreichische StGB verpflichtet ist, und damit die *Priorität der Geldstrafe* zu betonen. Die Sonderkategorie Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten ohne ausdrücklich angedrohte alternative Geldstrafe könnte dadurch entfallen. Insgesamt könnten durch die erwähnten Vorschläge somit 11 von 23 Strafraumentypen eingespart werden.

### 3.3 Änderung der verhältnismäßig hohen Strafraahmen bei Vermögensdelikten

Die *Unverhältnismäßigkeit* verschiedener Strafdrohungen für *Vermögensdelikte* gegenüber den Delikten gegen *Leib und Leben* bzw den *Sexualdelikten* scheint auf der Hand zu liegen. Als Musterbeispiel wird immer wieder angeführt, dass für einen Raub mit *fahrlässiger Todesfolge* für das Opfer (§ 143 aE iVm § 7 Abs 2) die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe möglich ist, bei einer Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 201 Abs 3 aE) dagegen nicht<sup>13</sup>. Darin könnte tatsächlich ein Wert-

tungswiderspruch liegen. Wenn man schon nicht überhaupt von der lebenslangen Freiheitsstrafe abrücken will<sup>14</sup>, so sollte sie doch auf die Fälle begrenzt werden, in denen der Täter den Tod eines anderen *vorsätzlich* herbeiführt, also auf Mord. Dieser ist aber beim „Raubmord“ ohnehin neben dem Raub zu bestrafen, und dasselbe gilt auch für die Vergewaltigung, wenn der Täter in Kauf nimmt, dass sein Opfer sterben kann. Konsequenterweise wäre daher die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe aus dem Strafraahmen für den Raub mit Todesfolge zu streichen. An den Höchststrafdrohungen für die fahrlässige Todesfolge bei der Vergewaltigung, die bis an die Grenze der Mordstrafe reicht, würde sich dagegen nichts ändern.

Als weiteres Beispiel für die Unverhältnismäßigkeit wird angeführt, dass für eine vorsätzliche schwere Körperverletzung (§§ 83, 84) und den schweren Diebstahl einer Sache im Wert von mehr als ATS 25.000,- (§§ 127, 128 Abs 2) sowie für eine absichtliche schwere Körperverletzung (§ 87) und einen Einbruchsdiebstahl (§§ 127, 129), worunter oft auch Bagatellen zu subsumieren sind, jeweils dieselben Strafdrohungen gelten. Die Unverhältnismäßigkeit der Strafdrohungen könnte einmal dadurch beseitigt werden, dass die *Wertgrenze* für den schweren Diebstahl deutlich *angehoben* wird<sup>15</sup>. Weiters könnte speziell für die Fälle des Einbruchsdiebstahls eine eigene *Bagatellbestimmung* mit einer wesentlich geringeren Strafdrohung vorgesehen werden, ist doch je nach der Tatmodalität und dem Sachwert Einbruchsdiebstahl nicht gleich Einbruchsdiebstahl<sup>16</sup>. Was der Bagatellvorschrift des minder schweren Raubs (§ 142 Abs 2) billig ist, sollte dem Einbruchsdiebstahl recht sein. Ein sachgerechtes Ergebnis könnte schließlich auch durch eine Streichung der *Strafrahmengrenze bei den Vermögensdelikten* erreicht werden, weil auf diese Weise Bagatellen auch von der Strafzumessung her als solche geahndet werden können. Dies sind nur ausgewählte Beispiele, um mit wenigen Maßnahmen ein Mehr an Verhältnismäßigkeit zu erreichen.

## 4. Zusammenfassung

Die genannten Beispiele könnten das StGB an die geänderten gesellschaftlichen Wertungen und Bedürfnisse anpassen. Es handelt sich dabei nur um Anstöße im Reformprozess. Gerade die Änderungen bei den Strafraahmen sind an sich problematisch, weil dadurch das ganze System der Straftatbestände in Bewegung kommt und dies mitunter zu neuen Unstimmigkeiten führt, die auszugleichen sind. Dennoch sollte man vor Reformen auch angesichts dieser Tatsachen keine Scheu haben.

*Univ.-Ass. Dr. Alois Birklbauer lehrt am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Linz.*

<sup>13</sup> So unlängst wieder Justizminister *Böhmndorfer* (Salzburger Nachrichten vom 20.01.2001, 6).

<sup>14</sup> Die Sinnhaftigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe wurde in der Enquetekommission von *Müller* in Frage gestellt (Protokoll 7. 11. 2000, 15 f).

<sup>15</sup> *Bertel* hat einen Betrag von ATS 40.000 bis 50.000,- vorgeschlagen (Protokoll 5. 10. 2000, 12 f).

<sup>16</sup> *Bertel*, Protokoll 5. 10. 2000, 12; ähnlich *Aistleitner*, Protokoll 10. 10. 2000, 18.

I. Allgemeines

1. Einleitung

Der Anbau von Hanf (Cannabispflanzen) zu gewerblichen Zwecken spielte bis vor wenigen Jahren in Österreich eine relativ geringe Rolle, hat mittlerweile aber eine erhebliche Bedeutung erlangt: Aus Hanf gewonnenes Öl und Fasern stellen heute den Rohstoff für zahlreiche Produkte (Textilien, Kosmetika, Papier, Baumaterialien, Biokunststoff, Nahrungsmittel etc) dar. Der Hanfanbau zu diesen Zwecken ist selbstverständlich straflos, ja er wird unter gewissen Voraussetzungen sogar von der EG gefördert.

Auf der anderen Seite ist Hanf aber auch eine Pflanze, aus der Cannabis, die in Österreich am meisten konsumierte illegale Droge<sup>2</sup>, erzeugt werden kann, weshalb der Anbau uU strafrechtliche Folgen hat.

In Lehre und Rsp bestehen unterschiedliche Auffassungen darüber, ob der bloße Anbau von Hanf zwecks Gewinnung von Suchtgift lediglich eine Verwaltungsübertretung oder gerichtlich strafbar ist (das Suchtmittelgesetz enthält nämlich eine eigene Verwaltungsübertretung, die an eben dieses Verhalten anknüpft; der Anbau könnte aber auch als Erzeugung von Suchtgift angesehen werden). Unmittelbar damit verknüpft ist die Frage, wie lange noch von einer straflosen Vorbereitung gesprochen werden kann bzw wann die gerichtliche Strafbarkeit wegen versuchter Erzeugung von Suchtgift einsetzt. Bevor auf diese Fragen näher eingegangen wird, sollen zunächst Cannabis, seine Produkte, der Anbauvorgang und die Gewinnung der Droge besprochen werden; anschließend erfolgt eine kurze Darstellung der einschlägigen inter- und supranationalen Vorschriften sowie eine Kommentierung der für den Anbau und die Gewinnung bzw Erzeugung relevanten Bestimmungen im SMG. Beendet wird diese Untersuchung mit der Behandlung von Versuchs-, Konkurrenz- und Beteiligungsfragen.

2. Cannabis und THC

a) Die ESK 1961<sup>3</sup> versteht unter *Cannabispflanze* jede Pflanze der Gattung Cannabis (Art 1 Abs 1 lit c), unabhängig vom Gehalt an psychoaktiven Substanzen. Diese Pflanzengattung tritt in verschiedenen Arten auf. Am bekanntesten sind dabei der (auch in Österreich heimische) einjährige Faserhanf (*cannabis sativa typica*) und der rauschwirksamere (vor allem in Indien und im Orient verbreitete) Indische Hanf (*cannabis sativa varia indica*).

Unter Cannabis werden die Blüten- oder Fruchtstände der Cannabispflanze, denen das Harz nicht entzogen ist, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Benennung, verstanden; ausgenommen

sind die nicht mit solchen Ständen vermengten Samen und Blätter (Art 1 Abs 1 lit b ESK). Im internationalen Sprachgebrauch werden unter „Cannabis“ darüber hinaus auch die psychotrop wirkenden Cannabisprodukte verstanden<sup>4</sup>.

Cannabisprodukte (auch Cannabisextrakte) treten in drei Hauptformen auf: Haschisch, Marihuana und Haschisch-Öl. Es handelt sich dabei um verschiedene Verarbeitungen der blühenden weiblichen Hanfpflanze: *Marihuana* (auch Cannabis-Kraut oder „Gras“) ist ein (uU zerkleinertes) Gemisch aus abgetrennten Blättern und Blüten; das von der Rauschwirkung (ca 5 bis 7 mal) stärkere *Haschisch* (auch Cannabis-Harz oder „Shit“) ist das reine, idR unveränderte Harz aus den (weiblichen) Hanfblüten<sup>5</sup>. Seltener kommt das sog *Ha-*

# Die strafrechtlichen Auswirkungen des Cannabis-Anbaus Teil 1

Stefan Ebensperger<sup>1</sup>

*schisch-Öl* (auch Cannabis-Konzentrat oder „Liquid-Haschisch“) vor, eine hochkonzentrierte, halluzinogene Haschischlösung, die durch Extraktion bzw Destillation von Haschisch oder Marihuana gewonnen wird; es ist von der Rauschwirkung ca 10 mal stärker als Haschisch und bis zu 100 mal stärker als Marihuana.

b) Die in Cannabis enthaltenen Wirkstoffe werden als *Cannabinole* oder *Cannabinole* bezeichnet. Wichtigstes davon ist das psychoaktive und narkotische Cannabinoid Δ9-THC (Delta-neun-trans-Tetrahydrocannabinol – im Folgenden nur als *THC* bezeichnet). THC hat zwar eine Rauschwirkung, löst aber keine quantifizierbare körperliche Abhängigkeit aus<sup>6</sup>. Der THC-Gehalt der Cannabispflanze ist einerseits bis zu einer gewissen Grenze genetisch vorgegeben, andererseits von Umweltfaktoren/Wachstumsbedingungen abhängig: Je südlicher der Hanf wächst bzw je größer die Sonneneinstrahlung während der Wachstumsphase ist, desto größer ist der THC-Anteil<sup>7</sup>. In den Samen der Cannabispflanze ist THC noch nicht enthalten; die Pflanze erzeugt es erst im Laufe des Reifungsprozesses, uzw zu einem relativ geringen Anteil in den Blättern, Stängeln und männlichen Blüten und zu einem relativ hohen Anteil in den weiblichen Blüten<sup>8</sup>. Der THC-Gehalt

1 Herrn o.Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und seine wertvollen Anregungen.

2 Nach dem „Bericht zur Drogensituation 1999“ (Tabelle A10) des Österreichischen Bundesinstituts für Gesundheitswesen bezogen sich 1998 ca 70% (konkret: 16.376 von 23.476) aller Anzeigen wegen Verstoßes gegen das Suchtmittelgesetz auf Delikte in Zusammenhang mit Cannabis.

3 Einzige Suchtgiftkonvention v 30. 3. 1961, idF des Genfer Protokolls v 25. 3. 1972, BGBl 1978/531.

4 *Geschwinde*, Rauschdrogen. Marktformen und Wirkungsweisen<sup>4</sup> (1998) Rz 20 ff.

5 *Schmidbauer/vom Scheidt*, Handbuch der Rauschdrogen<sup>4</sup> (1999) 79.

6 Ergebnis zahlreicher wissenschaftlicher Studien, wie zB des Gutachtens des Beirates zur Bekämpfung des Missbrauchs von Alkohol und anderen

Suchtmitteln v 10. 5. 1985, abgedruckt in: *Foregger/Litzka*, SGG<sup>2</sup> (1985) 105 ff (110).

7 *Schmidbauer/vom Scheidt*, Handbuch 79 f.

8 *Geschwinde*, Rauschdrogen Rz 25.

der Cannabisprodukte ist – außer vom THC-Gehalt der Pflanze – davon abhängig, wie diese Produkte zubereitet und wie (lange) sie schon gelagert wurden<sup>9</sup>. Der THC-Anteil beträgt in Marihuana ca 2 – 5%, in Haschisch ca 5 – 15% und im Haschisch-Öl durchschnittlich 50%<sup>10</sup>.

### 3. Anbau und Gewinnung von Cannabis in der Praxis

Der Anbau von Cannabispflanzen erfolgt idR dadurch, dass Samen ausgesät bzw in die Erde gesetzt<sup>11</sup> und die daraus wachsenden Pflanzen aufgezogen werden; letzteres ist bei Anpflanzung im Freien („outdoor“) aufgrund natürlicher Wachstumsbedingungen nicht unbedingt erforderlich. Wie zahlreiche Sachverhalte aus der Judikatur zeigen, wird aber Hanf aufgrund der Illegalität und wegen der in Österreich für das Wachstum relativ schlechten klimatischen Bedingungen<sup>12</sup> häufig in Wohnungen, Gewächshäusern oder sonstigen abgeschlossenen Räumen („indoor“) zT unter Benützung spezieller Beleuchtung (Natriumdampf-Lampen) aufgezogen.

Zur Herstellung von Cannabisprodukten benötigt man insb weibliche Pflanzen, da die weibliche, unbefruchtete Pflanze das meiste Harz produziert<sup>13</sup>. Eine häufig angewandte „Aufzuchtbehandlung“ ist daher das Entfernen der männlichen Pflanzen, sobald deren Geschlechtsmerkmale erkennbar sind, da sonst eine Bestäubung/Befruchtung der weiblichen Pflanze stattfindet. Weitere Aufzuchtbehandlungen sind (wie auch bei anderen Pflanzen) insb das Gießen, Düngen, die Ungeziefer-Bekämpfung, das Auslichten, das Umpflanzen sowie die Unkrautentfernung.

Die Gewinnung (Ernte) von Marihuana erfolgt idR dadurch, dass die (harzigen) Blütenspitzen der reifen (weiblichen) Cannabispflanze, allenfalls auch Blätter, vom Stängel der Pflanze abgetrennt und getrocknet werden<sup>14</sup>. Haschisch wird erzeugt, indem entweder das Harz von den weiblichen Blüten abgerieben oder abgeschüttelt wird (wodurch ein mehrmaliges Aberrnten einer Pflanze möglich ist) und in der Folge mit Bindemitteln zu Platten gepresst wird<sup>15</sup>. Ein weiteres Herstellungsverfahren besteht darin, dass die geernteten und getrockneten Blütenstände auf einem Teppich zerrieben werden, dann das Harz durch das Gewebe geklopft wird und die Harzklümpchen in der Folge ebenfalls zu Platten verarbeitet werden<sup>16</sup>. Wird Haschisch zerrieben, spricht man von „Ha-

schisch-Pulver“. Die Erzeugung von Haschisch-Öl erfolgt durch Destillation von Marihuana oder Haschisch-Pulver; man benötigt dazu Lösungsmittel und eine Destillationsanlage<sup>17</sup>.

## II. Inter- und supranationale Regelungen

### 1. Völkerrechtliche Vorschriften

Bereits in der Opiumkonvention 1925<sup>18</sup> fielen Indischer Hanf und das daraus gewonnene Harz unter die zu kontrollierenden Rauschmittel. 1961 wurde die Opiumkonvention von der ESK aufgehoben und abgelöst. Dort sind Cannabis, Cannabis-harz, -extrakte und -tinkturen (aller Hanfsorten) als Suchtgifte im Anhang I angeführt. Nicht als Suchtgift gelten somit Hanfpflanzen, die (noch) keine Blüten- oder Fruchtstände (also Cannabis iSd ESK – s I.2.) aufweisen.

Art 22 Abs 1 ESK bestimmt für den Fall, dass in einem Staat Verhältnisse herrschen, die ein Anbauverbot von Cannabispflanzen als die geeignetste Maßnahme erscheinen lassen, um die „Volks Gesundheit“ und das öffentliche Wohl zu schützen, ein solcher Anbau zu verbieten ist. Beim ausnahmsweise<sup>19</sup> vorgesehenen Anbau von Cannabispflanzen zur Gewinnung von Cannabis oder Cannabis-harz ist ein Kontrollsystem einzurichten (Art 28 Abs 1 unter Verweis auf Art 23 ESK). Auf den Anbau von Cannabispflanzen zu gärtnerischen und gewerblichen Zwecken ist die ESK nicht anwendbar (§ 28 Abs 2).

Art 36 Abs 1 ESK enthält ua die Verpflichtung der Vertragsstaaten, jedes gegen dieses Übereinkommen verstoßende Anbauen, Gewinnen, Herstellen etc von Suchtgiften, wenn vorsätzlich begangen, mit Strafe zu bedrohen sowie schwere Verstöße angemessen zu ahnden. Österreich hat zu dieser Norm folgende Erklärung abgegeben: „Die in dieser Bestimmung enthaltene Verpflichtung der Vertragspartei kann auch durch die Schaffung von Verwaltungsstrafatbeständen erfüllt werden, die eine angemessene Ahndung für die darin genannten Verstöße vorsehen“. Dies hat der österreichische Gesetzgeber bezüglich des Hanfanbaus früher durch die Verwaltungsüber-tretung des § 24 Abs 1 iVm § 3 Abs 2 SGG und nun auch im SMG (§ 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2) verwirklicht (s III.1.b).

Das SuchtgiftÜbk 1988<sup>20</sup>, unterscheidet in Art 3 Abs 1 lit a ua zwischen Gewinnen, Herstellen etc von Suchtgift (Z i) einerseits und dem Anbau der Cannabispflanze zum Zweck

9 Körner, Betäubungsmittelgesetz. Arzneimittel-gesetz<sup>4</sup> (1994) Anhang C 1 Rz 229 f.

10 Berhaus/Krüger, Cannabis im Straßenverkehr (1998). In der Literatur werden aber unterschiedliche THC-Werte angegeben (was ua daran liegen wird, dass immer stärkere Hanfsorten gezüchtet und die Aufzuchtverfahren laufend verbessert werden): Nach dem JME v 1.8.1979, JMZ 703.012/1-11/79 (abgedruckt in Foregger/Litzka/Matzka, SMG 525 ff) liegt der THC-Gehalt von Marihuana zwischen 0,25 und 8%, von Haschisch zwischen 1 und 12% und der von Haschisch-Öl zwischen 10 und 30%. Nach Körner (BtMG<sup>4</sup> § 29 a Rz 49) beträgt der THC-Gehalt bei Marihuana-Produkten 0,1 bis 5%, bei Haschischprodukten 0,8 bis 15% und bei Cannabiskonzentrat 20 bis 70%. Geschwinde (Rauschdrogen) spricht von Marihuana mit einem THC-Gehalt von sogar 27% (Rz 156) und Haschisch-Öl mit 80% möglichem Wirkstoffgehalt (Rz 162). Zum THC-Gehalt s auch Neuninger, Zur Bewertung von inländischen Cannabisprodukten, RZ 1988, 127 ff.

11 Manchmal werden auch die Samen zunächst in Wasser eingelegt, und erst nach dem Auskeimen

in die Erde gepflanzt. Statt Samen können auch Stecklinge (abgetrennte Teile einer Pflanze, die selbst Wurzeln bilden können) oder Jungpflanzen eingepflanzt werden. Der Anbau kann auch statt in der Erde in einer Nährlösung (Hydrokultur) erfolgen.

12 Bei günstigen klimatischen Bedingungen (insb heiße Sommer), ist aber auch in Österreich ein Anbau im Freien durchaus möglich; dies zeigen sowohl die Fälle illegalen „Outdoor-Anbaus“, als auch die Tatsache, dass (legaler) Industriehanf zT ebenfalls unter freiem Himmel angebaut wird.

13 Geschwinde, Rauschdrogen Rz 24. Befruchtete weibliche Pflanzen enthalten zwar auch Harz, welches dann aber eine andere Zusammensetzung hat und in geringeren Mengen hergestellt wird. Bei einer unbefruchteten Pflanze wird die gesamte Wachstumsenergie darauf verwendet, neue Blüten und neues Harz zu produzieren. Eine befruchtete Pflanze entwickelt zwar auch noch bis zu ihrer Ernte neue Blüten, jedoch geschieht das in einem geringeren Umfang.

14 Geschwinde, Rauschdrogen Rz 28.

15 Dazu näher Geschwinde, Rauschdrogen Rz 32 ff; Schmidbauer/vom Scheidt, Handbuch 81.

16 Körner, BtMG<sup>4</sup> Anhang C 1 Rz 217.

17 Näher zu diesem Vorgang: Geschwinde, Rauschdrogen Rz 40; Körner, BtMG<sup>4</sup> § 29 Rz 73.

18 BGBl 1928/244. Das Giftgesetz (BGBl 1928/297), das nach dem Anschluss an das Dritte Reich in Österreich geltende deutsche Opiumgesetz sowie das spätere Suchtgiftgesetz (SGG, BGBl 1946/207) erklärten die in der Opiumkonvention angeführten Stoffe (somit auch Indischen Hanf) zu Rausch- bzw Suchtgiften.

19 Gemeint ist hier ein Anbau zu medizinischen oder wissenschaftlichen Zwecken: Art 4 lit c ESK bestimmt, dass die Vertragsparteien alle erforderlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen zu treffen haben, um die Gewinnung, Herstellung etc von Suchtgiften auf ausschließlich medizinische und wissenschaftliche Zwecke zu beschränken.

20 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen den unerlaubten Verkehr mit Suchtgiften und psychotropen Stoffen von 1988, BGBl III 1997/154 (auch „Wiener Übereinkommen“).

der Gewinnung von Suchtgift (Z ii) andererseits und verpflichtet die Vertragsstaaten, solche Handlungen, wenn vorsätzlich begangen, als Straftaten zu bestrafen. Gem Art 14 Abs 2 trifft jede Vertragspartei geeignete Maßnahmen, um in ihrem Hoheitsgebiet den unerlaubten Anbau von Pflanzen, die Suchtgifte oder psychotrope Stoffe enthalten (wie zB die Cannabispflanze), zu verhindern, und solche Pflanzen zu vernichten.

Auch Art 22 des *PsychotropenÜbk* 1971<sup>21</sup> enthält die Verpflichtung der Vertragsstaaten, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um gegen dieses Übereinkommen verstoßende Handlungen, worunter ua der Anbau von psychotropen Stoffen (also gem Anhang I auch THC) für den persönlichen Gebrauch fällt, wenn vorsätzlich begangen, als Straftat zu umschreiben.

Angesichts der gleichen Sachlage hat Österreich zu Art 3 des SuchtgiftÜbk und Art 22 PsychotropenÜbk eine gleich lautende Erklärung wie zu § 36 ESK abgegeben, wonach für diese Straftatbestände in weniger schwer wiegenden Fällen eine Verwaltungsstrafe ausreicht. In diesem Zusammenhang ist auch auf Art 25 SuchtgiftÜbk zu verweisen, wonach Rechte und Pflichten der Vertragsstaaten aus früheren Übereinkommen nicht berührt werden.

2. *Recht der Europäischen Union*

In der EU hat sich das Europäische Parlament 1992 in einer EntschlieÙung gegen eine Legalisierung von Drogen (und damit auch Cannabis) ausgesprochen und die Anti-Drogen-Konventionen der Vereinten Nationen unterstützt<sup>22</sup>. 1993 wurde in Erwiderung auf die wachsende Zahl der Drogendelikte die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (EBDD) in Lissabon gegründet. Zweck der Beobachtungsstelle ist es, der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten objektive, zuverlässige und auf europäischer Ebene vergleichbare Informationen über die Drogen- und Drogensuchtsproblematik und ihre Folgen zu liefern<sup>23</sup>. Nach dem EBDD-Jahresbericht 1999 ist Cannabis die illegale Droge Nr. 1: Bereits über 40 Millionen Menschen (!) in der EU haben schon Cannabis konsumiert<sup>24</sup>.

Der gewerbliche Anbau von THC-armen Hanfsorten wird von der EG aber gefördert („EU-Hanf“). Die wichtigsten einschlägigen Vorschriften finden sich in den *Verordnungen* über die gemeinsame Marktorganisation für Flachs und Hanf<sup>25</sup>, zur Festlegung der Grundregeln für die Gewährung einer Beihilfe für Flachs und Hanf<sup>26</sup>, zur Durchführung der Beihilferegelung für Faserflachs und Hanf<sup>27</sup> sowie der Verordnung zur Festset-

zung des für die Gewährung der Produktionsbeihilfe für Faserflachs und Hanf zu erreichenden Mindestertrags<sup>28</sup>. Die Höhe der Beihilfe für Hanfanbau wird jährlich neu festgesetzt und betrug zB für das Wirtschaftsjahr 1999/2000 662,88 pro Hektar<sup>29</sup>.

Eine Beihilfe für Hanfanbau wird nur dann gewährt, wenn der Hanf aus Saatgut von Sorten stammt, die in Anhang B der Verordnung zur Durchführung der Beihilferegelung für Faserflachs und Hanf stehen. Diese *Liste förderungsfähiger Hanfsorten*<sup>30</sup> darf nur Hanfsorten enthalten, deren THC-Gehalt 0,3% (für die Beihilfegewährung in den Wirtschaftsjahren 1998/1999 bis 2000/2001) bzw 0,2% (für die Beihilfegewährung in den nachfolgenden Wirtschaftsjahren) nicht übersteigt (Art 3 Abs 1 der Verordnung zur Durchführung der Beihilferegelung für Faserflachs und Hanf).

Zur Durchführung der zahlreichen EG-Rechtsakte betreffend die Gewährung von Flächen- und Lagerbeihilfen im Rahmen der gemeinsamen Marktorganisation für Flachs und Hanf wurde in Österreich die *Flachsbeihilfenverordnung*<sup>31</sup> erlassen. Dort ist ua eine Feststellung des THC-Gehalts für geförderte Hanfsorten vorgesehen (§ 4b, Anhang). Die innerstaatliche Abwicklung der EG-Förderung erfolgt über die Marktordnungs- und Interventionsstelle Agrarmarkt Austria (AMA, § 2 leg cit). Wird förderungsfähiger „EU-Hanf“ angebaut, muss ein entsprechender Antrag bei der AMA gestellt werden, um in den Genuss einer Förderung zu kommen.

Möglich ist auch ein Anbau von THC-armem Nutzhanf, ohne dass eine EG-Förderung beantragt wird, oder ein Anbau von THC-reichen Hanfsorten zu anderen Zwecken als zur Suchtgiftgewinnung. All diese Anbauformen sind erlaubt und bewilligungsfrei.

III. Die österreichische Rechtslage

1. Die einschlägigen Bestimmungen des SMG<sup>32</sup>

a) Cannabis

Gem § 2 Abs 1 gelten als Suchtgifte iSd SMG jene Stoffe und Zubereitungen, die durch die ESK Beschränkungen hinsichtlich der Erzeugung (Gewinnung und Herstellung), des Besitzes etc unterworfen und mit Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales als Suchtgifte bezeichnet sind. Da Cannabis und Cannabisprodukte der ESK unterliegen (s II.1.), sind sie somit als Suchtgifte bzw Suchtmittel nach dem SMG zu behandeln. Gem § 1 Abs 2 der Suchtgiftverordnung<sup>33</sup> (SV) iVm Anhang I und II des PsychotropenÜbk ist THC den Suchtgiften gleichgestellt und somit gem § 2 Abs 2 SMG auch ein Suchtmittel iSd SMG.

21 Übereinkommen der Vereinten Nationen über psychotrope Stoffe von 1971, BGBl III 1997/148 (auch „Psychotropenkonvention“).  
 22 EntschlieÙung vom 13. 5. 1992, B3-0668/92.  
 23 Art 1 Abs 2 der Verordnung EWG/302/93 des Rates vom 8. Februar 1993 zur Schaffung einer Europäischen Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, ABl L 36, 1.  
 24 Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht (Hrsg), Jahresbericht über den Stand der Drogenpolitik in der EU 1999, 30 f.  
 25 Verordnung EWG/1308/70 des Rates vom 29. Juni 1970, ABl L 146, 1 idGF.  
 26 Verordnung EWG/619/71 des Rates vom 22. März 1971, ABl L 72, 2 idGF.  
 27 Verordnung EWG/1164/89 der Kommission vom 28. April 1989, ABl L 12, 4 idGF.

28 Verordnung EG/452/1999 der Kommission vom 1. März 1999, ABl L 54, 11.  
 29 Art 1 lit b der Verordnung EG/1674/1999 des Rates vom 19. Juli 1999 zur Festsetzung der Beihilfe für Faserleinen und Hanf sowie des für die Finanzierung der Maßnahmen zur Förderung der Verwendung von Flachsfasern einzubehaltenden Betrags im Wirtschaftsjahr 1999/2000, ABl L 199, 5.  
 30 Förderungsfähige Hanfsorten sind dzt *Beniko, Bialobrzeskie, Carmagnola, CS, Delta-Llosa, Delta 405, Dioica 88, Epsilon 68, Fasamo, Fedrina 74, Fedora 17, Felina 32 und 34, Ferminon, Fibranova, Fibrimon 24 oder 56, Futura, Futura 75, Juso 14, Kompolti, Lovrin 110, Santhica 23 und Uso 31*. Die Sorte *Fedora 19* wird wegen zu hohen THC-Gehalts (über 0,2%) ab dem Wirtschaftsjahr 2001/02 aus der Liste gestrichen (Verordnung EG/1283/1999 der Kom-

mission vom 18. Juni 1999 zur Änderung der Verordnung EWG/1164/89 der Kommission zur Durchführung der Beihilferegelung für Faserflachs und Hanf, ABl L 153, 43).  
 31 BGBl 167/1995 zuletzt idF BGBl II 281/1999  
 32 Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Vorläuferstoffe (Suchtmittelgesetz), BGBl I 1997/112 idF BGBl I 1998/30; Paragrafenangaben ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf dieses Gesetz.  
 33 Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales über den Verkehr und die Gebarung mit Suchtgiften, BGBl II 1997/374.

Die Cannabispflanze unterliegt nach § 2 Abs 4 lediglich den im § 2 Abs 1 erwähnten verwaltungsrechtlichen Vorschriften und den Bestimmungen der ESK über Beschränkungen hinsichtlich Erzeugung, des Besitzes, des Verkehrs, der Ein-, Aus- und Durchfuhr, der Gebarung oder Anwendung. Diese weniger weit gehenden Beschränkungen gegenüber Cannabis(-produkten) können aber wohl nur so weit Anwendung finden, als die Pflanze noch keine Blüten bzw THC gebildet hat, weil Cannabis bzw THC ein Suchtmittel darstellt.

Gem Anhang I Punkt I.1.a. SV gelten nicht mit Cannabis (s I.2.) vermengte Cannabissamen<sup>34</sup> und Blätter ausdrücklich - nicht als Suchtgift; Gleiches gilt für Blüten- und Fruchtstände gewisser, für gewerbliche Zwecke genutzter Hanfsorten<sup>35</sup>, sofern ein Missbrauch als Suchtgift ausgeschlossen ist und sie einen THC-Gehalt unter 0,3% aufweisen.

b) § 44 Z 1 iVm § 6 Abs 2 SMG (Anbau)

Gem § 6 Abs 2 (früher: § 3 Abs 2 SGG) ist der Anbau von Pflanzen zwecks Gewinnung eines Suchtgifts, ausgenommen durch die in Abs 1 Z 2 genannten Institute und Anstalten für wissenschaftliche Zwecke<sup>36</sup>, verboten. Über die Strafbarkeit wird hier noch keine Aussage getroffen, erst § 44 knüpft unmittelbar an § 6 Abs 2 an: Wer den §§ 5 bis 8 zuwiderhandelt, also wer entgegen § 6 Abs 2 Cannabispflanzen anbaut, begeht, „wenn die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet“, eine Verwaltungsübertretung<sup>37</sup> und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde, im örtlichen Wirkungsbereich einer Bundespolizeidirektion von dieser, mit einer Geldstrafe von bis zu öS 500.000.–, im Nichteinbringungsfall mit bis zu 6 Wochen Freiheitsstrafe zu bestrafen (§ 44 Z 1).

Für den Begriff „Anbau“ fehlt eine Legaldefinition. Nach dem allgemeinen Wortsinn fällt darunter das Einpflanzen/Aussäen des Saatguts sowie allfällige – im Freien für das Wachstum nicht unbedingt erforderliche – Aufzuchtbehandlungen (s I.3.). Der OGH unterscheidet in seiner Judikatur begrifflich zT zwischen Anbau und Aufzucht, subsumiert aber beides unter den Begriff der Erzeugung iSd § 27 Abs 1 (s III.2.).

Nicht erforderlich ist, dass der Anbau in landwirtschaftlichem Umfang erfolgt: Bereits der Anbau einer einzigen Pflanze zum Zweck der Suchtmittelgewinnung ist verboten. Schon eine Hanfstauden allein kann bei entsprechender Größe bis zu 1,5 kg Marihuana erbringen<sup>38</sup>. Ebenso wenig ist erforderlich, dass (im Zeitpunkt der Tatentdeckung) eine

Auskeimung erfolgt ist oder von den Pflanzen bereits THC gebildet wurde; schon gar nicht muss Erntereife eingetreten sein. „Anbauen“ verlangt also keinen Erfolg, verboten ist die bloße Tätigkeit.

Der Anbau ist mit dem Einpflanzen/Aussäen<sup>39</sup> vollendet und mit Erntebeginn (konkret: mit Beginn der versuchten Erzeugung – s III.3.b) beendet; ebenso wenn die Pflanzen zur Gänze (oberhalb der Wurzeln) abgeschnitten werden. Kommt es zu keiner Ernte zB aufgrund von Tatentdeckung, Vernichtung oder Absterben der Pflanzen, ist der Anbau mit Eintritt dieser Umstände beendet. Bei sukzessiver Ernte endet der Anbau erst mit Beginn der letzten Ernte. Keimt die Saat nicht aus, fällt die Beendigung mit der Vollendung zusammen. Zum versuchten Anbau s III.3.a.

Nach dem Wortlaut („zum Zweck . . .“) muss es dem Täter gerade auf die Suchtmittelgewinnung ankommen (Tatziel); somit ist Absicht iSd § 5 Abs 2 StGB im Hinblick auf die Suchtmittelgewinnung erforderlich. Für den objektiven Tatbestand (Anbau von Pflanzen) genügt dagegen bedingter Vorsatz. Der Anbau von Cannabispflanzen (ausschließlich) zu anderen, also insb gewerblichen, gärtnerischen, landwirtschaftlichen, wissenschaftlichen oder medizinischen<sup>40</sup> Zwecken ist aber erlaubt – unabhängig davon, ob der Anbau der Cannabispflanzen entsprechend den Vorschriften für eine EG-Förderung erfolgt und ob der THC-Gehalt unter 0,3% bzw 0,2% liegt oder nicht<sup>41</sup>. Umgekehrt ist aber jeder Hanfanbau zur Suchtmittelgewinnung verboten, mag dafür auch THC-ärmer „EU-Hanf“ verwendet werden<sup>42</sup>.

Nach § 44 Z 1 ist der (bloße) Anbau aber nur dann eine Verwaltungsübertretung, „wenn die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet“. Es herrscht in Lehre und Rsp Uneinigkeit darüber, ob der Anbau von Cannabis eine gerichtlich straflose Vorbereitungshandlung der Erzeugung von Suchtgift (§ 27 Abs 1) oder bereits eine gerichtlich strafbare (versuchte) Erzeugung darstellt. Bevor auf diesen Meinungsstreit (unter III.2.) näher eingegangen wird, ist es notwendig, den Begriff der Erzeugung (§ 27 Abs 1 3. Fall) zu determinieren.

(Fortsetzung folgt)

Univ.-Ass. Dr. Stefan Ebensperger lehrt am Institut für Strafrecht und sonstige Kriminalwissenschaften der Universität Innsbruck.

34 Besitz, Erwerb von und Handel mit Hanfsamen aller Art (auch von Saatgut, welches stark THC-haltige Pflanzen hervorbringen kann) ist in Österreich daher erlaubt. In Deutschland dagegen ist der Umgang mit Hanfsamen, sofern sie „zum unerlaubten Anbauen bestimmt“ sind (Anlage I Teil B lit a BtMG zu Position Cannabis) strafbar. Eine solche Bestimmung liegt insb dann vor, wenn spezielle Samen in zählbarer Körnermenge (zB 10 Samenkörner für bis zu 150,- DM) häufig in Verbindung mit Beleuchtungssystemen für den Anbau in Wohnräumen und Kellern und/oder mit Angaben des THC-Gehaltes der angebauten Pflanze, angeboten werden und damit zu einem nicht erlaubten Hanfanbau verleitet wird (BR-Dr 881/97 S 39).  
35 Diese müssen entweder im Gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten gem Art 18 der Richtlinie 70/457/EWG, ABl 1970 L 225, 1 idGF oder in Anhang B der Verordnung 1164/1989/EWG, ABl 1989 L 121, 4 idGF oder in der

Sortenliste gem § 65 Saatgutgesetz, BGBl I 1997/72 idGF angeführt sein.  
36 Der bloße Umstand, dass es sich um eine der hier in Betracht kommenden Einrichtungen handelt, genügt für die Legalität somit noch nicht; Foregger/Litzka, SGG<sup>2</sup> § 3 Anm III.  
37 In Deutschland dagegen ist der unerlaubte Anbau von Betäubungsmitteln gerichtlich strafbar (§ 29 Abs 1 Z 1 BtMG).  
38 Körner, BTMG<sup>4</sup> § 29 Rz 46. Die Anzahl der angebauten Pflanzen (genauer: die enthaltene THC-Gesamtmenge und damit die Gefährlichkeit) ist allerdings für die Strafzumessung von Bedeutung.  
39 Dem Einsetzen von Samen in die Erde gleichzusetzen ist das Einlegen von Samen in Nährlösung (Hydrokultur) oder das Einpflanzen von Stecklingen und Jungpflanzen.  
40 Auch wenn ein Anbau zu medizinischen Zwecken in Österreich legal ist, die ärztliche Verschreibung von Cannabisprodukten zu medizinischen

Zwecken ist gem § 14 Z 3 SV ausdrücklich verboten. Anders ist die Situation zB in Deutschland, in mehreren Staaten der USA und in Kanada, wo eine Verschreibung von (gewissen) THC-haltigen Medikamenten erlaubt ist. In Österreich ist mittelfristig diesbezüglich keine Änderung zu erwarten. So heißt es etwa im ÖVP-Programm vom September 1999: „Eine Abgabe von Haschisch in Apotheken . . . werden wir nicht zulassen.“ Für die Verwendung von Arzneimitteln mit standardisiertem THC spricht va die positive Wirkung bei der Therapie von Aids- oder Krebskranken.  
41 Foregger/Litzka/Matzka, SMG, § 6 Anm III. 2; Erlass vom 4. 1. 1996, JABl 15, über die strafrechtliche Beurteilung des Anbaus von Pflanzen, aus denen Suchtgift gewonnen werden kann, Punkt 1.  
42 15 Os 84/98 (nv).

In den USA gibt es immer wieder Hinrichtungswellen. Wir Österreicher wundern uns über diese Barbarei und über die Politiker, die dort für eine häufigere Anwendung der Todesstrafe eintreten. Aber werfen wir einen Blick auf unser Strafrecht.

Österreich hat die Todesstrafe durch die lebenslange Freiheitsstrafe ersetzt. Sie ist eine Art unblutiger Hinrichtung: Der Täter wird nicht gerade umgebracht, aber hinter Mauern und Gittern „lebendig begraben“. Auch der verworfenste Verbrecher ist ein Mensch; keinen Menschen darf man für unwürdig erklären nach 10, 15 oder 20 Jahren in ein normales Leben zurückzukehren.

Das ist im Prinzip anerkannt. Auch die zu lebenslanger Haft Verurteilten können durch Gerichtsbeschluss nach 15 Jahren bedingt entlassen werden, wenn anzunehmen ist, dass sie keine weiteren Straftaten begehen werden und wenn es – und das ist der springende Punkt – „trotz der Schwere der Tat nicht der weiteren Vollstreckung bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken“ (§ 46 Abs 5 StGB).

Zu lebenslanger Haft Verurteilte dürfen – so scheint es – nur ausnahmsweise bedingt entlassen werden: So warten diese Täter 18, 20, zum Teil 25 Jahre und noch länger auf die bedingte Entlassung. Täter dagegen, die zu 20 Jahren verurteilt wurden, haben nach 14 Jahren gute Aussicht auf bedingte Entlassung.

Ob der Verurteilte 20 Jahre oder lebenslang erhält – das Gesetz lässt dem Gericht die Wahl –, hängt idR von Zufälligkeiten ab: Insbesondere von der Persönlichkeit und von der Weltanschauung der Richter und der Geschworenen, manchmal auch von dem Interesse, das die Medien dem Fall entgegenbringen. Je intensiver sich die Medien für einen Fall interessieren, desto härter fällt häufig die verhängte Strafe aus.

Notwendig ist die lebenslange Freiheitsstrafe nicht. Die Abschaffung der Todesstrafe hat die Kriminalität nirgendwo spürbar ansteigen lassen, von der Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe braucht man das ebenso wenig zu befürchten. Dass der Gesetzgeber die lebenslange Freiheitsstrafe dennoch bis heute beibehalten hat, ist rational nicht zu erklären. Vielleicht spielt das Bestreben eine Rolle, Gleiches mit Gleichem zu vergelten, und Menschen, die einen anderen Menschen getötet haben, selbst zu töten, wenn auch auf unblutige Weise durch „Lebendigbegraben“. Vielleicht hat diese Vorstellung – ähnlich wie die Hinrichtung – für viele Menschen einen geheimen Reiz. Und das Beispiel von Politikern, die in anderen Ländern mit dem Eintreten für die Todesstrafe Popularität gewinnen, hat einen geheimen Reiz wohl auch für Politiker in Österreich.

Die lebenslange Freiheitsstrafe sollte abgeschafft werden. Und wenn das „politisch nicht möglich“ sein sollte, sollte der Gesetzgeber die lebenslange und die Freiheitsstrafe von 20 Jahren einander möglichst annähern. Die zu lebenslanger Haft Verurteilten sollten unter denselben Voraussetzungen bedingt entlassen werden können wie zu 20 Jahren

Verurteilte, und wenn es zu einer bedingten Entlassung kommt, sollten die Probezeiten in den einen und in den anderen Fällen gleich lang sein.

Das ist schon nach geltendem Recht nicht der Fall. Wer zu 20 Jahren verurteilt und nach 14 Jahren bedingt entlassen wird, muss sich in einer Probezeit von 5 Jahren bewähren (§ 48 Abs 1 StGB); wenn er in dieser Zeit keine Straftat begeht, wird die bedingte Entlassung endgültig. Die Probezeit für den aus lebenslanger Haft bedingt Entlassenen dagegen beträgt 10 Jahre (§ 48 Abs 1 StGB). Dem Justizministerium ist das noch immer zu wenig: In einem unlängst zur Begutachtung versandten Gesetzesentwurf schlägt es vor, die Gerichte sollten die Möglichkeit erhalten, diese Probezeit – allenfalls auch mehrmals – um drei Jahre zu verlängern, wenn „besondere Gründe zur Annahme bestehen, dass es einer weiteren Erprobung des Rechtsbrechers bedarf“ (§ 53 Abs 4 E).

Nun erwartet der Leser Angaben, wie oft die bedingte Entlassung aus lebenslanger Haft widerrufen wird, aus wel-

## Die lebenslange Freiheitsstrafe

Christian Bertel



chen Gründen das geschieht, und wie oft zu lebenslanger Haft Verurteilte, nachdem sie sich 10 Jahre nach der Entlassung einwandfrei geführt haben, später durch strafbare Handlungen auffallen. Im Entwurf findet sich nichts dergleichen. Der interessierte Leser möchte wenigstens erfahren, was nach Meinung der Gesetzesverfasser, „besondere Gründe“ sind, die zu einer Verlängerung der Probezeit führen sollen: Was kann man denn von einem entlassenen Straftäter mehr an Bewährung verlangen, als dass er 10 Jahre keine Straftaten begeht? Auch darüber verliert der Entwurf kein Wort. Er meint nur, dass die Verlängerung der Probezeit „gegebenenfalls“ die Möglichkeit lebenslanger Kontrolle einschließt (§ 12). Was heißt „gegebenenfalls“? Auch das erfährt der Leser nicht. Der Entwurf verlangt nur, dass vor Verlängerung der Probezeit „ein ärztlicher oder psychologischer Sachverständiger“ gehört werden muss. Aber worüber soll das Gericht diesen Sachverständigen hören? Da die Verfasser des Entwurfs selbst nicht wissen, welche Umstände zu einer Verlängerung der Probezeit führen sollen, kann der Sachverständige auch nicht sagen, ob solche Umstände vorliegen.

Früher pflegte das BMJ Gesetzesvorschläge durch kriminalpolitische Überlegungen zu begründen und durch praktische Erfahrungen zu belegen. Diese Zeiten sind vorbei. Heute beruft es sich einfach auf das Regierungsprogramm (E S 7).

*o. Univ.-Prof. Dr. Christian Bertel lehrt am Institut für Strafrecht und sonstige Kriminalwissenschaften der Universität Innsbruck.*

Das Delikt des Amtsmissbrauchs taucht in den Medien immer wieder auf. In jüngster Zeit wurde der Amtsmissbrauch im Zusammenhang mit dem „Ökopunkteskandal“ auf Tiroler Landesebene oder der „Spitzelaffäre“ auf Bundesebene genannt. Dies war Anlass für mich, mich mit der Rechtsprechung zum Amtsmissbrauch auseinander zu setzen. In Österreich kommt es relativ häufig zu Verurteilungen gem § 302 StGB.

In den letzten Jahren wurden hauptsächlich Gendarmen<sup>1</sup>, Polizisten<sup>2</sup>, Bürgermeister meist kleinerer Gemeinden<sup>3</sup>, Rechtspfleger<sup>4</sup>, Justizwachebeamte<sup>5</sup>, sowie Beamte der Gemeinden<sup>6</sup> verurteilt.

Die größte Anzahl an Verurteilungen betraf Gendarmerie- oder Polizeibeamte. Ich habe nun einige dieser Urteile der letzten zehn Jahre ausgewählt. Sie sind meiner Ansicht nach typische Beispiele dafür, dass der Amtsmissbrauch von der Rechtsprechung sehr extensiv angewandt wird.

**Datenabfrage: Abgrenzung zu § 310 StGB**

Ein Polizeibeamter hat erkennungsdienstliche Daten von Geheimprostituierten, die in der Ekis-Datenbank des Innenministeriums gespeichert sind, abgefragt. Das Erstgericht hat bereits die Abfrage dieser Daten als Verletzung des konkreten Rechts des Staates – und damit als Amtsmissbrauch – gewertet, da der Beamte diese Abfrage zu rein privaten Zwecken vornahm. Das Erstgericht hat sich jedoch nicht mit dem möglichen Vorsatz des Angeklagten auseinander gesetzt, nämlich ob der Beamte einen bedingten Vorsatz zur Weitergabe der Daten hatte. Der OGH stellte fest, dass für die Vollendung des § 302 Abs 1 StGB der Tatvorsatz darauf gerichtet sein muss, die missbräuchliche Datenabfrage vorzunehmen und die Daten an einen unbefugten Dritten weiterzugeben, da durch die Weitergabe das Grundrecht auf Datenschutz verletzt wird<sup>7</sup>.

In einem ähnlichen Fall hat ein Gendarmeriebeamter eine Strafregisterauskunft abgefragt, um einer Bekannten einen Gefallen zu erweisen. Als Ergebnis der Abfrage hat sich herausgestellt, dass keine Verurteilung vorlag. Das Erstgericht hat den Gendarmeriebeamten freigesprochen, da er seiner Verantwortung nach nur eine negative Auskunft weitergeben wollte. Der OGH hat das Urteil aufgehoben, da die Feststellungen bezüglich des Vorsatzes des Beamten nicht ausreichend waren. Weiters führte der OGH aus, dass selbst, wenn sich der Vorsatz des Angeklagten nur auf die Offenbarung einer negativen Strafregisterauskunft beschränkt haben sollte, das festgestellte Verhalten keinesfalls straflos bleiben dürfte, sondern unter den entsprechenden subjektiven Voraussetzungen, § 310 Abs 1 StGB zu unterstellen sei. Es wären sicherlich öffentliche Interessen verletzt worden, allerdings uU nicht konkrete öffentliche Rechte<sup>8</sup>.

Der OGH verurteilte Beamte in derartigen Fällen häufig gem § 302 Abs 1 StGB. Es entspricht aber meiner Meinung nach nicht dem Sinn des Gesetzes, dass eine rein private Abfrage der Daten einen Befugnismissbrauch darstellt. Ich meine, es mangelt hier am Vorhandensein eines Hoheitsaktes, denn die reine Abfrage der Daten stellt sicher keinen Hoheitsakt dar und auch ein Verrat von Amtsgeheimnissen ist kein Hoheitsakt<sup>9</sup>.

Die Verurteilungen gem § 302 StGB sind auch insoweit fragwürdig, da hier nicht eindeutig geklärt wurde, ob überhaupt ein Schädigungsvorsatz im Sinne des § 302 Abs 1 StGB vorliegt. Im ersten Fall verlangt der OGH, dass als Schädigungsvorsatz festgestellt werden muss, dass der Täter mit dem Vorsatz handelt, die abgefragten Daten an einen unbefugten Dritten weiterzugeben und so das verfassungsmäßige Recht auf Datenschutz zu verletzen<sup>10</sup>. Diese Anforderungen an den Schädigungsvorsatz des § 302 StGB sind damit geringer als jene die für § 310 StGB verlangt werden<sup>11</sup>. Es war aber vom Gesetzgeber sicher nicht gewollt, dass in diesen besprochenen Fällen § 302 StGB angewandt wird. Daher sollte die Rsp in ähnlich gelagerten Fällen den Schädigungsvorsatz dahingehend konkretisieren, dass der Vorsatz des Täters darauf gerichtet sein muss einem Dritten durch die Weitergabe der Daten einen Schaden zuzufügen, der nicht nur im Verletzen des Datenschutzgesetzes besteht<sup>12</sup>. Alle anderen Fälle sollten gem § 310 StGB strafbar sein. Der Gesetzgeber hat für die Verletzung des Amtsgeheimnisses gem § 310 StGB schließlich nicht ohne Grund eingeführt, dass der Geheimnisverrat erst dann tatbildmäßig ist, wenn er geeignet ist, öffentliche oder private Interessen zu verletzen.

# Amtsmissbrauch im Strafrecht – Judikatur versus Realität?

Claudia Mahler

**Vermögensdelikte – keine missbräuchlichen Hoheitsakte**  
Ein Gendarmeriebeamter hat in 31 Fällen Organstrafmandate wegen tatsächlicher Verwaltungsvergehen verhängt und die Straf gelder zur Deckung seines eigenen Geldbedarfs verwandt. Insgesamt belief sich die Höhe der eingehobenen Straf gelder auf S 5.100,-. Der OGH hat ihn wegen Amtsmissbrauchs verurteilt und begründete das Urteil damit, dass der Beamte schon zu Beginn der Amtshandlung den

1 JBl 1999, 748; 12 Os 110/00; 12 Os 150/99 ua.

2 15 Os 71/99; 13 Os 36/99; 13 Os 46/99 ua.

3 EvBl 2000/101; JBl 1997, 402; JBl 1994, 838; 15 Os 125/93.

4 13 Os 81/00.

5 15 Os 172/94.

6 EvBl 2000/152; 13 Os 184/95.

7 AnWB 1999/7600 (Brand).

8 JBl 1999, 748.

9 Bertel/Schwaighofer BT II<sup>4</sup> § 302 Rz 24, § 310 Rz 8.

10 AnWB 1999/76000 (Brand).

11 Leukauf/Steininger Kommentar<sup>3</sup> § 310 Rz 12.

12 aM Foregger/Fabrizy Kurzkommentar<sup>7</sup> § 310 Rz 4.



Vorsatz gehabt habe, sich das eingekommene Strafgeld persönlich anzueignen. Daraus und aus dem Umstand, dass der Beamte die EDV-mäßige Erfassung nicht durchführte, sah es der OGH als gegeben an, dass es sich insgesamt um ein pflichtwidriges Verhalten im Rahmen der hoheitlichen Tätigkeit handelte<sup>13</sup>.

Ähnlich gelagert war ein Fall, in dem das Erstgericht einen Beamten und seine Vorgesetzte gem § 302 StGB für schuldig erkannt hat. Demnach hat der Beamte in den Jahren 1991 bis 1994 in mehreren Fällen als Kassier der Amtskasse insgesamt S 503.000,- an sich genommen. Zusätzlich hat er ihm übergebene Straf gelder aus eingehobenen Organstrafmandaten nicht eingezahlt, sondern für sich verwendet. Seine Vorgesetzte, welche von den rechtswidrigen Tätigkeiten ihres Untergebenen wusste, deckte ihn. Laut OGH verstehe man das Verhalten des Kassiers als „Griff in die Amtskasse“ und es wäre daher eine Verurteilung gem § 133 StGB zu fällen.

Zur Strafbarkeit der Vorgesetzten wurde angemerkt, dass „ihr strafrechtlich relevantes Fehlverhalten unter anderem auch im Missbrauch der ihr zukommenden Kontroll- und Dienstaufsicht und damit gar wohl im Amtsmisbrauch gelegen war“<sup>14</sup>.

Dieser Fall zeigt deutlich, dass nicht jedes Fehlverhalten eines Beamten sofort zu einer Verwirklichung des Amtsmisbrauchs führen muss. Auch der OGH geht von einer Veruntreuung aus. Dennoch bin ich auch der Ansicht, dass die Vorgesetzte eine Beteiligung an einem Vermögensdelikt zu verantworten hat. Die Rechtslage stellt sich nur dann anders dar, wenn durch ihre Deckungshandlungen falsche Hoheitsakte entstanden wären.

Markant erscheint mir allerdings, dass ich keine Unterscheidung zum Verhalten des Beamten, der die Straf gelder für sich verwendet hat, erkenne. Ich würde auch in diesem Fall viel eher davon ausgehen, dass der Beamte die ihm anvertrauten Straf gelder veruntreut hat<sup>15</sup>. Es macht keinen substantiellen Unterschied, wann der Beamte den Vorsatz fasste, das Geld für sich selbst zu verwenden. Entscheidend ist vielmehr, ob die Organstrafverfügungen zu Recht verhängt wurden oder ob die Voraussetzungen gar nicht vorlagen. Nur für den Fall, dass die Voraussetzungen für die Organstrafverfügungen nicht vorlagen, könnte ein Amtsmisbrauch begangen worden sein. Im beschriebenen Fall war dies offensichtlich nicht gegeben.

### Rechtfertigung durch Irrtum

Der Bürgermeister einer Stadt weiß, dass ein Kaufhaus und die dazugehörige Garage ohne die erforderlichen Bewilligungen betrieben werden. Er verwahrt die Akten und erreicht für einen längeren Zeitraum, dass das Fehlen der notwendigen Bewilligungen nicht auffällt. In Folge werden die gewerblichen Strafverfahren und die Einstellung des Betriebes wirkungsvoll verhindert. Der Bürgermeister strebt eine Verzögerung des Verfahrens an, bis sich das Unternehmen rechtlich abgesichert hat. Der Bürgermeister weiß, dass sein Verhalten den bau- und gewerberechtlichen Vorschriften widerspricht,

aber er wähnt sich in einer Pflichtenkollision, da das wirtschaftliche Interesse der Gemeinde den bau- und gewerberechtlichen Vorschriften vorgehe. Das Erstgericht folgte dieser Argumentation und sprach den Bürgermeister zur Gänze frei. Der OGH hob die Entscheidung auf. Der OGH führte aus, dass „ein Rechtsirrtum über das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrundes eine Tatbestandsverwirklichung nach § 302 StGB mangels Wissentlichkeit des Befugnismisbrauchs ausschliesse, ohne dass es einer Prüfung der Vorwerfbarkeit eines solchen Irrtums bedürfe“. Weiters meinte der OGH, dass man bei rechtsrichtiger Beurteilung dieses Sachverhalts nicht vom Vorliegen eines Rechtsirrtums ausgehen könne.

*Bertel* führt in seiner Entscheidungsbesprechung aus, dass es für die Wissentlichkeit des Befugnismisbrauchs genüge, dass der Bürgermeister wusste, dass er bau- und gewerberechtliche Vorschriften missachte. Der Glaube an einen Rechtfertigungsgrund, nämlich einen übergesetzlichen Notstand, ist ein Irrtum nach § 9 StGB<sup>16</sup>. Er schließt die Wissentlichkeit des Befugnismisbrauchs nicht aus. Der Irrtum des Bürgermeisters, er dürfe sich – im Sinne des Stadtwohls – wegen wirtschaftlicher Interessen über bau- und gewerberechtliche Vorschriften hinwegsetzen, ist unentschuldigbar. Die Verurteilung des Bürgermeisters gem § 302 StGB erfolgt zu Recht, wenn der Schädigungsvorsatz nachweislich gegeben war<sup>17</sup>. Ich schliesse mich den Ausführungen *Bertels* an und würde auch einen Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund ausschließen. Das „Wohl der Gemeinde“ als Pflicht des Bürgermeisters auf gesetzlicher Ebene gibt es nicht und er konnte daher keine Pflichtenkollision mit den bau- und gewerberechtlichen Vorschriften annehmen.

### Kein Hoheitsakt

Ein Justizwachebeamter, der Strafgefangenen Genuss- und Nahrungsmittel und ein Mobiltelefon überlassen hatte, wurde wegen Amtsmisbrauchs verurteilt<sup>18</sup>.

Ein Polizeibeamter ließ den Freund einer Verwaltungsstrafgefangenen unzulässigerweise für einen zweistündigen Besuch in die Zelle. Der Freund brachte der Verwaltungsstrafgefangenen im Rahmen dieses Besuches eine Flasche Sekt mit. Der Polizeibeamte wurde ebenso wegen Amtsmisbrauchs verurteilt<sup>19</sup>.

Worin bestand der Hoheitsakt, den die Beamten entgegen den Bestimmungen vorgenommen haben? Das Übergeben oder Verschenken dieser Dinge ist wohl ebenso wenig ein Hoheitsakt wie das Ermöglichen eines Zellenbesuchs. Festzustellen bliebe lediglich, dass wohl beide Beamte gegen Dienstvorschriften verstoßen haben. Einen Amtsmisbrauch kann ich nicht erkennen.

Ein Offizier wurde wegen Amtsmisbrauchs verurteilt, weil er sich mehrere Kleidungsstücke für seinen privaten Gebrauch in der heeres-eigenen Schneiderei nähen, reparieren bzw ändern ließ<sup>20</sup>. Auch in diesem Fall fehlt es meiner Meinung nach an einem Hoheitsakt, den der Offizier durchgeführt haben soll<sup>21</sup>. Eine Verurteilung gem § 302 Abs 1 StGB kann daher nicht in Frage kommen. Es wird sich um einen Verstoß gegen § 34 MilStG handeln. Der fehlende Hoheitsakt

13 15 Os 116/97.

14 13 Os 184/95.

15 *Bertel/Schwaighofer* BT I<sup>6</sup> § 133 Rz 8, *Leukauf/Steininger* Kommentar<sup>3</sup> § 133 Rz 3.

16 *Leukauf/Steininger* Kommentar<sup>3</sup> § 9 Rz 6f.

17 JBl 1990, 807 (*Bertel*) = RZ 1991/27.

18 15 Os 172/94.

19 11 Os 5/96.

20 15 Os 7/92.

21 *Bertel/Schwaighofer* BT II<sup>4</sup> § 302 Rz 17.

haftet allen Sachverhalten an, bei denen Vorgesetzte Untergebene anweisen oder ihnen befehlen, für ihre privaten Zwecke zu arbeiten (s auch Weisungen).

### Die missbräuchliche Weisung

Eine unvertretbare Weisung eines Vorgesetzten ist an sich noch kein Hoheitsakt. Würde die Weisung aber zu einem rechtlich nicht vertretbaren Hoheitsakt führen, könnte der Vorgesetzte sehr wohl einen Amtsmissbrauch begehen. Der Untergebene hat einer Weisung, die dazu führt, eine gerichtliche Straftat zu begehen, gem Art 20 B-VG nicht Folge zu leisten<sup>22</sup>. Er vollendet einen Amtsmissbrauch hingegen nur dann, wenn er durch das Befolgen der Weisung wissentlich einen unvertretbaren Hoheitsakt erlässt. Hat er glaubhaft darauf vertraut, dass die Weisung des Vorgesetzten rechtmäßig ist, fehlt es ihm an der Wissenslichkeit seines Befugnismissbrauchs und er kann somit nicht nach § 302 StGB bestraft werden.

Ein Gemeindevizebürgermeister erhält vom Vizebürgermeister die Weisung, einem Gemeindebediensteten eine nicht zustehende Abfertigung auszuzahlen. Die Auszahlung sollte als Rechnung für Reparaturen verbucht werden. Der OGH nahm für den Vizebürgermeister Amtsmissbrauch an<sup>23</sup>. Ich bin aber der Meinung, dass diese Weisung nicht zu einem Amtsmissbrauch geführt hat, da kein missbräuchlicher Hoheitsakt vorliegt. Es lag vielmehr eine Bestimmung zu einem Vermögensdelikt vor<sup>24</sup>.

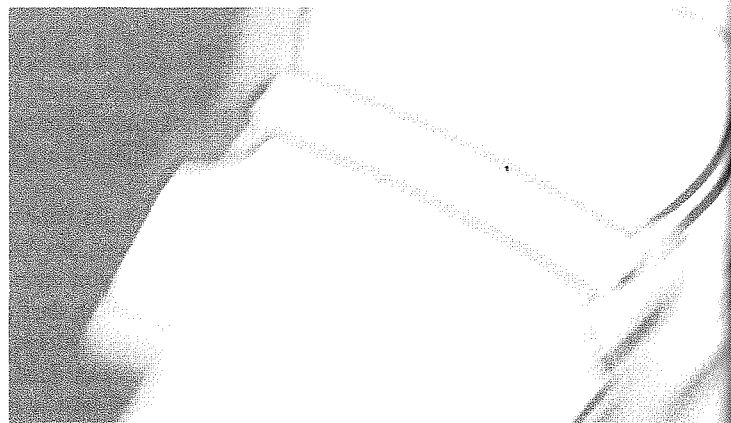
### Bestimmungstäter

Ein Autolenker hat versucht, einen Beamten, der ihm wegen Fahrens in betrunkenem Zustand den Führerschein abgenommen hatte, Bargeld in Höhe von S 20.000,- anzubieten, um seinen Führerschein zurückzuerhalten. Das Erstgericht hat ihn vom Versuch der Bestimmung zum Amtsmissbrauch freigesprochen, der OGH hob das Urteil dann jedoch mit der Begründung auf, dass relevante Feststellungen zur subjektiven Tatseite fehlen würden<sup>25</sup>. Ähnliche Fälle, in denen alkoholisierte Autolenker wegen Bestimmung zum Amtsmissbrauch verurteilt wurden, gab es immer wieder. In diesen Fällen wurde den Beamten Geld geboten, wenn sie auf eine Anzeige verzichten würden. Die versuchte Bestimmungstäterchaft fordert das Wissen des Täters, dass die Amtshandlung rechtswidrig ist und er es ernsthaft für möglich hält und sich damit abfindet, dass auch der Beamte den Befugnismissbrauch seines Verhaltens erkennt<sup>26</sup>. Hier käme es meiner Meinung nach nicht zur Verwirklichung einer versuchten Bestimmungstäterchaft gem § 302 StGB, vielmehr will sich der Autofahrer der Strafe entziehen<sup>27</sup>.

In jüngeren Fällen wurden Autolenker wegen Bestimmung zum Amtsmissbrauch verurteilt, die den Beamten nur gebeten hatten von einer Strafe abzusehen.

In einem verhandelten Fall hatte eine Autofahrerin einen Beamten gebeten, von einer Bestrafung für Fahren unter Alkoholeinfluss abzusehen. Die Autolenkerin hat diese Bitte geäußert, ohne dem Beamten hierfür Geld anzubieten. Die Frau wurde wegen Bestimmung zum Amtsmissbrauch verurteilt<sup>28</sup>.

Ein anderer Autolenker verhielt sich bei gleicher Sachlage ähnlich. Er gab zwar in der Verhandlung an, dass er wusste, dass der Beamte keinen Ermessensspielraum zur Verfügung habe, sondern einschreiten musste<sup>29</sup>. Entgegen der Meinung des OGH gehe ich davon aus, dass beide Autolenker lediglich versuchten, sich der Bestrafung zu entziehen<sup>30</sup>. Die Verhinderung der eigenen Strafe stellt im Sinne des § 302 StGB keinen Schaden dar<sup>31</sup>, daher fehlte den Autolenkern doch offensichtlich der Schädigungsvorsatz, der für § 302 StGB verlangt wird.



### Rechtsbeugung

In letzter Zeit wurden auch Stimmen laut, die die Einführung einer Norm analog der deutschen Rechtsbeugung, die in § 339 dt. StGB geregelt ist, forderten. Zu den Tätern im Sinne des § 339 dt. StGB zählen Richter als auch jeder andere Amtsträger, die mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache betraut sind<sup>32</sup>. Zur Rechtsverletzung muss als Erfolg zusätzlich die Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei hinzukommen und die Rechtsbeugung muss mit zumindest bedingtem Vorsatz begangen worden sein<sup>33</sup>.

Ein Staatsanwalt erklärte dem Untersuchungsrichter, er finde keinen Grund zu einer weiteren Verfolgung, obwohl der Fall in Wahrheit noch nicht vollständig aufgeklärt war. Der Staatsanwalt wurde wegen Amtsmissbrauchs verurteilt<sup>34</sup>. Dies ist die einzige einschlägige Entscheidung, die ich gefunden habe. Dabei könnte es auch in diesem Bereich durchaus zu Befugnismissbräuchen kommen. Sei es beispielsweise, weil ein Richter die Haftfrist oder die Frist der Urteilsausfertigung nicht einhält oder weil Beschlüsse nur formelhaft begründet werden.

22 Bertel/Schwaighofer BT II<sup>4</sup> § 302 Rz 31, aM. Kucsko-Stadlmayer Das Disziplinarrecht der Beamten<sup>2</sup> 159, Walter/Mayer Bundesverfassungsrecht<sup>9</sup> Rz 617.

23 JBl 1994, 266 (Bertel).

24 ähnlich die Meinung des OGH in 15 Os 123/93.

25 EvBl 1998/80 = RZ 1998/44.

26 Bertel/Schwaighofer BT II<sup>4</sup> § 302 Rz 32, Fuchs AT<sup>4</sup> 339, aM EvBl 1998/80, Leukauf/Steininger Kommentar<sup>3</sup> § 14 Rz 11.

27 Vgl § 334 Abs 1 dt. StGB in Deutschland würde

bei einem Geldanbot für ein pflichtwidriges Amtsgeschäft das Delikt der Bestechung in Frage kommen, aber der Versuch ist für Abs 1 ausgeschlossen. Tröndle/Fischer Kurzkomentar zum dt.

StGB<sup>49</sup> § 334 Rz 5.

28 12 Os 170/98.

29 12 Os 86/96.

30 eine Bestechung nach deutschem Recht würde ohne ein Geldanbot für das pflichtwidrige Amtsgeschäft nicht in Frage kommen, abgesehen davon wäre der Versuch nach § 334 Abs 1 dt. StGB

straflos. Tröndle/Fischer Kurzkomentar zum dt. StGB<sup>49</sup> § 334 Rz 5.

31 JBl 1993, 464 ein Beamter muss nicht selbst Anzeige erstatten.

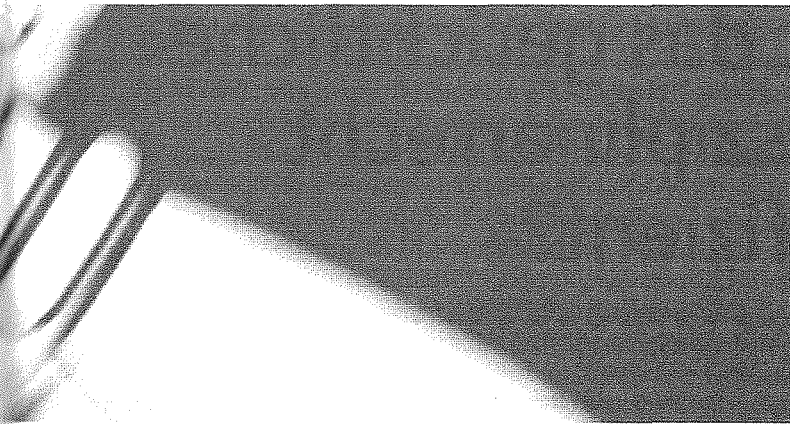
32 Tröndle/Fischer Kurzkomentar zum dt. StGB<sup>49</sup> § 339 Rz 4, vgl § 74 Abs 1 Zif 4 ö. StGB im Falle der Rechtsbeugung würden Gendarme und Polizisten nicht als Täter in Frage kommen.

33 Tröndle/Fischer Kurzkomentar zum dt. StGB<sup>49</sup> § 339 Rz 7.

34 EvBl 1987/71.

Allerdings ist festzustellen, dass auch das deutsche System nicht frei von Problemen ist. Der BGH hat den objektiven Tatbestand der Rechtsbeugung eingeschränkt. Er begrenzt den Tatbestand auf ein solches Verhalten, durch das sich der Amtsträger bewusst in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt. Der BGH führt aus, dass eine Rechtsbeugung nur vorliegen kann, wenn eine Entscheidung objektiv beurteilt einen Willkürakt darstellt, weil sie entweder von der gängigen Rechtspraxis in extremem Maße abweicht oder weil die Rechtsprechung, an der sie sich orientiert, in krassem Widerspruch zum Verhältnismäßigkeitsprinzip steht<sup>35</sup>.

Vergleicht man die deutsche Rechtsbeugung und den österreichischen Amtsmissbrauch kommt man zweifelsohne zu dem Ergebnis, dass aufgrund der restriktiven Auslegung durch den BGH die meisten Entscheidungen gem § 339 dt. StGB auch in Österreich gem § 302 StGB zu Verurteilungen



geführt hätten. Außer bei jenen Beamten die nicht unter den Täterbegriff des § 339 dt. StGB fallen. Würde man unseren Amtsmissbrauch durch die Rechtsbeugung ersetzen, wären zB Gendarmerie- oder Polizeibeamte nur gem § 304 StGB oder § 310 StGB<sup>36</sup> strafbar, da sie nicht unter den Täterbegriff des § 339 dt. StGB fallen und daher keine Rechtsbeugung begehen können. Einer zusätzlichen Einführung eines Deliktes Rechtsbeugung bedarf es meiner Meinung nach nicht, der Amtsmissbrauch ist bei richtiger Anwendung durchaus ausreichend.

### Schlussbemerkung

Nicht jedes Amtsdelikt muss zwangsläufig ein Amtsmissbrauch sein. Vielmehr habe ich einige Beispiele gefunden und dargestellt, in denen Beamte nicht nur Amtsdelikte begehen, sondern auch einfache Vermögensdelikte. Ich persönlich halte die Notwendigkeit der Wissentlichkeit des Befugnismissbrauchs für eine sehr vernünftige Abgrenzung. Durch sie ist gewährleistet, dass nicht jede falsche Amtshandlung zwingend zu einem Amtsmissbrauch führt. Außerdem gibt es in der österreichischen Rechtsordnung genügend Amtsdelikte, die bestimmte Verhaltensweisen doppelt unter Strafe stellen und damit nur noch als Auffangtatbestand wie § 310 und § 304 StGB fungieren bzw fast totes Recht wie § 307 StGB darstellen.

Beamte sind durchaus großen Belastungen ausgesetzt und müssen teilweise sehr schnell entscheiden. Fehler können geschehen und sind manches Mal die bedauerliche Folge beruflicher Überlastung oder Überforderung. Daher plädiere ich dafür, eine ausreichende Prüfung der Wissentlichkeit unbedingt durchzuführen und auch den Schädigungsvorsatz nicht vorschnell zu bejahen. Schließlich ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass Verstöße gegen § 302 StGB mit sehr hoher Strafe bedroht sind und ich befürworte daher eine restriktive Anwendung des Amtsmissbrauchs.

Bei vergleichender Betrachtung der deutschen Rechtsbeugung und dem österreichischen Amtsmissbrauch kommt man jeweils zu einem ähnlichen Ergebnis. Es zeigt sich, dass fast jede Rechtsbeugung auch in Österreich zu einer Verurteilung wegen Amtsmissbrauchs führen würde. Die zusätzliche Einführung des Delikts der Rechtsbeugung erscheint mir daher nicht notwendig.

*Univ.-Ass. Dr. Claudia Mahler lehrt am  
Institut für Strafrecht und sonstige  
Kriminalwissenschaften der Universität  
Innsbruck.*

<sup>35</sup> Tröndle/Fischer Kurzkommentar zum dt. StGB<sup>49</sup>  
§ 339 Rz 6.

<sup>36</sup> Vgl dazu § 331 und § 332 dt. StGB.

**Geschichte**

Die Disziplinargerichtsbarkeit für Richterinnen und Richter obliegt aufgrund der verfassungsrechtlichen Trennung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung der Richterschaft. Dies stellt ein wesentliches Element der richterlichen Selbstverwaltung dar. Aus diesem Grund ist die Disziplinargerichtsbarkeit auch im Richterdienstgesetz geregelt und sind eigene Disziplinargerichte eingerichtet. Bereits im Gesetz vom 21. 5. 1868, RGBl. Nr. 46 Jahr 1868 betreffend die Disziplinarbehandlung richterlicher Beamter und die unfreiwillige Versetzung derselben in den Ruhestand, wurde das Disziplinarverfahren geregelt. Im Bundesgesetz vom 14. 12. 1961 über das Dienstverhältnis der Richter und Richteramtswärter (Richterdienstgesetz RDG) wurde das für das Disziplinarverfahren bis dahin geltende Reichsgesetzblatt neu gefasst und um einige Bestimmungen erweitert, blieb in seinen Grundsätzen aber unverändert. Den erläuternden Bemerkungen kann man entnehmen, dass jene Grundsätze „im Interesse der Erhaltung und Sicherung eines korrekten Richterstandes lägen“. Das geltende Disziplinarrecht stammt damit in seinen wichtigsten Prinzipien aus der Mitte des 19. Jahrhunderts.

**Die Grundsätze des geltenden Rechts**

Das Disziplinarverfahren (oder Dienststrafrecht für Richterinnen und Richter) hat zum Gegenstand all jene Pflichtverletzungen, die im Hinblick auf die Art und Schwere der Verfehlung einer dienststrafrechtlichen Ahndung bedürfen. Das Verfahren wird ua durch das Inquisitionsprinzip beherrscht. Es gibt damit keinen öffentlichen Ankläger, sondern hat das Disziplinargericht sowohl die Funktion des Anklägers als auch jene des Richters auszuüben. Es herrscht die Pflicht zur amtswegigen Untersuchung, wobei alle markanten Pflichtverletzungen, die Ordnungswidrigkeiten oder Dienstvergehen darstellen, zu verfolgen sind. Dabei findet das Opportunitätsprinzip keine Anwendung, vielmehr gilt das reine Legalitätsprinzip. Wenn also ein Vergehen vorliegt, das die Verhängung einer Ordnungsstrafe erforderlich macht, ist zu verfolgen.

Besonders auffällig ist in diesem Zusammenhang die Aufrechterhaltung des Inquisitionsprinzips, das in einem modernen strafrechtsähnlichen Verfahren archaisch anmutet. Auch 1961, zum Zeitpunkt der Gesetzwerdung des RDG, zählte dieses Prinzip nicht mehr zum typischen Rechtsbestand, im Disziplinarverfahren der Richter hat es bislang überlebt. Hier mögen deutlich Zweifel geäußert werden, inwieweit derartige Gesetz gebliebene Anachronismen den heutigen rechtsstaatlichen Standards noch entsprechen. Es mutet in diesem Zusammenhang geradezu wie ein Treppenwitz an, dass ausgerechnet im Dienstrecht jener Berufsgruppe, die mit rechtsstaatlichen Prinzipien besonders sorgfältig umzugehen hat, solche längst überwunden geglaubte Relikte überlebt haben. Besonders deutlich kommt dieses Prinzip darin zum Ausdruck, dass jenes Gericht, das später für die Endentscheidung zuständig sein wird, in Form des „Verweisungsbeschlusses“ Anklage erhebt.

Das Verfahrensrecht ist unvollkommen ausgebildet. So enthält das Richterdienstgesetz zwar ein Vielzahl von Verfahrensbestimmungen, das Rechtsmittelverfahren beispielsweise ist aber nur rudimentär ausgebildet. Auf der anderen Seite gibt es aber keine Bestimmung, wonach die StPO subsidiär

anwendbar wäre, sodass das Rechtsmittelverfahren quasi in der Luft hängt. Es hat sich die Judikatur allerdings in weiten Bereichen in ihren Entscheidungen an der StPO orientiert, was zumindest eine gewisse Vorhersehbarkeit für die Betroffenen bringt, und die Rechtsstaatlichkeit erhöht. Die Disziplinarstrafen sind im Gesetz taxativ aufgezählt und reichen vom Verweis bis zur Entlassung. Daneben sind noch als mildere Strafen Ordnungsstrafen wie die Ermahnung vorgesehen. Erwähnenswert ist, dass weder Geldstrafe noch bedingte Strafnachsicht vorgesehen ist.

Das Disziplinarrecht ist kein Typenstrafrecht, es kennt – mit einer Ausnahme – keine konkreten Tatbilder, der einzige und einheitliche Tatbildkomplex ist die Pflichtverletzung. Dabei obliegt es der Beurteilung durch das Disziplinargericht, ob ein bestimmtes Verhalten eines Richters (einer Richterin)

# Ist das gerichtliche Disziplinarrecht effizient?

Barbara Helige



zu ahnden ist. Das Fehlverhalten kann in einer Verletzung der Standes- oder der Amtspflichten bestehen. Amtspflichten sind die Pflichten, die der Richter (die Richterin) besonders bei der Ausübung seiner (ihrer) Amtstätigkeit zu erfüllen hat. Standespflichten gelten der Wahrung des Ansehens des Standes und verpflichten zur Unterlassung sämtlicher Verhaltensweisen, die die Achtung vor dem Richterstand schmälern könnten. Diese altmodische Diktion, die sehr stark an das Standesbewusstsein appelliert, ist nicht dem Disziplinarrecht entnommen, sondern findet sich in § 57 RDG, in denen die Dienstpflichten des Richters (der Richterin) definiert sind. Hier ist eben neben der Verpflichtung, alles zu unterlassen, was das Vertrauen in die richterlichen Amtshandlungen schmälern könnte, auch vom Vertrauen in den Richterstand die Rede. Eine eigene Bestimmung (§ 58 RDG) ist der Verpflichtung zur Wahrung des Amtsgeheimnisses gewidmet.

**Judikatur**

Der Oberste Gerichtshof ging davon aus, dass das Überschreiten gesetzlicher Ausfertigungsfristen für Entscheidungen grundsätzlich zu missbilligen wäre, Verfahrensverzögerungen, die vom Richter weder vorsätzlich noch durch auffallende Sorglosigkeit verschuldet wurden, stellten aber kein Dienstvergehen dar (OGH 15. 4. 1994, Ds 7/93). Andererseits wurde das bewusste Ausweichen vor der Bearbeitung eines Aktes, der aufgrund langer Anhängigkeit vordringlich zu bearbeiten gewesen wäre, als disziplinar verurteilt (OGH 19. 10. 1974, RZ 1974/82).

Schon die (bewusste) Nichtbeachtung des Gebotes der vordringlichen Behandlung von Haftsachen wurde – Anm. der Verfasserin: wohl selbstverständlich – als schwer wiegende Verletzung von Dienstpflichten angesehen (OGH 21. 11. 1988, Ds 7/88). Die Gewährung von Akteneinsicht in den An-

trags- und Verfügungsbogen, in dem sich eine umfassende Fragenliste findet, bildet ein Vergehen (SSt 55/32).

Im Bereich der nichtamtlichen Dienstpflichten wurde vom OGH ein Nachtrunk eines Richters, der geeignet war, eine allenfalls zum Unfallszeitpunkt vorhandene Alkoholisierung zu verschleiern, als krasse Pflichtverletzung und damit verurteilungswürdig angesehen (OGH 21. 5. 1984, Ds 5/93).

Wenige – veröffentlichte – Entscheidungen gibt es zur Frage der politischen Betätigung von Richterinnen und Richtern. Eine Entscheidung beschäftigte sich in diesem Zusammenhang mit Fragen des Werbeverbots (§ 63 RDG). Hier warb der Spitzenkandidat einer Partei in einer Wahlkampfbroschüre wie folgt: „Ich war viele Jahre als Richter tätig – also schon in hohem Maße von Berufs wegen zur Ehrlichkeit und Gerechtigkeit verpflichtet“ . . . Obwohl § 63 Abs 2 RDG dem Richter bei Ausübung einer Nebenbeschäftigung (womit auch die parteipolitische Betätigung gemeint ist) jeden Hinweis auf seine Richterfunktion untersagt, fand der OGH keine Pflichtverletzung. In seiner Begründung ging er davon aus, dass in Folge Außerdienststellung des Richters die Möglichkeit allfälliger, das Ansehen der Rechtsprechung negativ beeinträchtigender Verwicklungen auszuschließen ist (OGH 6. 8. 1999, Ds 3/99). Inwieweit diese Entscheidung geeignet ist, das Ansehen und den – für die Gerichtsbarkeit lebensnotwendigen – Glauben der Bevölkerung in die Unparteilichkeit zu befördern, wäre eine Diskussion wert. Tatsache ist, dass in gewissen politischen Kreisen das hohe Ansehen der Richterschaft strategisch eingesetzt wird, um damit auch das Ansehen der eigenen Partei zu heben. Das erscheint nicht als begrüßenswerte Entwicklung und ist diese Vorgangsweise der Politik sehr wohl geeignet, der Gerichtsbarkeit auf längere Sicht Schaden zuzufügen. Der Umstand, dass der Richter das Bild – selbstverständlich – positiv zeichnete, kann daran nichts ändern.

### Effizienz des Verfahrens

Diese Erwägungen leiten über zur Frage der Effizienz des eben eher theoretisch abgehandelten Disziplinarverfahrens. Gegen eine präzise Beantwortung steht ua ein wesentliches bislang unerwähnt gebliebenes Prinzip des geltenden Rechts. Mitteilungen an die Öffentlichkeit sowohl über Gang als auch Ausgang des Verfahrens sind gem §§ 127, 133 RDG untersagt. Damit verzichtet man selbstverständlich auf jede generalpräventive Wirkung. Darüber hinaus besteht damit auch keine Möglichkeit eine – zu Recht – interessierte Öffentlichkeit von erfolgten Maßnahmen zu verständigen, was die Möglichkeit der Verdeutlichung der Selbstreinigungskraft böte. Gleichzeitig nimmt man aber auch einem Freigesprochenen die Möglichkeit, den vielleicht öffentlich erhobenen Vorwurf zu widerlegen. Ein Richter der dagegen verstößt, hat aus diesem Grund wiederum ein Disziplinarverfahren zu gewärtigen (!).

Grund für diese Gesetzesbestimmung dürfte sein, dass die Autorität des Richters bei den Parteien nicht leiden soll, die Optik ist für den außenstehenden Betrachter jedoch ungünstig und nährt wohl die Spekulationen in Richtung Kamealjustiz, oder auch Päckelei. Die nur durch Abkürzung des Nachnamens „anonymisierten“ Entscheidungsveröffentlichungen bringen hier nur geringe Abhilfe, stellen aber gleichzeitig den Betroffenen im inneren Kreis der Richter – wo man sich ja kennt – sehr wohl an den Pranger. Hier eine abschließende Bilanz anhand der Disziplinargerichtsbarkeit und deren spezial- und generalpräventiver Wirkung zu ziehen, ist praktisch unmöglich. Sicher ist, dass Disziplinarver-

fahren durchaus als reales Schreckgespenst existieren, die meisten Kolleginnen und Kollegen gehen davon aus, dass bei Pflichtverletzungen mit einem Disziplinarverfahren zu rechnen ist, und dieses sehr wohl unangenehme Folgen zeitigen kann. Durch die mangelnden Möglichkeiten der Bekanntgabe von Ergebnissen herrschen aber nur sehr unklare Vorstellungen über die Verfahren. Wenn man der Meinung ist, die richterliche Praxis und die Arbeit der Gerichte gäbe Auskunft über die Wirksamkeit der Disziplinargerichtsbarkeit, so ist das wohl ein unzulässiger Zugang.

Tatsächlich gewährleistet eine funktionierende Disziplinargerichtsbarkeit nur die ordnungsgemäße Ahndung von Vergehen und leistet damit einen gewissen Beitrag. Vordringliche Aufgabe muss aber sein, jene Pflichtverletzungen zu verhindern, die Verurteilungen notwendig machen. Hier ist im dienstlichen Bereich die von Richterinnen und Richtern geführte Justizverwaltung mit ihren Möglichkeiten ua der Dienstaufsicht gefordert. Deren Aufgabe besteht zB darin, jene Voraussetzungen zu schaffen, die ordentliches Arbeiten ermöglichen. Aber auch dort, wo ein Richter (eine Richterin) disziplinarrechtlich relevante Rückstände in der Aktenbearbeitung aufzuweisen hat, besteht durch die Dienstaufsicht die Möglichkeit, bereits in einem frühen Stadium Maßnahmen zu ergreifen. Erst wenn all das nichts fruchtet, muss eine effiziente Disziplinargerichtsbarkeit im Einzelfall zur Verfügung stehen.

Was nun die Inhalte der disziplinarrechtlich aufgegriffenen Pflichtverletzungen anlangt, so liegt meines Erachtens noch relativ zu wenig Augenmerk auf jenen Pflichtverletzungen, die im direkten Parteienverkehr gesetzt werden. Herabwürdigender Umgang mit Parteien, Verächtlichmachung in schriftlichen Entscheidungen, aber auch ein unstatthafter Ton in der Verhandlung erscheinen von ihrer Auswirkung auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit besonders katastrophal. Die Aufmerksamkeit der Verantwortlichen hat sich in den letzten Jahren geschärft, und haben auch Zeitungsberichte über derartige – manchmal sehr massive – Verfehlungen in den letzten Jahren mehrfach die Einleitung von Disziplinarverfahren und darauf folgende Verurteilungen zur Folge gehabt. Insofern kommt der Kontrolle durch die Öffentlichkeit auch erhebliche Bedeutung zu. Aber auch hier wird das Ziel eines durchgehend tadellosen Verhaltens, das die Würde der Menschen in jeder Phase achtet, nicht durch die Disziplinargerichtsbarkeit zu erreichen sein, sondern nur dadurch, dass es eines der wichtigsten Anliegen in der Aus- und Fortbildung darstellt, hier bei allen das notwendige Bewusstsein zu schaffen.

### Überlegungen zur Reform

Die Standesvertretung hat – trotz des Vorhergesagten – der Disziplinargerichtsbarkeit aber schon in den vergangenen Jahrzehnten enorme Wichtigkeit vor allem deswegen zuerkannt, weil sie einen Spiegel der Reife der richterlichen Selbstverwaltung abgibt. Aus diesem Grund wurde bereits in den Achtzigerjahren eine Reform in Angriff genommen, die allerdings dann nicht weiter verfolgt wurde. Nachdem das Richterdienstgesetz in den letzten Jahren in den meisten Bereichen modernisiert, die Rechtsstaatlichkeit verbessert und verstärkt auch demokratischer gestaltet wurde (Personalsekretatsreform), soll jetzt dieses Thema erneut aufgegriffen werden und beraten Arbeitskreise jene Reform.

Dabei erscheinen die Beachtung und Reformierung folgender Leitgedanken wichtig:

Der Ankläger muss vom erkennenden Senat getrennt sein (Einführung des Anklagegrundsatzes). Hier besteht die Möglichkeit, einen Staatsanwalt (Leitenden Oberstaatsanwalt) oder ein Richterergremium mit der Anklageerhebung zu betrauen. Konsequenz daraus wäre: ohne Antrag gibt es kein Verfahren, allerdings müsste weiterhin der Untersuchungsgrundsatz herrschen; dadurch sollte das Disziplinarrecht auf die gleiche Stufe mit dem geltenden Strafverfahren gelangen.

Die subsidiäre Anwendbarkeit der StPO, soweit keine gesonderten Bestimmungen vorhanden sind, sollte vorgesehen sein. Diesem bisherigen Mangel musste durch Lückenfüllung begegnet werden, was durchaus bedenkliche Seiten aufweist.

Die Öffentlichkeit sollte die Möglichkeit erhalten, über Einleitung und Ergebnis des Verfahrens informiert zu werden, nicht aber über nähere Details, die ja nicht mehr von einem gerechtfertigten Informationsbedürfnis umfasst sind. In Zeiten der Informationsgesellschaft, in denen die vorherigen Verfehlungen eines Richters/einer Richterin womöglich schon allgemein bekannt sind, ist es absolut notwendig, auch das selbstreinigende Reagieren der Gerichtsbarkeit (oder dessen Unterbleiben) der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Auf der anderen Seite bietet es einem öffentlich Angegriffenen auch die Möglichkeit, seinen nachfolgenden Freispruch publik zu machen. Schlussendlich stellt dies auch die Möglichkeit einer Kontrolle der Effizienz der Disziplinargerichtsbarkeit dar.

Im Bereich des materiellen Disziplinarrechts erscheint es kaum möglich, stringente formulierte Tatbilder zu entwerfen. Es sei allerdings daran erinnert, dass ja im Bereich des Arbeitsrechts (das Disziplinarverfahren weist ja auch stark arbeitsrechtliche Konsequenzen auf) für die Frage der Entlassung die Formulierung einzelner Tatbestände auch meist nicht vorgesehen ist. Wohl aber erscheint es sinnvoll, § 57 RDG, der die Dienstpflichten normiert, an die modernen Verhält-

nisse anzupassen. Es sollten daher im Mittelpunkt der Dienstpflicht nicht das „Ansehen des Standes“, sondern das „Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtspflege“ stehen.

Schließlich erscheint noch die Möglichkeit der Verhängung von Geldstrafen nach dem System des StGB als sinnvoll. Besonders wichtig, und daher im Rahmen der Reform jedenfalls auch neu zu schaffen, ist die Möglichkeit einer bedingten Strafnachsicht. Sehr häufig werden Disziplinarverfahren im Zusammenhang mit dem Vorwurf der mangelhaften Erbringung der Arbeitsleistung erhoben. Die Möglichkeit, eine verhängte Strafe bedingt nachgesehen zu bekommen, erscheint dort, wo nicht strukturelle Gründe die Arbeitsrückstände bedingen, doch eine sinnvolle Motivation darzustellen.

Die Beratungen zur Reform dauern noch an. Mit einer Novellierung der entsprechenden Bestimmungen wäre das Reformwerk im RDG nahezu abgeschlossen. Allerdings sollten auch für den Fall des Gelingens der Reform die Hoffnungen nicht überspannt werden. Schon weiter oben wurde darauf verwiesen: So wie das Strafrecht nicht geeignet ist, für eine Gesellschaft Sorge zu tragen, in der keine Delikte begangen werden, wird eine funktionsfähige Gerichtsbarkeit nicht durch lückenlose disziplinarische Verfolgbarkeit geschaffen. Die Disziplinargerichtsbarkeit ist aber wichtig, und zeugt von der Selbstreinigungskraft der Gerichtsbarkeit. Dabei ist es aber neben verurteilenden Erkenntnissen auch wichtig, im Rahmen des Verfahrens aber auch außerhalb, jene ethischen Werte glaubwürdig zu vermitteln, die die Menschen zu Recht von Richterinnen und Richtern fordern. Wenn das gelingt, leistet auch sie ihren Beitrag zu einer die Grundrechte wahren Gerichtsbarkeit.

*Dr. Barbara Helige ist Präsidentin der Vereinigung der Österreichischen Richter und Vorsteherin des Bezirksgerichtes Döbling.*

# Denkmalschutz für Geschworenengerichte?

Wolfgang Aistleitner<sup>1</sup>

„Warum muss ich essen?“ – „Damit du groß und stark wirst.“ – „Warum muss ich groß und stark werden?“ – „Damit du einen Beruf ausüben kannst.“ – „Warum muss ich einen Beruf ausüben können?“ – „Damit du einmal Geld verdienen kannst.“ – „Warum muss ich Geld verdienen können?“ – „Damit du dir zu essen kaufen kannst.“ – „Warum muss ich essen?“

Wieder einmal hatte ich – damals vierjährig – meine Mutter zur Verzweiflung gebracht. Dabei hätte sie es sich einfach machen können. Spätestens meine zweite Frage hätte sie mit einem (ab)schneidenden „Weil es eben so ist“ beantworten können. Sie tat es aber nicht. Sie tat es nicht, weil sie mir aus mütterlicher Fürsorge heraus die Welt erklären wollte. Und sie tat es auch deshalb nicht, weil sie keine Geschworene

war. Sie versuchte, das teilweise Unerklärbare doch zu erklären. Geschworene müssen das (zum Großteil) Erklärbare nicht erklären.

Oder anders gewendet: Trotz vergleichsweise geringen Erklärungsbedarfs erklärte meine Mutter (fast) alles. *Das Geschworenenurteil erklärt trotz vergleichsweise enormen Erklärungsbedarfs nichts.*

Aber der Reihe nach: Als man gegen Inquisitionsprozess und Absolutismus zu Felde zog, wurde auch der Ruf nach einer Beteiligung des Volks an der Rechtsprechung laut. Als Garant für die Freiheit des Staatsbürgers gegen Staatswillkür und Kabinettsjustiz musste der Laienrichter her. So sah man das in den Jahren (spätestens) ab 1848 und noch lange, lange

<sup>1</sup> Dieser Artikel gibt die Meinung des Verfassers und nicht etwa auch einer Gruppe oder eines Berufsstandes wieder.

Zeit danach. Der Geschworene: Der demokratische Attaché, überhaupt der König der Laienrichter.

Zur Erinnerung: Im Geschworenengericht entscheiden ausschließlich die Laienrichter – eben die Geschworenen – in Form des Wahrspruchs darüber, ob der Angeklagte schuldig ist oder nicht (Art 91 Abs 2 B-VG). Da man von solchen Richtern eine juristisch-dogmatische und aktenmäßig plausible Begründung gar nicht verlangen kann, ist es nur konsequent, auch das auf dem Wahrspruch der Geschworenen beruhende Urteil von der Begründungspflicht auszunehmen (§ 335 StPO).<sup>2</sup> Keine Sachverhaltsschilderung, keine Beweiswürdigung.

Mit dem Entfall der Begründungspflicht ist auch der Anfechtungsgegenstand stark eingeeengt. Spricht man in diesem Zusammenhang von *Rechtsschutzdefizit*, so wird – nach wie vor nicht selten – entgegnet, dass das Geschworenengericht auf der erstinstanzlichen Ebene das höchstqualifizierte Richter-gremium sei. Irrtum sei da eher die Ausnahme.

Allerdings lässt sogar das geltende Regelwerk erkennen, wie ambivalent selbst der Gesetzgeber der Geschworenengerichtbarkeit gegenübersteht. Er erkannte zwar die überdurchschnittliche, nachgerade qualifizierte Fehleranfälligkeit der Urteilsfindung im Geschworenengericht, zog aber fatale Konsequenzen: Kautelen wurden eingebaut, die einerseits die Fehleranfälligkeit nicht wirklich kappen, die aber andererseits das Laienelement dort zurückdrängen, wo man es nicht antasten müsste. Was ist gemeint?

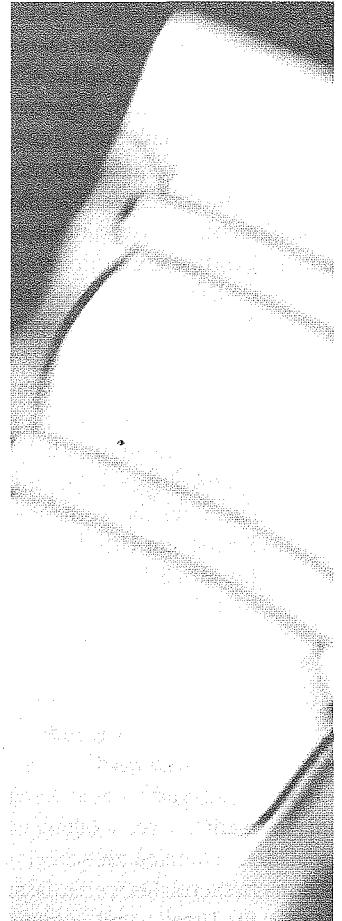
Nach § 309 Abs 1 StPO können auch Geschworene Beweisaufnahmen zur Aufklärung von erheblichen Tatsachen begehren. Darüber entscheidet der Schwurgerichtshof (also die drei Berufsrichter) mit einfacher Mehrheit. Eine merkwürdige Verteilung der Aufgaben! Dasjenige Gremium, das in alleiniger Verantwortlichkeit die Tatfrage beantworten muss, hat keine direkte Möglichkeit zur inhaltlichen Gestaltung des Beweisverfahrens. Im Ernstfall können zwei Berufsrichter (bindend) ablehnen, was acht Geschworene (und allenfalls ein Berufsrichter) für dringend erforderlich halten. In-soweit ist der Grundsatz *der materiellen Wahrheitsforschung aus der Wahrnehmungskompetenz des Erkenntnisorgans genommen*. Nach Art einer halbherzigen Rettungsaktion wird in § 328 StPO statuiert, dass die Geschworenen bei der Beratung „den Wunsch“ äußern können, das Beweisverfahren zu ergänzen. Daraufhin „ist die Verhandlung wieder zu eröffnen“. Der durch § 309 StPO geschaffene (oben dargelegte) Notfall wird durch diese Bestimmung nicht echt saniert. Abgesehen davon, dass die höchstgerichtliche Judikatur<sup>3</sup> die Wiedereröffnung des Verfahrens eher nur im Kontext zu einer intendierten Fragergänzung oder -erweiterung zu verstehen scheint – aber können nicht auch und gerade innerhalb des bereits beschlossenen Fragenschemas Beweisergänzungen nötig werden? –, und abgesehen davon, dass dieses Andrängen der Geschworenen auf Wiedereröffnung bloß als

„Wunsch“ bezeichnet wird (sodass man ans Gnadenrecht erinnert wird!), und abgesehen davon, dass selbst bei einer der Geschworenenintention konvenierenden Entscheidung (des Schwurgerichtshofs) die Prozessökonomie einen Tiefschlag erhält (ein verständiger Beobachter wird fragen, warum nicht schon früher die Beweisaufnahme initiiert wurde), bleibt Folgendes offen: Muss ein Begehren der Geschworenen von deren Mehrheit getragen sein oder genügt schon *ein* Geschworener? Was ist mit divergenten „Wünschen“? Nach welchen Kriterien entscheidet der Schwurgerichtshof, oder hat er – was der Gesetzeswortlaut vermuten ließe – überhaupt keinen Spielraum?<sup>4</sup>

Die Bestimmung des § 90 I Abs 2 StPO<sup>5</sup> konvergiert übrigens nur halbherzig mit den Regelungen des § 311 Abs 1 und 2 StPO.<sup>6</sup> Sie macht immerhin deutlich, dass der Gesetzgeber die kriminalpolitisch so bedeutsame staatliche Reaktionsmöglichkeit der Diversion den Geschworenen nicht an die Hand gegeben hat. Ist also im Einzelfall eine diversionelle Maßnahme indiziert, so kann der Schwurgerichtshof die Geschworenen zur Staffage machen.<sup>7</sup> Steht hier dahinter, dass der moderne Gesetzgeber jede Gelegenheit nützt, die Kompetenz der Geschworenen zurückzudrängen, freilich ohne dies explizit zu bekennen?

Einen Drahtseilakt der besonderen Klasse hat § 324 StPO im Auge. Danach kann der Schwurgerichtshof einstimmig beschließen, bei der Beratung der Geschworenen „zur besseren Aufklärung schwieriger“ (auch) „Tatfragen“ anwesend zu sein. Die Mehrheit der Geschworenen kann dies jedoch verhindern. Wie soll hier das in § 323 Abs 2 StPO<sup>8</sup> festgeschriebene Verbot des Grenzübertretts Realität werden? Die Übung möge gelingen!

Welche Leerformel-Praxis § 331 Abs 3 StPO zu decken vermag, ahnte der Gesetzgeber vielleicht gar nicht (§ 331 Abs 3 StPO sieht vor, dass der Obmann der Geschworenen in einer kurzen *Niederschrift* die *Erwägungen* anzugeben hat, von denen die Mehrheit der Geschworenen bei Beantwortung



2 LSK 1976/168; EvBl 1971/48.

3 Mayerhofer StPO<sup>4</sup> § 328 E 4, 5.

4 Gegen eine unbedingte Befolgungspflicht: Mayerhofer StPO<sup>4</sup> § 328 E 4.

5 Danach ist die diversionelle Erledigung einer Tat in der Hauptverhandlung dem Schwurgerichtshof und nicht etwa der Geschworenenbank überantwortet.

6 Immerhin sieht § 311 Abs 2 StPO doch auch die Möglichkeit einer Fragestellung an die Geschwo-

renen gleichsam als Vorfrage zum beabsichtigten Freispruch nach § 259 Z 1 oder 2 StPO vor; aber auch im Vorfeld einer diversionellen Erledigung können entscheidende Tatsachen iSd § 311 Abs 2 StPO abzuklären sein.

7 Zur Klarstellung: Mit Blick auf § 90a Abs 2 Z 1 StPO kommen hier nicht Delikte in Betracht, die an sich in die Zuständigkeit der Geschworenengerichte fallen, sondern vor allem jene, über die im Weg der Konnexität auch – neben der Haupttat – vor

den Geschworenen verhandelt wird; lässt im Übrigen die Antwort der Geschworenen eine rechtliche Subsumtion zu, die grundsätzlich diversionelle Erledigung ermöglicht, so stößt man auf die unter FN 5 angesprochene Problematik.

8 Danach ist der Vorsitzende, also ein Berufsrichter, verpflichtet, sich während der den Geschworenen mündlich zu erteilenden Rechtsbelehrung nicht in eine Würdigung der Beweismittel einzulassen.

der einzelnen Fragen ausging). Die (gewiss so nicht gemeinte, aber dennoch zynisch anmutende) Worthülse: „Aufgrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens“ wird als *einzig* Erwägungssatz nicht nur nicht selten verwendet; sie entspricht vielmehr auch den gesetzlichen Anforderungen!

Die gravierende Korrekturkompetenz der Berufsrichter in Gestalt des *Monitorverfahrens* nach § 332 Abs 4 und 5 StPO und die Möglichkeit der *Entscheidungsaussetzung* nach § 334 StPO sind wohl notwendig, um den judiziellen Gau (und gar weniger schwer wiegende Unsinnigkeiten und Irrtümer) fürs Erste<sup>9</sup> zu verhindern. Gleichmaßen (und zusammen) geben sie jedoch den Stoff ab, aus dem jene Dolche geschmiedet werden, die die Geschworenengerichtsbarkeit ins Herz treffen können. Kontrolle ist gut, Liquidierung ist besser!

Die Liste der Unstimmigkeiten und Halbheiten wird von zwei weiteren Gegebenheiten grell umrandet: So fußt das (Sach)Urteil eines Geschworenengerichtes ohne weitere Begründung auf dem – ebenfalls nicht zu begründenden – Wahrspruch der Geschworenen; und – zum Zweiten –, wo nichts zu begründen ist, kann keine Begründungs-(=mängel)rüge greifen.

Das heißt: Die Geschworenen geben auf die Tatfrage eine Antwort, die weder nach den Regeln der Begründungslogik, noch nach den Erfahrungssätzen der Plausibilität revisibel ist.

Diese (nahezu) unausweichliche Dualität (Unbegründetheit – Unanfechtbarkeit) schmerzt ein humanistisch aufgeklärtes, rechtsstaatlich orientiertes Prozessverständnis. Eine widerwärtige Gleichung tut sich auf: Je gravierender das Delikt, über das verhandelt wird<sup>10</sup>, desto radikaler entfällt die Pflicht, ein Urteil zu begründen und desto stringenter wird die Möglichkeit, solche Urteile anzufechten, eingeeignet.

Oder auf eine verfassungspolitische Ebene gestellt: *Viel Demokratie – wenig Rechtsschutz*. Das sind die Geschworenengerichte.

Indes ist diese Formel so nicht zugänglich. Denn sie suggeriert eine zwingende disproportionale Interdependenz zwischen den beiden Elementen „demokratische Rechtspflege“ und „umfassender Rechtsschutz“. Das muss aber überhaupt nicht so sein. Ohne das demokratische Element auch nur substanziell zu schwächen, ließe sich der Rechtsschutz verbessern. Letzteres lässt sich durch die Begründungspflicht für Urteile und – mit einhergehend – durch die Urteilsanfechtbarkeit in diesem Punkt erreichen.

Dabei ist klar, dass nur jemand begründen kann, wer an der Wahrheitsfindung, also an der Urteilsberatung – und Abstimmung mitwirkte. Er muss aber auch die fachliche Fähigkeit dazu besitzen. Damit liegt das Alternativmodell auf der

Hand: Das derzeitige Geschworenengericht ist von einem (anderen) Kollegialgericht abzulösen, welches nach Art eines erweiterten Schöffengerichts zusammengesetzt ist.

In diesem großen Schöffengericht müssen die Laienrichter eine deutliche Überzahl schon deshalb besitzen, da dem Laienelement auch Gruppendynamisch und psychologisch genug Spielraum eingeräumt werden muss. Für ein von einem solchen großen Schöffengericht gefälltes Urteil muss sodann dieselbe Begründungspflicht gelten wie für das derzeitige Urteil eines Schöffengerichts. In Konsequenz dessen existieren dieselben Anfechtungsmöglichkeiten wie derzeit im schöffengerichtlichen Verfahren.<sup>11</sup>

Die rechtsstaatlichen und prozessualen Vorteile eines solchen kollegialgerichtlichen Verfahrens sind – im Verhältnis zum bisherigen Geschworenengericht – evident: Das Verfahren wird rational berechenbarer, steht unter dem Regime nachprüfbarer Begründungslogik, es wird vereinfacht und verkürzt; weniger Zeitaufwand, erhebliche Kostenersparnis. Jedenfalls wäre der Rechtsschutz maßgeblich verbessert.<sup>12</sup> Gesetzliche Änderungen müssten zwar an Grundsätze rühren (vgl. vor allem Art 91 Abs 2 B-VG), würden zum anderen aber den Entfall eines ganzen Hauptstücks (XIX.) der StPO bedeuten.

Wiederaufnahmeanträge – gerade im Geschworenengericht durchaus nicht selten – wären auf ihre Berechtigung verlässlicher und seriöser überprüfbar; dass die vor allem durch die §§ 353 Z 2, 355 Z 2 StPO aufgetragene Eignungsprüfung – bezogen auf vorgebrachte Neuerungen – angesichts eines unbegründet gebliebenen Anlassurteils besonders schwierig ist, muss nicht weitwendig erläutert werden.

Die graduelle Reduktion des Laienprinzips (vom Geschworenengericht auf das große Schöffengericht) würde dem modernen Demokratieverständnis durchaus nicht widersprechen; für das Wiederaufleben eines früheren Misstrauens gegen das Berufsrichtertum gibt es keine sachlichen Belege und schon gar keine empirischen Erfahrungswerte. Die Unabhängigkeit und Professionalität der Rechtsprechung, welche durch Berufsrichter ausgeübt wird, sind allgemein anerkannt, rechtlich abgesichert und politisch unverrückbar. Wir sollten die Möglichkeit verbesserter Wahrheitsfindung und umfassenderen Rechtsschutzes<sup>13</sup> nicht einem überzogenen Demokratieverständnis opfern. Es gibt schutzwürdigere Denkmäler!

*Dr. Wolfgang Aistleitner ist Vizepräsident der Vereinigung der Österreichischen Richter und Senatspräsident des Oberlandesgerichtes Linz.*

9 Nach Aussetzung eines Wahrspruchs verweist der OGH die Sache vor ein anderes Geschworenengericht; stimmt der Wahrspruch des zweiten Geschworenengerichtes mit dem des ersten überein, so ist er dem Urteil zugrunde zu legen; eine neuerliche Aussetzung ist also nicht zulässig (§ 334 Abs 4 StPO).

10 Nach § 14 StPO ressortiert das Hauptverfahren über taxativ aufgezählte politische Delikte und

solche Verbrechen, die mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit einer zeitlichen Freiheitsstrafe von nicht weniger als fünf Jahren Untergrenze und von mehr als zehn Jahren Obergrenze bedroht sind, zum Geschworenengericht.

11 Der Versuch Zittas in AnwBl 1986, 499 f, die Bedeutung einer Urteilsbegründung zu relativieren, überzeugt nicht.

12 S auch Lachmann in AnwBl 1993, 645 ff.

13 Dass auch diese – vor allem in der Überprüfbarkeit der Tatfrage – noch verbesserungswürdig sind, wäre einen eigenen Artikel wert; die §§ 281 Abs 1 Z 5a und 345 Abs 1 Z 10a StPO sind noch nicht der Weisheit letzter Schluss.



Einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) verheißt die Europäische Union ihren Bürgern in den Gründungsverträgen (in der Fassung des Vertrags von Amsterdam)<sup>1</sup>. Dieser Begriff – der an Strahlkraft ehrgeizige Projekte wahrhaft historischer Dimension, wie den Binnenmarkt oder die Währungsunion, in den Schatten stellt – meint jene Politikfelder, die vor dem Vertrag von Amsterdam nur die sperrige Überschrift „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“ trugen, nämlich 1. „Ausländerpolitik“ (Grenzkontrollen, Asyl- und Einwanderungspolitik), 2. polizeiliche Zusammenarbeit; weiters Zusammenarbeit und Rechtsangleichung im Justizbereich, namentlich 3. im Zivil- und 4. im Strafrecht. Was bedeutet das Ziel eines RFSR nun für den Bereich des Strafrechts?

### A. Strategien und Aktionspläne

Ein „gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten (MS) im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen“ – als eines der Mittel zur Erreichung des RFSR, vgl Art 29 EUV – zu entwickeln, ist keine leichte Aufgabe, weil die MS in diesen Bereichen bisher weitgehend autonom gehandelt haben. Zur Erreichung dieses ehrgeizigen Zieles empfiehlt sich daher eine ausgeklügelte Strategie. Tatsächlich herrscht an Strategiepapieren, Aktionsplänen und politischen Aufträgen kein Mangel: Auf den *Aktionsplan zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität* (1997)<sup>2</sup> folgte 1998 der Aktionsplan zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Aufbau eines RFSR („*Wiener Aktionsplan*“)<sup>3</sup>. Im Oktober 1999 befasste sich der Europäische Rat auf einer Sondertagung im finnischen Tampere ausschließlich mit der Schaffung des RFSR; die Schlussfolgerungen des Vorsitzes zu dieser Tagung werden seither geradezu als „Bibel“ behandelt. Im Jahr 2000 wurde schließlich „Eine Strategie der EU für den Beginn des neuen Jahrtausends: Prävention und Bekämpfung der organisierten Kriminalität“ („*Millenniumsstrategie*“) fertig gestellt<sup>4</sup>. Damit die in diesen Papieren enthaltenen Einzelmaßnahmen und der Stand ihrer Realisierung einigermaßen überblickt werden können, gibt die Kommission seit einiger Zeit halbjährlich einen „Anzeiger“ („*Scoreboard*“) heraus<sup>5</sup>.

### B. Bisherige Ergebnisse im Strafrecht

Die im Strafrecht bisher getroffenen Maßnahmen<sup>6</sup> lassen sich zwei großen Gruppen zuordnen: Der Verbesserung und Intensivierung der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit einerseits und der Rechtsangleichung (va im materiellen Strafrecht) andererseits.

### Rechtsangleichung . . .

Rund ein Dutzend Rechtsakte verpflichten die MS zur *Angeleichung einzelner Straftatbestände*, indem Verhaltensweisen umschrieben werden, die mindestens von den einzelstaatlichen Straftatbeständen erfasst werden müssen („Mindeststandards“; harmonisierte iSv einheitlichen Tatbeständen wurden bisher nicht vorgesehen). In einigen Fällen wurden durchaus Fortschritte erzielt und die MS zu Umsetzungsschritten veranlasst (zB Betrug zum Nachteil der Gemeinschaft<sup>7</sup>; Korruption<sup>8</sup>; Geldfälschung<sup>9</sup>); andere Rechtsakte gehen kaum über den kleinsten gemeinsamen Nenner der MS hinaus (zB Geldwäsche<sup>10</sup>; Beteiligung an einer kriminellen Organisation<sup>11</sup>). Ein Rechtsakt gegen rassistische und fremdenfeindliche Handlungen stellt den MS frei, ob sie Straftatbestände einführen oder lediglich auf das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit verzichten<sup>12</sup>.

Einzelne Rechtsakte sind als reine Anlassgesetzgebung anzusprechen. So schlug Belgien, nachdem ein schrecklicher Fall von Kindesmissbrauch die Öffentlichkeit erschüttert hatte, 1996 gleich vier Rechtsakte gegen Menschenhandel und sexuellen Kindesmissbrauch vor, darunter auch einen

# Auf dem Weg zu einem Strafrecht der EU?

Fritz Zeder

zur Rechtsangleichung<sup>13</sup>, der von solcher Qualität war, dass die Kommission vor kurzem ihren Ersatz durch zwei neue Rechtsakte (Rahmenbeschlüsse) vorgeschlagen hat<sup>14</sup>. Die Initiative Frankreichs zu einer Gemeinsamen Maßnahme im Bereich Drogenhandel<sup>15</sup> verfolgte vor allem die Absicht, Druck auf einen anderen MS auszuüben, dessen Drogenpolitik Frankreich zu liberal erschien.

Eine Initiative Dänemarks zum Umweltstrafrecht<sup>16</sup> vom Juni 1998 wurde zwei Jahre lang von mehreren Präsidenschaften eher lustlos behandelt, ehe die durch den Unfall des Tankers „Erika“ vor der Atlantikküste geschockte französische Öffentlichkeit den französischen Vorsitz im zweiten Halbjahr 2000 veranlasste, die Verhandlungen zu dem Rechtsakt rasch zum Abschluss zu bringen. Der Tod von 58 Flüchtlingen auf der Überfahrt nach Großbritannien rief den Europäischen Rat auf den Plan; unter Berufung auf dessen Schlussfolgerungen bei der Tagung im Juni 2000 in Feira leg-

1 Vgl Art 2, 29 EUV; Art 61 EGV.

2 ABl 1997 C 251, 1.

3 ABl 1999, C 19, 1.

4 ABl 2000, C 124, 1.

5 Zuletzt: KOM(2000) 782 vom 30. 11. 2000.

6 Vgl den Überblick von *Frieberger*, Die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen, in Die Union (Zeitschrift der Vertretung der Kommission in Österreich), Heft 2/2000, 73.

7 Übereinkommen vom 26. 7. 1995, ABl 1995 C 316, 48.

8 Protokoll vom 27. 9. 1996, ABl 1996 C 313, 1; Übereinkommen vom 26. 5. 1997, ABl C 195, 1.

9 Rahmenbeschluss vom 29. 5. 2000, ABl 2000 L 140, 1.

10 Gemeinsame Maßnahme vom 3. 12. 1998, ABl 1998 L 333, 1.

11 Gemeinsame Maßnahme vom 21. 12. 1998, ABl 1998 L 351, 1.

12 Gemeinsame Maßnahme vom 15. 7. 1996 betreffend die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl 1996 L 185, 5.

13 Gemeinsame Maßnahme vom 24. 2. 1997, ABl 1997 L 63, 2.

14 KOM(2000) 854 vom 21. 12. 2000.

15 ABl 1996 L 342, 6.

16 ABl 2000 C 39, 4.

te Frankreich Vorschläge zur Rechtsangleichung bei Schlepperei<sup>17</sup> vor.

Die Atemlosigkeit, mit der manche Vorschläge gemacht werden, führt bisweilen zu überzogenen Forderungen nach Kriminalisierung. So will der Vorschlag Frankreichs zur Schlepperei auch unentgeltliche Beihilfe zur illegalen Einreise erfassen, darüber hinaus auch schon jede Unterstützung illegalen Aufenthalts. Ein länger zurückliegendes Beispiel ist der Vorschlag der Kommission, bei Betrug zum Nachteil der Gemeinschaft auch fahrlässiges Handeln zu erfassen<sup>18</sup>. Als Begründung wurde in beiden Fällen übrigens auf Beweisschwierigkeiten verwiesen, die bei engerer Umschreibung der Tatbestände auftreten würden.

Eine Schwierigkeit bei der Angleichung von Straftatbeständen liegt in der unterschiedlichen Grundstruktur der Strafrechtssysteme der MS. Nach deutschem oder österreichischem Recht ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, alle Taten anzuklagen, die einen Straftatbestand erfüllen (Legalitätsprinzip), während es das Gesetz in den meisten anderen MS der Anklagebehörde freistellt, ob sie Anklage erhebt (Opportunitätsprinzip); gerade die deutschen und die österreichischen Vertreter legen daher in Verhandlungen über Mindeststandards besonderes Augenmerk darauf, dass die Grenze strafbaren Verhaltens nicht zu weit gezogen wird. Während einzelne MS neben dem gerichtlichen Strafrecht ein Verwaltungsstrafrecht kennen – und dieses daher für die Sanktionierung von Verhaltensweisen geringerer Schwere heranziehen wollen –, ist es nach dem Recht anderer MS (insbesondere nach angelsächsischem Rechtsverständnis) völlig unvorstellbar, dass Sanktionen von einem anderen Organ als einem unabhängigen Richter verhängt werden. Dem Gemeinschaftsrecht ist es vorbehalten, für einen bestimmten Rechtsbereich, das Kartellrecht, ein Verwaltungsstrafrecht entwickelt zu haben, das exorbitante Geldstrafen und massive Grundrechtseingriffe zulässt – und das in einem inquisitorischen Verfahren mit bloß nachprüfender gerichtlicher Kontrolle. Der Befund von *Klip*<sup>19</sup>, die MS hätten sich „noch nicht einmal darauf einigen können, was Strafrecht ist oder dazu gehört“, hat daher einen gewissen Wahrheitsgehalt.

In Art 31 lit. e EUV sind (für bestimmte Kriminalitätsbereiche<sup>20</sup>) nicht nur *Mindestvorschriften* für Tatbestandsmerkmale, sondern auch für *Strafen* vorgesehen. Nach der Erklärung Nr. 8 zum Vertrag von Amsterdam kann ein MS, dessen Rechtssystem keine „Mindeststrafen“ kennt, nicht gezwungen werden, solche einzuführen. Bisher beschränken sich Vorschläge zur Umsetzung der Bestimmung des EUV darauf, für einzelne Tatbestände ein bestimmtes Ausmaß der von den MS mindestens vorzusehenden höchsten Freiheitsstrafe vorzuschreiben. Im Rahmenbeschluss gegen Geldfälschung<sup>21</sup> wurde für die eigentliche Geldfälschung eine „Mindesthöchststrafe“ von acht Jahre festgelegt – gegen die Proteste mehrerer MS, die diese Vorgangsweise als Scheinangleichung und mutwilligen Eingriff in nationale Strafenrelationen kritisierten. In einem Rechtsakt betreffend Geldwäsche<sup>22</sup> gelang es

Österreich, die dort vorgesehene Höchststrafe von mindestens vier Jahren durch einen Vorbehalt der Kohärenz nationaler Strafsysteme zu entschärfen. Für Schlepperei forderte das Vereinigte Königreich zehn Jahre als Mindesthöchststrafe. Die Kommission sieht in ihren Vorschlägen zu Menschenhandel und sexueller Ausbeutung von Kindern detaillierte Abstufungen von Höchststrafdrohungen vor, die in schweren Fällen zehn bzw acht Jahre betragen sollen. Es hat sich also leider geradezu ein Lizitieren der Strafhöhe entwickelt, wobei völlig außer Acht gelassen wird, dass in den MS ganz unterschiedliche Regelungen und Praktiken bestehen, etwa was Straffrahmen, Strafbemessung, Verhängung von Geld statt Freiheitsstrafen, bedingte Nachsicht und vorzeitige Entlassung betrifft, und dass daher die Höhe der im Gesetz angedrohten Strafe kaum Rückschlüsse darauf zulässt, in welcher Dauer Strafen verbüßt werden. Besonders nachteilig wirkt sich die derzeit eingeschlagene Richtung auf einen Staat wie Österreich aus, in dem zwar vergleichsweise niedrige Straffrahmen bestehen, aber die tatsächlich verbüßte Haftzeit vergleichsweise lang ist. Über Vorschläge zu einem konkreten Mindeststrafsatz wird in den Verhandlungen wie auf dem Bazar gefeilscht; als Ergebnis ergibt sich ein Strafsatz, der nur die wenigsten MS zur Anhebung ihrer Strafen zwingt, aber oft deutlich unter den in anderen MS bestehenden Strafsätzen liegt. Befriedigend ist dies weder für die einen noch für die anderen. Eine kreativere Lösung könnte darin bestehen, eine Skala von mehreren Kategorien unterschiedlicher Schwere zu schaffen, in die dann einzelne Straftaten eingeordnet werden könnten; den MS bliebe es überlassen, welche konkreten Straffrahmen sie für die einzelnen Kategorien vorsehen.

Beispiele für Rechtsangleichung im *Allgemeinen Teil des Strafrechts* sind bisher selten. Die einzige Regelung, die das Attribut „allgemein“ verdient, betrifft die Abschöpfung der Bereicherung<sup>23</sup>, besteht aber nur in bescheidenen Ausweitungen von Verpflichtungen, die bereits nach dem Geldwäsche-Übereinkommen des Europarats<sup>24</sup> bestehen. Die im Aktionsplan zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität (Empfehlung 18 c) vorgesehene Angleichung bei Verjährungsfristen ist über das Stadium von Vorarbeiten nie hinausgekommen. Im Übrigen wurden Bestimmungen, die dem Allgemeinen Teil zuzurechnen sind, nur als Annex zu einzelnen Straftatbeständen geschaffen: Bestimmungen über die Gerichtsbarkeit oder über die Verantwortlichkeit juristischer Personen (diese wurde für Betrug und Korruption zum Nachteil der Gemeinschaft „erfunden“<sup>25</sup> und gehört seither geradezu zum Standardrepertoire bei der Rechtsangleichung einzelner Tatbestände).

Der Bereich des *Strafverfahrensrechts* war bis vor kurzem von direkter Rechtsangleichung in der EU weitgehend unberührt (indirekte Auswirkungen dadurch, dass Rechtshilfe durch bestimmte Ermittlungsmethoden geregelt wird, können freilich nicht ausgeschlossen werden). Dem portugiesischen Vorsitz blieb es vorbehalten, in diesen Bereich mit ei-

17 ABl 2000 C 253, 1 und 6.

18 Vorschlag der Kommission: ABl 1994 C 216, 14.

19 *Klip*, Harmonisierung des Strafrechts – eine fixe Idee? NSTZ 2000, 626 (627).

20 Zur Frage, ob die Aufzählung taxativ zu verstehen ist, sowie allgemein zum Verhältnis zwischen Art 29 und Art 31 EUV vgl. *Frieberger* (FN 7) 79f.

21 ABl 2000 L 140, 1. Näher *Zeder*, Der Rahmenbeschluss als Instrument der EU-Rechtsangleichung im Strafrecht am Beispiel des Rahmenbeschlusses gegen Geldfälschung, ÖJZ 2001, 81 (87, 89).

22 Initiative Frankreichs: ABl 2000 C 243, 9.

23 Initiative Frankreichs: ABl 2000 C 243, 9; zuvor

bereits: Gemeinsame Maßnahme vom 3. 12. 1998, ABl 1998 L 333, 1.

24 ETS 141, BGBl III 1997/153.

25 Zweites Protokoll vom 19. 6. 1997, ABl 1997 C 221, 11.

ner Initiative zur Stellung des Opfers im Strafverfahren<sup>26</sup> vorzudringen. Der Vorschlag war jedoch schlecht vorbereitet und wurde in kurzer Zeit durchgebracht, sodass die Ergebnisse kaum über den kleinsten gemeinsamen Nenner hinausgehen.

## ... und verbesserte Zusammenarbeit

Bei der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen können die MS auf jene Vertragsbeziehungen aufbauen, die im Rahmen des *Europarats* geschaffen wurden: Die drei wichtigsten Übereinkommen des Europarats, jene über die Auslieferung<sup>27</sup>, über die Rechtshilfe<sup>28</sup> und über die Überstellung verurteilter Personen<sup>29</sup>, wurden von allen 15 MS ratifiziert. Allerdings wurden weitere wichtige Übereinkommen, wie das Geldwäsche-Übereinkommen oder die Zusatzprotokolle zum Rechtshilfe- und zum Auslieferungs-Übereinkommen, noch nicht von allen MS ratifiziert. Das Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung<sup>30</sup> haben überhaupt nur fünf MS ratifiziert.

Innerhalb der EU geht es darum, diese Zusammenarbeit zu verbessern und zu intensivieren. Im Bereich der *Auslieferung*<sup>31</sup> sieht ein Übereinkommen aus 1995<sup>32</sup> ein vereinfachtes Auslieferungsverfahren bei Zustimmung des Betroffenen vor. Ein Übereinkommen aus 1996<sup>33</sup> zielt darauf ab, materielle Hinderungsgründe der Auslieferung (politische Natur des Delikts; fiskalische Straftat; eigener Staatsangehöriger) abzubauen; allerdings war das Vertrauen zwischen den MS noch nicht weit genug gediehen, auf diese Hinderungsgründe überhaupt zu verzichten, sodass das Übereinkommen Vorbehalte zulässt. Beide Übereinkommen sind im Übrigen noch nicht von allen MS ratifiziert. Im Zusammenhang mit der Auslieferung ist auch auf die Fortschritte hinzuweisen, die das Schengener Informationssystem (SIS)<sup>34</sup> für die Ausschreibung zur Festnahme mit nachfolgender Auslieferung gebracht hat.

Nach jahrelangen Verhandlungen wurde im Mai 2000 ein Übereinkommen über die *Rechtshilfe* abgeschlossen<sup>35</sup>. Das Übereinkommen enthält im Wesentlichen Verfahrensvereinfachungen (zB direkte Übermittlung von Ersuchen und Beantwortung), neue Formen der Rechtshilfe (zB Vernehmung mittels Video- oder Telefonkonferenz) und Rechtshilfe bei besonderen Ermittlungsmaßnahmen (kontrollierte Lieferung, verdeckte Ermittlung, Telekommunikationsüberwachung). Frankreich hat zu Beginn seines Vorsitzes einen weiteren Rechtsakt zur Rechtshilfe vorgelegt, der sich vor allem auf die Bereiche Geldwäsche und Finanzkriminalität bezieht<sup>36</sup>.

Schließlich wurde kürzlich unter dem Titel „*Gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen*“ ein umfangreiches Maßnahmenprogramm beschlossen<sup>37</sup>. An dem ersten darin vorgesehenen Rechtsakt, der Entscheidungen über die Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln betreffen soll, wird bereits gearbeitet<sup>38</sup>.

Nimmt man die bestehenden Rechtsakte (einschließlich jener des Europarats) zum Maßstab, müsste die zwischenstaatliche Zusammenarbeit zwischen den MS ausgezeichnet funktionieren. Sie krankt jedoch zunächst daran, dass abgeschlossene Rechtsakte oft jahre-, manchmal jahrzehntelang nicht umgesetzt und ratifiziert werden. Daneben behindern Umstände wie Sprachbarrieren oder mangelnde Kenntnis von Behördenstruktur und Rechtssystem anderer Staaten eine effiziente grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Justizbehörden (von unzureichenden Ressourcen, mangelnder Nutzung der Informationstechnologie oder schlicht Arbeitsüberlastung ganz zu schweigen). Um diese Hindernisse abzubauen, wurde zunächst das *Justitielle Netz*<sup>39</sup> als dezentrales Kontaktstellennetz von Richtern und Staatsanwälten mit dem Zweck eingerichtet, Informationsaustausch und Kenntnis von Rechtslage und Justizsystem anderer Staaten zu erleichtern.

Bevor das Justizielle Netz aber richtig ins Bewusstsein der Richter und Staatsanwälte vordringen und damit wirklich operationell werden konnte, wird nun parallel dazu – zurückgehend auf einen Vorschlag von *Schomburg* – eine zentrale Einheit von Richtern und Staatsanwälten aufgebaut, die in Anlehnung an Europol den Namen *EUROJUST* tragen soll. Zunächst wird eine vorläufige Stelle eingerichtet<sup>40</sup>, die am 1. 3. 2001 ihre Tätigkeit aufnimmt; deren Erfahrungen sollen in die Beratungen über den Rechtsakt zur Gründung von *EUROJUST*<sup>41</sup> einfließen. Durch den Vertrag von Nizza wird *EUROJUST* im EUV verankert.

## C. Exkurs: „Corpus Juris“ und Europäischer Staatsanwalt

Im Jahr 1997 erschien unter dem hochtrabenden Titel „*Corpus Juris*“ eine *Studie* europäischer Strafrechtslehrer, die – ausschließlich für Straftaten zum Nachteil des Gemeinschaftshaushalts, also Straftaten in Bezug auf Subventionen und Beihilfen der Gemeinschaft sowie auf Zölle, Agrarabschöpfungen und Zuckerabgaben<sup>42</sup> – ein europäisches Sonderstrafgesetzbuch, einzelne Sonderverfahrensbestimmungen sowie eine Sonderanklagebehörde („Europäische Staatsanwaltschaft“, *EuStA*) vorschlägt<sup>43</sup>. Die Studie verstand sich als erste Diskussionsgrundlage und verblüffte bei näherer Betrachtung durch ihre Unausgegorenheit, was allerdings das Europäische Parlament und die Kommission – die die Studie auch finanziert hatte – nicht daran hinderte, bei jeder Gelegenheit die rasche Realisierung zu fordern. Mittlerweile wurde eine vertiefte Studie auf breiterer Basis durchgeführt (aus jedem MS wurde zumindest ein Strafrechtslehrer eingebunden), und im Jahr 2000 ist eine überarbeitete Fassung des „*Corpus Juris*“ erschienen<sup>44</sup>.

Im Einzelnen werden einheitliche *Tatbestände* zu Subventionsbetrug und Einnahmehinterziehung, Absprachen im Vergabeverfahren, Geldwäsche und Hehlerei, Korruption, Untreue und Amtsmissbrauch sowie Amtsheimnisverrat

26 Initiative Portugals: ABl 2000 C 43, 4.

27 ETS 24, BGBl 1969/320.

28 ETS 30, BGBl 1969/41.

29 ETS 112, BGBl 1986/524.

30 ETS 73, BGBl 1980/250.

31 *Schwaighofer*, Neue Entwicklungen im Auslieferungs- und Rechtshilferecht, ÖJZ 1997, 17.

32 ABl 1995 C 78, 1.

33 ABl 1996 C 313, 11.

34 Art 92 ff SDÜ, insbes Art 95; vgl Erläss des BMJ JABl 1997/42.

35 ABl 2000 C 197, 1.

36 Initiative Frankreichs: ABl 2000 C 243, 11.

37 ABl 2001 C 12, 10.

38 Initiative Frankreichs, Schwedens und Belgiens, noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht.

39 Gemeinsame Maßnahme vom 29. 6. 1998, ABl 1998 L 191, 4.

40 Beschluss des Rates vom 14. 12. 2000, ABl 2000 L 324, 2.

41 Initiative Deutschlands: ABl 2000 C 206, 1;

gemeinsame Initiative Portugals, Frankreichs, Schwedens und Belgiens: ABl 2000 C 243, 15.

42 Vgl die Darstellung der vom Betrugsbegriff

des Übereinkommens vom 26. 7. 1995 erfassten Arten von Ausgaben und Einnahmen im erläuternden Bericht, ABl 1997 C 191, 1 (4).

43 *Delmas-Marty* (Hg), *Corpus Juris* der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, mit einer Einführung von *Sieber*, *Ius Criminalis*, Schriftenreihe zum Europäischen Strafrecht, Bd. 7, Verlag Heymanns 1998.

44 *Delmas-Marty/Vervaele* (Hg), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I, Intersentia 2000.

definiert, die aber auf Fälle beschränkt sein sollen, in denen den finanziellen Interessen der EG Schaden zugefügt wird. Flankiert werden sie von einzelnen Bestimmungen des *Allgemeinen Teils*, die ebenfalls einheitlich gelten sollen: Vorsatz und Fahrlässigkeit, Irrtum, Beteiligung, Versuch, Haftung von Unternehmern und leitenden Angestellten, strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen. Detaillierte Bestimmungen gibt es zu Strafrahmen und Strafzumessung.

Der *EuStA* soll Ermittlungsverfahren einleiten oder an sich ziehen können. Er leitet die Ermittlungen; Ermittlungshandlungen kann er anscheinend entweder selbst setzen oder bei Gericht beantragen. Er kann aber seine Befugnisse auch an den „delegierten Europäischen Staatsanwalt“, der in jedem MS eingerichtet werden soll, delegieren. Vorgesehen ist ein *Europäischer Haftbefehl*; geregelt werden sollen auch die Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Alle Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe unterliegen der Kontrolle des „Grundfreiheitenrichters“, der aber auch für die Bestellung von Sachverständigen zuständig sein soll. Die Anklageerhebung obliegt dem *EuStA*, Ablauf der Hauptverhandlung und Rechtsmittelverfahren richten sich weitgehend nach nationalem Recht. In bestimmten Fällen soll eine Zuständigkeit des *EuGH* bestehen. Generell gilt, dass *subsidiär* (materielles wie prozessuales) *nationales Recht* anzuwenden ist.

Zuzugestehen ist, dass die aktuelle Situation bei der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten zum Nachteil der Gemeinschaft in mehreren Aspekten unbefriedigend ist: *Erstens* ist die Besorgnis nicht ganz unbegründet, nationale Kontroll- und Aufsichtsbehörden könnten nur mit geringem Nachdruck die Aufklärung von Sachverhalten betreiben, bei denen der Geschädigte nicht im eigenen Land, sondern im fernen Brüssel zu finden ist. *Zweitens* kann dem *OLAF*-Überwachungsausschuss nicht widersprochen werden, wenn er konstatiert<sup>45</sup>, dass dem Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung (*OLAF*) Untersuchungskompetenzen übertragen wurden<sup>46</sup>, die zwar formell administrativer, inhaltlich aber strafrechtlicher Natur sind, ohne dass dies durch entsprechende Kontrollmechanismen abgesichert worden wäre. *Drittens* hat auch die Kritik einen wahren Kern, die Justizbehörden der Mitgliedstaaten seien auf Grund unterschiedlicher Rechtsordnungen und schwerfälliger Rechtshilfeverfahren häufig überfordert, komplexe Wirtschaftsstraftaten mit einer Vielzahl von Einzelataten, die mehrere Staaten berühren, abzuurteilen.

Es ist indes kaum erkennbar, wie die Vorschläge im „*Corpus Juris*“ diesen Problemen abhelfen sollen: *Erstens* ist eine bessere Kontroll- und Aufklärungstätigkeit nicht zu erwarten, weil der *EuStA* zB einer nationalen Agrarbehörde keine Anweisungen erteilen kann. *Zweitens* wäre das Legitimationsproblem des *OLAF* auch durch die *EuStA* nicht, wie der *OLAF*-Überwachungsausschuss glauben machen will, gelöst, weil zu dessen Aufgaben die Kontrolle des *OLAF* gerade nicht gehört; den Vorschlag, die Befugnisse des *OLAF* auf jene einer Verwaltungsbehörde zurückzuführen, sind die Autoren des *Corpus Juris* schuldig geblieben. *Drittens* bedarf es einerseits zur Angleichung der Straftatbestände gegen Betrug und Hinterziehung zu Lasten der EG sowie gegen Korruption des *Corpus Ju-*

*ris* nicht mehr, weil diese Angleichung bereits in mehreren Rechtsakten vorgesehen ist und derzeit von den MS durchgeführt wird. Andererseits ist nicht zu erwarten, dass Verfahren dadurch gestrafft werden, dass neue Einheiten geschaffen werden, die neben die bestehenden (nationale Anklagebehörden und Gerichte) treten sollen, noch dazu, wo Struktur und Kompetenzabgrenzung oft im Dunkeln und die politische Verantwortlichkeit für die neuen Behörden unklar bleiben.

Vor allem aber stellt sich die Frage, ob es die *geringe Zahl von Fällen*, in denen der *EuStA* tätig werden wird, rechtfertigt, Sonderbehörden und ein (Teil-)Sonderverfahren zu schaffen.

Die praktischen Probleme könnten eher dadurch zumindest gemildert werden, dass der *Kommission* (oder dem *OLAF*) in Strafverfahren, an denen die Gemeinschaft als Geschädigte Interesse hat, – bei Entfall der Untersuchungsbefugnisse – die Verfahrensposition einer „*Nebenklägerin*“ eingeräumt wird<sup>47</sup>. Ein solcher – einfach und relativ schnell zu verwirklichender – Vorschlag fand sich in der Urfassung des „*Corpus Juris*“, ist aber aus nicht näher ausgeführten Gründen in der überarbeiteten Fassung ersatzlos entfallen; vielleicht deshalb, weil den Autoren bewusst wurde, dass er alle übrigen Bestimmungen entbehrlich machen könnte.

Was auch immer die wahren politischen Ziele der Verfechter des „*Corpus Juris*“ sein mögen (Keimzelle für ein Europäisches Strafrecht?): Bis auf weiteres wird es eine *EuStA* nicht geben. In der jüngsten Regierungskonferenz, die mit dem Europäischen Rat von Nizza abgeschlossen wurde, ist ein Vorschlag der *Kommission*, die *EuStA* in den Gründungsverträgen zu verankern, *gescheitert*.

#### D. Eitelkeiten, Populismus und Machtspiele statt Grundkonzepte

Das beziehungslose Nebeneinander von Rechtsangleichung und verbesserter Zusammenarbeit wirft grundsätzliche Fragen zum Verhältnis der beiden Bereiche zueinander auf: Warum (und in welchen Fällen) ist Rechtsangleichung erforderlich, könnte derselbe Effekt nicht durch den Verzicht auf die beiderseitige Strafbarkeit oder durch die Übertragung von Strafverfahren erzielt werden? Erfordert eine gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen bestimmte Gemeinsamkeiten, was materielle Grundlagen oder das Verfahren anlangt? Muss die systematische Ausweitung der Gerichtsbarkeit und die daraus entstehende Zuständigkeit mehrerer Staaten für eine Straftat nicht durch ein umfassendes ne bis in idem abgefangen werden?

Trotz aller Strategiepapiere und Aktionspläne ist hinter den zahlreichen Einzelmaßnahmen ein Grundkonzept, das klare Antworten auf diese Fragen gibt, nicht einmal in Ansätzen erkennbar. Ein Grund dafür liegt sicher darin, dass der *halbjährliche Wechsel im Ratsvorsitz* die Rechtssetzung den Eitelkeiten und Sonderwünschen des vorsitzführenden MS aussetzt (ein gewisses Gegengewicht dazu bildet das Generalsekretariat des Rates, das im Hintergrund für Kontinuität sorgt und durch die Sachkompetenz und das Engagement seiner – wenigen – Mitarbeiter ein hohes Maß an Überzeugungskraft besitzt).

45 Tätigkeitsbericht Juli 1999–2000, ABl 2000 C 360, 1.

46 Namentlich geht es um die Befugnisse, die durch die Verordnung 2185/96 über Kontrollen

und Überprüfungen vor Ort, ABl 1996 L 292, 2, eingeräumt wurden.

47 Aus Sicht der österreichischen Rechtsordnung könnte diese Rechtsposition im Bereich zwischen

der Stellung des Privatbeteiligten und jener der Finanzbehörde im Finanzstrafverfahren angesiedelt werden.

Jene Institution, von der man eine langfristige Perspektive erwarten sollte, die *Kommission*, hat sich bisher mit Initiativen sehr zurückgehalten, selbst in Bereichen, in denen unmittelbares Gemeinschaftsinteresse besteht (zB Maßnahmen gegen Geldfälschung aus Anlass der Einführung des Euro). Die wenigen Vorschläge haben sich nicht unbedingt durch besondere Qualität ausgezeichnet. Erst in letzter Zeit ist die Kommission darangegangen, durch die Einrichtung einer eigenen Generaldirektion für den Bereich Justiz und Inneres Sachkompetenz aufzubauen.

Allerdings verwendet die Kommission ihre Energien nun vor allem darauf, Kompetenzen der Gemeinschaft auch im Strafrecht zu behaupten – und damit auf eine Ausweitung ihrer eigenen Kompetenzen hinzuarbeiten. Während jahrelang strafrechtliche Maßnahmen (auch auf Vorschlag der Kommission) in Rechtsakten der „dritten Säule“ getroffen wurden, fordert die Kommission nun, dass immer dann, wenn ein Zusammenhang mit einer Materie des Gemeinschaftsrechts besteht, die Umschreibung der Tatbestände in einem Gemeinschaftsrechtsakt (nämlich in einer Richtlinie) erfolgen muss und der dritten Säule lediglich die Festlegung der Sanktionshöhe überlassen bleibt. Argumentiert wird dies bisher bei der Schlepperei und im Umweltstrafrecht. Zuzugestehen ist der Kommission, dass die Aufteilung der „Gesetzgebungskompetenz“ auf Gemeinschaftsrecht und intergouvernementalen Bereich (dritte Säule) unbefriedigend ist; die intergouvernementale Zusammenarbeit hat sich in Wahrheit überlebt: Warum sollte Rechtsangleichung im Strafrecht nicht auch in einer Richtlinie erfolgen? Der Verfassungsgesetzgeber der EU (die Regierungskonferenz) hat aber diesen Schritt bisher nicht getan: Rechtsgrundlage für strafrechtliche Maßnahmen ist der EUV und nicht der EGV. Wenn die Kommission nun versucht, Strafrecht „scheibchenweise“ in das Gemeinschaftsrecht hinüberzuziehen, so reduziert sie damit strafrechtliche Bestimmungen auf einen Annex zu Verwaltungsrechtsmaterien. Für ein Strafrecht als eigenständige Rechtsmaterie (und Kriminalpolitik als eigenständiges Politikfeld) bliebe dann kein Raum mehr, ein einheitliches Grundkonzept wäre dann noch schwieriger zu verwirklichen.

Dass der populistische Ruf nach einheitlichen (und möglichst hohen) Strafdrohungen von den wahren Problemen ablenkt und nur die Tendenz zu einem symbolischen, einseitig repressiv orientierten Strafrecht verstärkt, liegt auf der Hand.

Doch sollte eine Kriminalpolitik der EU nicht mehr sein als eine Karikatur der in den meisten MS praktizierten Kriminalpolitik?

### E. Für ein strafrechtliches „Solange“

Wenn langfristig über den derzeitigen Zustand – Angleichung einzelner Tatbestände und Intensivierung der Zusammenarbeit – hinausgegangen werden und die *Perspektive eines europäischen Strafrechts* eröffnet werden soll, so sind dafür so-

lide Grundlagen unabdingbar. Nach dem Vorbild des „Solange I“-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts<sup>48</sup> seien folgende Bedingungen formuliert:

▮ Solange nicht feststeht, dass die Umschreibung von Tatbeständen an der Sozialschädlichkeit des zu inkriminierenden Verhaltens und nicht an der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten orientiert sein muss (vgl Art 49 Abs 3 der Grundrechtscharta, wonach das Strafmaß gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein darf), und ob diese Tatbestände unter der Herrschaft des Opportunitätsprinzips oder jener des Legalitätsprinzips angewendet werden;

▮ solange nicht allgemein anerkannt ist, dass einheitliche Strafdrohungen nur vor dem Hintergrund einer gemeinsamen Verfolgungspraxis, gemeinsamer Regeln der Strafbesetzung und einheitlicher Regeln über bedingte Strafnachsicht und vorzeitige Entlassung Sinn machen;

▮ solange nicht Übereinstimmung darüber herrscht, dass bei einer Europäisierung des Strafrechts eine umfassende Neubestimmung von Verfahrensgarantien unabdingbar ist;

▮ solange schließlich über Prävention auf europäischer Ebene zwar viel geredet wird, konkrete Schritte zur Durchsetzung des gemeinschaftlichen Rechtsbestandes auf Möglichkeiten missbrauchsfeindlicher Gestaltung und besserer Kontrolle aber unterbleiben, mit anderen Worten:

▮ solange nicht Umriss einer europäischen (Straf-)Rechtskultur<sup>49</sup> und einer europäischen Kriminalpolitik erkennbar sind,

sind die Grundvoraussetzungen für ein Strafrecht der EU nicht erfüllt.

Dass ein solches Strafrecht einer unzweideutigen Kompetenzgrundlage (in den Gründungsverträgen) bedürfte, ist wohl ebenso eine Selbstverständlichkeit wie die Forderungen nach demokratischer Legitimität (durch eine entsprechend gewichtige Rolle des Europäischen Parlaments) und nach gerichtlicher Kontrolle der Rechtssetzung (durch umfassende Kompetenzen für den EuGH). Schließlich würde man auch um ein in Strafsachen entscheidendes europäisches Höchstgericht nicht herumkommen.

Die metaphysische Frage, ob ein Strafrecht der EU mehr zu leisten im Stande ist als die nationalen Strafrechtsordnungen, ist auch damit freilich noch nicht beantwortet. Aber metaphysische Fragen werden oft nicht beantwortet, sondern politisch „gelöst“ ...

*OStA Dr. Fritz Zeder ist stellvertretender  
Abteilungsleiter in der Straflektivsektion  
des Bundesministeriums für Justiz,  
Arbeitsbereich: Strafrecht und EU. Hier  
geäußerte Ansichten sind solche des Ver-  
fassers und müssen mit jenen seiner  
Dienststelle nicht übereinstimmen.*

48 29. 5. 1974, BVerfGE 37, 271 = EuR 1975, 150. Darin hat sich das BVerfG für zuständig erklärt, abgeleitetes Gemeinschaftsrecht auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen, „solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft nicht

so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält“.

49 Klip (FN 20) 629.

# Abgang

Iris Kugler

Es jährt sich der Zeitpunkt, zu dem die Wende ausgerufen wurde. Auch den allerkleinsten Männern und Frauen ist nunmehr klar, dass diese Regierung mit den Interessen der Mehrheit der Bevölkerung, die eine arbeitende ist, nichts am Hut hat. Bei jeglicher Vision und Konzeption gibt es nur ein Wort, das als politisches Ziel und Weg gleichzeitig gilt: Sparen. Das ist die Übersetzung für die Mehrheit und all jene, die sich unter dem Wort Neoliberalismus immer noch so etwas wie Freiheit, und somit etwas Positives, vorstellen.

## Es ist genug

Denn Sparen versteht jede und jeder. JedeR EinzelhändlerIn, jedeR AlleinerzieherIn, jedeR arbeitslose ArbeiterIn oder AkademikerIn, jede und jeder Lohnabhängige weiß, wenn man/frau etwas erreichen will, dann heißt es Sparen. Der Begriff wird wohl deshalb dermaßen gottergeben aufgenommen, weil für die meisten Menschen – außer sie besitzen ganze Täler oder Pharmaindustrien – Sparen ein Teil des Lebens ist. In dieser Logik ist es dann nur richtig, dass auch der Staat sparen muss. Nur funktioniert derselbe wohl kaum wie ein Krämerladen oder ein Haushalt, auch wenn er derzeit so regiert wird.

Und daher wäre der Begriff, der den momentanen Prozess wohl wesentlich besser beschreiben würde als das kleinbürgerliche Wort „Sparen“: „Verteilen“ oder besser „Umverteilen“. Denn er macht deutlich, woher in einem Staat Geld kommt und wohin es fließt. Dass allein das Wort Sparen ausreicht, um jeden soziopathischen Schub dieser Regierung zu rechtfertigen, ist wohl Ausdruck jenes politischen Bewusstseins, das die „F“ als Partei des kleinen Mannes begreift und zur Regierungspartei gemacht hat. Auf den Punkt gebracht findet sich die Sparlogik in einer Wandmalerei nahe der Kunsthalle wieder, wo in althochdeutschen gotischen Lettern geschrieben steht: „Wollt Ihr das totale Sparen?“

## It's enough

Hat frau oder man Pech, dann darf sie oder er als Zielgruppe sogar mehrfach erhalten und als Draufgabe gibt's especially für die Frauen noch ein paar pädagogische Zusatzlektionen. So entfällt mit 1. 1. 2001 für kinderlose EhegattInnen bzw. LebensgefährtnInnen der Versicherungsschutz in der Krankenversicherung. Zu dieser Personengruppe zählen auch jene, die oft durch die Anrechnung des (durchschnittlich meist viel höheren männlichen) Partner Einkommens ihren Anspruch auf ihre viel niedrigere (weil vom weiblichen Unterdurchschnittseinkommen abgeleitete) Notstandshilfe verloren haben – und damit auch jeglichen Versicherungsschutz. Als Sanktion für die Kinderlosigkeit dürfen sie für ihre Versicherung selbst aufkommen. So wird die Familie als Staatsziel gefördert, schließlich ist ja bekannt wie beziehungsstiftend ökonomische Abhängigkeit wirkt. Dem hart arbeitenden Gatten wird dann endlich mit der gebührenden Demut begegnet. Auch wenn die Frau aus Gram, dass es keine Frauenförderprogramme mehr gibt und sie somit (weil vielleicht älter) am Arbeitsmarkt ausgemustert ist, in Pension gehen will, wird ihr klar werden, welchen Wert der Angetraute hat und nicht mehr auf blöde, gar emanzipatorische, Gedanken kommen.

## Ça suffit

Ist sie vielleicht jünger und Studentin, darf sie sich, wie auch ihre Kollegen, überlegen wie sie, unter Umständen ohne elterliche Unterstützung, die Studiengebühren von ATS 10.000,- jährlich aufbringt. Freilich kein Problem, hätte sie eine Familie mit verdienendem Oberhaupt. Auch hier sollte der beziehungsstiftende Aspekt des Geldes nicht übersehen werden, wenn ihre Zukunftsperspektiven anders gelagert sind als die vom Herrn Papa, der, wenn sie zu den Glücklicheren zählt, für sie aufkommt. Findet sie eine Arbeit, die es ermöglicht, jährlich ATS 10.000,- zu sparen, dann sollte sie

nicht arbeitslos werden, denn die Arbeitslosenversicherung fördert weniger denn je Menschen, die aus eigenen Stücken etwas lernen wollen. Sofern sie überhaupt den Luxus eines Dienstverhältnisses mit umfassender Sozialversicherung genießen. Und wenn sie das Dienstverhältnis freiwillig lösen, trifft sie nicht nur eine Sperre von 4 Wochen, sie müssen auch 6 Monate in einem Stück gearbeitet haben. Bei wiederholter Arbeitslosigkeit braucht es insgesamt nunmehr 28 Wochen Anwartschaft. Sollte eine Frau in dieser Situation ein Kind bekommen, dann wird sie der mangelnde Kindergarten- oder Krippenplatz und der Wegfall der Möglichkeit, durch eine Bildungskarenz den Wiedereinstieg zu finden, an ihre wahren Pflichten erinnern. Nicht nur an die, sich rund um die Uhr ihrer Existenzberechtigung zu widmen, sondern auch an die, dankbar gegenüber dem Erzeuger zu sein, der der Lendenfrucht großzügig Unterhalt gewährt. Dass der Staat den Unterhalt dann nicht vorschießt, wenn die Einbringlichkeit beim Erzeuger von vornherein aussichtslos ist, sei nur am Rande erwähnt.

## Basta ahora

Egal wie frau die Kombinationen ihrer verschiedenen Lebenssituationen anlegt (und Obiges war nur eine bescheidene Auswahl): Wollen wir nicht in ein paar Jahren über die elementarsten Frauen- und Menschenrechte debattieren müssen, wird es einer Regierung bedürfen, die die Interessen ihrer WählerInnen ernst nimmt. Unter diesem Aspekt bleibt als wünschenswerte Perspektive nur eines: Abgang.

# Jurbooks

Die Fachbuchhandlung  
nächst dem Handelsgericht

Wir bieten das umfangreiche Sortiment an Fachliteratur zu

## Recht & Steuern

1010 Wien, Wollzeile 16

Hier finden Sie

- die wichtigsten Neuerscheinungen österreichischer Verlage
- Neue Medien
- fachkundige Beratung
- Bestellung per Telefon, Fax oder e-mail
- Expreszustellung
- Umtauschservice

Wir informieren Sie gerne:

Tel.: 01 - 512 48 85, Fax: 01 - 512 06 63

e-mail: [order@jurbooks.at](mailto:order@jurbooks.at)

Montag bis Freitag von 9 - 18 Uhr, Samstag von 9 - 17 Uhr

# jusline

Das Internet-Portal für Rechtsinformation und  
Rechtsdienstleistungen:

- Rechtsanwaltsverzeichnis ●
- Notariatsverzeichnis ●
- Sachverständigenverzeichnis ●
- Grundbuchauszüge ●
- Firmenbuchauszüge ●
- Vertragsmuster ●
- Domain-Registrierung ●
- Rechts-Links ●
- Urteils-Datenbanken ●

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)

Direkt zu Ihrem Recht

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat .....

Erscheinungsweise: vierteljährlich

## Themen im Jahr 2001:

**Nummer 2/2001:** Spuren im Recht

**Nummer 3/2001:** Eingebildete Ausbildung – ausgebildete Einbildung

**Nummer 4/2001:** Das Ende der Kommunikation

## HerausgeberInnen:

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

## Das Redaktionsteam:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin



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

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

Es gelten die AGB des Verlag Österreich, Preisangaben inkl. MwSt, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten.

\*) Nur gültig bei Übersendung einer Inskriptionsbestätigung.

**Telefax: (01) 610 77-589**

Verlag Österreich GmbH – Vertrieb  
Rennweg 16  
A-1030 Wien

### Absender

Name/Kanzlei .....

Kontaktperson .....

Straße .....

PLZ/Ort .....

Telefon .....

Datum/Unterschrift .....