

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat nr 3. 2004

thema 

Brechungen des Liberalismus

recht & gesellschaft

- vergleiche, vergleiche, vergleiche
- Moot Courts
- Wider die Ohnmacht
- Die homepage und die Rechtssicherheit
- Gesamtänderung durch EU-Verfassung

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

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

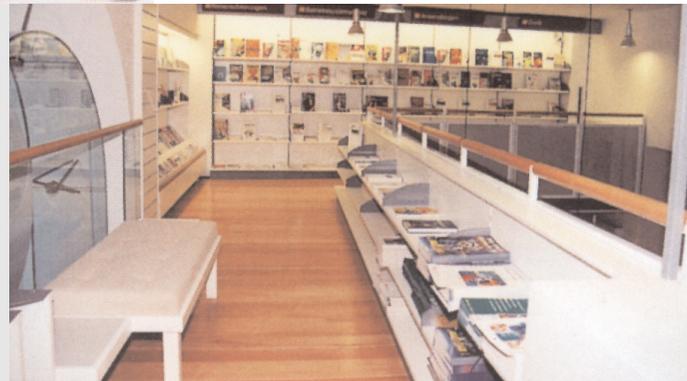
Für Context herausgegeben von

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



Wir freuen uns
auf Ihren Besuch!

Die bestsortierte
Fachbuchhandlung mit
200 Jahren Erfahrung



RECHT

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

STEUERN

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

WIRTSCHAFT

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

SERVICE

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

Jurbooks
Die Fachbuchhandlung

Wollzeile 16, 1010 Wien
Tel.: 01-512 48 85 • Fax: 01-512 06 63
Mo. – Fr. 9–18 Uhr • Sa. 9–12:30 Uhr
www.jurbooks.at • order@jurbooks.at

Krejci JuRidiculum

UniVerse von Heinz Krejci
2004, 3-7046-4548-6, 172 Seiten, geb., € 24,80

Wollen Sie sich bei der Lektüre heiterer Verse entspannen, sich an anzüglichen, köstlich formulierten Pointen erfreuen und dabei - nur so zum Beispiel - erfahren,

- warum man lieber Jus als Theologie studieren soll,
- warum das Leben als Notar so schön ist,
- mit welchen Tücken man beim Habilitieren zu rechnen hat,
- warum Gott auf die Erschaffung des Universitätsprofessors so stolz ist,
- weshalb die deutschen Rechtsgelehrten um so viel besser sind als andere,
- was Verfassungsrichter alles können,
- welche Zorres Verlage mit ihren Autoren haben - und umgekehrt,
- weshalb Maskeraden das Leben erleichtern und
- warum das Leben in Wien so schön ist?

Dann greifen Sie zu diesem Band, lesen Sie seine Verse, genießen sie die Zeichnungen des Autors und hören sich die beiliegende CD an. Sie können mit diesem Werk auch anderen Freude bereiten!



BESTELLSERVICE Fax: 01-610 77-589, e-mail: bestellen@voe.at

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315 Fax: -589, www.verlagoesterreich.at

Ja, ich/wir bestelle(n)

Krejci

JuRidiculum

_____ Expl. à € 24,80

ABSENDER Alle Preise verstehen sich inklusive MWSt. zuzüglich Versandkosten.

Firma		
Vor- und Zuname		
Straße	Postleitzahl/Ort	
Telefon	E-Mail	
Kundennummer	Datum	Unterschrift

jusline.at
Recht. Schnell

KREJCI VERLAG
ÖSTERREICH

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

**"perspektive mediation" -
die neue Fachzeitschrift
für Konfliktmanagement!**

- mit aktuellen Praxisfällen!
- mit neuen Methoden & Arbeitshilfen!
- mit Rezensionen & Interviews!



EINFÜHRUNGSPREIS
Jahresabonnement (4 Hefte)
um nur € 48,- !

Die erste interdisziplinäre Fachzeitschrift -
Theorie & Praxis der Mediation aus

- juristischer,
- wirtschaftlicher,
- psychotherapeutischer / psychologischer,
- pädagogischer und
- anderer Sicht

von den führenden Expertinnen & Experten aller Fachgebiete aus Österreich, Deutschland und der Schweiz!

Bestellkarte

Fax-Service: 0043-1-610 77-589

Ja, ich/wir bestelle(n):

Tel.: 0043-1-610 77-136, e-mail: order@verlagoesterreich.at

STÜCK	TITEL	PREIS
	„perspektive mediation“ – Jahresabonnement (4 Hefte)	€ 48,-
	„perspektive mediation“ – Schnupperabo (2 Hefte)	€ 9,90

Jahresabo-Preise einschließlich MwSt zuzüglich Versandkosten, Schnupperabo-Preise einschließlich MwSt und Versandkosten. Zeitschriftenabonnements verlängern sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn nicht bis spätestens 30.11. des laufenden Jahres eine schriftliche Kündigung erfolgt. Probe-Abonnements ("Schnupper-Abo") können spätestens 2 Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen Probe-Abonnements in ein Jahres-Abonnement über. Irrtum und Preisänderungen vorbehalten.

Vor- und Zuname

Postleitzahl/Ort/Straße

Datum

Unterschrift

Informationscoupon

Bitte senden Sie mir **kostenlos ...**

- das **Verlagsprogramm 2004**
- Information zu **Fachseminaren** über Recht und Wirtschaft

jusline.at – Direkt zu Ihrem Recht
Das Internet-Portal für Rechtsinformationen und Rechtsdienstleistungen:

- online-Meldeanfragen
 - online Firmenbuchauszüge
 - online-Grundbuchauszüge
 - online Vertragsmuster
- u.v.m. unter www.jusline.at

Inhalt

recht & gesellschaft

Stefan Hammer	EU-Verfassungsvertrag, Gesamtänderung der Bundesverfassung und pouvoir constituant	112
Bernd Wieser	Vom Wesen und Wert der Verfassungsrechtsvergleichung	117
Christian Bertel	Die Willkür der Justiz und die Ohnmacht des Bürgers – Was man aus einem Fehlurteil lernen sollte	122
Peter Unger	Rechtssicherheit vs Rechtsrichtigkeit	125
Klaus Markowetz	Die Teilnahme an Moot Courts als Chance für junge Juristen	128
Gabriel/Hann/ Lange/Mikulaschek	Kriegsverbrechen, Völkermord und die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes	132

thema: brechungen des liberalismus

Christian Hiebaum	Einleitung	136
Richard Sturn	Modellierungen des Marktes und ihr ideologischer Überschuss ...	138
Alexander Somek	From liberalism to holism	143
Michael Schefczyk	Die Sache mit dem Erben	149
Elisabeth Holzleithner	Toleranz unter Marktbedingungen	151
Christian Hiebaum	Liberale Erbauung	156

rubriken

vor.satz	Christian Hiebaum Der kurze Sommer der homosexuellen Liebe	110
merk.würdig	Gerhard Thallinger Asylrechtstrauma und Peitschenschlagsyndrom	111
nach.satz	Iris Appiano-Kugler Entbehrliche Diskussionen	160
impressum	116

Der kurze Sommer der homosexuellen Liebe

Christian Hiebaum

An sich ist der Sommer ja wesentlich schlechter als sein Ruf: zu viel Hitze oder zu viel Regen, langweilige Trendsportveranstaltungen mitsamt übelstem Gute-Laune-Krampf wie Beach-Volleyball, Freizeitstress, Kultur nur im Festivalformat – vor allem aber: ein Überhandnehmen von öffentlichen Debatten der belangloseren Art.

Der Sommer 2004 aber war, sieht man von der „Kampfhunde“- und der Rechtschreibreformdiskussion ab, eine Ausnahme. Ja, er legt sogar den verwegenen Gedanken nahe, dass die Pause nicht nur der Reproduktion von Energie für das politische Tagesgeschäft im Herbst, sondern darüber hinaus auch dem Antrieb zivilisatorischen Fortschritts dienen könnte.

Gerade für die Erörterung sog. „Randthemen“ eignet sich das Sommerloch bestens. Dafür spricht schon die Ökonomie der Aufmerksamkeit. In der „offiziellen“ Innenpolitik tut sich wenig, in den Medien ist daher mehr Platz. Und wenn alles ruhiger ist, braucht auch nicht so laut geschrien zu werden. Der Verzicht auf allzu billige Polemik und Selbststilisierungen wiederum begünstigen das Diskursklima. Auf diese Weise können rasch Fortschritte erzielt werden. Vorausgesetzt, der Gegenstand ist leicht überschaubar – und die finanziellen Kosten der diskutierten Maßnahmen halten sich in engen Grenzen.

Den Keim der Hoffnung pflanzte ausgerechnet die krisengeschüttelte Steirische Volkspartei. Diese schlug vor, für homosexuelle Partnerschaften ein der Ehe zumindest ähnliches Rechtsinstitut einzuführen. Und das just zu einem Zeitpunkt, da Homosexualität wieder einmal gemeinsam mit Pädophilie und Kinderpornographie (nämlich im Sankt Pöltener Priesterseminar) abgehandelt wurde und Bischöfe wie *Andreas Laun* von der Notwendigkeit sprachen, die „homosexuelle Ideologie“ zu bekämpfen.

Natürlich darf hinter dem Vorstoß auch ein Quäntchen strategisches Kalkül vermutet werden: Die Steirische VP

benötigt Schlagzeilen, die nichts mit der ESTAG-Affäre und diversen Fragwürdigkeiten im Umgang mit Fällen sexueller Belästigung in der Landesverwaltung zu tun haben, und der ÖVP als Ganzer tut eine gewisse Imagepolitik auch nicht schlecht. Das Paket verstockter Katholizismus und Wirtschaftsliberalismus dürfte schon mittelfristig keine Erfolge mehr garantieren. Sogar der traditionell konservative Bauernbund hat sich diskussionsbereit gezeigt.

Trotzdem wird es, wie wir jetzt wissen, im Wesentlichen beim Status quo bleiben. Mit der Bildung einer ÖVP-internen „Arbeitsgruppe“ war bereits alles klar. Unter Ausschluss der Öffentlichkeit diskutiert es sich manchmal vernünftiger, oft aber auch gänzlich ungeeignet. Die Argumente, die in besagter Arbeitsgruppe von den Gleichstellungsgegnern vorgebracht wurden, wollen wir uns lieber nicht und schon gar nicht im Detail vorstellen. Zu den vernünftiger anmutenden dürften noch juristisch verbrämte Bedenken gehört haben, wie sie zuvor etwa der freiheitliche Justizsprecher *Böhmendorfer* geäußert hat: Eine rechtliche Gleichstellung von homo- und heterosexuellen Partnerschaften sei gleichheitswidrig, weil Ungleiches eben nicht gleich behandelt werden dürfe. Wenn das in dieser kruden Form zuträfe, wären freilich so gut wie sämtliche Ungleichbehandlungen von Menschen, die sich naturgemäß in zahllosen Hinsichten unterscheiden, nicht nur gerechtfertigt, sondern darüber hinaus auch noch *geboten*.

In der Öffentlichkeit, so ist zu vermuten, wird sich die ÖVP auf jenen etwas kryptischen Standpunkt zurückziehen, den *Benita Ferrero-Waldner* während des Präsidentschaftswahlkampfes vertreten und zu dem sich auch Bundeskanzler *Schüssel* bekannt hat: Man sei gegen eine Diskriminierung genauso wie gegen die rechtliche Gleichstellung von Homosexuellen.

Auf den ersten Blick sieht das natürlich wie ein glatter Widerspruch aus. Es ist aber nicht unbedingt einer, denn nicht

jede Ungleichbehandlung ist schon eine Diskriminierung. Wer glaubt, dass es gute Gründe für eine Ungleichbehandlung durch den Gesetzgeber gibt, wer sich also auf mehr als bloß ein Gefühl zu stützen vermeint, der kann auch glauben, für eine Ungleichbehandlung einzutreten, die keine Diskriminierung ist. Um allerdings sicher gehen zu können, dass man mit der gegenständlichen Ungleichbehandlung nicht eine Diskriminierung befürwortet, sollte man bessere Gründe haben als die schlichte Tatsache, dass gleichgeschlechtliche Paare keine Kinder zeugen können. Schließlich haben auch zeugungsunfähige und -unwillige Heterosexuelle das Recht, eine Ehe zu schließen. Erst recht sollte man auf obskurantistische Gemeinplätze wie jenen, wonach die Ehe „Grundlage von Gesellschaft und Staat“ sei (so *Andreas Khol* in einem „Standard“-Interview), verzichten. Überhaupt gibt das Argument, die Ehe bedürfe des rechtlichen Schutzes, in dieser Frage gar nichts her. Homosexuelle Partnerschaften sind schließlich keine Konkurrenz. Wer *entscheidet* sich schon für seine sexuellen Präferenzen?

Freilich bleibt dann nicht mehr viel, was noch für die konservative Position ins Treffen geführt werden könnte. Doch das ist alles nicht neu. Wäre die allerorten signalisierte „Dialogbereitschaft“ ernst gemeint gewesen, hätte es wahrscheinlich gar keiner langen Diskussion bedurft. Nichtsdestoweniger war die Initiative aus der Steirischen VP nicht gänzlich erfolglos: Einige Diskriminierungen werden tatsächlich beseitigt werden. Und wenn man den Meinungsumfragen vertrauen darf, sind immerhin ein paar Menschen mehr in die Lage versetzt worden, sich ohne homophobe Reflexe das Unvorstellbare vorzustellen. Auf jeden Fall war die diesjährige Debatte immer noch besser, als einem Bundeskanzler in Gummistiefeln beim Trösten von Unwetteropfern zusehen zu müssen.

Asylrechtstrauma und Peitschenschlagsyndrom

Das Asylrecht bleibt rechtspolitischer Dauerpatient: Nach monatelangem Streit um die Betreuung von Asylwerbern zwischen Bund, Ländern und Gemeinden verkündete der VfGH am 15. Oktober seine mit Spannung erwartete Entscheidung in der Prüfung der Asylgesetznovelle 2003 (für einen Überblick über die Novelle vgl. *Thallinger*, Das neue Asylgesetz – ein verfassungsrechtlicher Grenzgänger, *ZfV* 2004, 161ff). Das Resultat: Drei zentrale Neuregelungen im Asylgesetz wurden vom Höchstgericht als verfassungswidrig erkannt und aufgehoben: 1. Der generelle Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei Berufungen gegen Zurückweisungen gemäß § 5a Abs 1 zweiter Satz AsylG ist mit der Verfassung nicht vereinbar. 2. Das Neuerungsverbot gemäß § 32 Abs 1 Z 4 AsylG, wonach neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur vorgebracht werden konnten, wenn der Asylwerber in erster Instanz „auf Grund einer medizinisch belegbaren Traumatisierung nicht in der Lage war, diese vorzubringen“, stellt nach Ansicht des VfGH eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips und des Art 13 EMRK dar. 3. Die Verhängung von Schubhaft, wenn nach rechtskräftiger negativer Entscheidung ein erneuter Asylantrag (Folgeantrag) gestellt wird (§ 34b Abs 1 Z 3 AsylG) ist überschießend und wird per 30. Juni 2005 aufgehoben.

Weitere, vom UBAS sowie der Oberösterreichischen und Wiener Landesregierung angefochtene Gesetzesbestimmungen sind nach Ansicht des Gerichtshofs einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich. Insbesondere die auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene umstrittenen Listen sicherer Dritt- bzw Herkunftsstaaten haben der Prüfung des Verfassungsgerichtshofes Stand gehalten. Ebenso sind die angefochtenen Neuregelungen im Bundes-

betreuungsgesetz als verfassungskonform eingestuft worden.

Die Zurückweisung an der Grenze gemäß § 17 AsylG hob der VfGH mangels Anwendungsbereich nicht auf: Passend dazu der Kommentar von VfGH-Präsident Karl Korinek: „Die legistische Qualität des Gesetzes ist nicht gut, und das ist noch höflich formuliert“. Insgesamt also ein Wechselbad der Gefühle für den Gesetzgeber: Obwohl nach heftigen Protesten während der Begutachtung bereits teilweise entschärft, ist das Neuerungsverbot letztlich zum Teil gescheitert. Ebenso verfassungswidrig ist der sofortige Vollzug der Abschiebung in sog Dublinstaaten; die fadenscheinige Rechtfertigung auf Grund des Gemeinschaftsrechts (Dublin II-Verordnung) hat der VfGH dem Gesetzgeber nicht abgenommen. Hinsichtlich der Verfassungskonformität der Listen sicherer Dritt- bzw Herkunftsstaaten haben sich die Höchstrichter von ihrer pragmatischen Seite gezeigt: Ein Widerspruch zu diesem gemeinschaftsweit mittlerweile akkordierten Mittel der Verfahrensbeschleunigung hätte jedenfalls ziemliches Ungemach bereitet.

Unter dem Strich bleibt eine ausgewogene Dosierung von Zuckerbrot und Peitsche, welche die Verfassungsrichter den Masterminds der Asylrechtsnovelle verabreicht haben: Dass das Pendel letztlich doch in Richtung Peitsche ausschlägt, ergibt sich in erster Linie durch diverse Nebengeräusche am Rande der Entscheidungsverkündung. Abgesehen vom zitierten präsidialen Kommentar zur legistischen Qualität des Gesetzeswerkes (welche zum Teil der Sphäre der höchstgerichtlichen Denksportjudikatur nicht mehr fern sein dürfte), hinterlässt dabei vor allem der Beipackzettel, den der VfGH dem Asylgesetz zur rechtmäßigen Anwendung durch die Asylbehörden beigelegt hat, diesen Eindruck: „Der Verfassungsgerichtshof zeigt mit seiner

Entscheidung allerdings auch auf, wie nicht aufgehobene Bestimmungen des Asylgesetzes von den Behörden künftig verfassungskonform auszulegen sind.“, heißt es in der Presseaussendung. Dass die Asylbehörden dem *de facto* nicht immer nachkommen werden (können), kann für die Betroffenen in vielen Fällen wohl mehr als bloß unangenehme Nebenwirkung oder bittere Pille sein.

Konstatiert man folglich ein Überwiegen der Peitschenschläge, überrascht die Reaktion der politisch verantwortlichen Akteure schon ein wenig. Selbstkritik oder Demut vor der höchstgerichtlichen Entscheidung? Mitnichten. Stattdessen kam folgendes rechtspolitisches „Peitschenschlagsyndrom“ zum Vorschein: Man werde die vom Verfassungsgerichtshof auferlegte Reparatur des Asylgesetzes für eine Verschärfung der Bestimmungen nutzen, lautet die Devise. Ob eine Verschärfung wirklich einer Reparatur im Sinne des Erkenntnisses gleichkommt?

Fazit: Das Asylrechtstrauma ist prolongiert und um einige Facetten reicher. Wenn auch die Entscheidung des VfGH den Asylwerbern zusätzlichen Schutz garantiert, so bläst ihnen landesweit weiterhin ein rauer Wind entgegen. Zankapfel Nummer eins bleibt dabei die Betreuung der Asylwerber, die – in zum Teil unmenschlichen Bedingungen – zum Spielball politischer Interessen zu verkommen drohen. Aussicht auf Besserung ist keine oder nur in geringen Dosen in Sicht. In dieser Situation, in der Bund und Länder der Betreuung von Asylwerbern nur ungenügend nachkommen, ist es mehr als begrüßenswert, dass Raiffeisen und Uniqua sich bereit erklärt haben, Asylsuchenden Gratisquartiere zur Verfügung zu stellen. Ein positiver Ansatz von Alternativmedizin zur Behandlung des heimischen Asylrechtstraumas, der gerade in der vorweihnachtlichen Zeit Schule machen sollte; für eine langfristige Gesundung bedarf es jedoch einer Rezeptur ganz grundlegender Art sowie zu aller erst einer raschen Genesung vom Peitschenschlagsyndrom.

Gerhard Thallinger

EU-Verfassungsvertrag, Gesamtänderung der Bundesverfassung und *pouvoir constituant*

Theo Öhlinger zum 65. Geburtstag

Stefan Hammer

Im Juli dieses Jahres hat *Theo Öhlinger* die These vorgetragen, dass die Ratifikation des EU-Verfassungsvertrages durch Österreich eine Gesamtänderung der Bundesverfassung bedeutet und daher gemäß Art 44 Abs 3 B-VG einer Abstimmung durch das Bundesvolk zu unterziehen ist.¹ Der vorliegende Beitrag kann die tieferen Dimensionen dieser Problematik nur ansatzweise aufrollen. Schon dabei zeigt sich sofort, wie dicht der Jubilar, der im vergangenen Juni das 65. Lebensjahr vollendet hat, das weite Feld des europäischen demokratischen Verfassungsstaates und seiner theoretischen Voraussetzungen durchdrungen hat. Es ist hier kaum mehr eine Problemstellung denkbar, in der man nicht mehrfach auf sein Werk zurückgreifen muss. Der vorliegende Beitrag kann auch dies nur ausschnittsweise tun.

1. Der europäische Souveränitätskonflikt

Mit Art I-6 des EU-Verfassungsvertrages (in der konsolidierten Fassung) wird im Primärrecht erstmals ausdrücklich ein vorbehaltloser Vorrang des gesamten EU-Rechts vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten verankert. Damit wird zwar nur „die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Ausdruck“ gebracht, wie dies in einer erläuternden Deklaration festgehalten wird, doch ob es deshalb auch schon der geltenden Europarechtslage entspricht, ist fraglich.

Lehre und Rechtsprechung in einigen Mitgliedstaaten gehen vielmehr vom Fortbestand verfassungsrechtlicher Integrationssschranken aus, die im Konflikt mit dem EU-Recht auch eine Schranke für dessen Vorrangwirkung bilden würden. Dies ist zwar vom EuGH nie anerkannt worden, doch ist davon auszugehen, dass die von ihm in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte unmittelbare Geltung und Vorrangwirkung des Europarechts nur insoweit gilt, als sie durch die Praxis der Mitgliedstaaten auch akzeptiert und umgesetzt worden ist. Erst in diesem Ausmaß kann die Vorrangdoktrin als spätere Vertragspraxis im Sinne von Art 31 Abs 3 lit b WVK und somit als Bestandteil des Primärrechts gelten. Diese Akzeptanz ist nun nahezu durchgehend gegeben, aber in der Frage, ob es einen integrationsfesten Kern nationaler Verfassungen gibt, stehen einander nach wie vor divergierende Standpunkte gegenüber, die die Souveränitätsfrage in der EU bis heute in Schwebelage halten: Sind die Mitgliedsstaaten weiterhin die „Herren der Verträge“ auch in dem Sinn, dass ihnen das letzte Wort über die Grenzen der Verbindlichkeit einer auf diesen Verträgen beruhenden Rechtsordnung zukommt, oder haben sie sich auch in dieser Frage einer gemeineuropäischen Hoheitsgewalt unterworfen, die so verselbständigt ist, dass sie über die Grenzen ihrer Zuständigkeit selbst entscheidet? Als konkrete Rechts-

frage wurde dieser latente Konflikt zwischen dem EuGH und nationalen Verfassungsgerichten noch nicht ausgetragen, sodass die dahinterstehenden, miteinander letztlich unvereinbaren Souveränitätsansprüche weiterhin in Schwebelage bleiben und die EU zu einem juristischen „Monstrum“ machen, ähnlich jenem, welches *Pufendorf* im Heiligen Römischen Reich seiner Zeit gesehen hat.²

Es gibt nun gute Gründe, im neuen Art I-6 des Verfassungsvertrages eine Bestimmung zu sehen, die diesen ambivalenten Rechtszustand beendet. In Art I-5 Abs 1 des Verfassungsvertrages wird die EU zwar weiterhin zur Achtung der Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten verpflichtet, doch man muss bereits für die (derzeit noch geltende) Vorrangbestimmung des Art 6 Abs 3 EUV bezweifeln, dass darin den Mitgliedstaaten ein Reservatrecht vorbehalten wird, aus eigenem einen Eingriff in ihren Verfassungskern festzustellen und dem europäischen Recht insoweit seine Wirksamkeit abzuerkennen.³ Dass Art 6 Abs 3 EUV dadurch motiviert war, die Angst der Mitgliedstaaten vor einer Auslöschung ihrer Verfassungsidentität abzufangen, bedeutet nicht, dass er ihre latente Bereitschaft zur verfassungsrichterlichen „Selbsthilfe“ in ein verbrieftes Recht umgemünzt hätte. Obwohl Art 6 Abs 3 EUV noch von der ausdrücklichen Umgrenzung der Zuständigkeit des EuGH in Art 46 EUV ausgespart bleibt, hat seine Aufnahme ins Primärrecht als Verpflichtung der EU-Organe doch die Grundlage für eine – wenn auch einstweilen nur indirekte – Kontrolle durch den EuGH geschaffen. Dies gilt vor allem bei einer Deutung dieser Bestimmung als Kompetenz(ausübungs)schranke.⁴ Wenngleich die Mitgliedstaaten nur selbst substantiieren können, worin ihre verfassungsrechtliche Identität bzw deren Beeinträchtigung bestehen soll, liegt doch die Letztentscheidung darüber, ob die EU dieses Achtungsgebot verletzt hat, nicht mehr bei ihnen allein. Soweit also noch heute Mitgliedstaaten eine autonome Kompetenz bean-

1) *Öhlinger*, EU: Referendum über Verfassung nötig? „Die Presse“ v. 5. 7. 2004. Der Autor ruft darin zu einer eingehenden Diskussion dieser Frage auf. Außer der Entgegnung von *Griller*, Referendum über EU-Verfassung? Keine

Argumente in Sicht, „Die Presse“ v. 12. 7. 2004, wurde dazu bisher, soweit ich sehe, keine wissenschaftliche Stellungnahme veröffentlicht.

2) Dazu *Öhlinger*, Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufen-

bau Doctrine in Present-Day Europe, in *Jyränki* (Hrsg.), National Constitutions in the Era of Integration (1999) 163 (insb 172 f).

3) Zu dieser Problematik siehe etwa *Beutler*, Art 6 EU, Rz 198, in *v. d. Gro-*

eben/Schwarze, Kommentar I⁶ (2003).

4) Vgl zB *Beutler*, Art 6 EU Rz 206 f; *Hilf/Schorkopf*, Kommentar zu Art 6 EUV, Rz 98, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Ergänzungslieferung 23 (2004).

spruchen, die Vereinbarkeit des Gemeinschaftsrechts mit ihrem Verfassungskern zu kontrollieren, spielt sich der darin zum Ausdruck kommende Souveränitätskonflikt außerhalb der geltenden Vertragstexte ab, zumal er ja vor allem auch jene Vorrangwirkungen des Europarechts betrifft, die in diesen Texten gar nicht explizit verankert sind, sondern eben richterrechtlich entwickelt wurden.⁵

Vor diesem Hintergrund kann der neue Art I-6 des Verfassungsvertrages samt seiner interpretativen Deklaration gerade als Absage an die bisher auf mitgliedstaatlicher Seite vertretene Position in diesem Souveränitätskonflikt verstanden werden. Dass die Deklaration durch ihre ausschließliche Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH den noch bestehenden rechtlichen Schwebezustand nicht vollständig wiedergibt, hat also für die Zukunft insofern eine normative Bedeutung, als Art I-6 des Verfassungsvertrages eben so zu interpretieren ist, dass er die Position des Gerichtshofs unter Ausschluss der rivalisierenden mitgliedstaatlichen Positionen fest schreibt. Diese selektive Rezeption beendet also den schwelenden Konflikt und lokalisiert die Souveränität bei der Union. Zudem bleibt das Gebot der Achtung der (Verfassungs-)Identität der Mitgliedstaaten im Verfassungsvertrag auch nicht mehr von der Zuständigkeit des EuGH ausgespart. Damit unterliegt das Gemeinschaftsrecht auch in diesem Zusammenhang ausschließlich der Kontrolle durch den EuGH. Solange dieser es nicht für ungültig erklärt, hat es also unanfechtbar Vorrang auch gegenüber dem Kernbestand der Verfassungen der Mitgliedstaaten.

2. Vorrang des Unionsrechts und nationales Verfassungsreferendum

In Österreich wird eine auch gegenüber dem Gemeinschaftsrecht wirkende Bestandsgarantie des Verfassungskerns auf Art 44 Abs 3 B-VG gestützt: Jede Änderung des Primärrechts, welche gegenüber dem mit dem Beitritt zur EU geschaffenen Rechtszustand die verfassungs-

rechtliche Grundordnung neuerlich in Mitleidenschaft zieht, wäre als Gesamtänderung der Bundesverfassung einer Volksabstimmung zu unterziehen. Soweit dies entgegen Art 44 Abs 3 B-VG unterblieben ist, könnte das neue Primärrecht als völkerrechtlicher Vertrag gemäß Art 140a B-VG vom VfGH auf seine Baugesetzwidrigkeit überprüft und gegebenenfalls für unanwendbar erklärt werden. Und soweit späteres Sekundärrecht mit der verfassungsrechtlichen Grundordnung unvereinbar ist, hätte es mangels eines Verfahrens zu seiner Überprüfung als absolut nichtig zu gelten und könnte somit auch seine Vorrangwirkung nicht entfalten.⁶ Beide Annahmen implizieren eine Lesart des Unionsrechts, wonach dieses selbst in seiner Wirksamkeit vor autonomen nationalen Integrationsstrahlen halt macht und eben deshalb die Maßstabfunktion der verfassungsrechtlichen Grundordnung im Sinne von Art 44 Abs 3 B-VG nicht verdrängt. Entgegen der umfassenden Vorrangdoktrin des EuGH entscheidet diese Position den schwelenden Souveränitätskonflikt somit zugunsten der Mitgliedstaaten. Sie findet ihren juristisch sinnfälligen Ausdruck in *Öhlingers* schematisiertem Bild von einem rechtlichen Stufenbau, in welchem die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung den höchsten, noch über dem europäischen Primärrecht liegenden Rang einnehmen.⁷ Aus der gleichen Sicht anderer Mitgliedstaaten müsste jeweils deren Verfassungskern die oberste Rechtsschicht in einem solchen Stufenbau bilden, was dem pluralen Geltungsgrund des Gemeinschaftsrechts in einer Konzeption entspricht, in der die einzelnen Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“ bleiben. Aus der „eurozentrischen“ Sicht des EuGH muss dagegen sowohl das primäre wie auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht aufgrund seines uneingeschränkten Vorrangs gegenüber dem gesamten Recht der Mitgliedstaaten im Stufenbauparadigma sogar über den Fundamentalnormen aller nationalen Verfassungsrechtsordnungen stehen und so eine einheitliche Pyramide bilden, die den unionsrechtlichen Souveränitätsan-

spruch zum Ausdruck bringt. Primat des Gemeinschaftsrechts und Primat des nationalen Fundamentalverfassungsrechts sind freilich miteinander unvereinbar. Nur die Unentschiedenheit dieses Konflikts macht eben den Primat des nationalen Verfassungskerns gegenüber dem Gemeinschaftsrecht gegenwärtig noch zu einer rechtlich vertretbaren Position.

Dieser Konflikt wird nun, wie oben skizziert, durch den neuen Art I-6 des Verfassungsvertrages im Sinne des Primats des Unionsrechts entschieden. Dieses hätte fortan uneingeschränkte Vorrangwirkung auch gegenüber dem nationalen Verfassungskern. Weder die verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit von baugesetzwidrigem Primärrecht noch die absolute Nichtigkeit von baugesetzwidrigem Sekundärrecht wären weiterhin vertretbar, weil das betreffende Unionsrecht vielmehr umgekehrt die verfassungsrechtlichen Baugesetze verdrängen würde. Durch die mit Inkrafttreten des Verfassungsvertrages definitiv uneingeschränkte Vorrangwirkung des Unionsrechts verlieren die Baugesetze der Bundesverfassung von vornherein insbesondere ihre Funktion als Maßstab allen künftigen Unionsrechts. Zwar hätte der EuGH als höchster Garant der Achtung der Identität der Mitgliedstaaten auch auf die fundamentalen Strukturprinzipien der Bundesverfassung zurückzugreifen. Die verfassungsrechtliche Grundordnung Österreichs wird insofern mittelbar zum Bestandteil des Unionsrechts. Innerstaatlich kann sie aber keine Schranke für das Wirksamwerden des Unionsrechts bilden. Künftiges Sekundärrecht kann somit nicht mehr unter Berufung auf verfassungsrechtliche Grundprinzipien unangewendet bleiben, und künftige Revisionen des Verfassungsvertrages können (solange die unbedingte Vorrangregel nicht wieder beseitigt wird) auch ohne Volksabstimmung in Österreich verbindlich werden und sind durch den VfGH auch nicht mehr am Maßstab der verfassungsrechtlichen Grundordnung überprüfbar.⁸ In dieser Beseitigung der Rechtswirkungen des Art 44 Abs 3 B-VG (und damit der verfassungsrechtlichen Baugesetze ins-

5) Zur ganzen Problematik ähnlich, aber differenzierend *Öhlinger*, *Su-prema Lex Europea*, in *Djordjevic*

(Hrsg.), *Constitution. Lex Superior, Mélanges Pavle Nikolic* (2004) 401 (408 f., 412).

6) Siehe *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁵ (2003) Rz 191.

7) *Öhlinger*, *Verfassungsrecht* Rz 161;

vgl. ders., *Unity* 170 f.

8) *Anders Griller*, „Die Presse“ v. 12. 7. 2004.

gesamt) gegenüber dem Unionsrecht sieht *Öhlinger* den gesamtändernden Effekt von Art I-6 des Verfassungsvertrages, dessen Ratifikation somit einem obligatorischen Referendum gemäß Art 44 Abs 3 B-VG unterliegt.⁹

Freilich gilt der unbedingte Vorrang nicht nur für künftiges Unionsrecht, sondern schon für den Verfassungsvertrag selbst, auch wenn dieser ansonsten in keinem inhaltlichen Konflikt mit der verfassungsrechtlichen Grundordnung steht. Dies wirft die Frage auf, inwieweit das verfassungsrechtliche Gebot, diese Änderung des Primärrechts einer Volksabstimmung zu unterziehen, in diesem Fall überhaupt sanktionierbar ist. Während eine bloß inhaltliche Baugesetzwidrigkeit neuen, nicht als gesamtändernd ratifizierten Primärrechts, wie erwähnt, vom VfGH gemäß Art 140a B-VG wahrgenommen werden könnte, dürfte die formale Vorrangregel des Art I-6, sobald sie mit dem Verfassungsvertrag auch ohne Volksabstimmung in Kraft getreten ist, ihre eigene Prüfung durch den VfGH verhindern. Denn bereits mit ihrem unionsrechtlichen Geltungsbeginn bezieht sie sich auch auf sich selbst und verdrängt so in ihrem Geltungsbereich Art 44 Abs 3 B-VG, der ja den Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung bilden müsste. MaW: Um die Vorrangregel für unanwendbar erklären zu können müsste ihr der VfGH genau jene mit Art 44 Abs 3 B-VG unvereinbare Vorrangwirkung zuschreiben, die ihrer Prüfung an dieser „baugesetzrangigen“ Verfassungsnorm gerade im Wege steht. Die schon mit dem Inkrafttreten des Vertrages eintretende Vorrangwirkung kann also auch dann, wenn die Ratifikation verfassungswidrig ohne Volksabstimmung erfolgt ist, auf nationaler Ebene nicht mehr nachträglich ausgeschaltet werden.

Auf den ersten Blick könnte gerade dieser Umstand die Zäsur, die mit einer solchen Änderung der Rechtslage verbunden wäre, paradoxer Weise wieder relativieren: Die Möglichkeit, dass eine Neuerung im Primärrecht die verfas-

sungsrechtliche Grundordnung beeinträchtigt, zugleich aber diese als Prüfungsmaßstab ausschaltet, besteht bereits seit dem Beitritt Österreichs zur EU und ist mit diesem in Kauf genommen worden. Die damals aufgrund einer Volksabstimmung vollzogene Gesamtänderung der Bundesverfassung hat also auch die Möglichkeit abgedeckt, dass eine baugesetzändernde Revision des Primärrechts einen Inhalt hat, der bewirkt, dass eine etwaige Verletzung des nationalen Verfassungsgebots zur Durchführung einer Volksabstimmung im nachhinein nicht mehr sanktioniert werden kann. Das ändert aber nichts daran, dass dieses Verfassungsgebot in einem solchen Fall dennoch besteht: Erst die vorliegende Vertragsänderung selbst beseitigt definitiv die verfassungsrechtliche Grundordnung als Prüfungsmaßstab für das geänderte und das nachfolgende Unionsrecht. Dass dieses damit auch gänzlich aus dem Geltungsbereich des Art 140a B-VG ausgeschieden wird, unterstreicht nur die materiell gesamtändernde Wirkung einer solchen neuen, absoluten Vorrangregel. Es bleibt also dabei: Der neue Verfassungsvertrag ist im Hinblick auf den durch ihn bewirkten Vorrang des gesamten Unionsrechts vor dem gesamten nationalen Recht einer Volksabstimmung zu unterziehen.

Dass diese Vorrangwirkung allerdings auch dann nicht mehr beseitigt werden kann, wenn der Verfassungsvertrag ohne Volksabstimmung ratifiziert worden ist, macht das Gebot der Volksabstimmung zu einer *lex imperfecta*. Im Hinblick darauf, dass unter Experten auch umstritten ist, ob ein solches Gebot für die Ratifikation des Verfassungsvertrages überhaupt besteht, wird seine etwaige Verletzung weder eine Ungültigkeit des Vertragsabschlusses im Sinne des Art 46 WVK noch eine Verurteilung der involvierten politischen Funktionsträger durch den VfGH gemäß Art 142 B-VG nach sich ziehen können. Es bliebe also nur noch der Austritt aus der Union. Damit wäre aber wiederum eine Umbildung der verfassungsrechtlichen Baugesetze verbunden. Als Sanktion für

deren Durchbrechung kommt somit auch keine Verpflichtung in Betracht, das Austrittsverfahren gemäß Art I-60 des Verfassungsvertrages einzuleiten. Der Bruch der verfassungsrechtlichen Grundordnung durch den Verzicht auf ein Verfassungsreferendum bleibt also ohne Sanktion. Ob eine Volksabstimmung durchzuführen sein wird, ist also im Ergebnis doch wieder eine politische Frage.

3. Verfassungsgebende Gewalt und das Problem der Rechtskontinuität

Die aufgezeigte rechtliche Schwäche, die dem verfassungsrechtlichen Erfordernis einer Volksabstimmung innewohnt, entspricht indessen einer grundlegenden legitimatorischen Schwäche. Dass nationale Referenden als solche, auch wenn sie kumulierend in vielen Mitgliedstaaten durchgeführt werden, aufgrund ihres nationalen politischen Bezugsrahmens nicht geeignet sind, einer gesamteuropäischen Verfassung Legitimität zu vermitteln, wurde schon verschiedentlich festgestellt.¹⁰ Es kann sich darin nicht jener „*pouvoir constituant*“ artikulieren, der nur einem europäischen Volk insgesamt zukäme. Die nationalen Referenden sind auch nicht Teil eines gesamteuropäisch festgelegten Verfahrens zur Annahme der Verfassung, sondern hängen von den je nationalen verfassungsrechtlichen bzw politischen Erfordernissen ab. Und aus Österreichs innerstaatlicher Perspektive ist die Mitwirkung des Volkes gemäß Art 44 Abs 3 B-VG auch gar nicht die Betätigung des „*pouvoir constituant*“ durch das souveräne Volk, sondern Ausübung einer Kompetenz im Rahmen des Verfassungsstaates, also „*pouvoir constitué*“. Im Verfassungsstaat, der auch im Wege der Gesamtänderung der Bundesverfassung nicht verlassen werden kann, gibt es eben keinen Souverän, sondern nur Kompetenzen.¹¹

Wie wir gesehen haben, ist das verfassungsrechtliche Erfordernis einer Abstimmung durch das Bundesvolk auch letztlich gar keine rechtliche con-

9) Zum Bestandsschutz von Art 44 Abs 3 B-VG gegenüber Änderungen des Unionsrechts siehe *R. Winkler*, Integrationsverfassungsrecht (2003) 49 ff.

10) Nicht ausreichend berücksichtigt dies *Meessen*, Europa-Referenden als Chance. Volksabstimmungen könnten die Verfassung legitimieren, NZZ

v. 16. 6. 2004.

11) *Öhlinger*, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung, in FS Perenthaler (2005) (in Druck). Vgl all-

gemein *Kriele*, Einführung in die Staatslehre⁶ (2003) 240 f und passim.

ditio sine qua non für das Wirksamwerden der mit Verfassungsvertrag definitiv auf die Union übergehende Souveränität. Auch insofern kann eine solche Abstimmung nicht die Grundlage für die Entstehung eines souveränen europäischen Gemeinwesens bilden. Sie hat allenfalls die Selbstabsetzung des souveränen Bundesvolks als innerstaatlichen Reflex dieses Vorgangs zum Gegenstand. Man könnte sogar die Frage stellen, ob dies im Grunde überhaupt ein zulässiger Gegenstand eines Referendums gemäß Art 44 Abs 3 B-VG sein kann. Dafür spricht freilich, dass die Verfassungsstaatlichkeit Österreichs nicht aufgegeben, sondern in einem größeren Ganzen aufgehoben wird, in welchem der Bundesverfassung weiterhin eine relative Selbständigkeit zukommt. Dennoch wird hier einmal mehr deutlich, in welchem geringem Ausmaß ein nationales Verfassungsreferendum imstande ist, die verfassungsgebenden Vorgänge auf gesamteuropäischer Ebene zu erfassen.

All dies hätte die Alternative nahelegen können, den europäischen Verfassungsvertrag einer europaweiten Abstimmung zu unterziehen, in der sich die Bürger Europas zugleich als europäisches Volk konstituieren würden. Unter Wahrung der Rechtskontinuität wäre dies freilich nicht unmittelbar möglich gewesen. Ein derartiges Verfahren für die Annahme des Verfassungsvertrags (der damit seinen Charakter als Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten verlieren würde) müsste selbst zuvor von den Mitgliedstaaten als Änderung der bestehenden Verträge ratifiziert werden und würde damit wiederum nationalen Referendumserfordernissen unterliegen, ebenso wie jetzt die Ratifikation des Verfassungsvertrags selbst. Der Integrationsprozess zu einer europäischen Verfassungsgemeinschaft scheint also fast unausweichlich die direkte Demokratie gerade dort zu mobilisieren, wo diese ihn nicht legitimieren, sondern nur gefährden kann, nämlich in den einzelnen Mitgliedstaaten.¹²

Dieser Befund gilt allerdings nur, solange man am Erfordernis der Rechtskontinuität festhält. Der Gedanke, dass man auch darauf verzichten könnte, ist

nicht so unerhört, wie er auf den ersten Blick scheint. Im Gegenteil: das klassische Paradigma der Verfassungsgebung impliziert rechtliche Diskontinuität. Die Verfahrensregeln für die Annahme der amerikanischen Bundesverfassung im Konvent von Philadelphia und in den Einzelstaaten wurden weder in Konformität mit den „Articles of Confederation“ noch mit allen einzelstaatlichen Verfassungen festgelegt. Der *pouvoir constituant* des (einzelstaatlich gegliederten) amerikanischen Volkes manifestierte sich vielmehr gerade in der Annahme der neuen Verfassung außerhalb der Bahnen des alten Rechts.¹³ Rechtliche Diskontinuität erscheint so geradezu als begriffliche Voraussetzung dafür, dass die verfassungsgebende Gewalt des Volkes wirksam werden kann. Ausgehend davon ließe sich nun auch für den Prozess der europäischen Verfassungsgebung fragen, welcher Eigenwert einer Rechtskontinuität zukommt, die zwar heute niemand in Frage zu stellen scheint, deren Verletzung aber, wie unsere Thematik gezeigt hat, ohnehin nicht mehr unter allen Umständen die Wirksamkeit des neuen europäischen Verfassungsrechts aufhalten kann. Warum also sollte sich nicht auch heute ein europäisches Volk formieren können, das in einem rechtlichen Kraftakt eine neue gemeinsame Verfassungsgeschichte beginnt und die alten nationalstaatlichen Bremsen, die in die Verfassungen der Mitgliedstaaten eingebaut sind, einfach hinter sich lässt?

Die klassische Theorie vom *pouvoir constituant*, die in einer solchen Vision vorausgesetzt ist, lebt freilich vom Vertrauen in die Vernünftigkeit eines öffentlichen Diskurses, der die gesamte Aktivbürgerschaft umfasst und ihr so eine verfassungsgebende Legitimität vermittelt, die die alte Legalität ersetzt und übersteigt. Heute ist dieses Vertrauen brüchig geworden. Das hat nicht allein damit zu tun, dass die Bedingungen einer gesamteuropäischen demokratischen Öffentlichkeit noch nicht ausreichend gegeben sind. Auch das gemeinsame Vertrauen der Regierungen der Mitgliedstaaten in deren je eigene demokratische Öffentlichkeit war offenbar nicht groß genug,

um einfach ein Ratifikationsverfahren zu beschließen, das (in Anlehnung an das historische Vorbild der US-Verfassung) mit einer bestimmten Quote nationaler Abstimmungen, oder auch mit einer doppelten Mehrheit auf gesamteuropäischer und mitgliedstaatlicher Ebene operieren könnte. Der Phantasie, wie dem europäischen Volk eine seiner heutigen soziopolitischen Gestalt entsprechende Artikulationsform als verfassungsgebende Gewalt zu verschaffen sei, wären an sich kaum Grenzen gesetzt. Aber die Zeit revolutionärer Verfassungsgebung scheint in Europa (und wohl auch anderswo) vorbei zu sein, weil die Übersichtlichkeit eines homogenen Raumes diskursiver Öffentlichkeit überhaupt verlorengegangen ist und auch nicht für historische Momente einer epochalen Verfassungsgebung rekonstruiert werden kann. Was davon übrig bleibt, ist die Vielfalt ineinander verschachtelter und miteinander vernetzter Rechtfertigungsdiskurse im Rechtsstaat. Es dürfte also eher die gemeineuropäische Rechtsstaatlichkeit (und damit nicht zuletzt auch die Rechtskontinuität) sein, die dem fortschreitenden europäischen Integrationsprozess laufend Legitimität vermitteln kann.

Im Unionsverfassungsrecht hat sich dies auch darin niedergeschlagen, dass die verfassungsrechtliche Identität der Mitgliedstaaten, die von der EU zu achten ist, heute weitgehend in jenen Garantien rechtsstaatlicher Demokratie aufgeht, die die EU einerseits für sich selbst als Rechtsgrundsätze aus der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten rezipiert hat (Art 6 Abs 1 und 2 EUV, Art I-2 Verfassungsvertrag) und deren Wahrung andererseits unionsrechtlich wiederum den Mitgliedstaaten zur Pflicht gemacht wird (Art 6 Abs 1 iVm Art 7 EUV, Art I-2 iVm Art I-59 Verfassungsvertrag). Die Prinzipien demokratischer Rechtsstaatlichkeit unterliegen also heute in einem Union und Mitgliedstaaten umgreifenden europäischen Verfassungsverbund einer mehrfach vernetzten rechtlichen Garantie. Eine wesentliche Funktion, die der nationalen Hürde eines obligatorischen Verfassungsreferendums mangels Legi-

12) Vgl. *Auer*, Alle Macht geht vom Volk aus, aber wie?, NZZ v. 19. 5. 2004. 13) Siehe nur *Ackerman*, We The People 1 – Foundations (1991) 41 f.

timationskraft für die gesamteuropäische Verfassungsgebung noch verbleiben hätte können, nämlich die Wahrung der Prinzipien demokratischer Rechtsstaatlichkeit für die eigene Verfassungsordnung, dürfte somit heute unionsrechtlich weitgehend absorbiert sein. Aber auch soweit es darüber hinaus um spezifische nationale Strukturgrundsätze wie die Bundesstaatlichkeit geht, ist deren Wahrung unionsrechtlich zu einer gemeinsamen Aufgabe von Union und Mitgliedstaaten geworden, deren Erfüllung unter der rechtsstaatlichen Kontrolle der Unionsgerichtsbarkeit steht. Eine Volksabstimmung gemäß Art 44 Abs 3 B-VG über den EU-Verfassungsvertrag kann also heute zu kaum mehr dienen als zur Wahrung der Rechtskontinuität, und ein Verzicht darauf bleibt rechtlich folgenlos. Zur Legitimation der europäi-

schen Verfassungsgebung scheint ein nationales Verfassungsreferendum auch verzichtbar, wenn nicht gar kontraindiziert, weil es den Anspruch des Verfassungsvertrages, eine Verfassung aller Unionsbürger zu sein, an der Wurzel unterläuft. Ob dies aber einen Bruch der nationalen Rechtskontinuität rechtfertigt, erscheint fraglich, zumal auch diese zum Ensemble rechtsstaatlicher Legitimität im europäischen Verbund gehört. Man sollte nur nicht der Illusion anhängen, als ginge es in dieser Frage um die Wahrung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes.

*Ao. Univ.-Prof. Dr. Stefan Hammer, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien;
stefan.hammer@univie.ac.at.*

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Dr. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum

Medieninhaber und Verleger:

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

Redaktionsassistent:

Mag. Walther Gatterbauer
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^a. Simone Dieplinger, Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Dr. Roland Kier, Mag^a. Elke Hasibeder, Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo, Lukas Oberndorfer, RAA Dr. Florian Oppitz, Mag. Oliver Scheiber, Mag^a. 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, RAⁱⁿ. Drⁱⁿ. Maria Windhaber

AutorInnen dieser Ausgabe:

Iris Appiano-Kugler, Christian Bertel, Kathrin Gabriel, Stefan Hammer, Ursula Hann, Christian Hiebaum, Elisabeth Holzleithner, Leonore Lange, Klaus Markowetz, Christoph Mikulaschek, Michael Schefczyk, Alexander Somek, Gerhard Thallinger, Richard Sturn, Peter Unger, Bernd Wieser

Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

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

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

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

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

Thema Heft 4/2004

Justiz und Randgruppen

Vom Wesen und Wert der Verfassungsrechtsvergleichung

Bernd Wieser

1. Einleitung

Die Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht hat in Österreich – und generell im deutschen Sprachraum – eine lange Tradition.¹ Nichtsdestoweniger ist sie bis heute in Forschung und Lehre über den Rang einer Korollarwissenschaft nicht hinausgekommen. Es ist hier nicht der Ort, die Ursachen hierfür umfänglich zu untersuchen. Das Abseitsstehen der Verfassungsrechtsvergleichung – bzw nach anderer Terminologie: des Vergleichenden Verfassungsrechts – hängt zu einem guten Teil jedenfalls auch damit zusammen, dass die Ziele und Zwecke der Verfassungskomparatistik offenkundig nicht allgemein im Bewusstsein der mit Fragen des Verfassungsrechts praktisch oder theoretisch Befassten verankert sind. Dies führt sogleich zur Frage, wo sich der einschlägig Interessierte darüber informieren kann. Die Zwecke der Rechtsvergleichung allgemein (bzw, was häufig gleichgesetzt wird, der Privatrechtsvergleichung) sind im deutschsprachigen grundlagentheoretischen Schrifttum mehrfach beschrieben worden.² Diese decken sich zwar – mutatis mutandis – zu einem guten Teil mit jenen der Verfassungsrechtsvergleichung, aber nicht gänzlich. Eine spezifisch die Zwecke der Verfassungsrechtsvergleichung präsentierende Informationsquelle ist daher – will man der Verfassungskomparatistik eine breitere Publizität verschaffen – ein Desideratum; leider fehlt es bis heute – trotz der langen Tradition des Vergleichenden Verfassungsrechts – an einer einigermaßen geschlossenen einschlägigen Darstellung.³ Eine Bestandsaufnahme der Zwecke der Rechtsvergleichung

auf dem Gebiet des Verfassungsrechts zu liefern – oder besser: nachzuliefern –, ist Sinn der nachstehenden Ausführungen.

2. Zwecke der Verfassungsrechtsvergleichung

2.1 Wissenschaftliche Erkenntnis

Verfassungsrechtsvergleichende Arbeiten können zunächst der von praktischen Zwecksetzungen freien wissenschaftlichen Erkenntnis – pathetisch formuliert: der Suche nach „Wahrheit“ – dienen. Durch das Studium ausländischen Verfassungsrechts werden Eigenheiten, insb auch Vor- und Nachteile der eigenen Verfassungsordnung im Vergleich zu anderen sichtbar. Verfassungsrechtsvergleichung dient hier zur *Gewinnung von Einsichten in das eigene Recht*, zu denen man aller Wahrscheinlichkeit nach nicht gelangt wäre, wenn man das eigene Verfassungsrecht nur aus sich heraus betrachtet hätte. Auch der beste Verfassungsrechtler wird nämlich, solange er in seinem eigenen Rechtssystem befangen ist, nicht in der Lage sein, alle jene rechtlichen Lösungen für ein konkretes verfassungspolitisches Problem in der Struktur oder gar im Detail zu erahnen, die das positive Recht aller Verfassungsstaaten über Jahrhunderte hinweg hervorgebracht hat. Er wird in vielen Fällen die Relativität seines eigenen Rechts gar nicht erkennen und wird geneigt sein, einer bestimmten Regelung Selbstverständlichkeit oder Grundsatzcharakter zuzuschreiben, wo sie vielleicht – vergleichend betrachtet – lediglich zufällig

oder von der internationalen Rechtsentwicklung überholt ist.

Verfassungsrechtsvergleichung führt damit zum einen zu einem besseren Verständnis der heimischen Rechtsordnung, schafft aber zum anderen auch eine die nationale Introvertiertheit aufbrechende, wohlthuende *Distanz zum eigenen Recht*. Sie hebt ins Bewusstsein, dass die Rechtsinstitute und Methoden des eigenen Rechts nicht die einzig möglichen Lösungen für soziale Probleme sind. Eine blinde Gläubigkeit an die Überlegenheit des eigenen Rechts („Rechtsschauvinismus“, „juristisches Kirchtumsdenken“) wird damit hintangehalten, das eigene Verfassungsrecht wird nicht mehr in einer Weise wahrgenommen, als ob es das logisch zwingende und ideale Recht – gleichsam die beste oder gar einzig denkbare Lösung für das konkrete verfassungspolitische Problem – wäre. Umgekehrt kann aber eine im internationalen Vergleich als besonders gut gelungen erkannte nationale Lösung zu einer wertvollen Stärkung der einheimischen Rechtsüberzeugung führen.⁴

Indem die Verfassungsrechtsvergleichung einen Einblick in die Vielfältigkeit der rechtlichen Formen und Gestaltungsmöglichkeiten gibt, wie es ein einzelnes Recht niemals bieten kann, erweitert sie den allgemeinen juristischen Horizont, bereichert die individuellen Rechtskenntnisse und steigert die geistige Flexibilität. Sie führt zugleich allerdings auch vor Augen, dass der Kreis („weltweite Vorrat“) an praktikablen Lösungen für ein bestimmtes Sachproblem doch ein begrenzter ist. In der Öffnung dieses juristischen Erfahrungsschatzes – also der *Lieferung eines Anschauungsmaterials an rechtlich erprobten Lösungen* – liegt ein weiterer Wert der Anwendung der rechtsvergleichenden Methode.⁵

Verfassungsrechtsvergleichende Studien und Forschungsergebnisse können ferner auch unmittelbar *auf die nationale Rechtsdogmatik und Rechtslehre einwirken*, indem sie Lehren und Theorien in vielfältiger Weise befruchten

1) Siehe hiezu *Wieser/Kante*, Vergleichendes Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Österreich von 1848 bis 1918 – Eine Bibliographie, ZÖR 2002, 251; *Stolleis*, Nationalität und Internationalität: Rechtsvergleichung im öf-

fentlichen Recht des 19. Jahrhunderts (1998).

2) Am einlässlichsten von *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II – Die rechtsvergleichende Methode (1972) 331 ff.

3) Am ehesten noch *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1023 ff); *Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV

1999, 1017 (1019 ff).

4) Vgl zu alledem insb *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II 335 ff.

5) Vgl *Sommermann*, DÖV 1999, 1020.

und weiterentwickeln. Dogmatische Figuren und Grundsätze einer nationalen Rechtsordnung können auf den rechtsvergleichenden Prüfstand ihrer Richtigkeitsgewähr gestellt werden; sie können – mit aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Einsichten konfrontiert – bestätigt, mit zusätzlichen Argumenten untermauert oder aber in Frage gestellt oder gar zu Fall gebracht werden. Mitunter macht sich die Lehre Theorien fremder Rechtsordnungen zu eigen, um sie in eigene nationale Rechtslösungen umzusetzen.⁶ So haben zahlreiche europäische Staaten in Bezug auf die Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen die sog. Verhältnismäßigkeits-theorie (ferner die sog. Wesensgehalts-theorie) – maßgeblich eine „Erfindung“ der deutschen Judikatur und Lehre – als dogmatisches „Lehngut“ inkorporiert.

Die durch die Verfassungsrechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse bilden zudem wichtige *Materialien, auf denen andere juristische Grundlagendisziplinen aufbauen*. Dies gilt namentlich für die Rechtssoziologie und die Rechtsphilosophie, aber auch für die Allgemeine Staatslehre und die Verfassungslehre. Es ist wohl überspitzt, aber nicht ohne wahren Kern, wenn *Constantinesco* – bezogen ua auf die Rechtssoziologie und die Rechtsphilosophie – behauptet, diese Disziplinen wären ohne die Rechtsvergleichung „auf einen abstrakten Streit um Worte beschränkt, der deduktiv und spekulativ und ohne Beziehung zur Rechtswirklichkeit wäre“.⁷

Immer wieder wurde in der Literatur der Wert der Rechtsvergleichung für die *Erkenntnis der Grundstrukturen des Rechts* betont. Die vergleichende Methode ermöglicht es, Rechtsprinzipien zu erkennen, die einer Vielzahl von Rechtsordnungen gemeinsam sind, und dergestalt eine Art Universaltypologie der Rechtsinstitutionen zu entwickeln.⁸ Für das Vergleichende Verfassungsrecht hat *Häberle* diesen Gedanken im geographischen Rahmen Europas in den

Begriff des „gemeineuropäischen Verfassungsrechts“ gefasst.⁹ Darunter ist ein – eben in Wege der Verfassungsrechtsvergleichung zu identifizierendes – Ensemble von einzelnen Verfassungsprinzipien zu verstehen, die den verschiedenen nationalen Verfassungsstaaten gemeinsam sind. Diese gemeineuropäischen Verfassungsprinzipien beinhalten mehr als bloß äußerlich und zufällig parallele oder ähnliche Rechtsgedanken. Sie meinen den einzelnen Verfassungsstaaten in der Tiefe ihrer Rechtskultur Gemeinsames, das aus dem europäischen „Wurzelboden“ erwächst, der von der Einheit Europas in der geschichtlichen Dimension ausgeht.¹⁰

Verfassungen sind schließlich nicht nur ein juristisches Regelwerk, sondern auch „Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszustandes, Mittel der kulturellen Selbstdarstellung des Volkes, Spiegel seines kulturellen Erbes und Fundament seiner Hoffnungen“.¹¹ Das Vergleichende Verfassungsrecht ermöglicht es – quasi als „unjuristisches“ Nebenprodukt – *in die kulturellen Tiefenschichten fremder Staaten einzudringen*. Angesichts des Umstandes, dass die Völker sich untereinander und die Verfassungen der anderen nur mangelhaft kennen und dies in mancher Hinsicht zu Missverständnissen im Zusammenleben führt, kann Verfassungsrechtsvergleichung im besten Fall – freilich ist dies ein hehres Ziel – ein besseres Verständnis der Völker untereinander sowie die internationale Zusammenarbeit fördern.¹²

Die zuletzt angesprochene Zielsetzung zeigt, dass das Vergleichende Verfassungsrecht neben dem reinen Erkenntnisgewinn regelmäßig auch mehr oder weniger *praktische Zwecke* verfolgt. Auch scheinbar ausschließlich der Grundlagenforschung gewidmete Arbeiten dienen häufig – wenn auch mittelbar und oft verdeckt – praktischen Zielen. Eine starre begriffliche Abgrenzung zwischen „reiner“, „theoreti-

scher“, „beschreibender“ oder „dogmatischer“ Verfassungsrechtsvergleichung einerseits und „praktischer“, „angewandter“ oder rechtspolitischen Zwecken dienender Verfassungsrechtsvergleichung andererseits sollte daher wegen der unvermeidlichen Unsicherheiten der Grenzziehung vermieden werden.¹³ Unter diesem Vorbehalt ist es allerdings dennoch nützlich, die praktischen Anwendungsbereiche des Vergleichenden Verfassungsrechts herauszuheben und nach den einzelnen Zielsetzungen gesondert darzustellen; dies soll im Folgenden geschehen.

2.2 Juristische Ausbildung und berufliche Qualifikation

Das Vergleichende Verfassungsrecht vermittelt in der universitären Juristenausbildung jene Werte und Fähigkeiten, die – gleichsam auf die andere Seite gewendet – der rechtsvergleichend tätige Wissenschaftler sich im Selbststudium erarbeitet. Indem der Studierende mit fremden Verfassungsordnungen konfrontiert wird, erkennt er die Vielfalt von Lösungsmöglichkeiten für ein bestimmtes verfassungspolitisches Problem und damit die Relativität seines eigenen Verfassungsrechts sowie seiner nationalen Verfassungsdogmatik. Er gewinnt ein vertieftes Verständnis des heimischen Rechts und Einsichten in die Möglichkeiten von dessen Verbesserung, aber auch Achtung vor der eigenständigen Rechtskultur fremder Völker und Einblick in die historische, politische, wirtschaftliche und soziologische Bedingtheit von Rechtsnormen. Das Vergleichende Verfassungsrecht fördert – wie die Rechtsvergleichung generell – das weiträumige und dynamische Rechtsdenken, den an den Lebenssachverhalten geschulten Wirklichkeitssinn, den Durchblick durch die Rechtsstrukturen und das kritische Denk- und Urteilsvermögen.¹⁴ Es ist evident, dass ein derart geschulter Absolvent eines rechtswissenschaftlichen Studiums in einer Welt, in der der inter-

6) Vgl. *Ebert*, Rechtsvergleichung (1978) 179; *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II 338 und 378 ff.

7) *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II 337.

8) S. hierzu näher *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II 341 ff.

9) S. schon zuvor zu einem „allgemei-

nen Verfassungsrecht“ als Art allgemeiner Theorie des demokratisch-liberalen Verfassungsrechts Kaiser, Vergleichung im öffentlichen Recht – Einleitung, ZÄöRV 1964, 391 (399).

10) Vgl. *Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 (262) (wiederabgedruckt in *Häberle*,

Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates [1992] 71 [74 ff]).

11) So die schöne Formulierung von *Häberle*, Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates, Rechtstheorie 1991, 431 (438 f) (wiederabgedruckt in *Häberle*, Rechtsvergleichung 105 [112 ff]).

12) Vgl. *Constantinesco*, Rechtsvergleichung II 368 ff.

13) Vgl. insb. *Ebert*, Rechtsvergleichung 173; auch *Starck*, JZ 1997, 1023; *Sommerrmann*, DÖV 1999, 1019.

14) Vgl. *Ebert*, Rechtsvergleichung 199 ff.

nationale Rechtsverkehr stetig zunimmt, im Vergleich zu einem Studienabgänger, der ausbildungsbedingt im kleinräumigen nationalen Rechtsdenken verhaftet geblieben ist, über eine *erhöhte juristische Qualifikation* verfügt; diese verschafft ihm auch ein *breiteres Spektrum an beruflichen Einsatzmöglichkeiten*, insb im internationalen Bereich.

Das Vergleichende Verfassungsrecht kann in vielerlei Berufen förderlich sein. Unmittelbar einsichtig ist dies etwa für Mitarbeiter des auswärtigen Dienstes. Für den Diplomaten wird es unerlässlich sein zu wissen, wie in seinem Gaststaat das Zusammenspiel der obersten Staatsorgane beschaffen ist; er wird gegenüber seinem nationalen Verfassungsrecht möglicherweise „umlernen“ müssen. Ähnlich liegen die Dinge bezüglich Mitarbeitern internationaler Organisationen. Hilfreich ist einschlägiges Wissen über den Staatsorganismus fremder Länder ferner im journalistischen Metier, insb in der Auslandsberichterstattung. Aber auch im Ausland tätige Wirtschaftstreibende und deren juristische Berater tun gut daran, sich Grundkenntnisse des Verfassungsrechts des Gaststaates zu verschaffen, um etwa den Gesetzgebungsprozess und die verfassungsrechtlichen Determinanten der Wirtschaftsgesetzgebung in dem betreffenden Land besser verstehen zu können.

2.3 Förderung staatlicher Verfassungsgesetzgebung

Die Verfassungsrechtsvergleiche erfüllt im Prozess der *Neuerlassung einer staatlichen Verfassung* eine ganz wesentliche praktisch-rechtspolitische Funktion. Indem sich die Autoren einer neuen Verfassung an den Konzepten ausländischer Verfassungsordnungen orientieren, können sie sich aus dem Vorrat an schon verallgemeinerten oder doch verallgemeinerungsfähigen Verfassungsprinzipien und -instituten – dem *ius commune constitutionale*¹⁵ – bedienen und dergestalt aus einem Fun-

das schöpfen, der ihnen bei einer rein national-introvertierten Sichtweise nicht zur Verfügung stünde. Die Vorteile der vergleichenden Betrachtungsweise wurden bei der Erlassung der geltenden europäischen Staatsverfassungen¹⁶ durchwegs genutzt: Immer standen ausländische Verfassungstexte als modellhafte Vorbilder Pate; stets kam es auch zur Rezeption ausländischer Verfassungsinstitutionen, die freilich an die jeweiligen nationalen Besonderheiten in politischer, gesellschaftlicher und geschichtlicher Hinsicht angepasst werden mussten.

Aber auch abseits des „Kraftaktes“ der Neuschöpfung einer Verfassung leistet das Vergleichende Verfassungsrecht für die *Weiterentwicklung und Verbesserung des eigenen Verfassungsrechts* gute Dienste. Auf Grund vergleichender Untersuchungen ausländischer Verfassungsordnungen profitiert der nationale Verfassungsgesetzgeber von anderen Rechtsanschauungen und Erfahrungen, um das eigene Recht zu verbessern und zu reformieren. Der Vorteil der rechtsvergleichenden Umschau liegt zum einen in der Aufdeckung des Fundus andersartiger Lösungsmöglichkeiten für ein bestimmtes verfassungspolitisches Problem. Zum anderen wird dergestalt aber auch in Erfahrung gebracht, ob und inwieweit sich eine bestimmte ausländische Lösung oder Konstruktion in ihrer praktischen Anwendung in der betreffenden Rechtsordnung bewährt hat.¹⁷

Wenn sich also die Funktionsweise eines bestimmten Verfassungsinstituts als unzulänglich erweist oder sich ein Regelungsbedürfnis für eine bestimmte verfassungspolitische Frage unabweisklich ergibt, stehen dem Verfassungsreformgesetzgeber, der auf die Ergebnisse der Verfassungsrechtsvergleiche zurückgreifen kann, ausländische Lösungen, uzw „bewährte“ und „nicht bewährte“, zur Verfügung. Er wird typischerweise die „nicht bewährten“ ausländischen Lösungen für die Entscheidung seines Rechtsproblems ausscheiden. Er könnte sich aber auch fra-

gen, aus welchen Gründen die betreffende Lösung sich in der ausländischen Rechtsordnung nicht bewährt hat und ob jene Lösung – da die Voraussetzungen der eigenen Rechtsordnung wesentlich andere sind – nicht doch für die Bewältigung seines verfassungspolitischen Problems in Betracht käme. Umgekehrt darf er eine „bewährte“ ausländische Lösung nicht unbesehen in das nationale Recht rezipieren, sondern hat stets darauf Acht zu geben, ob sie sich in das rechtstechnische Umfeld einfügt und auch mit den geschichtlichen, ideologischen und wirtschaftlichen Bedingungen der nationalen Verfassungsordnung übereinstimmt; andernfalls läuft sie Gefahr, ein Fremdkörper zu bleiben, der letzten Endes abgestoßen wird. In jedem Fall operiert ein dergestalt agierender Verfassungsreformgesetzgeber in einer viel reichhaltigeren Erfahrungswelt als derjenige Gesetzgeber, der auf die Nutzung der Verfassungsrechtsvergleiche verzichtet und so im Wesentlichen auf die Auswertung der nationalen Verfassungstradition und die Anspannung seiner Phantasie beschränkt ist.

2.4 Auslegungshilfe für nationale Verfassungsgerichte

Rechtsvergleiche in Form der Heranziehung ausländischer Rechtsquellen, Literatur und Rechtsprechung kann eine Auslegungshilfe für die innerstaatlichen rechtsanwendenden Organe darstellen. Wenn die klassischen Auslegungsregeln bei der Verfassungsinterpretation keine eindeutige oder brauchbare Lösung ergeben, können entsprechende Problemlösungen in verwandten Verfassungsordnungen Orientierungshilfe leisten. Insb bietet sich für nationale Verfassungsgerichte ein *Rückgriff auf die Rechtsprechung ausländischer Verfassungsgerichte* zu strukturell vergleichbaren Rechtsfragen an. Die ausländische Judikatur kann diesfalls als Argumentations- und Interpretationshilfe herangezogen werden, um eine argumentativ möglichst umfassend abgesicherte Entscheidung zu erzielen.¹⁸

15) So Häberle, EuGRZ 1991, 271 (= ders., Rechtsvergleichung 95).

16) Nach Kaiser, ZaöRV 1964, 400, sind gar „alle seit der französischen Revolution beschlossenen demokratischen Verfassungen in aller Welt ... Zeugnisse verfassungsrechtlicher Vergleichung“.

17) Vgl. Constantinesco, Rechtsvergleichung II 371 f.; Ebert, Rechtsvergleichung 174 f.; Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung² (1987) 13, 27.

18) Vgl. Sommermann, DÖV 1999, 1020, 1025 f.; Starck, JZ 1997, 1024; eingehend Mössner, Rechtsvergleich-

chung und Verfassungsrechtsprechung, AöR 1974, 193 ff.; Aubin, Die rechtsvergleichende Konkretisierung von Kontrollmaßstäben des Verfassungsrechts und des Kollisionsrechts in der deutschen Rechtsprechung, in von Caemmerer/Zweigert (Hrsg), Deutsche Lan-

desreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966 (1967) 99 ff.; skeptisch allerdings Bernhardt, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, ZaöRV 1964, 431 (443).

Häberle spricht in diesem Sinn von der (Grund-)Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode¹⁹, welche zu den vier „klassischen“ Auslegungsmethoden grammatikalische, systematische, historische und teleologische Interpretation hinzutrete.²⁰

Ist demnach die Heranziehung fremden Verfassungsrechts sowie ausländischer Literatur und Judikatur bei der Auslegung des nationalen Verfassungsrechts mittlerweile im Grunde anerkannt, so herrscht doch Unsicherheit darüber, unter welchen Voraussetzungen dies zulässig ist. Folgende Leitlinien lassen sich herauskristallisieren: Dort wo eine Rechtsnorm eindeutig ist, scheidet der Rückgriff auf die vergleichende Methode jedenfalls aus. Verfassungsrechtsvergleichung darf nie dazu dienen, bestehendes Verfassungsrecht beiseite zu schieben, um vermeintlich besseren ausländischen Lösungen zum Durchbruch zu verhelfen.²¹ Stets setzt der Einsatz des Vergleichenden Verfassungsrechts als unterstützendes Mittel der Rechtsfindung eine unklare Auslegungssituation voraus. Die vergleichende Methode kann der Rechtsprechung also dann – und erst dann – von Nutzen sein, wenn sie unter mehreren möglichen (vertretbaren) Auslegungen die Wahl hat und Argumente für oder gegen die gegebenen Möglichkeiten sucht.²² Sie erweitert diesbezüglich insb das Feld der teleologischen Argumente. Durch die Analyse insb ausländischer verfassungsgerichtlicher Judikatur eröffnet sich dem rechtsanwendenden Organ ein Reservoir von Argumenten, die diesem andernfalls auch bei Anspannung aller juristischen Phantasie wahrscheinlich nicht selbst einfallen würden.

Es versteht sich von selbst, dass die mit Hilfe der Verfassungsrechtsvergleichung gewonnenen Einsichten und Argumente stets darauf überprüft werden müssen, ob sie sich in das eigene Verfassungsgebäude einfügen; mit der nationalen Verfassungsordnung inkompatib-

le Argumente dürfen nicht verwertet werden. Objekt einer vergleichenden Betrachtungsweise im Prozess der Rechtsfindung können daher von vornherein nur solche Verfassungsordnungen sein, die auf ähnlichen politischen, ideologischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen aufbauen, sich also zB innerhalb des Typus des demokratischen Verfassungsstaates europäisch-nordamerikanischer Prägung bewegen. Multilaterale Vergleiche, die sich bis zum Auffinden eines internationalen „Regelungsstandards“ einer bestimmten Frage verdichten können, werden dabei grundsätzlich aussagekräftiger sein als ein bloß bilateraler Vergleichshorizont, dem tendenziell ein gewisses Moment der „Zufälligkeit“ anhaftet.

2.5 Erkenntnisquelle im europäischen Gemeinschaftsrecht und im Völkerrecht

Das Vergleichende Verfassungsrecht spielt ferner im übernationalen Recht in verschiedenen Zusammenhängen eine nicht unbedeutende Rolle. Hervorstechend ist seine Funktion als Erkenntnisquelle im europäischen Gemeinschaftsrecht. Der EuGH zählt die sog allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, zum ungeschriebenen primären Gemeinschaftsrecht. Zu jenen gehören insb auch die Grund- und Menschenrechte der Unionsbürger gegenüber der Gemeinschaftsgewalt. Der EuGH bedient sich zur Gewinnung dieser Grundsätze zum einen des Seitenblicks auf internationale Menschenrechtsabkommen, an denen die Mitgliedstaaten beteiligt sind, va die EMRK. Zum anderen hat er die Grund- und Menschenrechte der Unionsbürger aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten herausdestilliert, wobei er hier im Sinne der „wertenden Rechtsvergleichung“ prüft, ob sich die allfällige Grundrechtsposition in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaften ein-

fügt.²³ Es ist nur mehr eine vertragliche Bestätigung dieser – bereits 1969 einsetzenden – Judikatur, wenn Art 6 Abs 2 EUV idF des Vertrages von Maastricht die EU zur Achtung der Grundrechte verpflichtet, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Dass Verfassungsrechtsvergleichung als Aufgabe und Erkenntnisquelle in einem internationalen Vertrag positivrechtlich vorgegeben wird, ist freilich allemal bemerkenswert.

Im Rahmen des Völkerrechts kann Verfassungsrechtsvergleichung nützliche Einsichten etwa bei der Ausarbeitung völkerrechtlicher Verträge zur Gründung internationaler Organisationen liefern. Wenngleich es offensichtlich ist, dass in diesem Bereich das Vergleichende Verfassungsrecht nicht den einzigen Maßstab liefern wird, kann das rechtsvergleichende Erfahrungsreservoir doch einen maßgeblichen Beitrag zur Errichtung einer funktionsfähigen internationalen Organisation beisteuern. Rechtsvergleichung kann zudem aufzeigen, welche Werte – insb Verfassungswerte – der in Frage kommenden nationalen Rechtsordnungen in einer Staatengemeinschaft konsensfähig sind.²⁴

2.6 Rechtsvereinheitlichung?

Anders als im Privatrecht²⁵ ist die (echte) übernationale Rechtsvereinheitlichung – gemeint die Erarbeitung von „Einheitsgesetzen“ (lois uniformes) im Wege rechtsvergleichender Studien – kein erstrebenswertes Ziel des Vergleichenden Verfassungsrechts. Verfassungen bauen auf unterschiedlichen historischen, politischen, soziologischen, ja auch geographischen Voraussetzungen auf; unterschiedliche Traditionen und Lebenshaltungen formen ihre Gestalt, ihren Stil und Inhalt. Als Dokument nationaler Integration besitzt jede notwen-

19) Vgl auch schon früh die grundlegende Abhandlung von Zweigert, Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode, RabelsZ 1949/1950, 5 ff.

20) Vgl näher Häberle, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Aus-

legungsmethode, JZ 1989, 913 (916 ff) (wiederabgedruckt in Häberle, Rechtsvergleichung 27 [36 ff]).

21) Vgl Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 16; Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht I (1988) 79; Mössner, AöR 1974, 203 f mit FN 45, 213.

22) Vgl Mössner, AöR 1974, 203 f, 212 f.

23) Vgl zB Oppermann, Europarecht² (1999) Rz 489 ff, sowie Schweitzer/Hummer, Europarecht⁵ (1996) Rz 792 ff, beide mN der Jud.

24) Vgl Zemanek, Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?, ZaöRV 1964, 453 (462 f); Ress, Die Bedeutung

der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen, ZaöRV 1976, 227 (233 f); skeptisch zu letztgenanntem Punkt aber Constantinesco, Rechtsvergleichung II 386 f.

25) Dazu zB Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung 23 ff.

dig ihren eigenen unverwechselbaren Charakter und entzieht sich somit notwendig Vereinheitlichungsbestrebungen.²⁶

Rechtsvergleichung darf sich also nicht in den Dienst der uniformen Ein-ebnung und Gleichschaltung von nationalem Verfassungsrecht in Form der Erarbeitung von „Verfassungstextschablonen“ (sei es für bestimmte Teile einer Verfassung, sei es gar für ganze Verfassungen) stellen. Nicht ausgeschlossen sind damit freilich die schon unter 2.3. erörterten Prozesse der Rezeption von Verfassungsmodellen bzw. -institutionen im Zuge der Neuerlassung einer nationalstaatlichen Verfassung. Derartige Austauschverhältnisse können im Ergebnis zu einer weitgehenden inhaltli-

chen Homogenität von Verfassungsordnungen (oder bestimmter Teile) führen, die aber nicht den Charakter einer (gar großflächigen) Textidentität annehmen darf und stets Raum für das nationale Besondere lassen muss.

3. Schlusswort

Die vorstehenden Ausführungen nehmen nicht für sich in Anspruch, eine vollumfängliche und abschließende Beschreibung aller denkbaren Zwecke der Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht präsentiert zu haben; die eine oder andere Facette mag noch ergänzt werden können. Sie sollen aber jedenfalls eine Lanze für das Fach brechen und mithelfen, den Boden für eine intensivere Auseinandersetzung vorzubereiten.

In diesem Sinne seien alle, die über den Tellerrand des nationalen Verfassungsrechts hinausschauen wollen, aufgefordert, Wesen und Wert der Verfassungsrechtsvergleichung weiter herauszuarbeiten und dergestalt dem Fach die ihm gebührende Resonanz zu verschaffen.

*Ao. Univ.-Prof. DDr. Bernd Wieser, Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre an der Karl-Franzens-Universität Graz und 2. Vizestudiendekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät;
bernd.wieser@uni-graz.at.*

Wieser/Stolz (Hg.)

Vergleichendes Verwaltungsrecht in Ostmitteleuropa

Grundriss der Verwaltungsordnungen Polens, Tschechiens, der Slowakei und Ungarns
2004, 862 Seiten, geb., 3-7046-4255-X, € 96,-

Das vorliegende Buch eröffnet die neue Reihe "Schriften zur Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht". Es werden die grundlegenden Strukturen des Verwaltungsrechts in den Reformstaaten Ostmitteleuropas dargestellt und Basisinformationen für investitionsbereite Unternehmer sowie Rechtsanwälte und Wirtschaftstreuhänder gegeben. Der Band behandelt nach Ländern getrennt, folgende Rechtsbereiche:

- Verwaltungsorganisation
- Verwaltungsverfahren
- Verwaltungsgerichtsbarkeit
- Ausgewählte Bereiche des materiellen Verwaltungsrechts (Gewerberecht, Raumordnungsrecht, Baurecht, Ausländergrunderwerbsrecht).



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

VERLAG
ÖSTERREICH

26) Vgl. Mössner, AöR 1974, 205 f.; Häberle, EuGRZ 1991, 270, 271 (= ders., Rechtsvergleichung 93 f, 97); auch H (Herbert) Krüger, Stand und Selbstverständnis der Verfassungsvergleichung heute, Verfassung und Recht in

Übersee (1972) 5 (27 f.); Bernhardt, ZaöRV 1964, 450; nicht anders wohl ferner Schwarze, Verwaltungsrecht I 86 f.

Die Willkür der Justiz und die Ohnmacht des Bürgers – Was man aus einem Fehlurteil lernen sollte

Christian Bertel

1) Herr Heidegger wurde 1994 wegen Raubes und Mordes an einer Taxifahrerin verurteilt, nach jahrelanger Haft 2003 freigesprochen. Der Gendarmerie waren schwere Fehler unterlaufen. Aber nicht nur der Gendarmerie!

Heidegger hatte vor ihr den Raub und den Mord zuerst bestritten, bei weiteren Vernehmungen den Raub gestanden, wieder bestritten, dann den Raub doch gestanden: Er habe das Opfer vom Beifahrersitz aus mit einem Signalstift – einen Signalstift hatte man in der Wohnung der Familie Heidegger sichergestellt – bedroht, dabei habe sich durch eine unvorsichtige Bewegung ein Schuss gelöst, der das Opfer getötet habe. Dieses Geständnis wiederholte Heidegger bei zwei richterlichen Vernehmungen, die sich im Einflussbereich der Gendarmerie abspielten. Der Untersuchungsrichter führte das Pflichtverhör vor Verhängung der Untersuchungshaft in den Räumen des Landesgendarmeriekommandos durch; und bei dem Augenschein Tags darauf, bei dem Heidegger vor dem Untersuchungsrichter den Tatvergang demonstrierte, waren die Gendarmeriebeamten anwesend. 11 Tage später hat Heidegger das Geständnis vor dem Untersuchungsrichter widerrufen.

Die Gutachten des Gerichtsmediziners und der Kriminaltechniker ergaben, dass das Geständnis so nicht richtig sein kann: Der Täter muss das Opfer beim Aussteigen von außen erschossen haben; und Signalmunition aus einem Signalstift verschossen kann bei einem Menschen Verletzungen wie die des Opfers nicht hervorrufen. Dabei brachte der Kriminaltechniker die Vermutung auf, Heidegger könnte das Opfer mit einem umgebauten Signalstift erschossen haben. Dass Heidegger jemals einen Signalstift umgebaut oder einen umgebauten besessen habe, dafür hat es nie einen

Hinweis gegeben. Und warum soll ein Täter, der da gesteht, einen Raub begangen und das Opfer erschossen zu haben, unwahre Angaben ausgerechnet darüber machen, mit welcher Waffe er das Opfer und ob er es innerhalb oder außerhalb des Autos erschossen hat?

So konnte man den Fall nicht für geklärt ansehen. Dennoch erhob der Staatsanwalt gegen Heidegger die Anklage wegen Raubes und Mordes, der Vorsitzende brachte sie zur Hauptverhandlung, und die Geschworenen sprachen Heidegger schuldig, das Opfer mit einem umgebauten Signalstift erschossen zu haben. Wie konnte das bloß geschehen?

Geständnisse erzielen Kriminalbeamte bei Vernehmungen nicht, indem sie mit dem Verdächtigen plaudern, sondern indem sie ihn unter Druck setzen. Schläge und Folter sind natürlich verboten, aber man kann Menschen auch psychisch unter Druck setzen. Insbesondere dadurch, dass man ihnen klar macht oder auch nur einredet, ihre Lage sei hoffnungslos, sie würden auf jeden Fall verurteilt und nur ein Geständnis könne ihre Lage etwas verbessern; und durch Verhöre und immer weitere Verhöre. Andere Techniken können den seelischen Druck auf den Vernommenen weiter steigern. So kommt man zu Geständnissen, aber nicht immer zu richtigen. Nicht alle Menschen sind gleich belastbar, mit den Belastungen durch Haft und Verhöre haben die meisten Menschen keine Erfahrung.

Auch Kriminalbeamte stehen gerade in Aufsehen erregenden Fällen, in denen die empörte Öffentlichkeit rasch Erfolge sehen will, selbst unter Druck. Sie müssen sich schnell entscheiden, wen sie für den wahrscheinlichen Täter halten. Und wenn sie einmal die Verhängung der Haft erreicht, den Verdächti-

gen vielleicht gar zu einem Geständnis gebracht haben, dann ist es nicht leicht, sich und anderen einzugestehen, sich vielleicht doch geirrt zu haben.

Staatsanwälte und Strafrichter haben von der Ermittlungstätigkeit der Polizei, ihren Schwierigkeiten und Gefahren, idR keine Ahnung, sie wollen auch nichts davon wissen; sie sind allzu „polizeigläubig“. Dass Unschuldige ein Geständnis ablegen, ist Richtern und Staatsanwälten vollends unbegreiflich. Wenn auch der Verteidiger Fehler macht, ist der Weg zum Fehlurteil vorprogrammiert. Aber gibt es im Strafverfahren nicht noch eine zweite Instanz?

2) Der Verteidiger machte die vorhin beschriebenen und andere Bedenken in einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Geschworenengerichts geltend. Ein Urteil ist ua nichtig, wenn sich aus den Akten – zB den dort liegenden Gutachten – gegen die Richtigkeit schulderheblicher Feststellungen – zB dass der Beschuldigte die Taxifahrerin mit einem umgebauten Signalstift erschossen hat – erhebliche Bedenken ergeben (§ 345 Abs 1 Z 10a StPO). Man möchte erwarten, dass der OGH auf diese Nichtigkeitsbeschwerde hin geprüft hätte, ob die vom Verteidiger gegen die Verurteilung Heideggers vorgebrachten Bedenken erheblich sind, und dass der OGH die Überlegungen, die er dabei anstellte, in seinem Urteil dargelegt hätte. Der OGH hat das aber nicht getan. In seinem Urteil ist nur davon die Rede, die Unstimmigkeiten zwischen dem Geständnis Heideggers und den gerichtsmmedizinischen und kriminaltechnischen Gutachten seien in der Hauptverhandlung ausführlich erörtert worden, die Gutachten seien schlüssig und widerspruchsfrei und die Geschworenen hätten in freier Beweiswürdigung zu entscheiden gehabt, ob sie dem Gutachten oder dem Widerruf folgten; etwas später heißt es nur mehr, der Verteidiger mache keine erheblichen Bedenken geltend, sondern versuche lediglich, nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung die Beweisergebnisse in seinem Sinn umzudeuten (14 Os 132/94).

Das ist in Wahrheit keine Begründung: Wenn die vom Verteidiger vorgebrachten Bedenken erheblich sind, bleiben sie erheblich, auch wenn sie in der Hauptverhandlung ausführlich erörtert

wurden; gerade wenn der OGH die Gutachten für schlüssig und widerspruchsfrei hält, müsste er die Bedenken, die sich aus ihnen ergeben, eigentlich für erheblich halten; und die Freiheit, in der die Geschworenen die Beweise würdigen, schafft die Bedenken gegen die Richtigkeit ihrer Feststellung nicht aus der Welt. Die Behauptung, der Verteidiger mache keine erheblichen Bedenken geltend, erklärt nicht, warum die Bedenken des Verteidigers nicht erheblich sind. Dass es im geschworenengerichtlichen Verfahren keine Schuldberufung gibt, ist richtig, aber keine Antwort auf die Frage, ob die vom Verteidiger vorgebrachten Bedenken erhebliche Bedenken sind. Der OGH hat sich mit dem Inhalt der Nichtigkeitsbeschwerde zu § 345 Abs 1 Z 10a StPO überhaupt nicht auseinandergesetzt, wohl aber die über Heidegger verhängte Strafe von 17 auf 20 Jahre hinaufgesetzt. So wurde das Fehlurteil rechtskräftig.

Wie ist das zu erklären? Mit der Schuldberufung ficht man im einzelrichterlichen Verfahren die Beweiswürdigung des Erstgerichts an. Wenn der OGH davon spricht, im schöffenden und geschworenengerichtlichen Verfahren gäbe es keine Schuldberufung und die Beweiswürdigung der Geschworenen sei frei, deutet er an, die Beweiswürdigung der Schöffenden und Geschworenengerichte sei nicht überprüfbar. Dieser Meinung konnte man bis 1987 sein. Damals führte der Gesetzgeber den Nichtigkeitsgrund der § 281 Abs 1 Z 5a, § 345 Abs 1 Z 10a StPO ein: Die Bedenken, die das Urteil nach diesen Gesetzesstellen nichtig machen, bestehen in Zweifeln an der inhaltlichen Richtigkeit der dem Schuldanspruch zugrunde liegenden Feststellungen, also doch der Beweiswürdigung. Die Materialien zum StRÄG 1987 (AB 359 BlgNR 17. GP, 43, 47) sagen das unmissverständlich: Sie sprechen davon, in Zukunft solle „die (intersubjektiv) nicht hinreichend überzeugende Beweiswürdigung im Bezug auf die Lösung der Tatfrage mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar sein“; der neue Nichtigkeitsgrund verlange „eine materielle Überprüfung der Tatsachenfeststellungen auf ihre sachliche Richtigkeit hin“; es gehe um die „inhaltliche Richtigkeit“ der festgestellten Tatsachen. Die inhaltliche Richtigkeit einer Feststellung materiell überprüfen kann

der OGH nur, wenn er die aktenkundigen Beweise selbst würdigt.

Die Bedenken gegen die Richtigkeit der schulderheblichen Feststellungen müssen freilich erheblich sein, so gewichtig, dass die Feststellungen des Schöffenden oder Geschworenengerichts intersubjektiv nicht hinreichend überzeugen. Bedenken sind erheblich, wenn ein objektiver, gewissenhafter Betrachter an der Richtigkeit der Urteilsfeststellungen zweifelte. Die Schwelle der Erheblichkeit darf nicht zu hoch angesetzt werden. Dass Unschuldige verurteilt werden, ist unerträglich. Darum wird eine mehr als vage Möglichkeit, dass das Schöffenden oder Geschworenengericht einen Unschuldigen verurteilt hat, bei einem gewissenhaften Betrachter Zweifel wecken, die ihm unerträglich sind. Es mag einen Bereich geben, wo man verschiedener Meinung sein kann, ob Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Schöffenden oder Geschworenengerichts schon erheblich sind: Aber dieser Bereich ist wohl nicht allzu groß. Wenn verschiedene Menschen mit guten Gründen verschiedener Meinung sein können, ob der Beschuldigte der Täter ist, ist die Annahme der Täterschaft nicht mehr intersubjektiv überzeugend und das Urteil nichtig: Verurteilungen dürfen nicht eine Sache des persönlichen Geschmacks sein.

In der Rechtsprechung des OGH gibt es Entscheidungen, deren Ausdrucksweise ganz auf dieser Linie liegt (*Mayerhofer* StPO § 281 Z 5a Nr 2, § 345 Z 10a Nr 1d, 3, 6). Und es gibt immerhin Fälle, in denen der OGH gerade geschworenengerichtliche Urteile als nichtig nach § 345 Abs 1 Z 10a StPO aufhebt (zB *EvBl* 2001, 64, *JB* 1992, 732, 13 *Os* 36/92, 11 *Os* 124/92); häufig waren diese Entscheidungen nie, sie dürften in letzter Zeit seltener geworden sein. Ihnen steht eine große Zahl von Entscheidungen gegenüber, in denen der OGH Nichtigkeitsbeschwerden verwirft, weil der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung nach Art einer im schöffenden und geschworenengerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung anfechte, oder in denen die Beweiswürdigung, vor allem die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen und Beschuldigtenaussagen, geradezu als unüberprüfbar hingestellt wird (*Mayerhofer* StPO § 281 Z 5a Nr 3, 4). Wenn sich der OGH auf eine Nachprü-

fung der Beweiswürdigung nicht einlassen will, zieht er sich auf die Rechtslage vor 1987 zurück, die Nichtigkeitsbeschwerde wegen des Nichtigkeitsgrundes der erheblichen Bedenken wird als unzulässige Schuldberufung abgetan (*Bertel/Venier*, *Strafprozessrecht*⁸ [2004] Rz 913).

So auch im Fall Heidegger. Der Verteidiger hat in seiner Nichtigkeitsbeschwerde ua geltend gemacht, das Geständnis, das Heidegger später widerrufen hat, könne nach den gerichtsmedizinischen und kriminaltechnischen Gutachten nicht richtig sein, Gutachten und Widerruf erwecken erhebliche Bedenken gegen die Feststellung, Heidegger sei der Täter. Der OGH hätte daraufhin Stellung nehmen müssen, warum Heidegger auf Grund des Geständnisses trotz Widerrufs und trotz der Gutachten mit hinreichender Sicherheit als Täter anzusehen sei. Das hat der OGH nicht getan – das wäre auch nicht leicht gewesen – und den Verteidiger mit einer Scheinbegründung abgefertigt.

3) Dass der OGH Nichtigkeitsbeschwerden nach § 281 Abs 1 Z 5a, § 345 Abs 1 Z 10a StPO mit Scheinbegründungen verwirft, ist nicht ungewöhnlich. Der Fall Heidegger zeigt, dass man sich nicht damit beruhigen kann, diese Nichtigkeitsbeschwerden seien ohnehin unbegründet und die Verurteilten zu Recht verurteilt worden. Einen Fall Heidegger kann es jederzeit wieder geben.

Eine Entscheidung, die ein Rechtsmittel, ohne auf seinen Inhalt einzugehen, mit einer Scheinbegründung ablehnt, verletzt das Recht der Partei auf rechtliches Gehör: Sie übt Willkür (*Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁵ [2003] Rz 796). Wenn das eine Verwaltungsbehörde, eine Landesregierung oder ein Bundesminister, tut, gibt es einen Ausweg: Willkür verletzt das Grundrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art 7 Abs 1 B-VG), der Betroffene wird sich beim VfGH beschweren (Art 144 B-VG), der VfGH den Bescheid aufheben. Wenn aber der Beschuldigte durch ein Geschworenengericht zu einer hohen Freiheitsstrafe verurteilt wird, wenn der OGH sein Rechtsmittel mit einer Scheinbegründung erledigt, ist auch das ein Willkürakt und eine Verletzung des Grundrechts auf Gleichheit. Aber der Verurteilte muss sich das gefallen lassen. Wenn es eine Verfassungsbe-

schwerde auch gegen Entscheidungen des OGH gäbe, hätte Herr Heidegger nicht Jahre unschuldig in Haft verbringen müssen. Eine Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen aller Strafgerichte letzter Instanz ist unerlässlich, um Fehler Teile wie dieses zu vermeiden, ist ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit und der kriminalpolitischen Vernunft: Die Polizeigläubigkeit sehr vieler österreichischer Strafrichter, ihr Festhalten an überholten Auffassungen ist so groß, dass sie Willkür oft nicht mehr als Willkür erkennen können. Hier kann nur eine Instanz helfen, die außerhalb der Strafjustiz steht.

Die Strafgerichte haben nicht nur das Willkürverbot, sondern auch das Recht auf Freiheit und Sicherheit und auf ein faires Verfahren (Art 5, 6 MRK) zu beachten. Auch das geschieht nicht immer, und nicht immer führen die Rechtsmittel der StPO zur Behebung des Fehlers. Die Grundrechtsbeschwerde wegen Verletzung des Grundrechts auf persönliche Freiheit an den OGH (§ 1 GRBG) hat sich als ineffektiv erwiesen: 2003 wurden 74 (2002: 53) Grundrechtsbeschwerden erhoben, davon hatten 3 (2001: 1) Erfolg. Der OGH ist für diese

Aufgabe nicht geeignet. So bleibt dem Betroffenen nichts anderes übrig, als sich beim hoffnungslos überlasteten EGMR zu beschweren und jahrelang auf eine Entscheidung zu warten. Das ist indiskutabel. Dem Betroffenen muss endlich die Möglichkeit gewährt werden, die Einhaltung der MRK auch durch die Strafjustiz vor dem österreichischen Verfassungsgericht einzuklagen.

Das StrafprozessreformG verschlimmert das Übel. Gegen Übergriffe der Kriminalpolizei werden die Betroffenen nur mehr Einspruch an das Strafgericht erheben können (§ 106 neu StPO). Den Betroffenen kriminalpolizeilicher Willkür wird so der Weg zum VfGH abgeschnitten!

Schließlich gibt es in der StPO Bestimmungen, die den Beschuldigten massiv benachteiligen. Dem Beschuldigten in Polizeigewahrsam wird generell jedes Gespräch mit dem Verteidiger verweigert – was natürlich zum Zustandekommen richtiger und unrichtiger Geständnisse beiträgt. § 59 Abs 1 StrafprozessreformG gibt diesem Missstand nun gar eine gesetzliche Grundlage. Das ist mit Art 6 Abs 3 lit c MRK kaum ver-

einbar. Oder: Der freigesprochene Beschuldigte zB muss die Kosten seines Verteidigers selbst bezahlen, vom Bund erhält er lediglich einen ganz unzureichenden Beitrag (§ 393a StPO). Wo bleibt da die Gleichheit vor dem Gesetz, wie kommt der Beschuldigte dazu, für Fehler von Kriminalpolizei und Staatsanwalt zu bezahlen? Kein Strafgericht denkt daran, solche Bestimmungen beim VfGH anzufechten, und da der Beschuldigte im Strafverfahren den VfGH nicht erreichen kann, kommt der VfGH auch nicht in die Lage, diese und andere, ebenso bedenkliche Bestimmungen von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. So erben sich in Österreich schwere Missstände von einer Generation auf die nächste weiter. Die Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Strafgerichte letzter Instanz könnte ein Lichtblick sein. In anderen Ländern gibt es sie, zB in Deutschland (Art 93 Abs 1 Z 4a GG). Warum nicht auch in Österreich?

*o. Univ.- Prof. Dr. Christian Bertel,
Institut für Strafrecht und sonstige
Kriminalwissenschaften der
Universität Innsbruck;
christian.bertel@uibk.ac.at.*

Maurer/Schrott/Schütz

AußStrG – Außerstreitgesetz

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

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

Dr. Ewald Maurer, Gerichtsvorsteher i. R., war Richter und Mitbegründer sowie Obmannstellvertreter der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht.

Dr. Robert Schrott, Gerichtsvorsteher, Familienrichter, ehemaliger Vorsitzender der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht.

MR Dr. Werner Schütz, ist seit über 20 Jahren Leiter der Abteilung internationales Familienrecht BM für Justiz.



Praxisorientiert

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

VERLAG
ÖSTERREICH

Rechtssicherheit vs Rechtsrichtigkeit

Der Fall der New Economy

Peter Unger

1. Einleitung

Seit nunmehr über einem Jahr beschäftigen sich die österreichische Rechtswissenschaft, die Finanzverwaltung sowie die Politik einmal stärker, einmal schwächer mit einem Thema, namentlich der Finanzierung der Homepage von Finanzminister Grasser. Diese wurde durch eine „Zuwendung“ der Industriellenvereinigung in Höhe von 283.424 Euro an den Verein zur Förderung der New Economy verwirklicht.

Hierüber wurde bereits viel diskutiert, begründet, kritisiert und wiederum gerechtfertigt; einmal in rechtlicher und einmal in politischer Hinsicht. Der folgende Beitrag will die einzelnen bisher vorgebrachten Argumente nicht wiederholen, sondern vielmehr einen Teilaspekt der Thematik aus einem ergänzenden und klärenden Blickwinkel betrachten. Weiters soll versucht werden aus den teils rechtlichen, teils politischen Anregungen einen rechtspolitischen Lösungsweg für zukünftige – der behandelten causa gleichwertigen – Fälle zu gewinnen.

Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob und wenn ja inwieweit die im Titel genannten tragenden Säulen unseres (Steuer-)Rechtsstaates im konkreten Fall des „Vereins zur Förderung der New Economy“ auch wirklich rechtssicher und/oder rechtsrichtig effektiert wurden.

2. Rechtssicherheit und Rechtsrichtigkeit im Abgabenverfahren

Um sich dieser Aufgabe, welche eigentlich eine Routineuntersuchung darstellt,

jedoch in concreto scheinbar doch wesentlich mehr als das ist und daher auch wesentlich intensivere Auseinandersetzungen bis dato verursacht hat, bestmöglich widmen zu können, muss vorweg auf das in der Begründung mehrerer Steuerbescheide angeführte und schließlich auch diesem Beitrag als Titel dienende Begriffspaar eingegangen werden.

Prima vista erscheint der allseits bekannte Satz: „Im Interesse einer Gleichmäßigkeit der Besteuerung war daher der Rechtsrichtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit Vorrang zu geben“ als durchaus logische Begründung, welche überdies in den Fällen der antragsgemäßen Entscheidung durch die Finanzverwaltung oder des Tätigwerdens der Behörde aufgrund einer schlichten Anregung des Abgabepflichtigen auch sicherlich begrüßt, ja sogar erwartet wird.

Anders verhält sich die Zufriedenheit der Kunden¹ hingegen meist bei amtswegigen Handlungen der Abgabenbehörden, sei dies weil das Gesetz in einem bestimmten Fall allein die Amtswegigkeit vorsieht oder ein grundsätzlich erlaubter Antrag – aus guten Gründen und daher ganz bewusst – nicht gestellt wurde. Denn dann kommt es einem „verfassungsrechtlich schwer bedenklichen“ Eingriff nahe, wenn mit derselben Begründung wie oben eine – im obigen Fall gewollte, in diesem Fall jedoch abgelehnte – Durchbrechung der Rechtssicherheit vollzogen wird.

Warum ruft solch eine (finanz-)verwaltungsbehördliche Entscheidung derart ambivalente Reaktionen hervor? Sollte es nicht in einem institutionalisierten Rechtsstaat von vornherein außer Streit stehen, welches dieser beiden Rechtsgüter das höherrangige ist? Ist die Beibehaltung einer objektiv unrichtigen Rechtslage im Interesse der Rechtssicherheit mehr wert, als die Durchbrechung derselbigen zur (nachträglichen) Herstellung eines rechtmäßigen Zustandes? Wenn dem aber nicht so ist; wofür brauchen wir dann noch Rechtsinstitute wie Rechtssicherheit, Rechtskraft, Verjährung ugd als einfachgesetzliche Gewährleistung der verfassungsrechtlich determinierten Rechtsstaatlichkeit, und nicht zuletzt – wie ich meine aus gutem Grund – als gewohnheits- und naturrechtlich untermauerte Phänomene?

Da dieser Beitrag nicht nur Fragen aufwerfen, sondern auch die dazugehörigen Antworten (zumindest ansatzweise) liefern soll, sei an dieser Stelle festgehalten, dass der Ausgangspunkt für derartige – scheinbar willkürliche – Alternativenentscheidungen sowohl generell, als auch beim gegenständlichen Fall und der hierbei relevanten Tatbestände, eine Ermessensübung der Behörde ist. Wiewohl eine vertiefende Erläuterung des § 20 BAO² durchaus verlockend erscheint, seien hierorts nur die beiden Elemente jeder Ermessensentscheidung in Erinnerung gerufen: die Zweckmäßigkeit einerseits und die Billigkeit andererseits.

Nun ist die Implementierung dieser beiden Ermessenselemente in die Titelbegriffe (Rechtssicherheit und Rechtsrichtigkeit) vorzunehmen. Hierbei findet sich durch Übereinstimmung der Verwaltung³ mit der Gerichtsbarkeit⁴ eine homogene Vollziehung, wodurch sich ein für jedermann nachvollziehbares Ergebnis ergibt. Demnach hat die Abgabenbehörde (nur) dann im Interesse einer Gleichmäßigkeit der Besteuerung der Rechtsrichtigkeit Vorrang zu geben, wenn bei sorgfältiger Abwägung der beiden Ermessenselemente die Zweckmäßigkeit eindeutig und zweifelsfrei gegenüber der Billigkeit überwiegt.

Da im Rahmen der Ermessenslehre durch die „Zweckmäßigkeit“ die Interessen des Fiskus und durch die „Billigkeit“ die Interessen der Abgabepflichti-

1) Vormalis Abgabepflichtige.

2) Stoll, BAO-Kommentar I (1994) 200ff.

3) Erl BMF v 5.5.1986, GZ 05 0801/3-

IV//5/85, AÖF 1986/155.

4) VwGH 6.12.1990, 90/16/155, 165.

gen berücksichtigt werden sollen⁵, kann regelmäßig das Streben nach Rechtsrichtigkeit dem Fiskus und das Streben nach Rechtssicherheit den Abgabepflichtigen zugeschrieben werden, insbesondere bei nachträglich belastenden Eingriffen.

Zur Verdeutlichung muss hier festgehalten werden, dass das soeben gewonnene Ergebnis natürlich in erster Linie auf amtswegige Handlungen der Abgabenbehörden zutrifft. Bei Parteienanträgen ist insoweit zu differenzieren, als schon der Antrag selbst im Rahmen der Billigkeit Beachtung finden muss; eine ablehnende Entscheidung ist daher umso mehr durch Argumente der Zweckmäßigkeit zu begründen.

Vor diesem Hintergrund sollen nun für die gegenständliche Causa zwei Ansätze *de lege lata*, und abschließend eine Lösung *de lege ferenda* behandelt werden.

3. Wiederaufnahme nach §§ 299 und 303 Abs 4 BAO⁶

Zur effizienten Bearbeitung sind diese beiden Normen gleichzeitig nebeneinander zu untersuchen, da die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen im Verhältnis zu den gemeinsamen, einleitend beschriebenen Vorfragen nur von minderer Bedeutung sind.

Erwähnenswert ist, dass § 299 BAO im Gegensatz zu der umfangreichen Wiederaufnahme-Judikatur mit seiner geltenden Fassung noch nicht Gegenstand eines (rechtskräftigen) VwGH-Erkenntnisses war. Dies ist jedoch mehr auf das rechtliche „Kindheitsalter“ dieser Norm, als auf deren Unstrittigkeit zurückzuführen.

Aufgrund jüngster Entwicklungen im Fall „Grasser und der Verein zur Förderung der New Economy“⁷, welche die Causa zumindest ebenso weiter fragwürdig erscheinen lassen, als sie dieselbige aufklären, muss vor Beginn einer Subsumption folgende Annahme offen gelegt werden. Und zwar jene, dass ein Körperschaftsteuerbescheid für den Verein für das entsprechende Veranlagungsjahr ergangen ist, welcher keine zugeflossenen Einkünfte feststellte, bzw dass

aufgrund entsprechender Angaben der zuständigen Vereinsvertreter ein weiterer ergangener Bescheid keine (null) Schenkungssteuer festsetzte.

In diesen Fällen ist es daher sinnvoll, die Relevanz einer amtswegigen Bescheidaufhebung (und danach Neuherausgabe der entsprechenden Bescheide) bzw einer amtswegigen Wiederaufnahme des Verfahrens zu beurteilen.

Sollte sich am Ende herausstellen, dass nie ein Bescheid erlassen wurde, wären die vorliegenden Überlegungen natürlich nur theoretischer Natur, wengleich diese Variante sofort neue, anders gelagerte Fragen aufwerfen würde.

Beginnend mit der in der Bundesabgabenordnung systematisch früher anzutreffenden Norm, namentlich § 299 BAO, kann die Abgabenbehörde erster Instanz auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtig erweist. Gegebenfalls ist dann mit dem aufhebenden Bescheid der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden. Schließlich bestimmt § 299 BAO, dass durch die Aufhebung des aufhebenden Bescheides das Verfahren in die Lage zurück tritt, in der es sich vor der Aufhebung befunden hat.

Die Gesetzesmaterialien⁸ zu dieser Norm erweisen sich als keine große Unterstützung⁹ bei Subsumption der gegenständlichen Causa.

Insbesondere ist hierbei fraglich, was alles unter den Rechtsbegriff „nicht richtig“ fällt. Ungeachtet der Existenz mehrerer Grenzfälle kann eine diesbezügliche Diskussion im vorliegenden Fall unterbleiben, da diesfalls mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Rechtsunrichtigkeit des Spruches als „nicht richtig“ iSd § 299 BAO zu werten ist. Eine derartige Rechtsunrichtigkeit des Spruches des Bescheides ergäbe sich nämlich im Falle einer Statusänderung hinsichtlich der Gemeinnützigkeit des gegenständlichen Vereines. Da nämlich eine Steuerbefreiung bei Nicht-Vorliegen der Gemeinnützigkeit nicht (mehr) zustünde, wäre daher ein „Null-Bescheid“ in seinem Spruch rechtsunrichtig

und somit auch „nicht richtig“ iSd § 299 BAO, womit sich bei dieser Bestimmung eine gänzliche Tatbestandsmäßigkeit ergäbe.

Abschließend ist festzuhalten, dass eine amtswegige Bescheidaufhebung nach § 299 BAO gemäß § 302 Abs 1 BAO bis zum Ablauf eines Jahres ab Bekanntgabe des Bescheides rechtmöglich ist. Nach derzeitigem Wissensstand ist diese Frist vor wenigen Wochen abgelaufen. Eine Bescheidaufhebung ist nicht erfolgt.¹⁰

Die zweite unter diesem Punkt zu behandelnde Bestimmung ist § 303 Abs 4 BAO, wonach eine amtswegige Wiederaufnahme des Verfahrens unter anderem in all jenen Fällen zulässig ist, in denen Tatsachen oder Beweismittel neu hervorgekommen sind, welche im Verfahren nicht geltend gemacht wurden, und die einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätten.

Hierbei ist wesentlich, dass unter „neu hervorgekommene Tatsachen oder Beweismittel“ grundsätzlich nur *nova reperta*, nicht jedoch *nova producta* fallen. Es müssen somit der Behörde nachträglich tatsächliche Umstände zugänglich gemacht werden, von denen sie zuvor noch keine Kenntnis hatte, welche aber – objektiv betrachtet – bereits während des Verfahrens vorlagen und nicht erst nach Beendigung des Verfahrens entstanden sind¹¹.

Weiters werden Tatsachen und Beweismittel als *nova reperta* angesehen, wenn im abgeschlossenen Verfahren hinsichtlich bestimmter Tatsachen lediglich ein Verdacht, eine bloße Vermutung bestand, dass ein Sachverhalt in Wirklichkeit ein anderer ist als der, der der Behörde bekannt geworden ist, ohne jedoch, dass mit diesem für möglich gehaltenen Sachverhalt die ihm entsprechenden Rechtsfolgen verbunden gewesen waren. In diesem Fall würden (neue) Nachweise und Umstände des bis dahin fraglich gebliebenen Sachverhaltes ebenso als Neuerung iSd § 303 Abs 4 BAO gelten.¹²

Auf den gegenständlichen Fall bezogen würden daher Umstände, welche auf ein anfängliches Fehlen der Gemeinnützigkeitsvoraussetzungen

5) *Stoll*, *Ermessen im Steuerrecht*² (2001) 165ff und 208ff; VwGH vRS 25.3.1981, 747, 749/79.

6) Abgabenänderungsgesetz BGBl I

2003/124.

7) Vorläufiger Entwurf des jüngsten Rechnungshofberichtes.

8) Rv 238 Blg NR, 22. GP 15.

9) Gewollt ist eine Harmonisierung der Rechtswirkungen von Selbstberechnungen und Veranlagungsbescheiden.

10) Der Beitrag befindet sich auf dem Stand September 2004.

11) Vgl VwGH 5.4.1989, 88/13/52.

12) *Stoll*, BAO-Kommentar 2932.

schließen lassen, bzw diese Annahme durch zB eine (nicht gemeinnützige) tatsächliche Geschäftsführung nachweisen, zweifelsfrei eine Tatbestandsmäßigkeit des § 303 Abs 4 BAO ergeben und somit eine amtswegige Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigen.

Da § 304 BAO ein derartiges Vorgehen bis zum Eintritt der Verjährung rechtmöglich macht, wäre im Fall des Vereins zur Förderung der New Economy (bei rechtsrichtiger Annahme einer fünfjährigen Verjährungsfrist) die Möglichkeit der Behörden zur Wiederaufnahme nach wie vor gegeben.

Beide herangezogenen Normen stellen jedoch Ermessensbestimmungen dar, weshalb letztlich für oder gegen deren Effektivierung nur auf die Ausführungen zu Punkt 1. verwiesen werden kann.

4. Feststellungsbescheid der Gemeinnützigkeit nach §§ 34ff BAO

Im Gegensatz zu den vorangehenden Überlegungen de lege lata sei hier eine rechtspolitische Forderung als Lösungsvariante de lege ferenda angeboten.

Da die Pointe ohnehin durch den Titel dieses Abschnitts vorweg genommen wurde, bedarf es keiner weiteren Vorstellung der erwähnten Lösungsvariante; vielmehr kann sogleich deren Legitimation aufgezeigt werden.

Die materielle Bedeutung des Status der Gemeinnützigkeit war insbesondere am Beginn der öffentlichen Diskussionen wohl einer der unstrittigsten Punkte im Zusammenhang mit dem Verein zur Förderung der New Economy (wenn nicht sogar der einzige). Dies ist ebenso gewiss, wie andererseits die Beurteilung jenes Status sicherlich den kontroversten Punkt ausmachte. Die Begründung hierfür liegt in den diametral gegensätzlichen steuerrechtlichen Folgen für den Verein.

In der Einleitung war von Rechtssicherheit und Rechtsrichtigkeit die Rede. Nun kann wohl das verfahrensrechtliche Institut des Feststellungsbescheides als eines der Kerninstitute zur Förderung der Rechtssicherheit angesehen werden, wodurch es zugleich als eine der funda-

mentalenen Umsetzungen des verfassungsrechtlich normierten Prinzips der Rechtsstaatlichkeit fungiert. Denn wenngleich ein inflationärer Auswuchs an (steuerrechtlichen) Feststellungsbescheiden sicherlich dem Credo einer schlanken und Kosten sparenden Verwaltung widersprechen würde, so ist letztendlich nur durch einen einerseits zunächst bekämpfbaren, andererseits irgendwann formell rechtskräftigen Feststellungsbescheid die Rechtssicherheit für den einzelnen Bescheidadressaten, ebenso wie für die allgemeine Rechtsgesellschaft auf Dauer effizient gewährleistet.

Hierbei muss man sich im Sinne einer Kosten-Nutzen-Rechnung die Frage stellen, ob nicht ein formalisierter, durch die entsprechenden Rechtsnormen eindeutig bestimmbarer und ableitbarer Feststellungsbescheid wesentlich verhältnismäßiger ist, als ein permanenter Zustand der Rechtsunsicherheit, welcher langwierige Verfahren¹³ hervorruft, die – wie auch immer sie ausgehen – notwendigerweise neue (teilweise durch Nachahmungen bedingte) Folgeverfahren auslösen.

Als Vorbild sei an dieser Stelle auch der entsprechende Feststellungsbescheid zur Aufnahme in die Liste der spendenbegünstigten Empfänger nach § 4 Abs 4 Z 5 EStG zu erwähnen. Wenn auch der rechtspolitische Sinn dieses Bescheides keineswegs diskreditiert werden soll, so muss doch die Frage erhoben werden, warum hier ein Fall mit durchschnittlich geringeren Auswirkungen als jener des Gemeinnützigkeitsstatus in den Genuss eines Feststellungsbescheides kommt, hingegen die §§ 34ff BAO offensichtlich als nicht feststellungsbescheidwürdig bewertet werden.

Abschließend sei – unter der Annahme der Rechtsmöglichkeit eines Feststellungsbescheides bezüglich der Gemeinnützigkeit gemäß §§ 34ff BAO – der Blick auf die gegenständliche Causa gerichtet. Demnach wäre entweder bei Vereinsgründung ein solcher „§ 34ff BAO – Bescheid“ vom zuständigen Finanzamt ausgestellt worden, oder eben nicht. In beiden Fällen wäre nach Ein-

tritt der formellen Rechtskraft ein Zustand der Rechtssicherheit gegeben, und es wären keine umfangreichen Diskussionen und Meinungsverschiedenheiten provoziert worden.

Und für den Fall der (nachträglichen) Änderung der tatsächlichen Geschäftsführung hätte eine Pflicht der Abgabebehörden bestanden, den entsprechenden Bescheid aufzuheben, da dieser dann rechtswidrig (bzw „nicht richtig“ iSd § 299 BAO) geworden wäre, da der Verein nicht (mehr) den §§ 34ff BAO entsprochen hätte.

5. Schlussbemerkungen

Als Conclusio kann somit für die Fälle der §§ 299 und 303 BAO festgehalten werden¹⁴:

Hätten die Behörden eventuelle Bescheide überhaupt aufheben bzw Verfahren wiederaufnehmen können? – Ja; hätten sie auch die Bescheide aufheben bzw Verfahren wiederaufnehmen dürfen? – aufgrund der Ermessensbestimmung ist dies ebenfalls zu bejahen; hätten sie die Bescheide aufheben bzw Verfahren wiederaufnehmen sollen? – dies ist insbesondere im Hinblick auf verfassungsrechtliche Gleichheitsüberlegungen ebenso zu bejahen; und zuletzt, hätten die Behörden die Bescheide aufheben bzw die Verfahren wieder aufnehmen müssen? – dies kann an dieser Stelle in Anbetracht der laufenden Untersuchungen und vor dem Hintergrund einer Ermessensbestimmung nicht definitiv behauptet werden.

Hier wird uns die Zukunft zeigen, was zu den jeweiligen Zeitpunkten die richtigen Handlungen gewesen wären.

Gäbe es jedoch die Möglichkeit, eine Gemeinnützigkeit nach den §§ 34ff BAO bescheidmäßig festzustellen, ließen sich heute bereits definitivere Aussagen machen und es würde nicht zum momentanen Rückschlag für Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit in diesem Land kommen.

Mag. Peter Unger ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Finanzrecht der Universität Wien; peter.unger@univie.ac.at.

13) Die ersten Medienberichterstattungen zum Fall „Grasser und der Verein New Economy“ begannen bereits in der ersten Hälfte des vorigen Jahres (2003).

14) Vereinfachend sei hier für beide Fälle der Konjunktiv verwendet, obwohl eine Bescheidabänderung gemäß

§ 295a BAO – wie unter Punkt 3. erwähnt – nach wie vor tatsächlich möglich wäre.

Die Teilnahme an Moot Courts als Chance für junge Juristen

Klaus Markowetz

1. Einleitung

Die universitäre Ausbildung an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Österreich ist nach wie vor von einem sehr theoretischen Ansatz geprägt. Obwohl beispielsweise an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg verschiedene praxisnahe Lehrgänge angeboten werden¹, ist das Diplomstudium auch heute noch zu sehr auf einen theoretischen Unterricht ausgerichtet. So können etwa die erwähnten Lehrgänge von Interessierten erst nach einem einschlägigen Studium oder nach einer mehrjährigen Berufspraxis absolviert werden. Das Ungleichgewicht von theoretischer und praktischer Ausbildung während des Studiums kann dadurch nicht beseitigt werden. Auf längere Sicht wünschenswert wäre eine Änderung des rechtswissenschaftlichen Studienplanes hin zu einer praxisorientierteren Ausbildung. Da dies allerdings nur längerfristig möglich und von Faktoren abhängig ist, die von den Studierenden nicht beeinflusst werden können, müssen sich diese um andere Alternativen bemühen.

Eine dieser Alternativen stellt die Teilnahme an einem *Moot Court* dar. Der nun folgende Beitrag stellt die wichtigsten *Moot Courts* vor und versucht, die Vorteile einer Teilnahme für die Studierenden darzulegen.

Moot Courts spielten bereits im mittelalterlichen England bei der Ausbildung von Prozessanwälten (*barristers*) eine bedeutende Rolle. Das Wort *moot* bezeichnete ursprünglich ein förmli-

ches Plädoyer, das sich an die Vorlesung anschloss². Heutzutage bezeichnet man mit dem Schlagwort *Moot Court* simulierte Gerichtsverhandlungen, die in Form von Studentenwettbewerben ausgetragen werden. Derartige Wettbewerbe sind an amerikanischen *Law Schools* nicht wegzudenken und stellen dort einen festen Bestandteil der juristischen Ausbildung dar. Durch die Teilnahme an *Moot Courts* lernen die Studierenden von Beginn ihres Studiums an, mit praktischen Fällen umzugehen. Dabei liegt neben dem Erwerb des fachlichen Wissens ein Schwerpunkt der Ausbildung in der Schulung der rhetorischen Fähigkeiten der Studenten und somit der zukünftigen Anwälte. Im Rahmen der Durchführung der *Moot Courts* an den Universitäten in den USA bereiten die Studententeams einen juristischen Fall vor, wechseln Anwaltsschriftsätze und verhandeln die Sache sodann vor einer Jury bestehend aus Mitgliedern der Professorenenschaft.

Die *Moot Courts* fördern den Teamgeist innerhalb der Studentenschaft, da niemand allein auftritt. Selbst wenn ein Team – was mitunter nach den *Moot Court* Regeln erlaubt ist – eine Person zum Sprecher für die gesamte Gruppe im „Gerichtssaal“ bestimmt, steht es doch stützend hinter dieser Person. Weiters existiert zwischen den verschiedenen studentischen Teams ein natürlicher Wettbewerb, da sich jedes als „bestes Team“ profilieren will. Dieser Wettbe-

werb wird dadurch verstärkt, dass dem Gewinnerteam ein Preis etwa in Gestalt einer besonderen Urkunde winkt. Darüber hinaus wird unter allen teilnehmenden Studenten „der beste Anwalt“ (*best speaker* oder *best oralist*) mit einem Preis ausgezeichnet.

Sämtliche *Moot Courts* bestehen aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil. Im Rahmen der schriftlichen Phase sind sowohl eine Klage- als auch eine Beklagtenschrift anzufertigen. Aufgrund der erstellten Schriftsätze finden sodann im zweiten Teil die mündlichen Verhandlungen statt. Auch bei diesen ist einerseits der Kläger, andererseits der Beklagte in den so genannten *oral hearings* zu vertreten. Diese *hearings* erfordern ein hohes Maß an Sachkompetenz und geistiger Flexibilität, da die Richter das Recht haben, jederzeit Fragen zu stellen. Vor allem aber von Bedeutung ist hier auch rhetorisches Geschick; gilt es doch das „Gericht“ von seiner Sicht der Dinge zu überzeugen. Die einmalige Gelegenheit „beide Seiten“ eines Verfahrens kennen zu lernen, macht den besonderen Reiz eines *Moot Courts* aus.

Vergleichbare Veranstaltungen bilden an österreichischen Universitäten noch immer die Ausnahme³. Wachsender Beliebtheit erfreuen sich allerdings auch hierzulande die internationalen *Moot Courts*, die in der Folge vorgestellt werden sollen. Diese *Moot Courts* unterscheiden sich von den bisher beschriebenen allein darin, dass Teams von Universitäten aus aller Welt teilnehmen können. Eine Teilnahme erfolgt daher freiwillig und ist nicht, wie jene an amerikanischen *Law Schools*, wo die *Moot Courts* eben zur juristischen Ausbildung gehören, verpflichtend. Organisatorisch bestehen auch diese *Moots* aus einem schriftlichen und einem mündlichen Teil.

2. Die einzelnen Moot Courts

In den nun folgenden Zeilen sollen die bekanntesten *Moots* etwas näher vorgestellt werden. Beginnen möchte ich mit

Aus Gründen der Lesbarkeit wird in diesem Beitrag ausschließlich die männliche Personenbezeichnung verwendet.
1) Erwähnt seien an dieser Stelle der Universitätslehrgang für Wirtschaftsjuristen (MBL), der Master of International Business (MIB) sowie der Universi-

tätslehrgang für Sozialmanagement. Nähere Informationen über die erwähnten und weitere Lehrgänge können im Internet unter <http://www.sbg.ac.at/jus/home.htm> abgerufen werden.

2) *Roth*, Internationale Schiedsverfahren und Einheitsprivatrecht – Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, NOEO – Das Salzburger Wissenschaftsmagazin (2000) 4.

3) Zu erwähnen ist an dieser Stelle beispielsweise der vom Institut für

Europarecht und vom Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Universität Salzburg organisierte Moot, der ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg simuliert.

dem *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*. Grund dafür ist der Ort der mündlichen Verhandlungen, nämlich Wien.

2.1 *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*

Dieser Studentenwettbewerb fand im Studienjahr 2002/03 zum zehnten Mal statt. An diesem Jubiläums *Moot* beteiligten sich 128 Teams aus 39 Ländern, soviel wie nie zuvor. Organisiert wird dieser Wettbewerb vom *Institute of International Commercial Law* der *Pace University* in New York⁴. Inhaltlich beschäftigt sich der *Arbitration Moot* mit zwei in der universitären Ausbildung in Österreich bisher stiefmütterlich behandelten Themenbereichen. Dies sind die internationale Schiedsgerichtsbarkeit und das UN-Kaufrecht.

Materiellrechtlich ist der Sachverhalt daher nicht nach einem bestimmten nationalen Recht, sondern nach dem von der UN-Kommission für internationales Handelsrecht (*UNCITRAL*) geschaffenen *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11. April 1980*⁵ zu lösen. Durch dieses Übereinkommen wurde im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrages *materielles Einheitsrecht* geschaffen⁶. Für Österreich ist das UN-Kaufrecht mit BGBl 1988/96 am 1. Jänner 1989 in Kraft getreten.

Sowohl die internationale Schiedsgerichtsbarkeit als auch das UN-Kaufrecht sind in der Praxis von erheblicher Bedeutung. Gerade die Schiedsgerichtsbarkeit ist als Form der Streitbeilegung bei internationalen Rechtsbeziehungen nicht mehr wegzudenken. Die Vorteile eines Schiedsverfahrens liegen auf der Hand: So sind die Vertragsparteien berechtigt, „eigene“ Schiedsrichter vorzu-

schlagen. Dies sind meist Personen, denen beide Parteien Sachkenntnis für den konkreten Streitfall zuerkennen⁷. Der wohl größte Vorteil der Schiedsverfahren liegt allerdings in der weltweiten Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs. Die Exekution von Schiedssprüchen im Ausland ist insbesondere durch das *New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958* (BGBl 1961/200), gewährleistet⁸. Durch dieses Abkommen kann jeder, wo auch immer gefällte, Schiedsspruch in Österreich vollstreckt werden⁹.

Größter Vorteil des CISG¹⁰ ist seine Ausrichtung auf internationale Kaufverträge. Gerade im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr besteht ein besonderes Bedürfnis nach *Rechtsvereinheitlichung*. Nationale Privatrechtskodifikationen weichen nach wie vor zu stark voneinander ab und sind darüber hinaus oftmals nur schwer zugänglich. Anders als nationale Rechtsordnungen ist das UN-Kaufrecht auf die Abwicklung von internationalen Kaufverträgen *speziell zugeschnitten*.

Studierende, die sich im Rahmen des *Willem C. Vis Arbitration Moot* von Oktober eines Studienjahres bis April des darauf folgenden mit internationalem Schiedsverfahrensrecht und UN-Kaufrecht beschäftigen, erhalten auf diese Weise einen ausgezeichneten Einstieg in das *internationale Wirtschaftsrecht*. Dieser *Moot Court* ist daher all jenen zu empfehlen, die sich vorstellen können, in diesem Bereich nach ihrem Studium tätig zu sein. Vor allem auch die Tatsache, dass dieser *Moot Court* gänzlich in englischer Sprache durchgeführt wird, bereitet die Absolventen auf eine internationale Karriere vor.

Der Klägerschriftsatz des *Arbitration Moot* ist bis Anfang Dezember, der Be-

klagenschriftsatz bis Anfang Februar an Prof. *Eric E. Bergsten*, den Leiter dieses *Moot Courts*, zu senden. Die mündlichen Verhandlungen finden jeweils in der Karwoche in Wien in den Gebäuden des Juridicums statt. Während der *oral pleadings* muss jedes Team mindestens viermal verhandeln. Die besten 32 Teams steigen in die zweite Runde auf und treten in einem KO-System gegeneinander an. Das Finale findet sodann im Festsaal des Wiener Rathauses anlässlich des Abschlussbanketts statt¹¹.

2.2 *Philip C. Jessup International Moot Court Competition*

Der *Philip C. Jessup Moot Court* ist nicht nur der weltweit größte *Moot*¹², sondern gilt zweifelsohne auch als der bedeutendste Völkerrechtswettbewerb. Organisiert wird der ebenfalls in englischer Sprache durchgeführte *Jessup Moot* von der *International Law Students Association (ILSA)*¹³. Inhaltlich beschäftigt er sich mit Problemen des internationalen Völkerrechts¹⁴. Obwohl der Austragungsort der mündlichen Verhandlungen Washington D.C. ist, wird das Verfahren des *Internationalen Gerichtshofs (I.G.H.)* in Den Haag simuliert. Angenommen wird dabei ein fiktiver Streit zwischen fiktiven Staaten.

Die teilnehmenden Teams treten zuerst in *regionalen* und anschließend in *nationalen Wettbewerben* in ihren jeweiligen Heimatländern gegeneinander an. Wer diese Hürde bewältigt hat, steigt eine Runde auf und darf an den *International Rounds* in Washington teilnehmen. In diesen *Rounds* treten die besten Teams der Welt gegeneinander an und versuchen, die Richterbank, die aus international tätigen Juristen, Universitätslehrern, Berufsrichtern und Völkerrechtlern besteht, von ihren Argumenten zu überzeugen. Die Anzahl der gewon-

4) Die Internetseite dazu lautet: <http://www.cisg.law.pace.edu/vis>.

5) Der offizielle Text des Abkommens ist online unter <http://www.uncitral.org> zu finden.

6) *Holzhammer/Roth*, Bürgerliches Recht mit IPR⁶ (2004) 192.

7) *Roth*, UN-Kaufrecht und internationale Schiedsverfahren – The Third Annual *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot 1995/96*, JAP 1996/97, 76.

8) *Markowetz*, Internationales Exekutionsrecht, in *Holzhammer/Roth*, Exe-

kutionsrecht und Konkursrecht – Grundstudium³ (2005) 63.

9) *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 966/1.

10) So lautet die weltweit gebräuchliche Abkürzung für das UN-Kaufrecht, die sich aus United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods zusammensetzt.

11) Interessenten für den *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* wenden sich an o.Univ.-Prof. Dr. *Marianne Roth*, LL.M. (Harvard),

marianne.roth@sbg.ac.at oder an Univ.-Ass. Dr. *Klaus Markowetz*, klaus.markowetz@sbg.ac.at (beide Universität Salzburg), bzw an Dr. *Alice Fremuth-Wolf*, alice.fremuth-wolf@univie.ac.at (Universität Wien) und Dr. *Sonja Niederberger*, sonja.niederberger@justiz.gv.at .

12) So nahmen an diesem *Moot* im Jahr 2003 1500 Studenten von mehr als 500 Universitäten aus 80 verschiedenen Nationen teil.

13) Informationen im Internet gibt es unter <http://www.ilsa.org/jessup/>. Ur-

sprünglich wurde der Wettbewerb 1959 von Studenten der Universitäten Harvard und Columbia ins Leben gerufen.

14) Der zuletzt im Frühjahr 2004 zu Ende gegangene *Moot* befasste sich mit der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes und seinem Verhältnis zum Internationalen Gerichtshof und dem UN-Sicherheitsrat in Hinblick auf die Ahndung von Kriegsverbrechen und Völkermord; siehe *Gabriel ua*, Kriegsverbrechen, Völkermord und die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes, in diesem Heft.

nenen Runden sowie die erreichte Punktezahle entscheiden, welche Teams sich für die *International Run-offs* der besten sechzehn Teams qualifizieren.

Agrund der Ausrichtung dieses *Moot Courts* auf das internationale Völkerrecht ist die Teilnahme an diesem Wettbewerb vor allem jenen Studierenden zu empfehlen, die eine Karriere als Diplomat oder Mitarbeiter in einer Internationalen Organisation anstreben. Aber auch international tätige Anwälte und Manager zählen zu den Absolventen des *Jessup Moot Courts*¹⁵.

2.3 *Concours Européen des Droits de l'Homme René Cassin*

Der *René Cassin* ist der größte in französischer Sprache durchgeführte internationale Studentenwettbewerb¹⁶. Die im Rahmen dieses *Moots* zu lösenden Fälle beschäftigen sich inhaltlich mit möglichen Verletzungen der *Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*. Es handelt sich also um fiktive Fälle vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte¹⁷ in Straßburg.

Benannt ist dieser *Moot* nach *René Cassin*, einem berühmten französischen Rechtsprofessor, der unter anderem an der *Académie de Droit International* in Den Haag und am *Institut des Hautes Études Internationales (I.H.E.I.)* in Genf lehrte¹⁸.

Im Rahmen des schriftlichen Teils ist ein dreißig Seiten umfassender Schriftsatz in französischer Sprache zu erstellen. Dieser ist Mitte Februar nach Straßburg zu schicken. Die mündlichen Verhandlungen finden Ende März oder Anfang April in den Räumlichkeiten des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* und des *Europarates* statt. Zwei Teammitglieder plädieren auf Französisch vor einem Beamten der Europäischen Kommission für Menschenrechte, einem Universitätsangehörigen und einem Rechtsanwalt. Ein dritter

Student fungiert als Berater der „Teamanwälte“.

Jedes Team muss in den Vorrunden zwei bis drei Mal mündlich verhandeln. Im Finale trifft das Team der besten Staatenvertreter auf jenes der besten Beschwerdeführer. Dieses Finale findet im Gerichtssaal des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* vor einer ca 14 Personen umfassenden Jury aus Mitgliedern des Gerichtshofes, Universitätsprofessoren und Anwälten statt.

Die Teilnahme an diesem *Moot Court* lohnt sich wegen der Chance, Praktika absolvieren zu können, ganz besonders. So erhalten die fünf besten Mannschaften Praktikumsplätze beim *Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte*, bei der *Kommission der Europäischen Union*, beim *Gerichtshof der Europäischen Union*, beim französischen *Conseil d'Etat* und beim französischen *Cour de Cassation*. Die beiden Siegermannschaften erhalten außerdem Geldpreise¹⁹.

2.4 *The European Law Moot Court Competition*

Im Rahmen des *European Law Moot Court Competition*²⁰ ist ein europarechtlicher Fall in einem simulierten Verfahren vor dem *Europäischen Gerichtshof*²¹ zu verhandeln. Der Wettbewerb, der von der *European Law Moot Court Society*²², organisiert wird, beginnt am 1. September. Die Schriftsätze müssen bis zum 15. November erstellt sein. Die besten 40 Teams werden zu den so genannten *Regional Finals* zugelassen. Die vier *Regional Finals*, die Semifinali darstellen, werden in jeweils verschiedenen Städten ausgetragen. Im Studienjahr 2003/04 wurden sie in Lissabon, Madrid, Paris und Vilnius veranstaltet. Die Gewinner dieser zweiten Wettbewerbsstufe werden zum *All European Final* in Luxemburg eingeladen. Dieser krönende Abschluss bietet den

Studierenden die Möglichkeit, ihre Argumente in mündlichen Verhandlungen vor dem EuGH vorzutragen. Als Richter treten bei diesen *oral pleadings* Berufsrichter des *Europäischen Gerichtshofes* und des *Gerichtshofes erster Instanz* auf.

Eine Besonderheit dieses *Moots* ist in der Kombination zweier Wettbewerbsprachen zu sehen. Die Schriftsätze sind in Englisch oder Französisch mit einem Resumé in der jeweils anderen Sprache zu erstellen; das Wahlrecht liegt bei den Teams. Die mündlichen Verhandlungen finden ebenfalls zweisprachig statt. Dies stellt eine besondere Herausforderung dar, da die Richter dadurch das Recht haben, in beiden Sprachen zu verhandeln und Fragen zu stellen.

Die Teilnahme an diesem *Moot Court* ist vor allem jenen Studenten zu empfehlen, die eine Karriere „im europäischen Bereich“, sprich bei der *Europäischen Kommission*, beim *Europäischen Gerichtshof* usw., anstreben²³.

3. Abschließende Bemerkungen

Alle hier dargestellten *Moot Courts*²⁴ fordern von den Studierenden hohes persönliches Engagement. Weiters bedingt eine Teilnahme von jedem einzelnen vor allem einen enormen zeitlichen Aufwand. Der Zeitraum für die Erstellung der schriftlichen *Memoranda* sowie die Vorbereitungszeit für die mündlichen *pleadings* ist ausschließlich dem Projekt *Moot Court* zu widmen. So macht es etwa keinen Sinn, während der Teilnahme an einem *Moot* eine Diplomprüfung in Angriff nehmen zu wollen oder nebenbei zu arbeiten. Würde man dies dennoch tun, wäre weder die Vorbereitung für die Diplomprüfung optimal, noch hätte man genug Zeit, den *Moot Court* Fall auszeichnend zu studieren.

Welchen Nutzen bringt nun den Studierenden die Teilnahme an einem *Moot* Wettbewerb? Ein wesentlicher Vorteil

15) Interessenten für den *Philip C. Jessup International Moot Court* wenden sich an Univ.-Ass. Dr. *David Rezac*, david.rezac@univie.ac.at (Universität Wien).

16) Informationen im Internet gibt es unter <http://www.concourscassin.org>.

17) <http://www.echr.coe.int/Default.htm>.

18) Ein kurzer Lebenslauf von *René Cassin* ist unter <http://www.univie.ac.at/intlaw/cassin.htm> abrufbar.

19) Interessenten für diesen *Moot Court* wenden sich an Univ.-Ass. Dr. *Ursula Kriebaum*, ursula.kriebaum@univie.ac.at (Universität Wien) sowie an o.Univ.-Prof. Dr. *Christoph Grabenwarter*, sekretariat.grabenwarter@uni-graz.at und Univ.-Ass. MMag.

René Bruckner, rene.bruckner@uni-graz.at (beide Universität Graz).

20) Informationen im Internet gibt es unter <http://www.elmc.org/>.

21) <http://www.europa.eu.int/cj/de/index.htm>.

22) Im Internet zu erreichen unter <http://www.elmc.org/society/society.htm>.

23) Wer an diesem *Moot* teilnehmen will, wendet sich an V-Ass. Mag. *Natascha Solar*, LL.M., natascha.solar@univie.ac.at (Universität Wien).

24) Hinweise zu weiteren weltweit veranstalteten *Moots* gibt es im Internet unter <http://www.fu-berlin.de/jura/veranstaltungen/wettbewerb/info/mootcourt/liste.html>.

liegt in der Verbesserung der eigenen fremdsprachlichen Kenntnisse. Wer sich über Monate mit einem juristischen Problem in einer Fremdsprache auseinandersetzt und vor allem während der *oral pleadings* mündlich verhandelt, wird eine deutliche Verbesserung seiner Fremdsprachenkenntnisse feststellen. Auch die Gespräche mit anderen Teammitgliedern, Coaches, Richtern usw. erhöhen die sprachlichen Kenntnisse in der jeweiligen Fremdsprache. Die Aneignung der juristischen Fachtermini in der Wettbewerbssprache (Berufung, Urteil, Zeuge etc) erfolgt durch den monatelangen Umgang mit fremdsprachigen Texten fast wie von selbst.

Ebenso wichtig wie der Erwerb oder das Auffrischen der Fremdsprachenkenntnisse ist die Schulung der rhetorischen Fähigkeiten. Der Zeitraum kurz vor den mündlichen Verhandlungen wird üblicherweise dafür genutzt, so genannte *Probeverhandlungen* durchzuführen. Diese werden am besten von den Teamcoaches, von früheren Teilnehmern oder Anwälten und Richtern geleitet. In diesen Probeverhandlungen ist es besonders wichtig, die Verhandlungen vor dem jeweiligen Tribunal möglichst wirklichkeitsgetreu zu simulieren. Diese *Probepleadings* steigern das Selbstbewusstsein und verbessern die Aussprache und das rhetorische Geschick der Studierenden.

Ein besonders hervorzuhebender Vorteil der *Moot Courts* ist zweifelsohne ihr *Praxisbezug*. Die Teilnehmer erhalten den zu bearbeitenden Fall in Form

eines Aktes, der sämtliche vorhandenen Unterlagen (Schriftsätze, Gutachten usw.) enthält. Der Fall wird den Studenten daher so zur Verfügung gestellt, wie ihn auch ein von einem Mandanten beauftragter Rechtsanwalt bekommen würde. *Moot Courts* bieten daher die Möglichkeit, die anwaltliche Praxis und Arbeitsweise bereits während des Studiums kennen zu lernen. Der Praxisbezug schult besonders präzises juristisches Denken und fördert die Fähigkeit, einen komplexen Fall juristisch zu durchdringen und eigene Rechtsstandpunkte zu entwickeln. Gerade die Fälle bei den *Moots* lassen oftmals verschiedene Wege offen und fördern auf diese Weise auch kreatives Denken.

Moot Courts bestehen aber nicht nur aus reiner Arbeit. Es gibt viele Anlässe, interessante Menschen aus allen Teilen des Erdballs kennen zu lernen. Erste Möglichkeit dafür sind die so genannten *welcoming parties*. Aber auch nach den Verhandlungen oder bei Empfängen kann man in netter Atmosphäre neue Leute treffen. Bei gemeinsamem Essen, Feiern und Erkunden des jeweiligen Austragungsortes ergeben sich zahlreiche Gelegenheiten, fachliche wie persönliche Erfahrungen auszutauschen und Freundschaften zu schließen. Auch der mit einer Teilnahme an einem *Moot Court* verbundene kulturelle Austausch zwischen Studierenden aus aller Welt ist daher als Bereicherung anzusehen²⁵. Dieser kulturelle Austausch zwischen Studententeams aus aller Welt ist als Unterschied gegenüber den *Moots* an

den amerikanischen *Law Schools* anzusehen.

Aufgrund der zahlreichen Vorteile²⁶ der *Moot Courts*, vor allem des Praxisbezugs und der Aneignung von Sprachkenntnissen, ist eine Teilnahme jedem Studenten/jeder Studentin uneingeschränkt zu empfehlen. Von einer Teilnahme profitieren auch jene ganz besonders, die sich für ein *Postgraduate*-Studium im Ausland (LL.M., MBA) interessieren. Eine *Moot* Teilnahme hat schon oft die Chancen auf einen Studienplatz an einer renommierten ausländischen Universität deutlich erhöht.

Vor dem Hintergrund der derzeit beinahe überall stattfindenden Einsparungen ist es jedoch auch bei Bewerbungen im nationalen Bereich entscheidend, sich von anderen Absolventen durch Zusatzqualifikationen abzuheben.

*Dr. Klaus Markowetz ist Universitätsassistent am Fachbereich Privatrecht an der Universität Salzburg;
klaus.markowetz@sbg.ac.at.*

25) So ist beispielsweise die Art und Weise wie Studierende anderer Rechtskulturen ein juristisches Problem aufbereiten, besonders interessant. Zu beobachten ist, dass anglo-amerikanische Studenten eher vom Sachverhalt ausgehen und diesen zunächst zusammenfassen, bevor sie auf die rechtlichen Fragen zu sprechen kommen.

26) Als weiterer Vorteil erwähnt wer-

den soll schließlich die Tatsache, dass die Teilnahme an einem *Moot Court* von der Heimuniversität mit einem Seminarschein honoriert wird.

Kriegsverbrechen, Völkermord und die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes

Der Fall bei der Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition 2003/2004

Kathrin Gabriel/Ursula Hann/Leonore Lange/Christoph Mikulaschek

truppenstellenden Staaten die ausschließliche strafrechtliche Zuständigkeit über ihre Kontingente.

Leutnant Joseph Curwen, ebenso wie Dr. West arkamischer Staatsbürger, ist Angehöriger der UNO-Friedenstruppe. Im Zuge von Kampfhandlungen ordnet er einen Angriff auf Exhamtown in Yuggott an, bei dem hunderte Zivilisten getötet werden. In der Folge wird er vor die arkamische Wahrheits- und Versöhnungskommission geladen.

Dr. West und Leutnant Curwen werden im Zuge von Reisen im Drittstaat Randolfia festgenommen. Auf Initiative der Regierung von Randolfia wird vor dem IStGH ein Verfahren eingeleitet. Dr. West wird des Völkermordes angeklagt, während Leutnant Curwen wegen der Begehung von Kriegsverbrechen verfolgt wird.

Randolfia und Leng sind im Gegensatz zu Arkam Vertragsparteien des Römer Statuts, durch das der IStGH errichtet wurde. Arkam lehnt die Auslieferung seiner zwei Staatsbürger an den IStGH ab, die jedoch von Randolfia angestrebt wird. Der daraus resultierende Streitfall wird von Arkam und Randolfia dem IGH zur Entscheidung vorgelegt; Leng lehnt die Beteiligung am Verfahren ab.

Seit mehr als zehn Jahren nimmt ein Team des Instituts für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Universität Wien am *Jessup Moot Court* teil, der jährlich in Washington D.C. abgehalten wird.¹ Bei diesem weltweit größten und bedeutendsten Völkerrechtswettbewerb verhandelten in diesem Jahr 94 Teams aus 78 Ländern als Vertreter fiktiver Staaten in einem simulierten Verfahren vor dem Internationalen Gerichtshof. Das diesjährige österreichische Team erreichte dabei den dritten Platz in den Finalrunden und gewann den *Alona E. Evans Award* für den fünften Platz in der Gesamtwertung der eingereichten Schriftsätze sowie den *Baxter Award* für den zweitbesten *Respondent*-Schriftsatz.

1. „The Case Concerning the International Criminal Court“

Der Streitfall 2004 befasste sich mit der aktuellen Problematik der Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes (IStGH) sowie dessen Verhältnis zum Internationalen Gerichtshof (IGH) und zum Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Der im Folgenden dargelegte Sachverhalt behandelte des Weiteren zentrale Fragen des internationalen Strafrechts:

Im Jänner 2003 bricht eine grenzüberschreitende bewaffnete Auseinandersetzung zwischen den ethnischen Gruppen der Arkamians und der Lengians aus, der sich auf das Territorium der

Nachbarstaaten Arkam und Leng erstreckt. In Arkam kann der Konflikt bald durch ein Friedensabkommen beigelegt werden, das die Errichtung einer Wahrheits- und Versöhnungskommission nach südafrikanischem Vorbild vorsieht. Diese hat das Mandat, für im Zuge des Bürgerkrieges begangene Verbrechen Amnestie zu gewähren. Im Gegensatz zum südafrikanischen Modell darf sie auch für nicht politisch motivierte Straftaten Amnestie gewähren.

In Yuggott, einer Provinz von Leng mit arkamischer Bevölkerungsmehrheit, geht der Konflikt weiter und wird von der GALA (*Greater Arkamian Liberation Army*) vorangetrieben. GALA ist eine Miliz, die das Ziel der Sezession Yuggotts von Leng mit politischen und militärischen Mitteln verfolgt. Einer ihrer Anführer ist der Arkamier Dr. Herbert West. Nachdem er bereits in der Vergangenheit Tonbänder mit hetzerischem Inhalt aufgenommen hat, wird nun ein solcher Aufruf zum Völkermord an der lengischen Minderheit in Yuggott von einer GALA-Radiostation ausgestrahlt. In den darauf folgenden Tagen wird ein Völkermord an der lengischen Bevölkerung der Region verübt.

In Reaktion auf die Massaker beschließt der UNO-Sicherheitsrat unter Berufung auf Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen eine Resolution, die die Entsendung einer UNO-Friedenstruppe nach dem Vorbild der ISAF nach Yuggott vorsieht. Diese garantiert den

2. Die völkerrechtliche Problematik

2.1 Die Grundlage für die Kompetenz des IGH im gegenständlichen Streitfall

In Einklang mit dem Statut des IGH² haben die Streitparteien Arkam und Randolfia einen Kompromiss unterzeichnet, durch den der IGH ermächtigt wird, über die Rechtmäßigkeit einer etwaigen Auslieferung von Dr. West und Leutnant Curwen an den IStGH zu entscheiden. Diese Rechtsfrage betrifft unmittelbar die Zuständigkeit des IStGH. Das Römer Statut aber regelt, dass eine Entscheidung darüber vom IStGH selbst

1) Nähere Informationen zum Jessup Moot Court sind unter <http://www.ilsa.org/jessup/> erhältlich; siehe auch

Markowetz, Die Teilnahme an *Moot Courts* als Chance für junge Juristen, in diesem Heft.

2) Art 36 para 1 Statut des Internationalen Gerichtshofes, 26. Juni 1945.

zu treffen ist.³ Der IGH ist an diese Vorschrift nicht gebunden, daher ist es vorstellbar, dass sowohl der IGH als auch der IStGH – möglicherweise konträre – Entscheidungen treffen. Diese Situation wäre rechtspolitisch höchst unbefriedigend und der IGH könnte es daher ablehnen, über den Streitfall des diesjährigen Jessup Moot Court zu entscheiden oder das Verfahren bis zur Entscheidung des IStGH vertagen, wie dies der Ständige Internationale Schiedsgerichtshof in einem aktuellen Fall in Hinblick auf ein vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anhängiges Verfahren getan hat.⁴

2.2 Die Zuständigkeit des Internationalen Strafgerichtshofes

Es stellt sich die Frage, ob der IStGH über Angehörige von Staaten, die nicht das Römer Statut unterzeichnet haben, seine Gerichtsbarkeit ausüben darf. Das Römer Statut selbst regelt, dass der Gerichtshof über die schwersten Verbrechen von internationalem Belang urteilen darf, sofern diese auf dem Territorium eines Vertragsstaates oder durch einen seiner Staatsbürger begangen wurden.⁵ Daraus folgt, dass auch Angehörige von Drittstaaten seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind, sobald sie auf dem Territorium eines Vertragsstaates eine nach dem Römer Statut strafbare Handlung setzen. Dieser Umstand wird von Staaten, die der Einrichtung des IStGH ablehnend gegenüberstehen, wie zum Beispiel den Vereinigten Staaten von Amerika, unter Verweis auf die Wiener Vertragsrechtskonvention als völkerrechtswidrig kritisiert.⁶ Dieses Übereinkommen sieht vor, dass völkerrechtliche Verträge – wie das Römer Statut – für Drittstaaten ohne deren Zustimmung weder Pflichten noch Rechte begründen dürfen.⁷ Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass im Ver-

fahren vor dem IStGH über die strafrechtliche Verantwortung von Einzelpersonen entschieden wird, nicht aber über die Verantwortlichkeit von Staaten,⁸ woraus folgt, dass aus dem Römer Statut den Drittstaaten keine Pflichten im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention erwachsen. Des Weiteren hat sich die Rechtsstellung von Drittstaaten durch die Einrichtung des IStGH nicht verschlechtert, weil sämtliche Kompetenzen, die der IStGH über Angehörige von Drittstaaten ausüben darf, auch bereits zuvor von den Vertragsstaaten selbst ausgeübt werden konnten.

Der IStGH leitet seine Zuständigkeit aus der territorialen und personellen Gerichtsbarkeit der einzelnen Vertragsstaaten ab und übt somit keine universelle Gerichtsbarkeit aus.⁹ Eine derartige Kompetenzübertragung an einen internationalen Gerichtshof ist völkerrechtskonform, da es im Völkerrecht keine Vermutung für die Einschränkung der Handlungsfreiheit der Staaten gibt.¹⁰

2.3 Das Verhältnis zwischen dem IStGH und dem UNO-Sicherheitsrat

Aufgrund der Festlegung der Zuständigkeit des IStGH nach dem Personalitäts- und Territorialitätsprinzip sind auch Teilnehmer an UNO-Friedensoperationen von der Kompetenz des IStGH erfasst, sofern sie eine nach dem Römer Statut strafbare Handlung auf dem Territorium eines Vertragsstaates begehen oder Staatsbürger eines solchen sind. Dies stößt auf die massive Ablehnung von Drittstaaten, die an einer UNO-Friedensoperation in einem Vertragsstaat teilnehmen. Aufgrund der Drohung der Vereinigten Staaten von Amerika, die Verlängerung des Sicherheitsratsmandats für die UNO-Friedensmission in Bosnien-Herzegowina durch Ausübung ihres Veto-Rechts zu verhindern, verab-

schiedete der UNO-Sicherheitsrat die Resolution 1422 (2002), sowie in weiterer Folge die Resolution 1487 (2003).¹¹ Diese verbieten allen Mitgliedstaaten der UNO, unter Anwendung des Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen, Angehörige von Drittstaaten, die an einer UNO-Friedensmission teilnehmen, an den IStGH auszuliefern und verbietet letzterem, gegen sie ein Verfahren einzuleiten. Die Resolution 1497 (2003) sowie die gleichlautende Vorschrift im fiktiven Streitfall zwischen Arkam und Randolfia regeln einen noch weitergehenden Ausschluss strafrechtlicher Zuständigkeit über Teilnehmer an UNO-Friedensmissionen aus Drittstaaten.¹² Auf die Vorbehalte eingehend, die von Drittstaaten geäußert wurden, die Truppen zu UNO-Friedensmissionen entsenden, garantieren sie diesen Staaten die ausschließliche strafrechtliche Zuständigkeit über ihre Truppenkontingente.

Arkam argumentiert vor dem IGH unter Berufung auf die Resolution, dass eine Auslieferung Leutnant Curwens an den IStGH durch Randolfia völkerrechtswidrig wäre. Dem hält Randolfia entgegen, dass die entsprechende Bestimmung der Resolution gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen verstößt, und daher *ultra vires* verabschiedet wurde und nichtig ist, weil der Ausschluss der strafrechtlichen Zuständigkeit aller anderen Staaten einen unzulässigen Eingriff in deren Souveränität darstellt. Eine solche Argumentation lässt sich allerdings nicht darauf stützen, dass die Resolution nicht alle Voraussetzungen erfüllt, die das Römer Statut für einen Aufschub der Strafverfolgung vor dem IStGH durch Resolution des UNO-Sicherheitsrates vorsieht.¹³ Diese Bestimmungen des Römer Statuts können nach Völkervertragsrecht nur für die Parteien des Römer Statuts verbindlich sein, den UNO-

3) Art 119 Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofes, 17. Juli 1998.

4) *Mox Plant* (Irl. v. U.K.), 2003 Ständiger Internationaler Schiedsgerichtshof para 11 (Erklärung des Präsidenten, 13. Juni).

5) Art 12 Römer Statut.

6) *Scheffer*, U.S. Policy and the International Criminal Court, Cornell Int'l L.J. 529, 533 (1999); *Wedgwood*, The International Criminal Court: An Ameri-

can View, EJIL 93, 99 (1999).

7) Art. 34 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, 22. Mai 1969.

8) Art. 25 (4) Römer Statut; *Pellet*, Entry into Force and Amendment of the Statute in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 145, 164 (*A. Cassese* u.a. Hrsg., 2002)

9) *Kaul*, Preconditions to the Exercise of Jurisdiction in The Rome Statute of

the International Criminal Court: A Commentary, 583, 607 (*A. Cassese* u.a. Hrsg., 2002); *Hafner/Boon/Rübesame/Huston*, A Response to the American View as Presented by *Ruth Wedgwood*, 10 EJIL 108, 117 (1999).

10) *S.S. Lotus* (Merits) (Fr. v. Türk.), 1927 PCIJ (Ser. A) No. 10, 5, 18 (Urteil, 7. Sept.); *Scharf*, The ICC's Jurisdiction over the Nationals of Non-Party States: A Critique of the U.S. Position, 64 Law & Contemp. Probs. 67, 69 (2001).

11) UNO-Sicherheitsrat Res 1422 (2002), 12. Juli 2002, UNSC Res 1487 (2003), 12. Juni 2003, abrufbar unter <http://www.un.org/Docs/sc/>; *Stahn*, The Ambiguities of Security Council Resolution 1422 (2002), 14 EJIL 85 (2003).

12) UNO-Sicherheitsrat Res 1497 (2003), 1. August 2003, abrufbar unter <http://www.un.org/Docs/sc/>.

13) Art 16 Römer Statut.

Sicherheitsrat hingegen binden sie nicht.

2.4 Die Komplementarität des Internationalen Strafgerichtshofes zu den nationalen Strafrechtssystemen

Der IStGH soll die nationalen Rechtssysteme nicht ersetzen, sondern bloß ergänzen: Das Römer Statut regelt daher, dass der Internationale Strafgerichtshof nur dann Verfahren einleiten darf, wenn die Staaten, die zur Ausübung von Gerichtsbarkeit berechtigt sind, entweder nicht willens oder nicht fähig sind, ernsthafte Ermittlungen oder die Bestrafung der Straftäter vorzunehmen.¹⁴ Der IStGH wird also grundsätzlich nur dann aktiv, wenn keine Aussicht auf ein ordnungsgemäßes Verfahren auf nationaler Ebene besteht.¹⁵ Das Ziel dieses Mechanismus besteht darin, die Vertragsstaaten dazu anzuhalten, die nach dem Römer Statut strafbaren Verbrechen im Rahmen ihres innerstaatlichen Rechtssystems zu verfolgen.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob der IStGH lediglich zu nationalen Strafgerichten, oder aber auch zu Wahrheits- und Versöhnungskommissionen komplementär ist. Die Textierung des Römer Statuts sowie seine *travaux préparatoires* bieten für beide Auffassungen genügend Anhaltspunkte. *Randolfia* vertritt die Rechtsansicht, dass die von der arkamischen Wahrheits- und Versöhnungskommission geführten Ermittlungen nicht die Voraussetzungen eines ernsthaften Verfahrens erfüllen und somit den IStGH nicht an der Einleitung eines Strafverfahrens hindern können. Begründet wird diese Argu-

mentation damit, dass die Präambel, auf die Art 17 des Römer Statuts ausdrücklich verweist, die Komplementarität des IStGH nur gegenüber der innerstaatlichen Strafgerichtsbarkeit festlegt.¹⁶ Arkam argumentiert, dass die offene Wortwahl in Art 17 keine Einschränkung der Komplementarität auf Strafgerichte zulässt und verweist auf einen Bericht des Ausschusses zur Vorbereitung der Einrichtung des Internationalen Strafgerichtshofes, in dem festgestellt wird, dass der IStGH zu den nationalen Behörden im allgemeinen, nicht aber ausschließlich den nationalen Gerichten, komplementär ist.¹⁷

2.5 Völkermord

Art II der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes (1948)¹⁸ definiert unter anderem die Tötung von Mitgliedern einer nationalen, ethnischen, rassischen oder religiösen Gruppe, sowie die Verursachung von schwerem körperlichen oder seelischen Schaden an einer solchen als Völkermord. Die in der Völkermordkonvention aufgezählten Handlungen sind unter der Voraussetzung strafbar, dass der spezifische Vorsatz hinzutritt, die jeweilige Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören. Die vertragsschließenden Parteien zur Konvention verpflichteten sich nicht nur zur Verhütung und Bestrafung von Völkermord, sondern schlossen auch die Tatbestände der Verschwörung, der unmittelbaren und öffentlichen Anreizung zu seiner Begehung, sowie den Versuch und die Teilnahme mit ein.¹⁹

2.5.1 Direct and Public Incitement to Genocide – Art 25(3)(e) Römer Statut

Die Definition des Völkermordes von 1948 hat auf der Staatenkonferenz in Rom wortwörtlich Eingang in das Römer Statut gefunden.²⁰ Nach Römer Statut und basierend auf den Bestimmungen der Konvention sind auch jene natürlichen Personen individuell strafrechtlich verantwortlich, die in Bezug auf das Verbrechen des Völkermordes andere unmittelbar und öffentlich zur Begehung von Völkermord aufstacheln.²¹

Das öffentliche Aufstacheln zum Völkermord wird als ein an die Allgemeinheit gerichteter Aufruf zu strafbaren Handlungen definiert.²² Der Begriff Aufruf umfasst sowohl öffentliche Reden, als auch die Verbreitung durch Printmedien, Radio und Fernsehen.²³ Die subjektiven Tatbestandselemente des unmittelbaren und öffentlichen Aufstachelns zur Begehung von Völkermord setzen sich aus dem direkten Vorsatz und dem Wissen andere aufzustacheln, sowie dem spezifischen Vorsatz, eine Gruppe als solche ganz oder teilweise zu zerstören, zusammen.²⁴ Die *ad hoc* Straftribunale für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda leiten einen solchen Vorsatz von Indizienbeweisen wie Handlungen und Worten ab, welche sich in Bezug auf Völkermord beispielsweise aus herabwürdigender Rede und einem Muster wiederkehrender Handlungen folgern lässt.²⁵ In derselben Art und Weise legt auch die Allgemeine Einleitung zu den *Elements of Crime* zum Römer Statut fest, dass das Vorliegen der beiden Vorsatzelemente Wissen und

14) Art. 17 Römer Statut.

15) *Arsanjani*, Reflections on the Jurisdiction and Trigger Mechanisms of the International Criminal Court in Reflections on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adriaan Bos, 57, 75 (*H. von Hebel* et al. eds., 1999).

16) § 10 Präambel Römer Statut.

17) Para 153, Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol I (Proceedings of the Preparatory Committee during March – April and August 1996), abgedruckt in *Bassiouni* (Hrsg.), The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History, 408 (1998).

18) Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes, 9.

Dezember 1948, UNO-Generalversammlung Res 260 A (III), 9. Dezember 1948.

19) Art III Völkermord-Konvention.

20) Art 6 Römer Statut.

21) Art 25(3)(e) Römer Statut.

22) *Eser*, Individual Criminal Responsibility in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, 767, 805 (*A. Cassese u.a.* Hrsg., 2002); *Ambos*, Article 25 in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 475, 487 (*O. Triffterer* Hrsg., 1999).

23) *Prosecutor vs Jean Paul Akayesu*, 1998 ICTR, Case ICTR-96-4-T, para. 556 (Trial Chamber, Urteil, 2. Sept.), [\[www.ictr.org/judgement/akay001.htm\]\(http://www.ictr.org/judgement/akay001.htm\); ILC, Report of the International Law Commission on the Work of its 48th Session, 6. Mai bis 26. Juli 1996, UN-GAOR, Supp.No. 10, 26, 51 UN-Doc. A/51/10 \(1996\).](http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akaye-</p>
</div>
<div data-bbox=)

24) Art 30(1) iVm Art 25(3)(e) iVm Art 6 Römer Statut.

25) *Prosecutor vs Clément Kayishema & Obed Ruzindana*, 1999 ICTR, Case ICTR-95-1-T, para. 93 (Trial Chamber II, Urteil, 21. Mai), <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/KayRuz/judgement/index.htm>; *Prosecutor vs Jean Paul Akayesu*, 1998 ICTR, Case ICTR-96-4-T, para. 523 (Trial Chamber, Urteil, 2. Sept.), www.ictr.org/ENGLISH/cases/Akayesu/judgement/akay001.htm; *Prosecutor vs Alfred Musema*, 2000 ICTR, Case

ICTR-96-13-T, para. 167 (Trial Chamber I, Urteil, 27. Jan.), <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Musema/judgement/index.htm>; *Prosecutor vs Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, 1999 ICTR, ICTR-96-3, para. 63 (Trial Chamber I, Urteil, 6. Dez.), <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Rutaganda/judgement.htm>; *Prosecutor vs Goran Jelusic*, 1999 ICTY, Case IT-95-10, para. 102 (Trial Chamber, Urteil, 14. Dez.), <http://www.un.org/icty/jelusic/trial1/judgement/index.htm>.

Zum Herausnehmen & Bestellen

BÜCHER UND ZEITSCHRIFTEN IM VERLAG ÖSTERREICH

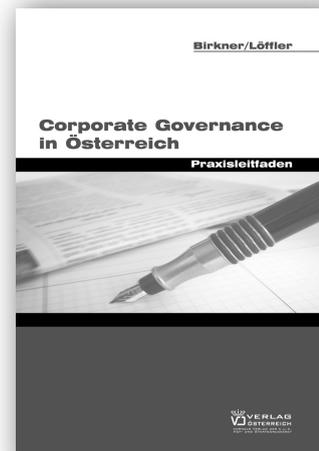
Birkner/Löffler

Corporate Governance

Praxisleitfaden zur Corporate Governance in Österreich
2004, 372 Seiten, geb., 3-7046-4289-4, € 58,-

Das vorliegende Buch stellt die Regeln des österreichischen Corporate Governance Kodex verständlich dar.

- Rechtsnatur und Anwendungsbereich des Corporate Governance Kodex, Form und Inhalt sowie Haftungen im Zusammenhang mit der Entsprechens-Erklärung
- Kommentierung der Comply-or-Explain-Regeln und der Recommendations
- CG-Kodizes und gesetzliche Grundlagen sowie CG-Erklärungen aus Österreich und Deutschland abgedruckt



Zahradnik/Krumhuber

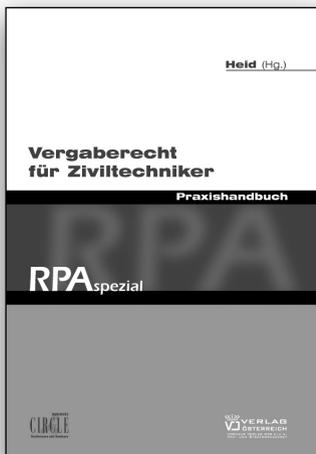
Finanzsicherheiten-Gesetz

2004, 190 Seiten, br., 3-7046-4143-X, € 34,80

Mit dem am 1. 12. 2003 in Kraft getretenen FinSG hat der Gesetzgeber die FinanzsicherheitenRL umgesetzt. Im Mittelpunkt der gesetzlichen Bestimmungen steht die einfache Bestellung sowie rasche und unbürokratische Verwertung von Finanzsicherheiten.

Der Kurzkomentar beinhaltet

- eine Kurzdarstellung des Regelungsgegenstandes
- Gesetzes- und Richtlinientext mit Anmerkungen der Autoren zu den einzelnen Gesetzesbestimmungen
- EB der RV sowie den Bericht des Justizausschusses



Heid (Hg.)
Vergaberecht für Ziviltechniker

2004, 128 Seiten, br., 3-7046-4345-9, € 31,-

Die Anforderungen von Architekten und Ingenieurkonsulenten an das Vergaberecht unterscheiden sich von denjenigen anderer Berufsgruppen. Der vorliegende Sammelband berücksichtigt diese Besonderheiten und umfasst Stellungnahmen von Vertretern der Auftraggeber- und Auftragnehmerseite anlässlich einer zweitägigen Fachtagung. Eingehend erörtert werden ausgewählte Fragen von Ziviltechniker-Vergaben wie zB:

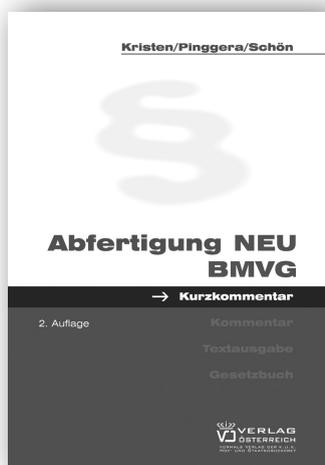
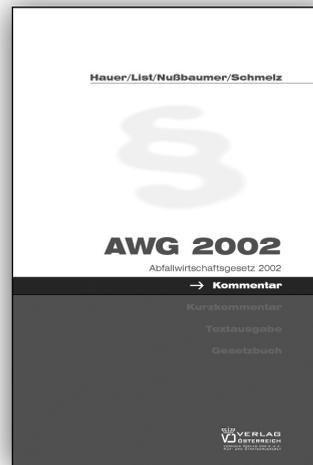
- Qualität und Honorar bei Ziviltechnikerleistungen
- Ziviltechniker als vergebende Stelle
- Ziviltechniker und Vergabekontrolle

Hauer/List/Nußbaumer/Schmelz
AWG 2002

Abfallwirtschaftsgesetz 2002
 2004, 538 Seiten, geb., 3-7046-3986-9, € 94,-

Mit dem nunmehr seit dem 2. November 2002 in Kraft stehenden AWG 2002 hat der Bundesgesetzgeber das AWG völlig neu gestaltet. Der vorliegende Kommentar arbeitet die Inhalte der jeweiligen Paragraphen möglichst klar heraus und gibt den Vollzugsbehörden, den Gerichten sowie den Abfallverantwortlichen vor Ort einen Leitfaden – auch in Zweifelsfragen. Die bisherige Judikatur und das Schrifttum zum Abfallrecht – soweit sie für das AWG 2002 verwendbar waren – wurden berücksichtigt.

Die Anmerkungen und Kommentare zu den einzelnen Bestimmungen wurden jeweils ausschließlich von einem der Mitglieder des Autorenteam erstellt.

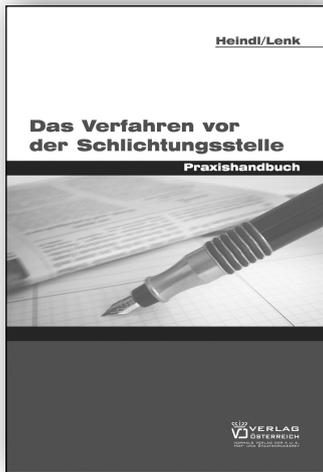


Kristen/Pinggera/Schön
Abfertigung NEU - BMVG

2. Auflage
 2004, 404 Seiten, br., 3-7046-4238-X, € 59,-

Der vorliegende Kurzkomentar ist ein praxisnahes Nachschlagewerk zur Betrieblichen Mitarbeitervorsorge - BMVG, das bereits in zweiter, aktualisierter Auflage erscheint und um die prämienbegünstigte Zukunftsvorsorge ergänzt wurde.

Die kontinuierliche Teilnahme der Autoren sowohl an den sozialpartnerschaftlichen Expertengesprächen als auch an den politischen Verhandlungen im Rahmen der Einführung des BMVG und der prämienbegünstigten Zukunftsvorsorge macht eine objektive Darstellung der verschiedenen Zugänge zu den Problemlösungen möglich.



Heindl/Lenk
Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle

Grundwerk mit Ergänzungsband
 2003, 446 Seiten, br., 3-7046-3948-6, € 68,-

Ergänzungsband: 2004, 42 Seiten, geheftet, 3-7046-4438-2, € 9,80

- **Ergänzungsband mit wohnrechtlichem Außerstreitverfahren**
- **Rechtsmittelverfahren im Sinne der geänderten Bestimmungen des WohnAußStrBeglG**

- Leitfaden durch die unübersichtliche Materie des Wohnrechtes
- Überblick über die für das Schlichtungsstellenverfahren maßgeblichen materiellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen
- Kommentarteil
- umfassender Überblick über die dazu ergangene Rechtsprechung
- Antragsmuster für alle jeweils in Betracht kommenden Varianten einer Antragstellung

**Auf
 neuesten Stand
 gebracht**

Dumpfhart
Pensionsrecht

2. Auflage
 2004, 284 Seiten, br., 3-7046-4184-7, € 24,80

Das Pensionsrecht - ein undurchsichtiger Dschungel von Gesetzen. Das bereits in zweiter Auflage erscheinende Buch "Pensionsrecht" gibt einen klaren und verständlichen Überblick über die komplexen Bestimmungen der gesetzlichen Pensionsversicherung nach ASVG, BSVG und GSVG. Es beinhaltet neben vielen praktischen Beispielen auch Berechnungstabellen und ist ein unentbehrlicher Ratgeber für alle, die mit Pensionsfragen zu tun haben. Stand der Rechtsetzung: 1.1.2004



**Das komplette seit
 1. Mai 2004 geltende
 EU-Kartellrecht**

Gugerbauer (Hg.)
Kartellrecht

2. Auflage, Stand 1. 5. 2004, mit CD-ROM
 2004, 766 Seiten, br., 3-7046-4180-4, € 78,-

Das komplette seit 1. Mai 2004 geltende EU-Kartellrecht enthält u.a.:

- die Verfahrensverordnung Nr. 1/2003
- die Leitlinien zur Anwendung von Art. 1 Abs. 3 EGV
- die Verordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen und
- die neue Fusionskontrollverordnung

Zusätzlich das GWB, das EWR-Kartellrecht und alle wettbewerbsrechtlichen Abkommen der EU mit Drittstaaten.

Die CD-ROM enthält weitere europäische und internationale Vorschriften.

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

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

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

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



BESTELLSERVICE Fax: 01-610 77-589, e-mail: order@verlagoesterreich.at

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315 Fax: -589, www.verlagoesterreich.at

STÜCK:	BUCHTITEL:	PREIS:
_____	Corporate Governance	€ 58,-
_____	Finanzsicherheiten-Gesetz	€ 34,80
_____	Vergaberecht für Ziviltechniker	€ 31,-
_____	AWG 2002	€ 94,-
_____	Abfertigung NEU - BMVG	€ 59,-
_____	Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle	Grundwerk mit Ergänzungsband € 68,-
_____	Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle	Ergänzungsband € 9,80
_____	Pensionsrecht	€ 24,80
_____	Kartellrecht	€ 78,-
_____	spam://e-mail-werbung	€ 16,80

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

Preise inkl. MwSt., zuzüglich Versandkosten

Vor- und Zuname

Postleitzahl/Ort/Straße

Datum

Unterschrift

Informationscoupon

Bitte senden Sie mir **kostenlos ...**

- das **Verlagsprogramm 2004**
- Information zu **Fachseminaren**
- über Recht und Wirtschaft

jusline.at – Direkt zu Ihrem Recht
Das Internet-Portal für Rechtsinformationen und Rechtsdienstleistungen:

- online-Meldeanfragen
 - online Firmenbuchauszüge
 - online-Grundbuchauszüge
 - online Vertragsmuster
- u.v.m. unter www.jusline.at

Wollen aus relevanten Tatsachen und Umständen eines Sachverhalts abgeleitet werden kann.²⁶ Vor dem Hintergrund des entscheidenden Einflusses der Medien bei der Vorbereitung und Aufstachelung zum Völkermord in Ruanda entschied das internationale Straftribunal, dass die Verantwortlichen einer Radio- oder Fernsehstation sowie von Printmedien sich ausdrücklich von publizierten Inhalten distanzieren müssen, um sich nicht dem Vorwurf der Beteiligung am Aufstacheln zum Völkermord auszusetzen.²⁷

2.5.2 Weitere Begehungsformen – Art 25(3)(b) Römer Statut

ISd Art 25 des Römer Statuts ist jene Person individuell strafrechtlich verantwortlich, welche einen anderen zur Begehung von Völkermord auffordert.²⁸ Im Gegensatz zur Begehungsform des Aufstachelns ist der Haupttäter, der zum Völkermord auffordert, nur dann strafrechtlich verantwortlich, wenn dieser Völkermord von der dazu aufgeforderten Person auch tatsächlich begangen wird.²⁹

2.6 Command Responsibility – Artikel 28 Römer Statut

Die Doktrin der Verantwortlichkeit militärischer Befehlshaber sowie anderer Vorgesetzter hat sich im Zuge der Militärtribunale nach dem Zweiten Weltkrieg etabliert.³⁰ Ein militärischer Befehlshaber oder sonstiger Vorgesetzter ist strafrechtlich für Verbrechen verantwortlich, die von Truppen unter seiner tatsächlichen Befehlsgewalt und

Kontrolle, als Folge seines Versäumnisses eine solche ordnungsgemäße Kontrolle über diese Truppen auszuüben, begangen wurden.³¹ Die Voraussetzung für eine solche strafrechtliche Verantwortlichkeit ist das Bestehen einer Hierarchie zwischen dem Befehlshaber und seinen Untergebenen, die der Gerichtsbarkeit des IStGH unterliegende Verbrechen begehen.³² Das Tatbestandselement der effektiven Kontrolle wurde von den *ad hoc* Tribunalen als die materielle Möglichkeit eine Strafhandlung zu verhindern oder zu bestrafen definiert.³³ Bezüglich der Unterlassung Strafhandlungen zu verhindern oder zu bestrafen, wendet das Römer Statut wie bereits die *ad hoc* Tribunale einen strengen Standard in der Prüfung der subjektiven Tatbestandselemente an: Militärische Befehlshaber und andere Vorgesetzte haben schon für Handlungen einzustehen, von denen sie wissen hätten müssen.³⁴

3. Schlussbemerkung

Die diesjährige Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition bot uns die Möglichkeit, uns mit aktuellen Fragen des Völkerrechts zu befassen. Viele der zu behandelnden Problematiken bezüglich des im Jahr 2002 eingerichteten Internationalen Strafgerichtshofes sind noch nicht abschließend geregelt, was einerseits die wissenschaftliche Recherche erschwerte und andererseits einen weiten Spielraum für Argumentation offen ließ. Der Moot Court Fall 2004 widerspiegelte das gegenwärtig bestehende Span-

nungsverhältnis zwischen dem Bestreben der Staatengemeinschaft, eine wirkungsvolle Verfolgung der schwersten Verbrechen auf internationaler Ebene zu gewährleisten und dem Wunsch der Staaten, die ausschließliche Strafjustiz über ihre Staatsbürger ausüben zu können.

Am Ende des Jessup Moot Courts in Washington D.C. wurde kein Urteil zugunsten einer der Streitparteien gefällt. Vielmehr haben alle Beteiligten gewonnen – an juristischer Problemlösungskompetenz, rhetorischer Fähigkeit, Völkerrechtswissen und Teamworkerfahrung.

Kathrin Gabriel, Ursula Hann, Leonore Lange, Christoph Mikulaschek studieren an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

26) General Introduction to the Elements of Crimes, 112, para. 3, [http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/elements\(e\).html](http://www.icc-cpi.int/library/basicdocuments/elements(e).html).

27) Prosecutor vs Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, 2003 ICTR, Case ICTR-99-52-T, para. 1024 (Trial Chamber I, Urteil, 3. Dez.), <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Nahimana/judgement/Judgement.pdf>.

28) Artikel 25(3)(b) Römer Statut.

29) Prosecutor vs Ignace Bagilishema, 2001 ICTR, Case ICTR-95-1A-T, para.

30 (Trial Chamber, Urteil, 7. Juni), <http://www.ictr.org/ENGLISH/cases/Bagilishema/judgement/3.htm#3.1>; Eser, Individual Criminal Responsibility in The Rome Statute of the International Cri-

minal Court: A Commentary, 767, 797 (A. Cassese u.a. Hrsg., 2002).

31) *In Re Yamashita*, 1946 United States Supreme Court, Case No. 115, 13 ILR 269, 274 (Urteil, 4. Feb.); United States vs Wilhelm List et al., Hostages Case, 1948 Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Case No. 215, 15 ILR 632, 650 (Urteil, 19. Feb.); High Command Case, Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol. 11, 462, 512; Art 86 und 87, 1. Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte, 10. Juni 1977.

32) Art 28, Römer Statut.

33) Prosecutor vs Kordic et. al., 2001 ICTY, Case IT-95-14/2, para. 416 (Trial Chamber, Urteil, 26. Feb.), <http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/index.htm>; Fenrick, Article 28 in Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 515, 520-521 (O. Triffterer Hrsg, 1999).

34) Prosecutor vs Zdravko Mucic et al. [Celebici], 2001 ICTY, Case IT-96-21-A, para. 239 (Appeals Chamber, Urteil, 20. Feb.), <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm>.

Brechungen des Liberalismus

Einleitung

Christian Hiebaum

Hegelianer haben es immer schon gewusst: Der Moment des Sieges einer politischen Kraft ist der Moment ihrer Spaltung. In dem Augenblick, da der Liberalismus seinen großen Antipoden, den Sozialismus (marxistisch-leninistischer Bauart), besiegt, wird er seine Identität radikal infrage gestellt sehen. Und so ist es dann auch gekommen. Von nun an ringen Liberale hauptsächlich mit anderen Liberalen (und systembedingten Regressionserscheinungen wie dem Rechtspopulismus). Islamistischer Terror könnte zwar als ein Einheit stiftender äußerer Feind betrachtet werden, eine gehaltvolle ideologische Identität schaut dabei für uns Modernen aber nicht heraus. Dazu liegt ihm ein allzu entrücktes Programm zugrunde – und vielleicht nicht einmal das. (Weiß irgend jemand, was Bin Laden will, außer seinen Feinden möglichst großen Schaden zuzufügen?)

Mit den begrifflichen Mitteln der neueren politischen Theorie lässt sich dieses Identitätsproblem des Liberalismus vielleicht folgendermaßen auf den Punkt bringen: Verfolgt ein richtig verstandener Liberalismus ein kollektives Ziel, das über die Gewährleistung individueller Rechte hinausgeht, oder gibt er nur „side constraints“ (*Robert Nozick*) vor, die niemals verletzt werden dürfen?

In der Philosophie firmiert die zweite Version des Liberalismus unter „Libertarismus“. Sie entspricht im Wesentlichen dem, was gemeinhin „Neoliberalismus“ genannt wird. Libertäre haben eine starke Präferenz für einen negativ verstandenen Freiheitsbegriff und sehr weit gehenden Schutz einer als vorpolitisch gedachten Privatautonomie. Gerechtigkeit ist für sie zuallererst Tauschgerechtigkeit, der Markt das Paradigma der Vergesellschaftung. Individuelle Rechte für das Gemeinwohl oder mehr Verteilungsgerechtigkeit zu beschränken lehnen sie prinzipiell ab. Solange auf dem Markt niemand die Rechte anderer verletzt, gibt es dieser Auffassung zufolge keinen Grund für staatliche Ausgleichsmaßnahmen. Im Grunde handelt es sich dabei um wenig mehr als eine Neuauflage der politischen Theorie *John Lockes*. Bisweilen werden die „side constraints“ aber nicht naturrechtlich, sondern mit Argumenten aus der neoklassischen Ökonomik gerechtfertigt (Stichworte: Effizienz, Produktivität). Dann allerdings können sie nicht mehr ganz so heiß gegessen werden. Schließlich sind auch Märkte nicht vor Ineffizienzen gefeit.

Nach der anderen Version hat der Liberalismus mindestens ein Ziel: die Schaffung und Erhaltung sozialer Institutionen,

die nicht nur den Schutz individueller Abwehrrechte gewährleisten, sondern auch eine im Ergebnis halbwegs gerechte Güterverteilung. Individuelle Rechte genießen zwar einen hohen Stellenwert, von einer Absolutsetzung (insb der Eigentumsrechte) kann aber keine Rede sein. Dieser Auffassung zufolge müssen sowohl Freiheit als auch Gleichheit wesentlich anspruchsvoller verstanden werden; und bisweilen wird Letzterer ein Stellenwert im liberalen Wertekatalog eingeräumt, der dem Liberalismus ein geradezu sozialistisches oder sozialdemokratisches Gepräge verleiht. Die erste Gerechtigkeit ist die Verteilungsgerechtigkeit, allenfalls gepaart mit politischer Gerechtigkeit. Insofern diesen Spielarten des Liberalismus ein weniger stark ausgeprägter Individualismus zugrunde liegt, sind sie ethisch sogar neutraler als die viel weniger *output*-orientierten Neoliberalismen. Allerdings haben sie sich gerade deshalb auch mit wesentlich mehr Problemen herumzuschlagen als ihre libertär-neoliberalen Verwandten, welche kollektiven Entscheidungsfindungen von vornherein misstrauen und die politische Agenda am liebsten auf Fragen der öffentlichen Sicherheit beschränken würden.

Soviel zum theoretischen Hintergrund der folgenden Beiträge, die ein etwas präziseres Bild der dem Liberalismus inhärenten Spannungen vermitteln sollen. Den Anfang macht *Richard Sturn*. *Sturn* analysiert die unterschiedlichen neoliberalen Strategien, den Markt zu modellieren und als vorzuzugswürdig auszuweisen. Wird einmal ein eher statisches, knappheitstheoretisches Bild einer freiheitssichernden Ordnung gezeichnet, so ist es ein anderes Mal die Vorstellung eines ergebnisoffenen Prozesses, die der Diskreditierung politischer Regulierungsversuche zugrunde gelegt wird. Gemeinsam ist diesen Strategien die „Konstruktion asymmetrischer Legitimationsbedürftigkeit“: Während Marktergebnisse prinzipiell als unproblematisch angesehen werden, wird politischen Kollektiventscheidungen „ein generelles latentes Legitimationsdefizit“ unterstellt.

Auch *Alexander Somek* befasst sich mit Marktmodellen, und zwar aus der Perspektive des Europarechts. Am Beispiel der europäischen Tabakpolitik und der einschlägigen Judikatur des EuGH zeigt er, wie ein Verständnis des „gemeinsamen Marktes“ als sämtliche Politikbereiche überformende Ganzheit einer fragwürdigen Re-Interpretation der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten Vorschub leisten kann. Dem „Marktholismus“ stellt *Somek* als moderatere Alternative den „Markoliberalismus“ gegenüber.

*Michael Schefczyk*s Beitrag handelt von einem ganz klassischen Problem des Liberalismus, nämlich der Begründung des Erbrechts unter Marktbedingungen. Das Erbrecht trägt gegenwärtig wohl am augenscheinlichsten zu jener Ungleichheit in den Ausgangsbedingungen bei, an denen sich Marktskeptiker typischerweise stoßen. Darüber hinaus befindet es

sich in einem seltsamen Widerspruch zur Vorstellung, die individuellen Anteile am gesellschaftlichen Wohlstand sollten sich nach den Beiträgen hierzu bemessen. *Schefczyk* sieht in diesem Widerspruch aber auch die Chance für eine gewisse Solidarisierung zwischen Armen und Reichen.

Auf welche Abgründe ein Liberalismus stößt, dessen Ambitionen über die Implementierung von Marktstrukturen hinausgehen, zeigt *Elisabeth Holzleithner*. Ihr Beispiel ist die Multikulturalismuskritik und damit eine Unterscheidung zweier Arten von Ungerechtigkeit, für die nach Auffassung mancher Liberalismuskritiker nicht nur Libertäre lange Zeit blind gewesen sind: die Unterscheidung zwischen Verteilungs- und Anerkennungsproblemen. Um Problemen der letzteren Art gerecht werden zu können, sind einige Liberale mittlerweile auch bereit, „kulturbezogene“ Gruppenrechte

anzuerkennen. Damit riskieren sie allerdings, ökonomische Ungleichheiten aus dem Blick zu verlieren und lediglich ideologischen Zierrat für ihren ungeliebten Verwandten, den Neoliberalismus, zu produzieren.

Gegenstand des letzten Beitrags ist ein Buch, das eine Einführung in den Neoliberalismus sein will, jedoch, so meine ich, mehr von einer Apologie desselben hat. Teile davon lassen sich sogar als Lehrstück der politischen Polemik lesen. Meistens richtet sie sich gegen Kritiker des Neoliberalismus, die, wie eine wohlwollendere Analyse zeigen würde, weit davon entfernt, wirklich antiliberal zu argumentieren, einfach – freilich nicht immer auf höchstem Sophistiktationsniveau – einen stärker ergebnisbezogenen Liberalismus vertreten, mit anderen Worten: die nicht von der von *Sturn* angesprochenen Asymmetrie im Legitimationsbedarf ausgehen.

Steiner / Windisch

Einführung in das Vergaberecht

Lehr- und Handbuch

2004, 292 Seiten, br., 3-7046-4521-4, € 38,-

Hörscheinpreis € 30,40

Der durch die Vergaberichtlinien auf europäischer Ebene und die entsprechende Judikatur des EuGH gegebene starke gemeinschaftsrechtliche Einschlag und die dadurch erforderliche ständige Rechtsfortbildung im innerstaatlichen Bereich haben dazu geführt, dass das Vergaberecht zu einer dynamischen und eigenständigen juristischen Disziplin wurde, wobei diese Entwicklung wohl auch dadurch begünstigt wurde, dass das Vergaberecht zu den wirtschaftlich bedeutendsten Materien der Rechtsordnung zählt.

Das vorliegende Werk bietet

- für den Einsteiger in das Vergaberecht eine systematische und kompakte Darstellung des Rechtsbereiches,
- für den Praktiker Lösungsansätze für konkrete in der Praxis auftretende Problemstellungen und
- für den Vergabekritiker eine Darstellung rechtlicher Zusammenhänge, der wesentlichen Rechtsprechung zum Vergaberecht aber auch offener juristischer Fragestellungen.

Der Sektorenbereich wurde aus der Darstellung weitgehend ausgeklammert.



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

1. Themenabgrenzung

„Neoliberale“ Weltbilder haben in den letzten dreißig Jahren einen erstaunlichen Siegeszug erlebt. Die lange und relativ stabile Aufschwungphase nach dem zweiten Weltkrieg war von steigenden Staatsquoten, der Entwicklung des Wohlfahrtsstaats und auch einer steigenden Bedeutung firmeninterner Planungs- und Koordinationsprozesse begleitet, die insgesamt Begriffe wie „mixed economy“ oder „soziale Marktwirtschaft“ zu ökonomischen Leitbildern der Epoche machten. Diese Entwicklung führte weder zum „Weg in die Knechtschaft“, welchen *Ludwig von Mises* und *Friedrich von Hayek* in solchen gemischtwirtschaftlichen Strukturen angelegt sahen, noch zum wirtschaftlichen Niedergang, welcher – wie diese beiden frühen Protagonisten des Neoliberalismus meinten – jenen unvermeidlich begleiten würde.¹ Vielmehr entwickelte sich in diesem Milieu eine ideologischen Trendumkehr, welche eine Marktwirtschaft ohne Adjektive zum Maß aller Dinge erhob.

Der Erfolg der neoliberalen Welle hat vermutlich komplexe historische und ideengeschichtliche Hintergründe, aus denen hier ein Aspekt herausgegriffen wird. Gegenstand dieses Aufsatzes ist eine skizzenhafte Analyse der ökonomisch-theoretischen Tiefenstruktur jener „free marketeering“-Ideologien, deren gemeinsames Kennzeichen eine normative Überhöhung von Marktprozessen ist. Und zwar ist jener Typus normativer Überhöhung angesprochen, der letztlich auf der Konstruktion *asymmetrischer Legitimationsbedürftigkeit* von kontraktmäßig entstehenden sozio-ökonomischen Zuständen bzw Mustern einerseits und im Wege politischer Kollektiventscheidungen entstehende Zustände bzw Muster andererseits beruhen. Während im ersten Fall etwa beliebig hohe ökonomische Renten als legitimatorisch unproblematisch angesehen werden, sofern nicht eine kriminelle Appropriation der rentenerzeugenden knappen Ressourcen nachgewiesen werden kann, wird für den zweiten Fall ein generelles latentes Legitimationsdefizit konstruiert. Im einen Fall wird von einer Legitimitätsvermutung ausgegangen, im anderen von der Vermutung eines Legitimationsdefizits. Diese Asymmetrie – die auch eine praktisch folgenreiche Asymmetrie in der „Beweislast“ darstellt – wird mittels bestimmter ökonomischer Modellierungen teils locker plausibilisiert, teils mit einiger Sorgfalt (wie in *Nozicks* „Anarchy, State, and Utopia“, 1974) herzuleiten versucht. Die Hauptteile des vorliegenden Beitrags zielen darauf ab, solche Versuche in den relevanten ökonomisch-sozialtheoretischen Koordinatensystemen zu verorten.

Das heißt, nicht die Gesamtheit der Quellen neoliberaler Ideologien ist im Horizont meiner Ausführungen. Beispielsweise wird jener Cluster von Motiven nicht diskutiert, die etwa *Mary Poovey* unter dem Begriff „providentialism“ zusammenfasst und als Angelpunkt der normativistischen Verklärung eigenlogischer Marktprozesse in der Entstehungsperiode der Politischen Ökonomie darstellt.² Sodann sind neoliberale Ideologien – wie andere Ideologien – in gewissen Teilen eher platt oder aber in derart durchsichtiger Weise Derivat von

Gruppeninteressen, so dass diesbezüglich von einer theoretischen Tiefenstruktur nicht die Rede sein kann. (Dies gilt etwa für jene Positionen, die eine rasche und schnelle Privatisierung zum absoluten Primat jeder Reformpolitik erklären.) Diese Motive sind vermutlich von erheblicher Bedeutung, jedoch ebenfalls nicht Gegenstand dieses Beitrags. Eine aktualitätsbezogene Motivation für die Fokussierung der im Folgenden diskutierten Aspekte neoliberaler Ideologie sind zwei Thesen, die ich hier nicht verteidigen werde:

Modellierungen des Marktes und ihr ideologischer Überschuss

Richard Sturn

1. Für den nachhaltigen Erfolg neoliberaler Ideologien ist ihre Anschlussfähigkeit an Problemlagen und Diskurse entscheidend, die an wichtigen theoretischen und praktischen Fragestellungen moderner Ökonomie anknüpfen.
2. Für die Anschlussfähigkeit gemäß (1.) ist die im Folgenden skizzierte Tiefenstruktur entscheidend.

2. Zwei konträre Bilder des Marktes

Ausgangspunkt meiner Skizze sind zwei unterschiedliche und anscheinend konträre, sich ausschließende Bilder des Marktes:

- Der Markt ist eine Ordnung, die ein *Höchstmaß individueller Freiheit* zulässt – bzw Kreativität in einzigartiger Weise zur Entfaltung treibt.
- Der Markt ist ein Disziplinierungs- bzw *Zwangsmechanismus*.

Auf den ersten Blick will es scheinen, dass die ideologische Verwertbarkeit der beiden Bilder asymmetrisch ist. Das erste Bild scheint vor allem für die Freunde des Marktes nutzbar, um den Markt als ideales soziales Milieu für freie und kreative Menschen darzustellen. Das zweite Bild scheint zunächst vor allem ein geeigneter Hebel für Marktkritiker zu sein, um moderne Tendenzen der Entfremdung und Verdinglichung anzuprangern. So schrieb *Marx* dem von ihm so genannten „Zwangssystem der Konkurrenz“ unerhörte Produktivitätsfortschritte, aber auch eine Logik der Entfremdung des Men-

1) *Hayek*, The Road to Serfdom (1944). Knowledge in the Sciences of Wealth and
 2) *Poovey*, A History of Modern Fact: Problems of Society (1998).

schen von seinen eigentlichen Bedürfnissen und Fähigkeiten zu.

Der erste Eindruck greift aber zu kurz. Ich werde im Folgenden argumentieren, dass aus der oben skizzierten Konstellation im Wesentlichen zwei Arten legitimatorischer Asymmetrien abgeleitet werden. Die erste knüpft am ersten Bild an, also „positiv“ an der Freiheitskompatibilität des Marktes. Sie suggeriert, dass von allen sozio-ökonomischen Arrangements Märkte die geringsten Legitimationsprobleme aufwerfen und wegen der Freiwilligkeit der Marktteilnahme Marktergebnisse sich gleichsam von selbst legitimieren. Die zweite Argumentation knüpft eher am zweiten Bild an, indem sie (wie etwa in aktuellen Debatten zu Globalisierung und internationaler Wettbewerbsfähigkeit) die Unentrinnbarkeit marktlicher Dynamik in den Vordergrund stellt, welche ihrerseits die Frage nach der Legitimation von Marktergebnissen müßig macht: „*There is no alternative*“, lautet ein einschlägig bekannter Schlachtruf. Nun erwecken zwar diese beiden Argumentationsstrategien auch *prima facie* den Eindruck von Widersprüchlichkeit, da im einen Fall mit der Freiheit, im anderen aber mit der Unentrinnbarkeit marktmäßig vermittelter Prozesse globaler Dynamik argumentiert wird. Dennoch lohnt es sich, die theoretischen Hintergründe etwas genauer auszu-leuchten.

Denn beide Bilder sind aus theoretischer Sicht vage. Jedes von ihnen lässt sich im Wege *alternativer sozialtheoretischer Modellierungen* präzisieren, die in den obigen Formulierungen schon angedeutet sind – und deren Einordnung in ein gemeinsames „Supermodell“ nicht trivial ist. Beide *Bilder* können für ein sozialtheoretisch nicht vorgebildetes Publikum plausibel aufbereitet werden. Beide *Modellierungen* sind – vor dem Hintergrund bestimmter theoretischer Fragestellungen und bestimmter Ebenen institutioneller Gestaltungsprobleme – in den präzisierten Versionen für das Verstehen von Marktprozessen unerlässlich.

3. Der Markt als System der Freiheit

Zunächst zum ersten Bild des Marktes, das seine freundliche und inspirierende³ Seite darstellt. Wie schon angedeutet, lässt es sich alternativ mit zwei Typen sozialtheoretisch-ökonomischer Modellierungen fundieren:

1. Gemäß der ersten Modellierung ist der Markt eine einzigartige institutionelle Ermöglichungsbedingung von Freiheit und Wohlstand, weil der Markt die einzige soziale Institution ist, welche die Handlungen der Individuen in einer Art und Weise produktiv zu vernetzen erlaubt, sodass die individuelle Freiheit (die Optionenräume aller Individuen) nie eingeschränkt, sondern immer nur erweitert wird. Die im Wesen des marktlichen Tausches liegende *Exit option* stellt eine Art Freiheitsgarantie dar. Die Freiwilligkeit der Marktteilnahme und der Wettbewerb – verstanden als offener Marktzu- und abgang – verhindern für Individuen

- unvorteilhafte,

- unfaire (ausbeuterische), und
- ineffiziente Vergesellschaftungsprozesse.

Der Markt ist in dieser Sicht im Wesentlichen ein *Koordinationsmechanismus*, der wegen des freien Ein- und Austritts weder Effizienz- noch Legitimationsprobleme aufwirft, wie etwa folgende Passage suggeriert: „Fundamentally, there are only two ways of co-ordinating the economic activities of millions. One is central direction involving the use of coercion – the technique of the army and of the modern totalitarian state. The other is voluntary co-operation of individuals – the technique of the market place.“⁴ Marktliche Koordination „greift“ dann und nur dann, wenn sie für alle vorteilhaft ist. Genau diese Bedingung impliziert aber, so das Argument, sowohl eine Effizienz- wie auch eine Freiheitsgarantie.

Modellhintergrund dieser Modellierung ist ein durch Ressourcenknappheit geprägtes Milieu. Die Modelllogik ist vom Streben nach Optimierung des Ressourceneinsatzes im Hinblick auf alternative Verwendungszwecke bestimmt. Unter gewissen Voraussetzungen hinsichtlich Präferenzen und Produktionstechnologien lässt sich zeigen, dass Preissysteme dieses Optimierungsziel unter Bedingungen perfekter Konkurrenz erreichen.

2. Eine zweite Modellierung entwirft marktlichen Wettbewerb als *ergebnisoffenen* Prozess von Versuch und Irrtum. Sie ist vor allem mit dem Namen *Friedrich von Hayeks* verbunden. Wettbewerb stimuliert demnach jene schöpferische Zerstörung, die etwa *Schumpeter* zufolge die Grundlage kapitalistischer Dynamik ist. Argumentationsbasis sind hier evolutivische Modellierungen sozio-ökonomischer Prozesse. Die dominante Stellung von Ressourcenknappheit als Modellvoraussetzung wird durch dynamisch-prozessorientierte Aspekte wie Arbeitsteilung, Spezialisierung und Wissensfragmentierung von Grund auf relativiert. Ergebnisoffenheit wird hierbei auch als strukturelle Bedingung von Freiheit gesehen. Märkte werden in dieser Modellierung im Wesentlichen als Koordinationsmechanismen gerechtfertigt, welche die Nutzung und Mobilisierung fragmentierten und verstreuten und latenten Wissens ermöglichen.

In der theoretisch lockeren, aber ideologisch zweckmäßigen Verwendung dieser beiden alternativen Modellierungen des „freundlichen Marktbildes“ besteht einer der Kunstgriffe zur Konstruktion legitimatorischer Asymmetrie. Man kann sich leicht klar machen, dass diese Konstruktionen bei systematischer Betrachtung der jeweiligen Modellierungen brüchig werden: Die eher statische, Knappheitstheoretische Variante 1 plausibilisiert zwar in der Tat die Sicht des Marktes als machtfreien Koordinationsmechanismus. Koordination wird hierbei im Wesentlichen im Sinne eines garantiert für alle vorteilhaften Allokationsmechanismus verstanden, der knappe Ressourcen den jeweils besten Verwendungszwecken zuführt. Koordination findet hier ohne Herrschaftsbeziehungen zwischen *Menschen* statt, weil sie allokationstheoretisch als

3) Zu den „inspirierenden“ Aspekten neoliberaler politischer Philosophie vgl. *Nozick, Anarchy, State, and Utopia* (1974) xii und part III.

4) *Friedman, Capitalism and Freedom* (1962) 13. Ein weiterer Klassiker, in dem kontraktvermittelte Einwilligung („consent“) eine erhebliche Rolle spielt, ist

Buchanan/Tullock, The Calculus of Consent (1962).

Optimierung der *instrumentellen Verhältnisse* von Produktion und Konsum erfasst wird. Preise werden in dieser eher aufklärerisch-rationalistisch anmutenden Vision auch gerne als „Knappheitssignale“ bezeichnet. So muss es nicht überraschen, dass diese Knappheitstheoretische Perspektive im Grunde auch reformoffen ist, was die Verteilung betrifft. Und zwar ist die Allokationsfunktion mit einer – wie immer gestalteten – *Umverteilung ökonomischer Renten* vereinbar. Renten sind definiert als jener *Mehrertrag*, den der Eigner einer Ressource beim Verkauf *über jenen Mindestverkaufspreis hinaus* lukriert, der ihn zum Verkauf oder zur Leistungserbringung gerade eben noch motiviert. Renten sind in der Perspektive einer Knappheitstheoretischen Modellierung genau jener Teil des Vermögens, der umverteilt werden kann, ohne dass die Knappheitstheoretisch diagnostizierbare Koordinationsfunktion des Preissystems – die Signalfunktion von Preisen – beeinträchtigt wird. Ja man könnte sogar unter Umständen argumentieren, eine solche Umverteilung von Renten sei sogar geboten, insofern diese Renten machtkonnotierten Monopolcharakter hätten und somit das normative Ideal von der machtfreien Koordination durch den Markt kompromittierten. Somit ist diese Modellierung *auch* eine, welche die Ergänzung marktlischer Allokation durch politische Institutionen, insbesondere auch durch geeignete verteilungsregulierende Institutionen, im Prinzip unproblematisch erscheinen lässt.

Die Strategie zur generellen Diskreditierung der Idee politisch überformter Regulierung der Verteilung (welche für die Etablierung legitimatorischer Asymmetrie notwendig ist) kann daher nur auf dem lockeren, unsystematischen Heranziehen von Argumenten aus dem Bereich der zweiten, dynamischen Modellierung basieren. In diesem Sinne wird oft der Gedanke eingeführt, Verteilungspolitik sei mit Ergebnisoffenheit/Freiheit inkompatibel. Ein systematisches Heranziehen der dynamischen Modellierung stellt jedoch eine wichtige Prämisse der ersten Modellierung in Frage, nämlich dass die Gesellschaft als Ansammlung von Eignern gegebener externer und menschlicher Ressourcen zu begreifen ist, die sich je nach ihren Präferenzen am Markt beteiligen oder sich auf ihre Anfangsausstattung zurückziehen, wenn ihnen die Marktkonditionen unvorteilhaft erscheinen. In dieser statischen Modellierung besteht das ökonomische Problem darin, die Verwendungsmuster dieser Ressourcen im Lichte gegebener Präferenzen dieser Eigner zu optimieren. Dies besorgt der Markt in all seiner unsichtbaren Freundlichkeit, unterstützt vielleicht von jenen harmlosen Rechenmeistern, die „Unternehmer“ zu nennen missverständlich wäre, da sie nichts mit jenem machtbetonten Unternehmertypus gemein haben, den *Schumpeter* vor dem Hintergrund einer dynamischen Theorie des Kapitalismus entworfen hat.

Den dynamisch zu modellierenden Konnex von Freiheit und Ergebnisoffenheit verwenden in verschiedenen Varianten *Robert Nozick* und auch *Hayek*, um politisch gestaltete Verteilungsprozesse zu delegitimieren. Insbesondere *Nozick* verwendet aber an einigen wichtigen Stellen ein statisch-knapp-

heitstheoretisches Marktmodell, so etwa zum Zwecke seiner Zurückweisung der *Rawls*'schen Konzeptualisierung sozialer Kooperation. *Hayek* betont den Konnex zwischen Freiheit und Zweck- bzw Ergebnisoffenheit, der die spontane „Ordnung“ „großer Gesellschaften“ charakterisiere, wohingegen die Umsetzung von Verteilungsmaximen nur in „Organisationen“ sinnvoll sei. Diese Ideen finden sich vor allem in seinen späteren Werken zur politischen Philosophie, nachdem er eingesehen hatte, dass die in *The Constitution of Liberty*⁵ als Kriterium für exzessive Staatstätigkeit und Verteilungspolitik konzipierte *rule of law* einen zu stark formalen Charakter hatte, um den ihr zugeordneten Argumentationszweck zu erfüllen⁶. Denn es lässt sich im Falle demokratisch-liberaler Wohlfahrtsstaaten wie Schweden nicht überzeugend argumentieren, die hohen Staatsquoten seien unter systematischer Verletzung der *rule of law* zustande gekommen bzw führten mit der Zeit zwingend zu einer schleichenden Unterhöhlung der *rule of law*. International vergleichende Studien weisen bekanntlich für Länder wie Schweden im Hinblick auf Indizes, die den Grad der Rechtsstaatlichkeit bzw das Ausmaß von Korruption abbilden sollen, sehr günstige Werte aus.

4. Der Markt als Zwangssystem

Nicht nur *Marx*, sondern auch einige der besten „neutralen“ Analytiker des Marktes bezeichnen den Markt funktional als Zwangssystem: „... the price system is, and ought to be, a method of coercion“.⁷ Auch die Auffassung, der Markt fungiere als Zwangssystem, lässt sich demnach in einer dynamischen und einer statischen Variante plausibel machen. Die statische Variante haben wohl *Samuelson* sowie all jene vor Augen, welche von der „Disziplinierungsfunktion“ des Konkurrenzmarktes sprechen. Die dynamische Variante ist im Hintergrund der *Marx*'schen Sicht. Sie bildet aber auch den Hintergrund jener aktuellen Variante neoliberaler Ideologie, die mit der Unentrinnbarkeit und Alternativlosigkeit des von Marktbeziehungen dominierten Globalisierungsprozesses argumentieren. Die in Abschnitt 3 skizzierten Hintergründe der optimistischen Sicht des Marktes sollten ausreichen, um zu verstehen, dass sich die Idee von Freiheit im Sinne von freiwilliger Marktteilnahme vom dynamischen Argument der Unentrinnbarkeit von Marktprozessen *unmittelbar* konterkariert wird. Aber nur unter bestimmten Annahmen lässt sich aus der Kombination der beiden widersprüchlichen Thesen eine Argumentation à la *Marx* ableiten, wonach zwar die Marktteilnahme formal frei ist, der kapitalistischen Dynamik aber Tendenzen immanent sind, welche den Zwang zur Marktteilnahme derart ubiquitär machen, dass nicht bloß einzelne Individuen, sondern auch große Kollektive (zB Nationalstaaten) sich ihr nicht entziehen können, wie in der Globalisierungsdiskussion heute zum Teil argumentiert wird.

Die dynamisch-prozessorientierte Verknüpfung von Freiheit mit Ergebnisoffenheit steht jedoch *nicht* in unmittelbarem Widerspruch zur ebenfalls im dynamischen Kontext gewonnenen These der Unentrinnbarkeit von Marktprozessen. Die Verknüpfung von Ergebnisoffenheit mit einem normativ ge-

5) *Hayek*, *The Constitution of Liberty* (1960). An Intellectual Biography of F. A. Hayek (2004) 312 ff. P.A. *Samuelson*. Vol. II (1966) 1415.
 6) Dies argumentiert *Caldwell*, *Hayek's Challenge*: 7) *Samuelson*, *The Collected Scientific Papers of* 8) *Caldwell*, *Hayek's Challenge* 234.

ladenen Begriff wie Freiheit mag jedoch mitunter den Blick darauf verstellen, dass vor dem Hintergrund dynamischer Modellierungen Ergebnisoffenheit eher Nicht-Steuerbarkeit als Freiheit bedeuten könnte. Hayekianer wie *Caldwell* (2004, 234) mokieren sich gelegentlich über ihres Erachtens abstruse Vorstellungen von *Karl Mannheim* und anderen.⁸ *Mannheim* postulierte in einem dynamischen Theoriekontext die Notwendigkeit einer Konzeption von Planung, welche die Existenz essentieller Formen von Freiheit *durch den Plan* selbst garantiert. Man könnte sich nun analog über die von manchen Neoliberalen implizierten Vorstellungen von Nicht-Steuerbarkeit als Freiheit mokieren. Damit ist aber nicht viel gewonnen, denn durch die beiden Extrempositionen wird die Frage aufgeworfen, ob und wie politisches oder ökonomisches Handeln in dynamischen Makroprozessen überhaupt von naturwüchsigem Geschehen abzugrenzen ist und ob es letztlich nicht eine normativ überhöhte Fiktion darstellt, da es sich höchstens um eine Anpassungsleistung an die Logik dieser Makroprozesse handeln kann. Ich kann die Erörterung dieser Fragen hier nicht weiter vertiefen. Diese Bemerkungen sollen nur als Hinweise darauf dienen, dass die normative, mit Freiheit assoziierte Verwendung von Ergebnisoffenheit wohl nicht sehr tragfähig ist. Fazit: Es ist nicht unbedingt theoretisch inkonsistent, wenn von manchen vor dem Horizont prozessorientierter Modellierungen gleichzeitig die Offenheit spontaner Marktprozesse und ihre Unentrinnbarkeit betont wird. Ideologisch ist aber die normative Überhöhung dieser „Offenheit“ als Freiheit und die parallel dazu vorgetragene Behauptung, diese Freiheit werde durch politische Gestaltungen stets kompromittiert bzw reduziert.

In der Knappheitstheoretisch-statischen Modellierung kann man die Zwangsfunktion des Preissystems nachvollziehen, indem man dieses als Anreiz- und Disziplinierungsmechanismus begreift, der gleichsam die Kehrseite der von *Friedman* glänzend beschriebenen Koordinationsfunktion ist. Die Funktion des Preissystems ist die *Disziplinierung der Produzenten* im Sinne einer bestmöglichen Befriedigung der Konsum-Nachfrage. Diese Asymmetrie der Zwangsfunktion zwischen Konsum und Produktion wird von liberalen Ökonomen wie *Christian von Weizsäcker* mitunter betont und als Vorzug des Marktes herausgestellt: „Im Rahmen seines Budgets ist der Verbraucher frei.“⁹ Das Preissystem, welches die Budgetbeschränkung der Konsumenten mitbestimmt, beschränkt Letzteren, zwingt ihn aber zu nichts. Der Produzent hingegen ist „bei Strafe des Untergangs“ (wie *Marx* formulierte) zur Kostenminimierung, zur Eliminierung jeglichen „*slacks*“ gezwungen.

Samuelsons dramatische Rede vom Zwangssystem scheint jedenfalls *auch* eine weniger freundliche Seite des Marktes anzudeuten und ist in der ökonomischen Alltagsrhetorik in dieser Form wenig präsent. Dabei ist sie vor dem Hintergrund Knappheitstheoretischer Modellierungen beinahe trivial. Gerade im Zusammenhang mit der von *Hayek* und anderen herausgestellten Informationsfunktion von Preisen ist typischerweise die Rede davon, dass Preise in den üblichen neoklassischen, Knappheitstheoretischen Modellen die Akteure „*nur beschränken, aber nicht informieren*“. In der Tat ist eine In-

formationsfunktion von Preisen nur in spezifischen Modellierungen asymmetrischen Wissens gehaltvoll nachvollziehbar. Dennoch ist in Kontexten, wo es um die Legitimation des Marktes geht, die Rede von der Informations-, Signal- und allenfalls Koordinationsfunktion von Preisen populärer, wohingegen die Anreiz- und Disziplinierungsfunktion etwas seltener zur Sprache kommt. Wenn sie aber zur Sprache kommt, dann in Kombination mit einer Sichtweise, welche die Anreiz- und Disziplinierungsfunktion des Marktes als unproblematische Kostensenkung entdramatisiert, von der jedenfalls gezeigt werden kann, dass sie im Endeffekt allen nutzt.

Der Verweis auf die Anreiz- und Disziplinierungsfunktion hat den Nachteil (der aus ideologiekritischer Sicht ein Vorteil ist), dass Probleme weitergehender Implikationen von Disziplinierung eher – wenn auch keineswegs unmittelbar – in den Blick kommen als bei den freundlicheren Varianten der Erfassung marktlicher Funktionen. Einige wenige Gedankenexperimente reichen aus, um gravierende Probleme zu benennen:

1. Bei ausgeprägt asymmetrischen Mustern der Vermögensverteilung wird folgende These zu prüfen sein: „Der Markt diszipliniert die Armen im Sinne der Reichen“.
2. Bei sozial schwachen, vermögenslosen Produzenten ist zu erwarten, dass sie kontraktlich in Typen von Arbeitsverhältnissen einwilligen müssen bzw dass Typen von Arbeitsorganisation entstehen, die neben anderen liberalen Rechten minimale *Self-ownership*-Standards verletzen.
3. Disziplinierung als Zwang zur Kostensenkung kann eine Trivialisierung oder qualitative Aushöhlung anspruchsvoller Produktionsprozesse bedeuten. Es sind dies beispielsweise Produktionsprozesse, die komplexe soziale Kommunikations-, Anreiz- bzw Interaktionsstrukturen aufweisen, die nur aufrecht zu erhalten sind, wenn sie vor permanentem Druck markttypischer Disziplinierung bis zu einem gewissen Grad geschützt wird.

Ein durch die eben angestellten Überlegungen sichtbar gewordener Mechanismus neoliberaler Ideologie besteht darin, die Disziplinierungsfunktion des Marktes entweder überhaupt in Koordinations- und Informationsfunktionen aufzulösen oder aber in der Kinderfibel-Version mikroökonomischer Grundkurse aufzubereiten, wonach Disziplinierung die gleichermaßen harmlose wie notwendige Disziplinierung der Produzenten im Sinne der Konsumenten – und Konsumenten sind wir alle – ist. Eine im Bezug auf Verteilungsaspekte und die Realität von Arbeitsprozessen angereicherte Version von Bild 2 wird ausgeblendet. Für ein – den hier diskutierten Legitimationsfragen angemessenes – Verständnis von Marktmechanismen ist dies jedoch eine unverzichtbare Ergänzung von Bild 1 in seinen beiden Versionen. Nicht zufällig forcieren die Protagonisten des Neoliberalismus wie *Milton Friedman* Modellierungen, welche die Erfassung der moralischen Reich-

9) *Weizäcker*, Logik der Globalisierung (1999) 9.

weite von Disziplinierung ausschließen. Beispielsweise betonen sie, dass der Arbeitsmarkt ein Markt wie jeder andere sei, weil auf diese Weise problematische Aspekte von „Disziplinierung“ gar nicht in den Blick geraten. Geraten diese aber in den Blick, dann kann einleuchtend argumentiert werden, dass es mit der privilegierten normativen Position des Marktes nicht weit her ist.

Mit dem Herunterspielen der moralischen Reichweite von Disziplinierung hängt im Weiteren die konzeptuelle Erfassung der Organisation von Produktion (zB in Firmen) zusammen, die weithin in reduktionistischer Sicht als „Netz von Kontrakten“ begriffen wird. Dies hat dazu beigetragen, dass die spezifischen Funktionen institutioneller und rechtlicher Gestaltungen von Arbeitsbeziehungen nicht ausreichend verstanden werden. Dies begünstigt eine Tendenz der Substitution von

- „voice“ als Modus der kollektiven Entscheidungsfindung durch den
- marktförmigen Modus des „exits“, welche sich auf das Vorliegen von Konkurrenz stützt,

auch in jenen Bereichen, wo „voice“, also politisch überformte Kollektiventscheidungsprozesse, der Sachlogik besser entsprechen, also den anstehenden Koordinations- und Konfliktproblemen auf Dauer besser gerecht wird.

5. Effizienz und Gerechtigkeit

Ich schließe mit einer Reflexion auf die Situation ökonomischer Politikberatung. Ein Grundproblem derselben ist eine gewisse Asymmetrie in Bezug auf zwei Klassen von Bewertungskriterien für soziale Zustände, nämlich Effizienzkriterien und Gerechtigkeitskriterien. Effizienz wird in der ökonomischen Zunft weithin als unproblematisches normatives Kriterium gesehen, wohingegen die Gerechtigkeit im Spannungsfeld unentwirrbarer Wert- und Interessenskonflikte und Funktionsprobleme verortet wird, die sie als Bewertungsmaßstab weitgehend unpraktikabel machen. Diese Asymmetrie weist in Hinblick auf den sozialtheoretisch-ökonomischen Hintergrund Parallelen zu der eben skizzierten legitimatorischen Asymmetrie bezüglich marktlicher und politischer Prozesse auf. Diese Parallelen können hier nicht ausführlich dargestellt werden.

Es lässt sich allerdings mit wenig Mühe skizzieren, zu welcher Konstellation dies führt: Ökonomen sind sich heute tatsächlich *weitgehend einig* über die Bedeutung allokativer Effizienz und damit des Preismechanismus, weil die allokativ-theoretisch-mikroökonomische Modellierung von Märkten für viele Zwecke unverzichtbar ist. Sie sind hingegen uneinig nicht nur hinsichtlich des *Inhalts von Verteilungsgerechtigkeit* (dies wiegt im Prinzip nicht schwerer als der diesbezügliche

Dissens beliebiger Bürger, Philosophen oder Juristen), sondern *va hinsichtlich der Relation von Verteilung und Allokation* und deren Konzeptualisierungsebenen.

Der Argumentationshorizont vieler Ökonomen wird entweder vom Koordinatensystem des *Trade-offs* von Gerechtigkeit und Effizienz oder von neo-hobbesianischen Modellierungen beherrscht, welche Verteilungspolitik pauschal als *Rent-seeking* diskreditieren. Somit wird Verteilungspolitik primär als ein Element wahrgenommen, das den Preismechanismus verzerrt und sich durch die Verzerrung jener politischen Mechanismen, die sie bewerkstelligen sollten, selbst *ad absurdum* führt. Nicht wenige Ökonomen sehen Verteilungspolitik bzw eine verteilungssensible Wahl institutioneller Arrangements in einem günstigeren Licht, weil sie weitere Zusammenhänge im Blick haben. In diesen wird nachvollziehbar, dass Verteilungspolitik wachstumsfördernd sein kann oder eine verteilungssensible Gestaltung von Institutionen die Lösung bestimmter Koordinationsprobleme erleichtert, die spieltheoretisch als soziale Dilemmata darstellbar sind. Typischerweise betonen aber auch diese Ökonomen, dass es sich bei *allokativen Dysfunktionen um reale Probleme, sog „Effizienzprobleme“* handle. Oberflächlich betrachtet, bleibt in dieser Situation als „Konsens“ in der Tat die Konzentration auf allokativer Effizienz, die als Orientierungskonzept für die ökonomische Praxis tatsächlich weitgehend unbestritten ist. Verteilungsfragen werden nach dieser Logik marginalisiert, weil über sie ja *tatsächlich kein Konsens herrscht*. Dabei bleibt ausgeblendet, dass die Tragfähigkeit von Effizienz zur Beurteilung sozialer Zustände (ähnlich wie die These, Marktprozesse legitimierten die von ihnen erzeugten Muster gleichsam von selbst) von faktischen, modelltheoretischen und normativen Voraussetzungen abhängt. Effizienz als Bewertungsmaßstab ist dann und nur dann ein akzeptabler Bewertungsmaßstab, wenn er in geeigneter Weise mit anderen Bewertungsmaßstäben kombiniert wird. Die Ergebnisse von Marktprozessen sind nur dann legitimatorisch weniger problematisch als andere Koordinations- und Disziplinierungsmechanismen, wenn politisch zu gestaltende Voraussetzungen vorliegen, die sie „unproblematisch“ machen – eine Einsicht, die bloß eine Paraphrase dessen darstellt, was *Abba Lerner* formulierte: „Economics has gained the title of queen of the social sciences by choosing *solved* political problems as its domain.“¹⁰

Univ.-Prof. Dr. Richard Storn lehrt am Institut für Finanzwissenschaft und Öffentliche Wirtschaft der Karl-Franzens-Universität Graz; richard.storn@uni-graz.at.

10) *Lerner*, The Economics and Politics of Consumer Sovereignty, The American Economic Review 1972, 258 (259).

1. From advertisement to labelling

Until recently, there was reason to assume that the growth of Community competence has been effectively brought to a halt owing to a confluence of three interdependent developments.

First, in the aftermath of the Maastricht decision scholarship emerged which took seriously the challenge to circumscribe the limits drawn for community jurisdiction.¹

Second, the convention drew up a list of Community competence, indicating, thus, a new beginning.²

Third, in the *Tobacco Advertisement* case the ECJ found for the first time that the Community had overstepped its jurisdictional bounds and annulled the challenged Directive.³

The *Tobacco Labelling*⁴ case, upholding another cigarette smoking related Directive, drew out implications of *Tobacco Advertisement*⁵ confirming what one might have suspected already, namely that its actual import is both more elusive and more profound. It is more *elusive* because the boundaries of Community jurisdictions have not been circumscribed with an eye to an explicit limit to its exercise, such as the subsidiarity principle⁶. They have been identified, rather, at their core, namely, the legal power to regulate the internal market. This explains why the decision is also profound, for the limits of Community jurisdiction are drawn so as to reveal something about the *nature* of the power wielded by the Community over Member States. Cast in more philosophical terms, *Tobacco Advertisement* resolutely proceeds from acknowledging the existence of Community power to determining its essence. Arguably, the decision overtly rejected what may have amounted to the former commitment to unlimited growth.⁷ It did so, however, by sublimating – that is, destroying and preserving⁸ – po-

tential boundlessness into the residual power to regulate any field whenever a certain threshold requirement is met. It thus effectively transformed the Community into an agency with the power to intervene into the regulatory space occupied by the Member States whenever the mere relation between their regulatory regimes is prone to give rise to Internal Market disturbance.

This, in itself, would be remarkable enough.⁹ It would be, at any rate, for a system that has so far defied description in fully federalist terms and that took on itself merrily stated

From liberalism to holism

*Some observations regarding the ECJ's new theory of Community competence**

Alexander Somek



commitments regarding the preservation of the integrity of its constituent parts.¹⁰ Nevertheless, from a constitutional point of view it should not go unnoticed that in this case a peculiar development has come to a conclusion, too. *Tobacco Advertisement* (and its progeny) ratified, ostensibly, a trend in the evolution of Community law that has been studied by perceptive observers over the last few years.¹¹ In an increasing number of instances the Court undertook to mutually convert ques-

* This text is part of a larger instalment dealing with power in the European Community. It is to follow in due course. I should like to thank Katherine Stroebel and James Provenzale for their editorial assistance. Heartfelt thanks are also due to *Christian Hiebaum* for reading and commenting on an earlier draft.

1) See exemplary instances of German legal scholarship in this regard, 'Berliner Thesen zur Europäischen Kompetenzdebatte' WHI-Paper 4/2001, <http://www.whi-berlin.de/Berliner-Thesen.htm>; *Armin von Bogdandy & Jürgen Bast*, 'The European Union's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for Its Reform' (2002) 39 *Common Market Law Review* 227-268.

2) See Articles I-9 to I-17 of the Draft of a Treaty Establishing a Constitution for Europe, <http://www.somek.org/Classes/36%20Draft%20Constitution.pdf>.

3) See Case C-376/98, *Germany vs Parliament and Council of the European Union*, 5.10.2000, [2000] ECR I-08419. This is not to say that there had not been countless occasions on which Community acts, among them Community legislation, were annulled by the Court. However, the Court had always done so with the understanding that competence of the Community itself was not affected.

4) Case C-491/01, *The Queen vs Secretary of State Health* [2002] ECR I-11453.

5) See Case C-376/98, above note 3.

6) This has been suggested, among other things, by a Troika of authors who wrote a legal brief on

that issue for which they had been commissioned by the German Association of Newspublishers. See *Bruno Simma & J.H.H. Weiler & Markus C. Zöckler*, *Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkungen der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts (Duncker & Humblot, 1999)* 58-68. It should not go unnoticed that any reasonable attempt to make sense of the power of a federal legislature must in some way appeal to subsidiarity. See *Donald H. Regan*, 'How to Think About the Federal Commerce Power and Incidentally Rewrite *United States vs Lopez*' (1995) 94 *Michigan Law Review* 554-614, at 555-6, referring to a preparatory text of the American Constitution, which says, among other things, that Congress ought to have power to legislate in all cases in which the States are separately incompetent.

7) See *R. Dehousse* (ed.) *Europe after Maastricht. An Ever Closer Union?* (Law Books in Europe, 1994) 103-125 at 123.

8) I understand that I should like to apologize for using Hegelian language here, however, I add that „elevating to a higher level“ is the third component making Hegel's understanding of *aufheben* complete.

9) If one were asked to summarise the rule of recognition for European Community law it would most likely read as follows: EU law is whatever the ECJ says it is unless a powerful Member State (Constitutional) Court threatens to undermine the ECJ's authority.

10) It would not be astounding, to be sure, for those who have studied American constitutional law and the way in which the shackles on the power of Congress have been removed by the Supreme Court in the wake of the New Deal. We should be heeded, though, that the mere drawing of analogies between how federal jurisdiction has grown in United States and the European Union is of little intellectual merit. The conceptual tools of growth were different. Article 95 EC Treaty is not the equivalent of the commerce clause. The Community does not have, even though it may wish to have, the power to regulate „commerce“. The Community has power to require Member States to approximate legislation. See, generally, on the need to avoid premature generalisations, *Donald P. Kommers*, 'Federalism and European Integration: A Commentary' in *M. Cappelletti & M. Seccombe & J. Weiler* (eds.) *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, vol. I/1 (*de Gruyter*, 1986) 603-161.

11) Chief among them are *Kamiel Mortelmans*, 'Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition' (2001) 38 *Common Market Law Review* 613-649; and *Julio Baquero Cruz*, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community* (Hart Publ., 2002). Interestingly, previous commentators of *Tobacco Advertisement* did not highlight this link to the convergence analysis.

tions of free movement into questions regarding competition or, more precisely, to approach legal issues from both perspectives. *Tobacco Advertisement* appears to have finally tapped the underlying tacit horizontal¹² convergence and merged, inasmuch as competence is concerned, free movement and competition into a larger ambition. I would like to call the jurisprudential perspective resulting from this shift „market holism“.

2. Market holism and market liberalism

In modern philosophy of language, the term „holism“ signifies the idea that the meaning of a term or a sentence is determined by its place in language as a whole.¹³ The part would have not have meaning if it were not for the existence of the whole. In sociology and social philosophy the notion of holism has come to signify the belief that society or the community is more or, at any rate, ontologically distinct from its composite parts – whatever these parts may be taken to be. For the humble purposes of the legal analysis conducted in these pages, I take *market holism* to be composed of the following pair of beliefs about Community competence:

According to the *first belief*, the internal market is not merely a specific segment of public policy for which the Community happens to have been accorded harmonisation competence. The internal market, rather, is a regulatory space that permeates the *totality* of public policy subject to certain conditions.¹⁴ Whatever policy problem happens to exist, it could be relevant to the internal market. This is not to say that the Internal Market as a whole is without boundaries; it is to say, however, that it comprises, principally, the whole of public policy.¹⁵ Put differently, it presents Community power as if it were the police power of a (national) state.¹⁶ This is something that, evidently, puts the principle of enumeration upside down.¹⁷ Both Member States and Community avail over plenary powers, albeit in limited spheres. One might sus-

pect that it would take a *Derridian* of a jurist to make sense of that.

The *second belief*, which defines market holism, is that the definition of the internal market is not tied or confined to one of its legal underpinnings but lies in the *interdependence* between free movement and competition. The latter belief emerged incrementally in Europe on a case-by-case basis¹⁸, and has received only recently a more full-blown articulation.

Market holism can be usefully contrasted with *market liberalism*, understood as offering an alternative rendition of Community power. According to market liberalism the Community has legal power to harmonise only if such harmonisation results in a greater volume of trade.¹⁹ Harmonisation would have to be, thus understood, trade-promoting and not merely, in the parlance of AG Fennelly,²⁰ “trade-facilitating”.

It should not come as a surprise that the ascendancy of market holism is escorted by polemical dismissals of market liberalism.²¹ The latter is rejected for its ostensible want of sophistication, if not vulgarity.²² Its notorious connotation with a ruthless business orientation makes it easily presentable as though it were the conception of Community competence for the simple-minded followers of the gospel of greed.²³ I contend that market liberalism is a very plausible view of Community competence, and ironically, it is so on holistic grounds. As a public philosophy²⁴ underpinning the Community’s power of harmonisation it would lend the Community, without doubt, a less benign appearance. The Community would present itself poised, not single-mindedly, but unequivocally, toward the liberalisation of trade. The Community would have power to ban certain product characteristics only to see the product circulate more freely in the market. The Community would not, at any rate, avail over harmonisation power for the purpose of eliminating a product from the market unless such a measure promoted the distribution and the sale of other products.

12) Vertical convergence, by contrast, affects a different matter, which has been a constant and recurrent feature of EC law. It stands for the tight link between the scope of fundamental freedoms on the one hand and Community competence on the other.
 13) In Anglo-American circles, this belief is usually associated with the philosophy of *W. V. Quine*. See, for example, his *Pursuit of Truth* (Harvard UP, 1990) 56. It is fair to say, however, that linguistic holism, as a belief, could be equally well attributed to all philosophers associated with hermeneutics or the founding father of French structuralism, *Ferdinand de Saussure*.
 14) This is what likens, admittedly, the internal market to regulatory space that has been available to Congress under the Commerce Clause. See *Hodel vs Virginia Surface Mining Association*, 452 US 268.
 15) In my opinion, this has already been said in *Tobacco Advertisement* and I do not see how Hervey can arrive at the conclusion that „the argument to the effect that Article 95 permits a general regulation of the internal market appears to have been roundly rejected“. See *Tamara K. Hervey, 'Community and National Competence in Health after Tobacco Advertisement'* (2001) 38 *Common Market Law Review* 1421-1446, at 1445, I do not deny, as shall be seen below, that the Court has set limits for the use of Article 95.

16) Now admission has to be made that this is a very American way of stating the issue, that is, borrowing the term „police power“ from the American constitutional tradition in order to describe the purview of competence in Europe. However, the term fits the situation perfectly well for the police power is marked by two basic characteristics: (a) it adheres to the state simply by virtue of its being a state (b) it encompasses, substantially, the power that the purveyor of the public good ought to have, that is, the power to regulate for reasons of public safety, health, morals or welfare.
 17) To deny the legitimacy of such a reversal appears to be a major point of the post-Lopez jurisprudence of the Supreme Court.
 18) See, for example, *Case C-350/92, Kingdom of Spain vs Council of the European Union* [1995] ECR I-1985, para. 32: „[...] in order to give effect to the fundamental freedoms mentioned in Article 8a [now 14], harmonizing measures are necessary to deal with disparities between the laws of the Member States in areas where such disparities are liable to create or maintain distorted conditions of competition.“ Evidently, the Court establishes here an instrumental relationship between undistorted competition and the rights to free movement. It will be seen that this Court will not stick to this.

19) See *Scott Crosby, 'The new Tobacco Control Directive: an illiberal and illegal disdain for the law'* (2002) 27 *European Law Review* 177-193 at 182-186.
 20) See AG Fennelly’s opinion in *Cases C-376/98 (Tobacco Advertisement)* and *C-74/99* [2000] ECR I-8419, para. 8486.
 21) See, for example, *Case C-359/92, Germany vs Council* [1994] ECR I-3681.
 22) See, *ibid.* para. 83 („the internal market cannot be defined simplistically in terms of liberalisation and deregulation“) 85.
 23) I cannot claim credit for having coined the expression „gospel of greed“, it is *Charles Sander Pierce’s*. See his, *Evolutionary Love* In *The Essential Peirce*, ed. N. *Houser & C. Kloesel*, vol. 1 (Indiana UP, 1992) 352-372, at 357.
 24) I borrow the term „public philosophy“ from *Michael Sandel* who introduced it to designate „the political philosophy implicit in our practice, the assumptions about citizenship and freedom in our public life.“ See *Michael Sandel, Democracy’s Discontent. America in Search of a Public Philosophy* (Harvard UP 1996), at 4.

It should go without saying, however, that a bias in favour of less constrained market transactions is not what makes a polity *nice*. I submit, though, that this is part of the message of market liberalism.²⁵ It brings greater efficiency, or the absence of impediments to motion, into focus, but it does not result in a more warm-hearted or affectionate social bond. Although market liberalism does not put the best possible face on the Community, it may most truthfully reflect its actual design. Conceivably, perceiving Community competence through the lens of market liberalism might instil reluctance among Member States' governments to exercise Community power.

Nevertheless, market liberalism has been rejected by the ECJ. The Court now embraces market holism. Whereas *Tobacco Advertisement* made this move very cautiously and almost cunningly in the guise of an annulment, the *Tobacco Labelling* case subsequently clearly drew out bold implications of the new approach.

3. The gate-opener theory

The major step towards market holism has already been taken in *Tobacco Advertisement*. Arguably, before *Tobacco Advertisement* the improvement of the conditions of the establishment and functioning of the internal market – in other words: harmonisation – had to be a goal of Community legislation. Already *Tobacco Advertisement*, in which the Directive was challenged on the basis of being a concealed health regulation for which the Community lacked jurisdiction²⁶, brought a different perspective to bear on Article 95. The move had been prepared with great vigour by AG Fennelly, even though his reasoning is again not immediately reflected in the opinion of the Court. The AG denied that as a legal base Article 95 is on the plane with others. In his eyes it confers “functional competence” to regulate the market without regard to the *ratio materiae*.²⁷ According to Fennelly, the competence conferred by Article 95 “is not limited in advance by reference to a particular subject-matter defined *ratione materiae*.” Rather, it extends “laterally to all measures designed to ensure the attainment of the single market.”²⁸ This means, in other words, that the Community may absorb any Member State competence as long as the Community measure is “designed” to attain the single market. The Court basically took it from here, however, by formulating the idea more cautiously. It proclaimed, at the outset, that a measure must have “genuinely [...] as its object the improvement of the conditions for the establishment and

functioning of the internal market”²⁹ In the next sentence the Court goes on to explain what “genuinely” means and it should not escape our attention what the Court omits from its meaning. “Genuineness” does not manifest itself in an aim primarily pursued by the legislature. There are no positive conditions set out for “genuineness”. The conditions are merely negative. First, a finding of “mere disparities” among Member State laws with an attendant “abstract risk of exercise to the fundamental freedoms” is not sufficient to confer approximation power on the Community.³⁰ Second, any plausible correlation between the policies pursued and the instrumentality of harmonisation to their end is sufficient for Community power to arise unless the link becomes so tenuous that “judicial review of compliance with the proper legal basis” would be “rendered nugatory”. In other words, there must be a conceivable relation between an already existing, a merely potential or likely future obstacle and its successful removal through harmonisation.³¹ The matter, thus cast, amounts to far less than the application of a strict test in which harmonisation occupies the place of the policy goal; nor does there have to be a tight link between harmonisation and another public policy objective. In fact, in *Tobacco Labelling* the Court itself indulged in speculation to supply a missing link: “In that context, having regard to the fact that the public is increasingly conscious of the dangers to health posed by consuming tobacco products, it is likely that obstacles to the free movement of those products would arise by reason of the adoption by the Member States of new rules reflecting that development and intended more effectively to discourage consumption of those products by means of warnings and information appearing on their packaging or to reduce the harmful effects of tobacco products by introducing new rules governing their composition.”³²

Tobacco Advertisement already effectively transformed Article 95 from a jurisdictional principle requiring harmonisation to be driven by its intrinsic *economic* objective³³ into a side constraint that needs to be observed in the pursuit of any public policy goal. A side constraint is a rule that needs to be adhered to in the pursuit of some goal but it is substantially unrelated to the goal³⁴. For example, when going somewhere by car one has to obey a speed limit and comply with other traffic regulations, but the point of driving somewhere is not to comply with the rules of road use. In a similar vein, the Court read Article 95 as imposing this type of constraint. The Community may enact legislation for whichever major reason

25) In my opinion, this is a clear message of Hayek's political philosophy, which has been obscured through the addition of moralistic overtones by more recent proponents of market liberalism such as Ernst-Ulrich Petersmann.

26) See recital 34, in which the argument by the German government is restated according to which „both the legislative history of the Directive and its content and purpose show that the center of gravity of the measure is public health protection“.

27) The misunderstanding of the basic concepts of the constitutional analysis of competence allocation could not be greater. The Union's jurisdiction is generally conferred in a functional manner, which means that competence is conferred not with regard

to the regulation of a subject matter but with regard to the attainment of an objective.

28) See *AG Fennelly's* opinion in Cases C-376/98 (*Tobacco Advertisement*) and C-74/99 [2000] ECR I-8419 at para. 62.

29) *Tobacco Advertisement* at para. 84.

30) In a sense, then, the Court indeed attached a *de minimis* threshold to free movement in the sphere of positive integration, a threshold which is absent in the context of negative integration, that is, the enforcement of rights. See *Andrea Iber*, ECJ Judgment on the New Tobacco Directive – European Court of Justice, December 2002, C-491/01' (2002) 30 *Legal Issues of European Integration* 167-177.

31) See *Tobacco Advertisement*, recitals 84-86. See

also Opinion of the AG in the *Biotechnological Inventions* case, para 47.

32) *Tobacco Labelling*, para 67.

33) There is a fairly straightforward perspective on the economic underpinnings of the harmonisation power of the Community that would anchor it in its function to reduce transaction cost. See, for example, *Gerhard Wagner*, 'The Economics of Harmonisation: The Case of Contract Law' (2002) 39 *Common Market Law Review* 995-1023.

34) For an explanation of the notion, see *Robert Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, 1975) 29.

it may see fit and thereby rely on Article 95 as long as it does not violate the requirement that, as *one* consequence of its implementation, obstacles to free movement (and appreciable distortions of competition) will be removed. From the perspective of the major purpose/incidental effect distinction, which dominated the prior case-law of the Court,³⁵ this amounts to the deconstruction of the house that the ECJ has built over many years. *Incidental harmonising effects* have the power to confer power, as it were, only if they can be perceived to impact on existing conceivable obstacles.

This is the gate-opener theory of Article 95. Provided that there is a “genuine” link between the legislative means and the removal of a real, potential or likely obstacle Article 95 may be used to pursue *any* other policy objective. It has in the meantime found confirmation in *Tobacco Labelling*³⁶ and in the *Biotechnological Inventions* case.³⁷ It depicts Article 95 as the door inviting benign Community legislation. It merely has to meet the double proviso that it remove obstacles to trade, which must be neither too distant nor too remote, or “appreciable” distortions of competition (a point to which I shall return below). The grasp of the gate-opener theory is holistic. It invests the Community with the whole plethora of public policy.³⁸

4. Convergence

Making a long story very short, according to *Tobacco Advertisement* distortions of competition may trigger harmonisation competence even if they are not, as previous case law would have suggested, the cause of an obstacle. But not just any distortion is deemed sufficient. The Court says that the Community has the power to intervene and to regulate the internal market if and when “the distortion of competition which the measure purports to eliminate is appreciable”.³⁹ It is thereby that the Court elevates to the jurisdictional sphere a rationale that has been in use for many years in competition law, more precisely, in the context of the application of Article 8 1 EC Treaty. Unfortunately this link is not further explored, let al-

one elaborated, by the Court. It is, to be sure, fairly indeterminate what it would take for a distortion to appear “appreciable” in the eyes of the Court.

Tobacco Labelling was content with identifying divergent labelling requirements and singled out potential obstacles that could conceivably have arisen in the future. The Court did not have to inquire into distortions separately for the purpose of establishing Community jurisdiction.⁴⁰ *Tobacco Advertisement*, which was eventually to deny Community jurisdiction, could not avoid specifying the conditions under which a distortion was to be qualified “appreciable”. It did so, however, without explicit regard to *de minimis* standards proper, which indicates that horizontal convergence, even though apparent, is substantively surprisingly elusive.

With regard to the market for advertisement agencies and the advertisement media,⁴¹ the Court conceded that “undertakings established in Member States with fewer restrictions on tobacco advertisement are unquestionably at an advantage in terms of economies of scale and increase in profits”.⁴² The Court, nevertheless, posited that the advantages “on competition” are “remote”, “indirect”, and, in any event, “not comparable to the differences in production costs”, which were at issue in *Titanium Dioxide*.⁴³ From a functional perspective, this contrast is surprising, to say the least, since foregone revenues from having tobacco advertisements printed in a magazine is clearly the equivalent to higher production cost owing to more stringent environmental standards. The Court went on, however, to point to another market for which an “appreciable” distortion was to be observed, that is, the market for the sponsoring of sports events. The Court confirmed what had been claimed by the Commission and several governments, namely that a prohibition of sponsorship in some Member States may result in the relocation of sport events to the territory of others “with considerable repercussions on the conditions of competition for undertakings associated with such events.”⁴⁴ One may wonder, though, whether a prohibition on sponsorship is not the typical instance of an *obstacle*

35) *AG Fennelly* had an easy time of distinguishing these cases by saying that this case did not affect the choice of different legal bases. This is a very sly way of avoiding the question why the question of whether Community has competence at all is decided on a less stringent standard than the less dramatic question of which legal basis ought to be chosen.

36) See *Tobacco Labelling*, para. 62.

37) See Case C-377/98, Kingdom of the Netherlands vs European Parliament and Council of the European Union, 2001 ECR I-7079.

38) One reason for the annulment of the Tobacco Advertisement Directive was the finding by the Court that for many practices of Tobacco Advertisement there was not a Community wide market. See *Tobacco Advertisement*, para 99.

39) See *Tobacco Advertisement*, para. 106. In brackets, the Court cites to paragraph 23 of the *Titanium Dioxide* Case as if it had said the same. However, what *Titanium Dioxide* at this point said is the following:

„[...] [P]rovisions which are made necessary by considerations relating to the environment and health may be a burden upon the undertakings to which they apply and, if there is not harmonization of national provisions on the matter, competition may be appreciably distorted. It follows that action intended to approximate na-

tional rules concerning production conditions in a given industrial sector is with the aim of eliminating distortions of competition in that sector is conducive to the attainment of the internal market and this falls within the scope of Article 100a [now 95], a provision which is particularly appropriate to the attainment of the internal market.” This paragraph is the source for the extension of the Community’s regulatory competence to cases in which legislation is aimed at removing distortions of competition. This extension was brought about by judicial fiat. Mind what this paragraph accomplished without offering reasons, however. It says that the Community has the power to enact approximating legislation on the basis of Article 95 when differences among national rules concerning production conditions give rise to distortions of competition. The distortion of competition, thus understood, has to originate from different regulations of production. For this type of case the Court amended the regulatory power under Article 95. What the Court did not say, however, was that any distortion of competition triggers Community competence. The Court did also not say that any appreciable distortion of competition effectuates such competence. The Court restricted itself to saying that national rules concerning production conditions may be subjected to harmonization if and only if they give

rise to a distortion of competition. It did not say, however, what *Tobacco Advertisement* made the Court say in *Titanium Dioxide* that any appreciable distortion of competition grants the Community power. All that the Court said in *Titanium Dioxide* was that regulations adopted with the aim of protecting environment or health may be a burden on undertakings and thus, absent approximation of laws, lead to conditions of competitions that are „appreciably distorted”. It did not say, however, that an appreciable distortion of competition is a necessary condition for Community competence to originate. The difference has been acknowledged by *AG Fennelly* above note 23 at 90.

40) See *Tobacco Labelling*, para. 64, 67.

41) It should be borne in mind that at least five different markets were at issue in *Tobacco Advertisement*: the market for magazines, the market for parasols, ashtrays and the like, the market for advertisement services, the market for sport events, and the market for cigarettes.

42) *Tobacco Advertisement*, para. 109.

43) *Id.*

44) See *Tobacco Advertisement*, para. 110.

45) This is not to deny that a prohibition on sponsoring may help to move the sport events more freely through the internal market.

to the free movement of services and why it should count as a distortion separately.⁴⁵ In fact, from the vantage point of the causal link established between obstacles and distortion in the line of cases that were effectively overthrown by *Tobacco Advertisement*, the Court did what it was supposed to do in light of what it had just tacitly dismissed. It identified an obstacle that is the cause of a distortion of competition – and it counts as a distortion (and therefore as “bad”) precisely because it comes from an obstacle. Finally, the Court explored the question whether a divergence among national advertising laws amounted to a distortion of competition. Ordinarily, one would have assumed this to be the case whenever producers and sellers of tobacco products in different countries are not in a position to operate on a roughly equal footing. How, for example, is a new product ever expected to break into a national market if advertisement is not available to the market entrant? One might have expected the Court to approach the issue from a similar perspective, for a ban on advertisement is liable to create exactly the type of market closure which the rigorous norm of competition law seeks to break open.⁴⁶ Surprisingly, the Court stated that the existence of advertisement bans “does not constitute a distortion of competition but rather a restriction of forms of competition which applies to all economic operators in those Member States.” The Court rather classified this as a *restriction of the form* of competition, namely price competition to which all suppliers of tobacco products would be forced to resort. Restrictions of the forms of competition, according to the Court, are not distortions of competition.⁴⁷ Seen from the perspective of obstacles, the Court effectively ignored the fact that an indistinctly applicable rule would make market access next to impossible for foreign products. I need not emphasise that this is inconsistent with the Court’s jurisprudence in the field of free movement of goods.

These examples show that the Court is not at all sure footed (and evidently not treading on solid ground) when confronted with the task of making explicit what the application of competition law principle requires in the context of Article 95. The Court, maybe even unwittingly, endorses horizontal convergence without having a clear conception of what this would mean or, let alone, entail. What can be made out, however, is a *rhetorical* attempt by the ECJ to limit the Community’s power to intercept itself into the competition between different legal regimes. This is substantively, if it avails of any substance at all, very similar to the reason offered for restricting the Community’s power to remove *real* (and not merely hypothetical) obstacles to the free movement of goods. The distortion must be “appreciable” – whatever that may mean aside from what the Court is going to intuit to be the case from case to case. In the absence of this requirement, the Court states, the powers of the Community legislature would be unlimited.

Judicial review would be expunged, for arguably any difference between national laws gives rise to some distortion of competition. Consequently, Community power would be unlimited. Again, just as in the case of obstacles to trade, the power of review on the part of the Court would be rendered superfluous.⁴⁸

One should be aware of what the Court did not do. The Court did not, as it clearly should have, set out at a principle sketching the type of distortion of competition necessary for Community power to originate. This would have supplied a guideline for identifying cases that warrant Community intervention. The Court also did not, as it undoubtedly should have, limit horizontal convergence by arguing that distortions of competition are appreciable for the purpose of competence interpretation if and only if they *overlap* with or *originate* from obstacles to the free movement of goods. This would have been in line with the more sober interpretation of Article 94 and Article 14, which I have presented above. What the Court did do, rather, was introduce limits to competence solely with resort to the criterion of “justiciability”. But justiciability is a self-referential criterion. It merely reflects what the Court considers capable of review. It neither anchors competence in the Treaty nor is it particularly trustworthy given that the Court’s way of dealing with the issue turned out to be so awfully clumsy.

5. Finale

Tobacco Labelling effectively declared an open season on the rule of law. It reflects the ultimate debunking of all high hopes that the principles of proportionality and subsidiarity could serve as constraints on the exercise of Community competence. These principles, along with respect for national identity, are indeed the casualty of the ascendancy of market holism. The Court is spectacularly unabashed in twisting these constitutional constraints so that the proportionality and the subsidiarity principles are both essentially wiped out in the process of their application.

After restating the suitability and necessity component of the proportionality principle⁴⁹ the Court goes on to explain that a broad leeway of discretion needs to be granted to the legislature in matters involving “political, economic and social choices” and complex assessments of the relevant facts.⁵⁰ If there is anything that is known about the principle of proportionality, rightly understood, then it is that it does not grant such leeway. Nowhere does the Court address the issue whether the prohibition of the sale of cigarettes exceeding a maximum level of tar, nicotine or carbon monoxide is the *least restrictive means* of attaining the goal of a high level of health protection;⁵¹ nor does the Court, at any point, put into doubt what it takes to be the *Einschätzungsprärogative* of the Com-

46) Again, I might note, that what is discussed here under the entry „distortion“ could equally be analysed in the terms of an „obstacle“.

47) See *Tobacco Advertisement*, para. 113.

48) See *Tobacco Advertisement*, para. 107.

49) For an analysis, see *Takis Tridimas*, ‘Proportionality in European Community Law: Searching for the Appropriate Standard of Scrutiny’ In *E. Ellis* (ed.) *The Principle Proportionality in the Laws of Eu-*

rope (Hart Pub., 1999) 65-84.

50) See *Tobacco Labelling* para. 123.

51) See *Tobacco Labelling* para. 126. The Court has no reservations, indeed, about equating the appropriateness of the means chosen with meeting the necessity standard. But these are completely different things. A complete prohibition of the growing, processing, sale and consumption of tobacco in the European Union would be an appropriate means for

attaining health objectives (there may be misgivings, though, as to the growing spread of Alzheimer disease, which is to be expected from that). But it would definitely not be the least restrictive means.

munity legislature. The question should have been raised, though, whether the prohibition of labels such as “light” or “mild”, indicating a lower level of tar, does not go too far in steering consumers away from the choice of cigarettes promising to pose a lower health risk.⁵² The Court merely asks whether the legislature “overstepped the bounds of the discretion”⁵³ which it enjoys in choosing means it may deem necessary or even merely appropriate.⁵⁴ But the Court does not give the slightest indications of where the limits drawn to such discretion might begin. Moreover, the proportionality principle, correctly understood, is not about who is of the opinion of what measure is necessary to attain a certain objective, but about whether or not the legislature has chosen the least restrictive means. Thus understood, proportionality is “organ-neutral” or, put differently, “objective”.

Revealingly, in the midst of foggy assertions about what was within the discretion of the Community legislature, the Court commits, as if by sleight of hand, the following mistake: “Furthermore, it was possible for the Community legislature to take the view, without going beyond the bounds of the discretion which it enjoys in this area, that the prohibition laid down in Article 7 of the Directive [prohibiting, in effect, labels such as “light” or “mild”] was necessary in order to ensure that consumers be given objective information concerning the toxicity of tobacco products and that, specifically, there was not an alternative measure which could have attained that objective as efficiently while being less restrictive of the rights of the manufacturers of tobacco products”.⁵⁵ This sentence appears in a part of the opinion that precedes the discussion of the fundamental rights issue. Surprisingly, it does not occur to the Court that something different is at stake when it comes to the application of the proportionality principle outside the fundamental rights sphere, in this case, in the context of Article 5 EC Treaty.

Of course, the application of the proportionality principle presupposes something in respect of which the Community has to choose a restrictive means. In the context of fundamental rights,⁵⁶ this is the interests protected by such rights. In the context of competence allocation, however, it is Member State jurisdiction.⁵⁷ Evidently, the Court did not even consider this to be the issue and applied the proportionality principle in a manner giving the lie to its meaning.

The subsidiarity principle did not come out any better from this raid on constitutional constraints. It had been submitted by the claimants in the main proceedings that harmonised rules were already in existence that had been adopted pursuant to prior directives. No obstacles were left in place that needed to be removed. In particular, no evidence had been adduced showing that the Member States could not adopt measures they themselves deemed necessary to protect the health of their citizens.⁵⁸ Not only did the Court reply by saying that the Di-

rective had been designed to even out remaining differences in Member States’ legislation while “ensuring a high level of health protection,” it also said that “such an objective cannot be sufficiently achieved by the Member States individually”.⁵⁹ This means, stated clearly, that there was no convergence among Member States as to the same high standard. The Court should have said, if it had stated the meaning clearly, that there is *no uniform high standard*. From this follows, the Court continued, “that, in the case of the Directive, the objective of the proposed action could be better achieved at Community level”. This means that in the eyes of the Court any action that removes difference and brings about uniformity stays within the bounds of the subsidiarity principle, for uniformity, by definition, cannot be achieved by the Member States acting separately.

If my hypothesis is correct that the regulation of smoking affects the *value* of the liberty of European smokers, that is, whether it is publicly devalued and discouraged by public authority or not, then – even before the substantive issue needs to be addressed whether such a devaluation amounts to an impermissible infringement – the question arises who is going to make such a policy choice. The foregoing analysis has shown that the major reason underlying Community legislation was that of promoting uniformity in the internal market. This is not a goal that is available to the Community. The relevant fundamental boundary⁶⁰ is the boundary of the nation state. Determining the value of smoking (in the context of an evaluation of smoking as a practice) is a matter that may legitimately reflect differences in national culture. The issues regulated cut deeply into the self-understanding of the European consumer and, beyond that, the different cultural traditions inspiring the pertinent choices and trade-offs. If it is at all possible to make sense of the great promise contained in Article 6 EU Treaty that the Community respect the national identity of the Member States, then this is a context in which such a commitment, if taken seriously, should have made itself felt.

Prof. Dr. Alexander Somek lehrt am College of Law der University of Iowa; Alexander-somek@uiowa.edu.

52) See Tobacco Labelling, para. 134, 138. The inconsistency between the ban of high tar cigarettes and the prohibition on labelling lighter cigarettes as „light“ has been pointed out by *Crosby*, above note 19, 190. Indeed, *Viskusi* argues that this type of regulation harms smokers more than it helps them. Tobacco Labelling, para. 132.
53) See id. 131.

54) Id. para. 139.

55) The question of whether the latter Directive interferes with fundamental rights will not be further explored here.

56) This is not to deny that the application of the proportionality principle to the property rights issue was not similarly dismissive, indeed, it was dismissive in a way reminiscent of the heyday of the Banana dis-

pute. See Tobacco Labelling, para. 150.

57) See Tobacco Labelling, para. 174.

58) See id., para. 181-182.

59) In the sense introduced by *Weiler*.

60) See *J.H.H. Weiler*, In Legal Issues of the Amsterdam Treaty. (Prologue: Amsterdam and the Quest for Constitutional Democracy.)

Als es in Mode kam, das Wort „Leistungsgesellschaft“ in kritischer Absicht zu gebrauchen, haben sich viele gewundert. Was kann schlecht daran sein, wenn eine Gesellschaft auf Leistung Wert legt und dafür sorgt, dass sie sich lohnt? Etwas leisten, bedeutet, etwas zu tun, was andere wichtig, nützlich, angenehm oder in sonst einer Weise positiv oder wertvoll finden. Hat es nicht etwas zutiefst Richtiges, dass eine Ordnung erlaubt, geleistetes Gutes angemessen zu entlohnen und dadurch zugleich anzureizen? Entsprechend schädlich und ungerecht finden es viele, wenn im Namen der Gerechtigkeit große Einkommen durch höhere Steuern geschmälert werden. Die Erfolgreichen haben, diesem Rasonnement folgend, ihren Dienst an der Gemeinschaft schon geleistet: was – wie gesagt – gerade daran erkennbar werde, dass sie wohlhabend seien. Im Zuge solcher Verteidigungen der Leistungsgesellschaft gegen vermeintliche Wortverdreher wurden Begriffe wie „Anspruchsdenken“ ersonnen, um die Haltung derjenigen zu bezeichnen, die Forderungen stellen, ohne auf dem Markt als nützlich für die Gesellschaft aufgefallen zu sein.

Nun ist bekanntlich Leistung auch in der „Leistungsgesellschaft“ durchaus nicht der einzige Weg, an Vermögen zu gelangen. Ein anderer besteht darin, zu erben. Nicht nur kleinmütigen Spießbürgern und Neidhammeln, sondern auch den glühenden Befürwortern des Leistungsprinzips bereiten die Werte in Höhe von Tausenden von Milliarden Franken brütende Sorgen, die in Deutschland und der Schweiz in den nächsten Jahren die Eigentümer wechseln, ohne dass auf Empfängerseite eine Leistung erbracht worden wäre. Von der Forscherin *Marianne Kosmann* ist zu erfahren, dass in Deutschland immerhin mehr als die Hälfte der gesamten Nachlasssumme auf ungefähr zehn Prozent der Erblasser entfällt. In einer gigantischen Leistungsschau des Anspruchsdenkens werden Vermögen von Leuten in Empfang genommen, die zu deren Zustandekommen nichts beigetragen haben.

Es ist genau dieses Anspruchsdenken der Betuchten, das den schärfsten zeitgenössischen Gegner des Erbrechts, *David W. Haslett*, empört. Er folgt dabei keineswegs einem egalitaristischen Instinkt. Leistung soll sich lohnen; da die Menschen unterschiedlich produktiv sind, werden sie unterschiedliche Einkommen erzielen. Doch sei es ungerecht und ineffizient, wenn eine Ordnung gestatte, dass Leute leistungslos reich würden. *Haslett* ist kein Radikaler. Er will nicht jegliches Erben verbieten, sondern plädiert für eine konfiskatorische Erbschaftssteuer, wenn über die Lebenszeit verteilt ein bestimmter Erbschafts-Wert, den er willkürlich auf \$100.000 ansetzt, überschritten wird. Zwischen Ehepartnern sollen Geschenke und Erbschaften in beliebigem Umfang erlaubt sein, da sie Ähnlichkeit mit kooperativen Unternehmungen zu wechselseitigem Vorteil haben. Ein Recht, zu erben, haben auch wohltätige Organisationen und Stiftungen. Zudem ist natürlich das Vertrauen derjenigen zu schützen, die ihre Lebenspläne an der Möglichkeit eines umfangreichen Vermächtnisses ausgerichtet haben. Alle anderen haben *Haslett* zufolge kein Anrecht auf Erbschaften und Geschenke. Erst wo mit dem Projekt „Erbschafts-Eindämmung“ ernst gemacht würde, hätte eine Wirtschaftsordnung den Namen „Leistungsgesellschaft“ verdient.

Wer sich auf das Unterfangen einer „moralischen Rechtfertigung des Kapitalismus“ einlässt und dabei auf das Produktivitätsprinzip setzt, kann dieser Herausforderung *Hasletts* kaum ausweichen. Denn die Verteidigung der produktivitätsbedingten Ungleichheit der Vermögen als gerecht und effizient taugt offensichtlich nicht, um die Erbschaft zu rechtfertigen. Was rechtfertigt sie aber dann? Wer hier auf Motivkritik setzt und das Stellen dieser Frage als Ausgeburt des Sozialneids abtut, macht es sich zu leicht. Wenn das moralisch Vorzügliche der Marktwirtschaft darin bestehen soll, dass je-

Die Sache mit dem Erben

Michael Schefczyk

der das Seine erhält und leistungsgerecht entlohnt wird, dann brauchen die Freunde des Rechts auf Erbschaft bessere Argumente, als auf den fragwürdigen Charakter seiner Gegner zu verweisen.

Im achtzehnten und neunzehnten Jahrhundert waren Argumente gegen eine konfiskatorische Besteuerung von Erbschaften nicht schwer zu finden. Industrielle Produktion setzt die Anhäufung von Kapital voraus. Die Frühphase der Industrialisierung wurde vornehmlich von Personengesellschaften getragen, die zumeist in Familienbesitz waren. Wirtschaftliches Wachstum war nur möglich auf der Grundlage einer generationenübergreifenden privaten Vermögensakkumulation. „Überspitzt ausgedrückt, bedurfte es der Aristokratisierung des Bürgertums selbst, um die kapitalistische Entwicklung voranzubringen“, schreibt der Erbschafts-Forscher *Jens Beckert* in einem Beitrag für die jüngste Ausgabe der Zeitschrift „Kursbuch“. Doch mit der Entwicklung von Kapitalmärkten entfällt dieser Rechtfertigungsgrund. „Firmenanteile“, so *Beckert*, „können dann liquidiert werden, und aufgrund der Trennung von Management und Eigentümern ist der Eigentümerwechsel – zumindest im Idealfall – für das Geschäftsgeschehen unbedeutend.“

Sollte daraus der Schluss gezogen werden: Die Bedeutung der Vererbung großer Vermögen für die kapitalistische Entwicklung entfiel, doch die Aristokratisierung des Bürgertums blieb?

Allerdings werden die Anhänger des Erbrechts rückfragen, was schlimm daran sei, wenn sich im Bürgertum ein Abglanz des dynastischen Prinzips finde. Wenn etwas vererbt wird, macht jemand von dem elementaren Recht Gebrauch, über Eigentum frei zu verfügen. Es kann nicht Sache des Staates sein, bei der Entscheidung mitzureden, das Vermögen entweder selbst aufzuzehren oder für die Familienmitglieder aufzusparen. Hinzu kommt, dass die Gegner des Erbens Grundgesten der Humanität unterbinden lassen wollen: Welche Art von Gesellschaft wäre das, in der einem verboten würde, persön-

liche Bindungen durch angemessene Geschenke zum Ausdruck zu bringen?

Mit einem solchen Gedanken hat *Robert Nozick* in seinem Buch „Vom richtigen, guten und glücklichen Leben“ das Erbrecht gegen seine Kritiker verteidigt. Doch räumt er zugleich ein, dass das Recht, zu vererben, seine Grenze in der Forderung finde, soziale Chancen möchten nicht zu ungleich verteilt sein. *Nozick* unterbreitet daher den Vorschlag, der Staat solle denjenigen Teil des Erbes einziehen, den der Erblasser selbst geerbt hat, und ihm das Selbsterworbene zum Vererben belassen. Damit könnte die generationenübergreifende Fortschreibung von nicht leistungsgerechter Ungleichheit durch das Erbrecht unterbrochen werden, ohne das Recht auf Eigentums-Verfügung über den Tod hinaus gänzlich zu verwerfen. Allerdings drängt sich die Frage auf, warum weniger Erfolgreiche auch weniger Recht haben sollten, persönliche Bindungen durch Geschenke zum Ausdruck zu bringen, als Erfolgreiche. Sie würden gewissermaßen genötigt, ihren ererbten Reichtum zu konsumieren oder dem Staat zu überlassen. Wer selbst keinen Reichtum erwerben und vermehren kann oder will, soll nach *Nozick* auch nicht seine Lebensaufgabe darin sehen dürfen, das Geerbte an nachgeborene Familienmitglieder weiterzugeben.

Bürgeraristokratie und Wohlfahrtsstaat

Letztlich zeigt sich an dieser Konsequenz eine Interessengemeinschaft zwischen Leuten am oberen und am unteren Ende der sozialen Skala.

Wer konsequent marktwirtschaftlich denkt, ist überzeugt, dass niemand besser als der Markt wissen kann, welches Einkommen jemand für die erbrachte Leistung verdient. Doch häufig wird übergangen, dass dasselbe Prinzip auch zur Delegitimierung von Eigentums- und Fürsorgeansprüchen benutzt werden kann. *Haslett* weist daher zurecht darauf hin, dass ein Widerspruch darin liegt, den Wohlfahrtsstaat mit der Begründung anzugreifen, er sei unvereinbar mit dem Produktivitätsprinzip, aber „Neidgesellschaft!“ zu rufen, wenn dasselbe Argument gegen die Reproduktion sozialer Ungleichheit durch Erbschaften und Geschenke gewendet wird.

Freilich kann der *Haslett*'sche Widerspruch auch anders aufgelöst werden als durch die Forderung, die Erbschaften abzuschaffen oder – wie bei *Nozick* – nur zuzulassen, wenn das Vererbte durch den Erblasser selbst erworben wurde: Indem die Mitglieder am oberen und am unteren Ende der gesellschaftlichen Wohlstandsskala anerkennen, dass das Produktivitätsprinzip kein umfassendes (und überhaupt nur unter idealisierten Bedingungen anwendbares) Prinzip distributiver Gerechtigkeit darstellt. Auch unabhängig von produktiven Beiträgen können Ansprüche auf Anteile am gesellschaftlichen Wohlstand bestehen. Die Entdeckung, dass dies für Sozialhilfeempfänger und Millionenerben gleichermaßen gilt, sollte beiden Seiten helfen, Gefühle der Solidarität zu kultivieren.

*Dr. Michael Schefczyk (Dipl.-Volksw., M.A.phil) ist wissenschaftlicher Assistent am Philosophischen Seminar der Universität Zürich;
michael.schefczyk@access.unizh.ch.*

VERLAG ÖSTERREICH

Thienel

Verwaltungsverfahrenrecht

Stand: 1. Juli 2004, 3. Auflage
570 Seiten, br., 3-7046-4427-7, € 42,-

Mit der dritten Auflage wurde das bewährte Lehr- und Handbuch auf den aktuellen Stand gebracht; insbesondere wurden die Änderungen im Zusammenhang mit dem E-Government-Gesetz berücksichtigt und die seit der letzten Auflage erschienene Rechtsprechung und Literatur eingearbeitet.

Damit liegt wieder eine verlässliche kompakte systematische Darstellung des Verwaltungsverfahrenrecht auf aktuellem Stand vor. Das Lehr- und Handbuch bietet sowohl für die Studierenden wie für die Praktiker einen unverzichtbaren Behelf.

Aktuell

Verlässlich

Kompakt





VERLAG
ÖSTERREICH

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

„Multikulturalismus“ ist die Bezeichnung für jene Theoriefamilie, die versucht zu ergründen, wie in heutiger Zeit (um dies so unspezifisch zu sagen) mit tiefgehenden kulturellen Unterschieden zwischen Individuen und Gruppen umzugehen sei, ohne diese einfach zu „privatisieren“, also aus der Öffentlichkeit zu verbannen. Damit stellen sich Theorien des Multikulturalismus in bewusstem Gegensatz zu solchen des Liberalismus. Diesen wird vorgeworfen, kulturelle „Diversität“ in ihrer Tiefendimension nicht ernst nehmen zu können. Entwürfe multikultureller Gesellschaften boomen in der rezenten politischen Philosophie, und sie beanspruchen eine gewisse Vorrangstellung für sich. Gleichzeitig tauchen selbst in so genannten progressiven Publikationen affirmativ Begriffe wie „Ethnokaufkraft“ oder „Ethnomarketing“ auf, welche das Management und Marketing von „Diversity“ als den neuen betriebswirtschaftlichen Schlagwort propagieren. Ist diese Konvergenz zufällig? Oder ist Multikulturalismus, zumindest in seinen „modischen Varianten“, tatsächlich eine Art Sahnehäubchen auf dem global agierenden, neoliberal entfesselten Kapitalismus? Es folgt der Versuch einer Annäherung an diese Fragen.

1. Multikulturalismus – eine Standortbestimmung

Vor einiger Zeit hat der kanadische Philosoph *Will Kymlicka* mit der Behauptung aufhorchen lassen, der Streit der Theorien über den besten Ansatz in der politischen Philosophie sei „by default“ entschieden. Durchgesetzt habe sich, mangels Konkurrenz, ein „liberaler Kulturalismus“ mit seinen Unterformen des „liberalen Nationalismus“, und des „liberalen Multikulturalismus“. ¹ Nach Definition von *Kymlicka* zeichnet sich der liberale Nationalismus dadurch aus, dass er die Kulturen und Sprachen der in einem Staat vertretenen „Nationen“ (nach Diktion des österreichischen Rechts: „Volksgruppen“) schützt und fördert – bis hin zur Übertragung von Staatsmacht auf Institutionen der Selbstverwaltung. Ein liberaler Multikulturalismus erweitert diesen Ansatz um die Anerkennung, Förderung und Unterstützung von über ihre ethnische Herkunft oder ihr religiöses Bekenntnis definierten „kulturellen“ Gruppen. Manche Multikulturalistinnen inkludieren auch Lesben und Schwule. ²

Kulturelle Gruppen hätten demnach nicht nur das Recht auf Toleranz und Nicht-Diskriminierung, wie es jetzt etwa durch diverse Gleichbehandlungsrichtlinien der Europäischen Union verbürgt wird. Sie hätten darüber hinaus ein Recht auf An-

erkennung und Förderung. Die daraus generierte Forderung ist demnach jene nach „Gruppenrechten“. Solche Rechte reichen vom „in Ruhe gelassen werden“ über symbolische und materielle Anerkennung bis zu Modi der Partizipation; sie beinhalten Rechte des Individuums als Gruppenmitglied ebenso wie genuin „kollektive“ Rechte. ³ Der liberale Kulturalismus versucht auszubuchstabieren, um welche Rechte es im Einzelnen geht und widmet sich entsprechenden Konfliktfällen. Darunter fallen so bekannte und umstrittene Probleme wie die Frage, ob Schülerinnen ⁴, Lehrerinnen ⁵ oder Richterinnen ⁶

Toleranz unter Marktbedingungen

Multikulturalismus in einer neoliberalen Welt

Elisabeth Holzleithner



den „Hijab“ tragen dürfen, der sie als gläubige Musliminnen ausweist. Letztlich gehört auch die Frage dazu, wie darüber diskutiert wird, ob man einem gläubigen Katholiken, der davon überzeugt ist, dass „Homosexualität eine Sünde ist“, aber kein „Verbrechen“, zutraut, das Amt eines EU-Kommissars für Justiz und Inneres unparteilich und auch zum Schutz der lesbischen und schwulen Mitbürgerinnen und Mitbürger auszuüben. ⁷

Liest man den Artikel „Multiculturalism“ in *Kymlickas* anschaulicher Einführung in die gegenwärtige politische Philosophie ⁸, so stellt sich die Entwicklung hin zur Vorherrschaft von Varianten des „Multikulturalismus“ als nachgerade unvermeidlich dar. Die moderne Gesellschaft, so ist wenig überraschend zu lesen, zeichne sich durch tiefgehende Differenzen und weitreichenden kulturellen Pluralismus aus. In der Vergangenheit – und damit meint *Kymlicka* auch Theorie und Praxis des Liberalismus – sei diese Diversität ignoriert oder durch das Modell des „Normalbürgers“ „erstickt“ und zu rechtgestutzt worden. Wir kennen alle seine Attribute: Der „Normalbürger“ oder „Normmensch“, er steht an der Spitze der „Statushierarchie“ ⁹, ist weiß, im Besitz voller körperlicher und geistiger Kräfte („able-bodied“), heterosexuell und An-



1) *Kymlicka*, Introduction: An Emerging Consensus? *Ethical Theory and Moral Practice* 1 (1998) 148. Etwas zurückhaltender mit Blick auf die Reichweite dieses „Sieg“ argumentiert er in seiner Darstellung von „Multiculturalism“ in *Kymlicka*, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* ² (2002) 340.
 2) Die Konstitution von „Gruppen“ oder „Kulturen“ funktioniert in Wechselwirkungen von Selbst- und Fremddefinition, durch die abgrenzbar Kollektive entstehen, die sich auch entsprechend artikulieren (bzw. „Spokespeople“ haben, die sich artikulieren) und als Kollektive Forderungen nach „Gruppenrechten“ stellen.
 3) Siehe den äußerst instruktiven Überblick bei *Levy*, *The Multiculturalism of Fear* (2000) 125-160;

vgl. auch *Peters*, *Understanding Multiculturalism*, IIS-Arbeitspapier 14/1999, <http://www.institute.uni-bremen.de/~iniis/papiere/14-99.doc>.
 4) Für eine Debatte aus Anlass der Entwicklungen in Frankreich siehe überaus instruktiv *Galeotti*, Zu einer Neubegründung liberaler Toleranz. Eine Analyse der „affaire du foulard“, in *Forst* (Hg) *Toleranz* (2000) 231-256.
 5) In Österreich bislang bekanntlich kein Problem; siehe aber die ausweichende Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts in Kopftuch *Ludin*, BVerfGE 108, 282 sowie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in *Leyla Sahin vs Turkey*, Application no. 44774/98, 29.06.2004.

6) Eine Frage, die für Österreich von *Schinkele*, *Der „Streit“ um das islamische Kopftuch*, mit bloßem Verweis darauf, dass „in Kernbereichen hoheitlicher Verwaltung“, in denen der Staat gewissermaßen verkörpert wird, verneint wird. Eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Frage steht noch aus.
 7) Siehe „Im Wortlaut: Buttiglione zu Homosexualität und Frauen“, *Online Standard*, 14.10.2004.
 8) *Kymlicka*, *Contemporary Political Philosophy* 327.
 9) Zum Begriff siehe *Fraser*, *Soziale Ungerechtigkeit im Zeitalter der Identitätspolitik. Umverteilung, Anerkennung und Beteiligung*, in *Fraser/Honneth*, *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse* (2003) 25.

gehöriger der Mittelschicht. Wer auch immer von diesem Modell abwich, wurde zum Opfer von Ausschluss und Marginalisierung, wurde zum Schweigen oder zur Anpassung gezwungen. Das aber, so *Kymlickas* Befund, lassen sich die (vormals) unterdrückten Gruppen nicht mehr bieten. Sie verwehren sich dagegen, als Abweichler bezeichnet zu werden, nur weil sie sich vom „Normalbürger“ in solchen Attributen wie ethnischer Zugehörigkeit, Kultur, Geschlecht und „ability“ unterscheiden. Wie *Axel Honneth* sich ausdrückt, wird nun im Zuge eines regelrechten kulturellen Umbruchs „aus der Not der Ausgrenzung die Tugend der Konstruktion einer eigenständigen Kultur gemacht.“¹⁰ Anknüpfend daran fördern die jeweiligen Gruppen eine inklusive Konzeption von „Citizenship“ (Status der voll berechtigten Bürgerin). Im Rahmen dieser Konzeption müsse der Staat ihre (nunmehr positiv besetzten) „Identitäten“ anerkennen anstatt sie zu stigmatisieren und sich an ihre Unterschiede anpassen anstatt sie deshalb auszuschließen.¹¹

Für solche Forderungen gibt es verschiedene Gründe, die nicht nur in den jeweiligen wissenschaftlichen Moden auszumachen sind. Einer davon ist die wichtige Beobachtung *Kymlickas*, dass die integrative Kraft des Wohlfahrtsstaats Grenzen hat, wenn es darum geht, das niedrige soziale Ansehen von „abweichlerischen“ Gruppen zu verbessern. Zwar sind ökonomische und statusmäßige Benachteiligung in vielfacher Hinsicht miteinander verflochten, es lässt sich aber doch feststellen, dass manche Gruppen, die im Schnitt ökonomisch gut dastehen, dennoch (weiterhin) Statusdiskriminierungen erleiden. Dazu gehören rechtliche ebenso wie soziale Benachteiligungen, die sich etwa in faktischen Diskriminierungen (oft trotz rechtlicher Antidiskriminierungsvorkehrungen), stereotypen Darstellungen bis hin zu Verhetzung und Gewalt ausdrücken.¹² Weil also ökonomische Gut- oder Besserstellung nicht ausreicht, um bestimmten Gruppen Ansehen zu verschaffen, ja jenes Ressentiment noch befördern kann, das hinter ihrem negativen „Image“ in der Mainstreamgesellschaft steht (man denke nur an das Klischee des „reichen, hedonistischen Schwulen“), scheint vielen eine Politik der Anerkennung im multikulturellen Rahmen das geeignete Mittel, weil es ja darum geht, das kulturelle Gefüge und die soziale Vorstellung davon, was von *Wert* ist, in entsprechender Weise zu verändern.

2. Die „kulturalistische Wende“ und ihr „Problem der Verdrängung“

Kymlickas mit bemerkenswertem Selbstbewusstsein und zum expliziten Ärger manchen Kollegen¹³ vorgetragener Befund ist Ausdruck einer vielerorts diagnostizierten „kulturalistischen Wende“ in der politischen Praxis „neuer sozialer

Bewegungen“ ebenso wie in der politischen Philosophie.¹⁴ Sie hat sich bereits in den Debatten zwischen Liberalen und Kommunitaristen angekündigt, in welchen der Streit um „Werte“ im Kontext der Frage nach dem Verhältnis des Individuums zu jenen Gemeinschaften, die es „konstituieren“, ausgetragen wurde. Bisweilen spitzte sich dies zu einer Art „Kulturkampf“ zwischen „Konservativen“ und „Progressiven“ zu, obwohl hier politische Eindeutigkeiten zuweisen zu wollen eher kühn wäre.¹⁵ Der momentane Hauptträger des „Kulturalismus“ ist jedenfalls eine Richtung, die eher als progressive Strömung eingeschätzt wird, nämlich der Multikulturalismus.

Mit einer „Wende“ haben wir es aus der Perspektive von Beobachterinnen unter anderem deshalb zu tun, weil sich die Aufmerksamkeit nun vorwiegend auf Probleme kultureller Anerkennung richtet, wohingegen die Wirkungsweisen des Marktes, eines neoliberal entfesselten globalen Kapitalismus,¹⁶ aus dem Blickfeld geraten. Das ist jedenfalls der Verdacht, den Theoretikerinnen wie *Nancy Fraser* besorgt artikulieren. *Fraser* sieht eine „Verquickung des Neoliberalismus mit der sogenannten ‚kulturellen Wende‘ in einem ideologischen Umfeld“, das ohnehin zunehmend „darauf eingeschworen“ sei, „jegliche Kritik der Ökonomie zu unterdrücken.“¹⁷ Es ist für sie kein Zufall, dass die Theorie der Anerkennung genau „in dem Moment paradigmatischen Rang“ einzunehmen beginnt, da „ein aggressiv expandierender neoliberaler Kapitalismus die wirtschaftliche Ungleichheit radikal verschärft.“

Mit solcher Kritik wird jener Strang multikulturalistischen Denkens kritisiert, dem man nachsagt, die Wende von Marx zu Nietzsche vollzogen zu haben, der also gleichsam den Schritt von der „Moderne“ zur „Postmoderne“ getan hat. *Melzer et al* argumentieren in ihrer instruktiven Einleitung zu einem einschlägigen Sammelband, dass der Multikulturalismus nur dann angemessen verstanden werden könne, wenn dieser Wechsel der Perspektive verstanden und ernst genommen würde: *Nietzsche* meinte, so die Autoren, dass das menschliche Wesen nicht durch seine Bedürfnisse nach materiellen Gütern bestimmt sei, sondern durch jenes nach Würde und Selbstachtung. Wer den Grund für das eigene Dasein wisse, so die doch etwas wagemutige These, könne auf fast alle Arten existieren.¹⁸ Fragen der materiellen Ausstattung und damit auch jene nach der möglichen Legitimation von Umverteilung, die doch lange Zeit die politische Philosophie dominiert hatten, und sei es auch auf äußerst abstraktem Niveau (wie das Rawls'sche Differenzprinzip), konnten derart auf die Seite geschoben werden. Die ökonomische Dimension wird, so der Verdacht, zum *Nebeneffekt* politischen Handelns, anstatt dessen unmittelbarer Gegenstand zu sein.

10) *Honneth*, Umverteilung als Anerkennung. Eine Erwiderung auf *Nancy Fraser*, in *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung? 192.
 11) *Kymlicka*, Contemporary Political Philosophy 327.
 12) Siehe zu diesen „Gesichtern der Unterdrückung“ *Young*, Justice and the Politics of Difference (1989) 39-65. *Young* ist gewiss eine jener Theoretikerinnen des Multikulturalismus, denen eine Vernachlässigung des Ökonomischen nicht vorgeworfen werden kann.
 13) Vgl *Barry*, Culture and Equality (2001) 6f.
 14) Ob diese kulturalistische Wende sich überhaupt

zugetragen hat oder ob sie nur in den Gehirnen von Multikulturalistinnen und ihren Kritikern existiert, die nur noch Bücher über Multikulturalismus lesen, ist eine andere Frage, die man polemisch stellen könnte.
 15) Es ist insofern auch kein Zufall, dass die frühen Strömungen des Multikulturalismus in die Nähe des Kommunitarismus gerückt werden. Dazu (kritisch) *Kymlicka*, Contemporary Political Philosophy 336f.
 Zum Konnex von Anerkennungsphilosophie und Kommunitarismus siehe auch *Luf*, Überlegungen zur Theorie der Anerkennung in der gegenwärtigen Rechts-

philosophie, in *Schild*, Anerkennung. Interdisziplinäre Dimensionen eines Begriffs (2000) 73.
 16) Dazu drastisch *Eisenstein*, Global Obscenities. Patriarchy, Capitalism and the Lure of Cyberfantasy (1998).
 17) *Fraser*, Anerkennung bis zur Unkenntlichkeit verzerrt. Eine Erwiderung auf *Axel Honneth*, in *Fraser/Honneth*, Umverteilung oder Anerkennung 227.
 18) *Melzer/Weinberger/Zinman*, Introduction, in *Melzer et al*, Multiculturalism and American Democracy (1998) 3.

Die multikulturelle Wende würde also darin bestehen, dass das Problem der Umverteilung jenem der Anerkennung wenn schon nicht geopfert, so doch jedenfalls untergeordnet wird. Kämpfe der Anerkennung tragen in einem solchen Rahmen „weniger dazu bei, die Umverteilungskämpfe zu supplementieren, zu komplizieren und zu bereichern als sie zu marginalisieren und auszulöschen.“ Für *Fraser* ist dies „das Problem der Verdrängung“, auf welchem die Anerkennungstheorie ruht.¹⁹ Der Vorwurf trifft, wie sie an einer anderen Stelle schreibt, „modische kulturalistische Auffassungen“²⁰.

Solche modischen Auffassungen beginnen dann für den Multikulturalismus als solchen zu stehen, jedenfalls bei jenen, die multikulturalistische Ansätze kritisieren. Eine kurze Recherche in den Printmedien belegt diesen Befund jedenfalls für den popularisierten Gebrauch des Begriffs. Die anspruchsvollen normativen Vorgaben, die sich in multikulturalistischen Theorien finden, und ihre weit reichenden rechtspolitischen Schlussfolgerungen werden nicht oder zumindest kaum rezipiert. Es regiert ein Bild des Multikulturalismus in seiner „Hab-mich-lieb“-Version, der „blauäugig“²² so tut, als könnten die „tiefgehenden Differenzen“ ignoriert, ausgeklammert oder wegemaginiert werden – als könnte es Versöhnung ohne „Opfer“ geben, Versöhnung ohne Abstriche für die bislang marginalisierten, als könnte man ihnen und damit allen endlich gerecht werden.²³ Dazu gehört die Tendenz, jene Gruppen und sozialen Bewegungen, die im Namen einer Identitätspolitik Anerkennung für sich fordern, auf friedfertige Kollektive zu reduzieren und „rassistische und nationalistische Gruppen, wie sie die islamische Nationalbewegung oder die deutschen Skinheads darstellen“, auszublenden.²⁴

Schon *Cohn-Bendit* und *Schmid* verwendeten in ihrem 1992 erschienenen Buch „Heimat Babylon. Das Wagnis der multikulturellen Demokratie“ den von ihnen als „spektakelhaft“ bezeichneten Begriff nur widerwillig und weil er sich „eingebürgert“ habe²⁵, um einen normativ anspruchsvollen und optimistischen Kontrapunkt zu setzen in einer Gesellschaft, in der damals Asylantenheime brannten und die soziale Distanz zwischen Einheimischen und Zuwanderern sich nicht schließen wollte.²⁶ Das akzeptable Gesicht des Multikulturalismus war, wie *Sneja Gunew* etwas pointiert formuliert, auf das Essen beschränkt.²⁷ Gegen Pizza, Kebab, Couscous und andere kulinarische Genüsse wehrten sich, wie *Cohn-Bendit/Schmid* beobachteten, „nicht einmal eingefleischte Fremdenfeinde ernsthaft“.²⁸ Fremdes Essen und bunte, musikantenstadlkompatible Folklore lassen sich leicht verkraften und dienen zur „Völkerverbindung“.

3. Marktmechanismen und die „freie Wahl“

Alle Seiten in der Debatte tendieren bisweilen dazu, den Standpunkt der anderen mehr zu karikieren als wohlwollend darzustellen, wenn sie einander jeweils einer gewissen Einseitigkeit zeihen. Während liberale Theorien das Problem der Anerkennung ignorierten oder es privatisierend trivialisierten, würden multikulturelle Theorien, gebannt von Lösungsversuchen für Anerkennungsprobleme, die Mechanismen des Markts schlicht übersehen oder den Markt in seinem Systemcharakter nicht begreifen und so schlicht naive Theorie betreiben – so die Kritik von Seiten eines egalitaristischen Liberalismus und der kritischen Theorie, der *Fraser* zuzurechnen ist. Sie würden durch diese Marktvergessenheit dazu beitragen, dass der Neoliberalismus mit seinen Rufen nach Entstaatlichung den Wohlfahrtsstaat weiter untergräbt. Und tatsächlich sinkt ja die Toleranz für die Unzulänglichkeiten des Sozialstaats und steigt jene für die Ungleichheiten, die der Sozialstaat angetreten ist einzuebnen. Die Rede von der „freien Wahl“, vom günstigsten Handyanbieter bis zur privaten Gesundheitsversicherung, suggeriert allenthalben, jede habe es selbst in der Hand, das eigene Schicksal zu schmieden, und zwar nicht nur, solange sie jung ist, sondern im Sinne des „lifelong learning“ aktiv, in souverän-flexiblem Umgang mit jeder neuen Herausforderung bis zum Tod.²⁹ So legt sich dann auch die These nahe, dass Reden über Ökonomie und ökonomische Ungleichheiten altmodisch und eigentlich fundamentalistisch ist.³⁰ Allenthalben breitet sich die Ansicht aus, dass eine Politik der Verschiebung auch der „Daseinsvorsorge“ ins Private den Zeichen der Zeit entspricht und dem freien Menschen adäquat ist – ein Thema, das zunehmend „renommierte Juristen und Ökonomen“³¹ veranlasst, Sammelbände zu füllen.

So gesehen fügte sich „Multikulturalismus“ tatsächlich geschmeidig in die neoliberale Welt des globalen Kapitals. Der Staat wäre nur noch zuständig für die Verwaltung kultureller Konflikte, und diese Konflikte lösten sich im blauäugigen Klischee in der wundersamen Vielfalt bunter Differenz auf. Dieses reichlich unrealistische Bild, das einem anspruchsvollen normativen Multikulturalismus (zu dessen Plausibilität ein wenig später) naturgemäß nicht gerecht wird, hat allerdings eine gewisse Verankerung in der Realität. Unter dem Titel „Managing Diversity“ wird heutzutage in global operierenden Unternehmen Diversität zelebriert. Differenz und Diversität werden als Bonus von der Wirtschaft entdeckt und beschäftigen eine ganze Generation von Unternehmensberaterinnen und Trainern. Die Rede ist dann davon, dass „Managing Diversity“ verschiedenen „Entwicklungen von Wirtschaft und Gesellschaft entgegenkommt“, darunter der Entstehung von Unternehmen, die unter dem Titel „Ethnomarketing“³² verstärkt auf

19) Zitate bei *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit 125f.

20) *Fraser*, Soziale Gerechtigkeit 119.

21) *Füller*, Ohne Abgründe dialogisiert sich's leichter, taz, 22. 09. 2004, 18.

22) *Vonarburg*, „Das Schlimmste wäre eine Kiste nur mit Schweizern“, sagt der Gefängnisdirektor, Tages-Anzeiger, 21.08.2004, 5.

23) Vergleiche als drastisches aber instruktives Gegenbild *Barrys* Vorstellung vom Liberalismus als „Chemotherapie“ (Culture and Equality 25).

24) *Honneth*, Umverteilung als Anerkennung 143, macht dies *Nancy Fraser* zum (verallgemeinerbaren)

Vorwurf.

25) *Cohn-Bendit/Schmid*, Heimat Babylon 14.

26) Dazu nun *Steinbach*, Ethnische Grenzziehung und die Eingliederung von Zuwanderern in Deutschland (2004).

27) Zitat bei *Narayan*, Dislocating Cultures. Identities, Traditions and Third World Feminism (1997) 184.

28) *Cohn-Bendit/Schmid*, Heimat Babylon 15.

29) Dazu generell *Sennett*, Der flexible Mensch. Die Kultur des neuen Kapitalismus (1998).

30) So die Diagnose von *Hiebaum*, Die Tücken der

Toleranz, Manuskript (2004) 1.

31) So die Verlagsanzeige zum aktuellen Werk *Griller/Holoubek/Obermann* (Hg), Daseinsvorsorge: weniger Staat – mehr Markt (2004).

32) *Dalci*, Nischenstrategien im Telekommunikationsmarkt am Beispiel eines Marketingkonzeptes für die türkische Bevölkerung in Deutschland, unveröffentlichtes Manuskript (1999), zitiert bei *Koall*, Grundlegungen des Weiterbildungskonzeptes Managing Gender & Diversity/DiVersion, in: *Koall/Bruchhagen/Höher* (Hg), Vielfalt statt Leid(t)kultur. Managing Gender & Diversity (2002) 1.

kulturell unterschiedliche Wünsche von Kundinnen eingehen. Derart soll die als sehr hoch veranschlagte „Ethno-Kaufkraft“ adressiert werden können, vorzugsweise durch „Diversity“-trainierte Unternehmen, die Wert auf soziale Kompetenz im „Umgang mit unterschiedlichen Kulturen, Lebensstilen und Verhaltensweisen“ legen.³³ „Kulturelle Differenz“ wird so in das ökonomische System eingespeist und verfügbar gemacht, sie wird zum Gegenstand einer Strategie und zur Ware, zu einem „Lifestyle“, der „promotet“ werden kann. Kapitalistische Vermarktungsstrategien verarbeiten und vermitteln³⁴ Kultur- bzw. Gruppenzugehörigkeit als Lebensstil.³⁵ Identität wird etwas, was man in der Gestalt von „Lebensstilen“, die von der Werbung zunehmend global vermarktet werden, kaufen kann. An der Schnittstelle von „Ökonomie“ und „Kultur“ wird Menschsein als plastisch, formbar, verfügbar dargestellt und möglicherweise auch erlebt. Allerdings ist nicht jede Identität, nicht jede Gruppe gleichermaßen attraktiv. Der Markt entfaltet entlang des Status höchst unterschiedliche Wirkungen. Darüber, wie sich solche Vorgänge abspielen, wie Attraktivität generiert wird und was es bedeutet, Gegenstand einer Mode zu sein und wie sich Moden von den „tiefergehenden Unterschieden“ unterscheiden, haben multikulturalistische Theorien tatsächlich außer Polemik gegen Lifestyle wenig zu bieten.

4. Multikulturalismus, Rapmusik und Salman Rushdie

Diejenige Version des Menschseins, deren Kaufkraft auf dem Markt zelebriert und ausgebeutet wird und die in schnell wechselnden Moden zerfließt, ist freilich keineswegs ein typisches Ideal multikultureller Theoriebildung. Ganz im Gegenteil wird sie vom Multikulturalismus dem Liberalismus unterschoben und scharf kritisiert, weil sie die Tiefendimensionen menschlicher Existenz darauf reduziert, Projektionsfläche von modischen Trends zu sein. Ein normativ anspruchsvoller Multikulturalismus, der wohl nicht der (mindestens ebenso vielgesichtigen) Postmoderne zugeschlagen werden kann, beharrt darauf, die Unterschiede zwischen den Menschen als tiefgehende Unterschiede begreifen zu können und ihnen gerecht werden zu wollen, ohne sie auf Moden zu reduzieren oder ins Privatleben zu verweisen. Er setzt sich ab von dem, was Stanley Fish spöttisch *Boutique Multiculturalism* nennt.³⁶ Damit sind wir am letzten Punkt dieser kurzen Untersuchung angelangt: Gibt es einen solchen ernstzunehmenden Multikulturalismus und wenn ja, wie unterscheidet er sich von seinem leichtgewichtigen, neoliberalismuskompatiblen Bruder?

Rekapitulieren und schärfen wir zunächst durch die Brille von Fish dessen Gestalt. Der Boutique Multikulturalist ist durch eine oberflächliche bzw rein kosmetische Beziehung zu seinem Gegenstand charakterisiert. Er findet, dass Rapmusik eine gewisse Berechtigung hat und fühlt sich wohl in „soul-food restaurants“, wird sich aber schon mit Affirmative Ac-

tion schwer tun. Des Weiteren mag eine Boutique Multikulturalistin wahrnehmen, dass es berechtigterweise eine große Reichweite an Meinungen in der Abtreibungsfrage gibt. Sie wird aber kaum Sympathie für die *Handlungen* von Abtreibungsgegnern haben, die den Eingang von Kliniken blockieren, in denen Schwangerschaftsabbrüche durchgeführt werden, und Frauen, die ein- und ausgehen, verbal bis körperlich belästigen, nicht zu sprechen von noch drastischeren Aktionen. Das bedeutet aber, so kommt Fish auf den Punkt, dass die Boutique Multikulturalistin sich genau an der Stelle der von ihr wohlwollend betrachteten Kultur entgegenstemmt, auf die es ihren hingebungsvollsten Anhängerinnen ankommt. Sie kann also gerade die grundlegendsten Werte der Kulturen, die sie anerkennen will, nicht ernst nehmen. Der Weg, mittels dessen sie dies bewerkstelligt, ist die Berufung auf eine gemeinsame Menschlichkeit, vor deren Hintergrund die fraglichen problematischen Werte, auf deren Basis gehandelt wird, gleichsam verblassen und als ihr widersprechend für irrelevant oder unanwendbar erklärt werden.³⁷

Die schwergewichtigere Schwester des Boutique Multikulturalismus ist die *Politik der Differenz*, wie Fish sie unter Berufung auf Taylor nennt, oder der *starke Multikulturalismus*, so Fishs eigener Begriff. Auch hier geht es nicht ohne Spott ab: Die Politik der Differenz ist für Fish das Äquivalent zu einer Politik des Artenschutzes, wobei die zu schützenden Arten nicht Eulen und Schlangenhalsvögel („owls and snail darters“) sind, sondern „Araber, Juden, Homosexuelle, Chicanos, Italo-Amerikaner, und so weiter, und so fort“.³⁸ Das ist jener Multikulturalismus der Gruppenrechte, von dem eingangs die Rede war, der für sich beansprucht, bloße Toleranz zu überwinden und Kulturen Anerkennung und Wertschätzung zu erweisen.³⁹

Allerdings steht der starke Multikulturalist vor einem durchaus bekannten Dilemma, welches Fish vor dem eben gezeichneten Hintergrund etwas überraschend als solches der *Toleranz* rekonstruiert. Für die Struktur des Dilemmas macht das aber keinen Unterschied. Es kann wie folgt formuliert werden: Entweder der starke Multikulturalist geht mit seiner Toleranz bzw Anerkennung der Kultur so weit, dass er damit auch jene Intoleranz umfasst, die auf ihrem Grund liegt. In dem Fall wäre allerdings Toleranz nicht mehr sein leitendes Prinzip. Oder aber er verurteilt die Intoleranz und bringt seine Abscheu zum Ausdruck, etwa wenn Khomeini den Tod von Salman Rushdie verlangt. In diesem Fall würde er der Kultur allerdings genau an jenem Punkt nicht Respekt bezeugen, an dem es darauf ankommt, wo ihre Besonderheit auf dem Prüfstand steht. Typischerweise, so fährt Fish fort, wird sich der starke Multikulturalist in einem solchen Fall auf die Seite der zweiten Lösung schlagen. Das wird er im Namen eines supra-kulturellen Prinzips tun, das er scheinbar die ganze Zeit in petto hatte, allerdings ohne dies offen zu legen. Und nun, so Fish fast triumphierend, stellt sich heraus, dass der starke Multikul-

33) Koall, Grundlegungen 1 mwN.

34) In der Werbebranche ist es common sense, dass Klassen- und Schichtmodelle zunehmend unbrauchbar sind, um Produkte zu vermarkten. Vielmehr ist die Gesellschaft für die Werbung in Lifestyle Communities aufgesplittert, auf deren Wertesysteme und kulturelle Codes sie zurückgreifen muss, will sie ihr

Ziel erreichen – und das ist Konsum. Siehe dazu generell Hölscher, Lebensstile durch Werbung? Zur Soziologie der Life-Style-Werbung (1998).

35) Siehe dazu Holert/Terkessidis, *Mainstream der Minderheiten. Pop in der Kontrollgesellschaft* (1996).

36) Fish, *Boutique Multiculturalism*, in Melzer et al, *Multiculturalism* 69.

37) Fish, *Boutique Multiculturalism* 69f.

38) Fish, *Boutique Multiculturalism* 73.

39) So ausdrücklich etwa Parekh, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2000) 1.

turalist überhaupt kein starker Multikulturalist ist, sondern eine etwas tiefergehende Unterkategorie der seichten Kategorie des Boutique Multikulturalismus darstellt.⁴⁰ Die Boutique Multikulturalistin nimmt Differenz nicht ernst, weil ihre Elemente für sie nur Angelegenheiten des Lebensstils sind. Der starke Multikulturalist hingegen nimmt Differenz als generelles Prinzip so ernst, dass er keine partikuläre Kultur ernst nehmen kann, da sich in jeder Kultur Elemente der Intoleranz finden. Ihre vollständige Realisierung in einem politischen Programm würde daher wiederum die Unterdrückung von Differenz bedeuten, und das ist tunlichst zu verhindern.

Gibt es also keine Rettung für „den“ Multikulturalismus? Nicht für *Fish*, denn der findet, dass es genau aus den von ihm genannten Gründen unmöglich ist, ein Multikulturalist im normativen Sinn zu sein. Was bleibt, ist die Einsicht in die Realität multikultureller Gesellschaften und, im Umgang mit den dadurch auftretenden Problemen, „some ‚inspired adhocery‘“⁴¹, eine Phrase, der er von *Taylor* ausborgt und ernst nehmen will. Solche inspirierten, ad hoc gefundenen Lösungen können dann, dies ist *Fishs* Botschaft, nicht für sich in Anspruch nehmen, aus einer umfassenden Theorie weihel-

ler Prinzipien deduziert worden zu sein. Sie sollten nur in der momentanen Situation eine möglichst gut passende Lösung darstellen. Nach welchen Kriterien beurteilt wird, ob die Lösung „passt“, ist freilich ebenfalls wieder eine umstrittene Frage, die differieren wird, je nachdem ob das gute Leben des Individuums oder jenes des Kollektivs in den Mittelpunkt gerückt wird – oder ein Versuch gestartet wird, beides auf komplexe Weise miteinander zu verknüpfen. Einer solchen komplexen Verknüpfung bedarf auch das Verhältnis von „Werten“, „sozialem Status“ von Gruppen und deren ökonomische Situation auf dem (globalen) Markt und wie es sich in den jeweiligen sozialen Binnenräumen realisiert.⁴² Dieser Ball liegt bei jeder anspruchsvollen Theorie in der politischen Philosophie, egal, welchem Label sie sich zuordnen will.

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Holzeithner, Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien; <http://homepage.univie.ac.at/elisabeth.holzeithner/>.

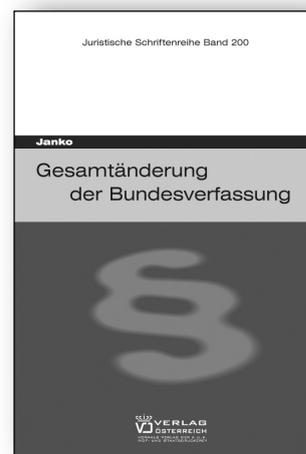
Janko

Gesamtänderung der Bundesverfassung

Die EG-Verordnung gegen Handelshemmnisse
2004, 518 Seiten, br., 3-7046-4284-3, € 78,-

Art 44 Abs 3 B-VG macht die Durchführung jeder „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ von der Zustimmung des Bundesvolkes abhängig und beschränkt damit den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der parlamentarischen Zweidrittelmehrheit. Die vorliegende Habilitationsschrift setzt sich kritisch mit der in Lehre und Rechtsprechung herrschenden historischen Auslegung dieser „Staatsfundamentalnorm“ auseinander und versucht, auf Grundlage der aufgezeigten Defizite ein alternatives, dynamischeres Modell des Gesamtänderungstatbestandes zu entwickeln.

A. Univ.-Prof. Dr. Andreas Janko lehrt und forscht als Angehöriger des Instituts für Staatsrecht und Politische Wissenschaften der Johannes Kepler Universität Linz in den Bereichen Verfassungs- und Verwaltungsrecht.



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

VERLAG
ÖSTERREICH

40) *Fish*, Boutique Multiculturalism 73f.
41) *Fish*, Boutique Multiculturalism 76.

42) Deutlich werden die aktuellen Herausforderungen bei *Drilling*, Young urban poor. Abstiegsprozesse in den Zentren der Sozialstaaten (2004).

Der deutsche Ökonom *Gerhard Willke* hat für die verdienstvolle Reihe „Campus Einführungen“ ein Buch mit dem Titel „Neoliberalismus“ geschrieben.¹ Wer sich davon aber einen systematischen Überblick über neoliberales Denken erwartet, wird enttäuscht. Streckenweise hat *Willkes* Text mehr von einer Inszenierung desselben – einem wissenschaftlichen Pamphlet, das mit sich selbst belegen möchte, was es schon zu Beginn behauptet: nämlich dass es gar keine Theorie gebe, die den Namen „Neoliberalismus“ trägt, zumindest keine ökonomische Theorie.

Doch auch *Willke* muss zugeben, dass der Neoliberalismus nicht bloß eine Halluzination seiner Gegner ist. Andernfalls bliebe unbegreiflich, warum er sein Buch als Einführung in selbigen verkauft? Neoliberalismus existiert – vielleicht nicht als in sich geschlossene Theorie, aber ganz sicher als ideologisches Gebilde, das sich aus zahlreichen, vor allem wirtschafts-, sozial-, bildungs- und kulturpolitischen Diskursen speist, die ihrerseits so etwas wie „Familienähnlichkeit“ (*Wittgenstein*) aufweisen: Anti-Egalitarismus; Eigenverantwortlichkeits- und Freiheitsrhetorik; Verbindung von Modernisierung mit weiterer Flexibilisierung, Entstaatlichung, Entpolitisierung und Deregulierung; Kulturalisierung sozialer Konflikte etc.²

Viel Genaueres erfährt man darüber in dem kleinen Bändchen freilich nicht, nicht einmal über bloß wirtschaftspolitische Strategien. *Willke* hatte offenbar etwas anderes im Sinn. Statt, wie es am Buchrücken heißt, „eine objektive Darstellung der neoliberalen Ansätze“ zu bieten, „die zeigt, was an der Neoliberalismuskritik berechtigt und was daran nur lamentierender Zeitgeist ist“, begnügt er sich im Großen und Ganzen mit einer reichlich abstrakten Verteidigung des Marktes „an sich“. *Fast alles* an der Kritik erscheint ihm als „lamentierender Zeitgeist“, als Kitsch. Natürlich formuliert er auch selbst Einwände gegen neoliberale Vordenker wie *Milton Friedman* und *F. A. v. Hayek*, bessere und schlechtere. Aber anstatt in der Neoliberalismuskritik der anderen zuallererst polemischere Zuspitzungen der eigenen Kritik zu erkennen³, unterstellt er Anti-Neoliberalen oft geradezu bizarre Naivität. Ein beispielhaftes Zitat: „Das Tauschsystem mit dem Argument zu kritisieren, es wäre schöner, wenn die Menschen sich beschenken, zeugt denn doch von einer exzessiven Realitätsferne.“ (158 f) Als wären die diversen Sozialgipfel nichts weiter als Fortführungen des katholischen Jungscharlagers mit anderen Mitteln.

Was nun folgt, ist daher im Wesentlichen eine Kritik der Kritik der Neoliberalismuskritik.

1. Das banale Geheimnis des kapitalistischen Erfolgs

Willke beginnt mit einer Auflistung der Einwände gegen aktuelle Tendenzen der wirtschaftlichen Liberalisierung, genau-

er: einer Auflistung von Schlagworten, wie sie von radikalen und gemäßigeren Kritikern gebraucht werden: „Marktfundamentalismus“, „Egoismus“, „Imperativ der Rendite“, „infernale Maschine des Kapitalismus“, „barbarischer Ultraliberalismus“ etc. Dies bringt ihn begreiflicherweise sofort zur Frage nach einer Erklärung, wie sich der Marktkapitalismus habe durchsetzen können, wenn er doch so verwerflich sei. Die Antwort, die er uns anbietet, verblüfft: „Neoliberalismus und Marktkapitalismus haben sich durchgesetzt, weil sie besser sind als die (bislang) bekannten Systemalternativen.“ (16)

Liberaler Erbauung

Gerhard Willke spielt das Lied vom Markt

Christian Hiebaum



Einmal angenommen, Neoliberalismus und Marktkapitalismus sind tatsächlich besser als alle bekannten Alternativen: Haben sie sich *deshalb* durchgesetzt? Eine solche These mutet zumindest auf den zweiten Blick etwas exzentrisch an. Wenn demokratisch-rechtsstaatliche Regimes durch militärisch-autoritäre abgelöst werden, dann doch sicher nicht, weil Letztere „besser“ sind? Sie mögen für einzelne Gruppen besser sein, aber darauf möchte *Willke* wohl nicht hinaus. Würde dieses Argument doch gerade den oberflächlichsten Kritikern des Neoliberalismus in die Hände arbeiten, nämlich jenen, die einfach nur behaupten, der Neoliberalismus habe sich durchgesetzt, weil er den Großkonzernen („dem Kapital“) diene. In dieser kruden Form wäre das Argument überdies dem Verdacht ausgesetzt, auf einem simplen funktionalistischen Fehlschluss zu beruhen. Die Nutznießer gesamtgesellschaftlicher Entwicklungen sind nicht unbedingt deren (alleinige) Urheber.⁴

Dass sich der Neoliberalismus etabliert hat, mag viele Gründe haben. Dass er sich nach den Erfahrungen mit der realsozialistischen Planwirtschaft, dem sozialpartnerschaftlichen Korporatismus etc. nachgerade etablieren *musste*, ist jedoch Unsinn. Unsinn wäre auch die moderatere These, dass der Neoliberalismus sich behauptet habe, *weil* „die“ Menschen ihn als vorzugswürdig erkannten. Die Menschheit ist kein Großsubjekt. Allenfalls setzen sich Gesellschaftskonzeptionen durch, weil einzelne machtvolle Akteure und größere Teile der Öffentlichkeit sie für besser halten.

1) *Willke*, Neoliberalismus (2003). Die Seitenangaben im Text beziehen sich auf dieses Buch.

2) Übrigens: Im Glossar zu *Willke*, John Maynard Keynes (2002), ebenfalls in der Reihe „Campus Einführungen“ erschienen, findet sich zum Begriff „Neoliberalismus“ der Eintrag: „Synonym auch Neoklassik; eine markt und wettbewerbsorientierte, kritisch gegen staatliche Steuerung und Regulierung einge-

stellte wirtschaftswissenschaftliche und -politische Denkschule.“

3) Im *Keynes*-Band (der tatsächlich eine Einführung bietet) hieß es noch: „Nach einer Periode des Selbstlaufs und fortschreitender Depolitisation des Wirtschaftlichen scheint es geboten, für die Politik den Anspruch auf die Kommandohöhen erneut geltend zu machen – auch und gerade in Zeiten der

Globalisierung.“ (*Willke*, Keynes 28)

4) Die orthodoxe marxistische Theorie mit ihrem Hang zu methodologischem Kollektivismus („Das Kapital verlangt dies und das ...“) war besonders anfällig für funktionalistische Verdrehungen. Ausführlicher dazu *Elster*, Making Sense of Marx (1985) ch 1.

Aber vielleicht meint *Willke* auch nur, dass sich der Marktkapitalismus durchgesetzt hat, weil sich keine bessere Alternative durchgesetzt hat. Doch diese „These“ wäre wohl allzu trivial, um sie einem ernsthaften Denker unterstellen zu können.

2. Schlechte (nicht: neoliberale) Politik

Natürlich erwähnt *Willke* auch die Schattenseiten des Marktkapitalismus: „Massenarbeitslosigkeit, soziale Ungerechtigkeit, Armut, Umweltzerstörung“ (18), er glaubt aber nicht, dass man aus einem „Teilaspekt“ ein besseres System entwerfen kann. Was er damit meint, ist nicht ganz klar. Soll das etwa heißen, Anti-Neoliberale würden davon ausgehen, dass ein anderes System, welches weniger Armut produziert, naturgemäß auch die Umwelt weniger belastet? Im Übrigen verwechselt *Willke* immer wieder die Kritik am neoliberalen Paradigma mit einer Fundamentalkritik an marktformiger Vergesellschaftung. Wenn wichtige Proponenten neoliberaler Politik wie der IWF einzelne Länder an den Rand des Ruins bringen, dann, so räumt *Willke* ein, würden sie in der Tat schlechte Politik machen. Schlecht sei diese Politik, weil sie „weder im Interesse der Geldgeber, also der Gläubigerländer von IWF und Weltbank, noch im Interesse der Weltwirtschaft, vom Interesse der Schuldnerländer ganz zu schweigen“ liege (182). Viel anders argumentieren freilich Globalisierungskritiker wie ATTAC auch nicht. Nur dass sie diese Politik eben, insofern ihr ein nachgerade enttäuschungsresistentes Vertrauen in den kapitalistischen Wettbewerb zugrunde liegt, „neoliberal“ nennen.⁵

Allerdings fällt es schwer zu glauben, dass *Willke* tatsächlich annimmt, wirtschaftspolitische Irrtümer seien vergleichbar mit mathematischen Irrtümern – als ob hinter wirtschaftspolitischen Entscheidungen und ökonomischen Großtheorien wie dem Monetarismus keine ideologischen Präferenzen stünden. Auf genau diesem Terrain, dem Terrain der Ideologie, findet der überwiegende Teil der Neoliberalismuskritik statt. Irgendwie scheint sich auch *Willke* dessen bewusst zu sein, widmet er der sozialphilosophischen Verteidigung des Marktes und des Liberalismus doch zwei Drittel seines Buches (28-106).

3. Marktplatonismus

In seiner Rekonstruktion der liberalen Marktkonzeption wendet sich *Willke* immer wieder gegen übertrieben hohe Erwartungen an die Tugendhaftigkeit des Einzelmenschen. Und das zu Recht. Für den normativen Individualismus und das schlichte Prinzip der Reziprozität, wie es die „Ethik des Marktes“ auszeichnet, lassen sich durchaus einige gute Argumente ins Treffen führen. Eines der überzeugendsten formuliert *Willke* folgendermaßen: „Der Markttausch substituiert (zumindest teilweise) die in Gewalt sich äußernden destruktiven Neigungen durch den domestizierenden Eifer des Erwerbstriebes. Und man verzichtet im Tausch auf die ethisch allzu anspruchsvolle

Norm der Selbstlosigkeit [...] zugunsten des robusteren Prinzips der (unpersönlichen) Gegenseitigkeit.“ (38 f)

Für den Bereich der Güterversorgung erweise sich der Markt jedenfalls als das am besten geeignete Koordinationsinstrument. Zwar kenne der Markt keine Brüderlichkeit, dafür aber auch keine Pietätspflichten und kein Ansehen der Person. Frei von Ethik sei er deshalb noch lange nicht. Zumal der auf Dauer angelegte Tausch „auf reziproken Verhaltenserwartungen beruht, insbesondere der Unverbrüchlichkeit von Zusagen (,Treu und Glauben‘).“ (40) Dem ist schwerlich zu widersprechen. Diskutabel ist auch *Willkes* Charakterisierung der Tauschwirtschaft als „Produktivitätsmotor“ der Geschichte (42).

Aber was hat das alles mit dem Neoliberalismus und seiner Kritik zu tun? Zumindest die reflektiertere Neoliberalismuskritik wird auf diesem Abstraktionsniveau kaum Einspruch erheben. Jedoch: Märkte existieren nicht im luftleeren Raum. Und dass der Markt kein Ansehen der Person kenne, das trifft vielleicht auf den idealen Markt zu, auf realen Märkten werden diskriminierende Präferenzen genauso ins Kalkül miteinbezogen wie andere.⁶ Vor allem aber sind Märkte immer Teil einer Gesellschaft, die durch mehr oder weniger große Ungleichheiten zwischen den Individuen gekennzeichnet ist.

Das weiß auch *Willke*, dessen Begeisterung nicht dem beliebigen, sondern nur dem *freiwilligen* Tausch gilt. Und wirkliche Freiwilligkeit, so betont er, erfordere ein gewisses Maß an Gleichheit. Denn: „Bei stark divergierender Ressourcenausstattung stehen sich die Tauschpartner auf Märkten nicht unter vergleichbaren Bedingungen und ‚auf Augenhöhe‘ gegenüber, sondern in asymmetrischer Konstellation: Die schwächere Partei befindet sich auf den Knien.“ (44 f) Damit hätten wir das Reich der bloßen Ideen wieder verlassen und Anschluss an die Wirklichkeit gefunden.

Allerdings zieht *Willke* daraus nur den Schluss, dass den Verteidigern des Marktmodells in Anbetracht dieser „Ersünde“ ein wenig Demut gut zu Gesicht stünde (47). Die interessantere Frage bleibt unbeantwortet: Was heißt das für die politische Praxis? Denn dass *Willke* damit nur für ein wenig „Unternehmensethik“ und „corporate social responsibility“ plädiert, ist gerade nicht anzunehmen. Das würde dem Duktus seiner Argumentation vollkommen zuwider laufen. (Nebenbei: Derzeit sind es weniger die Anti-Neoliberalen als ihre Gegner, die so gerne von der Notwendigkeit einer ethischen Beschränkung wirtschaftlichen Handelns reden. Üblicherweise also dieselben, die *rechtliche* Beschränkungen zusehends abgebaut wissen wollen.)

Auch was *Willke* sonst noch über den Markt als dezentralen Koordinations- und Informationsmechanismus zu sagen hat, klingt schön und überzeugend, hat aber mit Neoliberalismus im Speziellen nur wenig zu tun. Verteidigt wird ein Modell, zur Diskussion hingegen steht eher die Frage, in welchen Bereichen der Gesellschaft und unter welchen Rahmenbedingungen das Modell *implementiert* werden sollte. Was bedeu-

5) Außerdem wird man wohl kaum behaupten können, dass von der fragwürdigen Politik des IWF in den letzten Jahrzehnten niemand profitiert hätte. Zumindest einige private Großfinanziers lukrierten trotz der Finanzkrisen der jüngeren Vergangenheit beach-

liche Summen. Ihre Forderungen wurden nicht selten durch öffentlich finanzierte Kredite abgedeckt (sog. „bail-out“) – eine Praxis, die nicht gerade zu Sorgfalt bei der Kreditvergabe und hinreichender Berücksichtigung von Wechselkursrisiken animiert. Siehe die

zahlreichen Hinweise bei *Stiglitz*, Die Schatten der Globalisierung (2002).

6) Siehe *Sunstein*, Free Markets and Social Justice (1997) 108.

ten Marktstrukturen und Privatisierungen im Bildungssystem, im öffentlichen Verkehr, im Gesundheitswesen etc.? Über die diesbezüglichen Argumente der Neoliberalen und ihrer Gegner erfährt man so gut wie nichts.⁷ Dass der Markt bestens für den Bereich der Güterallokation und Güterdistribution geeignet ist (39), ist eine ziemlich ungenaue Aussage. Denn um welche Güter soll es sich dabei handeln: um Bildungschancen, soziale Sicherheit, Trinkwasser und medizinische Leistungen genauso wie um DVDs und Autos?

4. Der Einbruch der Realität

Gegen Ende des Buches wird es konkreter – mitunter aber auch etwas skurril. So hält *Willke* der Kritik, dass die gegenwärtige „Krise der Familie“ zu einem guten Teil dem „Imperialismus“ der kapitalistischen Wirtschaft geschuldet sei, entgegen, dass andere Subsysteme der Gesellschaft „in erster Linie durch ihre eigene Schwäche“ gefährdet seien. Als ob es völlig gleichgültig wäre, wie viel Flexibilität den Einzelnen abverlangt wird, ob Eltern auf Abruf und auch an Wochenenden zu arbeiten haben etc.

Ansonsten bedient sich auch *Willke* eines beliebten Arguments von Marktmodellisten: Der Markt regle nur die Primärverteilung der Güter; die Sekundärverteilung (im Wege der Besteuerung und über Transferzahlungen) sei Sache der Politik. Natürlich wirke Letztere auf Erstere und damit auf das Funktionieren des Marktes zurück (Stichwort: Anreize). Deshalb, meint *Willke*, müsse auch die Sekundärverteilung „marktkonform“ sein (144). Damit sind der Verfolgung sozialer Gerechtigkeit aber sehr enge Grenzen gesetzt, für Anti-Neoliberale zu enge. Nichtsdestoweniger lautet die entscheidende Frage nicht: Ist der Markt prinzipiell gut oder schlecht? Sie lautet vielmehr: Für welche Güter soll er der Primärverteilungsmechanismus sein und die Grenzen der Sekundärverteilung bestimmen? Und: Welchen Regeln haben Markttransaktionen zu entsprechen, wenn sie schon die Primärverteilung festlegen.

Für die neoliberale Forderung nach Deregulierung gibt es nach *Willke* einen ganz einfachen Grund, „nämlich die wenig erfreulichen Erfahrungen mit Überregulierung“ (172). Teilweise trifft dies sicher zu. Hinsichtlich mancher Deregulierungen fragt sich aber schon: Für wen waren die Erfahrungen mit der „Überregulierung“ eigentlich unerfreulich? Und dass Deregulierung und Privatisierungen wirklich „erfreulichere“ Erfahrungen bescheren, liegt auch nicht so oft auf der Hand, wie uns die Neoliberale versichern. Selbst wenn damit – was keineswegs immer der Fall ist – das Wirtschaftswachstum angekurbelt und die Beschäftigungsquoten erhöht werden. Wirtschaftswachstum kann durchaus mit Verelendung der unteren Schichten einhergehen; *Trickle-down*-Effekte sind nicht selbstverständlich. Ebenso können Beschäftigungszuwächse mit höheren Armutsquoten korrelieren; deregulierende Beschäftigungsstrategien (siehe USA) sind herkömmlichen

wohlfahrtsstaatlichen Strategien zur Reduktion von Armut und Ungleichheit nicht immer überlegen.⁸

Der Sozialstaat ist aber noch nicht am Ende, da hat *Willke* Recht. Solche Institutionen sind träge. Kaum bezweifeln lässt sich jedoch, dass Systeme der sozialen Sicherung unter Druck geraten sind und die Einkommensungleichheiten zunehmen. „Für soziale Gerechtigkeit ohne kurzfristige Produktivitätsrendite“, meint *Wolfgang Streeck*, „sind die Zeiten nicht gut.“⁹ Wenigstens eine von mehreren Ursachen dafür dürfte im Vorherrschen einer bestimmten Ideologie liegen.

Willke sieht das alles relativ gelassen. Für ihn „orientiert sich das Deregulierungsprogramm an der ... Frage, ob bei geltenden Gesetzen, Vorschriften und Auflagen der Nutzen (noch) in einem angemessenen Verhältnis zum Aufwand beziehungsweise Schaden steht“ (174). Und genauso ist es auch. Aber davon, was angemessen ist und was schon nicht mehr, handelt ja die ganze Diskussion um den Neoliberalismus letzten Endes. Um sich an dieser Debatte beteiligen zu können, benötigt man Standards von Angemessenheit, also (wie immer ex- oder implizite) Gemeinwohlstandards und sonstige politisch-moralische Werte. Wenn man allerdings – wie *Willke* – darüber nicht mehr sagen will, als dass Gemeinwohl wesentlich das aggregierte Nebenprodukt individueller Eigeninteressenverfolgung und Werte zuallererst subjektive Präferenzen sind, dann bleiben wirklich nur der Rückzug in die Abstraktion und Kopfschütteln ob diverser moralischer Erregungen.

5. Der Kunde ist König

Im Zentrum des von ihm verteidigten liberalen Projekts sieht *Willke* die Freiheit, und zwar die Freiheit des Einzelmenschen. Und irgendwie stimmt das schon, aber eben nur *irgendwie*. So heißt es bspw: „Zum Liberalismus gehört, dass die persönliche Freiheit Vorrang hat. Im Zweifel, das heißt im Konfliktfall, soll auch die soziale Gerechtigkeit der Freiheit nachgeordnet sein.“ (74) Als Beleg führt er in der dazu gehörigen Fußnote eine Bemerkung von *Walter Reese-Schäfer* an: „Kein individuelles Recht darf dem Allgemeinwohl geopfert werden.“ Diese Aussage ist jedoch keineswegs äquivalent mit der Behauptung eines Vorrangs der Freiheit vor sozialer Gerechtigkeit. *Reese-Schäfer* spricht nämlich von *Gemeinwohl* und nicht von Gerechtigkeit. Die meisten Liberalen betrachten ein bestimmtes Set von Freiheitsrechten als *Element* von sozialer Gerechtigkeit, welche ihrerseits die Grenzen der Gemeinwohlverfolgung vorgibt. Und was die Freiheit angeht, so haben auch die Kritiker des Neoliberalismus selten *prinzipiell* etwas gegen sie einzuwenden. Sie bevorzugen nur einen anspruchsvolleren, positiven Freiheitsbegriff. Andererseits gibt es sogar prominente liberale Denker, die der Rede von der Freiheit überhaupt nichts abgewinnen können. Für *Ronald Dworkin* etwa ist der erste und höchste politische Wert die Gleichheit, aus der sich dann einzelne Freiheiten (im Plural) ergeben würden.¹⁰

7) Im Übrigen müssen auch Modellierungen, wenn sie den Erkenntnisfortschritt befördern sollen, über hinreichenden Realitätsgehalt verfügen. Modelle des Arbeitsmarkts etwa haben wohl – entgegen der Auffassung von Neoliberalen wie Friedman – anders

auszusehen als Modelle des Wertpapiermarkts.
8) Siehe nur *Alber*, Hat sich der Wohlfahrtsstaat als soziale Ordnung bewährt?, in *Mayer* (Hrsg), Die Beste aller Welten? Marktliberalismus versus Wohlfahrtsstaat (2001) 59 (81 ff).

9) *Streeck*, Wohlfahrtsstaat und Markt als moralische Einrichtungen: Ein Kommentar, in *Mayer*, Beste aller Welten? 135 (167).

Allerdings teilt *Willke Hayeks* „Gerechtigkeitsphobie“ (121) keineswegs. Eingriffe zur Herstellung einer halbwegs gerechten Sekundärverteilung müssten durchaus sein. Irrwitzige Einkommens- und Vermögensdifferenzen einfach als notwendige Folge wirtschaftlicher Freiheit abzutun hält *Willke* für jene Strategie, die der liberalen Sache „wirklich schadet“ (124). Gleichwohl liegt er nicht ganz richtig, wenn er meint, *Hayeks* „Denkfehler“ bestehe darin, „dass die Bewertung einer Ungleichverteilung als ‚ungerecht‘ nicht von deren Verursachung abhängt, sondern von deren Ausmaß“ (125). Selbstverständlich haben unsere Gerechtigkeitsurteile auch einiges mit dem Zustandekommen der Zustände, auf die sie sich beziehen, zu tun. Das anzuerkennen fällt natürlich schwer, wenn man so große Stücke auf den Marktmechanismus hält, ohne *Hayek* auf den Leim gehen zu wollen. (Wenn ich aus „Abenteuerlust“ mein Hab und Gut verschenke, um mit dem Existenzminimum zu leben, kann ich mich kaum über das Wohlstandsgefälle zwischen mir und den weniger exzentrischen Menschen in meiner Umgebung beklagen.) Der überwiegende Teil der Neoliberalismuskritik dagegen möchte dem Markt hinsichtlich zahlreicher Güter nicht einmal die Primärverteilung überlassen. Doch die Politik kann auch weniger radikal in die Primärverteilung eingreifen, nämlich durch die Gestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Marktprozesses (etwa der vertrags- und arbeitsrechtlichen Normen).¹¹ Zwar lassen sich auf diese Weise nicht bestimmte Ergebnisse garantieren, aber Ungerechtigkeiten, welche typische Folgen einer Ungleichverteilung von Macht und Wissen sind, werden dadurch reduziert.

Um der Kritik der anderen etwas mehr Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, hätte *Willke* nur die Frage aufs Tapet bringen müssen, wie sich der Gehalt von Freiheitsrechten überhaupt näher bestimmen lässt ohne irgendwelche Vorstellungen von dem, was eine gute Gesellschaft oder was gut für die Gesellschaft ist. Die Kritik der Kommunitaristen am Liberalismus mag oft überzeichnet ausgefallen sein und von einer gewissen Weltabgewandtheit zeugen, einige Treffer konnte sie aber dennoch landen – vor allem in Form kniffliger Fragen. Dass *Willke* sich dazu nicht äußert, dürfte seinen Grund in der offensichtlichen Sympathie mit *Hayeks* Auffassung haben, dass das je einzelne Individuum bestimmt, was seine Werte sind (95). Der Konsument als Wertestifter. Damit scheinen halbwegs vernünftige Diskurse über das Gute von vornherein ausgeschlossen. Und dazu passt dann auch die Vorstellung, dass das Gemeinwohl prinzipiell nicht direkt, sondern *immer* nur wie durch eine unsichtbare Hand realisiert werden kann.

Das erklärte Feindbild *Willkes* sind die „Präzeptoren“, die durchsetzen wollen, „dass nur die *eigentlich* wichtigen Dinge nachgefragt/gekauft werden“ (und nicht Pornovideos), obwohl der Markt sich doch „nur an den Kriterien Kaufkraft und Rentabilität orientieren“ könne (79). Letzteres trifft fraglos zu. Nur: Daher rührt ja gerade die Skepsis gegenüber allzu großem Marktvertrauen. Zumal offenkundig ist, dass Individuen als Marktteilnehmer nicht unbedingt dieselben Präferenzen haben wie als Teilnehmer am politischen Diskurs. So kann ich als TV-Konsument Programme sehen wollen, von denen ich denke, dass sie ein weiterer Nagel in den Sarg der Zivilisation sind. Nicht nur das Gemeinwohl kann sich realisieren, ohne intendiert worden zu sein, für sein Gegenteil gilt dasselbe.

Andererseits meint auch *Willke*: „Der Markt soll die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung gewährleisten; wie alle Freiheiten ist auch diese nur eingeschränkt realisierbar. Welche Beschränkungen nötig und erwünscht sind, muss politisch entschieden werden ...“ (87) Das wäre eigentlich ein guter Einstieg in die Neoliberalismuskritik gewesen, die sich genau darum dreht, und nicht um die Frage, ob eine Weltwirtschaft auf Tugenden wie Altruismus oder Nächstenliebe gegründet werden kann.

6. Fazit: Wertschöpfung durch Detachment

Alles in Allem ist das Ganze also trotz zahlreicher Wahrheiten und einprägsamer Bonmots für diejenigen, die nach Erkenntnis dürstet, eine unbefriedigende Angelegenheit – nicht zuletzt, weil *Willke* sich beharrlich weigert, die Neoliberalismuskritik so stark wie möglich zu machen, bevor er sie seinerseits der Kritik unterzieht. Daher auch das Pamphlethafte des Textes, dem freilich einiger Erfolg beschieden sein dürfte. Schließlich versichert er jeder passionierten Ich-AG, dass sie die Nüchternen in der Sozial- und Wirtschaftswissenschaft auf ihrer Seite hat. Er stiftet Sinn. Vor allem aber vermittelt er der geneigten Leserschaft das wohlige, wenngleich trügerische Gefühl, über den Dingen zu stehen. Und solche Leistungen werden bekanntlich immer nachgefragt.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Christian Hiebaum lehrt am Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik der Karl-Franzens-Universität Graz und ist Mitherausgeber des Juridikum;
christian.hiebaum@uni-graz.at.

10) *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen (1984); *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (2000).

11) *Koller*, Individualismus und Liberalismus bei Hayek und Nozick, in *Seelmann* (Hrsg), Wirtschaftsethik und Recht (2001) 39 (49).

Entbehrliche Diskussionen

Iris Appiano-Kugler

Viel Papier und warme Luft könnten gespart werden, hätte die politische Entscheidungskaste jenes aufgeklärte Bewusstsein, dass die Bevölkerung bereits weitgehend auszeichnet. Exemplarisch hierfür sind drei Beispiele „heißer Eisen“, die immer noch viel zu viel Staub aufwirbeln.

Mitunter stehen konservative Haltungen auch schlicht für Unmenschlichkeit, wie das erste Beispiel zeigt. So fordert in Salzburg eine mutige Landeshauptfrau eine Selbstverständlichkeit ein, die anderen Verantwortlichen demütig die Schamesröte ins Gesicht treiben sollte. Das Recht und vor allem die Möglichkeit der Frauen bis zum dritten Monat ihrer Schwangerschaft zu entscheiden, ob sie ein Kind wollen oder nicht.

Selten gehen die Emotionen so hoch, wenn es um die Frage geht, wie lange in den wissenschaftlichen Labors an Föten und Embryonen geforscht werden darf. Vielleicht ist die Toleranz in diesem Bereich nicht zuletzt auch deshalb höher, weil dieselben Personen, die einer bedauernswerten Frau eine Abtreibung verweigern wollen, Aktien in genau jenen Firmen halten, die ihren Profit vielleicht mit dieser Art von Forschung verdienen.

Wie zu garantieren ist, dass dort nur Föten und Embryonen bis zum dritten Monat „verwendet“ werden, ist die eine Frage. Dass der Pharmaindustrie in den Köpfen diverser konservativer Moralapostel mehr erlaubt sein soll als jeder Frau, die andere.

Und der Widersprüche nicht genug, ist den AbtreibungsgegnerInnen häufig auch die Sexualaufklärung ein Dorn im wertkonservativen Auge. Im Zeitalter von Aids und einem rasanten Anstieg von Geschlechtskrankheiten ist diese Haltung schlicht dumm.

Konsequenterweise hat sich auch Gabi Burgstaller mit viel Dummheit herumzuschlagen, denn alles was zu diesem Thema zu sagen ist, wurde bereits

vor dreißig Jahren erschöpfend und logisch nachvollziehbar durchgekaut. Dies hat zu einem Gesetz geführt, dass den Schwangerschaftsabbruch bis zum dritten Monat straffrei lässt und zumindest damals hat dies eine politische Mehrheit auch verstanden. Wer glaubt denn noch wirklich ernsthaft, dass der Schwangerschaftsabbruch für Frauen ein probates Mittel der Empfängnisverhütung sein kann? Beispiele wie Holland zeigen, dass genau das Gegenteil der Fall ist. Dort wo eine gute Sexualaufklärung stattfindet und menschlicher mit der Fristenregelung umgegangen wird, wird immer weniger abgetrieben. So wenig, dass Abtreibungskliniken wieder schließen müssen. Dagegen zu sein, heißt in Wahrheit die Jugend ihrem Schicksal selbst zu überlassen und keine Verantwortung für sie zu übernehmen. Es heißt, dass nur jene Frauen unter medizinischer Aufsicht abtreiben können, die genug Geld haben und alle anderen mehr oder weniger dubiose Dienste in Anspruch nehmen müssen.

Wie lange wird es noch dauern bis begriffen wird, dass immer schon abgetrieben wurde und werden wird, egal was Kirche, Konservative oder sonstige SittenwächterInnen wünschen. Und, dass aus einem unerwünschten Kind auch in Salzburg niemals ein Mozart wird, weil entnervte vom Existenzkampf aufgeriebene Mütter kaum Ressourcen haben, sich ihrem Nachwuchs ausreichend zu widmen. Von den Vätern in solchen und anderen Fällen ganz zu schweigen.

Und gerade in Salzburg gibt es auch sonst viel zu wenige Institutionen, die AlleinerzieherInnen bei der Kinderbetreuung unterstützen könnten.

Freilich geht immer alles irgendwie, aber genau das wird hier in erster Linie den Frauen zugemutet. Gleichzeitig auch die von Gabi Burgstaller aufgeworfene Frage nach einer arbeitsmarktgerechten Kinderbetreuung als Utopie abzutun, zeugt von prähistorischen Denkmustern und aktuellem Zynismus.

Wo die Festplatte ausschließlich auf Bewahren und Behalten eingespeichert ist, wird jeder evolutionäre Millimeter zur Utopie.

Doch manchmal überraschen sich die AnhängerInnen der „ewigen Werte“ selbst und ein Mitglied fordert die gesetzliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften. Was dann folgt, ist eine weitere entbehrliche Diskussion, weil es sich auch hier um Selbstverständlichkeiten handelt. Während der Bundeskanzler nicht errötet, wenn er Wörter wie Toleranz ventiliert, liefert er den Widerspruch gleich mit. Denn gegen die gesetzliche Gleichstellung ist er allemal. Etwas anderes als die gesetzliche Anerkennung kann aber wohl kaum mit Toleranz gemeint sein. Dass Menschen für ihre erlaubte sexuelle Ausrichtung nicht mehr an den Pranger gestellt werden sollen, zumindest darüber könnte eine parteiunabhängige Einigkeit bestehen.

Es gibt eine politische Verantwortung, die bestehenden Diskriminierungen in diesem Bereich abzustellen. Eine mögliche Diskussion kann höchstens um die Frage des „Wie“ kreisen, da sie jedoch um die Frage des „Ob“ kreist, ist sie ein weiteres Beispiel für die Entbehrlichkeit gewisser Wortspenden.

Und um im Feld einer caritativen Begrifflichkeit zu bleiben, drängt sich das dritte Beispiel auf. Sollen Kirchenmenschen ihre, nach weltlichen Gesetzen erlaubte, Sexualität leben dürfen oder nicht? Auch hier stehen politische Entscheidungen an, wenn auch nicht durch ausschließlich weltliche Entscheidungsträger(Innen?).

Die Wahrscheinlichkeit ist groß, dass auch noch die nächsten Skandale, die systemimmanent vorprogrammiert sind, eher zur Symptombekämpfung, denn zur Umstrukturierung führen werden. Und da wie dort wird das Thema Sexualität eine achtköpfige Hydra bleiben, wenn die Politik der gesellschaftlichen Entwicklung nicht nachzieht.