

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 4. 2003

thema

Der Konvent tanzt

recht & gesellschaft

Der Fall WTO

„Handel und ...“ – und was eigentlich?

Papsttum, Papstwahl und Nachfolgesouveränität

Homosexualität und der Freiheitsbegriff in den USA

Diskriminierungsschutz durch Recht

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

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

Für Context herausgegeben von

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

Inhalt

recht & gesellschaft

Peter Bußjäger	Der Fall WTO	169
Silvia Ulrich	Die Lehre des Rechts der Geschlechterbeziehungen	174
August Reinisch	„Handel und ...“ – und was eigentlich?	175
Stefan Schima	Papsttum, Papstwahl und Nachfolgesouveränität	180
Martin Hiesel	Homosexualität und der Freiheitsbegriff der Verfassung der Vereinigten Staaten	184
Viktor Winkler	Diskriminierungsschutz durch Recht	188

thema: der konvent tanzt

Ewald Wiederin	Über Verfassungen und Ruinen	192
Gerhard Strejcek	Das „Kinderwahlrecht“, die Wahlgleichheit und die Aufgaben des „Österreich-Konvents“	195
Nikolaus Dimmel	Zur „Effizienz“ und anderen Paradigmen der Verfassungsreform	202
Brigitte Hornyik	Der Konvent und die Frauen	209
Heinz Barta	Platons Plädoyer für Gesetzespräambeln	214
Heinz Mayer	Ein Regelwerk und kein Lesebuch	217

rubriken

vor.satz	Christian Hiebaum Über das Symbolische in der Politik	166
merk.würdig	Fall Imre B.	168
nach.satz	Iris Appiano Kugler Spirale nach unten	220
impressum	168

Über das Symbolische in der Politik

Christian Hiebaum

Im Dezember 2003 hat das österreichische Parlament die „Osterweiterung“ der EU formell abgesegnet. Alle bis auf zwei Abgeordnete haben den Erweiterungsverträgen zugestimmt. Der Umweltsprecher und die Vertriebenensprecherin der Freiheitlichen stimmten dagegen. Nicht dass sie damit etwas Konkretes bewirken wollten. Nein, die Aktion sei vielmehr als „symbolische“ zu verstehen, sagen die beiden und ihre Partei. Es gebe bekanntlich Probleme mit Tschechien (Temelin, Benes-Dekrete), und das wollte man eben zum Ausdruck bringen. Waren die beiden Abgeordneten wirklich gegen Tschechiens EU-Beitritt? Es wäre kein Wunder, wenn sie darauf antworten würden: „Nein, nicht wirklich, nicht einmal unter den gegebenen Bedingungen. Trotzdem ...“

Angenommen, so würde argumentiert. Dann hätten wir ein Musterbeispiel für eine allseits beliebte und trotzdem fundamental defekte Überlegung. Natürlich ist es jedem Abgeordneten und jeder Abgeordneten unbenommen, mit dem Stimmverhalten persönliche Einstellungen, wie es heißt, „auszudrücken“. Dennoch würde in unserem Fall irgend etwas nicht stimmen. Es ist nicht das Nein an sich oder die Tatsache, dass die beiden Abgeordneten durchaus damit gerechnet haben dürften, in der Minderheit zu bleiben. Es wäre die Begründung: „Wir wollten eigentlich nur ein Zeichen für das und jenes setzen bzw. das und jenes zum Ausdruck bringen.“ Eine sinnvolle Begründung hätte mindestens die Aussage beinhalten müssen: „Wir haben dagegen gestimmt, weil wir dagegen waren.“

Wenn die beiden Abgeordneten tatsächlich gegen den EU-Beitritt Tschechiens zum jetzigen Zeitpunkt waren, könnte noch immer der Partei besagter Denkfehler angelastet werden. Nämlich dann, wenn sie eine nichtgeschlossene Zustimmung nicht als Preis für innerparteiliche Demokratie und Folge der Freiheit des Mandats verstanden, sondern für eine geschickte Strategie gehalten hätte.

Jetzt könnte eingewendet werden, ich hätte nicht verstanden, wie die politische Kommunikation funktioniert. Tschechien werde den Mangel an Einstimmigkeit schon als Signal zu deuten wissen und die Klientel der Partei ebenso. Doch kann das sein? Tschechien dürften die Vorbehalte Österreichs bisher nicht entgangen sein. Und es hätte aus einer einstimmigen Parlamentsentscheidung sicher nicht geschlossen, dass die Themen „Temelin“ und „Benes-Dekrete“ erledigt seien. Das Wahlvolk wiederum kann eine Politik unmöglich ernst nehmen, die gar kein Hehl daraus macht, dass sie in nichts weiter als einem folgenlosen Bekenntnis zu „österreichischen Positionen“ besteht.

Natürlich ist in einem gewissen Sinne jede Politik immer auch symbolische Politik. Viel hängt schon von der Beschreibung eines Problems ab. Wer beispielsweise aus welchen Gründen immer Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung gekürzt haben und einen anspruchsvollen Gerechtigkeitsdiskurs vermeiden will, tut gut daran, Arbeitslosigkeit als Problem der individuellen Arbeitsunwilligkeit statt als strukturelles Problem einer Marktwirtschaft darzustellen. Und wer für eine restriktivere Einwanderungspolitik eintritt, hat bessere Chancen auf Zustimmung, wenn er den „kriminellen Ausländer“ an die Wand malt. Aber auch die Gegner müssen sich, wenn Entscheidungen anstehen, wohl oder übel einiger Simplifizierungen bedienen, mit denen sie in einem von Entscheidungsdruck entlasteten wissenschaftlichen Seminar schlecht dastehen würden.

So weit, so gut – und so trivial.

Schlechte Symbolpolitik zeichnet sich nun dadurch aus, dass sie das Symbolische vom Rest des (sozialen) Lebens entkoppelt. Sie setzt, mit anderen Worten, auf Unmögliches oder forciert leere Bekenntnisse. Ein Bekenntnis, das ich nur ablege, weil ich weiß, dass es garantiert folgenlos bleiben wird, ist wie ein Versprechen, dessen Nichteinhaltung ich mir vorbehalte – im Grunde

nichts. Wer in der Politik solche Bekenntnisse ablegt, täuscht das Wahlvolk. Wer dem Wahlvolk aber auch noch mitteilt, ein Bekenntnis nur abgelegt zu haben, um „ein Zeichen zu setzen“, verkauft sich oder andere für dumm.

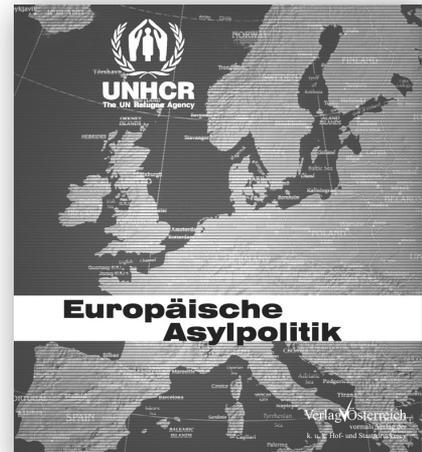
Der Punkt ist also nicht, dass so etwas wie Heuchelei immer schlecht wäre. Abgesehen davon, dass sie individuell-strategisch von Nutzern sein kann, vermag sie auch in größerem Maßstab segensreich zu wirken. Denken wir nur an die Praxis der Höflichkeit. Kein Mensch versteht Höflichkeitsfloskeln immer als Ausdruck ehrlicher und aufrichtiger Wertschätzung. Alle wissen: Manchmal sind sie dies, oft aber auch nicht. Und selbst wenn sie als bloße Reproduktion einer Konvention „durchschaut“ werden, machen sie einen handfesten Unterschied. (Philosophisch Ambitionierte würden in diesem Zusammenhang vielleicht von der „Materialität des Scheins“ sprechen.) Daher sind auch symbolpolitische Strategien wie die Political Correctness niemals deshalb fragwürdig, weil sie zur Heuchelei einladen.

Ganz anders das gelegentlich vorgebrachte Argument für die Aufnahme eines Gottesbezugs in die Verfassung, es gehe ja nur um Bewusstmachung unserer Wurzeln, um unsere Identität etc: Dieses fällt in die Kategorie „schlechte Symbolpolitik“. Es läuft auf den Vorschlag hinaus, einen Schein zu installieren, der darüber hinaus nichts bewirken soll. Und weil die, die es gebrauchen, keine Dummköpfe sind, will das Argument auch kaum jemand ernst nehmen. Es wird im Allgemeinen für vorgeschoben gehalten. Doch das hatten wir hier schon einmal.

Jedenfalls – und das ist die Moral der kurzen Geschichte – sollten Bekenntnisse und Symbolpolitik nicht denunziert werden, weil sie eben dies sind. Bei ihrem politischen Einsatz ist aber darauf zu achten, nicht dümmer oder verschlagener zu wirken, als man vielleicht ist.

UNHCR (Hg.)
Europäische Asylpolitik – Loseblattsammlung

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

Fall Imre B.:

VfGH hebt abermals UVS-Bescheid auf

Ende des letzten Jahres hatte sich der VfGH zum zweiten Mal mit dem Fall des im Rahmen eines Polizeieinsatzes ums Leben gekommenen Imre B. auseinander zu setzen. Zur Erinnerung: Im Mai 2000 wurde ein im 4. Wiener Gemeindebezirk gelegenes Lokal von Beamten der Bundespolizeidirektion Wien observiert. Als Imre B. das Lokal mit einer Schachtel verließ und diese im seinem PKW verlud, wurde er von den Polizeibeamten mit gezogener Waffe aufgehalten. Laut Angaben der BPD Wien habe ein Beamter versucht, die Fahrzeurtüre zu öffnen, was aber nicht sofort gelang. Bei einem zweiten Versuch sei die Türe „unvermittelt aufgegangen“, woraufhin der Beamte „überrascht nach hinten getaumelt“ wäre. Sei Oberkörper habe eine leichte Drehung vollzogen; im Zuge dessen habe sich im Reflex ein tödlicher Schuss gelöst.

Im Namen der beiden Söhne des Verstorbenen wurde daraufhin eine Maßnahmenbeschwerde beim UVS Wien eingebracht. Diese wies der UVS Wien mit der Begründung zurück, dass die österreichische Rechtsordnung außerhalb des Strafrechts ein Verfahren zur rechtlichen Überprüfung einer Tötung durch behördliche Organe nicht vorsehe. Den Kindern als Hinterbliebenen komme daher keine Beschwerdelegitimation zu.

Dieser Bescheid des UVS Wien wurde vom VfGH (VfSlg 16.179/2001) unter Hinweis auf das Erkenntnis Omofuma (VfGH 6.3.2001, B 159/00) aufgehoben. Da Art 129a B-VG EMRK-konform interpretiert werden müsse, stehe den Angehörigen sehr wohl ein Beschwerderecht an den UVS zu, um die Zulässigkeit der betreffenden Amtshandlung überprüfen zu können.

Doch auch in seinem daraufhin ergangenen Ersatzbescheid konnte der UVS Wien in den tödlichen Schüssen keine Rechtsverletzung erkennen. In der Begründung wurde darauf hingewiesen, dass der betreffende Beamte im Straf-

verfahren vor dem Bezirksgericht Fünfhaus freigesprochen worden war, weil der Schachverständige die Abgabe des Schusses als nicht vorwerfbare Reflexhandlung wertete. Eine solche unbeabsichtigte Handlung stellte nach Ansicht des UVS Wien jedoch keinen bekämpfbaren Akt verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dar. Das Einschreiten der Beamten sei „auf eine den Gesetzen entsprechende und absolut korrekte Art und Weise“ (!) erfolgt. Bei den tödlichen Schüssen habe sich um eine „in keinster Weise rechtswidrige Vorgangsweise“ gehandelt.

Dieser Bescheid des UVS Wien wurde nunmehr vom VfGH abermals wegen Verletzung des Rechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter behoben. Der VfGH führt in seinem Erkenntnis (VfGH 25.11.2003, B 403/03) aus, dass die Ansicht des UVS Wien verfehlt sei, wonach der tödliche Schuss kein der Bundespolizeidirektion Wien zurechenbares normatives Handeln darstellen könne. Die Durchsuchung des PKW und die damit zeitlich und sachlich in Zusammenhang stehende Anhaltung Imre B's seien als einheitlicher Akt verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu beurteilen. Für die Beurteilung der Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde komme es daher nicht darauf an, ob die Abgabe des Schusses vom Beamten gewollt war. Die Amtshandlung sei als Einheit zu werten, die in ihrer Gesamtheit als gem Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG bekämpfbare Amtshandlung anzusehen sei und somit der nachprüfenden Kontrolle des UVS unterliege.

Weiters wies der VfGH darauf hin, dass – der Rechtsprechung des EGMR entsprechend – auch eine unbeabsichtigte Tötung in den Schutzbereich des Art 2 EMRK fällt. Ob eine Verletzung dieses Rechts vorliegt, müsse vom UVS Wien nun im fortgesetzten Verfahren beurteilt werden.

Daniel Ennöckl

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
a. o. 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>

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:

Peter Bußjäger, Nikolaus Dimmel, Daniel Ennöckl, Christian Hiebaum, Martin Hiesel, Brigitte Hornyik, Iris Appiano Kugler, Heinz Mayer, August Reinisch, Stefan Schima, Gerhard Strejcek, Silvia Ulrich, Ewald Wiederin, Viktor Winkler

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. Mag^a. 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

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

a. o. 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.

Der Fall WTO

Ein Fallbeispiel zum Problem demokratischer Legitimation jenseits des Nationalstaats

Peter Bußjäger

1. Vorbemerkung

Die Welthandelsorganisation WTO (World Trade Organization) ist für viele zivilgesellschaftliche Organisationen und Aktivisten zum Synonym einer globalen Politikgestaltung geworden, die als neoliberalistisches Diktat der mächtigen und reichen gegenüber den schwachen und wirtschaftlich armen Staaten empfunden wird.¹ Dazu kommt, dass die von der WTO im Rahmen des GATS (General Agreement on Trade and Services) verfolgten Liberalisierungsbestrebungen öffentlicher Dienstleistungen auch innerhalb der wohlhabenden Staaten zunehmend kritisch gesehen werden.²

Die in der Öffentlichkeit artikulierte Kritik an den Strukturen und Aktivitäten der WTO sowie am GATS weist, ganz abgesehen davon, ob sie nun begründet sein mag oder nicht, auf ein Defizit in den derzeit praktizierten Teilhabereformen der nationalen Politik an der Gestaltung jenseits des Nationalstaates hin. Dies gilt vor allem hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Entscheidungen auf supranationaler Ebene. Der vorliegende Beitrag will diesen Komplex näher untersuchen und Lösungsansätze aufzeigen.

2. Die WTO als supranationale Organisation

2.1 Grundlagen

Die WTO³ ist im Jänner 1995 als Nachfolgeorganisation des GATT 1947 (General Agreement on Trade and Tariffs) gegründet worden. Der Regelungsbe-

reich der WTO umfasst drei Materien, nämlich den internationalen Warenhandel auf der Grundlage des GATT, den internationalen Handel mit Dienstleistungen auf der Grundlage des GATS (General Agreement on Trade with Services)⁴ und schließlich den internationalen Schutz geistigen Eigentums auf Grund des TRIPS-Abkommens (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights).⁵

Den rechtlichen Rahmen stellt das Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO-Abkommen) mit Anhängen samt Schlussakte und verschiedenen Beschlüssen dar.⁶ Zu diesen Anhängen zählen ua das Multilaterale Abkommen über den Handel mit Waren (GATT – Anhang I A), das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen samt Anhängen (GATS – Anhang I B) sowie das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS – Anhang I C).

Die WTO verfolgt die bisherigen GATT-Prinzipien der Gegenseitigkeit (die handelspolitischen Zugeständnisse und Leistungen, die sich die GATT-Signatäre gegenseitig einräumen, müssen gleichwertig sein), Liberalisierung (Abbau von Zöllen und nichttarifären Handelshemmnissen) und Meistbegünstigung (Zoll- und Handelsvorteile, die sich zwei GATT-Mitglieder gegenseitig einräumen, sollen allen Signatären zugute kommen).

Die Ziele der WTO liegen vornehmlich in der Förderung der Handelsbezie-

hungen (siehe Art II und III WTO-Abkommen). Die Handelsbeziehungen sollen bindenden Regelungen unterworfen, Handelspraktiken überprüft werden und es soll für eine effektive Streitschlichtung bei Handelskonflikten gesorgt werden.

Der WTO gehörten mit Stand 2003 146 Staaten sowie die Europäische Union, vertreten durch die Kommission an. Mit einer Reihe weiterer Staaten werden Beitrittsverhandlungen geführt. Über die Aufnahme eines Staates und die Beitrittsbedingungen wird mit Zweidrittelmehrheit entschieden (Art XII).

Die WTO ist eine internationale Organisation, die gegenüber den Mitgliedsstaaten Hoheitsrechte ausübt, wie sich anhand der nachstehenden Ausführungen zeigt, die sie auch als supranationale Organisation kennzeichnen.⁷

2.2 Organe und Entscheidungsfindung

Die Organe der WTO bilden zunächst die Ministerkonferenz, die mindestens einmal alle zwei Jahre zusammen zu treten hat⁸ und der Allgemeine Rat, der sich aus Vertretern sämtlicher Mitgliedstaaten zusammensetzt und nach Zweckdienlichkeit zusammentritt. Dazu sind verschiedene spezielle Räte und zwar jeweils für den Handel mit Waren, den Handel mit Dienstleistungen und für handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums vorgesehen, die unter der „allgemeinen Leitung des Allgemeinen Rates“ stehen (Art IV).

Die WTO besitzt Rechtspersönlichkeit (Art VIII), womit sie als internationale Organisation deklariert ist.⁹ Die Finanzierung erfolgt durch die Mitgliedsstaaten. Der Haushalt beträgt für 2003 154 Mio Schweizer Franken. Das Generalsekretariat umfasste im Jahre 2002 ca 550 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.¹⁰

1 Das zeigt sich auch daran, dass sich die WTO bemüht, auf diese Kritik zu entgegnen (siehe unter www.wto.org: „10 common misunderstandings about the WTO“). Siehe zum „Fall WTO“ auch *Willke*, *Atopia* (2001) 182 ff.

2 Dies betrifft vor allem die Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen auf der Grundlage des GATS

(siehe insbesondere auch die Bestimmungen über die „fortschreitende Liberalisierung“ gem Teil IV des GATS).

3 Siehe dazu etwa *Schulev-Steindl*, Die neue Welthandelsordnung (GATT/WTO), JAP 1997/98, 144 ff.

4 Zum GATS etwa *Raza*, GATS: Auswirkungen der Liberalisierung des Handels mit Dienstleistungen auf

Gesundheits- und soziale Dienste, *SozSi* 2003, 83 ff.

5 Siehe etwa *Gamharter*, TRIPS Abkommen und Gesundheitsschutz, *JBl* 2003, 292 ff.

6 BGBl Nr 1/1995, idF BGBl Nr 379/1995, BGBl III Nr 40/1998, 42/1998, 44/1998 und 61/1999.

7 Vgl zu den Kriterien der Supranationalität *Streinz*, *Europarecht*⁵ (2001)

48.

8 Bisher 1996, 1998, 1999, 2001 und 2003.

9 Zur Rechtspersönlichkeit einer internationalen Organisation siehe *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Das Recht der Internationalen Organisationen⁷ (2000) 44 ff.

10 Daten entnommen aus der WTO Website (www.wto.org).

Beschlüsse werden in der Ministerkonferenz und im Allgemeinen Rat nach Möglichkeit im Konsenswege gefasst. Kommt ein solcher Konsens nicht zustande, wird über die strittige Angelegenheit abgestimmt (Art IX Z 1). Verschiedentlich ist aber auch ausdrücklich Einstimmigkeit, Dreiviertelmehrheit oder Zweidrittelmehrheit vorgesehen (vgl Art IX Z 2 und 3 bzw Art X Z 1).

2.3 Verfahren der Streitschlichtung

Von besonderer Bedeutung ist das Verfahren der Streitschlichtung (Dispute Settlement Understanding)¹¹. (Anhang 2 des WTO-Abkommens). Kommt es zwischen Mitgliedern der WTO über die Frage von Handelshemmnissen zu Streit, dann entscheiden in erster Instanz im sogenannten Dispute Settlement Body (DSB) speziell eingerichtete Gremien von Experten, sogenannte „panels“. Gegen die Entscheidung eines panels steht die Berufung an den „Appellate Body“ (AB) offen (Art 17). Desse Entscheidung ist dann endgültig.

Die Entscheidungen im Streit-schlichtungsverfahren münden in sogenannte „Empfehlungen“, die jedoch zu-meist jedenfalls die Abschaffung eventueller Vertragsverletzungen zum Inhalt haben. Diesen „Empfehlungen“ ist von den Mitgliedstaaten nachzukommen.

Dieses Verfahren der Streitschlichtung wird in der Literatur im Vergleich mit dem vorherigen Zustand überwiegend positiv bewertet.¹² Das Verfahren der Streitbeilegung weist einen für internationale Organisationen überaus hohen Grad an Verrechtlichung auf. Es ist unbestritten, dass die stärkere Verrechtlichung die WTO deutlich stärker als das GATT gemacht hat.¹³ Die Häufigkeit der Fälle, die dem Verfahren unterzogen werden, weist auf die hohe praktische Bedeutung hin. Die panels und das Berufungsgremium entwickeln

durch Rückgriff auf Vorjudikatur auch in gewisser Hinsicht eine ständige Rechtsprechung im Sinne eines gefestigten Systems an Entscheidungen.¹⁴

3. Ansätze eines „Staatenverbunds sui generis“?

3.1 Die Herausbildung eines WTO-Rechtssystems

Der „Staatenverbund sui generis“ bildet eine häufig verwendete Bezeichnung der Europäischen Union. Der Zusammenschluss der Mitgliedstaaten der EU mittels völkerrechtlicher Verträge bei einer gleichzeitigen Durchgriffswirkung des EU-Rechts gegenüber den Mitgliedstaaten sind das Besondere dieses Systems, das in der vergleichenden Föderalismusforschung¹⁵ teilweise bereits als föderales System bezeichnet wird, während dies die Staatsrechtslehre verneint.

Wie noch zu zeigen sein wird (siehe unter 3.2), ist das WTO-System, etwa hinsichtlich seiner Durchgriffswirkung, noch nicht mit dem Standard des EU-Rechtssystems vergleichbar, jedoch gibt es verschiedene andere Ähnlichkeiten¹⁶, die als Ansätze eines neuen Systems „sui generis“ gewertet werden können:

So wird gegenüber dem vorangegangenen GATT die Stärkung der WTO in der gewachsenen rechtlichen Verbindlichkeit und den supranationalen Zügen durch Ministerkonferenzen im Zweijahresrhythmus und den Dreiviertel-Mehrheitsbeschlüssen gesehen.¹⁷ Das Tagesgeschäft wird auf der technischen Ebene durch Beamte erledigt. Es bildet sich somit eine transnationale Bürokratie heraus, wie sie typischerweise auch die Bürokratie der EU kennt.¹⁸

Das WTO-Recht ist zwar primär ein durch Staatsvertragsrecht gebildetes Rechtssystem. Indessen appelliert die Präambel des WTO-Abkommens be-

reits an die „fundamentalen Grundsätze dieses multilateralen Handelssystems“ und die „Verwirklichung seiner Ziele“. Damit ist impliziert, dass dem WTO-Recht bestimmte Prinzipien zugrunde liegen, die jedoch nicht immer explizit angeführt werden.¹⁹ Es wurde auch bereits festgestellt, dass im System der WTO-Rechtsprechung auch nicht ökonomisch orientierte Grundsätze, wie etwa das Prinzip der Verhältnismäßigkeit oder der Grundsatz des guten Glaubens zur Anwendung gelangen.²⁰ Diese Prinzipien werden im Verfahren der Streitschlichtung näher präzisiert und judiziert. Eine Änderung des WTO-Rechts bedingt eine Änderung der jeweiligen Verträge, die bei einer solchen Vielzahl von Akteuren entsprechend schwierig zu gestalten ist.²¹ Dadurch gelangen die Organe im Streitschlichtungsverfahren erst recht in die Situation, das System der WTO an die Dynamik der Weltwirtschaft anzupassen und weiterzuentwickeln.

3.2 Durchgriffswirkung des WTO-Rechts gegenüber den Mitgliedstaaten?

Dem WTO-Recht ermangelt grundsätzlich die unmittelbare Anwendung in den Mitgliedstaaten.²² Das bedeutet, dass sich in Verfahren vor den nationalen Gerichten niemand auf Bestimmungen des WTO-Rechts, die nicht im nationalen Recht verankert sind, berufen kann. Auch das Verfahren der Streitschlichtung können nur die Mitgliedstaaten der WTO, nicht aber Privatpersonen oder juristische Personen in Anspruch nehmen.²³ Mit all diesen Grundsätzen verbleibt das WTO-System im klassischen Konzept einer internationalen Organisation.

Es gibt im WTO-Recht als einem im Völkerrecht verankerten System keine zwangsweise Rechtsdurchsetzung. Ein effektives Mittel bildet jedoch die Mög-

11 Dazu etwa *Reinisch*, Das WTO-Streitbeilegungssystem, *ecolex* 2000, 836 ff.

12 Vgl etwa *Volz*, Die Organisation der Weltwirtschaft (1998) 74.

13 *Rode*, Globalisierung und Regionalisierung, Die Rolle der Europäischen Union in der politischen Dimension der wirtschaftlichen Globalisierung – Globalisierung und Regionalisierung, in: Müller-Graff (Hrsg), Die Europäische Gemeinschaft in der

Welthandelsorganisation (1999/2000) 55.

14 Dazu *Reinisch*, Richterrecht im Völkerrecht, JRP 2001, 297 ff.

15 Siehe etwa *Watts*, Comparing federal Systems² (1999) 69.

16 Siehe dazu auch *Reinisch*, Das WTO-Streitbeilegungssystem, *ecolex* 2000, 836 f.

17 Vgl *Rode*, Globalisierung und Regionalisierung 55.

18 Siehe dazu allgemein *Bach*, Die

Bürokratisierung Europas (1999).

19 Siehe *Hill/Goettsche*, The Relation of Economic and Non-Economic Principles in International Law, in: Griller (Hrsg), International Economic Governance and Non-Economic Concerns (2003) 10 f.

20 *Hill/Goettsche*, Economic and Non-Economic Principles 36 f.

21 Siehe dazu *von Bogdandy*, Legitimacy of International Economic Governance: Approaches to WTO Law

and Prospects of its Proceduralisation, in: Griller (Hrsg), International Economic Governance and Non-Economic Concerns (2003) 112.

22 Zu dieser freilich schon kontrovers diskutierten Frage siehe auch *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System (1999) 252 ff.

23 Siehe auch *Reinisch*, Können Verletzungen von WTO-Recht durch einzelne Betroffene geltend gemacht werden?, *ecolex* 2000, 912 ff.

lichkeit, dass das geschädigte Land gegenüber dem schädigenden Land Handelsvergünstigungen (etwa die sogenannte „Meistbegünstigungsklausel“) außer Kraft setzen darf und dies nicht als Verletzung des GATT gilt (Art XXII GATT).²⁴

3.3 Die EU im WTO-System

Sowohl die Europäische Union als auch ihre Mitgliedstaaten sind Vertragsparteien des WTO-Abkommens. Das Abkommen trägt den Besonderheiten dadurch Rechnung, dass der EU diejenige Stimmenzahl zusteht, die der Zahl der Mitgliedstaaten entspricht, die ihrerseits Mitglieder der WTO sind (Art IX Abs 1). Dieser „Gemeinschaftsblock“ wird durch eine einheitliche Delegation aus der „Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten“ vertreten, deren Sprecher grundsätzlich ein Vertreter der Kommission ist.²⁵

Nach Auffassung des EuGH ist das WTO-Recht in der Gemeinschaft nicht unmittelbar anwendbar. Daher bedarf es auch innerhalb der Gemeinschaft der Umsetzung entweder durch die EU selbst oder die Mitgliedstaaten.^{25a}

3.4 Zwischenresümee

Die besondere Rolle unabhängiger, gerichtsförmiger Organe im WTO-System fügt sich in eine Entwicklung, die zunehmend zu einer „Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat“²⁶ führt.²⁷ Es wäre nicht überraschend, wenn diese Entwicklung früher oder später zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit des WTO-Rechts in den Mitgliedstaaten führen würde. Die Herausbildung einer weiteren transnationalen Bürokratieebene ist ein weiteres Indiz für die Entwicklung einer Organisation mit den Ansätzen eines Staatenverbundes, der jedoch mit allen Problemen der Exekutivlastigkeit der Formen internationaler Zusammenarbeit belastet ist.

4. Das Problem demokratischer Legitimation jenseits des Nationalstaates

Eine auf das Prinzip der Souveränität des Nationalstaates fixierte Staatstheorie „presumes that governments and all internationally acting national actors can be controlled by their national parliaments and by their peoples. But this is – on the European level as well as, and even more on WTO- or UN-political levels – more or less mere fiction, and at least an ideology to keep the politically ruling class in power.“²⁸ Mit diesen Worten *Brunkhorsts* ist das Problem des „Regierens jenseits des Nationalstaates“²⁹ im Grundsätzlichen umschrieben.

Der demokratische Rechtsstaat zielt auf die Mitgestaltungsmöglichkeit des Volkes in direkter oder repräsentativer Weise an der Gesetzgebung. Die Partizipation des Volkes darf nicht jenseits des Nationalstaates enden. Angesichts der Globalisierung wäre das Resultat sonst eine immer weitere Zurückdrängung des demokratischen Prinzips, die angesichts zunehmender Verrechtlichung der Strukturen in den Mehrebenensystemen fatal wäre. Der Fall WTO ist hierfür ein durchaus einprägsames Beispiel: Während in der WTO das „rule of law“ via Schiedsverfahren durchaus gestärkt wird, verbleibt auf der demokratischen Ebene ein erkennbares Defizit.³⁰ Zwar agieren zumindest in den Ministerkonferenzen unmittelbar demokratisch legitimierte und verantwortliche Organe, die zudem auch die Entscheidungsfindung auf der technischen Ebene determinieren können.³¹ Es stellt sich jedoch die Frage, wie der Entparlamentarisierung entgegen gesteuert werden kann. Hier bietet sich in erster Linie die Bindung des Abstimmungsverhaltens der Exekutivorgane an. Wenn eine Verfassung derartige Instrumente zur Verfügung stellt, ist, zumal dann, wenn bei der Entscheidungsfindung Stimmeneinhelligkeit an-

gestrebt wird, das Problem des demokratischen Defizits deutlich reduziert.

Aus der Verfassungslage in Österreich ergeben sich folgende Konsequenzen: Der jeweilige Vertreter der BReg ist dem Parlament gegenüber politisch und rechtlich verantwortlich, ebenso wie für die Handlungen der Vertreter auf der technischen Ebene. Faktisch wird diese Verantwortlichkeit kaum jemals zum Gegenstand der Kontrolle gemacht: Zu fern erscheint das Handeln jenseits des Nationalstaates offenbar den Abgeordneten. Diese, auf mehr oder weniger selbstverschuldetem Nichtwissen einzelner Mandatare beruhende Frage bildet jedoch noch nicht den Kern des Problems. Weitaus schwerer wiegt, dass die Ingerenzmöglichkeiten der Abgeordneten selbst dann, wenn sie engagiert sind, bescheiden sind: Außer dem Anfragerecht steht kein individuell oder von einer geringen Zahl von Abgeordneten einsetzbares Instrument der Kontrolle zur Verfügung. Immerhin ist es jedoch möglich, mit Entschließungen, die freilich der Mehrheit des NR bedürfen, gegenüber der BReg einen Wunsch des Parlamentes auszudrücken. Noch schwächer ist die Stellung der Länder: Die Landtage können durch Anfragen höchstens auf verschlungenen Wegen Informationen erhalten und durch Entschließungen lediglich die Landesregierung, nicht aber ein Bundesorgan binden. Die Länder selbst können wohl Stellungnahmen an die Bundesregierung, die jedoch keinerlei rechtliche Bindungswirkung nach sich ziehen, erstatten.

Die Stellung von NR und BR sowie der Länder ist somit deutlich schwächer als in Angelegenheiten des EU-Rechts, wo doch Art 23d B-VG sowohl dem NR und dem BR als auch den Ländern ein Instrumentarium an Informations- und Mitwirkungsrechten zur Verfügung stellt.

24 Vgl dazu auch *Volz*, Organisation der Weltwirtschaft 125.

25 Vgl *Streinz*, Europarecht 241.

25a Rs. 149/96.

26 Siehe dazu *Pernthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl 2000, 691 ff.

27 Dazu *Bußjäger*, Jenseits des Politischen (2002) 80 ff.

28 *Brunkhorst*, Constitution without

a State – A European Constitution in the Making,

<http://www.arena.uio.no/events/papers/Brunkhorst.paper.pdf>, 5.

29 Zu dieser Wendung *Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaates (1998).

30 Das ist auch daran zu erkennen, dass die Website der WTO bemüht ist, die demokratische Legitimation der

Entscheidungen in der WTO herauszustreichen (siehe dazu die WTO-Website www.wto.org). Freilich vermag der Hinweis darauf, dass die Entscheidungsorgane in der WTO demokratisch legitimiert sind, was auch nicht bei allen Vertretern der 146 Mitgliedstaaten der Fall ist, das Grundproblem nicht zu bereinigen, nämlich dem fehlenden Einfluss der Legislativen in den

Nationalstaaten auf die entscheidenden Akteure.

31 Siehe dazu auch *Howse*, How to Begin to Think About the „Democratic Deficit“ in the WTO, in: Griller (Hrsg.), International Economic Governance and Non-Economic Concerns (2003) 79 ff.

Die im Rahmen der WTO verhandelten multilateralen Abkommen und andere Vorgänge sind mittlerweile Gegenstand der öffentlichen Aufmerksamkeit, nicht zuletzt durch das Engagement zivilgesellschaftlicher Gruppierungen, geworden. Allerdings kann die Zivilgesellschaft den parlamentarischen Diskurs nicht ersetzen, höchstens sein Fehlen zum Teil kompensieren. Noch immer ist das Parlament jenes Forum, in dem ein demokratisch gewählter Gesetzgeber die Regierung bindet. Das Fehlen solcher parlamentarischer Rechte beruht auf einem längst überholten Bild des souveränen Nationalstaates und wird umso dramatischer, je intensiver die Entscheidungen jenseits des Nationalstaates den nationalen Gesetzgeber binden. Beachtet man, dass auch die EU in der WTO nur ein Akteur unter mehreren ist, die vom WTO-System genauso gebunden wird wie andere Mitglieder, zeichnet sich ein weiterer und wohl auch unausweichlicher Souveränitätsverlust der Mitgliedstaaten gegenüber einer Entscheidungsebene ab, die der EU übergeordnet ist und die – anders als die EU – über kein Parlament als gesetzgebendes Organ und als Organ der demokratischen Kontrolle verfügt. Diese Defizite erscheinen umso schwerwiegender, je deutlicher auf der nationalen und subnationalen Ebene der Verlust von Souveränität und Eigenständigkeit spürbar wird.

Im Fall WTO kommt nun jedoch hinzu, dass die wesentlichen Prinzipien dieses multilateralen Vertragswerkes in den entsprechenden Abkommen festgelegt und nur sehr schwer revidierbar sind. Die Entscheidungen, die in den Ministerkonferenzen fallen, sind daher nur ein Aspekt des demokratischen Defizits. Das Streitschlichtungsverfahren ist demgegenüber einer demokratischen Legitimation weitaus schwerer zugänglich. Dies gilt auch für die dynamische Rechtsfortbildung, die in der Natur eines solchen Gerichtssystems jenseits des Nationalstaates liegt. Eine die ursprünglichen Intentionen der Mitgliedstaaten überschreitende Interpretation

des Rechts ist unter solchen Umständen nur sehr schwer „einzufangen“.

5. Lösungsansätze

Das Problem des Demokratiedefizits jenseits des Nationalstaats – insbesondere auch jenseits der europäischen Ebene – harrt noch einer Lösung. Dabei muss eingestanden werden, dass die zunehmende Verflochtenheit der Staaten mit ihrem Souveränitätsverlust und dem Entscheidungsübergang auf supranationale Systeme für die nationalstaatliche Demokratie eine ernsthafte Bedrohung darstellen. Auch noch so effiziente Mitwirkungsrechte nationaler Parlamente können nicht darüber hinwegtäuschen, dass die nationalen Gestaltungsspielräume als solche vermutlich irreversibel reduziert werden. Damit ist auch ein Bedeutungsverlust der nationalen Demokratie verbunden, die nur teilweise durch das Auftreten auf der internationalen Ebene kompensiert werden kann. Die Aussichten für eine Stärkung der demokratischen Partizipation im Zeitalter der Globalisierung sind also nicht die besten.

Dieser Befund sollte jedoch nicht zu einer demokratischen Melancholie führen. Vielmehr müssen jene Chancen genutzt werden, die zumindest teilweise der Entparlamentarisierung Einhalt gebieten können.

Das Auftreten der Regierungsmitglieder jenseits des Nationalstaates ist stärker als bisher an den Willen der Parlamente zu binden. Dabei sind auch Klauseln wie die „zwingenden außen- und integrationspolitischen Gründe“, die der Regierung ein Abweichen von einer Stellungnahme des NR oder des BR bzw einer einheitlichen Stellungnahme der Länder erlauben (Art 23d B-VG) kritisch zu hinterfragen. Wenn auf der nationalen Ebene die Regierung dem Parlamentswillen unbeschränkt unterworfen ist, warum dann nicht auf der internationalen Ebene? Daher wären folgende Vorschläge zu erörtern:

Mitwirkungsrechte bei der Teilnahme Österreichs im Rahmen supranationaler Rechtsetzung in einer internationalen Organisation sollen sowohl dem

nationalen Parlament, also dem NR und BR, als auch den Untergliederungen des Staates zukommen. Das bedeutet, dass auch die Landesregierungen und Landtage am Entscheidungsprozess zu beteiligen sind genauso wie der Österreichische Städtebund und der Österreichische Gemeindebund als Vertretungsorgane der Gemeinden (Art 115 Abs 2 B-VG).³²

Die Mitwirkung der Parlamente und Vertretungsorgane könnte in Form von bindenden Stellungnahmen ähnlich dem bisherigen Art 23d B-VG erfolgen, wobei die Einbindung der Länder³³ und der Vertretungsorgane der Gemeinden auch ein praktisches Problem darstellt. Eine Bindungswirkung wird praktischerweise nur bei einheitlichen Stellungnahmen der Landesregierungen oder Landtage erzielbar sein. Gemeinsame einheitliche Stellungnahmen werden auch vom Österreichischen Städtebund und dem Österreichischen Gemeindebund zu verlangen sein. Es würde freilich an all diesen Organen liegen, sich selbst so gut vorzubereiten und eine Fachkompetenz anzueignen, dass sie gegenüber der Regierung fachlich fundiert agieren können.

Dass daraus eine Einschränkung der Verhandlungsspielräume der Regierung und eine Verzögerung von Entscheidungsabläufen resultiert, wird akzeptiert werden müssen. Insbesondere der Fall WTO zeigt, dass weder die Ministerkonferenzen noch der Allgemeine Rat so kurzfristig zusammentreten, dass eine rechtzeitige Vorbereitung nicht möglich sein sollte. Im Übrigen wären allfällige Erschwernisse für die Regierung notwendiges Resultat eines Systems, das von der Überordnung des Souveräns gegenüber der Exekutive ausgeht. Jede Alternative entfernt sich mehr oder weniger weit vom demokratischen System.

Erweist sich die demokratische Legitimation der Entscheidungen in den Ministerkonferenzen noch als einigermaßen bewältigbare Aufgabe, dann ist die Herstellung einer demokratischen Legitimation im Bereich des Streitschlichtungsverfahrens, das wesentlich zur

32 Die Betroffenheit der Gemeinden durch das System der WTO tritt im Rahmen der Liberalisierungstendenzen gemeinschaftlicher Leistungen offen zutage.

33 Die Landtage werden in der bisher praktizierten Form der Länderbeteiligung in den Angelegenheiten der Europäischen Union aus der Mitwirkung ausgeblendet. Auch dies stellt

eine problematische Form der Entparlamentarisierung auf Landesebene dar.

Maurer – AuBStrG neu
 Außenstreitgesetz und Außenstreit-Begleitgesetz

- Neukodifikation des hundertfünfzig Jahre alten Außenstreitgesetzes
- Außenstreit-Begleitgesetz mit dem dreißig Gesetze geändert wurden
- Materialien sind vollständig bei den einzelnen Paragraphen angeführt und enthalten viele wichtige Hinweise für die Auslegung der angeführten Gesetze
- Textgegenüberstellung ist für die Auslegung hilfreich
- Gesamtregister für Außenstreitgesetz und Außenstreit-Begleitgesetz



3-7046-4256-8, 704 Seiten, geb., € 74,-

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



Weiterentwicklung des WTO-Rechts trägt, ungleich schwieriger. Die Entscheidungen einer gerichtsförmigen Instanz können nur unter Aufgabe ihrer eigentlichen Funktion einer Kontrolle des Parlamentes unterworfen werden. Auch eine Mitsprache der Mitgliedstaaten bei der Auswahl der Organe ist nur ein schwaches Instrument, Legitimation zu schaffen. Als einzige Abhilfe bleibt die Anstrengung, der weiteren Verselbständigung derartiger Organe aus dem Rechtssystem durch stärkere Bindung an das ihnen Entscheidungen zugrundeliegende Recht entgegen zu wirken. Doch dies setzt wiederum ein Tätigwerden der Mitgliedstaaten voraus, das letztlich in Vertragsänderungen münden müsste, was derzeit realistischweise nicht zu erwarten ist. Somit

verbleibt eine problematische Legitimationslücke, ungeachtet des Umstandes, dass gerade die Verrechtlichung des Streitschlichtungsverfahrens in der Tendenz das Ausgeliefertsein schwächerer Staaten gegenüber stärkeren mildert.³⁴

6. Zusammenfassung

Die WTO ist ein wichtiges Integrationsgebilde der Weltwirtschaft, das derzeit noch, ähnlich wie seinerzeit die Europäischen Gemeinschaften, vornehmlich Interessen eines unbeschränkten Verkehrs mit Waren, Dienstleistungen und immateriellen Rechtsgütern dient. Dies hat zur Konsequenz, dass sich Hoheitsrechte der Nationalstaaten auf dieses Gebilde verlagert haben und verlagern.

Der Souveränitätsverlust des Nationalstaates setzt sich fort.

Dies muss nicht unbedingt negativ zu bewerten sein. Es darf nicht übersehen werden, dass die zunehmende Verrechtlichung im Verhältnis der Staaten zueinander der Herausbildung und Erhaltung von Machtpositionen entgegen wirkt. Auch ist der Umstand, dass die Mitgliedstaaten der WTO in den wesentlichen Angelegenheiten noch immer „Herren der Verträge“ sind, aus nationalstaatlicher Sicht durchaus positiv zu bewerten. Kritischer ist dagegen der Umstand, dass die Wahrnehmung der Vertretungsrechte durch die Exekutiven der Nationalstaaten den bereits laufenden Prozess der Entparlamentarisierung auf nationaler und regionaler Ebene noch verstärkt. Es ist daher erforderlich, dass die demokratische Legitimation der Entscheidungen jenseits des Nationalstaates, für welche die WTO ein Musterbeispiel darstellt, durch verstärkte Einbindung der nationalen Parlamente verbessert wird. Die Beteiligung des Parlaments allenfalls im Zuge eines Ratifikationsprozesses eines Abkommens (Art 50 Abs 1 B-VG) ist jedenfalls zu wenig.

Als Lösungsansätze bieten sich Instrumente ähnlich den Beteiligungsverfahren von NR und BR sowie den Ländern am Prozess der Europäischen Integration (Art 23d B-VG) an, wobei auch Verbesserungen gegenüber der derzeitigen Verfassungsrechtslage denkbar sind.

Dies darf aber nicht übersehen lassen, dass in einem ganz zentralen Punkt, nämlich dem Streitschlichtungsverfahren innerhalb des WTO-Rechtssystems die Legitimationslücke auf diese Weise nicht geschlossen werden kann und hier ein weiteres Nachsinnen über alternative Modelle zur Herstellung von Demokratie erforderlich ist.

Univ.-Doz. Dr. Peter Bußjäger ist Leiter des Institutes für Föderalismusforschung und Landtagsdirektor des Landes Vorarlberg; peter.bussjaeger@vorarlberg.at.

34 Siehe dazu auch von *Bogdandy*, *International Economic Governance* 136 f.

Die Lehre des Rechts der Geschlechterbeziehungen

Elisabeth Holzleithner, Recht Macht
Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung, WUV Universitätsverlag, Wien 2002

Silvia Ulrich

Gender Studies gehören heute bereits zum Standardprofil moderner, innovativer Universitäten. Auch in der Rechtswissenschaft hat sich die Analyse der Genderdimensionen des Rechts als wissenschaftliche Disziplin etabliert und findet ihren institutionellen Ausdruck uA auch in der fortschreitenden Integration der Frauen- und Geschlechterforschung in die Lehre. Die rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Wien und Linz haben diesem Forschungsbereich in ihren Studienplänen bereits einen gewichtigen Stellenwert eingeräumt. In Wien können die Studierenden eine Schwerpunktausbildung im Rahmen des Wahlfachkorbes „Frauen- und Geschlechterforschung (*Legal Gender Studies*)“ absolvieren, und in Linz ist eine solche Spezialisierung im Rahmen des Studienschwerpunktes „Frauenrecht“ möglich. An den rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Graz, Salzburg und Innsbruck werden genderspezifische Lehrveranstaltungen angeboten, und auch an diesen Fakultäten gibt es Bestrebungen, den Ausbau genderspezifischer Studienangebote zu forcieren.

Mit der wissenschaftlichen Durchdringung dieser neuen Disziplin und der Entwicklung einschlägiger Curricula geht auch der Bedarf an Lehr- und Lernunterlagen einher. Die Entwicklung von Standardlehrbüchern vollzieht sich jedoch naturgemäß mit einem gewissen time-lag. So hat es bisher keine in Österreich publizierte systematische Einführung in *Legal Gender Studies* gegeben.

Elisabeth Holzleithner hat nunmehr mit dem vorliegenden Buch eine pro-

funde Einführung in diese neue Wissenschaftsdisziplin vorgelegt. Wobei die Autorin einen sehr breiten Zugang wählt und begrifflich unter *Legal Gender Studies* nicht nur Frauen- und feministische Forschung, sondern auch Forschungsausrichtungen wie *Queer Studies* und *Masculinity Studies* einbezieht. Dieser Ansatz ermöglicht fruchtbringende interdisziplinäre Schwerpunktsetzungen und vermittelt überaus deutlich, dass die komplexen Wirkungszusammenhänge in Bezug auf diskriminierende geschlechtsspezifische Hierarchisierungs- und Marginalisierungstendenzen nur durch interdisziplinäre Verknüpfungen innerhalb des klassischen juristischen Fächerkanons beschrieben werden können.

In einem ersten Schwerpunkt vermittelt die Autorin einen Überblick über die Entwicklung und den aktuellen Stand feministischer rechtswissenschaftlicher Theoriebildung. *Equality Doctrine, Equality Theory*, die *Care-Ethik* des Differenzfeminismus und die Phänomenologie der Über- und Unterordnung des Dominanzfeminismus werden in ihrem jeweiligen angloamerikanischen Entstehungskontext reflektiert und pointiert beschrieben. Im Buch legt die Autorin großen Wert auf Klarstellung und Erläuterung ihres diskursiven Verständnisses von Recht. Auf Basis dieses Rechtsverständnisses werden die vorgestellten Theorien zusammenfassend kritisch reflektiert und zugleich auch eine der wichtigsten Aufgaben von *Legal Gender Studies* verortet, nämlich in den rechtswissenschaftlichen Analysen „jeweils der Frage nachzugehen, welche Ausschlüsse und Margina-

lisierungen von hegemonialen Diskursen (...) vorgenommen werden und wie sie sich auf unterschiedliche Gruppen auswirken“.¹

Unter dem Titel „Schritte zur Geschlechterdemokratie – Österreich und EU“ wird in der Folge ein Überblick über die schrittweise Entdiskriminierung der österreichischen Rechtsordnung, die Entwicklung der Gleichbehandlungsgesetzgebung und die Rechtsprechung des VfGH in Bezug auf genderrelevante Gleichheitsfragen vermittelt. Im Rahmen dieser Ausführungen werden auch die jeweils relevanten Bezüge zum Gleichstellungsrecht der EU und zur EuGH-Judikatur hergestellt.

In einem weiteren Schwerpunkt wird das Rechtsinstitut der Quotierung ausführlich beleuchtet, und zwar ausgehend von den seit 1993 im Bundesgleichbehandlungsgesetz normierten qualifikationsabhängigen Quotenregelungen. Auch hier wird ein interdisziplinärer Ansatz in der Vermittlung des Themas verfolgt. Zu Beginn werden moralphilosophische Begründungszusammenhänge vorgestellt, daran schließt ein Unterkapitel über die verfassungs- und europarechtliche Zulässigkeit von Quoten.

Nach dieser Bestandsaufnahme der „klassischen“ Bereiche des Gleichstellungsrechts wird in einem weiteren Kapitel der jüngste gleichstellungspolitische Ansatz, nämlich das neue Paradigma des *Gender Mainstreaming* vorgestellt. Es werden Möglichkeiten und Grenzen dieses neuen Ansatzes ausgelotet, und am konkreten Beispiel der Universitätsreform wird erhellt, wie Modernisierungsrhetorik und defizitäre gleichstellungspolitische Umsetzung ineinander gehen können.

Die letzten beiden Kapitel widmen sich Fragen der sexuellen Autonomie. Im Zentrum der Analysen steht einerseits das Sexualstrafrecht, das in Bezug auf sexuelle Gewalt und pornographische Repräsentation auch heute noch in vielerlei Hinsicht defizitär ist. Andererseits werden Fragen der Intersexualität, der Geschlechtsidentität und der sexuellen Orientierung in ihren grundrecht-

1 Holzleithner, Recht Macht
Geschlecht (2002) 42.

lichen, verwaltungs- und zivilrechtlichen Implikationen dargestellt. Dabei wird von der Autorin ganz hervorragend herausgearbeitet, wie undifferenziert Männlichkeit und Weiblichkeit im Rechtsdiskurs konstruiert sind und welche dramatischen Prozesse der Ausschließung von der Teilhabe an subjektiven Rechten damit verbunden sind.

Das vorliegende Buch vermittelt mit seinen Schwerpunktsetzungen sowohl in rechtstheoretischer als auch in rechtsdogmatischer Hinsicht einen exzellenten Überblick über die Genderdimensionen des Rechts. Zugleich ist auch die didaktische Umsetzung bestens gelungen. Begriffsklärung und Veranschaulichung von Rechtsproblemen durch praxisnahe Beispiele haben einen hohen Stellenwert und tragen viel zum Verständnis der komplexen Themen bei. Das Buch ist ein Gewinn für alle, die im Bereich *Legal Gender Studies* forschen, lehren und lernen. Ihm ist ein Platz in der wissenschaftlichen Standardliteratur gewiss.

Dr. Silvia Ulrich ist Assistenzprofessorin am Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre der Karl-Franzens-Universität Graz.

„Handel und ...“ – und was eigentlich?

Zugleich eine Rezension von Stefan Griller (Hrsg.), *International Economic Governance and Non-Economic Concerns*, Springer Wien – New York (2003)

August Reinish

Die Welthandelsorganisation (WTO) ist in den letzten Jahren insbesondere im Gefolge der Ministerkonferenz in Seattle 1999 und der zeitlich damit im Zusammenhang stehenden Währungsfonds- und Weltbanktagungen mit zu einem der wichtigsten Feindbilder der sogenannten Globalisierungsgegner geworden. Als institutioneller Vorreiter der Entmündigung einzelstaatlicher Politikentscheidungen auf diversen Gebieten zugunsten einseitiger Liberalisierung geistert die WTO als Gespenst der Handelsfreiheit in den Köpfen ihrer Kritiker umher. Um sie als moderne Inkarnation der Illegitimität und Intransparenz verstärkt durch schein- (ja in Wahrheit anti-)demokratische Entscheidungsstrukturen porträtieren zu können, werden vor allem die negativen Auswirkungen ihrer Tätigkeit auf so zentrale Bereiche wie Umweltschutz und Sozialstandards hervorgehoben.

Im Gegensatz dazu versucht die WTO selbst, sich als „mitgliederbestimmte“ (kaum adäquat für das viel schönere, doch ebenso euphemistische „member driven“), schlanke internationale Organisation darzustellen, die längst eine einseitige Fokussierung auf die Segnungen des ungebundenen Freihandels durch die Ausnützung der komparativen Kostenvorteile zugunsten einer breiten Einbeziehung anderer, nicht-ökonomischer Gesichtspunkte aufgegeben hat. Ein Blick auf die homepage der WTO genügt, um ihre Bemühungen zu erkennen, nicht mehr als Inbegriff der „trade diplomacy“ hinter

verschlossenen Türen à la GATT zu gelten, sondern als moderne „trade and ...“ Organisation.

Diese, freilich leicht überzeichneten Perspektiven können, ja müssen eigentlich als Rahmenbedingungen für eine ernsthafte Diskussion nicht-ökonomischer Prinzipien und Gesichtspunkte innerhalb der WTO betrachtet werden. Jede (rechts-)wissenschaftliche Analyse muss angesichts der bereits angedeuteten Polemik auf diesem Gebiet verbreitete Beschuldigungs- und Rechtfertigungsideologien hinterfragen und versuchen, eigene kritische Zugänge zu finden. Dieser Herausforderung stellt sich der von Stefan Griller herausgegebene Sammelband „International Economic Governance and Non-Economic Concerns“, der die Beiträge einer Tagung der European Community Studies Association (ECSA) Austria im Dezember 2001 beinhaltet. Es erscheint nicht möglich, der Fülle der Beiträge gänzlich gerecht werden zu können. Teilweise gehen diese über WTO-Recht hinaus, wie etwa Deidre Curtins kritische Sicht der Intransparenz einiger EU-Maßnahmen, insbesondere im Bereich der dritten Säule, im Hinblick auf „digital governance“ und Informationsfreiheit, John Lewis' Beschreibung der Frequenzuteilungen im Rahmen der ITU oder Sebastian Geiseler-Bonses Infragestellung der Transparenz der im Internet „domain names“ regulierenden ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers).¹ Doch ein Abriss über die unmittelbar WTO-rele-



1 Siehe zu ICANN zuletzt Internet? Und wie?, *juridikum* 2003, 127. *Fallenböck*, Wer regiert das

vanten Beiträge soll das Interesse an einer Lektüre dieses sehr gelungenen Bandes wecken.

Grundsätzliches

In seinem Einleitungsreferat („The Relation of Economic and Non-Economic Principles in International Law“) stellt sich Meinhard Hilf (in der schriftlichen Fassung gemeinsam mit Goetz J. Goettsche) der Frage nach dem Verhältnis wirtschaftlicher Grundsätze, wie sie vor allem im GATT niedergelegt sind, zu nicht-ökonomischen Prinzipien des allgemeinen Völkerrechts. Ihr (wie die Autoren selbst implizit einräumen) etwas theorielastiger („civil law top to bottom approach“) und stark EG-rechtlich inspirierter Ansatz zeigt in sehr spannender Weise die rechtlichen Grundbedingungen für eine Öffnung der WTO von einer reinen Handelsorganisation hin zu einer echten „Handel und ...“-Institution.

Ausgehend von den GATT/WTO-immanenten Prinzipien, insbesondere den omnipräsenten Diskriminierungsverboten (sei es in Form der Meistbegünstigungsklausel oder der Inländergleichbehandlung) aber auch der Reziprozität, der Präferenzmöglichkeiten, der Streitbeilegung etc, geht Hilf in zentraler Weise auf die Entwicklung eines übergeordneten Verhältnismäßigkeitsprinzips ein, das die WTO-Streitbeilegungsinstanzen aus den positivierten Ansätzen des GATT/WTO-Rechts, die etwa auf „Notwendigkeit“, „Angemessenheit“ und „Vernünftigkeit“ verweisen, gewonnen haben. Nach einer Analyse der entsprechenden, rezenteren WTO-Entscheidungen sieht Hilf darin die Tendenz der WTO-Streitbeilegungs-)Organe, auch Rechtsprinzipien, die ausserhalb des GATT/WTO-Rechts ihren Ursprung haben, zu berücksichtigen. Diese Öffnung des GATT/WTO-Rechts, das man in seiner früheren Manifestation als GATT 1947 noch teil-

weise als „geschlossenes System“ darstellte,² war bereits im ersten Bericht der WTO-Berufungsinstanz angelegt, worin diese festhielt, dass das neue, post-Uruguay GATT 1994 nicht in „klinischer Isolation“ vom allgemeinen Völkerrecht verstanden werden dürfe.³ In der Folge gibt Hilf Beispiele für allgemeine Rechtsprinzipien, die in der „Rechtsprechung“ der WTO-Streitbeilegungsorgane Berücksichtigung gefunden haben, wie etwa Guter Glaube, Verbot des Rechtsmissbrauchs, Rückwirkungsverbot etc. Was freilich die Vereinbarkeit von und das Verhältnis zwischen GATT/WTO-internen und -externen Prinzipien betrifft, so bleibt Hilf sehr generell-abstrakt und setzt seine Hoffnung in einen „Optimierungsprozess“, der alle Grundsätze als gleichwertig ansetzt und eine automatische Präferenz für GATT/WTO-Prinzipien ablehnt.

Arbeitsrecht

In den beiden prominentesten Bereichen, wo es zu einem solchen Konflikt zwischen im WTO-Recht angesiedelten Grundsätzen und anderen Prinzipien kommt, in den Materien „Handel und Sozialstandards“ sowie „Handel und Umwelt“, wird diese Diskussion wieder aufgenommen. Michael J. Trebilcock untersucht in seinem Beitrag „International Trade and International Labour Standards: Choosing Objectives, Instruments and Institutions“ kritisch die dem Ruf nach effizienteren Mechanismen zum Schutz fundamentaler Rechte der Arbeitnehmer zugrundeliegenden Ziele. Seiner Auffassung zufolge sind die häufig ins Spiel gebrachten Argumente des unfairen Wettbewerbs durch „Sozialdumping“ und die Gefahr eines „race to the bottom“ nur bedingt zutreffend. Viel berechtigter ist seiner Meinung nach die Konzeption von grundlegenden Arbeitnehmerrechten, den sogenannten „core labour rights“, als menschenrechtlich determinierten Prä-

missen. Dies schließt freilich nicht aus, dass es zu Problemen bei der Bestimmung des konkreten Umfangs der „core labour rights“ kommt. Zurecht weist Trebilcock darauf hin, dass für praktische Zwecke der im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) gefundene Kompromiss Vereinigungsfreiheit und Kollektivverhandlungen, das Verbot von Zwangsarbeit, die Beseitigung von Kinderarbeit und von Diskriminierung am Arbeitsplatz identifiziert hat (1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work).⁴

Doch neben den „soft law“-Möglichkeiten der Schaffung von Anreizen etwa durch Zertifizierungen zur Steuerung von Konsumentenverhalten (etwa „fair trade labels“, etc.), bleiben die zentralen „hard law“-Probleme mit dem derzeitigen Text des GATT, das arbeitsrechtlich relevante Probleme eigentlich nur in der Möglichkeit berücksichtigt, die Einfuhr von in Gefängnisarbeit hergestellten Produkten zu untersagen (Artikel XX(e) GATT) ohne in Konflikt mit dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen zu kommen. Trebilcock scheint skeptisch, ob die anderen Rechtfertigungsgründe des Art XX GATT, etwa für Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Moral oder zum Schutz von menschlichem Leben und Gesundheit, ausreichende Einfallspforten für den Schutz der „core labour rights“ bilden können. Unter den „hard law“-Alternativen diskutiert er daher die Aufnahme einer eigenen „core labour standards“-Klausel in den bestehenden Katalog des Artikel XX GATT. Dies ist freilich angesichts der ablehnenden Haltung eines Großteils der WTO-Mitglieder, wie sie auch anlässlich der Ministerkonferenz in Singapur 1996 zum Ausdruck kam,⁵ kein sehr wahrscheinliches Szenario.

Doch Trebilcock ist keineswegs Utopist, sondern ein genauer Kenner der

2 Vgl. *Mavroidis*, Das GATT als „self contained“ Regime, RIW/AWD 37 (1991).

3 Appellate Body Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29/04/1996.

4 86th Session, Geneva, June 1998, verfügbar unter <http://www.ilo.org/public/english/standards/decl/declara->

tion/text/.

5 Zum Thema „Core Labour Standards“ hielt die Ministerkonferenz lapidar fest:

“We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we

affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing

countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration.” Vgl. Singapore Ministerial Declaration, Adopted on 13 December 1996, verfügbar unter http://www.wto.org/english/news_e/pres96_e/wto-dec.htm.

WTO; und was heute noch unerreichbar erscheint, kann sich durchaus einmal realisieren. Daher sind auch seine institutionenbezogenen Überlegungen keineswegs so realitätsfern, wie sie vielleicht auf den ersten Blick anmuten. Sein gewiss noch sehr allgemein gehaltenen Vorschlag einer horizontalen Koordinierung zwischen UN- und ILO-Organen und WTO-Institutionen ist damit ein interessanter Denkanstoß. Denn warum sollten denn nicht – im Sinne einer institutionellen Arbeitsteilung – die sachlich wohl geeigneteren Organe der Vereinten Nationen oder der ILO über das Bestehen von menschen- oder arbeitsrechtlichen Defiziten entscheiden und diese Entscheidungen dann im Rahmen der WTO etwa durch die Streitbeilegungsinstitutionen übernommen werden?

José Manuel Salazar-Xirinachs und Jorge Mario Martínez-Piva geben in der Folge die Kontrastansichten der lateinamerikanischen Länder wieder, die sich vehement gegen eine GATT/WTO-„Verrechtlichung“ arbeitsrechtlicher Mindeststandards etwa in Form einer „core labour standards“ Klausel in den WTO-Abkommen aussprechen. Wie bei Trebilcock findet sich auch hier die Ablehnung jeglicher Rechtfertigung einer solchen Einbeziehung, ausgenommen eine mögliche grundsätzliche Berechtigung menschenrechtlicher Überlegungen. Im Gegensatz zu Trebilcock wiegt jedoch das Relativismusargument (Welches sind die angemessenen Standards für Länder auf unterschiedlichen wirtschaftlichen Entwicklungsstufen?) schwerer. Akademisch gemildert, aber dennoch pointiert, ist ihnen höchstens eine Zustimmung zu „weichen“ Mechanismen der Anreizschaffung zu entlocken.

Umweltrecht

Über diesen „weichen“ Ansatz ist man im Bereich Handel und Umwelt jedenfalls schon hinaus. Trotz in den bisher strittig gewordenen Einzelfällen meist ablehnender Entscheidungen der GATT/WTO-Streitbeilegungsorgane ist

es im Prinzip unbestritten, dass Handelsanktionen zwischen WTO-Mitgliedern als Reaktion auf Umweltbeeinträchtigungen gerechtfertigt sein können. Freilich stellt Art XX GATT auch aufgrund seiner Auslegung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane hohe Anforderungen zur Rechtfertigung umweltschutzmotivierter Handelsbeschränkungen. Dennoch ist es durchaus schon sprichwörtlich geworden, von einer „Begründung“ des GATT („Greening of the GATT“⁶) zu sprechen.

Einige dieser Aspekte beleuchtet Joanne Scott in ihrem Beitrag „Integrating Environmental Concerns into International Economic Law“. Sie zieht eine bewusste Parallele zu den europarechtlichen Entwicklungen im Umweltschutzbereich und unterscheidet auch im Bereich des GATT/WTO-Rechts zwischen „negativer“ Integration durch die Entwicklung einer den Umweltschutz berücksichtigenden Rechtsprechung und „positiver“ Integration durch (Rechts-)Harmonisierung. Es ist evident, dass diesem Vergleich Grenzen gesetzt sind. Aber Scott bringt dabei interessante Parallelen zum Vorschein. So ortet sie etwa einen „procedural turn“, wonach in beiden Rechtskreisen die Mitgliedstaaten beachtliche inhaltliche Autonomie und Flexibilität behalten und bloß durch strikte verfahrensrechtliche Bedingungen eingeschränkt werden. Letztlich führt sie diese Diskussion zur weitgehend ungelösten Problematik widersprüchlicher Vertragsbestimmungen im WTO-Recht und verschiedenen multilateralen Umweltschutzabkommen. Es bleibt zu hoffen, dass sich die Vermutung bestätigt, wonach der „procedural turn“, der sich im *Shrimp/Turtle-Fall*⁷ etwa unter anderem in der Verpflichtung zu Verhandlungen manifestiert, Lösungen leichter machen wird.

Im anschließenden Beitrag von Gerhard Loibl „The Cartagena Protocol on Biosafety: A New Model for Environmental Protection on an International Level?“ wird genau dieses inhärente Spannungsmoment zwischen WTO-Recht und verschiedenen multilateralen

Umweltschutzabkommen thematisiert. Loibl beginnt mit einer ausführlichen Darstellung des Verhandlungsprozesses, um in der Folge die wesentlichen Bestimmungen des Cartagena Protokolls zu skizzieren. Dieses im Jänner 2000 von den Parteien der Konvention zum Schutz der Artenvielfalt angenommene Protokoll beinhaltet unter anderem Bestimmungen, die zur Rechtfertigung von Beschränkungen des Handels mit genetisch modifizierten Organismen dienen können.

Ausgangspunkt für Loibls Erwägungen zur Vereinbarkeit zwischen GATT und Cartagena Protokoll sind die in der Präambel zu letzterem enthaltenen Feststellungen⁸. In reichlich kryptischer Weise wird dort festgehalten, dass das Cartagena Protokoll nicht dahingehend interpretiert werden dürfe, dass es eine Änderung der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien nach irgendwelchen bestehenden Abkommen bewirke, was auf einen „Vorrang“ des GATT hinzudeuten scheint (zumindest bei Identität der Vertragsparteien). Im darauffolgenden Präambelabsatz wird auf das „Verständnis“ rekurriert, dass der vorhergehende Absatz jedoch nicht beabsichtige, das Protokoll anderen internationalen Abkommen unterzuordnen – was wohl auch als eine Absage an eine Überordnung des GATT gewertet werden kann. Loibls Auffassung zufolge unterstreiche diese Formulierung, dass die beiden Gebiete des Völkerrechts als „wechselseitig unterstützend“ anzusehen wären und keines dem anderen unterzuordnen wäre. Seiner Meinung nach ergibt sich aus dem *Shrimp/Turtle-Fall*, dass Handelsbeschränkungen auf der Grundlage des Cartagena Protokolls zulässig sind, da sie im Sinne dieser Entscheidung als „vereinbart“ angesehen werden können und multilateral angewendet werden würden.

Zu Recht weist Loibl auf ein weiteres Problem im Zusammenhang mit dem Verhältnis zwischen multilateralen Umweltabkommen und GATT/WTO-Recht hin: der ungelösten Frage des „richtigen“ Streitbeilegungsforums.

6 Vgl. *Esty*, Greening the GATT (1994).

7 Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/

DS58/AB/R, 12/10/1998.

8 Die Präambel halt ua fest: “Emphasizing that this Protocol shall not be interpreted as implying a change in the rights and obligations of

a Party under any existing international agreements,” und “Understanding that the above recital is not intended to subordinate this Protocol to other international agreements.” Text ver-

fügbar unter <http://www.biodiv.org/biosafety/articles.asp?lg=0&a=bsp-00>.

Nach dem Cartagena Protokoll sollen die Streitbeilegungsbestimmungen der Konvention zum Schutz der Artenvielfalt zum Zug kommen; gleichzeitig könnte sich eine Partei an die WTO zwecks Einsetzung eines Streitbeilegungspanels wenden. Es bleibt abzuwarten, wie die jeweilige institutionelle Reaktion auf eine solche Situation aussehen wird und, ob sich Befürchtungen hinsichtlich einer entsprechenden „Pro-Freihandel“ oder „Pro-Umwelt“-Tendenz bewahrheiten werden, oder ob sich Loibls Einschätzung einer gelungenen „vorsichtigen Balance“ zwischen verschiedenen Interessen bestätigen wird.

Demokratie und Legitimität

Das unmittelbare Eingehen auf die Bereiche Sozialstandards und Umweltschutz soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass das GATT/WTO-Recht aufgrund seiner zunehmenden praktischen Auswirkungen immer mehr auf seine Legitimität hin hinterfragt wird und werden muss. Dementsprechend hat Stefan Griller den plakativen Bereichen Demokratie und Legitimität einen Schwerpunkt gewidmet und mit fünf Beiträgen entsprechendes Gewicht beigemessen. Es ist unmöglich, in der hier gebotenen Kürze auf all diese Beiträge entsprechend einzugehen, weshalb sich der Rezensent die Freiheit der Wahl herausnimmt. Einem sehr theoriebeladenen Einleitungsbeitrag von J.H.H. Weiler und Iulia Motoc unter dem selbstbezüglichen⁹ Titel „Taking Democracy Seriously: The Normative Challenges to the International Legal System“ folgt ein interessantes Referat von Robert Howse „How to Begin to Think About the ‚Democratic Deficit‘ at the WTO“, das versucht die Transformation des GATT von einem multilateralen „trade club“ in eine demokratisch legitimierte Welthandelsorganisation unter dem Gesichtspunkt des aus der Europäischen Union hinlänglich bekannten Demokratiedefizits zu analysieren.

Den rechtlich-politischen Grundmodellen für ein Verständnis der WTO widmet sich Armin von Bogdandy in

seinem Beitrag „Legitimacy of International Economic Governance: Interpretative Approaches to WTO Law and the Prospects of its Proceduralization“. Er analysiert vor allem aus dem Blickwinkel demokratischer Legitimität die Schwächen des lange vorherrschenden (wirtschafts-)liberalen Modells à la John H. Jackson, dem Doyen der amerikanischen GATT/WTO Jurisprudenz, und anderer Varianten. Dieses Modell rechtfertigt die Einschränkung der nationalen Regelungsfreiheit zugunsten der im GATT vorgesehenen Handelsliberalisierung mit der daraus resultierenden allgemeinen Wohlfahrtsmaximierung. Es setzt letzteren Wert damit quasi-absolut, zumindest in der Praxis für so gut wie unabänderbar und nimmt den WTO-Mitgliedern damit die Möglichkeit, sich in demokratischer Weise für andere (Grund-)Werte zu entscheiden.

Mehr Sympathie bringt von Bogdandy für das Modell der koordinierten Interdependenz auf, wonach GATT/WTO-Recht in erster Linie der Vermeidung von Protektionismus dient und die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Interessen der anderen Mitglieder enthält. Dieses Modell, das sich aus dem zentralen GATT/WTO-Prinzip der Nichtdiskriminierung ergibt, sieht von Bogdandy in rezenten Entscheidungen der WTO-Berufungsinstanz bestätigt. Schon aus *Reformulated Gasoline* aber insbesondere aus dem *Shrimp/Turtle*-Fall lässt sich erkennen, dass die darin geforderten ernsthaften und gutgläubigen Verhandlungen mit von nationalen Handelsbeschränkungen betroffenen anderen Staaten vor allem auf eine verfahrenstechnische Lösung abzielen. Wie weit und wie lange eine solche rein formelle Lösungstechnik inhaltlicher Konflikte etwa zwischen Handel und Umwelt oder Handel und Sozialstandards als ausreichend akzeptiert werden wird, bleibt freilich abzuwarten.

Gerhard Hafner wendet sich in seinem Referat „The Effect of Soft Law on International Economic Relations“ den Spezifika und insbesondere Vorteilen „weichen Rechts“ zu. Angesichts der breiten Palette von „soft law“-Instrumenten mahnt er gegen voreilige Gene-

ralisierungstendenzen, unterstreicht jedoch gleichzeitig die häufig gegenüber „hard law“ zu bemerkenden Pluspunkte wie Flexibilität, Kostenoptimierung, Vertrauensstärkung etc.

Abgerundet wird das Demokratie und Legitimität Kapitel durch einen Beitrag von Elisabeth Tuerk über „The Role of NGOs in International Governance. NGOs and Developing Country WTO Members: Is There Potential for Alliance?“ – wahrlich keine rhetorische Frage angesichts der traditionell äußerst reservierten Haltung der Entwicklungsländer gegenüber NGOs. Gerade im Umwelt und Sozialbereich werden NGOs gerne für die fünfte Kolonne der Industriestaaten gehalten, deren Agenda sich auf das Einbremsen des Entwicklungspotentials unter dem Vorwand global akzeptierter Werte konzentriert. Wie gelingt es, diese Vorurteile (oder vielleicht manchmal doch zutreffenden Urteile) zu revidieren? Wie werden NGOs zu legitimen Stimmen der „civil society“ (wie eng und unbeholfen steht daneben unsere deutsche „Bürgergesellschaft“)?

Tuerk konzentriert sich bewusst auf die Rolle der NGOs im Normsetzungsprozess und klammert die weithin bekannte Diskussion um die NGO-Teilnahme am WTO-Streitbeilegungsverfahren aus. Dennoch, die von der Autorin ins Treffen geführten Argumente für eine verstärkte NGO-Teilnahme unterscheiden sich nicht wesentlich von den im Rahmen der *amicus curiae*-Debatte (ie der Frage, ob NGOs befugt sein sollen, im an sich rein zwischenstaatlichen WTO-Streitbeilegungsverfahren Schriftsätze vorzulegen) vorgenommenen. So wird auf ihre Expertise und damit Rolle als Träger technischer und intellektueller Ressourcen hingewiesen, im Zusammenhang damit können sie gerade auch im Nord-Süd-Verhältnis strukturelle Schwächen der Entwicklungsländer ausgleichen; und durch ihre spezifische Tätigkeit gelingt es ihnen oft, die öffentliche Meinung zu mobilisieren bzw. zu verstärken. Es ist klar, dass es sich dabei um ein Potential handelt und dass das Verhältnis NGOs/Entwicklungsländer nicht immer die-

9 Vgl. Weiler/Lockhart, „Taking Rights Seriously“ Seriously: The European Court and its Fundamental

Rights Jurisprudence, 32 Common Market Law Review 51-94, 579-627 (1995). Siehe aber auch Dworkin,

Taking Rights Seriously (1977).

sem Ideal entspricht. Doch Tuerks Analyse zeigt sehr gut, wie die weitere Entwicklung verlaufen könnte.

Menschenrechte

Das Kapitel über Menschenrechte enthält zwei Beiträge von Petersmann und Griller, die sich in sehr unterschiedlicher Weise mit der Relevanz von Menschenrechten für das Welthandelssystem auseinandersetzen. Ernst-Ulrich Petersmann untersucht in seinem Beitrag „Constitutional Primacy and ‚Indivisibility‘ of Human Rights in International Law? The Unfinished Human Rights Revolution and the Emerging Global Integration Law“ die Frage nach dem Stellenwert von Menschenrechten in internationalen Organisationen allgemein und in der WTO im Besonderen. Unter Berufung auf die neuere Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wie etwa den Fall *Matthews*¹⁰, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die Mitglieder einer internationalen Organisation für deren Menschenrechtsverletzungen im übertragenen Aufgabenbereich verantwortlich bleiben, weist Petersmann auf das allgemeine Menschenrechtsdefizit der meisten internationalen Organisationen hin. Daran schließt er ein Plädoyer für eine Integration von Menschenrechtsbestimmungen in das Recht internationaler Organisationen, das er mit rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Argumenten untermauert. Sie reichen von der empirischen Feststellung, dass die Beachtung von Menschenrechten wohlfahrtssteigernde Auswirkungen hat, bis zur grundsätzlichen verfassungsrelevanten Bedeutung von Menschenrechten.

Stefan Griller widmet sich schließlich in seinem Referat „International Economic Law as a Means to Further Human Rights? Selective Purchasing Under the WTO Agreement on Government Procurement“ der Vereinbarkeit von nach Menschenrechtskriterien diskriminierenden Vergaberechtskriterien mit dem WTO-Vergaberechtsübereinkommen. Diese im Zusammenhang mit dem so genannten Massachusetts Myanmar Law 1996 virulent gewordene Frage ist durch die Supreme Court Entscheidung aus 2000 insoweit hinfällig geworden, als die Nichtigkeitsklärung durch das amerikanische Höchstgericht das bereits anhängige WTO-Streitbeilegungsverfahren überflüssig machte.

Griller überprüft Punkt für Punkt die möglichen Rechtfertigungsargumente. Die behauptete Verletzung der im WTO-Vergabeübereinkommen geforderten Inländergleichbehandlung ist keineswegs offensichtlich, da der im Massachusetts Law vorgesehene Ausschluss von Bietern, die mit Burma Geschäfte machen, auch amerikanische Bieter betrifft. Weiters ist dem WTO-Vergabeübereinkommen keine klare Beschränkung auf ökonomische Zuschlagskriterien zu entnehmen, was eine Menschenrechtskonditionalität möglich erscheinen lässt. Schließlich – und hier besteht die interessanteste Parallele zum GATT – eröffnen die Ausnahmebestimmungen des WTO-Vergabeübereinkommens (vergleichbar den Bestimmungen des Artikel XX GATT) unter Umständen eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit für selektive Vergabebestimmungen. Lassen sich Maßnahmen gegen Menschenrechtsverletzungen noch einigermaßen plausibel als solche zum Schutz der „öffentlichen

Moral und Ordnung“ qualifizieren, so stellt die Erfüllung der spezifischen Gleichbehandlungspflicht des Einleitungssatzes von Artikel XX GATT (und der korrespondierenden WTO-Vergabeübereinkommensnorm), wonach „willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierungen“ sowie „versteckte Beschränkungen“ unzulässig sind, auch im Lichte der WTO-Rechtsprechung hohe Anforderungen an die WTO-Mitglieder, die sich ihrer bedienen wollen. Prognosen müssen hier tatsächlich vorsichtig bleiben.

Zu entsprechender Vorsicht mahnt auch Griller, der in seinem Resümee unterstreicht, dass im Rahmen der GATT/WTO-Rechtsordnung Konflikte zwischen ökonomischen und nicht-ökonomischen Anliegen keineswegs einfachen hierarchischen Lösungen unterliegen, sondern vielmehr durch abwägende Interpretation entflochten werden müssen.

Fazit

Die Lektüre dieses Bandes erweckt zweifellos den Eindruck, dass die WTO längst nicht mehr eine reine Welthandelsorganisation ist, sondern entsprechend auf andere Bereiche ausstrahlt und gleichzeitig von ihnen absorbiert. Ob es ihr gelingen wird, die nicht-ökonomischen Belange ausreichend zu berücksichtigen – sei es durch Vertragsänderungen, sei es durch die Judikatur ihrer Streitbeilegungsorgane –, gehört wohl zu den spannendsten Fragen des internationalen Wirtschaftsrechts.

Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. August Reinisch, LL.M. (NYU) lehrt Völkerrecht und Europarecht an der Universität Wien.

Thema Heft 01/2004:

literatur und recht

Papsttum, Papstwahl und Nachfolgesouveränität

Oder: Inwiefern kann ein Papst seine Nachfolge beeinflussen?

Stefan Schima

1. Einleitung

„There is no perfect forme of Government, where the disposing of the Succession is not in the present Sovereign.“¹ An diesen Worten von Thomas Hobbes (1588-1679) zeigt sich sehr deutlich, dass es sich bei der Frage der „Nachfolgesouveränität“ um eine wichtige Problematik der Staatslehre handelt: Seiner Ansicht nach konnte es keine vollkommene Regierungsform geben, bei der die Verfügung über die Nachfolge nicht beim gegenwärtigen Souverän (im Sinne des obersten Amtsträgers) lag.

Die Abgrenzung zwischen Verfügungsbefugnis über die eigene Nachfolge und Bestellungsmodus durch Wahl durch eine Personenmehrheit kann in der Praxis sehr fließend sein. Insbesondere dann, wenn die Befugnis zur Ausgestaltung des rechtlichen Nachfolgebestellungsmodus und die ausschließliche Einflussnahme auf die Zusammensetzung des Wahlkollegs in der Hand des jeweiligen Amtsträgers liegt – dies ist etwa beim Papsttum der Fall – müssen Wahlrecht und Nachfolgesouveränität des Amtsinhabers in keinem zwingendem Widerspruch zueinander stehen.

Typischerweise ist auch bei demokratischen Rechtsordnungen die Frage der Nachfolgesouveränität virulent, wenn auch nur in indirekter Art und Weise. Ein rechtsvergleichender Blick auf verschiedene Wahlsysteme der Vergangenheit und Gegenwart legt Methoden der Wahlrechtsgestaltung offen,

durch die sich eine Regierung bzw. eine herrschende Partei – zumeist im Wege parlamentarischen Beschlusses – bewusst ihre Macht über den kommenden Wahlakt hinaus sichern will. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang Methoden der Wahlkreiseinteilung² wie etwa das „Malapportionment“ oder das „Gerrymandering“: Bei erstem handelt es sich um die Steuerung der Wahlkreiseinteilung zur Erzielung unterschiedlicher Repräsentation. So besagte die sogenannte norwegische Bauernklausel im 19. Jh, dass die Abgeordneten zu zwei Dritteln vom Land und zu einem Drittel aus Städten zu wählen waren. Das „Malapportionment“ sollte somit verhindern, dass jede Stimme den gleichen Zählwert aufwies. Es spielte in der Wahlrechtsentwicklung fast aller europäischen Länder eine Rolle. Unter „Gerrymandering“ wird die nach politischen Gesichtspunkten vorgenommene Ziehung der Wahlkreisgrenzen verstanden. Benannt ist diese Vorgangsweise nach dem Gouverneur von Massachusetts, Elbridge Gerry, der bei den Wahlen von 1812 aus der Stadt Boston einen für ihn „sicheren“ Wahlkreis herauschnitt, der in sich nicht geschlossen war und somit dem Muster eines Salamanders glich. Gerry fasste geographisch nicht zusammenhängende Gebiete zu einem Wahlkreis zusammen, von dem er sicher sein konnte, dass er dort gewinnen würde. Auch Vorschläge zur Einführung des Mehrheitswahlsystems können die

Machterhaltung der jeweils dominierenden Partei zum Zweck haben.

Das Ineinandergreifen von Nachfolgesouveränität und Wahlrecht wird im Folgenden im Zusammenhang mit dem Papsttum näher dargelegt. Die Wahlordnung von 1179³, die durch die Einführung des Zweidrittelersfordernisses eine gravierende Zäsur in der Entwicklung des Papstwahlrechts darstellt, wird in den folgenden Ausführungen als wesentliches Gliederungskriterium erachtet. Grundsätzlich hat sich dieses Erfordernis bis heute gehalten, allerdings mit einer im Jahr 1996 erfolgten Modifikation, deren mögliche Bedeutung und Auswirkungen auf die Frage der Nachfolgebeeinflussung hinterfragt werden müssen.

2. Von der Antike bis zur Papstwahlordnung von 1179

Mit Blick darauf, dass der Papst stets auch zugleich römischer Bischof ist, wird es verständlich, dass in den ersten Jahrhunderten die Bestellung des römischen Bischofs primär eine Angelegenheit der Ortskirche war. Vorgaben bei der Bischofsbestellung waren die Wahl unter Beteiligung von Klerus und Volk der Ortskirche und die Ordination durch die Nachbarbischofe.⁴

Im 8. Jh wurde der Einfluss der Laien auf den eigentlichen Wahlvorgang allerdings dezidiert ausgeschlossen⁵ – ein Verbot, dem nur geringe praktische Wirkung zukommen sollte. Zeitweilig war auch ein Bestätigungsrecht des byzantinischen Kaisers anerkannt worden; diese Funktion übernahmen später im Wesentlichen fränkische, ottonische und salische Herrscher.

In der Literatur wird wiederholt die Ansicht vertreten, dass in der Spätantike und im Frühmittelalter dem Archidiakon der römischen Kirche – bei äußerlicher Beibehaltung der *electio* – eine gewisse Anwartschaft auf den Bischofssitz zugekommen sei.⁶ Der Begriff „Archidiakon“ bezeichnet den Ersten im Diakonenkolleg und taucht so-

1 *Hobbes*, Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil, II, 19, ed *Waller* (1904) 136. Das Zitat selbst wird bei *Wood*, The Pope's Right to elect his Successor: The Criterion of Sovereignty, in dies (Hrsg.), The Church and Sovereignty

c. 590-1918. Essays in honour of Michael Wilks (1991) 233 ff in Zusammenhang mit dem mittelalterlichen Papsttum ins Gespräch gebracht.

2 Die folgenden Angaben werden übernommen von *Nohlen*, Wahlrecht und Parteiensystem (2000) 77 ff.

3 Abgedruckt in Alberigo ua (Hrsg.), Conciliorum oecumenicorum decreta, Bd 2, Konzilien des Mittelalters (dt Ausgabe; 2000) 211.

4 Siehe dazu *Potz*, Bischofsnennungen – Stationen, die zum heutigen Zustand geführt haben, in *Greshake* (Hrsg.), Zur Frage der Bischofsnenn-

ungen in der römisch-katholischen Kirche (1991) 17 ff.

5 *Concilium Romanum a. 769, ex sinodo secundi Stephani papae in actione III* (Monumenta Germaniae Historica. Concilia 2/1, 86).

wohl allgemein als auch für Rom frühestens in der zweiten Hälfte des 4. Jh auf.⁷ Nun ist daran zu denken, dass Päpste bestimmenden Einfluss auf die Besetzung des Archidiakonats üben konnten. Dies lässt vermuten, dass ihnen daher ein nahezu institutionalisierter Einfluss auf die eigene Nachfolge zukam. Doch anhand mehrerer Argumente lässt sich die Anwartschaftstheorie widerlegen:

- Die Quellenlage über die einzelnen Karrieren späterer römischer Bischöfe ist zu dünn, um eine derartige Anwartschaft ausmachen zu können.
- Als „Paradebeispiel“ eines Archidiakons, der zum römischen Bischof avancierte, wird sehr häufig Leo I. (440-461) genannt. Nun lässt sich allerdings belegen, dass Leo I. das Archidiakonamt bereits unter seinem Vorvorgänger innehatte: Leo war somit bei einer Papstwahl (im Jahr 432) *nicht* zum Zug gekommen, obgleich er bereits Archidiakon gewesen war.
- Ein wesentliches Argument der „Anwartschaftsbefürworter“ stellt der sogenannte Liber diurnus dar. Dabei handelt es sich um die älteste Formelsammlung für Papsturkunden, deren Entstehungszeit in der Bandbreite zwischen Ende des 8. und Beginn des 10. Jh kontrovers diskutiert wird. In Bezug auf die „Nachfolgechancen“ des Archidiakons sind drei Formeln einer päpstlichen Wahlanzeige zu beachten⁸, die von der Wahl des römischen Archidiakons zum Bischof berichten. Es drängt sich allerdings der Gedanke auf, dass hier ein idealtypisches Verhältnis gezeichnet wird, das mit der Realität nicht zwingend in Zusammenhang zu bringen ist. Der Archidiakon als

zweitmächtigster Mann der römischen Kirche wird als der Geeignteste für die Nachfolge im Bischofsamt gehalten. Meines Erachtens wäre die Nennung einer anderen Person als Nachfolgekandidat völlig ausgeschlossen. Auch andere römische Texte enthalten nachweisliche Konstrukte idealtypischer Verhältnisse zwischen kirchlichen Machtträgern, die mit der Realität nicht zwingend in Zusammenhang stehen.

- Als Ende des 5. Jh bis offensichtlich weit ins 6. Jh hinein ein Diskussionsprozess über die Frage der Designationsmöglichkeit im Gange ist, und bei entsprechenden Konflikten um die Papstnachfolge wiederholt Archidiakone als Bewerber auftreten, ist in den Quellen *nirgends* von einer Anwartschaft des Archidiakons auf das römische Bischofsamt die Rede. Doch gerade hier hätten entsprechende Hinweise dem Karrierestreben der Archidiakone durchaus dienlich sein können.

Für das Jahr 530 trifft man auf einen expliziten Designationsversuch eines Papstes.⁹ Dieser war allerdings nur deswegen von Erfolg gekrönt, weil der gegen den Designierten aufgestellte Gegenkandidat sehr bald starb.

Versuche päpstlicher Nachfolgebeeinflussung finden sich besonders gehäuft in der Zeit des Investiturstreits im 11. und 12. Jh. Es ist durchaus möglich, dass diese Handlungsweisen mit dem sich damals ausprägenden päpstlichen Selbstverständnis in Zusammenhang zu bringen sind.¹⁰ Allerdings wird man zu bedenken haben, dass auch andere Institutionen von europäischer Tragweite designative Handlungsweisen kannten: Das Reich war formell eine Wahlmonarchie, doch unter Ottonen und Saliern

kam die Designation sehr häufig vor, ebenso wie in der Abtei Cluny, die in mannigfaltiger Weise Einfluss aus das Papsttum übte.

3. Von der Papstwahlordnung 1179 bis zum beginnenden 20. Jahrhundert

Das bereits in der ersten Hälfte des 12. Jh gefestigte exklusive aktive Papstwahlrecht der Kardinäle wird in der Folgezeit bis auf eine Ausnahme stets beachtet. Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jh wird die Bestimmung erlassen, wonach Kardinäle, die das 80. Lebensjahr bereits vollendet haben, nicht mehr aktiv wahlberechtigt sind.¹¹ Schon zu Beginn des 12. Jh hatte sich das ausschließliche Recht des Papstes zur Kardinalsernennung herauskristallisiert. Es sollte allerdings bis weit in die Neuzeit durch Quasi-Nominationsrechte weltlicher Herrscher durchbrochen werden.¹² Bedenkt man, dass im Jahr 1378 das letzte Konklave stattgefunden hatte, aus dem ein Nichtkardinal als Gewählter hervorging, zeigt sich besonders deutlich, welche Möglichkeiten der Nachfolgebeeinflussung einem Papst zukommen. Darüber hinaus ist es seit dem 16. Jh die alleinige Befugnis des Papstes zur Regelung des Wahlrechts unstrittig.

Die Papstwahlordnung von 1179 führte nun das Zweidrittelprinzip ein, wobei hier eher an ein Konsens- als an ein Präsenzerfordernis zu denken sein dürfte.¹³ Diese Neuerung aus dem 12. Jh brachte den Gedanken bewusster päpstlicher Nachfolgebeeinflussung nicht zum Schweigen. So berichtet ein englischer Kleriker für das Jahr 1197 vom Versuch eines Papstes, bei Lebzeiten für sich eine bestimmte Person als Nachfolger wählen zu lassen.¹⁴ Auch wenn es in der Forschung nicht an Stimmen fehlt, die die Zuverlässigkeit dieses Berichts in Zweifel ziehen, so ist die

6 Stellvertretend für zahlreiche Autoren sei Ullmann, Gelasius I. (492-496) – Das Papsttum an der Wende der Spätantike zum Mittelalter (1981) 114 genannt, der meint, es sei „seit dem 4. Jh. gewohnheitsrechtlich der Archidiakon der römischen Kirche Nachfolger des verstorbenen Papstes geworden“. Diese Nachfolge hätte sich in der Sache kaum von einer solchen unterschieden, die „auf einem Designationsrecht beruhte“.

7 Siehe Saxon, La chiesa die Roma

dal V als X secolo: Amministrazione centrale e organizzazione territoriale, in Roma nell' alto medioevo, Bd 2 (2001) 493 ff (543).

8 Siehe im Liber Diurnus Romanorum Pontificum insb die Formel *De electionem* [sic] *ad principem*, ed Foerster (1958) 112 f.

9 Siehe dazu das *Praeceptum papae Felicis*, ed Schwartz, Acta Conciliorum Oecumenicorum, 4/2 (1914) 96 ff.

10 Zur „Papstrevolution“, die die erste große Revolution des Abendlan-

des darstellt, siehe zuletzt Prodi, Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat (Übersetzung 2003) 48 ff.

11 Motu proprio *Ingravescentem aetatem* vom Jahr 1970 (Acta Apostolicae Sedis 62 [1970] 810 ff). Die Bestimmung wurde im Wesentlichen durch die beiden seither erlassenen Papstwahlordnungen übernommen.

12 Siehe etwa Broderick, The Sacred College of Cardinals: Size and Geographical Composition (1099-1986),

Archivum Historiae Pontificiae 1987, 7 ff (52, FN 158).

13 Konkrete Wurzeln des Zweidrittelprinzips lassen sich nicht mit Gewissheit ausmachen; siehe dazu Maleczek, Abstimmungsarten. Wie kommt man zu einem vernünftigen Wahlergebnis?, in Schneider/Zimmermann (Hrsg), Wahlen und Wählen im Mittelalter (1990) 79 ff (104). Das Zweidrittelprinzip bleibt ab nun im europäischen Bewusstsein ständig verankert und kommt heute

Quelle an sich ein Beleg für das Fortleben des Designationsgedankens.¹⁵

Grundsätzlich erfolgte die Wahl durch Abstimmung (*scrutinium*). Sonderformen wie etwa das Kompromissverfahren¹⁶ änderten *per se* nichts daran, dass das Wahlergebnis durch mindestens zwei Drittel der Wähler autorisiert sein musste: Denn spätestens seit dem 13. Jh war es unstrittig, dass das Kompromissverfahren nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses der Wähler zur Anwendung kommen konnte.

Seit dem 16. Jh wurden die Papstwahlen durch das sogenannte „Ausschlussrecht“ (*ius exclusivae*) weltlicher Mächte geprägt. Es handelte sich dabei um die Befugnis, eine oder – unter Umständen – mehrere bestimmte Personen von der Wählbarkeit auszuschließen;¹⁷ seitens des Papsttums wurde sie nie formell anerkannt. Das *ius exclusivae* war bis zu seiner Abschaffung im frühen 20. Jh der ständige Begleiter von Papstwahlen. Bei weit über der Hälfte der Papstwahlen, die zwischen 1550 und 1903 stattgefunden haben, spielte es eine bedeutende Rolle und in nicht wenigen Fällen wurden die Wahlchancen von Kandidaten, die bereits mehr als die Hälfte der Stimmen erreicht hatten, durch Geltendmachung des *ius exclusivae* zunichte gemacht. Zuletzt wurde im Jahr 1903 eine Exklusive ausgesprochen. Ein Jahr später wurden derartige Vorgänge ausdrücklich verboten.

Es ist offenkundig, dass das Ausschließungsrecht dazu geeignet war, Möglichkeiten päpstlicher Nachfolgebeeinflussung hinten zu halten, auch wenn sich in zahlreichen Fällen zeigte, dass die exkludierten Kandidaten nicht primär wegen Fragen der Regierungs-

kontinuität bzw -diskontinuität einem Ausschluss zum Opfer fielen.

4. Vom beginnenden 20. Jahrhundert bis zur Papstwahlordnung von 1996

Das 20. Jh ist reich an päpstlichen Nachfolgeordnungen. Da ihrer Erlassung die alleinige papale Zuständigkeit zugrunde liegt, impliziert die einschlägige gesetzgeberische Tätigkeit der Päpste eine Betonung der Nachfolgesouveränität.

Zurecht kann man nun fragen, inwiefern sich bei den Papstwahlen des 20. Jh tatsächlich eine gewisse Nachfolgesouveränität praktisch niedergeschlagen hat: Pius X. (1903-1914) dürfte einer von mehreren Wunschkandidaten seines Vorgängers gewesen sein; in Diplomatenskreisen wurden jedenfalls noch bei Lebzeiten dieses Vorgängers derartige Ansichten kolportiert.¹⁸ Pius X. ernannte seinen Nachfolger (Benedikt XV., 1914-1922) nur äußerst widerwillig zum Kardinal – und dies nur wenige Wochen vor seinem Tod.¹⁹ Doch gerade hier zeigt sich, wie folgenswer päpstliches Handeln in Bezug auf die Zukunftsgestaltung sein konnte: Nachdem 1378 zuletzt ein Nichtkardinal gewählt worden war, kann diese Handlungsweise als beinahe zwingend kausal in Bezug auf die zukünftige Entwicklung angesehen werden. Benedikt wären als Nichtkardinal kaum ernsthafte Chancen zugekommen, gewählt zu werden.

Ein ähnlicher Gedanke drängt sich bei Pius XI. (1922-1939) auf, der ebenfalls nur wenige Monate vor seiner Wahl zum Papst Kardinal geworden war. Pius XI. gehörte zu den Päpsten, denen es offensichtlich gelang, seinem Wunschkandidaten – Kardinalstaatssekretär Eugenio Pacelli – den Weg zur

Nachfolge zu ebnen: Dies spiegelt sich nicht nur in Äußerungen des Papstes wieder.²⁰ Für Pacelli stand eine große mediale Bühne bereit. Er bereiste mehr Länder als irgendeiner seiner Kardinalskollegen²¹ und war unter ihnen eindeutig der Bekannteste. Doch letztlich mag die außenpolitisch gespannte Situation am Vorabend des Zweiten Weltkriegs, aber auch die vielerorts fühlbare bedrohliche Lage der Katholischen Kirche an sich den Willen der Wähler nach Aufrechterhaltung intensiver Kontinuität gestärkt haben. Bei Pacelli, der dann als Pius XII. (1939-1959) Papst war, fällt auf, dass er den zu hohen kurialen Würden gelangten Giovanni Battista Montini, den er schließlich zum Erzbischof von Mailand berief, *nicht* zum Kardinal ernannte. Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die meinten, dass Pius XII. zu Ende seines Pontifikats deswegen keine Kardinalskreation vornahm, um sich nicht dem Zwang auszusetzen, auch Montini zu ernennen.²² Doch der auf Pius XII. folgende Johannes XXIII. (1958-1963) verlieh Montini bereits im Jahr seiner Wahl die Kardinalwürde. Schließlich wurde Montini als Paul VI. (1963-1978) fünf Jahre später zum Papst gewählt. Unstrittig ist auch, dass dessen Nachfolger Johannes Paul I. und Johannes Paul II. (beide durch Paul zum Kardinal ernannt) vor ihrer Wahl exponierte Aufgaben wahrnahmen, die sie über ihre Kardinalskollegen heraus hoben.

5. Papstwahlordnung von 1996

Die Papstwahlordnung von 1996²³ könnte einen gravierenden Einschnitt in der Geschichte des Papsttums darstellen, dessen Tragweite heute noch nicht hinreichend ermessen werden kann. Diese Neuerung ist in Nr 75 enthalten,

in zahlreichen Rechtsordnungen als qualifiziertes Erfordernis für die Verabschiedung von Verfassungsgesetzen zum Tragen.

14 *Rogerus de Hovedene Chronica*, Bd 4, ed *Stubbs* (1871; *Rerum Britannicarum Scriptores* 51) 32 f.

15 Vgl dagegen *Melloni*, *Il conclave* (2001) 42: „La discussione decretistica sul potere del papa di nominare il successore resta un caso di scuola.“ Es gibt zahlreiche weitere narrative Quellen zur Thematik der päpstlichen Designation bzw Nachfolgebeeinflussung. Die kanonistische Diskussion befand

sich durchaus nicht im Bereich grauer Theorie.

16 Das Wahlkollegium bestimmte aus seiner Mitte einige wenige Wahlmänner und erklärte sich von vorne herein bereit, die vom verkleinerten Kolleg getroffene Wahl anzuerkennen. Zur Kompromisswahl siehe ausführlich *Herde*, *Die Entwicklung der Papstwahl im dreizehnten Jahrhundert. Praxis und kanonistische Grundlagen*, ÖAKR 1981, 11 ff.

17 Siehe ausführlich *Wahrmund*, *Das Ausschließungs-Recht (Jus Exclusivae) der Katholischen Staaten Österreich,*

Frankreich und Spanien bei den Papstwahlen (1888); *Pivano*, *Il diritto di veto, ius exclusivae, nell'elezione del pontefice* (1905); *Eisler*, *Das Veto der katholischen Staaten bei der Papstwahl seit dem Ende des 16. Jahrhunderts* (1907).

18 *Engel-Janosi*, *Österreich und der Vatikan*, Bd 2 (1960) 13.

19 Siehe *Pollard*, *The Unknown Pope – Benedict XV (1914-1922) and the Pursuit of Peace* (2000) 52.

20 Siehe *Knopp*, *Vatikan – Die Macht der Päpste* (1998) 19.

21 *Cornwell*, *Pius XII. – Der Papst,*

der geschwiegen hat (1999) 254.

22 Hinweis bei *Fischer*, *Die Nachfolge – Von der Zeit zwischen den Päpsten* (1997) 87.

23 *Acta Apostolicae Sedis* 88 (1996) 305 ff.

die für den Fall, dass nach etwa elf Konklavetagen keine Wahl zustande gekommen ist, Beratungen über den danach einzuschlagenden Modus vorsieht: „Anschließend wird dementsprechend weiter verfahren, was die absolute Mehrheit beschlossen hat. Dennoch wird man nicht davon abweichen können, dass zu einer gültigen Wahl entweder die absolute Mehrheit der Stimmen vorhanden sein muss oder dass zwischen den beiden Personen, die beim unmittelbar vorhergehenden Wahlgang den größten Stimmenanteil erhalten haben, gewählt wird, wobei dann auch in diesem zweiten Fall nur die absolute Mehrheit erforderlich ist“.

Diese Bestimmung stellt auch im Hinblick auf die vorangehende Papstwahlordnung von 1975²⁴ eine wesentliche Neuerung dar, weil die Möglichkeit der Senkung des Konsensquorums nur durch einstimmigen Beschluss der Wähler erfolgen durfte. Vorweg ist festzustellen, dass Nr 75 äußerst interpretationsbedürftig ist: Es bleibt nämlich die Frage offen, ob die Kardinäle sich darauf einigen dürfen, das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit beizubehalten²⁵, oder ob die hier vorgesehenen beiden *Wahlmodi* – wenn auch in alternativer Weise – zwingendes Recht darstellen.²⁶ Doch jedenfalls wird nun bestimmt, dass für die Autorisierung des Wahlergebnisses die absolute Mehrheit der anwesenden Wähler genügen kann.²⁷ Auf dem ersten Blick trägt Nr 75 durchaus Erfordernissen der neueren Zeit Rechnung: Sie bedeutet eine Vereinfachung des Wahlverfahrens in Anbetracht einer

überaus hohen Zahl von Wahlberechtigten.

Doch unübersehbar sind andererseits die Einwände, die gegen die Bestimmungen der Nr 75 erhoben wurden: Im Ergebnis sei nun die für die Wahl erforderliche Zweidrittelmehrheit auf die absolute Mehrheit herabgesetzt worden. Hardliner unterschiedlicher Richtungen hätten nun eher Chancen, gewählt zu werden, als integrative Persönlichkeiten, die durch Kompromissbereitschaft einen wirksamen gemeinsamen Nenner unterschiedlicher Anliegen darstellen können. Personen, die im Stande sind, zwei Drittel der Wählerschaft für sich zu gewinnen, seien naturgemäß eher auf Ausgleich zwischen einzelnen Richtungen bedacht, als Personen, die nur die hauchdünne Mehrheit des Wahlkollegiums hinter sich wissen.

Diese Überlegungen verbinden sich mit dem Hinweis auf das unstrittige Recht des Papstes, die Kardinäle frei zu ernennen. Insbesondere die Tatsache, dass über 97% derjenigen Kardinäle, die nach dem Stand der letzten Kardinalskreation aus dem Jahr 2003 wahlberechtigt sind, durch den gegenwärtigen Papst kreiert wurden, legt speziell für das nächste Konklave den Gedanken der Nachfolgesouveränität nahe. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass gerade diese bisher letzte Kardinalskreation unter dem Prätext der Nachfolgebeeinflussung ein großes Medienecho fand: So wurde berichtet, dass diese wegen des schlechten Gesundheitszustandes des Papstes um vier Monate vorverlegt worden war, und Spekulationen über

damit verbundene Nachfolgebeeinflussung blieben nicht aus.²⁸ Kombiniert mit der Möglichkeit, bloß die absolute Mehrheit für die Wahl eines Nachfolgers genügen zu lassen, könnte dies bedeuten, dass das Oberhaupt der katholischen Kirche sich keine große Mühe geben muss, die Nachfolge in seinem Sinn zu regeln. Ein Papst bräuchte demnach die Zusammensetzung des Kollegs lediglich in der Weise zu gestalten, dass über 50% der Kardinäle der Linie seiner Amtsführung zugetan sind und für die Wahl eines „genehmen“ Nachfolgers sorgen.²⁹

Niemand kann mit Sicherheit sagen, ob Nr 75 das Wahlverhalten der Konklaveteilnehmer erheblich ändern wird, doch der in der Literatur geäußerte Hinweis, wonach es keinen Grund mehr gäbe, einen Kompromiss zu schließen oder sich einem Konsenskandidaten zuwenden zu müssen³⁰, ist zweifelsohne zutreffend.

A.o. Univ.-Prof. Dr. Stefan Schima lehrt am Institut für Recht und Religion der Universität Wien; stefan.schima@univie.ac.at.

24 Acta Apostolicae Sedis 67 (1975) 609 ff.

25 Diesfalls wäre Nr 75 so zu interpretieren, dass die einfache Mehrheit als *Mindestkonsenserfordernis* formuliert wird und eine Einigung erzielt werden kann, die die Beibehaltung des Zweidrittelerefordernisses zum Inhalt hat.

26 Dafür spricht der Umstand, dass die Papstwahlordnung von 1975 die Beibehaltung des Zweidrittelerefordernisses in dieser Situation ausdrücklich vorgesehen hatte. In der geltenden

Papstwahlordnung wird diese Möglichkeit nicht mehr erwähnt.

27 Vgl dazu auch *Schlaich*, Einige Beobachtungen zum Recht der Papstwahl, FS Heckel (1999) 237 (247 f).

28 Siehe etwa „Frankfurter Allgemeine Zeitung“ vom 29. September 2003.

29 In diesem Zusammenhang ist auf den durch einen spanischen Botschafter kolportierten Versuch eines Papstes aus dem 16. Jh hinzuweisen, das Erfordernis der Zweidrittelmehrheit durch die einfache Mehrheit zu erset-

zen (siehe *Hübner*, Sixtus V. II [1871] 65 ff): Man habe gehört – so der Botschafter – dass Sixtus V. das Wahlrecht ändern wolle: „Nunmehr scheint Seine Heiligkeit gewillt, die Hälfte der Stimmenzahl für hinreichend zu erklären. Hiedurch sucht er die Wahl des Nachfolgers in die Hände seines Nepoten zu spielen.“

30 *Reese*, Im Inneren des Vatikan – Politik und Organisation der katholischen Kirche (Übersetzung 2000) 122: „Das alte Prinzip wurde einfach umgekehrt: Nun ist die Mehrheit ermuntert,

einfach nur durchzuhalten, während die Minderheit gleich aufgeben kann, weil jedermann weiß, dass die Mehrheit am Ende sowieso siegen wird.“ Vgl auch *Klein*, Papstwahl: geänderte Spielregeln, Orientierung 1996, 97 f; *Bobersky*, Der nächste Papst (1999) 149; *May*, Mehrheitsverhältnisse bei Papstwahlen, in FS Geringer (2002), 273 ff (284 ff).

Homosexualität und der Freiheitsbegriff der Verfassung der Vereinigten Staaten

Ausgewählte Reflexionen zu Lawrence v Texas

Martin Hiesel

„Liberty presumes an autonomy of self that includes freedom of thought, belief, expression, and certain intimate conduct.“

US Supreme Court

1. Einleitung

Mit der als historisch zu bezeichnenden Entscheidung *Lawrence v Texas*¹ vom 26. Juni 2003 hat der Supreme Court der Vereinigten Staaten bundesstaatliche Gesetze, mit denen bestimmte intime sexuelle Verhaltensweisen zwischen zwei damit einverstandenen erwachsenen Personen desselben Geschlechts unter Strafe gestellt werden, unter dem Aspekt der „Due Process Clause“ des 14. Verfassungszusatzes² für verfassungswidrig erklärt. Im Folgenden sollen der Hintergrund und einige (mögliche) Konsequenzen dieser gleich in mehrfacher Hinsicht grundlegenden Entscheidung aufgezeigt und erörtert werden.

2. Der geschichtliche Hintergrund

2.1 *Bowers v Harwick* (1986)

Die Entscheidung des Supreme Court ist neben ihrer offensichtlichen gesellschaftspolitischen Bedeutung aus juristischer Perspektive zunächst einmal schon deshalb von besonderem Interesse, weil der Gerichtshof sogar eine Vorentscheidung *expressis verbis aufheben* musste, um zu dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der vorstehend umschriebenen Gesetze gelangen zu können. In *Bowers v Harwick*³ wurde nämlich im Jahr 1986 eine mit dem jetzt für verfassungswidrig erklärten Gesetz gleichartige Norm mit einer knappen Mehrheit von fünf zu vier Stimmen unter dem Aspekt der „Due Process Clause“ *ausdrücklich für verfassungskonform* erklärt.⁴ Im Lichte dieses Sachverhaltes erscheint es zum Verständnis der Bedeutung der nunmehr getroffenen Entscheidung erforderlich, das damalige Urteil skizzenhaft darzustellen:

In der seinerzeitigen Urteilsbegründung wies Richter *White* insbesondere darauf hin, dass im Zeitpunkt der Ratifikation des 14. Verfassungszusatzes im Jahre 1868 in nicht weniger als 32 der damals 37 Bundesstaaten Gesetze in Geltung standen, mit denen homosexuelle „widernatürliche Unzucht“ unter Strafe gestellt wurde. Die vom Kläger behauptete Freiheit Homosexueller in Bezug auf sexuelle Handlungen zwischen darin einwilligenden Erwachsenen könne daher *nicht als fundamentales Recht im Sinne dieser Verfassungsbestimmung* angesehen werden, da sie nicht in der Geschichte und den Traditionen des Landes verankert sei.⁵ Eine extensive Verfassungsverständnis zu Gunsten des Klägers lehnt er uA mit der Begründung ab, dass der Gerichtshof am verwundbarsten sei und seine Legitimität aufs Spiel setze, wenn er sich mit von Richtern erschaffenem Verfassungsrecht beschäftige, das nur wenige oder gar keine erkennbaren Wurzeln in Text oder Struktur der Verfassung hat.

Im Hinblick auf dieses Ergebnis war das anzuwendende Gesetz auch nicht anhand des strengen Prüfungsmaßstabes des sog. „strict scrutiny“ Tests⁶ zu bewerten, mit dem jene Gesetze zu prüfen sind, die in fundamentale Rechte eingreifen.

Dem Eventualvorbringen des Klägers, dass das Gesetz über keine andere Basis verfüge als die Überzeugung der Mehrheit der wahlberechtigten Bevölkerung von Georgia, dass Homosexualität unmoralisch und inakzeptabel sei und es daher auch in Anwendung des wesentlich weitmaschigeren „rational basis“ Tests⁷ verfassungswidrig ist, hielt Richter *White* entgegen, dass *Gesetze regelmäßig auf moralischen*

1 No. 02-102 bzw 539 U.S. 558 (2003). Im Volltext abrufbar ist die Entscheidung etwa auf der vorbildhaften Homepage des US Supreme Court unter www.supremecourt.gov/opinions/02/slipopinions.html.

2 Der hier relevante Verfassungstext lautet: „nor shall any State deprive any person of ... liberty ... without due process of law“. Dazu beispielhaft *Biskupic/Witt*, Guide to the U.S. Supreme Court³ (1997) 687 mit zahlreichen weiterführenden Literatur- und Rechtsprechungsnachweisen.

3 478 U.S. 186 (1986).

4 Für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes des Staates Georgia votier-

ten neben Richter *White* Chief Justice *Burger*; die Richter *Powell* und *Rehnquist* sowie die Richterin *O'Connor*. Schon damals die Verfassungswidrigkeit derartiger Regelungen bejahend hingegen die Richter *Brennan*, *Marshall*, *Blackmun* und *Stevens*.

5 Die Mehrheit konnte sich in diesem Punkt auf eine ältere Vorjudikatur berufen, wonach nur jene Rechte als „fundamental“ zu qualifizieren sind, die – obgleich im Verfassungstext nicht *expressis verbis* verankert – implizit im Verfassungskonzept der „geordneten Freiheit“ enthalten sind. Darunter fallen nach der älteren Rechtsprechung insbesondere die

Rechte von Eltern in Bezug auf die Erziehung ihrer Kinder, aber auch das Recht von Ehepaaren auf Intimsphäre in der ehelichen Wohnung.

6 Dieser Prüfungsmaßstab verlangt, dass für die in die geschützte Rechtsposition eingreifende gesetzliche Regelung ein zwingendes legitimes öffentliches Interesse („compelling governmental interest“) besteht und die Regelung im Sinne des gelindest möglichen Eingriffs maßgeschneidert ist, um dieses Interesse zu unterstützen („narrowly tailored to further that interest“). Im Regelfall führt die Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs zur Feststellung

der Verfassungswidrigkeit der geprüften Regelung.

7 In Anwendung dieses Prüfungsmaßstabes ist lediglich zu beurteilen, ob grundrechtsbeschränkende Gesetze in einer rationalen Verbindung zu irgendeinem legitimen öffentlichen Interesse stehen („rationally related to any legitimate governmental interest“). Dieser Prüfungsmaßstab führt in der Praxis nur selten dazu, dass Gesetze als verfassungswidrig erklärt werden, weil ein legitimes öffentliches Interesse für eine Rechtsvorschrift in der Regel leicht gefunden werden kann und eine weitere Abwägung nicht vorzunehmen ist.

Überzeugungen beruhen würden und die Gerichte sehr beschäftigt wären, wenn alle auf moralischen Entscheidungen beruhenden Gesetze im Lichte der „Due Process Clause“ für verfassungswidrig zu erklären wären.

Der Sache nach wurde damit die Durchsetzung der moralischen Überzeugung der Mehrheit auch mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts selbst in dem intimsten Bereich menschlicher Beziehungen als *legitimes öffentliches Interesse* auch in den Fällen anerkannt, in denen kein Schutzbedürfnis einer der beiden unmittelbar involvierten Personen existiert.

In seiner zustimmenden Meinung⁸ unterstrich Chief Justice *Burger*, dass die Verurteilung homosexueller Verhaltensweisen die gesamte Geschichte der westlichen Zivilisation durchziehe und deren verfassungsmäßige Anerkennung daher Jahrtausende alte Morallehren beiseite schieben müsste.

Der Zugang der überstimmten Minderheit war ein *grundsätzlich anderer*.⁹ Unter Berufung auf Richter *Holmes* – einem der unbestritten angesehensten Richter in der langen Geschichte des Supreme Court – erklärte es Richter *Blackmun* für *empörend*, dass für eine gesetzliche Regelung *kein besserer Grund ins Treffen geführt werden kann, als dass sie zur Zeit Heinrichs IV. aufgestellt wurde*. Noch empörender sei es, wenn die zur Erlassung der Vorschrift geführt habenden Gründe längst weggefallen sind und die Regel bloß als „*blinde Imitation der Vergangenheit*“ weiterbestehe. *Blackmun* kritisierte, dass der Gerichtshof das im Kern des verfassungsmäßigen Schutzes der Privatsphäre zu liegen scheinende *grundlegende Interesse aller Menschen, die Natur ihrer intimen Beziehungen mit*

anderen Menschen selbst zu kontrollieren, nicht anerkannt habe. Der Umstand, dass die gesetzlich verbotenen Praktiken für Hunderte, wenn nicht Tausende Jahre als unmoralischen angesehen wurden, könne für sich keine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit verhindern.

In seinen weiteren Ausführungen argumentiert *Blackmun*, dass Vorurteile und Intoleranz seitens der Öffentlichkeit die Einschränkung der Freiheit von Personen in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht zu rechtfertigen vermögen, wobei er auch darauf hinweist, dass Rechte anderer im gegebenen Zusammenhang *gar nicht betroffen sind*, da das bloße Wissen, dass andere Menschen nicht dem eigenen moralischen Wertesystem folgen, kein rechtlich anerkennbares Interesse darstelle. Unter Berufung auf eine berühmte Entscheidung aus den 1940er Jahren¹⁰ hält er zudem fest, dass *der Test der Substanz eines Freiheitsrechts das Recht ist, in den den Kern der bestehenden Gesellschaftsordnung berührenden Angelegenheiten anders zu sein*.

Am Ende seiner abweichenden Meinung drückt *Blackmun* schließlich seine Hoffnung aus, dass der Gerichtshof seine Entscheidung bald überdenken und zu dem Ergebnis gelangen möge, dass die Aberkennung des Rechts der Menschen, für sich selbst zu entscheiden, wie sie ihre intimen Beziehungen gestalten, eine wesentlich größere Gefahr für die in der Geschichte des Landes grundlegend verwurzelten Werte darstellt, als das Tolerieren eines abweichenden Verhaltens jemals sein kann.¹¹

In seiner abweichenden Meinung vertritt Richter *Stevens* ebenfalls die Auffassung, dass die Vorjudikatur des Supreme Court eindeutig belege, dass

der Umstand, dass die regierende Mehrheit eine bestimmte Praxis seit jeher als unmoralisch angesehen hat, keine ausreichende Rechtfertigung dafür bietet, ein diese Praxis verbietendes Gesetz für verfassungskonform zu erklären.¹² Entscheidungen von Menschen über die Ausgestaltung ihrer intimen Beziehungen stellten eine Form der durch den 14. Verfassungszusatz geschützten Freiheit dar. Weder der Bundesstaat noch der Gerichtshof hätten ein legitimes öffentliches Interesse ins Treffen führen können, dass die durch das Gesetz bewirkte Einschränkung der Freiheit homosexueller Personen rechtfertigen würde.

Obwohl Richter *Powell* sein Abstimmungsverhalten in diesem Fall nach seinem Ausscheiden aus dem Gerichtshof sogar *öffentlich bedauerte*,¹³ schien diese Entscheidung in der darauffolgenden Dekade aus zwei Gründen verfestigt zu sein: Zum einen ist es relativ selten, dass der Supreme Court von seinen eigenen Entscheidungen wieder abzurückt, solange keine offensichtlich entscheidungswesentlichen neue Aspekte wie gravierende dogmatische Veränderungen oder eine massive Veränderung des gesellschaftlichen Umfeldes zu gewärtigen sind.¹⁴ Zum anderen kam es von 1986 bis 1994 zu einem „Generationswechsel“ am Supreme Court, in dessen Verlauf sechs der neun Richter (davon je drei der Befürworter und Gegner der *Bowers* Entscheidung) den Gerichtshof verließen.¹⁵ Auch wenn einschlägig publizierte „Kurzbeschreibungen“ des juristischen Weltbilds der einzelnen Richter und Richterinnen immer mit allergrößter Vorsicht zu genießen sind (und es insbesondere regelmäßig *nicht zutrifft*, dass die ernannten Richter ihr Abstimmungsverhalten nach den

8 478 U.S. 186, 196 f.

9 Die abweichende Meinung von Richter *Blackmun* wurde von seinen Amtskollegen *Brennan*, *Marshall* und *Stevens* mitgetragen, jene von Richter *Stevens* von *Brennan* und *Marshall*.

10 *Blackmun* zitiert hier die richtungsweisende Entscheidung *West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), mit der mitten im 2. Weltkrieg ausgesprochen wurde, dass Schulkinder aufgrund der durch den ersten Verfassungszusatz geschützten Meinungsäußerungsfreiheit nicht dazu gezwungen werden dürfen, ihre Loyalität zur Flagge der

Vereinigten Staaten zu bekennen.

11 Anlässlich des Ausscheidens von Richter *Blackmun* aus dem Supreme Court im Jahre 1994 sagte sein Amtskollege *Brennan* voraus, dass sich seine Ansicht im Urteil der Geschichte letztlich durchsetzen wird. *Brennan*, A Tribute to Justice Harry A. Blackmun, Harvard Law Review 108 (1994) 2.

12 *Stevens* verweist in diesem Zusammenhang auf gesetzliche Verbote von Mischehen, die, obwohl sie ebenfalls Jahrhunderte lang als unmoralisch angesehen wurden, im Lichte der Vorjudikatur unzweifelhaft als verfassungswidrig anzusehen sind.

13 *Jeffries Jr.*, Justice Lewis F. Powell, Jr.: A Biographie (1994) 530. *Powell* begründete seine geänderte Meinung im Wesentlichen damit, dass die Entscheidung unvereinbar mit dem in der Rechtsprechung zum verfassungsmäßigen Schutz der Vornahme von Abtreibungen (gegenüber der früheren Judikatur weiter)entwickelten Verständnis des Freiheitsbegriffes sei.

14 In der immerhin schon fast 215jährigen Geschichte des Supreme Court wurden bisher über 220 Entscheidungen durch spätere Urteile explizit aufgehoben. Eine vollständige Übersicht (Stand Sommer 2002) findet

sich etwa in *Epstein/Segal/Spaeth/Walker*, The Supreme Court Compendium³ (2003) 194 ff.

15 Vgl. *Hiesel*, Der Supreme Court an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, ZÖR 1999, 331 (334 ff). Seit Sommer 1994 ist die personelle Zusammensetzung der Richterbank des Supreme Court hingegen unverändert – die mit Abstand längste Kontinuitätsperiode, seitdem die Zahl der dort tätigen Richter 1869 mit neun festgesetzt wurde.

Wünschen des Präsidenten ausrichten, dem sie ihre Ernennung letztlich zu verdanken haben¹⁶) ist es in den Vereinigten Staaten doch juristisches Allgemeinwissen, dass fünf der sechs in diesem Zeitraum von den Präsidenten *Reagan*, *Bush (sen)* und *Clinton* ernannten Richter (fünf Männer und eine Frau) regelmäßig „konservativer“ judizieren als ihre unmittelbaren Amtsvorgänger.¹⁷

2.2 *Romer v Evans* (1996)

Die nächste Entscheidung des Supreme Court betreffend die Rechte Homosexueller wurde erst 1996 gefällt. In *Romer v Evans*¹⁸ wurde mit einer Mehrheit von sechs gegen drei Stimmen¹⁹ ein Verfassungszusatz des Bundesstaates Colorado, mit dem nach Auffassung der Mehrheit ausschließlich Homosexuellen der spezifische rechtliche Schutz vor durch Diskriminierung verursachten Rechtsnachteilen verwehrt wurde, unter dem Aspekt der „Equal Protection Clause“ des 14. Verfassungszusatzes²⁰ für verfassungswidrig erklärt. Diese Entscheidung wurde von Richter *Kennedy* im Wesentlichen damit begründet, dass der in seiner normativen Bedeutung außerordentlich weitreichende Verfassungszusatz in keinem rationalen Zusammenhang mit irgendeinem legitimen gesetzgeberischen Ziel stehe und somit selbst in Anwendung des großzügigsten Prüfungsstandards des „rational basis“ Tests nicht gerechtfertigt werden könne.

In der abweichenden Meinung wurde von Richter *Scalia* unter Berufung auf *Bowers v Hardwick* dazu darauf

hingewiesen, dass es nicht einsichtig sei und einen Wertungswiderspruch darstelle, wenn ein Bundesstaat homosexuelles Verhalten zwar kriminalisieren und unter Strafe stellen kann, er aber gleichzeitig keine gesetzliche Regelungen erlassen dürfe, mit denen an ein solches Verhalten andere Nachteile geknüpft werden.

In den darauffolgenden Jahren ergingen zwei weitere Homosexuelle in besonderem Ausmaß betreffende Entscheidungen, die jedoch nicht den 14. Verfassungszusatz zum Gegenstand hatten.²¹

3. Die neue Rechtsauffassung des Supreme Court

In *Lawrence v Texas* gelangte der Supreme Court mit sechs gegen drei Stimmen (wobei die gleichen Richter und Richterinnen der Mehrheit bzw. überstimmten Minderheit angehörten wie sieben Jahre zuvor in *Romer v Evans*²²) zu dem Ergebnis, dass der 14. Verfassungszusatz es den Bundesstaaten verbietet, bestimmte intime sexuelle Verhaltensweisen zwischen zwei damit einverstandenen erwachsenen Personen desselben Geschlechts zu kriminalisieren. Vier Richter und eine Richterin²³ stützen ihre Auffassung auf die „Due Process Clause“, während Richterin *O'Connor*, die 1986 in *Bowers* mit der Mehrheit für die Verfassungskonformität des angegriffenen Gesetzes unter dem Aspekt dieser Verfassungsbestimmung votiert hatte, in ihrer zustimmenden Meinung die „Equal Protection Clause“ als verletzt ansah.

Eine Analyse der (äußerst lesenswerten) Entscheidungsbegründung von Richter *Kennedy* zeigt, dass er sich im Wesentlichen auf drei Komponenten stützt. Diese können wie folgt skizziert werden:

a) *Die Mehrheit in Bowers verkannte das Ausmaß der auf dem Spiel stehenden Freiheitsinteressen*

Die Auffassung, dass *Bowers* lediglich das Recht zur Praktizierung bestimmter sexueller Verhaltensweisen zum Gegenstand hatte, erniedrigte den von der betroffenen Person vorgetragenen Anspruch in gleicher Weise wie es ein verheiratetes Ehepaar erniedrigen würde, wenn man sagte, dass es bei der Ehe lediglich um das Recht auf Geschlechtsverkehr gehe. Die in *Bowers* und im vorliegenden Fall involvierten Gesetze geben zwar vor, lediglich bestimmte sexuelle Akte zu verbieten. Ihre Strafen und Absichten haben aber weitere weitreichende Konsequenzen, die das intimste menschliche Verhalten im Privatleben aller Plätze berühren.

b) *Der in Bowers für maßgeblich erachtete geschichtliche Hintergrund ist komplexer als von der damaligen Mehrheit angenommen*

Richter *Kennedy* räumt im Rahmen seiner ausführlichen Darlegungen zur Entwicklung der Rechtslage zwar ausdrücklich ein, dass über Jahrhunderte hinweg maßgebliche Stimmen homosexuelle Verhaltensweisen als unmoralisch qualifiziert haben und nach wie vor viele Menschen nach diesen tief verwurzelten Überzeugungen zu leben

16 So war etwa das Abstimmungsverhalten des von Präsident *Kennedy* ernannten Richters *White* weitaus „konservativer“ als jenes von Richter *Blackmun*, der von Präsident *Nixon* ernannt wurde. Auch die derzeit am Supreme Court tätigen Richter *Stevens* (ernannt von Präsident *Ford*) und *Souter* (ernannt von Präsident *Bush sen*) sind in ihrem juristischen Weltbild wesentlich „liberaler“ als es die politische Weltanschauung des sie ernennenden Präsidenten war. Aber auch die anderen Richter votieren nicht selten in einer Weise, die den jeweiligen Präsidenten gehörig vor den Kopf stößt.

17 Siehe beispielhaft *Abraham*, Justices, Presidents and Senators (1999) sowie *Epstein/Segal/Spaeth/Walker*, The Supreme Court Compen-

dium 481 ff mit umfassenden statistischen Analysen des Abstimmungsverhaltens der einzelnen Richter.

18 517 U.S. 620 (1996). Eine deutschsprachige Übersetzung dieser Entscheidung findet sich in *EuGRZ* 1997, 624 ff. Vgl. hierzu auch *Fab Bender*; Die Verfassungswidrigkeit eines allgemeinen Ausschlusses einer Personengruppe vom Schutz vor Diskriminierung, *EuGRZ* 1997, 608 sowie *Hiesel*, *ZÖR* 1999, 345 ff.

19 Die Entscheidungsbegründung wurde von Richter *Kennedy* verfasst, dessen Ausführungen von Richter *Stevens*, Richterin *O'Connor*, Richter *Souter*, Richterin *Ginsburg* und Richter *Breyer* mitgetragen wurden. Richter *Scalia* verfasste eine (selbst für amerikanische Verhältnisse ungewöhnlich scharfe) abweichende Meinung, der

sich *Chief Justice Rehnquist* und Richter *Thomas* anschlossen.

20 Dazu aus der neueren deutschsprachigen Literatur beispielhaft *Heun*, Equal Protection im amerikanischen Verfassungsrecht, *EuGRZ* 2002, 319 mit weiterführenden Rechtsprechungs- und Literaturnachweisen.

21 In *Oncale v Sundowner Offshore Services, Inc*, 523 U.S. 75 (1998) entschied der Gerichtshof einstimmig, dass auch gleichgeschlechtliche sexuelle Belästigungen in den Anwendungsbereich eines Bürgerrechtsgesetzes fallen und somit ein bundesrechtlich verbotenes Verhalten darstellen. In *Boy Scouts of America v Dale*, 530 U.S. 640 (2000) urteilte der Gerichtshof mit fünf gegen vier Stimmen, dass die Boy Scouts ein aus dem ersten Verfassungszusatz erfließen-

des Recht haben, Homosexuelle aus Führungspositionen auszuschließen, wobei in diesem Fall zwischen den Richtern in erster Linie der maßgebliche Sachverhalt als solcher strittig war.

22 Die abweichende Meinung wurde auch hier von Richter *Scalia* geschrieben und von Chief Justice *Rehnquist* und Richter *Thomas* mitgetragen. *Thomas* verfasste aber auch eine eigene kurze abweichende Meinung, in der er das maßgebliche Gesetz als außergewöhnlich dumm („uncommonly silly“) qualifizierte und erklärte, dass er als Mitglied der gesetzgebenden Körperschaft von Texas für die Aufhebung der Regelung stimmen würde.

23 *Stevens*, *Kennedy*, *Souter*, *Ginsburg* und *Breyer*.

trachten. Die vom Gerichtshof zu beantwortende Frage sei jedoch, ob die Mehrheit die Macht des Staates einsetzen darf, um diese Ansichten der gesamten Gesellschaft durch den Einsatz des Kriminalstrafrechts aufzuzwingen. *Die Aufgabe des Gerichtshofs liege indes gerade darin, die Freiheit aller zu definieren und nicht den eigenen Moralkodex vorzuschreiben.*

Kennedy gelangt zu der Auffassung, dass der Rechtsentwicklung des letzten halben Jahrhunderts am meisten Bedeutung beizumessen sei. Diese zeige ein heranwachsendes Bewusstsein, dass die Freiheit erwachsenen Menschen substanziellen Schutz hinsichtlich der Entscheidung bietet, wie sie ihr Privatleben in sexuellen Belangen gestalten wollen.²⁴

c) Bowers ist mit der früheren und späteren Rechtsprechung des Supreme Court unvereinbar

Unter Berufung auf eine Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1992²⁵ bekräftigt Kennedy seine Auffassung, dass im Herzen der verfassungsmäßigen Freiheit das Recht jedes Menschen liegt, seine eigene Konzeption der Existenz, der Bedeutung, des Universums und dem Mysterium des menschlichen Lebens zu entwickeln. Personen in homosexuellen Beziehungen können ihre Autonomie zu diesen Zwecken in gleicher Weise wie heterosexuelle Menschen in Anspruch nehmen. Schließlich verweist der Gerichtshof auf die bereits skizzierte Entscheidung *Romer v Evans* und die massive Kritik der Lehre an der *Bowers* Entscheidung.

Aus dem Zusammenhalt dieser drei Aspekte gelangt Kennedy zu dem Ergebnis, dass *der Weiterbestand der Bowers Entscheidung als Präzedenzfall erniedrigend für das Leben homosexueller Personen ist.*²⁶ Er hebt ausdrücklich hervor, dass die von Richter Stevens in seiner abweichenden Meinung in *Bowers* niedergelegte Analyse rechtlich korrekt und die in Rede stehende

Entscheidung daher *aufzuheben* ist. Die Kläger haben das Recht auf Achtung ihres Privatlebens. *Der Staat kann nicht ihre Existenz erniedrigen oder ihre Bestimmung kontrollieren, indem er ihre privaten sexuellen Verhaltensweisen kriminalisiert.* Ihr Recht auf Freiheit unter der „Due Process Clause“ gibt ihnen das volle Recht, ihre Verhaltensweisen *ohne Einmischung der Regierung zu praktizieren.* Das bundesstaatliche Gesetz dient keinem legitimen staatlichen Interesse, dass den Eingriff in das Privatleben rechtfertigt.

Gleichsam in Beantwortung der Kritik der überstimmten Minderheit, die zur Ermittlung des Sinngehalts des maßgebenden Verfassungstextes ausschließlich die einfachgesetzliche Rechtslage *im Zeitpunkt seiner Ratifikation* heranziehen will, schließt Richter Kennedy die Entscheidungsbegründung mit folgenden Worten:

“Had those who drew and ratified the Due Process Clause of the Fifth Amendment or the Fourteenth Amendment known the components of liberty in its manifold possibilities, they might have been more specific. They did not presume to have this insight. They knew times can blind us to certain truths and later generations can see that laws once thought necessary and proper in fact only serve to oppress. As the Constitution endures, persons in every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom.”

4. Die Bedeutung von Lawrence v Texas für die Gegenwart und die Zukunft

Aufgrund der vorstehend skizzierten Entscheidungsbegründung des Supreme Court besteht kein Zweifel daran, dass *alle bundesstaatlichen Gesetze, mit denen intime sexuelle Verhaltensweisen zwischen zwei damit einverstandenen erwachsenen Personen desselben Geschlechts unter Strafe gestellt werden, wegen Verfassungswidrigkeit ab sofort unanwendbar sind.* Gleiches

gilt offensichtlich auch für jene bundesstaatlichen Rechtsvorschriften, mit denen bestimmte intime sexuelle Praktiken zwischen zwei darin einwilligenden *verschiedengeschlechtlichen Personen* verboten werden (zB das vereinzelt immer noch bestehende Verbot des vorehelichen Geschlechtsverkehrs).

Die grundlegende Aussage dieser Entscheidung liegt indes darin, dass der bloße Umstand, dass die jeweilige Mehrheit ein bestimmtes Verhalten als unmoralisch ansieht, *für sich allein* selbst in Anwendung des „rational basis“ Tests jedenfalls dann kein legitimes öffentliches Interesse darstellt, das ein Verbot der betreffenden Verhaltensweise rechtfertigt, wenn es sich um ein die Rechte dritter Personen nicht verletzendes *privates Verhalten handelt, dem persönlichkeitsprägende Wirkung zukommt.*

In seiner abweichenden Meinung wirft Richter Scalia der Mehrheit vor, die Verfassungsmäßigkeit aller auf moralischen Erwägungen beruhenden Gesetzgebungsakte in Frage gestellt zu haben. Die Auffassung des Staates Texas, dass bestimmte Formen sexueller Verhaltensweisen unmoralisch und inakzeptabel seien, liege auch Strafgesetzen gegen vorehelichen Geschlechtsverkehr, Bigamie, Ehebruch, Inzest unter Erwachsenen, Sodomie und Obszönitäten zugrunde. Wenn die Förderung der von der Mehrheit der gesetzgebenden Körperschaft getragenen sexuellen Wertvorstellungen kein legitimes Interesse des Staates darstellt, könne keines dieser Gesetze einer Prüfung am Maßstab des „rational basis“ Tests standhalten. Auf dem Boden der Mehrheitsentscheidung sei zudem keine Rechtfertigung erkennbar, mit der homosexuellen Paaren die Vorteile des Ehestandes verweigert werden könnte.

Diese Aussagen sind offensichtlich stark übertrieben. So kann beispielsweise das Verbot des Ehebruchs mit dem

24 In diesem Zusammenhang wird neben einer ausführlichen Darstellung der bundesstaatlichen Rechtsentwicklung (die eine fortschreitende Entkriminalisierung des in Rede stehenden Verhaltens aufzeigt) übrigens auch auf die Rechtsprechung des EGMR zum Schutz gleichgeschlechtlicher Bezie-

hungen zwischen darin einwilligenden erwachsenen Menschen hingewiesen, um zu dokumentieren, dass die Ablehnung homosexueller Verhaltensweisen im westlichen Kulturkreis bei weitem nicht so einheitlich war, wie die Mehrheit der *Bowers* Entscheidung glauben machen wollte.

25 *Planned Parenthood of Southeastern Pa v Casey*, 505 U.S. 833 (1992), mit der das ebenfalls aus der „Due Process Clause“ abgeleitete verfassungsmäßige Recht von Frauen bestätigt wurde, unter bestimmten Voraussetzungen einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen.

Die zentralen Aussagen dieser Entscheidung wurden von Richterin O'Connor gemeinsam mit ihren Amtskollegen Kennedy und Souter verfasst. 26 „Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons.“

Schutzbedürfnis des davon betroffenen – und in den Ehebruch im Regelfall gerade nicht eingewilligt habenden – Partners gestützt werden. Für das Verbot der Sodomie sprechen neben moralischen unzweifelhaft auch tierschutzrechtliche und – in Zeiten von SARS – auch gesundheitspolitische Erwägungen. Hinsichtlich der gesellschaftspolitisch in den Vereinigten Staaten besonders heiklen Frage der Anerkennung einer Ehe homosexueller Paare erscheint es ebenfalls *mehr als unwahrscheinlich*, dass ein solcher Schritt vom Supreme Court in naher Zukunft als *verfassungsrechtlich geboten* angesehen wird.²⁷

Es trifft jedoch zu, dass die Mehrheit der Richter des Supreme Court in *Lawrence v Texas* einmal mehr implizit bekräftigt hat, dass in der „Due Process Clause“ des 14. Verfassungszusatzes ein *abstrakter Freiheitsbegriff verankert ist, dessen konkrete Inhalte im Lichte wandelbarer gesellschaftlicher Wertvorstellungen zu ermitteln und diese somit nicht in einer gleichsam versteinerten Weise festgelegt sind*.²⁸ Auf ihrer Suche nach größerer Freiheit kann sich daher eben jede Generation auf dieses Verfassungsprinzip berufen, weshalb es durchaus möglich (aber keinesfalls zwingend) erscheint, dass künftige Generationen von Richtern des Supreme Court Dimensionen menschlicher Freiheit als verfassungsrechtlich geschützt ansehen werden, die heute ebenso einhellig abgelehnt werden wie bestimmte (homo)sexuelle Verhaltensweisen im Zeitpunkt der Ratifikation des 14. Verfassungszusatzes.

Dr. Martin Hiesel ist Mitarbeiter der Volksanwaltschaft in Wien.

Diskriminierungsschutz durch Recht

Anmerkungen zu einer ajuristischen Debatte

Viktor Winkler

Der vom deutschen Bundesjustizministerium vorgelegte Entwurf eines Gesetzes gegen private Diskriminierungen hat, obwohl seither von der Politik nicht weiterverfolgt, in der deutschen Jurisprudenz einen Sturm der Entrüstung ausgelöst. Der Beitrag widmet sich nicht primär der Zulässigkeit des Vorhabens, sondern kritisiert Prämissen und Leitbilder der in mancher Hinsicht typischen Diskussion.

1. Robespierre ante portas

Im deutschen Zivilrecht rollen die Köpfe. Natürlich nur im übertragenen Sinn. Enthauptet werden soll die bürgerliche Freiheit auf dem Altar des Europa- und Verfassungsrechts. Das Fallbeil stammt aus Berlin und Brüssel, und fallen soll es in Gestalt des von der deutschen Bundesregierung in Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 25. 6. 2000 vorgelegten „Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht“ vom Dezember 2001. *Dogmatisch* bietet der Entwurf eine Reihe von Zweifelsfragen.¹ Genannt sei etwa nur die Neuschöpfung eines privatrechtlichen „*Folgenbeseitigungsanspruchs*“. Es spricht jedoch einiges dafür, dass eine in

gesetzgeberischen Unklarheiten erfahrene Jurisprudenz auch diese klären wird. Der betont empörten Kritik in der Rechtswissenschaft geht es dementsprechend auch nicht so sehr um dogmatische Verwerfungen, sondern um Grundsätzliche, ja Existentielle. Das geplante Verbot ethnischer, rassistischer, geschlechtsspezifischer und anderer Diskriminierungen im Privatrecht markiert für sie als „*ethische Reform*“ des Privatrechts den Anbruch eines „*Tugendregimes neuer Jakobiner*“, einer „*Tugenddiktatur*“ im Stile Robespierres, die wie der französische Rechtsanwalt einst das Recht als „*Tugendwächter*“ missbraucht – mit den geplanten Antidiskriminierungsvereinen als passende „*Überwachungskomitees*“.² Nach solcher „*sozialistischer Regulierung*“ mittels „*Gesinnungspolizei*“ sehen manche bereits das Privatrecht *als solches* den Heldentod sterben.³ Andere meinen angesichts der „*Diktatur der Werte*“ sogar mit dem Totalitarismus-Begriff spielen zu dürfen.⁴ Man kann solche wenig geschmackssicheren Polemiken als Fortsetzung altbekannter Beschwörungen vom „*Ende der Privatautonomie*“ lesen.⁵ In ihnen kommen aber mehrfach Missverständnisse zum Ausdruck, denen nachzugehen lohnt, weil sie sich auch jenseits historisierender Schreckensbilder Beliebtheit erfreuen. Von diesen Fehlvorstellungen liegt nur eines *im Recht*, die anderen *beziehen* sich auf das Recht.

27 In ihrer zustimmenden Meinung hebt Richterin O'Connor etwa ausdrücklich hervor, dass für die Förderung der Institution der Ehe auch andere Gründe sprechen als die moralische Missbilligung des Verhaltens der ausgeschlossenen Gruppe. Gegen ihre Argumentation wendet sich aber ausdrücklich *Scalia* in seiner abweichenden Meinung.

28 Ein ähnliches Verständnis liegt beispielsweise auch der Rechtsprechung zu dem im achten Verfassungszusatz enthaltenen Verbot grausamer und ungewöhnlicher Bestrafung („*cruel and unusual punishment*“) zugrunde. Vgl. aus jüngster Zeit insbesondere die Grundsatzentscheidung *Atkins v Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), wo die Verhängung der Todesstrafe für Geisteschwache als verfassungswidrig erkannt wurde.

1 Klar und ausgewogen dargestellt von *Wiedemann/Thüsing*, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Anti-Diskriminierungsgesetzes, Der Betrieb 2002, 463; mit den notwendigen verfassungsrechtlichen Bezügen *Neuner*, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, 57.

2 *Säcker*, „Vernunft statt Freiheit!“ – Die Tugendrepublik der

neuen Jakobiner, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 286 (286 ff); bis in die Terminologie hinein ebenso *Picker*, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 2003, 540.

3 *Adomeit*, Diskriminierung – Inflation eines Begriff, NJW 2002, 1622: nach den Änderungen werde es sich um „eigentlich kein Privatrecht mehr“ handeln.

4 *Braun*, Forum: Ubrigens – Deutschland wird wieder totalitär, Juristische Schulung 2002, 424.

5 So zu Recht *S. Baer*, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? – Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 290 mwN.

2. Verfassungswidrig?

Das naheliegendste Argument gegen Diskriminierungsschutz im Privatrecht ist Vertragsfreiheit. Dabei soll es sich um ein *verfassungsrechtliches* Argument handeln. Offenbar gehen auch die Kritiker davon aus, dass Vertragsfreiheit *als ethisch-apriorisches* Prinzip nicht kommunizierbar ist.⁶ Im Grundgesetz steht aber von Vertragsfreiheit kein Wort. Art 2 I GG, Basisnorm grundrechtlicher Freiheit, spricht nicht von einer genuin wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, sondern von der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“. Selbstverständlich ist es sehr überzeugend, Vertragsfreiheit als Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit hier zu „verorten“, so wie es die deutsche Jurisprudenz und das Bundesverfassungsgericht tun.⁷ Erste Bestimmung und zugleich „oberster Wert“⁸ des Verfassungstextes ist aber nicht Art 2 I GG, sondern Art 1 GG. In seltener sprachlicher Entschlossenheit und mit Anrufung des Ewig-Seienden („ist“ statt „soll sein“, „wird“) ist danach „die Würde des Menschen“ nicht etwa nur Richtmaß staatlichen Handelns, nicht nur Interpretationsmaxime für den Argumentefundus, nicht nur „Programm“ einer so gern „programmatischen“ Jurisprudenz, sondern sie ist schlicht „unantastbar“. Dass niemand weiß, was Würde ist, dass insbesondere zu ihr gehören muss, (eigene!) Würde nicht vom Staat definiert (und so vorgeschrieben) zu bekommen, ist evident, entbindet aber nicht von der Feststellung des *rechtlichen Gehalts* der Norm.

Art 1 GG ist *Recht*, nicht Verfassungsfolklore. Sein Sinn erschließt sich klar allein aus dem Willen der Verfassungsgeber. Diese bezweckten mit Art 1 GG eine *juristische* Reaktion auf die Verbrechen im „Dritten Reich“,⁹ die sie im Kern auf eine Verachtung menschl-

cher Würde zurückführten. Das „Nie-Wieder“ galt dabei nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch und gerade für die Beziehungen der Bürger untereinander.¹⁰ Die Verhinderung auch nur ansatzweise ähnlichen Verhaltens gehört somit zum einzig unbezweifelbaren Gehalt von Art 1 GG. Soll Art 1 GG tatsächlich als „oberste“ Rechtsnorm gelten, dann müssen Diskriminierungen, die inhaltlich und/oder strukturell jenen im „Dritten Reich“ entsprechen oder auch nur nahe kommen, *rechtlich* inakzeptabel sein. Die Verfassung verlangt nicht, dass man Homosexuelle „mag“, gleichgeschlechtliche Paare akzeptiert, seine rassistischen Gedanken eliminiert etc.¹¹ Sie verlangt auch nicht, dass man Verträge mit jemandem abschließt, den man schlichtweg „nicht leiden“ kann. Aber sie verlangt, dass niemand einen anderen wegen seiner Hautfarbe, Rasse, Sprache, seiner sexuellen Ausrichtung, seinem Geschlecht oder seiner Herkunft ohne Sanktion diskriminieren kann. Das gilt also auch ohne Berücksichtigung des Gleichheitssatzes, der erwiesenermaßen gerade diesen Würdeschutz aufnimmt und konkretisiert,¹² gilt mit ihm aber umso mehr. Wer sich zunächst dieser *rechtlichen Vorgabe* versichert, wird Mühe haben, „*Überformungen des Rechts mit Moralvorstellungen*“¹³ zu erkennen.

Die Überhöhung der Privatautonomie zum vermeintlichen Kardinalprinzip der Verfassung speist sich dabei nicht nur aus der beliebten Verkennung der offenbaren verfassungsrechtlichen Gleichgeordnetheit von Freiheit und Gleichheit, von Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip,¹⁴ mit der „*in dubio pro libertate*“ zumindest *als verfassungsrechtlicher Grundsatz* unvereinbar ist. Die häufig gereizten Betonungen der Eigenständigkeit des Privatrechts (gerne mit – „system“) gegenüber einem

über Drittwirkung imperialen Verfassungsrecht¹⁵ werden nicht unerheblich genährt durch die Überzeugung, bei der „Abwehrfunktion“ handle es sich um die ganz „klassische“ Grundrechtsfunktion. Dies ist verfassungsgeschichtlich kaum haltbar.¹⁶ Die Staatsrechtlehre im „Frühkonstitutionalismus“ *beginnt* mit der „objektiven“ Stoßrichtung – gerade im Namen der Freiheit. Sie „endet“ bei der Abwehrfunktion erst dort, wo sie Letztere genügend gewährleistet sieht. Gerade die Bedeutung dieser erst zu ermöglichenden, insoweit „*konstituierten Freiheit*“ (Lübbe-Wolff) ist seitdem nicht gesunken, sondern gestiegen. Offenbar unbeeindruckt hiervon ist die (noch/wieder?) populäre Auffassung, nach der pauschal „*die privatautonomen Beziehungen der Bürger untereinander naturgemäß [!] umso freier sind, je weniger der Staat regelnd – reglementierend eingreift*“¹⁷. Sichtlich ergebnisorientiert will man dann gerade bei gesetzlichem Diskriminierungsschutz im Grundgesetz „*lauter Bollwerke der Freiheit gegenüber staatlicher Vereinnahmung*“¹⁸ sehen.

Die Berufung auf Verfassungscharakter, -gesamtbild, -grundsätze, -prinzipien etc.,¹⁹ die man der Verfassung zuvor eigenhändig unterlegt hat, scheint jedenfalls immer dort geboten zu sein, wo die Berufung auf die eigentlichen, nämlich politischen Argumente inopportun, zumindest aber brüchig erscheint. Evident war das in der strukturell ähnlichen Auseinandersetzung um das deutsche Lebenspartnerschaftsgesetz, das homosexuellen Paaren mittlerweile seit drei Jahren mittels Eintragung die Möglichkeit eröffnet, in weiten Teilen die gleichen Rechte und Pflichten einzugehen wie bei einer gegengeschlechtlichen Ehe. Auch dort wurde die öffentliche Kritik am Gesetz

6 Dazu Luhmann, Kommunikation über Recht in Interaktionssystemen, in *ders*, Ausdifferenzierung des Rechts (1999) 53.
7 Siehe nur Entscheidungen des BVerfG, Bd 73, 261/270; Bd 74, 129/151.
8 Entscheidungen des BVerfG, Bd 32, 98/108; Bd 166/175; Bd 54, 341/357.
9 Siehe nur Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar⁶ (2002)

Art 1 Rn 1.
10 Klar Neuner, Privatrecht und Sozialstaat (1998) 150 ff.
11 Säcker, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 290 spricht dagegen von „zwangsweiser Herstellung gleichförmiger Gesinnung“.
12 Eingehend Baer, Würde oder Gleichheit? (1995).
13 Säcker, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 288.
14 Pointiert Denninger/Hoffmann-

Riem/Schneider/Stein, Vorwort, in AK-GG³ (2001).
15 Dazu Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts (2001); zur Verschiebbarkeit der Grenzen Grimm, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in *ders*, Recht und Staat der Bürgerlichen Gesellschaft (1987) 84.
16 Siehe Grimm, Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?, in

ders, Die Zukunft der Verfassung (1991) 221.
17 Eschenbach/Niebaum, Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1994, 1079 (1080).
18 Braun, Juristische Schulung 2002, 425.
19 Dazu jetzt H.A. Wolff, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz (2000).

mit verfassungsrechtlichen Argumenten unterfüttert, obwohl sich weder aus Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des entsprechenden Art 6 I GG, der „Ehe und Familie unter den besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“ stellt, die Unzulässigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft ergab.²⁰ Erreicht werden konnte eine Unzulässigkeit nur über eine christlich-katholische (Mann/Frau-)Festlegung der Verfassung, die es ebenfalls nicht gibt.²¹ Auch hier wurde mit Hinweis auf angebliche „Sprachlogik“²² der Verfassung die eigentlich gebotene politische (und daher zunächst nicht-juristische) Diskussion um die soziologische Bedeutung der Ehe, dem Wandel der Geschlechterrollen, der Rettung aus dem „demographischen Abgrund“²³ etc etc bewusst stellt.²⁴ Wo tatsächlich einmal Sachargumente fielen, waren sie dann auch, vorsichtig ausgedrückt, bisweilen schwer verdaulich.²⁵

3. BGB-Mythen

Der Aufschrei im Namen der Vertragsfreiheit erfolgt regelmäßig auch im Namen des BGB. Die liberale Grundhaltung des Gesetzbuches, das man jetzt offenbar gerne als Kulturgut wiederentdecken möchte, werde, so die Kritik, insbesondere durch die dann „explosionsartig vermehrten Fülle von Kontrahierungszwängen“, im Kern ge-, ja zerstört.²⁶ Der vom Entwurf vorgesehene Kontrahierungszwang ist freilich keine Erfindung des Justizministeriums. Er ist eine altbekannte (wenn auch nicht gerade übererforschte) Figur im Privat-

recht.²⁷ 1980 listete *Wolfgang Kilian* allein mindestens 33 (!) verschiedene Normen auf, die im deutschen Recht einen Kontrahierungszwang vorsehen.²⁸ Über einen Kontrahierungszwang wegen Sittenverstößes gem §§ 826, 249 BGB bei Monopolmißbrauch für lebenswichtige Güter etwa ist man sich weitgehend einig.²⁹ Es erscheint wenig plausibel, dass diese Rechtsfolge für diskriminierendes Verhalten *schlechthin* nicht in Betracht kommen soll. Wie könnte rassistische Diskriminierung nicht gegen die guten Sitten verstoßen, wenn Monopolmissbrauch hiergegen verstößt? Die Rhetorik dieser Frage stützt sich gerade nicht auf „politisch verordnete Moral“. Sittenwidrigkeit ist ein Rechtsbegriff, sie muss allein aus der positiven Rechtsordnung gewonnen werden.³⁰ Ranghöchstes Recht ist die Verfassung. Schwere Verstöße gegen verfassungsrechtliche Vorgaben *müssen* dann die guten Sitten verletzen, und *müssen* die in den gesetzlichen Vorschriften vorgesehen Rechtsfolgen herbeiführen.³¹ Im *Staudinger* gibt es dagegen auf 188 (!) Seiten zu § 826 nicht eine einzigen Hinweis auf die Möglichkeit eines Sittenverstößes durch rassistische oder ethnische Diskriminierung.³² Gerade weil sich Gerichte und Wissenschaft nicht gerade einig waren (und sind) über diese Möglichkeit und weil für Opfer in der Regel nur ein gewöhnlich unbefriedigendes Schmerzensgeld gewährt wird, ist es vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben sehr plausibel, hier sogar einen

staatlichen Handlungsauftrag anzunehmen, der darin besteht, wirksamen Schutz vor und wirksame Abhilfe gegen Diskriminierungen zu errichten.³³

Woher also die Empörung? Sie hängt ganz wesentlich mit der populären Vorstellung zusammen, nach der das BGB vor der verfassungsrechtlichen Invasion durch das Bundesverfassungsgericht ein Hort unberührter und unberührbarer Freiheit war. Es handelt sich um eine alte Prämisse in neuem Gewand. Danach ist das BGB Produkt einer von sozialen Erwägungen sich weitgehend frei wissenden liberalistisch-individualistischen Jurisprudenz. Sie hat eine bemerkenswerte Karriere hinter sich: Ausgehend von *Gierkes* und *Mengers* wortgewaltiger BGB-Kritik, fortgeführt von der anti-individualistisch/anti-„positivistischen“ BGB-Kritik der 1930er Jahre und nach Kriegsende reformuliert durch *Franz Wieackers* berühmtes Wort vom liberalistischen „Sozialmodell“ des BGB, dient sie seit den 1960er Jahren zur Rechtfertigung „sozialer“ Eingriffe ins Gesetzbuch.³⁴ Jetzt soll sie offenbar dem gegenteiligen Zweck dienen.

Es handelt sich dennoch um einen Mythos. Das BGB ist nicht das Produkt weltfremder Pandektisten, die in blindem Gehorsam gegenüber einem individualistischen römischen Recht sich sakraler Freiheitsverehrung hingaben. Soziale Erwägungen waren in der Tat so dominant in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, dass der Begriff „Privatautonomie“ in der juristischen Dis-

20 Zu Recht BVerfG, NJW 2002, 2543.

21 *Ennschat*, Gott und Grundgesetz, NJW 1998, 953; *Zuleeg* in GG-Alternativkommentar³ (2001), Präambel, Rn 10 f.

22 *Braun*, Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand, Juristische Schulung 2003, 21(22).

23 *Di Fabio*, Am demographischen Abgrund, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 12.10.02, 14.

24 Pointiert soziologisch-politische Argumente jenseits des Verfassungsrechts immerhin bei *Roellecke*, Kommen Kinder aus der Klinik?, NJW 2002, 2539.

25 Haarsträubend *Adomeit*, NJW 2002. Das Lebenspartnerschaftsgesetz bewirke, dass „unentschiedene Gemüter, die ihre „sexuelle Identität“ (...) noch nicht gefunden“ haben, „unentrinnbar auf der falschen Seite

fixiert bleiben“, „kein Anlass sie zu fördern, sie zu dulden ist schon viel“.

Und: Mit LPartG zu Zeiten Thomas Manns hätte dieser sich nicht bedroht fühlen müssen, worauf „uns literarisch einiges entgangen wäre“ (alles bei 1622). Sachlich dagegen *Braun*, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft und Ehe – Reflexionen über den Sinn einer überkommenen Institution, Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, 14.

26 *Säcker*, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 1623; plastisch *Ladeur*, The German Proposal of an „Anti-Discrimination“ Law: Anti-constitutional and Anti-common sense, German Law Journal 2002 Vol 3 No 5, der „Vandalismus“ am BGB feststellt (zugänglich unter <http://www.germanlawjournal.com>).

27 Eingehend jetzt *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999).

28 *Kilian*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 1980, 53.

29 *Staudinger-Bork*, BGB, Vorbem zu §§ 145ff. (1996) Rn 12-35.

30 In der Ausbildungsliteratur selten so klar wie bei *D. Schwab*, Einführung in das Zivilrecht (2000) Rn 586.

31 Siehe *Bezenberger*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, AcP (1996) 295.

32 *Staudinger-Oechsler*, § 826 BGB (1998).

33 Eingehend *Nickel*, Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik (1999); die Praxis zeigt *ders*, Rechtlicher Schutz gegen Diskriminierung. Ein Leitfadens (1996).

34 *D. Schwab*, Das BGB und seine Kritiker, ZNR 2000, 325; *Luig*, Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung, in *Rückert/Willoweit*

(Hrsg), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit: ihre Vorgesichte und ihre Nachwirkungen (1995) 95; *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, wieder abgedruckt in *ders*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung (1974) 9; zur notwendigen Einordnung *Rückert*, Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen – Franz Wieacker zum Gedächtnis, Quaderni fiorentini 1995, 531 (insb 553 ff). Dass auch die „Schuldrechtsreform“ von diesen Vorstellungen getrieben war, zeigen amüsant *Schröder/Thiessen*, Von Windscheid zu Beckenbauer – die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag, JZ 2002, 325.

kussion kaum auftauchte.³⁵ Dabei ging das BGB zweifellos von Privatautonomie als *Prinzip* aus – unausgesprochen, weil selbstverständlich.³⁶ Ihre „soziale Aufgabe“ haben die Autoren des BGB aber *bedacht*. An nicht wenigen (wichtigen) Stellen sind sie ihr sogar gerecht geworden.³⁷ Ungebändigte Freiheit jedenfalls war zu keiner Zeit das Antlitz des BGB. Es fügte sich damit ein in die spezifisch deutsche wohlfahrtsstaatliche Tradition, die letztlich unempfänglich geblieben ist gegen einen liberalistischen Impetus, wie er etwa in den USA wirkmächtig war und ist.³⁸ Soziale Verantwortung, öffentliche Wohlfahrt, gute Ordnung etc sind so die Schlüsselbegriffe deutscher (Rechts-)Geschichte.³⁹ Die Feststellung der Kritiker des Anti-Diskriminierungsgesetzes: „Der liberale Staat schreibt dem Einzelnen (...) zu Recht nicht vor, was gerecht, tugendsam, vernünftig und gut für ihn ist“⁴⁰, muss vor diesem Hintergrund eher als Postulat gelesen werden. Auch hier sollte man sich durch die Geschichte in Verlegenheit setzen lassen.

4. Hypertrophie des Rechts

Den europarechtlichen Vorgaben wird man letztlich nicht ausweichen können.⁴¹ Das Anti-Diskriminierungsrecht wird kommen. Ob Diskriminierungsschutz durch Recht „gerecht“ ist,⁴² sei dahingestellt. Es wäre im politischen Diskurs zu klären. Jedenfalls – und dies unerwähnt zu lassen, ist vielleicht das bedenklichste Versäumnis der Kritik – entspricht der Entwurf völlig der Natur

des modernen Rechts: Dieses breitet sich unaufhörlich, unaufhaltsam aus. Das nicht erst seit gestern. Man sollte sich daher nicht überrascht geben. Seit Recht die transzendentalen Autoritäten ersetzen muss, ist ihr Hypertrophie immanent. Solange noch Lücken vorhanden sind, die der Regelung bedürfen, einer sonstigen (verbindlichen!) Meta-Regel aber entbehren, wird das Recht sie schließen. Das gilt für das Anti-Diskriminierungsrecht besonders.⁴³ So kann man den Schutz vor *privater* Diskriminierung *durch Recht* auch als Ersetzung einer eigentlich zu fordernden, aber eben nicht (nicht mehr/noch nicht?) vorhandenen sozialen Toleranznorm lesen. Damit wird in Bereiche persönlicher Entscheidung eingegriffen, die man für „unantastbar“ halten durfte. Man mag das, wenig begriffssensibel, als „totalen Rechtsstaat“⁴⁴ bezeichnen, ändern läßt es sich nicht. Jedenfalls nicht bloß durch apodiktische Hinweise auf ein doch liberales Privatrecht, auf apriorische Freiheitssphären oder durch Kantsche Bonmots. Denn zugleich sollen (und müssen) Freiheitsbeschränkungen nicht nur abgewehrt, sondern von vornherein *verhindert* werden.⁴⁵ Das geplante Recht strebt genau dies an: Es will zukünftige Diskriminierungen durch Abschreckung verhindern. Ein Ziel, dessen Verfolgung *durch Privatrecht* übrigens mehr als legitim ist.⁴⁶

Insofern arbeitet Recht auch hier nur punktuell, gezielt, marginal. Aus dem (erheblich größeren, komplexeren) so-

zialen Gesamtzusammenhang des Phänomens Diskriminierung wird der (jedenfalls offen/unmittelbar) Diskriminierende als Rechtssubjekt herausgegriffen und verantwortlich gemacht. Diskriminierungsverbote über Privatrecht sind also insofern unzureichend, als sie jenen gesellschaftlichen Gesamtzusammenhang ausblenden (müssen), der Diskriminierung erst möglich macht – und „lohnend“ für jene (es sind nicht die wenigsten), die aufgrund rationaler (dh marktmäßiger) Erwägungen andere diskriminieren.⁴⁷ Um Moral geht es also gerade nicht. Das *moralische Problem* sozialer Diskriminierungen wird durch den Entwurf in keiner Weise *gelöst*. Recht transferiert lediglich das Problem auf eine andere Ebene, von der aus es, in neuem Kontext reformuliert, handhabbar gemacht werden kann. Das ist keine Taktik des Gesetzgebers, sondern elementarer Wesenszug von Recht.⁴⁸ Deshalb wird es ein Antidiskriminierungsgesetz geben: Der soziale Konflikt ist auf der Basis sozialer Moral unlösbar. Möglich ist nur seine Überführung in rechtliche Argumentationen („Abwägung“, „Konkordanz“ [„praktische“!], „historisch-teleologische Auslegung“, „Erstrecht-Schluss“ etc). Diese Verschiebung ist das Schicksal (post-?)moderner Gesellschaften⁴⁹. Angesichts der Alternativen staatlicher Moralproduktion ist es nicht das Schlechteste.

Viktor Winkler studiert Rechtswissenschaften in Frankfurt.

35 S. Hofer, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jhd (2001).
 26 Ob das für das *heutige* BGB auch noch gilt, ist eine andere Frage. Siehe konkret Oestmann, Erlaubnisnormen im Mietrecht – ein Prinzipienbruch?, NZM 2003, 1; zu den „neuen“ Privatrechtskonzepten siehe nur G.-P.Callies, Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft, in Joerges/Teubner (Hrsg), Rechtsverfassungsrecht (2003) (im Erscheinen).
 37 Eingehend nachgewiesen von Reppen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (2001); ders, Was war und wo blieb das soziale ÖI?, ZNR 2000, 406.
 38 Siehe nur M. Friedman, Capitalism and Freedom (1962); Posner, The Economics of Justice (1983); zu nennen sind auch die noch radikalere (und sehr auflagenstarke) Richtung der „Anarcho Capitalists“ in der Tradition der „Austrian Economics“, siehe

Benson, The Enterprise of Law (1990); D. D. Friedman, The Machinery of Freedom (1989); Rothbard, The Ethics of Liberty (1998); siehe bereits Holmes, The Common Law³⁴ (1949) 96: „State interference is an evil, where it cannot be shown to be a good.“ Symptomatisch für die deutsche Diskussion dagegen etwa Reuter, Die ethischen Grundlagen der Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 1989, 199.
 39 Stolleis, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, ZNR 1989, 129; Benöhr, Wirtschaftsliberalismus und Gesetzgebung am Ende des 19. Jahrhunderts, ZfA 1977, 187.
 40 Säcker, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 287.
 41 Dazu Nickel, NJW 2001, 2668 ff; Thüsing, NZA 2001, 1061 ff; zum wichtigen Hintergrund Somek, A Con-

stitution for Antidiscrimination – Exploring the Vanguard Moment of Community Law, European Law Journal 1999, 243.
 42 So Baer, Zeitschrift für Rechtspolitik 2002, 294; dazu Rütters, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit. Defizite eines Begriffs² (1993).
 43 Für das Gebiet des Arbeitsrechts Koche, Vom Diskriminierungsverbot zum „Mainstreaming“ – Anforderungen an eine Gleichstellungspolitik für die Privatwirtschaft, RdA 2002, 167.
 44 Zuck, Der totale Rechtsstaat, NJW 1999, 1517.
 45 Grimm, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, 38.
 46 Siehe nur C. Schäfer, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 2002, 397.
 47 Siehe die Kritik von Somek, Neoliberaler Gerechtigkeit: Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts,

DZPhil 2003, 45; und eingehend (insb zu der Frage rationaler Diskriminierung und ihrer rechtlichen Behandlung) ders, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht (2001).
 48 Teubner/Zumbansen, Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des Zwölften Kamels, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2000, 189.
 49 Ob und wie sehr diese Aufgabe einmal vom spontanen „Soft Law“ einer Weltgesellschaft übernommen werden kann, wird sich zeigen, dazu Ehrlicke, Soft Law – Aspekte einer Rechtsquelle, NJW 1989, 1906; Teubner, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft?, in Simon/Weiss (Hrsg), Zur Autonomie des Individuums (2000) 437.

Der Konvent tanzt

Über Ruinen und Verfassungen

Ewald Wiederin

„Eine Verfassung ist keine stilistische Examensarbeit. Die sogenannten logischen, schönen, philosophischen Verfassungen haben sich nie eines langen Lebens erfreut. Wäre mit solchen geholfen, so würden die überlebten Republiken noch da sein, die sich einst bei Rousseau Verfassungen bestellten, weil sie kein Volk hatten, in welchen die wahren Verfassungen latent sind bis zum letzten Augenblick. Uns scheinen jene Verfassungen die schönsten zu sein, in welchen ohne Rücksicht auf Stil und Symmetrie ein Concretum, ein errungenes Recht neben dem anderen liegt, wie die harten glänzenden Körper im Granit und welche zugleich die klarste Geschichte ihrer selbst sind.“

Gottfried Keller, 1864

1. Wider das Ruinentheorem

Die aktuelle Diskussion um den inneren und äußeren Zustand unserer Verfassung wird vom Ruinentheorem dominiert. Seit Klecatsky wird einerseits das ständig wachsende Ausmaß an Zersplitterung und die sich daraus ergebende Unüberschaubarkeit, andererseits die innere Zerrissenheit im Sinne mangelnder systematischer Geschlossenheit beklagt und mit entsprechenden Prädikaten bedacht. Dabei stand und steht im Kontext der Einsetzung des Österreich-Konvents die formell-äußere Seite im Vordergrund. Österreich, so ein gängiger Befund, hat keine Verfassung, sondern tausende Verfassungsbestimmungen. Die Zusammenführung der verstreuten Inhalte in eine einheitliche Verfassungs-urkunde soll diesen abnormen Zustand beenden und Österreich wieder in den Kreis der zivilisierten Verfassungsstaaten zurückführen.

Dieses Bild ist einprägsam und medial gut vermittelbar. Den Therapieansatz, die Misere durch eine Formenkur zu heilen, halte ich für zu kurz gegriffen. An Bemühung um eine Kodifikation des Verfassungsrechts hat es in der Vergangenheit wahrlich nicht gemangelt. Sie sind zur Beschlussreife getrieben, aber nicht beschlossen worden. Das war allerdings eher ein Segen als ein Unglück. Denn es hat sich gezeigt, dass die Zusammenfassung des Zersplitterten alles nur schlimmer machen würde. Ohne inhaltliche Einschnitte entstünde ein hässliches Monstrum, das kein vernünftiger Politiker beschließen wollte und mit dem sich keine Bürgerin identifizieren könnte.

Das zeigt, dass der vielgescholtene Stil der Verfassungslogistik der Nachkriegszeit nicht nur seine negativen Seiten hat. Er bewirkt eine Entlastung der Stammurkunde, die mit

wesentlichen Vorteilen aufwarten kann: Sie sondert Wichtiges von Unwichtigem; sie bewahrt systematische Geschlossenheit wenigstens in der Haupturkunde; sie erleichtert innovative Experimente; und schließlich: sie fördert das Vergessen von Inhalten, die zum Vergessen sind.

Nimmt man das Bild von der Verfassung als Ruine ein zweites Mal in den Blick, so will mir scheinen, dass es weder auf ihren äußeren noch auf ihren inneren Zustand passt. Ruinen sind Gebäude, die infolge unterlassener Erhaltungsmaßnahmen verfallen sind und deren Fragmente bestenfalls als Material für neue Bauten taugen. In diesem Sinne ist an unserer Verfassung wenig ruinös. Die äußere Form erinnert, will man im Bild bleiben, zwar mehr an ein Dorf als an eine Kathedrale. Dennoch kann niemand bestreiten, dass das Ensemble durch Neu-, Zu- und Umbauten permanent gepflegt wird. Von Zerfall und Einsturz, so wünschenswert er vielfach wäre, sind wir weit entfernt.

Die Metapher wird auch dadurch nicht einleuchtender, dass die Verfassung im Jahre 1920 aus den Trümmern ihrer Vorgängerin erbaut wurde und dass dabei der eine oder andere ältere Trakt stehen geblieben ist. Das ist bei Bauten wie bei Verfassungen eine völlig normale Vorgangsweise, die in aller Regel weit erfolgreicher ist als Konstruktionen vom Reißbrett auf der grünen Wiese. Ohne Traditiones gibt es nun einmal keine Tradition.

Das Bundes-Verfassungsgesetz 1920 ist die älteste geltende republikanische Verfassung Europas. Das ist noch kein Beweis für Gesundheit und Vitalität, weil auch chronisch Kranke mitunter recht alt werden. Als Indiz für eine robuste Grundkonstitution taugt der Befund indessen allemal. Die gängigen Verfassungsschelten übergehen ihn deshalb oder haben für ihn keine Erklärung.

Besser passt das Ruinentheorem, wenn man es nicht auf die Verfassung bezieht, sondern auf die auf sie einwirkenden Akteure. Dass ihr äußerer und innerer Zustand trotz guter Substanz heute ein höchst unerfreulicher ist, kann niemand bestreiten. Wenn am Bild etwas stimmt, dann eines: dass die Verfassungspolitik die Verfassung vielfach zu Grunde zu richten versucht hat. Nicht die Konstitution an sich, sondern die Art und Weise ihrer Weiterentwicklung war und ist nicht selten ruinös. Und es hat fast den Anschein, als hätten die Väter und Mütter des B-VG eben solches vorausgesehen und durch Ermöglichung von fugitivem Verfassungsrecht einen Weg eröffnet, um wenigstens die Geschlossenheit der Stammurkunde zu bewahren.

Auf das Wesentliche zusammengefasst: Die äußere Zersplitterung unserer Verfassung ist nur eine Folgeerscheinung

mangelnder innerer Geschlossenheit – und eine grundvernünftige Art und Weise, mit diesem Zustand umzugehen.

2. Gründe für eine Reform

Dass Österreich mehr Verfassungsrechtstext hat als jeder andere Staat der Welt, hängt damit zusammen, dass es über eine im internationalen Vergleich bemerkenswert dichte Verfassung verfügt, die den Gesetzgeber in nicht wenigen Bereichen über Gebühr beschränkt.

Ursache hierfür ist sicherlich auch die Verbreitung großer Koalitionen und ihrer Neigung, erzielte Kompromisse in die Verfassung zu kleiden. Diese Vorgangsweise bot in mehrfacher Weise eine willkommene Absicherung: gegen eine Kontrolle der Inhalte durch den VfGH, gegen eine Beendigung der Koalition vor oder nach den nächsten Wahlen, gegen den Verlust von Einfluss des eigenen Lagers in einer künftigen Oppositionsperiode. Jedenfalls ist es Usus geworden, sich auf Ausnahmen zu verständigen, statt über die Sinnhaftigkeit der allgemeinen Regeln zu diskutieren. Neben der eigentlichen Kompetenzverteilung existiert ein kompetenzrechtliches Schattenregime, das aus befristeten oder unbefristeten Ausnahmen, Durchbrechungen, aus (im Jargon als „wie-sie“-Klauseln titulierten) verfassungsrechtlichen Abdeckungen ad hoc erzielter Kompromisslösungen und aus Klarstellungen von Länderkompetenzen besteht. Neben dem verfassungsrechtlichen Organisationsrecht, das weitgehend Rahmenbedingungen für die einfachgesetzliche Ausgestaltung enthält, gibt es Organisationsrecht im Verfassungsrang, das sich über diese Rahmenbedingungen und über die bundesstaatliche Kompetenzverteilung hinwegsetzt. Neben den Grundrechten existiert eine Ansammlung von Vorschriften im Verfassungsrang, deren Funktion je nach Blickwinkel in der Klarstellung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit oder in der Ermöglichung des grundrechtlich Unzulässigen liegt.

All diese Sonderregelungen stellen nicht nur ihres Ausnahmecharakters wegen ein tendenzielles Ärgernis dar, sondern sie engen durch ihre bloße Existenz den Spielraum der Politik entscheidend ein. Von Sonderbehörden, für die aus in Vergessenheit geratenen Gründen eine verfassungsrechtliche Verankerung beschlossen worden ist, kann sich eine einfache parlamentarische Mehrheit beispielsweise nicht mehr trennen. Diese Verfassungsverflechtungsfalle wirkt sich im demokratischen Normalzustand kleiner Koalitionen oder knapper absoluter Parlamentsmehrheiten reformhemmend aus.

Schlechte Gewohnheiten sind jedoch nur ein Faktor unter vielen. Andere Ursachen haben gleiches, wenn nicht größeres Gewicht. Ein erster Grund liegt darin, dass das B-VG Österreich in traditionellen bundesstaatlichen Strukturen verfasst, die dem politischen System nicht adäquat sind: Die Kompetenzverteilung ist als eine im Kern starre Trennungsordnung konzipiert, mit der unser Verbundföderalismus auf Schritt und Tritt in Konflikt gerät und aufgrund europarechtlicher Anforderungen auch in Konflikt geraten muss. Zweitens spielt eine Rolle, dass die Weisungsbindung der Verwaltung für andere Formen ihrer demokratischen Legitimation zu wenig Raum lässt. Ein dritter Grund liegt im Verhältnis zum Völkerrecht. Auch nach Schaffung des Art 9 Abs 2 B-VG ist es nicht selten noch notwendig, völkerrechtliche

Verträge als verfassungsändernd zu genehmigen: etwa, weil sie Hoheitsrechte der Länder übertragen, weil sie zur Änderung ihrer selbst in vereinfachten Verfahren ermächtigen, weil sie Menschenrechte enthalten, die innerstaatlich als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte einklagbar sein sollen, weil sie Eingriffe in die Einheit des Wirtschafts-, Währungs- und Zollgebiet bewirken. Schließlich sind Grenzänderungen an die Verfassungsform gekoppelt. Die Liste ließe sich fortsetzen; die Verankerung von Deutsch als Staatsprache, die schon die amtliche Übersetzung von Asylbescheiden oder die Abhaltung von Prüfungen in einer Fremdsprache zu einem Verfassungsproblem macht, sei als letztes Kuriosum erwähnt. Und all diesen Gründen ist gemeinsam, dass sie nicht einseitig auf das Konto von Politik und Verfassungsgesetzgebung verbucht werden können. Lehre und Rechtsprechung haben durch ihre Interpretationsstätigkeit zur derzeitigen Situation das ihre beigetragen.

Die Form der Verfassung muss, wie schon festgehalten, ihren Inhalten angemessen sein. Die Konzentration des Verfassungsrechts in einer Urkunde ist nur unter der Voraussetzung anzuraten, dass zuvor die endogenen Ursachen für die Produktion von Verfassungsrecht beseitigt werden.

3. Die Chancen des Österreich-Konvents

Die Chancen, dass dies im Konvent gelingen könnte, sind äußerst gering. Denn mit stilistischen Detailkorrekturen und der Verankerung eines Inkorporationsgebots ist es nicht ge-

VERLAG ÖSTERREICH

Kelsen/Froehlich/Merkel
Kommentar zur Bundesverfassung

Die Bundesverfassung
vom 1. Oktober 1920

VERLAG ÖSTERREICH
FORMERALS VERLAG DER K.U.K.
HOFF- UND STAATSDRUCKEREI

Nachdruck des ersten und jahrzehntelang einzigen Kommentars zum B-VG 1920.
mit einem Vorwort und einer Einführung von em. O. Univ.-Prof. DDR. Dr. h.c. Robert Walter, Geschäftsführer des Hans Kelsen-Institutes

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

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

VERLAG ÖSTERREICH
FORMERALS VERLAG DER K.U.K.
HOFF- UND STAATSDRUCKEREI

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

tan. Nötig wäre eine Revision, die hier und dort tief in die Substanz der Verfassung einschneidet. Und für eine solche Gesamtreform gibt es zwar Gründe, aber keinen Anlass.

Verfassungen entstehen nicht aus dem Nichts. An der Wiege des Österreich-Konvents stand die Hoffnung, mit dem neuen Modell „Konvent“ Erfolge einfahren zu können, die auf konventionellem parlamentarischem Wege nicht erzielbar sind. Das ändert aber nichts daran, dass das derzeitige System im Großen und Ganzen funktioniert. Von echten Zwangslagen und Krisen, wie sie 1848, 1867, 1918/1920, 1929, 1934 und 1945 bestanden hatten, sind wir zum Glück weit entfernt. Für eine Gesamtrevision der Verfassung sind das denkbar schlechte Rahmenbedingungen.

Neben einem rechten Anlass fehlt aber auch ein Ziel, das von allen maßgeblichen politischen Kräften akzeptiert wäre und das dem Konvent auf seinem Weg über die Mühen der Ebene hinweghelfen könnte. Wenn den Konvent überhaupt etwas zusammenhält, dann das Ideal einer schlanken Verfassung. Bei näherem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass die verschiedenen Lager mit diesem Ziel höchst Unterschiedliches verbinden und dass der überlappende Konsens an allen Ecken und Enden zu bröckeln beginnt.

Eine Strömung identifiziert eine schlanke Verfassung mit einem schlanken Staat und will dessen Aufgaben durch konstitutionelle Festlegungen begrenzen. Für eine solche Beseitigung der subsidiären Allzuständigkeit des Staates gibt es keinen einleuchtenden Grund. In demokratischen Systemen ist es Sache des politischen Prozesses zu entscheiden, um welche Angelegenheiten sich das Gemeinwesen kümmern soll. Die Vorstellung eines numerus clausus von Staatsaufgaben ist deswegen eine Außenseiterposition geblieben.

Eine andere Richtung will zwar nicht an den Staatsaufgaben ansetzen, teilt aber das Grundanliegen, den Staat schlanker und effizienter zu machen. Sie hat damit zu kämpfen, dass Effektivität als Motto für eine Verwaltungsreform taugen mag, dass sie für eine Verfassungsreform aber weder ein sinnvolles noch ein auch nur operationales Leitbild abgibt. Denn der Ausgangsbefund ist stets der gleiche: Was immer eine Verfassung an Regelungen enthält – mögen sie nun Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung, Bundesstaatlichkeit, Sozialstaatlichkeit oder Grundrechte gewährleisten –, verursacht Kosten; und die Gemeinwohlfekte der verbürgten Institutionen entziehen sich weitgehend der ökonomischen Bewertung. Daher ist der Rechenschieber kein geeignetes Instrument der Verfassungspolitik. Auch der Versuch, Effektivität anders als rein wirtschaftlich zu definieren, hilft nicht entscheidend weiter. Die Effizienz von Mitteln lässt sich nicht losgelöst von der politischen Bewertung von

Zielen beurteilen. Spätestens in diesem Punkt gehen die Auffassungen auseinander. Und der Konvent bildet eine mediale Bühne, die dazu einlädt, das Trennende vor das Gemeinsame zu stellen.

Eine dritte Auffassung strebt nach dem Vorbild der Schweizerischen Totalrevision des Jahres 1999 eine besser lesbare, straffer textierte und von Überfrachtungen bereinigte Verfassung an. Selbst dieses bescheidene Programm dürfte nicht realisierbar sein. Da Form und Inhalt einander bedingen, ist es mit redaktionellen Änderungen nicht getan. Zu inhaltlichen Einschnitten wird es aber nicht kommen, weil sich Politiker und Experten den Ball gegenseitig zuspieren werden. Den Politikern ist von Seiten der Verfassungsrechtslehre solange eingetrichtert worden, dass unsere Verfassung eine Ruine darstellt, bis sie es schließlich glaubten, und sie erwarten daher von den Experten im Konvent, dass sie Auswege aus der Misere aufzeigen. Die Experten registrieren mit Erstaunen, dass „Überregulierungen“ aller Art mit Zähnen und Klauen verteidigt werden und dass in vielen Bereichen (von der Adelsaufhebung über die Neutralität bis hin zur Mitwirkung der Länder an Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union) Konsens nur durch wortwörtliche Übernahme der überkommenen Formulierungen erzielbar ist. Außerdem sehen sich beide Seiten mit umfassenden Forderungen nach verfassungsrechtlicher Nobilitierung diverser Institutionen und Anliegen konfrontiert. Es müsste schon ein Wunder geschehen, wenn unter diesen Rahmenbedingungen die Ausarbeitung einer Verfassung gelänge, die in ihrer logistischen Qualität der Stammfassung des B-VG das Wasser reichen könnte.

Fehler zu machen, ist menschlich; denselben Fehler mehrmals zu machen, ist dumm. Die Anzahl der fehlgeschlagenen Bemühungen um eine Verfassungsreform ist beachtlich. Statt über die Ursachen nachzudenken, haben alle Beteiligten weiter gegen die Ruine polemisiert. Ich wage die Prognose: Auch dem Konvent wird der große Wurf nicht gelingen. Das hat möglicherweise auch sein Gutes. Die Erfahrung des Scheiterns könnte diesmal zur Einsicht führen, dass die derzeitige Verfassung ein getreues Spiegelbild unserer Geschichte, unserer Konsenskultur und unser Neigung ist, von grundsätzlich als richtig akzeptierten Regeln im konkreten Einzelfall doch wieder eine Ausnahme zu machen. Mit dieser Einsicht werden wir uns in der Ruine B-VG vielleicht wieder wohler fühlen.

Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin lehrt am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Universität Salzburg; ewald.wiederin@sbg.ac.at.

1. Überlegungen zum Wahlrecht

1.1 Einleitung – Das Kinderwahlrecht als Ausgangspunkt
 Eigentlich sollte ich hier nach dem Wunsch der EditorInnen dieser Zeitschrift lediglich zum Thema „Kinderwahlrecht“ schreiben. Auch das (private) Institut für Familienforschung, das eine eigene homepage dazu betreibt,¹ hat sich bezüglich einer Stellungnahme zu diesem Thema bei mir gemeldet. Das ist das an sich nicht unerfreuliche Los dessen, der bereits einige Wahlrechtsthemen wissenschaftlich abgehandelt und veröffentlicht hat. Von verschiedenen Seiten dazu befragt, will ich nach einigem Zögern dazu eine Antwort aus wahlrechtspolitischer und aus verfassungsrechtlicher Sicht zu formulieren versuchen. Ich möchte aber Eines vorweg offen legen: Mir fehlt zu diesem Thema der emotionale Bezug ebenso wie die rationale Einsicht in die Sinnhaftigkeit einer derartigen Ausweitung der politischen Rechte. Vor allem verstehe ich nicht, warum man Fortschritte wie das Stellvertretungsverbot und die Verbannung des Pluralwahlrechts jetzt wieder um eines populistisch anmutenden Effekts preisgeben will. Vielleicht fehlt mir die tiefere Einsicht in diese Fragestellung. Aber es ist das Schicksal vieler KollegInnen und so auch von mir, oft zu Themen befragt zu werden, zu denen einem der persönliche Bezug ebenso wie eine bereits wohl überlegte Rechtsmeinung fehlt, weshalb ich hier gerne in eigener Sache einen Verweis auf die wissenschaftlich besser fundierten Ergebnisse von bereits publizierten, aktuellen Forschungen machen möchte.² Ich möchte der Fragestellung aber auch nicht ausweichen, obwohl sie de lege lata mit einem ganz einfachen Hinweis auf den Widerspruch zum gleichen und persönlichen Wahlrecht verfassungsdogmatisch verneinend gelöst werden kann, denn es geht ja jetzt um einen vorurteilslosen rechtspolitischen Ansatz und um eine Bestandsaufnahme der Abänderbarkeit aller möglichen Verfassungselemente, die nach einer gesamtändernden Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG natürlich fast jede beliebige Neugestaltung erfahren können. Aber es macht nur Sinn, über ein Kinderwahlrecht überhaupt nachzudenken, wenn man die sonstige Problematik der damit verbundenen, und durch dieses verzerrten Wahlrechtsgrundsätze (gleiches, persönliches Wahlrecht) ebenso in ihrer Entwicklung und in ihrer systematischen Einbettung betrachtet wie die Wahlausschlussgründe nach geltendem Recht (zB Art 26 Abs 5 B-VG).

Das Thema „Österreich-Konvent“ ist – wie ich meine – als wichtiger Impulsgeber für eine Verfassungsreform viel zu wichtig, um eine Anfrage nach einer Publikation hiezu auszuschlagen, ja es ist mir als Nichtmitglied ein Bedürfnis sine ira et studio ein paar kritische Bemerkungen hiezu anzufügen. Allerdings möchte ich auch an die Geschichte vergleichbarer Einrichtungen erinnern: die „Convention of Phi-

adelphia“, die erst nach einer massiven Kompetenzüberschreitung 1787 die amerikanische Verfassung schuf (sie hätte nur bundesstaatliche Verträge zu überarbeiten gehabt) und den französischen National- oder Thermidorkonvent, der ab 1793 in einer Spätphase der Revolution zunächst den Herrscher eliminierte, eine nie in Kraft getretene Verfassung erarbeitete und dann seine eigenen Mitglieder aufs Schafott

Das „Kinderwahlrecht“, die Wahlgleichheit und die Aufgaben des „Österreich-Konvents“

Gerhard Strejcek



brachte. Der europäische Verfassungs-Konvent der letzten Jahre wiederum zeigt, dass die oberflächlichen wirtschaftlichen und politischen Partikular-Interessen die Oberhand gegenüber einem europäischen Konsens behalten haben, einer Entwicklung, der die Mitglieder unter dem französischen Ex-Präsidenten V. Giscard d'Éstaing eher hilflos gegenüber stehen. Natürlich ist das alles nur eine Symbolik, aber man sollte künftig mit der Namensgebung bei derartigen Kollegial-Organen etwas vorsichtiger ans Werk gehen. Eine „Reformkommission“ hätte es auch getan, aber vielleicht wollte man nicht die ebenfalls gescheiterte „Grundrechts-Reformkommission“ wieder beleben. Aber heutzutage liebt man – was kulturhistorisch bereits wieder ein Zeichen des Verfalls ist – besonders hypertrophe Bezeichnungen: wenn drei Werbeagenturen von einer vierten einen Preis erhalten, dann ist das gleich eine „Olympiade“, wenn sechs pubertierende Playbacksänger auftreten, wird das medial zur „Starmania“ hochstilisiert, Behördenleiter mutieren zu „Generaldirektoren“ und Einrichtungen, die keinerlei demokratische Repräsentativität haben, sind eben ein „Konvent“, obwohl man dort ganz konventionell zusammen kommt. Angesichts der bisherigen medialen Unterbelichtung kritischer Stimmen³ möchte ich nach der hoffentlich gut erfüllten „Pflicht“, das Kinderwahlrecht sowohl historisch als auch wahlsystematisch einzubetten und meine in rechtspolitischer Sicht ableh-

1 Siehe die URL www.kinderwahlrecht.at.

2 Siehe zuletzt *Gerhard Strejcek* (Hrsg), *Lotto und andere Glücksspiele*, Linde Verlag (2003); ders, Art 141 B-VG in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), *Bundesverfassungs-Kommentar*, 5. Lieferung (2002); Art 23a ebenda im Druck.

3 Es gäbe genug davon, nur hört man sie nicht. Mein Kollege *Michael Jaeger*, der die Standard-Kommentar-Seite „Kommentar der Anderen“ betreut, hat mir im vorigen Sommer gestanden, er könne schon ganze Wände mit (ihm zugesandten) kritischen Konvents-Artikeln tapezieren; nur leider hat

er keinen einzigen davon publiziert, was ein bezeichnendes Licht auf die Bedeutung der Verfassungspolitik in den Medien wirft.

nende Haltung dazu darzulegen, auch zu der von mir als kritikwürdig angesehenen Zusammensetzung, dem aus historischen Gründen unpassenden Namen und dem bisher noch ergebnislosen Wirken des Konvents etwas anfügen. Und wenn es sich noch ausgeht, würde ich gerne auch ein paar Reformprobleme aus verfassungsrechtlicher Sicht ansprechen und diese in ihrer Dringlichkeit begründen, um diese von den von mir hier so genannten und gesehene Scheinproblemen wie „Gott in der Verfassung“ und dem Kinderwahlrecht abzugrenzen.

1.2 Der wahlrechtshistorische Ansatz

Wahlrechtsfragen kann man nur dann einigermaßen verstehen, wenn man die Entwicklung des republikanischen Wahlrechts kennt, die ich daher hier in aller Kürze in den relevanten Punkten rekapitulieren werde. Falls mir dabei Unschärfen unterlaufen, bitte ich um Nachsicht, ich werde demnächst den historischen Abriss meiner Habilitationsschrift dazu veröffentlichen, der natürlich genauer belegt ist. Aber hier geht es ja nur um eine „Rampe“, auf der das Thema Kinderwahlrecht eine sinnvolle Basis in der Entwicklung der Ersten und Zweiten Republik findet. Nach Gründung der Republik Deutsch-Österreich im Jahr 1918 erhielt der neue Staat, der an die Verfassung der Monarchie nicht mehr anknüpfte (Diskontinuität bzw Revolution), dann später aber mangels Konsens einige Verfassungsinhalte übernahm (vor allem das StGG 1867, die Gemeinde- und die Schulverfassung) eine demokratische Wahlordnung zur konstituierenden Nationalversammlung, worin das politisch längst fällige Frauenwahlrecht hervor sticht. Der Rest war aber vor allem in wahlsystematischer Betrachtung kein allzu großer Wurf, wie sich bald zeigen sollte. Denn diese Wahlordnung sah nur ein Ermittlungsverfahren vor, das verbunden mit dem noch näher zu erörternden Wahlkreissystem zu großen Verzerrungen führte. Dennoch bedeutete die Ausweitung des Kreises der Wahlberechtigten auf alle Frauen, die das Wahlalter erreicht hatten und die nicht den (für Männer und Frauen natürlich gleich geltenden), recht weit gefassten Ausschlussgründen unterlagen, einen großen Fortschritt

Um einem weit verbreiteten Irrtum zu begegnen: Dass verschiedentlich schon von einem „allgemeinen“ Wahlrecht mit der Beck'schen Wahlreform 1907 der alten Reichsrats-Wahlordnung gesprochen wird, ist rechtswissenschaftlich unscharf, rechtspolitisch aus heutiger Sicht ein Hohn und für engagierte Frauen eine Provokation, da ja damals nur Männer wählen durften, wenn auch ohne Zensus und Wählerklassen. Sogar den wenigen wahlberechtigten Frauen, die zB in der Kurie der Großgrundbesitzer(innen) zuvor hatten wählen dürfen, nahm diese allseits gelobte Wahlreform ihre politische Mitwirkung.⁴ Trotz intensiver Bemühungen war es in der Monarchie gut dreißig Jahre lang nicht gelungen,

das Frauenwahlrecht zu verankern. Die neue republikanische Wahlordnung trug die Handschrift Karl Renners und Hans Kelsens, letzterer hatte auch schon das Reichsratswahlrecht idF 1907 rechtswissenschaftlich fundiert und exakt kommentiert.⁵ In dieser Publikation schimmerten bereits sein großes rechtstechnisches, -dogmatisches und -systematisches Talent, seine Übersicht und seine manchmal geradezu geniale Formulierungsgabe durch, aber auch seine Schwäche, rechtspolitisch wirklich brauchbare, will sagen konsensuale, einfache und verständliche Lösungen nicht zu liefern. Bei Renner war es eher umgekehrt, ihn zeichnete eine große praktisch-legistische Begabung aus,⁶ eine Nähe zu den Problemen einfacher Leute und eine völlige Weltfremdheit in den größeren politischen Zusammenhängen. Es wäre für Österreich vielleicht besser gewesen, Hans Kelsen nach Saint Germain zu schicken und Renner in Wien eine komplett neue Wahlordnung erstellen lassen, aber man kann das Rad der Geschichte nicht mehr anders herum drehen. In achtzig oder hundert Jahren wird man sich vielleicht fragen, warum der von seinen zeitlichen Kapazitäten her durchaus gut verfügbare und sehr konsensorientierte, ehemalige VfGH-Präsident dem Konvent gar nicht angehört, was zweifellos eine herbe Kränkung darstellt, und warum dort ein Durcheinander an PolitikerInnen, Interessenvertretern (Jugendliche ausgenommen) und Experten (nicht aber Expertinnen) herrschte, aber das ist jetzt (noch) nicht das Thema.

1.3 Wahlgleichheit, Familienwahlrecht und Verhältniswahlrecht

Gehen wir noch einmal kurz zurück in das Jahr 1918. In der Frage des Wahlsystems prallten die Vorstellungen der beiden berühmten Juristen aufeinander, und es gab auch noch eine Fülle von anderen Theoretikern, die sich zum Wahlrecht äußerten. In einem breiten Konsens wollte man weg vom Mehrheitswahlrecht der Monarchie, wobei man aber nicht ausreichend berücksichtigte, dass mit dem Habsburgerreich auch dessen räumliches und ethnisches Substrat größtenteils verschwunden war, das heißt all die Verzerrungen und unglaublichen Ungleichheiten zB im Erfolgswert und in der Mandatszähl zwischen, sagen wir Österreich unter der Enns einerseits und Galizien andererseits,⁷ waren schon 1918 kein Thema mehr. Man hätte also ohne große Sorgen ein Mehrheitswahlrecht fort schreiben können, aber dafür war politisch kein Konsens gegeben. Damals war das Proportionalwahlrecht en vogue. Was in der Wahlordnung also herauskam, war ein Verhältniswahlrecht in historisch gewachsenen Wahlkreisen, ein Aspekt den vor allem Renner postulierte. Damit war aber neuerlich eine irrationale und ungleiche Grenzziehung programmiert. Dass die Wahlordnung noch Wahlkreise in Südböhmen und –tirol vorsah, erwies sich ebenfalls als unrealistisch. Mit seinen weit vom „mainstream“ abweichenden in Zeitschriften und Zeitungsartikeln

4 Näheres hiezu bei *Manfred Nowak/Gerhard Strejcek*, Das Wahl- und Stimmrecht, in: *Machacek/Pahrl Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte III. Strassburg – Arlington – Kehl am Rhein (1997) 1 ff (18 ff).

5 *Hans Kelsen*, Kommentar zur Reichsrats-Wahlordnung, Wien (1907) 3 ff.

6 Wer nach biografischem Material zu Renner

sucht, wird vor allem beim Autor *Siegfried Nasko* fündig; siehe ders, Dr. Karl Renner. Vom Bauernsohn zum Bundespräsidenten, Katalog zum Dr. Karl Renner-Museum, Wien – Gloggnitz (1979); ders (Hrsg), Karl Renner in Dokumenten und Erinnerungen, Wien (1982); ders, Karl Renner, in *Wilhelm Brauner* (Hrsg), Juristen in Österreich 1200–1980, Wien (1987) 280; zuletzt auch ders/Johannes

Reichl, Karl Renner. Zwischen Anschluß und Europa, Wien (2000).

7 Siehe dazu *Vasilij Melik*, Wahlen im alten Österreich, Wien – Köln – Weimar (1997) 22. Im Jahr 1861 vertrat ein Vorarlberger oder Triestiner Abgeordneter rund 50.000 WählerInnen, ein galizischer hingegen 120.000 im Reichsrat.

publizierten,⁸ Überlegungen zum Wahlsystem konnte sich Kelsen nicht durchsetzen, sonst hätte ein gemischtes Verhältnis-Wahlsystem mit Elementen der Mehrheitswahl (nämlich in Einerwahlkreisen, das sind kleinere räumliche Einheiten, in denen nur eine Abgeordnete oder ein Abgeordneter gewählt wird, vergleichbar den Bezirken oder kleineren Regionalwahlkreisen) Platz gegriffen. Ein recht kompliziertes System, aber doch sehr fortschrittlich und im Lichte des gleichen Wahlrechts aus Sicht der Wahlgerechtigkeit besser als die getroffene Lösung. Vielleicht sollte man diese alten vergilbten Seiten jetzt wieder lesen, um eine umfassende rechtspolitische Lösungsvariante für die Wahlrechtsproblematik aufzuarbeiten, jedenfalls sind es sehr spannende und wahlsystematisch interessante Argumente, die Kelsen hier vorbrachte.

In den Beratungen der konstituierenden Nationalversammlung nahm die Systemfrage breiten Raum ein. Man schreibt die Verfassung der Erläuterungen zur Wahlordnung fast zur Gänze Karl Renner zu. Das schließlich Gesetz gewordene Wahlsystem war allerdings schon aus den genannten Gründen der Wahlkreiseinteilung ungerecht und führte zu starken Verzerrungen, weil es einen proportionalen Ausgleich vermissen ließ. Leichte Fortschritte brachte die Schaffung der Wahlordnung für den Nationalrat, der die Nationalversammlung ablöste, mit zwei Ermittlungsverfahren, was aber erst im Jahr 1920 in einer Novelle verankert wurde. Von 1923 (NRWO-Novelle) bis zum Ende der Ersten Republik änderte sich daran von der Verdopplung der Wahlkreisverbände abgesehen nichts, auch von den Kindern war keine Rede. In der Zweiten Republik begann man vor allem in den sechziger und siebziger Jahren Reformüberlegungen anzustellen, es findet sich bereits ein Schrifttum zur Verankerung eines Familienwahlrechts aus 1970.⁹ Es wurde aber nicht verwirklicht. Die Wahlreformen 1970/71 in der Zweiten Republik konnte zwar den Kleinparteien (vor allem damals der FPÖ) nutzen, aber keine wirkliche Proportionalität bringen. Einigermassen fair geht es erst seit der großen Wahlreform 1992 zu, was den so genannten Erfolgswert von Stimmen im Lichte des gleichen Wahlrechts betrifft. Der so genannte „Bundes-d’Hondt“ im dritten Ermittlungsverfahren kann die Verzerrungen gut ausgleichen, ohne dass es zB wie in der BRD am Ende plötzlich „zu viele“ Mandate bei Bundestagswahlen (man spricht dort von „Überhangmandaten“) gibt. Aber jedes Land hat das Wahlrecht, das es mentalitätsmäßig verdient, so auch Deutschland.

1.4 Kinderreiche Wahlkreise und Bürgerzahlprinzip
Das republikanische Wahlrecht ist zwar, wie gezeigt wurde, gute zwei Jahre älter als das B-VG. Dennoch brachten die „neuen“ bundesverfassungsrechtlichen Grundlagen Neuerungen für das Wahlrecht, die uns hier näher interessieren. Art 26 Abs 1 B-VG normiert seit dem Inkrafttreten des B-VG für die Nationalrats-Wahlen die Prinzipien des allgemeinen (implizit), des gleichen, unmittelbaren, geheimen und persönlichen Wahlrechts. Der Nationalrat, ist zudem auf Grund der im selben Artikel erfolgenden, verfassungsrechtlichen Anordnung nach den Grundsätzen der Verhältniswahl zu wählen. Art 26 Abs 2 B-VG regelte in der Stamfassung, ohne vom System her materiell viel zu ändern, das bereits zuvor seit der Wahlordnung für die konstituierende Nationalversammlung einfachgesetzlich vorgesehene, territoriale Verhältniswahlrecht in räumlich geschlossenen Wahlkreisen nunmehr auf Bundesverfassungsebene.¹⁰ Gleichzeitig mit dem Wahlsystem wurden demnach auch dessen immanente Einschränkungen – erweitert um das die Proportionalität noch weiter verzerrende Bürgerzahlprinzip – auf Verfassungsebene gehoben.

Mit dem B-VG kam also die erhöhte Bestandskraft für einige Wahlrechtselemente, die man besser dem einfachen Gesetzgeber überlassen hätte. Statt hier zurück zu schrauben, hat man in der Wahlreform 1992 diesen Artikel noch stärker mit Details „aufgeladen“. Auch der für eine Verfassung rechtspolitisch gesehen viel zu detaillierte und kasuistische (also „verfassungsferne“) Grundsatz, dass die Zahl der in einem Wahlkreis zu vergebenden Mandate nicht nach der Zahl der WählerInnen, sondern nach der Bürgerzahl ebendort zu berechnen sei,¹¹ zählt dazu. Somit ist im österreichischen Wahlrecht von Verfassungs wegen eine Berücksichtigung kinderreicher Wahlkreise seit jeher vorgesehen gewesen. Der Erfolgswert einer Stimme in einem kinderreichen Wahlkreis war stets höher als in einem solchen, wo weniger kinderreiche Familien ihren Haupt- bzw wie es bis 1996 hieß: ihren ordentlichen Wohnsitz hatten.

1.5 Kinder- oder Jugendwahlrecht im Verhältnis zum Wahlausschluss

Bisher bin ich dem mir eigentlich gestellten Thema eher ausgewichen. Irgendwann muss man aber doch Farbe bekennen, ob man ein Kinderwahlrecht für a) möglich b) sinnvoll und c) verfassungsrechtlich machbar hält. Möglich ist vieles, sinnvoll aber nur wenig und systemkonform mit den bisherigen Verfassungsgrundsätzen ist das allerwenigste. Ich zähle also nicht zu den Befürwortern. Im Gegenteil, ich sehe

8 Vor allem in „Der österreichische Volkswirt“ 1918, der wegen der Abkürzung DÖVV manchmal mit der bundesdeutschen, juristischen Zeitschrift „Die öffentliche Verwaltung“ verwechselt wird; siehe *Kelsen*, Das Proportionalssystem, Der österreichische Volkswirt, 11. Jahrgang, 1. Band 1.10.1918-31.3.1919), 115, 133 u. 147; ders Ein einfaches Proportionalwahlsystem, Arbeiter-Zeitung, 30. Jg, Nr. 321 vom 24.11.1918, 2; ders, Der Proporz im Wahlordnungsentwurf, Neue Freie Presse Nr. 19494 vom 1.12.1918, 3.
9 *Karl Marschall*, Gedanken zum Familienstimmrecht. Ein rechtspolitischer Diskussionsbeitrag zur weiteren Demokratisierung des Wahlrechts, ÖJZ

1970, 589.
10 Die Formulierung der Regelungen der Wahlverfassung in Art 26 B-VG wird von manchen Autoren, wie ich meine, nicht ganz exakt einem Vorschlag Kelsens zugeschrieben, der aber in seinen von ihm selbst publizierten, rechtspolitischen Äußerungen (siehe Zitat in Fn 8) ein ausgewiesener Gegner des Verhältniswahlrechts in Wahlkreisen war und eine proportionale Einerwahl im gesamten Bundesgebiet, das lediglich aus Zählgründen in Abstimmungs- oder Wahlbezirke zu teilen wäre, bevorzugte; siehe aber *Felix Ermacora*, Quellen, zum österreichischen Verfassungsrecht (1967) 479; *Willibald Liehr*, Die Gestaltung des Verhältniswahl-

rechts für die Wahl des Nationalrats, ÖJZ 1971, 85 (86).
11 Siehe *Adamovich|Funk|Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II, Staatliche Organisation, Wien – New York (1998) Rz 21.002-08; *Schickl|Wiederin*, Landesbürgerschaft, Gemeindemitgliedschaft und Bundesverfassung – Überlegungen zum Wohnsitzbegriff des B-VG, ÖJZ 1998, 2 (15 ff). *Thienel*, Art 6 B-VG, in *Korinek|Holoubek*, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht II/1, Wien – New York (LoBl; 5. Lieferung 2002); ders, Meldung und Hauptwohnsitz, JRP 1999, 124.

überhaupt nicht ein, warum man mit dem Grundsatz des Verbotes der Stellvertretung, wie er in Abkehr vom monarchischen Wahlrecht dem Grundsatz des persönlichen Wahlrechts inne wohnt, brechen soll. Abgesehen von diesem verfassungsdogmatischen Argument (nach geltendem Recht des Art 26 Abs 1 B-VG), ist aber auch de lege ferenda eine kritische Haltung angebracht. Eltern tendieren ohnehin dazu, ihren Kindern ihre politischen und sonstigen Wertvorstellungen zu oktroyieren. Warum sollen sie auch noch eine zweite oder dritte Stimme für diese abzulehnende Haltung als Belohnung erhalten? Die mir bekannten Experten (darunter keine Frau) sind sich daher in ihrer Ablehnung sowohl eines Kinder- als auch eines Familienwahlrechts einig. Auch im sehr detailreichen und fundierten bundesdeutschen Kommentar von Wolfgang Schreiber lässt der Autor im Lichte des Stellvertretungsverbot und des gleichen Wahlrechts kein gutes Haar am Kinder- oder am Familienwahlrecht. Letzteres qualifiziert er richtig als Pluralwahlrecht (Recht mehrere Stimmen abzugeben) und damit als verpönte Relikt aus dem monarchischen Wahlrecht. Beides sei mit Art 38 Abs 1 Bonner Grundgesetz (GG) unvereinbar, eine allfällige Änderung sei sogar am Maßstab des Demokratieprinzips und des Kernbestands der Wahlrechtsgrundsätze zu messen.¹² Ebenso wie hier vertritt auch Nowak die Meinung, dass ein Pluralwahlrecht in allen Formen, auch in der Form des Familienwahlrechts, im Lichte des gleichen Wahlrechts verfassungswidrig sei. Auch die historischen Aspekte sind ähnlich wie in der BRD, da seinerzeit im Reichsratswahlrecht ein Pluralwahlrecht in mehreren Kurien bestand, was zu weiteren Verzerrungen führte.¹³ Das wollte man aber in der Republik mit dem Wahl-Grundsatz des gleichen und des persönlichen Wahlrechts¹⁴ ein für allemal ausschließen und so sehen es Lehre und Rsp im Einklang auch als Verbot des Kinder- und des Familienwahlrechts.

Oder sollen Kinder selbst wählen dürfen? Das macht, glaube ich, wenig Sinn. Ich habe meinen siebenjährigen Sohn gefragt, ob er im April bei den Bundespräsidentenwahlen lieber Benita oder Heinz wählen wolle. Um ihn ein wenig zu ärgern, sagte ich wörtlich „Tante“ Benita und „Onkel“ Heinz, was dann aber beides in erschreckender Weise realistisch klang.¹⁵ Die Antwort war eindeutig: Heinz; in Wahrheit kennt mein Sohn aber den zweiten Nationalratspräsidenten, der nur hundert Meter von uns entfernt wohnt, gar nicht. Er kennt allerdings den österreichischen und den deutschen Bundeskanzler. Für eine Bundespräsidentenwahl oder Nationalratswahl ist er einfach noch zu jung. Seine Anliegen wären eher in einer Art direkter Kinderdemokratie zu berücksichtigen. Er ist zB gegen die Umweltverschmutzung durch die vielen Autos in der Stadt und für längere Grünphasen für Kinder und Behinderte auf der Zweierlinie. Außerdem wäre er der erste, der seine Stimme für eine Grundsiche-

rung von Siebenjährigen abgibt, etwa in der Höhe von 100 EUR monatlich für playmobil, Buntstifte und technisches Spielzeug. Das ist die Welt der Kinder, und dort soll man sie auch lassen. Sollte sich hingegen mein Sohn als Jugendlicher einmal zum überzeugten Kommunisten wandeln, dann werde ich gut beraten sein, meine politische Meinung nicht absolut zu setzen und ihn dafür nicht zu verurteilen. Wählen kann ich aber so oder so nicht in seinem Sinn. Wenn man das Wahlalter für das aktive Wahlrecht auf 16 Jahre herab setzt (oder sogar auf 15), könnte das hingegen Sinn machen. Ich befürchte zwar, dass vielen Jugendlichen das Wahlrecht bei Starmania wichtiger erscheint, als jenes zu den gesetzgebenden Körperschaften, aber von der so genannten „Reife“ und dem durchschnittlichen Wissen her sehe ich kein Problem. Es gibt ja auch genügend Erwachsene, die mit ihrem Fernseher verheiratet sind und Toulouse-Lautrec für zwei französische Fussballmannschaften halten.

Man muss die Frage des (persönlich auszuübenden) Jugendwahlrechts auch rechtspolitisch im Verhältnis zu den jeweiligen Ausschlussgründen (Art 26 Abs 5 B-VG) sehen. In Österreich dürfen nach dem B-VG, das ja nur mehr den Ausschluss bestimmter zu längeren Haftstrafen Verurteilter vorsieht, sogar demente und andere geistesranke Personen wählen, nicht aber Jugendliche. Das halte ich für irrational, ohne dass ein verfassungskonformes System des Ausschlusses Geisteskranker mir ein besonderes Anliegen wäre. In der Schweiz hat man diesen Ausschlussgrund aber stets beibehalten, auch nach der großen „Nachführung“ bzw Schaffung der neuen Bundesverfassung vor vier Jahren. Dass er in Österreich nicht mehr besteht, geht auf ein vielfach missverständenes Erkenntnis des VfGH zurück, das den Gesetzgeber veranlasste, in der Wahlreform 1992 zur Gänze auf diesen Ausschlussgrund zu verzichten. Ich trauere ihm auch nicht nach. Der Vollständigkeit halber möchte ich auch darauf hinweisen, dass manche Länder historisch bedingt bestimmte Personengruppen ausschließen wie zB Analphabeten (US) oder Priester (die in GB nicht passiv wahlberechtigt sind).¹⁶

2. Einige Mängel des Österreich-Konvents

2.1 Mangelnder Grundkonsens, mangelnde Verfassungskultur

Den größten Grundsatzfehler bei Einsetzung des Österreich-Konvents im Vorjahr sehe ich darin, dass das Wichtigste als Vorbedingung einer neuen Verfassung derzeit fehlt, nämlich ein politischer Grundkonsens über eine Verfassungsreform, denn dieser setzt eine tief greifende politische Einigkeit voraus, welche nicht erkennbar ist. Anders als in der Schweiz fehlt auch so etwas wie eine Verfassungskultur in Österreich. Seltsamer Weise tragen daran auch die Lehre, vor allem die in ihrer Dogmatik und im Stil sehr autoritären Lehrbücher

12 Siehe Art 20 Abs 1, 38 Abs 1, 79 Abs 2 GG; Wolfgang Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum deutschen Bundestag, 6. Aufl, Köln – Berlin – Bonn – München (1998) § 12 Rz 10a, 239 ff.
13 Manfred Nowak, Politische Grundrechte, Wien – New York (1988) 400. AA Marschall (Fn 9), ÖJZ 1970, 589 ff, der darin eine Demokratisierung des

Gemeinwesens sieht, damit aber de lege lata keine verfassungsdogmatischen Argumente im Lichte des gleichen Wahlrechts vorbringt. De lege ferenda wäre eine solche Änderung zwar mit Volksabstimmung nach Art 44 Abs 3 B-VG zulässig, aber in rechtspolitischer Hinsicht systemwidrig.

14 Siehe auch die Aufarbeitung der Entwicklung

der Wahlgrundsätze und der VfGH-Judikatur bei Gerhart Holzinger, Art 26 in Korinek/Holoubek, Kommentar (Fn 11) II/1, Rz 15 ff.

15 Siehe Norbert Leser, „... auf halben Wegen und zu halber Tat... Politische Auswirkungen einer österreichischen Befindlichkeit.“ Wien (2000) 172 ff.

16 Vgl Nowak, Politische Grundrechte (Fn 13) 139.

der achtziger Jahre und die Höchstgerichte, vor allem der VfGH in seinen oft zu knappen Begründungen der recht extensiven Normenprüfungs-Judikatur, Mitschuld daran. Als ich Anfang der achtziger Jahre das erste Mal öffentliches Recht studierte, vermittelte mir das damals gebrauchte Lehrbuch den Eindruck, dass sämtliche Erkenntnisse des VfGH „verfehlt“ seien, wie es im bekannten roten Bundesverfassungs-Grundriss in mehreren Auflagen nachzulesen ist. Verfehlt war aber vielmehr diese Art der pejorativen und einseitigen Darstellung, weil sich die Autoren gar nicht erst die Mühe machten, zuerst ein verfassungsdogmatisches Problem zu erklären und dann Kritik zu üben, sondern „Hopp-Dropp“ gleich auf einen bösen Schlenker gegen das Gericht, meist im Kleindruck oder in den Fußnoten übergangen, auch im Vorwort wurde damit nicht gespart. Ein schlechter Stil zweifellos, den sich manche Autoren, die in dieser Schule der Abkanzlung anderer gelernt haben, angeeignet haben.¹⁷ Dass die Autoren dem EU-Beitritt mit dem selbst gewählten (bzw selbst gestutzten), verfassungsdogmatischen Handwerkszeug geradezu hilflos gegenüber standen, ist ein weiteres Manko. Aber auch der VfGH ist nicht ganz unschuldig an der Kritik, die an ihm geübt wird. Wer heute die Rechtsprechung des VfGH und dessen Erscheinungsbild in der Öffentlichkeit betrachtet, muss mitunter zum Eindruck kommen, dieses Gericht sei ein politisches Korrektiv für *alle* Grundsatzentscheidungen des Gesetzgebers, das heißt die Normenprüfungskompetenz wird – natürlich abhängig von den konkreten Eingaben und den Grenzen der Präjudizialität – in einer oft extensiv anmutenden Weise ausgeübt und der Abwägung preisgegeben. Wenn sich aber das Höchstgericht als politischer Mitspieler auf eine Ebene mit den zu Prüfenden stellt, dann wird damit eine gefährliche Flanke geöffnet, die manche Politiker schon an ein „Zurückstutzen“ laut nachdenken ließ. Diese Terminologie im Gefolge des Volksgruppenerkenntnisses hat mich alarmiert, weil sie an die Erste Republik erinnerte, mag auch das Erkenntnis Anlass für sachliche Kritik an der Präjudizialitätsentscheidung bieten. Immer wieder, vor allem von „grünen“ Kommentatoren wird bei inhaltlicher Kritik an der Judikatur des VfGH (die man ruhig offen, aber eben sachlich üben soll), dann plötzlich auch unter einem auf den Bestellungsmodus der HöchststrichterInnen verwiesen,¹⁸ der aber davon unabhängig zu sehen ist, mag er auch reformbedürftig sein. All das ist einer offenen verfassungspolitischen Diskussion nicht förderlich.

Und auch mit dem sonstigen inhaltlichen Diskurs über Verfassungsfragen zB in Tageszeitungen ist es hierzulande schlecht bestellt. Symptomatisch für das niedrige Niveau der Diskussion verfassungspolitischer Fragen in Österreich ist etwa die meines Erachtens völlig schief gelaufene und objektiv betrachtet eher irrelevante Debatte über „Gott in der Verfassung“. Im Gegensatz zu Heinz Fischer, dem dieses freimütige Bekenntnis vom 4.1. dieses Jahres politisch, will sagen in der Zahl ländlicher Wählerstimmen vielleicht noch

schaden wird, bin ich kein Agnostiker, sondern stehe meiner Kirche, der evangelischen A.B. weltanschaulich nahe, ja ich bin gemessen an dem Präsidentschafts-Kandidaten zweifellos ein gläubiger Mensch, nehme allerdings die lutherische „Freiheit eines Christenmenschen“ in Anspruch zugleich niemandes und jedermanns Untertan zu sein. Aber dass Gott ins B-VG hinein reklamiert wird, macht für mich in etwa so viel Sinn, wie im Vaterunser die Sozialpartnerschaft zu verankern. Mir ist jede Art von offensiver Zurschaustellung des Glaubens, aber auch eine übertriebene und bigotte Symbolik verdächtig, ich meine vielmehr, der Staat soll sich in Glaubens- und Weltanschauungsangelegenheiten zurück halten und neutral verhalten, was ihm auch die Möglichkeit einräumt, glaubwürdig gegen alle Formen des Fundamentalismus aufzutreten, ohne dass dies eine religiös motivierte Schlagseite hätte, die auf Kritik stoßen müsste.¹⁹ Denn auch wenn der Staat etwa international gegen das Tragen religiöser Symbole auftritt (wie in Frankreich), kann ein derartiger Eingriff nach Art 9 EMRK gerechtfertigt sein.²⁰ Und die politischen Akteure sollen sich lieber anständig im Sinne von fair, verzeihungsbereit und tolerant verhalten, als ständig mit dem Kruzifix zu wacheln und es anderen quasi als Wienerisches „Hackl“ ins Kreuz zu werfen. Eine Bemerkung sei noch gestattet, was das Verhalten mancher Politiker in Glaubensdingen betrifft: Bekanntlich ist niemand von Sünden und Verirrungen frei, weshalb also mit allen möglichen Mitteln den Schein wahren und mit den bekannten Mitteln der Politik bis hin zu Ehe-Annullierungen und Interventionen bei päpstlichen Gerichten sowie „Con-Celebrationen“ mit kirchlichen Würdenträgern aller Art dem eigenen Verhalten den Nimbus der „Sündenfreiheit“ geben? Ein Zeichen vorreformatorischer Werkgerechtigkeit, sonst nichts. Gäbe es zum Beispiel das in Herodes Zeiten geübte Prädikat der jungfräulichen Geburt noch (das nahm damals auch der heute geächtete König in Anspruch, nicht nur die Evangelisten für Jesus Christus, es galt nämlich als besonders vornehm, von einer Jungfrau geboren zu sein), ich bin mir sicher, dass ein Teil der PolitikerInnen nur als Virgo entbunden zu haben oder geboren zu worden vorgeben würde. Glaubt wirklich jemand ernsthaft, diese naive Art der Volkstäuschung könnte auch vor einem obersten Gericht im Jenseits bestehen? Daher soll die neue Verfassung frei von Bekenntnissen und Beteuerungen bleiben. Wer so etwas für wichtig hält, soll in seiner Angelobung dazu berechtigt werden, die Hilfe Gottes zu erbitten. Selbst die Verwendung von Ausdrücken wie „Schöpfung“ oder „angeborene Rechte“ halte ich in der Rechtssprache für entbehrlich.

Jüngst hat sich ein Jean-Monnet-Professor, der in New York lehrt und dessen Name ich schon wieder vergessen habe, in einem Presse-Artikel in vergleichender Hinsicht mit der Frage der religiösen Werte und deren Verankerung in der europäischen Verfassung befasst. Sein flammender Appell blieb bei mir ohne Nachhall, denn er verwechselte Äpfel mit

17 Siehe zuletzt *Schwartz/Wohlfahrts* Aufsatz zur Abgrenzung von Spiel und Wette in *ecolex* 10/2003 und ihre ausschließlich pejorative und ans Persönliche gehende Kritik an unserem Aufsatz; siehe *Strejcek/Hoscher*, Wette oder Spiel? In *Strejcek* (Hrsg),

Lotto und andere Glücksspiele (2003) 69 ff.

18 Zuletzt Karl Staudinger in seiner Kritik am ÖBB-Penisonserkenntnis in der Standard vom 5.1.2004, Kommentar der Anderen.

19 Siehe *Strejcek*, Grundrechtsdogmatische und

rechtspolitische Gedanken zum Kruzifix-Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes, JRP 1995, 228 ff.
20 Dies verkennen *Kolb/Potz/Schinkele*, Religionsrecht (2003).

Birnen wie zB das Staatskirchentum in Dänemark mit der Wertefrage und den diversen Verboten (Abtreibung etc) in Irland und politische Grundsatzhaltungen wie den strikten Laizismus mancher Länder (zB Frankreich) mit verfassungstechnischen Fragen. Dass Europa Werte hat, wird man künftig am besten darin erkennen können, dass es weiterhin einen friedlichen Konsens schafft und auch die Anliegen kleinerer Mitglieder berücksichtigt. Das ist die eigentliche Leistung der EU und dafür bedarf es keiner solemnem Beteuerungen.

2.2 *Bezeichnung mit fragwürdigen historischen Assoziationen*

Ich bin schon eingänglich auf die historischen Vorgänger des „Österreich-Konvents“ eingegangen, die bei mir ambivalente Assoziationen wecken. In historischer Sichtweise gibt es mindestens drei Vorgänger für den Österreich-Konvent, die auch für die im deutschen Sprachraum eher unübliche Namensgebung Pate standen. Die Erfolgsgeschichte der amerikanischen „Convention“ vor bald 217 Jahren wird sich in Österreich eher nicht wiederholen. Am 27. Mai 1787 trat der Konvent von Philadelphia an, um die Verträge zwischen den Bundesstaaten zu reformieren. Das Kongressmandat überschritt er unter Führung von George Washington und schuf die US-Verfassung, die sich mit ihren Amendments bis heute, soweit ich sehe, bewährt hat. Wohl auch deshalb, weil man es anders als in Österreich nicht mit der Kasuistik und der Zahl der Ergänzungen übertrieb.

In konstitutioneller Sicht weniger erfolgreich als die Convention of Philadelphia agierte der französische National-Konvent, eine Gründung der bereits dem Terror (terreur) nahen Revolution, ab dem Herbst 1792. Die von ihm erarbeitete Verfassung wäre in manchen Punkten fortschrittlich gewesen (mit einem Wahlrecht unabhängig von der Steuerleistung), trat aber nie in Kraft. Der Konvent widmete sich größeren Aufgaben, die ihn vollends in Europa diskreditierten: seine Innen- und Außenpolitik beunruhigte nicht nur Preußen und Österreich, sondern ganz Europa, der Konvent missachtete auch die Souveränität der Nachbarn ohne Hemmungen. Ein trauriges Konvent-„Highlight“ war die Verurteilung Ludwigs XVI. zum Tode, der am 21.1.1793 guillotiniert wurde, vor 211 Jahren also. Schließlich fraß der Konvent seine eigenen Mitglieder. Ein Konvent, der als zentralistisches Organ mehr als siebenhundert Mitglieder hatte und damit mehr Abgeordnete als alle österreichischen Parlamente zusammengenommen. Daher meine ich, dass man in Kontinentaleuropa den Begriff „Konvent“ angesichts dieses historischen Vorbilds lieber auf der Müllhalde der Geschichte hätte liegen lassen sollen.

Stattdessen aber ging man daran, einen europäischen Konvent unter einem bereits politisch lange ausrangierten französischen Ex-Präsidenten zu installieren, der natürlich nichts anderes zustande gebracht hat, als eine Zerrüttung zwischen den in Allianz bis zur Spanien-Wahl tätigen Staaten Spanien und Polen einerseits und Resteuropa andererseits. Der europäische Konvent ist also bisher eher Zeichen des Niedergangs europäischer Konsens-Kultur als ein Höhepunkt derselben. Auch auf europäischer Ebene ist von dem Konvent, der für den Österreich-Konvent wohl auch ein Vorbild war, nicht allzu viel zu erwarten. Die Gräben zwischen

den Verfassungstraditionen sind tief, es herrscht zudem Uneinigkeit in Fragen der Außenpolitik. Mehr als eine Institutionenreform vom Schlage des Vertrags von Nizza und ein eher redundanter Grundrechtskatalog, der nur Bekanntes und schon Geltendes wiederholt, stehen daher nicht an. Genau genommen lautet das Zauberwort nicht Konvent, sondern „Konvention“ (im Englischen und Französischen ist diese Unterscheidung sprachlich nicht möglich). Wie uns die Erfolgsgeschichte der EMRK lehrt, kann ein multilateraler Vertrag mit starken Entscheidungsorganen und der Unterwerfung der Nationalstaaten unter eine supranationale Gerichtsbarkeit viel leisten. Die Frage, ob es sich dabei nicht um eine materielle Grundrechtsverfassung Europas handelt, wurde oftmals gestellt. Denn auch wenn die Konvention nur in manchen Staaten im Verfassungsrang (zB in Österreich) steht, teils nicht (BRD), hat sie es doch geschafft, quer zu den nationalen Verfassungen die Menschenrechte zu effektuieren. Voraussetzung war – hier im Rahmen des Europarats – ein Grundkonsens der Nachkriegszeit, den man heute vermisst. Auch auf EU- oder nationaler Ebene kann ein Konvent aber schier gar nichts leisten, wenn der inhaltliche Grundkonsens der Regionen, der Menschen, der Parteien und der Politiker fehlt.

2.3 *Mangelnde Repräsentativität, zu viele Interessensvertreter*

Dieser Punkt wurde schon sehr oft beanstandet und ist daher wenig originell, aber dennoch grundsätzlich richtig und objektifizierbar. Es fehlen im Österreich-Konvent einige Frauen, vor allem auf Expertinnenebene und dass sich alle möglichen Interessensvertretungen dort wieder finden, wird einen Konsens nicht erleichtern. Wie will man zB daran gehen die Landtage abzuschaffen, wenn die Ländervertreter das schon im Konvent verhindern können? Gleiches gilt für eine grundlegende Reform der Gemeindeverfassung. Gerade die Aufgaben und Funktion der Parlamente, also National- und Bundesrat sowie Landtage sowie der sonstigen Vertretungskörper sollte aber eine künftige grundlegende Verfassungsreform nicht aussparen. Die Grundidee, den Ländern mehr Vollziehungskompetenz zu geben und dafür weniger oder keine Gesetzgebungszuständigkeit zu belassen, wird sich daher nur sehr schwer umsetzen lassen. Auf Expertenebene gibt es dafür Vorschläge, auf politischer fehlt der Konsens. Die Einberufung eines „Verfassungskonvents“, der auch die oftmals als „Ruine“ bezeichnete österreichische Bundesverfassung auf Vordermann bringen sollte, ist angesichts gescheiterter Gespräche mit den Oppositionsparteien, vor allem der SPÖ, fragwürdig geworden. Ohne Konsens, kein erfolgreicher Konvent, so scheint es.

3. **Einige wesentliche Aufgaben des Österreich-Konvents**

Mir liegt nichts ferner als in obergescheiter Manier dem Konvent seine Aufgaben zu diktieren oder diese auch nur anzuregen. Am besten wäre es, allmählich Entwürfe vorzulegen, denn nur darüber kann sinnvoll diskutiert werden. Mich wundert es, dass die Mitglieder ruhig schlafen können, wenn seit gut einem Jahr noch nicht einmal ein einziger Halbsatz einer Reform „steht“. Es sitzen genug kompetente Verfassungsrechtler (wenn auch zu wenige „-innen“) im „Österreich Konvent“, sodass die technischen Probleme unserer

Bundesverfassung ohnehin längst den Politikern hätten kommuniziert werden können. Ich sehe daher die Konvent-Aufgabe vornehmlich als eine rechtstechnische und legistische, da ich nicht glaube, dass dieses Gremium imstande ist, in repräsentativer Weise alle Grundsatzfragen aufzuarbeiten. Vielmehr sollten die Konvents-Ausschüsse etappenweise Formulierungsvorschläge an die Öffentlichkeit bringen, die auf breiter Basis zu diskutieren wären. Daher sollen hier abschließend spontan ein paar Punkte ein, die man als lässliche Details sehen mag, mir hingegen als pragmatisch denkendem Öffentlich-Rechtler scheinen sie wichtiger als Kinderwahlrecht und Gottesbezug. Die EU-Mitgliedschaft Österreichs gebietet einige einleitende Artikel umzuformulieren und auch die Integrationschranken zu umschreiben, wann zB eine neuerliche Volksabstimmung in Österreich auf Grund von Änderungen des Privatrechts der EU notwendig ist. Im Rechtsschutzbereich bestehen einige Defizite. So fehlt zum Beispiel ein effizientes rechtliches Sanktionssystem gegen Übergriffe in Wahlkämpfen (zB Ermächtigung der ordentlichen Gerichte oder des VfGH oder eines neuen Wahlgerichts). Oder eine Zuständigkeit des VfGH betreffend direktdemokratische Instrumente auf Landes- und Gemeindeebene. Eine sinnvolle Umweltverfassung (zB Verankerung der Nachhaltigkeit nach schweizerischem Muster) statt der bekannt sinnlosen Beteuerung des Umwelt-BVG. Gleiches gilt für die Wehrverfassung. Oder eine Rahmenregelung für die bisherigen Art 133 Z 4-Behörden, damit nicht

alle zwei Monate eine neue Behörde samt Verfassungsbestimmung entsteht. Oder eine Anpassung des Legalitätsprinzips an europäische, will sagen gemeinschaftsrechtlich bedingt veränderte Verhältnisse. Es würde auch nicht schaden, wenn unsere Verfassung nicht erst in einer ziemlich nebensächlichen Kompetenznorm (in Art 10 Abs 1 Z 18 B-VG – Europawahlrecht bzw Wahlen zum Europäischen Parlament) zum ersten Mal das Wort „Europa“ zitiert, ehe der schon von seiner Ziffer her verdächtige Art 23a B-VG (und Art 23b) das Thema „Europäische Union“ kleinlich und kasuistisch regeln. Dass dies zB noch nicht diskutiert wurde, beunruhigt mich doch ein wenig. Im Wahlrecht würde ich zuallererst die unadäquate Festlegung von Zweidrittelmehrheiten für die Stimmabgabe im Ausland eliminieren. Und dann ausdrücklich zur Briefwahl ermächtigen bzw zu allen Formen der Stimmabgabe, die eine Wahrung der Wahlgrundsätze in einem bestimmten Rahmen ermöglichen. Damit wäre auch der Weg für das eVoting endlich frei. Ich sähe auch kein Problem darin, diese Form der Stimmabgabe per internet bei Volksbefragungen und vielleicht auch bei Volksbegehren vorzusehen. Also bleibt als Resümee eigentlich nur zu sagen: es möge endlich etwas schriftlich vorgelegt werden, worüber man auch wirklich diskutieren kann, anstatt rechtspolitischen Schimären nachzujagen. Und damit liegt der Ball derzeit doch eher bei den Experten als bei den Politikerinnen und Politikern.

A. o. Univ.-Prof. Gerhard Strejcek lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

VERLAG ÖSTERREICH

Janko
**Gesamtänderung
der Bundesverfassung**



3-7046-4284-3,
518 Seiten, br., € 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.

VERLAG ÖSTERREICH
VORHILFS-VERLAG DER K.U.K. HOCH- UND STAATSBIBLIOTHEK

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

1. Verfassungsdebatte ohne Souverän

Geburtsfehler wird man nie los. Bereits 1848/1851, 1867, 1918 und 1945 wurde die Genese der Verfassung im Wesentlichen von zwei Sachverhalten vorangetrieben: zum einen von militärischen Niederlagen, zum anderen von der Kontraktion der Debatte auf die politischen bzw juristischen Eliten. So kam zum einen die Demokratie von 'oben' bzw 'außen', und zum anderen die Verfassungsdebatte zu ihrem Zustand.

Auch wenn diesmal keine militärische Auseinandersetzung als Auslöser der aktuellen Debatte um eine Neuordnung der Verfassung ausgemacht werden kann, so drängt sich doch – sieht man einmal vom Erfordernis einer Anpassung des B-VG an den Rechtsbestand der EU ab – die Assoziation eines ideologischen Bürgerkriegsszenarios („speed kills“) auf. Das Bestreben der VertreterInnen der Regierungsparteien, mit hohem Tempo auf niedrigem Reflexionsniveau die „Kasematten von Staat und Zivilgesellschaft“ (*Antonio Gramsci*) irreversibel zu verschieben, ist unübersehbar.

Durchaus verständlich, denn der Zeitpunkt ist günstig. Ist doch der Brückenkopf des fordistischen Modernisierungsparadigmas, von dem aus die Sozialdemokratie die Verfassung über drei Jahrzehnte hinweg konkordanzdemokratisch in einem kleinteiligen „piecemeal engeneering“ über die Klippen eines am Proporzgedanken orientierten Sozialreformismus hinweggerettet hat, aufgegeben worden. Nicht zuletzt das entgleiste, weil salopp überspielte Sozialstaatsvolksbegehren hatte deutlich gemacht: das Feld der Verfassung gehört jetzt den Bürgerlichen. Beinahe schon hat NR-Präsident *Khol*, tatkräftig von Kardinal *Schönborn* unterstützt, den Gottesbezug als neu imprägnierter Quasi-Grundnorm in die Verfassung gehievt.

Dagegen hilft selbst die jüngst wiedererwachte politische Themenführerschaft der SPÖ nicht mehr. Zu stark ist die Wucht, mit der die Konturen bislang unverrückbar geglaubter Institutionen (Entwertung der Sozialpartnerschaft, Privatisierung von Staatsbetrieben/ÖIAG, Zerschlagung des öffentlichen Dienstes) verschoben wurden. Eben dies ermöglicht(e) den Regierungsparteien die Aufkündigung des konkordanzdemokratischen Konsenses und plausibilisiert das Bestreben, im Konvent binnen 18 Monaten die 2000 erdrutschartig geänderten gesellschaftlichen Machtverhältnisse nunmehr auch ins (Verfassung)Recht einschreiben zu wollen.

1.1 Verfassung als „arkaner“ Diskurs

Allerdings reproduzierte bereits der „take-off“ des Mitte 2003 vom Bundeskanzler initiierten 70-köpfigen Verfassungskonvents eines der substantiellen Wesensmerkmale des „neuen Regierens“, nämlich die paradoxierende Inter-

vention. Man könnte diese Strategie beschleunigter Blockierung auch als „oxymoronic politics“ bezeichnen.

Durchaus folgerichtig setzte sich der Konvent, der unter dem Logo „Bürgernähe“ und „Effizienz“ firmiert (scil: „zukunftsorientierte, kostengünstige, transparente und bürgernahe Erfüllung der Staatsaufgaben“), überwiegend aus Vertretern der Bundesregierung, des Parlaments, des EU-Parla-

Zur „Effizienz“ und anderen Paradigmen der Verfassungsreform

Nikolaus Dimmel



ments, der Länder, der Gemeinden, der Höchstgerichte, der Sozialpartner, der Industriellenvereinigung, des Rechnungshofes sowie der Volksanwaltschaft zusammen.

Damit ist sichergestellt, dass überwiegend Vertreter des herrschenden Blocks¹ zu Wort kommen. Beinahe alle übrigen Personen, die „auf Grund ihrer fachlichen Qualifikation“ in den Konvent berufen wurden, sind im Rahmen der Verfassungsrechtslehre tätig. Es macht Mühe sich vorzustellen, wie diese Auswahl von Experten und Interessenvertretern „Bürgernähe“, geschweige denn ein Tertium zur Geographie bestehender Machtverhältnisse entwickeln soll, es sei denn, man codiert den Term „Bürger“ von vorneherein als parteipolitischen Kampfbegriff.

Die in Aussicht gestellte Offenheit der Debatte, NR-Präsident *Khol* kündigte euphorisch an, über das Ergebnis der Konventberatungen bereits 2004 eine Volksabstimmung durchführen zu wollen, wird faktisch kontrastiert von einer „Arkankultur“, in der sich der Konvent im Juli 2003 darauf festlegte, dass nur ausgewählte Inhalte während des Diskussionsprozesses der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden sollen.

Dieses diskursive Nichts kann man seither² auch in den Medien „nachlesen“. In jene Kolonialisierung der Sprechpositionen im Rahmen einer Debatte, welche die politische Klasse origineller Weise mit sich selbst führt, fügt sich, dass unter den Stellungnahmen auf der Homepage des Konvents die skurril-partikularen rechtspolitischen Positionen strukturkonservativer zivilgesellschaftlicher Organisationen do-

1 Dieser herrschende Block (ÖVP, FPÖ) übt seine Macht nicht nur über die Durchsetzung seiner partikularen Interessen, sondern auch über die Definition von auf der jeweiligen Tagesordnung stehenden politischen Themen, Gestaltungschancen, Alternativen und Konsensus-Spielräumen aus. Seine Legitimität erhält den Status des „Normalen“.

Seine Hegemonie drückt sich vor allem in den Grenzziehungen aus, außerhalb derer Ideen und Konflikte nicht prozessiert werden können. Politische Opposition, aber auch subordinierte Schichten und Milieus fügen sich in die zentralen Paradigmen, Sprechweisen, Institutionen und Strukturen ein, welche die Macht und soziale Autorität der domi-

nanten Ordnung stützen. Die Hegemonie des herrschenden Blocks an der Macht basiert also auch auf einer kulturell-ideologischen Übernahme der Leitbilder durch die Regierten, Benachteiligten und politisch Opponierenden.

2 Der vorliegende Beitrag wurde in der ersten Januarwoche 2004 abgeschlossen.

minieren. Überhaupt vermittelt die Einladungspolitik einen tiefen Einblick in das erodierte Demokratieverständnis der regierenden Eliten. In post-antifaschistischer Äquidistanz wurde hier gleichsam als Ausgleich zum Turnerbund das Dokumentationsarchiv des Österreichischen Widerstands zur Stellungnahme eingeladen. Die Khol'sche Bürgergesellschaft – hier ist sie endlich bei sich selbst angekommen.

1.2 Selektivität der Reformagenda

Dem erwähnten 'kolonialistischen Approach' entspricht die Restriktion der Tagesordnung. Bereits mit der Einrichtung des Konvents wurde eingeschränkt, dass zwar Kompetenzverteilung, Legalitätsprinzip, Rechtsschutz und Gerichtsorganisation, Aufgabenkritik, Länderautonomie, Verfahrenskonzentration, Finanzausgleich und Kontrolle zur Debatte stünden, nicht aber eine Ergänzung der liberalen und soziale Grundrechte sowie die Pfründe an die politische Klasse verteilenden Grundprinzipien der Verfassung.

So liegt die Botschaft vor allem im Nichtgesagten. Der Weg zu einer institutionellen Neugestaltung der föderalistischen Architektur war damit ebenso zubetoniert wie die Option auf eine erweiterte Grundrechtsdebatte, welche der Agenda des Sozialstaatsvolksbegehrens Raum gegeben hätte.

1.3 Verfassungsdiskurs und Verfassungsrechtsbewusstsein

Beileibe, es handelt sich hierbei um keinen konstitutionalistischen „coup d'etat“. Denn dieses demokratiepolitisch gesehen ebenso arrogante wie jämmerliche Szenario stellt keinen Kulturbruch dar. So stabil der Kern der Verfassung, nämlich das Verhältnis zwischen Parlament und oberster Vollziehung, in der zweiten Republik jeweils war, so gleichförmig war zugleich auch die Verfassungsrechtsferne des Souveräns.

Die meisten der Verfassungsdebatten der zweiten Republik wurden – entweder wie die Debatte um die Inartikulation sozialer Grundrechte in den 1980er Jahren oder aber auch die „Dauerwurst“ der Förderalismusdebatte – im Schlag Schatten einer aufgeklärten bürgerlichen Öffentlichkeit abgewickelt. Sie waren, darin ganz Kriele (1975, 111) folgend, der im Verfassungsstaat keinen Souverän zu erkennen vermochte, Teil der Performance einer jurido-politischen „Expertokratie“, die Bernd Marin einst als zentralen Mechanismus der österreichischen Sozialpartnerschaft herauspräpariert hatte.

Und selbst die mit dem EU-Beitritt herbeigeführte Verfassungsänderung war wohl mehr von Angestempfindungen und der Furcht vor Blutschokolade denn vom Rasonieren des Souveräns darüber geprägt, welcher Teil seiner Souveränität denn nun abgetreten werden sollte.

Fragt man nach der Bedeutung der Bundesverfassung für die Performance des politischen Systems im Auge des Staatsbürgersubjekts, erhält man seltsam opake Antworten (Pichler/Giese 1993, 309 ff; Lucke 1996, 1998). Kenntnis und Akzeptanz der juristischen Regulation des Politischen in Form einer Verfassung erscheinen den StaatsbürgerInnen vergleichsweise zweitrangig. Politische Partizipation, Verhaltensorientierung und Interessendurchsetzung sind kaum oder gar nicht am geltenden Recht der Verfassung des Poli-

tischen orientiert (Pichler 2001). Vielmehr scheint die Verfassung (samt der zugehörigen Debatte über Grundsätze, Zwecksetzung und Entwicklung) gerade auch in der Sicht des Souveräns eine bevorrechtete Agenda der politischen Klasse und ihrer rechtswissenschaftlichen Eliten zu sein.

Systemisch betrachtet geht dieses atrophische Verfassungsrechtsbewusstsein in Bezug auf die Notwendigkeit der Verrechtlichung politischer Herrschaftsausübung in Österreich vor allem auf zwei Traditionsstränge der politischen Kultur zurück. Einerseits auf das Fehlen einer politischen Öffentlichkeit, die durch symbolische und affirmative Anrufungen ersetzt wird. Andererseits auf die bisher gepflogenen konkordanzdemokratischen Konsense der Verfassungsgebung.

Das hat Folgen. Etwa die, dass in ihrer logischen Konsequenz der Bundespräsident nicht in erster Linie im Rahmen seiner staatsnotariellen Funktion sowie als Notstandsgesetzgeber, sondern als Ersatzkaiser wahrgenommen wird. Auch der föderative Konflikt zwischen Bund und Ländern erscheint konsequent weniger als Konflikt zwischen Teilen der politischen Klasse und ihrer jeweiligen Financiers um die Organisation von Macht, Herrschaft und Einflussphären, sondern als folkloristisches Ereignis. Und so werden nach wie vor Landhauptleute als Landesfürsten tituliert und gerieren sich auch so, wie die gerade sabbernd vorgetragenen Spekulationen um die Begründung einer „Haslauer-Dynastie“ im Land Salzburg degoutant vor Augen führen. Auch Grundrechte werden folglich nicht als Rechte auf staatliche Eingriffsfreiheit gegenüber einer sicherheitsstaatlichen „Polizierung“ nonkonformer Lebensweisen oder als Rechte auf sozialstaatliche Inklusion, sondern überwiegend als „abgetäuschte“ Rechte auf die Wahrung von Besitzständen oder Fressplätzen an öffentlich-finanzierten Trögen wahrgenommen.

Zu Ende gedacht kommt man schnell über Günther Anders („seien wir altmodisch, reden wir über den Kapitalismus“) auf Karl Marx („Das materielle Leben der Individuen, welches keineswegs von ihrem bloßen ‚Willen‘ abhängt, ihre Produktionsweise und die Verkehrsform (sind) die reelle Basis des Staats (...) unabhängig vom Willen der Individuen. Diese wirklichen Verhältnisse sind keineswegs von der Staatsmacht geschaffen, sie sind vielmehr die sie schaffende Macht. Die unter diesen Verhältnissen herrschenden Individuen müssen (...) ihre Macht als Staat konstituieren (und) ihrem durch diese bestimmten Verhältnisse bedingten Willen einen allgemeinen Ausdruck als Staatswillen geben (...). Ihre persönliche Macht beruht auf Lebensbedingungen, die sich als Vielen gemeinschaftliche entwickeln, deren Fortbestand sie als Herrschende gegen andere und zugleich als für Alle geltende zu behaupten haben. Der Ausdruck dieses durch ihre gemeinschaftlichen Interessen bedingten Willens ist das Gesetz.“ (Deutsche Ideologie, MEW 3, 311).

2. Verfassung und Machtfrage in der Republik

Im Ergebnis kann die Verfassungsdebatte des herrschenden politischen Blocks gleichsam als umgekehrter Zaubertrick, als ein Verschwindenlassen des Kaninchens der Macht in den Hut des „Lean State“-Modells organisiert werden. Zu diesem „framework“ gehört freilich auch jene „justizstaatliche Doktrin“, welche sich anschiebt, die Vorstellung der

Souveränität in einem „match“ zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgerichtshof aufzulösen.

2.1 Regelbindungen der Macht

Demgegenüber lässt sich festhalten, dass in einem nicht bloß funktionalistischen Verständnis eine Verfassung auch jenseits des Marktes als einem Ort partikularer Interessen und subjektiver Rationalität allgemeine Interessen und kollektive Rationalität ermöglichen soll (Maus 1992). Eine Verfassung bildet, folgt man Erhard Denninger, den Rahmen, innerhalb dessen soziale, ökonomische und politische Konflikte ausgetragen werden können. Zugleich muss dieser Rahmen einer „Herrschaft des Rechts“ auch veränderlich sein, um sich den gewandelten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen anpassen zu können.

Ob und wie die Verfassung Machtressourcen und Herrschaftsspielräume beschränkt, ob und inwieweit sie das Procedere politischer Entscheidungen „einhegt“, also formalisiert und befriedet, ist Resultat gesellschaftlicher Macht- und Herrschaftsverhältnisse innerhalb des Souveräns (Maus 1991, 137 ff). Die Verfassung selbst verkörpert insofern einen Handlungsrahmen der prozeduralisierten Herrschaftsausübung in den Institutionen des Politischen, nicht nur zwischen Legislative und Exekutive (Judikative), sondern auch im Wechselspiel politischer Gruppen und ihrer Interessenvertretungen (Abromeit 1999); insofern übt das Verfassungsrecht, wie Michel Foucault trefflich ausführte, selbst Macht über die Herrschenden aus.

2.2 Politische, soziale und wirtschaftliche Demokratie

Orientiert man sich an Friedrich Hajek, dann liegt das Ziel einer demokratischen Verfassung nicht bloß in der individuellen Freiheit, sondern in der pluralistischen Verknüpfung von politischer, sozialer und wirtschaftlicher Demokratie. Eine Verfassung ist daher nicht primär staatlicher Effizienz, sondern der Schaffung und Erhaltung individueller Autonomie im Wechselspiel substantieller und prozeduraler Rationalität in Staat, Gesellschaft und Wirtschaft verpflichtet (Gerstenberg 1997). Schon Wolfgang Abendroth hat wiederholt darauf verwiesen, dass das Postulat politischer Demokratie ohne soziale Teilhabe in sich widersprüchlich bleiben muss.

Dieser Denkeinsatz ging entschieden über Max Weber hinaus, dem zufolge das Modell der rational-legalen Demokratie bzw des Rechtsstaates den (bisherigen) Endpunkt der Säkularisierung und Rationalisierung konkurrierender politischer Herrschaftsformen bildet.

In Weber's Modell gründet sich demokratische Herrschaft auf den Prinzipien der Volkssouveränität sowie der politischen Gleichheit aller StaatsbürgerInnen, unabhängig von Geschlecht, Rasse, Konfession, Bildungsgrad, Alter etc. Sie ist an liberale Grundrechte sowie den Schutz des einzelnen vor staatlicher Willkür gekoppelt. Politische Partizipationsrechte konkretisieren sich im allgemeinen und gleichen Wahlrecht, Partizipations-, Informations- und Mitbestimmungsrechten, in aufgeklärter (Medien)Öffentlichkeit sowie in individuellen und kollektiven Partizipationsmöglichkeiten. Entscheidungen können nur auf Zeit getroffen werden („Kontingenzprinzip“) und erfordern spezifische Zustimmungserfordernisse, um die Reversibilität von Entscheidungen

gen sicherzustellen. Hierbei werden freie Entfaltungsmöglichkeiten für eine politische Opposition und gesellschaftliche Minderheiten gewährleistet.

Demgegenüber begann sich in weiten Teilen der Verfassungsdebatten nach Beginn der 1970er Jahre herauszukristallisieren, dass die Funktionsfähigkeit des Modells politischer Demokratie nicht von den Voraussetzungen sozialer Demokratie getrennt werden kann (Grimm 1991, 179 ff; Preuß 1996). Demokratien bedürfen folglich spezifischer Institutionen bzw Praktiken nicht nur sozialer Integration, sondern auch sozialer Inklusion. Zu diesen zählen etwa die soziale Teilhabe am materiellen Reichtum, der Schutz sozialer und kultureller Beziehungen sowie die Gewährleistung/Herstellung/Verbürgung sozialer Sicherheit, Gerechtigkeit und Vielfalt (Denninger 1994).

Die dritte Voraussetzung für das Funktionieren demokratischer Institutionen und Prozeduren erschließt sich aus den ökonomischen Regulationsfunktionen des Staates, u.a. aus der Transparenz seiner wirtschafts-, industrie-, steuer-, verteilungs- und arbeitsmarktpolitischen Interventionen und Maßnahmen (etwa im Hinblick auf die Begründbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Vergabe von öffentlichen Aufgaben, Postenvergaben oder die Besteuerung von Einkommen).

Im Ergebnis werden drei Funktionszusammenhänge jeder Demokratie sichtbar, nämlich eine Trias bestehend aus Souveränität, Legalität und Legitimation durch Verfahren, zum zweiten die Verschränkung zwischen sozialer Integration und Inklusion sowie zum dritten ökonomische Transparenz und proaktive Wirtschafts- und Verteilungspolitik.

2.3 Politische Klasse und Verfassungskonvent

Verfassungsrecht und Verfassungspolitik stehen zueinander unausweichlich in einem schwierigen Wechselverhältnis. Denn jede Verfassungsreform findet im Umfeld einer empirischen Verfassungsrealität statt, in welcher gesellschaftliche Gestaltungskompetenzen und politische Machtressourcen verteilt werden. Dadurch werden gleichsam auch schon Sprechpositionen im stattfindenden Diskurs festgelegt. So muss die Verfassungsreform primär als politischer Machtkonflikt verstanden werden.

Politische Macht folgt, wie Dennis Wrong ausgeführt hat, heterogenen Triebfedern. Die Ausübung ebenso wie die Erhaltung politischer Macht ist notwendigerweise multidimensional, kombiniert strukturelle Gewalt, direkten Zwang, mediale Autorität, ökonomische Ressourcenverfügung, diskursive Persuasion (Überredung/Überzeugung), die formale Legitimität eingenommener Positionen, Sachkompetenz und personelle Autorität (Charisma). Eine spezifische Form der politischen Machtausübung liegt überdies in der Entthematisierung von Konflikten, also in der Entscheidung darüber, Machtfragen im Rahmen einer Verfassung nicht zu regeln (Lukes 1974).

Zudem bringt der sozialökonomische Konflikt 'contra legem' eigenständige Konfigurationen des „constitutional law in action“ hervor, deren „normative Kraft des Faktischen“ erhebliches Eigengewicht erlangen kann. Zu diesen Konfigurationen zählen etwa das Wechselspiel zwischen Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit, das

Amtsverständnis der obersten Verwaltungs- und Kontrollorgane oder die (Nicht)Wahrnehmung von Regelungskompetenzen im Verhältnis zwischen Bund und Ländern (Grundsatzgesetzgebung).

Ausgangspunkt einer Verfassungsreform ist deshalb nicht bloß das Verfassungsrecht „in the books“, sondern auch dasjenige „in action“, also die Art und Weise der Handhabung bzw. Mobilisierung geltenden Verfassungsrechts vor allem durch die politischen Eliten.

Jede Verfassungsreform trifft damit zugleich auch das Gestaltungspotential der politischen Klasse in seinem Kern, nämlich formelle und informelle Veränderungen bei der Verteilung von Ressourcen (Budgethoheit), Kompetenzen (Kompetenzartikel), 'checks and balances' (Kontrolle, Gerichtsbarkeit) und Gestaltungspotentialen (Föderalismus). Damit wird eine Reihe von Konfliktfeldern zwischen Bund und Ländern, zwischen Ländern und Gemeinden, zwischen politischen Eliten und BürgerInnen als Entscheidungsadressaten, zwischen vollziehender Verwaltung und wirtschaftlichen Subjekten eröffnet.

Wenn, wie *Frankenberg* (1997, 147ff.) ausführt, die Zwecksetzung der republikanischen Verfassung primär in der Ermöglichung der Zivilgesellschaft, genauer: in der Ligatur zwischen sozialer Integration und öffentlicher Gestaltungsmacht, zwischen individueller Freiheit und Verpflichtung zur Solidarität liegt, steht im Rahmen einer Verfassungsreform eben nicht nur die soziotechnische Dimension des Staates (bürgerfreundliche Verwaltung) zur Debatte, sondern notwendigerweise auch das Verhältnis zwischen Souverän und Repräsentation desselben im politischen System.

3. Welchen Reformbedarf hat die Bundesverfassung?

Die herrschende Phraseologie, mithilfe derer der Ruf nach einer Verfassungsreform begründet wird, verwendet ein ganzes Arsenal von Krisenattesten. Neben dem Hinweis auf die durch den EU-Beitritt veränderten Rahmenbedingungen wird auf die mangelnde Ineffizienz, mangelnde Legitimität, fehlende Zweckmäßigkeit, hohe Bürokratisierungseigung, fehlende Überschaubarkeit und eingeschränkte Lesbarkeit der Verfassung hingewiesen. So weit der Krisenbefund.

Die Behandlung, so der informelle Konsens im Konvent, besteht im Wesentlichen in einer Neuordnung bundesstaatlicher Strukturen und einem Neuzuschnitt der Kompetenzverteilung. Ziel der Reform sei eine gesteigerte Bürgernähe des Staates, die Wiederherstellung bzw. Gewährleistung der Übersichtlichkeit und methodischen Geschlossenheit der Verfassung, realisiert durch die Realisierung der Zielsetzung eines „schlanken Staates“, wie dem WKO-Paper³ zum Konvent zu entnehmen ist sowie durch die Realisierung der Zielvorgabe einer Steigerung der Subsidiarität im Verhältnis von Bund und Ländern.⁴

Hier „zündelt“ die Feuerwehr. *Manfried Welan* hat bereits darauf aufmerksam gemacht, dass die Stabilität der aus „he-

terogenen Elementen zusammengesetzten Verfassung“ zwischen 1970 und 2000 eben nicht auf Grundlage formalisierter „checks and balances“, sondern auf Basis der österreichischen Realverfassung funktionierte. Zu dieser Realverfassung gehörten etwa die defensive Kohabitation zwischen Bundespräsident und Parlament, Verzerrungen im Wahlsystem, die sozialpartnerschaftlich-personalisierte Verschränkung von Verbänden, Kammern, Parteien und Regierungsfunktionen oder aber auch eine moderate Politisierung der Höchstgerichte im Sinne einer punktuellen Vorordnung des legislativen Spielraums durch den VfGH. Wieso der gerügte institutionelle Pragmatismus ineffizient sein sollte, muss deshalb dunkel bleiben.

Noch dunkler wird es, wenn Konventsvorsitzender RH-Präsident *Franz Fiedler* anlässlich dessen Eröffnung von der Notwendigkeit spricht, „ohne Tabus und inhaltliche Einschränkungen“ arbeiten zu können und insistiert, man dürfe auch vor „revolutionären Veränderungen“ nicht zurückschrecken. „Revolutionär“ heißt nämlich hier in seltsamer „Inversion“: die Bundesverfassung sollte schlank(er), sparsam(er) und dem Recht der EU gegenüber kompatibler als der 'status quo' sein. Die Forderung nach der Kompatibilität des österreichischen Verfassungsrechts mit dem europäischen scheint müßig; auch diejenige nach erhöhter Sparsamkeit lässt sich an wie das „Einrennen offener Türen“. Das Postulat einer „schlanken Verfassung“ wiederum provoziert längeres Rasonieren darüber aus, wie eine schlanke Verfassung denn aussehen sollte.

3.1 Zum „Effizienzkriterium“ der Verfassung

Bereits vorweg stellt sich die Frage, was man sich denn unter einer „effizienten Verfassung“ denn vorzustellen hätte. Was effizient ist, folgt allgemeinen Wirtschaftlichkeitserwägungen, worin eine Steigerung der Effizienz auf Steigerung des Nutzens und Senkung der Kosten hinausläuft.

Versteht man die Verfassung als ein (kognitiv offenes und operativ geschlossenes) System sozietales Regulation im Sinne *Niklas Luhmanns*, dann könnte man folgende Kriterien für die Messung der Effizienz von verfassungsrechtlichen Normen im Rahmen einer parlamentarischen Demokratie heranziehen, wobei die aus der politischen Theorie geläufigen fünf regulativen Prinzipien der Demokratie, also das Legalitätsprinzip, die Legitimation durch Verfahren (Wahlen), die Grundrechte (soziale und politische), die Überordnung des Parlamentes über die Regierung (Kontrollfunktionen) sowie die Gewaltenteilung das Fundament der folgenden Erwägungen bilden:

- Einheitlichkeit von Prinzipien und Regeln (Einheit der Rechtsordnung, Stufenbau, doktrinaire Geschlossenheit)
- Minimalebenenregel (so wenig Entscheidungs- bzw. Delegationsebenen wie möglich; so viele wie für die Reproduktion des Systems notwendig; keine Doppelgleichigkeiten)

3 www.konvent.gv.at/Wko.pdf.

4 Vgl. PARLAMENTSKORRESPONDENZ/10/10.07.2003/Nr. 566.

- Dezentrale Kontextautonomie (Subsidiarität nur dort, wo sie notwendig ist, um die Reproduktion des Systems zu gewährleisten)
- Repräsentativität (Abbildung relevanter sozialer und wirtschaftlicher, politischer und kultureller Interessengruppen bzw Interessenlagen im Recht)
- Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Staatsgewalten (Gerichtsbarkeit, Exekutive, parlamentarisches System, Medien als „vierte Gewalt“), gemessen etwa am Kriterium des Zugangs zum Recht, der Entscheidungsfähigkeit von politischen Entscheidungsgremien oder der Aufrechterhaltung der Meinungsfreiheit und Medienvielfalt
- Relevanzregel (wonach nur das iS einer „Verrechtlichung“ geregelt wird, was für das Gleichgewicht/Homöostase, Anpassungsfähigkeit des Systems erforderlich ist)
- Vollständige Ausschöpfung des Partizipations-, Informations- und Entscheidungspotentials (größtmögliche Partizipation des Souveräns)
- Verantwortlichkeit (Sicherung der Qualität des Output und Outcome von Entscheidungen durch Controlling und Kontrolle der Zielerreichung)
- Reagibilität (Fehlererkennung, Reparatur)
- Gleichartige, nicht-diskriminierende raumzeitliche Strukturierung von Fertigungsprozessen und informationellen Abläufen staatlicher Dienstleistungen.

Diese Kriterien machen unschwer erkennbar: dem Begriff „Effizienz“ wohnt keine spezifische Qualität inne. Er kann vielmehr als „passepartout“-Begriff verwendet werden, der wiederum dynamisch darauf verweist, dass man unterschiedlicher Auffassung über das Kriterium der Nicht-Diskriminierung (von AusländerInnen), über die Gewichtung

Kerschner/Weiß

WRG - Wasserrechtsgesetz 1959 idF der WRG-Novelle 2003

- Neues Wasserrecht: Umsetzung der EG Wasserrahmenrichtlinie
- Grundsätzliche Geltung ab 22.12.2003 – auch für vorher anhängige Verfahren
- Neue Bestimmungen der WRG-Novelle 2003 im Gesetzestext durch Fettdruck hervorgehoben
- Zu jeder neuen Bestimmung Gesetzesmaterialien und Anmerkungen
- Erste verlässliche Orientierung bzw Einführung in die neue integrierte Wasserschutzpolitik
- Umfassende systematische Einführung in das neue Recht



3-7046-4157-X
628 Seiten, geb.,
€ 94,-

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

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

im Konflikt zwischen wirtschaftlichen und sozialen Interessen und Erfordernissen sein kann.

Diese Nähe zum Sprachwulst des New-Public-Management-Diskurses verkörpert zugleich auch die zentrale Schwäche des Effizienzkriteriums. Denn die Frage, was Demokratie kosten darf, welches Gewicht partikuläre Interessen (etwa diejenigen der Behinderten, Homosexuellen, Armen oder Strafgefangenen) haben sollen bzw dürfen, lässt sich überhaupt nicht aus der Perspektive des Betriebswirtes beantworten, der behauptet, den Staat wie ein Unternehmen führen zu können. Auch der Frage nach einem effizienten Zugang zum Recht geht eigentlich die Frage voraus, welches Maß an sozialer Ungleichheit, Statusunsicherheit und Marginalisierung als gesellschaftlich zulässig oder gar anstrebenswert angesehen wird bzw wie sich die Postulate der „equity“ (prozedurale, formale Gleichheit) und „equality“ (distributive, materiale Gleichheit) zueinander verhalten.

Im Ergebnis bleibt das Kriterium der Effizienz der Verfassung ein leeres Schlagwort, bringt man es nicht in Beziehung zu ihren (neuerlich erst festzulegenden) Bausteinen und Grundprinzipien.

3.2 Zum Kriterium der „Bürgernähe“

Eine weitere prominente Zielsetzung der Verfassungsreform und zugleich ein Grundkonsens des Konvents liegen in der Schaffung einer moderneren, bürgernäheren, rascheren und billigeren Verwaltung. Dieses Ziel bildete ja im Grunde genommen die Zielvorgabe sämtlicher Verwaltungsreformprozesse seit 1983.

Umgesetzt werden soll dieses Ziel nun durch die Reduktion der Staatsaufgaben sowie durch die Errichtung von „One-Stop-Shops“ in den Bezirksverwaltungsbehörden (Abbau von Doppelgleisigkeiten; Verfahrenskonzentration).

Dabei stellen sich allerdings umgehend zwei Fragen, nämlich ob der Abbau von Doppelgleisigkeiten nicht wesentlich einfacher durch allfällige Klärungen, Einschränkungen und Erweiterungen im Kompetenzkatalog des B-VG zu bewerkstelligen wäre, aber auch, ob Verwaltungsvereinfachungen wie die Konzentration von Verfahren sowie die Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens nicht zweckmäßiger durch eine Neugestaltung des AVG herbeigeführt werden könnte.

Außer Frage sollte wohl stehen, dass die für eine „one shop stopp“-Organisation, welche man schon unter die allgemeinsten Maximen der Verwaltungslehre (Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit) subsumieren kann, wie auch für Änderungen der Aufbau- und Ablauforganisation von Bezirksverwaltungsbehörden bzw Magistraten sicherlich keine umfassende Verfassungsreform erforderlich ist.

3.3 Zum „Einheitlichkeitskriterium“ der Verfassung

Schließlich greift auch die Kritik an der „Zersplitterung“ als Begründung für die Reform der Bundesverfassung zu kurz, wengleich der „Streuungsgrad“ des B-VG mit seinen mehr als Eintausend Bestimmungen außerhalb des B-VG angreifbar deutlich macht, dass der großkoalitionäre Verfassungskonsens in Österreich eben nur auf Grundlage einer perma-

nenten Verfassungsänderung (bzw –erweiterung) gesichert werden konnte.

Denn das bloße Vorhandensein von Verfassungsbestimmungen besagt ja noch nichts über deren faktische Bindungswirkung, also die konkrete soziale Geltung und Anwendung der jeweiligen Bestimmungen. Verfassungsbestimmungen entfalten 'per se' ja noch keine (symbolische) Geltungskraft. Ohnehin hängt die beschworene Symbolwirkung des Verfassungsrechts kaum mit der Kürze eines Rechtstextes oder mit dessen Lesbarkeit zusammen. Denn den Verfassungstext liest ohnehin kaum jemand.

So spiegelt der Befund, die Verfassung sei aufgrund ihrer unentwegten Fortbildung unüberschaubar und ineffizient geworden, 'prima vista' wohl mehr ein rechtstechnisches Problem (von Lehre und Rechtsprechung), weniger aber eine Herausforderung an den politischen Wirkungszusammenhang. Denn vorwiegend wurden im Rahmen der Verfassungsfortbildung ja Kompromisse zwischen Bund und Ländern in Form von Zwischenlösungen festgeschrieben, ganz im Sinne *Niklas Luhmanns* Credo, dass sich vieles ändern muss, damit alles beim Alten bleibt. Trotz dieser Komplexitätssteigerung des Verfassungsrechts blieb der Verfassungskern bzw Verfassungskonsens, wie *Klaus Berchtold* ausgeführt hat, stabil.

4. Was soll diese Verfassungsreform?

Verfassungsgebung ist Politik, gleichsam ein geronnenes, rechtlich rationalisiertes Herrschaftsverhältnis. Doch jene Politik findet unter ambivalenten hegemonialen Machtbedingungen statt. Sie muss mehrere politische Konstellationen ermöglichen. Das eben ist eine pluralistische Konstitution. Ansonsten bräuchte man keine Verfassung. Die Drohungen des Ermächtigungsrechts würden dann auch reichen.

Eine pluralistische Konstitution setzt, wie *Jon Elster* (1994) ausführt, die Idee des „limited government“ voraus. Konkret umgesetzt bedeutete diese, einen gesellschaftspolitischen Möglichkeitsraum offen zu lassen, den oder die Anderen anzuerkennen (*Honneth* 2002). Reduziert man eine Verfassung auf die kruden ökonomischen Interessenlagen einer bestimmten Ideologie wie diejenige des anti-etatistischen Neoliberalismus oder auf die Wahnvorstellungen restaurativer Ideologen, bricht die Logik der zynischen Machtspiele der einfachen Gesetzgebung in den Keller der Verfassung, also das Fundament der Rechtsordnung ein.

Jürgen Habermas beschrieb die Konstitution der Demokratie als „handlungswirksame Institutionalisierung der gleichberechtigten Teilnahme an einer diskursiven Meinungs- und Willensbildung, die sich in ihrerseits rechtlich gewährleisteten Kommunikationsformen vollzieht“ (1992, 142). Diesem Kriterium hält der Konvent nicht stand. *De Sousa Santos* (1995, 403 ff) wiederum bemaß die Qualität der Verteilung von Rechtspositionen in der verfassungsrechtlichen Meinungsbildung anhand der rechtlichen Instrumente und Strategien des 'Empowerment' und 'Disempowerment', also der kompensierenden, dem Markt gegenüber kontrafaktischen Be- und Entmächtigung der BürgerInnen. Auch hier das gleiche Bild: der Konvent versteht sich scheint's eher als prozyklischer Promotor bestehender Machtverteilungsverhältnisse, und eben nicht als Ort, an

dem über ein 'Empowerment' der Subalternen nachgedacht werden darf,

Und selbst wenn man den Staat formschön systemtheoretisch als „polykorporatives Netzwerk“ (Teubner 1999) und die Verfassung als deren Geschäftsordnung verstünde; ihre materiale Qualität wäre noch immer daran zu bemessen, ob und inwieweit ihre Produktion das gesellschaftliche Kräfteverhältnis so abbildet, dass der darin eingelassene politische Konflikt langfristig auf friedlichem, dem wirtschaftlichen und sozialen Gestaltwandel von Gesellschaft und Wirtschaft (wachsende soziale Ungleichheit, Individualisierung, heterogene Lebensformen, atypische Arbeit, Armut, Strukturwandel der Familie, Migration, Zunahme von Behinderungen, Zersiedelung, ökologische Risiken, Entwicklung supra-staatlicher Strukturen etc) Rechnung tragende Weise ausgefochten werden kann.

Im Ergebnis muss jegliche Legitimität staatlicher Strukturen entlang ihres politisch-sozialen Regelungsgehaltes ausgelotet werden können – etwa im Hinblick auf die Frage, ob öffentliche Infrastruktur- und Dienstleistungen vorhanden, kontinuierlich, leistbar, niedrighschwellig und nicht-stigmatisierend iSd Gleichbehandlung von StaatsbürgerInnen ausgestaltet sind, ob soziale Teilhabe durchsetzbar gewährleistet wird, ob nicht-diskriminierende direktdemokratische Entscheidungen im sozialen Nahraum möglich sind oder ob ethnische Minderheiten, Behinderte und Modernisierungsverlierer im Sinne einer „affirmative action“ gleichartige Chancen haben (Faundez 1994).

Dazu aber schweigt der Konvent. Was nicht verwundert. Liegt sein „hidden curriculum“ doch darin, das kurze „window of opportunity“ zu nutzen, um jene als demütigend empfundenen 30 Jahre der politischen Mediokrität zu rächen, die dem Bürgerblock so augenfällig noch in den Knochen sitzen.

5. Literatur:

Abendroth, W. (1978): Das Grundgesetz, Pfullingen.
 Ders. (1981): Ordnungsmacht, Frankfurt.
 Abromeit, H. (1999). Volkssouveränität in komplexen Gesellschaften; in: H. Brunhorst / P.Niesen (Hg.): Das Recht der Republik, Frankfurt, S. 17 ff.
 De Sousa Santos, B. (1995): Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in The Paradigmatic Transition, New York.
 Denninger, E. (1977): Freiheitlich demokratische Grundordnung, Frankfurt

Denninger, E. (1994): Sicherheit / Vielfalt / Solidarität: Ethisierung der Verfassung; in: U. K. Preuß (Hrsg): Zum Begriff der Verfassung, Frankfurt, S. 95 ff.
 Elster, J. (1994): Die Schaffung von Verfassungen. Analyse der allgemeinen Grundlagen; in: U. K. Preuß (Hrsg): Zum Begriff der Verfassung, Frankfurt, S. 37 ff.
 Faundez, J. (1994): Affirmative Action, Geneva.
 Gerstenberg, O. (1997): Bürgerrechte und deliberative Demokratie, Frankfurt
 Grimm, D. (1991): Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt.
 Habermas, J. (1992): Faktizität und Geltung, Frankfurt.
 Honneth, A. (2002): Kampf um Anerkennung. Grammatik der sozialen Konflikte, Frankfurt.
 Kriele, M. (1975): Einführung in die Staatslehre, Reinbek.
 Lucke, D. (1996): Normenerosion als Akzeptanzproblem. Der Abschied vom „homo legalis“?; in: M. Frommel/V. Gessner (Hg.): Normenerosion, Baden-Baden, S. 57 ff.
 Lucke, D. (1998): Rechtfertigung, Gesetzesakzeptanz und Rechtsbewußtsein. Empirische Rechtsforschung und soziologische Gesellschaftsdiagnose; in: J. Brand/D. Stempel (Hg.): Soziologie des Rechts, Baden-Baden, S. 221 ff.
 Lukes, S. (1974): Power, Houndmills.
 Maus, I. (1991): Sinn und Bedeutung der Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft; in: Kritische Justiz 1991, S. 137 ff.
 Maus, I. (1992): Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Frankfurt.
 Pichler, J. (2001): Pointierte Zusammenfassung: Verhaltenssteuerungskraft des Rechts – Bloß eine Bilanz oder auch ein Auftrag?, in: F. Haft, H. Hof, S. Wesche (Hg.): Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts, Baden-Baden, S. 186 ff.
 Preuß, U. K. (1996): Risikovorsorge als Staatsaufgabe; in: D.Grimm (Hrsg): Staatsaufgaben, Frankfurt, S. 523 ff.
 Teubner, G. (1999): Polykorporatismus. Der Staat als Netzwerk öffentlicher und privater Kollektivakteure; in: H. Brunhorst / P.Niesen (Hg.): Das Recht der Republik, Frankfurt, S. 346 ff.
 Wrong, D. (1995): Power – Forms, Bases and Uses, New Brunswick.

A. o. Univ.-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel lehrt am Fachbereich für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften der Juridischen Fakultät der Universität Salzburg; nikolaus.dimmel@sbg.ac.at.

1. Einige allgemeine Anmerkungen zur Einstimmung

Der Konvent tagt – seit Mai 2003. Seit Monaten wälzen die Brüder (und es sind in der überwiegenden Mehrzahl Brüder – 56 von 70 Mitgliedern) und wenigen Schwestern des berühmten Sisyphos riesige Papierkonvolute den Verfassungsberg hinauf, mit ebenso zweifelhaftem Erfolg wie die antike Symbolfigur. Sie wälzen gemeinsam mit Expertinnen und Experten und vielen anderen Menschen und Organisationen, die plötzlich ihr brennendes Interesse an der Verfassung entdeckt haben und zahlreiche Vorschläge erstaten, die dann verteilt, diskutiert, eingearbeitet usw. werden. Alle produzieren Papiere, und welcher Sisyphos aus dem allen einen einheitlichen Vorschlag für eine neue Verfassung erarbeiten soll, ist nicht absehbar. Schließlich wollen zwar alle ihr ganz spezielles Herzensanliegen in der Verfassung abgesichert haben, aber andererseits soll es eine „schlanke“ (hoffentlich nicht magersüchtige) neue Verfassung werden. Oder hat da etwa schon jemand einen Text in der Lade, der dann schnell hervorgeholt werden kann, wenn keine Einigung gelingt?

Österreich ist also im Verfassungsdelirium. WTO, Kriege in aller Welt, Völkermord in Tschetschenien, Armut, Hunger und Elend weltweit im Steigen – was ist das gegen die österreichische Bundesverfassung? Richtig, ein Klax. Tu felix Austria ...

Oder hat sich da jemand was gedacht? Ein enormes republikanisches Beschäftigungsprojekt, die besten Köpfe rauchen, das mediale Interesse ist gemessen an der bisherigen Publizität verfassungsrechtlicher Fragen enorm und vielleicht gibt es ja doch ein Ergebnis (und wenn's nur das aus der oben erwähnten Geheimlade ist) – ein Erfolg für die Regierung; sie hat der Republik endlich eine neue Verfassung gegeben! Jubel allerorten - ? Wen interessiert da schon, ob mittlerweile die meisten Streiks in der österreichischen Geschichte stattgefunden haben, statt einem vernünftigen politischen Diskurs das Drüberfahren, Aussitzen und Einbetonieren herrscht, die Armut auch in Österreich steigt, nicht zuletzt bei kinderreichen Familien und Alleinerzieherinnen. Wir haben dann eine neue Verfassung, so Gott will, und den wollen manche ja auch dort haben (damit er keinen Schaden anrichtet und seine irdischen Stellvertreter vielleicht gar an die christliche Nächstenliebe auch gegenüber den geringsten der Brüder, wie Asylanten und Obdachlose, erinnert?).

Ach ja, die Brüder: Die regieren auch im Konvent. Wer die homepage des Konvents – www.konvent.gv.at – besucht, erfährt, dass es viele Vertreter vieler Organisationen gibt; Vertreterinnen keine, oder sie fallen einfach unter die Vertreter. Der geschlechtergerechte Sprachgebrauch des Konvents geht so weit, dass sogar Frauenorganisationen für ein Hearing aufgefordert wurden, einen „Vertreter“ zu entsenden. Sprache ist Ausdruck von Strukturen, wusste sogar Wittgenstein. Und so sind diese Strukturen auch beschaffen: 56 Männer und 14 Frauen, keine einzige Frau als Vorsitzende eines Ausschusses, und in der breiten Themenpalette der Ausschüsse keine Referenz zu geschlechtsspezifischen Problemstellungen, Geschlechtergleichheit, Geschlechterparität, oder gar Gender Mainstreaming. Die Amtssprache ist schließlich Teutsch, jawoll, die Herren.

Weiters: Die entsendenden Organisationen sind großteils Gebietskörperschaften, Kammern, Gewerkschaft, konfessionelle Organisationen; die so genannte Zivilgesellschaft fehlt weitgehend. Daher entstand eine breite Diskussion um die Beteiligung von NGO's: Zuerst die Jungen, die sich im Konvent übergangen fühlten und das auch medial rügten, dann die Alten (wenn schon Jugendorganisationen gehört werden sollen, dann bitte auch die älteren Menschen). Damit

Der Konvent und die Frauen

Brigitte Hornyik



waren allerdings die Schleusen geöffnet und lustvolle Diskussionen begannen: Also dann bitte auch die Frauen, naja, wenn's unbedingt sein muss, aber nur die Frauenorganisationen der im Parlament vertretenen politischen Parteien, hopp-la, die sind nicht die Zivilgesellschaft? Ja was wollen's denn jetzt schon wieder, die aufmüpfigen Damen, wo wir eh schon so großzügig sind? Aber die Langmut der Herren ist grenzenlos, zusätzlich zu den Parteifrauen darf auch eine Vertreterin (die Autorin) des Österreichischen Frauenrings, einer überparteilichen Frauen-Dachorganisation, reden, in der vertreten sind: Die Frauenorganisationen der politischen Parteien, aber immerhin auch konfessionelle Frauenorganisationen, die Gewerkschaftsfrauen, sowie unabhängige Frauenvereinigungen.

Ergebnis: Hearings fanden statt. Das zweite Hearing im Dezember war verschiedensten Organisationen gewidmet, aus den Bereichen Soziales, Menschen mit Behinderungen, Minderheiten, Umwelt und Sport. Ende Jänner wurde weiterge„heart“, und zwar hinsichtlich der Bereiche Wissenschaft, Bildung, Kultur – hier auch Trachten- und Heimatverbände (sic!) –, Medien, Familie, Friedensorganisationen, Rettungsorganisationen, Verkehrsclubs und schließlich die „Bürger- und Zivilgesellschaft“, welche offenkundig maßgeblich aus den Freimaurern, den Rotariern und dem Lions Club besteht – ??

Die Vertreterinnen der Frauenorganisationen der im Parlament vertretenen politischen Parteien und meine Wenigkeit durften beim ersten Hearing am 21. November auftreten. Die Einhelligkeit war erstaunlich: Auch von den Vertreterinnen von FPÖ und ÖVP wurden klare Bekenntnisse zu Frauenförderung, verpflichtender Geschlechtergleichheit und Geschlechterparität, Gender Mainstreaming, und vieles mehr abgegeben. Abgesehen von leichten Zweifeln zweier Konventmitglieder an der Wichtigkeit eines geschlechtergerechten Sprachgebrauchs, die von weiblichen Abgeordneten heftig widersprochen wurden, deklarierten sich im Anschluss alle zu Wort gemeldeten Konventsmitglieder für die von den Frauenvertreterinnen deponierten Forderungen.

Wir harrten gespannt. Mittlerweile konnte sich Ausschuss 1 nicht mal auf die verpflichtende Gleichstellung

als Staatsziel einigen; im Grundrechteausschuss heisst es immer noch: Gleichheit, bitte warten.

2. Frauen, Gendering und die Verfassung

Nach diesen kurzen atmosphärischen Blitzlichtern auf strukturelle und organisatorische Aspekte der Konventsarbeit nun in medias res:

Die inhaltliche Arbeit wurde und wird in den Ausschüssen des Konvents geleistet. Themenstellungen und Mitglieder der Ausschüsse sind der Homepage des Konvents zu entnehmen. Ein ständiger Dialog mit den Frauenvertreterinnen in allen Ausschüssen des Konvents war auch eine der zentralen Forderungen des Hearings an die praktische Arbeit im Konvent. Nur wenn alle in den Ausschüssen erarbeiteten Vorschläge auch mit den Expertinnen und Frauenvertreterinnen auf ihre frauenspezifischen Aspekte diskutiert und überprüft würden, könnte von einem sinnvollen Gendering eines Vorschlags zu einer neuen Verfassung gesprochen werden.

Strukturen, in denen mehr als die Hälfte der Bevölkerung, nämlich die Frauen, unterrepräsentiert und gesellschaftlich und ökonomisch benachteiligt sind, sind auch mit dem demokratischen Prinzip nicht vereinbar. Das Recht geht gemäß Artikel 1 B-VG vom Volk aus und das besteht mehrheitlich aus Frauen, und nicht nur aus den 48% Männern. Ich habe beim Hearing auch demokratiepolitische Gretchenfragen in diesem Sinne gestellt.

Was ist das für eine Demokratie, die in Kauf nimmt, nicht thematisiert, nichts dagegen tut, dass die Mehrheit der Bevölkerung überall dort, wo Entscheidungen getroffen werden, unterrepräsentiert ist? Und warum zieht sich dieses demokratische Defizit nicht wie ein roter Faden durch die gesamte Arbeit des Konvents? Warum war die Frage der Geschlechtergleichheit nicht ganz zentral bei der Formulierung der Themen der Ausschüsse des Konvents? Warum ist ein geschlechtergerechter Sprachgebrauch – zumindest bis jetzt, von einigen wenigen Ausnahmen, die wir bereits erreicht haben, abgesehen – kein Thema?

2.1 Historische Reminiszenz

Es ist wohl hier, in diesem LeserInnen- und AutorInnenkreis, nahezu bereits entbehrlich, darauf hinzuweisen, dass die formale Gleichheit vor dem Gesetz (eingeführt bereits im Staatsgrundgesetz 1867) nicht genügt; dennoch nochmals eine kurze Reminiszenz:

Im ausschließlich männlich besetzten Reichsrat der Monarchie erzeugte der Gedanken, dass aufgrund der Gleichheit vor dem Gesetz auch das Frauenwahlrecht geboten wäre, schenkelklopfende Heiterkeit.

Die politisch wichtigen Frauenrechte – Frauenwahlrecht, kein Ausschluss der „Frauenspersonen“ von der Mitgliedschaft in politischen Vereinen, beides seit Beginn der Ersten Republik – sind bereits mehr als 80 Jahre alt – aber wie sieht die politische Partizipation der Frauen aus? Im Nationalrat liegt der Frauenanteil immer noch unter 30 Prozent, also

noch lange keine Geschlechterparität; in den Landtagen reicht das Spektrum von 17 (Bgl, Tirol) bis 37 Prozent (Wien, einsame Spitzenreiterin); bei Bürgermeister/innen haben Frauen einen Anteil von 1,5% (1999: 38 von 2358). Diese geringen Frauenanteile werden sogar in einem UN-Bericht kritisch erwähnt. Der Konvent liegt daher mit 20% Frauen durchaus im gesamtösterreichischen Durchschnitt.

Der Übergang von der formal rechtlichen Gleichheit vor dem Gesetz zur Förderung der Herstellung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern in allen Bereichen iSd Gender Mainstreaming des Artikel 3 Absatz 2 des EG-Vertrages ist daher nach wie vor dringend geboten. Ein „Gendering der Verfassung“, salopper Arbeitstitel für die Konventsarbeit, ist eine „Querschnittsmaterie“, dh frauenspezifische Gesichtspunkte sind eigentlich bei allen Themen zu berücksichtigen. Gendering sollte also überall oder nirgends, weil nicht mehr nötig, stattfinden; derzeit eher nirgends, obwohl dringend nötig: Und das angesichts der Geltung der Artikel 1 bis 4 der CEDAW in Verfassungsrang seit 1982 (Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 1982/443), wodurch Österreich eigentlich seit mehr als 20 Jahren zur Herstellung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern in allen Bereichen sowie zu Frauenfördermaßnahmen verpflichtet ist. Auch die Neufassung des Artikel 7 Absatz 2 B-VG, in der sich die Republik zur tatsächlichen Gleichstellung bekennt und Frauenförderung für zulässig erklärt, ist nun schon nahezu sechs Jahre alt (Novelle BGBl I 68/1998)¹. Dennoch: Gendering als unbekanntes Wesen, zumindest im ÖsterreichKonvent – bis dato, denn dann kamen wir.

Wir Juristinnen vom Verein Österreichischer Juristinnen (Dank besonders an Neda Bei, Anna Sporrer, Martina Thomasberger und Renate Novak) haben uns zusammengesetzt und nachgedacht, was wir eigentlich wollen, wenn wir ein Gendering der Verfassung fordern.

Unsere wichtigsten Ergebnisse waren:

2.2 Forderungen an den Konvent

Die Geschlechtergleichheit muss sich wie ein „roter Faden“ durch die gesamte Verfassung, und daher auch durch die gesamte Arbeit des Konvents ziehen; in jedem Ausschuss sollen *Gender Beauftragte Gender Analysen* durchführen. Die Beachtung des Prinzips des Gender Mainstreaming sollte an sich Aufgabe aller Konventsmitglieder in allen Gremien, also in den Ausschüssen, im Plenum, im Präsidium sein; Aufgabe der Gender Beauftragten wäre, auf die Einhaltung dieses Auftrags zu achten, Vorschläge zu erstatten, vorhandene Papiere auf das „Gendering“ hin zu überprüfen und allenfalls zu überarbeiten.

2.2.1 Geschlechtergerechter Sprachgebrauch

Auf der formalen Ebene fordern wir einen *geschlechtergerechten Sprachgebrauch*, das ist die durchgängige Verwendung von Doppelformen; bzw „alle Menschen“ im Bereich

1 Siehe hiezu *Hornyik*, Staatsziele und Glaubensbekenntnisse, juridikum 1998, 6.

der Menschenrechte statt „jedermann“. Das ist kein bloßer Formalismus, sondern Sprache ist Ausdruck von Strukturen und hat überdies eine starke Symbolwirkung.

2.2.2 Gleichstellung, Geschlechterparität und Frauenförderung

Der derzeitige *Artikel 7 Absatz 2 B-VG* ist im Hinblick auf eine *Verpflichtung statt einem Bekenntnis zu Geschlechtergleichstellung, Geschlechterparität und Frauenförderung* auszubauen und zu verstärken, denn bloße Bekenntnisse sind Sache gläubiger Menschen, begründen aber weder subjektive noch sonstige Rechte (im Anhang unser Vorschlag im Wortlaut).

Diese Verpflichtung soll für alle Gebietskörperschaften und darüber hinaus für alle Selbstverwaltungskörper gelten; also zB auch für die Träger der beruflichen und sozialen Selbstverwaltung (Kammern, Sozialversicherungsträger). Das seinerzeitige „Bekenntnis“ war Ergebnis eines Kompromisses; die ÖVP wollte partout keine Verpflichtung und noch weniger subjektive Rechte; umso erstaunlicher, dass sich die Vertreterin der ÖVP-Frauen im Hearing genau für die von uns bereits seinerzeit geforderte Verpflichtung aussprach.

Neu in unserem Vorschlag ist die Einbeziehung der sonstigen Träger der Selbstverwaltung, zB im Bereich der beruflichen und sozialen Selbstverwaltung (zB Kammern, Selbstverwaltungskörper im Bereich der Sozialversicherung). Die Gemeindeverbände wurden als Verpflichtete nicht gesondert angeführt, da davon ausgegangen wurde, dass die Verpflichtung der zuständigen Gesetzgeber auch im Hinblick auf den derzeitigen Artikel 116a B-VG ausreicht. Problematisch könnte die Definition des Kreises der Verpflichteten bei Schaffung neuer Strukturen und Einheiten werden; ein Problem, das jetzt bereits im Bereich der Ausgliederungen vorhanden ist (Arbeitsrecht statt Dienstrecht, Gleichbehandlung ohne Frauenförderung in der Privatwirtschaft statt Gleichbehandlungsgesetze des Bundes und der Länder, die die Frauenförderung mitumfassen). Da Ausgliederungen aber in der Regel durch Gesetz zu erfolgen haben, sind die Gebietskörperschaften auch bei Ausgliederungen zur Herstellung der Geschlechtergleichheit und zur Frauenförderung verpflichtet – im Übrigen ein Anliegen, das Ausschuss 7 („Struktur besonderer Verwaltungseinrichtungen“) zu behandeln hätte.

Die *Geschlechterparität ist Ziel und wichtigstes Instrument zur Erreichung der Geschlechtergleichheit*. Zur Verwirklichung dieses Ziels muss eine Paritätsklausel einheitlich für alle staatlichen Institutionen eingeführt werden, weil Frauen nahezu überall unterrepräsentiert sind, namentlich dort, wo es um Geld und Macht geht (überwiegende Frauenanteile finden sich tendenziell in prekären Beschäftigungsverhältnissen, schlecht bezahlten Teilzeitjobs, uä).

Zur Verwirklichung des im Artikel 3 Absatz 2 des EG-Vertrages verankerten Prinzips des „*Gender Mainstreaming*“ ist eine *Geschlechterverträglichkeitsprüfung* im Gesetzgebungsverfahren (für alle Gesetze, also einfache Gesetze, Verfassungsgesetze, Bundesgesetze, Landesgesetze), aber auch bei allen anderen Tätigkeiten (Vollziehung, Privatwirtschaftsverwaltung) einzuführen. Eine solche Geschlech-

terverträglichkeitsprüfung hat einerseits für zukünftige Maßnahmen stattzufinden; andererseits ist aber auch der status quo einer beständigen Überprüfung zu unterziehen sowie bereits getroffene Maßnahmen einer Evaluierung in bestimmten Zeitabständen.

Faktisch gemeint ist damit eine Beachtung frauenspezifischer Aspekte in allen Belangen staatlichen und privatwirtschaftlichen Handelns: Wenn eine Gemeinde eine Buslinie aufzulassen beabsichtigt, müsste sie demnach auch überlegen, ob nicht gerade die Frauen in der Gemeinde diese Buslinie doch brauchen, weil sie eben kein Auto haben, und mit Kinderwagen und Einkaufstasche ihre Wege im Alltag erleidigen. Nicht nur RollstuhlfahrerInnen müssen im öffentlichen Bereich berücksichtigt werden, sondern eben auch die nach wie vor überwiegend weiblichen „KinderwagenschieberInnen“.

Oder: Ein Bundesland erstellt einen Frauenförderplan für den Landesdienst. Die dort vorgesehenen Maßnahmen zur Hebung des Frauenanteils im höheren Landesdienst sind regelmäßig zu evaluieren: Haben die Maßnahmen Erfolg gehabt? Und wenn nein, warum nicht? Welche anderen Maßnahmen wären geeigneter?

Um dem Anliegen einer Verfassungsbereinigung im Hinblick auf unklare und schwer durchsetzbare Staatszielbestimmungen Rechnung zu tragen, wurde in Absatz (2b) ein subjektives Recht der Frauen auf Gleichstellung und Förder- und Ausgleichsmaßnahmen eingebaut. Unter Ausgleichsmaßnahmen ist zB ein Recht auf Schadenersatz für Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu verstehen.

Geeigneter Rechtsschutz zur besseren Durchsetzung dieser Rechte, zB beim Verfassungsgerichtshof, aber auch bei allen anderen Gerichten.

Der Vorschlag enthält einen Auftrag an den Gesetzgeber zur Einführung von Verbandsklagen (zB Klagerecht für die Gleichbehandlungsanwaltschaft bzw für Frauenorganisationen, wenn Ungleichheiten nicht beseitigt werden bzw keine Fördermaßnahmen ergriffen werden), um einen wirksamen Rechtsschutz im Bereich der Herstellung der Geschlechtergleichheit und der Frauenförderung vorzusehen (zu frauenspezifischen Aspekten im Bereich des Rechtsschutzes siehe noch unten 3.).

Offen bleibt nach wie vor die Frage einer wirksamen Rechtsdurchsetzung. Die Untätigkeit des Gesetzgebers ist schwer zu sanktionieren, eine gesetzgebende Körperschaft kann kaum zu einem bestimmten Handeln veranlasst werden, ohne dadurch in Konflikt mit dem demokratischen Grundprinzip zu gelangen. Eigene „*Gender Gremien*“ könnten parlamentarisch und/oder auf der Vollziehungsebene, eingerichtet werden, um Maßnahmen vorzuschlagen und durchzusetzen sowie eine ständige Gender Analyse und Überprüfung vorzunehmen – also zB eine „Gender Kommission“, zumindest im Parlament. Auch eine eigene „Gender Mainstreaming Kompetenz“ des Verfassungsgerichtshofes sollte zumindest andiskutiert werden, um staatliches Handeln besser auf die Erfüllung des Gendering überprüfen zu können bzw auch um zB Maßnahmen im Bereich der Frauenförderung effizient einklagen zu können.

3. Warum ist Gendering notwendig? Einige konkrete Anschauungsbeispiele

Nehmen wir den Bereich *Rechtsschutz – fair trial auch für Frauen!*

Frauen kümmern sich viel weniger um die Durchsetzung ihrer Rechte als Männer. Eine zwar nicht mehr ganz junge, aber leider immer noch aktuelle Untersuchung des Instituts für Kriminalsoziologie² hat die Intensität der Rechtsdurchsetzung bevölkerungsspezifisch in Form einer Pyramide dargestellt: Ganz oben an der Spitze derer, die sich am stärksten um die Wahrnehmung ihrer Rechte kümmern, stehen akademisch gebildete, männliche Beamte; ganz unten die Hausfrauen. Frauen sind konfliktscheuer, von ihrer Sozialisation mehr aufs Vermitteln als aufs Ausstreiten ausgerichtet; Frauen haben oft auch einfach nicht die nötigen Verbindungen – sitzen zB nicht mit dem Firmenanwalt in der Sauna des Tenisklubs – und nicht die Zeit, sich um die Durchsetzung ihrer Rechte vor Gerichten und Behörden zu kümmern. Welche Alleinerzieherin, die am Abend nach der Arbeit noch Haushalt und Kinder versorgen muss, will auch noch eine Klage einbringen? Und mit welchem Geld? Denn da ist noch eine ganz wesentliche ökonomische Barriere aufgrund des geringeren Einkommens von Frauen beim Zugang zum Recht. Immer noch leisten Frauen zwei Drittel der Arbeit weltweit, verfügen aber nur über zehn Prozent der Einkommen und ein Prozent der Vermögen.

Artikel 6 Absatz 1 EMRK garantiert das Recht auf ein faires Verfahren. Geschlechtsspezifische Barrieren im Zugang zum Recht beeinträchtigen mE dieses Menschenrecht.

Diese frauenspezifischen Rechtsschutzaspekte muss daher auch der Verfassungsgesetzgeber beachten. Klagerechte für Organisationen, die Frauen beraten, Gutachten bei Diskriminierungen erstellen, Fraueninteressen vertreten, sind daher gesetzlich vorzusehen; ein verfassungsgesetzlicher Auftrag zur Normierung von Verbandsklagen ist daher geboten.

Die Notwendigkeit der *Förderung der politischen Partizipation von Frauen* wurde oben bereits allgemein erwähnt. Konkret wäre dies zB im Bereich des Wahlrechts zu berücksichtigen (zB bei der Listenerstellung, der Mandatszuteilung). Die Parteienförderung müsste diesen Gesichtspunkt im Hinblick auf eine Hebung von Frauenquoten berücksichtigen; die Höhe der Parteienförderung könnte zB von Maßnahmen zur Hebung von Frauenanteilen bzw von der tatsächlichen Anhebung des Frauenanteils in bestimmten Gremien abhängig gemacht werden. Auch im Bereich der staatlich geförderten politischen Bildung sollten dementersprechende Maßnahmen nicht fehlen. Karenzregelungen für MandatarInnen wären ebenfalls dringend erforderlich.

Ausgliederungen aus der staatlichen Verwaltungsorganisation können für Frauen spezifische Verschlechterungen mit sich bringen: Durch die Privatisierung von Verwaltungseinheiten ändert sich auch das Dienstrecht und mit ihm das jeweils anwendbare Gleichbehandlungsrecht. Derzeit gibt es eine ausdrückliche Verankerung der Frauenförderung nur im

Gleichbehandlungsrecht des Bundes und der Länder und Gemeinden, nicht jedoch im für die Privatwirtschaft geltenden Gleichbehandlungsgesetz. Die weitere Anwendbarkeit des jeweiligen Gleichbehandlungsgesetzes für den Bereich des öffentlichen Dienstes trotz der Ausgliederung der Verwaltungseinheiten wäre daher ein weiterer wichtiger Gender Aspekt.

Mann glaubt es wahrscheinlich nicht, aber auch *die Behördenorganisation* hat frauenspezifische Aspekte: Die Erreichbarkeit von Behörden kann aufgrund ihrer geringeren Mobilität (Frauen haben, so es nur eines gibt, das Familienauto seltener zur Verfügung, sind aufgrund der Betreuungspflichten insbesondere bei kleineren Kindern öfter zu Hause „angebunden“) gerade für Frauen ein Problem sein. Diese Erreichbarkeit auch für weniger mobile Menschen sollte bei Fragen der Dezentralisierung, der Bürger- und Bürgerinnen-nähe, der Organisationsstruktur von Verwaltungseinheiten – zB im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung – nicht außer Acht gelassen werden.

In diesem Zusammenhang noch ein Stichwort zum Thema *Föderalismus*, eine für mich völlig offene Frage: Sehen wir engagierte Frauen den Föderalismus eher als strukturskonservatives Element und daher der Herstellung von Geschlechtergleichheit abträglich oder könnte er als Instrument von mehr BürgerInnennähe „frauenfreundlich“ sein? Wahrscheinlich steckt auch hier der Teufel (und der ist SICHER männlich!) im aus- und durchführenden gestalterischen Detail.

Geld regiert die Welt – daher last, but not least, der *Finanzausgleich*. Die grüne Frauensprecherin Brigid Weininger hat in diesem Zusammenhang die Forderung nach einem „Finanzausgleich nicht nur zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, sondern auch zwischen Frauen und Männern“ erhoben – ein schönes Bild von Verteilungsgerechtigkeit auch bezüglich der Geschlechter. ÖkonomInnen, nicht zuletzt aus dem Kreis von ATTAC, haben bereits ein Instrumentarium entwickelt:

Gender Budgeting – die Beachtung frauenspezifischer Verteilungsaspekte bei Budgeterstellung, beim Finanzausgleich. Dieser Grundsatz könnte zB im Artikel 13 Absatz B-VG verankert werden, der derzeit nur den Grundsatz des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts bei der Budgeterstellung formuliert. Im Konvent wird sich – ein kleiner Erfolg unserer bisher erhobenen Forderungen – Ausschuss 10 damit beschäftigen. Konkrete Anknüpfungspunkte wären hier die Bedarfszuweisungen (siehe §§ 22, 23 FAG) bzw die Zweckzuschüsse (§ 24 FAG), deren weitere Existenz in dieser Form allerdings fraglich ist. Derzeit sind Zweckzuschüsse zB für die Förderung von Umweltschutzmaßnahmen vorgesehen – ähnliches wäre auch für Maßnahmen zur Frauenförderung denkbar. Die Bedarfszuweisungen wiederum könnten an das Erfordernis „gegengerter“ Haushalte, also Haushalte, die die Prinzipien des Gender Budgeting beachten, gebunden werden.

2 Erstellt von Arno Pilgram und Wolfgang Stangl, vorgestellt in einem Referat von Arno Pilgram im IWK 1982.

4. Weise Worte zum Abschluss

Warum eigentlich tun wir – feministisch engagierte Juristinnen – uns das an? Warum schreiben, reden, diskutieren wir, versuchen, uns im Konvent Gehör zu verschaffen? Warum kämpfen wir um minimale Achtungserfolge wie eine weibliche Anrede? Ist es denn nicht eh wurscht, was in dieser Verfassung drin steht? Weil, wie es 1998 eine freiheitliche Abgeordnete im Gleichbehandlungsausschuss ausdrückte, als wir die Novelle zu Artikel 7 B-VG verhandelten, „von all dem Verfassungszeugs die arbeitslosen Mädeln auch keinen Job kriegen“?

Ich persönlich habe in den letzten 25 Jahren beruflich nichts anderes „gelernt“ als die Handhabung und Auslegung des Verfassungsrechts; meine politischen Anliegen kann ich daher am besten mit diesem Instrumentarium durchzusetzen versuchen. Verfassungsrecht, und mit ihm der Verfassungsgerichtshof als Hüter der Verfassung, kann und soll Politik nicht ersetzen; die Verfassung ist aber eine nicht unwichtige Rahmenbedingung für die Politik. Eine Verfassung, die den Zielen der Geschlechtergleichheit und einer aktiven Frauenförderung verpflichtet ist, kann Grundlage für eine ebensolche Politik sein. Und die Verfassung hat auch – ebenso wie der geschlechtergerechte Sprachgebrauch – eine wesentliche Symbolwirkung; Verfassungsdiskussionen sind auch gesellschaftspolitische Diskussionen und haben so Einfluss auf

gesellschaftliche Entwicklungen. Ich halte es für ausgeschlossen – auch wenn ich damit in universitären Kreisen auf Widerspruch stoße – Verfassungs- und Grundrechtsdiskussionen völlig wertfrei zu führen; Verfassung und Grundrechte sollten nicht ohne Rücksicht auf die Realverfassung und die Menschenrechtssituation diskutiert werden. Auch Insolvenzrechtler können bei Befassung mit dem Insolvenzrecht die Tatsache, dass es Menschen gibt, die kein Geld haben, um ihre Schulden zu bezahlen, nicht außer Acht lassen. Ebenso wenig dürfen mE VerfassungsrechtlerInnen die politische Situation, in der wir leben und handeln, und aus der wir uns nicht völlig ausklinken können, für irrelevant erklären.

Und weil wir Juristinnen uns mit unseren Frauenanliegen in diesen Diskussionsprozess, der derzeit eben auch auf der Verfassungsebene stattfindet, einbringen wollen, quälen wir euch, liebe Leserinnen und Leser, mit diesen Ergüssen. Nichtsdestotrotz hoffen wir auf eure wohlmeinende Unterstützung – wir werden sie in den nächsten Monaten der Konventsarbeit noch brauchen können.

*Drⁱⁿ. Brigitte Hornyik ist Verfassungsjuristin und Vertreterin des Vereins Österreichischer Juristinnen im Vorstand des Österreichischen Frauenrings;
b.hornyik@vfgh.gv.at.*

Textvorschlag

Artikel 7. (1) ... (2) ...

(2a) Bund, Länder, Gemeinden und alle sonstigen Selbstverwaltungskörper verpflichten sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern, zur Erreichung der Geschlechterparität in allen Bereichen sowie zu Maßnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen haben die Gebietskörperschaften und Selbstverwaltungskörper die Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf Frauen einerseits und Männer andererseits bei jeder ihrer Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Gesetzgebung und Vollziehung, und als Träger von Privatrechten iSd [Artikel 17 B-VG], zu überprüfen (Geschlechterverträglichkeitsprüfung) und geeignete Maßnahmen zur Beseitigung bestehender Ungleichheiten zu ergreifen.

(2b) Jede Frau hat das Recht auf tatsächliche Gleichstellung. Im Falle bestehender Ungleichheiten hat jede Frau ein Recht auf Förder- und Ausgleichsmaßnahmen.

(2c) Zur wirksameren Wahrnehmung der Interessen an der Beseitigung bestehender Ungleichheiten und zur Durchführung von Förder- und Ausgleichsmaßnahmen sind Möglichkeiten einer wirksamen Rechtsdurchsetzung, einschließlich der Anrufung des Verfassungsgerichtshofes, auch für Verbände, Vereinigungen und Einrichtungen, deren Wirkungskreis sich auch auf die Herbeiführung der Geschlechtergleichheit bezieht, vorzusehen.

„Denn der Anfang, heißt es zwar im Sprichwort, ist die Hälfte des ganzen Unternehmens, und einen guten Anfang preisen alle bei jeder Gelegenheit; indes ist er, wie mir scheint, noch mehr als die Hälfte, und noch niemand hat je einen Anfang, wenn er schön gelungen ist, genug gepriesen.“

Platon, *Nomoi* VI 753 e und 754 a

Gesetzespräambeln sind derzeit im Gespräch. Sie werden auf nationaler und supranationaler (EU)Ebene diskutiert. Über ihren Inhalt und Zweck gehen die Meinungen aber oft auseinander. – Die vorliegenden kurzen Ausführungen, die Teil eines größeren (im Entstehen begriffenen) Werkes¹ sind, wollen an die rechtsgeschichtlichen Wurzeln des legistischen Instruments „Präambel“ erinnern und dadurch einen Beitrag zur Diskussion leisten; bspw zur Fähigkeit von Präambeln die Beziehung zwischen Gesetzgeber und Rechtsadressaten zu verbessern oder zur Frage des normativen Gehalts von Präambeln oder ihre Fähigkeit die Auslegung und die Lückenfüllung zu fördern.

Ein Besinnen auf die Wurzeln des europäischen Rechtsdenkens, die nicht nur – wie immer wieder behauptet wird – in Rom liegen, sondern auch im antiken Griechenland, ist auch für unsere Frage sinnvoll. Erwähnt werden soll daher, dass ein ausschließliches Zurückführen der europäischen Jurisprudenz auf das römische Recht einen rechtshistorisch falschen Eindruck erweckt: Nämlich den, dass die europäische Rechtsentwicklung völlig autonom (in Rom) entstanden und gleichsam als Monolith (ohne Außeneinflüsse) gewachsen sei. Das ist in mehrfacher Hinsicht unhistorisch. Denn das römische Recht und das moderne Rechtsdenken beziehen in einem sehr hohen Prozentsatz – nämlich in fast allen Bereichen außerhalb des Privatrechts² – ihre Grundlagen aus dem antiken Griechenland. – Historisch unrichtig ist ein uneingeschränkter Rekurs des europäischen Rechtsdenkens auf das römische Recht aber auch deshalb, weil die Griechen nie geleugnet haben, dass manches von dem, was sie rechtlich entwickelten, aus Ägypten, Mesopotamien oder persischen Quellen stammt. Und das trifft auf zentrale Bereiche des griechischen Denkens zu: die Philosophie, die Naturwissenschaften (zB Mathematik, Geometrie, Astronomie), ihr Religionsverständnis (Pythagoras, Platon, Aristoteles) und nicht zuletzt ihr Rechtsdenken³. Um nur wenig anzudeuten: Die Konzepte von Gesetz und Kodifikation wurden in Ägypten und in Mesopotamien vorgeformt. Das gilt auch für die gewählte Publikationspraxis in Stelen- und anderer Schriftform: zB die mesopotamischen Codices – Codex Ur-Namma (~ 2100 v.C.), Codex Lipit-Eštar (~ 1930 v.C.), Codex Ešnunna (~ 19./18. Jhd v.C.) und natürlich der

Codex Hammurapi (~ 1750 v.C.). Die Idee der Gerechtigkeit haben die Ägypter sehr betont und hochgehalten. Entscheidende Beiträge haben sie auch zur Entwicklung der juristischen Person geliefert⁴. Bereits der Codex Ur-Namma kannte einen Vorläufer der griechischen Präambel, nämlich einen „Prolog“ und sogar einen „Epilog“. Ob die Griechen diese Vorbilder gekannt haben, ist nicht in allem sicher, aber wahrscheinlich.⁵

Platons Plädoyer für Gesetzespräambeln

Dargestellt anhand der Arzt-Patient-Beziehung

Heinz Barta

- Platon propagiert in seinen „*Nómoi*“/ „Gesetzen“ (IV 719e ff), den seines Erachtens für eine Gesetzgebung förderlichen Gedanken der Gesetzespräambel mittels eines Beispiels aus der Medizin, genauer der ärztlichen (Heil)Behandlung⁶. Dies offenbar mit der Überlegung, dass ein guter Anfang in der Arzt-Patient-Beziehung ebenso wichtig ist wie in der Beziehung zwischen Gesetzgeber und Rechtsadressat. Das setzt aber nach Platon hinreichende Information(sbereitschaft) dessen voraus, der über die grössere Einsicht verfügt, was im einen Fall der Arzt, im anderen der Gesetzgeber ist. – Doch ehe wir uns Platons Gleichnis vom Arzt zuwenden, mittels dessen er dem Gesetzgeber rät, mit den „Gesetzesempfängern“ ebenso zu verfahren, wollen wir einen Blick auf die umfassendere methodisch-hermeneutische Funktion werfen, die Platon durch Präambeln zu erreichen gedenkt.

- Platon ist auf diese Problematik nicht nur an einer Stelle seines Werks eingegangen. Auch in „*Nómoi*“ XI 925 e f⁷ geht er auf die Funktion der „gemeinsamen Vorrede“ ein und stellt dabei verdeutlichend heraus, dass die Präambel für beide Seiten legistisch von Vorteil ist:

„Daher sei zur Verteidigung des Gesetzgebers wie des Gesetzesempfängers gleichsam eine Art gemeinsame Vorrede vorausgeschickt, die einerseits die vom Befehl des Gesetzes Betroffenen bittet, Verständnis für den Gesetzgeber zu haben, wenn er bei seiner Sorge um das allgemeine Wohl nicht zugleich auch die persönlichen Schwierigkeiten berücksichtigt kann, die sich für den Einzelnen daraus ergeben; und die andererseits aber auch um Nachsicht für die Gesetzesempfänger bittet, wenn diese verständlicherweise bisweilen nicht in der Lage sind, die Anordnungen des Gesetzgebers zu erfüllen, die dieser ohne Kenntnis der Sachlage [sc des Einzelfalles] erlässt.“

1 H. Barta, „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (unveröffentlicht).

2 Und auch das Privatrecht verdankt den Griechen und ihren Vorkulturen wesentlich mehr, als die Rechtsgeschichte bisher eingestehen bereit war.

3 Zu diesen Fragen W. Burkert, *Die Griechen und der Orient* (2003).

4 Vgl J. Assmann, *Ma' at*. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten (19952) und *Sch. Allam*, *Recht im pharaonischen Ägypten*, in: U. Manthe (Hg), *Die Rechtskulturen der Antike* 15 ff.

5 Vgl H. Neumann, *Recht im antiken Mesopotamien* 73 f, in: U. Mathe (Hg), *Die Rechtskulturen der Antike* (München, 2003).

6 Vergleiche mit der Medizin in Bezug auf Recht

und Staat finden sich auch an anderen Stellen von Platons Werk; vgl etwa die schöne Stelle in seinem berühmten „Siebenten Brief“ (330c-d), wo er die Frage reflektiert, wie man einem Tyrannen Ratschläge erteilen soll.

7 Vgl auch „*Nómoi*“ X 885 e und 887 a; „... damit nicht schon unsere bloße Vorrede länger wird als die Gesetze“.

Der Text lehrt uns auch, dass Platon Präambeln dazu nützen will, die „*Rechtsakzeptanz*“ zu fördern. Darüber hinaus berührt Platon hier auch das Problem der *Epieikeia/Billigkeit*⁸ die diesen nicht immer einfachen (Gerechtigkeits)Ausgleich herstellen soll. Auch dazu eignet sich nach Platon die Präambel. Das griechische Rechtsdenken hat diesem Korrekturkonzept der Einzelfallgerechtigkeit in allen Entwicklungsstadien (von der Frühzeit des alten Nomos, über die Klassik, bis ins griechisch-byzantinische Mittelalter) grösste Aufmerksamkeit geschenkt.

- Die von Platon im Rahmen seines Plädoyers für Gesetzespräambeln zusätzlich propagierte *Offenlegung des Gesetzeszweckes*, der ratio legis, wie wir das noch heute nennen, wird in byzantinischer Zeit noch verstärkt.⁹ Die Römer vermochten damit nichts anzufangen. Und wir sind weithin den Römern gefolgt.

Ein knappes und anschauliches sprachliches Fassen des Gesetzesinhalts und der Intentionen des Gesetzgebers in einer Präambel verlangt aber von den Gesetzesverfassern eine zusätzliche intellektuelle Leistung, die offenbar aus unterschiedlichen Gründen ungerne erbracht wird.¹⁰ – Das hat einmal damit zu tun, dass das Verhältnis von Gesetzgeber und Rechtsadressat seit langem gestört ist¹¹ und zum andern müsste „der“ Gesetzgeber – häufig ist das die Ministerialbürokratie – selbst Klarheit über angestrebte Ziele eines Gesetzes besitzen.¹²

Doch zurück zu Platon, der wiederum in den „*Nomoi*“ meint (IX 874 c-875 b):

„Es ist für die Menschen unerlässlich, sich Gesetze zu geben und nach Gesetzen zu leben, sonst werden sie sich in nichts von den allerwildesten Tieren unterscheiden¹³. Der Grund hiervon ist der, daß keines Menschen Natur mit einer solchen Fähigkeit begabt ist, daß sie nicht nur erkennt, was den Menschen für ihre staatliche Gemeinschaft nützt, sondern auch, wenn sie es erkannt hat, die Kraft und den Willen aufbringt, das Beste zu verwirklichen. Erstens ist es nämlich schwierig zu erkennen, daß die *wahre Staatskunst* nicht auf den Vorteil des *Einzelnen*, sondern auf das *Gemeinwohl* bedacht sein muß – denn *das Gemeinsame eint, das Einzelne zerreißt die Staaten* – und daß es für beide, für das Gemeinwesen wie für den Einzelnen, von Vorteil ist, wenn eher das Gemeinwohl gefördert wird als die Interessen des Einzelnen.“ (Hervorhebungen von mir)

Aufgabe von Präambeln ist es danach, dieses für jeden Staat und seine Gesetzgebung so wichtige Gemeinwohl angemessen deutlich zu machen und dadurch zu fördern.

- Auch im vierten Buch der „*Nómoi*“ 718a ff¹⁴ handelt Platon davon, dass die Gesetze einer einleitenden Vorrede

bedürfen. Und in „*Nómoi*“ 718b und c fasst Platon zusammen, was er sich als Aufgabe einer Gesetzespräambel vorstellt:

„Was aber ein Gesetzgeber, der so denkt wie ich, vortragen soll und muß, was sich jedoch in Form eines Gesetzes nicht passend vortragen läßt, davon muß er, scheint mir, zuerst für sich selbst und für die, denen er Gesetze geben will, eine Probe geben, dann alles übrige nach Kräften durchgehen und anschließend mit der Gesetzgebung beginnen. In welcher Form lässt sich aber nun so etwas am ehesten darstellen? Nicht ganz leicht ist es, das gleichsam in einem einzigen Umriß zusammenzufassen und auszudrücken, ...“

Die gesetzgeberische Scheu vor Präambeln, die möglichst all’ das beinhalten sollen, was uns Platon mitgeteilt hat, ist wohl auch eine Scheu vor den Anforderungen, die ein solches Unternehmen verlangt. Mit der Qualität der Gesetzgebung ging offenbar auch das Vermögen zur Abfassung von Präambeln verloren, deren Abfassung auch Platon für keine leichte Sache hielt. An deren Stelle traten meist nichtssagende „*Materialien*“.

- In der schon erwähnten Stelle „*Nómoi*“ XI 925e macht Platon deutlich, dass er die Präambel auch zu einem weiteren Zweck, nämlich dazu verwenden will, um *Gesetzeslücken* zu schließen und dadurch erst gar nicht zur Wirkung kommen zu lassen. Er führt aus:

„Dies also, so könnten leicht manche meinen, habe der Gesetzgeber nicht bedacht; aber damit hätten sie nicht recht. Daher sei zur Verteidigung des Gesetzgebers wie des Gesetzesempfängers gleichsam eine Art *gemeinsame Vorrede* vorausgeschickt, ...“¹⁵

Damit sollen einerseits wohl falsche Umkehrschlüsse vermieden werden. Darüber hinaus will Platon wohl auch zeigen, dass *Richter nicht bloß* als *Rechtsanwendungs-* und *Auslegungs-* oder *Subsumtionsautomaten* (miss)verstanden werden dürfen; Montesquieus Vorstellungen von den Aufgaben des Richters stellen einen schweren Rückschritt dar. Platon setzt vielmehr Vertrauen in diesen für jedes Gemeinwesen wichtigen Stand, an den er auf der anderen Seite hohe Anforderungen und Erwartungen stellt. Diesem platonischen Verständnis folgte in Österreich zwar sehr viel später – aber erstmals in der Neuzeit – K. A. v. Martini, nicht dagegen die grossen und ansonst bewundernswerten preußischen Reformen um C. G. Svarez, die vielmehr meinten, Gesetze so klar formulieren zu können, dass sich eine Auslegung erübrige.¹⁶ – Diese preußische Auffassung entspricht cum grano salis der frühen griechischen beim Auslegen von Satzungen / *θεσμοί* (thesmoi).¹⁷

8 Die Römer übernahmen sie und nannten sie aequitas. Erst die Übernahme des griechischen Billigkeitskonzepts und anderer griechischer Errungenschaften (insbesondere des Formularprozesses) machte das römische Recht nach der Mitte des 2. Jhd. v.C. zu einem flexiblen Instrument und eigentlich zu dem, als das es heute bekannt ist; Ablöse des alten ius civile durch das praetorische Recht.
9 *Troje*, Europa und griechisches Recht 16. – Größere Bedeutung verblieb Präambeln im anglo-amerikanischen Rechtskreis und internationalen Rechtsdokumenten.

10 Das zeigt uns auch die meist schwache Qualität von Gesetzesmaterialien.
11 Zur unterschiedlichen Auffassung von *Martini* (Adressat ist das Volk) und *Zeiller* (Adressat ist der Rechtsstab): *Barta*, in: *Bartal Palme/Ingenhaeff* (Hg), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* 36-40 (1999).
12 Ich komme darauf noch zurück.
13 Diese Feststellung in Platons „*Nómoi*“ erinnert an Hesiods gegabelte Weltordnung. Und die Fortsetzung findet sich bei Aristoteles in dessen „*Politik*“ (I 2, 1253a): „Wie nämlich der Mensch in seiner

Vollendung das beste der Lebewesen ist, so ist er getrennt von Gesetz und Recht das schlechteste von allen.“
14 Vgl auch „*Nómoi*“ IX 854a sowie XI 925e.
15 Im zweiten Teil dieser Formulierung liegt ein Ansatz in Richtung „*Billigkeit*“: Dazu insbesondere Kapitel II 8 (siehe Anm 1).
16 Diese Hoffnung hat sich als trügerisch erwiesen. Dazu *Barta*, in: *Bartal Palme/Ingenhaeff* (Hg), *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* 335 ff (1999).
17 *Hölkeskamp*, *Tempel, Agora und Alphabet*.

- Nach Platons Meinung dient eine Gesetzespräambel dazu, diejenigen, an die sich das jeweilige Gesetz richtet, aufzumuntern, im Guten zu überreden und überhaupt für die jeweilige Gesetzgebung geneigter zu machen. — Der dabei von Platon angezogene einprägsame und bildhafte Vergleich betrifft die *Aufklärung durch den Arzt* im Rahmen der *Arzt-Patient-Beziehung*.

Es ist denkbar, dass Platon zu der in der Folge wiedergegebenen Annahme einer Art ärztlichen Aufklärung(spflicht) des Gesetzgebers durch Aischylos angeregt wurde, der in seiner Tragödie „Der gefesselte Prometheus“ in den Versen 698 ff die Chorführerin sagen lässt:

„Sprich, lehre zu Ende! Denn wer krank ist, dem ist's lieb,
Vorauszuwissen seiner Leiden Maß genau.“

Doch nun zum angekündigten Präambelvergleich Platons:

„Das ist wie beim Arzt: der eine pflegt uns stets auf diese und der andere auf jene Weise zu behandeln. Wir wollen uns aber die beiden verschiedenen Verfahren ins Gedächtnis rufen, um den Gesetzgeber zu bitten wie etwa Kinder einen Arzt bitten, sie auf die sanfteste Weise zu behandeln. ... Nun kannst du doch auch folgendes beobachten: da die Kranken in den Städten teils Sklaven, teils Freie sind, so werden die *Sklaven* in der Regel zumeist von Sklaven behandelt, die ihre Rundgänge machen oder sie in den Arztstuben erwarten; und kein einziger von solchen Ärzten pflegt auch nur irgendeine Begründung für die jeweilige Krankheit eines Sklaven zu geben oder sich geben zu lassen, sondern er verordnet ihm das, was ihm aufgrund seiner Erfahrung gut scheint, als wüsste er genau Bescheid, eigenmächtig wie ein *Tyrann*; dann springt er auf und begibt sich zu einem andern erkrankten Sklaven und erleichtert so seinem Herrn die Sorge für die Kranken. Der *freie Arzt*¹⁸ dagegen behandelt meistens die Krankheiten der Freien und beobachtet sie; und indem er sie von ihrem Entstehen an und ihrem Wesen nach erforscht, wobei er sich mit dem Kranken selbst und mit dessen Freunden bespricht, lernt er teils selbst manches von den Kranken, teils belehrt er auch, soweit er es vermag, den Patienten selbst und verordnet ihm nicht eher etwas, bis er ihn irgendwie davon überzeugt hat; dann erst versucht er, indem er durch Überredung den Kranken immer wieder beschwichtigt, ihn zur Gesundheit zu führen und damit Erfolg zu haben. Ist nun der auf diese oder der auf jene Art heilende Arzt oder seine Übungen durchgeführte Gymnastiklehrer der bessere? Der, der auf doppeltem Wege die eine Wirkung erzielt, oder der, der auf einem einzigen Weg und nach dem schlechteren der beiden Verfahren vorgeht und den Kranken nur noch widerspenstiger macht?

Kleinias: Zweifellos, Fremder, verdient der doppelte Weg weit aus den Vorzug.

Der Athener: Willst du nun, daß wir dieses doppelte und das einfache Verfahren auch in seiner Anwendung bei der Gesetzgebung selbst beobachten?

Kleinias: Wie sollte ich das nicht wollen!¹⁶

Diese Ausführungen Platons treffen zwei Fliegen auf einen Schlag: Sie klären anschaulich über den Sinn einer Gesetzespräambel auf, von der bei uns — wohl nicht ganz zufällig — wenig Gebrauch gemacht wird¹⁹, und sie bieten eine schöne – ja modellhafte – Umschreibung der Arzt-Patient- sowie der (wie wir das heute nennen) Compliance-Beziehung, aus deren Verständnis auch die ärztliche Aufklärung(spflicht) entspringt.

Darüber hinaus enthält die Stelle wohl auch in beiderlei Richtung, nämlich Patienten/innen (~ Rechtsadressaten) und Ärzte/innen (~ Gesetzgeber und sein Stab) die Aufforderung, sich weder als „Sklaven/innen“ behandeln zu lassen, noch – an die Seite der Medizin gerichtet – das Gegenüber als unmündige oder unfreie Person zu betrachten. — Auch das ist heute nicht weniger aktuell, als damals. Und das hätte auch der Gesetzgeber über die engere Arzt-Patient-Beziehung hinaus zu bedenken.

Der Sinn von Präambeln liegt danach nicht darin, einseitige parteipolitische Zielsetzungen zu verfolgen, sondern das in der *ratio legis* zum Ausdruck gelangende Gemeinwohl herauszustellen, indem der Gesetzgeber seine Ziele offen legt und dadurch die Rechtsadressaten zu verständigen Partnern machen will, was die Rechtsakzeptanz erhöhen kann. Die anglo-amerikanische Welt, die generell dem griechischen Rechtsdenken offener und positiver gegenübersteht als die kontinentaleuropäische Rechtswissenschaft, hat schon bisher von Präambeln einen häufigeren Gebrauch gemacht, was insbesondere auch für die Völkerrechtspraxis gilt. Dem nachzueifern wäre für Europa von Vorteil, zumal dadurch auch die Handhabung und Auslegung von Abkommen und Gesetzen erleichtert wird. Von Bürgerfreundlichkeit zu reden ist eins, sie legislativ zu leben etwas anderes. – Deshalb diese Gedanken der Rückbesinnung auf frühes europäisches und überhaupt kulturell hochwertiges Rechtsdenken früher Kulturen. Die Geschichte lehrt uns aber auch, dass die Gefahr besteht, in Präambeln bloß ideologische Zielsetzungen zu verfolgen. Ein solches Vorgehen kann sich aber nicht auf die griechischen Anfänge berufen.

Univ.-Prof. Dr. Heinz Barta lehrt am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck; heinz.barta@uibk.ac.at.

Die Entstehungsbedingungen von Gesetzgebung in der archaischen Polis, in: *Gehrke* (Hg), *Rechtskodifizierung und soziale Normen im interkulturellen Vergleich* 154. – Platon und in der Folge auch Aristoteles und Theophrast gingen hier wesentlich weiter. – Dazu nunmehr auch *Hölkeskamp*, *Schieds-*

richter, Gesetzgeber und Gesetzgebung im archaischen Griechenland (1999).

18 Hervorhebungen von mir.

19 Einer solchen Präambel, die in geraffter Form die ‚ratio legis‘, also Ziel und Zweck eines Gesetzgebungsakts deutlich machen kann, käme aber auch –

darin sei erneut erinnert – Bedeutung für die Auslegung und Lückenfüllung von Gesetzen zu. Darin liegt die Anerkennung eines ‚produktiven‘ Verständnisses der hermeneutischen Tätigkeit durch den Rechtsanwender/Richter.

Die ÖVP schlägt die Aufnahme einer Präambel in die neue Verfassung vor.¹ Das Juridikum sprach darüber mit o.Univ.-Prof. DDr. Heinz Mayer, dem Vorsitzenden jenes Konventausschusses (Ausschuss 1: Staatsaufgaben und Staatsziele), der über diese Frage beraten hat.

Der Vorschlag, der neuen Verfassung eine Präambel voranzustellen, nimmt einen besonders prominenten Platz in der öffentlichen Diskussion über den Konvent ein. Welchen Stellenwert hat die Frage für die Erarbeitung einer neuen Verfassung tatsächlich?

In der medialen Berichterstattung nimmt die Frage, ob die neue österreichische Verfassung eine Präambel haben soll, tatsächlich einen hohen Stellenwert ein. Nach meiner Auffassung ist das allerdings eine der unwichtigsten Fragen, die der Konvent zu lösen haben wird. Ich kenne keinen Verfassungsrechtler, dem in den vergangenen Jahren eine Präambel abgegangen wäre. Bedauerlicherweise verdeckt die Diskussion um diese Frage die wahren Probleme, die der Konvent zu lösen haben wird.

Die Diskussion über eine Präambel ist in der Öffentlichkeit mit der Diskussion um einen Gottesbezug verknüpft. (Tatsächlich enthält der Vorschlag einen Hinweis auf die „Schöpfung“). Wie ist das Verhältnis Präambel – Gottesbezug zu sehen?

Diejenigen, die eine Präambel zur österreichischen Verfassung fordern, verknüpfen dies mit der weiteren Forderung, dass eine solche Präambel einen Gottesbezug haben sollte. Daran ändert sich auch nichts, wenn man dies nur verdeckt tut, indem man Gott zwar nicht, wohl aber die Schöpfung nennt. Denn wo es eine Schöpfung gibt, muss es einen Schöpfer geben.

Ich persönlich finde es schade, dass man die ohnehin sehr schwierige Verfassungsdebatte durch dieses sehr polarisierende Thema noch schwieriger macht. Viele Menschen vertreten mit guten Gründen die Auffassung, dass Staat und Kirche getrennt sein sollen; dies nicht in einem beziehungslosen Nebeneinander, sondern in einem Miteinander. Wie sich jetzt schon aus den Grundrechten insbesondere aus Art 9 MRK ergibt, hat der Staat sich zwar in religiösen Fragen neutral zu verhalten, aber gleichzeitig sicherzustellen, dass sich Religionsgesellschaften ungestört entfalten können. Wir sind in der zweiten Republik mit diesem System sehr gut gefahren und haben uns viele leidvolle Konflikte erspart. Wer heute einen Gottesbezug in der Verfassung fordert, weckt bei vielen Menschen unweigerlich die Erinnerung an den Ständestaat des Dollfuß-Regimes. Die Verfassung des Jahres 1934 war die letzte Bundesverfassung, die einen Gottesbezug aufwies. Wir wissen, dass diese Verfassung zur Aussöhnung der großen politischen Lager nicht nur nichts

beigetragen hat, sondern die Polarisierung nur verschärft hat.

Die Trennung von Kirche und Staat verdanken wir der Aufklärung; diese hat wesentlich zum Entstehen des modernen demokratischen Rechtsstaates beigetragen und mitgeholfen, das Mittelalter zu überwinden.

Braucht eine moderne Verfassung eine Präambel? Der

Ein Regelwerk und kein Lesebuch

Heinz Mayer über die Aufnahme einer Präambel in die Verfassung



EU-Verfassungsentwurf etwa enthält eine Präambel.

Eine Verfassung braucht selbstverständlich keine Präambel. Von den 45 Mitgliedstaaten des Europarates haben 25 eine Präambel, davon weisen 5 einen Gottesbezug oder einen Hinweis auf ein religiöses Erbe auf. Selbst so katholische Länder wie Italien und Spanien kommen ohne eine Bezugnahme auf Gott in ihren Verfassungen aus. Man kann allgemein feststellen, dass Präambeln vor allem dann in eine Verfassung Eingang finden, wenn diese Verfassungen einen Staat gleichsam neu gründen und eine Herrschaft abgeschüttelt haben. In solchen Fällen gibt es offenbar ein verbreitetes Bedürfnis, in einer Präambel die Überwindung des alten Systems zum Ausdruck zu bringen und gleichzeitig den Beginn einer neuen Ära anzukündigen. Österreich steht nicht in einer solchen Situation; was eine Verfassungsreform leisten sollte, ist eine behutsame Beseitigung von überholten Strukturen und eine Anpassung der Verfassung, die sich bisher bestens bewährt hat, an neue Gegebenheiten. Eine „dritte Republik“ muss nicht gegründet werden.

Wie steht es mit der normativen Kraft einer solchen Präambel? Die Verfasser der Präambel haben nicht wirklich klargelegt, ob sie überhaupt normative Wirkung haben soll. Welche konkreten Auswirkungen wären also von einer Präambel zu erwarten?

Hier vermisse ich in den Aussagen der Befürworter einer Präambel eine klare Position. Einerseits wird behauptet, eine Präambel habe ohnehin keine rechtliche Bedeutung, gleichzeitig wird aber erklärt, dass eine solche Präambel als Interpretationshilfe anzusehen sei. Beides zugleich ist aber nicht möglich; entweder eine Präambel hat keine normative Bedeutung, dann kann sie auch nicht bei der Interpretation herangezogen werden; oder sie dient als Interpretationshilfe, dann hat sie in dieser Funktion sehr wohl eine normative Bedeutung. Hier würde ich mir mehr Ehrlichkeit in der Diskus-

1 <http://www.grundrechtsforum.spoe.at>.

sion wünschen. Nach meiner Auffassung kann man grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass der Verfassungsgesetzgeber einen Text schafft, der keine normative Bedeutung hat; derartiges wäre auch ein grober Unfug. Daher muss man damit rechnen, dass der Verfassungsgerichtshof offene und strittige Fragen letztlich auch unter Bezugnahme auf eine allfällige Präambel entscheiden wird. Man kann vom Verfassungsgerichtshof nicht erwarten, dass er einen Verfassungstext - und auch ein Präambeltext ist ein solcher - als rechtlich bedeutungslos ansieht. Was wäre das für ein Gericht, das einen vom Verfassungsgesetzgeber beschlossenen Text einfach negiert?

Die internationale Erfahrung zeigt uns aber auch sehr deutlich, dass Präambeln selbstverständlich bei der Interpretation herangezogen werden. So hat zB der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte weitreichende Entscheidungen ua mit Bezugnahme auf die Präambel zur MRK begründet. Ich sehe nicht, wie man ernsthaft davon ausgehen kann, dass eine Präambel zur österreichischen Bundesverfassung keinerlei normative Bedeutung haben kann. Kämpfen die, die sich vehement für eine Präambel einsetzen, tatsächlich für etwas, was rechtlich nichts bedeuten soll? Das zu glauben fällt mir schwer!

Wie ist im Besonderen das Verhältnis einer Präambel zu Grundrechten einerseits und zu Staatszielbestimmungen andererseits?

Genau kann man diese Frage natürlich erst beantworten, wenn der Inhalt einer solchen Präambel feststeht. Mit Sicherheit wird man aber annehmen können, dass eine Präambel bei der Auslegung von strittigen Grundrechtsfragen und allfälligen Staatszielbestimmungen herangezogen wird. Kommt etwa Gott oder - was dasselbe ist: die Schöpfung - in einer solchen Präambel vor, so wird sich der VfGH in strittigen Fragen der Biotechnologie, des Sexualstrafrechts und ähnlichen ethisch hoch aufgeladenen Bereichen selbstverständlich mit der Frage befassen müssen, wie diese Grundrechtsfragen im Lichte der Schöpfung zu entscheiden sind. Und genau das ist mein zweiter Einwand gegen eine Präambel: Sie führt nämlich unweigerlich dazu, dass viele Verfassungsfragen, insbesondere auch Grundrechtsfragen, noch wesentlich weniger juristisch präzise beantwortet werden können. Ich sehe in diesem Zusammenhang eine sehr große Gefahr, die entstehen kann. Eine Verfassung, die durch eine lyrische Präambel und ungenaue Staatszielbestimmungen angereichert wird, wird insgesamt weniger präzise. Das führt aber dazu, dass eine solche Verfassung die in einer Gesellschaft auftretenden Interessengegensätze nicht mehr verlässlich ordnen kann; letztlich wird dann in all diesen Fragen der VfGH auf Grund einer sehr unbestimmten Verfassungssituation die Entscheidung zu treffen haben. Je unpräziser eine Verfassung ist, desto größer wird der Entscheidungsspielraum des VfGH.

Wäre unsere Verfassung eine „ganz andere“ mit einer Präambel? Müsste man gar von einem Systemwechsel sprechen?

Auch diese Frage kann man erst genau beantworten, wenn man den Inhalt einer allfälligen Präambel kennt. Von einem Systemwechsel wird man wohl nicht ausgehen dürfen; sicher ist aber, dass eine Verfassung, die sehr unpräzise ist und

damit der Auslegung einen großen Spielraum gewährt - und diese Gefahr geht insbesondere von einer Präambel oder von allgemein gehaltenen Staatszielen aus -, dem VfGH einen erheblichen Entscheidungsspielraum gewährt. Um es auf den Punkt zu bringen: Sollen die zentralen Fragen, die sich etwa künftig im Bereich der Biotechnologie stellen, in Hinkunft vom Parlament oder vom VfGH entschieden werden? Nach meiner Auffassung haben die zentralen politischen Entscheidungen im Parlament zu fallen und nicht in einem Höchstgericht, dessen Mitglieder keine politische Verantwortung zu tragen haben. Die Höchstgerichte, insbesondere auch der VfGH sind soweit wie möglich auf die Rechtskontrolle zu beschränken. Zu diesem Zweck haben sie ihre besondere verfassungsrechtliche Stellung.

Was bedeutet Ihrer Einschätzung nach die Forderung nach einer Präambel für die Verhandlungen im Konvent?

Ich kann hier nur eine sehr persönliche Einschätzung vornehmen. Danach wird das Bestehen auf einer Präambel die Verhandlungen über eine Verfassungsreform zweifellos erheblich erschweren. In dem von mir geleiteten Ausschuss des Konvents hat allein die Präsentation des Entwurfs einer Präambel durch die ÖVP zu einer erheblichen Verschärfung des Diskussionsstiles beigetragen. Von einigen Mitgliedern wurde diese Vorgangsweise als Provokation empfunden. Ich glaube nicht, dass dies im Plenum des Konvents anders sein wird. Wer darauf beharrt, dass eine neue Verfassung eine Präambel aufweisen muss - womöglich mit Bezugnahme auf Gott oder die Schöpfung - gefährdet das Zustandekommen einer Verfassungsreform erheblich.

Macht eine Präambel in einer „schlanken Verfassung“, wie sie von vielen Seiten gefordert wird, einen „schlanken Fuß“?

In der Tat besteht hier ein merkwürdiger Widerspruch. Wenn auf der einen Seite eine neue „schlanke“ Verfassung und auf der anderen Seite eine pathetisch formulierte Präambel gefordert wird, dann passt dies nicht zusammen. Man soll zwar nicht glauben, dass die „Schlankheit“ einer Verfassung ein Wert an sich ist; eine Verfassung ist nicht schon dann eine gute, wenn sie möglichst kurz ist, sondern nur dann, wenn sie eine Grundlage dafür bildet, dass die in einer Gesellschaft vorhandenen Interessensgegensätze - die sich zunehmend verschärfen - in einer geordneten Weise ausgetragen werden können. Der Forderung nach „Schlankheit“ begegne ich daher mit einer gewissen Skepsis. Freilich bin auch ich der Auffassung, dass man sich die bestehenden verfassungsrechtlichen Regelungen genau daraufhin anzusehen haben wird, ob sie derzeit noch eine Bedeutung haben, oder ob man sie nicht aufheben kann. Auch bei besonders komplizierten Regelungen muss man hinterfragen, ob man sie tatsächlich noch braucht. Hier bin ich allerdings sehr skeptisch, ob der Verfassungskonvent in diesem Bereich große Erfolge feiern wird. Inkonsequent ist es freilich, auf der einen Seite den Abbau verfassungsrechtlicher Regelungen zu fordern, und auf der anderen Seite darauf zu beharren, die Verfassung mit einer Präambel zu schmücken.

Würden Sie sich zutrauen, eine Präambel zu texten, in der sich die ÖsterreicherInnen wiederfinden, und wie würde diese aussehen?

Nach meinem Verständnis ist eine Verfassung ein Regelwerk und kein Volkslesebuch. Daher bin ich mit Entschiedenheit gegen die Aufnahme einer Präambel in die österreichische Verfassung. Ich denke nicht einmal daran, eine Präambel zu formulieren. Das was manche gern mit einer Präambel zum Ausdruck bringen wollen, sollen sie nicht in der Verfassung sondern in ihrer täglichen politischen Arbeit und in ihren Parteiprogrammen sichtbar machen. Ein lyrischer Verfassungstext, der alles Gute, Schöne und Wahre beschwört, beschädigt nicht nur die normative Qualität einer Verfassung; er birgt auch die Gefahr in sich, Hoffnungen bei den Men-

schen zu erwecken, die dann so nicht erfüllt werden können. Eine weitere Gefahr besteht darin, dass schöne Worte in einer Verfassung Alibifunktion übernehmen und dazu verwendet werden, um Versäumnisse und Fehler der realen Politik zu verschleiern.

Ein positives Wort zum Schluss: In allen politischen Lagern finden sich entschiedene Gegner einer Präambel mit Gottesbezug; die gelegentlich aufgestellte Behauptung, eine solche Ablehnung komme nur aus dem linken Lager, ist eindeutig falsch.

VERLAG ÖSTERREICH

Rill/Schäffer - Bundesverfassungsrecht



**DER
KOMPACTE
GROSSKOMMENTAR
ZUM
BUNDESVERFASSUNGSRECHT**

**Grundwerk inkl.
2. Ergänzungslieferung
Stand: 1. 1. 2003
€ 207,-
3-7046-2000-9**

Praxisorientiert und praxisrelevant

Inhalt der 1. Lieferung

Kommentierung des Demokratie-Artikels und der Wahlrechtsprinzipien, der Revisionsregel und des für die Gesamtrechtsordnung fundamentalen Gleichheitsgrundsatzes; weiters die wichtigsten Bestimmungen der Verfassungsgerichtsbarkeit (Verordnungs- und Gesetzesprüfung, Grundrechtsbeschwerde), der Rechnungshofkontrolle und einiger Grundzüge des Gemeindeverfassungsrechts.

Inhalt der 2. Lieferung

Der Text des B-VG auf aktuellem Stand

Kommentierung zu den Abschnitten:

- Sicherheitsbehörden
- Gesetzgebung und Vollziehung der Länder
- Volksanwaltschaft

Die Kommentierung wird kontinuierlich weiter ausgebaut.

Die Herausgeber

Dr. Heinz Peter Rill
o.Univ.-Prof. für Öffentliches Recht,
Wirtschaftsuniversität Wien

Dr. Heinz Schäffer
o.Univ.-Prof. für Öffentliches Recht, Universität Salzburg
Ersatzmitglied des Verfassungsgerichtshofes

Autorin / Autoren

Dr. Josef W. Aichlreiter
RA ao. Univ.-Prof., Salzburg

Dr. Gerhard Baumgartner
Univ.-Ass., Salzburg

Dr. Peter Bußjäger
Univ.-Doz., Hofrat
Landtagsdirektor, Bregenz

Dr. Walter Berka
o. Univ.-Prof., Salzburg

Dr. Doris Hattenberger
Univ.-Ass., Klagenfurt

Dr. Andreas Hauer
Univ.-Prof., Linz

Dr. Wolfgang Pesendorfer
Vizepräsident des VwGH,
Wien Univ.-Prof., Linz

DDr. Michael Potacs
Univ.-Prof., Klagenfurt

Dr. Heinz Peter Rill
o. Univ.-Prof., Wien

Dr. Ulrich Runggaldier
o. Univ.-Prof., Wien

Dr. Heinz Schäffer
o. Univ.-Prof., Salzburg
Ersatzmitglied des VfGH

Dr. Helmut Schreiner (†)
Präsident des Salzburger
Landtages
Univ.-Prof., Salzburg

Dr. Harald Stolzlechner
o. Univ.-Prof., Salzburg

Dr. Rudolf Thienel
Univ.-Prof., Wien

justine.at
Recht. Schnell

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

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

Spirale nach unten

Iris Appiano Kugler

Angeblich zeigt sich der Zivilisationsgrad einer Gesellschaft daran, wie sie mit den Schwächsten umgeht. Wer stark ist und wer schwach, definiert sich immer noch an jenen, die die Norm für die Gleichheit vorgeben. Die Normen geben jene vor, die Macht haben. Maßstab ist der weiße, wohlhabende, mitteleuropäische Mann, von ihm abgeleitet erscheinen „andere“ Personen gleich oder nicht. Diese vordefinierte Gleichheit ist auch ein Baustein der Verfassung, dort freilich als Gleichheit vor dem Gesetz gemeint.

Toleranz und Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen bestimmen sich nach dem Abstand, den jemand zu dieser Norm hat. Der Grad des Andersseins ist gleichzeitig der Grad und die Rechtfertigung für die Reduktion von Rechten, Ressourcen und von Toleranz. Ist jemand beispielsweise bekennend homosexuell, werden die Möglichkeiten schon enger. Noch immer gibt es etliche Normen, die einem homosexuellen Paar bei weitem nicht dieselben Rechte wie einem verheirateten, zustehen.

Oder Kinder: Sie werden, wenn möglich, gar nicht wahrgenommen. Wenn doch, dann als Störfaktor. Im übrigen sind städtische Grünflächen exklusiv für den stadtneurotischen Psychopharmakaersatz Hund reserviert und wehe ein ballspielendes Kind erdreistet sich, Dezibelsphären bellender Hunde zu erreichen. Dann werden Gerichte bemüht, um die „Normalität“ wiederherzustellen.

Leider führt von der „Norm“ ein Spiralenwirbel nach unten ins unmenschlich Bodenlose. Österreichische Mitmenschen, deren Eltern aus Afrika oder Amerika stammen, berichten, dass sie ohne Reisepass nicht aus dem Haus gehen können. Dass sie in schöner Regelmäßigkeit perlustriert werden und ständig als Drogenhändler diffamiert werden. Frauen nichtösterreichischer oder allzu afrikanischer Abstammung müssen sich zusätzlich strafverschärfend gegen die Unterstellung der Prostitution wehren.

Ist frau und mann der österreichischen Sprache und vielleicht sogar der

österreichischen Sprachfärbung ausreichend mächtig, dann lassen sich unter Umständen Lernprozesse in Gang setzen.

Doch die Spirale ist noch lange nicht zu Ende. Denn mitunter haben „anders“ anmutende Menschen ja tatsächlich keine österreichische Staatsbürgerschaft. Der Joker der beinahe alles sticht heißt: Geld. Ohne ausreichende Mittel jedoch finden sich selbst TouristInnen am Ende Ihrer Reise in Schubhaft wieder, wenn sie diese nicht nachweisen können.

Und weiter der Spirale entlang. Wer nun glaubt, sprichwörtliche Armut sei doch nicht so schlimm, hat keine Ahnung von den wahren SchwerverbrecherInnen dieses Landes (gemessen an der ihnen zuteil werdenden Strafe). Kein Mord, kein Kindesmissbrauch, keine Vergewaltigung, kein Raub wiegt so schwer wie das Verbrechen, ohne Papiere nach Österreich einzureisen und/oder kein Geld zu haben.

Zumindest im Strafvollzug drang einstmals die Erkenntnis durch, dass durch Haft kein Mensch gebessert werden kann und egal welche Tat sie oder er begangen hat, das Recht auf eine Chance zur Rehabilitation hat. Selbst Meuchelmörder sind zunächst mit einem halboffenen Vollzug konfrontiert und nach einiger Zeit guter Führung selbstverständlich mit offenem Vollzug.

Im Bereich des Verwaltungsstrafrechts gehen die Uhren anders. Personalmangel und Geldknappheit führen zu Menschenrechtsverletzungen, die nicht anders als barbarisch zu bezeichnen sind. Nur zur Klarstellung: Niemand wird in den Anhaltezentren (ehemals Polizeigefangenenhäuser) vorsätzlich gequält. Die BeamtInnen zeichnet jene Arbeitshaltung und -einstellung aus, die mit einem jahrelangen von oben ignorierten Burnout verbunden ist. Schlechtbezahlt und ungewürdigt verwalten sie das Resultat einer zynischen Politik und eines Missstands. Da kann es dann schon mal passieren, dass Leute, deren einziges Verbrechen: keine Papiere und/oder kein Geld lautet, nur deshalb in Einzelhaft kommen, weil das Haus voll ist und anderswo kein Platz mehr ist.

Diese Vorstellung allein ist unerträglich, doch gespart wird auch an DolmetscherInnen und so ist vielen sich in Einzelhaft wieder findenden Angehaltenen überhaupt nicht klar, weshalb sie dort sind, wo sie sind und auch nicht, wie lange sie dort sein werden.

Und aus lauter Verzweiflung und auch anders als geplant, beginnt mitunter mancher Hungerstreik nur wegen dieser Form der Anhaltung. Auch dies ist ein nicht unwesentlicher Unterschied zur Strafhaft. Um dort in Einzelhaft zu kommen, braucht es andere Bedingungen als Platzmangel, und die oder der Betreffende weiß zumindest, weshalb sie sich in Haft befinden wo sie sich befinden.

Strafverschärfend kann hier mitunter noch das Alter wirken. Denn Jugendliche sind von Erwachsenen getrennt, geeignet anzuhalten und das schließt bei Platzmangel die Einzelhaft keinesfalls aus, sondern indiziert sie unter diesen zynischen Verhältnissen geradezu. Die Betroffenen freilich nehmen diesen Umgang sehr persönlich und wissen ja nicht, dass es auf ihrem Rücken ein Staatsbudget zu sanieren gilt.

Nun zahlt die/der rechtstreue StaatsbürgerIn nicht zuletzt auch deshalb pünktlich ihre/seine Steuern, damit gewisse demokratische Mindeststandards die eine Gesellschaft, die für sich das Vokabel zivilisiert beansprucht, ge- und erhalten bleiben. Dazu zählt, dass in hiesigen Breiten grundsätzlich auf Foltermethoden und unmenschliche Behandlungen verzichtet wird. Dazu zählt, dass selbst Menschen am untersten Rand der kapitalistischen neoliberalen Bedeutungsskala immer noch Rechte haben müssen. Auch wenn sie das Schwerverbrechen begangen haben, anders auszusehen, kein Geld zu haben und/oder keine gültigen Papiere.

Für Menschen, die fernab oben erwähnter „Norm“ existieren, sind diese Standards derzeit nicht gewährleistet. Vom Maßstab für die Gleichheit streng nach unten als „anders“ definiert, bedeutet für sie Rechtsicherheit vor allem, dann in Sicherheit zu sein, wenn sie nichts mit dem Recht zu tun haben.