

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat . . . . . nr 3.2003

thema 

## Non-profit und Zivilgesellschaft



recht & gesellschaft

GATTACA

Vermessen

Wer regiert das Internet?

Gute Diskriminierung – Böse Diskriminierung

P. b. b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · Euro 9,50 · ISSN 1019-5394

 **VERLAG  
ÖSTERREICH**  
VORMALS VERLAG DER K. U. K.  
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Für Context herausgegeben von

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

# Inhalt

## recht & gesellschaft

Iris Eisenberger/Elisabeth Hödl	GATTACA oder: Brauchen wir ein eigenes Grundrecht auf Wahrung genetischer Information? .....	113
Matthias C. Kettemann	Gute Diskriminierung – böse Diskriminierung .....	116
Reingard Riener-Hofer	Vermessen? Die neuen Pass- und Visabestimmungen für die USA nach 9/11 .....	118
Christian Bertel	Die Menschenrechte und das StrafprozessreformG .....	120
Peter Pointner	Der Wende-Parlamentarismus .....	123
Markus Fallenböck	Wer regiert das Internet? Und wie? .....	127
Markus Burgstaller	Österreichische Schule der Nationalökonomie und Europäische Fusionskontrolle .....	130

## thema: non-profit & zivilgesellschaft

Ruth Simsa	Nonprofit-Organisationen und der Staat .....	134
Hartmut Schmidtmayr	Rechtliche Rahmenbedingungen für die Betätigung im Nonprofit-Sektor .....	138
Manfred Schwarz	Ordentlich gerechnet .....	142
August Reinisch	Über die Verantwortlichkeit von NGOs als Sprachrohre der Zivilgesellschaft .....	145
Iris Golden	Gendermainstreaming im internationalen Strafrecht .....	148
Christoph Weritsch	Die Grazer „Refugee Law Clinic“ .....	153
Nadja Lorenz	AsylwerberInnen – jetzt kann der nächste Winter kommen .....	158
Bruno Kapfer	Caritas Europa .....	161

## rubriken

<b>vor.satz</b>	Christian Hiebaum Neue Not, neue Untugend .....	110
<b>merk.würdig</b>	Kurzmeldungen .....	111
<b>nach.satz</b>	Iris Kugler Streik .....	164
<b>impressum</b>	.....	112



# Neue Not, neue Untugend

Christian Hiebaum

Es gab einmal eine Zeit, da verfügte die Regierung über eine satte Zweidrittelmehrheit im Parlament. Damit konnte sie sich relativ bequem der lästigen Normenkontrolle durch den VfGH entziehen. Sie brauchte aus „kritischen“ Gesetzen einfach nur Verfassungsgesetze machen zu lassen. Zwar kündigte das Verfassungsgericht immer wieder an, dass ihm bald der Kragen platzen und es diese Praxis selbst für verfassungswidrig erklären werde, da sie auf eine Gesamtänderung der Verfassung hinauslaufe und daher eigentlich einer Volksabstimmung bedürfte. Doch bevor es seine Drohung wahr machen konnte, änderten sich die Verhältnisse. Wie die letzte große Koalition vor der Wende, so konnte sich auch die schwarz-blaue Regierung nur mehr auf eine einfache Mehrheit stützen und musste schon allein deswegen „neu regieren“.

Die von einigen gehegte Hoffnung, dass nun, wenn sich schon sonst nichts zum Besseren wenden würde, wenigstens eine „Verfassungskultur“ gedeihen werde, die weniger bananenrepublikanische Züge aufweist, erwies sich jedoch als trügerisch. Aus der Not entsteht nämlich nicht nur die Tugend; der Not entspringen auch die prächtigsten Untugenden.

Es begann mit zum Teil drastischen Umfärbungsaktionen. Das allein wäre freilich wenig bemerkenswert. So funktioniert Politik eben. Unter anderem versucht man, strategisch wichtige Positionen zu besetzen. Das Ziel ist die ideologische Vormachtstellung. Hegemonie mag kein Wert an sich sein, aber ohne dieses Ziel dümpelt man bestenfalls identitätspolitisch vor sich hin. Demokratie ist in der abstraktesten Beschreibung die Institutionalisierung des politischen Kampfes. Rechtsstaatliche Beschränkungen politischen Handelns wiederum haben, wie uns die liberale Theorie lehrt, auch die Funktion einer rationalen Selbstbindung, wenn man so will: einer Stabilisierung des demokratischen Konflikts.

Nicht dass diese Beschränkungen offen infrage gestellt würden, doch was sich derzeit beobachten lässt, mutet wie eine neue Strategie der Aushöhlung an. Auffälliger als das, was zuletzt

getan wurde, ist nämlich die Art und Weise, wie man dabei vorging. Mitunter scheiterte man auch, und vor allem die nunmehr kleinere Regierungspartei sorgte immer wieder – nicht zuletzt bei ihren Sympathisanten – für ungläubiges Staunen ob einer Skrupellosigkeit, die schon an Dummheit grenzte. Erinnerung sei nur an den Fall des designierten Vorsitzenden des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger, dessen Amtsantritt erst durch eine Autofahrt im alkoholisierten Zustand verhindert wurde. Aber auch die Reform des Hauptverbands selbst erwies sich als unhaltbar. Dennoch wird sie noch einige Zeit wirksam bleiben. Ein wenig normative Kraft muss schließlich auch der VfGH dem Faktischen zugestehen. Und es sieht ganz so aus, als würde die Regierung dies mittlerweile bewusst ins Kalkül miteinbeziehen und gar nicht mehr allzu große Mühe darauf verwenden, verfassungskonforme Gesetze zu entwerfen. Vielleicht fällt der Verfassungsrechtswissenschaft dagegen einmal ein eleganteres Antidot ein. In der Zwischenzeit müssen sich die Besorgten wohl mit moralischen Appellen behelfen.

Lassen wir einmal zweifelhaftere politische Intentionen beiseite, dann ist das Problem folgendes: Insbesondere in neoliberalen Zeiten des allgemeinen (auch selbstgeschaffenen oder lediglich behaupteten) Sparzwangs besteht für die Regierung ein starker Anreiz, Gesetze beschließen zu lassen, die das Budget entlasten. Und wenn man deren Verfassungskonformität ernsthaft bezweifeln muss, kann man sich immerhin mit der Erwartung trösten, dass sie sich lange genug in Kraft befinden werden, um wenigstens noch ein paar kurzfristige Spareffekte zu zeitigen. (Dass sich die Dinge „in the long run“ dann meistens anders darstellen, steht auf einem anderen Blatt.)

Zwei Beispiele stechen besonders ins Auge: die kürzlich im NR beschlossenen Novellierungen des Asylgesetzes und des Bundesbetreuungsgesetzes. Gegen das neue Asylgesetz haben nicht nur die „üblichen Verdächtigen“ wie diverse NGOs und das UN-Flüchtlingshochkommissariat deutlich Ein-

spruch erhoben. Auch die namhaftesten Verfassungsrechtsexpertinnen und -experten, nicht zuletzt des BKA-Verfassungsdienstes, geben dem Gesetz keine reale Chance vor dem VfGH. Nun zeugt bewusste Fahrlässigkeit beim Entwerfen und Beschließen von Gesetzen vielleicht bloß von miserablen Stil, spätestens bei bedingtem Vorsatz wäre aber Entrüstung angebracht. Ein bisschen Tugendterror hat noch niemandem geschadet – zumal demokratische Systeme naturgemäß angewiesen bleiben auf das Entgegenkommen eines Hintergrundes von rechtlich nicht erzwingbaren Gesinnungen.

Mit ähnlich starkem Tobak scheinen wir es bei der Änderung des Bundesbetreuungsgesetzes zu tun zu haben, welche in missliebige OGH- und somit rechtskräftige Einzelfallentscheidungen eingreift. Der Zivilrechtler *Andreas Vonklich* hat zwar im Standard vom 23. 10. 2003 den Kritikern etwas mehr Zurückhaltung angeraten, da der VfGH bereits das eine oder andere Mal Verständnis für rückwirkende Korrekturen höchstgerichtlicher Entscheidungen durch den Gesetzgeber gezeigt habe. Am Ende des Artikels aber äußert er selbst Bedenken, nämlich soweit die gesetzlichen „Klarstellungen“ auch für bereits seit längerer Zeit anhängige Verfahren wirksam werden sollen. Dagegen könnte Art 6 EMRK sprechen, meint er. Doch zumindest Laien stellt sich hier die Frage, weshalb der Eingriff in *anhängige* Verfahren schwerer wiegen soll als jener in rechtskräftig *abgeschlossene*. Spontan würden wohl die meisten das Gegenteil annehmen.

Wie auch immer, die „Optik“, um diesen modischen Euphemismus zu bemühen, lässt mehr als nur ein wenig zu wünschen übrig. Und selbst wenn es – unwahrscheinlich genug – wirklich nur der *Schein* wäre, der durch solche Vorgangsweisen ramponiert würde: Unterschätzen wir nicht den zivilisatorischen Nutzen des Zwangs, den Schein der Rechtsstaatlichkeit unverseht aufrecht zu halten!

# Grenzenloses Familienglück?

Zeitgerecht zur wie gewohnt sachlich geführten Diskussion um Geburtenzahlen, Pensionssicherung und Zuwanderung hat der Verfassungsgerichtshof am 08.10.2003 (G 119, 120/03) entschieden, dass die die Quotenpflicht des Familiennachzugs regelnden Bestimmungen des FrG 1997 (§§ 18 Abs 1 Z 3 und 22) in der bis 31.12.2002 gültigen Fassung gegen Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art 18 B-VG (Bestimmtheitsgebot) verstoßen und daher verfassungswidrig waren. Da durch die FrG-Novelle 2003 die Möglichkeit eingeräumt wurde, bei Vorliegen besonderer humanitärer Gründe auch bei Fehlen eines Quotenplatzes Erstniederlassungsbewilligungen zu erteilen, ist die geltende Rechtslage nach Ansicht des VfGH mit Art 8 EMRK vereinbar und daher nicht mehr verfassungswidrig. Hinsichtlich der Durchführungspraxis der Quotenregelung bestehen beim Höchstgericht verfassungsrechtliche Bedenken wegen unzureichender Bestimmtheit jedoch auch nach der letzten Novellierung.

Zwei türkische Staatsbürgerinnen beantragten die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen zum Zwecke der Familiengemeinschaft mit ihren in Kärnten lebenden Ehemännern. Vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpften sie die ihre Devolutionsanträge zurückweisenden Bescheide des Bundesministers für Inneres. Sie begründeten ihre Beschwerden damit, dass durch die mit der Quotenpflicht verbundene Wartefrist, die in Kärnten aufgrund der geringen Anzahl von Quotenplätzen mehrere Jahre beträgt, ein gemeinsames Familienleben verwehrt wird, und

weilers die §§ 18 Abs 1 Z 3 und 22 FrG 1997 unbestimmt und gleichheitswidrig sind.

Der Verfassungsgerichtshof hat diese Bedenken als für die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens ausreichend erachtet und im Prüfungsbeschluss dargelegt, dass Art 8 EMRK bei der Festlegung der Bedingungen für die Einwanderung nicht völlig außer Betracht bleiben darf, und die unbedingte Geltung der Quotenpflicht und die damit verbundenen mehrjährigen Wartezeiten dazu zu führen scheinen, dass eine rasche Familienzusammenführung unter Beachtung des Art 8 EMRK unter keinen Umständen möglich ist. Das grundsätzlich zulässige Quotensystem dürfe jene Fälle nicht erfassen, bei denen ein aus Art 8 EMRK abzuleitender Anspruch auf Familiennachzug besteht.

Diese Überlegungen zur Auslegung des Art 8 EMRK leitet der Verfassungsgerichtshof aus der Rechtsprechung des EGMR und seiner eigenen Rechtsprechung ab. In seiner Entscheidung vom 21.12.2001 (Sen gegen die Niederlande) hatte der EGMR eine Verletzung des Art 8 EMRK durch die Verweigerung des Nachzugs einer Tochter bejaht, weil den in den Niederlanden aufenthaltsverfestigten Familienmitgliedern die Führung des Familienlebens in der Türkei nicht zugemutet werden kann.

§ 20 FrG 1997 sieht zwar einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug für niedergelassene Fremde vor, die nunmehr auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüften Bestimmungen entwerten diesen Rechtsanspruch durch jahrelange Wartezeiten jedoch völlig. Mit einigem

Interesse konnte der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs zu dieser paradoxen österreichischen Lösung eines nicht durchsetzbaren Rechtsanspruchs entgegen geblickt werden.

Einer hat es natürlich wieder einmal vor allen anderen gewusst: „Wir können das Quotensystem mit einigermaßen kontrollierter Zuwanderung vergessen“, sagte der Kärntner Landeshauptmann im Dezember 2000 nachdem ein Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Familienzusammenführung veröffentlicht worden war, und warf gleichzeitig der EU vor, an einer „beschleunigten Zuwanderung“ zu arbeiten. Die auf seinen Vorschlag hin festgelegte Quote von 30 Niederlassungsbewilligungen bei 530 anhängigen Anträgen (Wartezeiten von bis zu 15 Jahren werden dann als „einigermaßen kontrollierte Zuwanderung“ verharmlost!) für das Bundesland Kärnten im Jahr 2002 hat letztlich die Bedenken des Verfassungsgerichtshofs ausgelöst.

Keine Bedenken hatte der Innenminister, der in seiner Gegenschrift zur Beschwerde ausgeführt hat, dass der den Bundesländern eingeräumte Vorschlag zur jeweiligen Länderquote für ein bestimmtes Jahr freilich auch mit Null erstattet werden könnte, und dem Verfassungsgerichtshof auch noch erklärte, dass mit dem Quotensystem durchaus „kundenfreundlich“ erreicht werde, dass „nicht jedes Jahr neuerlich ein Antrag gestellt werden muss, sondern die Anträge nach ihrem Eingang gereiht bleiben.“ Wie enttäuscht muss der Innenminister wohl über die Undankbarkeit der Kunden, die es vorzogen sich beim Verfassungsgerichtshof zu beschweren anstatt in aller Ruhe 15 Jahre gereiht zu bleiben, gewesen sein?

*Wilfried Embacher*

## Richtigstellung

Im Porträt über die österreichische Richterin **Renate Winter** am UN-Sondergerichtshof in Sierra Leone in **juridikum** 2003, Heft 1, Seite 55, kam es zu einem redaktionellen Fehler. Im Beitrag war von „zwanzig Drahtziehern“ die Rede.

Richtig hätte es heißen müssen: „Wenn mit jenen rund zwanzig mutmaßlichen Drahtziehern, die bereits in Haft sind, Verfahren abgeschlossen werden können, ist das bereits ein Erfolg.“

Wir bedauern das Versehen. Die Herausgeber

Thema Heft 4/2003

**der kongress tanzt**

Redaktionsschluss:  
31. Dezember 2003

# Erster Österreichischer StrafverteidigerInnenntag

Lange Zeit war es äußerst schwierig, die Stimme der österreichischen Strafverteidigung im justizpolitischen Diskurs wahrzunehmen. Während sich richterliche und staatsanwaltliche Vereinigungen seit jeher an strafrechtspolitischen Debatten beteiligten, fehlte es in der 2. Republik an einer organisierten Vertretung der Interessen der im Strafrecht tätigen Rechtsanwälte. Ein Missstand, der mit der Gründung der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen im letzten Jahr behoben wurde.

Rund um den ehemaligen Herausgeber des **juridikums** Richard Soyer fanden sich etwa hundert Strafverteidiger, die sich nun als kritische Stimme zu allen relevanten Fragen der Justizpolitik zu Wort melden wollen. Als fachspezifische Ergänzung zum Kammersystem will man eine Professionalisierung der Strafverteidigung in Österreich erreichen, die heimischen Strafverteidiger effektiver als bisher untereinander vernetzen und eine stärkere wissenschaftliche und fachliche Debatte zu strafrechtlichen Themen forcieren.

Ein erster erfolgreicher Schritt in diese Richtung war der im März dieses Jahres abgehaltene erste österreichische StrafverteidigerInnenntag, der sich dem Thema „Strafverteidigung – Realität und Vision“ widmete. Die dort gehaltenen Vorträge mündeten schließlich in einem konkreten Forderungskatalog des StrafverteidigerInnentages an den Gesetzgeber:

Hinsichtlich des strafprozessualen Vorverfahrens wird die Verkürzung der polizeilichen Verwahrungshaft auf maximal 12 Stunden, die Ausweitung der Pflichtverteidigung ab dem Zeitpunkt der Festnahme sowie das Recht des Anwalts, sich mit dem Verdächtigen vor jeder polizeilichen oder gerichtlichen Vernehmung unüberwacht besprechen zu können, gefordert.

Zur Reform der Hauptverhandlung wird ua ein abgekürztes Verfahren mit reduziertem Strafrahmen bei geständiger Verantwortung, der Ersatz der Anklagebank durch einen zeitgemäßen Sitz des Angeklagten an der Seite seines Anwalts, der volle Ersatz der Verteidigerkosten im Falle des Freispruches und eine verpflichtende Videoüberwachung der Hauptverhandlung vorgeschlagen. Auch soll das Fragerecht des Verteidigers dadurch reformiert werden, dass er es bei der Vernehmung von Entlastungszeugen über Antrag am Beginn der Befragung ausüben kann. Eine völlige Neuerung im österreichischen Strafrecht wäre die vorgeschlagene Schaffung gesetzlicher Grundlagen für Absprachen zwischen der Verteidigung, der Staatsanwaltschaft und dem Richter, wobei solche Absprachen jedenfalls nach der Aktenlage begründet sein müssen und dem Beschuldigten nicht die Möglichkeit nehmen dürfen, sein Geständnis in der Hauptverhandlung zu widerrufen.

Schließlich wurden auch Änderungsvorschläge zum Geschworenenvorverfahren gemacht. So soll für eine Verurteilung eine qualifiziert Mehrheit von mindestens 6 : 2 Stimmen notwendig sein und die Durchführung der Rechtsbelehrung der Geschworenen nach Erstellung des Frageschemas parteiöffentlich erfolgen. Zukünftig sollen auch kollegialrichterliche Urteile durch eine Schuldbefragung bekämpfbar sein und Geschworenenurteile begründet werden müssen.

Eine Dokumentation aller am StrafverteidigerInnenntag gehaltenen Referate findet sich im von Richard Soyer herausgegebenen Tagungsband „Strafverteidigung – Realität und Vision“. Informationen zur Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen sind unter [www.strafverteidigung.at](http://www.strafverteidigung.at) abrufbar.

## Impressum

### juridikum

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

### HerausgeberInnen:

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

### Medieninhaber und Verleger:

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

**Preis:** Jahresabonnement Euro 34,-,  
StudentInnenabonnement Euro 25,-,  
Förderabonnement Euro 55,-,  
exkl. Euro 8,- Porto und Versandkosten (Inland)

**Erscheinungsweise:** vierteljährlich

### Redaktion:

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

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Christian Bertel, Markus Burgstaller, Iris Eisenberger, Wilfried Embacher, Markus Fallenböck, Iris Golden, Elisabeth Hödl, Bruno Kapfer, Matthias C. Kettemann, Iris Kugler, Nadja Lorenz, Peter Pointner, August Reinisch, Reingard Riener-Hofer, Hartmut Schmidtmayr, Manfred Schwarz, Ruth Simsa, Christoph Weritsch

### 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:

Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

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

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

Univ.-Ass. Mag<sup>a</sup>. Iris Eisenberger, MSc (LSE);  
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,  
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,  
1010 Wien, Tel: 01/4277-35474, Fax: 01/4277-35479;  
[iris.eisenberger@univie.ac.at](mailto:iris.eisenberger@univie.ac.at);  
Mag. Ronald Faber, LL.M. (Yale):  
[ronald.faber@wu-wien.ac.at](mailto:ronald.faber@wu-wien.ac.at);  
Univ.-Doz. Dr. Christian Hiebaum:  
[christian.hiebaum@uni-graz.at](mailto:christian.hiebaum@uni-graz.at).

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

# GATTACA oder: Brauchen wir ein eigenes Grundrecht auf Wahrung genetischer Information?

Iris Eisenberger/Elisabeth Hödl

## 1. Einleitung

Der Sciencefiction-Film „Gattaca“<sup>1</sup> skizziert eine Gesellschaft, in der die künstlich erzeugte genetische Ungleichheit zum Alltag geworden ist. Durch Gen-Manipulation im Labor ist es möglich, perfekte Retortenmenschen zu erschaffen. Neben diesen gibt es aber auch noch auf natürlichem Weg gezeugte Menschen, wie den Protagonisten *Vincent Freeman*. Wegen seines mangelhaften DNA-Profiles wird er nur zu niedrigen Arbeiten zugelassen. Er heuert als Reinigungskraft beim Weltraum-Konzern „Gattaca“ an, doch sein ersehntes Ziel ist es, als Pilot ins All zu fliegen. Wegen der hoch entwickelten technischen Überwachungsmittel kann *Freeman* sein Ziel nur mittels Identitätswechsels unter Benützung des genetischen Codes des gelähmten Athleten *Jerome Morrow* erreichen, der das perfekte DNA-Profil besitzt.

Längst sind die Erfolge der Human-genetik nicht mehr ausschließlich für Utopisten und Genetiker von Interesse. Das Wissen um genetische Daten ist von imminenter politischer, ökonomischer und sozialer Bedeutung. Die Einordnung in verschiedene biologische Gruppen (hochwertiges und mangelhaftes DNA-Profil) könnte zu Diskriminierungen aufgrund des Genmaterials führen wie sie der Film „Gattaca“ zeigt. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob die österreichische Grundrechtsordnung ausreichend Schutz vor genetischer Diskriminierung gewährt.

## 2. Molekulargenetische Grundlagen

Die Erbsubstanz jeder einzelnen Zelle ist aus langen Molekülen der Desoxyribonukleinsäure (DNA) aufgebaut, die in ihrer Gesamtheit als „Genom“ bezeichnet wird. Grundbausteine dieser Moleküle sind vier so genannte Nucleotide, die sich durch ihren Basenbestandteil (Adenin = A, Thymin = T, Guanin = G, Cytosin = C) voneinander unterscheiden. Vergleichbar mit den Zähnen eines Reißverschlusses sitzt jede Base auf einem „stofflichen Rückgrat“ gebildet aus Zuckermolekülen, und paart sich mit seinem Gegenstrang auf genau definierte Weise: A mit T, C mit G, wobei die bekannte Wendeltreppenstruktur entsteht.

Die Abfolge dieser Nucleotide nennt man die Sequenz eines bestimmten DNA-Abschnittes. Die kleinste Einheit dieser Sequenz ist ein Basenpaar (1 bp).<sup>2</sup> Die Kern-DNA ist in komprimierter Form beim Menschen in 23 Chromosomenpaaren organisiert.<sup>3</sup> Im einfachen Chromosomensatz besteht das menschliche Genom aus 3 Milliarden Basenpaaren ( $= 3 \times 10^9$ bp). Nur etwa 2% der DNA bestehen aus Genen, die für Eiweiße codieren, die so genannte codierende DNA. Der Rest des Genoms besteht aus nicht codierenden Sequenzen, deren biologische Funktion man noch nicht kennt. Gerade aber diese „nutzlose“ DNA hat sich für die *Genomanalyse* als besonders nützlich erwiesen. Untersucht man einen definierten DNA-Abschnitt (den so ge-

nannten DNA-Lokus) bei einer Reihe von Menschen, lassen sich hier häufig Sequenzvariationen feststellen<sup>4</sup>.

Die eindeutige Unterscheidung von Menschen anhand ihres Erbguts ist also möglich, weil die DNA-Loci zwar offenbar keine biologische Funktion besitzen, sich aber stark von Mensch zu Mensch unterscheiden. Die *Genomanalyse* ist die computergestützte Erforschung des menschlichen Erbguts, bei der einzelne *Eigenschaften* des Menschen an einem oder mehreren Genen festgemacht werden<sup>5</sup>.

## 3. Genomanalyse und die Gefahr genetisch bedingter Diskriminierungen

Durch die Genomanalyse werden menschliche Körperzellen vielleicht schon bald als umfassende Datenspeicher mit Angaben über die körperliche und seelische Konstitution eines Menschen zugänglich sein. Daraus lassen sich Rückschlüsse auf die Vergangenheit des Menschen ziehen<sup>6</sup>, aber auch ein Blick in seine zukünftige Entwicklung ist möglich<sup>7</sup>.

Bei einigen Erbkrankheiten, wie etwa der tödlich verlaufenden Nervenkrankheit „Chorea Huntington“, ist schon heute eine klare medizinische Voraussage möglich. Gewisse Vererbungsschemata, wie etwa das „Martin-Bell Syndrom“, erlauben eine in die Zukunft reichende, generationenübergreifende Prognostik. Revolutionäre Fortschritte in der Humangenetik lassen vermuten, dass die Forschung danach strebt, die *entschlüsselten Daten des Genoms* in kausale Verbindung zu menschlichen Eigenschaften zu bringen (zu denken wäre etwa an die Bestimmung von Sexgenen<sup>8</sup>, Depressionsgenen<sup>9</sup> oder Suchtgenen<sup>10</sup>).<sup>11</sup>

Genetische Daten zeichnen sich zudem durch ihre außerordentlich leichte Zugänglichkeit aus. Jeder Mensch trägt die genetische Daten-

<sup>1</sup> Gattaca (USA 1997, Regie: Andrew Niccol; Darsteller: Ethan Hawke, Uma Thurman, Jude Law).

<sup>2</sup> Vgl. Böhm, Molekulargenetische Analyseverfahren, DuD 1993, 264.

<sup>3</sup> Pränatale Routineuntersuchungen bei Schwangeren identifizieren Störungen in der Zahl und der Struktur der Chromosomen, die zu voraussagbaren, zumeist schwer wiegenden Erkrankungen des Kindes führen, wie zB das Down-Syndrom („Mongolismus“).

<sup>4</sup> Böhm, DuD 1993, 264.

<sup>5</sup> Steinmüller, Genetisches Selbstbestimmungsrecht. Eine Skizze zur sozialen Bewältigung der Genomanalyse, DuD 1993, 6.

<sup>6</sup> Der „genetische Fingerabdruck“ gibt Auskunft über die Identität des Menschen, die heute insbesondere bei der Verbrechensaufklärung und der Vaterschaftsfeststellung eine Rolle spielt. Einen Blick in die Vergangenheit mittels genetischer Analyse lieferte Mitte der neunziger Jahre ein

von den Medien spektakulär aufbereiteter Fall. Mit Hilfe von DNA-Tests konnten die exhumierten Gebeine der 1918 exekutierten Zarenfamilie Nicholas II identifiziert werden; vgl. etwa Lossau, Genetische Fingerabdrücke vom Ground Zero, in: Die Welt am Sonntag, 27. Januar 2003.

<sup>7</sup> So kann etwa festgestellt werden, ob jemand Träger eines defekten Gens ist. Vgl. Böhm, DuD 1993, 264.

<sup>8</sup> Forscher an US-Universitäten untersuchen die sexuellen Steuerungsmechanismen der Fliege „Drosophila“. Sie veröffentlichten einen Artikel, in dem sie es für möglich halten, Verhalten an einer bestimmten Erbinformation festzumachen; rhein-zeitung.de/old/96/12/14/topnews/sexgen.html.

<sup>9</sup> Die Pressestelle des Max-Delbrück-Centrum für Molekulare Medizin (MDC) berichtet, dass es Prof. Peter Propping, Direktor des Institut für

quelle „Zelle“ in milliardenfacher Ausfertigung bei sich. Die Verbreitung des Datenmaterials ist nicht kontrollierbar, da der Inhaber es ständig abgibt. Dies erfolgt etwa durch Haarreste, Speichelrückstände, Kot, Hautschuppen, Blut, sonstige Körperflüssigkeiten oder durch noch so kleine Gewebeteile, wie sie sich in Kleidung, Bettlaken und Handtüchern finden.

In einer besonderen Zwangssituation oder auch heimlich kann vom Betroffenen unter Umständen ein vollkommenes Datenprofil erstellt werden. Der Staat, die Gesellschaft und Einzelpersonen werden ein gesteigertes Interesse daran haben, aus Genomanalysen gewonnene Daten zu erlangen, um sie zu verwerten, beziehungsweise deren Verwertung zu unterdrücken. Es handelt sich bei derartigen Daten um hochsensibles Material, dem ein hohes Diskriminierungs- und Stigmatisierungsrisiko anhaftet<sup>12</sup>. Schulen, Arbeitgeber, Versicherungen und Regierungen könnten diese Informationen verwenden, um Ausbildungswege, Arbeitszukunft, Versicherungsklassen oder Ähnliches festzulegen.

Die aufgezeigten Entwicklungen bergen ein erhebliches Missbrauchspotential. Einerseits können sich sowohl staatliche als auch nicht staatliche Einrichtungen der Forschungsergebnisse der Genetik bedienen und so zu bislang nicht gekannten Überwachungsmöglichkeiten gelangen. Andererseits sind die genetischen Informationen auch geeignet, wirtschaftliche Vorteile mittels genetischer Diskriminierung zu erlangen. Es stellt sich die Frage, ob der österreichische Grundrechtsbestand geeignet ist, diesen Gefahren wirksam entgegen zu treten.

#### 4. Schutz vor genetisch bedingten Diskriminierungen

##### 4.1. Gleichheitssatz

Aus dem *Gleichheitssatz* ist das Verbot, wegen der eigenen Erbanlagen diskriminiert zu werden, abzuleiten. Dies verbietet zunächst eine sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung aufgrund der Erbanlagen. Ebenso besteht ein Verbot der Benachteiligung wegen der Weigerung, eine Genomanalyse durchführen zu lassen, oder die daraus gewonnenen Daten bekannt zu geben. Praktische Relevanz hat diese Fragestellung schon heute im Arbeitsleben<sup>13</sup> und bei Versicherungen<sup>14</sup>. Auch wenn sich ein solcher Schutz gegenüber staatlichen Institutionen ableiten lässt, so bleibt ein weites Feld an möglichen Diskriminierungen im privaten Bereich. Diese Gefahren können nur mittelbar über die Generalklauseln des Privatrechts bzw aufgrund staatlicher Schutzpflichten abgewehrt werden<sup>15</sup>.

##### 4.2. Datenschutz

Das *Grundrecht auf Datenschutz* (§ 1 DSGVO) umfasst den Anspruch auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse, insbesondere im Hinblick auf die Achtung des Privat- und Familienlebens besteht. Da dieses Grundrecht unmittelbar mit Drittwirkung ausgestattet ist<sup>16</sup>, schützt es im Unterschied zum Gleichheitssatz den Einzelnen direkt auch vor Datenmissbrauch im Privatbereich. Vor einer Diskriminierung aufgrund zulässig ermittelter Daten kann aber auch das Datenschutzrecht nicht schützen. Auf einfachgesetzlicher Ebene besteht jedoch ein Verbot der Erhebung und Verwendung von Daten aus Genanalysen für Arbeitgeber und Versi-

cherer sowohl hinsichtlich Arbeitnehmer als auch Versicherungsnehmer<sup>17</sup>.

Da die Kenntnis genetischer Daten das eigene Denken und Fühlen massiv beeinflussen kann, muss der Einzelne auch die Wahlfreiheit haben, von solcher Beeinflussung frei leben zu können<sup>18</sup>. Das *Recht auf Wissen* ist daher untrennbar mit dem *Recht auf Nichtwissen* verbunden<sup>19</sup>. Nichtwissen bedeutet in diesem Zusammenhang Geheimhaltung über sich selbst, mit anderen Worten das Gebot, dass dem Betroffenen Ergebnisse einer Analyse über seine genetische Identität nicht aufgedrängt werden dürfen<sup>20</sup>. Die aus einer Genomanalyse gewonnenen Daten können aber auch Schlüsse auf Verwandte oder ganze „Sippschaften“ zulassen. Eine Disposition über die eigenen Daten kann daher auch im Hinblick auf die Rechte Dritter von Relevanz sein.

##### 4.3. Privatleben

Auch das Recht auf *Achtung des Privatlebens* nach Art 8 EMRK ist ein potentieller Anknüpfungspunkt für einen genetischen Diskriminierungsschutz. Dieses Grundrecht soll die Individualität des Menschen in seiner körperlichen, seelischen und geistigen Einzigartigkeit schützen<sup>21</sup>. Zur Sicherung dieser Einmaligkeit ist ein privater Bereich notwendig, der die freie Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit möglich macht<sup>22</sup>.

Der Schutzbereich des Art 8 EMRK ist einer abschließenden Umschreibung nicht zugänglich. Vom Schutzbereich umfasst ist aber jedenfalls die persönliche Identität sowie die körperliche und psychische Integrität<sup>23</sup>. Wie kaum eine andere Bestimmung der Konvention ist Art 8 EMRK jedoch ideologiefähig.

Humangenetik, Universität Bonn, gelungen sei, eine enge Korrelation zwischen einer bestimmten Region auf Chromosom 18 des menschlichen Erbguts und dem Auftreten der manisch-depressiven Erkrankung nachzuweisen.

<sup>10</sup> www.stangl-taller.at/ARBEITSBLAETTER/SUCHT/Aetiologie.shtml.

<sup>11</sup> Freilich muss zum einen das menschliche Genom erschöpfend kartiert werden und zum anderen (und das könnte sich vielleicht als unmöglich erweisen) muss dazu auch der nächste Schritt gelingen, nämlich die vollständige Kartierung des Genoms eines einzelnen Menschen.

<sup>12</sup> Weichert, Der Schutz genetischer Information. Strukturen und Voraus-

setzungen des Gen-Datenschutzes in Forschung, Medizin, Arbeits- und Versicherungsrecht, DuD 2002, 133.

<sup>13</sup> Vgl Wiese, Genetische Analysen an Arbeitnehmern, DuD 1993, 274.

<sup>14</sup> Siehe auch § 67 Gentechnikgesetz, der Arbeitgeber und Versicherern verbietet, „Ergebnisse von Genanalysen von ihren Arbeitnehmern, Arbeitssuchenden oder Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten“.

<sup>15</sup> Vgl dazu etwa Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht III (2003) Rz 41.078 ff insb Rz 41.084.

<sup>16</sup> Vgl § 1 Abs 5 DSGVO.

<sup>17</sup> Vgl § 67 Gentechnikgesetz.

<sup>18</sup> Weichert, DuD 2002, 142.

<sup>19</sup> Vgl Tinnefeld, Quo vadis, Molekularbiologie? – Fragen zur sozialen und rechtlichen Auswirkung von Genomanalysen, DuD 1993, 261.

<sup>20</sup> Tinnefeld spricht vom „Schutz vor Information“, der letztlich im Schutz der Privatsphäre beinhaltet sei. Vgl Tinnefeld, Das Menschenrecht auf Privatheit – Ein altes Recht vor den Fragen der Informationsgesellschaft zwischen Internet und Genomanalyse; www.univie.ac.at/Wirtschaftsgeschichte/VGS/ps91p.html.

<sup>21</sup> Vgl Berka, Grundrechte (1999) Rz 457.

<sup>22</sup> Vgl EKMR v 12. 7. 1977, Brüggemann u Scheuten, EuGRZ 1978, 199.

<sup>23</sup> Vgl Wiederin, Art 8 EMRK, in: Korišek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2002) insb Rz 33 ff mwN.

Die Auslegung der Bestimmung und va die Festlegung ihrer Grenzen ist stark von „gesellschaftlichen Gepflogenheiten und moralischen Überzeugungen“ beeinflusst.<sup>24</sup> Die Verwendung von aus Genomanalyse ermittelter Daten ist jedenfalls geeignet, in den Schutzbereich des Art 8 EMRK einzugreifen. Eingriffe dieser Art sind nach Art 8 Abs 2 EMRK nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind.

Diskriminierungen aufgrund genetischer Daten erscheinen auch im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK bedenklich<sup>25</sup>. Fraglich ist allerdings, ob genetische Diskriminierungen überhaupt in den Anwendungsbereich des Art 14 EMRK fallen. Dafür spricht der Umstand, dass die Bestimmung lediglich eine demonstrative Aufzählung enthält<sup>26</sup> und genetische Merkmale ihrer Art nach mit den in Art 14 EMRK aufgezählten Diskriminierungstatbeständen vergleichbar sind.

Ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot aufgrund genetischer Daten enthält die Biomedizinkonvention des Europarates<sup>27</sup>, die von Österreich bislang allerdings nicht ratifiziert wurde. Nach Art 11 Biomedizinkonvention ist jede Form von Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbes verboten. Die Norm sollte eine Ergänzung zu Art 14 EMRK darstellen<sup>28</sup>. Allfällige Grundrechtsverletzungen unter Privaten können auch hinsichtlich der Achtung des Privatlebens nur mittelbar über die Generalklauseln des Privatrechts bzw aufgrund staatlicher Schutzpflichten abgewehrt werden.

#### 4.4. Menschenwürde

Die besondere Qualität des Eingriffs in das *Recht auf Menschenwürde* wäre darin zu sehen, dass mit Durchführung einer Genomanalyse ein menschlicher Bereich erforscht wird, der den Betroffenen selbst nicht zugänglich ist und der seinen individuellen Kernbereich berührt. Anders als Art 1 Grundgesetz<sup>29</sup> enthält der österreichische Grundrechtskatalog jedoch kein positivrechtlich formuliertes Grundrecht auf Menschenwürde.

Auch wenn nach Art 3 EMRK „[n]iemand . . . der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden [darf]“ und damit die Menschenwürde des Einzelnen unter Schutz gestellt wird, kommt dieser Bestimmung nicht die Tragweite der in Art 1 GG generell geschützten Menschenwürde zu. Bleibt zwar die Tatsache, dass Ursprung und Ziel jedes einzelnen Grundrechts die Verwirklichung der Menschenwürde ist und diese zu den angeborenen Rechten nach § 16 ABGB zu zählen ist. Die Ableitung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts, das über den Schutzbereich der einzelnen Grundrechte hinausginge, lässt sich jedoch aus der Gesamtordnung der österreichischen Verfassung nicht deduzieren<sup>30</sup>.

#### 5. Ausblick: Eigenes Grundrecht auf Wahrung genetischer Information

Wie dargestellt, bietet die bestehende Grundrechtsordnung Schutz vor missbräuchlicher Verwendung genetischer Daten. Auf Basis der zu erwartenden neuen Sachlage sind aber schon heute neue Wertentscheidungen zu treffen.

Schließlich ist es zumindest in Teilaspekten möglich, in die Zukunft zu blicken, ein Umstand, von dem der Grundrechtsgesetzgeber bislang nicht ausgehen konnte.

Eine Anpassung des Verfassungsrechts an neue Situationen eines solchen Ausmaßes sollte grundsätzlich nicht durch Interpretation erfolgen, sondern dem Verfassungsgesetzgeber vorbehalten sein<sup>31</sup>. Wie vereinzelt bereits vorgeschlagen<sup>32</sup>, erscheint daher die Statuierung eines an die spezifischen Neuerungen angepassten Grundrechts notwendig.

Neben dem expliziten Verbot genetischer Diskriminierung sollte ein solches Grundrecht mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet werden. Etwasige Vor- und Nachteile der Humangenetik könnten durch einen materiellen Gesetzesvorbehalt (nach dem Vorbild des Art 8 EMRK) ausgeglichen werden. Gegen einen materiellen Gesetzesvorbehalt spricht allerdings der Umstand, dass ein Diskriminierungsverbot nicht schlechthin jede Differenzierung untersagt, sondern nur eine sachlich nicht gerechtfertigte. Damit könnten aber auch bei einem absoluten Diskriminierungsverbot die Vorteile der Humangenetik genutzt werden.

Alternativ zu einem eigenen Grundrecht auf Wahrung genetischer Information wäre denkbar, Art 7 Abs 1 B-VG wie folgt zu ergänzen: „Alle Bundesbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse, des Bekenntnisses oder aufgrund [*genetischer Eigenschaften*] sind ausgeschlossen. . . .“ Eine über die Staatsrichtung hinausge-

<sup>24</sup> Wiederin, Art 8 EMRK, Rz 7.

<sup>25</sup> Im Rahmen der Konvention kommt Art 14 EMRK eine autonome Geltung zu. Eine Verletzung dieses Grundrechts ist nicht nur dann möglich, wenn parallel ein weiteres Recht der Konvention verletzt wird. Eine unzulässige Diskriminierung ist auch dann vorstellbar, wenn der Staat zulässigerweise eine Freiheit beschränkt. Vgl *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000) Rz 583.

<sup>26</sup> Art 14: „Der Genuß der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ist ohne Benachteiligung zu gewährleisten, die insbesondere im Geschlecht, in der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, in den politischen oder sonstigen Anschauungen, in nationaler oder sozialer Herkunft, in der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, im

Vermögen, in der Geburt oder im sonstigen Status begründet ist.“

<sup>27</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (European Treaty Series Nr 164). Siehe auch *Kopetzki*, Landesbericht Österreich, in: Taupitz, Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? (2002) 197.

<sup>28</sup> Vgl *Albers*, Die rechtlichen Standards der Biomedizin-Konvention des Europarates, EuR 2002, 801.

<sup>29</sup> Art 1 GG zufolge ist „[d]ie Würde des Menschen . . . unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“

<sup>30</sup> Der VfGH hat allerdings in VfSlg 13.635/1993 unter Verweis auf *Bydlinski* einen allgemeinen Grundsatz der „Personen- und Menschenwürde“ bejaht. Kritisch dazu etwa *Kopetzki*, Grundrechtliche Aspekte des therapeutischen Klonens, in: *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 15, 44 ff.

<sup>31</sup> Vgl *Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: ders, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 243, 275.

<sup>32</sup> *Fisahn*, Ein unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code, ZRP 2/2001, 49. *Steinmüller*, DuD 1993, 6, spricht von einem genetischen Selbstbestimmungsrecht. *Weichert* spricht von „gen-informationeller Selbstbestimmung“ und lehnt den Begriff der „genetischen

Selbstbestimmung“ ab, da dieser suggeriere, man könne über die eigenen genetischen Daten selbst disponieren. *Fisahn* bezeichnet es als „unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code“. Dennoch ist der Begriff der genetischen Selbstbestimmung nicht unbedingt abwegig. Da nicht klar ist, was das Humangenomprojekt noch bringen wird, könnte es in Zukunft möglich sein, Genmanipulationen am Menschen vorzunehmen. Dann würde sich die Frage ergeben, inwieweit man tatsächlich eine Disposition der Betroffenen für zulässig hält. Unter der Annahme etwa, dass tatsächlich eine klare funktionale Zuordnung von Genen möglich ist, dass also ein Depressionsgen gefunden wird, könnte der Betroffene eine Manipulation dieses Gens für sinnvoll halten.



hende Drittwirkung müsste nicht zwingend kodifiziert werden, da eine solche ohnehin auf der Linie der Grundrechtsentwicklung liegt. Es ist heute unbestritten, dass Diskriminierungsverbote eine Schutzpflicht des Staates begründen und daher in Rechtsbereiche Privater einwirken.

Freilich ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht absehbar, welche Entwicklungen die Forschung künftig einschlagen wird. Fest steht, dass die Humangenetik und ihre gesellschaftlichen Auswirkungen zu den brisantesten Fragestellungen unserer Zeit gehören. Letztlich wird die Frage der Wahrung genetischer Information und seine Ausgestaltung Ausdruck des Menschenbildes sein, welches sich eine Gesellschaft als Wertordnung selbst gibt. Ähnlich wie bei der Einübung des „Datenschutzbewusstseins“ bedarf es hier künftig einer gesteigerten Selbst- und Sozialwahrnehmung.

Die biotechnologischen Entwicklungen der letzten 50 Jahre führen schließlich zu den radikalsten Experimenten, die die Menschheit je in der biologischen Welt durchgeführt hat. Zu denken ist an die Schaffung transgenerischer Spezies, gekreuzter und geklonter Tierarten, die Fabrikation von menschlichen Organen, genetische Medizinbehandlungen und vieles mehr<sup>33</sup>. Diese neuen Möglichkeiten tragen ein gesellschaftliches Veränderungspotential, das politischen Handlungsbedarf erzeugt. Nicht zuletzt berühren die biotechnologischen Entwicklungen den Kern unserer Selbstdefinition und bieten die Möglichkeit, neue Visionen von sich selbst und seinen Erben sowie der Umwelt zu kreieren.

*Iris Eisenberger ist  
Mitherausgeberin des Juridikum;  
Dr. Lissie Hödl ist wissenschaftliche  
Mitarbeiterin in der Kanzlei  
Eisenberger & Herzog.*

<sup>33</sup> Siehe Rifkin, *Harnessing the Gene and Remaking the World. The Bio-tech Century* (1998).

# Gute Diskriminierung – böse Diskriminierung

## Supreme Court bestätigt individuelle Minderheitenförderung

Matthias C. Kettemann

Ein Gericht tritt an zur Ehrenrettung der positiven Diskriminierung: In wohl einem der letzten Jahre, in denen zwischen konservativen und liberalen Richtern ein fragiles Gleichgewicht herrscht, beschied der United States Supreme Court in zwei wegweisenden Urteilen<sup>1</sup>, dass *Affirmative Action*<sup>2</sup> nicht nur tolerierbar, sondern geradezu moralisch geboten sei.<sup>3</sup> Schließlich sei eine „all-white-law-school class“ nicht nur „aesthetically displeasing“, wie Kommentator *Joe Klein*, einen Gedanken von Richter *Thomas* aufgreifend<sup>4</sup>, in der *Time* befand, sondern auch „socially deficient, inappropriate, un-American“.<sup>5</sup>

Das Ziel einer multiethnischen, vielfarbigen Gesellschaft vor Augen, die sich in allen sozialen Entitäten, vom Klassenzimmer zum Kongress, manifestiert, erkannten die Richter Diversität und ethnische Vielfalt als gesellschaftspolitische Ziele per se an und gestatteten ihre Berücksichtigung als entscheidungsrelevante Faktoren in universitären Aufnahmeverfahren. Allein: Legitim sei das Konzept der Minderheitenförderung nur im Rahmen einer Einzelfallprüfung. Angehörigen von Minderheiten automatisch eine bessere Ausgangsposition zu verschaffen, widerspreche fundamentalen Prin-

zipien der amerikanischen Rechtsordnung und sei daher verfassungswidrig.<sup>6</sup>

Mit einer 5 : 4-Entscheidung im Fall *Grutter v Bollinger et al* erteilte der Supreme Court der „ganzheitlichen“ und „individualisierten“ Affirmative Action-Variante der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der University of Michigan sein Placet. Zu den Gegenstimmen gehörten neben *Chief Justice Rehnquist* die Justices *Kennedy*, *Scalia* und *Thomas*, die dem konservativen Flügel des Höchstgerichts zugeordnet werden. In der Begleitentscheidung *Gratz v Bollinger* konkretisierte der Gerichtshof seine Stellung zu Aufnahmequoten, indem er einen Aspekt der Michigananer Aufnahme-modalitäten für Undergraduate-Studenten für verfassungswidrig erklärte: Der generelle Startvorteil von 20 Punkten (auf einer 150-Punkte-Zugangsskala) für Angehörige von Minderheiten<sup>7</sup> fand nicht die Zustimmung der höchstgerichtlichen Mehrheit. Das Urteil wurde 6 : 3 gefällt, wobei die Gegenstimmen mit *Stevens*, *Ginsburg* und *Souter* diesmal auf die drei liberalsten Richter entfielen. Mit *Gratz* führte der Supreme Court eine Judikaturlinie fort, die er mit *Regents of the University of California v Bakke*<sup>8</sup> Jahrzehnte zuvor begonnen hatte; dem damals statuierten

<sup>1</sup> *Grutter v Bollinger et al*, No 02-241 und *Gratz v Bollinger*, No 02-516; <http://www.supremecourt.gov/opinions/02slipopinion.html>.

<sup>2</sup> Affirmative Action, auch Reverse Discrimination genannt, ist eine nicht nur amerikanische Gerechtigkeitsstrategie, die auf dem Prinzip fußt, dass eine kurzfristige Bevorzugung von Minderheiten ihre oft jahrzehntelange Benachteiligung heilen kann. Trotz gewisser Ähnlichkeiten unterscheidet sich Affirmative Action in wesentlichen Teilen von Quotenregelungen europäischen Zuschnitts – nicht nur, was die Begünstigten betrifft.

<sup>3</sup> Supreme Court Justice *O'Connor* schreibt in der majority opinion zu *Grutter v Bollinger et al*: „In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity.“

<sup>4</sup> Auch wenn Richter *Thomas* in diesem Zusammenhang der Minderheitenförderung das Wort zu reden scheint, ist er ein beken- nender Gegner der *Affirmative Action*. In seiner *dissenting opinion* zu *Grutter* schreibt er, dass das Michigananer Modell der Minderheitenförderung gemes-

sen an den Grundsätzen der Verfassung und besonders im Hinblick auf die Equal Protection Clause unzulässig sei.

<sup>5</sup> *Klein*, *How the Supremes Redeemed Bush*, *Time* 7. 7. 2003, 48.

<sup>6</sup> Siehe *Gratz v Bollinger*.

<sup>7</sup> Zu den Personen, die den automatischen Startvorteil erhielten, gehörten neben Native Americans, Spanish Americans und African Americans auch begabte Sportler und Bewerber aus finanziell benachteiligten Schichten.

<sup>8</sup> 438 U. S. 265 (1978).

Verbot starrer Quoten wurde durch *Gratz* die Untersagung kollektiver Minderheitenförderung hinzugefügt.

### Zukunftsorientierte Gerechtigkeit

Die besondere Bedeutung der beiden Urteile – insbesondere der Mehrheitsmeinung im Fall *Grutter* – ergibt sich nicht nur aus dem Spruch selbst. Gerade die Begründung verdient Beachtung, rückte der Supreme Court doch von seiner bis dato maßgeblichen historischen Argumentationslinie ab. Nicht mehr auf die Sklaverei und ihre Folgen wurde argumentativ rekurriert, keine Konzepte einer generationenübergreifenden restitutiven Gerechtigkeit wurden angewandt. Vielmehr anerkannte der Supreme Court die „Logik der Vielfalt“<sup>9</sup>, urteilte zukunftsorientiert und bewertete den Sachverhalt anhand von Maßstäben der distributiven Gerechtigkeit. Dieser Ansatz der Annäherung an eine gerechtere Gesellschaft impliziert nach *Rössler*, dass „alle gesellschaftlich relevanten Gruppen auf allen Ebenen [. . .] in der ihnen zahlenmäßig angemessenen Weise repräsentiert sind oder sein können“.<sup>10</sup> Das war der Hintergrund, vor dem der Supreme Court schlussfolgern konnte, dass Affirmative Action, wenn es ihrer zur Verwirklichung einer multiethnischen Gesellschaft bedarf, moralisch legitim und verfassungsgemäß ist.

Neben Gerechtigkeitsargumenten entwarf der Supreme Court eine weitere, primär gesellschaftstheoretische Begründungslinie zur Rechtfertigung der Entscheidung. Eine „critical mass“<sup>11</sup> von Minderheitsangehörigen sei notwendig, um Stereotypen abzu-

bauen. Die Entwicklung hin zu einem Gesellschaftsstadium, in dem diese *critical mass* auf allen Ebenen erreicht sei, liege im Interesse der Gesamtbevölkerung. Nur wenn der Staat durchgängig auf jeder Gesellschaftsstufe Diversität lebe, könne, so Richterin *O'Connor*, der Traum der „one nation, indivisible“ Wirklichkeit werden.<sup>12</sup>

An diesem Punkt der Argumentationskette der *majority opinion* offenbart sich das Konfliktpotenzial der Entscheidung. Statt *Grutter v Bollinger* hätte die Sache wohl mit gleich viel Recht *Egalitarismus v Individualismus*<sup>13</sup> heißen können, beides Grund- und Gründungsideen des frühen Amerika. Im Bezugsraum der Fragen: „Was tun gegen die Benachteiligung von Minderheiten?“ – meist gestellt von Liberalen und Demokraten – und „Was tun gegen die Benachteiligung begabter (weißer) Individuen?“ – überwiegend formuliert von Konservativen und Republikanern – zeigt sich, dass der Supreme Court zwar einen intelligenten Mittelweg gegangen ist, keineswegs aber ein rechtspolitisches Allheilmittel herbeijudiziert hat.

### Entamerikanisierung der Minderheitenförderung

Ungeachtet der Kritikpunkte jedoch verleihen die überraschenden Begründungsstrategien der Höchstrichter, neben der Klarheit und Sachlichkeit<sup>14</sup> der Argumentation, den beiden Judikaten interkontinentale Relevanz. *Gratz* und *Grutter* sind als Initialurteile eines Prozesses zu sehen, den die Hamburger Wochenzeitung DIE ZEIT als „Entamerikanisierung“<sup>15</sup> der Prinzipien der

Minderheitenförderung bezeichnete. Ohne Sklaverei als Legitimationshintergrund ließe sich die Argumentationslinie auch auf Europa anwenden – wobei in der alten Welt weniger die Hautfarbe und mehr das Geschlecht im Rahmen von Quotendiskussionen thematisiert wird.

Schließlich ist ein weiterer Aspekt der *Grutter*-Entscheidung bemerkenswert. Unter indirekter Bezugnahme auf die projizierte Bevölkerungsentwicklung der Vereinigten Staaten beschiedenen die Richter ihrem Urteil eine Halbwertszeit von 25 Jahren. 2028 werde die demografische Realität die amerikanische Gesellschaft zu einem Punkt geführt haben, an dem Affirmative Action entfallen könne. Schon jetzt meldet die US-Zensusbehörde, dass die Latinos die schwarzen Amerikaner als größte Minderheitengruppe überholt haben; beiden Bevölkerungsgruppen wird ein Wachstum attestiert, das stärker sei als jenes der weißen Amerikaner. Konsequenz zu Ende gedacht, wird diese Entwicklung eine konfliktrichtige Situation für Amerikas rechte Intelligentsia hervorrufen. Denn spätestens wenn eines Tages die Weißen selbst in der Minderheit sind, müssen sie den rechtspolitischen Rückwärtsgang einlegen und beginnen, Affirmative Action zu verfechten – nur diesmal mit weißen Amerikanern als Begünstigten. Ob ihnen diese Volte gelingt? Die liberalen Mitleidskundgebungen werden enden wollend sein.

*Matthias C. Kettmann studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität in Graz.*

<sup>9</sup> *Kleine-Brockhoff*, Noch nicht ganz farbenblind, DIE ZEIT 2003/26.

<sup>10</sup> *Rössler*, Quotierung und Gerechtigkeit: Ein Überblick über die Debatte, in *Rössler* (Hrsg), Quotierung und Gerechtigkeit. Eine moralphilosophische Kontroverse (1993) 18.

<sup>11</sup> Dieser Begriff, eingeführt in der Verteidigungsschrift der Law School der University of Michigan, wird von mehreren Richtern in ihren *opinions* zu *Grutter v Bollinger et al* aufgegriffen, insbesondere von Richterin *O'Connor* in der *majority opinion*.

<sup>12</sup> An dieser Stelle der *majority opinion* im Fall *Grutter* nimmt Richterin *O'Connor* Bezug auf den zweiten Teil des *Pledge of Allegiance* (Fahneneid), den ein Großteil der amerikanischen Schüler und Lehrer einmal täglich ableisten müssen: „I pledge allegiance to the flag of the United States of America and to the republic for which it stands, one nation, under God, indivisible, with liberty and justice for all.“

<sup>13</sup> Das Spannungsverhältnis dieser beiden Begriffe spricht auch *Kleine-Brockhoff* in seinem Artikel in DIE ZEIT 2003/26 an.

<sup>14</sup> Abgesehen von Supreme Court Justice *Scalia*, der für seine scharfen Formulierungen bekannt ist. Er schreibt in der *dissenting opinion* im Fall *Grutter*, dass die Bedeutung von „cross-racial understanding“ von Personen gelernt wird, die „three feet shorter and 20 years younger than the full-grown adults at the University of Michigan Law School“

seien. Erworben werde dieses Verständnis „in institutions ranging from Boy Scout troops to public school kindergartens“.

<sup>15</sup> DIE ZEIT 2003/26.

# Vermessen?

## Die neuen Pass- und Visabestimmungen für die USA nach 9/11

Reingard Riener-Hofer

Der Terroranschlag auf das World Trade Center in New York im Jahre 2001 rief weltweit Betroffenheit und Erschütterung hervor. Auch die rechtlichen Reaktionen beschränken sich nicht auf die Vereinigten Staaten, sondern weisen über die Grenzen der USA hinausgehende Folgen auf. Konsequenzen ergeben sich insbesondere bezüglich der Einreisebestimmungen für Nicht-Amerikaner in die USA, die auch zu Änderungen passrechtlicher Bestimmungen anderer Rechtsordnungen führen werden.

### Das amerikanische Visa Waiver Program (VWP)

Von wesentlicher Bedeutung für die Einreise – mit oder ohne Visum – in die USA ist das so genannte Visa Waiver Program (VWP). Bereits 1986 als Pilotprojekt ins Leben gerufen,<sup>1</sup> wurde es im Oktober 2000 durch den Immigration and Nationality Act gesetzlich verankert.<sup>2</sup> Das VWP berechtigt unter bestimmten Voraussetzungen Angehörige anderer Staaten zu einer Visa-freien Einreise in die USA für eine mit 90 Tagen limitierte Aufenthaltsdauer, unabhängig davon, ob der Grund für die Einreise privater oder geschäftlicher Natur ist. Diese Möglichkeit der Visa-freien Einreise steht jedoch nur Angehörigen jener Staaten zu, die an dem VWP teilnehmen, oder besser gesagt, sich dafür qualifizieren.

*Voraussetzung für die Teilnahme am VWP ist,*

- ▶ dass das VWP-Land amerikanischen Staatsbürgern unter den gleichen Bedingungen die Einreise ermöglicht,
  - ▶ dass die Ablehnungsrate von US-Visa für Staatsangehörige des VWP-Landes gering ist und
  - ▶ dass das VWP-Land bestätigt, ab Oktober 2003 ein maschinenlesbares Passsystem zu verwenden.
- 27 Länder, darunter alle EU-Staaten mit Ausnahme Griechenlands,<sup>3</sup> nehmen derzeit am VWP teil bzw. qualifizieren sich für dieses. Ein Ausschluss eines Landes aus dem Visa Waiver Program durch den US-Generalanwalt im Einvernehmen mit dem Secretary of State ist jederzeit möglich.<sup>4</sup>

### Maschinenlesbare Reisedokumente als Qualifikationsvoraussetzung für das VWP

Ein wesentlicher Punkt im Rahmen des VWP war von Anfang an die Einführung maschinenlesbarer Pässe (machine-readable passports, MRPs), welche ursprünglich erst ab Oktober 2007 für eine Einreise in die USA erforderlich werden sollten.

Auf Grund der Ereignisse vom 11. September wurde am 26. Oktober 2001 von US Präsident Bush der so genannte Patriot Act<sup>5</sup> unterzeichnet, womit zugleich der Stichtag für MRPs von

Oktober 2007 auf 1. Oktober 2003 vorverlegt wurde. Ab diesem Datum ist eine Einreise in die USA als Angehöriger eines VWP-Landes nur mehr mit einem maschinenlesbaren Pass möglich. Das gilt auch für bisher im Pass der Eltern eingetragene Kinder. Ohne MRP ist eine Einreise nur mit einem USA-Visum möglich, dessen Kosten ca. EUR 95 betragen. Nach Angaben der amerikanischen Regierung wurde bereits im Dezember 2001 sämtlichen amerikanischen Botschaften in VWP-Ländern aufgetragen, die Regierungen des jeweiligen Gaststaates über die Terminvorverlegung und die neuen Anforderungen für die Teilnahme an dem Visa Waiver Program zu informieren.<sup>6</sup>

Erkennbar sind MRPs an den zwei aufgedruckten maschinenlesbaren Magnetstreifen am unteren Rand der biografischen Seite, die Speicherplatz für persönlich Daten des Passinhabers bieten. Verantwortlich für die internationale Standardisierung von MRPs ist die International Civil Aviation Organization (ICAO).<sup>7</sup> In dem von ihr herausgegebenen Document 9303, Part 1 Machine-Readable Passports, werden Größe von Pass und Foto sowie Formales über die zwei aufgedruckten Daten-Linien, die die Maschinenlesbarkeit nach außen ersichtlich machen, festgelegt.<sup>8</sup>

Für Österreich, sowie für alle anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die den „Europäischen Pass“<sup>9</sup> für ihre Staatsbürger eingeführt haben, ergeben sich somit keine Änderungen.

Der von der Union vorgeschriebene Pass ist maschinenlesbar und entspricht den internationalen Standards bezüglich MRPs und bildet somit *noch* kein Hindernis für eine Qualifizierung als VWP-Land.<sup>10</sup>

<sup>1</sup> Vgl. zum Visa Waiver Program die Information der Amerikanischen Regierung unter <http://www.immigration.gov/graphics/shared/lawenfor/bmgmt/inspect/vwpp.htm>.

<sup>2</sup> Vgl. Sec. 217 Immigration and Nationality Act-INA (U.S.C. 1182)

<sup>3</sup> Folgende Nicht EU-Länder qualifizieren sich für das VWP: Andorra, Australien, Brunei, Island, Japan, Liechtenstein, Monaco, Neuseeland, San Marino, Schweiz, Slowenien, Singapur.

<sup>4</sup> Siehe unter <http://www.immigration.gov/graphics/shared/lawenfor/bmgmt/inspect/vwpp.htm>.

<sup>5</sup> Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001 (Public Law 107-56).

<sup>6</sup> Siehe dazu die Stellungnahme von Lisa Piascik, Director of Office of Public and Diplomatic Liaison, U. S. Department of State vom 18. Juli 2003 unter <http://fpc.state.gov>.

<sup>7</sup> Informationen über diese Organisation finden sich unter [www.icao.int](http://www.icao.int).

<sup>8</sup> Zu finden unter [www.icao.int](http://www.icao.int).

<sup>9</sup> Siehe dazu die Entschließung des Europäischen Rates vom 23. 6. 1981 über die Einführung eines nach einheitlichem Muster gestalteten Passes ABl 1981 C 241 idF 1995 C 200.

<sup>10</sup> Vgl. für Österreich die Verordnung des Bundesministers für Inneres betreffend Form und Inhalt der Reisepässe und Passsätze BGBl 1995/861 idF 2002/6. In § 1 leg cit wird die Einführung von MRPs für Österreich festgelegt: „§ 1 Gewöhnliche Reisepässe werden nach dem Muster der Anlage A ausgestellt; das Format wird mit 8,8 cm × 12,5 cm festgelegt. Die Farbe des Einbandes

ist purpurrot, der Pass umfasst 36 Seiten. Zwischen den Seiten 2 und 3 ist eine Plastikfolie angebracht, die nach dem Bedrucken der Seite 2 (Personaldaten und maschinenlesbare Zone) mit dieser verschweißt wird. Die maschinenlesbare Zone erstreckt sich mit einer Höhe von 2,1 cm entlang des unteren, 12,5 cm langen Randes der Seite 2.“

### Der Einsatz biometrischer Technologien im staatlichen Authentifizierungsverfahren

Andere Voraussetzungen für die Teilnahme an dem Visa Waiver Program ergeben sich aber ab Oktober 2004. Wie ein acht Monate nach dem Terroranschlag auf das World Trade Center vom Kongress erlassenes Gesetz<sup>11</sup> vorschreibt, bedarf es ab 26. Oktober 2004 für die Ausstellung eines amerikanischen Visums der Aufnahme biometrischer Daten, also der computergestützten Speicherung biologischer Merkmale des Einreisenden. Darüber hinaus verändern sich durch den „Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002“ auch die Erfordernisse für die visafreie Einreise von Angehörigen von VWP-Ländern in die USA. Ab 26. Oktober 2004 darf nur mehr visafrei einreisen, wer einen maschinenlesbaren Pass besitzt, der mit einem Chip versehen ist, auf dem biometrische Daten über die Person des Passinhabers gespeichert sind.<sup>12</sup> Auch im Bereich der weltweiten Standardisierung biometrischer Identifikationsmerkmale ist die International Civil Aeronautics Organization (ICAO) federführend.<sup>13</sup> Für Österreich und alle anderen EU-Mitgliedstaaten ohne biometrisches Passsystem heißt das, dass eine Qualifizierung für das Visa Waiver Program ausgeschlossen ist. Eine Einreise in die USA wird – bis zur Aufnahme von biometrischen Daten in den Europäischen Pass – nur mehr mit US-Visum möglich sein.

Unter Biometrie wird „die Wissenschaft von der maschinellen Erkennung biologischer Merkmale zwecks Authentifizierung“ verstanden.<sup>14</sup> Ausgangspunkt jeglicher biometrischen Technologie ist die biometrische Vermessung, die in digitale Information umgewandelt wird und als biometrische Vorlage der vermessenen Person gespeichert wird. Jede Identifizierung der betroffenen Person geht von einer

neuerlichen biometrischen Vermessung aus, deren Ergebnis mit dem bereits abgespeicherten Muster verglichen wird. Sind beide Messungen identisch, so ist auch die Identität der Person bestätigt. Das Erkennungssystem weiß, wer die jeweilige Person ist, kann ihr Zugänge zu Informationen gestatten oder verweigern, oder aber auch Informationen über Verhalten, Bewegungen, Ressourcenzugriffe der betreffenden Person sammeln und sich auf diese Weise einen eigenen Datenkörper über das Individuum aneignen.<sup>15</sup>

Für biometrische Authentifizierungsverfahren können insbesondere folgende Merkmale herangezogen werden: Gesicht, Iris, Netzhaut, Ohr, Fingerabdruck, Handgeometrie, Venenmuster des Handrückens, aber auch Geruch, Wärmeabstrahlung des Körpers, Stimme, Sprechverhalten, sowie Anschlagdynamik auf einer Tastatur.<sup>16</sup> Durch die Bindung biometrischer Daten an die konkreten physiologischen oder aber auch verhaltenstypischen Besonderheiten der registrierten Person sind sie zu einem hohen Maß fälschungs- und kopiersicher.<sup>17</sup> Die Struktur der Iris bleibt ein Leben lang unverändert und auch von Kontaktlinsen oder Brillen unbeeinflusst. Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Iris einer anderen gleicht ist äußerst gering.<sup>18</sup>

Für die Europäische Union ist die Aufnahme biometrischer Daten in das Passsystem nur mehr eine Frage der Zeit. Aus den Schlussfolgerungen des EU-Gipfels<sup>19</sup> im Juni 2003 in Griechenland geht klar hervor, dass die Aufnahme biometrischer Daten in machine readable travel documents (MRTD) bereits vorbereitet wird. Weder die Erstellung eines neuen europäischen Visa-Informationssystems (VIS) noch die überarbeitete, an ein erweitertes Europa angepasste zweite Generation des Schengen Information System (SIS II)<sup>20</sup>

werden an dieser technischen Entwicklung vorbeikommen.<sup>21</sup> Im Rahmen des EU-Gipfels wurde die EU-Kommission bereits im Juni 2003 zur Ausarbeitung von Vorschlägen betreffend ein Biometrie nutzendes Reise-Identifikationssystem für Europa aufgefordert.<sup>22</sup> Der zeitliche Druck auf die Union angesichts der in Aussicht gestellten ausschließlich visapflichtigen Einreise unter Abgabe von Fingerabdrücken in die USA ab Oktober 2004 wird stärker, der bestehende Handlungsbedarf ist nicht zu übersehen.

### Von der physischen Person zur digitalen Identität

Die Biometrie als von staatlicher Seite genutzte Authentifizierungstechnologie wird auch in Europa kommen – wenn auch der Zeitpunkt nicht vom großen Sicherheitsbedürfnis bestimmt ist, sondern wohl eher die ungehinderte Einreise von EU-Bürgern in die USA weiterhin garantieren soll. Die Sicherheitsaspekte, die sich durch biometrische Identifikationssysteme ergeben, dürfen nicht übersehen werden, doch auch ihr Nachteil ist augenscheinlich. Der Eingriff in höchstpersönliche, weil körpereigene, Daten erinnert an Orwells „1984“, „Big Brother“ scheint nicht nur in Form von Reality-Shows Wirklichkeit zu werden.

Die „Digitalisierung unserer Gesellschaft“ ist aber nicht nur Sache der Technik, sondern bietet ein weites Aufgabengebiet für die Juristen. In diesem grundrechtsnahen Bereich wird das „Vorausdenken“, das „Szenarien-Ausdenken“ eine besonders wichtige Rolle spielen. Rechtliche Rahmenbedingungen müssen auf Grund von grundrechtlichen Überlegungen, möglichen strafrechtlichen Missbrauchstatbeständen und datenschutzrechtlichen Erfordernissen vorausgedacht werden. Um mit dem technischen Fortschritt Schritt zu halten, wird man in rechtlicher Hinsicht vorausdenken müssen.

11 H. R. 3525.

12 Vgl dazu Sec. 303, Title III – Visa Issuance, Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002.

13 Siehe dazu unter <http://www.prweb.com/releases/2003/6/prweb69213.htm>.

14 Siehe dazu die Definition bei Pal, Biometrie – Traum, Alptraum und Wirklichkeit, unter [http://www.izn.de/presse/iznmail4\\_2002/PalBiometrie1.htm](http://www.izn.de/presse/iznmail4_2002/PalBiometrie1.htm), 1.

15 [http://www.bpb.de/publikationen/7KIVBA,o,o,5\\_3\\_Biometrie.html](http://www.bpb.de/publikationen/7KIVBA,o,o,5_3_Biometrie.html).

16 Wirtz, „Biometrische Verfahren – Überblick, Evaluierung und aktuelle Themen“, DuD, 1999, 129 ff.

17 Köhntopp, Technische Rahmenbedingungen für einen datenschutzgerechten Einsatz biometrischer Verfahren, in: Hoster (Hrsg), Sicherheitsinfrastrukturen; Proceedings zur Arbeitskonferenz Sicherheitsinfrastrukturen, 1999, 179.

18 Siehe auch den Bericht „Augenscheinlich unverwechselbar“ von Winkelmann, in die tageszeitung vom 26.11.2001.

19 Vgl die Schlussfolgerungen des Präsidenten, Europäischer Rat, Thessaloniki, 19 und 20 Juni 2003, Punkt II Einwanderungs-, Grenz- und Asylfragen, veröffentlicht im Bulletin vom 23. Juni 2003.

20 Siehe die sehr aufschlussreiche Information unter <http://europa.eu.int/>

scadplus/leg/de (Link: Justiz und Inneres).

21 Siehe auch die Schlagzeilen unter <http://futurezone.orf.at> vom 04.06.2003.

22 So in den Schlussfolgerungen des Präsidenten, Europäischer Rat, Thessaloniki, 19 und 20 Juni 2003, Punkt II Einwanderungs-, Grenz- und Asylfragen, veröffentlicht im Bulletin vom 23. Juni 2003.

Aus der Sicht des technisch Machbaren ist man an einem Punkt angelangt, der neben der uns vertrauten physischen Person eine „digitale Person“, oder besser eine „digitale Identität“ entstehen lässt. Ihr rechtliches, insbesondere grundrechtliches Schutzbedürfnis gilt es noch zu erforschen. Wenn Daten Körper identifizieren, wenn Identitäten auf Computerchips entstehen, dann wird Science Fiction zur Realität. Und dann ist die Zeit reif für die auch rechtliche Betonung der physischen Person des Menschen, um nicht irgendwann mit der Erkenntnis „Ich bin digital, daher bin ich“ im Cyberspace zu enden.

*Dr<sup>in</sup>. Reingard Riener-Hofer ist Universitätsassistentin am Institut für Öffentliches Recht an der Karl-Franzens-Universität Graz; reingard.rienerhofer@uni-graz.at.*

# Die Menschenrechte und das StrafprozessreformG

Christian Bertel

Ob die RV des StrafprozessreformG verfassungsmäßig ist, behandeln *Funk/Öhlinger* in einem Rechtsgutachten,<sup>1</sup> *Walter/Zeleny*<sup>2</sup> und *Hauenschild*<sup>3</sup> in mehreren Aufsätzen. Wie die RV mit den verfassungsrechtlich gewährleisteten Menschenrechten umgeht, darauf sind diese Autoren leider nur am Rande eingegangen.

## 1. Die Beschränkung der Akteneinsicht in Haftfällen

§ 51 Abs 2 RV erlaubt, dem Verteidiger die Akteneinsicht zu beschränken, wenn „besondere Umstände befürchten lassen, dass durch eine sofortige Kenntnisnahme von bestimmten Aktenstücken der Zweck der Ermittlungen gefährdet wäre“. Die RV unterscheidet nicht, ob der Beschuldigte in Haft, oder ob er auf freiem Fuß ist. Das widerspricht Art 5 Abs 4 MRK. Ein Verfahren, in dem der Verteidiger nur beschränkte Aktenkenntnis hat, ist kein Haftprüfungsverfahren im Sinn der MRK. Der EGMR hält es für konventionswidrig, dass dem Verteidiger des verhafteten Beschuldigten die Akteneinsicht beschränkt wird.<sup>4</sup> Die RV nimmt davon keine Notiz!

## 2. Die Verteidigung während der Polizeihaft

Nach § 59 Abs 1, 2 RV kann die Kriminalpolizei nach einer Festnahme den Kontakt des Beschuldigten mit seinem Verteidiger „in besonders begründeten Fällen“ auf eine „allgemeine Rechtsbelehrung“, also auf einen Rechtsvortrag beschränken. Das widerspricht Art 6 Abs 3 lit c MRK. Nach der MRK hat der Beschuldigte ein Recht auf den Beistand eines Verteidigers. Ein Rechtsvortrag

aber ist kein Beistand. Dass es die RV der Kriminalpolizei und dass sie es dem Ermessen der Kriminalpolizei überlässt, den Beschuldigten um den Beistand seines Verteidigers zu bringen, macht § 59 RV vollends unerträglich.

Nach dem E des VwGH AnwBl 2003/7852 hat die Polizei im Dienst der Strafrechtspflege das VStG anzuwenden. Das VStG gibt der Polizei keine Möglichkeit, das Gespräch eines Beschuldigten mit seinem Verteidiger auf einen Rechtsvortrag zu beschränken. Die RV nimmt dem Beschuldigten Rechte, die ihm nach der Rechtsprechung des VwGH zustehen!

## 3. Die Überwachung der Verteidigergespräche

Nach § 59 Abs 2 RV kann der Staatsanwalt in Fällen der Verabredungs- oder Verdunkelungsgefahr die Überwachung der Verteidigergespräche anordnen, wenn „aufgrund besonderer schwerwiegender Umstände zu befürchten ist, dass der Kontakt mit dem Verteidiger zu einer Beeinträchtigung von Beweismitteln führen könnte“. Das widerspricht Art 5 Abs 4, Art 6 Abs 3 lit c MRK: Der Beschuldigte hat nach der MRK das Recht auf den Beistand eines Verteidigers; die Überwachung erschwert diesen Beistand erheblich.

Eine Überwachung der Verteidigergespräche mag nach der MRK in bestimmten besonders schweren Strafsachen, unter genau bestimmten Voraussetzungen für ganz kurze Zeit zulässig sein. § 59 Abs 2 RV aber lässt die Überwachung der Verteidigergespräche in allen Strafsachen zu. § 59 Abs 2 RV verzichtet auf eine präzise Umschreibung der Voraussetzungen: Verdunkelungsge-

<sup>1</sup> Strafprozessreform und Verfassungsrecht, Schriftenreihe des BMJ 112 (2002).

<sup>2</sup> Über einige verfassungsrechtliche Probleme im Entwurf eines Strafprozessreformgesetzes, ÖJZ

2001, 876; „Schwache Gerichtsbarkeit wird weiter geschwächt“, Wiener Zeitung 2. 6. 03, 8.

<sup>3</sup> Das Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden – verfassungsrechtliche Fragen zum

Entwurf der Strafprozessreform, RZ 2000, 186.

<sup>4</sup> StV 2001, 201, 203, 205.

fahr kann unter anderem angenommen werden, wenn die „Gefahr besteht, der Beschuldigte werde die Ermittlung der Wahrheit zu erschweren versuchen“ (§ 173 Abs 2 Z 2 RV); und die Überwachung der Verteidigergespräche kann angeordnet werden, wenn eine Beweismittelbeeinträchtigung zu befürchten ist (§ 59 Abs 2 RV). Schließlich kann der Staatsanwalt die Beschränkung der Verteidigergespräche bis zu zwei Monaten aufrechterhalten (§ 178 Abs 1 Z 1 RV).

Nach § 59 Abs 2 RV kann die Kriminalpolizei „bis zur Erteilung der Vollmacht“ die Gespräche des Beschuldigten mit seinem Verteidiger ohne jede Beschränkung überwachen. Ist das nur eine stilistische Schlaperei oder eine vielleicht doch bewusst mehrdeutige Formulierung? Vor Erteilung der Vollmacht ist der Rechtsanwalt nicht Verteidiger, und wenn er es zB durch eine mündliche Erklärung des Beschuldigten geworden ist, ist eine „Erteilung der Vollmacht“ nicht mehr nötig. Die Kriminalpolizei kann diese Bestimmung als Ermächtigung verstehen, Verteidigergespräche während des Polizeigewahrsams immer zu überwachen und die „Erteilung der Vollmacht“ als Formalakt verstehen, der irgendwann einmal, vielleicht nach Einlieferung in die Justizanstalt erfolgen wird.

In der BRD wurde die Überwachung der Gespräche zwischen dem verhafteten Beschuldigten und dem Verteidiger 1964 (!) abgeschafft.<sup>5</sup> Eine Überwachung des Schriftverkehrs zwischen dem verhafteten Beschuldigten und dem Verteidiger ist in der BRD nur auf Anordnung des Richters in Verfahren wegen Bildung terroristischer Vereinigungen zulässig (§ 148 dStPO). Freilich können deutsche Gerichte den Verteidiger in gewissen Fällen ausschließen, aber diese Fälle sind im § 138a dStPO sehr eng und sehr präzise umschrieben.

#### 4. Hausdurchsuchung durch die Polizei aus eigener Macht

Nach § 120 Abs 1 RV kann die Polizei bei Gefahr in Verzug Hausdurchsuchungen generell aus eigener Macht vornehmen. Das verstößt gegen den ersten Absatz des § 2 HausRSchG. Nach diesem Absatz müssen Kriminalbeamte, wenn sie eine

Hausdurchsuchung aus eigener Macht vornehmen – von den Ausnahmen des zweiten Absatzes abgesehen – eine schriftliche Ermächtigung der Sicherheitsbehörde gerade für diese Hausdurchsuchung vorweisen.<sup>6</sup> Diese Förmlichkeit bezweckt eine vorbeugende Kontrolle: die Kriminalbeamten müssen, bevor sie eine Wohnung aus eigener Macht durchsuchen, den Chef ihrer Behörde oder einen seiner Stellvertreter fragen. Die RV beseitigt diese Erschwernis.

Dass der Betroffene nach § 106 RV gegen eine Hausdurchsuchung, welche Kriminalbeamte aus eigener Macht durchgeführt haben, Einspruch an das Gericht erheben kann, ist eine weit weniger wirksame, eine bloß nachprüfende Kontrolle; jedenfalls ist dieser Einspruch etwas ganz anderes als das, was § 2 HausRSchG vorsieht. Auch in diesem Punkt ist die RV verfassungswidrig.<sup>7</sup>

#### 5. Die körperliche Untersuchung

§ 123 Abs 1 RV erlaubt die Untersuchung von Körperöffnungen, die Abnahme einer Blutprobe und andere Eingriffe in die körperliche Integrität (§ 117 Z 4 RV). Der körperlichen Untersuchung können der Beschuldigte, das Opfer und andere Personen in jedem beliebigen Strafverfahren unterzogen werden. Zur Aufklärung von Delikten, die mit mehr als fünf, von Sexualdelikten, die mit mehr als drei Jahren bedroht sind, ist die körperliche Untersuchung als Reihenuntersuchung zB an allen Männern eines Ortes, zulässig (§ 123 Abs 2 RV). Bei Gefahr im Verzug kann sie der Staatsanwalt ohne Befassung eines Richters anordnen (§ 123 Abs 3 RV). Zustimmung muss der Betroffene der Untersuchung nur, wenn sie mit einer Gefährdung seiner körperlichen Sicherheit verbunden wäre (§ 123 Abs 4 RV). Hier zweifeln selbst die Erläuterungen zur RV, ob diese Regelung durch die Verfassung gedeckt ist.<sup>8</sup>

Sie ist es nicht. Eine so weit gefasste Eingriffsmöglichkeit für alle Strafsachen ist exzessiv. Hier werden Art 8 Abs 1 MRK, Art 90 B-VG und das Recht auf Menschenwürde verletzt, das Art 3 MRK zugrunde liegt.<sup>9</sup> Bisher wurden Bestimmungen, die eine Ver-

pflichtung vorsehen, eine Blutabnahme zu dulden, regelmäßig als Verfassungsbestimmungen beschlossen.<sup>10</sup>

#### 6. Lockspitzel

Nach § 132, § 129 Z 3 RV kann die Kriminalpolizei auf Anordnung des Staatsanwalts (§ 133 Abs 1 RV) „zur Aufklärung eines Verbrechens“ unter anderem verdächtige und unverdächtige Personen veranlassen, Suchtgift zu besorgen und einem Lockspitzel zu übergeben; dann wird der Hereingelegte festgenommen und für die Übergabe des Suchtgifts an den Lockspitzel idR nach § 28 SMG bestraft; nach dem Verbrechen, dessen Aufklärung das Scheingeschäft angeblich dienen soll fragt dann niemand mehr. Strafverfahren aufgrund solcher Machenschaften sind von vornherein unfair und widersprechen darum Art 6 Abs 1 MRK.

Zwar lässt der EGMR die verdeckte Fahndung zu. Aber § 132 RV erlaubt der Polizei nicht nur nach Tätern zu fänden, sondern auch etwas ganz anderes: nämlich Personen, die sie für strafwürdig hält, zu Straftaten zu bestimmen, also sie zu Tätern zu machen. Verurteilungen aufgrund solcher Tricks sind nach der Rechtsprechung des EGMR<sup>11</sup> mit Art 6 Abs 1 MRK nur vereinbar, wenn sie von einem Richter angeordnet wurden und wenn der Hereingelegte mehr getan hat, als ihm die Polizei nahe legte.<sup>12</sup> Die RV entspricht diesen Anforderungen nicht und ist daher verfassungswidrig. Das Scheingeschäft müsste von einem Richter angeordnet werden und die RV müsste vorsehen, dass niemand wegen Verhaltensweisen bestraft werden kann, die er auf Veranlassung der Polizei begangen hat.

#### 7. Die Vernehmung des Beschuldigten

Nach § 164 Abs 2 RV kann der Beschuldigte seiner Vernehmung eine Vertrauensperson beiziehen. Der Kriminalbeamte kann sie ausschließen, wenn „ihre Anwesenheit die Ermittlungen beeinträchtigen könnte“. Dass der Beschuldigte seiner Vernehmung einen Verteidiger beiziehen darf, ist in der RV – der Praxis entsprechend – nicht vor-

<sup>5</sup> Lüderssen in: Löwe/Rosenberg, StPO<sup>25</sup> § 148 vor Rz 1.

<sup>6</sup> VfSlg 1811/1949.

<sup>7</sup> Angedeutet bei Walter/Zeleny, ÖJZ 2001.

<sup>8</sup> EBRV 25 BlgNR 22. GP 170 FN 364.

<sup>9</sup> VfSlg 13.635/1993.

<sup>10</sup> Vgl § 5 Abs 6, § 99 StVO, § 18 Abs 2 Wehrg 2001, § 8 Abs 2 Flugunfall-UntersuchungsG.

<sup>11</sup> ÖJZ-MRK 1999/14.

<sup>12</sup> Bertel/Venier, Strafprozessrecht<sup>7</sup> Rz 59; Fuchs, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, 496 f; Kempf, Im staatsanwaltschaftlichen

Ermittlungsverfahren, in: Lagodny (Hrsg), Strafprozess vor neuen Herausforderungen? (2000) 154 f.

gesehen; der Verteidiger könnte bei der Vernehmung des Beschuldigten nur Vertrauensperson sein.

Das widerspricht Art 6 Abs 3 lit c MRK. Er garantiert dem Beschuldigten das Recht auf den Beistand eines Verteidigers auch im Vorverfahren. Ein zum Schweigen verurteilter Verteidiger ist in Wahrheit kein Verteidiger und kann dem Beschuldigten in Wahrheit nicht beistehen. Es mag sein, dass der Verteidiger nach der MRK nicht von jeder Vernehmung des Beschuldigten verständigt werden muss; aber ihn von einer Vernehmung auszuschließen oder auf die Rolle eines Zuhörers zu beschränken, ist jedenfalls unzulässig.<sup>13</sup> Schließlich können in Österreich ja auch Polizeiprotokolle in der Hauptverhandlung verlesen werden (§ 252 Abs 1 StPO).

### 8. Die Dauer des Polizeigewahrsams

Nach § 172 Abs 1, 3 RV hat die Kriminalpolizei den Festgenommenen „längstens“, bzw „spätestens“ binnen achtundvierzig Stunden in die Justizanstalt einzuliefern; Nach § 174 Abs 1 RV hat ihn der Richter dann „unverzüglich“ zu vernehmen und „längstens“ binnen achtundvierzig Stunden zu entscheiden, ob der Beschuldigte freigelassen, oder die Untersuchungshaft verhängt wird. Das widerspricht Art 5 Abs 3 MRK. Die MRK verlangt, dass der Festgenommene unverzüglich einem Richter vorgeführt wird, damit dieser unverzüglich über die Fortsetzung der Haft entscheidet. Zweimal achtundvierzig Stunden kann man nicht mehr als „unverzüglich“ ansehen.<sup>14</sup>

Es mag Fälle geben, in denen eine viertägige Anhaltung bis zur Vorführung und Entscheidung des Richters mit der MRK vereinbar ist: zB in ganz bestimmten schweren Strafsachen oder wenn ganz bestimmte Hindernisse die Vorführung vor den Richter er-

schweren. Aber § 172, § 174 RV erlauben die Anhaltung über zwei mal achtundvierzig Stunden ohne richterliche Entscheidung auch in kleinen Strafsachen und auch dann, wenn die Polizei die Einlieferung in die Justizanstalt binnen weniger Stunden bewerkstelligen könnte. Der Wunsch der Polizei, den Beschuldigten noch vor der richterlichen Vernehmung zu einem Geständnis zu bewegen, rechtfertigt einen solchen Aufschub nicht.<sup>15</sup>

Man muss der RV zugute halten, dass die hier herausgestellten Missstände in der Praxis allgemein üblich sind.<sup>16</sup> Aber wer eine Gesamterneuerung des Strafprozessrechts in Angriff nimmt, muss über die Praxis hinaus und muss auch an die Menschenrechte denken. Besonders unangenehm berühren mich die Diskrepanzen zwischen der rechtsstaatlichen Fassade der §§ 1 ff RV und dem, was später folgt: § 5 Abs 3 RV verbietet den Einsatz von Lockspitzeln, § 132 RV lässt ihn zu; § 6 Abs 1 RV verspricht dem Beschuldigten ein faires Verfahren, aber nach § 51 Abs 2 RV kann der Staatsanwalt die Akteneinsicht selbst in Haftfällen beschränken und in Haftfällen die Verteidigergespräche zwei Monate lang überwachen lassen; nach § 7 Abs 1 RV kann der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens den Beistand eines Verteidigers in Anspruch nehmen, aber für Vernehmungen ist dieser Beistand nach § 164 Abs 2 RV nicht vorgesehen und nach § 59 Abs 1 RV kann ihn die Polizei durch eine „allgemeine Rechtsberatung“ ersetzen. Wenn die RV in dieser Fassung Gesetz werden sollte, wird sich hoffentlich bald der VfGH oder der EGMR damit zu befassen haben.

*Dr. Christian Bertel ist o. Univ.-Prof. am Institut für Strafrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck; christian.bertel@uibk.ac.at.*

<sup>13</sup> Grabenwarter, EMRK (2003) § 24 Rz 69, *Villiger*, Handbuch der EMRK<sup>2</sup> (1999) Art 6 Rz 515 f. Diese Auffassung vertritt auch der VwGH in seinem E AnwBl 2003/7852.

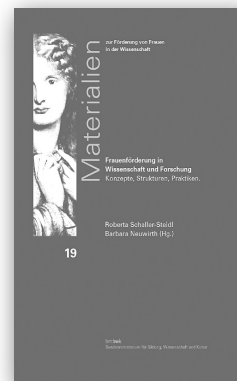
<sup>14</sup> Morscher, *Der Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich* (1990) 166.

<sup>15</sup> Der EGMR hielt eine Anhaltung über vier Tage und sechs Stunden, ohne den Beschuldigten einem Richter vorzuführen, selbst in einem Terrorismusfall für konventionswidrig

(ÖJZ-MRK 1994/6); *Peukert* in: *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar (1996), Art 5 Rz 111 f; *Reindl*, *Untersuchungshaft und MRK* (1997) 104 ff; *Villiger*, Handbuch Art 5 Rz 358. Der Justizausschuss warnte schon 1993 vor einer Ausschöpfung der 2 x 48 Stundenfrist (JAB zum StPÄG 1993, 1157 BlgNR 18. GP 11).

<sup>16</sup> Vielleicht gäbe es manche dieser Missstände nicht mehr, wenn Rechtsanwälte sich häufiger bei den UVS und beim EGMR beschwerten.

### Schaller-Steidl/Neuwirth Frauenförderung in Wissenschaft und Forschung



3-7046-4206-1  
1.288 Seiten  
geb., € 22,-

Die vorliegende Publikation behandelt die Anfänge der Förderungen von Frauen in Wissenschaft und Forschung, folgt der Kurve der Entwicklung zur Verrechtlichung der Frauenförderung in den 90er-Jahren und beschreibt auch die jüngste Verlagerung der Frauenförderung im Zuge der Umgestaltung der Universitäten zu vollrechtsfähigen Einrichtungen zurück an die Universitäten. Das Buch endet mit einem Ausblick auf die neue Situation, die mit dem Universitätsgesetz 2002 gegeben ist.

Viele Beiträge von in unterschiedlicher Weise an diesem Prozess Beteiligten rücken aber auch die AkteureInnen dieser historischen Ereignisse und Entwicklungen in den Vordergrund und zeigen damit die Personengebundenheit von staatlicher Frauenförderung auf.

VERLAG  
ÖSTERREICH  
VORMALS VERLAG DER K. U. K.  
HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

# Der Wende-Parlamentarismus

## oder der Versuch einer Chronologie zum Budgetbegleitgesetz 2003

Peter Pointner

Kein Gesetzesvorhaben der Regierung Schüssel II hat die politische Berichterstattung in dem Ausmaß dominiert, aber auch gleichzeitig die Vertreter der Rechtswissenschaft und Politikwissenschaft beschäftigt, wie dies das Budgetbegleitgesetz 2003 (BBG 2003) getan hat. Gleichzeitig veränderte das BBG 2003 – wie kein anderes Gesetzesvorhaben bisher – die parlamentarische Praxis und warf eine Reihe von Rechtsfragen in formeller Hinsicht auf. Es soll daher in der vorgegebenen Kürze der Versuch einer Chronologie samt Darstellung einiger verfassungs- und geschäftsordnungsrechtlicher Fragen unternommen werden.

Die Chronologie der Gesetzwerdung des BBG 2003 ist in vielen Bereichen symptomatisch für den so genannten Wende-Parlamentarismus. Dazu gehören die Infragestellung des vorparlamentarischen Begutachtungsverfahrens, die Aufkündigung des bisher üblichen Konsenses bei Verfahrensfragen in National- und Bundesrat oder die Verlagerung der tatsächlichen Entscheidungen in informelle Gremien.

### 1. Das vorparlamentarische Verfahren

Am 31. März 2003 kündigte Bundeskanzler Schüssel im Morgenjournal an, dass das BBG 2003 noch am selben Tag in Begutachtung gehen werde. Schon einige Stunden später hatte der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt aufgegeben, den Wunsch des Ressortchefs zu verwirklichen, und allen Ministerien mitgeteilt, dass sie die betreffenden

Teile des BBG 2003 jeweils separat in Begutachtung schicken sollen.<sup>1</sup>

In der Folge wurden von den einzelnen Ressorts verschiedenste Teile des BBG 2003 in Begutachtung geschickt, wobei keine einheitliche Bezeichnung als Budgetbegleitgesetz oder Teil des Budgetbegleitgesetzes erfolgte. Die begutachtenden Stellen konnten daher aufgrund dieser Vorgangsweise den Gesamthalt des Budgetbegleitgesetzes nicht abschätzen oder lediglich raten. Es war daher im gesamten Begutachtungsverfahren keine Gesamtbegutachtung des BBG 2003 möglich, sondern lediglich eine isolierte, nach Fachgebieten getrennte.

Die Reaktionen in den einzelnen Stellungnahmen<sup>2</sup> wiesen daher zum Teil auf diese Problematik hin. So – als wohl unauffälliger „Zeuge“ – die Niederösterreichische Landesregierung: „... es werde die in der Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus vorgesehene Mindestfrist von vier Wochen nicht eingehalten ... die derart kurz gesetzte Begutachtungsfrist erschwert eine eingehende Befassung mit den äußerst bedeutenden Gesetzesvorhaben ... widerspricht dem gemeinsamen Durchführungsschreiben des Bundeskanzleramtes und des Bundesministeriums für Finanzen<sup>3</sup>, wonach den zur Begutachtung eingeladenen Stellen eine Frist von sechs Wochen zur Verfügung stehe, wobei je nach Bedeutung und Umfang eines Vorhabens die Einräumung einer noch längeren Begutachtungsfrist angezeigt sein könne.“<sup>4</sup>

Die Ressorts standen nun vor der Aufgabe, alle Stellungnahmen, die bis Freitag, 25. April 2003, 24.00 Uhr einlangten, auszuwerten, gegenüberzustellen und dem Bundeskanzleramt bis Samstag, 26. April 2003, 17.00 Uhr eine die Stellungnahmen berücksichtigende Fassung zu übermitteln. Dieser Zeitplan zeigt die politische „Bedeutung“, die den Stellungnahmen von der Bundesregierung eingeräumt wurden. Es kann daher nicht verwundern, dass nur in einzelnen Ausnahmefällen Anregungen der begutachtenden Stellen für die Regierungsvorlage berücksichtigt wurden.

### 2. Die Beratungen im Nationalrat

Nach Beschlussfassung der Regierungsvorlage zum BBG 2003 in der Ministerratssitzung am Dienstag, 29. April 2003 wurde dem Nationalrat die Regierungsvorlage übermittelt, bestehend aus 91 Artikeln (91 Gesetzesnovellen und Stammgesetzen) auf 703 Seiten samt Erläuterungen und Gegenüberstellung. Auch aus der nicht einheitlichen und geschlossenen Begutachtung resultierte das Faktum, dass im BBG 2003 Gesetzesänderungen beinhaltet waren, die nicht in Begutachtung geschickt worden waren. Dies betraf wesentliche und kostenintensive Vorhaben wie zum Beispiel die Beschaffung von Kampfflugzeugen<sup>5</sup> oder die Streichung der Mitwirkungsrechte des Nationalrates bei umfangreichen Beschaffungen der Regierung<sup>6</sup>.

Gemäß der bisherigen Praxis wurde die Regierungsvorlage BBG 2003 in der 13. Sitzung des Nationalrates am 29. April 2003 dem Budgetausschuss zur Vorberatung zugewiesen. Angesichts dieses Umfangs des BBG 2003 und des Umstandes, dass das Geschäftsordnungsgesetz des Nationalrates die Möglichkeit der Teilung einer Gesamtvorlage und deren Zuweisung an die jeweiligen Fachausschüsse nicht kennt, haben die Klubobmänner der Oppositionsfraktionen die Bundesregierung aufgefordert, die Regierungsvorlage über das BBG 2003 zurückzuziehen und nochmals in Teilen einzu-

<sup>1</sup> „Die beabsichtigten Beiträge zur Regierungsvorlage eines Budgetbegleitgesetzes wären durch das zuständige Bundesministerium vom 31. März 2003 (Ausendung) bis 25. April 2003 (beim Ressort einlan-

gend) einem Begutachtungsverfahren zu unterziehen. Die Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens berücksichtigend, sind die Letztfassungen der Ressortbeiträge dem Bundeskanzleramt spätestens am

26. April 2003, 17.00 Uhr zur Verfügung zu stellen.“ APA0140 vom 31. 3. 2003.

<sup>2</sup> Die Stellungnahmen sind unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at) abrufbar.

<sup>3</sup> GZ 603.767/11-V/1/99.

<sup>4</sup> 49/SN-28/ME.

<sup>5</sup> Art 69 der Regierungsvorlage zum Budgetbegleitgesetz 2003, 59 BlgNR.

<sup>6</sup> Art 29 der Regierungsvorlage zum Budgetbegleitgesetz 2003, 59 BlgNR.



bringen, um eine der Geschäftsordnung sowie den Legistischen Richtlinien entsprechende Vorberatung zu ermöglichen. Gleichzeitig wurde der schon vor Bekanntwerden des Umfangs des BBG 2003 vereinbarte Fahrplan für die Beratungen dieser Regierungsvorlage aufgekündigt, da für die Beratungen dieser „Mammutvorlage“ im Budgetausschuss nur acht Stunden vorgesehen waren. Nach der Präsidialkonferenz am 8. Mai 2003, die zu diesem Thema einberufen wurde, musste der Nationalratspräsident feststellen, dass kein Konsens über die weiteren Beratungstermine zum BBG 2003 mehr vorliege.

Diese in der parlamentarischen Praxis eher ungewöhnliche Situation führte in Folge dazu, dass die Beratungen im Budgetausschuss immer wieder unterbrochen, die Rednerlisten nie abgeschlossen wurden, und kein Fortschritt bei den Beratungen des Budgetausschusses erzielt werden konnte. Zur Illustration: Der Budgetausschuss tagte bis zur Beschlussfassung des Budgetbegleitgesetzes in Sitzungen am 13. 5. (15.20–18.57 Uhr), 14. 5. (16.00–0.35 Uhr), 15. 5. (18.35–1.33 Uhr), 20. 5. (14.35–21.20 Uhr), 22. 5. (15.00–19.35 Uhr), 28. 5. (15.05–21.50 Uhr), 3. 6. (9.35–11.55 Uhr) und am 5. 6. (10.00–18.18 Uhr).

Es handelte sich dabei allerdings nur um Scheinverhandlungen, da erst am 27. Mai 2003 den Oppositionsparteien ein vorläufiger Entwurf für einen Abänderungsantrag mit 55 Seiten übermittelt wurde, der abermals neue Rechtsgebiete regelte, allerdings hinsichtlich des zentralen politischen Inhaltes des BBG 2003 – der Pensionsreform – noch keine Abänderung vorsah. Die diesbezüglichen Verhandlungen zur Pensionsreform wurden – auch ein Novum in der parlamentarischen Praxis – zeitgleich außerparlamentarisch in Form von Runden Tischen geführt. Erst rund zwei Stunden vor der Abstimmung im Budgetausschuss am 5. Juni 2003 wurde der Opposition der „richtige“ Abänderungsantrag (samt Pensionsreform) übermittelt und formell

im Ausschuss von Seiten der Regierungsfractionen eingebracht.

Um die Beschlussfassung des BBG 2003 zu sichern, griffen die Regierungsfractionen zu einem „Notmittel“. Sie stellten in der 18. Nationalratssitzung am 4. Juni 2003 den Antrag, dem Budgetausschuss für seine Beratungen eine Frist bis 6. Juni 2003 zu setzen. Dieser Antrag wurde mit den Stimmen von ÖVP und FPÖ angenommen. Die rechtliche Wirkung eines solchen Beschlusses ist jene, dass – auch ohne Beschlussfassung im Ausschuss – der Verhandlungsgegenstand auf die Tagesordnung der folgenden Nationalratssitzung zu setzen ist. Die nächste Sitzung des Nationalrates war gemäß dem immer für ein Jahr im Voraus festzulegenden parlamentarischen Fahrplan für 10. Juni 2003 anberaumt.

Da die Abänderungsanträge der Regierungsfractionen im Budgetausschuss äußerst umfangreich waren, wurde der Ausschussbericht (111 BgNR) erst am 10. Juni 2003 fertig gestellt und um 8.00 Uhr dieses Tages den Abgeordneten über die Klubs zugestellt.<sup>7</sup>

Die 20. Nationalratssitzung wurde am 10. Juni 2003, 10.00 Uhr begonnen und am 11. Juni 2003 fortgesetzt. Die Tagesordnung bestand nur aus dem BBG 2003 und dem Ausschussantrag (in der parlamentarischen Praxis §-27-Antrag genannt) des Budgetausschusses betreffend Änderung der Politikerpensionen.<sup>8</sup> Die Bestimmung über die 24-stündige Aufliegefrist wurde daher nicht eingehalten.

Gegen das Amtliche Protokoll dieser Sitzung wurde von der Sozialdemokratischen Parlamentsfraction Einwendung erhoben. Diese Einwendung gründete sich auf die zwingende Bestimmung von § 44 Abs 1 Geschäftsordnungsgesetz des Nationalrates (GOG), wonach die Verhandlung eines von einem Ausschuss vorzubereitenden Gegenstandes im Nationalrat in der Regel nicht vor Ablauf von 24 Stunden nach erfolgter Verteilung des Ausschussberichtes stattfinden darf. Die einzige ausdrückliche Ausnahme von

dieser Bestimmung normiert § 44 Abs 2 GOG, wonach nur aufgrund eines Vorschlages des Präsidenten und des darüber mit Zweidrittelmehrheit gefassten Beschlusses des Nationalrates von der Vervielfältigung des Ausschussberichtes oder der 24-stündigen Aufliegefrist abgesehen werden kann. Ein diesbezüglicher Vorschlag wurde vom Präsidenten des Nationalrates nicht zur Abstimmung gebracht.

Den vorgebrachten Einwendungen trat der Präsident des Nationalrates nicht bei, da der Vorgang der Verteilung des Ausschussberichtes nicht im Amtlichen Protokoll festgehalten wird und daher nicht Gegenstand einer Einwendung sein kann. Materiell wurde zu dem von den sozialdemokratischen Abgeordneten gerügten Verstoß gegen die Geschäftsordnung keine Stellungnahme durch den Präsidenten des Nationalrates abgegeben.

Die Regierungsfractionen nützten auch in 2. Lesung das Recht, weitere Abänderungsanträge einzubringen. Nach mehreren namentlichen und getrennten Abstimmungen in 2. Lesung wurde das BBG 2003 vom Nationalrat in 3. Lesung in der 20. Sitzung des Nationalrates am 11. Juni 2003 mit 95 Ja-Stimmen zu 86 Nein-Stimmen angenommen.

### 3. Die Beratungen im Bundesrat

Der Gesetzesbeschluss des Nationalrates über das BBG 2003 wurde danach zur weiteren verfassungsmäßigen Erledigung dem Bundesrat übermittelt. Am 17. Juni 2003 erfolgten die Vorberatung im Finanzausschuss des Bundesrates und in der 697. Bundesratssitzung am 23. Juni 2003 die Beratung im Plenum. Auch im Rahmen der Beratungen des Bundesrates wurde im Ausschuss und im Plenum von den Sozialdemokratischen Bundesräten eine Reihe von formalen Einwendungen vorgebracht. Diese beruhten im Wesentlichen auf zwei Hauptmängeln des Verfahrens.

Einerseits wurde entgegen der Bestimmung von § 18 Abs 1 iVm § 16 Abs 1 lit a der Geschäftsordnung des

<sup>7</sup> In der Präsidialkonferenz des Nationalrates wurde schon seit einigen Gesetzgebungsperioden vereinbart, dass die Zustellungskriterien von Vorlagen an die Abgeordneten gem dem Geschäftsordnungsgesetz auch dann erfüllt sind, wenn die Vorlagen

für alle Abgeordneten eines Klubs gemeinsam in den Klubräumlichkeiten zugestellt werden. Eine individuelle Verteilung an jeden einzelnen Abgeordneten ist daher nicht notwendig. Mit dieser Maßnahme wurde die 24-stündige Aufliegefrist radi-

kal verkürzt, da der Postweg (rein rechnungstechnisch der weitest mögliche innerhalb Österreichs) nicht zu berücksichtigen ist.

<sup>8</sup> Bericht des Budgetausschusses über den Antrag 132/A der Abgeordneten Molterer, Scheibner, Kollegin-

nen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bezügegesetz, BGBl Nr 273/1972 und das Bundesbezügegesetz, BGBl I Nr 64/1997, geändert werden (116 BgNR).

Bundesrates (GO-BR) der Gesetzesbeschluss des Nationalrates betreffend das BBG 2003 nicht an die Bundesräte verteilt. Die Bundesräte erhielten lediglich die Materialien des Nationalrates und mussten sich den Gesetzestext selbst „zusammenbasteln“, ohne in Kenntnis zu sein, welche Abänderungsanträge oder welche Teile von Abänderungsanträgen im Nationalrat tatsächlich eine Mehrheit gefunden haben.

Andererseits wurde ein Verstoß gegen Art 56 B-VG betreffend das Freie Mandat der Mitglieder des Bundesrates wegen der Nichtgewährleistung eines unabhängigen und freien Abstimmungsverhaltens der Bundesräte durch die Zusammenfassung einer Vielzahl von verschiedenen Gesetzesnovellen, die völlig divergierende gesetzgeberische Absichten verfolgen und auch in manchen Fällen mit dem Budget 2003 und 2004 in keinem Zusammenhang stehen, in einem Gesetzesbeschluss gerügt. Im Gegensatz zu den Abgeordneten zum Nationalrat, welchen in Zweiter Lesung aufgrund von Verlangen auf getrennte Abstimmung<sup>9</sup> ein differenziertes Abstimmungsverhalten ermöglicht wird, können Bundesräte nur zur gesamten Vorlage beschließen, einen oder keinen Einspruch zu erheben bzw. der Vorlage zuzustimmen oder diese abzulehnen.

Die inhaltliche Abstimmung über das BBG 2003 im Bundesrat am 23. Juni 2003 führte zu einer skurrilen, seit Bestehen des Bundesrates einzigartigen Situation: Weder der Antrag der SP-Bundesräte auf Einspruch, noch der Antrag des Finanzausschusses des Bundesrates, keinen Einspruch zu erheben, fanden die Mehrheit im Plenum. Daraus resultierte eine verfassungsrechtliche Debatte, ob innerhalb der Achtwochenfrist des Art 42 Abs 2 und 3 B-VG eine nochmalige Behandlung des BBG 2003 im Bundesrat zulässig sei. Nicht nur die Stellungnahmen der Parlamentsfraktionen auch jene der sich dazu äussernden Vertreter der Rechtswissenschaft waren uneinheitlich und widersprüchlich.

Als politische Reaktion darauf brachten die Bundesräte der Sozialdemokratischen Parlamentsfraktion ein

Verlangen auf Sondersitzung des Bundesrates<sup>10</sup> ein, welche vom Präsidenten des Bundesrates für den 11. Juli 2003 ohne Tagesordnung einberufen wurde.

Am Beginn dieser Sitzung wurden vom Vorsitzenden der SP-Fraktion im Bundesrat Einwendungen gegen die Tagesordnung („Nichttagesordnung“)<sup>11</sup> erhoben und die Ergänzung der Tagesordnung um das BBG 2003 beantragt. Nach einer umfangreichen Geschäftsordnungsdebatte und Abhaltung einer Präsidialkonferenz wurde der Einwendungsantrag für verfassungs- und geschäftsordnungsrechtlich zulässig erklärt und daher zur Abstimmung gebracht. Der Antrag fand jedoch nicht die notwendige Mehrheit im Plenum. Es lässt sich jedoch daraus ableiten, dass der Bundesrat damit die Rechtsfrage aus seiner Sicht klärte und eine nochmalige Beratung und Abstimmung über das BBG 2003 innerhalb der offenen Achtwochenfrist für zulässig erachtete. Grundkonsens war auch, dass ein allfälliger neuer Einspruchsantrag eine anders lautende Begründung gegenüber dem schon abgestimmten Antrag erfordert hätte.

Die Achtwochenfrist für die Beratungen des BBG 2003 im Bundesrat endete am 7. August 2003. Die Verlautbarung im Bundesgesetzblatt erfolgte als BGBl I 2003/71.

Schon am 19. September 2003 haben ein Drittel der Mitglieder des Bundesrates – die 21 sozialdemokratischen Bundesräte – ein Gesetzesprüfungsverfahren beim Verfassungsgerichtshof beantragt. Dieser Prüfantrag richtet sich auf die Aufhebung des gesamten BBG 2003 und zieht hierfür die in der Chronologie dargestellten Vorgänge (Nichtbeachtung der 24-stündigen Aufliegefrist, keine Verteilung des Gesetzesbeschlusses des Nationalrates an die Bundesräte und Verstoß der Sammelnovelle gegen Art 56 B-VG) heran.

#### 4. Folgerungen

Unabhängig vom Ausgang des Verfahrens vor dem Verfassungsgerichtshof besteht für den Verfassungs- und Geschäftsordnungsgesetzgeber (oder den

Österreich-Konvent) akuter Handlungsbedarf. Dieser Handlungsbedarf sollte von den Oppositionsfraktionen und den Regierungsfractionen gemeinsam erkannt werden, da es auch darum geht, wie sich die parlamentarische und die vorparlamentarische Praxis des Gesetzgebungsverfahrens in Zukunft gestalten wird. Es sollten daher einige Fragen neben der wichtigen Neuordnung des Staates mitberücksichtigt werden:

Welchen Sinn hat noch das Begutachtungsverfahren für Regierungsvorlagen, wenn nur Teile von diesen in Begutachtung geschickt werden, für die Begutachtung selbst keine ausreichende Zeit zur Verfügung steht und auch die Stellungnahmen nur marginal berücksichtigt werden? Sollte das Begutachtungsverfahren eine rechtliche Ausgestaltung erfahren, die dann zwingend für alle Regierungsvorlagen zu gelten hat, oder sollte es gänzlich entfallen?

Welchen Sinn ergeben die haushaltsrechtlichen Vorschriften<sup>12</sup>, wonach die finanziellen Auswirkungen gesetzgeberischer Maßnahmen genau darzustellen sind, wenn als Kaufpreis für die größte Investition dieser Republik in der Regierungsvorlage „xx Mio. Euro“ angegeben werden? Die Vorgangsweise der Bundesregierung lässt jedenfalls die seit Jahren diskutierte Einführung eines Haushaltsausschusses im Nationalrat, der die Darstellung der finanziellen Auswirkungen einer Regierungsvorlage zu überprüfen hätte, aber auch selbst Sachverständige mit einer Kostenschätzung beauftragen kann, immer sinnvoller und notwendiger erscheinen.

Wäre es nicht in Anbetracht der Erfahrungen mit dem BBG 2003 im Budgetausschuss sinnvoll, eine Mindestfrist für die Beratung von Gesetzesvorlagen (von der Einbringung bis zur Beschlussfassung in Zweiter und Dritter Lesung im Plenum des Nationalrates) etwa von drei Monaten einzuführen, um eine ausreichende Beratung in den Ausschüssen grundsätzlich garantieren zu können? (Im Falle eines Notstandes, der rasches gesetzgeberisches Handeln erforderlich macht, könnte diese

<sup>9</sup> Ein Verlangen auf getrennte Abstimmung kann gem § 65 Abs 5 GOG von jedem Abgeordneten zu jedem beliebigen Punkt der Vorlage einge-

bracht werden und ist vom Präsidenten bei der Abstimmung zu berücksichtigen.

<sup>10</sup> Gemäß § 40 GO-BR kann ein Viertel der Bundesräte schriftlich eine Sondersitzung verlangen; der Bundesrat ist innerhalb von fünf Tagen

nach Einlangen des Verlangens einzuberufen.

<sup>11</sup> § 39 GO-BR.

<sup>12</sup> § 14 BHG.

Frist nach Beratungen in der Präsidialkonferenz verkürzt werden).

Ist es nicht demokratiepolitisch bedenklich, dass einem Ausschuss durch einfache Mehrheit des Plenums nach der geltenden Geschäftsordnung des Nationalrates eine Frist von nur 24 oder 48 Stunden zur Beratung von umfangreichsten Vorlagen gesetzt werden kann, innerhalb welcher er seine Beratungen abzuschließen hat? Diese Bestimmung könnte im Hinblick auf den Vorschlag der Mindest-Beratungsfrist mit der Möglichkeit, in Ausnahmefällen davon abzusehen, gänzlich entfallen.

Sollte dem Bundesrat nicht die Möglichkeit gegeben werden, bei solchen Sammelnovellen auch gegen einzelne Gesetzesänderungen einen Einspruch zu erheben? (Im Falle des BBG 2003 konnte zB kein Bundesrat gegen den Abfangjägerankauf aber für die Pensionsreform sein). In dieser Frage hat zumindest der Bundesrat ein klares Wort gesprochen: Am 9. Oktober 2003 wurde einstimmig im Bundesrat ein Antrag aller vier im Bundesrat vertretenen Fraktionen<sup>13</sup> angenommen, der dem Bundesrat das Recht geben soll, bei Sammelnovellen auch gegen einzelne Gesetzesnovellen (oder Stammgesetze) einen Einspruch zu erheben und den Nationalrat mit dieser Angelegenheit neuerlich zu befassen.

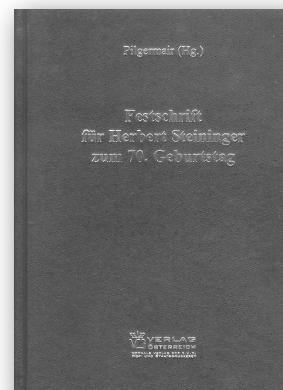
Schlussendlich wäre zu fragen, ob es nicht vernünftiger wäre, in der Praxis immer wieder auftretende Streitfragen in den Geschäftsordnungen von Nationalrat und Bundesrat so weit wie möglich zu klären, um dadurch für die Regierungs- und Oppositionsfraktionen aber auch die Präsidien beider Häuser ein Mehr an Rechtssicherheit zu schaffen.

*Dr. Peter Pointner ist Klubsekretär im SP-Parlamentsklub;  
peter.pointner@spoe.at.*

<sup>13</sup> Antrag der Bundesräte Weiss, Ager, Haselbach, Bieringer, Konecny, Böhm, Schennach, Kolleginnen und Kollegen betreffend Änderung des Bundes-Verfassungsgesetzes (136/A-BR/2003 sowie 6863/BR).

## Walter Pilgermair (Hg.) Festschrift für Herbert Steininger zum 70. Geburtstag

**3-7046-4179-0**  
gebunden, 430 Seiten  
68 Euro



Aus Anlass des 70. Geburtstages von Honorarprofessor Dr. Herbert Steininger, Präsident des OGH iR, widmen dem Jubilar Kollegen und Freunde aus ganz Österreich, der Bundesrepublik Deutschland und Ungarn in dankbarer Verbundenheit ihre Beiträge. Der Kreis der Autoren dieser Festgabe und ihre Themen spannen einen weiten, der Persönlichkeit und dem Wirken des Jubilars angemessenen Bogen.

*Johann Rzeszut  
Ludwig Adamovich  
Clemens Jabloner  
Franz Fiedler  
Helmut Fuchs  
Eckart Rainer  
Walter Presslauer  
Eckart Ratz  
Frank Höpfel  
Diethelm Kienapfel  
Christian Bertel*

*Peter J. Schick  
Karl-Heinz Danzl  
Manfred Burgstaller  
Ernst Markel  
Brigitte Bierlein  
und Gottfried Strasser  
Roland Miklau  
Heimo Lambauer  
Kálmán Györgyi  
Kai Nehm  
Otto Triffterer*

**VERLAG  
ÖSTERREICH**  
VORMALS VERLAG DER K.U.K.  
HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

# Wer regiert das Internet? Und wie?

Markus Fallenböck

**Der folgende Beitrag macht sich auf die Suche nach der Internet Governance, nach den Prozessen und Institutionen, welche die Entwicklung des Netzes lenken und leiten.**

## Von Internet-Nummern und Domain-Namen

Das Internet – unendliche Weiten, voll mit Handel, Unterhaltung, Politik. Doch all das bedarf auch einer ordnenden Hand. Damit wir jeden Tag zu unserer Lieblings-Website im Internet gelangen, muss jeder Computer eine weltweit einzigartige Adresse aufweisen. Nur so ist sichergestellt, dass die Datenströme auch beim Empfänger ankommen. Eine solche Adresse kann etwa so aussehen: 143.50.0.0. „Oh weh!“ denkt da der von Handy- und sonstigen Nummern geplagte Mensch des 21. Jahrhunderts: „Noch mehr Zahlen?“.

Doch im Internet hat man schon vor geraumer Zeit Abhilfe geschaffen und das Domain Name System eingeführt. Dieses ordnet jedem Rechner zusätzlich zu dessen numerischer Adresse einen Namen, den Domain Namen zu. Da solche Namen einfacher zu merken sind, geben Internet-Nutzer diesen ein und gelangen so zum gewünschten Ziel. Und weil jeder Domain Name nur einmal vergeben werden kann und viele Unternehmen die Domain für das Marketing entdeckt haben, ist die Zuteilung nicht ganz unkritisch. Davon können übrigens die Gerichte (nicht nur in Österreich) ein Lied singen: Rechtsstreitigkeiten um Domain Namen füllen nach wie vor unzählige Aktenseiten. Als Beispiele seien nur die Konflikte um „format.at“, „bundesheer.at“, „fpo.at“ oder „graz2003.com“ genannt.

Das Domain Name System zeichnet sich durch eine dezentrale Struktur aus, an deren Spitze die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) steht. Neben der weltweiten Koordination der Domain-Vergabe ist ICANN auch für weitere Kernressourcen des Internet wie IP-Adressen, Internetprotokolle und Root-Server zuständig. Die Vergabe und Verwaltung der länderspezifischen Domains (etwa „.at“ für Österreich) hat ICANN an in den einzelnen Staaten angesiedelte Vergabestellen delegiert.

## Macht im Internet

All das ist wohl bekannt und wenig überraschend. Weitgehend unbekannt ist jedoch, wie die Vergabe der Domain Namen tatsächlich organisiert ist. Welche Institutionen üben hier Macht aus, welche Prozesse bestimmen über die Vergabe dieser so wichtigen Ressource? Mit diesen Fragen ist man schon mitten in der Debatte um die Internet Governance.<sup>1</sup> Internet Governance fügt sich damit in die Reihe vergleichbarer „Governance-Auseinandersetzungen“ ein, deren bekannteste jene um die Macht- und Verantwortungsausübung bei Unternehmen, die berühmt-berüchtigte Corporate Governance ist. Wichtig ist bei all diesen Diskussionen die klare Trennung zwischen Government, also dem Regierungssystem einerseits und Governance andererseits, diesem eigentlich unübersetzbaren Begriff, der am ehesten die Regierungsausübung meint. Viktor Mayer-Schönberger formuliert es in Anlehnung an Manuel Castells so eindrücklich: Es geht eben nicht um Government, um die naive Frage wer regiert, es geht um das wie, eben die Governance.

## Das Internet als Aufmarschgebiet des Terrors?

Wie aktuell diese Thematik gerade im Internet ist, lässt sich trotz des in letzter Zeit etwas lahmen E-Business Motors mit einigen wenigen Beispielen belegen. Nach den Anschlägen des 11. September 2001 – für deren Vorbereitung auch das Internet als Aufmarschgebiet gedient hat – wurde der Ruf nach staatlicher Kontrolle wichtiger Infrastrukturen (und dazu gehört auch der Cyberspace) immer lauter. Die Regierung Bush hat daraufhin ein eigenes Komitee ernannt: *The President's Critical Infrastructure Protection Board*. - Schon die Bezeichnung dieses Gremiums macht klar, wie zumindest die gegenwärtige amerikanische Regierung das Internet sieht: als wesentlichen Teil der lebenswichtigen Infrastruktur, nicht zuletzt für US-Unternehmen, auf dessen virtueller Landkarte Interventionen zum Schutz amerikanischer Interessen genau so möglich sein müssen wie auf der realen. Dieses Komitee hat im September 2002 einen Entwurf für einen nationalen Strategieplan zur Sicherung des Cyberspace vorgelegt. Unter den mehreren Dutzenden Empfehlungen findet sich auch die Idee einer Public-Private Partnership für das Domain Name System, also einer Zusammenarbeit zwischen der Internetwirtschaft und den Regierungen. Dabei wird klar, dass es weniger um „Cyberdemocracy“ sondern mehr um „Cybersecurity“ geht.

## (Re-)Verstaatlichung als Lösung?

Ein weiteres Beispiel für die zunehmenden Konflikte um die Machtausübung über Internetressourcen ist die Neuregelung der Domainverwaltung für die südafrikanische Top-Level-Domain (TLD) „.za“. Allgemein gesprochen ist die rechtliche Konstruktion der nationalen Vergabestellen recht unterschiedlich, jedoch dominiert eine privatwirtschaftliche Organisation. Die österreichische Vergabestelle ist etwa eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die deutsche eine eingetragene Genossenschaft. Bis dato haben sich die Staaten zumindest in diesem Bereich zurückgehalten und auf die

<sup>1</sup> Siehe dazu jüngst Stotter, Internet Governance: Alternative Streit-schlichtung, Regulierungsmodelle (2002).

Selbstregulierung der Internetgemeinde gesetzt. Umso interessanter ist damit die Entwicklung in Südafrika, wo die Befürworter der Neuregelung auf die Notwendigkeit staatlicher Vorgaben hinweisen, um einen „Missbrauch“ mit dem Wirtschaftsgut Domain zu vermeiden. Nach Finnland tendiert damit ein weiteres Land zur „Verstaatlichung“ der Domain-Vergabe. Ist damit die selige Zeit der Selbstregulierung im Internet zu Ende? Kommt nun endgültig der volle Zugriff des Staates?

### ICANN als UNO der Informationsgesellschaft?

Die Debatte rund um Internet Governance kommt somit zur rechten Zeit. Und man tut gut daran, das Thema Internet Governance am Beispiel der ICANN, dem bisherigen Kristallisationspunkt dieser Debatte, aufzurollen; an jener ICANN also, die schon mit so vielen Prädikaten bedacht wurde: Weltregierung des Internet, Vereinte Nationen der Informationsgesellschaft, aber auch Lobby-Organisation der Internetwirtschaft oder Außenstelle des US-Handelsministeriums. Was also ist wahr und wie sollte es wirklich sein?

Zunächst muss mit den idealistischen Vorstellungen der Internet-Frühzeit aufgeräumt werden, dass der Cyberspace ein von der realen Welt und damit von staatlichen Strukturen völlig losgelöster Raum sei. Gerade die ICANN, obwohl als Non-Profit Unternehmen nach kalifornischem Recht gegründet und damit ein nicht-staatlicher Akteur, hängt maßgeblich von den Rahmenbedingungen ab, die ihr von den Staaten geschaffen werden. Wobei Staaten, also der Plural, manchmal etwas übertrieben erscheint, denn eigentlich ist es im Wesentlichen ein Staat – nämlich die Vereinigten Staaten, der die Regeln vorgibt. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass das US-Handelsministerium sich als oberster Kontrollor der ICANN fühlt und diese in einem jährlichen Vertrag quasi mit der Aufgabe „belehnt“. Dieses so genannte „Memorandum of Understanding“ wurde übrigens in den letzten Jahren und am letzten Abdruck für ein weiteres Jahr verlängert – mit einer Reihe von Auflagen, die den zurzeit

laufenden Reformprozess natürlich wesentlich mitbestimmen.

Dennoch ist ICANN ein Beispiel für einen neuen Weg. Im technologischen Bereich war die internationale Telekommunikation ein traditioneller, völkerrechtlicher Regulierungsgegenstand und damit eine Spielwiese der Nationalstaaten. Die Internationale Telekommunikation Union (ITU), eine Spezialorganisation der Vereinten Nationen, wurde von ihren Mitgliedstaaten gegründet, um den neuen Herausforderungen der globalen Kommunikation zu begegnen. Es wäre also durchaus möglich gewesen, der ITU Mitte der neunziger Jahre auch die Oberhoheit über das Domain Name System zu geben. Genau diese ITU hat auf ihrer Generalversammlung in Marrakesh im Oktober 2002 auch sehr deutlich wieder ihre Ansprüche artikuliert, in der Welt der Domains zukünftig mehr mitreden zu wollen. Und ihre Chancen dafür stehen nicht schlecht: Wenn ICANN die laufenden Reformen seiner Organisation nicht erfolgreich abschließt, ist eine völlige Übernahme des Internetmanagements durch die ITU eine nicht unrealistische Option. Doch vorerst ist es noch nicht so weit, gerade auch aufgrund der Haltung der Vereinigten Staaten, die nach wie vor einer völkerrechtlichen Lösung skeptisch gegenüber stehen. Das war auch 1998 schon so und daher wurde mit der Gründung von ICANN zum ersten Mal die Regulierung einer weltweiten Ressource in die Hände eines nicht-staatlichen Akteurs gelegt.

Damit wird auch klar, warum das Beispiel ICANN sich so gut für eine Auseinandersetzung mit Internet Governance eignet. ICANN nimmt die Regulierung von wesentlichen Teilen der technischen Infrastruktur des Internet wahr. Dass es sich dabei nicht um rein technische Fragen handelt, liegt auf der Hand. Die mehr als vierjährige Geschichte von ICANN, die etwa auch das Mandat hat, sich um die Sicherheit und Stabilität des Internet und um den Wettbewerb im Domain-Markt zu kümmern, hat immer wieder gezeigt, dass die technischen Entscheidungen von ICANN politische und wirtschaftliche Implikationen haben. In Übertra-

gung eines berühmten Gedankens von Stanford Professor *Lawrence Lessig* („Code is Law“)<sup>2</sup> auf das Domain Name System wird deutlich, dass technische Entscheidungen in einer hochtechnisierten Welt normative Kraft entfalten können. Weil dem so ist, kommt der Analyse von Entscheidungsabläufen sowie der Rolle diverser Akteure große Bedeutung zu.

### Von ICANN 1.0 zu ICANN 2.0

Am Anfang stand die Gründungsidee von ICANN als einer Organisation, die ihre Aufgaben möglichst autonom und ohne Einmischung der internationalen Staatengemeinschaft wahrnehmen soll. Konsequenterweise erfolgte so auch die Gründung einer privaten Gesellschaft, massiv unterstützt von den Vereinigten Staaten, die damit ihr (damaliges) Konzept verfolgten, dass das Internet selbst verwaltet und reguliert werden müsse – von privaten Institutionen und nicht von staatlichen oder internationalen Behörden. Für die Vereinigten Staaten war und ist dieser Gedanke – wie bereits aufgezeigt – natürlich auch deshalb reizvoll, weil sie ohnehin die faktische Kontrolle ausübt (ICANN hat ihren Sitz in Kalifornien). Die restliche Welt fand die marginale Bedeutung der Staaten innerhalb von ICANN weniger charmant. Regierungsvertreter waren in der bisherigen ICANN, nennen wir sie ICANN 1.0, von einer Wahl zum ICANN Direktorium, als höchstem Organ, ausgeschlossen. Staatenvertreter waren quasi in das Governmental Advisory Committee (unschön mit GAC abgekürzt) „verbannt“ worden, das überhaupt erst auf Druck der EU eingeführt worden war und dem nur beratende Funktion zukommt.

In den letzten beiden Jahren steigerte sich die Unzufriedenheit mit der Struktur von ICANN und damit der Reformdruck: Unter den nationalen Regierungen wuchs der Unmut über ihre marginale Rolle, der innerhalb der EU-Mitgliedstaaten durch die schleppende Einführung der „eu“ Domain noch wesentlich verstärkt wurde. Die Internetwirtschaft beklagte sich über die Rolle von ICANN als De-Facto-Regulierer des Domain-Marktes. Den Internetnutzern

<sup>2</sup> Siehe *Forgó*, (K)eine Rezension von Lawrence Lessig, „Code and other Laws of Cyberspace“, *juridikum* 2001, 204; siehe auch *Lessig*, *Information im Gemeingebrauch*, *juridikum* 2002, 43.

schließlich wurde – sehr zu deren Ärgernis – das im Jahr 2000 eingeführte Recht, Direktoren direkt online zu wählen, wieder abgesprochen. Um dieser Kritik zuvorzukommen, startete ICANN selbst ein großes Reformprojekt, das auf der Tagung des ICANN-Direktoriums im Oktober 2002 zu einem vorläufigen Abschluss gebracht wurde und letztendlich in ICANN 2.0 münden wird. Diese ICANN 2.0 unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von der 1998 gegründeten Organisation.

Kurz gefasst lassen sich die Reformen wie folgt charakterisieren: Die Rolle der nationalen Regierungen wird gestärkt, die der Internetnutzer beschränkt und das Mandat von ICANN auf die Verwaltung der technischen Kernressourcen zurechtgestutzt. Zwar räumt auch das neue *Mission Statement* von ICANN dieser eine politische Funktion ein, sie wird jedoch verpflichtet, sich auf jene Fragen zu beschränken, die unmittelbar mit den technischen Aufgaben im Zusammenhang stehen.

#### Internet Governance im 21. Jahrhundert

Interessanter als die einzelnen Reformmaßnahmen ist natürlich das „Big Picture“. Was bedeutet das alles nun für die Internet Governance im 21. Jahrhundert? Ist damit die Idee der Selbstregulierung gestorben? Versuchen sich die Staaten wieder einzeln als Regulatoren, was angesichts der internationalen Struktur des Netzes ein grundsätzlich sinnloses Unterfangen ist, oder kommt es, überspitzt formuliert zur „Internet-UNO“? Aus der Sicht der Vereinigten Staaten ist mittelfristig kein Abrücken vom Konzept der Selbstregulierung des Internet zu erkennen. Die Anschläge des 11. September haben jedoch dazu geführt, dass die amerikanische Regierung offensichtlich den Platz des Internet in ihrem Kampf gegen den internationalen Terrorismus neu über-

dacht hat. In einem Überlebensreflex hat damals auch ICANN schnell die Zeichen der Zeit erkannt: Die erste ICANN-Tagung nach dem Angriff auf das World Trade Center hat sich dem Thema „Sicherheit im Internet“ gewidmet. Jedenfalls sind die Vereinigten Staaten zu dem Ergebnis gekommen, dass für einige Kernbereiche der Internetverwaltung Regierungen ein zumindest indirektes Mitspracherecht haben sollten. Unter diesem Licht ist die Stärkung der Position der Regierungsvertreter innerhalb von ICANN für die USA offenbar das kleinere Übel.

Grundsätzlich gibt es zu einer reformierten ICANN keine Alternative. Die Idee der in „Splendid Isolation“ ausgeübten Selbstregulierung ist unrealistisch. Wie etwa auch *Stotter*<sup>3</sup> nachweist, war die Realität einer „Governance without Governments“ zu keiner Zeit gegeben. Andererseits ist auch der Rückfall in staatliche, unilaterale Maßnahmen schon aufgrund der Struktur des Internet sinnlos. Letztendlich erweist sich Governance im Internet als komplex und vielschichtig. Das Verharren in Dichotomien zwischen Staat und Privat bringt somit wenig. In der Internet Governance nehmen nicht-staatliche und staatliche Akteure gemeinsam Aufgaben wahr. Ein besonders gutes Beispiel dafür ist die Erstellung eines alternativen Streitschlichtungsmechanismus (die so genannte *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*) für Domain Namen, der – wir erinnern uns an den Anfang – auch die nationalen Gerichte entlasten soll. Dabei wurde eine internationale Organisation, die World Intellectual Property Organization (WIPO) aufgrund ihrer Expertise beauftragt, Empfehlungen abzugeben, wie ICANN die geistigen Eigentumsrechte bei Domains besser schützen kann. Damit haben die Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation eine Fragestellung aufgegeben, bei der diese in

Zusammenarbeit mit anderen internationalen Organisationen, nicht-staatlichen Akteuren und der internationalen Staatengemeinschaft ein Ergebnis erzielt hat, das von den Staaten akzeptiert und von der privaten Organisation ICANN großteils umgesetzt wurde.

Dieses Beispiel weist die Richtung. Bei ICANN wird es so letztlich darum gehen, wie die internationale Staatengemeinschaft in ICANN auch Entscheidungsfunktionen übernehmen kann ohne deren Selbstverständnis als Selbstregulierungsinstitution zu zerstören. Es muss ein ausgewogenes Verhältnis zwischen den Interessen der Staatengemeinschaft und den Anliegen des nicht-staatlichen Akteurs ICANN gefunden werden. ICANN ist damit – wie *Stotter* es bezeichnet – auf dem Weg zu einem „untypischen“ internationalen Regime. Auch dafür gibt es Beispiele in der Geschichte: Bei der Gründung von INTELSAT, der Organisation zur Verwaltung der internationalen Satellitentelekommunikation, beließ man die Managementfunktionen der Organisation in privater Hand, gab jedoch auch der internationalen Staatengemeinschaft ein Repräsentationsorgan, in dem politische Fragen besprochen und entschieden werden können. Dieses Zusammenspiel ist nicht einfach, weshalb auch die Internet Governance, namentlich am Beispiel der ICANN, vor schwierigen wie aufregenden Zeiten steht. Eine solche Vorstellung mag zwar unbequem sein, sie ist jedoch ein schönes Beispiel dafür, dass bei den internationalen Herausforderungen des neuen Jahrhunderts ein schematisches Schwarz-Weiß-Denken selten zum Erfolg führen wird.

Dr. Markus Fallenböck, LL. M.  
(Yale) arbeitet bei *evolaris*  
research lab in Graz;  
markus.fallenboeck@evolaris.net.

<sup>3</sup> Siehe FN 1.

# Österreichische Schule der Nationalökonomie und Europäische Fusionskontrolle

Markus Burgstaller

## 1. Einführung

Letzten Dezember veröffentlichte die Europäische Kommission („Kommission“) Reformvorschläge hinsichtlich des Europäischen Fusionskontrollrechts, insbesondere den „Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen“ („Vorschlag für eine Verordnung“) sowie den „Entwurf einer Mitteilung der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Fusionskontrollverordnung“ („Entwurf einer Mitteilung“).<sup>1</sup>

Dabei wurde von der Kommission ua. thematisiert, ob der zurzeit nach der Fusionskontrollverordnung (FKVO) angewandte „Marktbeherrschungstest“ zugunsten des etwa in den USA verwendeten „Substantial Lessening of Competition Tests“ (SLC-Test) ersetzt werden soll. In diesem Beitrag werden nach einer Darstellung dieser Tests Anwendungsunterschiede erläutert. Sodann werden die wesentlichen zugrundeliegenden wettbewerbspolitischen Konzepte, die „Harvard School“, die „Chicago School“ sowie die „Freiburger Schule“ dargestellt, die mit den Vorstellungen der österreichischen Schule der Nationalökonomie, insbesondere mit denjenigen von Friedrich August von Hayek kontrastiert werden. Schließlich wird angedeutet, wie diese Überlegungen für das Europäische Fusionskontrollrecht fruchtbar gemacht werden könnten.

## 2. Der Marktbeherrschungstest und der SLC-Test

### 2.1. Der Marktbeherrschungstest

Nach Art 2 Abs 3 FKVO sind Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar zu erklären.<sup>2</sup> Ausgangspunkt ist somit die Frage nach dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Mangels einer Legaldefinition einer solchen in der aktuellen Fassung der FKVO folgte die Kommission der Definition des EuGH, wonach eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, „wenn ein Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung besitzt, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirtschaftlichen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich dem Verbraucher gegenüber in einem wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten.“<sup>3</sup>

Laut Kommission lässt sich erhöhte Rechtssicherheit am besten nicht durch Einführung des SLC-Tests, sondern durch eine Präzisierung der FKVO erreichen. Durch Aufnahme eines neuen Art 2 Abs 2 soll der Begriff der Marktbeherrschung geklärt werden. Danach „wird eine beherrschende Stellung

eines oder mehrerer Unternehmen angenommen, wenn sie mit oder ohne Koordinierung ihres Verhaltens über die wirtschaftliche Macht verfügen, spürbar und nachhaltig Einfluss auf die Wettbewerbsparameter, insbesondere auf die Preise, auf die Art, Quantität und Qualität der Produktion, auf den Vertrieb oder die Innovation, zu nehmen oder den Wettbewerb spürbar zu beschränken.“<sup>4</sup>

### 2.2. Der SLC-Test

In Hinblick auf US-amerikanisches Fusionskontrollrecht ist insbesondere Sect. 7A des Clayton Acts, erlassen 1976 als Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act von Bedeutung. Für dessen Durchführung sind sowohl die Federal Trade Commission als auch das Department of Justice zuständig. Beide Einrichtungen haben gemeinsam „Merger Guidelines“ („Guidelines“) erlassen, die den Rahmen für die Anwendung des SLC-Tests skizzieren: Die 1992 Guidelines erklären, dass Zusammenschlüsse nicht zugelassen werden sollten, wenn sie Marktmacht erzeugen, steigern oder deren Ausübung unterstützen. Marktmacht für einen Verkäufer ist die Fähigkeit, Preise Gewinn bringend über Wettbewerbsniveau für eine signifikante Zeitsdauer zu halten.<sup>5</sup>

### 2.3. Unterschiede in der Anwendung der beiden Tests

Die Unterschiede erscheinen ob dieser Definitionen marginal. Grundsätzlich gilt, dass der SLC-Test untersucht, ob der Wettbewerb so weit reduziert wird, dass die Preise auf einem gegebenen Markt steigen oder der Output fällt. Während der SLC-Test den Grad der Wettbewerbsänderung zu messen versucht, versucht der Marktbeherrschungstest „den Rest an Wettbewerb“ zu messen. In der Praxis zeigen sich insbesondere zwei Unterschiede:

Erstens kann nach dem SLC-Test eine Fusion verboten werden, die keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, etwa wenn sich das zweit- und drittgrößte Unternehmen

<sup>1</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/com\\_2002\\_0711\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/com_2002_0711_de.pdf); Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Entwurf einer Mittei-

lung der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Fusionskontrollverordnung, [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final\\_draft\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_de.pdf).

<sup>2</sup> Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. 12. 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusam-

menschlüssen, ABl L 395, 30.12.1989 geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. 06 1997, ABl L 180, 09.07.1997, 1.

<sup>3</sup> So schon EuGH, Hoffmann-La Roche v. Commission, Rs 85/76, Slg 1979, 461.

<sup>4</sup> Kommission, Vorschlag für eine Verordnung, Art 2 Abs 2 neu.

<sup>5</sup> U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission, 1992 Horizontal Merger Guidelines, Para. o.1., <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm#o1> (April 2, 1992).

auf einem Markt zusammenschließen, der Marktanteil des neu gebildeten Unternehmens unter dem des Marktführers liegt, jedoch der Wettbewerb wesentlich vermindert wird. Die Kommission begegnet diesem Problem mit der Figur der „kollektiven Marktbeherrschung“: Im Gegensatz zu einer marktbeherrschenden Stellung eines Einzelunternehmens bedarf es hier auch einer Koordination der Unternehmen. Dann erst ist zu fragen, ob dieses Zusammenwirken marktbeherrschend ist. Erst seit der Leitentscheidung *Nestlé/Perrier* untersucht die Kommission regelmäßig Fälle kollektiver Marktbeherrschung.<sup>6</sup> Da das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung eine bestimmte Marktsituation voraussetzt, ist der Anwendungsbe- reich des Marktbeherrschungstests in diesen Fällen begrenzter als der des SLC-Tests. Dies zeigt sich deutlich in der Entscheidung *Airtours plc./Kommission*.<sup>7</sup>

Zweitens führt das Begründen einer marktbeherrschenden Stellung nach dem SLC-Test in Fällen „fusionspezifischer Effizienzvorteile“ sowie der „failing company defence“ nicht zwingend zu einem Fusionsverbot. Während nach dem SLC-Test Vorteile einer Fusion – etwa Skalenerträge, verbesserte Integration von Produktionsprozessen oder Einsparungen im administrativen Bereich – gegen bestehende Nachteile eingewandt werden können („fusions-spezifische Effizienzvorteile“), hat die Kommission von dieser Möglichkeit bisher nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Im Gegensatz zu den Guidelines enthält die FKVO auch keine spezifische Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit der Übernahme eines Unternehmens, das unmittelbar vor einer Schließung steht, wenn erwartet werden kann, dass die Marktanteile ganz oder zum überwiegenden Teil dem Erwerber zuwachsen. In *Kali+Salz* anerkannte die Kommission bei Vorliegen eng gezogener Voraussetzungen diese „failing company defence“.<sup>8</sup>

Diese Unterschiede sind nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zugrundeliegenden wettbewerbspolitischen Konzepte zu sehen, die nun kurz dargestellt werden.

### 3. Harvard School, Chicago School und Freiburger Schule

#### 3.1. Harvard School

In den USA galt bis etwa Mitte der siebziger Jahre die Harvard School, deren Hauptattribute Marktstruktur, Marktverhalten sowie Marktergebnis sind, als Leitkonzept. Die These ist, dass die Struktur eines Marktes das Verhalten der Marktteilnehmer zu einem gewissen Grad beeinflusst und damit auch das Ergebnis der Marktteilnehmer auf diesem Markt (so genanntes „Struktur-Verhaltens-Ergebnis Paradigma“). Umgekehrt kann das Ergebnis eines Marktteilnehmers seine zukünftige Marktposition beeinflussen. Zwischen diesen Hauptattributen sowie anderen Parametern des Modells sind mehr oder wenige komplexe Beziehungen festzustellen: Struktur und Verhalten sind zumindest teilweise durch Nachfragebedingungen und Technologie beeinflusst. Wie erwähnt, wird das Verhalten von der Struktur des Marktes beeinflusst, doch auch von der Strategie der Marktteilnehmer. Auch das Ergebnis wirkt seinerseits auf Technologie und Struktur zurück. Schließlich wird die Marktstruktur auch von der Profitabilität – einem Maßstab für die Attraktivität eines Markteintritts – beeinflusst.

Das wettbewerbspolitische Ziel – Effizienz bzw. Pareto-Optimalität – wird idealerweise durch eine polypolitische Marktform erreicht.<sup>9</sup> Die Evaluierung des Ergebnisses bildet den Ausgangspunkt für eine Rechtfertigung staatlicher Intervention in private Märkte. Verkürzt ausgedrückt bedingt das Funktionieren des Konzeptes der Harvard School staatliche Interventionen, was sich in einer strengen Prüfung von Fusionen niederschlägt. Denn wenn bestimmte Ergebnisse pareto-suboptimal sind, gibt es zwei Ansatzpunkte, um Ergebnisse effizient zu machen: entweder man ändert die Marktstruktur oder man gibt den Marktteilnehmern gewisse Verhaltensweisen vor. Das Struktur-Verhaltens-Ergebnis Paradigma war und ist in zahlreichen europäischen Rechtsordnungen einflussreich.

#### 3.2. Chicago School

Die Chicago School bezweifelt den empirischen Ansatz des Struktur-Verhal-

tens-Ergebnis Paradigmas. Sie versucht zu zeigen, dass kein Zusammenhang von hoher Marktkonzentration und hohen Gewinnmargen besteht. In Anlehnung an neoklassische ökonomische Theorie versteht sie Marktprozesse als freies Spiel von Angebot und Nachfrage, in welchem staatlicher Einfluss so weit wie möglich zurückgedrängt werden und der Staat nur minimale rechtliche Rahmenbedingungen gewährleisten soll. Das wettbewerbspolitische Ziel – die Maximierung des Gemeinwohls von Endverbrauchern – wird von zwei ökonomischen Effizienzen bestimmt: der Allokationseffizienz, dies ist das makroökonomische Optimum der Allokation von Ressourcen und der Produktionseffizienz, dies ist der effiziente Gebrauch von Ressourcen in einem Unternehmen. Marktkonzentration ist weniger ein Grund für Allokationsineffizienz und somit für wenig Wettbewerb als vielmehr Folge ökonomischer Effizienz.

Während nach der Harvard School Zusammenschlüsse zu einer größeren Marktmacht führen, sind nach der Chicago School größere Firmen schlechthin effizienter als kleinere und verursachen keine Marktmissbräuche. Danach wählen Marktmechanismen die bestmögliche Form einer Marktorganisation der jeweiligen Industrie, und der Grad an Marktkonzentration spiegelt die effizienteste Form der Marktorganisation wider.

#### 3.3. Die Freiburger Schule: Grundlage des Europäischen Fusionskontrollrechts

Nach der Freiburger Schule ist Wettbewerb die Grundlage für wirtschaftliche Stabilität. Dieser bedarf jedoch eines staatlichen Rahmens. Das Ziel einer Wettbewerbspolitik ist es, Wettbewerb (vollkommene Konkurrenz – eine Situation, in der eine Vielzahl von Anbietern einer Vielzahl von Nachfragern gegenübersteht und die Macht des Einzelnen so gering ist, dass seine Entscheidungen ohne Einfluss auf den sich ergebenden Preis bleiben) zu ermöglichen und, falls dieser gestört ist, wiederherzustellen: Die Herstellung eines funktionsfähigen Preissystems vollständiger Konkurrenz wird zum wesentlichen Kriterium jeder wirtschafts-

<sup>6</sup> *Nestlé/Perrier*, ABl L 356 (1992).  
<sup>7</sup> EuGH, *Airtours plc./Kommission*, Rs T-342/99, Slg 2002, 62.

<sup>8</sup> *Kali+Salz/MdK/Treuhand*, ABl L 186/38 (1994) Rn 71 f.

<sup>9</sup> Pareto-Optimalität ist ein Zustand, in dem es nicht mehr möglich ist, den Nutzen eines Individuums zu erhö-

hen, ohne den Nutzen eines anderen Individuums zu reduzieren. Dieser Zustand wird auch effizient genannt.



politischen Maßnahme gemacht.<sup>10</sup> Insbesondere gilt es, Monopole zu vermeiden und gegebenenfalls Kontrolle über deren Ausübung zu gewährleisten: „Aber in der Wettbewerbsordnung wird es darüber hinaus Monopole geben, die *nicht* ihrer Aufrechterhaltung dienen, die sie vielmehr stören und gefährden. [. . .] Die Monopolaufsicht sollte also einem staatlichen Monopolaufsichtsamt übertragen werden. [. . .] Das Monopolamt hat die Aufgabe, Monopole so weit wie möglich aufzulösen und diejenigen, die sich nicht auflösen lassen, zu beaufsichtigen.“<sup>11</sup>

Der Ordoliberalismus der Freiburger Schule gilt als Grundlage für die Wettbewerbspolitik der „sozialen Marktwirtschaft“ der Nachkriegs-BRD. Denn wirtschaftspolitisch stellt das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) „eine der wichtigsten Grundlagen zur Förderung und Erhaltung der Marktwirtschaft dar. Es soll die Freiheit des Wettbewerbs sicherstellen und wirtschaftliche Macht da beseitigen, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und die ihm innewohnenden Tendenzen zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung der Verbraucher in Frage stellt“.<sup>12</sup> Diese Grundzüge fanden nach Hinwirken durch die BRD auch Eingang in den EGV und danach in das Europäische Fusionskontrollrecht. Doch ist das Konzept kein analytisches Modell, weshalb in weiterer Folge Bedarf nach einem neuen wettbewerbspolitischen Rahmenkonzept entstand, der zur Herausbildung einer „European School“ geführt hat.<sup>13</sup>

#### 4. Österreichische Schule der Nationalökonomie

Der Ansatz der österreichischen Schule der Nationalökonomie ist von demjenigen der Chicago School verschieden, doch die Auswirkungen sind bisweilen ident. Die elementare Einsicht des Begründers der Österreichischen Schule, Carl Menger, in seinen *Grundsätzen der Volkswirtschaftslehre* von 1871 ist, dass „Dinge“ an sich wertlos sind und sich deren Wert nur durch die individuelle und subjektive Erkenntnis des Kausal-

zusammenhangs zwischen dem „Ding“ und dessen Fähigkeit, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen, bestimmt. Die daraus erfließende dynamische Theorie spontaner Ordnungen zeichnet sich durch einen konsequenten methodologischen Individualismus und Subjektivismus aus. Der von der Chicago School unterschiedene Ansatz wird deutlich bei Hayek, nach dem der Versuch, die Wohlfahrt der Gesellschaft zu maximieren, verfehlt ist. Nach Hayek gibt es keinen sozialen Maximalmanden, da Nutzen subjektiv und nicht aggregierbar ist. Damit ist jeder Versuch, die Wirtschaft auf die Erreichung bestimmter Ergebnisse hinlenken zu wollen, verfehlt.

Hayek unterscheidet die „spontane“ oder „polyzentrische Ordnung“ von der „geplanten Ordnung“ oder „Organisation“: „Eine Ordnung, die erzielt wird, indem die Teile nach einem vorgefassten Plan in Beziehung zueinander gebracht werden, nennen wir im sozialen Gebiet eine *Organisation*. [. . .] Aber es ist nicht die einzige Art von Ordnung, auf der das Wirken der Gesellschaft beruht, und es kann auch nicht die ganze Ordnung der Gesellschaft auf diese Weise hergestellt werden. [. . .] Diese Art von Ordnung [. . .] wird nicht von irgendjemand gemacht, sondern sie bildet sich. Deswegen wird sie gewöhnlich als ‚spontane‘ oder auch [. . .] ‚polyzentrische‘ Ordnung bezeichnet.“<sup>14</sup> Konstituierendes Element spontaner Ordnungen ist das Handeln nach Regeln. Deren wichtigster Teil sind die Regeln gerechten Verhaltens: „Das Recht besteht aus zweckunabhängigen Regeln, die das Verhalten der Einzelnen zueinander leiten, zur Anwendung auf eine unbekannt Anzahl weiterer Fälle bestimmt sind und durch die Abgrenzung eines geschützten Bereichs für jeden die Entstehung einer Ordnung der Handlungen ermöglicht, in der die Individuen durchführbare Pläne machen können.“<sup>15</sup> Spontane Ordnungen sind geplanten hinsichtlich der Informationsverarbeitungskapazität und des erreichbaren Komplexitätsgrad überlegen: „Ihre Anwendung [der spontanen Ordnung, M. B.] erweitert

also in einem Sinn unsere Macht, indem sie uns gestattet, sehr komplexe Ordnungen hervorzubringen, die wir nie hervorbringen könnten, indem wir die Einzelteile an ihren Platz setzen. Unsere Macht über die Einzelheiten der Anordnung der Elemente aber ist in einer solchen Ordnung viel begrenzter als im Falle einer Ordnung, die wir durch Anordnung der einzelnen Teile hervorbringen.“<sup>16</sup>

Freie Marktwirtschaft ist die einzig mögliche Koordinationsform, um technischen Fortschritt und Wohlstand zu erzielen, dh Bedingungen zu schaffen, damit unterschiedlich veranlagte Individuen ihre unterschiedlichen Ziele in größtmöglichem Umfang erfüllen können. Eine marktwirtschaftliche Ordnung verwertet das dezentral verstreute Wissen der Individuen vergleichsweise gut, weil die Individuen frei planen und entscheiden können. Eine solche Ordnung ist einer geplanten Ordnung auch moralisch vorzuziehen, denn nur im Rahmen jener kann persönliche Freiheit verwirklicht werden. Dieses Argument wird bisweilen übersehen: Es geht Hayek nicht nur darum, dass durch Interventionen die Informationsverarbeitungskapazität eingeschränkt und der Komplexitätsgrad verringert wird, sondern dass auch die Freiheit des Einzelnen beschränkt wird. Für die Wettbewerbspolitik bedeutet dies, dass selbst wenn demokratisch gewählte Regierungen direkt in die Marktergebnisse eingreifen, um Distributions- bzw Gerechtigkeitsziele zu verwirklichen, dies zwangsläufig zu Interventionsspiralen führt, da aufgrund der Interdependenz der Teilmärkte weitere unerwünschte Ergebnisse als nicht intendiertes Resultat die Folge sind. Damit wird die Wissensgenerierung zusehends eingeschränkt.<sup>17</sup> Es gilt daher, auf interventionistische und ergebnisorientierte Eingriffe weitgehend zu verzichten. So ist auch eine Fusion, solange sie den möglichen Markteintritt anderer nicht verhindert (hat), als eine unternehmerische Handlung zu verstehen. Ein Verhindern einer derartigen Fusion macht es unmöglich, dass marktwirtschaftlicher Wett-

<sup>10</sup> Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik<sup>6</sup> (1990) 254.

<sup>11</sup> Eucken, Grundsätze 291 ff.

<sup>12</sup> Immenga/Mestmäcker, GWB-Kommentar zum Kartellgesetz<sup>3</sup> (2001) 38.

<sup>13</sup> Dazu Hildebrand, The European School in EC Competition Law, 25 World Competition (2002) 1 ff.

<sup>14</sup> Hayek, Arten der Ordnung in: Streit (Hrsg), F. A. v. Hayek: Rechtsordnung und Handelsordnung –

Aufsätze zur Ordnungsökonomik (2003) 17 ff.

<sup>15</sup> Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Band 1: Regeln und Ordnung (1980) 121.

<sup>16</sup> Hayek, Arten 18.

<sup>17</sup> Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Band 3: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen (1981) 137 ff.

bewerb die bestmögliche Unternehmensgröße *entdeckt* und somit bei gegebenem Produktionsniveau die niedrigsten Kosten verursacht.

Hayek sieht Wettbewerb als ein Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen, „die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden würden“.<sup>18</sup> Aus dieser Feststellung leitet er zwei Folgerungen ab: „Die erste ist, dass Wettbewerb *nur* deshalb und insoweit wichtig ist, als seine Ergebnisse unvorhersagbar und im Ganzen verschieden von jenen sind, die irgend jemand bewusst hätte anstreben können sowie auch, dass sich seine wohltätige Wirkung darin zeigen muss, dass er gewisse Absichten vereitelt und gewisse Erwartungen enttäuscht.“ Die zweite ist, „dass die Gültigkeit der Theorie des Wettbewerbs *für jene Fälle, in denen sie interessant ist*, nie empirisch nachgeprüft werden kann. [...] Was sich empirisch nachprüfen lässt, ist nicht mehr, als dass Gesellschaften, die sich zu solchem Zweck des Wettbewerbs bedienen, dieses Ergebnis in höherem Maße verwirklichen als andere – eine Frage, die mir die Geschichte der Zivilisation nachdrücklich zu bejahen scheint.“<sup>19</sup>

Die daraus resultierende Zurückhaltung wettbewerbspolitischer Eingriffe hat zur Folge, dass nach Hayek selbst dann, wenn ein einziges Unternehmen einen Markt dominiert, dieser wettbewerbsfähig ist, solange ein Markteintritt von Wettbewerbern möglich ist oder Wettbewerb durch Substitution „droht“. Denn Monopole sind nicht *per se* bedenklich, sondern Teil einer dynamischen Wirtschaft. So kommen etwa Unternehmen, die neue Güter oder Dienstleistungen anbieten, beinahe unausweichlich in den Genuss einer Monopolisten-Stellung (so genannter *first-mover-advantage*). Monopole sind erst dann problematisch, wenn sie es vermögen, ihre Monopolstellung zu schützen und zu erhalten, nachdem der ursprüngliche Grad ihrer Überlegenheit verschwunden ist. Dies wiederum kann entweder durch rechtliche Normen oder direkte Maßnahmen, potentielle

Konkurrenten vom Markteintritt abzuhalten, erfolgen. Als Richtlinie für die Wettbewerbspolitik bedeutet dies einerseits Marktzutrittschranken hintanzuhalten und andererseits Sanktionen gegen Diskriminierung und Kartellabsprachen vorzusehen: Hayek schlägt vor, den Benachteiligten einer derartigen unerwünschten Diskriminierung sowie von Kartellabsprachen die Möglichkeit zu geben, eine Schadenersatzklage gegen den Diskriminierer anzustrengen. Er lehnt jedoch eine Regel ab, derzufolge alle Nachfrager zu gleichen Bedingungen beliefert werden müssten, da es auch Fälle gäbe, in denen eine Diskriminierung wünschenswert sei. Etwa im Falle natürlicher Monopole, in denen die zahlungswilligsten Nachfrager einen großen Teil der Fixkosten tragen und weniger zahlungswillige Nachfrager dadurch in den Genuss niedriger Preise kommen könnten.<sup>20</sup>

## 5. Kritik

Diese Unterscheidung zwischen erwünschter und unerwünschter Diskriminierung hätte zur Folge, dass Gerichte im Zuge eines Schadenersatzprozesses entscheiden müssten, ob ein natürliches Monopol vorliegt oder nicht. Eine solche Prüfung dürfte jedoch mit erheblicher Unsicherheit verbunden sein. Schwerwiegender ist jedoch der Einwand, dass aufgrund einer subjektivistischen Sichtweise schon die Feststellung einer Diskriminierung vor – wie es scheint unüberwindbaren – Hindernissen steht: Denn eine subjektivistische Sichtweise kann auch für zwei formal identische Güter keinen Maßstab für einen richtigen Preis haben. Die Sanktionierung einer Diskriminierung ist demzufolge mit einer konsequent subjektivistischen Sichtweise inkompatibel.

Doch generell ist der Beobachtung, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs dadurch gesichert werden kann, dass man diskretionäre Eingriffe, die die Absicht verfolgen, erwünschte Ergebnisse herbeizuführen, möglichst unterbinden soll, beizupflichten. Fraglich ist, ob nicht die Hayek'sche Auffassung (zu) strikt genommen in eine Tau-

nologie mündet. Und zwar dann, wenn die Theorie des Wettbewerbs lediglich vorherzusagen imstande wäre, der Wettbewerb entdecke das, was er entdecke.

Für das europäische Fusionskontrollrecht können die Konzepte Hayeks neben einer allgemeinen Zurückhaltung insofern fruchtbar gemacht werden, als dass der Schwerpunkt auf die Markteintrittsanalyse gelegt wird. Gemäß des *Formblattes CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses* sind mehrere Faktoren, die den Markteintritt beeinflussen, zu berücksichtigen: etwa die Gesamtkosten für den Markteintritt gemessen an einem konkurrenzfähigen Wettbewerber, rechtliche oder behördliche Eintrittsschranken, oder Beschränkungen aufgrund des Vorhandenseins von Patenten, Know-how und anderen Schutzrechten.<sup>21</sup> Diese Markteintrittsanalyse sollte in dem Maße verstärkt herangezogen werden, wie eine additive Marktanteilsberechnung in den Hintergrund tritt.

Für Fälle kollektiver Marktbeherrschung sieht der Vorschlag für eine Verordnung vor, dass Situationen erfasst sein sollten, in denen ein *oder mehrere* Unternehmen nach der Fusion über eine marktbeherrschende Stellung verfügen.<sup>22</sup> Diese Klarstellung ist insofern zu begrüßen, als sie Fälle umfasst, die potentiellen Wettbewerbern einen Markteintritt unmöglich macht. Das Konzept fusionspezifischer Effizienzvorteile impliziert einen komparativ-statischen Ansatz. Effizienz ist jedoch die Fähigkeit eines Unternehmens, sich zukünftigen Marktbedingungen anzupassen und Probleme zu lösen. Wettbewerb ist besser als dynamischer und evolutionärer Prozess zu sehen. Eine Wettbewerbspolitik, die konkrete Ergebnisse fordert, führt zu willkürlichen Entscheidungen. Der Wettbewerb verliert damit seine Funktion als Entdeckungsverfahren.

*MMag. Dr. Markus Burgstaller,  
LL. M. ist Referent für europäische  
und internationale Angelegenheiten  
im Bundeskanzleramt Wien.*

<sup>18</sup> Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in: *Streit (Hrsg)*, F. A. v. Hayek: Rechtsordnung und Handlungsordnung – Aufsätze zur Ordnungsökonomik (2003) 132 ff.

<sup>19</sup> Hayek, Der Wettbewerb 133.

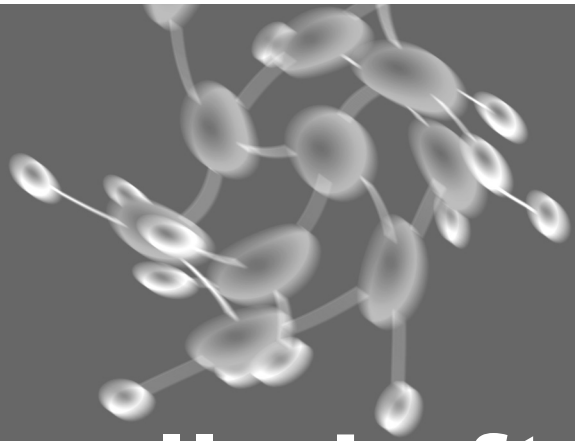
<sup>20</sup> Hayek, Recht Band 3 119.

<sup>21</sup> Siehe Abschnitt 8 Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäß der Verordnung

(EWG) Nr 4064/89 des Rates, ABI L 61, 02.02.1998, wonach der Zeitrahmen, innerhalb dessen ein zu berücksichtigender „wesentlicher“ Markteintritt erfolgt ist, fünf Jahre ist.

<sup>22</sup> Vorschlag für eine Verordnung, *supra* Fn. 1 Erwägungsgrund 21.

# Non-profit und Zivilgesellschaft



## Nonprofit-Organisationen und der Staat Eine langjährige Liaison wird brüchig

Ruth Simsa

### 1. Was sind NPOs?

NPOs nennt man all jene privaten, nicht gewinnorientierten Organisationen, die weder dem Markt noch dem Staat zugeordnet werden, und die damit eine institutionelle Form – den so genannten dritten Sektor – bilden.

Dieser Sektor ist höchst heterogen, er umfasst neben großen, traditionsreichen Hilfsorganisationen, die teilweise weltweit operieren, auch eine Vielzahl an lokalen Initiativen zB der Betreuung von Obdachlosen, von Langzeitarbeitslosen oder von Behinderten. Neben sozialen Dienstleistungsorganisationen wie Alten- und Pflegeheimen und mobilen Diensten der Altenbetreuung finden sich hier auch politische Organisationen wie Kammern, Verbände und Gewerkschaften, politische Parteien, Umweltschutz- oder Menschenrechtsorganisationen, sowie gemeinnützige kulturelle oder soziale Stiftungen, die Kirche, Autofahrerclubs, Genossenschaften, Selbsthilfe- oder Heimatvereine, aber auch elitäre Golfclubs und „gewöhnliche“ Sportvereine – um nur einige nicht gewinnorientierte Organisationstypen zu nennen. Manche davon, wie etwa das Rote Kreuz, Greenpeace, amnesty international, die Caritas, die freiwilligen Feuerwehren oder die politischen Parteien sind weithin bekannte Teile des öffentlichen Lebens, andere wiederum agieren in sehr lokalen Umfeldern mit geringem Bekanntheitsgrad.

Der NPO-Sektor zeichnet sich somit durch markante Unterschiede seiner Organisationen in Größe, Tätigkeitsbereichen und Zielsetzungen, regionaler Reichweite, der sozialen und politischen Verankerung und dem Formalisierungsgrad

aus. Diese machen eine Zusammenfassung dieser Organisationen unter einen eindeutigen Begriff schwierig – das Feld selbst, so scheint es, sperrt sich gegen definitorische und begriffliche Eingrenzungen und Festlegungen.

Neben einem Mindestmaß an formaler Organisation, dem Verbot der Gewinnausschüttung und privater Trägerschaft sind diese Organisationen der gängigsten Definition nach durch ein Minimum an Selbstverwaltung im juristischen Sinn sowie ein Mindestmaß an Freiwilligkeit, das sich in unbezahlter Arbeit, Spenden oder freiwilliger Mitgliedschaft ausdrücken kann, gekennzeichnet<sup>1</sup>. In Bezug auf die Erzielung von Gewinnen gibt es oft Unklarheit. Es dürfen natürlich auch in NPOs Gewinne erzielt werden, diese dürfen aber nicht ausgeschüttet werden, sondern müssen ausschließlich für den Organisationszweck, die Mission, eingesetzt werden. Umgekehrt wird eine prinzipiell gewinnorientierte Organisation nicht dadurch zur NPO, weil sie über längere Zeit hin keine Gewinne erwirtschaftet.

### 2. Wirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung von NPOs

NPOs haben unzweifelhaft eine hohe gesellschaftliche Bedeutung, sie erbringen wesentliche, nicht mehr wegzudenkende soziale, kulturelle und politische Leistungen. Gleichzeitig ist das Wissen über sie zT gering, ein hoher Teil ihrer Arbeit wird quasi im Verborgenen getan.

NPOs stellen insgesamt eine Wachstumsbranche dar, sowohl ihre Anzahl als auch das ökonomische Gewicht des Sek-

<sup>1</sup> Vgl. Badelt (Hrsg.), Handbuch der Nonprofit Organisation<sup>3</sup> (2002).

tors nehmen stetig zu<sup>2</sup>, was sich durch einige Zahlen verdeutlichen lässt: In ca 100.000 Organisationen des Sektors sind mit ca 200.000 Personen mehr als 6% der österreichischen Arbeitnehmer beschäftigt, zudem sind mehr als 900.000 Ehrenamtliche hier tätig. Entsprechend einer neueren Untersuchung war, wenn man deren informelle Arbeit (zB Nachbarschaftshilfe) und formelle Arbeit (im Rahmen von Organisationen) zusammen nimmt, im Jahr 2000 mehr als die Hälfte aller über 15-jährigen ÖsterreicherInnen ehrenamtlich tätig, 62% davon in NPOs<sup>3</sup>.

Der Sektor ist in allen Industrieländern ein wesentlich größerer Wirtschaftsfaktor als bisher allgemein angenommen und er trägt zudem mehr zum Beschäftigungswachstum bei als die meisten anderen Wirtschaftsbereiche. Dies gilt va für Westeuropa, wo für Deutschland, Frankreich, die Niederlande und Großbritannien vergleichbare Longitudinaldaten vorliegen; hier betrug der Anteil des NPO-Sektors am Wachstum der Gesamtbeschäftigung zwischen 1990 und 1995 20%<sup>4</sup>.

Gemessen an der Beschäftigung haben in Westeuropa neben Erziehung und Bildung (28%), Gesundheit (22%), Soziales (27%) und der Freizeit- und Kulturbereich (10%) innerhalb des NPO-Sektors die höchste Bedeutung. In Österreich stellen soziale Dienste (64%) den größten Anteil, der Gesundheitsbereich liegt bei 11,6%, gefolgt von Erziehung und Bildung mit 8,9%.

Beispielhaft die Marktanteile von NPOs in verschiedenen Tätigkeitsbereichen in Österreich:

In der Vorschulerziehung beträgt der NPO-Anteil knapp ein Viertel, noch bedeutender ist er im Bereich des Gesundheitswesens und der Altenbetreuung. So werden ca 20% aller Krankenanstalten als NPOs geführt, im Bereich der Senioren- und Pflegeheime liegt der NPO-Anteil zwischen 26 und 45%. Mehr als 90% der ambulanten sozialen Dienste (Heimhilfe, Hauskrankenpflege, Essen auf Rädern . . .) werden von NPOs angeboten. Über 60% aller Museen sowie Theatersäle sind NPOs. 99% aller LeserInnen in Bibliotheken leihen ihre Bücher in NPOs aus, weiters sind mehr als 90% der Feuerwehreinsetzungstellen, 70% der Einrichtungen zur Erwachsenenbildung, 100% der Tierschutzorganisationen und über 95% der internationalen Entwicklungsorganisationen NPOs<sup>5</sup>.

Politische Organisationen wie Menschenrechts- oder Umweltschutzorganisationen machen zwar insgesamt nur einen sehr kleinen Anteil aus, weisen aber hohe Wachstumsraten auf und verfügen über oft große Budgets. Jene der größten Umweltschutzorganisationen übersteigen die meisten national-staatlichen Umweltbudgets ebenso wie das des UN-Environmental Program<sup>6</sup>.

Auch in gesellschaftspolitischen Vorstellungen wächst die Bedeutung von NPOs. Konzepte der Zivilgesellschaft, der Bürgergesellschaft und der global governance, welche derzeit an Bedeutung gewinnen, betonen allesamt die notwendigen gesellschaftspolitischen Beiträge von NPOs. Ein Hintergrund für die gegenwärtige „Entdeckung“ aktiver Bürger sind gesellschaftliche Entwicklungen wie verstärkte interna-

tionale Vernetzung, die Entgrenzung von Märkten, sowie die Hartnäckigkeit sozialer und ökologischer Problemlagen.

Aufgrund des wachsenden Missverhältnisses von territorial begrenzter Politik und global operierenden Märkten wächst der Einfluss der räumlich vergleichsweise wenig gebundenen Wirtschaft auf Kosten der staatlich-repräsentativen Politik. Die Gesellschaft wird mit einer Verschiebung der Machtbalance zu Lasten der Politik konfrontiert. Die gängige Antwort darauf ist eine Kombination von Liberalisierungsprozessen (in Bezug auf Sozial-, Umwelt- oder Strukturpolitik) und gleichzeitiger massiver staatlicher ökonomischer Interventionsstrategien.

### 3. Beziehung von NPOs zum Staat<sup>7</sup>

#### 3.1. Vorbemerkung: ‚Die‘ Beziehung gibt es nicht.

Vorausschickend müssen die Grenzen dieses Artikels genannt werden: ‚Die‘ Beziehung zwischen NPOs in Österreich und dem öffentlichen Sektor gibt es eigentlich nicht. Zum einen ist der österreichische NPO-Sektor dafür viel zu heterogen, sodass generelle Aussagen mit der Realität einzelner NPOs nicht immer übereinstimmen. Sie stellen vielmehr Tendenzen dar, von dem einzelne Institutionen mehr oder weniger stark abweichen.

Zum anderen handelt es sich auch bei ‚dem Staat‘ um eine Vielzahl von verschiedensten Institutionen, die jede für sich in spezifischer Beziehung zu NPOs stehen. Zum öffentlichen Sektor gehören nationale, regionale und lokale Institutionen, aber auch weitere Träger (zB Gemeindeverbände, Sozialhilfeverbände, Parafisci etc). Auch supranationale EU-Organen sind Teil des öffentlichen Sektors. So tritt ‚der Staat‘ NPOs gegenüber als Gesetzgeber und Regulator auf, viele öffentliche Institutionen finanzieren die von den NPOs angebotenen Leistungen, andere (bzw oft auch dieselben) kontrollieren die Arbeit von NPOs, zB im Bereich der Qualität der Leistungen, wieder andere weisen keine Kontakte zu NPOs auf<sup>8</sup>. Beispielsweise haben viele kleinere NPOs im Sozialbereich kaum Kontakte zur nationalen Regierung, aber sehr intensive Kontakte zu lokalen Ämtern in vielen Regionen. Dies hängt ua mit der Bedeutung des Föderalismus zusammen, welcher ein wesentlicher Motor für die Entwicklung des dritten Sektors in Österreich war. Der entscheidende Aspekt eines föderalistischen Systems liegt darin, dass über eine Dezentralisierung hinaus in Bezug auf verschiedene öffentliche Funktionen auch die politische Willensbildung auf verschiedenen Ebenen des öffentlichen Sektors erfolgt<sup>9</sup>.

Resultat dieses komplexen Beziehungsgeflechts zwischen NPOs und ‚dem Staat‘ ist ein Nebeneinander von wenig bis viel Kontakt zwischen den Sektoren, von Abhängigkeiten und Unabhängigkeiten, von kooperativem Verhalten und Konkurrenz, von harmonischen und konfliktären Beziehungen zueinander. Eine umfassende Analyse der Beziehungen zwischen ‚dem Staat‘ und NPOs muss damit die Beziehungen zu allen öffentlichen Institutionen berücksichtigen. Ein und dieselbe

<sup>2</sup> Badelt, Handbuch.

<sup>3</sup> Badelt/Hollerweger, Das Volumen ehrenamtlicher Arbeit in Österreich. Working Paper No 6. Vienna: Abteilung für Sozialpolitik (2001).

<sup>4</sup> Salamon/Anheier, The Emerging Sector Revisited. Baltimore: project report (1999).

<sup>5</sup> Simsa/Hollerweger/Enzberger/Horinek/Nachbagauer, Projektbericht der Studie ArtWorks (Equal) (2003) noch unveröffentlicht.

<sup>6</sup> Wapner, Environmental activism and world civi politics (1996).

<sup>7</sup> Die folgenden Abschnitte basieren über weite Strecken auf bislang unveröffentlichten Beiträgen von Karin Heitzmann zum Projekt des NPO-Institutes: Nonprofit Organisationen im Sozialen Dienstleistungsbereich – Bedeutung, Rahmenbedingungen, Perspektiven.

<sup>8</sup> Vgl dazu auch Küberl, Das Spannungsfeld zwischen Mission und Ökonomie – ein für NPOs (un)lösbares Spannungsfeld? in Schauer/Purtschert/Witt (Hrsg), Nonprofit Organisationen und gesellschaftliche Entwicklung: Spannungsfeld zwischen Mission und Ökonomie (2002) 381–398.

<sup>9</sup> Vgl Nowonty, Das Wirtschaftssystem Österreichs, in: Neck/Nowonty/Winckler (Hrsg), Grundzüge der Wirtschaftspolitik Österreichs (2001) 1–44.

Organisation kann in ihren unterschiedlichen Funktionen und Aufgabenbereichen einerseits in Kooperation mit öffentlichen, andererseits aber auch kompetitiv zu Leistungen des öffentlichen Sektors sein. Im Folgenden kann daher nur eine grobe, verallgemeinernde Bestandsaufnahme gemacht werden, die nicht sämtliche Aspekte von Beziehungsmustern bzw nicht die konkrete Situation jeder NPO treffen muss.

3.2. *Korporatistische Tradition: Enge Verflechtungen von NPOs und öffentlicher Hand*

Die Entwicklung von NPOs in Österreich stand aufgrund der korporatistischen Tradition lange Zeit in engem Zusammenhang mit wohlfahrtsstaatlichen Entwicklungen und damit in Relation zum öffentlichen Sektor. Tatsächlich bestehen in Österreich enge Verflechtungen zwischen dem Staat und einem großen Teil der NPOs. Insbesondere soziale Organisationen finden sich oft im Nahebereich staatlicher oder kommunaler Verwaltungen. Der Staat bzw die Kommunen übernehmen nicht nur zu beträchtlichen Teilen die Finanzierung dieser NPOs. Die mehr oder minder enge Bindung verwaltungsnaher Organisationen mit dem Staat bzw den Kommunen kommt auch in vielen personellen und organisatorischen Verflechtungen zum Ausdruck, was sich vielfach in parteipolitischen Naheverhältnissen und Zurechnungen manifestiert.

Daten über die Finanzierung von NPOs verdeutlichen sowohl eine hohe Abhängigkeit von öffentlichen Geldern als auch die Tatsache, dass NPOs über weite Strecken unter Marktverhältnissen agieren. In den meisten westeuropäischen Ländern dominieren öffentliche Finanzierungen. Während diese in Irland, Belgien, Deutschland und Israel mit Anteilen zwischen 64% und 77% besonders hoch liegen, machen sie in Österreich mit 50% im Verhältnis zum Anteil der Markteinnahmen von 44% und privaten Spenden von 6% einen zwar etwas geringeren, aber immer noch dominierenden Anteil an der Gesamtfinanzierung des Sektors aus. Insgesamt kann damit die Charakterisierung von NPOs als Bereich jenseits von Markt und Staat nur bedingt geteilt werden. Insbesondere jene liberalen Konzepte der Zivilgesellschaft, welche den Sektor als Ersatz staatlicher Politik sehen, verkennen dessen ökonomische Abhängigkeit.

3.3. *Entwicklungsperspektiven: Veränderungen in der Beziehung von Staat und NPOs in Österreich*

Gegenwärtig sind von Seiten der öffentlichen Hand sowohl in finanzieller Hinsicht als auch in Bezug auf die politische Bewertung des NPO-Sektors deutliche Veränderungen beobachtbar, die Konsequenzen für NPOs haben. Wir stehen vor der paradoxen Situation, dass NPOs hohe Bedeutung zugesprochen wird und sie gleichzeitig massiven Schwierigkeiten bis zur Existenzbedrohung gegenüber stehen.

3.3.1. *Politische Wertung und „Beziehungsgestaltung“:*

In Zusammenhang mit der Krise des Wohlfahrtsstaates in den 80er Jahren veränderte sich die Rolle des NPO-Sektors. Va in Zusammenhang mit der Kürzung staatlicher Sozialausgaben wurde die subsidiäre Rolle von NPOs aufgewertet.

Darüber hinaus werden NPOs auch zunehmend als politische Akteure wahrgenommen, die wertvolle Beiträge zu Demokratisierung, gesellschaftlicher Veränderung und Integration leisten sollen<sup>10</sup>. So betonen etwa jüngst Politiker auch in Österreich die Vorteile einer aktiven Zivilgesellschaft und ehrenamtlichen Engagements<sup>11</sup>.

Ein Symptom dafür ist die zunehmende Auslagerung öffentlicher Agenden an weitgehend staatlich finanzierte NPOs. Unter dem expliziten Ziel der Effizienzsteigerung werden dabei latente Funktionen wie die Umgehung öffentlich-dienstrechtlicher Standards erfüllt. Aufgrund finanzieller Abhängigkeitsverhältnisse ist dabei weniger von Entstaatlichung als von Entdemokratisierung zu sprechen, da ausgelagerte Organisationen weniger Transparenz und Kontrolle unterliegen als die Verwaltung. Die staatlich inszenierte „Zivilgesellschaft“ erweist sich hier als Umgehung demokratischer Standards.

Unterscheidet man die unterschiedlichen Beziehungen von Staat und NPOs nach dem Muster der Konkurrenz einerseits und jenem der Partnerschaft andererseits, dann ist jedenfalls anzunehmen, dass auch in Zukunft eher Partnerschaftsmodelle dominieren werden, da die Ausweitung des öffentlichen Sektors nicht angestrebt wird und der Staat damit auf die Kooperation mit NPOs angewiesen ist. Diese Entwicklung geht einher mit der Zuschreibung höherer Bedeutung an NPOs.

Gleichzeitig und in Widerspruch dazu ist neben Problemen der Finanzierung (siehe unten) aber auch eine atmosphärische Verschlechterung der Beziehung zu beobachten. Gegenseitiges Vertrauen und ein partnerschaftliches Verhältnis wird tendenziell durch Misstrauen ersetzt, welches sich ua in verschärften Kontrollen ausdrückt. Diese betreffen unter anderem viele Frauenorganisationen und Organisationen, die für MigrantInnen arbeiten, die sich seit 2000 mehrfach Überprüfungen ihrer Finanzen und der impliziten Unterstellung der nicht-ordnungsgemäßen Mittelverwendung durch den öffentlichen Sektor ausgesetzt sahen<sup>12</sup>. Im sozialen Bereich kommt es häufig zu einer Art „Beweislastumkehr“: Während bis vor einigen Jahren hier nicht gewinnorientierte Organisationen generell als die geeigneten Anbieter von Leistungen gesehen wurden und Profitunternehmen in diesem Bereich eher Begründungsbedarf hatten, wird NPOs nun angesichts der angeblich höheren Effizienz von Wirtschaftsunternehmen zunehmend Skepsis entgegen gebracht.

3.3.2. *Ordnungspolitische Maßnahmen*

In Bezug auf die hoheitliche Funktion des Staates als Gesetzgeber hat vor allem das mit Juli 2002 eingeführte neue Vereinsgesetz administrative und finanzielle Konsequenzen für viele NPOs. Kern des Gesetzes ist eine verschärfte Haftung von Vereinsorganen, die insbesondere von der politischen Opposition und etlichen NPO-PraktikerInnen unter Hinweis auf das damit ausgedrückte prinzipielle Misstrauen gegenüber VereinsfunktionärInnen abgelehnt wird<sup>13</sup>. Wirtschaftlich relevante Vereine mit einem Umsatz von über 1 Mio € pro Jahr trifft seit 2003 zusätzlich eine Rechnungslegungs-

10 Simsa (Hrsg), Management der Zivilgesellschaft. Gesellschaftliche Herausforderungen und organisationale Antworten (2001); dies, Gesellschaftliche Funktionen und Einflußformen von Nonprofit-Organisationen. Eine systemtheoretische Analyse (2001); Dahrendorf, Moralität, Institutionen und die Bürgergesellschaft, Merkur 46/1992.

11 Khol, Mein politisches Credo: Aufbruch zur Bürgersolidarität (1998); Einem, Politik auf verlorenem Posten? in: Krainz/Simsa (Hrsg), Die Zukunft kommt – wohin geht die Wirtschaft. Gesellschaftliche Herausforderungen für Management und Organisationsberatung (1999).

12 ZB Brickner, Ausschuss für Frauenausschluss, in: Der Standard/Archiv, 21. Mai 2002.

13 Vgl auch Frančan, Abschied vom ideellen Verein? in: Der Standard/Archiv, 14. März 2002.

pflicht und Organisationen mit einem Umsatz von über 3 Mio € eine obligatorische regelmäßige Überprüfung der Finanzen durch einen Wirtschaftsprüfer. Die Zivildienstnovelle 2000 hat zudem zu einer Erhöhung der Personalkosten für Zivildienstler geführt.

### 3.3.3. Änderungen in der Finanzierung und der Vertragsgestaltung

Schwierigkeiten betreffen va Aspekte der Finanzierung: Viele NPOs leiden darunter, dass öffentliche Gelder seit einigen Jahren nicht nur gekürzt oder gestrichen, sondern auch viel kurzfristiger und weniger berechenbar zur Verfügung gestellt werden. Es wird somit eine zunehmende Vertragsunsicherheit beklagt. Dazu kommt, dass kurzfristige Verträge mit dem öffentlichen Sektor, die oft nur für ein Jahr geschlossen werden, gegenüber langfristigen überwiegen. Die Entscheidung für eine Finanzierungszusage oder -absage lässt in den letzten Jahren nach Aussage von VertreterInnen von Nonprofit Organisationen häufig sehr lange auf sich warten – und erfolgt oft erst zu einem Zeitpunkt, zu dem Ausgaben des Projektes bereits getätigt worden sind. Ein aktuelles Beispiel aus der Kultur ist die Ablehnung der Bundesfinanzierung für die Wiener Festwochen, die erst nach Beginn der Festspiele bekannt gegeben wurde<sup>14</sup>. Finanzierungsverträge, die im Einvernehmen über Jahre gültig waren, wurden – oft überraschend – nicht verlängert. Ein aktuelles Beispiel dafür ist die nicht erfolgte Vertragsverlängerung zur Schubhaftbetreuung zwischen dem Innenministerium und der Caritas Wien, von der die Caritas übrigens nur wenige Tage vor Auslaufen des alten Vertrags erfahren hat. Auch die Flüchtlingsbetreuung wurde nicht an österreichische NPOs, sondern an ein – billigeres – deutsches Unternehmen vergeben. Zum anderen konstatieren viele NPO-PraktikerInnen eine stärkere Einflussnahme des öffentlichen Sektors in die Dienstleistungserstellung selbst.

Für viele NPOs bringt diese Entwicklung erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Zum einen steigt der administrative Arbeitsaufwand, da Förderungsanträge und Abrechnungen jährlich gestellt bzw durchgeführt werden müssen, zum anderen wird die strategische Planung von NPOs massiv erschwert.

Die finanziellen Vertragsbeziehungen zwischen Staat und NPOs basieren seit längerer Zeit zunehmend auf Leistungsverträgen statt auf Subventionierungen. Im Rahmen des *contracting out* werden NPOs öffentliche Aufgaben auf Vertragsbasis übertragen<sup>15</sup>. Dies gilt va für den Sozial- und Gesundheitsbereich<sup>16</sup>. Diese Entwicklung hat dort Vorteile, wo klarere Zielvereinbarungen getroffen werden können, problematisch ist allerdings, dass die Abrechnungen mit dem öffentlichen Sektor zwischen NPOs variieren und ein einheitliches Abrechnungsschema nicht existiert.

Insbesondere seit dem Regierungswechsel ist in vielen Fällen eine Verringerung der finanziellen Unterstützung durch den Staat beobachtbar. Va im Sozialbereich ist angesichts von Budgetkonsolidierung und Privatisierung insgesamt eine Doppelstrategie der öffentlichen Hand deutlich: Zum einen wird von Seiten des Staates Druck auf NPOs ausgeübt, effizienter, professioneller und letztlich billiger zu arbeiten. Der Forderung nach mehr Wirtschaftlichkeit und

finanziellen Kürzungen stehen zum anderen aber Ansprüche an mehr Leistungen gegenüber. Forderungen nach einem Ausbau subsidiärer privater Leistungen werten die Rolle des Nonprofit-Sektors gerade im Bereich der sozialen Dienstleistungen auf. Diese Strategie kann in jenen Bereichen nützlich sein, wo Produktivitätsreserven liegen. Ihre Gefahr liegt allerdings in einer Überforderung der NPOs. Undifferenzierter finanzieller Druck kann in der Folge zur Ausweichstrategie der Qualitätsverschlechterung führen.

Die von Seiten der öffentlichen Hand von den NPOs oft geforderte Professionalisierung meint damit bei näherer Betrachtung oft nur die Fähigkeit, mit weniger Geld auskommen zu können. Öffentliche Stellen selbst erweisen sich allerdings als oft wenig professionelle Vertragspartner. Neben der geringen Bereitschaft zu verbindlichen und zumindest mittelfristig planbaren Vereinbarungen zeigt sich dies auch am Umgang mit Leistungsverträgen. Während diese grundsätzlich darauf ausgerichtet sind, statt der Subventionierung von Kosten Preise für erbrachte Leistungen zu bezahlen, werden de facto oft zwar Preise bezahlt, trotzdem aber Kosten kontrolliert und Detailinterventionen sind keine Ausnahme – NPOs können sich damit oft weder der Sicherheit von Subventionen noch der Freiheit des Marktes erfreuen.

Ein Trend damit in Zusammenhang ist weiters die Kommerzialisierung va im Sozialbereich. Marktabhängige Einkommensanteile von NPOs, wie eingehobene Gebühren und Preise, sind in den letzten Jahren gewachsen. Die Beziehungen zwischen NPOs und dem Staat orientieren sich zunehmend am Markt und damit an ökonomischen Kriterien, eine Entwicklung, die gepaart ist mit einem Imageverlust sozialer NPOs zugunsten kommerzieller Unternehmen. Diese Entwicklung ist nicht nur negativ, aber die öffentliche Hand gibt damit tendenziell auch inhaltliche Gestaltungsspielräume auf.

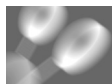
## 4. Schlussfolgerungen für die Politik

NPOs als Teil der Zivilgesellschaft stellen ein wesentliches Element einer aktiven Gesellschaft und eine wichtige Form der Demokratisierung von Gesellschaft dar und sie sind insbesondere im Sozialbereich als Anbieter von wesentlichen Dienstleistungen nicht mehr wegzudenken. Die Gestaltung der Rahmenbedingungen privaten Engagements muss dabei aber eine zentrale politische Aufgabe bleiben. Gegenwärtig scheint diese Funktion des Staates in vielen Bereichen gefährdet. Viele NPOs sind durch die prekärer gewordene Beziehung zum Staat existenziell gefährdet oder sehen zumindest starke Schwierigkeiten, ein sinnvolles Qualitätsniveau aufrecht zu erhalten. Soll der NPO-Sektor auch in Zukunft wesentliche Leistungen erbringen, dann wird ein Überdenken gegenwärtiger Praktiken der Finanzierung und Vertragsgestaltung erforderlich sein.

*Dr<sup>in</sup>. Ruth Simsa ist a. o. Univ.-Prof. am Institut für Soziologie der Wirtschaftsuniversität Wien und leitet dort das Institut für interdisziplinäre NPO-Forschung. Das NPO-Institut ist an vielfältigen Forschungsprojekten beteiligt, die zT von NPOs an das Institut herangetragen werden; [www.npo.or.at](http://www.npo.or.at).*

<sup>14</sup> Vgl Pohl, Die Förderverweigerer, in: *Der Standard/Archiv*, 9. Mai 2003.  
<sup>15</sup> Badelt, Handbuch.

<sup>16</sup> Schneider/Trukeschitz, Was leisten Leistungsverträge? Erste Ergebnisse einer Befragung unter NPO-PraktikerInnen (2003).



Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Betätigung im Nonprofit-Sektor umfassen einerseits den organisationsrechtlichen Rahmen, also die Ausgestaltung der inneren Verfassung, und andererseits die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zu Dritten. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf die Betrachtung der „Innenbeziehungen“, wobei der Schwerpunkt dem Vereinsrecht gewidmet ist. Am Rande soll auch auf alternative Gestaltungsformen hingewiesen werden, die bei der fast reflexartigen Entscheidung von NPOs für das Vereinsrecht meist nicht einmal im Ansatz beachtet werden.

Die Darstellung der für die Gestaltung der „Außenbeziehungen“ typischen Rechtsfragen würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen. Gerade hier erleben NPOs aber häufig Überraschungen. So zum Beispiel, wenn sie entdecken, dass auch gemeinnützige Unternehmen eine Gewerbeberechtigung für gewerbmäßige Tätigkeiten benötigen.<sup>1</sup> Nicht selten sehen sich Vereine auch Wettbewerbsklagen von Mitbewerbern ausgesetzt und müssen feststellen, dass der ausschließlich humanitäre, nicht auf Gewinn gerichtete Zweck ein Handeln im geschäftlichen Verkehr nicht ausschließt.<sup>2</sup> In vielen NPOs scheint weiters nicht in ausreichendem Maße bekannt zu sein, dass der Einsatz von Mitarbeitern an zahlreiche Gesetze gebunden ist.<sup>3</sup> Schließlich müssen sich verwaltungsnahen NPOs vor dem Hintergrund der sich grundlegend wandelnden Beziehungen zu ihren staatlichen und kommunalen Geldgebern (Stichwort: *Von der Subvention zum Leistungsvertrag*<sup>4</sup>) fragen, ob sich nicht dadurch auch die rechtlichen Spielregeln im Umgang mit den Geldgebern ändern.

Die Liste von Rechtsproblemen, mit denen sich Nonprofit-Unternehmen in ihrem Alltag zunehmend beschäftigen müssen, lässt sich beliebig erweitern. Eine „geschützte Nische“, in die manche Autoren NPOs einordnen, ist bei Beurteilung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Rechtsverkehr mit Dritten jedenfalls nicht festzustellen.

### 1. Der Verein als ideale Organisationsform im Nonprofit-Bereich

Der Verein ist die mit Abstand am weitesten verbreitete Organisationsform im Nonprofit-Bereich. Die Gründe dafür liegen auf der Hand. Der Verein ist einfach und kostengünstig zu gründen und zu administrieren. Der Verein hat eigene Rechtspersönlichkeit. Er besteht daher dauerhaft und unabhängig von der Zugehörigkeit der einzelnen Personen. Vermögensrechtlich wird klar zwischen dem Verein und seinen Mitgliedern unterschieden, sodass ein Haftungsrisiko für die Mitglieder regelmäßig ausgeschlossen werden kann.

Die oberste Vereinsbehörde erleichtert die Gründung und laufende Arbeit der Vereine (und wohl auch die Arbeit der eigenen Behörde), indem jedem Interessenten eine um-

fangreiche und ausreichend klar dokumentierte Sammlung von Unterlagen zum Vereinsrecht im Internet zum Download zur Verfügung gestellt wird ([www.bmi.gv.at/vereinswesen/](http://www.bmi.gv.at/vereinswesen/)). Hier finden sich neben grundsätzlichen Entscheidungshilfen (Warum überhaupt einen Verein gründen?), eine Anleitung zur Gründung sowie Informationen für die weitere Verwaltung des Vereins. Für alle, die es genauer wissen wollen, gibt es ein umfassendes Literaturverzeichnis.

Einfache Gründung und laufende Administration, geringe Kosten und aktive Mithilfe der Behörde sind aber nicht allein entscheidend für die häufige Wahl des Vereins für das Tätig-

# Rechtliche Rahmenbedingungen für die Betätigung im Nonprofit-Sektor

Hartmut Schmidtmayr

werden im Nonprofit-Sektor. Die Rechtsform des Vereins entspricht in besonderem Ausmaß den wesentlichen strukturellen Merkmalen von NPOs. Als solche werden in der Fachliteratur regelmäßig folgende Charakteristika genannt<sup>5</sup>:

- ▶ Mindestmaß an *formaler Organisation*
- ▶ Institutionelle *Dauerhaftigkeit*
- ▶ *Selbstverwaltung*
- ▶ *nicht gewinnorientiertes Arbeiten*
- ▶ *Freiwilligkeit* der Mitgliedschaft

Vergleicht man diese Merkmale mit der Legaldefinition des Vereins gemäß § 1 Vereinsgesetz 2002 (VerG 2002)<sup>6</sup> – „Ein Verein im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein freiwilliger, auf Dauer angelegter, auf Grund von Statuten organisierter Zusammenschluss mindestens zweier Personen zur Verfolgung eines bestimmten, gemeinsamen ideellen Zwecks“ – so versteht man, warum die Rechtsform des Vereins wie die maßgeschneiderte Lösung für NPOs erscheint.

### 2. Vereinsgesetz 2002

Aus Anlass des von den Vereinten Nationen ausgerufenen „Internationalen Jahres der Freiwilligen 2001“ hat der österreichische Gesetzgeber nach jahrelanger Reformdiskussion dem Vereinswesen einen neuen gesetzlichen Rahmen gegeben. Mit dem VerG 2002 wurde das VerG 1957, das in wesentlichen Teilen noch aus dem Jahr 1867 stammte, abgelöst.

<sup>1</sup> Sehr instruktiv der Fall Notruftelefonsystem, der den OGH mehrfach beschäftigt hat, wobei letztlich festgestellt wurde, dass der Betrieb eines Notruftelefonsystems durch das Rote Kreuz im konkreten Fall keiner Gewerbeberechtigung bedurfte; OGH 5. 12. 1995, 4 Ob 1105/95; 12. 11. 1997, 4 Ob 216/97m; 24. 11. 1998, 4 Ob 145/98x.

<sup>2</sup> ZB OGH 16. 4. 1996, 4 Ob 2007/96t – Clinicians.

<sup>3</sup> *Runggaldier/Drs*, Arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen beim Einsatz von Mitarbeitern in NPOs, in *Badelt* (Hrsg), Handbuch der Nonprofit Organisationen<sup>3</sup> (2002) 337 ff.

<sup>4</sup> Von der Subvention zum Leistungsvertrag, laufendes Forschungsprojekt des NPO Institutes an der WU Wien; [www.npo.or.at](http://www.npo.or.at).

<sup>5</sup> *Badelt*, Handbuch 8 mwN.

<sup>6</sup> BGBl I 2002/66.

Durch die Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen bei größtmöglicher Rücksichtnahme auf die Vereinspraxis soll nach der Regierungsvorlage die Tätigkeit der ideellen Vereine als „unverzichtbare Säule unseres Gesellschafts- und Wirtschaftssystems“ erleichtert werden.

Das VerG 2002 bringt erstmals eine gesetzliche Regelung des privaten Vereinsrechts, wobei aber überwiegend kein neues Recht geschaffen wurde, sondern vielmehr die bisherigen Grundsätze von Lehre und Rechtsprechung ausdrücklich geregelt wurden. Für den juristischen Insider gibt es also im Wesentlichen keine Änderungen. Für die Rechtsanwender in den mehr als 100.000 registrierten Vereinen, die keine Auseinandersetzung mit den Grundsätzen von Lehre und Rechtsprechung zum Vereinsrecht wünschen, bietet die Kodifizierung jedoch leicht zugängliche Handlungsvorgaben und trägt damit wesentlich zur Rechtssicherheit bei.

Wirklich neu im Gesetz sind vor allem die Bestimmungen zur Rechnungslegung<sup>7</sup> und zum Vereinsregister. Durch das Vereinsregister werden alle im Rechtsverkehr mit Vereinen wesentlichen Daten Dritten zugänglich gemacht. Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist der im Gesetz normierte Vertrauensschutz auf die Richtigkeit der Auskünfte.

Eine weitere Erleichterung für den Verein im Rechtsverkehr mit Dritten ist die Einrichtung eines zentralen Vereinsregisters mit der Möglichkeit einer kostenlosen Online-Abfrage für jedermann. Damit können Geschäftspartner von NPOs jederzeit (unter anderem) die Existenz der Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis der für sie handelnden Personen überprüfen. Die praktische Umsetzung des elektronisch geführten zentralen Vereinsregisters ist derzeit noch im Aufbau. Nach Auskunft des BMI ist damit zu rechnen, dass die Online-Abfrage im Laufe des Jahres 2004 Realität wird. Bis dahin wird man daher noch bei der lokalen Vereinsbehörde einen schriftlichen Registerauszug beantragen müssen, dessen Ausfertigung regelmäßig mehrere Wochen in Anspruch nehmen kann.

Für die Anpassung der Statuten an die Bestimmungen des VerG 2002 hat der Gesetzgeber den Vereinen eine Übergangsfrist bis längstens zum 30. Juni 2006 eingeräumt (wobei Rechnungslegungsbestimmungen schon vor diesem Zeitpunkt angewendet werden müssen). Findet vor dem 30. Juni 2006 eine Statutenänderung statt, so ist es freilich zweckmäßig, dies zum Anlass zu nehmen, die Statuten auf die Übereinstimmung mit den Anforderungen des neuen Gesetzes zu prüfen und die erforderlichen Änderungen gleich vorzunehmen.

### 3. Die Verfassung des Vereins

Durch die Statuten wird die rechtliche Organisation des Vereins konkretisiert. Die Statuten sind ein zivilrechtlicher (Gesellschafts)Vertrag, der die Beziehung der Vereinsmitglieder untereinander und zum Verein regelt. Im Unterschied zu anderen Gesellschaftsformen gibt es nur wenige zwingende gesetzliche Vorgaben für den Inhalt der Statuten. Der Gesetzgeber hat sich hier auf ein Mindestmaß an Gestaltungsregeln beschränkt, die aus seiner Sicht für eine nach innen und außen funktionsfähige Organisation unverzichtbar sind. Im Übrigen liegt es in der verfassungsrechtlich garantierten Ver-

einsfreiheit der Gründer und der späteren Vereinsmitglieder, die Statuten nach ihren Vorstellungen zu gestalten.

Von der Vereinsfreiheit wird in der Praxis häufig in der Weise Gebrauch gemacht, dass sich die Gründer die Freiheit nehmen, sich der allgemein erhältlichen Musterstatuten zu bedienen und einer Anpassung an die besonderen Bedürfnisse der Organisation keine besondere Beachtung schenken. Bei aller Berechtigung der Heranziehung von Musterstatuten in Form einer Checkliste als Hilfe für die Vertragsgestaltung wird die ungeprüfte Übernahme nicht geeignet sein, den Bedürfnissen ganz unterschiedlicher NPOs gerecht zu werden.

Am anderen Ende der Skala der Vertragsgestaltung liegen Statuten, die eine besonders detaillierte Regelung aller Eventualitäten versuchen, eine komplexe Organstruktur mit ebenso komplizierten Kompetenzregelungen entwerfen und unterschiedlichste Arten von Mitgliedschaften mit verschiedenen Rechten und Pflichten vorsehen. Im Rahmen der Vereinsfreiheit ist das alles zulässig, solange die Regelungen *klar und in sich widerspruchsfrei* sind. Es stellt sich aber die Frage, ob man wirklich einen laufenden Schwerpunkt des Vereinslebens im Studium und der Interpretation der eigenen Verfassung sehen möchte. Die effiziente Führung eines Unternehmens – auch eines Nonprofit-Unternehmens – wird durch solche Statuten jedenfalls erschwert.

Details zum notwendigen und zweckmäßigen Statuteninhalt sind der einschlägigen Fachliteratur zu entnehmen<sup>8</sup>. Im Folgenden sollen nur die wichtigsten in den Statuten geregelten Charakteristika des Vereins kurz dargestellt werden.

## 4. Gestaltungsmerkmale des Vereins

### 4.1. Zweckausrichtung

Die Zweckausrichtung des Vereins deckt sich mit dem Zweck von NPOs. Der Verein darf nach § 1 Abs 2 VerG 2002 „*nicht auf Gewinn berechnet sein*“. Das bedeutet nicht, dass der Verein keinen Gewinn aus unternehmerischer Tätigkeit erzielen darf. Die Gewinnerzielung darf jedoch nur Mittel zur Erreichung des nicht kommerziellen, ideellen Zwecks sein. Jedenfalls verboten ist die Ausschüttung von Gewinnen an die Mitglieder.

### 4.2. Organe

Das VerG 2002 sieht zwingend zwei Organe vor: Die Mitgliederversammlung als Organ zur gemeinsamen Willensbildung der Vereinsmitglieder und das Leitungsorgan zur Führung der Vereinsgeschäfte und zur Vertretung des Vereins nach außen. Weiters sind vom Verein Prüfer zu bestellen und die Statuten müssen eine Schlichtungseinrichtung vorsehen. Prüfer und Schlichtungseinrichtung müssen aber nicht notwendigerweise Organe des Vereins sein.

#### 4.2.1. Mitgliederversammlung

Die Mitgliederversammlung ist oberstes willensbildendes Organ des Vereins. Beschlüsse über die „Verfassung“ der Organisation fallen daher jedenfalls in die Kompetenz der Mitgliederversammlung. Auch die Bestellung eines (fakultativen) Aufsichtsorgans obliegt der Mitgliederversammlung. Weitere Kompetenzen der Mitgliederversammlung fehlen im Gesetz. Es empfiehlt sich daher, in den Statuten eine kla-

<sup>7</sup> Siehe den Beitrag von Schwarz in diesem Heft.

<sup>8</sup> Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine<sup>2</sup> (2002) 36 ff; Brändle/Schnetzler, Das österreichische Vereinsrecht (2002) 82 ff.



re Aufteilung der Kompetenzen zwischen Mitgliederversammlung und Leitungsorgan vorzusehen.

Es erstaunt, dass in der Vergangenheit bereits über die Notwendigkeit der Mitgliederversammlung diskutiert wurde<sup>9</sup>. Nunmehr legt das Gesetz als Mindeststandard fest, dass die Mitgliederversammlung zumindest alle vier Jahre einzu-berufen ist. Die Bedeutung dieser Bestimmung für die Rechtsstellung des einzelnen Vereinsmitgliedes wird freilich dadurch eingeschränkt, dass die Statuten das Recht zur Teilnahme an der Mitgliederversammlung und zur Ausübung des Stimmrechtes bestimmten Arten von Mitgliedern vorbehalten dürfen. Es ist daher möglich und für die Führung von Organisationen mit großer Mitgliederanzahl auch sinnvoll, dass nur ganz wenige ordentliche Mitglieder die Willensbildung in der Mitgliederversammlung bestimmen.

Häufiges Problem in der Praxis ist die Einhaltung von Formvorschriften zur Fassung gültiger Beschlüsse. Zu beachten ist dabei jedenfalls, dass alle stimmberechtigten Vereinsmitglieder rechtzeitig unter Mitteilung der Tagesordnung auf die in den Statuten vorgesehene Art zu laden sind. Weiters ist ihnen Gelegenheit für eine sachliche Stellungnahme zu der beabsichtigten Beschlussfassung zu geben. Angelegenheiten, die nicht auf der Tagesordnung stehen, dürfen nicht zum Gegenstand der Abstimmung gemacht werden. Die Nichteinhaltung dieser Voraussetzungen hatte bis zum Inkrafttreten des VerG 2002 zur Folge, dass betroffene Vereinsmitglieder die Ungültigkeit solcher Beschlüsse auch noch nach Jahren gerichtlich geltend machen konnten. Nunmehr sieht das Gesetz eine Frist zur Anfechtung rechtswidriger Beschlüsse von einem Jahr ab Beschlussfassung vor. Unangenehme langfristige Konsequenzen für den Verein, vor allem wenn der rechtswidrig zustande gekommene Beschluss für die weitere Entwicklung von besonderer Bedeutung war, können so vermieden werden.

#### 4.2.2. Leitungsorgan

Wolfgang Seibel bezeichnet NPOs als „vormoderne, wenig responsive und dilettantisch gemanagte Organisationen“<sup>10</sup>. Damit solche Beschreibungen auf die eigene Organisation nicht zutreffen, sollte der Strukturierung der Leitungsfunktion in der NPO besonderes Augenmerk geschenkt werden. Die rechtliche Festlegung der Leitungsfunktionen in den Statuten sollte daher nicht durch ungeprüfte Übernahme von Musterstatuten erfolgen.

Das beginnt mit der Bezeichnung der von den Musterstatuten vorgeschlagenen Funktionen der einzelnen Vorstandsmitglieder. Diese ist rechtlich unerheblich, für das Selbstverständnis des Organwalters aber nicht ohne Bedeutung. Die Funktion eines *Schriftführers* mag am Hof mittelalterlicher Fürsten eine ehrenvolle und einflussreiche Aufgabe gewesen sein – immerhin geht die Funktion des Kanzlers auf den der Schrift kundigen Leiter der Hofkanzlei zurück. Heute sollten aber alle Vorstandsmitglieder zur Schriftführung in der Lage sein. Auch der *Kassier* hat in einer NPO, die die Bedeutung eines Kleinvereins übersteigt, ausgedient. Die Funktion muss ja nicht gerade neudeutsch als CFO (Chief Financial Officer) bezeichnet werden, Finanzvorstand tut es auch.

Die Anzahl der Vorstandsmitglieder ist eine wichtige Entscheidung. Musterstatuten gehen von einem fünf oder mehr Mitglieder umfassenden Leitungsorgan aus. Dies wird in der Praxis gerne übernommen. Häufiges Motiv ist der Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Fraktionen im Verein. Dazu kommt bei NPOs die Nähe zum Subventionsgeber, der durch „politische“ Besetzung einzelner Vorstandspositionen Rechnung getragen wird. Der Sitz im Vorstand ist daher oft nur eine Ehrenfunktion und korreliert nicht mit einer bestimmten Managementposition des Vorstandsmitgliedes. Ein derart aufgeblasener Vorstand wird nicht zu einer effizienten Unternehmensführung beitragen.

Gerade im Management von NPOs ist häufig zu beobachten, dass die Geschäftsführung bei hauptamtlichen Geschäftsführern liegt, denen von der Satzung aber kaum Kompetenzen eingeräumt werden. Die Leitung der Organisation liegt bei ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitgliedern, die die Entscheidungen der Geschäftsführung ohne genaue Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen sanktionieren müssen. Dies ist grundsätzlich zulässig. Höhne/Jöchl/Lummerstorfer<sup>11</sup> weisen aber zu Recht darauf hin, dass dadurch einerseits die Unternehmensführung für die Geschäftsführer wesentlich erschwert wird und andererseits die nach außen haftbaren Vorstandsmitglieder nicht abschätzbare Risiken eingehen.

Eine Professionalisierung der Strukturen einer NPO könnte daher vorsehen, dass das mit Geschäftsführung und Vertretung beauftragte Leitungsorgan auf zwei oder drei Mitglieder beschränkt wird, die tatsächlich die Geschäfte führen und auch das mit der Organstellung verbundene Haftungsrisiko zu tragen haben. Verfehlt wäre es freilich, alle „Ehrenvorstände“ oder „politisch“ besetzten Funktionen ersatzlos zu streichen. Die Sicherung des Friedens innerhalb des Vereins und der unbedingt notwendige, direkte und enge Kontakt zu Subventionsgebern, etwa der öffentlichen Hand, können aber auch durch Verlagerung der vormaligen Vorstände in andere Organe, etwa in ein Aufsichtsorgan oder in einen Beirat, sichergestellt werden.

Zur Professionalisierung des Managements gehört auch die einfache und eindeutige Regelung der Vertretungsbefugnis. Das VerG 2002 ist hier ganz eindeutig: § 3 Abs 1 verlangt „eine klare und umfassende Angabe, . . . wer den Verein nach außen vertritt“ und nach § 6 Abs 2 ist die organschaftliche Vertretungsbefugnis „von der Frage der Gesamt- oder Einzelvertretung abgesehen, Dritten gegenüber unbeschränkbar. In den Statuten vorgesehene Beschränkungen wirken nur im Innenverhältnis“. Dennoch sehen die Musterstatuten eine aus meiner Sicht unklare Vertretungsregelung vor, die sich in zahlreichen Statuten wiederfindet: „Der Obmann vertritt den Verein nach außen. Schriftliche Ausfertigungen des Vereins bedürfen zu ihrer Gültigkeit [!] der Unterschrift des Obmanns und des Schriftführers, in Geldangelegenheiten (vermögenswerte Dispositionen) des Obmanns und des Kassiers.“

Ist hier Einzel- oder Gesamtvertretung eingeräumt? Hängt diese Frage mit der Form der Vertretungshandlung zusammen, oder handelt es sich hierbei bloß um eine (nach außen unzulässige) interne Beschränkung? Was soll man unter einer „schriftlichen Ausfertigung“ verstehen? Wer vertritt den Verein „nach

9 Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Vereine 74.

10 Seibel, Funktionaler Dilettantismus. Erfolgreich scheiternde Organisationen im „Dritten Sektor“ zwischen Markt und Staat<sup>2</sup> (1994).

11 Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Vereine 73.

innen“? Wozu die (keineswegs immer leicht zu treffende) Differenzierung zwischen vermögenswerten und nicht vermögenswerten Dispositionen? Die Vereinsbehörde hält solche Formulierungen für klar im Sinne des Gesetzes. Klarer und im Rechtsverkehr mit Dritten akzeptierter erscheinen freilich im Gesellschaftsrecht gängige Formulierungen wie „A vertritt selbständig“, „A vertritt gemeinsam mit B“ oder „A vertritt gemeinsam mit einem weiteren Mitglied des Vorstandes“.

### 4.2.3. Schlichtungseinrichtung

Streitigkeiten unter „Vereinsmeiern“ sind bekanntlich keine Seltenheit. Die gesetzliche Anordnung, wonach Vereine – als einzige Gesellschaftsform – in ihren Gesellschaftsverträgen eine Schlichtungseinrichtung vorzusehen haben, erscheint daher wohl begründet. Die Bedeutung der Schlichtungseinrichtung ist freilich insofern eingeschränkt, als diese keine endgültigen Entscheidungen treffen kann. Das VerG 2002 sieht vor, dass in allen Rechtsangelegenheiten nach Ablauf von sechs Monaten ab Anrufung der Schlichtungseinrichtung jedenfalls der Weg zu den ordentlichen Gerichten offen steht. Die in den Statuten häufig zu findenden Klauseln über den Ausschluss des Rechtsweges sind somit unwirksam. Einzige Ausnahme ist die Einrichtung eines „echten“ Schiedsgerichtes nach § 577 ZPO. Die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes scheidet jedoch häufig daran, dass die für das wirksame Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung erforderliche Schriftlichkeit nicht eingehalten wird.

### 4.2.4. Prüfer

Eine detaillierte Darstellung der Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften kann hier unterbleiben. An dieser Stelle sei nur darauf hingewiesen, dass das Gesetz den Prüfern strenge Pflichten auferlegt. Sie müssen nicht nur die Ordnungsmäßigkeit der Rechnungslegung, sondern auch die statutenmäßige Verwendung der Mittel prüfen (lückenlose Überprüfung sämtlicher Belege!). Auf ungewöhnliche Einnahmen oder Ausgaben ist besonders einzugehen. Die schuldhafte Verletzung dieser Pflichten kann eine Haftung der Rechnungsprüfer (auch von kleinen Vereinen) von bis zu € 10 Mio nach sich ziehen. Dies wird zu Recht von manchen Autoren als überschießende Regelung bezeichnet<sup>12</sup>. Ehrenamtliche Rechnungsprüfer sollten sich daher gut überlegen, ob sie ihr Amt nicht professionellen Prüfern überlassen wollen. Zumindest sollte an den Abschluss einer Haftpflichtversicherung gedacht werden, um das Haftungsrisiko in akzeptablen Grenzen zu halten.

## 5. Alternative Gestaltungsformen

Die Rechtsform des Vereins stellt für die meisten, aber eben nicht für alle im Nonprofit-Sektor tätigen Organisationen die ideale Gesellschaftsform dar. Bei Vorliegen besonderer Umstände wird es sinnvoll sein, eine andere Gesellschaftsform aus dem (beschränkten) Kreis der Gesellschaftsformen, die das österreichische Recht zur Verfügung stellt, auszuwählen. Abzuraten ist jedenfalls davon, sich der Konstituierung in einer der zulässigen Gesellschaftsformen überhaupt zu verweigern. Dies könnte die Haftung aller die Organisation tragenden Personen nach sich ziehen.

### 5.1. Kapitalgesellschaft

Kapitalgesellschaften können auch zur Verfolgung ideeller Zwecke gegründet werden. Eine NPO, die neben ideellen Zwecken in besonderem Ausmaß auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt, sollte daher die Gründung einer Kapitalgesellschaft in Erwägung ziehen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Verfolgung des Zwecks der Organisation mit hohem Kapitalaufwand seitens der Mitglieder verbunden ist. Der Vorteil der Kapitalgesellschaft liegt nicht nur darin, dass es gleichgültig ist, ob der wirtschaftliche Zweck der NPO im Laufe der Zeit in den Vordergrund rückt. Die Wahl einer solchen für wirtschaftliche Zwecke etablierten Gesellschaftsform erhöht auch die Rechtssicherheit für die beteiligten Personen, da Lehre und Rechtsprechung bereits reichlich Erfahrung mit der Lösung aller möglichen Konfliktfälle gesammelt haben.

### 5.2. Genossenschaft

Die Genossenschaft ist die dem Verein am nächsten verwandte Gesellschaftsform. Die Genossenschaft ist auch nicht auf Gewinn ausgerichtet, sie dient aber der Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft ihrer Mitglieder. Die Genossenschaft ist besonders für Organisationen mit vielen Mitgliedern geeignet, bei der zwar der wirtschaftliche Förderungszweck überwiegt, bei der aber daneben noch genügend Raum für ideelle Nonprofit-Aktivitäten bleibt.

### 5.3. Personengesellschaft

Personengesellschaften sind regelmäßig ungeeignet für die Betätigung im Nonprofit-Sektor. Sie sind darauf ausgerichtet, Gewinne für ihre persönlich haftenden Gesellschafter zu erwirtschaften und sind in besonderem Ausmaß von der Mitwirkung bestimmter Personen abhängig, die auch besondere Haftungsrisiken eingehen. Lehre und Judikatur halten es aber für zulässig, dass etwa eine GesBR oder eine EEG neben erwerbswirtschaftlichen auch ideelle Zwecke verfolgt.

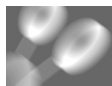
### 5.4. Religiöse Bekenntnisgemeinschaft, Politische Partei

Für manche ist die Weltanschaulichkeit das eigentliche Motiv für die Entstehung von NPOs. „... a key feature of non-profit production is ideology. This may stem from religious faith [or] from a secular vision of a just society“<sup>13</sup>. NPOs, bei denen die politische oder religiöse Betätigung im Vordergrund steht, sollten daher neben dem Verein auch die Rechtsform der Politischen Partei nach dem PartG bzw der Religiösen Bekenntnisgemeinschaft (mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Vereinigung von Anhängern einer Religion, die gesetzlich nicht anerkannt ist) in Erwägung ziehen. Achtung: Während bei politischen Parteien ein Nebeneinander von Partei und Verein zulässig ist (Beispiel FPÖ), führt die Gründung einer religiösen Bekenntnisgemeinschaft (als Vorstufe zur Bildung einer gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaft) zur Auflösung aller Vereine, deren Zweck in der Verbreitung derselben Religionslehre besteht.

*Dr. Hartmut R. Schmidtmayr ist Rechtsanwalt und Partner der Schmidtmayr | Sorgo | Wanke Rechtsanwälte OEG in Wien; schmidtmayr@ssw-law.at.*

<sup>12</sup> Sulz, Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen nach dem VerG 2002, ecolex 2002, 155.

<sup>13</sup> James/Rose-Ackermann, The Nonprofit Enterprise in Market Economics (1986) 51.



Die beliebteste, wiewohl keineswegs einzig denkbare, Form der Organisation von politischem und sozialem Engagement außerhalb staatlicher Institutionen ist der Verein.<sup>1</sup> Der Hauptgrund dafür dürfte wohl darin liegen, dass im Normalfall weder die Gründung noch die Führung eines Vereins ein besonderes rechtliches oder wirtschaftliches Know-how voraussetzt. Nichtsdestoweniger handelt es sich beim Verein um eine Form der *rechtlichen* Organisation einer Tätigkeit und damit natürlich um eine in mehrerlei Hinsicht rechtlich *reglementierte* Organisation. Die folgenden Ausführungen sollen einen Überblick über die Vorschriften betreffend die Rechnungslegung und Rechnungsprüfung von Vereinen geben, ohne deren zumindest grobe Kenntnis eine professionelle Führung des Vereins so gut wie ausgeschlossen ist.

### 1. Das neue Rechnungswesen für Vereine

Das Vereinsgesetz 2002 hat jene Grundregeln für das Rechnungswesen festgeschrieben, die es dem Leitungsorgan ermöglichen sollen, die Vereinsgeschäfte ordentlich und gewissenhaft zu führen. Es hat stets („rechtzeitig und hinreichend“) die Finanz- und Vermögenslage des Vereins zu beobachten, um dafür Sorge zu tragen, dass die Finanzierung der Vereinsgeschäfte gesichert ist. Darüber hinaus ist das Leitungsorgan verpflichtet, das Vereinsvermögen sachgerecht, wirtschaftlich und sparsam zu verwalten, und ist angehalten, den Vereinsmitgliedern sowie Rechnungsprüfern Auskunft zu geben. Diese gesetzlichen Bestimmungen haben insoweit besondere Aktualität, da die Übergangsfristen die Anwendung der neuen Bestimmungen bereits für Rechnungsjahre vorsehen, die nach dem 31. 12. 2002 begonnen haben.

#### „Einfache“ Rechnungslegung „kleiner“ Vereine

Das Gesetz verlangt von jedem Verein, und sei er noch so klein, dass ein entsprechendes Rechnungswesen geführt wird, wobei auch definiert wird, was sich der Gesetzgeber darunter vorstellt. Zum einen sind dies die Einhaltung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchhaltung. So müssen Einnahmen und Ausgaben laufend aufgezeichnet werden, Belege und Buchhaltungsunterlagen so geordnet und übersichtlich geführt werden, dass ein sachverständiger Dritter sich leicht einen Überblick über die Vereinsfinanzen verschaffen kann. Zum anderen sind Fristen festgelegt worden, welche die zeitgerechte Aufstellung der Einnahmen-/Ausgabenrechnung und der dazugehörigen Vermögensübersicht samt Anlagenverzeichnis regeln. Dem Leitungsorgan obliegt es diese beiden Rechnungswerke zum Stichtag eines Rechenjahres (kann vom Kalenderjahr abweichen, darf aber nicht einen Zeitraum von mehr als 12 Monate umfassen) innerhalb von fünf Monaten aufzustellen, und diese den Rechnungsprüfern zur Prüfung vorzulegen.

#### Einnahmen-/Ausgabenrechnung

Die Einnahmen-/Ausgabenrechnung ist eine Gegenüberstellung der zugeflossenen Einnahmen und der abgeflossenen

Ausgaben in Form von Geld- und Sachmitteln. Dazu gehören auch Geld- und Sachmittel aus reinen Investitions- und Finanzierungsvorgängen, sowie Beträge, die im Namen und auf Rechnung von Dritten vereinnahmt und verausgabt werden.

Sachspenden (Waren- und Leistungsspenden) sind dann als Einnahmen zu erfassen, wenn sie zum Verbrauch oder Verkauf bestimmt sind oder an geförderte Hilfsempfänger weitergegeben werden. Unentgeltlich erworbene, aktivierungspflichtige Vermögensgegenstände sind zu fiktiven Anschaffungskosten anzusetzen.

Im Rahmen von Vereinen mit Spendenaufkommen sind diese getrennt nach Spenden mit Zweckwidmung und solchen ohne Zweckwidmung aufzuzeichnen. Für die zweckgebundenen

# Ordentlich gerechnet

## Aktuelle Rahmenbedingungen für Vereine aus dem Blickwinkel von Rechnungslegung und Rechnungsprüfung

Manfred Schwarz

Spendeneingänge ist darüber hinaus ein Verzeichnis zu führen, das Auskunft über den Anfangsbestand, Zugang, Verwendung, etwaiger Umwidmung und Endbestand gibt.

Es ist zu empfehlen, sich bei der Gliederung und Organisation der Buchhaltung an den österreichischen Einheitskontenrahmen zu halten, bzw die Rechnung in Staffelform nach Gesamtkostenverfahren im Sinne des § 231 Abs 2 HGB aufzustellen, wobei die Mittelzu- und -abflüsse getrennt nach laufendem Geschäft, Investitionstätigkeit und Finanzbereich darzustellen sind.

#### Vermögensübersicht und Anlagenverzeichnis

Das entgeltlich oder unentgeltlich erworbene Anlagevermögen ist in ein Verzeichnis aufzunehmen, das zumindest über Anschaffungszeitpunkt und Anschaffungskosten Auskunft gibt. Im Vermögensverzeichnis sind die Positionen Finanzanlagevermögen, zum Verkauf bestimmte Vorräte, Forderungen gegenüber Mitgliedern, sonstige Forderungen, Bankguthaben bei Kreditinstituten, liquide Mittel auf der Aktivseite, Verbindlichkeiten aus zweckgebundenen Spenden, Rückstellungen und Verbindlichkeiten auf der Passivseite mit der Darstellung des Vereinsvermögens (Anfangsbestand, Zugang/Abgang des Jahres, Endbestand) aufzunehmen.

#### „Qualifizierte“ Rechnungslegung für „große“ Vereine

Große Vereine sind solche, deren gewöhnliche Einnahmen oder gewöhnliche Ausgaben in zwei aufeinander folgenden Rechnungsjahren jeweils höher als eine Million Euro waren. Die Anforderungen an das Rechnungswesen wurden angehoben. Neben der Führung einer kaufmännischen Buchhaltung ist ab dem folgenden Rechnungsjahr an Stelle der Einnahmen-

<sup>1</sup> Vgl auch den Beitrag von *Schmidtmayr* in diesem Heft.

/Ausgabenrechnung ein Jahresabschluss, bestehend aus Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung, aufzustellen. Die Verpflichtung zur Aufstellung eines solchen Jahresabschlusses entfällt, sobald der Schwellenwert in zwei aufeinander folgenden Rechnungsjahren nicht mehr überschritten wird. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Übergangsregelungen die Rechtsfolgen der Größenmerkmale dann eintreten lassen, wenn diese Merkmale an den beiden dem 1. Jänner 2005 vorangehenden Abschlussstichtagen zutreffen.

### *Prüfungspflichtiger Verein*

Ein großer Verein, dessen gewöhnliche Einnahmen oder gewöhnliche Ausgaben in zwei aufeinander folgenden Rechnungsjahren jeweils höher als 3 Millionen Euro waren oder dessen jährliches Aufkommen an im Publikum gesammelten Spenden in diesem Zeitraum jeweils den Betrag von einer Million Euro überstieg, hat ab dem darauf folgenden Jahr einen um den Anhang erweiterten Jahresabschluss aufzustellen.

### Anhang

Dieser Anhang ist in sinngemäßer Anwendung des HGB aufzustellen.

Vereine mit Spendenaufkommen haben darin auch die Spendeneingänge mit den ihnen zugeordneten Aufwendungen, gegliedert nach Spendengruppen bzw Zweckwidmungen und die Aufgliederung der Verbindlichkeiten aus Zweckwidmungen darzustellen. Daneben sind Mitgliedsbeiträge, öffentliche Subventionen sowie Einkünfte aus wirtschaftlichen Tätigkeiten und die ihnen jeweils zugeordneten Aufwendungen auszuweisen.

## 2. Das Rechnungswesen im Rahmen steuerlicher Erfordernisse

Das Ziel eines ideellen Vereins ist es, seinen ideellen Zweck ohne Gewinnabsicht zu erfüllen. Der Verein bedient sich zur Erfüllung seiner selbstgewählten Aufgaben verschiedener ideeller und materieller Mittel. Üblicherweise werden in den Statuten verschiedene Einnahmenquellen aufgezählt, die im steuerlichen Licht unterschiedlichen Charakter annehmen. So sind folgende Bereiche des Rechnungswesens aus steuerlicher Sicht zu unterscheiden und auch zur steuerlichen Beurteilung getrennt darzustellen.

### *Ideelle Vereinssphäre*

Der eigentliche Vereinsbereich ist gekennzeichnet durch das Fehlen eines jeglichen Leistungsaustausches. Es werden Spenden, „echte“ Mitgliedsbeiträge, „echte“ Subventionen, Vermächtnisse oder sonstige Einzahlungen ohne Leistungsaustausch vereinnahmt und für die Erfüllung des Zwecks verausgabt. Manchmal bereitet es Schwierigkeiten, die Ausgaben den konkreten Aktivitäten zuzuordnen, und ist es deshalb notwendig, über Kostenschlüssel eine sachgerechte Aufteilung zu finden. Diese ureigene Vereinssphäre ist steuerlich insoweit unbeachtlich, als Zufallsgewinne nicht der Körperschaftsteuer unterliegen und dem Verein in diesem Bereich die Unternehmereigenschaft im Bezug auf die Umsatzsteuer fehlt.

### *Vermögensverwaltung*

Sobald ein Verein Vermögen angesammelt hat, stellt sich die Frage nach der Steuerpflicht der daraus gezogenen Früchte. Für den gesamten Bereich der Vermögensverwaltung gilt der

Grundsatz, dass kein Vermögen angehäuft werden darf, ohne dass es dafür eine dem Vereinszweck entsprechende Zweckbindung gibt. Zuzüglich kann eine Bargeldreserve gehalten werden. Die Zinserträge bzw die Überschüsse aus der Vermietung von Liegenschaften unterliegen selbst nicht der Körperschaftsteuer, jedoch ist der Verein im Bereich der Vermietung Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes.

### *Unentbehrlicher Hilfsbetrieb*

Der unentbehrliche Hilfsbetrieb ist ein Zweckverwirklichungsbetrieb. Der Vereinszweck kann nicht anders verwirklicht werden als durch das Betreiben eines Wirtschaftsbetriebes mit Leistungsaustausch. Dieser Betrieb unterliegt mit seinen Zufallsüberschüssen nicht der Körperschaftsteuer, hat aber eine Option in die umsatzsteuerliche Steuerpflicht.

### *Entbehrlicher Hilfsbetrieb*

Dieser Wirtschaftsbetrieb erfüllt nicht den Vereinszweck selbst, findet aber im Vereinszweck Deckung, und die erwirtschafteten Mittel werden der Zweckerfüllung zugeführt. Dieser Betrieb unterliegt über einem Freibetrag der Körperschaftsteuer und hat ebenfalls eine Option in die umsatzsteuerliche Steuerpflicht.

### *Begünstigungsschädlicher Hilfsbetrieb/Gewerbebetrieb*

Führt eine Verein einen Gewerbebetrieb oder einen begünstigungsschädlichen Hilfsbetrieb, so verliert der gesamte Verein seine steuerliche Begünstigung. In diesem Fall kann eine Ausnahmegenehmigung von der Finanzbehörde erwirkt werden. Jedenfalls bleibt dieser Bereich stets körperschaftsteuerpflichtig und unterliegt auch der Umsatzsteuer.

Es ist zu beachten, dass die Anforderungen des Steuerrechts im Rahmen einer steuerlichen Gewinnermittlung an das Rechnungswesen eines Vereins umfangreicher sind und eine Vielfalt von Zusatzinformationen benötigen, die sich aus den Erfordernissen des Vereinsgesetzes nicht ableiten lassen. Es ist deshalb empfehlenswert, die verschiedenen Bereiche des Rechnungswesens getrennt zu führen, um die jeweiligen Informationen zu erlangen und die steuerlichen Bemessungsgrundlagen zu ermitteln.

### *Resümee*

Obwohl nur die Darstellung der geltenden Judikatur und Lehre beabsichtigt war, hat es im Bereich der Rechnungslegung umfassende Klarstellungen bzw Pflichten und Regeln normiert. In der Praxis zeigt sich, dass dies zur Transparenz im Vereinsleben selbst, aber auch nach außen führt, jedoch eine Vielzahl von Vereinsfunktionären in der Anwendung der Regeln noch große Unsicherheit hat.

Insbesondere die Aufstellung von Vermögensübersichten oder die Ersterfassung der Anlagen zu Beginn des Rechnungsjahres 2003, wie generell die zweckentsprechende Organisation der Buchhaltung, übersteigen oft die vereinseigenen Ressourcen. Zusätzlich sind die steuerlichen Bestimmungen zu überblicken und anzuwenden.

## 3. Die Rechnungsprüfung

Jeder Verein hat mindestens zwei unabhängige und unbefugene Personen zu Rechnungsprüfern zu berufen. Sie dürfen keinem Organ mit Ausnahme der Mitgliederversammlung angehören, dessen Tätigkeit Gegenstand der Prüfung ist. Die Auswahl der Rechnungsprüfer obliegt der Mitgliederver-

sammlung. Besonderes Augenmerk gilt den Anforderungen an die Rechnungsprüfer. Sie müssen vom Leitungsorgan nicht nur unabhängig (persönlich und wirtschaftlich), sondern auch unbefangen sein. Dies bringt eine bisher nicht gekannte Offenlegungspflicht und Transparenz in die Auswahl der Rechnungsprüfer, die insbesondere mit dem Hinweis auf die Haftungsbeschränkung (§ 24 Abs 4 VerG 2002: Für Rechnungsprüfer gelten die Haftungshöchstgrenzen des § 275 Abs 2 HGB sinngemäß) Bedeutung erlangt.

#### *Zeitpunkt und Umfang der Rechnungsprüfung*

Das Gesetz gibt den Rechnungsprüfern eine Frist von vier Monaten, gerechnet ab Erhalt des vollständigen Jahresabschlusses, um die Prüfungshandlungen vorzunehmen und den Prüfungsbericht zu erstellen. Es ist zu empfehlen, sich bereits vor Ende des Rechnungsjahres über Organisation und zeitlichen Ablauf der Prüfung Gedanken zu machen, bzw bereits vor Ende des Rechnungsjahres Prüfungshandlungen zu setzen.

Der Umfang der Prüfungshandlungen ist so zu wählen, dass sämtliche Bereiche, die das Gesetz vorgibt, ausreichend untersucht werden können. Ist die Ordnungsmäßigkeit des Rechnungswesens zu bestätigen, bedeutet dies, das geführte Rechnungswesen hinsichtlich der Einhaltung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung zu überprüfen und Stichproben zu ziehen und die Vermögens- und Finanzlage des Vereins darzustellen. Schwerpunkt der inhaltlichen Prüfung ist die Feststellung darüber, ob sämtliche Mittel statutengemäß verwendet wurden bzw. ob die gesamte Vermögensgebarung der Zweckerfüllung dient, oder ob Ziele außerhalb der verfassten Statuten verfolgt werden. Im Rahmen dieser beiden Prüfziele sind festgestellte Gebarungsmängel in den Bericht aufzunehmen.

Ein weiteres Prüffeld sind ungewöhnliche Einnahmen und Ausgaben, die zu begründen und in ihrer finanziellen Auswirkung zu beschreiben sind.

Ein besonderes Augenmerk ist auf In-sich-Geschäfte zu legen, die Organwalter des Vereins mit dem Verein tätigen. Diesbezüglich ist ihr statutengemäßes Zustandekommen, ihr Vergleich mit fremdüblichen Geschäften, wie generell ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen und darüber zu berichten. In diesem Zusammenhang sind beginnend mit Spesenabrechnungen, Reisekostenvergütungen und Gehaltsvergütungen generell sämtliche rechtsgeschäftlichen Beziehungen des Vereins mit Organwaltern zu inventarisieren und zu evaluieren.

Abschließend haben die Rechnungsprüfer Gefahren aufzuzeigen, die den Bestand des Vereins gefährden.

#### *Bericht der Rechnungsprüfer*

Der Bericht der Rechnungsprüfer ist an das Leitungsorgan oder an ein etwaiges Aufsichtsorgan gerichtet. Die zuständigen Vereinsorgane haben die von den Rechnungsprüfern aufgezeigten Gebarungsmängel zu beseitigen und Maßnahmen gegen aufgezeigte Gefahren zu treffen.

Stellen die Rechnungsprüfer fest, dass das Leitungsorgan beharrlich und auf schwerwiegende Weise gegen die ihm obliegenden Rechnungslegungspflichten verstößt, ohne dass zu erwarten ist, dass im Verein in absehbarer Zeit für wirksame Ab-

hilfe gesorgt wird, so haben sie vom Leitungsorgan die Einberufung einer Mitgliederversammlung zu verlangen. Sie können auch selbst eine Mitgliederversammlung einberufen.

#### *Die Rechnungsprüfung in „prüfungspflichtigen“ Vereinen*

Große Vereine, deren gewöhnliche Einnahmen oder gewöhnliche Ausgaben in zwei aufeinander folgenden Rechnungsjahren jeweils höher als 3 Millionen Euro waren, oder deren jährliches Aufkommen an im Publikum gesammelten Spenden in diesem Zeitraum jeweils den Betrag von einer Million Euro überstiegen, haben statt der beiden Rechnungsprüfer einen Abschlussprüfer zu bestellen. Gesonderte Rechnungskreise im Vereinsrechnungswesen, die von einem öffentlichem Subventionsgeber in einer gleichwertigen Prüfung verpflichtend geprüft werden, sind bei der Berechnung der Schwellenwerte außer Acht zu lassen. Der Abschlussprüfer muss unabhängig und unbefangen sein und kann aus dem Kreis der beideten Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften, beideten Buchprüfer und Steuerberater oder Buchprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften sowie Revisoren im Sinn des § 13 Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997, BGBl. I Nr. 127/1997, ausgewählt werden. Sofern die Statuten nicht anderes vorsehen, wird der Abschlussprüfer für ein Rechnungsjahr bestellt. Die Auswahl des Abschlussprüfers obliegt der Mitgliederversammlung, in deren Verhinderung hat das Aufsichtsorgan, fehlt ein solches das Leitungsorgan den Prüfer auszuwählen.

#### *Besondere Befugnis des Abschlussprüfers*

Stellt der Abschlussprüfer bei seiner Prüfung Tatsachen fest, die erkennen lassen, dass der Verein seine bestehenden Verpflichtungen nicht erfüllen kann, oder die erwarten lassen, dass der Verein in Zukunft zur Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht in der Lage sein wird, so hat er dies der Vereinsbehörde mitzuteilen. Die Vereinsbehörde hat diesen Umstand im Vereinsregister ersichtlich zu machen. Die Eintragung ist wieder zu löschen, wenn der Abschlussprüfer mitteilt, dass die ihr zu Grunde liegenden Tatsachen nicht mehr bestehen. Diese Bestimmung stellt ein besonderes Instrumentarium dar, das sich durch besondere Publizität auszeichnet. Eine in absehbarer Zukunft drohende Bestandsgefährdung eines Vereins soll publizitätswirksam aufgezeigt werden.

#### *Zusammenfassung der Rechnungsprüfung*

Die genaue Normierung von Art und Umfang der Rechnungsprüfer bzw die klare Ausrichtung, die Qualität der Rechnungsprüfung auch durch den Einsatz professioneller Prüfer zu heben, haben den wahrscheinlich umfangreichsten Umstellungsprozess in den Vereinen zur Folge. Es gilt nicht nur die persönlichen Voraussetzungen der Rechnungsprüfer zu evaluieren (Unabhängigkeit, Unbefangenheit), sondern auch das Umfeld im Verein auf die Prüfungen vorzubereiten, bzw den Einsatz professioneller Prüfer zu überlegen.

*Dr. Manfred Schwarz ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Wirtschaftsmediator in Wien;  
m.schwarz@royal.co.at.*

**1. Einleitung**

Non-Governmental Organisations (NGOs) haben in den letzten Jahrzehnten einen ungeheuren Aufschwung erlebt. Sie boomten nicht nur tatsächlich, sondern wurden auch in der einschlägigen Fachliteratur von der Politologie bis zu den Rechtswissenschaften immer stärker beachtet. Dabei wurde über den rein deskriptiven Ansatz hinaus, der etwa in letzterem Fach ein Aufbrechen des Kreises der traditionellen Völkerrechtssubjekte – Staaten und (zwischenstaatliche) Internationale Organisationen – konstatierte<sup>1</sup>, zumeist auch eine positive Wertung dieses Trends vorgenommen. Als typisch nicht-staatliche Akteure schienen sie prädestiniert zu sein, die Anliegen der Zivilgesellschaft, der Summe der sonst bloß als „Rechtsunterworfenen“ Wahrgenommenen, zu artikulieren. Damit wurden NGOs zum Hoffnungsträger der „Global Governance“. Diese wurde von der entsprechenden UN Kommission in ihrem 1995 erschienenen Bericht „Our Global Neighborhood“<sup>2</sup> in bewusst nicht-hierarchischen Tönen wie folgt umschrieben: „Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs.“<sup>3</sup> Global Governance wurde häufig als Vision einer weitgehend autoritätsfreien, selbstbestimmten Gestaltung gesellschaftlicher Probleme konzipiert.<sup>4</sup>

NGOs waren gleichsam die institutionellen Räder dieser Global Governance-Maschinerie. Insbesondere in ihrer Manifestation als „grass-roots organisations“, „advocacy groups“ oder Bürgerinitiativen schienen sie eine unmittelbare Legitimität zur Formulierung relevanter Ansprüche zu haben, die sie zu wichtigen Mittlern gesellschaftlicher Anliegen machte.

Doch diese Euphorie über die wachsende Bürgerbeteiligung durch NGOs, über deren Mittlerrolle als Sprachrohre der Zivilgesellschaft, weicht heute skeptischeren Überlegungen. Dazu haben gewiss Skandale und Fehlentscheidungen einzelner NGOs mit Anlass gegeben. Man denke etwa an die groß angelegte, jedoch teilweise irreführende Greenpeace-Kampagne im Zusammenhang mit der Entsorgung der Shell Ölförderplattform Brent Spar<sup>5</sup>, oder – in Österreich – an den Spendenskandal um die Hilfsorganisation World Vision<sup>6</sup>.

Doch diese NGO-„Vergehen“ waren eben nur der Anlass dafür, die grundsätzlicheren Fragen der Legitimität und Repräsentativität<sup>7</sup> sowie der Verantwortlichkeit von NGOs zu stellen.

**2. Die prekäre „Verantwortlichkeit“ von NGOs**

Im Folgenden soll vor allem die Verantwortlichkeit von NGOs interessieren, das, was in der jüngeren Literatur meist als „Accountability of NGOs“ debattiert wird<sup>8</sup>. Dabei handelt es sich um eine bemerkenswerte Trendumkehr, waren es in der Vergangenheit doch in erster Linie NGOs, die es sich zur Aufgabe machten, Staaten oder internationale Organisationen

# Über die Verantwortlichkeit von NGOs als Sprachrohre der Zivilgesellschaft

August Reinisch



zur Verantwortung zu ziehen. Man denke nur an – nomen est omen – Statewatch<sup>9</sup> oder UN Watch<sup>10</sup> bzw an die Arbeit von amnesty international oder Human Rights Watch, deren Tätigkeit oft im Publikmachen von Menschenrechtsverletzungen, der „mobilization of shame“<sup>11</sup>, besteht. Es liegt ganz auf dieser Entwicklungslinie, dass es mittlerweile bereits eine Organisation namens „NGO watch“ gibt<sup>12</sup>.

Der Begriff der „Accountability“ ist nicht nur kaum adäquat übersetzbar, er bleibt auch im Englischen mehrschichtig und vieldeutig, geht es dabei doch um mehr als bloß rechtliche Verantwortlichkeit, sondern um ethische und politische Kategorien des Einstehenmüssens für Handeln und Unterlassen<sup>13</sup>.

Man vergegenwärtige sich noch einmal einen der Ausgangspunkte der Accountability-Debatte als illustratives Beispiel: Eine renommierte Umweltschutzorganisation behauptet

**1** Vgl *Hobe*, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht, 37 AVR 1999, 152; *Hummer*, Internationale nicht-staatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung – Abgrenzung, Handlungsbefugnisse, Rechtsnatur, 39 Berichte Deutsche Gesellschaft Völkerrecht (1999) 45.  
**2** Die aus 28 unabhängigen Experten bestehende Commission on Global Governance wurde 1992 eingerichtet. Informationen dazu unter <http://www.cgg.ch/>.  
**3** Our Global Neighborhood, The Report of the Commission on Global Governance (1995) 2.  
**4** Vgl *Finkelstein*, What is Global Governance, 1 Global Governance (1995) 367, 369, der meint: „Global governance is governing, without sovereign authority, relationships that transcend national frontiers. Global governance is doing internationally what governments do at home.“

**5** Vgl dazu unten FN 14.  
**6** Siehe *Hummer*, Globalisierung 180 f. Vgl dazu auch den Entschließungsantrag im österreichischen Bundesrat, verfügbar unter [http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/BR/A-BR/texte/001/A-BR00113\\_.html](http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/BR/A-BR/texte/001/A-BR00113_.html).  
**7** Vgl dazu ua *Rivkin/Casey*, The Rocky Shoals of International Law, 62 National Interest 2000–01, 35, 37; *Micklethwait/Wooldridge*, The Globalization Backlash, Foreign Policy, Sept/Oct 2001, 16, 24.  
**8** Vgl *Edwards/Hulme*, Non-Governmental Organizations – Performance and Accountability in the Post-Cold War World. Beyond the Magic Bullet (1995); *Smillie*, The Alms Bazaar: Altruism Under Fire-Non-Profit Organizations and International Development (1995). Vgl auch die Essays zum Thema „The Democratic Accountability of Non-governmental Organizations“ im Spring Issue des Chicago Journal of International Law (2002).

**9** Siehe die NGO homepage <http://www.statewatch.org/>.  
**10** Siehe die NGO homepage <http://www.unwatch.org/>.  
**11** Vgl *Baehr*, Mobilization of the Conscience of Mankind: Conditions of Effectiveness of Human Rights NGOs, in FS de Waart (1998) 135; *Gaer*, Reality Check: Human Rights NGOs Confront Governments at the UN, in *Weiss/Gordenker*, NGOs, the UN & Global Governance (1996) 51; *Joynt*, Mobilization of Shame, in *The New Politics Of Human Rights* (1978) 79.  
**12** Siehe die homepage <http://www.ngowatch.org>.  
**13** Gem *Merriam-Webster*, Collegiate Dictionary<sup>10</sup> (1994) bedeutet „accountability“ „the quality or state of being accountable; esp: an obligation or willingness to accept responsibility or to account for one’s actions.“

tet, dass die geplante Versenkung einer ausgedienten Förderstation eines der größten Ölmultis schwer umweltbelastend sei und zwingt das Unternehmen durch eine breit angelegte Publizitätskampagne zu einer kostspieligen Alternativentsorgung. Im Nachhinein stellen sich die Behauptungen der NGO als teilweise inhaltlich unrichtig heraus. So geschehen im Fall der Brent Spar Kontroverse zwischen Greenpeace und Shell<sup>14</sup>. Für das Unternehmen drängt sich die Frage auf, ob es Kompensation für den wirtschaftlichen Schaden erhalten kann. Pro futuro stellt sich jedoch auch das Problem, wie sich schädigende Fehlinformationen vermeiden lassen. Im Zeitalter immer einflussreicher werdender, NGO-gelenkter Konsumentenboykotte<sup>15</sup> wird gerade dies besonders wichtig. Welche Accountability- oder Kontrollmechanismen stehen überhaupt zur Verfügung oder haben versagt? Wie lassen sich bessere entwickeln?

Juristen werden dazu tendieren, zunächst nach rechtlichen Sanktionen zu suchen, und diese in einer zivil-, allenfalls strafrechtlichen Verantwortlichkeit finden wollen. Tatsächlich scheint eine schadenersatzrechtliche Überwälzung des wirtschaftlichen Verlustes vom Unternehmen auf die NGO im Prinzip rechtlich möglich zu sein. NGOs sind in der Regel „gewöhnliche“ Rechtssubjekte des nationalen Rechts, so dass sich – anders als bei Staaten oder Internationalen Organisationen – keine Immunitätsprobleme der Rechtsdurchsetzung in den Weg stellen<sup>16</sup>. Das Problem liegt nicht im rechtlichen, sondern im tatsächlichen Kontext der NGO-Accountability: der vermutlich erfolgreiche Rechtsweg würde nur zu einem Pyrrhus-Sieg führen und höchstwahrscheinlich in einer PR-Katastrophe des Unternehmens enden, das als profitmaximierender Goliath diskreditiert würde.

Wo sind dann alternativ sinnvolle Accountability-Mechanismen für NGOs jenseits rechtlicher Verantwortlichkeit zu suchen?

Vielleicht in einer Umkehr der bisherigen Strategien? Auch NGOs sind letztlich abhängig von tätiger, moralischer und finanzieller, Unterstützung. Negative Publicity wirkt sich entsprechend negativ auf diese Unterstützungsfaktoren aus und damit ist es für NGOs im Grunde ebenso wichtig wie für Unternehmen, als korrekte und rechtskonforme Akteure wahrgenommen zu werden. Dies eröffnet den Blick auf eine Reihe außerrechtlicher Accountability-Mechanismen für NGOs.

### 3. Alternative Formen der Verantwortlichkeit von NGOs

#### 3.1. Akkreditierungsmechanismen in internationalen Foren

Eines der wichtigsten immateriellen „Assets“ von politikgestaltenden NGOs, wie „advocacy groups“ oder Bürgerinitiativen, ist der Goodwill in Form eines integren Rufes, sowohl was die inhaltliche Expertise als auch die Wahrhaftigkeit des politischen Anliegens betrifft. Dieser Goodwill manifestiert sich in der öffentlichen Wahrnehmung, sobald einmal eine

gewisse Publizitätsschwelle erreicht ist. Für die meisten NGOs bleibt die breite Öffentlichkeit jedoch unerreicht. Die Fähigkeit dieser Organisationen, ihre Aufgaben effektiv zu erfüllen, hängt daher sehr häufig von der Möglichkeit ab, in einem institutionellen Rahmen wirken zu können. Im internationalen Bereich ist das in der Regel die Chance, sich im Rahmen einer internationalen, zwischenstaatlichen Organisation einzubringen. Tatsächlich sehen viele internationale Organisationen einen eigenen rechtlichen Status für NGOs als Beobachter oder dergleichen vor, der die Mitwirkung an der inhaltlichen Arbeit der jeweiligen Organisation ermöglicht<sup>17</sup>. Um einen Missbrauch dieses strukturierten Einflusses zu verhindern, haben internationale Organisationen eine Zugangskontrolle in Form von Akkreditierungsmechanismen entwickelt. Hervorzuheben ist etwa die für das gesamte UN System repräsentative Resolution des UN-Wirtschaft- und Sozialrates über den Konsultativstatus von NGOs<sup>18</sup>. Eine Akkreditierung setzt nicht nur voraus, dass die Ziele und Zwecke der betroffenen NGOs im Einklang mit den Prinzipien der UN Satzung zu stehen haben, sondern fordert des Weiteren, dass die NGOs eine repräsentative Struktur aufweisen und über angemessene Accountability-Mechanismen gegenüber ihren Mitgliedern verfügen müssen, die eine effektive Kontrolle der NGO-Politik und -Tätigkeit durch ihre Abstimmungsrechte oder andere angemessene demokratische und transparente Entscheidungsprozesse ausüben sollen. Als weitere Akkreditierungsvoraussetzungen sieht die Resolution eine demokratisch angenommene Satzung, einen feststehenden Sitz mit einem Leitungsorgan sowie anerkannte Expertise im betreffenden Kompetenzbereich vor. Für die finanziellen Aspekte sehen die UN-Regeln vor, dass die NGO-Finanzierung in erster Linie durch Beiträge der nationalen NGOs oder durch Individuen zu erfolgen hat, und dass freiwillige Beiträge offen gelegt werden müssen.

Der UN-Regelung vergleichbare Bestimmungen finden sich auch im Bereich anderer internationaler Organisationen für den Akkreditierungsprozess von NGOs<sup>19</sup>. Das Problem ist also kaum der rechtliche Rahmen, sondern vielmehr die praktische Handhabung dieser Voraussetzungen. Insbesondere müsste gewährleistet werden, dass nicht nur die erstmalige Verleihung eines Konsultativstatus oder dergleichen von einer entsprechenden Überprüfung abhängig gemacht wird, sondern dass die konstante Beibehaltung der jeweiligen Akkreditierungsvoraussetzungen zumindest periodischen Kontrollen unterliegt.

Wird diese Überprüfung durch die akkreditierenden Institutionen effektiv gewährleistet, so kann dies zu einem sehr wirksamen Accountability-Mechanismus werden, da es für viele NGOs von zentraler Bedeutung ist, über das „Gütesiegel“ der Akkreditierung in ein Kooperationsnetzwerk integriert zu werden<sup>20</sup>.

14 Vgl. Kirk, The 1996 Protocol to the London Dumping Convention and the Brent Spar, 46 ICLQ 1997, 957; Spiro, New Global Potentates: Non-governmental Organizations and the „Unregulated“ Marketplace, 18 Cardozo Law Review 1996, 957, 964. Für eine Chronologie der Ereignisse siehe: [http://archiv.greenpeace.de/GP\\_DOK\\_3P/CHRONIK/C12CH01.HTM](http://archiv.greenpeace.de/GP_DOK_3P/CHRONIK/C12CH01.HTM).

15 Siehe die im Internet veröffentlichte Liste der gegenwärtig durchgeführten Konsumentenboykotte unter <http://www.ethicalconsumer.org/boycotts/>

boycotts\_list.htm. Vgl. auch Zelman, The Nestlé Infant Formula Controversy: Restricting the Marketing Practice of Multinational Corporations in the Third World, 3 Transnat'l L. 1990, 697; Rodman, „Think Globally, Punish Locally“: Nonstate Actors, Multinational Corporations, and Human Rights Sanctions, 12 Ethics & International Affairs 1998, 19.

16 Vgl. Reinisch, International Organizations before National Courts (2000).

17 Vgl. Otto, Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of

International Civil Society, 18 Human Rights Quarterly 1996, 107.

18 ECOSOC Res. 1996/31 Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations, 25 July 1996.

<http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1996/eres1996-31.htm>.

19 Vgl. dazu detailliert Hummer, Globalisierung 131 ff.

20 Vgl. Wapner, Defending Accountability in NGOs, 3 Chicago J. Int'l L. 2002, 197, 202.

3.2. Exit

Zahlreiche NGOs sind mitgliederfinanziert und damit von der konstanten Unterstützung durch eben diese Mitglieder abhängig. Für das einzelne NGO-Mitglied ist es normalerweise ein Leichtes, seine Mitgliedschaft zu kündigen, den Zahlschein unausgefüllt zu lassen und vielleicht eine andere NGO zu unterstützen, womit gleichzeitig auch der Wettbewerb unter den NGOs eine Kontrollfunktion erhält. Der Verlust von Mitgliedern und finanzieller Unterstützung kann für NGOs das Ende bedeuten, wodurch der „Ausgang“, „Exit“ aus NGOs, sofern er von einer ausreichenden Zahl an Unterstützern gewählt wird, zu einem höchst effektiven Accountability-Mechanismus wird. Eine solche Exit-Strategie ist freilich nicht auf Mitglieder im formellen Sinn beschränkt, sondern kann sich ebenso durch nicht mehr beitragswillige, externe Finanziere realisieren lassen.

Im Vergleich zu Staaten, aus denen man als ultima ratio auswandern kann – wenngleich das oft leichter gesagt als getan ist – oder im Vergleich zu internationalen Organisationen, aus denen Staaten in der Regel austreten können, ist die Exit-Strategie bei NGOs leicht durchführbar<sup>21</sup>. Doch welches Mitglied macht seine Unterstützung für eine bestimmte NGO schon von einer ernsthaften Accountability-Prüfung abhängig? Zumeist müssen es doch gröbere PR-Probleme sein, die entsprechend von den Medien transportiert werden, um Exit-Entscheidungen von Mitgliedern in für die betroffene NGO spürbarem Ausmaß zu bewirken. Der Vertrauensverlust der Öffentlichkeit hinsichtlich der Verwendung von Spendengeldern nach dem „World Vision“-Skandal mag hier als Beispiel dienen. Am Spill-over-Effekt auf andere Hilfsorganisationen, die dann häufig ebenfalls einen Spendenrückgang zu verzeichnen haben, zeigt sich jedoch auch gleichzeitig, dass die noch nicht genügend ausgeprägte Unterscheidungswahrnehmung der Öffentlichkeit die Adäquanz dieses Exit-Instruments als Accountability-Mechanismus in Frage stellt.

Doch die Mängel bei der praktischen Umsetzung der Exit-Strategie sollen nicht von ihrer prinzipiellen Nützlichkeit ablenken. Eher sollte man das Bewusstsein der einzelnen NGO-Mitglieder dahingehend schärfen, dass diese ihre Unterstützung von der Einhaltung legitim geforderter Verhaltensnormen durch die NGOs abhängig machen. In diesem Zusammenhang sind durchaus Entwicklungspotentiale zu orten: Mit der steigenden Bereitschaft der Öffentlichkeit, finanzielles Engagement zu überdenken, wird in Zukunft die Exit-Strategie generell wichtiger werden. Man denke bloß an die mittlerweile auch in unseren Breiten geführte Diskussion über „ethical investments“, in welcher die Öffentlichkeit als Anleger und damit Unternehmensteilhaber ebenfalls aufgefordert ist, das Verhalten „ihrer“ Unternehmen auf Kriterien, die jenseits bloßer Profitmaximierung liegen, zu überprüfen<sup>22</sup>.

Hier wird wohl ein Lernpotential liegen, das auch für die Teilnahme und letztlich die Sanktionierung durch Disinvestment bzw Exit aus NGOs zukunftsweisend ist.

3.3. Verhaltenskodizes (Codes of Conduct) für NGOs

Schließlich wäre auf einen jüngsten Trend in der NGO Accountability hinzuweisen, nämlich die Ausformulierung von Verhaltenskodizes für NGOs. Dies ist tatsächlich wieder eine bemerkenswerte Umkehrung bekannter Muster, ist doch in den letzten Jahren die Rolle der NGOs als treibende Kraft hinter verschiedenen „Codes of Conduct“ für multinationale Wirtschaftsunternehmen unübersehbar geworden.

Auch NGOs selbst blieben aber von der „Codes of Conduct“-Inflation nicht verschont. Kaum wurden die ersten Verhaltenskodizes für NGOs gefordert, um deren Legitimität zu steigern<sup>23</sup>, erschienen auch schon die ersten „Code of Conduct“ getauften Selbstverpflichtungstexte. Damit versuchten sich Advocacy-NGOs vom Vorwurf gewaltsamer Agitation – wie sie etwa am Rande diverser WTO- und IWF-Tagungen vorkamen – zu distanzieren. Prompt sahen diese NGO-„Codes of Conduct“ dann als wichtigste Selbstverpflichtung den Verzicht auf gewaltsame Proteste vor<sup>24</sup>. In anderen Codes of Conduct haben humanitäre Hilfs- oder Entwicklungs-NGOs detaillierte finanzielle, arbeitsrechtliche und organisatorische Verpflichtungen auf sich genommen<sup>25</sup>.

Ähnlich wie bei den Verhaltenskodizes für multinationale Unternehmen wird es darauf ankommen, wie sich diese freiwilligen Selbstverpflichtungen effektiv implementieren lassen, um zu garantieren, dass es sich nicht bloß um wirksame PR-Maßnahmen handelt. Dabei ist es durchaus denkbar, dass die mangelnde rechtliche Verbindlichkeit dieser freiwilligen Codes of Conduct durch eine entsprechende Rückkoppelung an andere Mechanismen wie die Exit-Strategien der NGO-Mitglieder kompensiert wird. Dazu müsste es Querverbindungen zwischen der Einhaltung von Codes of Conduct und etwa dem Entzug von Akkreditierungen oder Mitgliederunterstützung (als außerrechtliche Sanktionsmechanismen) geben. Wenn es stimmt, dass die Reputation von NGOs zu ihren wichtigsten Gütern gehört<sup>26</sup>, die letztlich ihre Funktionsfähigkeit durch Mitgliederunterstützung und Vernetzungschancen beeinflusst, und wenn diese Reputation tatsächlich von der Einhaltung der in den Codes of Conduct enthaltenen Bestimmungen abhängt, dann ist es durchaus denkbar, dass diese außerrechtlichen Accountability-Mechanismen wirksam werden.

4. Resümee

Noch ist es zu früh zu beurteilen, ob sich die verschiedenen alternativen Formen der Accountability-Mechanismen bewähren werden, ein „verantwortlicheres“ Handeln der NGOs zu garantieren: Aber es ist jedenfalls wert, diese Entwicklungen abzuwarten und zu beobachten, ob es gelingen wird, eine „governance“ ohne „accountability“ zu verhindern<sup>27</sup>.

Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. August Reinisch, LL. M. (NYU) lehrt Völkerrecht und Europarecht an der Universität Wien, [august.reinisch@univie.ac.at](mailto:august.reinisch@univie.ac.at)

21 Vgl dazu Spiro, Accounting for NGOs, 3 Chicago J. Int'l L. 2002, 161, 164.

22 Vgl dazu ua die websites <http://www.ethicalinvestment.org.uk/>, [www.neweconomics.org](http://www.neweconomics.org) sowie [www.socialinvest.org](http://www.socialinvest.org).

23 Vgl Adair, Code Of Conduct For NGOs – a Necessary Reform, 1 October 1999. Verfügbar unter <http://www.iea.org.uk/record.jsp?type=article&ID=1>; The Guardian, World Trade Disorganisation, Wednesday September 19, 2001. Ver-

fügbar unter <http://society.guardian.co.uk/campaigning/story/0,8150,553490,00.html>.

24 Vgl die Selbstverpflichtung der NEW ECONOMICS FOUNDATION vom 12/7/2001 „setting our actions within a framework of non-violence at all times.“ Verfügbar unter <http://www.neweconomics.org/default.asp?strRequest=newsarchive&strNewsRequest=newsitem&intNewsID=116>.

25 Vgl etwa die Codes of Conduct des Internationalen Roten Kreuzes oder des Australian Council

for Overseas Aid, der Dachorganisation zahlreicher australischer NGOs. Verfügbar unter <http://www.ifrc.org/publicat/conduct/code.asp> sowie <http://www.acfoa.asn.au/code/code.PDF>.

26 Vgl Keohane, Commentary on the Democratic Accountability of Non-Governmental Organizations, 3 Chicago J. Int'l L. 2002, 477, 478.

27 Vgl Reinisch, Governance without Accountability, 44 German Yearbook of International Law 2001, 270.



**1. Einleitung**

„Law is an instrument of civil society that does not belong exclusively to governments. Accordingly, where states fail to exercise their obligations to ensure justice, civil society can and should step in.“<sup>1</sup> Diese These steht im krassen Gegensatz zur klassischen Lehre, wonach der Staat „die Normalperson“ des Völkerrechts und „das Völkerrecht im wesentlichen immer noch von Staaten geschaffenes Recht“ ist.<sup>2</sup> In der Tat liegt die „treaty-making power“ nach wie vor bei Staaten und bei – weitgehend von Staaten abhängigen<sup>3</sup> – internationalen Organisationen.

Es ist jedoch festzustellen, dass nicht-staatlichen Akteuren – darunter NGOs – eine zunehmend wichtige Rolle zukommt, sowohl quantitativ<sup>4</sup> als auch hinsichtlich der Unzahl ihrer Aktionsfelder. Viele der internationalen Menschenrechtsverträge beispielsweise hätten ein anderes Gesicht oder wären erst gar nicht ohne das Lobbying und die Expertenarbeit von Menschenrechts-NGOs zustande gekommen. Insbesondere ist dem Engagement dieser NGOs zu verdanken, dass Gendermainstreaming auch im Bereich der Menschenrechte und des internationalen Strafrechts Verankerung findet.

Die folgenden Ausführungen illustrieren dies anhand von zwei Beispielen: Erstens wird auf ein in erster Linie von NGOs initiiertes Projekt eingegangen, welches der Aufarbeitung von historischem Unrecht an Frauen diene – das „Women’s International War Crimes Tribunal“ von Tokyo im Jahr 2000. Zweitens wird der Beitrag von Frauenrechts-NGOs bei der Redaktion des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes unter die Lupe genommen. Zum besseren Verständnis sollen vorab die zentralen Problemstellungen, mit denen Frauenrechtsgruppen zu kämpfen haben, angesprochen werden.

**2. NGOs und Gender**

Frauenspezifische Aspekte der Menschenrechte werden mitunter immer noch zu wenig ernst genommen: Gewalt an Frauen, sowohl in Friedens- als auch in Kriegszeiten, sowohl in westlichen als auch in uns fremden Kulturkreisen, bleibt oft unbemerkt und ungestraft. Feministische Rechtstheorien führen dies auf eine primär auf die Bedürfnisse von Männern abgestimmte Rechtsordnung zurück. Die Benachteiligung der Frauen durch das Recht äußere sich vor allem durch die unterschiedliche Behandlung der öffentlichen und der privaten Sphäre: Die öffentliche Sphäre (die „Politik“, die Medien)

sei männlich dominiert und durch die Menschenrechte geschützt. Die private („weibliche“) Sphäre (das Heim, die Familie, kulturelle Gebräuche) sei dagegen dem liberalen Grundgedanken folgend für den Staat tabu. Daher seien die zahlreichen Gewaltakte und Übergriffe von Männern gegen ihre Ehefrauen, Schwestern oder Töchter nicht Gegenstand staatlicher Kontrolle.<sup>5</sup>

Diese unzureichende Aufmerksamkeit gegenüber den Menschenrechten von Frauen setzt sich auch im humanitären Völkerrecht fort: Obwohl es dort schon seit langem Regeln gegen die Gewalt von Frauen gibt,<sup>6</sup> hat sich die Vorstellung der Vergewaltigung als selbstverständlicher, unvermeidlicher Teilaspekt jedes Krieges bis vor nicht allzu langer Zeit noch beständig in den Köpfen der Menschen durchgesetzt.<sup>7</sup> Genderspezifische Straftatbestände<sup>8</sup> werden entwe-

# Gendermainstreaming im internationalen Strafrecht

Pionierarbeit durch NGOs

Iris Golden



der ignoriert, nicht in ihrer ganzen Dimension erkannt (Vergewaltigung lediglich als Verbrechen gegen die Ehre<sup>9</sup>), oder einfach nicht verfolgt.<sup>10</sup>

Die relative Gleichgültigkeit gegenüber genderspezifischen Menschenrechtsproblemen offenbart sich nicht ausschließlich durch Passivität seitens staatlicher Akteure, sondern durchaus auch im Wirkungsbereich der NGOs: So haben „mainstream-NGOs“ anfangs kein bis sehr wenig Interesse für Genderfragen gezeigt und erst sehr spät begonnen, diese auf ihre Agenda zu setzen.<sup>11</sup> Frauen haben ihre Interessen daher selbst in die Hand genommen und sich weltweit zu zahlreichen Frauenrechts-NGOs formiert, welche sich wiederum wiederholt in Netzwerke zusammenschließen. Artikulationsmöglichkeiten für diese Gruppen boten sich zunächst auf der Weltkonferenz für Menschenrechte 1993 in Wien, wo das Mainstreaming von Frauenrechten, insbesondere die Gewalt an Frauen im öffentlichen wie im privaten Bereich Bestandteil der Schlussklärung

1 Chinkin, Towards the Tokyo Tribunal 2000 5; www.iccwomen.org/tokyo/chinkin.htm.  
 2 Ipsen, Völkerrecht<sup>4</sup> (1999) 54.  
 3 Ipsen, Völkerrecht 54.  
 4 Hummer, Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung – Abgrenzung, Handlungsbefugnisse, Rechtsnatur, in: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht Bd 39 (2000) 50.  
 5 Vgl dazu Charlesworth/Chinkin, The boundaries of international law – a feminist analysis (2000) 231 ff.

6 Bereits der anlässlich des amerikanischen Bürgerkrieges konzipierte „Lieber Code“ von 1863 verurteilt Vergewaltigung als ein Kapitalverbrechen. Zur Geschichte der Gender Crimes vgl Meron, Rape as a Crime under International Humanitarian Law, American Journal of International Law (AJIL) 87 (1993) 425.  
 7 Copelon, Gender Crimes as War Crimes: Integrating Crimes against Women into International Criminal Law, McGill Law Journal 46 (2000) 220.  
 8 Im Folgenden auch „Gender Crimes“: Gemeint sind solche Verbrechen, die durch das Geschlecht

des Opfers bedingt sind. Dieser Begriff ist weiter als jener des „Sexualverbrechens“ und diesem daher vorzuziehen.  
 9 Vgl beispielsweise Art 27 Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten 1949.  
 10 Die Verfolgung von Sexualverbrechen an Frauen während des 2. Weltkrieges spielte bei den unmittelbar folgenden Kriegsverbrechertribunalen so gut wie keine Rolle.  
 11 Charlesworth/Chinkin, boundaries 101.

wurde,<sup>12</sup> sowie auf der 4. Frauenweltkonferenz in Peking 1995 und dem follow up „Peking + 5“. Es blieb jedoch nicht nur bei feierlichen Erklärungen. Wie im Folgenden erläutert wird, manifestiert sich der Beitrag von Frauenrechtsgruppen zum „Gendermainstreaming“, speziell im Bereich des internationalen Strafrechts, durchaus durch konkrete, „handfeste“ Maßnahmen.

### 3. Aufarbeitung von historischem Unrecht:

#### Das „Women’s International War Crimes Tribunal“ von Tokyo 2000<sup>13</sup>

##### 3.1. Der historische Hintergrund

Nach dem Vorbild des von *Russel* initiierten People’s Tribunal, welches sich mit der Verantwortlichkeit der USA für Kriegsverbrechen in Vietnam auseinandersetzte, initiierte die Frauenrechtsorganisation VAWW-Net (Violence against Women in War-Network Japan) das „Women’s International War Crimes Tribunal“. Dieses tagte nach langer Vorbereitungszeit zwischen 8. und 12. Dezember 2000 in Tokyo. Bei einem solchen „People’s Tribunal“ handelt es sich um kein staatliches Gericht, sondern um ein Instrument der Zivilgesellschaft, dessen Hauptfunktion die „Prävention durch Aufklärung und Entlegitimierung staatlicher Makrokriminalität“<sup>14</sup> ist.

Das Women’s Tribunal von Tokyo hatte sich die Aufgabe gestellt, über die Verbrechen an Frauen durch Japan vor und während des zweiten Weltkrieges zu urteilen.<sup>15</sup> In dieser Zeit wurden für das japanische Militär flächendeckend sog. „Comfort-Stations“ errichtet, welche nichts anderes waren als Lager, in denen ca. 200 000 Frauen und junge Mädchen aus den von Japan besetzten Ländern unter schrecklichen Lebensbedingungen festgehalten und gezwungen wurden, den Soldaten der japanischen Armee sexuelle Dienste zu erweisen. Im Klartext bedeutete dies ein von staatlicher Seite erteilter Freibrief zur organisierten Massenvergewaltigung und Versklavung von Mädchen und Frauen jeden Alters.

Die systematische Versklavung dieser Frauen mit all ihren Konsequenzen war nie Gegenstand von Strafverfolgung vor nationalen oder internationalen Militärtribunalen. Auch die Bemühungen der Opfer, Entschädigung oder auch nur ein über das lauwarmer Eingeständnis moralischer Schuld hinausgehendes Schuldbekenntnis durch den japanischen Staat zu erwirken, waren durchwegs erfolglos. Ebenso wenig hatten die Frauen vor zivilen Gerichten eine Chance auf Entschädigung.<sup>16</sup> 1995 wurde zwar ein Entschädigungsfonds eingerichtet, dieser wurde aber aus privaten und nicht aus staatlichen Mitteln gespeist. Er war für die Opfer auch keine zufrieden stellende Maßnahme, da er keinerlei staatliche Übernahme der rechtlichen Verantwortung implizierte.<sup>17</sup>

##### 3.2. Das Urteil des Women’s Tribunal

Ein Jahr nach der Abhaltung des Tribunals, am 4. Dezember 2001, präsentierten die RichterInnen in Den Haag das schriftliche Urteil. Im Wesentlichen enthält das über 200 Seiten hinausgehende Schriftstück zweierlei: Einerseits die Zuweisung von rechtlicher Verantwortung an Einzelpersonen – darunter erstmals auch Kaiser Hirohito – für die Verbrechen der Vergewaltigung und Versklavung als Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

Andererseits enthält es auch eine Zuweisung von Staatenverantwortlichkeit an die damaligen Alliierten Staaten (für die Untätigkeit trotz Kenntnis der Umstände) und an Japan wegen der Verbrechen und deren Nichtaufarbeitung bis zum heutigen Tag. Aufgrund der Staatenverantwortlichkeit ist auch ein Antrag auf Schadenersatz beigefügt. Außerdem hat das Gericht, in Ermangelung der Kompetenz zu verbindlichen Weisungen, Empfehlungen sowohl an Japan als auch an die damaligen Alliierten gerichtet; Empfehlungen, denen zwar nur moralisches Gewicht zukommt, deren Ziel es aber war, Japan endlich zu einem Eingeständnis einer rechtlichen Schuld zu bewegen.

##### 3.3. Die Bedeutung des Women’s Tribunal

Die Grenzen eines people’s tribunal sind offensichtlich: Sein Urteil hat keine rechtliche Bindungskraft und ist daher auch nicht durchsetzbar. Der japanische Staat hat sich bislang zur Umsetzung keiner der Empfehlungen durchringen können. Das Tribunal, über welches in ausländischen Medien ausführlich berichtet wurde,<sup>18</sup> wurde sogar von japanischen Medien so gut wie totgeschwiegen. Wenn eines der Ziele des Unterfangens das Erreichen eines offiziellen Schuldgeständnisses Japans war, ist es in diesem Punkt gescheitert. Dennoch wäre es verfehlt, aus diesen Gründen und wegen der mangelnden rechtlichen Bindungskraft das Tribunal als rechtlich bedeutungslos zu beurteilen.<sup>19</sup> Es ist zumindest ein ernst zu nehmendes Signal gegen den von rechtsgerichteten Gruppen verbreiteten Revisionismus, welcher die Existenz von Comfort-stations bestreitet<sup>20</sup> und die Opfer damit weiterhin zum Schweigen und Vergessenwerden verurteilt.

Seine Bedeutung liegt in einer fundierten Darstellung des bereits zur Zeit der Untaten bestehenden Völkerrechts und somit einer – wenn schon nicht mit Rechtskraft versehenen, so doch in der Sache fälligen – Ergänzung der Kriegsverbrechertribunale von 1946–48.

Im Übrigen lassen sich aus der Nichtstaatlichkeit auch positive Aspekte ableiten, so zum Beispiel das gänzliche Fehlen von politischen Opportunitätserwägungen: Im Gegensatz zu „wirklichen“ Kriegsverbrechertribunalen, deren Ergebnisse meist

<sup>12</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/23, 12. 7. 1993, Rn 38: „In particular, the World Conference on Human Rights stresses the importance of working towards the elimination of violence against women in public and private life, the elimination of all forms of sexual harassment, exploitation and trafficking in women, the elimination of gender bias in the administration of justice (...).“

<sup>13</sup> Für einen Überblick vgl. *Chinkin*, Tokyo Tribunal oder *Matsui*, The Historical Significance of the Women’s International War Crimes Tribunal 2000 – Overcoming the Culture of Impunity of Wartime Sexual Violence, Kanagawa University Review 39 (2001); <http://www1.jca.apc.org/>

[vaww-net-japan/english/womenstribunal2000/basicpapers.html](http://vaww-net-japan/english/womenstribunal2000/basicpapers.html).

<sup>14</sup> Vgl. dazu *Paech*, Sinn und Missbrauch in internationaler Gerichtsbarkeit (01) 3; <http://www.lawyers-againsthewar.org/legalarticles/paech.html>.

<sup>15</sup> Art 2 der Charta des Tribunals; <http://www1.jca.apc.org/vaww-net-japan/english/womenstribunal2000/charter.html>.

<sup>16</sup> Vgl. die Berichte der BBC v. 6. 12. 2000 „No compensation for Japan sex slaves“ und 29. 3. 2001 „Japan overturns sex slave ruling“; jeweils <http://news.bbc.co.uk>.

<sup>17</sup> Nur eine geringe Anzahl von Frauen hat Zahlungen aus diesem Fonds akzeptiert; mittlerweile hat dieser auch seine Tätigkeit eingestellt. Vgl. den

Bericht der BBC v. 20. 2. 2002 „Fund ends payments to comfort women“; <http://bbc.co.uk>.

<sup>18</sup> *ZB Watts*, Uncomfortable for some, The Guardian, 15. 12. 2000; *Hansen*, Japans Gottkaiser angeklagt, taz, 9. 12. 2000; [www.taz.de](http://www.taz.de). Zur internationalen Medienresonanz allgemein vgl. *Rechenberger*, Das Women’s International War Crimes Tribunal on Japanese Sexual Slavery, Dezember 2000: Analyse der Medienberichterstattung in und außerhalb Japans, in Brühler Tagung junger Asienexperten (2001); [www.chinafokus.de](http://www.chinafokus.de).

<sup>19</sup> So auch *Chinkin*, Tokyo Tribunal 4.

<sup>20</sup> *Matsui*, Historical Significance 7.

durch politische Interessenabwägungen mitbeeinflusst werden,<sup>21</sup> stand hier die Rehabilitierung der Opfer im Mittelpunkt. Charakteristisch für das Tribunal ist die Kompromisslosigkeit, mit der die in Frage stehenden Verbrechen an den Pranger gestellt wurden. Interessant ist dabei auch, dass die Charta des Tribunals die Beurteilung von sowohl individueller (strafrechtlicher) als auch staatlicher – im Hinblick auf die Unterlassung der Strafverfolgung und Entschädigung der Opfer bis in die Gegenwart reichender – Verantwortung, vorgesehen hat.

Dieses Tribunal, dessen Existenz auf dem Wunsch beruhte, die Verantwortlichkeit der Täter durch die Sammlung von Beweismaterial und die bisher unterlassene Würdigung bereits damals geltenden Rechts zumindest festzuschreiben, kann schon von seinem Ansatz her nicht als unparteiisch bezeichnet werden. Seine Nichtstaatlichkeit erleichterte die Erfüllung seiner Aufgabe auch dadurch, dass es nicht im gleichen Maße wie Staaten an die Regeln des fair trial gebunden war; Hürden wie das Verbot des Urteils in absentia (sogar über bereits verstorbene Angeklagte) konnten daher nicht ins Gewicht fallen.

Der „Makel der Nichtstaatlichkeit“ relativiert sich auch aus folgendem Grund: Kriegsverbrechertribunale haben neben der eigentlichen Aufgabe eines Urteils über strafrechtliche Verantwortung auch noch andere Funktionen, welche nicht strikt „hoheitlicher“ bzw strafender Natur sind und somit auch von privaten Akteuren erfüllt werden können; dies sollen zwei Beispiele verdeutlichen:

Ein wichtiger Punkt ist zum einen die geschichtliche Aufarbeitung und Dokumentation des geschehenen Unrechts. Im vorliegenden Fall ist dies auf qualitativ hochwertige Weise geschehen, denn die Ergebnisse des Tribunals sind das Resultat fundierter juristischer Recherche, die nicht zuletzt auch auf die qualifizierte Besetzung des Tribunals zurückzuführen ist. Dass sich hierfür neben distinguierten RechtsprofessorInnen – wie zB *Christine Chinkin* – auch Personen zur Verfügung gestellt haben, die Funktionen in internationalen Tribunalen innehaben bzw hatten – so *Gabrielle Kirk Mc Donald*<sup>22</sup> als eine der Richterinnen oder *Patricia Viseur Sellers*<sup>23</sup> als eine der Chefanklägerinnen – mag dem Tribunal noch zusätzliche Legitimität verleihen.

Zum Zweiten ist es eine weitere „nichthoheitliche“ Aufgabe eines Kriegsverbrechertribunals, den Opfern ein Forum zu bieten, um ihre Geschichte der Welt mitzuteilen. Dadurch soll eine neuerliche Viktimisierung durch Totschweigen verhindert werden.

Wenn auch nicht mit Durchsetzungskraft gesegnet, hat das Tribunal es dennoch geschafft, den Opfern ein Stück ihrer Würde wiederzugeben. Dies, und der Beitrag zur Erweiterung des Wissens und Bewusstseins um an Frauen begangene Verbrechen machen das Women’s Tribunal zu einem wichtigen Teil des „Gendermainstreaming-Prozesses“.

#### 4. Der Internationale Strafgerichtshof (ICC)

##### 4.1. Hintergrund

Ein weiterer wichtiger Schritt in diesem Prozess ist das Römische Statut für einen Internationalen Strafgerichtshof. Das Romstatut 1998 ist das Ergebnis jahrelanger, mit Unterbrechungen getätigter Arbeit.<sup>24</sup> Der von der Internationalen Juristenkommission (International Law Commission) erarbeitete Entwurf wurde zunächst von einem „ad hoc committee“, dann von einem „preparatory committee“ (PrepCom) bearbeitet, welcher schließlich den Entwurf lieferte, der Verhandlungsgrundlage der Regierungskonferenz in Rom war.

Sowohl bei den Vorarbeiten als auch bei der Konferenz in Rom 1998 waren zahlreiche NGOs involviert. Eine Resolution der UN-Generalversammlung<sup>25</sup> gab den NGOs auf der Konferenz eine Reihe von Kompetenzen: Sie waren beispielsweise auf allen Plenarsitzungen zugelassen, sie hatten Zugang zu allen offiziellen Dokumenten, sie durften ihre Materialien propagieren, wodurch ein günstiges Klima für Lobbying geschaffen wurde. Ein weiteres Erfolgsrezept war Netzwerkbildung,<sup>26</sup> und schließlich wurden sogar manchen kleineren Staaten von NGOs ehrenamtliche Delegierte bereitgestellt.<sup>27</sup>

##### 4.2. Der Women’s Caucus for Gender Justice

NGOs hatten während der gesamten Genese einen maßgeblichen Einfluss auf die Redaktion des Statuts.<sup>28</sup> Besonders deutlich wird das im Falle der „gender-related crimes“: Der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofs unterliegen nur „die schwersten Verbrechen, welche die internationale Gemeinschaft als Ganzes berühren“<sup>29</sup> – dass Gender-Crimes mitberücksichtigt werden, ist als geschichtlicher Wendepunkt zu werten.<sup>30</sup>

Die „mainstream“ NGOs zeigten jedoch ebenso wie die staatlichen Delegationen in den Anfangsstadien der Verhandlungen kaum Interesse für frauenspezifische Themen.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund formierte sich auf der PrepCom-Sitzung 1997 der Women’s Caucus for Gender Justice,<sup>32</sup> ein Zusammenschluss von NGOs und Einzelpersonen innerhalb der „Coalition“,<sup>33</sup> welche sich für die Berücksichtigung der genderspezifischen Aspekte und die Rechte der Frauen durch den Internationalen Strafgerichtshof engagieren.

Der Women’s Caucus spielte dabei eine ganz wesentliche Rolle, sowohl bei den PrepCom Sitzungen als auch bei der Konferenz selbst. Zu diesem Zeitpunkt bestand das Netzwerk bereits aus mehr als 200 Frauen-NGOs aus allen Teilen der Welt. Sein Lobbying war besonders bei den „like minded states“<sup>34</sup> erfolgreich. Wie anschließend gezeigt wird, hat er viele seiner Anliegen durchgesetzt, und dies, obwohl der Weg oft steinig war: So manchen Staatenvertretern war die Notwendigkeit eines gender-sensiblen Ansatzes anfangs gar nicht bewusst. In einigen Punkten kristallisierte sich eine grundsätzliche Opposition bestimmter Staaten, insbesonde-

21 Vgl dazu *Bass*, *Stay the Hand of Vengeance* (2000).

22 Ehemalige Präsidentin des UNO Strafgerichtshof für das Ehemalige Jugoslawien (ICTY).

23 Experte für Genderfragen beim ICTY.

24 Einen Überblick über die Geschichte bietet zB *Arsanjani*, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, *AJIL* 93 (1999) 22.

25 GA RES 52/160 vom 28. 1. 1998, Rn 9.

26 Bereits 1995 formierte sich die „Coalition for an International Criminal Court“ um die Arbeit der

NGOs besser zu koordinieren und die Effektivität zu steigern.

27 *Arsanjani*, *Rome Statute* 23.

28 *Pace/Schense*, *The Role of Non-Governmental Organizations*, in: *Cassese et al (Hrsg), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary* (2002) 108.

29 Art 5 Römisches Statut: Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen, Aggression.

30 *Bedont/Hall Martinez*, *Ending Impunity for Gender Crimes under the International Criminal Court*, *The Brown Journal of World Affairs*, VI/1/1999, 1; [http://www.crlp.org/pub\\_art\\_icc.html](http://www.crlp.org/pub_art_icc.html).

31 *Bedont/Hall Martinez*, *Ending Impunity* 2.

32 Vgl [www.iccwomen.org/aboutcaucus.htm](http://www.iccwomen.org/aboutcaucus.htm).

33 Vgl FN 26.

34 Jene – in der Mehrheit befindliche – Gruppe von Staaten, die gegenüber einem starken Strafgerichtshof positiv eingestellt ist (zB Canada, Australien).

re des Vatikans und Staaten aus dem islamischen Kulturkreis heraus.<sup>35</sup> Da auf der Konferenz generell die Beschlussfassung durch Konsens vorgesehen war, sind manche Bestimmungen das Produkt eines mühsam erarbeiteten Konsenses und daher weniger scharf formuliert, als ursprünglich vom Women's Caucus gewünscht. Dass genderspezifischen Verbrechen im Romstatut dennoch ein bisher nie da gewesenes Gewicht zukommt, ist bemerkenswert.

#### 4.3. Erfolge des Women's Caucus

##### 4.3.1. Allgemeines

Die Rechtsprechung der beiden ad hoc Kriegsverbrechertribunale für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda – man denke nur an Entscheidungen wie *Akayesu*<sup>36</sup> oder *Furundzija*<sup>37</sup> – ist beispielhaft für die Integration von genderspezifischen Verbrechen in das internationale Strafrecht. Der Women's Caucus war einerseits bestrebt, den dort erreichten Status Quo zu erhalten, andererseits sollte der bereits erreichte Standard durch das Statut noch übertroffen werden. Wie zu zeigen sein wird, ist dies auch weitgehend gelungen: Die Erfassung der Gendercrimes unter allen drei „Sammeltatbeständen“ (Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen und Völkermord – beim letzterem erst nachträglich im Rahmen der so genannten „elements of crimes“<sup>38</sup>) ermöglicht deren beinahe lückenlose Verfolgung.

##### 4.3.2. Verbrechen gegen die Menschlichkeit

Art 7 Römisches Statut, welcher die „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ definiert, ist in vielerlei Hinsicht vom Women's Caucus mitgeprägt: Zum einen hat sich der Women's Caucus für eine Formulierung stark gemacht, die der Strafverfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit möglichst wenige Hindernisse in den Weg legt. So wurde zum Beispiel durchgesetzt, dass Verbrechen gegen die Menschlichkeit nicht nur in Kriegs-, sondern auch in Friedenssituationen der Gerichtsbarkeit des Strafgerichtshofes unterliegen.<sup>39</sup>

Inhaltlich wurden durch das Lobbying des Women's Caucus folgende Tatbestände eingeführt: „Vergewaltigung, sexuelle Sklaverei, Nötigung zur Prostitution, erzwungene Schwangerschaft, Zwangssterilisation oder jede andere Form sexueller Gewalt von vergleichbarer Schwere.“<sup>40</sup> Außerdem wurde die längst fällige Entkoppelung von „persönlicher Würde“ hergestellt: Noch in den Genfer Konventionen<sup>41</sup> wurde nämlich Vergewaltigung nicht als ein Verbrechen an der

körperlichen Integrität der Frau, sondern an ihrer Ehre betrachtet. Das hat meist zur Folge, dass sie in der Gesellschaft als „schmutzig“ bzw. „unehrerbar“ betrachtet werden. Durch die dadurch feststellbare Marginalisierung (zB Verminderung von Heiratschancen, Verstoß durch die Familie) wird die Opferstellung dieser Frauen noch perpetuiert.

Besonders bemerkenswert ist die gegen den Widerstand der „unholy alliance“ (Vatikan, islamistische Staaten) erfolgte Inkludierung der „erzwungenen Schwangerschaft“. Dies ist das erste Mal, dass dieser Tatbestand in einem verbindlichen Rechtsinstrument erwähnt wurde.<sup>42</sup>

Als weiteren Tatbestand wurde die „Verfolgung“ auch aufgrund des „Geschlechts“ („Gender“) aufgenommen.<sup>43</sup> Beim Tatbestand der „Versklavung“ wurde der Handel „insbesondere mit Frauen und Kindern“ mitberücksichtigt.<sup>44</sup>

Hier wird die Bedeutung der Ausweitung der Jurisdiktion auf Friedenszeiten deutlich: Das Statut bietet auf diese Weise eine Grundlage der Verfolgung des organisierten Frauenhandels.<sup>45</sup> Die bereits oben problematisierte Gewalt an Frauen im alltäglichen Umgang liegt zwar jenseits der Zuständigkeit des Tribunals. Allerdings ist der sensible Umgang mit Genderfragen innerhalb des Statuts als impulsgebendes Element einer allgemeinen Entwicklung zu sehen, die ein Aufbrechen von frauenfeindlichen Strukturen innerhalb von Recht und Gesellschaft zum Ziel hat.

#### 4.3. Kriegsverbrechen

Die bereits als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gebrandmarkten genderspezifischen Tatbestände werden im Romstatut auch als Kriegsverbrechen kodifiziert und zwar sowohl im Kontext internationaler<sup>46</sup> als auch nationaler<sup>47</sup> bewaffneter Konflikte.

#### 4.4. Prozedurale Aspekte

Ein weiterer Triumph des Women's Caucus sind die Bestimmungen über die Besetzung des Gerichtes. So müssen die Staaten bei der Auswahl der Richter gewährleisten, dass ein Gleichgewicht zwischen Männern und Frauen erreicht wird<sup>48</sup>. Auch das Kriterium der Gender-Expertise muss Berücksichtigung finden.<sup>49</sup> Tatsächlich sind derzeit sieben der 18 gewählten RichterInnen Frauen.<sup>50</sup>

Stark ausgebaut wurde sowohl im Statut<sup>51</sup> selbst als auch in der Verfahrens- und Beweisordnung der Zeugen- und Opferschutz. Zum einen durch die Beweisregeln, welche in Bezug auf Sexualverbrechen so gestaltet sind, dass die Sicher-

35 Copelon, Gender Crimes 236 spricht hier von einer „unholy alliance“.

36 International Criminal Court for Rwanda 2. 9. 1998. In dieser Entscheidung wurde *Akayesu*, ehemaliger Bürgermeister in Taba, der Vergewaltigung als Völkermord schuldig gesprochen. Es soll aber nicht vergessen werden, dass in der ursprünglichen Anklageschrift keinerlei genderspezifische Verbrechen genannt waren. Dies wurde erst aufgrund von zwei Zeuginnaussagen und nicht zuletzt auch durch einen von Frauenrechtsgruppen unterzeichneten amicus curiae nachgeholt. Dieser ist unter [www.ichrd.ca/english/commdoc/publications/women/amiceng.html](http://www.ichrd.ca/english/commdoc/publications/women/amiceng.html) einsehbar. Vgl dazu auch ausführlich Copelon, Gender Crimes 223 f.

37 ICTY 16. Juli 1998; Für einen Überblick über diese und weitere genderrelevante Entscheidungen der UNO Tribunale vgl *Askin*, Sexual Violence in

Decisions and Indictments of the Yugoslav and Rwandan Tribunals: Current Status, AJIL 93 (1999) 97 ff.

38 Diese wurden von der „Assembly of State Parties“ im September 2002 verabschiedet: Die „Verbrechenselemente“ („elements of crime“) zu Art 6 lit b definieren „Genocide by causing serious bodily or mental harm“ folgendermaßen: „This conduct may include, but is not necessarily restricted to, acts of torture, rape, sexual violence or inhuman or degrading treatment.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

39 Auch wenn an sich die Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach allgemeinem Völkerrecht nicht von Krieg und Frieden abhängig sind, haben sowohl das Kriegsverbrechertribunal von Nürnberg als auch der ICTY die Jurisdiktion der jeweiligen Gerichtshöfe an das Erfordernis des Kriegszustandes geknüpft.

40 Art 7 Abs 1 lit g Römisches Statut.

41 Vgl FN 9.

42 *Bedont/Hall Martinez*, Ending Impunity 7.

43 Art 7 Abs 1 lit h Römisches Statut.

44 Art 7 Abs 2 lit c Römisches Statut.

45 In diesem Sinne auch *Hall* in Triffterer (Hrsg), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (1999) 160.

46 Art 8 Abs 2 lit b (xxii) Römisches Statut.

47 Art 8 Abs 2 lit e (vi) Römisches Statut.

48 Art 36 Abs 8 lit a (iii) Römisches Statut.

49 Art 36 Abs 8 lit b Römisches Statut.

50 <http://www.iccwomen.org>. Vgl auch *Barriga*, Der Countdown läuft – Richterinnen beim Internationalen Strafgerichtshof im Vormarsch, *juridikum* 1/2003, 16.

51 Art 68 Römisches Statut.

heit und Würde der Zeugen und Opfer gewahrt bleiben und eine wirksame Verfolgung ermöglicht wird: Beispielsweise wurde der Unsitte, bei Sexualverbrechen ein Einverständnis des Opfers oder gar eine geringere Glaubwürdigkeit aus dessen früheren Sexualverhalten abzuleiten, durch die Punkte 70 (d) und 71 der Verfahrensordnung ein Riegel vorgeschoben. Ein weiterer Beitrag zum Zeugen- und Opferschutz ist die Einrichtung einer Abteilung für Opfer und Zeugen („Victim and Witnesses Unit“) innerhalb der Kanzlei.<sup>52</sup> Auch wurde die Leistung von Schadenersatz vorgesehen.<sup>53</sup>

**5. Schlussworte**

Es bleibt festzuhalten, dass das internationale Strafrecht ohne den Einsatz von Frauenrechts-NGOs, sei es durch aktive Teilnahme an der Gestaltung von internationalen Verträgen, sei es durch das Aufzeigen von Verfehlungen durch Staaten, den Anliegen der Frauen immer noch nicht Rechnung tragen würde. Sie sind ein machtvoller Faktor, und die spürbare Professionalisierung bewirkt, dass die Arbeit der NGOs für Staaten nicht nur als unbequem, sondern auch als ernst zu nehmend empfunden wird. Die bemerkenswerte fachliche Expertise vieler NGOs ist sicherlich mit ein Grund für das im Vergleich zu früher tendenziell konstruktivere Verhältnis zwischen Staaten und dem Non-Profit-Sektor. Wie das Beispiel des Romstatuts gezeigt hat, kann dies für die Sache der Frauenrechte nur als positiv beurteilt werden.

*Mag<sup>a</sup>. Iris Golden, LL. M. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; iris.golden@univie.ac.at.*

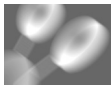
VERLAG ÖSTERREICH

**Seminartipps**

- 19. 1. 04, Innsbruck, 9.30–17.30  
**Neueste Entwicklungen im österreichischen Grundverkehrsrecht im Lichte des Europarechts** *DDr. Christian Schneider*
- 20. 1. 04, Linz, 14.00–18.00  
**Steuerreform 2003/2004**  
*MMag. Dr. Klaus Hilber*
- 27. 1. 04, Wien, 16.00–20.00  
**Arbeitsvertragsrecht** *Mag. Martin Hübl*
- 29. 1. 04, Wien, 9.00–17.00  
**Außerstreitgesetz Neu** *Dr. Hans Langer*
- 25. 2. 04, Wien, 9.00–17.00  
**Aktuelle Rechtsprechung im Vertragsrecht** *Hofrat Prof. Dr. Franz Hartl, Vizepräsident des OGH Dr. Horst Schlosser*
- 10. 3. 04, Wien, 14.00–18.00  
**Elternteilzeit** *Dr. Gerald Burgstaller*
- 11. 3. 04, Wien, 16.00–20.00  
**Wohnungseigentumsbegründung in der Praxis mit Mustern** *Hon.-Prof. Dr. Helmut Würth*
- 16. 3. 04, Wien, 14.00–18.00  
**Teilungsklage im WEG** *Sen.-Präs. Dr. Dietrich Derbolav, Mag. Dr. Alfred Popper*
- 17. 3. 04, Wien, 14.00–18.00  
**Der Schadenersatzanspruch** *Dr. Christian Huber*
- 23. 3. 04–25. 3. 04, Wien, 9.00–17.00  
**Arbeitsrecht von A–Z/Einführung**  
*Dr. Franz M. Adamovic*
- 23. 3. 04, Linz, 9.00–17.00  
**Aktueller Stand der oberösterreichischen Wohnbauförderung und Wohnhaussanierung** *Dr. Wolfgang Sünderhauf, Helmut Blin*
- 24. 3. 04, Wien, 14.00–18.00  
**Urheberrechtsgesetz Neu – erste praktische Erfahrungen** *Dr. Georg Mayer*
- 25. 3. 04, Wien, 14.00–18.00  
**Hausbesorger ALT – Hausbetreuer NEU**  
*Dkfm. Mag. Gudrun Hasenauer, Dr. Ulrike Assem*
- 25. 3. 04, Wien, 9.00–17.00  
**Die Nutzwertberechnung durch Sachverständige** *SR DI Werner Böhm, SR Dr. Peter Heindl*
- 31. 3. 04, Wien, 14.00–18.00  
**Gleichbehandlungsgesetz Neu**  
*Dr. Gerald Burgstaller*

 **VERLAG ÖSTERREICH** Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589  
VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI order@verlagoesterreich.at  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)

52 Art 43 Abs 6 Römisches Statut.  
 53 Art 75 Römisches Statut



Am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der KFU Graz existiert seit zweieinhalb Jahren das Projekt Refugee Law Clinic („Clinic“). Dabei wird ein Modell aus dem angelsächsischen Raum für österreichische Verhältnisse adaptiert. Ziel ist, Studierende nach intensiver Schulung im Asyl- und Flüchtlingsrecht zur Rechtsberatung von AsylwerberInnen und Flüchtlingen mit Unterstützung einer Clinic-Struktur zu gewinnen. So wird eine kostengünstig und qualifiziert arbeitende Beratungsstelle geschaffen. Gleichzeitig wird dem Interesse an verstärktem Praxisbezug in der Lehre entsprochen, die verstärkte wissenschaftliche Durchdringung der Materie gefördert und an der Vernetzung einschlägig tätiger Einrichtungen gearbeitet. Für die Studierenden ergibt sich durch praktische Arbeit mit AsylwerberInnen ein umfassender Lerneffekt.

Law Clinics sind ein amerikanisches Lehr- und Lernmodell, das Theorie und Praxis verbindet. Im Flüchtlingsrecht haben sie in Europa Verbreitung gefunden, sind aber auf andere Bereiche übertragbar. Sie verbinden die Bereitstellung von Rechtsberatung mit der theoretischen Ausbildung von JustizstudentInnen. Studierende arbeiten dabei regelmäßig unter Aufsicht eines praktizierenden Rechtsvertreters und betreuen KlientInnen in allen Stadien eines Verfahrens. Während verschiedene Modelle existieren, arbeiten Rechts-Clinics meist mit einer Partner-NGO und mit einer rechtswissenschaftlichen Fakultät zusammen, die Studierenden ein praxisrelevantes Zusatzangebot machen möchte.

In Zentraleuropa und dem Baltikum fanden Staaten in den 1990ern oft eine Lücke zwischen ihren völkerrechtlichen Asylverpflichtungen und ihren finanziellen und administrativen Möglichkeiten. Rechtsberatung für AsylwerberInnen und Flüchtlinge wird in vielen Ländern nicht finanziell unterstützt,<sup>1</sup> wodurch teilweise Clinics an vorderster Front der Beratung agierten.<sup>2</sup>

An amerikanischen Universitäten wird das Clinic-Format für die verschiedensten Rechtsfächer eingesetzt.<sup>3</sup> Aus den USA stammt auch die Bezeichnung „Clinic“, die anfangs für Irritationen gesorgt, sich jedoch etabliert hat.

### Das Grazer Modell

Das Projekt, das aus einer vom Leiter des österreichischen Bundesasylamtes geführten Lehrveranstaltung hervorgegangen ist, wurde in den letzten Semestern vorsichtig und unter regem Zuspruch Studierender als „Grazer Modell“ begonnen. Der Schritt in eine eigenständige Beratungstätigkeit – vorerst hintangestellt – erfolgt allmählich.

Die Stadt Graz ist aufgrund verschiedener Faktoren ein Anziehungspunkt für eine beträchtliche Zahl von AsylwerberInnen. Grazer Rechtsberatungsstellen (Rechtsanwälte, NGOs ua) bieten ein qualitativ hoch stehendes Beratungsangebot. Aufgrund begrenzter Ressourcen steht letzteres nicht allen

AsylwerberInnen in gleicher Qualität zur Verfügung. Es gibt Bedarf an weiteren Beratungseinrichtungen.

Als positiver Effekt für den Flüchtlingsbereich und die Universität geht einerseits aus der Universität eine größere Zahl von JuristInnen mit Kenntnissen im Flüchtlingsrecht und der einschlägigen Problematik hervor; andererseits ergeben sich durch die Verbindung von Lehre, Forschung und Praxis Synergieeffekte. Studierende fungieren als MultiplikatorInnen und Kontaktpersonen und erzielen so sozial integrative Effekte.

Mittlerweile hat sich die Grazer Clinic in einer Nische etabliert und trägt das Potential zu mehr in sich. Zielsetzung und Aktivitäten umfassen: Einrichtung einer Rechtsberatungsstelle – administriert von einem Koordinator, kontrolliert von externen ExpertInnen; Informationsvermittlung für AsylwerberInnen durch Studierende, Begleitung bei Behördenwegen, Einvernahmen uä; Ausbau des universitären Lehrangebots, ergänzt durch Vorträge, Schulungen etc; Studierende lernen anhand praktischer Übungen mit AsylwerberInnen

# Die Grazer „Refugee Law Clinic“

Christoph Weritsch

nen, Vernetzung einschlägiger Ressourcen und Förderung des wissenschaftlichen Diskurses zum Thema; enge Kooperation mit Behörden und NGOs.

Methoden der Zielerreichung sind: Rechtsberatung durch Studierende unter Einhaltung üblicher Beratungsstandards, Begleitung bei Behördenwegen und zu Einvernahmen als RechtsvertreterInnen oder Vertrauenspersonen; Schulungen und Informationsveranstaltungen für AsylwerberInnen, wodurch sich gleichzeitig Studierende Fähigkeiten aneignen; fundierte Ausbildung im Asyl- und Flüchtlingsrecht im Rahmen des universitären Lehrangebots; ergänzend Angebote in angrenzenden Rechtsmaterien (Fremdenrecht, AusländerInnenbeschäftigung, Menschenrechte, Verwaltungsrecht etc); begleitende Evaluierung und Förderung des wissenschaftlichen Diskurses in wissenschaftlichen Arbeiten, Diskussionsveranstaltungen ua; sorgfältige Dokumentation der quantifizierbaren Zielsetzungen; internationale Vernetzung mit ähnlichen Einrichtungen und ExpertInnen.

Das Beratungsprojekt ist auf Inanspruchnahme durch die Zielgruppe angewiesen. Die Begleitungstätigkeit ist eine direkte Serviceleistung für die Zielgruppe. Erste Praxiserfahrungen sammeln Studierende in allgemeinen Informationsveranstaltungen für die Zielgruppe. In der universitären Lehre wird anhand konkreter Fälle das Feld erarbeitet. Dazu ist die Mitwirkung Betroffener vonnöten. Es ist für die Beratung notwendig, Studierenden Fertigkeiten im Umgang mit Men-

<sup>1</sup> Das österreichischen Modell wird sich mit der Asylgesetznovelle wieder ändern. Vgl <http://www.asylanwalt.at>.

<sup>2</sup> Vgl *Hackett*, Polish Students ‚Bring the Law Alive‘. A legal clinic for the poor ‚shocks the system‘ at an ancient Krakow University, Ford Foundation Report 2000.

<sup>3</sup> Vgl zB *Wilson*, Clinical Education for Human Rights Advocates, in *Andreopolis ua*, Human Rights Education Handbook 1996.

schen anderer Kulturen zu vermitteln. Übungen finden unter aktiver Mitarbeit Betroffener statt.

Mit dem Projekt soll ein kostengünstiges Angebot der Rechtsberatung gemacht werden. Durch Wegfall von Kostenbarrieren und Kapazitätsgrenzen soll Betroffenen Inanspruchnahme rechtlicher Anleitung erleichtert werden. In den allgemeinen Praxisteilen, die der Beratung vorgelagert sind, sollen AsylwerberInnen das Verständnis allgemeiner Zusammenhänge des österreichischen Systems und Grundkenntnisse über integrationsrelevante Inhalte vermittelt werden. Der verbesserte Informationsstand über Rechte und Pflichten soll eigenständiges Handeln erleichtern.

Begrenzte Ressourcen prägen die Arbeit, aber mittlerweile haben wir einen funktionsfähigen Modus gefunden. Überstanden hat das Projekt die ersten Jahre va deshalb, weil sich Stimmen aus der Praxis, sowie von Seiten der Studierenden, von der Qualität der Idee überzeugt gezeigt haben und viel ehrenamtliche Arbeit investiert wurde. Nützlich war dabei, dass der Flüchtlingsbereich aufgrund seiner Aktualität und medialen Präsenz auf großes Interesse stößt, während fundierte und sachliche Information darüber nicht leicht zu erhalten ist. Dafür sind die Studierenden regelmäßig bereit, überdurchschnittliche Anstrengungen auf sich zu nehmen.

Nach dem gegenwärtigen Stand ist die Lehrveranstaltung von der rechtswissenschaftlichen Fakultät getragen, der Praxisteil funktioniert mit freiwilliger Unterstützung von Betreuungsorganisationen. Zusätzliche Aktivitäten werden jeweils auf Basis der Verfügbarkeit weiterer Mittel gesetzt.

### Die organisatorische Grundstruktur

Es nehmen jeweils ca 25–30 Studierende an den Veranstaltungen teil. Durch die aktuellen Studienpläne nunmehr durchgehend mit der Absicht die Lehrveranstaltung abzuschließen, wo zuvor inhaltliches Interesse Hauptmotiv war. Die Qualitäten des Konzepts vermögen sich augenscheinlich auch gegen Widerstände durchzusetzen. Dies wird dadurch illustriert, dass in Salzburg und Wien teils ähnliche Initiativen neue Dynamik bekommen haben.

Für die Grundstruktur des Projekts haben sich folgende Elemente herauskristallisiert. Es gibt die Lehrveranstaltung zum Asylrecht mit einem menschenrechtlichen Schwerpunkt am Institut für Völkerrecht. Diese wird zwar von *Univ.-Prof. W. Benedek* und *W. Taucher* (Leiter Bundesasylamt) geleitet, inhaltlich aber zum Großteil von PraktikerInnen bestritten. Daneben müssen alle TeilnehmerInnen einen Praxisteil absolvieren. Zusätzlich wird Unterstützung in Hinblick auf weitergehendes Engagement, Herstellung von Kontakten mit Organisationen, für das Verfassen von Arbeiten etc. geboten. Zum Abschluss müssen alle Studierenden eine kurze wissenschaftliche Abschlussarbeit einreichen.

Die Lehrveranstaltung dient einer ersten Durchsicht aller im Asyl- und Flüchtlingsrecht zentralen Bereiche. Der Stoff selbst wird möglichst anhand konkreter, realer Fälle erarbeitet. Prinzip ist es, gegensätzliche Positionen durch den Vortrag sie repräsentierender ExpertInnen zu vermitteln.

Zentrale Themenbereiche sind: Internationales Flüchtlingsrecht (Schwerpunkt Flüchtlingsbegriff); Österreichisches Asylrecht, Unterbringung von AsylwerberInnen, der EU-Asyl-Acquis; Fremdenrecht in Grundzügen, insbesondere das Thema Schubhaft; Einführendes zu den Themen Integration und AusländerInnenbeschäftigung, Migration; Einvernahmesituationen und -techniken; „Lawyering Skills“ in der Beratung,

das Sprachproblem, Traumatisierung und Rassismus; menschenrechtliche Bezüge runden die Veranstaltung ab.

Den Praxisteil der Lehrveranstaltung absolvierten die Studierenden zunächst bei Betreuungsorganisationen und beim Bundesasylamt. Umfang und Intensität waren variabel. Als zusätzliches Angebot konnten Exkursionen organisiert werden. Ziele waren dabei ua der Unabhängige Bundesasylsenat und der UNHCR. Zur Verbesserung des Angebotes wurde für die Lehrveranstaltung ein Reader zusammengestellt, der die wesentlichen Rechtstexte, einführende Texte, Literaturhinweise und Kontaktadressen enthält.

Im Wintersemester 2002/03 stand die Clinic vor einer schwierigen Situation. Da die Fakultät außerstande war, einen Lehrauftrag zu erteilen, konnte das Projekt nur dank persönlichen Engagements und von Gastvorträgen fortgesetzt werden. Im Sommersemester 2003 konnten wir erstmals den vielfältig geäußerten Wunsch erfüllen, die verschiedenen Positionen im Rahmen einer Podiumsdiskussion zu diskutieren.

In Hinblick auf die Praxis wurde versucht das Projekt weiterzuentwickeln. Praktika bei Behörden und Organisationen waren weiterhin möglich, brachten jedoch als generelle Vorgabe eine zu starke Abhängigkeit von begrenzten Ressourcen. Als eigenes Praxisprogramm wurde daher vorgegeben: Alle Studierenden mussten an Einvernahmen einer Asylwerberin/eines Asylwerbers teilnehmen, mit einem Schubhaftbetreuer das Polizeianhaltezentrum besuchen (was allerdings auf Widerstände von der betroffenen Behörde traf); weiters mussten alle TeilnehmerInnen im Rahmen des Kursangebotes in einer Unterbringungseinrichtung der Caritas für AsylwerberInnen eine Einheit bestreiten, die Vermittlung einschlägiger rechtlicher Inhalte zum Gegenstand hatte – in Form von Referaten, Fragestunden oder unverbindlicher allgemeiner Beratungstätigkeit. Letzteres sollte eine vorsichtige Hinführung zu einem eigentlichen Beratungsangebot bringen. Dabei wird parallel zu einem Deutschkurs eine Art Integrationskurs eingerichtet, der dazu dient, AsylwerberInnen elementare rechtliche, soziale und kulturelle Grundlagen der österreichischen Gesellschaft nahe zu bringen. Studierende erleben so Probleme transkultureller Kommunikation.

Die Zahl der teilnehmenden Studierenden wuchs und die Qualität der eingereichten schriftlichen Abschlussarbeiten entwickelte sich positiv.

Die organisatorischen Aufgaben wurden von einem Koordinator aus den Reihen der Studierenden mit umfangreicher Praxiserfahrung erfüllt. Letzterer steht auch zur Unterstützung bei Praktika und Arbeiten zur Verfügung.

Das Projekt hat inzwischen ein stabiles Stadium erreicht, wo es mit den vorhandenen Mitteln positive Ergebnisse hinsichtlich des Lerneffekts und des Engagements der Studierenden erbringt. Zudem ergibt sich das Potential zur Kooperation mit Forschungsprojekten am Institut und dem ETC. Das Projekt lebt va von der aktiven Teilnahme der Studierenden und der Betreuungsorganisationen.

### TeilnehmerInnen und PartnerInnen

Das Europäische Trainings- und Forschungszentrum für Menschenrechte und Demokratie ist neben dem Institut für Völkerrecht die organisatorische Heimstätte des Clinic-Projektes. Mit dem Bundesasylamt kooperiert die Clinic auf gesamtösterreichischer Ebene und mit der Außenstelle in Graz. Der Verein Zebra ist aufgrund seines Tätigkeitsbereiches prä-

destiniert für die Zusammenarbeit im Rahmen eines solchen Projektes und bildet ein inhaltliches Gegengewicht zur Behördenseite. Die Caritas als größte einschlägig in Österreich tätige NGO bietet Studierenden Einblick in ihre Tätigkeit und ermöglicht in ihren Einrichtungen den direkten Kontakt zu AsylwerberInnen. Weitere lokale NGOs sind in ihrem Bemühen um stärkere Einbindung juristischer Aktivitäten wertvolle Projektpartner. Mit der European Law Students Association wurde im Pilotsemester zusammengearbeitet. Der UNHCR hat dem Projekt schriftlich seine Unterstützung zugesagt. In inoffizieller Weise kam der Anstoß zur Gründung der Grazer Clinic aus dem Bereich des UNHCR. Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Steiermark ist in die Lehrtätigkeit eingebunden. Mit Clinics in Salzburg, Zentral- und Osteuropa, den USA, der Dachorganisation LARC,<sup>4</sup> Legal Aid/Legal Clinics und internationalen NGOs besteht vorerst informeller Kontakt.

Einige Punkte blieben aus Sicht von Studierenden und Betreuungorganisationen verbesserungswürdig. Während das Echo von Seiten der TeilnehmerInnen positiv war, gab es von dritter Seite und der Universität teilweise beträchtlichen Widerstand gegen das Projekt. Die Erwartungen bezüglich des umfassenden Lerneffekts und der Mobilisierung des Engagements von Studierenden wurden erfüllt und bestätigten die bekannten Vorteile der Einbeziehung von Praxis in die universitäre Lehre.

Über den unmittelbaren Zweck hinaus fördert die Refugee Law Clinic eine Reihe von Zielen: Asyl- und Flüchtlingsrecht stärker in der universitären Ausbildung zu verankern; in diesem Rechts- und Praxisbereich Koordination und Wissensaustausch zu verbessern; einen Beitrag zur universitären Verständigung und Kooperation im zentral- und osteuropäischen Raum zu leisten; einen Beitrag zur Realisierung der Idee Graz als Menschenrechtsstadt zu leisten; in einem hochpolitisierten und umstrittenen Bereich ein Element der Objektivität und Rationalität unter gleichzeitiger Parteinahme für die Sache des Schutzes von Flüchtlingen, von Verfolgten und der Menschenrechte an sich einzuführen.

### Weiterentwicklung der Praxis

Da es die Struktur des Bereiches in Graz schwierig machte, gleichwertige Praktikumsplätze für eine größere Zahl von Studierenden zu finden, erschien eine Modifizierung notwendig. Damit können auch die Anforderungen an die Studierenden vereinheitlicht werden.

Das bedeutet die langsame und vorsichtige Schaffung einer eigenen Struktur. Damit soll erstens die Basis zu eigenständiger Weiterentwicklung gelegt werden, um zukünftig auch mit externen Förderungen arbeiten zu können, etwa durch den EFF (Europäischer Flüchtlingsfonds). Zweitens soll damit eine gewisse Unabhängigkeit von anderen Organisationen erreicht werden. Drittens soll es die Glaubwürdigkeit des Clinic-Projektes stärken und es mittelfristig zu einem interessanteren Partner für andere Organisationen machen.

Die Zusammenarbeit mit einer Unterbringungseinrichtung für AsylwerberInnen gewährt den engen Kontakt zur „Grass-roots“-Ebene und somit auch die Glaubwürdigkeit der Clinic, schafft gleichzeitig auch eine Art Öffentlichkeit für die Arbeit in solchen Einrichtungen.

Der Besuch im Polizeianhaltezentrum wurde für einige Studierende zum einschneidenden Erlebnis. Dabei versteht sich von selbst, dass hier mit einiger Sensibilität vorzugehen ist, da die Freiwilligkeit von Seiten der AsylwerberInnen eingeschränkt ist. Einvernahmen miterlebt zu haben, zumindest in der im Asylgesetz vorgesehenen Rolle als Vertrauensperson, ist eine der Mindestvoraussetzungen, von der Studierende wie AsylwerberInnen profitieren sollen (womit auch eine Form der Öffentlichkeit in diesem Bereich hergestellt ist).

Praktika funktionieren im NGO-Bereich anders als bei Behörden. Darum macht es auch Sinn, bei Clinic-spezifischen Praktika zu bleiben und sich nicht in einschlägige Programme der Fakultät einzuklinken.

Zusätzlich zur formalisierten Evaluierung wurden die Studierenden in jedem Semester ersucht, auch eine schriftliche Rückmeldung über ihre Erfahrungen mit dem Projekt abzugeben. Inhaltlich fällt diese teils enthusiastisch aus, obwohl der Bereich schwierig und voller Widersprüche ist. Kritikpunkte betreffen meist organisatorische Probleme.

### Probleme und Desiderate

Im Unterschied zu amerikanischen Universitäten, deren Lehrpläne Raum für eine Clinic bieten, entwickeln sich die österreichischen Studienpläne nur langsam in eine Richtung, die verstärkte Einbindung der Praxis gestattet – und das nur nach Maßgabe der finanziellen Möglichkeiten. Und im Gegensatz zu den zentral- und osteuropäischen Staaten, die zu Beginn der 1990er beinahe eine flüchtlingsrechtliche Tabula rasa waren, hat Österreich ein über Jahrzehnte gewachsenes Asylsystem, in dem sich ein neuer Akteur erst etablieren muss. Darum musste in Österreich erst ein Modus gefunden werden, der die Einführung des Clinic Formates in der Praxis erlaubte. Das erfolgte über einen Pilotversuch und als schrittweiser Lernprozess. Insbesondere die Grazer Clinic ist als sich evolutionär entwickelndes Projekt angelegt. Das bringt es mit sich, dass die reale Arbeit stärker von allmählichen Anpassungen, spontanen Improvisationen und kreativen Lösungen für praktisch virulente Probleme geprägt ist, als von Konzepten und Plänen. Das wird teils als Nachteil empfunden, macht aber gleichzeitig die eigentliche Stärke des Grazer Projektes aus.

In Anbetracht dessen, dass Clinics eine umfassende Win-win-Situation schaffen sollten, war die anfangs geringe Unterstützung durch NGOs überraschend. Die Erkenntnis spiegelt sich jedoch in anderen Projekten, dass Kooperation mit dem NGO-Sektor in Österreich komplex und von spezifischen Charakteristika geprägt ist. Es gilt, auf berechnete Anliegen der einschlägig tätigen NGOs Rücksicht zu nehmen: Erstens musste deutlich werden, dass eine Einrichtung aus dem universitären Umfeld die Funktionsweisen der Praxis versteht und die einschlägige Expertise der NGOs anerkennt; zweitens musste glaubhaft gemacht werden, dass die Clinic in einem Bereich, der von gegensätzlichen Positionen zwischen NGOs und Behörden geprägt ist, eine unparteiisch rationalisierende Funktion zu entfalten versucht; drittens war die Sorge zu zerstreuen, dass sich mit der Clinic eine neue Akteurin in den Wettlauf um knappe Ressourcen mischt, sondern durch Kooperation sich vielleicht neue Potentiale eröff-

4 Vgl <http://www.larc.info>.



nen könnten. NGO-Arbeit in diesem Bereich basiert stark auf persönlichen Kontakten, erfordert Fingerspitzengefühl und eine Clinic muss sich ihre Glaubwürdigkeit erst erarbeiten.

Positiv war hingegen das Echo von Seiten von Behörden. Das Ausmaß der Unterstützung hängt dabei vom jeweiligen Aufgabenbereich einer Behörde und von individueller Bereitschaft zum darüber hinausgehenden Engagement ab. Von Seiten einiger AnwältInnen und RechtsvertreterInnen bestand schon vor dem Beginn des Grazer Versuches Interesse an einer derartigen Einrichtung. Infrastruktur für die Entwicklung muss aber von den Universitäten kommen.

Angesichts der Omnipräsenz des Wunsches nach verstärkter Einbindung von Praxiselementen in die rechtswissenschaftliche Ausbildung war das sehr geringe Echo von Seiten universitärer Einrichtungen, insbesondere fachlich betroffener Institute enttäuschend. Ursachen dürften in bürokratischen Strukturen, interner Politik und Kommunikationsbedingungen liegen. Darum sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass Clinics eine ideale Schnittstelle zwischen Universität und Praxis bilden, vielfältig anwendbar sind, verschiedenste Disziplinen einbinden sollten und auch für die wissenschaftliche Arbeit unmittelbaren Nutzen bringen können.

Wünschenswert wäre eine stärkere Einbindung der Clinic in die rechtswissenschaftlichen Studienpläne: Mit dem Format können verschiedenste Lehrinhalte verknüpft werden und eine höhere Anzahl erwerbbarer Wochenstunden würde Studierenden einen höheren Gegenwert für Engagement bieten.

### Theorie und Praxis an der Uni

Ein Unterschied zwischen der Clinic und anderen Lernmodellen mit konkreter Fallarbeit (Moot Courts, Simulationen uä) ist, dass im Flüchtlingsrecht die Arbeit am realen Fall erfolgt. Zudem sind es oft sehr schwierige Fälle, solche von Personen aus sozial unterprivilegierten Schichten, in prekären Lebenssituationen, mit schlimmen Erfahrungen. Dies stellt die Studierenden vor schwierige Situationen, für die sie entsprechend geschult werden müssen, und setzt sie, wie auch die geringe Wahrscheinlichkeit einen Fall zu einem positiven Ausgang bringen zu können, einer erheblichen psychischen Belastung aus. Das kann jedoch kein Argument dagegen sein, Studierende mit der Realität zu konfrontieren.

Insbesondere von universitärer Seite werden oft auch Bedenken dagegen geäußert, Studierende in der Rechtsberatung einzusetzen. Dem ist einerseits entgegenzuhalten, dass das Clinic Modell adäquate Schulung und Unterstützung der Studierenden durch Fachleute vorsieht. Zudem lehrt die Er-

fahrung, dass in der Praxis die Beratung einer sonst unberatener Gruppe von KlientInnen zugute kommt bzw oft wesentlich schlechter geschulte Personen beratend tätig sind. Elementare Sorgfalt vorausgesetzt, kann das Engagement von Studierenden nur Gewinn bringen. Es wird damit auch nur eine Lücke zu füllen versucht und keine Konkurrenz zum Angebot von NGOs und AnwältInnen gebildet.

Als Ausbeutung empfinden die Studierenden eine solche Tätigkeit in der Regel nicht. Sie basiert auf Freiwilligkeit (bzw. auf der Gegenleistung des Abschlusses einer Lehrveranstaltung), erlaubt es nützliche Fähigkeiten zu entwickeln und Erfahrungen zu sammeln sowie Kontakte zu fremden Lebenswelten zu knüpfen.

Darstellung der Praxis hat sich als beste Methode erwiesen, einen so kontroversiell diskutierten Bereich zu vermitteln: Man lässt möglichst alle beteiligten Seiten (Betroffene, Behörden, NGOs, IOs, AnwältInnen TheoretikerInnen ua) zu Wort kommen und ermöglicht es so den Studierenden, sich selbst ein Bild zu machen. Diese Art der Vermittlung erleichtert es erfahrungsgemäß, Inhalte im Gedächtnis zu behalten, stellt jedoch an LehrveranstaltungsleiterInnen erhöhte Anforderungen bei der Strukturierung des Stoffes.

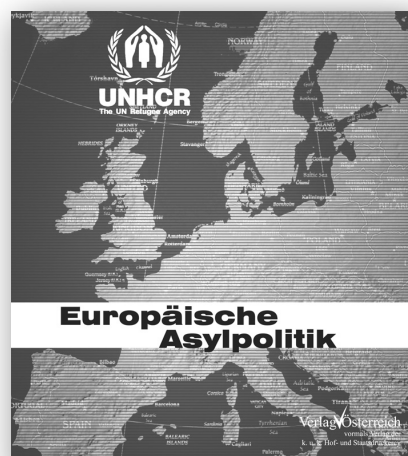
### Das Fach Flüchtlingsrecht

Die Intensität der Kontroversen im Flüchtlingsbereich verschleiert oft, dass der einschlägige Wissensstand gering ist – wie sich in einschlägiger Seminartätigkeit erweist. Auch einschlägig Tätige haben oft nur Kenntnisse in bestimmten Teilbereichen und könnten noch wesentlich professioneller arbeiten. Es wäre auch für JuristInnen keine Schande zuzugeben, dass ihre diesbezüglichen Kenntnisse begrenzt sind und würde erlauben, das Niveau der Debatte in gemeinsamer Arbeit zu heben: Flüchtlingsrecht hat bislang in der juristischen Ausbildung ein Mauerblümchendasein gefristet. Asylrecht ist ein überschaubarer und nicht allzu schwer verständlicher Bereich, aber in der Praxis untrennbar mit Fragen aus dem Migrationsbereich ua verbunden. Dadurch ergeben sich sehr komplexe Fragestellungen und extreme Schwierigkeiten in der Erhebung gesicherter Daten. Auch viele Widersprüche müssen noch aufgegriffen werden. Forschung in diesem Bereich ist absolut ausbaufähig bzw koordinierungsbedürftig. Clinics können hier einen Anstoß bieten.

*Mag. Christoph Weritsch ist Assistent am Institut für Völkerrecht und internationale Beziehungen, wo er auch das Projekt der „Refugee Law Clinic“ koordiniert; christoph.weritsch@uni-graz.at.*

*UNHCR (Hg.)*  
**Europäische Asylpolitik – Loseblattsammlung**

- Grundlagen, Asyl, Migration und Innere Sicherheit
- Systematisierung der für den Flüchtlingsschutz einschlägigen EU-Dokumente (derzeit in Verhandlung stehende Kommissionsvorschläge, bereits vom Rat der EU verabschiedete Rechtsakte, politische Diskussionspapiere)
- Dokumente durch Stellungnahmen von UNHCR ergänzt
- handliches Werk für den Praktiker
- Mit der 1. Ergänzungslieferung sind nunmehr u. a. die endgültigen Fassungen der Verordnung Dublin II, der Richtlinie zur Aufnahme von Asylsuchenden und der Richtlinie betreffend Familienzusammenführung in der Sammlung enthalten.



**3-7046-3962-1**  
**1024 Seiten, br.**  
**€ 110,-**

**VERLAG ÖSTERREICH**  
 VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

*Sperl/Lukas/Sax*  
**Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von AsylwerberInnen**



**3-7046-4235-5, 320 Seiten, br., € 45,-**

Wie weit reicht der Schutz der Rechte auf einen angemessenen Lebensstandard, auf soziale Sicherheit, auf Nahrung und Unterkunft, auf Gesundheit, Bildung und Arbeit tatsächlich? Gelten diese Rechte für StaatsbürgerInnen und AsylwerberInnen in gleichem Ausmaß? Hängt die Gewährleistung dieser Rechte nicht von der wirtschaftlichen Leistungskraft eines Staates ab? Welche besonderen Anforderungen bestehen für unbegleitete minderjährige AsylwerberInnen? Diese und andere, vielfach umstrittene Fragen werden in der vorliegenden Studie aus rechtswissenschaftlicher Sicht behandelt. Die Entwicklungen in Österreich zwischen Oktober 2002 und September 2003 – vor allem im Bereich der Bundesbetreuung – werden dabei besonders berücksichtigt.

Mag. Louise Sperl, Mag. Karin Lukas und Mag. Helmut Sax sind am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte tätig.

**VERLAG ÖSTERREICH**  
 VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

**1. Die Geschichte**

Bereits Ende der Achtziger-Jahre kam es – aufgrund der politischen Umbrüche in der ehemaligen Sowjetunion – zu einem massiven Anstieg von Asylanträgen in Österreich. So betrug laut Statistik des BMI die Anzahl der Anträge im Jahr 1990 22.789 – also den heutigen Zahlen durchaus vergleichbar. Ende des Jahres 1990 befanden sich jedoch ca doppelt so viele AsylwerberInnen, nämlich 15.747 (im Vergleich zu derzeit ca 8.000) in Bundesbetreuung. Es kann also keineswegs davon ausgegangen werden, dass gerade in den letzten Jahren die Anzahl von Asylanträgen in Österreich exorbitant gestiegen wäre.

Nachdem im Jahr 1990 – auch wegen der oben kurz skizzierten Entwicklung – erst ein mit einem Jahr befristetes BundesbetreuungsG erlassen worden war, kam es 1991 zur Verabschiedung des BundesbetreuungsG<sup>1</sup>, mit welchem der Bund – nach vorangegangenem Kompetenz- und Verteilungsstreit<sup>2</sup> – die Aufgabe der Flüchtlingsbetreuung übernahm.

In der Vergangenheit wurden die gesetzlichen Bestimmungen dieses Gesetzes durch MitarbeiterInnen des Bundesministeriums für Inneres (BMI) im Wege von mündlichen Weisungen und der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Erlässen umgesetzt. So war beispielsweise Praxis, AsylwerberInnen aus Mitgliedsstaaten des Europarates grundsätzlich nicht aufzunehmen.

Da das BundesbetreuungsG vom Bund in Form der Privatwirtschaftsverwaltung vollzogen wird, wurde über viele Jahre davon ausgegangen, dass gegen diese Praxis der willkürlichen Aufnahme oder Entlassung von AsylwerberInnen nur schwer rechtliche Schritte möglich seien. Normiert ja auch das BundesbetreuungsG in § 1 Abs 3, dass auf Bundesbetreuung kein Rechtsanspruch besteht.

Angesichts der Tatsache, dass Asylverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss in der Regel mehrere Jahre dauern und AsylwerberInnen nur in Ausnahmefällen das Glück einer Beschäftigungsbewilligung zuteil wird, wird durch Nichtaufnahme in die Betreuung eine existentiell bedrohliche Situation geschaffen, welche in den vergangenen Jahren entweder durch Hilfsorganisationen oder gar durch privates Engagement aufgefangen wurde. Nicht wenige AsylwerberInnen wurden durch diese Situation zur Weiterflucht bzw in die Kriminalität getrieben.

**2. Die „Richtlinien“**

Da sich aus Sicht der flüchtlingsbetreuenden Hilfsorganisationen das BMI immer wieder in ungerechtfertigter Weise weigerte, AsylwerberInnen – oft eben auch Familien mit kleinen Kindern, Alte, Kranke oder sonst besonders Schutzbedürftige – aufzunehmen, wurde 2001 erstmals der ordentliche Rechtsweg beschritten. Eine Hilfsorganisation, welche eine afghanische Familie bis zum rechtskräftigen (positiven) Abschluss des Asylverfahrens betreut hatte, klagte den Bund

auf Rückzahlung der von ihr „vorgestreckten“ Aufwendungen. Argument war, dass zwar kein Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Bundesbetreuung bestehe, der Bund – bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen – dennoch zur Aufnahme verpflichtet sei. Nachdem das Erstgericht diese Klage abgewiesen hatte, wurde dieses abweisende Urteil zwar vom OLG Wien<sup>3</sup> bestätigt, doch bejahte das OLG dem Grundsatz nach, dass wegen der Fiskalgeltung der Grundrechte die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes Leistungs- oder Schadenersatzansprüche nach ziehen könne.

Während in dieser Rechtssache das Verfahren beim Obersten Gerichtshof noch anhängig war, verschärfte sich ab Spätsommer 2002 die Situation nicht in Bundesbetreuung aufgenommenen oder aus dieser entlassener AsylwerberInnen aufgrund von so genannten „Richtlinien“ des BMI.

**3. Inhalt dieser „Richtlinien“**

Kernpunkt der „Richtlinien“ war die Normierung absoluter und relativer Ausschlussgründe, die ausschließlich auf die Staatsangehörigkeit (zT absolut) und den Stand des Asylverfahrens (relativ) abstellten<sup>4</sup>.

# AsylwerberInnen – jetzt kann der nächste Winter kommen

Nadja Lorenz

Die praktische Konsequenz war die massenweise Entlassung von AsylwerberInnen während laufender Asylverfahren aus den Bundesbetreuungsquartieren ab September 2002 und während des Winters 2002/2003.

**4. Gebot auf Weitergewährung von Bundesbetreuung**

Auf Grundlage der oben angeführten Entscheidung des OLG Wien wurde Ende Oktober 2002 die erste zivilrechtliche Klage eines Asylwerbers selbst eingereicht. Der Mann aus Aserbaidschan war im Mai 1999 wegen von ihm behaupteter politischer Verfolgung nach Österreich geflüchtet und hätte, während sein Asylverfahren in zweiter Instanz anhängig war, mit samt seiner dreiköpfigen Familie aus der Bundesbetreuung auf die Straße entlassen werden sollen. Er konnte auch bei Dritten keine Unterkunft finden, da tatsächlich auch die Unterbringungskapazitäten der Hilfsorganisationen trotz Errichtung von Notquartieren bereits erschöpft waren.

Aufgrund der tatsächlichen Existenzbedrohung des Klägers wurde die Klage mit dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden, mit welcher der Bund verpflichtet werden sollte, Bundesbetreuung *sofort* vorläufig

1 BGBl 1991/405.

2 Taucher, Sozialfall Flüchtling? ÖGZ 1991, 2.

3 OLG Wien 12. 7. 2002, 14 R 32/02g-10.

4 Siehe im Detail bei Muzak, Vorwegnahme des Asylverfahrens durch Ausschluß von der Bundesbetreuung?, Migralex 2003 13 ff; siehe auch

Sperl/Lukas, Alles neu macht die EU? – Die österreichische Asylpolitik, gemessen an einer neuen EG Richtlinie, juridikum 2003, 61 (62).

weiter zu gewähren. Am 29.10.2002 wurde erstmals eine einstweilige Verfügung erlassen, mit welcher der Republik Österreich geboten wurde, der gefährdeten Partei weiterhin Bundesbetreuung im bisherigen Umfang zu gewähren. Nach verspäteter Einbringung eines Rekurses gegen diesen Beschluss erwuchs dieser in Rechtskraft.

Die Richterin ging unter Verweis auf die mehrfach erwähnte Entscheidung des OLG Wien davon aus, dass „insbesondere bei Erbringung von Versorgungsleistungen und bei Vergabe von Subventionen eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung und ein Abschlusszwang zu angemessenen Bedingungen (besteht), wenn sich die Verweigerung eines Vertragsabschlusses nicht auf sachliche Gründe stützen kann“.<sup>5</sup> Da der Kläger bereits in Bundesbetreuung aufgenommen worden war, stellte sich jedoch im konkreten Fall die Frage eines allfälligen Kontrahierungszwanges nicht. Jedoch wird in dem Beschluss angenommen, dass der privatwirtschaftlich tätige Bund mit Aufnahme in die Bundesbetreuung ein Privatrechtsverhältnis, in concreto ein Dauerschuldverhältnis, mit dem Asylwerber eingeht. Die nähere Ausgestaltung sei durch Gesetz und Verordnung, in welcher auch die Beendigungsgründe geregelt seien, näher ausgestaltet.

In der Folge wurden in ähnlichen Sachverhalten an verschiedenen Bezirks- und Landesgerichten in ganz Österreich dutzende gleichartige Zivilklagen eingebracht und einstweilige Verfügungen mit dem Gebot auf Weitergewährung von bzw Aufnahme in die Bundesbetreuung erlassen.

Weder diese Entscheidungen noch eine Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates im Januar 2003, mit welcher dieser dem Bundesminister für Inneres empfahl, die „Richtlinien“ in Einklang „mit den Menschenrechten und den relevanten Gesetzes- und Verfassungsbestimmungen zu bringen“<sup>6</sup>, konnten eine Änderung der menschenunwürdigen Praxis herbeiführen, die Familien mit Kleinstkindern bei Minusgraden auf die Straße und die MitarbeiterInnen der betroffenen Hilfsorganisationen an den Rand der Verzweiflung brachte.

### 5. OGH – der erste Paukenschlag

Mit Beschluss vom 24. Februar 2003 erging der lang erwartete Rechtsspruch des Obersten Gerichtshofes in dem oben<sup>7</sup> erwähnten Verfahren über einen Verwendungsanspruch bei Betreuung von hilfsbedürftigen AsylwerberInnen durch Dritte.

Im Wesentlichen klassifiziert der OGH das BundesbetreuungsG als Selbstbindungsgesetz des Bundes, wobei der vom BundesbetreuungsG erfasste hoheitliche Gestaltungsbereich als Sozialhilfematerie an sich in die Kompetenz der Länder falle. Daher sei in § 1 Abs. 3 BundesbetreuungsG auch angeordnet, dass Asylwerber auf die Bundesbetreuung keinen Rechtsanspruch haben, anderenfalls das Selbstbindungsgesetz wegen Eingriffs in fremde Kompetenz nicht verfassungskonform wäre.

Nachdem er die Entwicklung der Rechtsprechung in Hinblick auf die Fiskalgeltung der Grundrechte darstellt, kommt der Oberste Gerichtshof zum Schluss, dass die Fiskalgeltung der Grundrechte gerade der Begründung klagbarer Leistungsansprüche gegen den Staat dient:

„Die inhaltlich synonymen Grundsätze des Gleichbehandlungsgebots und des Diskriminierungsverbots sorgen dafür, dass einem bestimmten Leistungswerber – bei im Kern gleichen Voraussetzungen – nicht etwas verweigert werden darf, was anderen gewährt wird. Somit bestünde für die staatlichen Rechtsträger nur noch die Alternative, gerade dasjenige, was Gegenstand der angeordneten Selbstbindung ist, unter Berufung auf den mangelnden Rechtsanspruch auf Leistung niemandem zu gewähren. Sobald jedoch einmal eine der Selbstbindung entsprechende Leistung zuerkannt wurde, vermittelt das unter gleichen Bedingungen anderen Leistungswerbern einen klagbaren Anspruch. Vor dem Hintergrund solcher Erwägungen genügt es für die Verneinung der Leistungspflicht des staatlichen Rechtsträgers – entgegen der Ansicht des Erstgerichts und der beklagten Partei – nicht, sich auf die Regelung über den Mangel eines Rechtsanspruchs auf Leistung in einem Selbstbindungsgesetz zu berufen. Es besteht vielmehr ein klagbarer Anspruch gegen die auf Grundlage eines Selbstbindungsgesetzes leistungspflichtige Gebietskörperschaft, soweit ein solcher Anspruch nicht mangels Erfüllung der im Selbstbindungsgesetz normierten Leistungsvoraussetzungen oder in Ermangelung solcher Vorschriften deshalb ausscheidet, weil die Leistungsverweigerung in einem bestimmten Einzelfall dem Gleichbehandlungsgebot bzw dem Diskriminierungsverbot aus besonderen Gründen nicht widerspricht. Hat sich daher eine Gebietskörperschaft in einem Selbstbindungsgesetz zur Leistung unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, so ist sie von Gesetzes wegen angehalten, diese Leistung jedermann, der diese Voraussetzungen erfüllt, zu erbringen, wenn sie eine solche Leistung in anderen Einzelfällen bereits erbracht. Auf eine solche Leistung besteht daher insoweit ein klagbarer Anspruch. Bei der Vollziehung des BundesbetreuungsG ist insbesondere auch der . . . allgemein maßgebende Gesichtspunkt von Bedeutung, dass demjenigen, der in einer wirtschaftlichen Notlage auf eine staatliche Leistung zur Aufrechterhaltung seiner Existenz angewiesen und insofern vollständig der ‚Fremdbestimmung‘ seines Schicksals unterworfen ist, das der Leistungserzwingung dienende privatrechtliche Instrumentarium zu Gebote stehen muss.“<sup>8</sup>

Dieser Beschluss wurde Ende April 2003 zugestellt – trotz eindeutiger Aussage weigerte sich der Innenminister, diesen Beschluss anzuerkennen und argumentierte, dass es sich um eine höchstgerichtliche Einzelfallentscheidung handle, die überdies in keinem Zusammenhang mit den umstrittenen „Richtlinien“ stehe.

Schützenhilfe erhielt der Minister sogar von wissenschaftlicher Seite: Georg Wilhelm erging sich im editorial des ecolo unter dem Titel „Pensionen für Flüchtlinge – 30 Jahre rückwirkend“ hauptsächlich in Polemik. So sei die Verweigerung der Bundesbetreuung sachlich dann begründet, wenn sie sich auf einen Ausschlussgrund nach den „Richtlinien“ berufen könne. Es könne nicht als unsachlich gelten, knappe Mittel nach einem auf einen (immer wieder zu prüfenden) Erfahrungssatz gestützten Wahrscheinlichkeitskalkül zu bewirtschaften. Dieser Erfahrungssatz der

5 BG Innere Stadt, 29.20.2002, 19 C 2080/02d, S 10 f.  
6 Stellungnahme des MRB zu den Richtlinien des Bundesministeriums für Inneres für die Bundesbe-

treuung hilfsbedürftiger Asylwerber einschließlich der Aufnahme in das „Notquartier“ vom 28.01.2003; [http://www.menschenrechtsbeirat.at/index\\_empfehlungen.html](http://www.menschenrechtsbeirat.at/index_empfehlungen.html).

7 Siehe oben 2.  
8 OGH 24. 2. 2003, 1 Ob 272/02k.

Richtlinien laute, dass es in den dort genannten Staaten „keine politische Verfolgung gibt“<sup>9</sup>.

Abgesehen davon, dass es sich bei den in den „Richtlinien“ genannten Staaten um solche wie beispielsweise Aserbaidschan, Georgien, Russland (Tschetschenien), die Türkei handelt, die Jahr für Jahr wegen massivsten Menschenrechtsverletzungen international am Pranger stehen,<sup>10</sup> und viele anerkannte Flüchtlinge aus diesen Ländern stammen, verkennt *Wilhelm* ein wesentliches Element der von ihm selbst erwähnten Judikatur des OGH zur Subventionsvergabe. In nunmehr ständiger Rechtsprechung judiziert der OGH, dass die Gründe, die zum Ausschluss von einer Subvention (oder ähnlichem) führen können, sich insbesondere aus dem Zweck der Förderungsmaßnahme zu ergeben haben<sup>11</sup>.

Es ist also zu beachten, dass das Gesetz bei privatautonomem Handeln wie im vorliegenden Fall zwar nicht Voraussetzung, jedoch – ist es einmal erlassen – Schranke des Verwaltungshandelns bildet.<sup>12</sup>

Dem entgegen schafften die „Richtlinien“ Kriterien für die Vollziehung des Bundesbetreuungsgesetzes, wie sie weder im Gesetz noch in der dazu ergangenen Bundesbetreuungsverordnung enthalten sind. Die Richtlinien wollten Unterscheidungen nach Staatsangehörigkeit und Verfahrensstand treffen und damit implizit über Erfolgchancen im Asylverfahren absprechen, dessen ordnungsgemäße Durchführung die Bundesbetreuung ja gerade gewährleisten soll.

Ohne Bedachtnahme auf die an sich geklärte Rechts- und Verfassungslage wurde vom BMI also weiter auf Grund der „Richtlinien“ entlassen oder gleich nicht aufgenommen, es wurde weiter in Einzelfällen geklagt, es ergingen weiterhin einstweilige Verfügungen und inzwischen auch Urteile, die die Republik zur Wiederaufnahme und Weitergewährung der Bundesbetreuung verurteilten.

## 6. OGH – der zweite und letzte Paukenschlag

Der OGH ließ seiner Entscheidung zur Bundesbetreuung am 27. August 2003 eine zweite folgen: Ausdrücklich wird auf den bereits erwähnten Beschluss vom April 2003 verwiesen, darüber hinausgehend wird in diesem Beschluss ausgeführt, dass die Richtlinien und die darin aufgestellten Kriterien im Widerspruch zum Gesetz stehen: *„Der letztlich mit mangelnden Erfolgsaussichten der Asylanträge begründete Ausschluss von (hilfsbedürftigen) Asylwerbern aus bestimmten Herkunftsstaaten ist – wie immer man dazu inhaltlich stehen mag – aus dem Gesetz nicht nur nicht ableitbar, sondern steht mit dessen Grundwertungen in Widerspruch.“*

Und: *„Die Richtlinien könnten daher im vorliegenden Verfahren nur dann von Bedeutung sein, wenn man . . . den ins Treffen geführten Ausschlussgrund als sachlich akzeptiert. Es wurde aber bereits oben ausgeführt, dass Gründe, die dem Gesetz nicht nur nicht zu entnehmen sind, sondern mit dessen Wertungen in Widerspruch stehen, nicht als sachlich angesehen werden können.“*<sup>13</sup>

VERLAG ÖSTERREICH

*Kelsen/Froehlich/Merkel*  
**Kommentar zur Bundesverfassung**

**3-7046-4197-9**  
**558 Seiten, gebunden**  
**€ 78,-**



Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920  
Kommentiert und herausgegeben in Verbindung mit Georg Froehlich und Adolf Merkl von Hans Kelsen  
Nachdruck des ersten und jahrzehntelang einzigen Kommentars zum B-VG 1920  
mit einem Vorwort und einer Einführung von em. O. Univ.-Prof. DDr. Dr. h.c. Robert Walter, Geschäftsführer des Hans-Kelsen-Institutes  
Endlich wird das bedeutende Verfassungswerk der interessierten Fachwelt wieder zugänglich gemacht.



**VERLAG ÖSTERREICH**  
VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

Anstatt nunmehr den Richterspruch umstandslos zu akzeptieren und allen hilfsbedürftigen AsylwerberInnen ohne Zögern die notwendige und ohnehin dürftige Existenzsicherung zu gewähren, lamentiert der Minister, ob die Richter wohl die finanziellen Konsequenzen dieser Entscheidung bedacht hätten.

Nach wie vor muss bei einzelnen Betroffenen erst eine Klage angekündigt werden, bis diese tatsächlich wieder in Bundesbetreuung übernommen werden.

Dabei hat sich die Republik Österreich auch durch die so genannte Aufnahme-Richtlinie<sup>14</sup> auf europäischer Ebene zu einer Aufnahme aller hilfsbedürftige AsylwerberInnen entschieden – ein Vorgangswiese, die endlich der GFK und menschenrechtlichen Mindeststandards gerecht wird. Daran ändern auch Umsetzungsfristen dieser Richtlinie bis Februar 2005 nichts, da während dieser Fristen keine Vorschriften erlassen werden dürfen, die das „in dieser Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich in Frage stellen“.<sup>15</sup>

*Mag<sup>a</sup>. Nadja Lorenz ist Rechtsanwältin in Wien und war an einigen der Verfahren beteiligt.*

<sup>9</sup> ecolex 2003, 301.

<sup>10</sup> Siehe nur ai Jahresbericht 2003.

<sup>11</sup> ZB OGH 6.09.1995, 7 Ob 560/95.

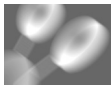
<sup>12</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 63.

<sup>13</sup> OGH 27.08.2003, 9 Ob 71/03m.

<sup>14</sup> Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.01.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Auf-

nahme von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten  
Abl 2003 L 31 S 18 ff; siehe ausführlich *Sperl/Lukas*,  
juridikum 2003, 65.

<sup>15</sup> EuGH Rs C-129/96, 18.12.1997, Rz 45.



Caritas Europa wurde 1971 als eine von sieben Regionen von Caritas Internationalis gegründet, einer weltweiten Konföderation von heute 162 katholischen Hilfsorganisationen, die in mehr als 200 Ländern für von Armut oder Unterdrückung betroffene Menschen arbeiten.

Caritas Europa bildet heute das Dach von 48 Organisationen aus 44 europäischen Ländern. Ihre Mitgliedsorganisationen sind aktiv in der Unterstützung von in ihrem Umfeld sozial an den Rand gedrängten Menschen, seien es Ältere, Behinderte, Drogenabhängige, kinderreiche Familien ohne entsprechendes Einkommen, Flüchtlinge oder benachteiligte Einwandernde. Die west- und mitteleuropäischen Mitglieder engagieren sich darüber hinaus in der Katastrophenhilfe und der Entwicklungspolitik.

Caritas Europa und ihre Mitgliedsorganisationen haben sich im aktuellen Strategischen Plan (aus dem Jahre 1998) speziell zu folgenden Zielen bekannt:

- Verringerung der Ungleichheit zwischen verschiedenen Ländern und innerhalb der jeweiligen Länder
- Kampf gegen die Armut und soziale Benachteiligung
- friedvolle Lösung von Konflikten und Suchen nach Vergebung, gerade angesichts nationalistischer Tendenzen
- Kampf gegen die Arbeitslosigkeit
- Garantieren von Minderheitenrechten
- Erhalt Europas als einen Ort, der Flüchtlingen Schutz gewährt und Ausländer/innen mit Respekt behandelt
- Ausräumen der Ursachen für erzwungene Migration

Caritas, das ist, wann immer dies möglich ist, Hilfe zur Selbsthilfe. Es ist aber auch Realität, dass sich die Arbeit manchmal auf die Linderung von Schmerz und Leid oder einfach auf Begleitung beschränken muss. Ziel ist es, jedem Menschen ein Leben und Sterben in Würde zu ermöglichen. Bei beschränkten materiellen und persönlichen Ressourcen ist dies nicht immer möglich, oft nur für einen bestimmten Zeitraum.

Caritas Europa, die nach belgischem Recht als eine AISBL (Association internationale sans but lucratif), also als internationale Non-Profit-Organisation registriert ist, führt Büros in Brüssel und Prag und ist über Delegierte zum Europarat in Strasbourg und zur OSZE in Warschau vertreten.

In diesem Netzwerk hat Caritas Europa zwei Aufgaben:

- die Aktivitäten ihrer Mitglieder zu koordinieren, durch die Ermöglichung von Erfahrungsaustausch, Trainingsangebote, Partnerschaftsprogramme, gemeinsame Projekte.
- Gemeinsame politische Positionierungen der Caritas in Europa zu erarbeiten und die Caritas gegenüber der Europäischen Union, dem Europarat und der OSZE politisch zu vertreten.

Strategien und politische Positionierungen werden in mit gewählten Expert/innen aus den Mitgliedsorganisationen besetzten Arbeitsgruppen entschieden. Als eine der bedeutendsten Akteur/innen im Sozialbereich in Europa nimmt Caritas Europa aktiv an den Entscheidungsfindungsprozessen in der Europäischen Union teil.

Hohere Ziele in Ehren, verlangt effektive Hilfe, zum Beispiel im Katastrophenfall, zuerst nach detailliertem Krisenmanagement und Disziplin unter den gleichzeitig aktiv werdenden zahlreichen Caritas-Akteur/innen aus unterschiedlichsten Ländern, nach professionellem und verlässlichem

Networking mit anderen Hilfsorganisationen etc. So sieht etwa der 8-stufige Plan zur Reaktion im Krisenfall – diese ist als Vorfall wie Erdbeben, Hungersnot oder Überschwemmung mit mehr als 10.000 Opfern definiert – eine Bedarfsanalyse via Telefonkonferenz innerhalb von 12 Stunden nach Krisenalarm vor, um abzuklären, welche Hilfsgüter benötigt werden, welche lokale Hilfskapazität zur Verfügung steht, wie schnell finanzielle Mittel zugreifbar gemacht werden können. Die Leitung eines „Emergency Response and Support Teams“ wird binnen 24 Stunden bestellt. Innerhalb von weiteren 45 Stunden werden Mitarbeiter/innen, deren Daten, Kenntnisse und Erfahrungen in einer weltweiten Datenbank verfügbar sind und vierteljährlich aktualisiert werden, mobilisiert.

# Caritas Europa

Bruno Kapfer

Wenn derartige Vorgaben realisiert werden wollen, muss auf die enormen kulturellen Unterschiede zwischen den Caritas Organisationen in Europa, und erst recht in der Welt, Bedacht genommen werden. Neben ihren Hauptarbeitsbereichen – Katastrophenhilfe, Entwicklungszusammenarbeit, Sozialpolitik und Migration – widmet sich Caritas Europa daher auch dem so genannten „Capacity building“, also der Unterstützung des Aufbaus von Kapazitäten in jenen Mitgliedsorganisationen, die erst in den 90-iger Jahren gegründet wurden. In diesem Rahmen wird ein Programm zur strategischen Organisationsentwicklung angeboten, über Partnerschaftsprogramme zwischen Mitgliedsorganisationen Know-How transferiert, über einen mit etwa 1 Million Euro bestückten organisationsinternen Fonds werden Strukturen von neu gebildeten Mitgliedsorganisationen vorübergehend unterstützt, bis diese selbsterhaltungsfähig sind. Viele Caritas-Organisationen in den künftigen EU-Mitgliedsstaaten konnten sich auf diese Weise rasch zu eigenständigen Akteur/innen auf nationalem und internationalem Niveau entwickeln, und betreiben heute, wie zum Beispiel die Caritas in Polen oder in der Tschechischen Republik, bereits Entwicklungszusammenarbeitsprogramme. Für Organisationen, die heute noch in den Startschuhen stecken, wie etwa die Caritas in Moldawien, in der Ukraine oder in Weißrussland sind Unterstützungen aus diesem Fonds überlebensnotwendig.

Die politische Arbeit von Caritas Europa fokussiert zum großen Teil auf die Europäische Union. Wenn die Europäische Kommission Entwürfe für legislative Texte oder für politische Grundlagenpapiere erarbeitet, wird die Caritas in den sie betreffenden Bereichen in der Regel konsultiert. Dies passiert nach wie vor informell, trotz Forderung vieler Akteur/innen der Zivilgesellschaft nach einer formellen Regelung für ihre Beteiligung am Gesetzgebungsprozess. Im Allgemeinen ist die Kommission sehr interessiert an der praktischen Erfahrung, die von Organisationen wie der Caritas eingebracht werden kann, und viele der für Entwicklungszusammenarbeit, Soziales oder Justiz und Inneres zuständigen Beamten lassen sich dadurch inspirieren.

Als sehr konstruktiv kann auch die Zusammenarbeit mit vielen Abgeordneten des Europäischen Parlaments bezeichnet werden. Caritas Europa und anderen Hilfsorganisationen wird häufig die Möglichkeit geboten, in offiziellen Hearings Standpunkte zu aktuellen politischen Themen darzulegen. Wenn Berichte und Stellungnahmen vorbereitet werden, wird dankbar auf die Grundsatzarbeit von Nichtregierungsorganisationen zurückgegriffen. Nichtsdestotrotz wird seitens der Caritas Europa sehr genau darauf geachtet, wie viel Zeit für politische Arbeit mit dem Parlament aufgebracht wird, vor allem in jenen Bereichen, in denen das Parlament lediglich berechtigt ist, Stellungnahmen zu den Richtlinienvorhaben vorzulegen. An manchen Beispielen wird nur zu klar, dass der Rat der zuständigen Minister/innen der Arbeit des Parlaments kaum Wertschätzung entgegenbringt, solange dazu keine Verpflichtung besteht. Ein krasses Beispiel ist die jüngst vom Rat beschlossene Richtlinie auf das Recht zur Familienzusammenführung für Drittstaatsangehörige. Der Rat der Justiz- und Innenminister/innen hatte sich zu einem Zeitpunkt politisch auf alle Details der Richtlinie geeinigt, als das Parlament noch nicht einmal seinen Bericht vorgelegt hatte, indem es diese Richtlinie übrigens weit gehend abgeändert sehen wollte. Der Rat wartete aus formellen Gründen auf die Vorlage des Berichtes, schubladisierte ihn unmittelbar nach Erhalt – die Lektüre, so muss unter den gegebenen Umständen unterstellt werden, erübrigte sich wohl gänzlich – und segnete seine davor getroffene Einigung ab. Der Unmut der ihre Ohnmacht deutlich spürenden als einzige direkt gewählten Volksvertreter/innen auf EU-Ebene ist leicht nachvollziehbar. Es ist verständlich, dass manche Abgeordnete mit dem Gedanken spielen, sich mit einer Beschwerde an den EU-Gerichtshof in Luxemburg zu wenden, um die Annullierung der so zustande gekommenen Richtlinie zu verlangen.

**Jüngst erschienene Publikationen von Caritas Europa:**

- ▶ Bericht über die Armut in Europa, 2002: dieser Bericht stellt die Gesichter der Armut in den verschiedenen Teilen und Ländern Europas dar, präsentiert eine Analyse von statistischen Daten über Armut und formuliert politische Forderungen zur Bekämpfung der Armut in Europa.
- ▶ Bericht über die sozialen Folgen der EU-Erweiterung, Juni 2003: dieser Bericht beschreibt die wahrscheinlichen Folgen der EU-Erweiterung in den Bereichen freier Personenverkehr, Wohlfahrt und Beschäftigung.

Beide Berichte sind erhältlich in Englisch, Französisch und Deutsch.

Bezug via Caritas Europa, 4, rue de Pascale, B-1040 Brussels, info@caritas-europa.org; (+32 2) 235 03 90; www.caritas-europa.org

Eine echte Herausforderung für Caritas Europa, wie auch für alle anderen Nichtregierungsorganisationen, ist die politische Arbeit gegenüber dem Rat der EU. Während die Kommission und das Parlament ihre Entscheidungen in Brüssel vorbereiten und fällen, werden Ratsentscheidungen, obwohl den Unionsbürger/innen in nationalen Debatten schuldabweisend oft anderes zu vermitteln versucht wird, in Wien, Madrid, Berlin, Paris und den anderen Hauptstädten der EU-Mitgliedsstaaten getroffen. Die vorbereitende Arbeit für die

in Brüssel tagenden Ratsarbeitsgruppen, die die Entscheidungen des Rates vorbereiten, geschieht ebenfalls in den Landeshauptstädten. Überdies ist deren Arbeit nicht transparent. Politische Arbeit zwischen derzeit 15 und künftig 25 Mitgliedsstaaten zu koordinieren, gestaltet sich dementsprechend schwierig und es ist schon der eine oder andere Lobbyingefolg vor der Kommission und dem Parlament in den schwer nachvollziehbaren Verhandlungen dieser Arbeitsgruppen in Sand verwandelt und wieder verbläsen worden.

Caritas Europa hat diese und andere Bedenken während des EU-Konventes gemeinsam mit anderen Organisationen vorgebracht. Wie es scheint, wird in manchen Bereichen, wie beispielsweise Asyl, nun auch tatsächlich überlegt, ein Mitentscheidungsrecht des Europäischen Parlamentes zu verankern. Gespannt wird diesbezüglich die Intergovernmental Conference, die Anfang Oktober gestartet wurde, beobachtet.

Politische Arbeit ist natürlich nie Sache einer Organisation alleine. Caritas Europa kooperiert eng mit anderen europäischen Netzwerken, seien diese aus christlichen Wurzeln gewachsen oder auch nicht. Im Entwicklungszusammenarbeitbereich ist die Hauptpartnerin von Caritas Europa CIDSE, ein Netzwerk von katholischen Entwicklungsorganisationen. Positionierungen werden oft gemeinsam verfasst, politische Vertretung passiert meist durch eine der beiden Organisationen. Seit etwa einem Jahr teilen sich die beiden Netzwerke sogar einen Mitarbeiter. Darüber hinaus bringt sich Caritas Europa in CONCORD ein, einem Netzwerk von mehr als 1.000 in der Entwicklungszusammenarbeit tätige Organisationen. Nationale Caritasorganisationen engagieren sich darüber hinaus in den nationalen Plattformen zur Entwicklungszusammenarbeit.

In der Sozialpolitik ist Caritas Europa Mitglied der „Social Platform“, einer Koordinationseinrichtung für die meisten großen und kleineren europäischen sozial ausgerichteten Organisationen.

In der Migrationsarbeit arbeitet Caritas Europa eng mit anderen christlichen Organisationen zusammen, wie COMECE (dem Büro der Bischofskonferenzen der EU), der Churches Commission for Migrants in Europa (CCME), die Protestant/innen, Orthodoxe und Anglikaner/innen vertritt, dem Flüchtlingsdienst der Jesuiten, der International Catholic Migration Commission, Eurodiaconia und den Quäker/innen.

**COATNET – Network of Christian Organisations Against Trafficking in Women**

Viele Mitgliedsorganisationen von Caritas Europa in West-, Mittel- und Osteuropa bieten Unterstützung für Opfer des Frauenhandels an. In einer europaweiten Plattform arbeiten sie mit anderen christlichen Organisationen zusammen, um in den Ursprungsländern Frauen über die Gefahren des Frauenhandels aufzuklären und um in den Zielländern jene Frauen aufzufangen, die den Absprung aus dem Netz der Frauenhändler schaffen. Diesen Frauen wird Unterkunft und psychische Hilfe angeboten und bei Rückkehr in ihr Herkunftsland weitergehende Unterstützung.

Für nähere Information: Caritas Europa, 4, rue de Pascale, B-1040 Brussels, info@caritas-europa.org; (+32 2) 235 03 90.

**Zweiter Caritas Europa Armutsbericht zu „Armut und Familienpolitik“ in Vorbereitung**

Dieser Bericht, der Anfang 2004 veröffentlicht werden wird, erörtert, inwieweit Armut zusammenhängt mit verfügbarer/fehlender staatlicher Familienpolitik wie Familienbeihilfen, sozialem Wohnbau, Kinderbetreuung, bezahlter Karenz und Unterstützung von allein stehenden Eltern. Der Bericht wird auf der praktischen Erfahrung der Caritas-Organisationen aufbauen und einzelne Fallbeispiele aus verschiedenen europäischen Ländern beinhalten.

nen. Darüber hinaus wird mit anderen Nichtregierungsorganisationen zusammengearbeitet, wie dem „European Council on Refugees and Exiles“ (ECRE), Amnesty International, Save the Children und vielen anderen.

Im Bereich der Flüchtlingspolitik wird eine sehr konstruktive Kooperation mit dem UN-Hochkommissariat für Flüchtlinge (UNHCR) gepflegt, mit dem gemeinsam zum Beispiel ein Basistraining für Mitarbeitende aus ganz Europa veranstaltet wurde. Im Kampf gegen den Menschenhandel arbeitet Caritas Europa mit der International Organisation on Migration (IOM) zusammen.

Was sind aktuelle Herausforderungen für Caritas Europa und ihre Mitgliedsorganisationen? Für eine Organisation, die am Boden der manchmal recht tristen Realität mit den Opfern von Gewalt, Unterdrückung und Armut arbeitet, heißt es oft einen erheblichen Kraftaufwand, sich nicht mit der Fest-

stellung von Unzulänglichkeiten zu begnügen, sondern sich auf konkrete, realisierbare Alternativvorschläge festzulegen. Dies verlangt große Sensibilität beim Hinterfragen der oft als „gegeben“ titulierten politischen Rahmenbedingungen. In diesem Zusammenhang ist wohl auch festzuhalten, dass in der politischen Arbeit der Grad faktischer Einflussnahme auf Entscheidungen direkt proportional scheint mit der Gefahr der Vereinnahmung durch politische Kräfte.

Eine innerorganisatorische Herausforderung ist es, jene Prinzipien, für die die Organisation nach Außen steht und die sie versucht zu realisieren, auch im Inneren zu realisieren. Gerade als Organisation mit begrenzten Mitteln und einsatzbereiten, oft auch aufopferungsbereiten Mitarbeitenden ist es enorm wichtig, auf deren Wohl besonders Bedacht zu nehmen. Eine vorbildhafte Human Resource Policy in einer Organisation zu entwickeln, die europaweit immerhin einige Hunderttausende Mitarbeitende und ebenso viele Freiwillige zusammenführt, ist dieselbe Herausforderung wie für alle anderen profit- oder nichtprofitorientierten Arbeitgeber/innen.

Caritas ist der Versuch, das Prinzip der Nächstenliebe im Alltag zu leben. Caritas, das sind oft großartige Projekte für Menschen, denen sonst nicht ausreichend Respekt entgegengebracht wird, für Menschen, die übersehen, ignoriert und benachteiligt werden. Caritas, das sind aber auch Menschen auf der helfenden Seite, mit komplexer Persönlichkeit, mit Schwächen, mit Begeisterung.

*Mag. Bruno Kapfer, Österreicher, Jurist, Asylrechtsexperte, ist Migration Officer im Brüsseler Büro von Caritas Europa.*

Ellmaier/Engel

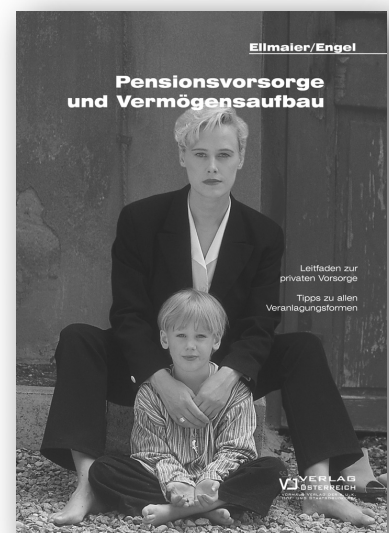
**Pensionsvorsorge und Vermögensaufbau**

Das Buch bietet einen umfassenden Überblick über die effektivsten Möglichkeiten der Pensionsvorsorge. Alle Varianten der Pensionsvorsorge und des Vermögensaufbaus werden anhand von zahlreichen Beispielen so dargestellt, dass jeder Leser den für sich optimalen Weg finden kann. Der unverzichtbare Ratgeber für Ihre persönliche Pensionsvorsorge!

- Staatlich geförderte Pension unter der Lupe
- Investmentfonds und Lebensversicherungen objektiv beurteilt
- Immobilien als Anlageobjekt
- Wo liegen versteckte Kosten und wie kann man sie umgehen?
- Wie nützt man steuerliche Vorteile?
- Risiken von Kurs- und Währungsschwankungen erkennen und nutzen!
- Betriebliche Pensionsvorsorge
- Tipps zum richtigen Kapitalaufbau

Mag. Wolfgang Ellmaier ist Betriebswirt, Unternehmensberater und Autor zahlreicher einschlägiger Publikationen.

Mag. Arno Engel ist Betriebswirt und Vermögensberater mit langjähriger Erfahrung im Veranlagungs- und Versicherungsbereich.



**3-7046-4129-4**  
**288 Seiten, br.**  
**€ 19,80**

VERLAG ÖSTERREICH  
VORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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



# Streik

Iris Kugler

In schöner Regelmäßigkeit wird unter verschiedenen Schlagzeilen die gesellschaftlich unfinanzierbare Kinderlosigkeit bejammert. Gebetsmühlenartig wird dasselbe Thema mit wechselnden Überschriften wiederholt, ohne dass sich in der politischen Diskussion auch nur homöopathische Spuren gedanklicher Auseinandersetzung wiederfinden. Einmal sind es die unfinanzierbaren Pensionen, dann ganz allgemein die Werte, die zum Anstimmern der Zuwenig-Kinder-Suada führen. Unerreicht tief war das Diskussionsniveau anlässlich der Kurzfassung eines Gehrler-Bonmots: Kinder statt Party.

Auch eine analytische Betrachtung der Langfassung führt nur zu Depression und Fassungslosigkeit. Transportiert wird jedes Mal völliges Unverständnis ob dieser Tatsache. Begründet wird schnell einmal mit dem Egoismus der Frauen dann der „Jungfamilien“, die sich partout – trotz steigender Arbeitslosenzahlen, eines akuten Mangels an Kinderbetreuungseinrichtungen sowie einer kinderfeindlichen Wirtschaft und ebensolchen Gesellschaft – nicht für die lieben Kleinen entscheiden wollen. Werden die schnell gefundenen Ursachen hinterfragt, führt dies selten zu konkreten Maßnahmen. Obwohl die Jammernenden zumeist, sowohl die Macht als auch die Position innehaben dieselben zu setzen.

Von sinkender Fertilität ist dann die Rede, von der Wellness-Generation, die nicht bereit ist Opfer zu bringen und dem Beispiel der unterprivilegierten Bildungsministerin zu folgen, die Ihre Kleinen ja auch in einer zu kleinen Wohnung aufgezogen habe; und ganz nahe dran an den wirklichen Ursachen, aber knapp vorbei und daher auch daneben: Von den karrieregeilen Frauen. Das Maximum zerebralen Engagements ist an diesem Punkt ausgereizt und mit einigem zeitlichen Abstand wird das Thema unter einer anderen Überschrift erneut bemüht.

Dass es offenbar unmöglich ist herrschenden PolitikerInnen die Gründe für die selbst gewählte Kinderlosigkeit bei gleichzeitigem Kinderwunsch zu vermitteln, ist nicht unbedingt vertrauensbildend. Die Frage ob dieselben nicht können oder nicht wollen oder abwechselnd beides, ist müßig. Tatsache ist, dass die

Gründe, seit in Europa die Geburtenrate stetig sinkt, bekannt sind. Hinlänglich bekannt ist auch, dass mit diesem Phänomen europaweit unterschiedlich umgegangen wird und manche Ländern, davon weniger betroffen sind als andere. Drängt sich die Frage auf: Warum? Nun, weil sie dem Thema ein anderes Verständnis entgegenbringen und mit Maßnahmen reagieren. Sei es dass Familie nicht ausschließlich mit einem Patriarchen als Haushaltsvorstand assoziiert wird oder ganz selbstverständlich Kinderbetreuung als partnerschaftliche Veranstaltung begriffen wird. Hierzulande jedoch wird Familie nach wie vor streng heterosexuell definiert und erlaubt weder die Einbeziehung von Alleinerzieherinnen noch von Personen, die ein Kind zwar nicht gezeugt haben, sich aber dennoch für es verantwortlich fühlen. Jedes Abgehen von dieser Regel wird immer noch streng sanktioniert, weil politisch ignoriert.

In Frankreich beispielsweise ist das Kinderkriegen keine reine Privatsache. Auch die Gemeinschaft ist für das Heranwachsen verantwortlich und nicht einmal konservative Parteien trauen sich die Notwendigkeit einer flächendeckenden Kinderbetreuung zu hinterfragen. Es ist jedoch müßig dieses Verständnis hierzulande einzufordern, wenn das Thema immer noch unter dem Titel: Kind und/oder Karriere diskutiert wird. Offenbar sind Frauen in Österreich in jener Position, in der der Wunsch mit einem Kind eigenständig und unabhängig überleben zu können bereits als Karriere missinterpretiert wird. Anderswo ist es ein simples Menschenrecht, ausbeutungähnliche Verhältnisse nicht einfach akzeptieren zu müssen. Denn selten entspricht der Arbeitsaufwand einer Hausfrau dem Gegenwert ihres Unterhalts. Keinem Mädchen, keiner Frau entgeht der Mangel an gesellschaftlicher Anerkennung der mit dem Begriff Hausfrau verbunden ist, sowie die menschliche Abwertung. Bei stetig steigenden Scheidungsraten wäre es geradezu selbstschädigend sich einerseits in existentiell riskanteste Abhängigkeiten zu begeben und andererseits kostenlos Schwerstarbeit zu leisten. Dass ökonomische Abhängigkeit Gewalt in der Regel an Frauen und Kindern erzeugt, sei nur am Rande bemerkt. Die meisten Frauen wollen

Kinder, allerdings ohne dem patriarchalen Überbau mit einem männlichen Profiteur. Gefragt wären Partner die ihren Teil an Pflichten selbstverständlich übernehmen.

An dieser Stelle nicht unerwähnt kann jenes Phänomen bleiben, wonach sich die meisten Männer mittlerweile als 50%Partner definieren. Werden jedoch die dazugehörigen Partnerinnen zum Thema Aufteilung der Hausarbeit befragt, gestehen diese ihren Männern selten mehr als 20% zu. Selbst wenn Frau dann eines dieser seltenen Exemplare männlichen Privilegienverzichts ergattert, ist sie mit einem Arbeitsmarkt konfrontiert, der Männern wie Frauen keine private Lebensplanung zugesteht und diese in die Arbeitsrealität nicht miteinbezieht. Gefragt wäre hier die Gestaltungsmacht einer Politik, die die Lage und Realitäten von Frauen ernst nimmt. Schändlich genug, dass das Kinderthema nach wie vor ausschließlich als Frauenthema zu behandeln ist.

Mit einigen Nuancen existentieller Dramatik angereichert, ist die Alternative des Alleinerziehens. Doch im Zeitalter der Lebensabschnittspartner (Labs) muss sich jede Frau, die Kinder hat oder will, mit dieser Lebensform auseinandersetzen. Der Spagat zwischen einem Job, in dem von Frauen wie Männern grenzenlose Verfügbarkeit verlangt wird, unzulänglichen Kinderbetreuungseinrichtungen vor allem für die Kleinsten und dem Wahnsinn an Hausarbeit der mit Kindern verbunden ist, ist kaum schaffbar.

Und daher weisen auch genau jene Länder, die diesen sehr engen Begriff von Familie hochhalten die niedrigste Geburtenrate auf: Spanien, Italien, Japan. Mag es daran liegen, dass Frauen Bildungsdefizite weitgehend wettgemacht haben oder sich ihrer Realitäten aus anderen Gründen zunehmend bewusst werden, sie bekommen keine Kinder mehr, wenn die Rahmenbedingungen nicht stimmen. Ob hierzu nun Streik gesagt wird oder vernünftige Entscheidung, ändert nichts am Ergebnis. Und das Ergebnis – viel zu wenig Kinder – ist die Antwort auf eine wild gewordene, deregulierte, patriarchale Politik und Arbeitswelt.