

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 3.2000

thema

## EU-Grundrechts- charta

Neue Kleider  
für den Kaiser



recht & gesellschaft

Gender-Mainstreaming

Gemeinnützigkeit als Strafe

Festnahme auf eigene Faust

„Nichtige“ Nichtigkeitsbeschwerden

Stronger protection against discrimination

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



Für Context herausgegeben von

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



# Inhalt

## recht & gesellschaft

Stefan Hammer	Wer ist der Hüter der Demokratie? .....	133
Sieglinde Katharina Rosenberger	Gender Mainstreaming und Gleichstellungspolitik.....	136
Peter Kastner	Reichweite und Grenze des § 86 Abs 2 StPO .....	138
Alois Birklbauer	Arbeit statt (als) Strafe .....	141
<b>debatte</b>	Eckart Ratz Zurückweisung nicht gesetzmäßig ausgeführter Nichtigkeitsbeschwerden .....	146
	Stefan Seiler Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 285d StPO ..	149
Jeroen Schokkenbroek	Stronger European protection against discrimination.....	152
Eva Timpe	Science to the people .....	155
Tomaz Pietrzykowski Marek Migalski	A Matter of Interest .....	157
Alexander Somek	Wer fürchtet sich vor der verstärkten Zusammenarbeit? .....	161

## thema: eu-grundrechtscharta: neue kleider für den kaiser

Richard Soyer	Von Köln (über die Alpen) nach Nizza – oder: Modernisierung in Europa? .....	162
Waldemar Hummer	Eine „Grundrechtscharta“ für die Europäische Union .....	163
Theo Öhlinger	Eine Grundrechtscharta für Europa .....	170
Sonja Puntcher-Riekmann	Europa und die Grundrechts-Charta .....	172
Johannes Voggenhuber	Europäische Grundrechtscharta .....	174
Manfred Nowak	Brauchen wir eine Europäische Grundrechtscharta? .....	176
<b>zu.satz</b>	Christian M. Stadler Zur lakedämonischen Währungsunion Europas .....	178

## rubriken

<b>vor.satz</b>	Richard Soyer Kritik und offene Gesellschaft .....	129
<b>merkwürdig</b>	Kurzmeldungen .....	131
<b>nach.satz</b>	Iris Kugler The toys are us .....	180
<b>impressum</b>	.....	135

# Kritik und offene Gesellschaft

Richard Soyer

Der Bericht von Martti Ahtisaari, Jochen Frowein und Marcelino Oreja von Anfang September d. J. rückt einerseits ein irritierendes Verhalten des amtierenden Justizministers dieser Republik ins Licht der Öffentlichkeit. Andererseits werden im Bericht aber auch Besonderheiten und Schwachstellen des Rechtsschutzsystems in der gebotenen Zurückhaltung beim Namen genannt. In vielen anderen Bereichen wird Österreich hingegen durchaus Europareife bescheinigt. Es gibt zu denken, dass neben der speziellen Ministerkritik auch allgemeine Justizkritik geübt wird. Der letztere Aspekt soll an dieser Stelle – ohne Fokussierung auf einzelne Akteure – thematisiert werden.

## Randnummer 99

des so genannten „Weisenberichts“ legt die Bedenken wie folgt dar:

„In diesem Zusammenhang (sc. Gebrauch von ‚Beleidigungsverfahren‘ durch die FPÖ) verdient ein besonderes Problem im österreichischen Rechtssystem Erwähnung. Der österreichische Verfassungsgerichtshof kann nicht angerufen werden, wenn ein Strafgericht jemanden wegen Beleidigung eines Politikers verurteilt hat. In den meisten Fällen entscheidet nicht einmal der Oberste Gerichtshof, sondern letztinstanzlich ein Oberlandesgericht. Wir wurden darauf aufmerksam gemacht, dass die Rechtsprechung dieser Gerichte in diesem Bereich nicht einmal einheitlich ist. Nicht alle scheinen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in ausreichender Weise zu berücksichtigen.“

Diese systemkritische Meinungsäußerung ist vor dem Hintergrund einer (erstinstanzlichen) Verurteilung des Politikwissenschaftlers Anton Pelinka erhoben worden, die dem Rechtsbestand noch immer angehört. Der Umstand, dass in Österreich mit einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen scharfer Kritik an einem „zweideutigen“ Sprachgebrauch (bei der Verwendung des Wortes „Straflager“) vorgegangen wird, hat aufgrund der herausragenden Stellung der Meinungsfreiheit in einer offenen demokratischen Gesellschaft nicht nur in liberalen Medien Kopfschütteln hervorgerufen.

Aus gegebenem Anlass stellt sich die Frage, wie die Institution Justiz rea-

giert, wenn sie selbst in diesem oder einem vergleichbar brisanten Zusammenhang kritisiert wird. In genereller Hinsicht war zur angesprochenen Problematik vor kurzem Folgendes zu lesen (Reinhard Hinger, Der Standard, 2./3. 9. 00):

„Wir Richter sind Kritik nicht gewöhnt, denn sie wird selten artikuliert: Die Prozessparteien sind meist zu ängstlich und die Anwälte zu vorsichtig. Wenn, dann kommt Kritik von den Medien, so auch jetzt: Die Justiz ist massiven Vorwürfen ausgesetzt, und alle klagen darüber, dass dadurch das Vertrauen der Menschen in die Rechtsprechung erschüttert wird. Dabei schiebt einer dem anderen die Verantwortung zu: Die Kritiker beklagen die ‚schlechte Optik‘, die Kritisierten die ‚überzogene‘ Kritik.“

## Dilemmata der Justiz

Die fehlende Gelegenheit und Übung, mit Kritik konfrontiert zu werden, ist möglicherweise eine Erklärung dafür, dass unlängst ein Staatsanwalt zur Kritik einer Abgeordneten in einer Tageszeitung im Wesentlichen nicht mehr zu sagen hatte, als dass eine Anzeige wegen Verleumdung überlegt werde (Die Presse, 2. 9. 00). Es braucht hier wohl nicht näher ausgeführt werden, dass – kurz gesagt – ein solches Argumentationsniveau einer Justizbehörde nicht würdig ist. Unweigerlich wird man durch solche öffentlich gemachte Aussagen, selbst wenn die Kritik der Abgeordneten maßlos überzogen gewesen sein sollte, an eine sehr eigenwillige Art von Amtsverständnis erinnert.

Eventuell ist eine derart überschießende Reaktion darauf zurückzuführen, dass, wer den ganzen Tag kraft seines Amtes tatsächliche Ereignisse rechtlich-kritisch beurteilen, also Kritik an anderen üben darf, ja muss, möglicherweise in besonderer Weise verleitet wird zu meinen, ohne Selbst- und Fremdkritik auskommen zu können. Das Dogma der Unfehlbarkeit des Papstes hat aber kein weltliches Gegenstück in einer Phantasmagorie richterlicher Unfehlbarkeit, die jedenfalls dann äußerst problematisch wird, wenn – sowohl im Allgemeinen als auch im Speziellen – Justizkritik statt als besonders wertvoll und systemnot-

wendig, leichtfertig und vorschnell als beleidigend, disziplinar, ja sogar als verleumderisch (ab)qualifiziert wird – mit anderen Worten: nicht als konstruktiver Beitrag im Prozess der Rechtsanwendung gesehen wird.

Der (durch wen immer erhobene) Vorwurf grober Rechtswidrigkeit oder des Rechtsmissbrauchs ist gewiss ein schweres Geschütz. Immer wieder ist es aber – in jedem Rechtsstaat – so, dass nur unumwundenes Vertreten von tatsächlichen und rechtsbezogenen Ansichten Gehör findet und geeignet ist, Veränderungen herbeizuführen. Deshalb genießt die Meinungsfreiheit in demokratischen Gesellschaften einen besonderen Stellenwert, den zu schützen vornehmste Aufgabe der Gerichte ist. Was aber, wenn der mit befremdlichen geschichtlichen Assoziationen befrachtete Geist der Zensur und der Kriminalisierung (rechts)politisch Andersdenkender die Gerichtssäle zu erobern scheint? Dann muss sich die Justiz als tragende Institution einer demokratischen Gesellschaft unangenehmen Fragen und möglicherweise ungerechtfertigten Vorwürfen stellen. Dazu inhaltlich und sachlich Stellung zu beziehen sollte im Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit sein.

Mittlerweile muss es auch in Österreich – angesichts nicht auszuschließender Beschädigungen der Meinungsfreiheit im Betrieb der ordentlichen Gerichtsbarkeit – möglich sein, den erforderlichen kritischen Diskurs mit Bezug auf die Justizgeschichte dieses Landes zu führen, ohne sofort dem Vorwurf der Verwendung der Faschismuskeule ausgesetzt zu werden. Wenn in der Vergangenheit versucht wurde, Entwicklungen im Justizbereich in der Nachkriegszeit anzusprechen, wurde oft eingewendet, es würde nicht zwischen der NS-Justiz, der Justiz der Nachkriegszeit und der Justiz der Gegenwart unterschieden und nichts Anderes gewollt, als die Justiz oder einzelne Richter zu diffamieren. Davon kann, soll und darf natürlich nicht die Rede sein. Wer dies Kritikern vorschnell unterstellt, ist ungeeignet, an kritischen Gesprächen über Fortschritt im Rechtsstaat teilzunehmen.

**Dilemmata der Kritik**

Wenn das Thema „Kritik und Justiz“ diskutiert wird, kommt unweigerlich die Vergangenheit perspektivisch ins Blickfeld. Das Versagen justizieller Einrichtungen in personeller und institutioneller Hinsicht bei der Aufarbeitung der NS-Zeit ist eine Systemschwäche, die dieses Österreich prägt wie kaum ein anderes Erbe der Vergangenheit. Jedem bleibt in diesem Land weiterhin unbenommen, diese Beurteilung in Frage und auch in Abrede zu stellen. Nicht mehr zugelassen werden darf jedoch, dass eine solche Justizkritik inkriminiert wird. Bis in die Gegenwart reichen nun aber Beispiele, in denen versucht wird, sachliche Kritik zu diffamieren oder gar zu verfolgen.

Der Umgang der Justiz mit der Meinungsfreiheit ist ins Gerede gekommen, kann dem demokratischen Rechtsstaat Schlimmeres widerfahren? Im Lichte solcher Entwicklungen sind Versäumnisse der Vergangenheit weder totzuschweigen noch totzureden, Fehler lassen sich vielmehr nur durch Offenheit gegenüber Kritik und Sensibilität für eigene Missgriffe ausgleichen. In gewisser Weise lässt sich insoweit sogar von einer Bringschuld der Justiz sprechen. Dieser Beurteilung wird Hohn (nicht Recht) gesprochen, wenn der zweideutige Umgang mit der NS-Vergangenheit dieses Landes von Gerichten quasi geschützt und die Kritik staatlicher Verfolgung preisgegeben wird. Deshalb ist der Streitpunkt „Kritik und Justiz“ – in all seinen geschichtlichen Facetten – von so zentraler Bedeutung in dieser Republik.

**Probe aufs Exempel**

Oscar Bronner war es, der unlängst aus gegebenem Anlass – wieder einmal – auf die demokratiepolitische Bedeutung des Rechts auf (kritische) Meinungsäußerung und auf die teils äußerst unerfreuliche Rolle, die Christian Broda in diesem Zusammenhang spielte, wie folgt aufmerksam machte (in Alpbach, 4. 9. 00; <http://www.derstandard.at>):

„Ich halte nur die Justiz und die mit ihr verbundene Medienfreiheit für den Angelpunkt einer Demokratie. Meine ersten publizistischen Sträuße focht ich schon 1965 mit einem sozialistischen Justizminister aus, als ich ihm nachwies, wie viele Schlüsselpositionen in Österreichs Justiz vom Obersten Gerichtshof bis zur Personalabteilung seines Ministeriums von ehemaligen Blutrichtern und -staatsanwälten des NS-Re-

gimes besetzt waren. Zufällig waren all diese Herren nach dem Krieg Mitglieder der Partei dieses Ministers geworden. Ich hoffe, dass ich damals mit meinen Warnungen über die möglichen Langfristwirkungen der Personalpolitik solcher Leute nicht Recht behalten habe.“

Diese Anmerkung bezieht sich auf einen für das österreichische Rechtssystem fatalen Leitgedanken Christian Brodas „Die Republik hat den Schlussstrich gezogen“ (FORVM XII/144, 570):

„Was der Republik Österreich somit im Jahre 1945 recht war, muss ihr auch im Jahr 1965 billig sein. . . . Es geht nicht darum, dass NS-Richter *noch* im österreichischen Justizdienst in Verwendung stehen. Sie stehen *wieder* in Verwendung. Und zwar seit zwei Jahrzehnten . . .“

Es blieb damals dabei, dass belastete Richter und Staatsanwälte weiterhin nicht einmal dienstrechtliche Konsequenzen befürchten mussten. Seit wenigen Jahren stehen all jene, die gemeint sein könnten, nicht mehr im aktiven Dienst dieser Republik. Niemand kann daher heute Amtsträger wegen persönlicher Verstrickungen oder gar Verfehlungen angreifen wollen, wohl aber darf im Lichte einer solchen institutionellen Entwicklungsgeschichte „schockierende“ Kritik an jenen geübt werden, die heute glauben, einen „zweideutigen“ Sprachgebrauch oder andere nicht reflektierte Traditionen pflegen oder (be)schützen zu müssen.

Denn: Was 1945 recht und 1965 billig war, ist heute weder recht noch billig! Nicht das Ansprechen eines Kardinalfehlers österreichischer Justiz(minister)politik beschädigt das Rechtssystem, sondern das Wegschauen und Verschweigen dieses Dilemmas der Justizpolitik und der im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit (zu) oft anzutreffende sorglos-distanzlose Umgang mit Kritik.

Eine in der Gegenwart notwendige Systemkorrektur könnte deshalb die Anrufbarkeit des VfGH gegen Entscheidungen der ordentlichen Gerichte zwecks besserer Wahrung der Grundrechte, insbesondere der Meinungsfreiheit sein.

**Noch eine Probe aufs Exempel**

Interessanterweise war es der damalige Sekretär des Justizministers Broda, Heinrich Keller, der – vor dem von ihm nicht thematisierten Hintergrund der eben angesprochenen spezifisch österreichischen Art von Vergangenheitsbewältigung (via Sprechverbote und

Schweigegebote) – eine konsequente Infragestellung einer „Justiz als Staat im Staate?“ betrieb und – entgegen der damals wie heute normierten und praktizierten richterlichen Selbstrekrutierung – entschieden dafür plädierte, dass bei der Bestellung und Ernennung von Richtern nicht nur die Mitbestimmung der Richterschaft, sondern auch die Mitbestimmung der rechtssuchenden Bevölkerung gewährleistet werde (konkret: Richterwahlausschüsse, die in ihrer Zusammensetzung aus einem Drittel Parlamentarier, einem Drittel Richter und einem Drittel Anwälte zusammengesetzt sind; in: H. Fischer (Hrsg), *Das politische System Österreich*<sup>2</sup>, 331).

Dieser Diskussionsaspekt einer Organisationsreform der ordentlichen Gerichtsbarkeit wurde seither nicht wieder aufgegriffen. Dabei liegt es doch auf der Hand, dass die Besetzungspraxis bei Gerichten nur durch Ermöglichung externer Einflüsse und größerer Transparenz in einer dem Rechtssystem adäquaten Form ausgestaltet erscheinen und damit das Ansehen der Justiz weiterhin gewährleisten kann. Derzeit können es ja, will man nicht Verschwörungstheorien glauben, wohl nur interne und vom Justizapparat selbst nicht ausreichend unter Kontrolle gehaltene Einflüsse sein, die die Justiz in Gerede gebracht haben.

Die heute üblichen Prozeduren richterlicher Selbstrekrutierung führen zusätzlich dazu, dass Kritik an Personalentscheidungen nur hinter vorgehaltener Hand geübt wird und falsch verstandene Ängstlichkeit sowie Vorsicht vorherrschen (siehe oben den Hinweis bei Hinger, dessen Bezug auf die diesbezüglichen Nöte von Anwälten nicht von der Hand zu weisen sind). Wer will es sich schon mit einem (gar hohen) Richter verscherzen?

Neben der Einführung eines direkten Rechtsweges zum VfGH (der mE keineswegs nur mit Bezug auf Fragen der Ehre ernsthaft zu erwägen ist), sollten daher wie in allen anderen Vollziehungsbereichen auch im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit die Modalitäten der Auswahl bei Stellenbesetzungen überdacht und vor allem mit größerer Transparenz nach außen neu gestaltet werden.

**Kritikfähigkeit und Justiz**

Wünschenswert wäre deshalb, wenn gerade aus Kreisen der Richterschaft

verstärkt Signale kämen, mit Kritik nicht hinter dem Berg zu halten, sondern den Disput mit offenem Visier zu pflegen. Ein durch Diskursverweigerung geförderter Eindruck der Existenz von Seilschaften in der Justiz, von Parteilichkeit und Willfährigkeit, die gar so weit geht, „interne“ Kritiker kaltzustellen und „externe“ Kritiker zu verfolgen und zu bestrafen, wäre fatal. Vielmehr muss die Justiz, worauf gerade der Anlassbericht der Weisen hinzeigt, auf einem Fundament aufbauen, das Kritik nicht nur nicht scheut, sondern sich ihr offen stellt, sie geradezu sucht und vorgetragene Argumente mit Gegenargumenten, nicht mit drohenden Gebärden unter Hinweis auf Disziplinarrechte, Straftatbestände udgl. begegnet.

Auf den Punkt gebracht: In der ordentlichen Gerichtsbarkeit sollten in vielerlei Hinsicht einschneidende Systemänderungen offen diskutiert werden (dürfen). Wer den politischen Preis heute nicht bezahlen will, wird morgen – wie die Geschichte immer wieder lehrt – die Rechnung präsentiert bekommen. Voraussetzung für einschneidende Reformen ist allemal ein Klima, das die Werthaltigkeit von Kritik für den demokratischen Rechtsstaat außer Streit stellt. Dies müsste umso leichter fallen, wenn ins Kalkül gezogen wird, dass gegenwärtig allen Ernstes bereits in Leitartikel respektabler Zeitungen dieses Landes wie folgt räsoniert wird (Andreas Koller, Salzburger Nachrichten, 9./10. 9. 00):

„Nähme eine österreichische Zeitung eine Bewertung der FPÖ vor, die die drei Weisen vorgenommen haben, müsste sie im Österreich von heute, dem die Weisen ein Unbedenklichkeitszeugnis ausgestellt haben, mit einer gerichtlichen Verurteilung rechnen.“

Das kann in der Justiz niemand ernsthaft wollen! Allmählich wird es höchste Zeit, dass die in den letzten Jahrzehnten versäumten Schlussstriche gezogen und die in den letzten Jahren aufgeschobenen Spatenstiche gemacht werden.

# Der Wert des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes

– gemessen an der jüngsten Entscheidung zur MVA Zistersdorf

**Österreich.** Das erste Bescheidverfahren nach dem Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (UVP-G), an dem sich eine Bürgerinitiative als Bürgerpartei beteiligt hat, wurde im August dieses Jahres in letzter Instanz abgeschlossen. Der Umweltsenat bestätigte die Genehmigung einer Müllverbrennungsanlage in Zistersdorf/NÖ (US 3/1999/5-109). Was hat das UVP-G der Umwelt und den NachbarInnen der geplanten Anlage gebracht, was nicht auch vom Abfallwirtschaftsgesetz geleistet hätte werden können? Was hat die Bürgerinitiative „Bürger in Sorge“, ausgestattet mit dem Recht, alle relevanten Umweltschutznormen einzuwenden, dazu beigetragen?

## Vorschreibung des Transportmittels Bahn

Bekamen bisher die NachbarInnen bei Thematisierung des Verkehrsaufkommens einer Betriebsanlage zu hören, dass diese Frage nicht Gegenstand des Verfahrens sei, so wurde dem Betreiber der MVA aufgetragen, dass die Anlieferung des Mülls zu 70% per Bahn zu erfolgen habe. Der Abtransport der gefährlichen Reststoffe (Flugasche, Filterkuchen und Salze) habe zur Gänze per Bahn zu erfolgen. Die diesbezüglichen Bedingungen für die Genehmigung stützen sich auf die Genehmigungsvoraussetzung „möglichste Umweltschonung“ nach § 17 Abs 2 Z 2 UVP-G.

## Strengste Luftreinhalte-Grenzwerte

Auf § 17 Abs 2 Z 2 UVP-G stützt sich auch die Vorschreibung strengerer Luftreinhalte-Grenzwerte als sie in der Verordnung nach dem LRG-K festgelegt sind. Ausgehend von der Kritik der Bürgerinitiative, dass die Vorbelastung des Standortes unzureichend erhoben worden sei und soweit Daten vorliegen, eine äußerst hohe Schwermetallbelastung vorliege, senkte der Umweltsenat gegenüber der 1. Instanz die Grenzwerte dermaßen, dass, salopp formu-

liert, die zulässigen Luftschadstoffemissionen mehr als halbiert wurden. Das Unternehmen muss im ersten Betriebsjahr auch Immissionsmessungen vorlegen.

## Schutz der Tiefengrundwässer

Ein besonderer Dorn im Auge war der Bürgerinitiative die Tatsache, dass die als langfristige Trinkwasserreserve anzusehenden Tiefengrundwässer für die Müllverbrennung für Notfälle nutzbar gemacht werden sollten. Gerade im wasserarmen Weinviertel sollte jedoch nicht qualitativ hochstehendes Wasser für Brauchwasserzwecke (Rauchgaswäsche etc) verwendet werden. Diesem Argument wurde insofern entsprochen, als die zulässige Wasserentnahmemenge in etwa halbiert wurde. Noch entscheidender ist aber, dass zum Nachweis der Einhaltung dieser Auflage ein Wasserzähler mit digitalem Ausgang und entsprechendem Aufzeichnungssystem aufgetragen wurde. An und für sich ist der Wasserverbrauch von Müllverbrennungsanlagen enorm. Ob das projektierte Kreislaufsystem unter Heranziehung kommunaler Abwässer funktionieren wird, wird sich weisen.

## Standortfrage

Damit ist die Liste der wesentlichen Positiva auch schon zu schließen. Im Ergebnis heißt dies: Das UVP-G und die Bürgerinitiative haben der Umwelt etwas gebracht. Freilich ist damit nicht das Ziel der Bürgerinitiative erreicht, welche den Standort als solchen in Frage stellte. Dafür gab es durchaus rechtliche Anknüpfungspunkte wie die Verpflichtung zur Erlassung eines Abfallwirtschaftsplans mit Standortausweisungen nach der Abfallrichtlinie 75/442/EWG. Ein solcher fehlt in Niederösterreich. Die Frage der fehlenden Abwärmenutzung wurde gemäß dem Minimierungsgebot nach § 17 Abs 2 Z 2 UVP-G thematisiert, jedoch wegen Un-

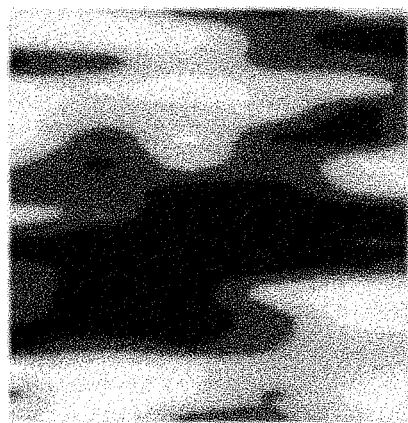
verhältnismäßigkeit nicht vorgeschrieben. Wenn kein Abwärmenutzer da ist oder die Abwärme nicht wirtschaftlich nutzbar, dann könne eine solche nicht vorgeschrieben werden. „Dies ist letztlich Folge des von der Antragstellerin gewählten Standorts.“ Und den wollte auch der Umweltsenat nicht hinterfragen.

#### Bilanz

Der finanzielle Verfahrensaufwand der Bürgerinitiative betrug, soweit er vom Grün-Alternativen BürgerInnen-Initiativenverein getragen wurde, S 250.000,-. Daneben wurde viel unentgeltliche Arbeit geleistet. Hat es sich gelohnt? Mit hohem Aufwand wurde gegenüber dem Ausgangsprojekt etwas Mehr an Umweltschutz erreicht. Der Bahntransport war schon Projektbestandteil gewesen und die strengeren Luftschadstoffgrenzwerte können mit der projektierten Technologie wohl grundsätzlich erreicht werden, man darf sich jetzt nur wesentlich weniger Ausrutscher (irreguläre Betriebszustände) leisten. In materieller Hinsicht liegt der Wert des UVP-G somit darin, dass von vornherein umweltgerechter projektiert wird und im Verfahren diese ökologischen Versprechungen verbindlich und kontrollierbar gemacht werden. Da und dort wird die Schraube sichtbar angezogen.

Das UVP-G ändert aber nichts daran, dass die Standortwahl allenfalls durch ein günstiges Grundstücksangebot und einen kooperationswilligen Bürgermeister bestimmt wird – und nicht Ergebnis eines ökologischen Optimierungsverfahrens ist. Es wird damit auch nicht eine ungerechte Verteilung der MVA in Österreich oder Überkapazitäten verhindern.

Marlies Meyer



## VfGH prüft KPI

**Österreich.** Es ist ein Vorgang, der sich in Österreich wahrscheinlich tausende Male pro Jahr ereignet: Von den Sicherheitsbehörden wird gegen einen Verdächtigen Anzeige wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung erstattet. Daraufhin werden Ermittlungen im Dienste der Strafrechtspflege eingeleitet. Diese Tatsache wird gem § 57 Abs 1 Z 6 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) im sog kriminalpolizeilichen Aktenindex (KPI) des Innenministeriums gespeichert. Ergeben die nunmehr durchgeführten Ermittlungen, dass eine gerichtlich strafbare Handlung nicht vorliegt und eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft zu unterbleiben hat, werden diese personenbezogenen Daten gesperrt. Nach Ablauf von zwei weiteren Jahren sind sie gem § 58 SPG auch physisch zu löschen.

Kommt es jedoch zu einem gerichtlichen Strafverfahren, das mit einem Freispruch endet oder wird das Strafverfahren nach erfolgter Anzeige an die Staatsanwaltschaft eingestellt, bleiben diese Daten bei den Sicherheitsbehörden weiterhin und unverändert gespeichert. Eine Verpflichtung, die Daten insoweit richtig zu stellen, als in der Zwischenzeit ein Freispruch oder eine Einstellung des Verfahrens erfolgt ist, besteht nicht. Obwohl der Betroffene somit völlig unbescholten ist und gegen ihn auch kein Strafverfahren mehr anhängig ist, weist ihn der kriminalpolizeiliche Aktenindex als potentiellen Rechtsbrecher aus. Für die Sicherheits- und Finanzstrafbehörden sowie die Staatsanwaltschaft, die Zugriff auf diese Daten haben, ist lediglich ersichtlich, dass gegen den Betroffenen weiterhin ein Strafverfahren anhängig ist, das noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Diese Information kann, auch wenn sie nicht mehr den Tatsachen entspricht, wesentlichen Einfluss darauf haben, ob weitere Verfahren gegen den Betroffenen gem § 42 StGB eingestellt werden oder dass das Diversionsverfahren zur Anwendung kommen kann.

Über Beschwerde eines Betroffenen an die Datenschutzkommission wurde die Frage der Verfassungskonformität dieser Gesetzeslage – insbesondere in Hinblick das Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten nach § 1 DSG sowie auf Achtung

des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK und die Unschuldsvermutung nach Art 6 EMRK – nun vor den VfGH gebracht. Der Auszug aus dem kriminalpolizeilichen Aktenindex wies hinsichtlich des Beschwerdeführers nämlich sechs (!) Vormerkungen aus, obwohl dieser völlig unbescholten war und ist. Ein Antrag auf Löschung dieser Daten wurde mangels entsprechender gesetzlicher Ermächtigung zurückgewiesen.

Der Verfassungsgerichtshof leitete nun mit Beschluss vom 30. Juni 2000 ein Gesetzprüfungsverfahren über die Bestimmungen des § 57 Abs 1 Z 6 und des § 58 Abs 1 Z 6 lit b SPG ein (B 1117/99-10). Zwar bezweifelt der VfGH nicht, dass der kriminalpolizeiliche Aktenindex auch in einer demokratischen Gesellschaft für Zwecke der Verfolgung, aber auch der Vorbeugung strafbarer Handlungen notwendig erscheint. Er hegt jedoch Bedenken, dass dies für die ermöglichte Speicherung und Übermittlung derartiger Daten auch über den Zeitpunkt hinaus, zu dem die jeweilige Anzeige gem § 90 StPO von der Staatsanwaltschaft zurückgelegt worden ist oder zu dem der Angeklagte durch Urteil des Gerichtes gem § 259 StPO von der jeweiligen Anklage rechtskräftig freigesprochen worden ist, nicht mehr zutreffen könnte. Es ist für den VfGH jedoch evident, dass die Speicherung und Übermittlung solcher Daten über diesen Zeitpunkt hinaus nicht mehr notwendig sein kann.

Im Gesetzprüfungsverfahren wird nun zu klären sein, ob und inwieweit diese Bedenken dadurch ausgeräumt werden können, dass die Sicherheitsbehörden in verfassungskonformer Auslegung der §§ 61 und 63 SPG verpflichtet sind, die Daten des kriminalpolizeilichen Aktenindex entsprechend zu aktualisieren. Eindeutig ist jedoch bereits jetzt, dass die derzeit gängige Praxis der Sicherheitsbehörden, sämtliche eingeleitete Strafverfahren sofort zu speichern, nach Freisprüchen aber keine Aktualisierung mehr vorzunehmen, verfassungswidrig ist.

Der Gesetzprüfungsbeschluss des VfGH ist unter <http://www.vfgh.gv.at/> abrufbar.

Daniel Ennöckl

# Wer ist der Hüter der Demokratie?

## Anmerkungen zur Rolle des Bundespräsidenten bei Plebisziten

Stefan Hammer

### Präsident oder Verfassungsgericht?

Die Auseinandersetzungen um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der im letzten Sommer angedrohten Volksbefragung zu den Sanktionen der Vierzehn gegen Österreich haben wieder die Frage nach der Rolle des Bundespräsidenten aufgeworfen: Muss sich dieser dem Willen der Regierungsmehrheit beugen und eine vom Nationalrat nach Art 49b Abs 1 B-VG beschlossene Volksbefragung trotz Bedenken gegen ihre Zulässigkeit gemäß § 2 Abs 1 Volksbefragungsg anordnen,<sup>1</sup> oder kann er selbst eine präventive Verfassungskontrolle ausüben und die Anordnung gegebenenfalls verweigern?<sup>2</sup>

Auf den ersten Blick scheint die Anordnung einer Volksbefragung vergleichbar mit anderen präsidentialen Akten, die eine Beschlussfassung des Nationalrats voraussetzen, wie die Anordnung einer Volksabstimmung gemäß Art 46 Abs 3 B-VG und die Beurkundung des „verfassungsmäßigen Zustandekommens“ von Bundesgesetzen gemäß Art 47 Abs 1 B-VG. Gegen eine weit reichende Prüfungsbefugnis des Präsidenten wird in diesen beiden Fällen vor allem die „nachprüfende Kontrolle“ des VfGH ins Treffen geführt.<sup>3</sup> In der Tat handelt es sich hier jeweils um Schritte im Gesetzgebungsverfahren, sodass Verfassungsverstöße einerseits jedenfalls durch Gesetzesaufhebung sanktioniert werden können, und andererseits die nachträgliche Aufhebung einer unzulässigen Volksabstimmung durch den VfGH eine ver-

fassungswidrige Gesetzwerdung sogar präventiv verhindern kann.

Im Unterschied zu diesen Fällen erschöpft sich jedoch die Funktion einer Volksbefragung in ihrer politischen Wirkung, die mit ihrer bloßen Durchführung faktisch eintritt und daher rechtlich nicht beseitigbar ist. Die nachträgliche ersatzlose „Aufhebung“ einer verfassungsrechtlich unzulässigen Befragung könnte nicht mehr an Rechtswirkung entfalten als der aufgehobene Akt selbst, nämlich keine. Selbst eine Qualifikation der präsidentialen „Anordnung“ als Verordnung, die theoretisch vor Durchführung der Volksbefragung aufgehoben werden könnte, stößt an systemimmanente Grenzen der Antragslegitimation für eine Verordnungsprüfung gemäß Art 139 Abs 1 B-VG: Ob sich eine Landesregierung findet, die gegen die Regierungsmehrheit auf Bundesebene aufzutreten will, hängt vom Zufall ab. Und für eine konkrete Verordnungsprüfung besteht vor Durchführung der Volksbefragung kein Raum. Vielleicht hat es also durchaus seinen guten Sinn, dass § 2 Abs 1 Volksbefragungsg den Bundespräsidenten zur Anordnung der Volksbefragung beruft. Doch in welchem Umfang und nach welchem Maßstab hätte er eine präventive Kontrolle auszuüben? Aus der bloßen Anordnungscompetenz lässt sich dies, wie bei vielen Befugnissen des Bundespräsidenten, nicht entnehmen.

Man kann also nur auf den Gesamtzusammenhang der Funktionenverteilung

im demokratischen System der Bundesverfassung rekurrieren. Insofern verhält es sich hier ähnlich wie mit jenen zentralen Befugnissen des Bundespräsidenten wie Ernennung und Entlassung der Bundesregierung oder Auflösung des Nationalrats, die nach dem Verfassungstext an keinerlei Bedingungen gebunden sind, aber nach dem gefestigten Verfassungsverständnis der Zweiten Republik Funktionsfähigkeit und Legitimität des parlamentarischen Regierungssystems sichern sollen.<sup>4</sup> Doch was ergibt sich daraus für die Mitwirkung des Bundespräsidenten an den laufenden Regierungsgeschäften einer funktionsfähigen parlamentarischen Regierung? Im Normalfall sicher die Bindung an den Willen der Regierungsmehrheit, im Allgemeinen also die Bindung an Vorschläge der Bundesregierung gemäß Art 67 B-VG, und, falls eine Beschlusskompetenz des Nationalrats dieses Vorschlagsrecht absorbieren sollte, wie dies bei der Volksabstimmung denkbar ist,<sup>5</sup> die Bindung an die entsprechenden Parlamentsbeschlüsse.

Doch auch in dieser Funktion als „dignified part“ des politischen Systems bestätigt der Bundespräsident gleichsam laufend die Normalität parlamentarisch-demokratischer Legitimität des „efficient part“.<sup>6</sup> Diese muss nicht automatisch gegeben sein, und man sollte ihn daher auch nicht für verpflichtet halten, sie automatisch zu bestätigen.

### Grenzen richterlicher Verfassungsgarantie

Der Einsatz plebiszitärer Instrumente durch eine Regierungsmehrheit hält sich nur dann in den Legitimitätsgrenzen der Mehrheitsdemokratie, wenn ein Mindestmaß an sachlicher Unterscheidbarkeit politischer Alternativen gewahrt bleibt. Ein Referendum ist zwar sicher auch als Vertrauensfrage an das Bundesvolk zulässig, doch darf es nicht mit Suggestiv-, Fang- oder

1 So *Strejcek*, Befindet sich das Höchstgericht neuerdings in der Hofburg? Der Standard v. 22. Juli 2000; *derselbe*, Nur Höchstgericht kann Volksbefragung prüfen, Der Standard v. 4. August 2000; ähnlich *Michael Lang*, Rechtskontrolle liegt beim Höchstgericht, nicht beim Präsidenten, Die Presse v. 17. Juli 2000.

2 So *Heinz Mayer*, Volksbefragung: Wer ist Hüter der Verfassung? Der Standard v. 13. Juli 2000; siehe bereits *derselbe*, Die Presse v. 7. Juli 2000.

3 Vgl jüngst zur Gesetzesbeurkundung *Korinek*, Art 47 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar,

2. Lfg (1999), Rz 13 und 18; zur Anordnung einer Volksabstimmung *Strejcek*, Der Standard v. 22. Juli 2000 (Anm 1).

4 Vgl nur *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 4. Aufl (1999), Rz 490.

5 Vgl *Merli*, Art 45, 46 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Anm 3), 1. Lfg (1999), Rz 13.

6 Dieses von *Bagehot*, The English Constitution, 1. Aufl (1867), geprägte Begriffspaar räumt mit dem Missverständnis auf, im britischen parlamentarischen Regierungssystem sei die Krone (dignified part) im Vergleich zu den Trägern der Regierungspolitik (efficient part) politisch funktionslos.



Scheinfragen zu bonapartistischer Aklamation missbraucht werden. Soll nun der Bundespräsident über die responsive Qualität direktdemokratischer Appelle an das Volk wachen, so ist sein Ermessensspielraum sicher weit, denn aus dem Verfassungstext lassen sich dafür kaum exakte Maßstäbe entnehmen, ebenso wenig wie für die Vorgangsweise bei Regierungskrisen. Für eine Volksabstimmung verlangt Art 43 B-VG überhaupt nur einen gesetzesfähigen Nationalratsbeschluss,<sup>7</sup> und auch die Bedingungen, unter denen eine Volksbefragung zulässig ist, werden in Art 49b B-VG mit recht dürren Worten umrissen, die, wie gerade das umstrittene Beispiel der Sanktionen-Volksbefragung gezeigt hat, nur wenig weiterhelfen: Die Einschränkung auf die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers erweist sich letztlich kaum als hinderlich, und im Übrigen wird eigentlich nur eine Ja/Nein- oder eine Oder-Frage verlangt. Die Handhabung der normativen Kriterien für die Zulassung direktdemokratischer Instrumente erfordert also, nicht anders als etwa jener für die Auflösung des Nationalrats oder die Ernennung oder Entlassung der Bundesregierung, eine flexible, „politische“ Verfassungsinterpretation, die dem politischen Prozess demokratische Legitimität zu vermitteln hat und sich solcherart weitgehend richterförmiger Justiziabilität entzieht. Der VfGH käme also nicht nur zu spät, sondern ist dafür auch gar nicht geeignet. Hier den Bundespräsidenten zu berufen, erscheint demnach nicht systemwidrig.<sup>8</sup>

Dass politische und richterförmige Verfassungsanwendung dabei nicht in einem Konkurrenz-, sondern in einem Komplementärverhältnis zueinander stehen, lässt sich am Beispiel der Volksabstimmung verdeutlichen: Die Eignung eines Gesetzesbeschlusses für ein demokratisch legitimes Plebiszit kann mangels diesbezüglicher Vorgaben im Verfassungstext vor dem VfGH

weder im Gesetzesprüfungsverfahren noch in der Prüfung des Volksabstimmungsergebnisses releviert werden.<sup>9</sup> Selbst die verfassungsgerichtliche Anwendung eines solchen kaum justiziablen Maßstabs käme aber zu spät, denn sie könnte nur mehr die Gesetzwerdung rückgängig machen bzw. sogar verhindern, aber den politischen Schaden eines bereits abgehaltenen Plebiszits über einen demagogisch formulierten Gesetzestext nicht mehr beseitigen. Dazu bedürfte es einer Aufhebung der präsidialen Anordnung der Volksabstimmung schon vor deren Durchführung, was aber bereits an die oben erwähnten Grenzen der Antragslegitimation für die abstrakte Verordnungsprüfung stößt. (Es wäre auch eigenartig, eine Verordnung des Bundespräsidenten als verfassungswidrig zu qualifizieren, wenn dieser gerade durch ihre Nichterlassung entgegen dem verfassungswidrigen Willen der Nationalratsmehrheit die Verfassung verletzt hätte.) Sowohl Normenkontrolle als auch Wahlgerichtsbarkeit erweisen sich somit als dysfunktional. Die verfassungsmäßige Legitimität eines Referendums muss jenes Organ beurteilen, das sie anordnet: der Bundespräsident.<sup>10</sup> Er hätte so etwa verhindern können, dass der in der Abstimmung über den EU-Beitritt vom Volk gutgeheißene Text das verschleiert, was er rechtlich war: eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Dass dieser demokratische Legitimitätsfehler dann nicht mehr zur Aufhebung der Volksabstimmung durch den VfGH geführt hat, entspricht im Ergebnis seiner auf richterliche Kontrolle beschränkten Funktion.

Eine vom Bundespräsidenten verweigerte Volksabstimmung berechtigt ihn natürlich nicht zur Beurkundung des Gesetzes, die so von der Nationalratsmehrheit nicht gewollt ist. Abzulehnen ist auch eine vielfach behauptete Kompetenz des Bundespräsidenten, ein beschlossenes Verfassungsgesetz

anlässlich seiner Beurkundung gemäß Art 47 B-VG aufgrund eigener Einschätzung als gesamtändernd zu behandeln und ohne entsprechenden Willen der Parlamentsmehrheit einer obligatorischen Volksabstimmung gemäß Art 44 Abs 3 B-VG zu unterziehen.<sup>11</sup> Hier wird der von der Bundesverfassung aus gutem Grund dem Bundespräsidenten verwehrt Direktappell an das Volk durch die Hintertür wieder eingeführt, ohne dass der Präsident dabei Kriterien einzubringen hätte, die durch die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle ex post nicht ebenso gut (wenn nicht besser) zu implementieren sind. Ebenso wie generell bei der Frage inhaltlicher Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen im Zuge der Beurkundung ihres verfassungsmäßigen Zustandekommens (Art 47 Abs 1 B-VG) gilt besonders auch hier: Der VfGH hat dazu den höheren verfassungsrechtlichen Sachverstand.<sup>12</sup>

#### Der Präsident als „dignified part“ der Verfassung

Die Bundesverfassung hat die Kontrolle der Regierungsmehrheit also arbeitsteilig organisiert: Der Bundespräsident wacht über Funktionsfähigkeit und demokratische Responsivität des politischen Prozesses, der VfGH beseitigt oder verhindert verfassungswidrige Rechtswirkungen politischer Akte. Beide wenden die Verfassung an, aber je nach ihrer Funktion aus unterschiedlicher Perspektive.<sup>13</sup> In der weitgehend durch die Verfassungsgerichtsbarkeit zu hütenden Bundesverfassung gibt es eben auch „politische“ Gehalte, die in erster Linie politischen Organen, d. h. Akteuren im politischen Prozess selbst überantwortet sind und sich in richterförmiger Kontrolle von Rechtsakten funktional nicht adäquat umsetzen lassen. Das Amt des Bundespräsidenten lässt sich nicht auf rechtssatzförmig determinierten und gerichtlich kontrollierten Verfassungsvollzug reduzieren, will man ihm nicht seine originäre legi-

<sup>7</sup> Daraus folgt *Merli*, Art 43 B-VG, in: *Korinek/Holoubek (Anm 3)*, 1. Lfg (1999), Rz 15, sowie *derselbe*, Art 45, 46, Rz 10 f und 28, dass die Volksabstimmungseignung eines Gesetzesbeschlusses von keinem Verfassungsorgan kontrollierbar sei.

<sup>8</sup> Die verfassungsgerichtliche Prüfung einer Gemeinderatsverordnung, mit der eine Volksbefragung über einen suggestiv formulierten Text angeordnet wurde (VfGH 16. 6.

2000, V 103/99), konnte sich auf diesbezüglich detailliertere Vorgaben im Stmk VolksrechteG stützen, die das B-VG so weder zur Volksabstimmung noch zur Volksbefragung kennt. Zudem kam die Referendumsinitiative dem anordnenden Gemeinderat selbst zu, sie ist also nicht wie auf Bundesebene schon in sich politisch gewaltenteilig organisiert.

<sup>9</sup> Vgl oben Anm 7. In VfSlg 13.839/1994 wurde sogar verneint, dass sich

die Prüfung des Ergebnisses der Volksabstimmung verfahrensrechtlich überhaupt auf den zugrundeliegenden Gesetzesbeschluss erstrecken könne.

<sup>10</sup> *Welan*, Die einfache Volksgesetzgebung nach Art 43 B-VG, in: FS Hellbling (1981), 419 (427 ff).

<sup>11</sup> So aber *Merli*, Art 45, 46 B-VG, Rz 12, mit eingehender Diskussion des Meinungsstandes.

<sup>12</sup> Vgl. *Korinek*, Die Beurkundung der Bundesgesetze durch den Bundespräsidenten, in: FS Kirchschläger (1990), 121 (125), sowie *derselbe*, aaO (Anm 3).

<sup>13</sup> Vgl dazu für Österreich grundlegend *Somek*, Organe der Verfassungsinterpretation, in: *Somek/Forög*, Nachpositivistisches Rechtsdenken (1996), 285 (286 ff).



timitätsstiftende Funktion als „dignified part“ der Verfassung nehmen. Insofern muss er verfassungsrechtliches Grenzorgan sein, und auch seine nachträgliche staatsrechtliche Verantwortlichkeit lässt sich nur als Sanktionierung eines offensichtlichen Befugnismissbrauchs ausgestalten. Besondere Freiheiten, die sich ein Bundespräsident erlaubt, indem er Plebiszite, die er für undemokratisch hält, nicht anordnet, oder bei der Regierungsbildung sich nicht umstandslos an evidenten parlamentarischen Mehrheiten orientiert, mögen in diesem politischen Sinn auch als verfassungswidrig erscheinen, zumal sich die Gepflogenheiten des parlamentarischen Regierungssystems, gegen die damit verstoßen wird, auch zu Verfassungskonventionen verdichtet haben, denen durchaus normativer Stellenwert zukommt.<sup>14</sup> Als schuldhaftes Verfassungsverletzungen im Sinn des Art 142 Abs 2 lit a B-VG werden solche Abweichungen aber wohl erst dann gelten können, wenn sie sich auf keine vertretbare Interpretation dessen stützen lassen, was die Bundesverfassung an demokratischen Strukturen vorgibt. Und dass hier sehr vieles vertretbar ist, zeigen gerade die einschlägigen Lehrmeinungen.

Ist damit nun die österreichische Demokratie – frei nach *Carl Schmitt*<sup>15</sup> – einer Diktatur des Bundespräsidenten ausgeliefert? Im Rahmen der plebiszitären Demokratie hat er keine Möglichkeit, wie in einem Notstandsregime

der Parlamentsmehrheit die politische Initiative zu entreißen. Seine Kompetenzen sind hier eben nur reaktiv, und die Verhinderung eines an sich demokratisch legitimen Plebiszits ist weniger demokratiegefährdend als die Abhaltung eines demagogischen es sein könnte. Eine zu weit gehende Torpedierung der Parlamentsmehrheit kann zudem nicht allein im Rahmen der rechtlichen Verantwortlichkeit, sondern auch der politischen Verantwortlichkeit des Bundespräsidenten gegenüber dem Bundesvolk geltend gemacht werden. Das Verfahren zu seiner Absetzung mittels Volksabstimmung ist zwar hürdenreich, und auf dem Weg dorthin bedarf es schon zu seiner Suspendierung einer Zweidrittelmehrheit im Nationalrat (Art 60 Abs 6 B-VG). Einen solchen Verfassungsstreit über das richtige Modell demokratischer Gewaltenteilung, der dann jedenfalls argumentativ entsprechend aufbereitet sein wird, hat jedoch letztlich die Wählerschaft zu entscheiden. Das Bundesvolk erweist sich damit als der maßgebliche Verfassungsinterpret.<sup>16</sup> Dem Bundespräsidenten jene Macht zuzugestehen, die Voraussetzung für seine legitimitätsstiftende Autorität als „dignified part“ der Bundesverfassung ist, ebnet ihm also nicht den Weg in die Diktatur.

*Ass.-Prof. Dr. Stefan Hammer lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.*

## 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, 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, 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](mailto: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, Mag. Wolfgang Beran, Dr. Sepp Brugger, ao. Univ.-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Mag<sup>a</sup>. Katharina Echsel, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Walter Suntinger, Mag<sup>a</sup>. Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Mag. Valentin Wedl, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin.

**AutorInnen dieser Ausgabe:** Univ. Ass. Dr. Alois Birklbauer, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Ass.-Prof. Dr. Stefan Hammer, o. Univ.-Prof. DDDr. Waldemar Hummer, Dr. Peter Kastner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Dr<sup>in</sup>. Marlies Meyer, Marek Migalski, ao. Univ.-Prof. Dr. Manfred Nowak, o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger, Tomasz Pietrzykowski, Univ.-Prof. Dr<sup>in</sup>. Sonja Puntischer-Riekmann, HR Dr. Eckart Ratz, Univ.-Prof. Dr<sup>in</sup>. Sieglinde Katharina Rosenberger, Jeroen Schokkenbroek, ao. Univ.-Prof. Dr. Stefan Seiler, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, ao. Univ.-Prof. DDr. Christian M. Stadler, Mag<sup>a</sup>. Eva Timpe, Johannes Voggenhuber

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

**Druck:** Manz, 1050 Wien

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

<sup>14</sup> So verstehe ich *Öhlinger* (Anm 4), Rz 348. Vgl. näher *Hammer*, Austria, in: Saunders (Hrsg), Heads of State. A Comparative Perspective (1993), 11 (15 ff).

<sup>15</sup> Vgl. – auf Befugnisse im Ausnahmezustand bezogen – *Schmitt*, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung, in: derselbe, Die Diktatur, 2. Aufl (1928), 213.

<sup>16</sup> Siehe *Somek* (Anm 13), 315 ff.

# Gender Mainstreaming und Gleichstellungspolitik

Sieglinde Katharina Rosenberger

In frauen- und gleichstellungspolitischen Debatten gilt Gender Mainstreaming als innovativer, schillernder, aber auch gespenstischer Begriff. Die Meinungen und Einschätzungen, Erwartungen und Vorbehalte gegenüber diesem in der tagespolitischen Diskussion relativ neuen „Ansatz“ gehen gerade bei frauenpolitisch Engagierten oft weit auseinander.

Für die einen ist Gender Mainstreaming ein modernes Erfolgskonzept auf dem Weg zur Chancengleichheit. Als Vorzüge gegenüber der „traditionellen“ Gleichstellungspolitik wird ins Treffen geführt, dass Gender Mainstreaming eine Strategie sei, mit der die Geschlechterperspektive in prominenter Weise auf der politischen Tagesordnung verankert werde. Dadurch, so die Hoffnung, würden die gesellschaftsprägenden Normen, die sich aus männlichen Lebens-, Arbeits- und Politikzusammenhängen speisen, quasi automatisch de-zentralisiert werden und die frauen- und gleichstellungspolitischen Themen könnten endlich ihre inhaltlich wie organisatorisch marginalisierte Existenz überwinden. Um mit einem Bild zu sprechen: Anstelle der Frauenpolitik im additiven Frauenzimmer des Herrenhauses werde mit Gender Mainstreaming eine Politik der Geschlechtergleichheit in alle Räume des Politischen einziehen. Diese Vorstellung nährt Hoffnungen auf revidierte strukturelle Bedingungen zur Formulierung und Implementierung geschlechtergerechter Politik; sie nährt Hoffnungen auf Normalisierung anstelle Marginalisierung, d. h. auf einen Wechsel vom „Sonderthema“ Frauenpolitik zur „Hauptsache“ Mainstreaming im Sinne eines elementaren Bestandteils von Politik.

Gender Mainstreaming aber ist nicht unumstritten. Das Konzept gibt auch Anlass für Kritik und Sorge. Insbesondere wird gegen Gender Mainstreaming

eingewandt, dass der Ansatz instrumentalisierbar sei und rhetorische Vorwände gegen die bisherige Gleichstellungspolitik liefern könnte. Befürchtet wird, dass mit dem Hinweis, weil ohnehin überall die Geschlechterperspektive berücksichtigt werden müsse, nun niemand mehr konkret verantwortlich gemacht werden könne und folglich aus dem Überall ein Nirgends und Nichts werden. Kurzum, Gender Mainstreaming wird als Gefahr für die Gleichstellungspolitik identifiziert (vgl. Rees 1998; Schunter-Kleemann 1998).

Die Frage, die im Folgenden näher behandelt werden soll, richtet sich auf das Verhältnis von Gleichbehandlung/Gleichstellung und Gender Mainstreaming. Ich gehe dabei von der These aus, dass Gender Mainstreaming und „traditionelle“ Gleichstellungspolitik, theoretisch gesehen, sich keineswegs in einer Konkurrenzsituation befinden, sondern dass sie lediglich zwei Möglichkeiten des gleichen Ziels sind. Dabei stellt sich die Frage, welche strukturellen und politischen Voraussetzungen Gender Mainstreaming braucht, um tatsächlich emanzipatorische Impulse und Konsequenzen zu erwirken.

## Gleichbehandlung

Alleine zeitlich gesehen ist die Politik der *Gleichbehandlung* die Vorläuferin und Grundlage der *Gleichstellungspolitik*; die Gleichstellungspolitik ist ihrerseits Vorläuferin und Grundlage für *Gender Mainstreaming*. Mit Gleichbehandlung/Gleichstellung einerseits und Gender Mainstreaming andererseits werden unterschiedliche Formen von Diskriminierung und Ungleichheit politisch und rechtlich attackiert – nämlich Exklusion, direkte und indirekte Diskriminierung. Dass die beiden Konzepte keine Entweder-Oder-Konzepte, sondern eng miteinander verflochten sind, zeigen internationale Erfahrungen. Ge-

rade in Ländern, in denen Gleichstellung bereits seit längerem ein eminent politisches Anliegen ist und erkennbare Fortschritte erreicht wurden, wird Gender Mainstreaming viel positiver beurteilt als in Ländern, in denen Gleichstellung kaum realisiert ist. Gender Mainstreaming setzt Gleichbehandlung und Gleichstellungspolitik voraus (mehr dazu später).

*Gleichbehandlung* bedeutet und verlangt, Frauen und Männer rechtlich gleich zu behandeln. Die Exklusion von Frauen aus Berufen und Bildungsinstitutionen, die rechtlich ungleiche Behandlung bei der Entlohnung (sog. Leichtlohngruppen), aber auch die familienrechtliche Ungleichbehandlung durch den Grundsatz des männlichen Oberhauptes machten den Ansatz der Gleichbehandlung zu einem unabdingbaren ersten Schritt emanzipatorischer Entwicklung. Bekanntlich aber konnte die rechtliche Gleichbehandlung alleine die sozio-materielle Ungleichheit, die Segregation auf dem Arbeitsmarkt, die strukturelle Arbeitsteilung mit der „doppelten Vergesellschaftung“ der Frauen nicht nachhaltig aufbrechen. Denn geschlechtsneutral formulierte Politiken, d. h. eine Politik der Gleichbehandlung der Geschlechter, führen aufgrund der Ungleichheit der sozio-ökonomischen und sozio-kulturellen Ausgangssituationen von Frauen und Männern sowie aufgrund der geschlechtlich verfassten gesellschaftlichen und politischen Institutionen zu indirekten Formen der Diskriminierung. Gleichbehandlung ist folglich zwar ein notwendiger, aber noch kein hinreichender Schritt für Geschlechtergerechtigkeit (vgl. Rosenberger 1996).

Die Erfolge der berufsbezogenen Gleichbehandlungs- und Gleichstellungsgesetzgebung sind angesichts der Interferenzen und Dynamiken zwischen Arbeitswelt und patriarchal geprägten Restbeständen im Privaten limitiert geblieben. Gerade den horizontalen wie vertikalen Segregationen in der Berufsarbeit konnten Gleichbehandlungsgesetze nicht effizient entgegen wirken. Dies nicht deshalb, weil die Gleichbehandlungsgesetze falsch konzipiert wären, sondern weil gleichbehandelnde ebenso wie frauenfördernde Bestimmungen (z. B. Quotenregelungen) nur punktuell greifen und auf die Komplexität der Herstellung von Diskriminierung nicht adäquat reagieren können. Mit der Methode Gender Main-

streaming wird daher die Hoffnung verbunden, auch all jene Politikbereiche, die bisher nicht gleichstellungspolitisch akkordiert waren, zu erfassen und somit auch die Wechselbeziehungen zwischen Privathheit und Beruf unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit in den Griff zu bekommen.

### Gender Mainstreaming

Gender Mainstreaming kommt aus der Frauenbewegung. Bereits die Weltfrauenkonferenz in Peking (1995) hat den Ansatz des Gender Mainstreaming als frauenpolitische Strategie ausgearbeitet und empfohlen. Europarat und Europäische Kommission haben ihn zum Prinzip der Politikformulierung erklärt. Über die EU-Strukturpolitik soll Gender Mainstreaming auch in den Mitgliedsstaaten einen Niederschlag finden (z. B. in den Nationalen Aktionsplänen für Beschäftigung).

Damit Gender Mainstreaming im gleichstellungspolitischen Sinne und nicht im Sinne der Verhinderung von Gleichstellung realisiert wird, ist es notwendig, festzuhalten, dass Gender Mainstreaming lediglich eine politische Methode, aber kein originäres politisches Ziel ist. Wenn das politische Ziel, d. h. der politische Wille, die Herstellung von Chancengleichheit lautet, dann gilt Gender Mainstreaming als effizientes Instrument. Effizient deshalb, weil in allen Feldern und in allen Phasen des politischen Prozesses, von der Formulierung von Maßnahmen und Programmen bis zur Implementation, Chancengleichheit das Fundament bildet.

Theoretisch gesehen geht es bei Gender Mainstreaming um die Visibilität der Geschlechterperspektive sowie um die Erosion der männlichen Norm als Grundlage von Strukturen und Organisationen. Idealtypischerweise sollen beide, Frauenleben und Männerleben, gleichwertig die reflektierte Basis der Politikformulierung bilden. Gender Mainstreaming erkennt und basiert auf Unterschieden. Es nimmt die sozio-ökonomisch unterschiedliche Situation von Frauen und Männern (soziale Ungleichheit) in den Blick, und es will die geschlechterunterschiedlichen Konsequenzen des Steuersystems, der Familienpolitik, des Wohlfahrtsstaates, der Beschäftigungspolitik etc. wahrnehmen. Gender Mainstreaming will dezidiert nicht geschlechtsblind agieren, sondern die Auswirkungen von ge-

schlechtsneutralen wie geschlechtsdifferenzierenden Politiken aufgreifen und in der Politikformulierung auf der Grundlage der Chancengleichheit berücksichtigen.

Damit ist noch einmal die Chancengleichheit als fundamentale Zielgröße angesprochen. In Papieren der EU-Kommission ist Gender Mainstreaming als Methode im Hinblick auf Chancengleichheit formuliert. Sozio-ökonomische Indikatoren (z. B. Integration von Frauen in den Arbeitsmarkt) sollen den Erfolg messbar und überprüfbar machen. Ähnlich wie im Bereich der Gleichstellungspolitik im Öffentlichen Dienst sollen Berichtslegungen der politisch Verantwortlichen aller Ressorts die Chancen der praktischen Umsetzung sicherstellen bzw. verhindern, dass Gender Mainstreaming die Ebene der Rhetorik nicht verlässt.

Erfahrungen aus Projekten zum Gender Mainstreaming, insbesondere im skandinavischen Raum, lassen einige strukturelle Bedingungen, die für das Gelingen von Chancengleichheit durch Gender Mainstreaming Voraussetzung sind, ableiten:

► Gender Mainstreaming braucht den umfassenden politischen und gesellschaftlichen Willen zur Chancengleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern. Gender Mainstreaming und Chancengleichheit sind zwei Seiten der gleichen Medaille – nämlich Instrument und Ziel.

► Eine Politik des Gender Mainstreaming setzt umfassende Informationen über die ungleiche individuelle und gesellschaftliche Lage von Frauen und Männern sowie Wissen und Analysen des Gender-Impacts von geplanten politischen Regelungen und Maßnahmen voraus. Erst auf der Grundlage dieses Wissens kann Gender Mainstreaming im Sinne von Chancengleichheit praktiziert werden.

► Es braucht Know-how, wie Gender Mainstreaming gemacht wird (Z. B. Equality-Training zur Politikformulierung, um tatsächlich das Ziel der Chancengleichheit in allen Bereichen zu erreichen).

► Gender Mainstreaming setzt ein bestimmtes Maß an sozialer Gleichheit zwischen Frauen und Männern sowie die Implementation von Gleichbehandlungsgesetzen und Maßnahmen der Frauenförderung voraus.

► Die schwedische Gleichstellungsministerin konstatiert, dass die Politik

des Gender Mainstreaming insbesondere eine annähernd paritätische politische Repräsentation von Frauen und Männern und ein gleichstellungsorientiertes Policy-Netzwerk bedingt (Winberg 1999). Gender Mainstreaming ersetzt also die „traditionelle“ Gleichstellungspolitik und ihre Einrichtungen und Akteurinnen nicht, sondern es setzt diese voraus. Personen, Orte, Agenturen, institutionalisierte Anwältinnen müssen das politische Ziel der Chancengleichheit in alle politischen Prozessen integrieren und die Agenda administrativ vertreten. Denn Chancengleichheit bleibe eine machtpolitische Verteilungsfrage (z. B. von Einkommen, Karrieren) und somit eine Interessenangelegenheit, die im demokratischen Prozess des Aushandelns repräsentiert werden muss.

Für das Gelingen von Chancengleichheit wird letztlich entscheidend sein, ob Gender Mainstreaming tatsächlich konsistent als Querschnittsagenda in alle Politikfelder, beispielsweise von der Arbeitsmarktpolitik bis zur Sozial- und Familienpolitik, integriert wird. Erst dann ist zu erwarten, dass die Dynamik zwischen Arbeitswelt und Familie auch vom Grundsatz der Chancengleichheit erfasst wird und dass die der beruflich ausgerichteten Gleichstellungspolitik immanenten Beschränkungen überwunden werden.

Gerade in Anbetracht eines Revivals von Familie und Familienpolitik wäre es eine Herausforderung, familienpolitische Maßnahmen auf der Grundlage von Gender Mainstreaming zu denken und zu formulieren. Familienpolitik also in den Dienst der Chancengleichheit zu stellen und sie so zu konzipieren, dass die Arbeitsteilung im Privaten vom Grundsatz der partnerschaftlichen Teilung geprägt ist, um die Familialisierung der Frauen auf dem Arbeitsmarkt aufzubrechen. Konsequenzen für die Formulierung von familienpolitischen Maßnahmen wären u. a.: Familienpolitik müsste aktiv gegen die traditionelle Arbeitsteilung und deren Auswirkungen auf die Erwerbsarbeit intervenieren (z. B. mittels Anreize für Karenzväter oder Teilzeitregelungen für Eltern); Familienpolitik müsste sich auf jeden Fall von Annahmen verabschieden, die Frauen und Männer im Sozial- und Beschäftigungssystem als „Verdiener“ bzw. als „Unterhaltene“ und „Dazuverdienerin“ kontextualisieren und an deren Stelle Annahmen for-



mulieren, die Frauen wie Männer als eigenständige, eigenverantwortliche Individuen fassen.

Es ist also Gender Mainstreaming als ein Instrument der Familienpolitik vorstellbar, die eine emanzipatorische Frauenpolitik nicht konterkariert, ja die nicht erst die Probleme schafft, die die Frauenpolitik entschärfen muss (z. B. die Wiedereinstiegsproblematik). Wenn eine Familienpolitik gelänge, die nur zwischen den Generationen und zwischen Kinderhabenden und Kinderlosen wirkt und nicht gleichzeitig auch die Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern ungleich anreizt und regelt, dann wäre Gender Mainstreaming aus frauenpolitischer Sicht eindeutig positiv und wünschenswert zu beurteilen. Dies aber ist noch eine theoretische Option, deren Erprobung in der Realpolitik aussteht.

#### Literaturhinweise

Rees, Teresa, *Mainstreaming Equality in the European Union*. London 1998.

Rosenberger, Sieglinde, *Geschlechter, Gleichheiten, Differenzen. Eine Denk- und Politikbewegung*. Wien 1996.

Schunter-Kleemann, Susanne, 1998: „Mainstreaming“ – die Geschlechterfrage und die Reform der europäischen Strukturpolitik. In: *Zeitschrift für Frauenforschung*, Heft 3, 22–36.

Winberg, Margarete, 1999, *Gender Mainstreaming: A Step into the 21<sup>st</sup> Century*. Manuskript für die gleichnamige Konferenz des Europarats, Athen, 16.–18. September 1999.

*Univ.-Prof. Dr. Sieglinde Katharina Rosenberger lehrt am Institut für Politikwissenschaft der Universität Wien*

# Reichweite und Grenze des § 86 Abs 2 StPO

veranschaulicht am Fall Wilhelm R.

Peter Kastner

I. Der Beitrag beschäftigt sich mit dem, was jeder darf: Verdächtige solange festhalten, bis die Polizei eintrifft. Wer festgehalten wird, in dessen Freiheits-sphäre wird eingegriffen. Nicht selten gehen mit der Anhaltung aber auch Nötigungen, Drohungen, Misshandlungen und Verletzungen einher. Rechtsprechung und Lehre sind diesbezüglich recht großzügig. Zu großzügig, wie sich bei näherer Betrachtung zeigt. Um nicht Gefahr zu laufen, missverstanden zu werden: Die vorliegenden Zeilen wenden sich weder gegen Zivilcourage noch gegen beherztes Auftreten in kritischen Situationen. Sobald aber Gewalt im Spiel ist, ist Vorsicht geboten. Nicht immer heiligt der Zweck die Mittel.

Bei meinen Recherchen konnte ich, soweit vorhanden, auf die Archive der Tageszeitungen zurückgreifen. Zum Teil habe ich auch das persönliche Gespräch gesucht. Schon der Vollständigkeit halber kann und will ich in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt lassen. Die Redaktion von „Täglich Alles“ hat sich entschlossen, zur Person des Wilhelm R. keine Veröffentlichung zu bringen. Und das, obwohl man sich der Zugkraft des Themas durchaus bewusst war.

II. Jede Erörterung einer Rechtsvorschrift hat bei ihrem Wortlaut anzusetzen. Einschlägig ist § 86 der Strafprozeßordnung 1975 (StPO), BGBl Nr. 631/1975 idGF. Sein Abs 2 lautet:

„Liegen hinreichende Gründe für die Annahme vor, daß eine Person eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung ausführe, unmittelbar vorher ausgeführt habe, oder daß nach ihr wegen einer solchen Handlung gefahndet werde, so ist jedermann berechtigt, diese Person auf angemessene Weise anzuhalten. Er ist jedoch verpflichtet, die Anhaltung unverzüglich dem nächsten Sicherheitsorgan anzuzeigen.“

III. Glaubt man dem Boulevard, so geht unter Wiens Kriminellen die Angst um. Die Angst hat einen Namen: Wilhelm R.,

ein Antiquitätenhändler mit Geschäft in der Wr. Innenstadt, der einem ausgefallenen Hobby frönt. Der knapp 60-jährige hat in den letzten 25 Jahren nicht weniger als 732 Taschelziehern, Telefonmardern, Ladendieben und Trickbetrügnern das Handwerk gelegt. Kein einziges Mal sei es dabei zu einem Fehlgriff gekommen, verkündet er stolz. Wer so oft zupackt, darf sich schon – wie der „Kurier“ in seiner Ausgabe vom 29. 10. 1999 auf Seite 8 schreibt – „erfolgreichster Hobbydetektiv der Welt“ bezeichnen. Kein Wunder, dass die Visitenkarten des Herrn R. der Zusatz zielt: „Privater City-Cop Nr. 1“.

Für die „Neue Kronen-Zeitung“ ist Herr R. ein Star. Seit 1990 widmet sie ihm in unregelmäßigen Abständen mehrseitige Reportagen. „R., der Rächer“, hieß es zuletzt. „Der Ganovenjäger von Wien“, davor. Nach anfänglichem Lamento über das Ansteigen der Kriminalität in der Bundeshauptstadt wird der Leser nicht länger auf die Folter gespannt. „Und hier die gute Nachricht“, heißt es etwa in der Ausgabe vom 1. 10. 1990 auf Seite 20: „Es gibt Willy“. Ihm „gelingt in seiner Freizeit, was die Polizei im Dienst – und vor allem in auffälliger Dienstuniform – kaum noch schafft: der aufmerksame Bürger fängt quasi im Spazierengehen Diebe, Räuber, Taschelzieher in flagranti und liefert sie, mit Handschellen gefesselt, ‚fix und fertig‘ der Polizei ab“. Die Erfolgsquote spricht für sich. Allein seit vergangenem Oktober hat der Hobby-Detektiv 105 Ganoven im Alleingang dingfest gemacht.

Wilhelm R. geht dabei kein Risiko ein. Er ist „wie immer bis an die Zähne bewaffnet: im Halfter eine 9-mm-Beretta, Gummiknüppel und Handschellen in Sakko und Hosensack“. Doch nicht nur die Printmedien sind begeistert. Beeindruckt zeigte man sich auch beim ORF. Er durfte Wilhelm R. auf seiner Verbrecherjagd begleiten. Live bei einer Festnahme dabei zu sein, das ist

schon ein besonderer Nervenkitzel. In einem „Schauplatz extra“, ausgestrahlt am 19. 11. 1999, konnte sich jeder überzeugen. Wer dem 1,85 m großen Hünen in die Fänge gerät, hat wenig zu lachen. Mit der Waffe im Anschlag wird ein präsumtiver Ladendieb auch dann noch in Schach gehalten, wenn das Geschäftsportal bereits versperrt und die Polizei verständigt ist.

Doch darauf kommt es offensichtlich nicht an. Was zählt, ist die Zahl der Festnahmen. „Ich hab' mich weltweit bei der Polizei erkundigt und kann deshalb mit Fug und Recht sagen, dass niemand mehr Täter erwischt hat als ich“, wird der Betreffende im „Kurier“ (vom 29. 10. 1999) zitiert. Am Donnerstag, den 28. Oktober 1999, wurde der selbst ernannte Sheriff von Stadträtin Mag. Renate Brauner mit dem „Silbernen Verdienstzeichen des Landes Wien“ ausgezeichnet. Nahezu alle führenden Tageszeitungen – darunter der „Kurier“, „Der Standard“, die „Salzburger Nachrichten“ und „Die Presse“ – haben darüber berichtet.

So bemerkenswert die Leistung des Wilhelm R. sein mag. In keinem Beitrag wurden Zweifel angemeldet, ob gegenständig ein Verhalten belobigt wurde, das nicht nur sozial erwünscht, sondern auch rechtlich gedeckt ist.

IV. In der Tat ist die gesetzliche Regelung keineswegs so eindeutig wie man auf den ersten Blick vermuten möchte. Schon die Herkunft der Bestimmung gibt Rätsel auf. Denn wer in dem 1884 erschienenen „Commentar zu der österreichischen Strafproceß-Ordnung“ von *Salomon Mayer* blättert, wird nicht fündig. Die Bestimmung fand erst ein Jahrhundert nach Inkrafttreten der StPO 1873 Eingang in das Strafverfahrensrecht. Sie war und ist Teil des materiellen Strafrechts. Tatsächlich handelt es sich um einen besonderen Rechtfertigungsgrund. Er lässt ein verpöntes Verhalten – nämlich die Entziehung der persönlichen Freiheit – unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt erscheinen.

Die Gliederung des Besonderen Teiles unseres Strafgesetzbuches erfolgt

nach jenen Rechtsgütern, die es zu schützen gilt. Schon aus diesem Grund wäre daher die Regelung am ehesten in den Kreis der Freiheitsdelikte aufzunehmen gewesen. Dort stand die Bestimmung jedenfalls bis zum Außerkrafttreten des StG<sup>1</sup>.

Für eine Übernahme in das Strafgesetzbuch konnte sich der Gesetzgeber nicht erwärmen. Stattdessen fügte er mit Art I Zif 26 des Strafprozeßanpassungsgesetzes (BGBl 1974/423) dem „allgemeinen Anzeigerecht“ des § 86 StPO einen Absatz hinzu. Fortan soll „jedermann“, – so heißt es in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (934 BlgNR 13. GP, 24 f) – „bei dem ausreichende Anhaltspunkte für die Annahme sprechen, daß er eine mit Strafe bedrohte Handlung auszuführen im Begriffe sei oder eben begangen habe oder daß er deswegen von Fahndungsmaßnahmen der zuständigen Behörden erfaßt werde, angehalten werden können“. Es folgt ein bedeutungsvoller Nachsatz: „Die Anhaltung muß jedoch auf angemessene Weise geschehen, darf also das nötige Maß unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (vgl § 3 StGB) nicht überschreiten“. Sowohl Rsp wie Lehre meinen daraus ableiten zu können, dass Personen nicht nur festgehalten werden dürfen, sondern je nach Schwere des in Rede stehenden Deliktes auch Eingriffe in ihre körperliche Integrität hinzunehmen haben.

Am weitesten geht dabei der Grazer Strafrechtler *Karlheinz Probst*. Wer auf einen gesuchten Raubmörder trifft, so rät er, möge diesen „durch einen mit einem schweren Stock geführten Schlag über den Kopf“ betäuben, um seiner „sicher habhaft“ zu werden<sup>2</sup>. Ganz so weit geht die herrschende Meinung zwar nicht. Sie billigt selbst ernannten Hütern des Gesetzes aber „alle tatbestandsmäßigen Handlungen“ zu, „die unmittelbar zur Anhaltung erforderlich sind“<sup>3</sup>. Dabei kann man schon ordentlich zulangen. Erst schwere Verletzungen sind verpönt. Sie seien – wie *Leukauff/Steininger* auch in der dritten Auflage ihres Kommentars zum Strafgesetzbuch (§ 3 Rz 27)

meinen – „in der Regel“ von § 86 Abs 2 StPO nicht mehr gedeckt<sup>4</sup>.

Die Auffassung, dass mit der Anhaltung einhergehende Verletzungen, wie Platzwunden, Prellungen (OGH NRsp 1994/269) oder gar Rippenbrüche (OGH JUS 1990/6/326), nicht eigens zu ahnden seien, stimmt bedenklich.

Zum einen ermächtigt § 86 Abs 2 StPO seinem Wortlaut nach lediglich eine Person „anzuhalten“. Dass man mehr als festhalten darf, davon ist nicht die Rede. Zum anderen ist der Kreis der in Frage kommenden Anhaltbaren sehr weit gezogen. Auch Unschuldige kann es treffen. Wie die Rsp (9 Os 65/77) zeigt, kommt dies hin und wieder vor. Der Festgehaltene muss nur verdächtig sein, eine strafbare Handlung gesetzt zu haben. Anders als nach der Regelung im deutschen Strafrecht braucht die Tat nicht begangen worden zu sein. Für die Verdachtslage reichen „hinreichende Gründe“ aus. Ein Tatverdacht – wie ihn die §§ 175, 177 StPO für die Festnahme durch ein Organ der Sicherheitsbehörde gebieten – ist nicht erforderlich. Das Risiko, einem Übereifrigen in die Hände zu fallen, wird damit dem Angehaltenen aufgebürdet. Dies verdeutlicht auch ein Blick auf die Judikatur. Gegen Notwehr gibt es keine Notwehr. Oder wie der OGH in 13 Os 185/80 wissen ließ: Gegen eine rechtmäßige Privatfestnahme darf man sich nicht wehren. Wer sich dennoch widersetzt, dem darf – eben weil er sich nicht auf den Schutz des Gesetzes berufen kann – brachial begegnet werden<sup>5</sup>.

„Rechtmäßig“ ist eine Festnahme schon dann, wenn man bei Würdigung aller Umstände zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass eine Anhaltungssituation vorliegt. Wie gesagt: Nur insgesamt müssen die Gründe dafür „hinreichend“ sein. Im Zweifel ist man daher gut beraten – insbesondere im Falle der Anhaltung durch Warenhausdetektive oder einen privaten Wachdienst<sup>6</sup> – ruhig zu bleiben und das Eintreffen der Sicherheitsbehörde zu erwarten. Widerstand erzeugt Unrecht und darf mit Gewalt beantwortet werden.

Doch auch wer die Verdachtslage verkennt, hat wenig zu befürchten.

<sup>1</sup> Vgl § 93 Strafgesetz 1945 (in Geltung bis 31. 12. 1974).

<sup>2</sup> StPdG VI (1978) 101 (114).

<sup>3</sup> So bereits *Leukauff/Steininger*, StGB<sup>2</sup> (1979) § 3 Rz 27. Im Übrigen *Fuchs*, AT I<sup>4</sup> (2000) 156; *Michel*

*Wessely*, AT (1999) 45; *Triffterer*, AT<sup>2</sup> (1994) 226. Entschieden enger lediglich *Kienapfel/Höpfel*, AT<sup>8</sup> (2000) E 1 Rz 2, 17 f.

<sup>4</sup> Ebenso *Lewisich*, Casebook AT I<sup>5</sup> (1997) 44 Fall 92.

<sup>5</sup> OGH 9. 9. 1981, 11 Os 118/81; wN bei *Mayerhofer/Rieder*, StPO 1. Hbd<sup>4</sup> (1997) § 86 ENr. 25.

<sup>6</sup> Zur Zulässigkeit damit einhergehender Taschenkontrollen und Personendurchsuchungen *Burgstaller*,

Der Ladendiebstahl und seine private Bekämpfung im österreichischen Strafrecht (1981) 76 ff. Vgl auch *Ch. Nowotny*, RdW 1996, 397.

Ihm kommt meist ein so genannter Erlaubnistatbestandsirrtum iS § 8 StGB zugute. Demnach kann wegen vorsätzlicher Begehung nicht bestraft werden, „wer irrtümlich einen Sachverhalt annimmt, der die Rechtswidrigkeit der Tat ausschließen würde“. Allerdings ist der Täter gem § 8 2. Satz StGB „wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist“. Zwar ist die fahrlässige Entziehung der Freiheit nicht strafbar. Dennoch ist im Zweifel Zurückhaltung geboten. Denn wer über Umfang und Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes irrt, handelt rechtswidrig. Lediglich der Schuldvorwurf ist ihm genommen. Gegen rechtswidriges Verhalten aber darf man sich wehren. Insoweit ist Gegenwehr also erlaubt<sup>7</sup>.

Im Übrigen muss man Schläge hinnehmen (11 Os 196/72). Seine Anhaltung darf man weder mit Körperkraft noch mit Drohungen vereiteln (10 Os 69/78). Auch wegstoßen oder sich losreißen ist nicht erlaubt (11 Os 118/81). Ja, nicht einmal davonlaufen darf man. Denn, wie der OGH in 11 Os 67/62 ausführt: Die Anhaltung „durch eine Privatperson stellt eine notwendige Folge des im § 86 StPO statuierten, jedermann zustehenden Anzeigerechtes dar“. Ein „Recht des Verdächtigen, sich dieser Anhaltung zu entziehen und zu entfliehen“, besteht nicht.

Trotz oder gerade dieser weit reichenden Duldungspflicht wegen: Alles braucht man sich nicht gefallen lassen. Dies gilt insbesondere für übertriebene Härte: Sie billigt der Gesetzgeber nicht. Selten wird sich ein Aggressor Erfolg versprechend auf einen indirekten Verbotsirrtum gem § 9 StGB berufen können. Noch seltener wird ihn eine Kombination der beiden Irrtumsarten (§§ 8, 9 StGB) exkulpieren.

Erweist sich die Anhaltung als Fehlgriff, ist von dem Opfer sofort abzulassen. Entfallen ist mit dem Verdacht die Anhaltesituation. Jede weitere Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist an den Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 99, 105 StGB zu messen. Ansonsten aber darf der Ergreifer den Tä-

ter bis zum Eintreffen der Exekutive – notfalls mit gezogener Waffe – festhalten. Dies selbst dann, wenn der Betroffene Reue zeigt, die Tat Dritten gegenüber gestanden hat und sich ausgewiesen hat<sup>8</sup>.

V. In Deutschland wäre eine Anhaltung unter diesen Umständen rechtswidrig. Zwar kennt auch die Rechtsordnung in unserem Nachbarland – wie eingangs erwähnt – ein vorläufiges Festnahmerecht. Es ist ebenfalls in der Strafprozeßordnung geregelt, nämlich in § 127 Abs 1. Wird demnach „jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen“. Die Regelung ist aber, wie unschwer zu ersehen, deutlich enger als in Österreich. Die Tat muss tatsächlich begangen worden sein. Zusätzlich muss zu besorgen sein, dass der Täter flieht oder vor Feststellung seiner Personalien untertaucht<sup>9</sup>.

Dass in Deutschland die Strafverfolgung mangels eines weit reichenden privaten Festnahmerechtes nicht funktionierte, ist nicht bekannt. Auch im Hinblick auf diesen rechtsvergleichenen Aspekt wäre es daher wünschenswert, würde hier zu Lande zu einer besonneneren Auslegung des § 86 Abs 2 StPO gefunden. Privaten sollte nicht mehr an Befugnissen zugesonnen werden, als die Exekutive über Kompetenzen verfügt. Diese sind im Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988, BGBl. Nr. 684, über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrG), aber auch – einfachgesetzlich – im Waffengebrauchsgesetz 1969 (BGBl 1969/149) umschrieben.

Demnach ist eine Festnahme grundsätzlich nur „in Vollziehung eines begründeten richterlichen Befehls zulässig“. Dieser ist dem Betroffenen „bei der Festnahme, spätestens aber innerhalb von 24 Stunden zuzustellen“ (Art 4 Abs 1 PersFrG). Lediglich bei Gefahr in Verzug sowie zum Zwecke der Beendigung eines Angriffes oder zur sofortigen Feststellung des Sach-

verhaltes, sofern der Verdacht im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Tat oder dadurch entsteht, dass der Anzuhaltende einen bestimmten Gegenstand innehat, darf eine Festnahme auch ohne richterlichen Befehl vorgenommen werden (vgl Art 4 Abs 2 PersFrG). Zur Waffe greifen darf ein Exekutivbeamter gem § 4 Waffengebrauchsgesetz erst, „wenn ungefährliche oder weniger gefährliche Maßnahmen, wie insbesondere die Aufforderung zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes . . . ungeeignet scheinen oder sich als wirkungslos erwiesen haben“. Für Private sollte nichts anderes gelten.

VI. Um es abschließend klar zu sagen: Inwieweit der Gesetzgeber ein „privates Anhalterrecht“ einräumt, ist Teil seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes. Verboten ist die Einbindung von Privaten nicht. Für eine effiziente Strafrechtspflege sollte es ihrer aber auch nicht bedürfen. Noch 1974 haben die Mitglieder des Justizausschusses einen Satz aus der Regierungsvorlage gestrichen: „Eine solche Anhaltung“ – so sollte die Bestimmung ursprünglich lauten – „ist unzulässig, wenn die mit Strafe bedrohte Handlung ihrer Art oder den Umständen nach offensichtlich geringfügig ist“. Auf eine derartige Einschränkung, so war man sich einig, könne man verzichten, „ohne daß deswegen ein Mißbrauch dieser jedermann eingeräumten Befugnis zu befürchten wäre“<sup>10</sup>. Diese Auffassung sollte überdacht werden.

Dr. Peter Kastner ist bei der Volkswirtschafts-anwaltschaft tätig.

7 Näher zum Verhältnis § 8 StGB zu § 86 Abs 2 StPO E. Steining, in Triff-terer StGB-Komm § 8 Rz 51 f.

8 Vgl bereits Burgstaller, Ladendiebstahl 74.

9 Eingehend dazu Buojong, in: Karlsruher Komm zur StPO<sup>4</sup> (1999) § 127 Rz 9 ff; Hilger, in: Löwe/Rosenberg<sup>25</sup> (1997) § 127 Rz 7 ff.

10 1257 BlgNR 13. GP, 5.



# Arbeit statt (als) Strafe

## Gemeinnützige Leistungen als Sanktionsalternativen

Alois Birkbauer

### 1. Einleitung

Während in den skandinavischen Ländern seit Beginn der Neunzigerjahre die gemeinnützige Arbeit als alternative Primärsanktion zur Freiheitsstrafe vorgesehen ist<sup>1</sup> und in Deutschland im Jahre 1998 zumindest ein Gesetzesentwurf mit diesem Ziel<sup>2</sup> in den Bundestag eingebracht wurde, ist die gemeinnützige Arbeit als Sanktionsersatz für Geld- oder Freiheitsstrafen in Österreich seit mehr als zehn Jahren kein Thema mehr. Im Unterschied zu Deutschland<sup>3</sup> oder der Schweiz<sup>4</sup> gibt es nicht einmal die Möglichkeit, eine *uneinbringliche Geldstrafe* durch gemeinnützige Arbeit „abzudienen“. Wer eine Geldstrafe nicht bezahlen kann, wandert letztendlich ins Gefängnis<sup>5</sup>. Der sozial Schwache muss sitzen. Die in Österreich seit Einführung der Diversionsbestimmungen ab 1. 1. 2000 geschaffene Möglichkeit, eine Verfahrenseinstellung von der Erbringung gemeinnütziger Leistungen abhängig zu machen (§§ 90d, e StPO), bietet eine günstige Gelegenheit, die Diskussion um die generelle Einführung von gemeinnütziger Arbeit wieder aufleben lassen. Die folgenden Ausführungen sollen dazu beitragen, wobei die Einführung gemeinnütziger Arbeit zur *Vermeidung des Vollzugs der Ersatzfreiheitsstrafe* im Mittelpunkt stehen soll.

### 2. Die klassischen Argumente für und wider die gemeinnützige Arbeit im Überblick

Die Idee der gemeinnützigen Arbeit als Strafersatz ist im deutschsprachigen Raum älter als 100 Jahre. Bereits auf dem 23. Deutschen Juristentag 1895 wurde ausführlich über die Tilgung einer uneinbringlichen Geldstrafe durch freie Arbeit diskutiert<sup>6</sup>. Der Alternativentwurf zum Allgemeinen Teil des deutschen StGB (§ 52 Abs 1) sah Ende der Sechzigerjahre vor, dass auf Antrag des Verurteilten das Gericht gemeinnützige Arbeit anordnet, die im Verhältnis von einem Tagessatz Geldstrafe zu einem Tag freie Arbeit an die Stelle der Geldstrafe tritt<sup>7</sup>.

In Österreich wurde die gemeinnützige Arbeit Anfang der Siebzigerjahre im Zuge der Diskussion um das neue StGB noch wegen der damit verbundenen organisatorischen Schwierigkeiten abgelehnt<sup>8</sup>. In der internationalen Diskussion wurde weiters vor einer möglichen Ungleichbehandlung gewarnt, weil befürchtet wurde, dass sozial integrierte Straftäter zu einer „Arbeitsstrafe“ verurteilt würden, dissoziale Straftäter hingegen vermehrt für den Strafvollzug übrig bleiben würden<sup>9</sup>. Schließlich gab es Bedenken wegen der Grundrechtschranken des Art 4 MRK (Verbot der Zwangsarbeit)<sup>10</sup>.

Demgegenüber wurden die Vorzüge dieser Sanktion ins Treffen geführt. Anstatt eine Geld- oder Freiheitsstrafe zu erleiden, verlange die gemeinnützige Arbeit gleichsam als Sühneleistung ein aktives Verhalten des Straftäters. Der Täter könne sich nicht mit Geld von seiner Schuld freikaufen, sondern wäre eben persönlich gefordert, wodurch diese Sanktion auch ethisch eine höhere Qualität habe als die anderen Sanktionen. Schließlich lerne der Arbeitende im Gegensatz zum „Sitzenden“ und „Zahlenden“ für sein Leben<sup>11</sup>. In den Achtzigerjahren mehrten sich auch in Österreich die Stimmen, die eine solche Ersatzsanktion befürworteten<sup>12</sup>. Zu einer grundlegenden strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Diskussion dieses Themas kam es aber nicht.

### 3. Begriff und Art der gemeinnützigen Arbeit

#### 3.1 „Gemeinnützige Leistungen“ im Rahmen der Diversion

Der Begriff der „gemeinnützigen Arbeit“ ist weder in Deutschland noch in der Schweiz näher definiert. Der in beiden Ländern verwendete Begriff „freie Arbeit“ drückt nur aus, dass die Arbeitsleistung *unentgeltlich* zu erbringen ist. Nach Art 49 Z 1 schwStGB ist die freie Arbeit außerdem „für den Staat bzw die Gemeinde“ zu leisten. Für Österreich wird im Rahmen der neuen Diversionsregelung (§§ 90a ff StPO) von „gemeinnützigen Leistungen“ gesprochen, für die allerdings auch eine nähere Definition fehlt. § 90d Abs 2 StPO legt lediglich fest, dass sich in der Ausgestaltung der Arbeit die Bereitschaft des Verdächtigen, für die Tat einzustehen, ausdrücken soll. Weiters müssen die Leistungen in der Freizeit

1 Siehe zusammenfassend *Cornils*, Gemeinnützige Arbeit in den nordischen Ländern, *MschKrim* 1995, 322.

2 Siehe dazu nur die kritischen Stellungnahmen von *Feuerhelm*, Die gemeinnützige Arbeit im Strafrecht, *NKP* 1/1991, 22; *Böhm*, Gemeinnützige Arbeit als Strafe. Zu einer Gesetzgebungsinitiative des Bundesrates, *ZRP* 1998, 360.

3 Art 293 Abs 1 dEGStGB; die nähere Ausführung dieser Bestimmung obliegt den Ländern. Inzwischen haben sämtliche Bundesländer Verordnungen über die Abwendung der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe durch freie Arbeit erlassen. Siehe dazu näher *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und

Nebengesetze, 49. Auflage (1999) § 43 Rz 8.

4 Art 49 Z 1 Abs 2 schwStGB.

5 In Deutschland, das sowohl ein mit Österreich vergleichbares Sanktionenrecht als auch eine ähnliche wirtschaftliche Struktur aufweist, werden in den „alten Bundesländern“ etwa 7% der Geldstrafen über die Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt (vgl *Dünkel/Grosser*, Vermeidung von Ersatzfreiheitsstrafen durch gemeinnützige Arbeit, *NKP* 1/1999, 28). In Österreich gibt es in den veröffentlichten Statistiken keine Angaben über die vollzogenen Ersatzfreiheitsstrafen.

6 Vgl die Nachweise bei *Schall*, Die Sanktionsalternative der gemein-

nützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe, *NStZ* 1985, 104.

7 Siehe zu Geschichte näher *Blau*, Die gemeinnützige Arbeit als Beispiel für einen grundlegenden Wandel des Sanktionenwesens, in: *Hirsch/Kaiser/Marquardt (Hrsg)*, Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann (1986) 189, 196.

8 *Nowakowski*, Die Zurückdrängung der kurzen Freiheitsstrafe in der RV 1971 (§§ 36, 45 RV), *ÖJZ* 1973, 1, 3 f.

9 Vgl die Nachweise bei *Cornils*, *MschKrim* 1995, 323.

10 Siehe die Nachweise bei *Schall*, *NStZ* 1986, 108; *Böhm*, *ZRP* 1998, 361 f.

11 Vgl dazu die Nachweise bei *Böhm*, *ZRP* 1998, 360.

12 Siehe etwa *Kaltenböck*, Alternativen zur mittelfristigen Freiheitsstrafe, in: *Strafzumessung – Alternativen zur Freiheitsstrafe*, *ÖJK* 1982 (1983) 107, 117 f; *Broda*, Die Freiheitsstrafe und ihre Alternativen, *AnwBl* 1986, 331, 334; *Zipf*, Neue Entwicklungen bei der Lehre von der Strafzwecken, *RZ* 1987, 126, 132: Befürwortung nicht als Primärstrafe, wohl aber zur Vermeidung einer Ersatzfreiheitsstrafe; zustimmend *Höpfel*, Empfiehlt sich eine Ausgestaltung des strafrechtlichen Sanktionensystems?, Gutachten zum zehnten österreichischen Juristentag Wien 1988 (1988) 3, 40 f.

bei einer geeigneten Einrichtung, mit der das Einvernehmen herzustellen ist, erbracht werden. § 90e Abs 1 ordnet schließlich als Grenze an, dass es sich bei den auferlegten gemeinnützigen Leistungen um keinen unzumutbaren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte oder in die Lebensführung des Verdächtigen handeln darf. Entsprechend dem Charakter als Diversionsmaßnahme liegt das Gewicht der „Freiheit“ auf dem *Zustimmungserfordernis*, während die Unentgeltlichkeit als selbstverständlich angesehen wird.

Aus den Materialien zur Diversionsregelung geht nicht hervor, warum anstatt des in der allgemeinen Diskussion üblichen Begriffs „gemeinnützige Arbeit“ der Begriff „gemeinnützige Leistungen“ verwendet wird. Einerseits könnte der Grund darin liegen, dass mit dem modernen Begriff der „Arbeit“ Selbstverwirklichungsaspekte verbunden sind und diese somit als „ehrbarer Begriff“ verstanden wird. Da die gemeinnützigen Leistungen auch im Zuge der Diversion gleichsam als punitiver Sanktionersatz gedacht sind, soll ihnen das Element der Selbstverwirklichung fehlen. Mit dem Begriff der „Leistung“ wird weiters zum Ausdruck gebracht, dass damit nach allgemeiner Auffassung „Anstrengungen“ verbunden sind.

Ein anderes Argument für den verwendeten Begriff der „Leistung“ könnte sein, dass damit die Stellung der erbrachten gemeinnützigen Arbeit außerhalb des Wirtschaftsprozesses deutlich gemacht werden soll. Da gemeinnützige Aufgaben auch von Dienstleistungseinrichtungen innerhalb des Wirtschaftsprozesses erbracht werden können, geht dieser Aspekt aus dem Begriff der „Gemeinnützigkeit“ allein noch nicht hervor. In Zeiten der Arbeitslosigkeit kann ein Sanktionersatz aber nur dann seinen „Strafcharakter“ behalten und vom gesellschaftlichen Konsens getragen sein, wenn er sich nicht auf den Arbeitsmarkt auswirkt und zu keiner Verringerung bestehender Arbeitsplätze führt.

### 3.2 Auswahl der Einrichtungen für gemeinnützige Leistungen

Welche Einrichtungen bei der Erbringung von gemeinnützigen Leistungen zum Zug kommen, obliegt im Wesentlichen der Beurteilung der Leiter der Staatsanwaltschaften, die gemäß § 90e Abs 2 StPO entsprechende Listen zu führen haben, in die jedem auf Verlangen Einsicht zu gewähren ist<sup>13</sup>. Nähere Auswahlkriterien finden sich allerdings auch im Einföhrungserslass zur Diversion von 24.11.1999 nicht<sup>14</sup>, so dass den Leitern der Staatsanwaltschaften großer Spielraum eingeräumt ist.

Hauptkriterium bei der Auswahl der Einrichtung muss die *Gemeinnützigkeit* sein. Auf diesen Begriff wird in der StPO allerdings nicht näher eingegangen. Er findet sich jedoch in zahlreichen anderen Rechtsvorschriften, wobei § 35 BAO ihn sogar definiert. Danach sind gemeinnützig solche Zwecke, durch deren Erfüllung die Allgemeinheit gefördert wird und damit die Tätigkeit dem Gemeinwohl auf geistigem, kulturellem, sittlichem oder materiellem Gebiet nützt. Als Beispiele dafür werden etwa die Förderung der Kunst und Wissenschaft, der Gesundheitspflege, der Kinder-, Jugend- und Familienfürsorge, der Fürsorge für alte, kranke oder mit körperlichen Gebrechen behaftete Personen, des Körpersports, der Erziehung, der Volksbildung, der Denkmalpflege oder des Natur- und Tierschutzes angeführt. Aus dieser Definition können zumindest Anhaltspunkte für die Beurteilung der Gemeinnützigkeit einer Einrichtung, der Beschuldigte zur Arbeitserbringung zugewiesen werden sollen, gefunden werden<sup>15</sup>.

Als weiteres Kriterium für die Auswahl der Einrichtung könnten *pädagogische Aspekte* herangezogen werden. Nach § 90d Abs 2 StPO sind die Arbeiten so auszugestalten, dass dadurch die Bereitschaft des Verdächtigen, für die Tat einzustehen, zum Ausdruck gebracht wird. Folglich muss derjenige, dem die Erbringung gemeinnütziger Leistungen auferlegt wird, in dieser Leistungserbringung auch betreut werden, damit er einen Reflexionspartner hat, der ihm den Zusammenhang von

Leistungserbringung und Tat immer wieder vermittelt. In der Praxis könnte diese Betreuung entweder von Mitarbeitern des Vereins für Bewährungshilfe und soziale Arbeit (VBSA), die für die Organisation gemeinnütziger Leistungen zuständig sind (§ 29b BewHG), übernommen werden, oder von den konkreten sozialen Einrichtungen, bei denen die gemeinnützigen Leistungen erbracht werden. Insofern wäre es sachlich gerechtfertigt, wenn die Leiter der Staatsanwaltschaften primär solche Einrichtungen für die Erbringung gemeinnütziger Leistungen auswählen, von denen die Betreuung der Probanden gleichsam als Gegenleistung für die Unentgeltlichkeit der zugeteilten Arbeitskraft übernommen werden kann.

### 4. „Infrastruktur“ für gemeinnützige Arbeit durch die neue Diversionsregelung

Durch die neuen Diversionsbestimmungen, mit denen auch für Erwachsene<sup>16</sup> die Einstellung eines Strafverfahrens von der Erbringung gemeinnütziger Leistungen abhängig gemacht werden kann (§§ 90d, e StPO), ist faktisch eine „Infrastruktur“ für im Strafverfahren angeordnete gemeinnützige Arbeiten entstanden. Die einzelnen Geschäftsstellen des VBSA haben auf Ersuchen der Staatsanwaltschaften die Organisation der Erbringung gemeinnütziger Leistungen übernommen und so ein funktionierendes System für ihre Durchführbarkeit geschaffen. Im Sprengel des Landesgerichts Linz beispielsweise, das schon bei der Einführung der Diversion für Jugendliche eine Vorreiterrolle gespielt hatte, wurden in den letzten Jahren gemeinnützige Leistungen in Krankenhäusern, beim Arbeiter-Samariterbund, in der Alten- und Behindertenbetreuung, bei sozialen Verkaufsstellen von Caritas bzw. Volkshilfe oder im Tierheim angeordnet. Beim Bezirksgericht Linz-Land als Jugend-Sondergericht betrug in den Jahren 1996 bis 1999 der Anteil gemeinnütziger Leistungen an allen Entscheidungen, die zur Einstellung des Verfahrens führten, durchschnittlich etwa

13 Nach den Materialien soll dadurch jeder die Möglichkeit haben, eine Erweiterung anzuregen oder Bedenken gegen die Gemeinnützigkeit einzelner Institutionen anzu-

bringen; Nr 1581 BlgNR XX. GP (EBRV-StPO-Novelle 1999) 24.

14 JABl 2000/1, 6.

15 Ähnlich für Deutschland *Feuerhelm*, NKp 1/1999, 24.

16 Für Jugendliche war dies bereits seit 1988 möglich (§§ 9, 19 JGG aF). Zur Praxis dieser Sanktionsalternative in Linz in den ersten Jahren nach ihrer Einführung siehe *Streines-*

*berger*, Linzer Auflagenmodell, ÖJZ 1994, 441.

40%<sup>17</sup>. Die oben angeführten organisatorischen Argumente gegen die gemeinnützige Arbeit als Sanktion im Rahmen des Strafrechts haben somit in Österreich keine Berechtigung mehr, sie sind mit dieser Praxis widerlegt.

**5. Gemeinnützige Leistungen als „Zwangsarbeit“**

Regelungen, die Arbeitsleistungen als Sanktionen vorsehen, befinden sich in einem Spannungsverhältnis zu grundrechtlichen Vorschriften (Art 4 MRK). Offenbar sind es Bilder von Arbeitslagern aus der jüngeren Geschichte, die hier für eine gewisse Sensibilität sorgen. Unter Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne der MRK ist jede Arbeit oder Dienstleistung zu verstehen, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat. Weiters darf die Arbeit nicht als disziplinierendes und diskriminierendes Instrument eingesetzt werden<sup>18</sup>.

Mit der Anordnung von gemeinnützigen Leistungen im Strafverfahren ist die Drohung verbunden, dass im Falle ihrer Nichterfüllung eine (andere) Sanktion gesetzt wird. Zwar verbietet sich aus unserer Kultur, dass ein Verurteilter mittels Gewalt zur Arbeitsleistung gezwungen wird, der für den Fall einer nicht erbrachten Arbeitsleistung im Raum stehende Vollzug einer Geld- oder Freiheitsstrafe ist aber ebenso eine Sanktionsandrohung, die es unmöglich macht, in der gerichtlich angeordneten Erbringung von gemeinnützigen Leistungen eine „zwangslose Arbeitsleistung“ zu sehen. Der Begriff der Zwangsarbeit ist daher auf den ersten Blick erfüllt.

Nach der oben angeführten Begriffsbestimmung sind unter Sanktionsandrohung auferlegte Arbeiten allerdings dann mit Art 4 MRK vereinbar, wenn sie *freiwillig* geleistet werden. Doch in der Qualität der Freiwilligkeit liegt ein Problem. Die Freiwilligkeit ist untrennbar mit der angedrohten Sanktion verbunden. Wenn die Leistung erbracht wird, um eine (aus der Sicht des Verurteilten strengere) Strafe oder um ein Strafverfahren mit einer drohenden

Vorstrafe zu vermeiden, ist der freie Wille eingeschränkt. Es stellt sich daher die Frage, welche Qualitätsanforderungen an die Freiwilligkeit zu stellen sind, um eine Vereinbarkeit mit dem Grundrecht des Art 4 MRK zu gewährleisten. In jedem Fall kann es „auf die mehr oder minder subtile Art, wie dieser Zwang formuliert ist“<sup>19</sup>, nicht ankommen. Entscheidend ist vielmehr, ob die mit der Anordnung verbundene zwangsweise Durchsetzung der Sanktion mit den Grundsätzen unseres modernen Rechtsstaates vereinbar ist. So wurde zutreffend bereits Mitte der Achtzigerjahre dem Vorwurf der „Zwangsarbeit“ mit dem Argument begegnet, dass trotz des „hinter der Tür stehenden Knüppels“ die Freiwilligkeit der Arbeitsleistung nicht in Frage gestellt zu werden braucht, wenn „der Verurteilte durch seine Bereitschaft, die gemeinnützige Arbeit zu leisten, legitimen staatlichen Zwang“ mildert<sup>20</sup>.

*5.1 Gemeinnützige Arbeit statt einer Ersatzfreiheitsstrafe*

Daraus folgt, dass die Anordnung von gemeinnützigen Leistungen im Zuge eines Strafverfahrens jedenfalls zulässig ist, wenn es sich dem *Verhältnismäßigkeitsgebot* entsprechend dabei um ein *gelinderes Mittel* als die in einem rechtsstaatlichen, fairen Verfahren angeordnete und zwangsweise durchsetzbare Freiheitsstrafe handelt. Diese Interpretation ergibt sich mittelbar auch aus Art 4 Abs 3 lit a MRK, worin der Begriff der Zwangs- und Pflichtarbeit dahingehend eingeschränkt wird, dass sowohl jene Arbeiten von Personen nicht darunter zu verstehen sind, die unter den in Art 5 MRK (Grundrecht auf Freiheit der Person) vorgesehenen Bedingungen in Haft gehalten werden, als auch die Arbeiten solcher Personen, die unter Setzung derartiger Auflagen bedingt freigelassen worden sind.

Unter Beachtung dieser Grundsätze kann weiters gefolgt werden, dass auch die Anordnung solcher Arbeiten, die einem verurteilten Straftäter von vornherein den Vollzug einer in einem rechtsstaatlichen fairen Verfahren (rechtskräftig) angeordneten Freiheitsstrafe ersparen, mit den Grundsätzen

des Art 4 MRK vereinbar sind. Muss gemäß Art 4 Abs 3 lit a MRK beispielsweise ein rechtskräftig zu einer unbedingten Geldstrafe Verurteilter im Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe angemessene Arbeit verrichten, so wird ihm, wenn für den Fall der Zahlungsunfähigkeit die Leistung von gemeinnütziger Arbeit in Freiheit als Ersatz für den Vollzug einer Freiheitsstrafe auferlegt wird, gleichsam als Vorwegnahme der im Strafvollzug „zulässigen Zwangsarbeit“ ein gelinderes Mittel auferlegt, weil er die Arbeit in Freiheit verrichten kann. Wird die ersatzweise auferlegte gemeinnützige Leistung nicht erbracht, kann kein schwereres Übel auferlegt werden als der Vollzug der bereits zulässigen Ersatzfreiheitsstrafe. Daher wäre die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit zur Verhinderung des Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe sogar ohne Zustimmung des Betroffenen mit den Grundsätzen des Art 4 MRK vereinbar. Da für das Gelingen dieses Sanktionsersatzes die Kooperationsbereitschaft des „Arbeitspflichtigen“ allerdings aus praktischen Gründen unabdingbar ist<sup>21</sup>, ist es nicht zuletzt auch aus Gründen der Prozessökonomie konsequent, die Anordnung der Arbeitsleistung von der Zustimmung des Betroffenen abhängig zu machen.

*5.2 Gemeinnützige Arbeit als Primärstrafe*

Anders ist die Argumentation für die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit als Primärsanktion. Hier gibt es noch keine in einem fairen Verfahren rechtskräftig angeordnete härtere Sanktion, an deren Stelle die gemeinnützige Arbeit selbst soll zum primären Strafübel werden. Für die Vereinbarkeit mit Art 4 MRK ist nun auf das Ausmaß der Sanktion abzustellen, mit der die Arbeitsleistung erzwungen werden soll. Besteht ein gesetzlich fixierter Umrechnungsschlüssel zu den anderen zulässigen Primärsanktionen wie Geld- und Freiheitsstrafe, so ist der Vollzug sämtlicher Primärsanktionen gegeneinander austauschbar. Folglich entspricht von vornherein die angeordnete ge-

17 Eine gleich hohe Akzeptanz hat die Anordnung gemeinnütziger Leistungen bei Jugendlichen auch in Deutschland,

vgl *Feuerhelm*, NKP 1/1999, 22.  
18 Vgl dazu *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 2. Auflage (1996) Art 4 Rz 4 f.

19 So mit Recht *Böhm*, ZRP 1998, 362.  
20 *Schall*, NSTZ 1985, 108.

21 Vgl dazu die treffenden Ausführungen von *Böhm*, ZRP 1998, 361.





meinnützige Arbeit einer bestimmten Ersatzgeld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe, die bereits als Primärstrafe hätte verhängt werden können. Wird die Arbeitsleistung nicht erbracht, so kann keine strengere (Ersatz)Sanktion vollzogen werden als eine solche, die im durchgeführten rechtsstaatlichen Verfahren aufgrund des gesetzlich fixierten Umrechnungsschlüssels auch als Primärstrafe festgelegt hätte werden können. Die Nichterbringung der angeordneten gemeinnützigen Leistung führt somit zu keiner Sanktionsverschärfung, sondern bloß zum Vollzug des sachlich gerechtfertigten Äquivalents. Insofern löst sich das Spannungsverhältnis zu Art 4 MRK auf.

### 5.3 Gemeinnützige Arbeit als Diversionsmaßnahme

Wiederum anders ist die Argumentation für gemeinnützige Leistungen im Zuge der Diversion. Zwar ist auch hier durch die Androhung, dass im Falle der Nichterbringung der angeordneten Leistung das Verfahren fortgesetzt wird, die Freiwilligkeit der Leistungserbringung eingeschränkt. Da in der angedrohten Folge, nämlich in der Weiterführung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, das möglicherweise mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe, und damit verbunden mit dem Stigma der „Vorstrafe“ endet, an sich noch keine Sanktion gesehen werden kann, fehlt es aber an dem für den Begriff der Zwangsarbeit konstitutiven Element. Aufgrund des Fortbestehens der Unschuldvermutung kann im fortgesetzten Strafverfahren nicht in die Grundrechte des Beschuldigten eingegriffen werden, um ihm ein Übel zuzufügen. Die mit der Fortsetzung des Strafverfahrens verbundene Belastung für den Beschuldigten ist daher bloß faktischer Natur und keine Belastung im Sinne einer Sanktion, die Voraussetzung dafür wäre, die Anordnung von gemeinnützigen Leistungen im Zuge der Diversion überhaupt unter den Begriff der Zwangsarbeit nach Art 4 MRK zu subsumieren. Wahrscheinlich findet sich auch deswegen weder in der Regierungsvorlage noch im Einführungsersatz irgendein

Hinweis auf Probleme, die sich zwischen der neuen Diversionsregelung und dem in Verfassungsrang stehenden Verbot von Zwangsarbeit entwickeln könnten<sup>22</sup>. Die Bedingung für die zulässige Anordnung gemeinnütziger Leistungen, dass sich der Verdächtige dazu ausdrücklich bereit erklärt hat (§ 90d Abs 1 StPO), ist ein Wesenselement des mit Diversionsmaßnahmen verbundenen *konsensualen Charakters*<sup>23</sup>. Die Zustimmung dient somit weder der Entkräftung des Arguments der Zwangsarbeit noch der Prozessökonomie, um vorab zu klären, ob die Leistung erbracht werden wird und dadurch im Endeffekt eine unnötige Hauptverhandlung verhindert werden kann.

## 6. Vorschläge für die konkrete Ausgestaltung von gemeinnütziger Arbeit

### 6.1 Ausmaß gemeinnütziger Leistungen bei der Diversion

Bei den Regelungen über die Anordnung von gemeinnützigen Leistungen muss zwischen den *inhaltlichen Kriterien* für das Ausmaß der Arbeitsleistung und der konkreten *Ausgestaltung des Vollzugs* dieses Sanktionsersatzes differenziert werden. Bei den neuen Diversionsbestimmungen ist dies nur sehr unzureichend geschehen. Dort wurden inhaltliche Elemente, die das Ausmaß von gemeinnützigen Leistungen betreffen, und solche des Vollzugs dieser „Quasi-Sanktion“ in den einzelnen Bestimmungen vermischt. Grundsätzlich finden sich die inhaltlichen Kriterien vorwiegend in § 90d StPO, die Vollzugsvorschriften in § 90e StPO. Allerdings sieht § 90e Abs 1 StPO als inhaltliches Kriterium auch vor, dass insgesamt maximal 240 Stunden gemeinnützige Leistungen angeordnet werden können, während § 90d Abs 1 StPO regelt, dass diese binnen sechs Monaten zu erbringen sind. Die weiteren Grenzen in § 90e Abs 1 StPO von maximal acht Stunden gemeinnütziger Leistungen pro Tag und maximal 40 Stunden pro Woche betreffen ausschließlich die Organisation.

Nach welchen Kriterien das konkrete Ausmaß der gemeinnützigen Leistungen zu finden ist, lassen die neuen

Diversionsbestimmungen offen. So fehlt es auch an Bestimmungen, die eine Relation von gemeinnütziger Arbeit und Geldstrafe festlegen, so dass aus den festgelegten Maxima von 180 Tagessätzen für die Geldbuße und 240 Stunden für gemeinnützige Leistungen kein Verhältnis beider Sanktionsalternativen zueinander gefunden werden kann. Die Bestimmung des § 90e Abs 1 StPO, dass maximal acht Stunden Arbeit pro Tag zulässig sind, betrifft den Vollzug von gemeinnützigen Leistungen und darf daher nicht in der Weise missverstanden werden, dass, wenn für dieses Delikt eine Geldbuße im Ausmaß von etwa 30 Tagessätzen schuldangemessen wäre,  $30 \times 8 = 240$  Stunden gemeinnützige Leistungen angeordnet werden müssen.

Nach § 90d Abs 2 StPO müssen gemeinnützige Leistungen in der Freizeit erbracht werden. Als Ausgangspunkt für den Begriff der Freizeit muss wohl die tägliche Norm-Arbeitszeit von acht Stunden gewählt werden. Berücksichtigt man die körperlich bedingten Erholungsphasen sowie die zur Haushaltsführung und Verpflegung unbedingt notwendig Zeit, so ist von einer täglichen Freizeit von etwa drei Stunden auszugehen. Wenn daher ein Vergleich mit einer Geldbuße möglich sein soll, so kann dieser maximal in der Gestalt erfolgen, dass *drei Stunden* gemeinnützige Leistungen in etwa einem Tagessatz Geldstrafe entsprechen.

Unsachlich wäre es, bei einer beschäftigungslosen oder teilzeitbeschäftigten Person von einem anderen Freizeitanteil auszugehen. Die Wendung in § 90e Abs 1 StPO, dass auf eine gleichzeitige Aus- und Fortbildung oder eine Berufstätigkeit des Verdächtigen Bedacht zu nehmen ist, betrifft lediglich die konkrete Erbringung der gemeinnützigen Leistungen. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine beschäftigungslose Personen mehr Freizeit hätte als eine vollzeitbeschäftigte Person, sind doch Zeiten für Jobsuche, eventuelle Weiterbildungen oder auch für die Haushaltsführung Verpflichtungen und keine „Freizeit“ im eigentlichen Sinn.

22 Die verfassungsrechtlichen Bedenken werden lediglich in Art 6 MRK gesehen, EBRV-StPO-Novelle 1999 (FN 13), 17.

23 Moos, Der Außergerichtliche Tauschgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionsersatz, JBl 1997, 337, 352 f. EBRV-StPO-Novelle 1999 (FN 13), 17.

### 6.2 Gemeinnützige Arbeit statt einer Ersatzfreiheitsstrafe

Die Bemessung von gemeinnützigen Leistungen als Ersatz für eine uneinbringliche Geldstrafe müsste völlig anders aussehen. Aus der Konstruktion dieses Sanktionersatzes für eine bereits vollstreckbare Freiheitsstrafe ergibt sich, dass die gemeinnützigen Leistungen nicht in der Freizeit zu erbringen ist, sondern dass vom Verurteilten verlangt werden kann, in dieser Zeit, die er ansonsten im Gefängnis absitzen müsste, unentgeltliche gemeinnützige Arbeit zu leisten und nicht seinem entgeltlichen Beruf nachzugehen.

Nach § 19 Abs 3 Satz 2 StGB entspricht ein Tag Ersatzfreiheitsstrafe zwei Tagessätzen Geldstrafe. Wäre daher eine Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen, so müsste der Verurteilte für zwei Tagessätze Geldstrafe einen Tag ins Gefängnis. Ausgehend von der täglichen Normarbeitszeit von acht Stunden wäre er somit daran gehindert, pro Tag vier Stunden entgeltliche Arbeit im normalen Erwerbsleben zu erbringen. Folglich können für einen Tagessatz Geldstrafe lediglich maximal vier Stunden gemeinnützige Arbeit verlangt werden. Berücksichtigt man anteilig Urlaubstage und gesetzliche Feiertage, so beträgt die durchschnittliche tatsächliche Arbeitszeit pro Kalendertag etwa 5,5 Stunden<sup>24</sup>. Folglich dürften für einen Tagessatz Geldstrafe maximal drei Stunden gemeinnützige Arbeit als Ersatz für den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe verlangt werden. Die Relation ist somit die selbe wie sie auch zwischen den diversionellen Maßnahmen Geldbuße und gemeinnützige Leistungen vorgeschlagen wurde.

### 6.3 Gemeinnützige Arbeit als Primärsanktion

Bei der Regelung des Ausmaßes von gemeinnütziger Arbeit als Primärsanktion wären demgegenüber wiederum andere Aspekte zu berücksichtigen. In diesem Fällen wäre die Erbringung von gemeinnützigen Leistungen gleichsam ein Ersatz für die primäre Geld- bzw Freiheitsstrafe mit der Maßgabe, dass diese Sanktionen an ihre Stelle treten,

wenn die angeordneten Leistungen nicht erbracht werden. Die gemeinnützige Arbeit verfolgt somit das Ziel, eine Freiheitsstrafe zu vermeiden und dadurch in geringerem Maße zu entsozialisieren. Da dies nur gewährleistet sein kann, wenn der bisherige Beruf des Verurteilten weiterhin ausgeübt werden kann, ist davon auszugehen, dass die gemeinnützigen Leistungen während der Freizeit zu erbringen sind. Folglich können sie, wie bereits bei gemeinnützigen Leistungen im Zuge der Diversion angeführt, maximal für drei Stunden pro Tag angeordnet werden. Dadurch würde im Übrigen auch die Kompatibilität mit den anderen Sanktionen gewahrt bleiben: Sechs Stunden gemeinnützige Arbeit entsprechen zwei Tagessätzen (Ersatz)Geldstrafe bzw einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe. Beim Vollzug dieser Ersatzsanktionen wäre der Verurteilte nicht schlechter gestellt, als wenn bereits in erster Instanz eine Geldstrafe ausgesprochen würde, die über die Ersatzfreiheitsstrafe zu vollziehen wäre. In sämtlichen genannten Fällen würden drei Stunden gemeinnützige Leistungen einem Tagessatz Geldstrafe entsprechen.

## 7. Abschließende kriminalpolitische Aspekte

### 7.1 Gemeinnützige Arbeit als Primärsanktion

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass aus rechtsdogmatischen Überlegungen grundsätzlich nichts gegen die Einführung von gemeinnütziger Arbeit als Primärsanktion spricht. Aus kriminalpolitischer Sicht ist allerdings zu bedenken, dass dadurch das Sanktionenrecht noch stärker aufgefächert werden würde. Die leichte Überschaubarkeit des Sanktionensystems ist nicht zuletzt wichtig, um ein zu starkes Auseinanderfallen der Strafenpraxis zu vermeiden. Da die kriminalpolitischen Versuche der letzten Jahre, durch neue sanktionsrechtliche Instrumente die regionale Strafenpraxis zu vereinheitlichen, gescheitert sind (Ost-West-Gefälle)<sup>25</sup>, und sich auch in der Anwendung der neuen Diversionsbestimmungen diese Tendenz widerspiegelt<sup>26</sup>, ist

es bis auf Weiteres aus kriminalpolitischer Sicht wohl nicht besonders tunlich, das geltende StGB durch eine neue Primärsanktionen zu erweitern. Dafür sollte erst die praktische Bewährung der entsprechenden Diversionsmaßnahme abgewartet werden. Vielmehr ist es wünschenswert, durch andere Maßnahmen wie etwa Fortbildungen der Entscheidungsträger oder durch verstärkte Transparenz der Entscheidungsfindung das regionale Sanktionsgefälle zu reduzieren.

### 7.2 Gemeinnützige Leistungen als Ersatzsanktion

Demgegenüber ist es an der Zeit, gemeinnützige Arbeit als Ersatz für eine uneinbringliche Geldstrafe einzuführen. Die angeführten strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Überlegungen lassen eine solche Erweiterung als angebracht erscheinen. Eine solche Reform des Sanktionenrechts würde zu mehr sozialer Gerechtigkeit beitragen, ist doch der Gedanke, dass ein Straftäter wegen seiner Mittellosigkeit ins Gefängnis muss, unerträglich. Aus prozessökonomischen Gründen und um wirklich jegliche Bedenken gegen Art 4 MRK auszuschalten, sollte die Erbringung von gemeinnützigen Leistungen auch in diesem Fall von der Zustimmung, bzw wie in Deutschland von einem Antrag des Betroffenen, abhängig gemacht werden. Die Möglichkeit des „Abarbeitens“ einer uneinbringlichen Geldstrafe hätte zudem den Nebeneffekt, dass die Gerichte nicht mehr dazu verleitet wären, bei der Strafzumessung wegen voraussichtlicher Uneinbringlichkeit der Geldstrafe und somit gleichsam „aus sozialen Erwägungen gegenüber dem Täter“ eine Primärfreiheitsstrafe zu verhängen<sup>27</sup>. Bei der Einführung der gemeinnützigen Arbeit als Primärsanktion in weiterer Zukunft könnte auch daran gedacht werden, dem Täter ein Wahlrecht zwischen dieser und der Geldstrafe einzuräumen.

*Dr. Alois Birklbauer ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Linz.*

<sup>24</sup> Vgl für die ähnlichen Arbeitszeitregelungen in Deutschland Schall, NStZ 1985, 110.

<sup>25</sup> Siehe für die durch das StRÄG 1987 eingeführte teilbedingte Straf-

nachsicht Birklbauer, Die teilbedingte Strafnachsicht. Ein Weg moderner Kriminalpolitik (1998) 140 ff, 181 ff.

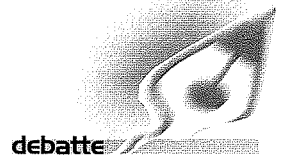
<sup>26</sup> Vgl Salzburger Nachrichten vom 29. 4. 2000, 7.

<sup>27</sup> Die Annahme, der Täter werde eine Geldstrafe voraussichtlich nicht bezahlen können, darf zwar nach hM kein Grund dafür sein, statt einer Geld- eine Freiheitsstrafe zu ver-

hängen, siehe nur Leukauf/Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Auflage (1991) § 37 Rz 12, die Praxis ist in zahlreichen Fällen jedoch eine andere.

# Zurückweisung nicht gesetzmäßig ausgeführter Nichtigkeitsbeschwerden

Eckart Ratz



Gerechtigkeit darf nicht nur geschehen, sie muss auch anschaulich werden – gewiss.

Öffentliche Verhandlungen sind in hervorragender Weise geeignet, die Tätigkeit der Gerichte zu kontrollieren – nochmals gut. Und selbstverständlich: *Judex non calculat*; die Kosten eines Gerichtstages dürfen keine Rolle spielen.

Andererseits ist auch nach der Rsp des EGMR eine öffentliche Verhandlung in zweiter Tatsacheninstanz entbehrlich, wenn der Fall ohne Beeinträchtigung des Prinzips eines fairen Verfahrens nach der Aktenlage entschieden werden kann und in erster Instanz eine Verhandlung durchgeführt wurde. Erst recht ist sie entbehrlich, wenn die Prüfungskompetenz des Rechtsmittelgerichtes auf Rechtsfragen beschränkt ist und es die Annahme eines Rechtsmittels verweigert oder die vom Rechtsmittelwerber erhobenen rechtlichen Rügen als unbegründet verwirft<sup>1</sup>. Grundrechtskonform sind die §§ 285d, 344 zweiter und dritter Satz StPO, die es dem OGH ermöglichen, Nichtigkeitsbeschwerden gegebenenfalls schon in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen, mithin allemal und es bedarf keiner Nachforschungen darüber, in welchem Umfang diese oder gleichartige Vorläuferbe-

stimmungen im Zeitpunkt der Abgabe des österreichischen Vorbehaltes zu Art 6 MRK schon in Geltung standen.<sup>2</sup> Zwar ist neben dem Berichterstatter auch der Generalprokurator befugt, auf nichtöffentliche Beschlussfassung anzutragen (§ 285c Abs 1 StPO). In der Praxis übt der Generalprokurator dieses Recht aber nicht aus. Für § 285e StPO, den Fall der nichtöffentlichen kassatorischen Erledigung zum Vorteil des Angeklagten, stellt sich das Problem gar nicht.<sup>3</sup>

Abgesehen von den vollends unproblematischen Fällen verspäteter Anmeldung, fehlender Rechtsmittellegitimation, (auch nach Verbesserungsauftrag noch) fehlender Verteidigerunterschrift und bereits in einem früheren Rechtsgang erfolgter Erledigung<sup>4</sup> sieht § 285d Abs 1 StPO nichtöffentliche Zurückweisung einer Nichtigkeitsbeschwerde nur *mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung* eines Nichtigkeitsgrundes (Z 1)<sup>5</sup> und dann vor, wenn der erkennende Senat einstimmig erachtet, dass die Beschwerde, ohne dass es einer weiteren Erörterung bedarf, als offenbar unbegründet zu *verwerfen* sei (Z 2).

Eine Entscheidung nach Z 2 ist *meritorischer* Natur. Sie bedarf der Einstimmigkeit, ist auf die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 Z 1 bis 8 und 11 im

schöffengerichtlichen bzw jene der Z 1 bis 5, 10a und 13 des § 345 Abs 1 StPO im geschworenengerichtlichen Verfahren und auch insoweit auf *offenbar* (inhaltlich) *unbegründetes* Rechtsmittelvorbringen beschränkt. Rechts- und Subsumtionsrüge, im geschworenengerichtlichen Verfahren ferner Fragestellung, Rechtsbelehrung, formale Mängel des Wahrspruchs und das Erfordernis eines Auftrags zu dessen Verbesserung, dürfen *inhaltlich* nur im Gerichtstag geprüft werden.<sup>6</sup> Nichtöffentliche Erledigung einer Rechts- oder Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a bis c und Z 10, § 345 Abs 1 Z 11 lit a und b sowie Z 12 StPO) und in den Fällen der Z 6 bis 10 des § 345 Abs 1 StPO erfolgt *niemals* in merito, also als *inhaltliche* Stellungnahme zur Berechtigung des Rechtsmittelvorbringens und somit nach Z 2, vielmehr *ausschließlich* mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung eines dieser Nichtigkeitsgründe nach Z 1 des § 285d Abs 1 StPO.

Der OGH sagte in diesen Fällen früher, die Beschwerde sei nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt, eine Formulierung, die in letzter Zeit zurückhalten den Umschreibungen gewichen ist. Man spricht jetzt zumeist von mangelnder Orientierung am Verfahrensrecht, fehlender Ausrichtung an der

<sup>1</sup> Peukert in Frowein/Peukert EMRK-Kommentar<sup>2</sup> Art 6 Rz 118.

<sup>2</sup> JBl 1996, 240 (EGMR vom 26. 4. 1995, 52/1993/447/526, Serie A/312, Fischer gg Österreich).

<sup>3</sup> Der OGH kann, ohne dass es in Hinsicht auf materielle Nichtigkeitsgründe einer Analogie bedürfte (so aber Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>5</sup> Rz 913), sämtliche Nichtigkeitsgründe zugunsten des Angeklagten auch in nichtöffentlicher Sitzung wahrnehmen (§ 285e StPO).

§ 285d Abs 2 StPO spricht nur Erledigungen im Gerichtstag an.

<sup>4</sup> § 285d Abs 1 Z 1 (§ 285a Z 1 und 3) StPO; für den Fall der Erledigung lässt § 293 Abs 4 StPO keine Nichtigkeitsbeschwerde mehr zu.

<sup>5</sup> Auch der Nichtigkeitsgrund nach § 281a StPO, dass nämlich der Gerichtshof zweiter Instanz, der die Versetzung in den Anklagestand ausgesprochen hat, nicht zuständig war, kann in nichtöffentlicher Sitzung nach § 285d Abs 1 Z 2 StPO

meritorisch erledigt werden (§ 285h StPO).

<sup>6</sup> Die Ansicht von Bertel/Venier (Strafprozessrecht<sup>6</sup> Rz 912), deren Ähnlichkeit zur Sanktionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 11, § 345 Abs 1 Z 13 StPO) lege analoge Ausdehnung des § 285d Abs 1 Z 2 StPO und damit die Berechtigung zu *meritorischer* Zurückweisung einer Beschwerde gegen die Verweigerung diversioneller Erledigung nahe, kann ich nicht teilen, weil es mir schwer fällt, anzuneh-

men, der Gesetzgeber habe den Nichtigkeitsgrund (§ 281 Abs 1 Z 10a, § 345 Abs 1 Z 12a StPO) sowohl in § 285d Abs 1 Z 2, als auch – konsequent – in § 344 dritter Satz StPO nicht erwähnt, zugleich aber eine nichtöffentliche kassatorische Entscheidung *zugunsten* des Angeklagten durch Anfügen eines zweiten Satzes in § 285e StPO ausdrücklich gestattet. Ob sinnvoll oder nicht, so hat es doch Methode (vgl auch EBRV zur StPONov 1999, 30).



Prozessordnung etc. Denn in den Fällen des § 285d Abs 1 Z 1 StPO erhält der Beschwerdeführer niemals eine inhaltliche Antwort, wird niemals über Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Nichtigkeitsgrundes, mit anderen Worten über die Berechtigung der Rüge entschieden. Vielmehr geht es stets nur darum, dass das in der Beschwerde Vorgebrachte den Kriterien keines der Nichtigkeitsgründe der §§ 281 f, 345 StPO entspricht, sei es, dass für den OGH überhaupt nicht erkennbar ist, was der Beschwerdeführer meint, sei es, dass er zwar unmissverständlich das Vorliegen eines bestimmten Nichtigkeitsgrundes behauptet, dessen Voraussetzungen aber verkennt.

Zweifelhaft kann die Befugnis zu nichtöffentlicher Zurückweisung nur im zweiten Fall sein. So hatten Lohsing/Serini<sup>7</sup> gemeint, die Praxis des OGH, „Nichtigkeitsbeschwerden als ‚nicht dem Gesetze gemäß ausgeführt‘ (also aus einem im Gesetze gar nicht erwähnten Grund) zurückzuweisen“, entspreche nicht dem § 285a Z 2 StPO, auf welchen § 285d Abs 1 Z 1 StPO verweist. Das Prozessrecht verlange nur die ausdrückliche oder doch deutliche Hinweisung auf den Tatumstand, der den Nichtigkeitsgrund bilden „soll“, nicht, der ihn auch wirklich bildet. Der auf einen so zu bezeichnenden Tatumstand bezogene Relativsatz drückt jedoch nichts Gegebenes, sondern die Vorstellung des Beschwerdeführers aus. Wie könnte auch vor Prüfung durch den OGH gesagt werden, dass ein – wenngleich deutlich und bestimmt bezeichneter – Tatumstand einen Nichtigkeitsgrund auch tatsächlich bildet? Die Kritik wird, so gesehen, zu Recht von keinem der neueren Lehrbücher zum österreichischen Strafverfahrensrecht übernommen.

§ 285a Z 2 StPO spricht ganz konkret zwei zu nichtöffentlicher Zurückweisung berechtigende Mängel einer Nichtigkeitsbeschwerde an, nämlich einerseits in Hinsicht auf die prozessualen Kriterien, nach denen die Frage der Nichtigkeit des angefochtenen Urteils zu beurteilen ist und andererseits in Hinsicht auf ein tatsächliches Vorbringen, das diesen prozessualen Kriterien entspricht. Bloß verfehlte gesetzliche

Benennung eines Nichtigkeitsgrundes schadet demgegenüber nicht.<sup>8</sup> Es geht also darum, dass deutlich und bestimmt ein Sachverhalt behauptet wird, der den Prüfungskriterien eines ebenso bezeichneten Nichtigkeitsgrundes entspricht. Werden diese verfehlt, kann gar keine Prüfung des Vorbringens erfolgen – das Vorbringen ist für eine Prüfung anhand der gesetzlichen Kriterien nicht geeignet. Ob das Vorbringen nach *anderen* als den Maßstäben der §§ 281 f, 345 StPO berechtigt ist, muss dahinstehen.

So könnte ein Konkurrent, der sich gegen die Siegerkür eines Hundertmeterlaufs mit dem Argument beschwert, er sei wesentlich besser gebaut, nicht erwarten, dass das Schiedsgericht daraufhin seinen Körperbau mit jenem des Schnellsten vergleicht und über die Richtigkeit des Vorbringens entscheidet. Bringt der Staatsanwalt gegen einen Freispruch vor, es sei der entlassenden Aussage eines Alibizeugen gefolgt worden, obwohl diese im Widerspruch zu einer Reihe anderer Deponate stehe, so mag das durchaus geeignet sein, an der Richtigkeit der Entscheidung zu zweifeln. Ein Widerspruch im Sinn des § 281 Abs 1 Z 5 StPO, dass also der Ausspruch des Gerichtes über entscheidende Tatsachen *mit sich selbst* im Widerspruch stehe oder der Inhalt einer Urkunde oder eines Aussageprotokolls in den Entscheidungsgründen unrichtig wiedergegeben worden sei, wird damit aber nicht behauptet. Eine im Gesetz vorgesehene Mängelrüge liegt also in Wahrheit gar nicht vor. Die Zurückweisung erfolgt denn auch nicht als inhaltliche Antwort nach Z 2 des § 285d Abs 1 StPO, vielmehr aus bloß formalen Gründen nach Z 1.

Häufig kommt es vor, dass aus Z 5 oder 5a des § 281 Abs 1 StPO eine tatsächliche Urteilsannahme bekämpft wird, die für den Schuldspruch oder die rechtliche Unterstellung der Tat bedeutungslos ist. Nur in diesem Sinn entscheidende Tatsachen jedoch können mit Mängel- oder Tatsachenrüge bekämpft werden. Richtet sich der Rechtsmittelwerber etwa gegen die Urteilsannahme, die Tat sei wohl überlegt geschehen, wird bloß eine Strafzumessungstatsache angesprochen: Män-

gel- sowie Tatsachenrüge gehen ins Leere. Eine inhaltliche Stellungnahme, ob der Täter nicht vielleicht doch nur aus Unbesonnenheit gehandelt hat, wäre sinnlos. Die Erledigung dem Gerichtstag vorzubehalten, hieße, ein unsinniges Zeremoniell ablaufen zu lassen. Über das schriftliche Rechtsmittelvorbringen hinausgehender Argumentation steht bekanntlich das Neuerungsverbot entgegen.

Nicht anders ist die Situation mit Bezug auf diejenigen Nichtigkeitsgründe, bei denen § 285d Abs 1 Z 2 StPO eine *inhaltlich* abschlägige Antwort in nichtöffentlicher Sitzung *nicht* erlaubt. Wozu auch sollte der OGH *inhaltlich* zu der aus § 281 Abs 1 Z 10 StPO vorgebrachten Kritik des Staatsanwaltes Stellung nehmen, der Angeklagte hätte – neben anderen Delikten – in einem Fall nicht bloß der Körperverletzung, vielmehr nach § 84 Abs 1 StGB schuldig erkannt werden müssen, weil das Urteil die Feststellung enthalte, er habe bei Begehung der Tat damit rechnen können, dass das Opfer ihretwegen über 24 Tage am Klavierspielen gehindert sein würde; es sei denn, die Beschwerde beriefe sich zugleich auf Verfahrensergebnisse, welche eine (bejahende) Stellungnahme zur Frage erforderten hätten, ob der Verletzte sich dadurch seinen Lebensunterhalt verdient.

Zwar fallen die Dinge nicht jedes Mal so offen in die Augen; auf „offenbar“ prozessordnungswidrig jedoch stellt das Gesetz in § 285d Abs 1 Z 1, im Gegensatz zu den Fällen der Z 2, nicht ab. Und das völlig zu Recht: Werden die Prüfungskriterien der Nichtigkeitsgründe nicht angesprochen, macht es nämlich keinen Sinn, sich mit den Beschwerdeargumenten feierlich in öffentlicher Verhandlung auseinander zu setzen. Richtet sich etwa die Beschwerde – ohne auf tatsächliches Vorbringen in der Hauptverhandlung Bezug zu nehmen<sup>9</sup> – gegen die Verweigerung einer Eventualfrage nach Beitrags- statt unmittelbarer Täterschaft mit dem Argument, das Substrat der beantworteten Hauptfrage lasse füglich nur eine derartige rechtliche Beurteilung zu, so ist die Fragenrüge (§ 345 Abs 1 Z 6 StPO) nicht am Verfahrens-

7 Österreichisches Strafprozessrecht<sup>4</sup> 562.

8 § 285a Z 2 StPO e contrario; vgl. ausdrücklich § 467 Abs 2 zweiter Satz StPO.

9 Was aber unabdingbare Voraussetzung für die Stellung einer Eventualfrage wäre (vgl. § 314 Abs 1 StPO).

recht ausgerichtet. Weil darüber hinaus die *rechtliche* Einordnung als Beitrags- anstelle unmittelbarer Täterschaft wegen der Gleichwertigkeit der Täterschaftsformen für den Schuldspruch<sup>10</sup> nichts austrägt, ist das Vorbringen auch aus dem Gesichtspunkt einer Subsumtionsrüge (§ 345 Abs 1 Z 12 StPO) belanglos.<sup>11</sup> Im Gerichtstag könnte keine andere Entscheidung getroffen werden. Eine öffentliche Verhandlung verkäme zum Rechtstheater, weil jedes Argumentieren müßig wäre.

Das gilt auch für den Fall, dass eine rechtliche Behauptung nicht nach den Regeln folgerichtigen Denkens – und demnach *gar nicht* – aus dem Gesetz abgeleitet wird.<sup>12</sup> Denn so wird der von der StPO<sup>13</sup> geforderte Vergleich der festgestellten Tatsachen mit dem darauf angewendeten Strafgesetz verfehlt. Nur nach diesem Kriterium aber kann die (Schuld-)Frage beantwortet werden, ob und nach welchem Gesetz sich der Täter strafbar gemacht hat. Was sollte eine öffentliche Verhandlung daran ändern?<sup>14</sup> Wollte man einen Sinn in der fortbestehenden Gelegenheit zur Anregung amtswegiger Wahrnehmung eines materiellen Nichtigkeitsgrundes sehen, müsste aus Gleichheitsgründen auch eine verspätet angemeldete oder ausgeführte Nichtigkeitsbeschwerde stets öffentlich erledigt werden. Dass ein Rechtsmittelwerber, der die rechtzeitige Geltendmachung eines materiellen Nichtigkeitsgrundes verfehlt, dem OGH, ohne solcherart ein Parteienrecht auszuüben, bei der amtswegigen Überprüfung nach § 290 Abs 1

StPO eine große Hilfe sein wird, darf jedoch ernsthaft bezweifelt werden.

Übrigens: Selbst Arbeitersparnis für den Berichtstatter des OGH bedeutet nichtöffentliche Erledigung nach § 285d Abs 1 Z 1 StPO nicht unbedingt. Übersendet er den Akt nämlich der Generalprokuratur mit dem Bemerkten, einen Antrag auf Beschlussfassung in nichtöffentlicher Sitzung in Aussicht zu nehmen<sup>15</sup> und bejaht auch diese die Möglichkeit zu nichtöffentlicher Erledigung, so beschränkt sich deren Stellungnahme auf den Satz, die Nichtigkeitsbeschwerde eigne sich nach Ansicht der Generalprokuratur für eine Beschlussfassung nach § 285d oder § 285e StPO. Bei in Aussicht genommener öffentlicher Verhandlung wird stattdessen ein als Entscheidungsentwurf angelegtes sog Croquis erstattet.<sup>16</sup> Ein solches wird sonst nur dann übermittelt, wenn die Nichtigkeitsbeschwerde einer Staatsanwaltschaft zurückgewiesen werden soll.

Hält man die beiden gänzlich verschiedenen Zurückweisungsvarianten des § 285d Abs 1 StPO nicht strikt auseinander, kann allerdings der Eindruck entstehen, der OGH hätte sich „auf einem Umweg“ herausgenommen, bereits in nichtöffentlicher Sitzung den *Inhalt* einer den Anfechtungserfordernissen des Nichtigkeitsgrundes entsprechenden Rechts- oder Subsumtionsrüge als „abwegig“ zu beurteilen.<sup>17</sup> Das stünde ihm in der Tat nicht zu. Hier liegt auch offenbar die Ursache mancher Missverständnisse darüber, in welchem Umfang nichtöffentliche Erle-

digung gestattet sein soll. Der OGH selbst ist daran nicht ohne Anteil: Um den Verfasser der Rechtsmittelschrift keinen Missshelligkeiten auszusetzen, wird häufig statt roher Offenlegung der Tatsache, dass die Beschwerde *nach Z 1* den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprach, als Ergebnis der meist eingehenden Entscheidungsbeurteilung in sinniger Allgemeinheit nur auf § 285d Abs 1 StPO hingewiesen.

Dr. Eckart Ratz ist Hofrat des Obersten Gerichtshofes.

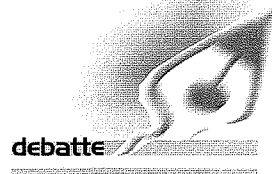
10 § 260 Abs 1 Z 1 und 2 StPO; vgl aber – als Gegenstand der Berufung – § 34 Abs 1 Z 6 StGB.  
11 Vgl EvBl 1999/134.  
12 EvBl 1998/130.  
13 Für Rechts- und Subsumtionsrügen (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a bis c und

Z 10, § 345 Abs 1 Z 11 lit a [während lit b nur auf Gründe des Prozessrechts abstellt] sowie Z 12 StPO).  
14 Auch Bertel/Venier (Strafprozessrecht<sup>6</sup> Rz 912) stimmen hier im Ergebnis zu.  
15 Vgl § 60 Abs 4 OGH-Geo.

16 Vgl die Amtsverfügung des Generalprokurators vom 21. April 1980, Jv 86/80 idGF.  
17 So Bertel/Venier Strafprozessrecht<sup>6</sup> Rz 911 f.

# Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 285d StPO

Stefan Seiler



Unter Hinweis auf die Verfahrensökonomie sieht sich der Gesetzgeber immer wieder veranlasst, Regelungen zu schaffen, welche der Arbeitserleichterung dienlich sind und eine raschere Verfahrensbeendigung ermöglichen sollen. Ob beim Obersten Gerichtshof die Arbeitsüberlastung eine solche zwingende Notwendigkeit schafft, sei an dieser Stelle dahingestellt. Vielmehr gilt es zu untersuchen, in wie weit nicht auch die Glaubwürdigkeit des Rechtsstaates und das Vertrauen, welches die Rechtsunterworfenen darin haben sollten, durch derartige gesetzliche Regelungen – „legitimerweise“ – Schaden leiden kann.

§ 285d<sup>1</sup> erlaubt es, bei zwei zu unterscheidenden Fallkonstellationen eine Nichtigkeitsbeschwerde sofort in nichtöffentlicher Beratung zurückzuweisen. Der OGH erspart sich dadurch das aufwendige und „unsinnige Zeremoniell“<sup>2</sup> eines öffentlichen Gerichtstages. Bei der Beurteilung, ob und für wen das Zeremoniell eines Gerichtstages sinnvoll oder unsinnig ist, wird zwischen Volksöffentlichkeit und Parteiöffentlichkeit zu differenzieren sein:

Dem Öffentlichkeitsprinzip in Zivil- und Strafrechtssachen wird durch Art 90 Abs 1 B-VG der herausragende Stellenwert einer Verfassungsbestimmung eingeräumt. De facto wirkt sich der durch § 285d bewirkte Ausschluss der Volksöffentlichkeit bei der Entscheidungsfindung vor Höchstgerichten in der Praxis kaum aus. Das Volk soll als Kontrollinstanz und dem Schutz vor missbräuchlichen Vorgangsweisen der Gerichte dienen. Zweifellos können juristische Laien nur selten beurteilen, ob ein Gericht rechtlich richtig ent-

scheidet und das Verfahren einen prozessordnungsmäßig korrekten Ablauf findet. Der juristische Laie kann jedoch sehr wohl einen Eindruck davon gewinnen, wie weit das Gericht gewillt ist, sich mit dem Vorbringen der Parteien in Form einer fairen Verfahrensführung auseinander zu setzen. Auch der juristische Laie wird es merken, wenn das Gericht Voreingenommenheiten zeigt und das Verfahren zur reinen Farce verkommt, weil das Urteil schon längst vor der Verhandlung feststeht. Unter diesem Aspekt ist die Anwesenheit des juristischen Laien eine wichtige Kontrollenrichtung, in erster Linie bei den erstinstanzlichen Verhandlungen, aber auch bei Verhandlungen vor den Rechtsmittelgerichten. Sieht man von medienwirksamen Prozessen ab, wird in der Praxis nur wenig Gebrauch von der öffentlichen Zugänglichkeit von Verhandlungen gemacht. Dennoch käme wohl niemand auf die Idee, zB aus verfahrensökonomischen Gründen für einen grundsätzlichen Ausschluss der Öffentlichkeit bei bezirksgerichtlichen Verfahren zu plädieren. Dies nicht, weil die Kosten eines Gerichtstages keine Rolle spielen dürfen, sondern weil zu fragen sein wird, was „kostet“ der Ausschluss der Öffentlichkeit. Die Kostenfrage sollte im Bereich der Justiz sekundär sein. Man denke nur zurück an medienwirksame Großprozesse der letzten Jahre. Auf die Kosten wurde dabei nicht geachtet, das Vertrauen in den Rechtsstaat hat dabei unbezahlbar gewonnen. Das unwohle Empfinden, welches mit jedem Ausschluss der Öffentlichkeit einhergeht und dem Misstrauen gegenüber der Justiz Nahrung gibt, wird auch nichtöffentliche

höchstgerichtliche Verhandlungen begleiten. Entscheidend ist in einem Rechtsstaat weniger, ob gesetzliche Möglichkeiten in Anspruch genommen werden, sondern vielmehr, ob sie überhaupt bestehen.

Was für den nicht betroffenen Zuschauer gilt, hat natürlich in verstärktem Maße für die Parteien Gültigkeit. Gerichtliche Entscheidungen, welche unter Ausschluss der Parteiöffentlichkeit gefunden werden, erwecken gerade beim Beschuldigten den Eindruck, das Gericht sei nicht einmal gewillt gewesen, sich mit seinen tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen auseinander zu setzen. Es findet eben keine Verhandlung, sondern nur eine „nicht-öffentliche Beratung“ statt. Bestimmungen, welche wie § 285d eine Entscheidungsfindung in nichtöffentlicher Sitzung ermöglichen, ist daher grundsätzlich mit Skepsis zu begegnen:

Zum einen, weil, wie noch zu zeigen sein wird, durch den Ausschluss der Parteiöffentlichkeit grundlegende Interessen des Beschuldigten beeinträchtigt werden. Zum anderen, weil durch die Volksöffentlichkeit, auch wenn von ihr de facto wenig Gebrauch gemacht wird, die Justiz ihr rechtsstaatliches Vorgehen nach außen hin dokumentiert.

§ 285d differenziert zwischen mehreren Fallkonstellationen. Unproblematisch erscheint die Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung, wenn diese bereits von der I. Instanz zurückgewiesen hätte werden müssen, weil sie zu spät oder von einer nicht berechtigten Person eingebracht wurde oder die Unter-

<sup>1</sup> Alle zitierten Gesetzesbestimmungen sind, soweit nicht anders

angegeben, Bestimmungen der StPO.

<sup>2</sup> Ratz Juridikum 3/00, 147.

schrift des Verteidigers fehlte (§ 285a Z 1 u 3). Gleiches gilt, wenn der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund bereits durch eine in derselben Sache ergangene Entscheidung des OGH beseitigt worden ist (§ 285d Abs 1 Z 1), denn unter diesen Voraussetzungen hätte gar keine NB erhoben werden dürfen (§ 293 Abs 4). Eine solche Fallkonstellation liegt vor, wenn die Rechtssache bereits einmal beim OGH war, das Ersturteil aufgehoben und die Sache zur neuerlichen Verhandlung an die I. Instanz zurückverwiesen worden ist und der OGH im Aufhebungsbeschluss seine Rechtsansicht bereits kundgetan hatte. Hier wäre es sinnlos, wegen derselben Frage noch einmal den OGH zu befragen, weil das Erstgericht ohnedies an die kundgegebene Ansicht des OGH gebunden war (§ 293 Abs 2)<sup>3</sup>.

Eine Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung zurückweisen zu dürfen, weil der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund nicht deutlich und bestimmt bezeichnet oder der Tatumstand, der den Nichtigkeitsgrund bilden soll, nicht ausdrücklich oder durch deutlichen Hinweis angeführt worden ist (§ 285a Z 2 iVm § 285d Abs 1 Z 1), erweist sich hingegen als bedenklich. Wann die Ausführung einer Nichtigkeitsbeschwerde diesen Anforderungen hinreichend entspricht, unterliegt weitgehend dem Ermessen des Gerichtes. Der Nichtigkeitsgrund muss vom Beschwerdeführer inhaltlich bezeichnet werden. Es muss dargelegt werden, durch welchen Vorgang die Nichtigkeit entstanden ist<sup>4</sup>. Dies kann zB in der Weise erfolgen, dass auf den Sachverhalt hingewiesen wird, auf den ein falsches Gesetz angewendet oder die Feststellungen angeführt werden, welche offenbar unzureichend begründet worden sind. Allein die inhaltliche Umschreibung des Nichtigkeitsgrundes ist maßgebend. Erfolgt die Nennung einer falschen Ziffer des § 281, wird aber inhaltlich ausreichend deutlich gemacht, wodurch die Nichtigkeit zustande kam, ist die Nichtigkeitsbeschwerde dennoch als korrekt ausgeführt anzusehen<sup>5</sup>. Andererseits genügt es nicht, wenn zwar der Nichtigkeitsgrund zahlenmäßig richtig genannt

worden ist, jedoch ein genauer inhaltlicher Hinweis auf diesen fehlt<sup>6</sup>. Unter einer deutlichen und bestimmten Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes iS des § 285a Z 2 ist demnach, herrschender Judikatur folgend, jedenfalls nicht bloß eine klare und unmissverständliche Nennung der Ziffer des § 281 oder § 345 gemeint. Dies wäre zu wenig<sup>7</sup>. Bei der verlangten deutlichen inhaltlichen Bezeichnung des Nichtigkeitsgrundes bzw der Darlegung des Umstandes, durch den die Nichtigkeit entstanden ist, können zwangsläufig Ausdrucksschwächen auf der einen Seite Verständnisschwächen auf der anderen Seite gegenüberstehen. Der Versuch einer Aufklärung im Zuge einer Auseinandersetzung mit der rechtsmittelwerbenden Partei wird sich in diesem Punkt vielfach als unumgänglich erweisen. Eine Zurückweisung in nichtöffentlicher Sitzung, nur weil der eine nicht versteht, was der andere meint, wird im Beschwerdeführer immer den resignierenden Eindruck hinterlassen, dass das Gericht aufgrund des Ermessens, welches ihm hinsichtlich der Anforderungen an die Formulierung einer Nichtigkeitsbeschwerde zukommt, in „Arbeitsvermeidungsstrategie“ nicht einmal gewillt war, sich mit seiner Argumentation auseinander zu setzen. Kein Rechtsmittelwerber wird bewusst eine unklare Ausführung seiner Nichtigkeitsbeschwerde einbringen, mit der er nicht darauf hoffen könnte, das Gericht von seinem Standpunkt zu überzeugen. Jeder Rechtsmittelwerber wird wohl eher auf die Überzeugungskraft seiner „stichhaltigen“ und „klar verständlichen“ Argumentation vertrauen und erwarten, dass sich das Rechtsmittelgericht inhaltlich mit seinem Vorbringen befasst.

Das Gesetz erlaubt dem OGH weiters, eine Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet bereits in nichtöffentlicher Sitzung zu verwerfen, wenn die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 Z 1–8 und Z 11 bzw § 345 Abs 1 Z 1–5, 10a und Z 13 geltend gemacht worden sind und der OGH einstimmig der Ansicht ist, dass die geltend gemachten Mängel offensichtlich nicht vorliegen

(§ 285d Abs 1 Z 2 bzw § 344). Ob eine Beschwerde als offenbar unbegründet zu verwerfen ist, ist eine Entscheidung meritorischer Natur. Sich unter Berufung auf § 285d Abs 1 Z 2 einen öffentlichen Gerichtstag zu ersparen, erweist sich daher als noch problematischer als im bereits genannten Fall des § 285d Abs 1 Z 1. § 285d Abs 1 Z 2 nimmt eine Einschränkung auf bestimmte Nichtigkeitsgründe vor. Über Rechts- oder Subsumtionsrügen (§ 281 Abs 1 Z 9 u 10, § 345 Abs 1 Z 11 u 12) und in den Fällen des § 345 Abs 1 Z 6–10 dürfte niemals in merito in einer nichtöffentlichen Sitzung entschieden werden. Sehr wohl aber darf die Beschwerde in diesen Fällen mangels deutlicher und bestimmter Bezeichnung dieser Nichtigkeitsgründe nach § 285d Abs 1 Z 1 iVm § 285a Z 2 verworfen werden<sup>8</sup>. Gerade dies bestätigt die geäußerten Bedenken gegen das Zurückweisen einer Nichtigkeitsbeschwerde in nichtöffentlicher Sitzung, wenn dem Rechtsmittelgericht die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe als nicht hinreichend deutlich und bestimmt bezeichnet erscheinen (§ 285d Abs 1 Z 1 iVm § 285a Z 2). Die Möglichkeit eines „verfahrensökonomischen“ Ausweichens auf § 285d Abs 1 Z 1 iVm § 285a Z 2, wenn das Rechtsmittelgericht die Beschwerdeargumentation als „nicht überzeugend“ und damit einer öffentlichen Auseinandersetzung nicht Wert findet, müsste jedenfalls unterbunden werden. Der OGH wählt eben, wie *Bertel/Venier*<sup>9</sup> treffend formulieren, vielfach einen „Umweg“, indem die Nichtigkeitsbeschwerde mit dem lapidaren Hinweis verworfen wird, dass der Beschwerdeführer von den Feststellungen des Erstgerichtes abweicht und den Nichtigkeitsgrund „nicht prozessordnungsgemäß“ ausführt. Das Ermessen, welches das Gericht hinsichtlich der Anforderungen an eine Nichtigkeitsbeschwerde üben kann, ermöglicht dies leider allzu leicht.

Abgesehen von einer solchen Ausweichstrategie im Dienste der Verfahrensökonomie, erweist sich auch ein Zurückweisen der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 285d Abs 1 Z 2 viel-

3 RZ 1973/123; *Seiler* Strafprozeßrecht<sup>4</sup>, Rz 1020.

4 SSt 48/86; SSt 51/35; EvBl 1981/144.

5 EvBl 1972/36; *Seiler* Strafprozeß-

recht<sup>4</sup>, Rz 1013.

6 ZVR 1981/144; SSt 48/86.

7 ZVR 1981/144.

8 Wohl bewusst streicht *Ratz* dies in

seinen Ausführungen deutlich heraus, *juridikum* 3/00, 146.

9 *Bertel/Venier* Strafprozessrecht<sup>6</sup>, Rz 912.

fach als bedenklich. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird sich bei den geltend gemachten Nichtigkeitsgründen § 281 Abs 1 Z 1–8 und Z 11 (§ 345 Abs 1 Z 1–5, 10a und Z 13) bereits in nichtöffentlicher Sitzung, ohne dass die Parteien ihre Auffassung auch mündlich darlegen und verdeutlichen konnten, ein Rechtsmittelvorbringen als „offenbar unbegründet“ qualifizieren lassen. Es sei hier auf § 281 Abs 1 Z 5 hingewiesen, der die unüberschaubare Bandbreite der Feststellungs- und Begründungsmängel eines Urteils erfassen soll und dem gerade im schöfengerichtlichen Verfahren mangels einer allgemeinen Bekämpfungsmöglichkeit der Beweiswürdigung eine überaus hohe Bedeutung zukommt. Feststellungs- und Begründungsmängel überzeugend aufzuzeigen erweist sich meist als heikles Unterfangen, soll die Rechtsmittelausführung nicht jenen Rahmen überschreiten, der auch noch „willig“ gelesen wird. Allzu rasch erscheint die prägnant kurze Rechtsmittelausführung dann als „offenbar unbegründetes“ Rechtsmittelvorbringen. Eine mündliche Verhandlung würde es dem Beschwerdeführer wesentlich erleichtern, sein Beschwerdevorbringen in jenen Punkten näher zu präzisieren, in denen es nach Meinung des Gerichtes „offenbar unbegründet“ erscheint. Rechts- und Subsumtionsmängel (§ 281 Abs 1 Z 9, 10), bei denen ein Zurückweisen nach § 285d Abs 1 Z 2 nicht erlaubt ist, lassen sich schriftlich meist viel einfacher und kürzer darlegen als ein Feststellungs- oder Begründungsmangel (§ 281 Abs 1 Z 5).

Als ähnlich problematisch erweist es sich, wenn der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 4 in nichtöffentlicher Sitzung nach § 285d Abs 1 Z 2 zurückgewiesen wird. Regelmäßig wird damit geltend gemacht, dass beantragte (Entlastungs)beweise trotz Antragstellung in der Hauptverhandlung nicht aufgenommen worden sind. Ein derartiges Beschwerdevorbringen aus verfahrensökonomischen Gründen in nichtöffentlicher Sitzung als „offenbar unbegründet“ zurückzuweisen, wird beim Beschwerdeführer vor allem dann das Vertrauen in den Rechtsstaat schwin-

den lassen, wenn sein Beweisantrag bereits in der Hauptverhandlung aus „verfahrensökonomischen“ Gründen ohne nähere Begründung wegen „offenbarer Unerheblichkeit“ abgelehnt wurde.

Die verfahrensökonomische Notwendigkeit, Nichtigkeitsbeschwerden auch in nichtöffentlicher Sitzung zurückweisen zu können, soll hier nicht gänzlich in Frage gestellt werden, soweit diese Vorgangsweise auf Ausnahmefälle beschränkt bleibt. Ein Hauptproblem liegt darin, dass die Begründung für ein solches Zurückweisen der Nichtigkeitsbeschwerde in pauschalen nichts sagenden Leerfloskeln zu bestehen pflegt: „die Beschwerde ist nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt“, „mangels Orientierung am Verfahrensrecht“, „wegen fehlender Ausrichtung an der Prozessordnung“ etc<sup>10</sup>. Kein Rechtsunterworfener wird allein aus Autoritätsgläubigkeit auf die Richtigkeit gerichtlicher Entscheidung vertrauen und sich mit derartigen Begründungen zufrieden geben. Jeder Beschwerdeführer wird die Schuld nicht bei sich suchen, sondern den Grund darin sehen, dass sich das Gericht nicht eingehend genug mit seinem Fall befasst hat und muss so letztlich sein Vertrauen in den Rechtsstaat verlieren. Dieser Preis ist höher als die Kosten, welche durch derartige verfahrensökonomische Vorgangsweisen eingespart werden können. Manch offensichtlich mangelhafte und unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde wird zwar das „unsinnige Zeremoniell“<sup>11</sup> einer öffentlichen Verhandlung entbehrllich machen, doch sollte nicht auf eine über bloße Leerfloskel hinausgehende Begründung der Zurückweisung verzichtet werden. Diesen Verfahrensaufwand wird jeder Beschwerdeführer und Rechtsunterworfene für sich verlangen können. An den grundsätzlichen Bedenken, in den genannten Fällen eine Nichtigkeitsbeschwerde bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen, ändert dies natürlich nichts. Es liegt am Rechtsmittelgericht, eine öffentliche Verhandlung nicht zu einem „Rechtstheater“<sup>12</sup> verkommen zu lassen, nur weil aufgrund der vermeintlichen Eindeutigkeit des Falles „jedes Argu-

mentieren müßig“<sup>13</sup> erscheint. Dem Rechtsunterworfenen wird das bloße „Rechtstheater“ zweifellos bewusst werden. Vielfach wird er bereits bei der Verhandlung in erster Instanz einen solchen negativen Eindruck gewonnen haben und daher seine Hoffnungen auf das Rechtsmittelverfahren setzen. Widerfährt ihm vor dem Rechtsmittelgericht das gleiche Schicksal, hat auch der juristische Laie zumindest einen Gewinn daraus gezogen: Eine „Vorstellung vom Rechtsstaat“.

Abschließend sei festgehalten, dass der Verfahrensökonomie am meisten gedient ist – und dies bezieht sich nicht nur auf den Bereich des Strafrechts – wenn es bereits dem Richter in erster Instanz gelingt, den Beschuldigten bzw die Parteien davon zu überzeugen, dass bei Gericht nicht nur ein Urteil verkündet, sondern auch Recht gesprochen wird. Einige Richter besitzen diese herausragende Gabe und vermeiden so aufwendige Rechtsmittelverfahren. Sie dienen der Verfahrensökonomie mehr als jede gesetzliche Regelung zur Verfahrensvereinfachung.

ao. Univ.-Prof. Dr. Stefan Seiler  
lehrt am Institut für Strafrecht,  
Strafprozessrecht und Kriminologie  
der Universität Salzburg.

10 Ratz juridikum 3/00, 146 f.

11 Ratz juridikum 3/00, 147.

12 Ratz juridikum 3/00, 148.

13 Ratz juridikum 3/00, 148.



# Stronger European protection against discrimination

## A new additional protocol to the European Convention on Human Rights

Jeroen Schokkenbroek<sup>1</sup>

### Introduction

The purpose of this paper is to provide a brief overview of recent developments in the Council of Europe concerning the strengthening of the ECHR protection against discrimination.<sup>2</sup> These developments culminated in the adoption by the Committee of Ministers of Protocol No. 12 to the ECHR on 26 June 2000.

### The Vienna Summit (1993)

The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of the Council of Europe was created in the wake of the Vienna Summit of Heads of State and Government, which had expressed serious concern at the various manifestations of racism and intolerance in Europe. One of the many tasks given to ECRI was to study international legal instruments with a view to their reinforcement where appropriate.

Having studied the existing instruments on non-discrimination, ECRI considered that the protection offered by the ECHR from racial discrimination should be strengthened by means of an additional protocol containing a general clause against racial discrimination. ECRI drew attention to the fact that the ECHR's main provision in the field of non-discrimination is Article 14, which prohibits discrimination with regard to the enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention. This clause, therefore, has no independent

existence. Its protection does not extend to areas not covered by the substantive rights laid down in the ECHR and its Protocols.<sup>3</sup> According to ECRI, this accessory nature of Article 14 might explain why the Strasbourg case-law on racial discrimination was somewhat sparse. It was also noted that the European Convention was lagging behind other international (UN) instruments in the matter of non-discrimination.

ECRI was convinced that the establishment of a right to protection from racial discrimination as a fundamental human right would be a significant step to combat the manifest violations of human rights, which result from racism and xenophobia. ECRI proposed the following outline of a possible non-discrimination provision:

1. Everyone shall be protected against discrimination on the grounds of race, colour, language, religion or national or ethnic origin.
2. This provision shall not exclude distinctions made by a State between citizens which are applied in accordance with law and justified in a democratic society.

In the light of ECRI's proposals, the Committee of Ministers decided in December 1995 to instruct the (inter-governmental) Steering Committee for Human Rights (CDDH) to examine the advisability and feasibility of a legal instrument against racism and intolerance. By that time, the CDDH had al-

ready been seized of another dossier: the question of equality between women and men as a fundamental human right.

### The work of the Steering Committee for Equality between Women and Men (CDEG)

For several years, the intergovernmental committee competent in matters of equality between women and men (CDEG) had been examining the possibility of including in the ECHR system a substantive right of women and men to equality.

The CDEG had also noted the weakness of Article 14 of the ECHR in that it did not provide legal protection for equality between women and men as an autonomous fundamental right. According to the CDEG, a further weakness concerned the legal and conceptual approach to sex discrimination. Article 14 equated all unlawful discrimination grounds, such as race, colour, religion, language, political opinion and sex and placed them on the same footing. This method was felt to be inappropriate, since the experience and practice of anti-discrimination legislation showed that, in cases of discrimination on the grounds of sex, sex is a characteristic of another order – which could be termed structural. On the basis of this approach, the CDEG suggested the following outline of a possible provision for a new protocol to the ECHR:

The right of women and men to equality is guaranteed in all areas of life in society [in accordance with respect for the liberty and dignity of the human being].

Public authorities shall take steps to ensure the effective enjoyment of the right of women and men to equality [introducing, if necessary, all appropriate measures to secure the full development and advancement of women].

The exercise of this right shall not prevent the High Contracting Parties from providing for such special rights or regimes for women, as are prescribed by law and are necessary in a democratic society.

<sup>1</sup> Any views expressed in this contribution are entirely personal.  
<sup>2</sup> For a more detailed treatment of these developments, see Jan Lathouwers, *The Council of Europe: The plans for an additional protocol*

to the ECHR on non-discrimination, paper prepared for the International Conference on Non-Discrimination Law held in Utrecht in June 1998. The present contribution draws largely on this paper and on the Ex-

planatory report to Protocol No. 12 to the ECHR.  
<sup>3</sup> Article 14 ECHR reads: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on

any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status."



These proposals were referred to the CDDH by the Committee of Ministers. The CDDH had serious difficulties in accepting the idea that gender-based discrimination should be treated separately in a distinct additional protocol to the ECHR. There was widespread criticism of giving such "separate treatment" to gender equality: this was felt to sit ill with one of the tenets of international human rights law: the principle of universality. This principle militated against singling out, in a separate protocol to the ECHR, any one specific ground of discrimination.

**The next stage: convergence of the "anti-racism" and "equality-between-women-and-men" strands**

An important stage was reached in October 1996, when the CDDH had before it both the ECRI and the CDEG proposals. It recommended to the Committee of Ministers that the possibility of standard-setting solutions to the question of equality between women and men be explored further, but not in the form of a specific draft protocol to the ECHR. This approach was subsequently endorsed by the Committee of Ministers. At the same meeting, the CDDH instructed its Committee of Experts for the Development of Human Rights (DH-DEV), to examine the question of a possible legal instrument against racism and intolerance and mentioned some options to be examined in this regard: an additional protocol to the ECHR based on ECRI's proposal, an additional protocol which would broaden, in a general fashion, the field of application of Article 14, a framework or other Convention, a recommendation from the Committee of Ministers to governments of member States or other measures.

Throughout 1997, the DH-DEV and the CDDH worked on these two questions. The conclusion was drawn quite rapidly that the best way forward on both questions was to examine the possibility of drawing up an additional protocol to the ECHR containing a general prohibition of discrimination, which would contain a non-exhaustive list of discrimination grounds. Other

types of legal instruments were also considered (especially a European (Framework) Convention against racism or a recommendation of the Committee of Ministers) but they were not favoured by a majority of experts for various reasons. An anti-racism Convention was considered to offer no added value in comparison with the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD), the supervisory machinery which could be envisaged for such a Convention would be less effective than the ECHR control mechanism and contribute to the proliferation of international mechanisms in the human rights field.

In October 1997, the CDDH had before it several text variants prepared by the DH-DEV. On this occasion, the CDDH voted in favour of elaborating an additional protocol to the ECHR broadening, in a general fashion, the field of application of Article 14 of the Convention. It felt that such a protocol was advisable and feasible, both as a standard-setting solution regarding equality between women and men and as a legal instrument against racism and intolerance. It suggested that the protocol would contain a non-exhaustive list of discrimination grounds and be worded along the following lines:

The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. No one shall be discriminated against by a public authority on any ground such as those mentioned in the first sentence of this provision.

However, the CDDH added that it remained to be examined whether an equality clause would be inserted in the provision (or whether a reference in the preamble would suffice) and whether a clause expressly allowing for positive measures should be added to the provision.

On the basis of this report of the CDDH, the Committee of Ministers gave the green light for the drafting of such a protocol to the ECHR.

By mid-1999, the CDDH was able to present a draft text to the Committee of Ministers and to ask for its transmission to the European Court of Human Rights and the Parliamentary Assembly for opinion. The Committee of Ministers so decided and the draft Protocol No. 12 to the ECHR and its draft Explanatory Report were published as a Parliamentary Assembly document.<sup>4</sup>

The Court's opinion of 6 December 1999 recognises that certain forms of discrimination cannot be brought within the ambit of Article 14, ECHR. The Court furthermore observed that the draft protocol provides a "clear legal basis for examining discrimination issues not covered by Article 14". Whilst drawing attention to the fact that its entry into force would entail a substantial increase in the Court's case-load, the Court welcomed the draft protocol as "a further substantial step in securing the collective enforcement of fundamental rights through the European Convention on Human Rights". The Assembly Opinion No. 216 of 26 January 2000 states that the draft protocol "does not fully meet its expectations" because it does not contain the principle of equality of men and women before the law and because "sexual orientation" has not been added to the list of discrimination grounds. The Assembly accordingly proposed amendments.

The CDDH examine these opinions and finalised the draft Protocol in March 2000. The Committee of Ministers adopted the text on 26 June 2000.<sup>5</sup> The opinions received did not lead to changes in the main provision of the draft protocol (see below).

**Outline of the content of Protocol No. 12**

The main operative provision of the new Protocol is Article 1, which reads as follows:

Article 1 – General prohibition of discrimination

1 The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, religion, political or other opinion, national or

<sup>4</sup> See Document 8490 of 2 September 1999.

<sup>5</sup> Protocol No. 12 and the Explanatory report are on the Human Rights website of the Council of Europe (<http://www.humanrights.coe.int>).

social origin, association with a national minority, property, birth or other status.  
 2 No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.

This wording is almost identical to that of the earlier draft of October 1997 (see above). It will be clear that the CDDH has decided not to follow the Assembly's suggestion to include an equality clause in the operative part of the draft protocol; neither was an explicit provision inserted allowing for positive measures. In fact, these matters are addressed in the three recitals of the draft preamble:

"Having regard to the fundamental principle according to which all persons are equal before the law and are entitled to the equal protection of the law;

Being resolved to take further steps to promote the equality of all persons through the collective enforcement of a general prohibition of discrimination by means of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on 4 November 1950 (hereinafter referred to as 'the Convention');

Reaffirming that the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures (. . .)".

The Explanatory Report offers further clarifications on the drafters' intentions as concerns the scope and nature of the undertakings laid down in the draft protocol. Here, only two interrelated issues will be discussed: the question of the scope of protection offered by the Protocol and the question of positive obligations which might flow from Article 1.

It goes without saying that *the scope of protection from discrimination* under the Protocol extends beyond the current guarantee of Article 14 of the Convention. The purpose is to offer a general prohibition of discrimination in the form of an independent, free-standing guarantee. It is recalled that Article 14 prohibits discrimination only with regard to the "enjoyment of the rights and freedoms" of the ECHR. The report (§ 22) specifies that the Proto-

col's additional protection in comparison with Article 14 concerns, in particular, cases where a person is discriminated against:

(i) in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law;

(ii) in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, i. e. where a public authority is obliged by national law to behave in a particular manner;

(iii) by a public authority in the exercise of discretionary power (eg: granting certain subsidies);

(iv) by any other act or omission by a public authority (e. g.: behaviour of law enforcement officers when controlling a riot).

The drafters considered it unnecessary to specify which of these four elements are covered by the first paragraph of Article 1 and which by the second. Both paragraphs are complementary and their combined effect is that all four elements are covered by Article 1.

For the rest, the Protocol follows closely the model of the existing Article 14:

▶ the list of discrimination grounds is identical to that in Article 14;<sup>6</sup>

▶ as was stated above, it was decided not to include a right to equality before the law or to equal protection of the law (as guaranteed, for example, by Article 26 of the CCPR);

▶ the drafters refer to the Court's consistent case-law on the notion of discrimination, no departure from that case-law is envisaged;

▶ the drafters refrained from introducing a restriction clause, for example concerning distinctions based on nationality.

The wording of the two paragraphs of Article 1 reflects a delicate compromise on *the question of positive obligations*. This refers to obligations of States, over and above their basic obligation to refrain from performing any discriminatory act (the "negative obligation"), to take active steps to prevent or remedy discrimination, including discrimination between private per-

sons (horizontal effects, or *Drittwirkung*). Paragraph 24 of the Explanatory report states that, while such positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals. The report explains that an additional protocol to the ECHR, which typically contains justiciable individual rights formulated in concise provisions, would not be a suitable instrument for defining the various elements of such a wide-ranging positive obligation. Reference is made to the detailed rules of already existing instruments against discrimination such as CERD and CEDAW. At the same time, the report recognises that the duty to "secure" without discrimination the enjoyment of any right set forth by law (see the first paragraph of Article 1) could entail positive obligations, for example in cases where there is a clear lacuna in domestic law protection from discrimination. However, the report goes on to say (§ 27) that the extent of any such positive obligations is likely to be limited: it refers to two textual elements which seek to limit possible horizontal effects. The first paragraph is circumscribed by the reference to "any right set forth by law" whereas the second prohibits discrimination by any "public authority".

On this basis, the explanatory report concludes (§ 28) that any positive obligations in the area of relations between private persons would concern, at the most, relations in the public sphere normally regulated by law, for which the state has a certain responsibility, such as arbitrary denial of access to work, access to restaurants or to services which private persons may make available to the public.

**Final comments**

Protocol 12 will be opened for signature on the date of the 50<sup>th</sup> anniversary of the European Convention on Human Rights, on 4 November of this year. The adoption of the Protocol indicates that there is a broad political acceptance of the fact that the persistence of discrim-

6 Paragraph 20 of the report explains that preference was given to this solution, not because the drafters were unaware that certain forms of discrimination have become more

important in today's societies, but because inclusion of "new" discrimination grounds in the list was legally unnecessary since the list is non-exhaustive and since inclusion

of any particular additional ground might lead to unwarranted a contrario reasoning as regards discrimination based on grounds not so included. The report illustrates the

non-exhaustive nature of the list by mentioning the Salgueiro da Silva Mouta judgment of 21 December 1999 (discrimination on the ground of sexual orientation).



ination in our European societies and the emergence of new manifestations of discriminatory attitudes warranted a reinforcement of the protection which the ECHR offers against human rights violations in this field. Certainly, one should not expect the Protocol to become a panacea for all forms of discrimination which may occur in society. It should be remembered that the European Convention imposes obligations on States, not on private persons as such. But the new protocol will provide an important basic safeguard, confirm that discrimination is nothing less than a human rights violation, and equip the European Court of Human Rights with a legal tool enabling it to address certain forms of discrimination for which the States Parties may be held accountable but which are not yet prohibited by the rather limited provision of Article 14.

It is expected that several member States will sign the new Protocol at the forthcoming European Ministerial Conference on Human Rights in Rome in November 2000. The entry into force requires 10 ratifications and it seems not too daring to expect that this number will be reached within two or three years.

*Jeroen Schokkenbroek is Head of the Human Rights Law and Policy Development Division, Directorate of Human Rights, Council of Europe.*

# Science to the people

## Wissenschaftsläden als Bindeglied zwischen Wissenschaft und Gesellschaft

Eva Timpe

### 1. Die Philosophie der Wissenschaftsläden

► *Demokratische Wissenschaft:* „Wissen ist Macht“, aber auch „Macht ist Wissen“: Interessengruppen aus Industrie und Politik bestimmen aufgrund ihrer finanziellen Potenz Ziele, Inhalte und Verwertung von wissenschaftlicher Forschung.

Wissenschaftsläden versuchen hier einen Ausgleich zu schaffen, indem die Artikulation und die wissenschaftliche Behandlung gesellschaftlich relevanter Fragestellungen auch jenen Bevölkerungskreisen ermöglicht wird, die ohne Hilfe kaum oder nur unzureichend (z. B. aus finanziellen Gründen oder wegen fehlender Qualifikation) Zugang zu wissenschaftlichen Untersuchungen bzw. deren Ergebnissen haben.

► *Gesellschaftliche Verantwortung:* Hintergrund ist die Forderung nach der Übernahme von gesellschaftlicher Verantwortung durch die Wissenschaft und nach der Öffnung der Universitäten für aktuelle Fragestellungen aus dem Lebensalltag als Ergänzung zur bereits recht gut funktionierenden Öffnung für Bedürfnisse der Wirtschaft. Im UOG 1993 (§ 1 Abs 1) werden die Universitäten „berufen, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme Menschen sowie zur gedeihlichen Weiterentwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen.“ Voraussetzung dazu ist der Abbau der „Theorielastigkeit“ zugunsten einer höheren Praxisorientierung und die Aufgabe von „wissenschaftlicher Arroganz“ gegenüber „nichtwissenschaftlichen Alltagsmenschen“, gegenüber Forschungsinhalten aus dem Alltag und gegenüber „alltagsweltlichen“ Forschungsmethoden.

► *Transparenz:* Auch Sprache ist Macht; eine nur für einen Fachkreis verständliche Sprache bildet eine Barriere zwischen den Wissenden (= Verstehenden) und den Unwissenden und sorgt

dafür, dass Letztere es auch bleiben. Der Wissende sitzt (un)freiwillig im Elfenbeinturm.

Daher ist eine Intention der Wissenschaftsläden auch ein ehrliches Bemühen um eine einfachere, allgemein verständlichere Wissenschaftssprache und die Verbesserung der Transparenz im Forschungsgeschehen.

### 2. Wissenschaftstransfer konkret

Um diese Ziele zu erreichen, erfolgt die Vermittlungstätigkeit der Wissenschaftsläden nach den Prinzipien Interdisziplinarität, Praxisbezug, Einbindung Betroffener, Umsetzungsorientiertheit und Öffentlichkeitsbeteiligung.

Der Transfer wissenschaftlicher Erkenntnisse zwischen Universität und Gesellschaft erfolgt in den Wissenschaftsläden über zwei Schienen: *Wissensvermittlung und Forschungsvermittlung.* Wissensvermittlung bedeutet, dass bereits vorhandenes Wissen (z. B. über eine Literaturrecherche und eine entsprechende, allgemein verständliche Zusammenfassung bzw. Beratung) den Anfragenden zugänglich gemacht wird. Forschungsvermittlung heißt, dass die Fragestellung durch Forschung in Form von Diplom- oder Seminararbeiten, Dissertationen oder Projekten bearbeitet wird.

Viele Anfragen kommen aus dem Sozial- oder Umweltbereich, häufig von Einzelpersonen, Behörden, sonstigen öffentlichen Einrichtungen und gemeinnützigen Vereinen bzw. Initiativen. Den Grundsätzen der Wissenschaftsläden entsprechend haben diese Anfragen keinen kommerziellen Hintergrund. Der Wissenschaftsladen Graz beispielsweise vermittelt bzw. koordiniert im Bereich Rechtswissenschaften derzeit Anfragen von Gemeindeverwaltungen, Abteilungen der Landesregierung und gemeinnützigen Vereinen. Rechtliche Aspekte sind für viele Vereine von Relevanz, auch wenn sie sich primär z. B. mit Konsumentenbe-

ratung, Telefonseelsorge oder Umweltfragen beschäftigen.

Der Wissenschaftsladen formuliert gemeinsam mit den Anfragenden einen Arbeitstitel für eine universitäre Abschlussarbeit. Das Thema wird entsprechend über Aushänge an Universitätsinstituten, Homepage, ÖH-Zeitschriften etc. ausgeschrieben. Die Kontaktaufnahme mit der Universität erfolgt unterschiedlich, z. T. direkt mit ProfessorInnen, die für eine Betreuung in Frage kommen, oder indirekt über die Studierenden, die sich aufgrund der Ausschreibung beim Wissenschaftsladen näher informiert und für ein Thema entschieden haben. Die Vermittlung ist im Normalfall sowohl für Anfragende als auch für Studierende kostenlos.

Während der Diplomarbeit bzw. Dissertation fördert der Wissenschaftsladen den kontinuierlichen Austausch zwischen Anfragenden und Studierenden. Dieser Kontakt ist wesentlich dafür, dass erstens die ursprüngliche Frage nicht aus den Augen verloren und durch die Ergebnisse der Abschlussarbeit tatsächlich beantwortet wird und zweitens sich die weiter unten beschriebenen Vorteile für die Ausbildung der angehenden AkademikerInnen ergeben. Der Kontakt ist auch sinnvoll, weil die Anfragenden oft wichtige Grundlagen für die Abschlussarbeit in Form von Daten, Literatur, Erfahrungen etc. liefern können.

Nach Abschluss der Arbeit werden die Ergebnisse nicht nur dem/der Anfragenden zugänglich gemacht, sondern auch der Öffentlichkeit, z. B. durch Pressekonferenzen oder durch Publikationen der Wissenschaftsläden.

### 3. Vorteile für die universitäre Ausbildung

» *Vorbereitung auf den Beruf:* Dieser Aspekt war in der Gründungszeit der Wissenschaftsläden kein zentrales Ziel, gewinnt aber – gerade durch das Interesse der Studierenden – immer mehr an Bedeutung. Die Vermittlungstätigkeit der Wissenschaftsläden fördert eine realitätsnahe Ausbildung, indem im Zuge der Abschlussarbeit ein Austausch mit der Praxis erfolgt. Eine sol-

che Diplomarbeit oder Dissertation gibt Einblick in die Berufspraxis, der/die Studierende erwirbt dabei oft Wissen außerhalb des Lehrplans und bekommt Kontakte, die beim späteren Berufseinstieg hilfreich sein können. Sozialkompetenzen werden stärker gefordert und gefördert.

Die konkreten Vorteile, die eine solche Abschlussarbeit bringt, ist natürlich je nach Studienrichtung unterschiedlich und hängt auch stark vom persönlichen Engagement und von der Eigenverantwortung der Studierenden ab. Man kann jedoch davon ausgehen, dass Studierende, die sich für ein Thema aus der Praxis entscheiden, häufig mehr Motivation und Einsatzbereitschaft aufweisen als solche, die z. B. ein „Literaturthema“ wählen.

» *Der Blick über den universitären Teller:* Im Bereich der Rechtswissenschaften ermöglichen praxisorientierte Arbeiten den Kontakt zwischen DiplomandInnen („angehende JuristInnen“), JuristInnen im universitären Bereich (BetreuerInnen der jeweiligen Arbeit) und jenen Personen – JuristInnen genauso wie Nicht-JuristInnen – die „in freier Wildbahn“ agieren und dort gesetzliche Vorgaben um- bzw. durchsetzen müssen. Damit geht oft ein Einblick einher, welche Rolle wirtschaftliche, soziale und psychologische Aspekte bei der Transformation eines Gesetzes vom Papier ins wirkliche Leben spielen. Dieser Kontakt zur Praxis ermöglicht auch die Reflexion über Fragen nach der (sprachlichen) Verständlichkeit von Gesetzen/Gesetzestexten, der konkreten Durchsetzbarkeit, der Grenzen des Einflusses des Gesetzgebers usw.

### 4. Eine Idee – viele Länder

Die Idee des Wissenschaftsladens wurde erstmals 1977 an der Universität Amsterdam („wetenschapswinkel“) umgesetzt. Es existieren mittlerweile rd. 50 solcher Einrichtungen an holländischen Universitäten. In Deutschland wurde der erste Wissenschaftsladen 1981 an der Universität Essen gegründet, derzeit bestehen ca. 15 Wissenschaftsläden in der BRD. In Österreich kam es 1988 zu einer ersten Gründung

an der Universität Linz (inzwischen jedoch geschlossen). Der Wissenschaftsladen Graz („Institut für Wissens- und Forschungsvermittlung“) wurde 1990 ins Leben gerufen. Weitere Einrichtungen dieser Art wurden gegründet: Salzburg („Wissenschaftsagentur“), Innsbruck und Wien (die beiden Letzteren entwickelten sich zu Forschungseinrichtungen). Seit Mai 1991 besteht die AWILA, eine Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftsläden in der Bundesrepublik Deutschland und Österreich.

Einrichtungen gleicher oder ähnlicher Ausrichtung existieren auch in der Schweiz, in Frankreich, Belgien, Großbritannien, Dänemark, Tschechien, Rumänien, Israel, Südafrika, den USA und Kanada.

Die Organisationsform der Wissenschaftsläden ist nicht einheitlich. In den Niederlanden sind sie per Gesetz fester Bestandteil der Hochschulen mit gleicher Ausstattung wie die zur Wirtschaft orientierten Technologietransferstellen. In der BRD gibt es kaum Wissenschaftsläden an Hochschulen, die meisten sind gemeinnützige Vereine auf Spendenbasis, manchmal ergänzt durch Gelder aus kommunalen Drittmittelprojekten oder Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen. In Österreich sind die Wissenschaftsläden ebenfalls gemeinnützige Vereine, teilweise in relativ nahem Kontakt zu den Universitäten, die dann auch einen Teil der Finanzierung übernehmen.

*Mag. Eva Timpe ist Mitarbeiterin am „Institut für Wissens- und Forschungsvermittlung – Wissenschaftsladen Graz“.*



# A Matter of Interest

## The Polish attitude towards the EU-Austria dispute

Tomasz Pietrzykowski, Marek Migalski

### 1. Introduction

The dispute between Austria and the European Union which took place when the Freedom's Party of J. Haider had been admitted to Austrian governing coalition seems to be one of the most serious conflicts in EU history. For Poland it was even more important as it could (at least it seemed so at the beginning) paralyze the EU internal reforms and consequently its external development. Undoubtedly it constituted one of the breakthroughs in the process of EU integration which renewed serious debates about the aim, direction, principles and the very sense of the integration of Europe.

The crisis itself has already been repeatedly described and thoroughly analyzed. Therefore we believe that what we can offer is not one more restatement of the well-known facts of the conflict or their social and political roots and consequences but rather the presentation of the Polish perception and the influence of the Austrian events on Polish domestic and foreign politics as well as the debates it initiated in Poland. We hope that the reaction to the crisis from the point of view of a pre-member country shall constitute an interesting perspective to look at this remarkable episode of Austrian and European history.

### 2. Far Away From Moralism

The formation of new government in Austria has led to a outrageous reactions from some leading European politicians. According to G. Persson, Swedish Prime Minister, Austria "has thereby excluded itself from European family of nations promoting tolerance and human rights". Other spoke about a "black day" for Austria and Europe as well as the FPÖ's offending views of discrimination and xenophobia, while J. Chirac accused the FPÖ of undermining fundamental European values such as humanitarianism and respect for human dignity.

On the other hand, the official reaction by the Polish government to the events in Austria and the following debate with other EU countries was extremely cautious. The officials spoke at most about "worries" connected with the Freedom's Party participation in the new government in view of its publicly known prejudices against immigrants and foreigners including Poles. J. Buzek, the Polish Prime Minister said that Poland was "seriously worried", although "everyone should be cautious in their judgments."<sup>1</sup> Similarly, R. Sikorski from the Ministry of Foreign Affairs spoke about worries resulting from the formation of government including a party "the leader of which has never explicitly disapproved of the totalitarian past in his country and displays national prejudices also against Poles". But he immediately added that "Poland hopes that the Christian Democrats' views shall be decisive in the government". T. Mazowiecki, the first democratic Prime Minister of Poland and former UN representative in Yugoslavia, hoped that "Austria would not change its pro-European policy" and emphasized that as long as there are no such facts no definitive judgments should be expressed.

The official declaration of the Polish Ministry of Foreign Affairs summed up this attitude:

"Poland is worried about the taking over of governmental co-responsibility in Austria by the Freedom Party, the leader of which has been repeatedly presenting views inconsistent with fundamental European values. Poland understands the attitude of fourteen EU countries and shares their anxiety. We hope that the situation in Austria shall not damage the cooperation and integration in Europe. Poland shall very carefully watch the actions of the new Austrian government, trusting that the Austrian nation shall not support the policy of hate and destruction of European ideas."

It should also be noted that the attitude of the government was fully accepted by the Polish left wing opposition. L. Miller, the chairman of the leading opposition party, the Democratic Left Alliance (SLD), who is commonly believed to be the next Polish prime minister, remarked directly and straightforwardly that "The government behaves just as it ought to". Such statements are rather unusual for opposition leaders, especially on the threshold of coming parliamentary and presidential elections. Also other prominent politicians from left-wing opposition who usually do not miss any occasion to criticize ruling party's policies seemed to have excluded the matter from the range of examples of damaging effects of government's incompetent policy.

In other words, the attempts of all government officials and other prominent politicians to keep Poland outside the conflict and to abstain from direct engagement were clearly noticeable. As R. Sikorski put it "We believe that 14 EU Member States know what they do. Poland is not a member of the club and therefore it should keep reserved". His statement proves the actual attitude of self-restraint taken by the Polish political class although it does not explain accurately the reasons on which the attitude was based. After all one does not need to be a member of the EU to have a clear opinion about such an important and influential conflict.

### 3. Playing by the Aims

As suggested above, the reaction of the Polish government as well as the opposition was reserved to the extent that was surprising and irritating even for some prominent representatives of the Polish political world who suggested that Poland is "kept too much aside" of the conflict.<sup>2</sup> Nevertheless, the mainstream of the Polish political world was unanimously of the opinion that Poland should neither openly support nor contest the sanctions of the 14 EU countries. It was even more striking when compared with intense or even furious debates that divided politicians in the Czech Republic, where the official declarations of the government led by M. Zeman and Foreign Minister J. Kavan sharply contrasted with statements of

<sup>1</sup> Trybuna, 8.02.2000; Gazeta Wyborcza, 7.02.2000 r.

<sup>2</sup> E. g. Prof. T. Iwinski from SLD, M. Pol from Labour Union, J. Wiercho-

wicz and J. K. Bielecki from Freedoms Union.

V. Klaus and J. Kasal from the opposition parties.<sup>3</sup> In Poland, the unity of self-restraint of all prominent politicians from major political parties seems surprising and demands an explanation of its reasons and mechanisms.

To begin with, it should be remembered that after the collapse of communism some basic and long-term aims of Polish foreign policy have been settled. The Polish political class agreed that such aims should above all include integration with NATO and the European Union. The country has decided to join the community of free European countries from which it had been isolated for 50 years of Soviet-dependence. The first of these aims, that is integration with NATO, has been eventually completed in March 1999. It was praised as a great achievement of Polish foreign policy and gained enormous social support. The second aim is the integration with the European Union. It has been guiding the Polish foreign policy in recent years and therefore it also seems to have been a central factor determining Polish reaction to the Austrian crisis. Poland had to refrain from engaging in an open conflict with the 14 EU governments as well as with Austria. As it was reminded by R. Czarnecki (former head of the European Integration Committee – a governmental institution responsible for negotiations with the European Union) each of the 15 Member States, including Austria, is able to block Poland's accession. Polish politicians were afraid that direct engagement in the conflict on either side might make the other one more reluctant to accept Polish membership in the Union. Therefore it should be noted that the above quoted official declaration of the Polish foreign Ministry refers to the Polish "understanding" of the attitude of the 14 EU governments, but sharing only "their anxiety" instead of sharing the attitude itself. It clearly marks the will of separation from the anti-Austrian coalition in order to avoid potentially damaging counter-reaction of Vienna. Polish politicians tried to do everything not to offend the new Austrian government. An interesting example is the behavior of the Polish delegates to

an International Assembly of Christian Democratic Parties where they voted (together with the British, German and Scandinavian participants) against the removal of Austrian Christian Democrats from the Assembly. In the aftermath, J. L. Bourlanges, a French deputy, complained that such gesture was an example of "pure opportunism" and added that "in such situation it is a matter of principles not any temporary interest".<sup>4</sup> These words reveal clearly the difference between Polish and French perceptions of the dispute between Vienna and Brussels. France could afford the luxury of manifesting its disapproval for J. Haider while for Poland the integration with the EU is not a matter of "temporary interest" but the basic long-term aim of the entire foreign policy. Therefore politicians in Poland, being fully aware of J. Haider's anti-Polish prejudices, nevertheless had an obligation to avoid such sort of political moralism in order to maintain correct relations with the government of Austria.

In short, the Polish reaction to the dispute between Austria and the EU seems to be quite a rare example of the superiority of a long-term political aim over the current political struggle in which almost everyone understood that there are situations when one must choose between a moral or even emotional reaction and the requirements of *realpolitik* which could seriously profit or damage the fundamental national interest of the country for many years to come.

#### 4. How To Do Things with Haider

Thus, all prominent politicians and political parties in Poland have accepted and tried to conduct a policy of restraint and non-engagement in the conflict. It does not mean that there were no voices arguing directly against the sanctions. On the contrary, the dispute between Austrian government and 14 the EU Member States strongly influenced the Polish internal politics. Namely, it seems to have accelerated the process of formation of an openly anti-European political movement, whose leader J. Lopuszanski is believed to try to follow J. Haider in establishing

a party according to the FPÖ pattern. The crisis appeared to be a good opportunity for Polish Euro-skeptics or even open Euro-objectors' to publicly articulate their views. The main argument obviously invoked the concepts of sovereignty and democracy that have been described as "crushed under the boots of Brussels". According to those utterances "careful watching of the EU's internal policy proves that we should be skeptical about joining a club with such questionable rules". Others added that "Poland shall not accept the kind of democracy which means threats, gagging other's mouths and breaking diplomatic relationships. It is a democracy only for those they accept, namely for the European left and is no longer valid when they lose".<sup>5</sup> As they emphasized "the EU has proved that in fact it does not respect democracy, human rights, tolerance and national sovereignty. In case they produce results inconsistent with those assumed in Brussels the reaction is furious"<sup>6</sup>. Therefore, „the EU's action makes each reasonable man support J. Haider even if one does not like to and in other circumstances would certainly not do it. Undoubtedly, it is going to increase the number of euro-skeptics"<sup>7</sup>. They warned: „If Poland joins the EU some day in the future it may be treated in the same way as Austria today“<sup>8</sup>.

Statements like those obviously were not the first to raise doubts regarding Polish accession to the EU. Nevertheless, the Austrian crisis constituted a factor that seemed to accelerate the formation of a coherent Euro-skeptical movement. Their leader found the EU's sanctions against Austria an excellent argument to obstruct this direction of Polish foreign policy. The case of the FPÖ was treated as a pattern and example for Polish euro-skeptics to try to establish a similar right-wing political party under the motto "For Europe. Against Union" and it eventually gave them hope that such party may create a real danger for the European integration process. The leader of this party, a "Polish Haider", J. Lopuszanski now runs in the presidential election and although he has no

<sup>3</sup> Generally speaking, in comparison with Czech Republic, Polish politicians rather avoided attempts to gain internal political

profits from exploitation of the topic of the EU sanctions against Austria.  
<sup>4</sup> *Zycie*, 11. 02. 2000.

<sup>5</sup> *Nasz Dziennik*, 2. 02. 2000.

<sup>6</sup> S. Michalkiewicz in "Najwyższy Czas", 12. 02. 2000.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> P. Jakucki in "Nasza Polska" 8. 02. 2000.

real chance to gain meaningful support, the campaign shall probably help him to develop further his anti-European movement. The case of Poland proves that there is some point in the argument according to which parties like the FPÖ should be kept away from government so as not to provide "bad examples" for the parties acting in other European countries (similar to Haider's as well as their potential coalition partners like ÖVP and its counterparts).<sup>9</sup>

### 5. Democracy, Sovereignty and European Values: Farewell to Old Concepts?

The Austrian crisis provided also an occasion to renew the debate over the concept of sovereignty and democracy. In some ways it continued the debates commenced on the earlier occasion of NATO military action in Kosovo. In the case of Austria, an overwhelming part of the protests against the EU's sanctions that appeared in the Polish political and political science discourse invoked the concept of national sovereignty which was argued to be brutally violated.

Statements like "The powers residing in Brussels have proven not to really understand what national sovereignty means"<sup>10</sup> or "the sanctions make a signal also for Poland that after accession to the EU not only economic but also political sovereignty becomes questionable".<sup>11</sup> Some commentator went even further arguing that "supporting the EU Poland co-operates in a plan leading towards the destruction of sovereign states and their replacement by a quasi-totalitarian ideological supranational entity."<sup>12</sup>

It is interesting that the presence of the concept of sovereignty is accompanied by a total lack of any clear analysis of this concept and its actual role in the

controversy. In spite of the above quoted views, it seems clear that it was not sovereignty that came into question in the conflict between Austria and EU as well as in the Kosovo war. In the latter case, the values in collision were rather the peaceful solution of international matters (Article 2 sec. 2 and 3 of UN Charter) against internal violation of human rights (the justifiability of earlier sanctions against Yugoslavia, which also "violated its sovereignty", were not contested). Is the question of sovereignty, then, relevant to the Austrian crisis? Roughly speaking, the concept has two important aspects or dimensions – legal and factual.<sup>13</sup> As far as the latter is concerned two important remarks should be made. Firstly, such factual sovereignty has never been absolute, just on the contrary – it is plausible to use this concept only in relation to all actual considerations, dependencies and conditions resulting from real international situation of a country.

Therefore the national sovereignty of a state in its factual aspect is always limited by considerations of an external situation and its possible influence on a state in question (of course the USA is sovereign in respect of its power to condemn Chinese violations of human rights in Tibet but it may not do so in consideration of the potential economic damage resulting from execution of such power). This is obviously also the case for Austria, which is sovereign to elect any government it wishes, although the execution of such right may bring some unpleasant consequences from the international community. As regards a legal aspect of sovereignty – it may be limited not only by international law but especially by voluntary participation in entities like the EU, which constitutes some kind of supranational order.<sup>14</sup> Then, if we take into account

the relations between Austria and the EU, the latter may be plausibly hold to infringe a sovereignty of a Member State only if its reaction goes above the limits determined by EU legal rules (especially the Treaties, and in the case in question, conceivably Article 6 and 7 of the Amsterdam Treaty). Thus, the problem seems to be reduced to legality of the action on the basis of EU law. But it should be remembered that the action was formally taken not by any EU institution but by 14 states that only "happen to be" all Member States of the EU.<sup>15</sup> Therefore the sovereignty in legal terms is not relevant at all, as all those states are perfectly entitled to impose sanctions on the basis of whatever reasons they find sufficient to justify it.

An obvious and, as we believe, hardly surprising conclusion is that national sovereignty is actually not a central element of the debate. The real collision that came into play here, was rather between democracy and human rights. The European community has contested the result of democratic procedures (really democratic – in opposition to the famous "argument of Hitler"<sup>16</sup>) because they could produce a result inconsistent with the other set of values conceived as fundamental to contemporary European legal and political culture. In contrast to the question of sovereignty, it seems to represent a potentially acute problem for Europe, which is basically a collision of values to be resolved in the course of balancing.<sup>17</sup> As it was pointed out by one of the Polish leading philosophers, before the Austrian crisis nobody had taken "the argument of Hitler" seriously and therefore the reaction of the 14 EU Member States amounted to casting doubts on "the very core of European political orthodoxy".<sup>18</sup> The Austrian crisis probably will turn out to be able to persuade Europeans that the set

<sup>9</sup> This argument seems to be the only one valid to some extent independently of the "facts" concerning real policy of FPÖ i. e. possible violations of European values in Austria by FPÖ government, which unquestionably, have not taken place since the FPÖ government began to rule.

<sup>10</sup> A. Macierewicz in "Trybuna" 3. 02. 2000.

<sup>11</sup> M. Sawicki in "Rzeczpospolita" 2. 02. 2000.

<sup>12</sup> J. Engelgard in "Nasz Dziennik" 3. 02. 2000.

<sup>13</sup> See more detailed remarks by A. Wentkowska, *Suwerennosc – wymiar prawny i faktyczny (Sovereignty –*

*legal and factual dimension)* in: *Studia de Lege et Civitate*, T. Pietrzykowski/A. Wentkowska (ed.) Katowice, 1998, *passim*.

<sup>14</sup> The writings analysing the character of that "supranationality" of EU initiated by two judgments of ECJ (Van Gend en Loos and Costa vs. Enel) is enormous and still rapidly growing. See e. g. Lord Cockfield, *National sovereignty and European Community*, *Studia Diplomatica*, 1986, vol. 39.

<sup>15</sup> Undoubtedly enough, the action have been taken by 14 countries acting separately instead of the EU Council just in order to evade the

procedural and material requirements of EU law. After all, those legal requirements constitute the very difference between action of member-states and the Council.

<sup>16</sup> Of course, we mean an argument according to which "Hitler came to power in a way of democratic elections" which, as it has been proved, is false as long as we understand democracy not only as a choice of government but as a free choice – i. e. made in course of free discourse not influenced by violence or any similar kind of pressure.

<sup>17</sup> The concept of balancing has been intensively elaborated by legal

theorist for last few years. For recent contribution see e. g. articles by D. Buchwald, B. Schichler and A. Somek in Schichler/Koller/Funk (ed.) *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000.

<sup>18</sup> R. Legutko in "Tygodnik AWS" 20. 02. 2000; the author went on to argue that an international action taken in order to save Austrian democracy would be understandable but only on condition that the latter were in any real danger, which however was not the case.

of values which they used to take for granted including standards of human rights and democratic procedures of electing government, may really, not only theoretically, appear inconsistent or contradictory. The conclusion may be that an open society praised by K. Popper could have many faces – and that the choice among them, though inevitable, means the eventual farewell to the old and well known concepts that have constituted “European political orthodoxy”.

**6. FPÖ, the Communist Analogy and Double Standards in Political Morality**

An especially noticeable aspect of the matter from the point of view of a post-communist country like Poland, is the lack of balance in the reaction against parties affiliated with right-wing extremism in comparison with the participation in governments of parties which have similar or even stronger affiliations with far left-wing traditions. Many Polish commentators emphasized that the post-communist parties have been and still are involved in governments of e. g. France or Italy. In contradistinction to the Austrian government, such facts have brought completely no objection from the circles criticizing Austria, let alone a reaction comparable with the one produced by FPÖ.<sup>19</sup> It is even more striking when we remember that J. Haider has never been a member of a fascist party and his presumable affiliation to fascism is based exclusively on some of his utterances. On the other hand, the post-communist leaders have never denied that their ancestors are directly Lenin and Stalin. For many years politicians like d’Alema have been proud members of parties which used to call themselves “communist” and have never shown any sign of sorrow or repentance for the participation in the movement responsible for terrible genocide. In spite of that, such parties have smoothly entered into democratic governments under the banners of “reformed” communism and nothing in the fact has brought any similar counter-reaction from the side of those who now act for sanctions against FPÖ government.

The unfair treatment of both totalitarian traditions was strongly empha-

sized by many Polish influential commentators. A. Hall remarked that it proves an application of double standards which casts serious doubts on moralism invoked to support EU action. Others spoke about “political daltonism” which tends to ignore a moral legacy of some political traditions, while furiously attacks the other one (on much more contestable grounds). Whatever name to use, the phenomenon of double standards have been perceived by many Poles with disgust. Such reaction was even strengthened by the fact that the Austrian crisis has been an excellent opportunity for Polish post-communist politicians to join the alliance of defenders of democracy against right wing threats and therefore to move themselves from the position of potential suspects to prosecutors. Therefore presumably, they constituted a group of most especially active critics of the new Austrian government in the name of democracy, tolerance, human rights and other relatively recently rediscovered values. Eager exposition of right wing threats by the heirs of leftist totalitarian tradition which has taken place in Poland was conceived as a smart attempt to neglect their own similarly disrespectful past. Thus, metaphorically speaking, for Polish post-communists, J. Haider and his party has become an excuse for years of real socialism.

Arguably, such double standards applied to politicians assumed to affiliate to right and left antidemocratic traditions probably resulted from a difference in their way of presenting their ideas. Namely, communists and their affiliates have carefully avoided open challenging the commonly accepted values such as human rights, democracy, tolerance, freedom etc. On the level of rhetoric, they have always attempted to present themselves as consistent supporters of “true” democracy, “real” protection of human rights, and “complete” freedom. Even if in reality it meant just the opposite they have never acknowledged that it was a point of their ideas. Such strategy presumably allowed them, in spite of the practice of communism all over the world, to maintain a better image in public opinion especially of the Western World. Nonetheless in Poland, in which both 20<sup>th</sup> centu-

ry totalitarisms have operated in a comparable way, double standards of their evaluation are still sensitively noticed.

**7. Instead of Conclusion**

The spectacular reaction of the EU against FPÖ’s participation in the Austrian government was undoubtedly motivated by some kind of political moralism. Though, intimate interrelations between politics and morality are complex enough to render such attempts of direct enforcement of “values” by political action rather questionable. More often than not, the conditions of political reality are able to make such moralism doubtful as applied rather selectively i. e. when it does not bring too much political cost.

Therefore we do not find the political action taken by the Polish government – which seems to have gone against or at least beyond the radical enforcement of moral values undertaken by some EU countries – as an example of moral fault. It could be the case if such superiority of morality above politics was taken seriously and applied consequently even when it may cost much in terms of real interests. As long as the opposite is true, it is not wrong in politics to choose reasonableness rather than moralism. Especially when, as in the case of Poland, the most important and far-reaching national interest is at stake.

The crisis, however, turned out to have considerable impact on the Polish political scene itself. It has unquestionably helped to establish in Poland a local anti-European right wing movement which now tries to follow the way paved by FPÖ in Austria. In this respect, Poland constitutes an confirmation of the thesis that the development and acceptance of an extreme political movement on one country help to consolidate the similar movements in neighbour countries. Austrian citizens voting for J. Haider were not aware that they also influence the evolution of the Polish internal politics and challenge the maturity of the Polish democracy.

*Tomasz Pietrzykowski works at the Institute of Legal Theory and Philosophy of Law, Marek Migalski works at the Institute of Political Science; University of Silesia, Katowice, Poland.*

19 It was even remarked that the EU policy of sanctions against the state respecting rule of law as well as

democratic procedures appears somehow ridiculous when compared with relatively normal international

relations with some real murderers and dictators all over the world (R. Legutko, *op. cit.*).



# Wer fürchtet sich vor der verstärkten Zusammenarbeit?

Alexander Somek

## Napoléon vit

Chiracs Idee einer europäischen Avantgarde ruft in Österreich offenbar zusehends Beunruhigung hervor. Zur Wiederholung: Chirac hat im Juni dieses Jahres in einer Rede vor dem deutschen Bundestag vorgeschlagen, Deutschland und Frankreich sollten eine „Avantgarde-Gruppe“ von Staaten anführen, welche die Integration vertieft. Das dahinter stehende Motiv ist vordergründig. Die Osterweiterung lässt retardierende Effekte erwarten. Die wirtschaftlich und militärisch potenten Staaten sollten sich von den Nachzügler nicht fesseln lassen.

Bei einer unlängst in Alpbach abgehaltenen Podiumsdiskussion ließ Ministerin Ferrero-Waldner keinen Zweifel daran, dass Österreich es ablehne, in den zweiten Kreis der Integration relegiert zu werden. Um der Position Nachdruck zu verleihen, versammelte man hochrangige Vertreter aus den künftigen Beitrittsstaaten zum diplomatischen Pfeifkonzert. Sie demonstrierten mit Österreich Einigkeit darin, dass in Zukunft alle im Gleichschritt marschieren sollten. Durch die Schaffung eines exklusiven Clubs von europäischen Staaten erster Klasse werde die Einheit Europas unterminiert. Unklar blieb dabei allerdings, wovor wir uns eigentlich fürchten müssten, wenn wir uns vor der engeren Zusammenarbeit fürchten.

## Die Bedingungen von Amsterdam

Wenn man sich die einschlägigen Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags in Erinnerung ruft, ist zu erkennen, dass aufgrund der Verträge die Begründung der verstärkten Zusammenarbeit nur unter höchst eingeschränkten Bedingungen möglich ist. Zum einen können Frankreich und Deutschland nicht allein davon galoppieren. Nur eine Mehrheit von Mitgliedstaaten darf die

verstärkte Zusammenarbeit initiieren. Sollte sie einmal begründet worden sein, dann müsste die Teilnahme allen anderen Mitgliedstaaten offen stehen. Außerdem ist angesichts eng gezogener sachlicher Voraussetzungen schwer zu beurteilen, in welchen Sachbereichen eine engere Zusammenarbeit überhaupt begründet werden dürfte. Im Bereich der EG könnte es sich wohl nur um eher entlegene Bereiche wie Forschung, Kultur oder Standards der Sozialpolitik handeln. Am ehesten kommt die verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in Betracht. Allerdings ist unklar, welches Interesse die großen Staaten daran haben sollten, angesichts offener Grenzen im Interesse der inneren Sicherheit mit anderen Staaten nicht zu kooperieren. Würde dennoch die engere Zusammenarbeit nur mit einer Mehrheit der Mitgliedstaaten gesucht, könnte sie im schlimmsten Fall durch ein Veto der Staaten, die sich davon ausgeschlossen finden, verhindert werden. Durch den Amsterdamer Vertrag ist die Latte für die engere Zusammenarbeit also extrem hoch gelegt worden. Ich meine, genau dies sollte Anlass zur Sorge sein.

## Unabhängig vom Vertrag?

Denn gänzlich unbegründet ist die Beunruhigung nicht. Chirac hat in seiner Rede vor dem Bundestag in der Tat die Auffassung vertreten, die „Avantgarde-Gruppe“ könnte „notfalls“ auch außerhalb des EU-Vertrags kooperieren und etwa eine stärkere gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik verfolgen und gemeinsam die Kriminalität effektiver bekämpfen. Die Formulierung dieser Option gibt zu erkennen, dass der restriktive Charakter der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags ihre Schwäche ausmacht. Die gegenwärtigen

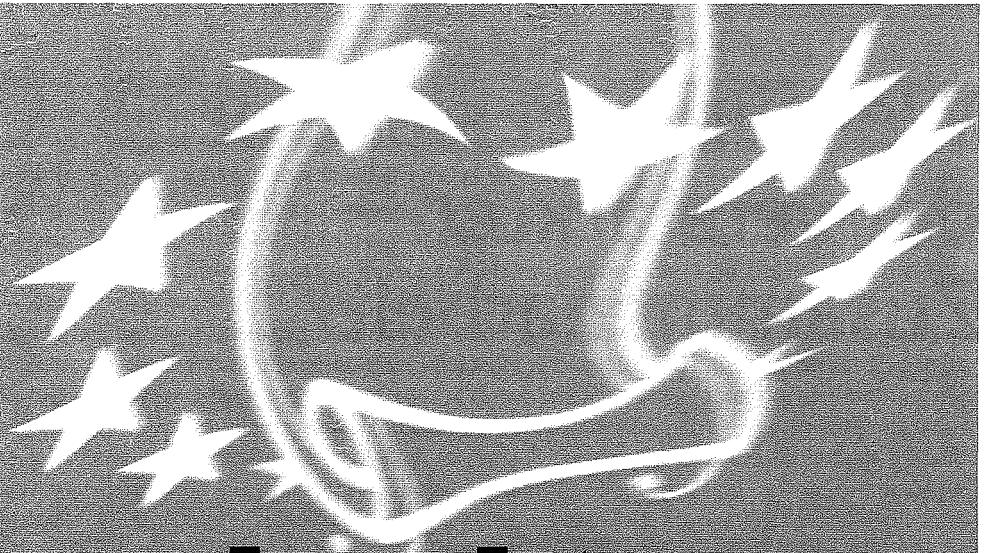
Regelungen über die verstärkte Zusammenarbeit bieten einen Anreiz, auf die bilaterale Ebene auszuweichen. Eine Teilnahme an den Verhandlungen durch die nicht-kooperierenden Staaten, wie sie der Amsterdamer Vertrag vorsieht, wäre damit ausgeschlossen. Die „Avantgarde“ bliebe gänzlich unter sich.

Gleichwohl wird in Hinkunft die flexible Zusammenarbeit von Mitgliedstaaten zumindest mit der Aufnahme neuer Mitglieder unumgänglich werden. Am Amsterdamer Vertrag ist zu kritisieren, dass die Flexibilisierung der Integration, die in sensiblen Bereichen wie der Währungsunion oder der Asyl- und Fremdenpolitik bereits eine Realität darstellt, noch nicht als neues Strukturprinzip des Einigungsprozesses begriffen worden ist. Sie ist unvermeidlich, weil andernfalls, damit sich Fortschritte überhaupt noch erzielen lassen, die fortschreitende Zentralisierung mit geringeren Partizipationsrechten der Mitgliedstaaten unumgänglich würde. Die politische Tragbarkeit der letzteren darf bezweifelt werden. Wenn man den Zentralismus unter Führung der „Achse Berlin – Paris“ vermeiden will, muss man auf die allseitig kontrollierte, aber weniger restriktive Flexibilisierung setzen.

Es wäre daher besser, Chiracs gewiss noch etwas vage Ideen aufzugreifen und zu verallgemeinern. Trotzige Kundgaben aus dem Donauraum sind kontraproduktiv. Die gegenwärtig vorgesehenen Bedingungen für verstärkte Zusammenarbeit müssen gelockert werden, und gleichzeitig ist darauf zu insistieren, dass sie nur aufgrund und im Rahmen der Verträge stattfinden darf. Flexibilität symbolisiert die ungebrochene Expansionsfähigkeit der Union. Sie ist Ausdruck dafür, dass es in Europa Diversität nicht nur kraft Subsidiarität, sondern auch durch überlappende Kreise im Zentrum des Integrationsprojekts geben kann.

*ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek lehrt am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien und ist Mitherausgeber des **juridikum**.*





# EU-Grundrechts- Neue Kleider **charta** für den Kaiser

## Von Köln (über die Alpen) nach Nizza – oder: Modernisierung in Europa?

Richard Soyer

Thema dieses Heftes sollten Fragen der Bildung und Ausbildung sein. Es ist jedoch anders gekommen. Schon vor Beginn der aktuellen Diskussion über „Studiengebühren“ war uns klar, dass das ursprünglich geplante Thema „Eingebildete Ausbildung – ausgebildete Einbildung“ nicht fallen gelassen, sondern nur auf das nächste Jahr verschoben wird.

Das neue Thema „EU-Grundrechtscharta“ haben wir uns nicht ausgesucht. Es kam vielmehr unaufgefordert zu uns, klopfte an die Türen der Redaktion, und war einfach da. So richtig ernst wurde es europaweit dem Anschein nach bislang aber eher nicht genommen. Neuerdings scheinen viele ob der Größe des Vorhabens in Bewunderung zu erstarren. Sind das nur die Stoffe oder die Farben der neuen Kleider des „Kaisers“? Oder findet in Europa ein Modernisierungsschub statt, der bei den Grundfesten (auch) der europäischen Gesellschaft – den Menschenrechten – ansetzt?

Fest steht jedenfalls: Eine besondere Weichenstellung in Sachen Grundrechte in Europa steht zur Entscheidung an, nachdem Anfang Juni 1999 auf der Tagung des Europäischen Rates in Köln die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedsstaaten der EU übereingekommen sind, eine Charta der Grundrechte zu entwickeln. Die überragende Bedeutung der Grundrechte für die UnionsbürgerInnen sei sichtbar zu verankern, so das Credo. Zur Ausarbeitung eines Entwurfes für

die Charta wurde ein Gremium, „Konvent“ genannt, eingesetzt. Die Ergebnisse der Beratungen sollen demnächst dem Europäischen Rat vorgelegt werden.

Der Grüne Parlamentsklub hat am 9. Juni 2000 zu einer Enquete ins Parlament eingeladen, bei der die Ansichten von Fachleuten zur „Europäischen Grundrechtscharta“ diskutiert wurden. Bei dieser Enquete referierte Meinungen scheinen bestens geeignet, das EU-Grundrechte-Thema dieses Heftes in seiner ganzen Breite den LeserInnen des **juridikum** vorzulegen. Damit findet die europaweit geführte Diskussion über die Grundprobleme einer „Europäischen Grundrechtscharta“ auch in Österreich einen ihr gebührenden Platz.

Der Autorin Sonja Puntischer-Riekmann und den Autoren Waldemar Hummer, Theo Öhlinger und Johannes Voggenhuber sei an dieser Stelle für die Überlassung der Manuskripte ihrer bei der Enquete gehaltenen Vorträge und Statements herzlich gedankt. Ein dieser Dokumentation angefügter Beitrag von Manfred Nowak und der „Zu.Satz“ von Christian M. Stadler erweitern das Spektrum dieses Themas und schließen es ab.

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

**1. Systematisierung der Grundrechtsjudikatur des EuGH: Beitritt der EG zur EMRK oder Ausarbeitung einer eigenen Grundrechtscharta?**

Der Vorschlag des deutschen Außenministers *Joschka Fischer* zur *Ausarbeitung einer Grundrechtscharta für die Union* vor dem Europäischen Parlament (EP) am 12. Jänner 1999<sup>1</sup> kam für die europäische Öffentlichkeit mehr als überraschend, wenngleich er sich „strukturell“ schon seit langem abgezeichnet hatte. Da die Gründungsväter der drei Europäischen Gemeinschaften weder in die Satzung der EGKS (1951), noch in die der EWG und EAG (1957) einen eigenen Grundrechtskatalog aufgenommen hatten, musste der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) (subsidiär) im Laufe der Zeit einen eigenen, richterrechtlich ausgestalteten Grundrechtsschutz entwickeln, um in den Gemeinschaften kein rechtsstaatliches Defizit entstehen zu lassen<sup>2</sup>. Dieser judikativ „von Fall zu Fall“ entwickelte Grundrechtsschutz<sup>3</sup> erreichte nach und nach aber eine solche Unübersichtlichkeit und Komplexität, dass eine Systematisierung, Straffung und Kodifizierung desselben angezeigt erschien.

Denkmöglich bot sich für eine solche Systematisierung der verstreuten Grundrechte vordringlich zwar (a) die Ausarbeitung eines eigenen *kodifizierten Grundrechtskataloges* an, daneben wurde aber (b) auch der *Beitritt der Gemeinschaft(en) zur „Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten“* (EMRK) ventiliert, der ja einen ähnlichen Effekt herbeiführen würde.

Ad (a) Ersteren Ansatz vertrat vor allem das *Europäische Parlament* (EP), das in einer Reihe von Entschlüssen nicht nur (abstrakt) die Ausarbeitung eines eigenen Grundrechtskatalogs forderte, sondern diesbezüglich auch schon konkrete Vorschläge machte. So enthielt bereits der sog. „*Luster-Pfennig*“-Entwurf für eine *Verfassung zur Gründung einer Europäischen Union*<sup>4</sup>, der am 14. September 1983 im EP angenommen wurde, in seinem Kap. II („Grundrechte und Grundfreiheiten“) einen komplett ausformulierten Grundrechtskatalog (Art. 4 bis 14), der in Grundrechte und Grundfreiheiten aufdifferenziert war. Der sog. „*Spinelli-Entwurf*“ eines „*Vertrages zur Gründung einer Europäischen Union*“,<sup>5</sup> der vom EP am 14. Februar 1984 angenommen wurde, enthielt zwar lediglich in Art. 4 („Grundrechte“) rudimentäre Ansätze eines Grundrechtsschutzes, setzte der Union in Art. 4 Ziff. 3 aber das Ziel, innerhalb von 5 Jahren nicht nur der EMRK, der Europäischen Sozialcharta und den beiden UN-Pakten (1966) beizutreten, sondern auch eine eigene Grundrechtsklärung zu verabschieden. Dieser zeitlichen Vorgabe entsprach das EP – im Vorfeld seiner dritten Direktwahl im Juni

1989 – am 12. April 1989, indem es in einer eigenen „*Erklärung über Grundrechte und Grundfreiheiten*“<sup>6</sup> einen Katalog von 24 meritorischen Grundrechten vorlegte, der einen gestuften Rechtsetzungsprozess einleiten sollten, an dessen Ende ein verbindlicher Grundrechtskatalog der Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union stehen sollte<sup>7</sup>. In seiner „*Entschließung zu den Regierungskonferenzen im Rahmen der Strategie des EP für die Europäische Union*“<sup>8</sup> vom 22. November 1990 wurde dem Art. 8 D (neu) eine eigene „*Erklärung der Grundrechte und Grundfreiheiten*“ (Art. 1 bis 27) angefügt, in der ein Katalog von 22 bzw. 24 (plus Petitionsrecht und Recht auf Umwelt und Verbraucherschutz) Grundrechten aufgelistet

# Eine „Grundrechtscharta“ für die Europäische Union

Waldemar Hummer

ist. Den bisher letzten Katalog von Grundrechten enthält der vom Institutionellen Ausschuss des EP erarbeitete „*Entwurf einer Verfassung der Europäischen Union*“<sup>9</sup> vom 10. Februar 1994, dessen Titel VIII 24 Grund- und Menschenrechte umfasst, wohingegen die Rechte der Unionsbürger an anderer Stelle genannt werden (Art. 3 bis 6).

Anlässlich der Ausarbeitung des Vertrages von Maastricht über die Europäische Union (1992) konnten sich die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ aber nicht auf die Ausarbeitung eines eigenen Grundrechtskatalogs für die Europäische Union (EU) einigen. Sie verankerten lediglich in Art. F Abs. 2 EUV die Verpflichtung, dass die Union die Grundrechte zu achten hat, „wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“. Damit wurde aber zumindest erstmals die Pflicht zur Beachtung der Grundrechte durch die Union bzw. die Gemeinschaften *primärrechtlich* verankert.

Ad (b) Letzteren Ansatz vertrat hingegen die *Kommission*, die bereits im April 1979 (!) die EWG erstmals aufgefordert hatte, der EMRK beizutreten<sup>10</sup> und diese Forderung auch in regelmäßigen Abständen erneuerte. Aber auch der *Rat* schloss sich dieser Überlegung an und stellte im April 1994 einen Gutachtenantrag an den EuGH<sup>11</sup>, um damit vom Ge-

1 Vgl. *Hummer, W.* Grundrechte in der Europäischen Union – Vom Richterrecht über eine Grundrechtscharta zur europäischen Verfassung, 9. *Herbert-Miehsler* – Gedächtnisvorlesung 1999, in: *Karl, W. – Brandl, U.* (Hrsg.), *Völkerrecht und Europarecht*, XXIV. Österreichischer Völkerrechtstag, 7. und 9. *Herbert-Miehsler* – Gedächtnisvorlesung, 2000, S. 289 ff (340).  
2 Die „Rechtsstaatlichkeit“ der Europäischen Gemeinschaften bestätigt der EuGH in ständiger

Rechtssprechung; vgl. zB. *Rs. 294/83, Les Verts*, Slg. 1986, S. 1339 ff.  
3 Vgl. dazu nachstehend auf S. 169.  
4 EP-Dok. 1-653/83 rev. II vom 26. 9. 1983; PE 86.372, S. 20 ff.  
5 PE 88.842, S. 27 ff. ABl. 1984, Nr. C 77, S. 33 ff.  
6 ABl. 1989, Nr. C 120, S. 52 ff.  
7 Vgl. *Beutler, B.* Die Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12. April 1989, in: *EuGRZ* 1989, S. 189.

8 EP-Dok. A3-270/90, vom 22. 11. 1990; ABl. 1990, Nr. C 324, S. 219 ff.  
9 ABl. 1994, Nr. C 61, S. 156 ff, 166 ff.  
10 Memorandum der Kommission betreffend den Beitritt der EG zur EMRK vom 4. April 1979; KOM(79) 210 endg. vom 2. Mai 1979; *BulleG-Beilage* 2/79.  
11 ABl. 1994, Nr. C 174, S. 8.



richtshof prüfen zu lassen, ob die EG der EMRK beitreten könne oder nicht. Da der EuGH in seinem Gutachten 2/94 vom 28. März 1996<sup>12</sup> aber die Möglichkeit des Beitritts der EG zur EMRK verneinte – „die Gemeinschaft verfügt beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht über die Zuständigkeit, der EMRK beizutreten“ – blieb diesbezüglich nur mehr die Variante übrig, den EG-Vertrag im Hinblick auf die Aufnahme eines Artikels, die der EG den Beitritt zur EMRK ermöglichen würde, zu novellieren.

Obwohl das Gutachten 2/94 des EuGH in unmittelbarer zeitlicher Parallelität zur Aufnahme der Regierungskonferenz 1996 zur Novellierung des EU-Vertrages idF des Vertrages von Maastricht erging – nämlich einen Tag bevor die Regierungskonferenz 1996 in Turin am 29. März 1996 begann<sup>13</sup> – war die Regierungskonferenz 1996 nicht bereit, eine solche Rechtsgrundlage im EG-Vertrag zu schaffen. Genauso wenig konnte sie sich aber entschließen, die Ausarbeitung eines eigenen Grundrechtskataloges voranzutreiben.<sup>14</sup> Damit waren aber beide „großen“ Alternativlösungen – Ausarbeitung einer eigenen Grundrechtscharta oder Beitritt der EG zur EMRK – zunächst gescheitert und es kam durch den Vertrag von Amsterdam (1997)<sup>15</sup> nur zu geringfügigen grundrechtlichen „Retuschen“<sup>16</sup>.

Unter dem Eindruck der bevorstehenden (Ost-)Erweiterung<sup>17</sup> stellte sich die Frage der Stärkung der Legitimität<sup>18</sup> und Identität der Union in verstärktem Maße, ging es doch darum, den Beitrittswerbern gegenüber die Finalität des europäischen Einigungsprozesses stärker zu betonen, wofür zum einen die Definition der gemeinsamen europäischen Grundwerte und zum anderen die Ausarbeitung einer Grundrechtscharta von besonderer Bedeutung erschienen.

Dementsprechend wurde in Art. 6 Abs. 1 EUV eine gemeinsame europäische „Werteplattform“ iSd horizontalen und vertikalen „Homogenitätsgebotes“<sup>19</sup> und in Art. 7 EUV ein entsprechendes Sanktionsverfahren für Verletzungen derselben verankert<sup>20</sup>. Daneben wurde aber auch in Art. 46 lit. d) EUV die bisher in Art. F Abs. 2 EUV verankerte Beachtung der Grundrechte (nunmehr 6 Abs. 2 EUV) einer speziellen Überprüfungsmöglichkeit durch den EUGH unterworfen. Politisch wiederum hielt es die deutsche „EU-Präsidenschaft“<sup>21</sup> für angezeigt, die ohnehin schon länger anstehende Frage der Kodifizierung einer Grundrechtscharta erneut aufzugreifen und zu einem Schwerpunkt ihrer Tätigkeit zu machen.

## 2. Der „Grundrechts-Konvent“: Mandat, Zusammensetzung und Charakteristik

Konsequenterweise setzte die deutsche Ratspräsidentschaft das Thema auf die Tagesordnung des Europäischen Rates von Köln vom 3./4. Juni 1999, der in der Folge einen eigenen „Beschluss zur Erarbeitung einer Charta der Grundrechte der Europäischen Union“<sup>22</sup> fasste und den zukünftigen Vorsitz Finnland ersuchte, bis zur Sondertagung des Europäischen Rates in Tampere Mitte Oktober 1999 die Voraussetzungen für die Umsetzung dieses Beschlusses zu fassen. Die Grundrechtscharta sollte

(a) zum einen die Freiheits- und Gleichheitsrechte sowie die Verfahrensgrundrechte umfassen wie sie in der EMRK gewährleistet sind;

(b) zum anderen Freiheits- und Gleichheitsrechte sowie die Verfahrensgrundrechte enthalten, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben;

(c) des Weiteren die Grundrechte enthalten, die nur den Unionsbürgern zustehen;

(d) ferner sind auch wirtschaftliche und soziale Rechte zu berücksichtigen, wie sie in der Europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961<sup>23</sup> und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989<sup>24</sup> enthalten sind (Art. 136 (ex-Art. 117 EGV). Sie sind aber nur dann aufzunehmen, sofern „sie nicht nur Ziele für das Handeln der Union begründen“, d. h. bloß programmatischen Charakter haben.

Dieses Mandat wirft eine Reihe von Fragen im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung der Grundrechtscharta auf, da diese in vielerlei Formen erfolgen könnte: (a) Verschmelzung der Grundrechtsjudikatur des EuGH mit der EMRK und ihren Zusatzprotokollen, angereichert um die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten; (b) „Abgleichung“ der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle mit den Grundrechtserklärungen des EP<sup>25</sup>; (c) Verknüpfung europäischer und internationaler Grundrechtsvergleiche; (d) alle bisherigen Varianten unter weiterem Einbezug von wirtschaftlichen und sozialen Grundrechten sowie von Rechten der Unionsbürger etc.

Wie immer die Kodifizierung der Grundrechte auch ausfallen wird, sie wird – falls sie einmal verbindlich werden sollte<sup>26</sup> – schwierige rechtsdogmatische Probleme aufwerfen, die hier nur ansatzweise angedeutet werden können. Es handelt sich dabei nämlich nicht nur um den Versuch einer Zusammenführung und Systematisierung ganz unterschiedlicher Rechte zur

12 EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996, S. I-1763 ff.  
13 Vgl. dazu Hummer, W. Der Reformbedarf für die Regierungskonferenz 1996, in: Staatssekretariat für Europäische Angelegenheiten (Hrsg.), Europa 1996. Mitbestimmen, Menschenrechte und mehr Demokratie (1995), S. 136 f.

14 „Die Ausformulierung eines Grundrechtskataloges wurde schon ziemlich schnell zu Beginn der Verhandlungen als nicht umsetzbar eingestuft“; Piepensneider, M. Der Vertrag von Amsterdam – Analyse und Bewertung, 3. Aufl. (1998), S. 14.  
15 ABl. 1997, Nr. C 340, S. 1 ff.

16 Vgl. Hummer (Fn. 1), S. 285 ff.  
17 Vgl. Hummer, W. Perspektiven der fünften Erweiterung der EG/EU – Rahmenbedingungen und „Kalender“ der „Osterweiterung“, in: Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich/Institut für den Donauraum und Mitteleuropa/BMFUKA (Hrsg.), Erweiterung der EU: Zukunft ohne Grenzen (1999), S. 9 ff.

18 Eine weitere entscheidende Rolle spielte aber auch die tiefe Glaubwürdigkeitskrise der Union, die im Rücktritt der Kommission am 16. März 1999 gipfelte und die nach einer neuen Legitimität der EU verlangte; vgl. dazu Hummer, W. – Obwexer, W. Der „geschlossene“ Rücktritt der Europäischen Kommission, in: Integration 2/1999, S. 77 ff.; Hummer, W. – Obwexer, W. Der „kollektive Rücktritt“ der Europäischen Kommission – Ein Rechtsirrtum?, in: EWS 5/1999, S. 161 ff.; Hummer, W. – Obwexer, W. Die „geschäftsführende Kommission“ der Europäischen Gemeinschaften, in: JRP 1999, S. 181 ff.  
19 Vgl. dazu nachstehend auf S. 168.

20 Die sog. „EU-Sanktionen“ gegen Österreich wurden allerdings außerhalb dieses Verfahrens, nämlich bloß im völkerrechtlichen Bereich der internationalen „Courtoisie“ verhängt; vgl. dazu Hummer, W. – Obwexer, W. Österreich unter „EU-Quarantäne“. Rechtsfolgen der Einflussnahme auf die Regierungsbildung eines Mitgliedstaates, in:

ecolex 3/2000, S. 250 ff.; Hummer, W. – Obwexer, W. Österreich unter „EU-Kuratel“ (Teil I), in: europa blätter 2/2000, S. 52 ff.; (Teil II) europa blätter 3/2000, S. 93 ff.; Hummer, W. – Obwexer, W. Die Wahrung der „Verfassungsgrundsätze“ der EU – Rechtsfragen der „EU-Sanktionen“ gegen Österreich, in: EuZW 2000, S. 485; Hummer, W. – Obwexer, W. Die Verhängung der „EU-Sanktionen“ und der mögliche Ausstieg aus ihnen, in: ZöR 2000, S. 269.

21 Vgl. dazu Hummer, W. – Obwexer, W. Die „EU-Präsidenschaft“, in: EuR 4/1999, S. 410 ff.

22 Europäischer Rat in Köln, 3./4. Juni 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes (SN 150/99 Anhang CAB), Anhang IV, D 76; BullEU 6/1999, Ziff. 1.64.

23 BGBl. Nr. 460/1969 idF BGBl. Nr. 284/1970.

24 KOM(89) 471 endg. vom 2. Oktober 1989.

25 Vgl. dazu vorstehend auf S. 163.

26 Vgl. dazu nachstehend auf S. 165.

Sicherung individueller Rechtspositionen – Grundfreiheiten, Grundrechte, Menschenrechte, Bürgerrechte, Unionsbürgerrechte, „besondere Rechte“<sup>27</sup>, allgemeine Rechtsgrundsätze etc. – sondern ganz grundlegend auch um den komplizierten Vorgang einer Kodifizierung von Richterrecht, das dabei von punktuell, anlassbezogenem Fallrecht in generell-abstrakte Normen umgegossen werden soll.<sup>28</sup> Sollte es dabei zu einer direkten Übernahme von Grundrechten aus der EMRK in das Recht der EU kommen, müsste vor allem abgeklärt werden, wie sich das Jurisdiktionsverständnis zwischen dem EuGH und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte darzustellen hat: da die EMRK ja im Lichte der Spruchpraxis ihres Gerichtshofs auszulegen ist, müsste der EuGH iSe gewissen „judicial self restraint“ die Judikatur des Straßburger Gerichtshofs „telle quelle“ übernehmen – eine Überlegung, die ihn – wie vorstehend bereits festgestellt wurde<sup>29</sup> – wohl schon einmal veranlasst hat, den Beitritt der Gemeinschaft zur EMRK zu verwerfen<sup>30</sup>.

Die Grundrechtscharta sollte rechtzeitig vor dem Europäischen Rat im Dezember 2000 in Nizza fertig gestellt sein. Der Europäische Rat wird dann dem EP, der Europäischen Kommission und dem Rat der EU vorschlagen, diese Grundrechtscharta – in Form einer (nichtbindenden) „Interorganvereinbarung“ – feierlich zu proklamieren. Danach wird zu prüfen sein, ob und gegebenenfalls auf welche Weise die Grundrechtscharta in die Verträge aufgenommen, d. h. kodifiziert und damit primärrechtlich verankert werden soll.

In der Folge fasste der Europäische Rat in Tampere am 15./16. Oktober 1999 einen Beschluss über „Zusammensetzung und Arbeitsverfahren des Gremiums zur Ausarbeitung des Entwurfs einer EU-Charta der Grundrechte sowie einschlägige praktische Vorkehrungen entsprechend den Schlussfolgerungen von Köln“<sup>31</sup>, in dem er einen „Grundrechts-Konvent“ in folgender Konfiguration – bestehend aus insgesamt 62 Mitgliedern, die aus 15 Beauftragten der Staats- und Regierungschefs, 1 Beauftragten des Präsidenten der Kommission, 16 Mitgliedern des EP und 30 Mitgliedern von nationalen Parlamenten (je 2 aus jedem Mitgliedstaat) rekrutiert werden – einsetzte. Als Beobachter werden zwei Vertreter des EuGH und zwei Repräsentanten des Europarates, darunter einer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, zugezogen. Anhörungsberechtigte Einrichtungen der EU sind der Wirtschafts- und Sozialausschuss, der Ausschuss der Regionen und der Europäische Bürgerbeauftragte. Der „Grundrechts-Konvent“ kann ferner sonstige Gremien, gesellschaftliche Gruppen oder Sachverständige hören.

Österreich nominierte in dieses Gremium als Regierungsvertreter Ex-Bundeskanzler Franz Vranitzky (SPÖ), und als Vertreter aus dem österreichischen Nationalrat Ex-Nationalratspräsident Heinrich Neisser (ÖVP) sowie Harald Ofner (FPÖ). Als Vertreter des EP arbeiten die beiden Österreicher Johan-

nes Voggenhuber (Grüne) und Hans-Peter Martin (SPÖ) mit. Nachdem Vranitzky am 9. Februar 2000 seinen Rücktritt erklärt hatte, wurde er in der Folge durch Neisser ersetzt, dessen freigewordenes Mandat wiederum durch Caspar Einem (SPÖ) wahrgenommen wird. Der „Grundrechts-Konvent“ versammelte sich erstmals am 17. Dezember 1999 und wählte den ehemaligen deutschen Bundespräsidenten Roman Herzog zu seinem Vorsitzenden.

Von der Methode her wurde damit für die Ausarbeitung der Grundrechtscharta ein in der Geschichte der europäischen Integration bisher einmaliger Weg gewählt. Der Europäische Rat verzichtete nämlich dabei bewusst auf das immer weniger zufrieden stellende Verfahren einer novellierenden Regierungskonferenz und schlug ein völlig neues Verfahren vor, bei dem Regierungsvertreter und Parlamentarier eng zusammenarbeiten, letztere aber eindeutig in der Überzahl sind. Dieses, von Abgeordneten – sowohl der nationalen Parlamente als auch des EP – dominierte Gremium hat zwar zunächst nur eine (unverbindliche) „Interinstitutionelle Vereinbarung“ auszuarbeiten, die Grundrechtscharta könnte danach aber auch, allerdings wieder nur gemäß dem Verfahren einer novellierenden Regierungskonferenz iSv Art. 48 EUV, Bestandteil der Verträge werden. Obwohl es dabei doch noch zu der einen oder anderen Änderung in der Textierung der vorgeschlagenen Grundrechtscharta kommen könnte, würde deren Text im Großen und Ganzen – iSd römischen Rechtsparömie „scripta manent“ – unverändert bleiben. Damit wäre aber dann eine Primärrechtsänderung eingetreten, deren Textierung nicht von einer von den Mitgliedstaaten dominierten Regierungskonferenz, sondern von einem von Parlamentariern dominierten Gremium, ausgearbeitet worden ist – ein absolutes Novum bei der Novellierung der Verträge, und in gewissem Sinn bereits ein „Vorläufer“ späterer Vertragsänderungen durch eine „Konstituante“, die nicht mehr allein durch Staatenvertreter dominiert wird. Damit würde die Union aber ihre bisher (völkerrechtliche) vertragsrechtliche Basis verlassen und à la longue eine Art „Kompetenz-Kompetenz“ iSe „pouvoir constituant“ erhalten.<sup>32</sup>

### 3. Der erste Textentwurf einer Grundrechtscharta seitens des „Grundrechte-Konvents“

Im Laufe des Monats Mai 2000 hat der Grundrechts-Konvent erste Textentwürfe für die EU-Grundrechtscharta vorgelegt, die insgesamt 50 Artikel umfassen. Die Artikel 1 bis 30 beinhalten bürgerliche und politische Rechte sowie Rechte der Bürger<sup>33</sup>, die Artikel 31 bis 45 normieren wirtschaftliche und soziale Rechte und die Artikel 46 bis 50 sind den sog. „horizontalen Bestimmungen“ gewidmet<sup>34</sup>.

Gem. Art. 46 Abs. 1 soll die Charta primär auf die Organe und Einrichtungen in der EU Anwendung finden. Darüber hinaus müssen aber auch die Mitgliedstaaten die Charta beachten, und zwar immer dann, wenn sie „im Geltungsbereich

27 Vgl. dazu Hummer, W. Grundrechte und grundrechtsähnliche Verbürgungen in den Europäischen Gemeinschaften – Versuch einer Systematisierung und gegenseitigen Abgleichung, in: Schwind, F. (Hrsg.), Aktuelle Fragen zum Europarecht aus der Sicht in- und ausländischer Gelehrter (1986), S. 60 ff.

28 Vgl. Hummer, W. – Obwexer, W. Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour? Reflexionen über das britische Memorandum über

den EuGH vom 23. 7. 1996 zur Frage der „korrigierenden Kodifikation“ von Richterrecht des EuGH, in: EuZW 10/1997, S. 304.

29 Vgl. dazu vorstehend auf S. 164.

30 Vgl. dazu vorstehend auf S. 164.

31 Europäischer Rat in Tampere, 15./16. 10. 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes (SN 200/99 CAB), Anlage.

32 Vgl. dazu Hirsch, G. Gemeinschaftsgrundrechte: Rechtsprechung des EuGH, Verhältnis zum

Grundgesetz, EU-Charta, in: Vertretung der Europäischen Kommission in der BRD (Hrsg.), Eine europäische Charta der Grundrechte. Beitrag zur gemeinsamen Identität, in: Europäische Gespräche 2/1999, S. 49.

33 CHARTE 4284/00 vom 5. Mai 2000 und CHARTE 4333/00 vom 4. Juni 2000.

34 CHARTE 4316/00 vom 16. Mai 2000.

**Bürgerliche und politische Rechte der Bürger**

- Art 1 Würde des Menschen
- Art 2 Recht auf Leben
- Art 3 Recht auf Unversehrtheit des Menschen
- Art 4 Verbot der Folter und der unmenschlichen Behandlung
- Art 5 Verbot der Sklaverei und der Zwangsarbeit
- Art 6 Recht auf Freiheit und Sicherheit
- Art 7 Recht auf wirksame Beschwerde
- Art 8 Recht auf ein unparteiisches Gericht
- Art 9 Unschuldsumutung und Rechte der Verteidigung
- Art 10 Keine Strafe ohne Gesetz
- Art 11 Recht, wegen derselben Sache nicht zweimal vor Gericht gestellt oder bestraft zu werden
- Art 12 Achtung des Privat- und Familienlebens
- Art 13 Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen
- Art 14 Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit
- Art 15 Freiheit der Meinungsäußerung
- Art 16 Recht auf Bildung
- Art 17 Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit
- Art 18 Recht auf Zugang zu Dokumenten
- Art 19 Datenschutz
- Art 20 Eigentumsrecht
- Art 21 Asylrecht und Ausweisung
- Art 22 Gleichheit und Nichtdiskriminierung
- Art 23 Recht der Kinder
- Art 24 Politische Parteien
- Art 25 Aktives und passives Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament
- Art 26 Aktives und passives Wahlrecht bei den Kommunalwahlen
- Art 27 Recht auf gute Verwaltung

- Art 28 Der Bürgerbeauftragte
- Art 29 Petitionsrecht
- Art 29<sup>bis</sup> Diplomatischer und konsularischer Schutz
- Art 30 Freizügigkeit

**Wirtschaftliche und soziale Rechte**

- Art 31 Rechte und Grundsätze für den Sozialbereich
- Art 32 Berufsfreiheit
- Art 33 Pflicht zu Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Unternehmen
- Art 34 Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen
- Art 35 Recht auf Ruhezeit und Jahresurlaub
- Art 36 Gesunde und sichere Arbeitsbedingungen
- Art 37 Schutz der Jugendlichen
- Art 38 Recht auf Schutz im Falle der Entlassung
- Art 39 Recht, Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang zu bringen
- Art 40 Recht der Wanderarbeitnehmer auf Gleichbehandlung
- Art 41 Soziale Sicherheit und soziale Unterstützung
- Art 42 Gesundheitsschutz
- Art 43 Behinderte
- Art 44 Umweltschutz
- Art 45 Verbraucherschutz

**Horizontale Bestimmungen**

- Art 46 Anwendungsbereich
- Art 47 Einschränkung der gewährleisteten Rechte
- Art 48 Im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft festgelegte Bedingungen und Grenzen
- Art 49 Schutzniveau
- Art 50 Verbot des Missbrauchs der Rechte

des Rechts der Union“ handeln. In Art. 47 ist eine allgemeine Regelung für die Einschränkung der Grundrechte festgelegt. Demnach muss jede Einschränkung der Charta-Rechte durch die zuständige gesetzgebende Instanz vorgesehen werden (sog. „Gesetzesvorbehalt“). Dabei darf aber der Wesensgehalt der Rechte nicht angetastet werden (sog. „Wesensgehaltsgarantie“). Weiters muss jede Einschränkung – unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – innerhalb der Grenzen bleiben, die für den Schutz legitimer Interessen in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sind (sog. „Allgemeininteressen“ und „Verhältnismäßigkeit“). Nicht zuletzt dürfen Einschränkungen nicht über die im Rahmen der EMRK zulässigen Einschränkungen hinausgehen (sog. „Mindeststandard der EMRK“). Gem. der Kollisionsregel des Art. 48 sind die in der Charta normierten Grundrechte, die auch im EG-Vertrag geregelt sind – wie zB. das Recht auf Freizügigkeit, das Wahlrecht zum EP, das Kommunalwahlrecht, das Beschwerderecht beim Bürgerbeauftragten etc. – auf der Grundlage der einschlägigen Vertragsbestimmungen auszuüben (sog. „Vorrang des EG-Vertrages gegenüber der Charta“). Gem. Art. 49 darf die Charta nicht zu einer Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten führen, die in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten, das Völkerrecht und die internationalen Übereinkommen anerkannt werden, zu deren Vertragsparteien die

Union, die Gemeinschaft oder alle Mitgliedstaaten gehören, darunter insbesondere die EMRK. Art. 50 verbietet den Missbrauch der in der Charta normierten Rechte, und zwar in dem Sinne, dass die Charta nicht so ausgelegt werden darf, als begründe sie das Recht, eine Tätigkeit auszuüben, die darauf abzielt, die in der Charta anerkannten Rechte abzuschaffen oder stärker einzuschränken, als dies in der Charta selbst vorgesehen ist (sog. „Missbrauchsvorbehalt“)<sup>35</sup>.

Der am 28. September 2000 vom Konvent vorgelegte endgültige Entwurf der Grundrechtscharta (CHARTe 4487/00), der am informellen Europäischen Rat in Biarritz vom 13./14. Oktober 2000 angenommen werden soll, ist nur geringfügig modifiziert und enthält genau 50 Grundrechte sowie vier allgemeine Bestimmungen.

**4. Die Grundrechtscharta als Baustein einer späteren „Verfassung“ der Union?**

Vom Inhalt her stellt die Ausarbeitung einer Grundrechtscharta einen wesentlichen Schritt in Richtung auf eine „Konstitutionalisierung“ und damit „Etatisierung“ der Union dar. Der Auftrag des Europäischen Rates von Köln „muss im Zusammenhang mit dem Beginn einer europäischen Verfassungsdebatte gesehen werden. Pragmatisch sollte versucht werden, die Grundrechtscharta als zentrales Element einer europäischen Verfassung auf den Weg zu bringen“.<sup>36</sup> Völlig konse-

<sup>35</sup> Vgl. ZER 3/2000, S. 60 f.

<sup>36</sup> Schmuck, O. Die Ausarbeitung der Europäi-

schen Grundrechtscharta als Element der Verfassungsentwicklung, in: integration 1/2000, S. 48.



quent verkündete daher auch der deutsche Außenminister *Joschka Fischer*, der – wie eingangs bereits erwähnt – auch der „spiritus rector“ der Grundrechtscharta war, am 12. Mai 2000 die Idee eines „Bundesstaates Europa“, d. h. die Umwandlung des gegenwärtigen (völkerrechtlichen) Staatenbundes in der EU in einen (staatsrechtlichen) Bundesstaat. Ohne einen Bundesstaat seien nach (privater) Ansicht *Fischers* die Probleme im künftigen „Klub der 30“ nicht zu lösen: „Das heißt nichts Geringeres als ein europäisches Parlament und eine europäische Regierung, die tatsächlich die gesetzgebende und exekutive Gewalt innerhalb der Föderation ausüben“. Ein solcher Bundesstaat müsse sich aber die Souveränität mit seinen Mitgliedern subsidiär teilen. Das bedeute ein Zweikammersystem: eine Kammer mit direkt gewählten Abgeordneten, die zugleich Mitglieder der nationalen Parlamente sind; und eine zweite Kammer, die entweder einem Senatsmodell mit direkt gewählten Senatoren der Mitgliedstaaten entspreche oder aber eine Staatenkammer beinhalte – entsprechend dem Bundesrat als Länderkammer in Deutschland und Österreich. Die EU-Regierung solle entweder von den Regierungen der Mitgliedstaaten bestimmt oder auch direkt gewählt werden. Voraussetzung dafür sei ein Verfassungsvertrag, der ein großer europäischer Kompromiss sein müsse<sup>37</sup>.

*Fischer* schlug in diesem Zusammenhang ein „Gravitätszentrum“ vor, bei dem Deutschland und Frankreich die Mitte bilden sollten. Diese Avantgarde darf aber niemals exklusiv sondern muss für alle Mitgliedstaaten und Beitrittskandidaten der EU offen sein, wenn diese zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Gravitätszentrum beitreten wollen. Für alle, die teilnehmen wollen, müsse es spezielle „Heranführungsstrategien“ geben. Damit rekurriert *Fischer* erneut auf das Instrument der „verstärkten Zusammenarbeit“ bzw. „Flexibilität“, wie es ansatzweise bereits im EU-<sup>38</sup> und EG-Vertrag<sup>39</sup> angelegt ist. Dieser Vorschlag *Fischers* wurde von einigen Mitgliedstaaten (zunächst) begrüßt (zB. von Frankreich<sup>40</sup>, Belgien, Spanien, Portugal), von anderen wiederum abgelehnt (von den skandinavischen Ländern und Großbritannien, aber auch der Europäischen Kommission)<sup>41</sup>.

Sieht man den Grundrechtskatalog als „Fundament“ einer zu schaffenden europäischen „Verfassung“, dann stellt sich zunächst die Frage nach dem richtigen Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des zu verfassenden Organismus: „Soll es sein: die Europäische Union?; die Europäische Gemeinschaft?; die Europäischen Gemeinschaften<sup>42</sup>; die Gesamtheit von Gemeinschaften und Union?; die Gesamtheit von Union und Mitgliedstaaten; die Gesamtheit von Union, Gemeinschaften und Mitgliedstaaten?“<sup>43</sup> Erst nach Klärung der Frage, welcher Organismus eigentlich „verfasst“ werden soll, lassen sich die Anforderungen an den dann notwendigen Grundrechtsschutz sowie an die „Verfassung“ derselben (genau) bestimmen.

Geht man von einer „Verfassung“ für die *Europäischen Gemeinschaft(en)* aus, dann würde man damit dem Umstand Rechnung tragen, dass es im Zuge der Fortentwicklung der Integration offensichtlich zu einer solchen „Verdichtung“ der Verbandsgewalt und Verstärkung der „Eingriffstiefe“ der Hoheitsakte derselben gekommen ist, dass der Schutz der individuellen Rechtssphäre vor diesen Rechtsakten ebenso dringlich erscheint, wie vor denen staatlicher Hoheitsgewalt, und dementsprechend nur – in staatsrechtlicher Analogie – durch eine „Verfassung“ (mit Gewaltenteilung und Grundrechtskatalog) garantiert werden kann.

Bindet man aber *Union und Gemeinschaften* zusammen, dann handelt es sich weder um (traditionelle) internationale Organisationen noch um Staaten sondern um ein bisher noch nicht gekanntes „zielgebundenes transnationales Gemeinwesen eigener Art“,<sup>44</sup> dessen öffentliche Hoheitsgewalt – soweit Parallelen zu staatlichen Gemeinwesen bestehen – gemeinsamen Grundanforderungen an die „Verfasstheit“ staatlicher Verbände qualitativ genügen muss, wenngleich dies nicht in einer „sklavischen Übernahme“ deren Strukturen bestehen müsste. Während nämlich Rechtsstaatlichkeit und Individualrechtsschutz im *Staatsrecht* unabhängig mit *Gewaltenteilung* und *Grundrechtskatalog* junktiviert sind, kann die Verbandsgewalt der Gemeinschaften ähnliche rechtsstaatliche Leistungen erbringen (und erbringt sie auch täglich)<sup>45</sup>, ohne dergestalt organisiert zu sein. Die Übernahme eines dieser beiden Elemente, nämlich des Grundrechtskatalogs, würde keinesfalls (dogmatisch) notwendigerweise auch die Übernahme des anderen rechtsstaatlichen Organisationsprinzips, d. h. der Gewaltenteilung, bedingen. Daher ist die Verankerung einer Grundrechtscharta im Verbandsrecht der Gemeinschaften nicht unausweichlich der Schritt zu einer nunmehr erforderlichen „Etatisierung“ und staatsrechtlichen Parallelisierung der Verbandsgewalt iSd Einführung eines „verfassten“ gewaltenteilenden Systems staatsrechtlicher Provenienz, das das bisherige originelle „sui generis“-System – Prinzip des sog. „institutionellen Gleichgewichts“ iSv verbandlicher „checks and balances“<sup>46</sup> – im Schoß der Gemeinschaften zwingend ersetzen muss.

Damit ist man aber zur Jahrtausendwende – nach beinahe 50 Jahren Integrationsgeschichte – wieder genau bei derselben Frage angelangt, vor die sich die Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaften Anfang/Mitte der 50-er Jahre gestellt gesehen haben: „Etatisierung“ und staatsrechtliche Parallelisierung der Verbandsgewalt der Gemeinschaften oder Ausgestaltung derselben in einer originellen, „sui generis“ – Struktur. Es geht daher nachstehend darum, den Blick zurückzuwenden und wieder auf die Anfänge der europäischen Union zu Beginn der 50-er Jahre zu richten.

37 Zitiert nach *König, E.* Joschka Fischers Vision: Bundestaats Europa, in: Die Presse vom 13. 5. 2000.

38 Art. 40, 43 bis 45 EUV.

39 Art. 11 EGV; vgl. dazu *Hummer, W.* Der Vertrag von Amsterdam aus völkerrechtlicher Sicht. Vereinfachung oder Fusion der Verträge, Rechtspersönlichkeit der Union, Flexibilität, in: *Kirt, R.* (Hrsg.), Der Vertrag von Amsterdam – Ein Vertrag für alle Bürger (1998), S. 37 ff (56 ff).

40 Vgl. dazu *Smonig, R.-König, E.* Deutsch-franzö-

sische Inspektion für den gemeinsamen Europa-Motor, in: Die Presse vom 20. 5. 2000.

41 *Fischer*-Vision löst eine lebhaftige Debatte aus, in: Die Presse vom 16. 5. 2000.

42 In diesem Zusammenhang muss auch bedacht werden, dass der zeitliche Geltungsbereich des EGKS-Vertrages am 23. Juli 2002 ausläuft; vgl. *Hummer* (Fn. 39), S. 40 ff.

43 Vgl. *Müller-Graff, P.-C.* Europäische Verfassung und Grundrechtscharta: Die Europäische Union

als transnationales Gemeinwesen, in: *Integration* 1/2000, S. 34.

44 *Müller-Graff* (Fn. 43), S. 36.

45 Vgl. Fn. 2.

46 Vgl. *Hummer, W.* Das „institutionelle Gleichgewicht“ als Struktur determinante der Europäischen Gemeinschaften, in: *Miehsler, H. – Mock, E. – Simma, B. – Tammelo, I.* (Hrsg.), *Ius humanitatis*. FS für *A. Verdross* (1980), S. 459 ff.

**5. „Strukturelle Kongruenz und Homogenität“ zwischen Staats- und Verbandsgewalt?**

*5.1. Das Postulat der „strukturellen Kongruenz und Homogenität“*

Ausgehend von der Überlegung, bloß einen „Zweckverband funktioneller Integration“<sup>47</sup> zur (sektoriellen) wirtschaftlichen Integration der Montanmärkte zu errichten, sahen es die Gründungsväter der *Montanunion* im Jahre 1951 als entbehrlich an, in die Satzung der EGKS einen eigenen Grundrechtskatalog aufzunehmen<sup>48</sup>. Als regionale Präferenzzone iSv Art. XXIV GATT<sup>49</sup> zur Liberalisierung des intrazonalen Handels mit Montanprodukten schien sie prima facie nicht geeignet, in die geschützte Individualrechtssphäre der „Marktbürger“ eingreifen zu können. Anders ging man allerdings zwei Jahre später bei der Konzeption der „Europäischen Politischen Gemeinschaft“ (EPG) vor, der man offensichtlich eine solche Beeinträchtigung sehr wohl zutraute. Dementsprechend erklärte auch Art. 3 des Satzungsentwurfes der EPG<sup>50</sup> vom 10. März 1953 die EMRK ausdrücklich zum „integrierenden Bestandteil“ der Satzung, und das, obwohl die EMRK zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht in Kraft gestanden war (!).<sup>51</sup> Offensichtlich haben die Gründungsväter hierbei zwischen Zweckverbänden (bloß) funktioneller wirtschaftlicher Integration und solchen politischer Natur sehr wohl unterschieden.

Besonders virulent wurde die Frage der Notwendigkeit eines Grundrechtsschutzes gegen die Verbandsgewalt einer supranationalen Organisation im Zuge der Debatte über die Übertragung von Hoheitsrechten der Bundesrepublik Deutschland auf die zeitlich parallel konzipierte „Europäische Verteidigungsgemeinschaft“ (EVG), die unter dem Etikett „Kampf um den Wehrbeitrag“ in die Literatur Eingang gefunden hat. Dabei standen sich Vertreter der Lehre von der „strukturellen Kongruenz und Homogenität“ und Gegner dieser Anschauung gegenüber<sup>52</sup>. Erstere forderten, dass „die Struktur der EVG (. . .) der innerstaatlichen Bundesverfassungsordnung kongruent sein muß“, d. h., „daß die EVG eine der Bundesverfassung entsprechende demokratische, föderalistische und rechtsstaatliche Verfassung hat“<sup>53</sup>. Dementsprechend dürften „bundesrepublikanische Hoheitsrechte“ nur auf solche internationale/supranationale Organisationen übertragen werden, deren Struktur der Struktur des bundesrepublikanischen Staatswesens iSd Bonner GG (1949) kongruent ist.

Obwohl sich die These von der „strukturellen Kongruenz und Homogenität“ zwischen der Staats- und Verbandsgewalt letztlich nicht durchsetzen konnte – sie beruhte nämlich auf einem zu stark „grundgesetzintroversierten Denken“ iSd Betonung der besonderen Sicherungen bundesrepublikanischer „ordre public“-Verbürgungen in Art. 20 iVm Art. 79 Abs. 3 GG – so enthält sie doch den ganz wichtigen Grundge-

danken, dass die Verbandsgewalt stets ein „gewisses Maß“ an „struktureller Kongruenz“ aufweisen muss, damit die Etablierung einer solchen Verbandsgewalt von den Mitgliedstaaten überhaupt konsentiert wird.

Im „Homogenitätsgebot“ des Art. 6 Abs. 1 EUV feiert die Lehre von der „strukturellen Kongruenz und Homogenität“ übrigens wieder Auferstehung, da dieses – in seiner „vertikalen“ Variante – im Grunde nichts anderes besagt, als dass die Verbandsgewalt der Gemeinschaft mit den Strukturen der Staatsgewalt der Mitgliedstaaten „homogen“ sein muss<sup>54</sup>.

*5.2. Die Nichtbeachtung des Postulats der „strukturellen Kongruenz und Homogenität“ bei der Gründung der Europäischen Gemeinschaften*

Die Gründungsväter der EWG (und der EAG) hielten sich bei der Ausgestaltung der Verbandsgewalt nicht an die Vorgabe einer verpflichtenden „strukturellen Kongruenz und Homogenität“, sondern konzipierten die Gemeinschaften gerade nicht in Parallelität zum staatsrechtlichen Organisationsmodell, indem sie die Verbandsgewalt nicht gewaltenteilend strukturierten und auch nicht einem eigenen Grundrechtskatalog unterwarfen. Dabei gingen sie von folgenden Überlegungen aus.

Im Unterschied zur *Staatsgewalt*, die – zur Sicherung individueller Freiräume der einzelnen Staatsbürger – nur dann rechtsstaatlich verfasst ist, wenn sie gewaltenteilend organisiert und mit einem Grundrechtskatalog ausgestattet ist, war die *Verbandsgewalt* der Europäischen Gemeinschaften primär nicht auf die Verwirklichung des Individualrechtsschutzes, sondern vielmehr auf die effektive Erreichung der Verbandsziele – Zollunion und Gemeinsamer Markt, wozu später noch Binnenmarkt und Wirtschafts- und Währungsunion hinzukamen – ausgerichtet, ohne dabei primär auf individuelle Rechtspositionen Einzelner iSe eigenen Grundrechtsschutzes Rücksicht zu nehmen. Dementsprechend besteht die Verbandsgewalt der Gemeinschaften auch nicht aus einzelnen „Gewalten“, die sich – wie in der „Gewaltenteilung“ des Staatsrechts – zum Wohle des Individuums gegenseitig hemmen und kontrollieren, sondern sie ist in einzelne „Funktionen“ aufdifferenziert, innerhalb derer dasjenige Organ diejenigen Kompetenzen wahrnimmt, für die es gründungsvertraglich am besten ausgestattet wurde. Das heißt mit anderen Worten, dass die „*Funktionenordnung*“ im Verbandsrecht der Gemeinschaften nicht dazu konzipiert wurde, um dem „Marktbürger“ den größtmöglichen individuellen Freiraum zu verschaffen, sondern – geradezu im Gegensatz dazu (d. h. ohne auf den Einzelnen im Speziellen „Rücksicht zu nehmen“) –, um die Verbandsziele so effektiv als möglich zu verwirklichen. *Hans-Peter Ipsen* vertrat noch 1972 (!) die These, dass Rechtsakte der Gemeinschaftsorga-

47 Vgl. *Ipsen, H.-P.* Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S. 196 ff, 254.

48 Vgl. dazu *Griffiths, R.* Die Benelux-Staaten und die Schumanplan-Verhandlungen, in: *Herbst, L. – Bühner, W. – Sowade, H.* (Hrsg.), Vom Marshallplan zur EWG (1990), S. 263 f.

49 Die EGKS entsprach als bloß sektorielle Teilintegration nicht den Voraussetzungen des Art. XXIV GATT und musste daher am 10. 11. 1952 einen sog. „waiver“ gem. Art. XXV Abs. 5 GATT bekommen; vgl. *Steinberger, H.* GATT und regionale Wirtschaftszusammenschlüsse (1963), S. 211 ff.

50 Text in: *Weidenfeld, W.* (Hrsg.), Wie Europa verfasst sein soll. Materialien zur Politischen Union, *Bertelsmann-Stiftung – Arbeitspapiere* 7 (1991), S. 251 ff.

51 Die EMRK wurde am 4. November 1950 unterzeichnet, trat allerdings erst am 3. September 1953 in Kraft.

52 Vgl. *Kraus, H.* Das Erfordernis struktureller Kongruenz zwischen der Verfassung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und dem Grundgesetz-Gutachten, in: Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V., Der Kampf

um den Wehrbeitrag, Bd. II (1953), S. 545 ff; *Kraus, H.* Strukturelle Kongruenz und Homogenität, in: *Der Göttinger Arbeitskreis* (Hrsg.), Mensch und Staat in Recht und Geschichte, FS für *H. Kraus* (1954), S. 112 ff.

53 *Kraus* (Fn. 52), S. 546.

54 Vgl. dazu *Hummer, W.* Demokratie- und Legitimationsdefizit der Europäischen Union? Strukturelle Kongruenz und Homogenität zwischen Staats- und Verbandsgewalt supranationaler Organisationen, in: *Reinalter, H.* (Hrsg.), Die Zukunft der Demokratie (2000).

ne kaum Bereiche berühren, die in den nationalen Grundrechtskatalogen geschützt sind.<sup>55</sup>

Diese völlig andere Konzeption der „Funktionenordnung“ (der Verbandsgewalt) im Vergleich zur „Gewaltenteilung“ (der Staatsgewalt) führte zur Ausbildung einer bis dahin völlig unbekannt, originellen „sui generis“ Konzeption einer verbandlichen „Funktionenordnung“ mit speziellen „checks and balances“: der Rat (als exekutiv rekrutiertes Organ) war ein Legislativorgan mit exekutiven Befugnissen; die Kommission (ohne Entsprechung im Staatsrecht) war ein Exekutivorgan mit (delegierten) legislativen Befugnissen und die (ursprüngliche) Versammlung bzw. das (später umbenannte) Europäische Parlament war (zunächst) ein Konsultativorgan mit Kontrollbefugnissen. Lediglich der Gerichtshof (EuGH) entsprach grosso modo den staatsrechtlichen Modellvorstellungen eines Justizorgans.<sup>56</sup>

Damit waren die Europäischen Gemeinschaften aber nicht nur nicht „gewaltenteilend“, sondern sogar „gewaltensfusionierend“ organisiert, da die Legislative in der Hand eines Exekutivorgans lag. Da die Gemeinschaften darüber hinaus auch über keinen Grundrechtskatalog verfügten, stellte sich sofort die Frage nach ihrer rechtsstaatlichen Natur, da Rechtsstaatlichkeit (im Staatsrecht), wie vorstehend bereits erwähnt, ja unabdingbar mit dem Prinzip der „Gewaltenteilung“ und dem Vorliegen eines Grundrechtskatalogs junktiviert ist.

### 5.3. Surrogate der Rechtsstaatlichkeit im Verbandsrecht

Interessanterweise war die Gründung dieser drei Europäischen Gemeinschaften aber in keinem der sechs Gründungsmitglieder mit einer (Gesamt-)Änderung der (jeweiligen) Verfassung verbunden<sup>57</sup>, womit – iSe „argumentum e contrario“ – der unwiderlegbare Beweis vorliegt, dass die für den Abschluss der Gründungsverträge zuständigen Organe (Regierungen, Parlamente und Staatsoberhäupter) davon ausgegangen sein mussten, dass die drei Europäischen Gemeinschaften genauso rechtsstaatlich konfiguriert sind, wie ihre Mitgliedstaaten. Wie konnte dies aber möglich sein, wo doch Rechtsstaatlichkeit (im staatsrechtlichen Sinn) unabdingbar an das Prinzip der Gewaltenteilung und das Vorliegen eines Grundrechtskatalogs gebunden war – beide Instrumente in den Gemeinschaften aber (bewusst) nicht verwirklicht waren? Die Lösung lag einfach darin, dass man davon ausging, dass die Gemeinschaftsverträge offensichtlich rechtsstaatliche „Surrogate“ enthielten bzw. – wegen des andersartigen Charakters der „Funktionenordnung“ – gar nicht enthalten mussten: die fehlende Gewaltenteilung sei durch ein originelles System von „checks and balances“ iSe „institutionellen Gleichgewichts“<sup>58</sup> in der Willensbildung der Gemeinschaften substituiert – so kommt der Kommission zwar nur die Initiative zur Rechtssetzung zu, der Rat als Legislativorgan kann

aber nur auf Initiative der Kommission tätig werden – und ein Grundrechtskatalog sei deswegen entbehrlich gewesen, da die Gemeinschaften lediglich „Zweckverbände funktionaler Integration“ seien, deren Verbandsgewalt dementsprechend nicht in Grundrechtspositionen Einzelner eingreifen könne<sup>59</sup>. Das in den Gemeinschaften herrschende „institutionelle Gleichgewicht“, verbunden mit dem „Prinzip der begrenzten Ermächtigung“ und einer strikten Legalitätskontrolle durch den Gerichtshof seien weitere Garantien der rechtsstaatlichen Natur der Gemeinschaften. Unter dieser Prämisse war es allen sechs Gründungsstaaten der Europäischen Gemeinschaften möglich, deren Gründungsverträge ohne verfassungsrechtliche Probleme abzuschließen.

### 5.4. Die Notwendigkeit der Ausbildung einer Grundrechtsjudikatur durch den EuGH

Als sich nach dem Ende der zwölfjährigen Übergangsfrist der EWG zur Jahreswende 1969/70 die Sekundärrechtssetzung für die nähere Ausführung ihres Gründungsvertrages – der lediglich als Rahmenvertrag („traité cadre“) ausgestaltet war – zu häufen begann, nahmen die Grundrechtsverletzungen durch die Hoheitsakte der öffentlichen Verbandsgewalt der EWG mehr und mehr zu: nicht zufälligerweise wurde der EuGH erstmals am Ende der Übergangsfrist, nämlich im Jahre 1969, in der Rs. *Stauder*<sup>60</sup> mit einer Grundrechtsfrage befasst. Die forcierte Sekundärrechtssetzung, verbunden mit einem nunmehr „geweckten“ Grundrechtsbewusstsein, führte in der Folge dazu, dass sich der immer häufiger mit Grundrechtsfragen befasste EuGH – mangels primärrechtlich verankerter Grundrechte – veranlasst sah, durch eine „prätorianische“ Rechtssprechung einen eigenständigen Grundrechtsschutz zu entwickeln<sup>61</sup>. Dieser Grundrechtsschutz wurde anfänglich, vor allem von den nationalen Verfassungsgerichten, zwar noch als nicht ausreichend empfunden – siehe dazu vor allem das sog. „Solange I“-Judikat des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 1974<sup>62</sup> – konsolidierte sich dann aber Schritt für Schritt, sodass (spätestens) 1986 das betont kritische deutsche BVerfG in seiner sog. „Solange II“-Entscheidung nicht umhin kam, festzustellen, dass die Europäischen Gemeinschaften nunmehr über einen Grundrechtsschutz verfügen, „der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist“<sup>63</sup>. Mit diesem richterrechtlich ausgebildeten Grundrechtsschutz verfügt nun auch das Gemeinschaftsrecht über ein Surrogat für den fehlenden Grundrechtskatalog und erfüllt damit auch dieses rechtsstaatliche Postulat.

o. Univ.-Prof. DDr. Waldemar Hummer lehrt am Institut für Völkerrecht, Europarecht und Internationale Beziehungen der Universität Innsbruck.

55 Ipsen, H.-P. Verfassungsperspektiven der Europäischen Gemeinschaften (1970), S. 21 f.; Ipsen, H.-P. Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), S. 196.

56 Vgl. Hummer, W. Vor Art. 155 EGV (Rdnr. 26), in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Loseblattsammlung.

57 Vgl. Küsters, H. Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1982), S. 481.

58 Vgl. Hummer, W. (Fn. 46), S. 459 ff.

59 Ipsen (Fn. 55).

60 EuGH, Rs. 29/69, *Stauder*/Stadt Ulm, Slg. 1969, S. 419 ff.; vgl. Hummer/Simma/Vedder, Europarecht in Fällen, 3. Aufl. 1999, S. 415 ff.

61 Vgl. Hummer, W. Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der Europäischen Union, in: Hummer, W. (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam (1998), S. 71 ff.

62 BVerfGE 37, S. 271 ff.

63 BVerfGE 73, S. 339 ff (387).

I.

Eine Grundrechts-Charta der EU – das ist zweifellos ein höchst ambitioniertes Projekt. Sie könnte einen entscheidenden Schritt hin zu einer *Verfassung der EU* bilden, die den Kriterien einer rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung entspricht.

Denn eine „Verfassung“ hat die EU, oder zumindest die EG, schon heute: Die Gründungsverträge bilden auch so etwas wie eine Verfassung, und zwar durchaus in dem spezifischen Sinn eines rechtlichen Maßstabs des Handelns der Organe der Gemeinschaften, der im Rahmen der EG auch gerichtlich überprüfbar ist. Darüber hinaus enthält diese „Verfassung“ auch bereits Ansätze einer demokratischen Willensbildung, einer Gewaltenteilung und – in seiner Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof – eines Grundrechtsschutzes.

Aber diese Verfassung ist in mancher – formeller und materieller – Hinsicht noch rudimentär und genügt noch nicht den Ansprüchen, die man seit den amerikanischen und französischen Revolutionen an eine Staats-Verfassung stellt. Die EU ist kein Staat und braucht insofern keine Staats-Verfassung. Aber sie übt öffentliche Gewalt aus, und diese öffentliche Gewalt sollte durchaus in ähnlicher Weise legitimiert und begrenzt sein, wie es die öffentliche Gewalt der Staaten nach rechtsstaatlich-demokratischen Kriterien sein sollte (und im Großen und Ganzen ja auch ist). Davon ist die Verfassung der EU noch entfernt. Eine Grundrechts-Charta könnte einen bemerkenswerten Schritt in diese Richtung bilden.

II.

Ein ambitioniertes Projekt wie dieses ist freilich auch in Gefahr zu scheitern, und ein solches Scheitern könnte zugleich einen Rückschritt gegenüber dem bereits erreichten Standard bedeuten. Insofern ist dieses Projekt durchaus riskant.

Es hätte einen einfacheren Weg gegeben, Grundrechte im geschriebenen Verfassungsrecht der EU/EG zu verankern: *den Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention*. Dass dieser Beitritt einer Änderung der Gründungsverträge bedurft hätte, wie der EuGH in seinem bekannten Gutachten postuliert hat, ist kein Argument gegen einen solchen Beitritt, denn eine rechtlich verbindliche Grundrechts-Charta würde eine viel massivere Vertragsänderung erfordern. Es ist wohl eher die Eitelkeit der Richter des EuGH, an der sich dieser Beitritt spießt.

Dass man sich für eine eigenständige Grundrechts-Charta entschieden hat, dürfte aber auch daran liegen, dass ein Beitritt zur EMRK nicht annähernd so spektakulär wäre wie die Proklamation einer eigenständigen Grundrechts-Charta. Man will damit wohl auch einen demonstrativen Schritt setzen und eine Aussage über jene europäischen Werte treffen, denen sich die EU in besonderem Maße verpflichtet fühlt.

Ein solcher demonstrativer Akt könnte einen Beitrag dazu leisten, die europäische Integration in den Köpfen und Herzen ihrer Bürger intensiver zu verankern, er könnte also identitätsstiftend wirken. Das ist durchaus eine legitime Erwartung an das Recht, das sich nicht in der Regelung von subjektiven Rechten und Pflichten erschöpfen muss, sondern auch bewusstseinsbildende, identitätsstiftende Aufgaben erfüllen kann.

III.

Die zentrale Frage, die sich dabei stellt, ist die, ob sich eine Europäische Grundrechts-Charta in dieser symbolischen Wirkung erschöpfen soll, oder aber, ob ihr *Rechtsverbindlichkeit* zukommen soll. Die Frage der Rechtsverbindlichkeit einer EU-Charta ist im Augenblick die entscheidende Frage.

Wirft man einen Blick auf den vom Konvent bereits erstellten Entwurf, so wird Eines deutlich: Dieser Entwurf ist in der *Sprache des Rechts formuliert*. Er entspricht in seiner sprachlichen Fassung einem Rechtstext. Zum Beleg genügt

# Eine Grundrechts-Charta für Europa

Theo Öhlinger



es, einen beliebigen Artikel herauszugreifen, etwa Artikel 7, der folgendermaßen lautet:

Jede Person, deren Rechte und Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, bei einem Gericht eine wirksame Beschwerde zu erheben.

Soll man einem Menschen, der das hier formulierte „Recht“ in Anspruch nehmen will, antworten müssen: Das ist leider kein verbindlicher Text, sondern nur eine feierliche Proklamation; einklagen kannst du daher dieses „Recht“ nirgendwo? Ein derart formulierter Text, der nicht auch rechtsverbindlich – und das heißt: einklagbar – ist, bliebe nur eine halbe Sache.

Ich meine, dass die Entscheidung zwischen den Alternativen: feierliche Proklamation oder Rechtsverbindlichkeit schon zu der Zeit gefallen ist, als man sich für diese Art der Formulierung entschieden hat. Eine feierliche Proklamation europäischer Werte mag zuvor eine diskutabile Alternative gewesen sein; sie hätte nur einer anderen Sprache bedurft. Formuliert in der Sprache, die der bisherige Entwurf zeigt, wäre eine rechtlich unverbindliche Grundrechts-Charta ein merkwürdiges Hybrid, eine – wie schon gesagt – halbe Sache, und als solche könnte sie auch als ein Scheitern interpretiert werden.

Vielleicht ist diese Gefahr eines Scheiterns und der daran geknüpften negativen psychologischen und integrationspolitischen Konsequenzen aus folgendem Grund nicht so groß. Der EuGH betrachtet schon heute die Grundrechte, wie sie sich aus der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten ergeben und vor allem in der Europäischen Menschenrechtskonvention dokumentiert sind, als ungeschriebene Bestandteile des primären Gemeinschaftsrechts (und damit der „Verfassung“ der Gemeinschaft – siehe zuvor). Es ist zu vermuten, dass er sich in Zukunft bei der Ermittlung des Gehaltes dieser ungeschriebenen Grundrechte an einer zwar rechtlich nicht verbindlichen, aber feierlich proklamierten Grundrechts-Charta orientieren wird. Über den Umweg des EuGH könnte daher auch eine formell nicht als verbindlich beschlossene Grundrechts-Charta zum Bestandteil des verbindlichen Gemeinschafts(verfassungs)rechts werden.

### IV.

Dennoch: Ein schon für sich verbindlicher Text einer Grundrechts-Charta wäre zweifellos vorzuziehen. Damit stellt sich die Frage, in welcher Weise diese Verbindlichkeit hergestellt werden kann.

Verbindlicher Bestandteil des Gemeinschaftsrechtes wäre die Grundrechts-Charta dann, wenn sie in den EG- und/oder EU-Vertrag inkorporiert oder diesem als verbindlicher Annex angefügt würde. Damit ist schon eine der schwierigen Fragen angedeutet, die sich dabei stellen: die Frage nach dem *sachlichen Geltungsbereich einer solchen Charta*. Soll sie nur für die Gemeinschaft(en) im Sinne der ersten Säule der Union oder aber auch für die zweite und dritte Säule Geltung besitzen?

Eine Verbindlichkeit bloß in der ersten Säule – als Bestandteil des EG-Vertrages – würde letztlich nur kodifizieren, was – wie gesagt – im Prinzip der EuGH schon heute judi-

ziert. Gewiss wäre von einem solchen Text auch im Rahmen der EG ein gewisser Fortschritt zu erwarten. Er sollte den EuGH dazu animieren, seine in Wahrheit doch äußerst zurückhaltende Prüfung von Akten der Gemeinschaftsorgane oder von staatlichen Organen „im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes“ auf ihre Grundrechtskonformität zu intensivieren. (Ein praktischer Anwendungsfall aus österreichischer Perspektive könnte die Frage bilden, ob Versammlungen auf der Brenner-Autobahn trotz der Behinderung der Warenverkehrsfreiheit gemeinschaftsrechtskonform sind: Nach dem aktuellen Stand der Judikatur ist das zu bezweifeln; eine das Versammlungsrecht garantierende Grundrechtscharta könnte den EuGH zu einer dieses Grundrecht stärker berücksichtigenden Judikatur veranlassen.)

Es ist auch zu erwarten, dass der EuGH den „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes“, innerhalb

dessen er Akte der Mitgliedstaaten auf ihre Gemeinschaftsrechts- und damit auch Grundrechtskonformität überprüft, ausweiten wird. Dies etwa im Sinne jener schönen Formulierung des Generalanwaltes *Jacobs*, der in einem seiner Schlussanträge an den EuGH (im Fall *Konstantinidis*) Folgendes formulierte:

Ich bin der Meinung, dass ein Gemeinschaftsangehöriger, der sich als Arbeitnehmer oder Selbständiger gemäß den Art. 48, 52 oder 59 EWG-Vertrag in einen anderen Mitgliedstaat begibt, Anspruch nicht nur darauf hat, seinem Gewerbe oder Beruf nachzugehen und dieselben Lebens- und Arbeitsbedingungen vorzufinden wie Angehörige des Gastlandes, er darf außerdem davon ausgehen, dass er, wohin er sich in der europäischen Gemeinschaft zu Erwerbszwecken auch begibt, stets im Einklang mit einer gemeinsamen Ordnung von Grundwerten behandelt wird, insbesondere denen, die in der Europäischen Menschenrechtskonvention niedergelegt sind. Mit anderen Worten, er ist berechtigt, zu sagen ‚civis europeus sum‘ und sich auf diesen Status zu berufen, um sich jeder Verletzung seiner Grundrechte zu widersetzen.

Der EuGH ist damals dem Vorschlag des Generalanwaltes nicht gefolgt, seine Judikatur befindet sich aber ganz eindeutig auf dem Weg in diese Richtung. Es ist zu erwarten, dass ein kodifizierter Grundrechte-Katalog diese Entwicklung stimulieren wird.

Manche fürchten sich allerdings davor und haben insofern Recht, als sie darin einen weiteren Schritt zu jenem *gouvernement des juges* sehen, das für Europa heute schon charakteristisch ist. Europa hat davon freilich bislang eher gewonnen: Was wäre die EG/EU ohne *Costa/ENEL* oder *Van Gend en Loos*, *Defrenne*, *Francovich* usw? Der Grundrechtskonvent sollte sich davor nicht allzu sehr fürchten und nicht Regelungen in seinen Text aufnehmen – wie Art H.1 des bisher vorliegenden Entwurfs –, die diese Entwicklung umkehren könnten.

### V.

Geradezu revolutionär wäre es, wenn eine Grundrechts-Charta rechtliche *Verbindlichkeit auch in der zweiten und – vor allem – in der dritten Säule* erlangen würde. Das wäre in der Tat ein gewaltiger Schritt hin zu einer noch stärker integrierten europäischen Rechtsgemeinschaft. Eine solche Verbindlichkeit würde bedeuten, dass die Grundrechts-Charta auch in diesen Bereichen eingeklagt werden kann. Die bislang nur ganz marginale Zuständigkeit des EuGH in der dritten Säule müsste also durch eine sehr bedeutsame und spürbare Zuständigkeit des EuGH ersetzt werden. Dafür gibt es freilich vorerst noch keine klaren Konzepte.

Im Übrigen würde sich auch in der ersten Säule die Frage nach der Zuständigkeit des EuGH neu stellen. Kann es, wenn den europäischen Bürgern ein rechtsverbindlicher Grundrechts-Katalog gegeben wird, genügen, dass der EuGH vom Einzelnen kaum direkt, sondern im Wesentlichen nur über Vorabentscheidungsanträge nationaler Gerichte angerufen werden kann? Auch über diese Frage müsste noch diskutiert werden.

*o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien*



I.

Lassen Sie mich nochmals zu unserem Ausgangspunkt zurückkehren und fragen, wozu wir eine Europäische Grundrechts-Charta brauchen. Mir erscheint das Argument, dass wir eine solche Charta haben müssen, weil wir sie haben wollen, problematisch. Denn die Bedeutung der Charta steht in einem engen Zusammenhang mit der Frage, in welchem Ausmaß die Europäische Union „staatlichen“ Charakter besitzt. Die Notwendigkeit einer Verfassung ergibt sich also aus der Beantwortung der Frage, inwieweit die Union Funktionen der Mitgliedstaaten übernommen hat und damit jene Macht ausübt, die traditionell den Staaten zukam. Es ist unbestritten, dass wir mit der Entstehung einer politischen Gemeinschaft, einer *Polity* konfrontiert sind, die eine eigenständige Rechtsordnung hervorgebracht hat. Die kontinuierliche, partielle, sektorielle Verlagerung von Souveränitätsrechten und von Staatsaufgaben auf die supranationale Ebene verleiht der Union Züge von Staatlichkeit. Dieser Begriff löst vor allem bei vielen Deutschen und auch österreichischen Rechtswissenschaftlern Ablehnung aus, weil in deren Staatsrechtstheorie ein substantieller Begriff von Staat vorherrscht. Wenn wir allerdings diesen Begriff in einen funktionalen auflösen und den Staat nach seinen Aufgaben definieren, gewinnen wir ein anderes und für die EU tauglicheres Bild von Staatlichkeit.

Ich darf außerdem hier daran erinnern, dass auch die Entstehung der europäischen Nationalstaaten nicht mit dem 19. Jahrhundert beginnt, sondern im 19. Jahrhundert eine erste Apotheose erlebt, der langwierige und komplexe Integrationsprozesse vorausgegangen sind, die man durchaus der heutigen europäischen Integration vergleichen kann. Und nicht zuletzt ist es wichtig zu erkennen, dass auch der moderne Staat in einer Dialektik mit dem Schaffen von Märkten entstanden ist. Market-making and state-building werden daher zu Recht in der ökonomischen und politischen Theorie oft in einem Atemzug genannt. Wir haben heute – nach 50 Jahren europäischer Integration und der Ausbildung nicht nur eines gemeinsamen sondern eines Binnenmarktes, was immer noch seine Dysfunktionalitäten sein mögen, und mit der Grundlegung einer gemeinsamen Wirtschafts- und Währungspolitik ein Ausmaß an „Marktschaffen“ erreicht, das in einer Dialektik das „Staatsschaffen“ hervorgebracht hat. Und in diesem Zusammenhang erlaube ich mir eine Gegenposition zu Prof. Hummer einzunehmen, wenn er sagt, die Gründungsväter hätten nicht gewusst, was sie hier tun. Ich würde nur so weit zustimmen, dass vielleicht nicht alle Gründungsväter wussten, was sie tun. Aber wenn wir uns Jean Monnets Memoiren ansehen, dann war just das, was wir heute sehen, sein explizites Ziel. Was immer Monnet konkret gemeint haben mag, als er im Zuge der Ausarbeitung der EGKS-Verträge von Föderation sprach, sei einmal dahingestellt. Aber die föderalisierende Dynamik, die er mit der EGKS in Gang setzen wollte, lag schon in seiner Intention. In der Geschichte wissen wir nie, wie die Dinge sich entwickeln werden. Daher habe auch ich Mühe, von der Irreversibilität dieses Integrationsprozesses zu sprechen, denn es wäre nicht der erste Integrationsprozess in der Geschichte, der nicht zum Ziel führte. Mein Fazit zum europäischen lautet,

ohne ihm jetzt einen Automatismus unterstellen zu wollen: Er war immer auch durch die Affirmation des Staatswerdungsprozesses und zugleich durch dessen Leugnung, durch Befürwortung und zugleich durch Abwehr geprägt – manchmal gab es diese Positionen in ein und demselben Akteur. Trotzdem ist mit den Verträgen so etwas wie eine Verfassungsgrundlage entstanden, auch wenn wir ihr nicht den klassischen reinen Verfassungscharakter attestieren. Die europäischen Verträge – und das müsste jeden Juristen zweifeln lassen – sind aber eine komplizierte Mischung aus verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Teilen.

# Europa und die Grundrechts-Charta

Sonja Puntscher-Riekmann



Doch jenseits des Verfassungscharakters der Verträge scheint mir ein anderer Punkt wichtig: Durch die reale, tägliche politische Praxis der Union hat sich ein System herausgebildet, das meines Erachtens weit mehr den Begriff der Staatlichkeit als Attribut für die Union rechtfertigt. Das ist die beständige, in einem großen Amalgamierungsprozess operierende nationale und supranationale Bürokratie, die den Integrationsprozess überhaupt vorantreibt. Es ist, glaube ich, der großen Öffentlichkeit nach wie vor nicht klar, wie sehr die Europäische Union nicht oder nicht exklusiv das Produkt der supranationalen Bürokratie ist, also des Brüsseler „Molochs“, der beständig kritisiert wird. In diesem Prozess sind unsere nationalen Exekutiven, unseren nationalen Administrationen involviert und gestalten auf einer neuen Ebene Politik. Auf diese Weise kam es zu jener Verlagerung von staatlichen Funktionen auf die supranationale Ebene, von der ich vorhin gesprochen habe. Und wenn wir uns von einem hegelianischen Staatsbegriff befreien und uns eher einem Staatstheoretiker wie Hermann Heller nähern, der den Staat als eine funktionalistische Einheit von Handlungen und deren Wirkungen bezeichnet hat, dann können wir durchaus feststellen, welche Funktionen nun auf europäischer Ebene angesiedelt sind und welche nicht. Dies ermöglicht dann auch eine Bewertung des staatlichen Charakters der Union.

All das macht Grundrechtspolitik auf europäischer Ebene meines Erachtens dringend notwendig. Viele Gründe sind hier bereits genannt worden. Nicht zuletzt jener, dass eine Grundrechtspolitik in der Union sich ja nicht zuletzt durch den Europäischen Gerichtshof entwickelt hat. Worum es heute geht, ist auch – verzeihen sie mir das Pathos – in einer abendländischen Rationalitätstradition diese Grundrechtspolitik auf eine neue systematische, konsistente, logische Grundlage zu stellen. Dazu gehört auch die Frage der Rechtsverbindlichkeit. Und zwar durchaus in einer Dialektik mit der schon mehrfach angesprochenen politischen Bedeutung dieses Unternehmens in seiner identitätsstiftenden Funktion. Dazu müssen wir allerdings den Begriff der Identität vom Mythos befreien, denn Identität entsteht gerade in einem

abendländischen cartesianischen Rationalitätsverständnis nicht nur aus dem Mythos der „unbekannten“ Geschichte einer Gemeinschaft, sondern auch aus dem kollektiven Unternehmen einer Gemeinschaft, einer politisch werdenden Gemeinschaft, sich selbst Institutionen im Sinne von Normen, Werten, Regeln und Verfahren zu geben. In einer solchen Perspektive wäre eine Verfassungsgebung für die Union im hohen Maße identitätsstiftend. Allerdings – und das möchte ich einschränkend hinzufügen – meines Erachtens nur dann, wenn es wirklich gelingt, einen Prozess der Verfassungsgebung auch öffentlich zu machen. Und das ist wiederum kein einfaches Unternehmen. Öffentlichmachen heißt mehr Akteure zu involvieren als juristische, politologische, politische Eliten, es heißt auch die Medien zu gewinnen. Insofern halte ich diese Veranstaltung der Grünen heute für eine außerordentlich wichtige. Es ist eine eminente Aufgabe der Parteien, diesen Prozess an ihre Klientel, an eine größere Öffentlichkeit zu vermitteln. Ich hoffe, dass die Medien die Problematik aufgreifen werden und aufhören zu sagen, Verfassungsfragen sind langweilige technische, juristische Fragen. Sie sind die Machtfragen par excellence.

Erlauben sie noch, dass ich kurz auf zwei konkrete Punkte eingehe. Einmal auf die schon angesprochene Frage der sozialen Rechte. Ich weiß, dass nichts so sehr eine bestimmte Öffentlichkeit aufregt wie diese. Ich erinnere an einen Artikel aus der Financial Times vom 2. Juni 2000 mit dem Titel „Alle Augen auf diesem einmaligen Konvent Europas“. Darin ist ein Interview mit dem Generalsekretär der UNICE – also der Vertretung der Industrie auf europäischer Ebene – enthalten, der ganz ungeschminkt sagte „die Industrie ist nicht gegen Grundrechte – ganz im Gegenteil. Aber sie dürfen ökonomische Freiheiten nicht schmälern“. Nun ist diese Rationalität durchaus verständlich. Das ist ja nicht das Problem. Aber diese Rationalität steht einer anderen ebenso legitimen gegenüber – nämlich jener einer europäischen Tradition, in der soziale Kohäsion als ein wichtiges Moment einer politischen Gemeinschaft definiert wird. Und insofern ist eine integrierte Debatte über Menschen- und Bürgerrechte und soziale Rechte eine *conditio sine qua non*, wenn wir Menschen nicht nur Rechte verleihen wollen, die sie dann wahrnehmen können oder auch nicht, sondern wenn wir zugleich sie befähigen wollen, diese Rechte in Anspruch zu nehmen.

Der zweite Punkt betrifft die Frage der Geltung dieser Grundrechts-Charta für die 2. und 3. Säule. Zur dritten Säule ist Vieles gesagt worden. Ich beschränke mich auf die zweite Säule, also auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik:

Europäische Politik durch den Rat, die Kommission und das Parlament gegenüber Drittstaaten hat immer wieder die Bedeutung der Grundrechte und der Menschenrechte hervorgehoben. Das erscheint nun, und wie auch der Europa-rechtler Joseph Weiler immer wieder betont, paradox, indem man in Drittstaaten Rechte einklagt, die nicht oder nur eingeschränkt Bestand der Rechtsordnung der neuen politischen Gemeinschaft sind. Und insofern ist die Rechtsverbindlichkeit einer europäischen Grundrechtscharta und ihre Geltung auch für die zweite Säule von höchster Bedeutung. Wenn Europa in seinem Außenverhältnis eine Menschenrechts- und Grundrechtspolitik betreiben will, muss sie auch

sich selbst als Leitbild präsentieren. Ich denke in Staaten mit einer problematischen menschenrechtlichen Situation sind Verbesserungen eher zu erreichen, wenn man sich selbst als ein Vorbild darstellen kann, als wenn man in dieser Frage ambivalent ist.

Zwei abschließende Bemerkungen zur Frage: Welche Realisierungschancen hat diese Grundrechts-Charta?

Im Unterschied zu Johannes Voggenhuber will ich gegenüber dem Rat das Prinzip der Unschuldsvormutung gelten lassen. Denn zunächst hat der Rat in dieser Sache seine Praxis geändert und – vom normalen *Procedere* der Regierungskonferenz abrückend – diesen Konvent geschaffen. Die Herren der Verträge sind ein wenig über ihren Schatten gesprungen. Und sie haben zweitens im Laufe der letzten Vertragsrevisionen, von der Einheitlichen Europäischen Akte bis herauf zu Amsterdam, immer wieder einen Akteur auf beachtliche Weise gestärkt: das Europäische Parlament. Sie haben im Gegenzug die Kommission zwar nicht rechtlich aber politisch demontiert. Was bedeuten nun diese Entwicklungen? Meine scheinbar paradoxe These ist, dass es um eine neuerliche Inthronisierung der Nationalstaaten, mithin der nationalen Exekutiven geht. Man legitimiert sich durch die Stärkung des Parlaments und durch das Schaffen der Grundrechts-Charta, behält aber ansonsten das Heft in der Hand. Was die Grundrechtscharta betrifft, so sind die Fragen ihrer Form und ihres Stellenwerts noch offen. Dies berührt vor allen die Frage der Rechtsverbindlichkeit. Nur eine feierliche Deklaration dieser Charta wäre allerdings von höchst begrenztem Wert. In der laufenden Regierungskonferenz befinden sich die Regierungen an einer kritischen Schwelle. Ich habe schon angedeutet, dass die europäische Integration auch den Sieg der Exekutiven über die Legislativen hervorgebracht hat: Politikwissenschaftler thematisieren dies als Entparlamentarisierung der Mitgliedstaaten. Dabei ist die gleichzeitige Aufwertung des Europäischen Parlaments nicht gering zu schätzen. Doch der Sieg der Exekutiven entstand auch deshalb, weil die nationalen Regierungschefs, Minister und Beamte, ihre Chance entdeckt haben, auf europäischer Ebene neue Leadership auszuüben, ohne von Parlamenten zur Verantwortung gezogen zu werden oder auf eine breite Öffentlichkeit Rücksicht nehmen zu müssen. Und wer gibt eine solche neuerrungene Macht wieder ohne weiteres ab? Es gibt jedoch ein Problem, das die Exekutiven zwingen könnte ihre eigene Macht auch wieder zu beschränken, nämlich das Problem der schwindenden Legitimität der Union seit den problematischen Ratifikationsprozessen des Vertrages von Maastricht. Wir sehen an allen Eurobarometerdaten, dass der große „permissive Konsens“ der europäischen Völker, demzufolge man auf europäischer Ebene nur tun möge, was man glaubt, Hauptsache, es gäbe irgendeine Form von europäischer Kooperation, sein Ende findet oder zumindest bröckelt. Die Schaffung einer solchen Grundrechts-Charta als rechtsverbindlichen Teil für alle drei Säulen könnte ein Moment sein, diese Legitimitätskrise aufzufangen. Das würde ich – normativ gesprochen – dem Rat auch anraten.

*Univ.-Prof. Dr. Sonja Puntscher-Riekmann ist Leiterin der Forschungsstelle für institutionellen Wandel und europäische Integration der Österreichischen Akademie der Wissenschaften.*

# Europäische Grundrechtscharta

Johannes Voggenhuber

Meine Damen und Herren, ich bin sehr, sehr froh über das große Interesse das sich heute zeigt. Sie widerlegen mit ihrer Anwesenheit ein uraltes Vorurteil – nämlich, dass sich für Grundrechtsfragen, für Verfassungsfragen niemand wirklich interessiert.

Dieses Vorurteil steht ja auch im völligen Gegensatz zur Geschichte, in der wohl um keine Sache so erbittert gekämpft wurde wie um demokratische Verfassungen, wie um die Grund- und Menschenrechte. Das vordergründige Desinteresse zu diesem Thema kenne ich jedoch durchaus. Ich denke es hat jedoch mit dem Urvertrauen zu tun, das wir in diesen Zähmungsprozess der Macht setzen, den die europäische Zivilisationsgeschichte darstellt. Sodass Menschen zwar der Politik alles zutrauen aber in diesem Urvertrauen immer noch davon ausgehen, dass ihre Angelegenheiten letztlich unter Achtung der Grund- und Menschenrechte geregelt werden. Das gilt, auch bei aller Skepsis, bei allem Misstrauen und vielleicht auch bei aller Entfremdung auch für das Verhältnis der Menschen zur Europäischen Union. Letztlich gehen die Menschen immer noch davon aus, dass die Grund- und Menschenrechte bei jeder Entscheidung der Europäischen Union auch gewahrt werden und selbst wenn das nicht der Fall sein sollte die Grundrechtsregime der Mitgliedsländer den Menschen schützen. Wie bei allem Urvertrauen glaube ich, dass es allerdings notwendig ist, es von Zeit zu Zeit zu prüfen, ob es denn auch noch wirklich nicht in Gefahr gerät ein Mythos zu werden und sich im Dunkeln dieses Urvertrauens Bruchlinien abzeichnen. Ich glaube, die Sache von der ich hier berichten soll, ist durchaus eine Geschichte auch über Bruchlinien in diesem Grundrechtsregime, in diesem Zivilisationsmodell Europas. Das große Interesse, das ich jetzt in den letzten Monaten überall feststelle, ist aber ein Zeichen beginnenden Zweifels, ob dieses Urvertrauen noch gerechtfertigt ist.

Von der Grundrechts-Charta zu sprechen, müsste eigentlich heißen, viele Geschichten zu erzählen. Denn was sie eigentlich ist, was das Projekt ist, was die Ambition ist, was es soll oder was damit gemeint ist, hat sehr, sehr viele Gesichter. In den letzten Monaten denke ich sehr oft an einen Lieblingsfilm von mir (Rashomon von Kurosawa) in dem zu Beginn eine ganz einfache Geschichte erzählt wird, die jeder im Publikum sehen kann: Ein Überfall, ein Raubmord im Wald. Es gibt eigentlich keine Zweifel. Das ist in 5 Minuten abgehandelt, um dann jedoch im Rest des Films aus jeder Perspektive der Beteiligten zu einer vollkommen eigenen Geschichte zu werden. Am Ende gehen sie aus dem Film und haben keine Ahnung was denn nun in Wahrheit geschehen ist. In der Schlusszene wird das ermordete Opfer durch ein Medium aufgerufen, seine Geschichte selbst zu erzählen. Diese stürzt dann das Publikum endgültig in Ratlosigkeit.

Wenn Terezija Stoisits in einem Anfall frühsummerlichen Optimismus gemeint hat, ich hätte hier den wahren Überblick, dann muss ich das sehr, sehr stark relativieren. Ich fürchte, es gibt hier keine Wahrheit außer die, die wir machen. Außer die, die dann am Ende des Jahres bei der Regierungskonferenz in Nizza die Charta sein wird. Was sie dann einlösen wird, ist allerdings ein ganz offenes Spiel.

Also beginnen wir mit der Geschichte, die der Rat erzählt. Die ist für einen Parlamentarier nur mühsam zu erzählen, wie sie sich vorstellen können. Das beginnt schon dabei, dass Grundrechte eigentlich ganz wesentlich Freiheits- und Abwehrrechte gegen den Staat sind. Es belastet schon mein Urvertrauen, wenn Staats- und Regierungschefs beschließen, mir die Abwehrrechte gegen den Staat zu verkünden und dann auch noch die Ziele festsetzen, die Prozeduren und Verfahren. Da werde ich wachsam. Wir haben es mit der Absicht zu tun, Europa eine Grundrechts-Charta zu verkünden. Alles in hervorragender Inszenierung: Am Gipfel von Nizza unter dem Feuerwerk des zu Ende gehenden Regierungsgipfels sollen von der französischen Ratspräsidentschaft Europa einmal mehr die Menschenrechte verkündet werden. So weit so gut. Bei näherem Hinsehen allerdings handelt es sich um eine bloße Proklamation bestehender Rechte ohne Rechtsverbindlichkeit, ohne Aufnahme in den Vertrag, ohne Zugang zu Gerichtshöfen. Das Urvertrauen meldet sich ein weiteres Mal und fragt, ob denn ein Recht, das kein Recht ist, ein Recht sein könne. Ob denn bloß proklamierte Grund- und Menschenrechte tatsächlich das einlösen, was die Menschen von einer Grundrechts-Charta erwarten. Man kann den Verdacht nicht los werden, es handle sich hier um eine pompöse Inszenierung der Staats- und Regierungschefs, die mehr zudecken soll als offen legen – nämlich die beginnende Wachsamkeit über neue Grundrechtskonflikte, über gerissene Informationsketten und poröse Grundrechtsgarantien in der Europäische Union. In der Öffentlichkeit wird das mehr und mehr wahrgenommen. Es soll vielleicht auch den immer mehr um sich greifenden Diskussionsprozess um eine europäische Verfassung zudecken. Also man wählt das maximal aufgeladene Instrument einer Konstitution, um den konstitutionellen Prozess zu erschlagen und nicht in Gang zu bringen.

Das ist natürlich die Geschichte eines paranoiden Abgeordneten, der der Macht nicht mit Urvertrauen begegnet, sondern mit Urmisstrauen. Das verdanke ich meiner demokratischen Gesinnung und Schulung. Das unterstelle ich also dem Rat, obwohl er zu dieser Unterstellung viel beiträgt. Zum Beispiel nennt er in seinem kurzen Beschluss zum Kölner Gipfel, dass eine Charta der Menschenrechte der Europäischen Union beschlossen werde. Beim näheren Hinsehen ist allerdings nur das Gemeinschaftsrecht gemeint und nicht die 2. und 3. Säule. Mein Urvertrauen gerät vollends in Aufruhr wenn ich mir die 2./3. Säule – Regierungszusammenarbeit – vorstelle. Das sind doch die sensibelsten Bereiche für Grundrechtskonflikte, wo es doch um Zusammenarbeit von Justiz und Polizei geht, wo es doch um Außen- und Sicherheitspolitik geht, um gemeinsame Asylpolitik (Schengen), um Drogenpolitik und Dateninformationsnetze der Europäischen Union. Da geht es doch eigentlich um die Felder künftiger Grundrechtskonflikte. Und genau dieser Bereich steht doch nicht unter parlamentarischer Kontrolle. Er steht auch nur in der wüstensten und abenteuerlichsten Konstruktion, die Juristen je unter dem Druck von Politikern ersonnen haben, unter EuGH-Kontrolle. Freiwillige Unterordnung unter den EuGH, außer dort, wo es um öffentliche Sicherheit und Angemessenheit von Polizeimethoden geht. Das

braucht von einem Mitgliedstaat bloß behauptet werden, um den EuGH auszuschalten. Dieser hat nicht einmal das Recht, die Angemessenheit dieses Arguments zu prüfen.

Es soll, geht es nach dem Rat, sogar die feierliche Proklamation nur über das an sich relativ unverdächtige Gemeinschaftsrecht stattfinden; das betrifft die 1. Säule, die unter parlamentarischer Kontrolle steht, die unter Gerichtskontrolle steht. Nur bestehendes Recht – ich schau noch einmal hin und denke mir – „Grundrechte, die sich aus der gemeinsamen Verfassungstradition aller 15 Mitglieder ergeben“ –, was ist das? Und was ist mit dem ungeschriebenen allerersten Grundrecht: Der Mensch hat das Grundrecht seine Grundrechte zu kennen! Was also ist die gemeinsame Verfassungstradition?

Die Angelsachsen erzählen eine andere Geschichte. Sie tun sich damit leicht, weil für sie ist die Rechtsgeschichte ja auch eine ganz andere. Es geht noch einmal um die große Schlacht des angelsächsischen Rechtes gegen das Römische Recht. Wer wird die Rechtstradition der Europäischen Union bestimmen? Da ist natürlich für die Verfechter des case law die derzeitige Situation hervorragend. Der Europäische Gerichtshof hat – ausgestattet mit den Grundlagen der gemeinsamen Verfassungstraditionen – für die nächsten 200 Jahre zu tun. Auch die Habilitationen und Dissertationen der nächsten drei Generationen sind gesichert: Was sagen die gemeinsamen Verfassungstraditionen aller 15 Mitgliedstaaten? Der Bürger, der als Freier unter Gleichen handelt, hat allerdings im Augenblick seines Handelns keine Ahnung, was sein Recht ist und ob, wenn er davon Gebrauch macht, dann später der EuGH sagen wird, es war sein Recht oder vielleicht doch, es war nicht sein Recht.

Die Briten erzählen gemeinsam mit den Skandinaviern auch noch eine andere Geschichte. Sie würden sagen, es handelt sich um die Geschichte des heimlichen Baus des Bundesstaates Europa; es handelt sich um die Entwicklung eines europäischen Zentralstaates, der von seinen Anhängern nun auf besonders perfide Weise verwirklicht werden soll – nämlich mit diesem Grundstein einer Verfassung, in dem die Grundrechte, dieser Herzensbereich der staatlichen Konstitution, auf Europa übertragen werden. Darunter werden dann die Verfassungs- und Grundrechtsregime der Nationalstaaten zermalmt. Es geht ihnen zu Folge darum, der Europäischen Union ein völkerrechtliches Subjekt zu verschaffen, um es schließlich in diesem Staatswerdungsprozess an einen irreversiblen Punkt zu bringen. Davon gehen sehr viele Emotionen aus. Wenn das Drama so shakespearehafte Züge annimmt, dann ist natürlich die Öffentlichkeit aufs Äußerste gespannt. Daher sind die englischen Zeitungen voll mit dem Superstaat Europa, und England befestigt sich an der Küste gegen den Überfall durch die europäische Grundrechtscharta.

Auch der Europarat erzählt seine eigene Geschichte: Es entstehe hier ein Europa der zwei Geschwindigkeiten von Grundrechten. Der große europäische Konsens über die Menschenrechtskonvention werde gebrochen, zwei Gerichtshöfe entwickelt. Zwei supranationale Organisationen entwickelten zwei verschiedene Grundrechtsregime. Darüber könnte dieser große europäische Konsens zerschlagen werden, und eigentlich handle es sich um eine eher überflüssige Übung, die schädlicher sei als sie nützen könne.

Das Europäische Parlament erzählt eine andere Geschichte. Ich bin Berichterstatter dieses Parlaments und habe natürlich nicht den wahren Überblick, sondern fühle mich die-

ser Geschichte am ehesten verbunden. Vielleicht auch deshalb, weil das Europäische Parlament die Eigenschaft hat, überall dort, wo es keine direkte Macht hat, am moralischsten und am ethischsten zu sein. Dort wo es Macht hat, nimmt diese Moral rapide ab. Es beruhigt also mein Urvertrauen festzustellen, dass das Europäische Parlament in dieser Sache wenig Macht hat und daher mit großem ethischen Bewusstsein handelt. Die Geschichte die das Europäische Parlament erzählt geht sehr weit zurück. Ich erinnere an Spinelli, die ersten Verfassungsbemühungen . . .

Die europäische Integration muss, will sie gelingen, eine res publica werden. Sie muss aufbauen auf den Prinzipien der Demokratie. Sie muss auf dem großen Erbe der europäischen Geschichte aufbauen, der Erkenntnis auf der alles, was wir tun, beruht: die Würde des Menschen ist unantastbar. Grundrechte sind eine originäre Aufgabe der Parlamente. Sie können nicht von der Macht über die Menschen verhängt, verliehen, verschenkt werden, sondern sie sind von unten nach oben zu erkämpfen und zu erstreiten. Und die Staaten und die Regierungen haben eigentlich nur die Aufgabe sie anzuerkennen, aber nicht sie zu schöpfen und zu schaffen.

Das Europäische Parlament hat daher eine ganze Fülle von Bedingungen aufgestellt, unter denen es einer solchen Grundrechts-Charta zustimmen werde. Da ist einmal das, was man heute etwas kryptisch als horizontale Materien bezeichnet; jene Grundfragen zur Grundrechts-Charta, die über ihr Schicksal letztlich entscheiden werden: Das Europäische Parlament verlangt die Rechtsverbindlichkeit der Charta mit der Aufnahme in den Vertrag und den Zugang für alle Menschen, nicht nur für alle EU-Bürger zum Gerichtshof. Das ist einfach dem Grundsatz geschuldet, dass Recht nur Recht ist, wenn es auch tatsächlich Gesetz ist, mit den entsprechenden Rechtsgarantien. Der zweite Grundsatz, den das Parlament aufstellt, ist die Unteilbarkeit der Grundrechte. Man muss sich ja einmal vorstellen, was es für die Integrität dieser Idee bedeutet, wenn die Europäische Union und alle Mitgliedsländer tatsächlich zu einer solchen Grundrechts-Charta entschließen, aber nur für einen Teil der Union. Also sagen, der Mensch ist frei, gleich und er genießt Schutz und hat Anspruch auf sozialen Beistand und hat Meinungsfreiheit usw., aber das bitte nur in einem Teilbereich unserer politischen Verantwortung. Und in jenem, nämlich im Bereich der Regierungszusammenarbeit, anerkennen wir das Grundrechtsregime einer europäischen Charta nicht. Wer glaubt denn wirklich noch im Ernst daran – das vielleicht auch an manche Verfassungsprofessoren, die auch das in diesem Lande manchmal behaupten –, dass ein nationales Parlament, ein nationales Gericht Europa kontrollieren könne, oder Schengen oder die großen Datenetze der Europäischen Union. Da droht die Grundrechtsgarantie zu erlöschen. Das ist ein Versprechen des Grundrechtswohlerhaltens der Regierung, aber doch keine Rechtsgarantie. Davon abgesehen, dass Grundrechte dort in einer Weise verletzt werden, von der die Bürger gar nichts mehr erfahren. Sie erfahren nicht, in welchen Fahndungscomputern Europas sie herumgeistern. Und deshalb erzählt das Europäische Parlament die ganz klassische Geschichte, dass wir die Aufgabe haben, was immer die Zukunft der europäischen Integration sein soll, tatsächlich die Aufgabe haben eine europäische Demokratie für alle Politikbereiche der Union zu schaffen, um die politische und staatliche Macht, die wir in Europa angehäuft haben, zu zähmen, und sie einem Grundrechtsregime zu unterwerfen. Damit sind sehr viele technische und viele

komplexe juristische Fragen verbunden, auf die wir in der Diskussion noch eingehen können.

Die Hauptkonflikte, die ich jetzt geschildert habe, Rechtsverbindlichkeit, Zugang zu den Gerichtshöfen, Unteilbarkeit der Grundrechte, also Geltung in der ganzen Union, all das sind Hauptkonflikte, die nur noch von einem einzigen Konflikt erreicht werden, nämlich den um die sozialen Grundrechte. Das ist vielleicht auch der gefährliche Abgrund, der sich hier öffnet, denn der Widerstand ist schwer nachvollziehbar. Es wird so getan, als würden wir im Konvent soziale Rechte erfinden, als würden wir der EU eine Sozialordnung oktroyieren wollen und damit die Freiheit der Nationalstaaten, ihre eigene Sozial- und Wirtschaftspolitik zu verfolgen, beenden. In Wahrheit halten wir uns im Konvent streng an das bestehende geltende Völkerrecht, an die Gemeinschafts-

charta, an die Europäische Sozialcharta, an die Verträge. Dass der Widerstand so vehement ist, zeigt mir, dass es auch hier an der Zeit ist, das Urvertrauen über die soziale Marktwirtschaft in Frage stellen und zu sehen, dass der aggressive Neoliberalismus nicht nur die sozialen Standards in Frage stellt, sondern heute dazu ansetzt, die völkerrechtlich verbürgten sozialen Grundrechte anzugreifen.

Da die Charta alle Grundrechte von der Würde der Menschen ableitet, eröffnet sie die Chance, die sozialen Rechte endlich den klassischen Grundrechten gleichzustellen und damit diesen Angriff abzuwehren. Ob diese historische Aufgabe gelingt, ist offen.

*Johannes Voggenhuber ist Mitglied des Europäischen Parlamentes und dessen Berichterstatter im Konvent.*

# Brauchen wir eine Europäische Grundrechtscharta?

Manfred Nowak

## 1. Allgemeines

Die allmähliche Wandlung der EU von einer reinen Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Union und einer „europäischen Wertegemeinschaft“ sowie die wachsende Bedeutung der Menschenrechte in der Außen-, Sicherheits- und Entwicklungspolitik der EU zeigen die Notwendigkeit, dass sich die Union zu einem Grundrechtskatalog bekennt, der für ihre Innen- und Außenpolitik maßgebend ist. Im Lomé-Vertrag mit dem AKP-Staaten und in bilateralen Verträgen mit osteuropäischen und anderen Drittstaaten wurden die Menschenrechte als „essentielles Element“ anerkannt, deren Nicht-Einhaltung sogar die völlige Suspendierung der Entwicklungszusammenarbeit oder anderer Vertragspflichten zur Folge haben kann. Gemäß Artikel 6 des EU-Vertrags in der Fassung von Amsterdam beruht die Union auf den Grundsätzen der Menschenrechte, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Freiheit. Die Einhaltung dieser Prinzipien ist eine Voraussetzung für die Aufnahme neuer Staaten. Die gröbliche und schwere Verletzung dieser Prinzipien in einem Mitgliedstaat kann gemäß Art. 7 sogar zu einer Suspendierung von Rechten wie dem Stimmrecht führen. Wenn die Union sich als Wertegemeinschaft versteht, was nicht zuletzt in den Sanktionen gegenüber der österreichischen Regierung zum Ausdruck kam, und derart weit reichende Rechtsfolgen für die Verletzung von Menschenrechten in Mitglied- und Drittstaaten vorsieht, so ist es unerlässlich, dass sie auch in verbindlicher Weise definiert, was sie unter Menschenrechten versteht.

In der Wiener Erklärung, dem Abschlussdokument der UNO-Weltkonferenz über Menschenrechte 1993, hat sich die internationale Staatengemeinschaft mit tatkräftigen Beteiligung der EU-Staaten zur Universalität, Unteilbarkeit und Interdependenz aller Menschenrechte bekannt. Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sind folglich ebenso wichtig wie bürgerliche und politische Rechte. Die in den beiden UNO-Pakten aus dem Jahr 1966 garantierten wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, bürgerlichen und politischen Rechte stellen folglich einen universellen Mindeststandard dar, der von den EU-Staaten nicht unterschritten werden

darf. Das europäische Pendant zu den Pakten sind die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) samt Zusatzprotokollen sowie die (revidierte) Europäische Sozialcharta.

Die einfachste Lösung, die Organe der EU sowie die Organe der Mitgliedstaaten beim Vollzug von Europarecht an diese universellen bzw. europäischen Mindeststandards zu binden wäre natürlich die Ratifikation der genannten Verträge durch die EU. Obwohl diese Variante zumindest im Hinblick auf die EMRK seit vielen Jahren gefordert wird, scheiterte sie bisher am Widerstand einer Minderheit der Mitgliedstaaten sowie am Europäischen Gerichtshof in Luxemburg, der seine Urteile nicht gerne vom Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg überprüfen lassen will.

Aus diesen Gründen wurde während der deutschen EU-Präsidentschaft im Frühjahr 1999 die Idee der Ausarbeitung einer eigenen EU-Grundrechtscharta geboren und am Kölner Gipfel beschlossen. Um das Rad nicht neu zu erfinden und unterschiedliche europäische Menschenrechtsstandards zu vermeiden, wäre die zweifellos beste und einfachste Lösung gewesen, die EMRK und die ESC ohne Abänderungen in den EU-Vertrag zu inkorporieren und durch zusätzliche Rechte in jenen Bereichen zu ergänzen, wo die EU höhere Standards als der Europarat garantieren oder einführen will. Diese Technik wurde hinsichtlich der EMRK auch in Österreich und den meisten anderen Europaratsstaaten (zuletzt im Vereinigten Königreich) angewandt. Sie hat den Vorteil, dass die EMRK von nationalen Gerichten und Verwaltungsbehörden unmittelbar angewandt wird, was die Beachtung der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entwickelten Standards viel einfacher und effizienter macht als wenn die europäischen Verträge durch nationale Gesetze durchgeführt werden müssen. Diese Technik hätte doppelte Standards vermieden, ohne einen Rechtszug von Luxemburg nach Straßburg zu eröffnen. Beide Gerichtshöfe würden dieselben Normen anwenden, ohne dass ein Über- und Unterordnungsverhältnis besteht.

Leider hat der aus hohen Regierungs- und Parlamentsvertretern bestehende Konvent einen anderen Weg beschritten,



indem er es für notwendig erachtete, eine eigene Grundrechtscharta zu formulieren, die zwar in weiten Bereichen an der EMRK und der ESC orientiert ist, aber die entsprechenden Rechte meist in viel weniger detaillierter Weise regelt und dadurch zu schwierigen Interpretationsproblemen Anlass gibt und unterschiedliche europäische Standards einführt. Außerdem ist der derzeit vorliegende Text vom 28. Juli 2000 samt Erläuternden Bemerkungen keineswegs ausgereift und lässt viele Fragen offen, die im Folgenden einer kritischen Analyse unterzogen werden sollen.

### 2. Gliederung

Die Charta gliedert sich in eine Präambel und folgende sieben Kapitel: Würde des Menschen, Freiheiten, Gleichheit, Solidarität, Bürgerrechte, Justizielle Rechte und Allgemeine Bestimmungen. Diese an die französische Revolution des späten 18. Jahrhunderts (*liberté, égalité, fraternité* sowie Rechte des *citoyen actif*) erinnernde Terminologie und Kategorisierung der Menschen- und Bürgerrechte ist nicht mehr zeitgemäß und trägt eher zu Verwirrung als zu einer sinnvollen Systematisierung bei, die überdies in der Charta auch nicht konsequent eingehalten wird. Spätestens seit der Annahme der beiden UNO-Menschenrechtspakte im Jahr 1966 hat sich die Unterscheidung zwischen bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten international durchgesetzt, und diese Kategorisierung liegt auch dem Dogma der Unteilbarkeit und Interpedenz aller Menschenrechte zugrunde. Die Menschenwürde ist das oberste Prinzip, das allen Menschenrechten, und insbesondere den wichtigsten wirtschaftlichen und sozialen Rechten wie dem Recht auf Nahrung, Wohnung, Bildung und Gesundheit, zugrunde liegt, sodass die Reduzierung der Würde auf die Rechte auf Leben, Unversehrtheit sowie das Folter- und Sklavereiverbot eine sehr verengte Sicht zum Ausdruck bringt. Im Kapitel „Freiheiten“ werden die wichtigsten bürgerlichen Rechte einschließlich des Eigentumsrechts, der Berufs- und unternehmerischen Freiheit zusammengefasst. Es ist jedoch schwer nachvollziehbar, warum das kulturelle Recht auf Bildung unter die Freiheiten subsumiert wird, während die Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit als Bürgerrecht gelten soll. Ähnlich unverständlich ist, warum der Schutz von Kindern und die Integration von behinderten Menschen nicht unter das Kapitel Solidarität fällt, sondern zur Gleichheit gezählt wird. Im Kapitel Solidarität werden vielmehr in sehr abgeschwächter Form gewisse Ansprüche zusammengefasst, die gemeiniglich als wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte bezeichnet werden, doch wollte man diesen Begriff offensichtlich vermeiden. Außerdem sind manche dieser Rechte eher als objektive Pflichten denn als subjektive Rechte formuliert. Wo es sich um subjektive Rechte handelt, beschränken sich diese zumeist auf den Zugang zu bereits bestehenden Einrichtungen (der Gesundheitsvorsorge, des Arbeitsvermittlungsdienstes, der sozialen Sicherheit, der Wohnungsbeihilfe), d. h. man wollte positive Gewährleistungspflichten zur Schaffung entsprechender Leistungen weitestgehend vermeiden. Besonders problematisch und unsystematisch ist das Kapitel „Bürgerrechte“. Wenn damit politische Partizipationsrechte gemeint werden sollten, so trifft das zwar auf das Wahlrecht, das Petitionsrecht oder das Recht auf eine gute Verwaltung zu, nicht jedoch auf die Freizügigkeit, Aufenthaltsfreiheit oder das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz. Wenn mit „Bürgerrechten“ hingegen einfach nur die Rechte der Unionsbürger im Un-

terschied zu den allen Menschen, also auch Drittstaatsangehörigen, gleichermaßen zustehenden Rechten gemeint sein sollen, so ist nicht verständlich, warum die meisten der in diesem Kapitel genannten Rechte sowohl für Unionsbürger als auch für jede natürliche oder juristische Person gelten. Besonders problematisch und ein Rückschritt im Vergleich zu Artikel 2 des 4. ZP zur EMRK sowie zu Artikel 12 des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte (CCPR) ist Artikel 43 der Charta, wonach die Freizügigkeit den Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig in der Union aufhalten, nicht von Rechts wegen zusteht, sondern nur gemäß dem EG-Vertrag gewährt werden kann. Dafür sieht Artikel 45 Abs. 2 ein Recht auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen Gericht nicht nur in Fragen des Zivil- und Strafrechts, sondern in allen Rechtssachen vor, also auch im klassischen Verwaltungsrechtsbereich. Damit geht diese Bestimmung weit über den ohnedies bereits extensiv interpretierten Anwendungsbereich von Artikel 6 EMRK hinaus.

### 3. Gesetzesvorbehalt und Schrankenklausele

Die EMRK und andere internationale Menschenrechtsverträge sehen ein ausgewogenes System von absoluten Rechten und solchen Rechten vor, die aus bestimmten, den konkreten Rechten angemessenen Gründen durch materiell determinierte Gesetzesvorbehalte eingeschränkt werden dürfen. Anders die Europäische Grundrechtscharta: Sie formuliert in den Kapitel I bis VI weit reichende Rechtsansprüche, die jedoch alle einem generellen Gesetzesvorbehalt in Artikel 50 Abs. 1 unterliegen. Man könnte also annehmen, dass auch ansonsten absolute Rechte wie das Folter- oder Sklavereiverbot der Artikel 4 und 5 unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden dürfen. Dieser dem Völkergewohnheitsrecht bzw. sogar zwingendem Völkerrecht (*ius cogens*) widersprechenden Rechtsfolge versucht Artikel 50 Abs. 3 einen Riegel dadurch vorzuschieben, dass Rechte der Charta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, eine den EMRK-Rechten entsprechende Bedeutung und Tragweite haben, sofern die Charta nicht einen höheren oder umfassenderen Schutz gewährleistet. Sollte die Charta jemals ein rechtlich verbindliches Dokument werden, so dürfte diese unklare Bestimmung die rechtsanwendenden Organe vor große Interpretationsprobleme stellen. Dies sei an folgendem Beispiel illustriert. Gemäß Artikel 2 hat jede Person ein Recht auf Leben, und niemand darf zur Todesstrafe verurteilt oder hingerichtet werden. Wollten die Autoren der Charta hier lediglich den Standard der EMRK (Artikel 2 sowie 6. ZP) wiederholen oder einen höheren Schutz gewährleisten, der dem jüngsten Trend der EU zur umfassenden Abschaffung der Todesstrafe entspricht, wie er auch im Vertrag von Amsterdam zum Ausdruck gebracht wurde? Bekanntlich sieht Artikel 2 des 6. ZP zur EMRK (im Unterschied zum 2. ZP zum CCPR) eine Ausnahme vom Verbot der Todesstrafe im Kriegszeiten vor, und die Erläuternden Bemerkungen zur Charta scheinen davon auszugehen, dass diese Einschränkung auch für die Charta gelten sollte. Gerade das widerspricht jedoch den Bemühungen der EU, auch in ihren Verhandlungen mit Beitrittskandidaten die Todesstrafe generell zu ächten.

### 4. Fehlende Rechte

Abgesehen von den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten, wo die Charta weit hinter dem Standard des gleichnamigen UNO-Paktes und der revidierten ESC zurück-

bleibt, fehlen eine Reihe wichtiger Rechte im derzeitigen Entwurf wie z.B. Minderheitenschutz, Rechte alter Menschen, Wissenschafts- und Kunstfreiheit (Artikel 13 spricht aus unerfindlichen Gründen nur von der Freiheit der Forschung), Recht auf Wehrdienstverweigerung (obwohl sich gerade die EU-Staaten immer wieder für eine universelle Anerkennung dieses Rechts im Rahmen der UNO-Menschenrechtskommission eingesetzt haben), Patientenrechte, Verbot der Aufhetzung zu rassistischem und religiösem Hass (entsprechend dem Artikel 20 CCPR), Freizügigkeit für alle sich rechtmäßig aufhaltenden Personen, Rechte von Migranten, Streikrecht etc. Außerdem lässt die Charta – abgesehen von den bereits in der Bioethikkonvention enthaltenen Grundsätzen der Medizin und Biologie in Artikel 3 Abs. 2 – innovative Reaktionen auf neue menschenrechtliche Probleme im Rahmen neuer technologischer Entwicklungen (Stichwort: Internet) ebenso vermissen wie ein entschiedenes Auftreten gegen die großen menschenrechtlichen Herausforderungen in Europa der Gegenwart wie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Menschenrechtsverletzungen durch Private (Multinationale Konzerne, organisierte Kriminalität etc.).

### 5. Rechtsverbindlichkeit

Die Grundsatzfrage, ob die EU-Charta verbindliches Recht als Teil des EU- oder EG-Vertrages werden soll oder als bloß unverbindliche Deklaration von den EU-Institutionen (Rat, Kommission und Parlament) in Nizza feierlich verkündet und in der Folge wie alle bisherigen Grundrechtsproklamationen der EG/EU ein weiterhin unbeachtetes Schattendasein fristen wird, wurde bisher ausdrücklich offen gelassen. Diese entscheidende Frage hätte jedoch vor der Formulierung der Charta geklärt werden sollen. Denn ein völkerrechtlicher Vertrag muss aus rechtstechnischen Gründen anders formuliert werden als eine unverbindliche Deklaration. Als Teil des Primärrechts ist der vorliegende Entwurf aus den oben genannten Gründen (insbesondere wegen der generellen Schranken Klausel) ungeeignet. Wenn die EU-Charta jedoch ohnehin nur als unverbindliche Deklaration geplant ist, so hat sich der große Aufwand meines Erachtens nicht gelohnt.

### 6. Durchsetzungsinstrumentarium

Eng mit der Frage der Rechtsverbindlichkeit hängt das Fehlen jeglichen Durchsetzungsinstrumentariums zusammen. Zwar garantiert Artikel 45 Abs. 1 das Recht jeder Person, deren Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind (es ist wohl anzunehmen, dass es sich hier um die Rechte und Freiheiten der Charta handelt), bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Nach dem derzeitigen EU-Recht gibt es jedoch kein Recht auf Individualbeschwerde an den EuGH. Die verletzte Person kann höchstens anregen, dass das zuständige nationale Gericht bei der Anwendung einer europarechtlichen Norm eine Vorabentscheidung des EuGH erwirkt. Dieser indirekte Rechtsschutz entspricht jedoch nicht dem einem Grundrecht immanenten Anspruch auf subjektive Rechtsdurchsetzung durch die verletzte Person.

### 7. Schlussfolgerungen

Auch wenn der vorliegende Entwurf einer EU-Grundrechtscharta einige wenige innovative Elemente enthält (z. B. das Recht auf eine gute Verwaltung in Artikel 39, die Verpflichtung zum Umweltschutz in Artikel 35 oder der Versuch, einzelne wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte „justizierbar“ zu machen), so zeigt eine kritische Analyse dennoch, dass es sich hierbei um ein weitgehend unausgeglichenes Dokument handelt, das in dieser Form kaum in rechtlich verbindlicher Form im Primärrecht verankert werden kann. Es wäre daher trotz des bisherigen Aufwandes weiterhin vorzuziehen, die EMRK samt Zusatzprotokollen und die ESC unverändert in die EU-Grundrechtscharta zu übernehmen und um jene eigenständigen Rechte zu erweitern (z. B. Wahlrecht oder Diskriminierungsschutz), wo die Union schon bisher einen höheren Menschenrechtsstandard als der Europarat geschaffen hat oder beabsichtigt, einen solchen zu schaffen.

*ao. Univ.-Prof. Dr. Manfred Nowak lehrt an der Verwaltungsakademie des Bundes, ist Leiter des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte an der Universität Wien und Richter an einem Menschenrechtsgericht in Sarajewo.*

## zu.satz

# Zur lakedämonischen Währungsunion Europas

Oder: Es ist nicht alles ein Vergleich, was hinkt

Christian M. Stadler

Wer keine Geschichte hat, der hat auch keine Zukunft. So gesehen muss es einem um den Euro nicht bange sein. Noch nicht einmal in Schein- und (vor allem!) Münzform eingeführt hat er schon Geschichte, oder zumindest Vergangenheit. Nein, ich meine damit nicht die bisher erfolgte wechselläufige Talfahrt – manche meinen darin einen freien Fall auszumachen –, sondern seine Begriffsgeschichte. Eventuelle Bezüge in die Antike an seinem klingenden Namen (Euro) fest machen zu wollen, würde das an dieser Stelle Gemeinte unterbieten. Es handelt sich nicht darum, im Euro einen liebe-

vollen Kosenamen für die von Zeus einst entführte Maid zu sehen. Nein, es reicht noch tiefer: man sieht sich in der Tat durch den Euro an Platon erinnert, im Verhältnis zu welchem ja bekanntlich dem Rest der abendländischen Geistesgeschichte der Rang einer Fußnote zukommt. . .

Aber eines nach dem anderen. Die Vergangenheit des Euro besteht in einem beispiellosen Wertverlust von über 25% im Vergleich zum Zeitpunkt der Einführung Anfang 1999, damit aber auch in einem ebensolchen Wertverlust der in ihm zusammengeführten Währungen wie Deutsche

Mark, Holländischer Gulden oder auch Österreichischer Schilling. Selbstverständlich hatten bis vor kurzem jene recht, die auf die innere Stabilität des Euro verwiesen: *fiat stabilidad, perea cambio*. Aber nun sind die mittelbaren Einwirkungen dieses beträchtlichen Außenwertverlustes<sup>1</sup> über den Umweg der Dollar-Ölpreise in die innere Stabilität des Euro (ablesbar an der Inflationsrate) eingebrochen. Somit lässt sich der Euro-Wert nicht auf Dauer in zwei – scheinbar voneinander unabhängige – Wertsphären einteilen. Es kann auf Dauer eine katastrophale Wechselkursperformance nicht ohne Folgen bleiben für die Geldwertstabilität. So weit die Fakten.

Was indes erschüttert, ist der Umstand, dass das starke Wirtschaftsgebiet Europa (Euro-Land umfasst ca. 300 Mio Bürger) seine Währung nicht stabilisieren kann. Bange Blicke werden in Richtung Frankfurt/EZB geworfen, wo man nach außen hin Gelassenheit demonstriert und nicht müde wird zu wiederholen, dass alles im Griff sei – eine Rhetorik, die an Durchhalteparolen im Zuge von Kriegen erinnert.

Wenn man nach wie vor vom Primat der Politik auch gegenüber der Wirtschaft überzeugt ist, so vermag man – um auf den Ausgangspunkt zurückzukehren – ein klassisch politisches Paradigma in der abendländischen Tradition zu erkennen, das auch auf den Euro Anwendung finden könnte: Lykurg, Platon und Fichte haben es jeder auf seine Weise – aber nicht unbeeinflusst voneinander – entwickelt: das legendäre Eisengeld aus Sparta<sup>2</sup>, auf welches sich Platon in seinen *Nomoi* bezieht, wenn er Folgendes schreibt: „Außerdem aber tritt ergänzend zu alle dem noch das weitere Gesetz, dass kein Privatmann Gold oder Silber besitzen darf, sondern nur eine Münze für den täglichen unvermeidlichen Geschäftsverkehr mit Handwerkern und allen derartigen Leuten, die uns unentbehrlich sind, eine Münze also, mit der wir Tagelöhner, Sklaven und Beisassen ihren Lohn auszahlen können. Zu diesem Zweck gestatten wir den Besitz einer Münze, die in der Heimat ihren bestimmten Wert hat, in der übrigen Welt aber wertlos ist.“<sup>3</sup>

Dieses Denkmal abendländischer Integrationspolitik bietet für den zeitgenössischen Zustand des Euro eine verblüffende Erklärungsmöglichkeit. Der Euro könnte als eine währungspolitische Maßnahme zum Zweck der Stiftung politischer Einheit konzipiert sein. Gerade bei Platon darf das nicht überraschen, geht dieser doch schon im Rahmen seiner „utopischen“ *Politeia* von den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Menschen als existentiellen Initialgrund von „polis“ aus – ein Ansatz, der beklemmend „modern“ anmutet<sup>4</sup>. Doch wenn man diesen Gedanken auf seinem Weg durch die abendländischen Fußnoten weiterverfolgt, gelangt man un-

versehens zu Fichte. Dieser begriff, dass eine politische Einigung wesentlich auch auf wirtschaftspolitischem Gebiet erfolgen muss und hat daher sein Konzept eines „Geschlossenen Handelsstaates“ entwickelt, das seines Erachtens in der Perspektive von 1800 nur in einem vereinten Kulturstaat Deutschland Sinn machen konnte. Der Zusammenhalt sollte über einen kulturell veredelten Begriff der sozialen Gerechtigkeit („Vernünftigkeit“) erreicht werden. Ein wesentliches Moment zur Überwindung unvernünftiger Egoismen war die Überwindung der Waren-Geldtheorie durch die Zeichen-Geldtheorie. Entscheidend für Fichte war, dass der Metallismus im Geldwesen überwunden werde durch ein stoffwertloses Zeichenmodell. Voraussetzung für das Gelingen dieses Modells war aber u. a. die Abschließung des Handelsstaates. Die Analogie war das Rechtssystem. Letzteres ist hermetisch geschlossen, das Handelssystem steht demgegenüber offen da. Darin sah Fichte einen strukturellen Widerspruch. Der freie Handel unterläuft letztlich jegliche sozialstaatliche Gesetzgebung, wie man auch heute unschwer an Hand der diversen Standort- und Lohnnebenkostendebatten verifizieren kann. Um aber der freien Konvertierbarkeit von Waren und Dienstleistungen einen nicht-polizeistaatlichen Riegel vorzuschieben, bediene man sich des Zeichengeldes. Es bleibt in seinem Wert staatsgebunden<sup>5</sup>.

Langsam wird klar, worin die politische Bedeutung der Euro-Schwäche liegen könnte: Will man die *Politische* Union festigen, dann macht eine Währungspolitik wie die soeben beschriebene des Euro durchaus Sinn. Durch den schwachen Euro ist man gehalten, europäisch zu denken, zu konsumieren, zu verreisen etc. *Europa* bekommt plötzlich eine handfeste Bedeutung, die allerdings auf Dauer nur derjenige wird schätzen können, dem der Verlust eines Viertels seines Vermögens nichts anhat, sei es, weil er überhaupt kein Vermögen besitzt, sei es, weil er übermäßig großes Vermögen besitzt. Die Stütze des Republikanismus jedoch, der Mittelstand, der nach Aristoteles der politischen Tugend allein fähig ist, der also für sein Geld hart gearbeitet hat, der spürt diesen Verlust schmerzlich. Besagter Mittelstand mag nun meinen, dass es nett gewesen wäre, wenn der arbeitende Besitzbürger zu diesem Vorgang auch befragt worden wäre. Doch diesbezüglich scheint sich seit Platons oder Fichtes Zeiten nicht sehr viel verändert zu haben. Oder um es frei nach Karl Popper auszudrücken: Offene Gesellschaft sucht Freunde . . .

ao. Univ.-Prof. DDr. Christian M. Stadler lehrt am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien.

1 Dass es sich nur um den „Außenwert“ handelt, ist in Zeiten der wirtschaftlichen Globalisierung ein wenig anachronistisch, um es gelinde auszudrücken.

2 Vgl. dazu näher: Xenophon: Die Verfassung der Spartaner. Darmstadt 1998, 67 und Anmerkung 82.

3 Platon, *Nomoi*, 742 (zit nach der Apelt-Ausgabe: Platon, Sämtliche Dialoge, Band VII, 165).

4 Die Beklemmung rührt dabei von der Einsicht in die Vormodernität mancher „moderner“ Einsichten her.

5 Worin sich auch die Sozialpflichtigkeit von Grundeigentum ausdrücken könnte.

# The toys are us

Iris Kugler

Während in der richtigen Welt Justizminister politische GegnerInnen mit Klagen eindecken und vaterlandschädliche Äußerungen von PolitikerInnen strafbar werden sollen – ginge es allein nach dem Willen des Einen – passiert im Paralleluniversum Evolution. Virtuell, nämlich im Internet, ist diametral entgegengesetzt die Voraussetzung für einen großen Bewusstseinschritt getan, der real im sehr kleinen Österreich bis auf weiteres verhindert ist. Sowenig Österreich international ein Kriterium für mentalen Fortschritt ist, sowenig lässt sich der virtuelle Quantensprung hin zum selbstbestimmten Individuum im Internet rückgängig machen.

Dort gibt es keine Instanz mehr, die das Individuum von der Verantwortung befreit, sich die Realität, die es sich selbst wählt, auszusuchen. Nicht der Provider ist schuld, wenn es Websites gibt, die der Menschenwürde Hohn sprechen. Es ist jede und jeder Einzelne, der dort hinklickt und damit selbst die Entscheidung trifft, dass in seiner Realität die Darstellung von Menschenrechtsverletzungen Platz hat. Die undenkbbare Alternative wäre eine geistige Gummizelle in Form eines vorsortierten Internets, doch dieser Zug ist dieweil, Göttin sei Dank, abgefahren. Sehr im Unterschied zur realen Welt, wo mit der Möglichkeit über Information zu verfügen, noch immer Macht ausgeübt wird, wenn beispielsweise in Redaktionsstuben ein anderer Wind wehen soll bzw deutlich spürbar weht.

Dass die österreichische Auffassung einer modernen Informationsgesellschaft völlig überholt und dem Aussterben preisgegeben ist, lässt sich auch aus der neuen virtuellen Welt ableiten. Nicht Singularitäten geben der Mehrheit eine Realität vor (wie z. B. beim Massenmedium Fernsehen), die Masse wählt sich Information und Realität in voller Eigenverantwortung und Entscheidungsfreiheit und als Nebeneffekt demokratisieren und solidarisieren sich die UserInnen. Das Individuum wird aufgewertet, wenn beispielsweise jedes email gleichviel wert ist.

## David und Goliath

Deutlich dargestellt hat sich dieser Prozess jüngst in einem virtuellen Kampf zwischen David und Goliath, den Goliath verloren hat. Toys ist das englische Vokabel für Spielzeuge und E-Toys ist ein amerikanischer Internetvertrieb für dieselben. E-Toy hingegen ist eine Schweizer KünstlerInnentruppe, die in Ausübung ihrer künstlerischen Freiheit mitunter den menschlichen, insbesondere den weiblichen, Körper, zugegeben mäßig originell, nackt darstellen. Verdient gemacht hat sich die Truppe auf der Ars Electronica 90, wo sie mittels Infrashallwellen angrenzende Standplätze samt BesucherInnen unfreiwillig am Vibrieren hielten. E-Toys befand, dass seine oft minderjährigen WebsitebesucherInnen durch die Ähnlichkeit der Domain dahingehend gefährdet wären, auf der Suche nach dem neuesten Kriegsspielzeug über einen nackten Busen oder gar sittlich Gefährdenderes zu stolpern. Und weil die USA ein so fortschrittliches modernes Land sind, wo mit dem Argument der Bekämpfung moralischer Bedrohungen noch immer Gouverneursjobs zu haben sind, fand sich dort ein Gericht, das der Schweizer Truppe den Namen E-Toy verbot.

Hintergrund der Geschichte ist der Börsenwert von E-Toys in zweistelliger Millionendollarhöhe, den die Firma durch die Namensähnlichkeit mit E-Toy, das außer über kreatives über kein Kapital verfügt, gefährdet sah. Übersehen wurde allerdings, dass der Börsenwert mit dem wirklichen Wert nichts zu tun hat, dass dies ein Wert ist der vor allem darauf gründet, dass InvestorInnen an die Firma glauben. Und genauso schnell wie das Vertrauen kann auch dieser Wert schwinden, wenn Ersteres erschüttert wird. Wie beim alaskischen Goldfieber 1870 liegen die Erwartungen der InvestorInnen in die Internetfirmen hoch, die Umsätze derselben jedoch niedrig, sodass auch der objektive Wert solcher Firmen mehr virtuell denn real ist.

Was im konkreten Beispiel als Reaktion auf das Verbot, die Domain E-Toy zu benützen, folgte, war, abgesehen

von Rechtsfragen ohne Ende, ein origineller und alternativer Lösungsansatz.

Nämlich eine originelle Lektion in Basisdemokratie. E-Toy stellte ein Programm ins Netz, wo man sich mit Username und Passwort einloggen konnte und an einer Art Spiel teilnahm. Jeder und jede UserIn wurde durch ein Playmobilmännchen repräsentiert. Geschaffen wurden 6 verschiedene AgentInnentypen, wie zum Beispiel BankerInnen oder AnwältInnen, und jeder und jede Agentin hatte regelmäßig Aufgaben zu erfüllen. War man nicht regelmäßig dabei, flog man durch Punkteabzug aus dem „Spiel“. Die AgentInnen waren natürlich auch untereinander via email vernetzt. Die gestellten Aufgaben bezogen sich beispielsweise auf das tägliche Absenden mehrerer emails an die AnwältInnen von E-Toys mit der Anforderung die Klage wieder zurückzuziehen. Aber auch auf das Suchen und das Informieren von KundInnenzielgruppen der Firma über deren aggressive Vorgehensweise gegen E-Toy.

Direkte reale Konsequenz des virtuellen Spiels war eine Erschütterung des Vertrauens der InvestorInnen, sowie der Sturz des Börsenwertes von E-Toys, das daraufhin recht bald die Klage zurückzog.

Angenehme Nebenerscheinung des lustigen Spiels war in den Tagen der österreichischen Regierungsbildung eine internationale Welle der Solidarität und des Mitgefühls von ToyagentInnen mit der wehklagenden österreichischen AgentInnendelegation.

Und während im virtuellen Raum gerade die Kreativität die plumpe Gier besiegte, nährt dieses Beispiel doch die Hoffnung, dass der Lernprozess in Sachen Eigenverantwortung und freier Wille, den alle SpielerInnen erfahren durften und der das Netz derzeit noch kennzeichnet, doch so schnell wie möglich die sich gegengleich entwickelnde österreichische Realität kontaminiert. Vielleicht lässt sich ja als Nebenwirkung dieser Entwicklung die Ansammlung menschlicher Schwächen, als die sich die gegenwärtige Regierung darstellt, als das entlarven, was sie ist.



2

Schauplatz Gericht:  
Tatort Familie

Freitag 10. November 21<sup>20</sup> Uhr

Gewaltverbrechen in Familien sind keine Seltenheit – oft werden sie erst nach Jahren zur Anzeige gebracht. Peter Resetarits und Ludwig Gantner berichten in einem „Schauplatz Gericht“ über Verbrechen am „Tatort Familie“.

ORF 2



Studienreihe des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte  
Manfred Nowak und Hannes Treter (Hg.) Band 2

Sax/Hainzl

Die verfassungsrechtliche  
Umsetzung der  
UN-Kinderrechtskonvention  
in Österreich



Verlag Österreich

3-7046-1342-8, 257 Seiten, broschiert,  
öS 348,- / € 25,29

- Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989
  - Entstehung und Hintergrund
  - Aufbau und Gehalt
  - Die Implementierung der Konvention
- Die innerstaatliche Umsetzung völkerrechtlicher Verträge
  - Zum Begriff der „Umsetzung“
  - Inkorporation von Völkervertragsrecht
  - Der rechtliche Status der Kinderrechtskonvention in ausgewählten Staaten
  - Der rechtliche Status der Kinderrechtskonvention in Österreich
- Die Umsetzung der Konvention im österreichischen Verfassungsrecht
  - Umfassende Betrachtungsweise durch die Kinderrechtskonvention
  - Zum Verfassungsbegriff
  - Zur Notwendigkeit einer grundlegenden Verankerung von Rechten von Kindern und Jugendlichen
  - Zur Justitiabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte
- Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes über den Schutz der Rechte von Kindern und Jugendlichen
  - Vorbemerkungen
  - Verfassungsrechtliche Umsetzungsvorschläge
  - Zusammenfassung der Verfassungsvorschläge
- Anhang
  - Text der UN-Konvention über die Rechte des Kindes

Verlag Österreich

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





# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat .....

Erscheinungsweise: vierteljährlich

## Themen im Jahr 2000:

Nummer 4/2000: Go East! Europäische Integration

## HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Dr.<sup>in</sup> Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer,  
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, Mag. Wolfgang Beran, Dr. Sepp Brugger, ao. Univ.-Prof. DDr.  
Nikolaus Dimmel, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Dr.<sup>in</sup> Elisabeth  
Holzleithner, Mag.<sup>a</sup> Iris Kugler, Mag.<sup>a</sup> Katharina Echsel, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz,  
Mag. Thomas Sperlich, Mag. Walter Suntinger, Mag.<sup>a</sup> Martina Thomasberger, Ass.-Prof. Dr. Hannes  
Tretter, Mag. Valentin Wedl, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin.

.....  
Ich bestelle das **juridikum**: (Seite einfach kopieren, ausfüllen und absenden!)

Jahresabonnement	zum Preis von à öS 360,-
StudentInnenabonnement*)	zum Preis von à öS 240,-
Förderabonnement	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 – Vertrieb

Rennweg 16  
A-1030 Wien

### Absender

Name/Kanzlei .....

Kontaktperson .....

Straße .....

PLZ/Ort .....

Telefon .....

Datum/Unterschrift .....