

nr 3/2013

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Internationales Investitionsrecht Staat – Macht – Konzerne

recht & gesellschaft

Sprachanalyse – Ein umstrittenes Beweismittel
Strafvollzug – Resozialisierung oder Repression
Schwein sein – Kastenstände und Tierschutz

debatte refugee protest

Rechtsschutzdefizite in Asylverfahren

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl
und Brian-Christopher Schmidt

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

VERLAG
ÖSTERREICH



Ludwig Boltzmann Institut
Menschenrechte



universität
wien

Forschungsplattform
Human Rights in the European Context



DI, 15. OKTOBER 2013, 19.00 UHR

Meinungsfreiheit in Gefahr?

- + In Kooperation mit Reportern Ohne Grenzen Österreich
- ▶ Dachgeschoß im Juridicum, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien

DI, 19. NOVEMBER 2013, 19.00 UHR

Opfer von Gewalt als Asylsuchende in Österreich

- + In Kooperation mit Hemayat
- ▶ Aula des Universitätscampus Altes AKH, 1. Hof, Spitalgasse 2–4, 1090 Wien

MI, 11. DEZEMBER 2013, 19.00 UHR

Von der Weltmensenrechtskonferenz 1993 zu einem Weltmensenrechtsgericht?

- + In Kooperation mit this human world
- ▶ Aula des Universitätscampus Altes AKH, 1. Hof, Spitalgasse 2–4, 1090 Wien

DI, 21. JANUAR 2014, 19.00 UHR

Eine Frage der Gerechtigkeit: Menschenrechte in der Post-2015- Entwicklungsagenda

- + In Kooperation mit der Dreikönigsaktion Hilfswerk der Katholischen Jungschar
- ▶ Dachgeschoß im Juridicum, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien

Das Eisenbahngesetz und die Bettlerin

Ronald Frühwirth¹

Das Wiener-Landessicherheitsgesetz verbietet verschiedene Formen des Bettelns, etwa gewerbsmäßiges, aufdringliches oder aggressives Betteln. Der VfGH stellte mittlerweile klar, dass „stilles“ Betteln von diesem Gesetz nicht unter Strafe gestellt wird – und betonte überdies, dass ein solches generelles Bettelverbot verfassungsrechtlich unzulässig wäre. In Wien werden dennoch regelmäßig gegenüber „still“ bettelnden Menschen Verwaltungsstrafen verhängt. Die einschlägigen Bestimmungen werden nämlich sehr weit, um nicht zu sagen schikanös, ausgelegt. Die Betroffenen wissen (bzw wussten bisher) nur schlecht über die Rechtslage Bescheid und haben – erschwert durch Sprachbarriere und fehlende finanzielle Mittel – so gut wie keinen Zugang zu Rechtsschutzmöglichkeiten. Also bleibt viel verwaltungsstrafbehördliches und polizeiliches Handeln un bekämpft, wiewohl es oft rechtswidrig ist.

Die „Bettelloobby“ versucht Interessen von Bettler_innen in der Öffentlichkeit und Verständnis für ihre Situation zu vermitteln. Sie bietet auch Unterstützung beim Zugang zu Recht und erstellte und verteilte zu diesem Zweck eine mehrsprachige Broschüre, in der Bettler_innen darüber aufgeklärt werden, welche Formen des Bettelns verboten sind, welche Rechte ihnen im Kontakt mit Polizei und Verwaltungsbehörden zukommen und welche Rechtsbehelfe ihnen zur Verfügung stehen. In diesem Rahmen finden derzeit einmal monatlich Beratungsabende statt, in denen auch konkrete Hilfestellung etwa bei der Ergreifung von Rechtsbehelfen angeboten wird. Schon die ersten, sehr zahlreich besuchten Abende haben gezeigt, womit im ökonomischen Sinne arme Menschen zu kämpfen haben, wenn ihnen eine von der Politik instrumentalisierte Bürokratie nicht wohlgesinnt ist. Zum Beispiel:

Frau N. saß zusammengekauert am Rande der Treppe einer U-Bahn-Station, wo sie in der Hoffnung, die eine oder andere Almose zu erhalten, leise vor sich hin sang. Mitarbeiter_innen der Wiener Linien meinten, dieses Verhalten wäre verboten und forderten sie auf, sie zu begleiten. In einem Raum der U-Bahn-Aufsicht erwarteten sie dann Polizist_innen und Mitarbeiter_innen des Magistratischen Bezirksamtes. Frau N. saß dort mit vielen weiteren, in U-Bahn-Stationen aufgegriffenen Personen rund eine Stunde lang fest. Am Ende verließ sie den Raum mit einem Stoß Zettel in der Hand, deren Inhalt sie nicht verstand. Der wichtigste war eine Strafverfügung über 140 Euro; nicht ihre erste.

1 Für wertvolle Anmerkungen und Kommentare danke ich Nina Eckstein und Eva Pentz.

Frau N. hatte bereits zuvor drei Mal derartige Strafverfügungen erhalten, ohne je zu verstehen, weshalb sie eigentlich bestraft wurde. „Stilles“ Betteln ist schließlich nicht strafbar, auch nicht in U-Bahn-Stationen. Das Magistratische Bezirksamt war aber der Meinung, Frau N. habe als Bahnbenützerin § 47b Eisenbahngesetz verletzt, weil sie sich nicht so verhalten habe, wie es die Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn gebieten würde, da sie „im Bereich innerhalb der Entwerter Sperre, auf der festen Stiege sitzend, den Fluchtweg aus der U-Bahn Station [...] in der Absicht dort länger zu verweilen, durch Sitzen eingeengt [habe] und dies geeignet [wäre], die Sicherheit der Fahrgäste, die auf diesen Fluchtweg angewiesen [seien], im Gefahrenfall zu beeinträchtigen.“ Man_frau höre und staune. Kann es tatsächlich die Sicherheit und Ordnung des Eisenbahnbetriebes gefährden, dass ein Mensch zusammengekauert am äußersten Rand einer breiten Treppe sitzt?

Auch andere Verwaltungsstrafen der Wiener Behörden scheinen schwer nachvollziehbar: Gewerbsmäßiges Betteln liegt für die Landespolizeidirektion Wien etwa vor, wenn zwei bettelnde Personen miteinander in Sicht- und Augenkontakt stehen. Aufdringliches Betteln ist gegeben, wenn eine am Boden sitzende Bettlerin ihren Almosenbecher nicht abstellt, sondern von sich weg in Richtung der Passant_innen streckt. Beim Sitzen am Boden ein Bein auszustrecken, wird ebenso als aufdringliches Betteln und als Behinderung des Fußgänger_innenverkehrs (und damit als Verstoß gegen § 78 lit c StVO) qualifiziert.

Frau N. erschien mit ihrer Strafverfügung bei einem Beratungsabend der „Bettelloobby“. So konnte N. mit anwaltlicher Unterstützung Rechtsmittel ergreifen. Und siehe da, der UVS Wien als Berufungsinstanz setzte dem Unfug ein Ende. Ein formales Argument verhalf Frau N. dazu.

Die von der Verwaltungsstrafbehörde herangezogene Bestimmung des Eisenbahngesetzes richtet sich nämlich explizit an „Bahnbenützerin“. Der UVS Wien stellte nun klar, dass nach der genannten Bestimmung nur ein Verhalten strafbar ist, „das mit der aktuellen Benützung von Schienenfahrzeugen (mit dem Ein- und Aussteigen und dem Aufenthalt in solchen Fahrzeugen) in einem unmittelbaren örtlichen und zeitlichen Zusammenhang steht.“ Der Aufenthalt in einer U-Bahn-Station (auch innerhalb der sogenannten Entwerter Sperren) reicht noch nicht dazu aus, um von einer „Bahnbenützerin“ zu sprechen. Frau N. konnte deswegen die Sicherheit und Ordnung des Bahnbetriebes nicht gefährden. Das Argument überzeugt und bringt eine wichtige Klarstellung. Damit sollte die Bestrafung von „stillem“ Betteln in Wiener U-Bahn-Stationen der Vergangenheit angehören.

Entscheidungen wie diese zeigen, dass es sich lohnen würde, öfter Rechtsbehelfe gegen derartige Strafverfügungen zu ergreifen. Die Verwaltungsstrafbehörden legen die einschlägigen Bestimmungen nicht nur weit aus, sie führen die Verfahren oft genug auch mangelhaft. Konkurrenzen werden nicht beachtet, Ersatzfreiheitsstrafen viel zu hoch bemessen; es fehlt oft an wesentlichen Feststellungen zur Tatbestandsmäßigkeit des Ver-

haltens; mitunter fehlen sogar ausreichend konkrete Angaben zu Tatzeit oder Tatort. Der Wille, Bettler_innen durch Verhängung von Geld- und Freiheitsstrafen aus dem öffentlichen Raum und damit aus der Wahrnehmbarkeit der Bevölkerung zu verbannen, tritt klar zu Tage. Und der Verwaltungsapparat fährt dazu alle ihm zur Verfügung stehenden rechtlichen Geschütze auf. Neben der Verhängung von Geldstrafen wird Bettler_innen auch regelmäßig das erbettelte Geld abgenommen und für verfallen erklärt. Dabei geht es um Beträge zwischen drei und dreißig Euro; für eine Gebietskörperschaft nichts, für die Betroffenen der Vermögenswert, für den sie mehrere Stunden oder Tage in unwirtlichen Verhältnissen auf der Straße ausgeharrt haben. Es fällt schwer, Verständnis für derartiges Behördenvorgehen aufzubringen. Wiederum liegt es nahe, von Schikane zu sprechen. Die Geldstrafen können in der Regel nicht bezahlt werden, sie machen mitunter bis zu 250 Euro pro Verwaltungsübertretung aus. Die Betroffenen müssen daher immer wieder Ersatzfreiheitsstrafen absitzen und mehrere Tage im Gefängnis verbringen.

Beim Vorgehen gegen Bettler_innen wird das Recht als Mittel zur Durchsetzung politischer Interessen benutzt. Die Ausgangslage ist von einem starken Gefälle gekennzeichnet: Auf der einen Seite der Staat, verkörpert durch einen Verwaltungsapparat, der Geld- und Haftstrafen verhängt, Vermögenswerte abnimmt und für verfallen erklärt, Vollstreckungsverfügungen erlässt oder Pfändungsgebühren vorschreibt; auf der anderen Seite Personen ohne ausreichende Existenzgrundlage, ohne Vermögen und Einkommen, die oft die deutsche Sprache nicht ausreichend beherrschen, ihre Rechte nicht kennen und selbstverständliche Lebensbedürfnisse nach Wohnen, Essen und Kleidung nicht befriedigen können.

Der Umstand, dass Menschen verhalten sind, zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse zu betteln, wird nicht als Anstoß zur Ergreifung sozialpolitischer Maßnahmen verstanden. Die Politik beschränkt sich darauf, Recht als Machtinstrument einzusetzen, um für sie unerwünschtes Verhalten aus dem öffentlichen Raum zu verbannen. Der Fall von Frau N. zeigt, wie wichtig es ist, bei einer solchen Ausgangslage dem Verwaltungsapparat als verlängerten Arm der Politik ebenfalls mit rechtlichen Mitteln entgegenzutreten und so das beschriebene Machtgefälle etwas anzuheben. So könnte eine mit den Mitteln des Rechts erreichte Beschränkung der pönalisierenden Handlungsspielräume der Behörden dazu führen, dass Wege gesucht werden, Armut und den Umständen die dazu führen entgegenzuwirken, anstatt die davon Betroffenen zu strafen. Die Erfahrung lässt allerdings befürchten, dass noch einige rechtliche Sträufse ausgefochten werden müssen, ehe es so weit sein wird.

Mag. Ronald Frühwirth ist Rechtsanwaltsanwärter in Graz und Wien sowie Mitherausgeber des juridikum; r.fruehwirth@kocher-bucher.at;

Die besprochene Entscheidung des UVS Wien (4.11.2013, UVS-03/P/8/12471/2013-1) ist noch nicht im RIS abrufbar. Sie kann derweil vom Autor bezogen werden.

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 265 Das Eisenbahngesetz und die Bettlerin
Ronald Frühwirth

merk.würdig

- 270 Zukunft ohne Geschlechter?
Bericht über den Grundrechtstag 2013 der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter
Ilse Koza / Caroline Voithofer
- 274 Repression und Antirepression
BAKJ-Sommerkongress in Hamburg
Stefan Auer / Katharina Rogan / Verena Weilharter
- 277 Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht
Edeltraut Lachmayer

recht & gesellschaft

- 281 Ein umstrittenes Beweismittel
Sprachanalyse als Instrument der Herkunftsbestimmung in Asylverfahren
Margit Ammer et al
- 298 Gedanken zum österreichischen Strafvollzug: Resozialisierung und Besserung oder Repression und Vergeltung?
Alexia Stuefer
- 311 Schwein sein in Österreich
Anmerkungen zur Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen
Martin Hiesel

debatte refugee protest

- 319 Defizite im Rechtsschutz?
Unabhängige Instanz zur Überprüfung negativ entschiedener Asylverfahren
Lioba Kasper

thema

- 330 Vorwort: Internationales Investitionsrecht. Staat – Macht – Konzerne
Pia Eberhardt / Peter Fuchs
- 338 A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration
Gus Van Harten
- 348 Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht
Markus Krajewski
- 361 Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen?
Eigentum zwischen Menschenrecht, Investitionsschutz und demokratischem Eigentumskompromiss
Rhea Tamara Hoffmann
- 374 Interpreting Fair and Equitable Treatment in International Investment Law
Nathalie Bernasconi-Osterwalder / Yalan Liu

386 Politikbekämpfung als Geschäftsmodell

Die Rolle der Rechtsbranche im internationalen Investitionsrecht

Pia Eberhardt

392 Projektanzeige „Making EU Investment Policy work for Sustainable Development“

nach.satz

394 Wenig Bewegung in Sachen Frauenquoten

Julia Planitzer

Impressum**juridikum**zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394**Herausgeber_innen:**

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl und Brian-Christopher Schmidt

Medieninhaber und Verleger:Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Maria Peckary
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Jörg Steiner
j.steiner@verlagoesterreich.at**Preis:**Jahresabonnement: Euro 60,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich**Redaktion:**

Angelika Adensamer, Flora Alvorado-Dupuy, Miriam Broucek, Lorenz Dopplinger, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Karol Felsner, Ronald Frühwirth, Philipp Hense, Marion Guerrero, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Maria Sagmeister, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner, Andreas Wöckinger

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe (Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva

Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Linz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Bea Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Bremen)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Margit Ammer, Stefan Auer, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, Brigitta Busch, Nora Dorn, Pia Eberhardt, Ronald Frühwirth, Peter Fuchs, Martin Hiesel, Rhea Tamara Hoffmann, Lioba Kasper, Ilse Koza, Markus Krajewski, Edeltraud Lachmayer, Yalan Liu, Julia Planitzer, Katharina Rogan, Martina Rienzner, Anita Santner-Wolfartsberger, Walter Schicho, Barbara Seidlhofer, Karlheinz Spitzl, Alexia Stuefer, Gus Van Harten, Caroline Voithofer, Verena Weilharter

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführung: Mag. Katharina Oppitz, Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz: b+R satzstudio, graz

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Eva Pentz: epentz@gmx.at
Ines Rössl: ines.roessler@univie.ac.at
Brian-Christopher Schmidt: brian.schmidt@univie.ac.at
Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Zukunft ohne Geschlechter?

Bericht über den Grundrechtstag 2013 der Vereinigung
der österreichischen Richterinnen und Richter

Ilse Koza / Caroline Voithofer

Kann eine Rechtsordnung ohne essentialistische Kategorien, wie die Anknüpfung an bestimmte Geschlechter auskommen? Warum nicht „die Frauen“, „die Männer“ durch „Personen“ oder „Rechtssubjekte“ ersetzen? Ist eine rechtliche Zukunft ohne (Geschlechter)Kategorien denkbar und erstrebenswert? Mit dieser Frage erreichte der Grundrechtstag 2013 zum Abschluss seinen Höhepunkt.

Die Teilnahme an der Tagung, die im 2-Jahrestakt von der Fachgruppe Grundrechte der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter veranstaltet wird, ist kostenlos. Ganz im Sinne des erklärten Ziels des interdisziplinären Austauschs setzte sich das Publikum neben Jurist_innen aus allen Berufsfeldern auch aus Forschenden und Studierenden aus den Sozial- und Humanwissenschaften zusammen. Einziges organisatorisches Manko der sonst gelungenen Tagung: Wohl aufgrund der parallel stattfindenden Herbst-Session befand sich kein einziges Mitglied des VfGH unter den Teilnehmenden, womit die von der Rechtsordnung erklärten Hüter_innen der Grundrechte nur auf eine Nachlese der kritischen Bestandaufnahme beschränkt sind.¹

Der Grundrechtstag 2013 vermittelte den Rechtsanwender_innen in eineinhalb Tagen einen Überblick über die Problemkreise der Legal Gender Studies. Das Geschlecht eines Menschen wird rechtlich ab der Geburt relevant, denn jede Person ist über das Personenstandsrecht gezwungen, sich dem normierten biologischen Geschlechterverständnis zu unterwerfen und sich als männlich oder weiblich einzuordnen. Menschen, die nicht in diese scheinbar natürlichen Kategorien passen, sind mit einer Reihe von Problemen konfrontiert. So wurden bis vor Kurzem² Transgenderpersonen für die Anerkennung ihres gefühlten Geschlechts zu operativen Geschlechtsumwandlungen verpflichtet und damit zu Eingriffen in ihre körperliche Unversehrtheit gezwungen. Darauf verwies insbesondere *Andrea Büchler* (Institut für Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich), die in ihrem Vortrag den mühsamen Entwicklungsprozess einer progressiven

1 Es besteht die Möglichkeit, die Vorträge und Referate herunterzuladen. Vgl <http://richtervereinigung.at/grt/grundrechtstag2013.php> (23.9.2013).

2 In Österreich brachte ein Erkenntnis des VfGH vom 27.2.2009, 2008/17/0054 die historische Abkehr vom Zwangserfordernis der operativen Geschlechtsumwandlung. Vgl zur österreichischen Rechtslage *Greif*, In *Trans/Formation*. Geschlechtswechsel zwischen staatlicher Kontrolle und rechtsfreiem Raum, *juridikum* 2009, 68.

Rechtsprechung betreffend transgener Personen in der Schweiz skizzierte. Intersexuelle Personen mit uneindeutigen biologischen Geschlechtsmerkmalen entbehren jeglicher rechtlicher Wahrnehmung, wie *Helmut Graupner* (Rechtsanwalt in Wien) in seinen Ausführungen eindrücklich darlegte.

Unter anderem mit der Anknüpfung an einen binären, biologisch-medizinischen Geschlechterbegriff werden dem jeweiligen Geschlecht bestimmte Eigenschaften, Rollen und Handlungsformen zugewiesen. Die soziale Konstruiertheit von Geschlecht wird vom Recht völlig ausgeblendet, obwohl es bei dieser Konstruktion mitwirkt. Auf diese Problematik kam der Entwicklungspsychologe *Werner Leixnering* zu sprechen, der geschlechtsspezifische Unterschiede im Zusammenhang mit Gewalt und Aggression zum Großteil auf soziokulturelle und individuelle Einflussfaktoren zurückführte, zumal im Säuglings- und Kleinkindalter kaum Unterschiede im Verhalten zwischen den Geschlechtern festzustellen seien. Die Bilanz dieses Diskurses ist allgemein bekannt: mehr als 90% der Straffälligen sind männlich.³ *Ulrike Lembke* (Institut für Öffentliches Recht und Legal Gender Studies, Universität Hamburg) warnte sowohl Rechtspraxis als auch Rechtspolitik vor der Gefahr, daraus biologistische Fehlschlüsse zu ziehen und forderte zu einem geschlechterkompetenten Umgang mit Gewalt auf.

Die Geschlechterzuordnung ist mit elementaren Eingriffen in die individuelle Entwicklung verbunden. Die den Geschlechtern zugewiesenen Rollen unterscheiden sich nicht nur inhaltlich, sondern auch hinsichtlich ihrer gesellschaftlichen Bewertung, womit eine geschlechtsbezogene Hierarchisierung (re)produziert wird, die in Zahlen ausgedrückt bei den Teilnehmenden für wenig Überraschung sorgte: Nach wie vor seien Frauen etwa in Justiz, Universität und Privatwirtschaft mit einer gläsernen Decke und der mit ihr einhergehenden Einkommensschere konfrontiert. Dies ergab sich unter anderem aus den Ausführungen von *Waltraud Berger* (Senatspräsidentin OLG Wien), *Silvia Ulrich* (Institut für Legal Gender Studies, Universität Linz) und *Joachim Preiss* (Kabinettschef im BMASK).

Tendenzen für einen Wandel erblickte *Michelle Cottier* (Institut für Privatrecht und Rechtssoziologie, Universität Basel) in Bezug auf das Familienkonzept des Rechts. So befinde sich das seit den 1950er Jahren vorherrschende Leitbild von Familie und Elternschaft beruhend auf einer Verschiedengeschlechtlichkeit des Elternpaares und der Idee einer Kongruenz von genetischer, biologischer, sozialer und rechtlicher Elternschaft aktuell im Umbruch. Entwicklungen wie die Entprivilegierung der Ehe, die zunehmende Pluralisierung von Elternschaft sowie die Auflösung starrer Geschlechterrollen würden dazu beitragen, alternative Lebensformen und Familienkonzepte zu ermöglichen. Dass dieser Paradigmenwechsel noch nicht vollzogen ist, zeigt das Beispiel von LSBTQ-Elternschaft, die weiterhin mit zahlreichen rechtlichen Hürden konfrontiert ist. Dies

3 Vgl. Jahresbericht 2012 des österreichischen Strafvollzugs, abrufbar unter http://strafvollzug.justiz.gv.at/_downloads/Jahresbericht_2012.pdf (24.9.2013).

führt die uneinheitliche Praxis der verschiedenen Jugendwohlfahrtsträger (künftig Kinder- und Jugendhilfe) in Bezug auf die Auswahl der Pflegeeltern deutlich vor Augen. Während sich Wien seit mehr als zehn Jahren um die Anerkennung gleichgeschlechtlicher Pflegeelternpaare bemüht, wie *Gabriele Herlitschka* (Leiterin der Jugendwohlfahrt, Innsbruck) betonte, verwies der Vertreter der niederösterreichischen Jugendwohlfahrt *Peter Rozsa* auf die seit zwei Jahren ausstehende Entscheidung des VwGH zur Frage der Zulässigkeit der Ablehnung eines lesbischen Paares, das sich um ein Pflegekind beworben hatte. Der anwesende Rechtsvertreter der Beschwerdeführerinnen, *Helmut Graupner*, ergänzte ein interessantes Detail zum Fall: Die Antragstellerinnen seien beide beim Land Niederösterreich im Bereich des Kindererziehungswesens beschäftigt. An der mangelnden pädagogischen Kompetenz könne die Eignungsprüfung daher wohl nicht gescheitert sein.

Angesichts einer von der binären Geschlechterkodierung durchzogenen Gesellschaft und Rechtsordnung kommen an der Überwindbarkeit der Anknüpfung an Geschlechterkategorien Zweifel auf. Ist die Abschaffung der Geschlechterzuordnung utopisch? Spätestens wenn es um die Einführung von Unisex-Toiletten ginge, werde klar, wie tief die Geschlechteridentitäten eingeschrieben seien, leitete *Susanne Baer* (Richterin am Bundesverfassungsgericht Karlsruhe) ihren Vortrag schmunzelnd ein und setzte ihr Gedankenexperiment von der Verbannung der Geschlechter im Recht anhand weiterer Beispiele fort. Rasch wurde deutlich, eine radikale Verbannung der Kategorie Geschlecht (oder anderer Kategorien) würde ebenso wenig befriedigen wie der status quo. Denn Ziel solle nicht sein, die derzeitige Essentialisierung von Differenz und Ungleichheiten sowie die Verfestigung kollektiver Identitätskonzepte durch eine überhöhte Individualisierung und Entpolitisierung abzulösen. Das Recht und die Rechtsanwendung würden dadurch der kapitalistischen Idee dienen, indem strukturelle Barrieren systematisch ausgeblendet würden und zugleich den Einzelnen suggeriert würde, das Scheitern ihres Fortkommens liege an ihnen höchstpersönlich. Dies würde auch der Grundidee des Antidiskriminierungsrechts als ein Mittel zum Ausgleich mit dem Ziel der Gerechtigkeit zuwider laufen und hätte die Abschwächung spezifischer diskriminierungsschutzrechtlicher Instrumentarien wie etwa positiver Maßnahmen zur Folge.

Die Dilemmata des Antidiskriminierungsrechts seien mit den bislang diskutierten Mitteln nicht zu überwinden. *Baer* empfahl daher zwischen Regulierung und Rechtsanwendung zu differenzieren. Eine Zukunft ohne Geschlechter sei auf regulativer Ebene unter der Voraussetzung eines geschlechterkompetenten Agierens im Bereich der Rechtsanwendung denkbar. Die praktische Umsetzung dieser Idee erfordere eine Reformulierung normativer Texte und eine politische Neuverhandlung aller Bereiche, die mit dem Geschlecht verknüpft sind. Normen, die Wissen über gesellschaftliche Strukturen einfließen lassen und auf Prozesse und Handlungen anstatt auf stereotype Merkmale abstellen, würden die rechtliche Beurteilung auf die Benachteiligung im Kontext von Macht- und Herrschaftsverhältnissen lenken und zu deren Veränderung beitragen. Das hieße:

Diskriminierung wegen (Hetero)Sexismus statt Diskriminierung wegen Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, Diskriminierung wegen Rassismus statt Diskriminierung wegen Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe, etc. Damit würde nicht auf das Wesen des/der Diskriminierten abgestellt, sondern zentral wäre die Beurteilung der rassistischen oder sexistischen Handlung unter Berücksichtigung des Zusammenspiels der essentialisierenden Zuschreibungen, der konkreten sozialen und diskursiven Ausschlusspraktiken und gesellschaftlicher Macht. Erst eine Rechtsdogmatik, die an die Funktionen und Praktiken anknüpfe, ermögliche die kritische Reflexion von Kategorien und lasse deren Konstruktion erkennen.

Baer und den Vertreter_innen eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts geht es nicht darum, „Antidiskriminierungskategorien als kritische Benennungs- und Analysebegriffe abzuschaffen, sondern das Risiko essentialistischer Fehlschlüsse und deren praktische Konsequenzen zu verringern.“⁴ Zu *Baers* Vorschlag passt methodisch eine prinzipiengeleitete Interpretation, für die *Nikolaus Benke* (Institut für Römisches Recht, Universität Wien) und *Elisabeth Holzleithner* (Institut für Rechtsphilosophie, Universität Wien) plädiert haben; und schon könnte geschlechtergerechtes Recht verwirklicht sein. Zugegeben keine leichte Aufgabe, aber nicht unmöglich. Die Änderung des deutschen Personenstandsgesetzes, wonach ab 1.11.2013 die Kategorien männlich und weiblich um die des unbestimmten Geschlechts ergänzt und damit die Unumstößlichkeit der binären Geschlechterordnung in Frage gestellt wird, zeigt Tendenzen der Anknüpfung an die soziale Konstruktion von Geschlecht.⁵ Als Vorreiter gilt auch Argentinien, das im Mai 2012 mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Geschlechteridentität jeder Person zu jedem Zeitpunkt die Wahl des Geschlechts überlässt, samt Vornamenänderung ohne Notwendigkeit einer operativen Geschlechtsumwandlung.⁶ Theoretisch wie praktisch sind damit erste Grundsteine für eine Tagung zum Thema „Recht ohne Geschlechter“ gelegt.

MMag.² Ilse Koza ist Juristin und Politologin, absolviert derzeit die Gerichtspraxis im Sprengel des OLG Wien und ist Redaktionsmitglied des *juridikum*; ilse.koza@univie.ac.at

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des *juridikum*; caroline.voithofer@uibk.ac.at

4 *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle: Überlegungen zu einem postkategorialen Antidiskriminierungsrecht, *Kritische Justiz* 2012, 213.

5 Personenstandsrechts-Änderungsgesetz vom 7.5.2013, BGBl I 2013/23, seit 1.11.2013 in Kraft.

6 Ley de Identidad de género vom 23.5.2012, Nr. 26.743.

Repression und Antirepression

BAKJ-Sommerkongress in Hamburg

Stefan Auer / Katharina Rogan/ Verena Weilharter

Der Sommerkongress des Bundesarbeitskreises kritischer Juragruppen (BAKJ) – eine Vernetzung linker Student_innengruppen mehrerer rechtswissenschaftlicher Fakultäten in Deutschland – fand vom 14.-16. Juni 2013 in Hamburg statt.¹ Wie in den vergangenen Jahren² nahm auch recht.kritisch³ aus Graz daran teil. Der Kongress wurde dieses Mal von Hamburgs Aktiven Jurastudent_innen (HAJ)⁴ veranstaltet und widmete sich dem Thema „Repression“. Das Ziel des Kongresses war eine vertiefte Auseinandersetzung mit Repression, die über die erste Assoziation mit diesem Begriff, nämlich den physischen Zwang, hinausging und verschiedene Aspekte von Repression bspw in der Sozialpolitik, im Umgang mit Menschen ohne deutschen Pass, in Sicherheits- und Kriminalitätsdiskursen sowie in den Anforderungen, die an Menschen und die Gestaltung ihres Lebens gestellt werden, beleuchtete.

Die theoretische Auseinandersetzung mit dem Themenschwerpunkt begann mit einer Podiumsdiskussion mit dem Titel „*ÜBER-DRUCK – Was ist Repression?*“ Christiane Schneider, Abgeordnete und Fachsprecherin für Inneres und Recht der Fraktion DIE LINKE, Britta Eder, Strafverteidigerin, und Andrea Kretschmann, Soziologin und Kriminologin an der Universität Bielefeld, Gastwissenschaftlerin am Institut für Höhere Studien in Wien und Redaktionsmitglied des *juridikum* diskutierten über unterschiedliche Erscheinungsformen, Funktionsmechanismen sowie zugrundeliegende Interessen von Repression. Auch wurde der Begriff Repression auf seine Bedeutung als staatlicher Zwangsakt, im Gegensatz zu allgemeinen Erscheinungen kapitalistischer Produktionsverhältnisse wie Arbeit, reduziert und auf die Tatsache hingewiesen, dass Repression nicht ausschließlich durch ökonomische Sachzwänge bedingt ist, sondern auch relational autonome Strukturen (Bürokratien / Polizeiapparat) Einfluss haben.

Um Handlungsmöglichkeiten für kritische Jurist_innen in der Praxis aufzuzeigen, referierte Strafverteidigerin Daniela Hödl im Workshop *Sexarbeiter_innen zwischen Re-*

1 <http://bakj.de> (16.8.2013).

2 Siehe dazu den Bericht von *Pichl/Röhmer* zum Kongress „Recht und Herrschaft“ in *juridikum* 2011, 278 ff sowie *Adensamer/Alvarado-Dupuy/Sagmeister* „Zur kritischen Rechtswissenschaft“ in *juridikum* 2013, 5 ff.

3 <http://rechtkritisch.wordpress.com> (16.8.2013).

4 <http://haj.blogspot.de> (16.8.2013).

pression und Opferschutz über die Nebenklagevertretung von Sexarbeiter_innen in Verfahren wegen Menschenhandels. Durch das Institut der Nebenklage schafft die deutsche Strafprozessordnung (dStPO) für Opfer von Sexual- und Körperverletzungsdelikten⁵ die Möglichkeit sich dem Strafverfahren anzuschließen und aktiv darauf einzuwirken. Im Unterschied zum österreichischen Institut der Privatbeteiligung, welches lediglich die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche vorsieht, steht bei der Nebenklage das ideelle Genugtuungsinteresse des Opfers und eine Verhinderung von Sekundär- viktimisierung durch das Strafverfahren bzw das Verhalten der Behörden im Vordergrund.⁶ Daher kann Hödl in ihrer Rolle als Nebenklageverteterin einer Opferstigmatisierung von Sexarbeiter_innen während eines Strafverfahrens entgegenwirken und Schuldzuschreibungen seitens des/der Angeklagten durch kritische Fragen und Beweis- anträge korrigieren.

Im Workshop mit dem Titel *Alles Was Recht ist ... – Zur Ausgrenzung im „Unternehmen Stadt“* thematisierten der Hamburger Rechtsanwalt Carsten Gericke und der Politikwissenschaftler Volker Eick die Verschärfung sozialer Segregation und Schaffung neuer Armutspopulation durch den neoliberalen Umbau der Städte und die damit einhergehende intensivierete Disziplinierung und Kontrolle. Diese Entwicklung findet in diversen sicherheits- und ordnungspolitischen Instrumentarien ihre gesetzliche Verankerung; exemplarisch dafür sowie aktuell und örtlich relevant analysierten Gericke und Eick die in Hamburg konstruierten Gefahrenggebiete. Durch die Ausweisung von gefährlichen Orten ist die Polizei ermächtigt, in entsprechenden Gebieten verdachtsunabhängige Personenkontrollen sowie Datenabgleiche, Aufenthaltsverbote als auch Ingewahrsamnahmen anzuordnen bzw durchzuführen.⁷ Manche Gefahrenggebiete bestehen in Hamburg seit Jahren⁸, andere Stadtbereiche werden nur für wenige Tage, zum Beispiel rund um Fußballspiele, zu Gefahrenggebieten erklärt. Teilweise sind ganze Wohnviertel als Gefahrenggebiete ausgewiesen⁹ – wobei auch Bewohner_innen dieser Viertel nicht von polizeilichen Maßnahmen wie etwaigen Aufenthaltsverboten ausgenommen sind.¹⁰ Es wurde also ein Rechtsinstrument geschaffen, das in Grundrechte im öffentlichen Raum eingreift und eine diskriminierende Rechtspraxis ermöglicht, von der vor allem Menschen, die von der Polizei dem linken Spektrum zugerechnet werden, Menschen mit Migrationshintergrund, sowie Menschen, die aufgrund der sich wandelnden Arbeitswelt zunehmend als sozial bzw ökonomisch überflüssig angesehen werden, betroffen sind.

5 Eine taxative Aufzählung der Delikte findet sich in § 395 dStPO.

6 *Velten*, Ein Plädoyer für die Nebenklage, in FS Miklau (2006) 586.

7 § 4 Abs 3 Gesetz über die Datenverarbeitung der Polizei.

8 Vgl <http://www.grundrechte-kampagne.de/content/st-pauli> (16.8.2013).

9 *Wehrheim*, Gefahrenggebiete in Hamburg http://gefahrenggebietefahrden.noblogs.org/files/2013/07/Gefahrengebiete_Broschuere_Web.pdf, 9 ff (16.8.2013).

10 So bei einer Anwohnerin im Schanzenviertel, die nun dagegen gerichtlich vorgeht (vgl *von Appen*, Schanzenviertel klagt gegen Gesetz. Polizeirecht auf dem Prüfstand, <http://www.taz.de/!71912/> (16.8.2013).

In diesem Zusammenhang, jedoch die subjektive Seite der Adressat_innen von repressiver Stadtpolitik thematisierend, erarbeiteten Max Pichl und Lucas Pohl¹¹ im Workshop *Angstdiskurse – Neue Gefahren im städtischen Raum*, mögliche Erklärungsversuche, wie diese stark in Bürger_innenrechte eingreifenden Disziplinierungs- und Kontrollmaßnahmen Rückhalt in der Bevölkerung finden können.

Mit dem Anspruch, Theorie und Praxis zu verbinden und eine materialistische Analyse von Herrschaft und Recht um einen weiteren Aspekt zu bereichern, diskutierten die Teilnehmer_innen des Workshops *Hegemonie, das Recht und die Piraten* unter Einführung und Anleitung durch den Hamburger Juristen und Kriminalsoziologen Moritz Assall über die Rolle des Rechts bei der Herstellung von Hegemonie und vice versa. Nach einer kurzen Beschäftigung mit der Staats- und Hegemoniekonzeption Antonio Gramscis, durch gemeinsames Lesen und Zusammenfassen relevanter Texte, zeigte Assall anhand des Prozesses gegen somalische Piraten in Hamburg¹², in welchem Ausmaß hegemoniale Ansichten zur Piraterie Einfluss auf den Prozess übten und inwieweit die Eigenlogik des Rechts¹³ selbst verhinderte, dass andere Perspektiven zur Piraterie argumentativ für die Angeklagten Eingang in den Prozess finden konnten. Der Workshop veranschaulichte in überzeugender Weise, durch welche Faktoren die Rechtsausübung beeinflusst ist und zeigte Grenzen möglicher Argumentationszugänge abseits der vorherrschenden Meinung auf.

Neben der Möglichkeit sich über diverse gesellschaftspolitische Themen austauschen zu können und Ideen zu sammeln, vermittelte auch dieser BAKJ Kongress erfolgreich das Gefühl, als politisch links denkender Mensch im Studium der Rechtswissenschaft nicht ganz auf sich alleine gestellt zu sein. Wir freuen uns auf das nächste Zusammenkommen.

Stefan Auer (s.auer@edu.uni-graz.at), Katharina Rogan (katharina.rogan@edu.uni-graz.at) und Verena Weilharter (verena.weilharter@edu.uni-graz.at) studieren Rechtswissenschaften in Graz und sind Aktivist_innen bei recht.kritisch.

11 Pichl studiert Rechtswissenschaften, Pohl absolviert das Masterstudium Geographien der Globalisierung (beide Frankfurt am Main).

12 Im November 2010 waren in Hamburg zehn Menschen aus Somalia der Entführung eines unter deutscher Flagge fahrenden Frachtschiffes vor der somalischen Küste angeklagt. Der zum Teil kafkaesk anmutende Prozess endete nach über 100 Prozesstagen mit mehrjährigen Haftstrafen für alle Beschuldigten. Dokumentierte Prozessbeobachtung unter <http://reclaim-the-seas.blogspot.de> (16.8.2013).

13 Dazu allgemein: *Buckel, Sonja/Fischer-Lescano, Andreas*, Hegemonie im globalen Recht – Zur Aktualität der Gramscianischen Rechtstheorie, in *Buckel, Sonja/Fischer-Lescano, Andreas* (Hrsg.) *Hegemonie gepanzert mit Zwang. Zivilgesellschaft und Politik im Staatsverständnis Antonio Gramscis* (2007) 85 (104).

Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht

Edeltraud Lachmayer

Buchbesprechung zu Ulrike Spangenberg, *Mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht*, Deutschland, Baden-Baden, Nomos Verlag 2013, 268 S., 64,- €, ISBN 978-3-8329-7813-6

Ulrike Spangenberg untersucht in ihrem 2013 erschienenen Werk die mittelbare Diskriminierung im Einkommensteuerrecht am Beispiel der Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung in Deutschland. Darüber hinaus enthält das vorliegende Buch, das auf einer an der Goethe Universität Frankfurt am Main verfassten Dissertation basiert, einen umfassenden Einblick in die bisherige Judikatur und Literatur in Deutschland (und beispielhaft auch in anderen Staaten) zur Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung.

Die Autorin beginnt im ersten Kapitel mit einer Darstellung der faktischen Wirkungen der Einkommensbesteuerung und der Frage wie es überhaupt dazu kommen kann, dass neutral formulierte Gesetzesbestimmungen zu mittelbarer Diskriminierung führen. Als Gründe dafür macht sie die rechtliche Anknüpfung an ausgewählte Lebensrealitäten, die Orientierung an gesellschaftlichen Normvorstellungen und die Vernachlässigung von Ungleichgewichten innerhalb von Ehe und Partnerschaft geltend. Anhand des Beispiels der in vielen Ländern umstrittenen steuerlichen Abzugsfähigkeit von erwerbsbedingten Kinderbetreuungskosten wird gezeigt, wie eine Orientierung an gesellschaftlichen Normvorstellungen die Abzugsfähigkeit von Aufwendungen beeinflussen kann. Die Autorin zeigt auf, dass sich das Steuerrecht am vollzeitarbeitenden (männlichen) Normarbeiter orientiert, der keine familiären Betreuungsverpflichtungen hat. Kinderbetreuungskosten werden dadurch der privaten Sphäre zugeschrieben und als nicht beruflich veranlasst angesehen. Dies spiegelt aber nicht die Lebensrealität berufstätiger Mütter wider, für die es Normalität ist, dass sie mit Betreuungskosten konfrontiert sind, die ihr steuerpflichtiges Einkommen vermindern und die Kosten eines Wiedereinstiegs erhöhen. Als weiteres anschauliches Beispiel für diese Problematik werden berufsbedingte Aufwendungen für behinderte Menschen thematisiert. Da sie nicht der gesellschaftlichen Normvorstellung entsprechen und ihre Behinderung als individuelles medizinisch bedingtes Defizit verstanden wird, werden ihre Aufwendungen maximal als außergewöhnliche Belastungen anerkannt. Die bewusste oder unbewusste Orientierung an gesellschaftlichen Normvorstellungen, die divergierende Lebensrealitäten vernachläss-

sigt, trägt durch die rechtliche Ausgestaltung der Einkommensteuer zu einer Verstärkung von gesellschaftlichen Ungleichheiten bei.

Im folgenden Kapitel des Buchs werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Prinzipien der Einkommensbesteuerung dargestellt und die Rechtfertigungen für die einzelnen Prinzipien umfassend untersucht. Die Autorin setzt sich dabei kritisch mit der Judikatur in Deutschland auseinander, wobei Themen wie die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Fiskalzweck- und Lenkungsnormen aus rechtsvergleichender Sicht auch für Österreich Bedeutung haben. Kapitel 3 befasst sich mit der Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung. Die Autorin widmet sich der Frage, welchem der besonderen Gleichheitssätze in Art 3 dt Grundgesetz (GG) das Verbot mittelbarer Diskriminierung entnommen werden kann und stellt anschaulich die Judikatur des dt Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und deren Entwicklung im Zeitverlauf dar. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wird heute vorwiegend aus Art 3 Abs 2 und 3 GG abgeleitet. In Deutschland ist die verfassungsrechtliche Verankerung der mittelbaren Diskriminierung, welche nicht nur eine formalrechtliche, sondern eine faktische Gleichstellung zum Ziel hat, mittlerweile in Judikatur und Literatur weitgehend anerkannt. Die Autorin unterscheidet innerhalb der mittelbaren Diskriminierung zwischen mittelbarer Differenzierung und faktischer Schlechterstellung und kommt zum Schluss, dass eine Rechtsnorm mit dem GG dann nicht vereinbar ist, wenn aus ihrer Anwendung Nachteile für ein Geschlecht resultieren, die auf die unterschiedlichen sozioökonomischen Lebensrealitäten zurückzuführen sind, und dafür unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips keine sachliche Rechtfertigung besteht. Die Autorin widerspricht der in der Literatur teilweise vertretenen Auffassung, dass sich das Verbot mittelbarer Diskriminierung in Art 3 Abs 2 GG nur auf Frauen beschränke. Der spezielle Gleichheitssatz diene zwar dem Schutz strukturell benachteiligter Gruppen, aber auch Männer, deren Lebensrealitäten und -konzepte von der gesellschaftlichen Norm abweichen und nicht dem Bild der herrschenden Geschlechterrollen entsprechen, könnten sich auf den Schutz mittelbarer Diskriminierung berufen.

In Kapitel 4 widmet sich die Autorin nun dem Verbot mittelbarer Diskriminierung im Einkommensteuerrecht. Während das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot im Wesentlichen im Arbeitsrecht gilt und damit für das Steuerrecht nur wenige Anknüpfungspunkte bietet, hat das dt BVerfG bereits Ende der 1950er Jahre judiziert, dass die damals geltende Zusammenveranlagung von Ehegatt_innen mit dem Ziel „die Ehefrau wieder ins Haus zurückzuführen“ zu negativen Erwerbsanreizen für Frauen führe und den gleichen rechtlichen Erwerbchancen von Männern und Frauen zuwiderlaufe. Die Autorin bringt weitere Beispiele aus der Rechtsprechung und stellt dann die Prüfschritte für die Feststellung einer geschlechtsbezogenen Benachteiligung dar. Hier kommt einer wirkungsorientierten Bewertung der Besteuerung eine wesentliche Bedeutung zu. Um faktische Nachteile in der Einkommensbesteuerung prüfen zu können, müssen

neben finanziellen Belastungen und Begünstigungen auch Zugangsbeschränkungen und Verhaltensanreize betrachtet werden. So dürfen Steuern keine Anreize setzen, mit denen geschlechtsbezogene Rollenverteilungen verfestigt oder gefördert werden. Es wird dargestellt, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, jede faktische (sozioökonomische) Benachteiligung über das Steuerrecht auszugleichen, aber bestehende Ungleichheiten nicht durch Systementscheidungen zusätzlich verschärfen darf. Anschließend geht die Autorin ausführlich auf die unterschiedlichen Rechtfertigungsmöglichkeiten für geschlechtsbezogene Nachteile ein. Prüfungsmaßstab ist dabei stets das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Im Steuerrecht kommen unterschiedliche Rechtfertigungsgründe in Betracht, so insbesondere das Leistungsfähigkeitsprinzip oder Lenkungsziele. Budgetäre Erwägungen können demgegenüber für sich genommen keine Rechtfertigung für mittelbar diskriminierende Maßnahmen darstellen.

Kapitel 5 gibt einen Überblick über die Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung in Deutschland und bewertet diese kritisch anhand der Ziele der Reformmaßnahmen, die insbesondere in der Stärkung der privaten und betrieblichen Altersvorsorge lagen. Durch die Reform der gesetzlichen Altersvorsorgesysteme wird in Zukunft eine zusätzliche Pensionsvorsorge notwendig, um das bisherige Pensionsniveau wahren zu können. In Kapitel 6 wird das Verbot mittelbarer Diskriminierung nun auf die Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung angewandt. Anhand der (wenigen) vorhandenen empirischen Daten und einer Analyse der Wirkungsweise der steuerlichen Bestimmungen kommt die Autorin zum Schluss, dass die derzeitigen Regelungen faktisch Frauen benachteiligen. Geschlechtsbezogene Nachteile bei der Besteuerung der zusätzlichen Alterssicherung bestehen dabei auf mehreren Ebenen. Im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge entsteht eine faktische Schlechterstellung von Frauen dadurch, dass eine solche Altersvorsorge in frauendominierten Branchen und Betrieben seltener ist als in typischen Männerberufen. Zudem bewirkt der Abzug der Vorsorgebeiträge von der Steuerbemessungsgrundlage sowohl bei der betrieblichen als auch der privaten Altersvorsorge durch die Einkommensdifferenzen im Durchschnitt eine stärkere Förderung von Männern. Frauen sind weniger in der Lage, die Höchstbeiträge für die absetzbaren Aufwendungen in Anspruch zu nehmen und profitieren durch den Progressionseffekt weniger als Männer. Darüber hinaus kann aufgrund der unterschiedlichen Lebensrealitäten von Frauen und Männern der partielle Übergang von der gesetzlichen zur privaten Altersvorsorge schon grundsätzlich in einer Benachteiligung von Frauen resultieren. Die geschlechtsbezogenen Nachteile könnten zwar teilweise durch die Ziele der zusätzlichen Alterssicherung gerechtfertigt werden, manchen steuerlichen Begünstigungen mangelt es aber nach Ansicht der Autorin an der Verhältnismäßigkeit. Dies betrifft vor allem die private Altersvorsorge in Form der sogenannten „Riester-Rente“, da die Erfüllung des Ziels der „Riester-Rente“ – der Ausgleich der Lücken in der gesetzlichen Pensionsversicherung – unter Berücksichtigung der Erwerbsverläufe von Frauen fraglich ist. Zudem sei eine mit dem Einkommen steigende Steuerentlastung nicht erforderlich; statt eines

Abzugs von der Steuerbemessungsgrundlage würde ein Abzug von der Steuerschuld eher dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen. Teile der steuerlichen Behandlung der zusätzlichen Alterssicherung widersprechen daher nach Ansicht der Autorin dem Verbot mittelbarer Diskriminierung und sind verfassungswidrig.

Das Buch bietet einen sehr interessanten Problemaufriss zum Thema mittelbare Diskriminierung im Steuerrecht, der die bisherige Judikatur und Literatur anschaulich darstellt. Während im Arbeitsrecht die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung schon einen festen Platz in Judikatur und Wissenschaft eingenommen hat, wird deutlich, wie wenig sensibilisiert derzeit noch die Steuerrechtswissenschaft sowie Judikatur und Politik hinsichtlich geschlechtsbezogener Nachteile im Steuerrecht sind. Für Österreich fällt die Bilanz derzeit noch ernüchternder aus, da aufgrund der sehr vage gehaltenen Bestimmung in Art 7 Abs 2 B-VG dieses Thema in der österreichischen Judikatur und Wissenschaft bisher nur ein Schattendasein fristet. Die mit 2013 verpflichtenden wirkungsorientierten Folgenabschätzungen, die bei jeder Regierungsvorlage zu erfolgen haben und auch die Auswirkungen auf die Gleichstellung der Geschlechter messen müssen, werden möglicherweise zu einer stärkeren Sensibilisierung in diese Richtung führen.

Dem vorliegenden Buch ist auch eine Bedeutung für den Rechtsvergleich zu konstatieren, da die Entwicklungen des deutschen Rechts aufgrund der ähnlichen Rechtsvorschriften auch für Österreich Bedeutung haben. Die bisherige Judikatur des dt BVerfG und die dazu ergangene deutsche Literatur können für Österreich wertvolle Anhaltspunkte liefern, ein stärkeres Diskriminierungsverbot auch in unserer Verfassung zu verankern. Insofern kann das vorliegende Buch für Deutschland und Österreich einen Beitrag leisten, für mittelbare Diskriminierungen zu sensibilisieren und in der Folge derartige Diskriminierungsverbote öfters aufzugreifen – sowohl von Seiten der Politik als auch von Seiten der Rechtsprechung.

Dr.ⁱⁿ Edeltraud Lachmayer ist Leiterin der Abteilung für Einkommensteuer- und Körperschaftsteuer im Bundesministerium für Finanzen; Edeltraud.Lachmayer@gmx.at

Ein umstrittenes Beweismittel

Sprachanalyse als Instrument der Herkunftsbestimmung in Asylverfahren

Margit Ammer / Brigitta Busch / Nora Dorn / Martina Rienzner /
Anita Santner-Wolfartsberger / Walter Schicho / Barbara Seidlhofer /
Karlheinz Spitzl

1. Einleitung

LADO (Language Analysis for the Determination of Origin/ Sprachanalyse zur Herkunftsbestimmung) gewann im Verlauf der letzten Jahre für Asylverfahren immer größere Bedeutung. Der zunehmend häufige Einsatz dieses Instruments lässt sich im Wesentlichen auf zweierlei Ursachen zurückführen: Die Behörden müssen Entscheidungen auf relativ „ungesicherten“ Grundlagen treffen. Neben den Aussagen der Asylsuchenden und Herkunftsländerinformationen stehen ihnen nur selten andere Beweismittel (zB Aussagen von Zeug_innen oder Urkunden) zur Verfügung. In Kombination mit dem hohen Zeitdruck in der Abwicklung erscheint auf Seiten der Behörden ein *prima vista* effizientes und auf wissenschaftlichen Kriterien beruhendes Instrument vorteilhaft. Auf Seiten der Expert_innen, deren sprachliche und sprachwissenschaftliche Kompetenzen bis dahin wirtschaftlich nicht besonders erfolgreich umsetzbar waren, bietet die Gutachter Tätigkeit mit Hilfe von *LADO* ein einträgliches Geschäftsfeld.

Die Durchführung von Sprachanalysen und die Verwendung der Ergebnisse in Verfahren sind Prozesse, deren Verständnis und Wirkung nicht durch eine wissenschaftliche Disziplin allein erfasst werden können. Der folgende Text ist daher das Ergebnis einer interdisziplinären Zusammenarbeit zweier Forschungsteams, *Englisch als Lingua Franca* (ELF) und *Plurilingual Speakers Encounter Unilingual Environments* (PluS), deren Zusammensetzung Sprachwissenschaften, Anglistik, Translationswissenschaften, Rechtswissenschaften und Afrikawissenschaften einbezieht. PluS wurde vom Wiener Wissenschafts-, Forschungs- und Technologiefonds (WWTF) finanziert und beschäftigte sich mit der Bedeutung von Mehrsprachigkeit für eine erfolgreiche Kommunikation bei Gericht und Behörden.

Wir werden im Folgenden anhand eines Fallbeispiels („Fall K.“) Ausgangslage und Auftrag für eine Sprachanalyse, Expertise und Ergebnis der Gutachter Tätigkeit näher beschreiben und uns grundlegend mit der Frage befassen, welche Erwartungen Asylbehörden im Hinblick auf solche Analysen haben. Weiters thematisieren wir die rechtlichen Verpflichtungen, die von den Behörden bei der Einbeziehung von Sprach„gutachten“ in

Entscheidungen zu berücksichtigen sind und beleuchten die Situation im konkreten Fall von K.

Es lassen sich theoretisch wie empirisch zwei Problemfelder in Verbindung mit *LADO* ausmachen, die in diesem Artikel beleuchtet werden:

(1) Inwieweit ist es wissenschaftlich abgesichert, mit Hilfe der Analyse von (gesprochenen) Textfragmenten Rückschlüsse auf die Herkunft bzw. sozio-kulturelle Zugehörigkeit von Schutzsuchenden zu ziehen?

(2) Werden *LADO*-Gutachten von den Asylbehörden auf Schlüssigkeit geprüft und nachvollziehbar in die Entscheidung im Asylverfahren einbezogen?

Antworten auf diese Fragen ergeben sich aus sprach- und rechtswissenschaftlichen Debatten zu Methoden und Verfahren. Gleichzeitig soll durch die genaue Betrachtung eines Verfahrens (der „Fall K.“), in welchem seitens der Behörde eine Sprachanalyse als Beweismittel eingesetzt wurde, ein Beispiel aus der Rechtsanwendung geliefert werden.

2. Was sind Sprachanalysen?

LADO ist eine von mehreren Methoden, die in Asylverfahren verwendet werden, um die Glaubwürdigkeit der Angaben schutzsuchender Personen zu ihrer Identität und Herkunft zu überprüfen. Behörden wie Gutachter_innen gehen bei der Durchführung einer *LADO* davon aus, dass die Art und Weise wie eine Person spricht, Rückschlüsse auf ihre Herkunft und/oder sprachliche Sozialisierung erlaubt. Eine (mündliche) Sprachprobe wird dahingehend untersucht, ob sie die Angaben des/der betreffenden Schutzsuchenden zu seiner/ihrer Herkunft bestätigt oder widerlegt bzw. ob eine andere Herkunft oder sozio-kulturelle Zugehörigkeit festgestellt werden kann.

Vorausgesetzt wird dabei, dass bestimmte Ausprägungen linguistischer Merkmale, die durch Beschreibungen regionaler Varietäten von Sprachen dokumentiert sind, die Herkunft einer Einzelperson eindeutig festlegen. Dabei erscheint das Argument umso stärker, je mehr sprachliche Analyseebenen – lautliche Realisierung, Grammatik, Lexikon – einbezogen werden.

LADO wurde erstmals von schwedischen Behörden eingeführt¹ und findet seit den 1990er Jahren international Anwendung. Mitarbeiter_innen der *Språksektionen* des schwedischen *Statens Invandraverk* begannen 1993 unter der Bezeichnung *Språkanalyser* Belege zu erstellen, die zur näheren Bestimmung der Herkunft herangezogen wurden. Binnen kurzer Zeit wurde der dem Innenministerium unterstellte Arbeitsbereich privatisiert. Derzeit gibt es in Schweden zwei Unternehmen für *LADO*: *Sprakab AB* bietet seit dem Jahr 2000 Sprachanalysen in „most languages“ an und verkaufte bis

1 Muysken/Verrips/Zwaan, Introduction, in Zwaan/Verrips/Muysken (Hrsg), Language and Origin. The Role of Language in European Asylum Procedures: Linguistic and Legal Perspectives (2010) 2.

2008 international zirka 40.000 Sprachanalysen.² *Verified AB*, im Jahr 2005 gegründet, beschäftigt derzeit rund 240 „*native speakers*“ und wurde bisher mit der Erstellung von zirka 24.000 Sprachanalysen beauftragt.³

Nach dem Vorbild Schwedens gingen immer mehr Staaten dazu über, in ihren Asylverfahren *LADO* zu verwenden. Sie kauften Gutachten von den genannten Unternehmen, beauftragten freiberufliche Gutachter_innen oder richteten, wie die Schweiz, Deutschland, Belgien und die Niederlande, eigene staatliche Stellen für Sprachanalysen ein.⁴

Bereits Ende der 1990er Jahre begannen Sprachwissenschaftler_innen die Tätigkeit der (schwedischen) Unternehmen kritisch zu hinterfragen. *Eades et al* bezeichneten die von *Sprakab* für australische Asylverfahren erstellten Gutachten als „*not valid or reliable*“ und beschrieben sie als „*based on ‚folkviews‘ about the relationship between language and nationality and ethnicity, rather than sound linguistic principles*“.⁵ *Kastenholz* kritisierte die *LADO*-Anbieter_innen insbesondere für den Einsatz von „sogenannten *native speakers*“, die als Expert_innen für Sprachanalysen herangezogen wurden, ohne über eine linguistische Ausbildung und wissenschaftliche Erfahrung zu verfügen.⁶

Die von wissenschaftlicher Seite geäußerte Kritik führte auf Seiten der Behörden keineswegs zu einer Debatte, ob, und wenn ja, wie, *LADO* dem aktuellen sprachwissenschaftlichen Forschungsstand gemäß durchgeführt werden kann. Dennoch wurde *LADO* gängige Praxis in Asylverfahren. Die unterschiedlichen methodischen Praktiken wurden von *unabhängiger* Seite niemals validiert,⁷ noch wurden sie einer *externen* wissenschaftlichen Evaluierung unterzogen.

2004 formulierte eine Gruppe von Linguist_innen Richtlinien zur Erstellung von Sprachanalysen.⁸ Diese Richtlinien sind jedoch, wie deren Verfasser_innen betonen, als Mindestkriterien zu verstehen und geben nur wenig Aufschluss darüber, wie *LADO* von der Auswahl der Fälle, der Erhebung der Sprachprobe, der Auswertung bis zur Berichterstattung („Gutachten“) konkret umgesetzt werden soll. Die *Guidelines* beinhalten aber grundlegende Prinzipien, die aufzeigen, wo die Grenzen von Sprachanalysen liegen und wo in mehrsprachigen Kontexten Vorsicht bei der Durchführung geboten ist.⁹

2 http://www.sprakab.se/Language_analysis.html (21.05.2013).

3 http://www.verified.se/eng_about.html (21.05.2013).

4 *Reath*, Language Analysis in the Context of the Asylum Process: Procedures, Validity and Consequences, *Language Assessment Quarterly* 2004, 209.

5 *Eades/Fraser/Siegel/McNamara/Baker*, Linguistic Identification in the Determination of Nationality: A Preliminary Report, *Language Policy* 2003, 179.

6 *Kastenholz*, Eine Afrikanistische Stellungnahme zur Sprachanalyse zum Zwecke der Herkunftsbestimmung von Asylantragstellern, *Pro Asyl* 1998, <http://www.proasyl.de/lit/spranaly/spr1.htm> (03.07.2013).

7 *McNamara/Van den Hazelkamp/Verrips*, Language testing, validity and LADO, in *Zwaan/Verrips/Muysken (Hrsg)*, *Language and Origin*.

8 *Language and National Origin Group*, Guidelines for the Use of Language Analysis in Relation to Questions of National Origin in Refugee Cases, *International Journal of Speech Language and the Law* 2004.

9 *Language & Asylum Research Group (LARG)*, LADO Guidelines, <http://www.essex.ac.uk/larg/resources/guidelines.aspx> (03.07.2013).

In Österreich werden Sprachanalysen sowohl bei freiberuflich tätigen Sachverständigen in Auftrag gegeben, als auch bei der schwedischen Firma *Sprakab* und bei *Lingua*, der Fachstelle für Sprachanalysen des Schweizer Bundesamts für Migration.¹⁰ Die Asylbehörden bezeichnen Sprachanalysen idR als „Gutachten“ und implizieren damit, dass hier das besondere Beweismittel eines Sachverständigengutachtens iSv § 52 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) vorliegt. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 8 Abs 6 Asylgesetz 2005 werden Sprachanalysen explizit als ein mögliches Beweismittel erwähnt, durch welches Angaben zum Herkunftsstaat falsifiziert werden können.¹¹

Die Behauptung, dass Sprecher_innen aufgrund der Art und Weise, wie sie sprechen, eindeutig einem bestimmten Ort zugeordnet werden können, wurde jedoch von Seiten der Mehrsprachigkeitsforschung wiederholt kritisiert, weil sie gesellschaftlich und biographisch bedingte Phänomene von Sprachkontakt ignoriert, wie sie bspw im Zusammenhang mit Mobilität, Migration, Vertreibung und Flucht, aber auch aufgrund von Entwicklungen in den Medien- und Kommunikationstechnologien auftreten.¹² Eine bestimmte sprachliche Realisierung lässt keine eindeutigen Rückschlüsse auf die „Herkunft“¹³ einer Person zu, insbesondere nicht auf ihre Staatsangehörigkeit. Vielmehr spiegelt das sprachliche Repertoire einer Person ihr gesamtes Leben wieder – „*a life that is lived in a real sociocultural, historical and political space*“.¹⁴ Dies gilt verstärkt für sprachliche Repertoires von Menschen, deren Lebensgeschichte von räumlicher Mobilität und wechselnden biographischen Bezugspunkten gekennzeichnet ist.

In Österreich wird LADO idR angeordnet, wenn im Hinblick auf die von Asylsuchenden angegebenen Herkunftsländer oder -regionen eine hohe Wahrscheinlichkeit auf Gewährung internationalen Schutzes besteht und diese Angaben von den Asylbehörden in Zweifel gezogen werden.¹⁵ Wie wir zeigen werden, geht es auch im Fall K. in erster Linie darum, K.s Angaben zur „Herkunft“ in Frage zu stellen und K. eine bestimmte Staatsangehörigkeit zuzuweisen.

10 Im Zeitraum von 2010 bis 2013 konnte das Projektteam *Plus* einen Korpus von 21 „Gutachten“ sammeln. Unsere Aussagen basieren auf der Analyse dieses Korpus und Gesprächen mit Vertreter_innen verschiedener im Asylbereich tätiger NGOs.

11 RV 952 BlgNR XXII.GP, 38.

12 *de Rooij*, Language Analysis for the Determination of Origin (LADO): A Look into Problems Presented by East and Central African Cases, in *Zwaan/Verrips/Muysken (Hrsg)*, Language and Origin, 133f.

13 Offen bleibt zudem die Frage, was „Herkunft“ bedeutet. Ist dies der Ort, wo jemand geboren ist? Wo jemand (wie lange?) gelebt hat? Im österreichischen Asylverfahren wird „Herkunftsstaat“ (also jener Staat, auf den sich die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft (§ 3 AsylG 2005) und die Prüfung subsidiären Schutzes (§ 8 leg cit) beziehen) als Staat definiert, „dessen Staatsangehörigkeit der Fremde besitzt, oder – im Falle der Staatenlosigkeit – der Staat seines früheren gewöhnlichen Aufenthalts“ (§ 2 Abs Z 17 leg cit).

14 *Blommaert*, Language, Asylum, and the National Order, *Current Anthropology* 2009, 424.

15 Ähnlich scheint die Situation in Dänemark zu sein: Vgl *Vedsted-Hansen*, The Use of Language Analysis in the Danish-Asylum Procedure, in *Zwaan/Verrips/Muysken (Hrsg)*, Language and Origin, 202f.

3. Der „Fall K.“

K. flüchtet 2010 nach Österreich, Wien, und sucht um internationalen Schutz an. In seiner Erstbefragung teilt er der Behörde mit, in Land X geboren und in Land Y (beide in der Karibik) aufgewachsen zu sein. Ob er Staatsbürger eines der beiden Länder sei, wisse er nicht. Im Protokoll des österreichischen Bundesasylamts (BAA) hält der verantwortliche Beamte jedoch fest, dass K. aus Land Z stamme. Die Namen der Länder Y und Z sind ähnlich, doch ist die Landessprache im ersten Fall Englisch, im zweiten Spanisch. In einem Folgegespräch gibt K. an, Staatsangehöriger des Landes X zu sein und Englisch zu sprechen. Eine Rückkehr in sein Geburtsland sei ihm aufgrund einer Naturkatastrophe nicht möglich. Familie habe K. keine mehr.

Der Beamte des BAA hält an Land Z fest und beschließt, da K. – wider behördlicher Erwartung – kein Spanisch spricht, zur Herkunftsbestimmung ein Sprachgutachten bei *Sprakab AB* in Auftrag zu geben. Mit Bezug auf dieses Gutachten stellt die Behörde fest, dass K. „mit sehr hoher Sicherheit“ aus Nigeria „stammt“ und „offensichtlich nicht“ aus dem von ihm angegebenen Herkunftsland komme.¹⁶

Obwohl K. bekannt gibt, Nigeria nicht zu kennen, verfügt der Beamte im August 2011 dessen Ausweisung dorthin. Im Bescheid, der den Antrag auf internationalen Schutz abweist, führt der Beamte an, dass der Gutachter „klar und unverständlich (sic!)“ zum Schluss gekommen sei, dass K. nicht aus X sondern „mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit“ aus Nigeria stamme.¹⁷

Fünf Monate später weist im Rechtsmittelverfahren auch der österreichische Asylgerichtshof (AGH) die von K. eingebrachte Beschwerde ab, da aufgrund „offenkundig wahrheitswidriger Angaben“ (u.a. zur Staatsangehörigkeit) „jegliche Glaubwürdigkeit“ zu versagen sei. Eine allfällige Verwechslung der Länder Y und Z sei dabei „irrelevant“, da alle „jenseits von Nigeria bzw. Westafrika gelegenen Staaten weltweit“ als Herkunftsländer „eindeutig ausgeschlossen“ werden könnten.¹⁸

Das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren wird jedoch im Jänner 2012 wieder aufgenommen, nachdem ein Botschaftsvertreter Nigerias bei K.s Vorführung feststellt, dass dieser „Rastafarian“ spräche und kein nigerianischer Staatsangehöriger sein könne. Der AGH schließt daraus, dass die Glaubwürdigkeit des Sprachgutachtens zur Herkunftsbestimmung geklärt werden müsse. Der Beamte des BAA kommt diesem Auftrag jedoch nicht nach, sondern fordert K. auf, zur Situation im „Herkunftsstaat“ Nigeria Stellung zu nehmen und versucht darüber hinaus K.s Wissen über Land X und Y zu überprüfen. Im April 2012 erlässt das BAA erneut einen abweisenden Bescheid mit Ausweisung nach Nigeria. Dieser wird drei Monate später vom AGH behoben, da die notwendige Prüfung – durch ein neues, fundiertes Sprachgutachten und die Einbeziehung eines landeskundlichen Sachverständigen – nicht durchgeführt worden war.

16 BAA Bescheid 2011.

17 BAA Bescheid 2011.

18 AGH Erkenntnis November 2011.

In der Folge beauftragt der Beamte des BAA im August 2012 ein weiteres linguistisch-landeskundliches Gutachten. Erneut kommt es zu einem abweisenden Bescheid und einer Ausweisung nach Nigeria.¹⁹

4. Der Auftrag

Im Fall K. erstellte die Behörde eine 16 Minuten lange Tonaufnahme, um die Sprachanalyse in Auftrag geben zu können. K. spricht in dieser Aufnahme auf Englisch über verschiedene, teils miteinander nicht in Verbindung stehende Themen. Dieses Audiofile wurde *Sprakab* gemeinsam mit einem Auftragschreiben übermittelt. Letzteres enthält, neben der Angabe, dass K. Englisch spreche, noch die folgenden Informationen:

„Der Antragsteller gibt an, dass er Staatsbürger von [Land X] ist, zuletzt in [der Hauptstadt von Land X] gelebt hätte und in [Land Z] aufgewachsen wäre. Die erkennende Behörde geht nicht davon aus, da dieser weder Spanisch, noch Französisch spricht.“²⁰

Bestellt wird eine „*Sprachanalyse*“, doch bleibt in mehrfacher Hinsicht unklar, welche Frage/n durch diese Sprachanalyse beantwortet werden soll/en. Dem Akt K.s kann lediglich entnommen werden, dass Anlass für die Sprachanalyse Zweifel des BAA an dessen Angaben zu seiner „*Herkunft*“ waren,²¹ welche auch im Auftrag an *Sprakab* formuliert wurden.

Es bleibt offen, was durch die Sprachanalyse beantwortet werden soll: Soll sie zeigen, dass K. in einem bestimmten Land aufgewachsen ist? Kann sie die Zweifel an K.s Herkunftsangaben bestätigen? Oder sollen sie K.s biographische Angaben, d.h. den gesamten *Prozess* seiner sprachlichen Sozialisierung, überprüfen? Oder soll sie gar helfen, den Herkunftsstaat iSd Asylgesetzes zu bestimmen, also Auskunft darüber geben, welche Staatsangehörigkeit die asylsuchende Person besitzt (oder bei Staatenlosen in welchem Staat sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatte)?

Die Rechtsgrundlagen für Sachverständigengutachten erfordern, dass die Asylbehörde zum Einen das konkrete Beweisthema des Sachverständigengutachtens festlegt²² und zum Anderen auch konkrete Fragestellungen formuliert, zu deren Beantwortung die

19 Zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Artikels lebt K. aufgrund der ablehnenden Aussage des nigerianischen Botschaftsvertreters und der dadurch bedingten Nichtabschiebbarkeit nach wie vor in Wien.

20 „Order Form“ des BAA an *Sprakab*, 2011.

21 Die Sprachanalyse wurde vom BAA (Bescheid 2011) in Auftrag gegeben, da „*die Herkunftsangaben fraglich erschienen*“. Gemäß AsylG ist darunter der Staat zu verstehen, „*dessen Staatsangehörigkeit der Fremde besitzt*“. Im Fall K. ist es aber fraglich, inwiefern eine Verbindung zwischen seinen Sprechweisen und seiner Staatsangehörigkeit festgestellt werden kann.

22 *Hengstschläger/Leeb*, AVG, Stand 1.7.2005, 1. Auflage, § 52 Rz 5. *Attlmayr*, Grundlagen der Sachverständigentätigkeit, in *Attlmayr/Wälzel von Wiesentreu (Hrsg)*, Handbuch des Sachverständigenrechtes: Praxisleitfaden für das Verwaltungsverfahren (2006) 14: „*Dieser Auftrag sollte das Thema der Begutachtung möglichst präzise fassen, um eine effiziente Begutachtung sicher zu stellen.*“

eingesetzten Gutachter_innen beauftragt werden.²³ Dies ist nicht nur erforderlich, damit dem Rechtsschutz gehörig Rechnung getragen werden kann, sondern auch „um die eigentliche und gleichzeitig auch einzige Aufgabe des Sachverständigen – Erstattung von Befund und Gutachten – nicht zu unterlaufen“. Ein fehlerhafter Gutachtensauftrag hat schwerwiegende Konsequenzen für den Rechtsschutz, „da die Parteien in ihrem Recht auf Geltendmachung von Verfahrensmängeln beschnitten werden, da nicht festgestellt werden kann, was die genauen Fragestellungen an den Sachverständigen waren“.²⁴ Erforderlich ist zudem, dass Gutachter_innen möglichst unbeeinflusst vom bisherigen Verfahrensgang die von der Behörde gestellte(n) Frage(n) beantworten. Im Falle von K. wurden bereits im Auftrag an die Gutachter_innen explizit Zweifel an dessen Angaben formuliert. Dies könnte sich negativ auf die Unvoreingenommenheit der Sachverständigen auswirken.

5. Analytiker 249 und wa05

Sachverständige müssen natürliche Personen sein. Der Hintergrund für diese Anforderung ist, dass nichtamtliche Sachverständige abgelehnt²⁵ oder wie Zeugen einvernommen werden können²⁶ und nur bei natürlichen Personen die Wahrheitspflicht strafrechtlich sanktioniert werden kann. Im Fall K. hat das BAA *Sprakab*, also eine juristische Person, mit der Erstellung einer Sprachanalyse beauftragt.

Sprakab nahm den Auftrag des BAA an und leitete diesen an zwei Mitarbeiter weiter: „Analytiker 249“ verfügt gemäß seiner Biographie über Kenntnisse in mehreren Sprachen, die im Osten Afrikas bedeutsam sind. Er führt Sprachanalysen in acht verschiedenen Sprachen, unter anderem in Englisch, durch. Sein beruflicher Werdegang weist Unterricht in und Übersetzertätigkeit aus Swahili aus; zwischen 1985 und 1990 unterrichtete er Englisch an einem schwedischen Sprachinstitut und seit 2002 arbeitet er für *Sprakab*. Als relevant für die fachliche Kompetenz nennt 249 einen MA in Englisch, einen BA in Swahili und Feldstudien zu Swahili bzw Aufenthalte in Ländern des östlichen Afrika.

„Analytiker wa05“ ist im Südosten von Nigeria geboren und aufgewachsen. *Sprakab* setzt ihn seit 2010 für die Analyse von vier verschiedenen Sprachen ein, ua auch für Englisch. Hinsichtlich seines beruflichen Werdegangs wird angeführt, dass er neben sei-

23 *Attlmayr*, Die Tätigkeit des Sachverständigen im Verwaltungsverfahren, in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch, 130: Unklare Vorgaben oder nicht ausreichend enge Umschreibung des Beweisthemas widersprechen dem Gesetz. „Die Behörde müsste vielmehr detailliert ausführen, zu welchen Themen sie eine gutachterliche Äußerung möchte, da es nicht Sache des Gutachters sein kann, sich selbst den Gutachtensauftrag zu formulieren.“

24 *Leskovar*, Amtshaftungsrechtliche Folgen der Tätigkeit von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren, Dissertation Universität Wien (2011) 34, mit Verweisen auf *Attlmayr* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch, Rz 1.043; *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 188, 189.

25 § 53 AVG.

26 § 43 AVG.

ner Tätigkeit für *Sprakab* seit 2008 als Dolmetscher arbeitet (unklar bleibt für welche Sprache(n) und bei welcher/n Institution(en)); zwischen 2003 und 2005 war er Anwalt in Nigeria. Seine akademische Ausbildung ist im rechtswissenschaftlichen Bereich anzusiedeln.

Zusätzlich führt *Sprakab* an, dass die Analysen von 249 und wa05 durch einen Linguisten überprüft wurden. Dieser wird im Unterschied zu den Analytikern namentlich genannt und zeichnet für Qualität und Inhalt der Analyse verantwortlich. Er hat selbst keinen sprachwissenschaftlichen Hintergrund im Hinblick auf Englisch bzw auf Varietäten des Englischen, die in afrikanischen und/oder karibischen Kontexten bedeutsam sind.

Sachverständige müssen über „überdurchschnittliche Fachkenntnisse auf dem jeweiligen Fachgebiet“ verfügen.²⁷ Dazu „bedarf es in der Regel einer einschlägigen Ausbildung auf dem jeweiligen Gebiet sowie praktischer Erfahrung, sodass in den meisten Fällen die berufliche Qualifikation des Sachverständigen zu dessen Tätigkeit als Sachverständiger führt“.²⁸ Außerdem dürfen Sachverständige „lediglich solche Methoden und Lehrmeinungen zugrunde legen, die in den maßgeblichen Fachkreisen als zweifelsfrei richtig und zuverlässig anerkannt sind“.²⁹ Innerhalb des sprachwissenschaftlichen Diskurses zu LADO hat jedoch die Diskussion erst begonnen, welche Methoden und theoretischen Grundannahmen für die Durchführung von Sprachanalysen herangezogen werden können. Höchst umstritten ist vor allem, welche Qualifikationen und Methodenkenntnisse zur Durchführung einer Sprachanalyse notwendig sind. So wird beispielsweise in den eingangs genannten *Guidelines* gefordert, dass nur Linguist_innen zur Durchführung von Sprachanalysen herangezogen werden sollen. Die Expertise von *native speakers* sei klar von der von Sprachwissenschaftler_innen mit „*recognized up-to-date expertise, both in linguistics and in the language in question*“ zu unterscheiden.³⁰ In der Praxis wird jedoch oft einer Person bereits aufgrund ihrer sprachlichen Kompetenz bzw ihrer sprachlichen Sozialisation in einem für das jeweilige Asylverfahren relevanten geographischen Raum der Status eines/einer Sachverständigen zugewiesen. Dieses Vorgehen wird von professionellen Akteuren im Bereich von LADO mit unterschiedlichen Argumenten verteidigt. So wirft *Cambier-Langeveld*, Leiterin des *Bureau Land en Taal* der niederländischen Asylbehörde, Sprachwissenschaftler_innen vor, sie seien im Gegensatz zu *native speakers* nicht in der Lage die „Authentizität“ der untersuchten Sprechweise zu überprüfen.³¹ Die *International Association of Forensic*

27 *Attlmayr*, Der Sachverständige, in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*(Hrsg), Handbuch 4.

28 *Leskovar*, Amtshaftungsrechtliche Folgen, 21. Vgl auch *Attlmayr*, Anforderungen an den Sachverständigen, in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu* (Hrsg), Handbuch, 15f.

29 *Attlmayr*, Anforderungen an den Sachverständigen, in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*(Hrsg), Handbuch, 15f.

30 Guideline 3 und 7, *Language and National Origin Group*, International Journal of Speech Language and the Law 2004, 262.

31 *Cambier-Langeveld*, The Role of Linguists and Native Speakers in Language Analysis for the Determination of Speaker Origin, International Journal of Speech Language and the Law 2010, 71.

Phonetics (IAFPA) schloss sich *Cambier-Langeveld* an und verabschiedete 2007 zur Absicherung der geübten Praxis eine Resolution, welche hervorhebt, dass sowohl Linguist_innen „with in-depth research knowledge of the language(s) in question“ als auch „trained native speakers“ unter Anleitung und Aufsicht Ersterer für die Durchführung von Sprachanalysen qualifiziert seien.³²

Im Fall K. wird deutlich, wie problematisch der Begriff „native speaker“ in Zusammenhang mit der Qualifikation der Gutachter sein kann. Aus den Angaben *Sprakabs* zu „Analytiker 249“ und „Analytiker wa05“ geht hervor, dass beide über keine sprachwissenschaftliche Expertise zu einer oder mehreren Varietäten des Englischen verfügen; ihre Kompetenz beruht „lediglich“ darauf, dass Englisch Teil ihres Sprachrepertoires ist. Im *Sprakab*-Bericht, der für das Asylverfahren von K. erstellt wurde, ordnen beide *Sprakab*-Analytiker K.s Sprechweise (a) einer bestimmten Region zu, in welcher sie – laut eigenen Angaben – keine längere Zeit gelebt haben³³ und (b) einer bzw. mehreren dort verwendeten Varietäten des Englischen, zu denen sie keinen bzw. nur eingeschränkten Bezug haben. Welche „first hand experience“ die beiden *Sprakab*-Mitarbeiter_innen dazu befähigt, diese Aussagen zu treffen, bleibt offen.

Auch verfügen die beiden Analytiker_innen über keine relevante Ausbildung, die von Sachverständigen idR gefordert wird. Auch der Zusatz „trained“ in der (ansonsten die Kompetenz von sogenannten *native speakers* betonenden) IAFPA Resolution, legte nahe, dass zumindest eine eigene, nicht näher beschriebene, Weiterbildung erforderlich ist, um Sprachanalysen durchführen zu können. Im Fall K. verfügt „Analytiker 249“ über eine sprachwissenschaftliche Grundausbildung. „Analytiker wa05“, der K. mit „sehr hoher Sicherheit“ einen „sprachlichen Hintergrund“ in Nigeria zuschreibt, hat keinerlei sprachwissenschaftliche Ausbildung.

Im Fall K. wurden die beiden Analytiker von einem Linguisten betreut, der laut *Sprakab* AB die Analyse zu überprüfen und freizugeben hat. Dieser verfügt zwar über einen Master in Linguistik, aber über keinerlei durch Publikationen oder anders belegte wissenschaftliche Erfahrung. Seinem Lebenslauf kann zudem entnommen werden, dass er berufliche Erfahrung betreffend Japanisch und Schwedisch hat, aber keine hinsichtlich Englisch.

6. Die „Gutachten“

Auf der Grundlage der ihnen übermittelten Tonbandaufnahme kamen 249 und wa05 zu einer „Einschätzung“ bezüglich des „sprachlichen Hintergrunds“ von K., wie es im (auf Deutsch verfassten) „Gutachten“ von *Sprakab* heißt.

32 <http://www.iafpa.net/langidres.htm> (22.08.2013); vgl. auch *Moosmüller*, IAFPA Position on Language Analysis in Asylum Procedures, in *Zwaan/Verrips/Muysken (Hrsg)*, *Language and Origin*, 43.

33 Ein Analytiker kommt zwar selbst aus Nigeria, aber aus dem Südosten. Er ordnet K.s Sprechweise dem „zentralen Landesteil“ zu.

Für „Analytiker 249“ war dieser „Hintergrund“ mit „sehr hoher Sicherheit“ in „englischsprachigen Ländern Westafrikas“ zu sehen, und „wa05“ schlussfolgert, dass „[d]er Sprecher [...] Englisch auf einem grundlegenden Niveau“ spricht und sich sein „sprachlicher Hintergrund mit sehr hoher Sicherheit Nigeria, vor allem dem zentralen Teil des Landes, zuordnen“ lasse.³⁴ Genauso wie „Analytiker 249“ beurteilt er mit „sehr geringer Wahrscheinlichkeit“, dass der von K. „angegebene sprachliche Hintergrund“ in Land Y liege.

Dem Bericht von *Sprakab* ist weder zu entnehmen, wie diese „Einschätzung“ zustande kam, noch was mit „sprachlicher Hintergrund“ gemeint ist.

Aus mindestens zwei Gründen ist zudem fraglich, ob die „Einschätzungen“ im vorliegenden Fall den Anforderungen des Fachs genügen bzw dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechen:³⁵ Erstens liegt den Gutachten die Annahme zugrunde, dass die verschiedenen Varietäten des Englischen in sich homogen sind und klar voneinander abgegrenzt werden können. Die reale Situation ist allerdings wesentlich komplexer: Wie für jede Sprache gilt auch für das Englische, dass soziolinguistische Variablen (Alter, regionale und soziale Herkunft des Sprechers etc) die Sprechweise einer Person maßgeblich prägen und in die Analyse mit einbezogen werden müssen. Zweitens beruhen die Gutachten nur auf dem sprachlichen Wissen von „Analytiker wa05“ und „Analytiker 249“ und stützen sich auf keinerlei wissenschaftliche Quellen, obwohl einschlägige Literatur existiert.

Ein Standardwerk zu internationalen Varietäten des Englischen ist *Varieties of English*, herausgegeben von *Kortmann/Schneider*,³⁶ in dem zahlreiche Varietäten des Englischen hinsichtlich ihrer phonologischen, morphologischen und syntaktischen Charakteristika beschrieben werden. Die Autor_innen der Beiträge sind anerkannte Forscher_innen auf ihrem Gebiet und die Beschreibungen der Varietäten werden durch Quellen belegt. Da die erkennende Behörde in Österreich, basierend auf den *Sprakab* Gutachten, entschied, dass K. aus Nigeria stammt, sind die Kapitel über die nigerianische Varietät des Englischen (NigE) von höchster Relevanz. K. selbst gibt an, in der Karibik aufgewachsen zu sein. Die Beschreibung der dort gesprochenen Varietät(en) wäre somit ebenfalls zu berücksichtigen.

Die „Gutachten“ beider Analytiker sind nach dem gleichen Prinzip strukturiert: Die Schlussfolgerungen beruhen auf der Analyse von sechs syntaktischen bzw morphologischen und sechs phonologischen Merkmalen.³⁷ Anhand einiger Beispiele stellen wir im Folgenden das Vorgehen vor und konfrontieren die Analysen mit dem gängigen Stand der wissenschaftlichen Forschung.

34 Sprachanalyseberichte 249 (17.5.2011) und wa05 (30.5.2011).

35 Ein Gutachten muss den aktuellen Stand der Wissenschaft wiedergeben (*Atlmayr*, Das Gutachten des Sachverständigen, in *Atlmayr/Walzel von Wiesentreu (Hrsg)*, Handbuch, 141). Vgl VwGH 27.5.2003, 2000/07/0224.

36 *Kortmann/Schneider*, *Varieties of English. Four Volumes* (2008).

37 Ein dritter Abschnitt, der sich mit lexikalischen Aspekten beschäftigt, ist nicht relevant, da beide Gutachter befinden, dass der Sprecher nur „allgemeine Wörter und Begriffe ohne spezifische regionale Züge“ verwendet.

Beginnen wir mit den Beispielsätzen, die morphologische und syntaktische Merkmale illustrieren und belegen sollen, dass K. angeblich aus Nigeria kommt.

„*sometimes we play football in the field (= manchmal spielen wir Fußball auf dem Feld)*“

Bei diesem Beispiel wird nicht angegeben, welche syntaktische(n) Konstruktion(en) illustriert werden soll(en), was eine Überprüfung anhand der Literatur verunmöglicht. So ist der Punkt, auf den „wa05“ vermutlich abzielt, die Verwendung der Präposition „in“; diese lässt sich aber nur dann evaluieren, wenn man weiß, ob ein Feld im Sinne eines Spielfelds oder einer Agrarfläche gemeint ist. Um das zu beurteilen, müsste man wissen, in welchem Kontext K. diesen Satz äußert. Der springende Punkt ist aber, dass nicht klar ist, was am vorher genannten Satz spezifisch für NigE sein soll. Sprecher_innen verschiedenster Varietäten des Englischen (inklusive Standard-Englisch) würden diesen Satz so formulieren.

Darüber hinaus werden K.s Äußerungen nicht adäquat repräsentiert; der wissenschaftliche Standard verlangt, dass die Transkription einer gesprochenen Äußerung auch typische Merkmale gesprochener Sprache wie Selbstkorrekturen, Wortwiederholungen, Pausen, etc abbilden muss. Dies gilt insbesondere im Kontext forensischer Transkription.³⁸ Die Transkription im Gutachten gibt die Äußerung syntaktisch vereinfacht bzw falsch wieder. Zum Vergleich eine von uns erstellte Transkription nach den VOICE Konventionen, welche ua Wortwiederholungen, Betonung, Fülllaute und Sprechgeschwindigkeit wiedergibt:³⁹

someTIMES er (when) break <fast>we we</fast> play football in the field

Ungenauigkeiten bei der Transkription konnten auch bei anderen Sätzen festgestellt werden. Die Transkription eines Beispielsatzes konnte nicht überprüft werden, da diese Phrase auf der Tonaufnahme gar nicht vorkommt. Das wirft erhebliche Zweifel hinsichtlich der Sorgfalt, mit der das Gutachten erstellt wurde, auf.

Bei den phonologischen Merkmalen handelt es sich im Wesentlichen um Aussprachevarianten von Lauten, die gewissen geografischen Regionen zugeordnet werden. Diese Zuordnung ist allerdings nicht immer eindeutig. Insgesamt führen die Analytiker sieben phonologische Merkmale an, wobei nur eines von beiden Gutachtern genannt wird. Wir wählen drei für die Diskussion aus:

„o/statt/ʌ/

/bot/statt/bʌt/(,but‘) und /loki/statt/lʌki/ (,lucky‘)“

„/t/statt/kt/[bzw./t/statt/tk/bei„wa05“]

/afeted/statt/əfektid/(,affected‘)“

38 Fraser, What is forensic transcription? (2013), <http://forensictranscription.com.au/> (03.07.2013).

39 Siehe Vienna-Oxford International Corpus of English (VOICE) http://www.univie.ac.at/voice/page/transcription_general_information (20.10.2013).

„/t/statt/ð/
/wit/statt/wið/(,with‘)“

/o/statt/ʌ/

Das von „Analytiker 249“ als typisch für westafrikanisches Englisch beschriebene Merkmal /o/ wird bei *Schneider/Kortmann* weder für Nigeria noch für Land X genannt. Ein ähnlicher Prozess, die Realisierung von /ʌ/ in Wörtern wie „strut“ als offenes /ɔ/, wird für beide geografische Regionen beschrieben.⁴⁰ Dieses Merkmal scheint daher nicht geeignet, um Rückschlüsse zu ziehen, ob K. aus Nigeria oder der Karibik stammt.

/t/statt/kt/

Dieses Merkmal wird von beiden Analytikern genannt, wiewohl wa05 hier vermutlich ein Tippfehler unterläuft: er schreibt /t/ statt /tk/ bezieht sich aber ebenso wie „Analytiker 249“ auf die Aussprache des Wortes *affected*, und somit muss /t/ statt /kt/ gemeint sein. Bei diesem Merkmal handelt es sich um eine Reduktion von *consonant clusters*, im konkreten Fall der Kombination /kt/, die im Wort *affected* als /t/ (/afeted/) realisiert wird. Diese Strategie ist ein weit verbreitetes Merkmal vieler Varietäten des Englischen.

Die genannte Reduzierung von /kt/ auf /t/ wird jedoch weder im Kapitel über NigE noch in jenem über Karibisches English beschrieben. Die Einschätzung der Analytiker, dass eine Reduzierung von /kt/ auf /t/ typisch für Westafrikanisches bzw NigE ist, kann daher durch die Literatur nicht belegt werden.

/t/statt/ð/

Der interdentale Frikativ /ð/ (stimmhafter „th“ Laut) wird in der Literatur generell als sehr variabel beschrieben. *Mesthrie* and *Bhatt* schreiben dazu: „*all New Englishes varieties treat [...] /ð/ as something other than an interdental fricative*“.⁴¹ Die Tatsache allein, dass /ð/ durch einen anderen Laut ersetzt wird, weist somit auf keine spezifische Varietät des Englischen hin.

Was das vom Gutachter angeführte Beispiel *with* [wit] statt [wið] betrifft, so ist hier noch ein anderer Faktor zu berücksichtigen, nämlich die Position von /ð/ im Wortauslaut, die zum Verlust der Stimmhaftigkeit führen kann. Dies ist ein phonologischer

40 *Gut*, Nigerian English: Phonology, in *Mesthrie*, Varieties of English. Vol.4: Africa, South and Southeast Asia (2008), 42, 45; *Aceto*, Eastern Caribbean English-derived language varieties: Phonology, in *Schneider (Hrsg)*, Varieties of English. Vol. 2: The Americas and the Caribbean (2008), 294.

41 *Mesthrie/Bhatt*, World Englishes. The Study of New Linguistic Varieties (2008), 126 (Hervorhebung im Original).

Prozess, den *Mesthrie* und *Bhatt*⁴² als „*very commonly reported*“ für eine Reihe von Varietäten des Englischen bezeichnen. Auch dieses Merkmal weist somit keineswegs eindeutig auf eine nigerianische Herkunft des Sprechers hin.

In gleicher Weise wurden die verbliebenen (hier nicht diskutierten) phonologischen Merkmale anhand der Literatur überprüft. Die Mehrzahl wird in der Literatur überhaupt nicht in der angegebenen Form beschrieben. Ähnliche Prozesse wie die von den Analytikern beschriebenen sind zwar für NigE dokumentiert, allerdings im gleichen Ausmaß auch für karibisches Englisch.

Summa summarum kann kein einziges der in den Gutachten genannten Merkmale zweifelsfrei als ein Charakteristikum von NigE gelten.

7. Der Schluss der Asylbehörden: „Zweifelsfrei nigerianische Staatsbürgerschaft“

Die Asylbehörden stützen sich in mehreren Entscheidungen insb auf jenen Teil der Sprachanalyse von *Sprakab*, die K. „*mit sehr hoher Sicherheit*“ einen „*sprachlichen Hintergrund*“ in Nigeria zuordnet. Dies tut nicht nur das BAA, das die Sprachanalyse in Auftrag gegeben hat, sondern auch die Rechtsmittelbehörde, der AGH.⁴³ Sogar nachdem das bereits rechtskräftig abgeschlossene Asylverfahren wegen Zweifel an der zugeschriebenen nigerianischen Staatsangehörigkeit wieder aufgenommen wird, stützt sich das BAA weiterhin auf den Sprachanalyse-Bericht von *Sprakab*.

Das Sprachanalysegutachten wurde ohne Prüfung auf Schlüssigkeit, Vollständigkeit etc in das Verfahren einbezogen.⁴⁴ Eine solche Prüfung ist jedoch aus juristischer Perspektive wesentlich und somit eine Aufgabe, der die Asylbehörde nachzukommen hat. Dies ist von großer Wichtigkeit, da für den Beweiswert eines Gutachtens dessen „*innerer Wahrheitsgehalt*“ maßgeblich ist,⁴⁵ der ausschließlich an der Schlüssigkeit und Aussagekraft zu messen ist.⁴⁶ Dazu ist aber auch festzuhalten, dass die Argumentation der Gutachter durch sprachwissenschaftlich nicht ausgebildete Personen nur eingeschränkt überprüfbar ist.

Hinzu kommt, dass die Behörden im Falle K. Schlüsse aus der Sprachanalyse ziehen, die weder im Befund, noch im „Gutachten im engeren Sinn“ (also in den Schlussfolgerungen des Gutachtens) in der Form behandelt wurden. Diese Schlüsse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

42 *Mesthrie/Bhatt*, *World Englishes*, 128.

43 AGH Erkenntnis November 2011.

44 Bei dem vorliegenden Sprachanalysebericht von *Sprakab* stellt sich außerdem die Frage, ob die Schlüssigkeit überhaupt beurteilt werden kann, da – wie oben ausgeführt wurde – keine klare Fragestellung durch das BAA vorliegt.

45 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52, Stand 1.7.2005, 1. Auflage, Rz 61.

46 *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 45, Stand 1.7.2005, 1. Auflage, Rz 11. Vgl auch *Atlmayr*, Beweiswürdigung von Gutachten, in *Atlmayr/Walzel von Wiesentreu (Hrsg)*, Handbuch, 195: Der innere Wahrheitswert bestimmt sich laut VwGH danach „*welchen Anteil es zur Erledigung eines Beweisthemas beiträgt, sobin nach Schlüssigkeit oder Un glaubwürdigkeit der Aussagen.*“ Auch darf das Gutachten von der Behörde nicht bloß wiedergegeben werden (dies widerspricht der freien Beweiswürdigung).

- Gemäß BAA seien die Zweifel, die an den „Herkunftsangaben“ K.s bestanden hätten, durch die Sprachanalyse bestätigt worden.⁴⁷ Und im Wortlaut des AGH sei K.s „behauptete Herkunft [...] von mehreren Sprachexperten eindeutig widerlegt“ worden. Das „Vorliegen“ eines „tatsächlichen Lebensmittelpunkts sowohl in den von [K.] präsentierten Ländern, [X] und [Y] als auch sämtlichen weitere Regionen dieser Erde [kann] definitiv ausgeschlossen werden“.⁴⁸
- Aus der Sprachanalyse ergebe sich zudem laut BAA „offensichtlich“ eine „Herkunft aus Nigeria“. K. habe „offensichtlich niemals in X gelebt, sondern in Nigeria“.⁴⁹
- Das BAA stellt in weiterer Folge fest, K. „stamme“ aus Nigeria und sei Staatsbürger von Nigeria.⁵⁰ Auch im AGH-Erkenntnis, das die Beschwerde abweist, wird festgestellt, dass „zweifelsfrei“ eine „nigerianische Staatsbürgerschaft“ festgestellt worden sei.⁵¹

Es wird ersichtlich, dass die Asylbehörden aus der Sprachanalyse nicht „nur“ eine nigerianische „Herkunft“ ableiten, sondern auch eine nigerianische Staatsbürgerschaft.⁵² Des Weiteren wird K.s Aussagen auf Basis des *Sprakab*-Berichts jeglicher Wahrheitsgehalt abgesprochen und K.s Fluchtvorbringen, wie er als Person insgesamt, werden für unglaubwürdig erklärt.

Diese Schlussfolgerungen sind jedoch – wie oben ausgeführt – aus sprachwissenschaftlicher Perspektive aus dem *Sprakab*-Bericht in keiner Weise ableitbar. Die Sprechweise einer Person kann „nur“ Auskunft über deren sprachliche Biografie geben, lässt jedoch keine Schlussfolgerungen auf deren Nationalität oder Staatsbürgerschaft zu.

Dem *Sprakab*-Bericht kann zudem lediglich entnommen werden, dass *ein* (!) Sprecher einer oder mehrerer (mit Nigeria in Verbindung stehender) Varietäten des Englischen zur „Einschätzung“ kam, dass *bestimmte Elemente* (!) der Sprechweise K.s einer anderen, als von ihm selbst verwendeten, „nigerianischen“ Varietät des Englischen zugeordnet werden können.

Um trotzdem aus dem *Sprakab*-Bericht Schlussfolgerungen auf die Staatsangehörigkeit bzw „Herkunft“ K.s ziehen zu können und den *Sprakab*-Bericht trotz der oben diskutierten grundlegenden Mängel zu qualifizieren, ist seitens der Behörden diskursive Arbeit notwendig, welche die vorhandenen Lücken zwischen dem *Sprakab*-Bericht, der aus juristischer Sicht notwendigen (aber de facto nicht stattgefundenen) Beurteilung des Gutachtens und den gezogenen Schlussfolgerungen (welche letztlich aus dem Gutachten nicht zu entnehmen sind) schließt. Die von den Asylbehörden im Fall K. verwendeten diskursiven Mittel lassen sich zusammenfassend wie folgt beschreiben:

47 BAA Bescheid August 2011.

48 AGH Erkenntnis 2011.

49 BAA Bescheid August 2011.

50 BAA Bescheid August 2011.

51 AGH Erkenntnis 2011.

52 Vgl BAA Bescheid August 2011, AGH Erkenntnis November 2011, im wiederaufgenommenen Verfahren BAA Bescheid April 2012.

- Die Behörden ersetzen in ihrer wiederholten Rekontextualisierung des *Sprakab*-Berichts die von *Sprakab* verwendeten sprachlichen Elemente, welche Vagheit oder Unbestimmbarkeit signalisieren („Einschätzung“, „mit hoher Wahrscheinlichkeit“, „mit hoher Sicherheit“) durch sprachliche Mittel, welche Eindeutigkeit herstellen sollen: Das sind ua Qualifikatoren wie „offensichtlich“, „offenbar“ und „zweifellos“.
- Der Bericht von *Sprakab* wird als „Gutachten“ bezeichnet und vom BAA mit Adjektiven, wie „mängelfrei“,⁵³ „klar“ und „unmissverständlich“⁵⁴ bzw vom AGH als „in sich schlüssig“ und „widerspruchsfrei“⁵⁵ beschrieben. Den *Sprakab*-Mitarbeitern, welche wiederholt als „Experten“ bezeichnet werden, werden zudem seitens des BAA die Adjektive „unabhängig“, „erfahren“, „neutral“ sowie die Nomen „Unbefangenheit“ und „Qualität“ zugeordnet.⁵⁶ K.s. Aussagen werden hingegen als „Behauptungen“ charakterisiert, welche „offensichtlich falsch“ seien.
- Die Begriffe „sprachlicher Hintergrund“, „Herkunft(land)“, „Abstammung“ und „Staatsangehörigkeit“ werden einander gleichgesetzt und mit einer gewissen Beliebigkeit verwendet.
- Das BAA besteht zudem auch im wiederaufgenommenen Verfahren auf einer nigerianischen Staatsangehörigkeit – dies trotz der Aussage der nigerianischen Botschaftsmitarbeiter, K. sei kein Staatsbürger Nigerias, sondern spreche „Rastafarian“, sowie der Bedenken des AGH. Begründet wird dies damit, dass das „Sprachgutachten“ von *Sprakab* „höherwertig“ sei als die Aussage des Verantwortlichen der nigerianischen Botschaft. K. wiederum wird zugeschrieben, er habe sich bei dem Gespräch auf der nigerianischen Botschaft „nicht kooperativ“ verhalten und der Botschaftsmitarbeiter habe daher gar keine andere Möglichkeit gehabt, als „die Ausstellung eines Heimreisezertifikates zu verweigern“.
- Nachdem der AGH dem Antrag K.s auf Wiederaufnahme des Verfahrens 2012 stattgab, ist seitens des BAA eine Verstärkung der diskursiven Untermauerung der aus dem *Sprakab*-Bericht gezogenen Schlüsse festzustellen. Während zuvor noch argumentiert wurde, die Sprachanalyse habe ergeben, K. komme „offenbar“ aus Nigeria, betont das BAA im wiederaufgenommenen Verfahren (in einem Textabschnitt, der ansonsten ident mit dem Bescheid aus dem vorhergehenden Verfahren ist), K. komme „zweifellos“ aus Nigeria. Ergänzend werden die im *Sprakab*-Bericht vorkommenden „linguistischen Parameter“ als „eindeutig“ bezeichnet. Die *Sprakab*-Analytiker werden diskursiv zu „Wissenschaftlern“, welche „klar und unmissverständlich zum Schluss“ gekommen seien, dass K. „mit sehr hoher Wahrscheinlich-

53 BAA Bescheid 2012.

54 BAA Bescheid August 2011.

55 AGH Erkenntnis AGH 2011.

56 BAA Bescheid August 2011.

keit aus Nigeria“ stamme. Das Vorbringen K.s wird als Gesamtes als „*unglaublich, unmöglich und offensichtlich tatsachenwidrig*“ bezeichnet.

Die hier aufgeschlüsselte diskursive Untermauerung der aus dem *Sprakab*-Bericht gezogenen Schlussfolgerungen der Behörde ist va auch deshalb wesentlich, weil der *Sprakab*-Bericht die weiteren Verfahrensschritte begründet und auf Basis des *Sprakab*-Berichts das gesamte Fluchtvorbringen von K. für unglaubwürdig befunden wird. Dies äußert sich darin, dass das BAA im Anschluss an die Sprachanalyse „nur“ noch Nigeria als Herkunftsstaat überprüft.⁵⁷ Dieser Annahme schließt sich zunächst auch der AGH an, der die erstinstanzliche Entscheidung bestätigt, da durch die Sprachanalyse „*zweifelsfrei*“ eine „*nigerianische Staatsbürgerschaft*“ festgestellt worden sei und folglich die auf Land X „*zentral aufbauende [...] Fluchtgeschichte ebenfalls als nicht realitätskonform gewertet werden muss.*“⁵⁸ Der AGH ergänzt die Beweismittelwürdigung des BAA um keine eigenen Argumente, was aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch ist.⁵⁹

Im Ergebnis soll K. nach Nigeria abgeschoben werden und wird in Schubhaft genommen. Erst die Weigerung der nigerianischen Botschaft, ein Heimreisezertifikat zu erstellen, bringt eine Wende in das an sich bereits rechtskräftig abgeschlossene Verfahren. Der AGH gibt dem Antrag auf Wiederaufnahme statt,⁶⁰ welchen eine NGO, die K. rechtlich vertritt, einreicht. Der AGH argumentiert in diesem Zusammenhang, dass durch die Aussagen der Mitarbeiter der nigerianischen Botschaft „*zumindest ernstliche Zweifel an der bisherigen Beurteilung der Staatsbürgerschaft*“ hervorgerufen worden seien und die Glaubwürdigkeit der Sprachanalyse noch zu klären sei.⁶¹

Wie oben ausgeführt, kam das BAA diesem Auftrag jedoch nicht nach und beharrte auch im wiederaufgenommenen Verfahren – auf Basis der Sprachanalysen – auf einer nigerianischen Staatsangehörigkeit. Erst im Juli 2012 stellte der AGH explizit klar, dass die *Sprakab*-Sprachanalysen nicht fundiert genug sind, um darauf eine nigerianische Herkunft bzw Staatsangehörigkeit zu stützen und behob den BAA-Bescheid.⁶² Der AGH ging dabei davon aus, dass die Staatsangehörigkeit „*ungeklärt*“ sei und kritisierte,

57 Die von K. selbst „*vorgebrachten Gründe können nicht als Sachverhalt festgestellt werden*“, da K. nicht Staatsbürger von X sei und daher „*offensichtlich auch jegliches Vorbringen betreffend [X] falsch*“ sei. Zu Nigeria habe K. zudem „*keine Ausreisegründe vorgebracht*“ (BAA Bescheid 2011).

58 AGH Erkenntnis 2011.

59 Das rechtsstaatliche Gebot der Begründung gerichtlicher Entscheidungen verlangt, dass die für die Entscheidung des AGH maßgeblichen Erwägungen aus der Begründung der Entscheidung hervorgehen: Vgl VfSlg 18.614/2008. Es bedarf eigener beweiswürdiger Überlegungen (VfGH 22.06.2009, U 1055/09; ähnlich VfGH 01.07.2009, U 282/09).

60 Dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wurde stattgegeben (AGH Beschluss Jänner 2012), Stattgabe gemäß § 69 Abs 1 Z 2 AVG; Wiederaufnahme des Verfahrens vom BAA im Stadium vor Erlassung des Bescheides (§ 70 Abs 1 AVG).

61 Die neuen Beweismittel seien (abstrakt) geeignet, einen im Hauptinhalt des Spruches anders lautenden Bescheid herbeizuführen. Eine Bewertung der Glaubwürdigkeit dieser Beweismittel bleibt der Entscheidung im wiederaufgenommenen Verfahren vorbehalten.

62 Behebung des BAA-Bescheides und Zurückverweisung zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an das BAA (§ 66 Abs 2 AVG).

dass das BAA nach Wiederaufnahme Ermittlungen hinsichtlich der tatsächlichen Staatsangehörigkeit anstellen hätte müssen. In der Folge beauftragte das BAA ein linguistisches Gutachten bei einem anderen, freiberuflich agierenden, Gutachter. An keiner Stelle im Verfahren wird jedoch seitens der Behörde begründet, warum es insgesamt möglich sei auf Basis einer Sprachanalyse auf die Staatsangehörigkeit und/oder „Herkunft“ einer Person zu schließen.

8. Fazit

Als Antwort auf die eingangs gestellten Fragen ergibt sich:

Aus (sprach-)wissenschaftlicher Sicht ist die Begründung für *LADO* zumindest umstritten. Die praktische Durchführung erweist sich im konkreten Fall in mehrfacher Hinsicht als mangelhaft: Weder die Qualifikation der Expert_innen noch die methodische Durchführung entspricht den gängigen wissenschaftlichen Anforderungen.

Die Einbeziehung der „Gutachten“ durch die Behörden in ihre Entscheidungen ist im gegenständlichen Fall durch den Verzicht auf eine Überprüfung dieser Expertisen, die mangelnde Überprüfung auf Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit der „Gutachten“ und eine logisch wie verfahrensrechtlich nicht nachvollziehbare Argumentation gekennzeichnet. Unübersehbar sind eine Vielzahl von Ungenauigkeiten und nicht belegten Prämissen.

Dr.ⁱⁿ Margit Ammer, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte;
margit.ammer@univie.ac.at

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Brigitta Busch, Professorin für Angewandte Sprachwissenschaft, Universität Wien;
brigitta.busch@univie.ac.at

Mag.^a Nora Dorn, anglistische Sprachwissenschaftlerin, Universität Wien; nora.dorn@univie.ac.at

Mag.^a Martina Rienzner, Sozialwissenschaftlerin, Universität Wien; martina.rienzner@univie.ac.at

Mag.^a Anita Santner-Wolfartsberger, anglistische Sprachwissenschaftlerin, Universität Wien;
anita.wolfartsberger@univie.ac.at

Prof. Dr. Walter Schicho, Professor i.R. für Afrikanische Geschichte, Universität Wien; walter.schicho@univie.ac.at

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Barbara Seidlhofer, Professorin für englische Angewandte Sprachwissenschaft, Universität Wien;
barbara.seidlhofer@univie.ac.at

Mag. Karlheinz Spitzl, Sozialwissenschaftler, Universität Wien; karlheinz.spitzl@univie.ac.at

Gedanken zum österreichischen Strafvollzug: Resozialisierung und Besserung oder Repression und Vergeltung?

Alexia Stuefer

1. Einleitung¹

Der Strafvollzug in Österreich ist empirisch nicht systematisch erforscht. Ebenso wenig sind Ansätze zur regelmäßigen Validierung und empirischen Untersuchung, verbunden mit kritischer Reflexion, jener Faktoren erkennbar, die im Strafvollzug die wesentliche Rolle spielen und von denen die Zielerreichung abhängig ist (Häftlingszahlen, Gesundheit, Betreuung, Beschäftigung, Freizeit, Sicherheit, Bewachung, Ausbildung der Justizwache). Vermisst werden Versuche, positive Vollzugsergebnisse zu evaluieren und flächendeckend anwendbar zu machen.²

Das Strafvollzugsrecht hat in der Literatur keine große wissenschaftliche Tradition. Soweit überblickbar finden sich keine Festschriften und nur wenige Abhandlungen, die sich schwerpunktmäßig der rechtlichen Situation von Gefangenen widmen.³ Publikationen und Dissertationen, die Teilbereiche des Strafvollzugsrechtes näher beleuchten und mitunter kritisch hinterfragen, bleiben vereinzelt.⁴ Diese ohne Zweifel wissenschaftlich wertvollen Arbeiten bleiben meist dennoch ohne großen Widerhall in Lehre und Praxis. Auch für die Justizpolitik ist Strafvollzug eine weitgehend vernachlässigte

1 Die Einleitung ist an die von der Autorin verfassten Vorwörter des 22. und 23. Bandes der Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen (2013), nämlich *Kitzberger*, Einbruchsdiebstahl und Legalbewährung und *Stuefer/Ruhri/Soyer* (Hg), Strafverteidigung und Psyche, 11. Österreichischer StrafverteidigerInnenstag, Graz, 15./16.03.2013, angelehnt.

2 Als Ausnahmen sind (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) die Publikationen im JSt zu nennen, die sich regelmäßig mit dem Thema Strafvollzug auseinandersetzen. Vgl daraus etwa *Pilgram*, Überfüllte Justizanstalten – Jugendliche als „Verursacher und Leidtragende“, 2/2004, 41; *Stummer*, Zur Situation jugendlicher Häftlinge in der Justizanstalt Wien Josefstadt 1. Teil, 5/2004, 155 und 2. Teil, 6/2004, 188; *Birklbauer/Hirtenlehner*, Die Umsetzung des Haftentlassungspakets durch die Praxis – Eine erste Analyse, 5/2009, 145; *Bundesministerium für Justiz* (Hg), Straftaten ausländischer Jugendlicher und junger Erwachsener, Schriftenreihe des BMJ-Band 120 (2005); *BMJ* (Hg), Fremde im Gefängnis – Herausforderungen und Entwicklungen, Schriftenreihe des BMJ-Band 133 (2007); *Kritzberger*, Einbruchsdiebstahl und Legalbewährung. Eine qualitativ-empirische Studie, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen – Band 22 (2013).

3 Vgl etwa (Auswahl) *Gratz*, Im Bauch des Gefängnisses, Beiträge zu Theorie und Praxis, Schriftenreihe der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen-Band 7 (2007); *BMJ* (Hg), Fremde im Gefängnis; Strafvollzugsrecht im Blickfeld der Öffentlichkeit, Schriftenreihe des BMJ-Band 145 (2007); *Schuppich/Soyer* (Hg), Haft und Rechtsschutz, Juristische Schriftenreihe-Band 63 (1993).

4 Vgl Fn 2 und 3.

Materie. Die Gesetzgebung hat das aus dem Jahre 1969 stammende Gesetz zwar in Teilbereichen immer wieder novelliert, wirklich große Reformen hat es seither aber nicht gegeben.

Über diesen eng abgegrenzten Bereich hinaus besteht kaum Interesse für in Haft befindliche Personen – abgesehen von medial aufsehenerregenden Einzelfällen, deren Anzahl aber überschaubar ist. Zuletzt ist die Haft von Jugendlichen für kurze Zeit ins Zentrum der öffentlichen Diskussion gerückt. Eine Jugendrichterin hat bekannt gegeben, dass ein 14-Jähriger während der Untersuchungshaft brutal vergewaltigt worden ist.⁵ Anlässlich dessen erfuhr die Öffentlichkeit, dass der Strafvollzug seit Jahren budgetär vernachlässigt wird, dass es an Platz mangelt, dass Ausbildungs- und Arbeitsstellen, Beschäftigungsmöglichkeiten sowie Freizeitangebote fehlen, dass qualifiziertes Betreuungspersonal (aus den Bereichen Pädagogik, Psychologie, Sozialarbeit) ebenso wie Wachpersonal schrittweise eingespart werden. Kurz: Es gibt Grund zur Befürchtung, dass Verurteilte nicht bloß ausnahmsweise, sondern *systematisch* verwahrt und sich selbst überlassen werden.⁶

Diese Situation und das beschriebene gesellschaftliche, normative sowie justizpolitische Desinteresse sind nur schwer nachvollziehbar. Der Entzug der persönlichen Freiheit ist die eingriffsintensivste Maßnahme, mit der Verstöße gegen die Rechtsordnung geahndet werden. Wäre es nicht zu erwarten, dass gerade die *härteste* aller Strafen sowie die Art und Weise des Vollzuges umso mehr Aufmerksamkeit auf sich ziehen? Dass dem – wie aufgezeigt – nicht so ist, erscheint aus einem kollektiv-psychologischen Blickwinkel daher geradezu paradox. Handelt es sich um einen gesellschaftlichen Verdrängungsprozess oder ist es – möglicherweise unbewusst oder im Gegenteil gar ein systemgewollter – Teil der Strafe, wenn Inhaftierte nahezu gar keine Aufmerksamkeit beanspruchen können? Der folgende Beitrag ist der Versuch einer Dekonstruktion der aktuellen Lage des Strafvollzuges in Österreich aus Sicht einer Angehörigen der jüngeren Generation.⁷

5 Gekürzt abrufbar unter: <http://www.falter.at/falter/2013/06/25/schwere-missstande-im-jugendstrafvollzug/>; vgl die Kurzdarstellung der zu Gewalt unter Inhaftierten geführten Studie von I. Friedrich, Zur Gewalt unter Gefangenen in den Wiener Justizanstalten, Schriftenreihe des BMJ-Band 145 (2010); I. Friedrich/Gratz, Gewalt im Gefängnis – Eine empirische Untersuchung in den Wiener Justizanstalten, JSt 6/2008, 187.

6 In diese Richtung weisen auch Berichte der Volksanwaltschaft (<http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/9957k/Presseaussendung%20JA%20Josefstadt.pdf>) sowie eine Studie im Rahmen des EU-Projektes – Jugendliche im Strafvollzug – Gewalterfahrungen und Möglichkeiten der Veränderung aus Perspektive der Betroffenen“ („End violence against children in custody“ – JUST/2009/DAP3/AG/1346), <http://www.weisser-ring.at/AussendungJugendstrafvollzug.pdf>) (30.9.2013). Vgl weiters Hofinger/Pilgram, Droht eine Rückkehr in den Verwahrungsvollzug? in BMJ (Hg), Fremde im Gefängnis, 29; zu den Auswirkungen des Verwahrungsvollzuges vgl Gratz, Was sich von der Gehirnforschung über den Strafvollzug lernen lässt: Verwahrungsvollzug schadet dem Gehirn, in Gratz (Hg), im Bauch des Gefängnisses, 13.

7 Die Autorin ist 38 Jahre alt.

2. Die gesetzliche Grundlage – Strafvollzugsgesetz (BGBl 1969/144 idF BGBl I 2012/1)

2.1. „Ständestaat“ und nationalsozialistische Diktatur

Diese Aufgabe erfordert zuallererst eine Auseinandersetzung mit dem Strafvollzugsgesetz (im Folgenden: StVG). Das StVG setzte im Jahre 1969 den Schlusspunkt einer seit Ende des Zweiten Weltkrieges herrschenden regelungstechnischen Unsicherheit. Der Vollzug war bis dahin nicht einheitlich durch Gesetz, sondern durch eine Vielzahl von Erlässen, Geschäftsordnungen für die Gerichte I. und II. Instanz sowie Hausordnungen geregelt.⁸

Mit ein Grund für das gesetzestechnische Vakuum war meines Erachtens der Austrofaschismus in Form des autoritären „Ständestaats“ von 1934 bis 1938⁹ und die darauf folgende nationalsozialistische Unrechtsherrschaft, die die staatliche Verwaltung, mit ihr das Strafrecht, zu dem auch der Strafvollzug zählt, als Mittel zur Installierung und Aufrechterhaltung eines in jeder Hinsicht totalitären Systems missbraucht haben. Strafen, aber auch deren Vollzug hatten vor allem abschreckend zu sein. Der Strafvollzug war „im Kampf gegen das Verbrecher- und Untermenschentum, gegen Minderwertigkeit und Entartung zu einem scharfen Werkzeug der Staatsgewalt umgestaltet (worden).“¹⁰ Wenn auch der Gedanke der Besserung im Strafvollzug nicht gänzlich außer Acht gelassen wurde, prävalierte seit jeher – und im Laufe der nationalsozialistischen Herrschaft im zunehmenden Maße – der Zweck der Abschreckung und Unterdrückung durch einen rigorosen Strafvollzug.

Der „Ständestaat“ und diesem folgend die nationalsozialistische Diktatur glaubten die Macht nur durch stetig inhumanere Gesetze und Maßnahmen gegen Angehörige ganzer Bevölkerungsgruppen sowie politisch Andersdenkende und durch Strafen bis hin zur Todesstrafe selbst für vergleichsweise leichte Regelüberschreitungen zu sichern und zu erhalten; Regelungen, die letztendlich den idealen, weil ideologisch in denkbar höchstem Maße manipulierten, Nährboden für den nationalsozialistischen Völkermord und den Zweiten Weltkrieg boten. Es war ein Charakteristikum des nationalsozialistischen Regimes, dass es Personen ohne Rechtsgrundlage aus politischen, weltanschaulichen, rassistischen, religiösen, ethnischen Gründen oder wegen deren sexueller Orientierung in Konzentrationslagern gefangen hielt, ausbeutete, körperlich und psychisch misshandelte und ermordete. Die Inhaftierten waren – ohne je eine Straftat begangen zu haben – der totalen Willkür des diktatorischen Systems ausgesetzt. Diese historisch im negativen Sinne beispiellose Situation wurde ermöglicht und war bedingt durch eine Kultur der Vernichtung, weil eine systematische Inhaftierung, Ausbeutung, Malträtierung, Ermordung von ganzen Teilen der Zivilbevölkerung als Ausnahmeerscheinung, also als

⁸ Vgl zum Ganzen instruktiv *Holzbauer/Brugger*, Strafvollzugsgesetz (StVG) (1995), Einleitung 52 ff.

⁹ Vgl dazu den Themenschwerpunkt 1934 im *juridikum* 1/2009, 25–54, der sich ausführlich dem austrofaschistischen „Ständestaat“ widmet.

¹⁰ Vgl *Frank*, Der Sinn der Strafe(1935) zitiert nach *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 52 f.

Akt einiger Weniger, nicht denkbar ist. Dieser als unvergleichliche Verrohung zu bezeichnende Zustand verschonte weder die Angehörigen der Justiz(-politik) noch der Exekutive (die Gesetzgebung war nicht mehr existent). Der Strafvollzug war davon freilich nicht ausgenommen, sondern als Teil des Staatsapparates vereinnahmt von einer Ideologie, die die gezielte Schikane, Ausbeutung und Ermordung von inhaftierten Personen nicht nur für zulässig, sondern sogar für erforderlich erachtete.

Das Ende des Zweiten Weltkrieges und der damit einhergehende Sturz der nationalsozialistischen Diktatur erforderte eine völlige Neuausrichtung nicht nur der Justizpolitik, sondern sämtlicher Bereiche des Zusammenlebens. Der Willkürstaat konnte juristisch durch die Überleitungsgesetzgebung¹¹ noch im Jahre 1945 (wenn auch nicht in allen Teilen und in mehrfacher Hinsicht nur vorläufig) beendet werden. Das juristische Ende des Unrechtssystems hatte meines Erachtens nicht zwangsläufig automatisch die vollständige Bereinigung auch des kollektiven Gedächtnisses von der nationalsozialistischen Ideologie zur Folge. Als Beleg dafür sind der „Deutungskonflikt“ zum autoritären „Ständestaat“,¹² die so genannte „Waldheim-Affäre“, ebenso der bis heute existierende – weil offenbar fest verankerte – Gedanke der so genannten „Opferthese“ zu nennen. Das Ende des Zweiten Weltkrieges und der demokratische Neuanfang bewirkten – auf den Punkt gebracht – zwar die Entnazifizierung in formaler Hinsicht, der (auch emotionalen) Aufarbeitung des schwer traumatisierten kollektiven Bewusstseins haben die politischen Verantwortlichen der Nachkriegszeit meines Erachtens aber viel zu wenig Bedeutung beigemessen. Die erwähnten Beispiele sind eine eindrückliche Bestätigung dafür. Aus einem kollektiv-psychologischen Blickwinkel kann selbst heute noch die Frage gestellt werden, ob jemals eine vollständige Aufarbeitung des Traumas stattgefunden hat oder anders ausgedrückt ob die Vergangenheitsbewältigung wirklich abgeschlossen ist.

Dass das StVG erst nach mehr als zwanzig Jahren nach Ende des Zweiten Weltkrieges in Kraft trat, ist (vor allem auch) unter diesen Prämissen zu sehen. Der Strafvollzug, der während der nationalsozialistischen Zeit zu einem „scharfen Werkzeug der Staatsgewalt“ umgestaltet und als „Mittel der Unterdrückung“¹³ eingesetzt worden war, erhielt vor allem auch wegen der ideologisierenden Durchdringung der Staatsgewalten und der beschriebenen gesamtgesellschaftlichen Traumatisierung eine autoritäre und repressive Prägung, die bis heute noch nicht ganz überwunden scheint.

11 Vgl. Verfassungs-Überleitungsgesetz vom 13.05.1945; Rechts-Überleitungsgesetz vom 01.05.1945; 2. Verfassungs-Überleitungsgesetz vom 13.12.1945 ua.

12 Vgl. *Broucek/Dvorak*, Vorwort zum Themenschwerpunkt 1934, *juridikum* 1/2009, 25.

13 Vgl. *Frank*, *Der Sinn der Strafe* (1935) zitiert nach *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 52 f.

2.2. Ein Abriss der Entstehungsgeschichte des StVG – gesetzgeberischer Wille

Als das StVG im Jahre 1969 beschlossen wurde, standen die Vollzugszwecke der Resozialisierung und Besserung im Vordergrund, wie der Wortlaut des Gesetzes und die Lektüre der Materialien¹⁴ zeigen. Die stenografischen Protokolle geben einen detaillierten und umfassenden Überblick über den mehr als 10 Jahre andauernden Gesetzwerdungsprozess.¹⁵ Die laut Materialien von der damaligen Öffentlichkeit für Verurteilte geforderte „Vergeltung und Unschädlichmachung“ haben die Abgeordneten¹⁶ parteienübergreifend nach umfangreichen Beratungen, die unter Einbeziehung von fachkundiger Expertise erfolgten, abgelehnt und hervorgehoben, dass „es für die Gesellschaft richtiger und zweckmäßiger ist, wenn der Strafvollzug darauf ausgerichtet ist, die Strafgefangenen möglichst zu bessern, möglichst dazu zu bringen, von neuerlichen Straftaten abzusehen.“¹⁷ Dieses Ziel – so die Materialien – „kann nur durch auf Besserung ausgerichtete Erziehungsmaßnahmen erreicht werden, durch ein System gerechtfertigter Vergünstigungen, nämlich insbesondere bei guter Führung und erwiesener Bereitschaft, an der Erreichung der Erziehungsziele mitzuwirken.“¹⁸ Zu diesem Zwecke sind den „Strafgefangenen Lern- und Bildungsmöglichkeiten (zu) geben.“¹⁹ Es steht daher außer Frage, dass das StVG ein nach damaligen „Möglichkeiten fortschrittliches und vom Geist der Humanität und Gerechtigkeit getragenes Instrument für die Behandlung von Strafgefangenen“²⁰ darstellte. In mancher Hinsicht waren die diskutierten Forderungen fortschrittlicher als heute, etwa in der Überlegung, den Strafgefangenen einen regelmäßigen Urlaub zu gewähren.²¹

Hingegen fehlen gegenwärtig klare Bekenntnisse zu einer konstruktiven Weiterentwicklung des Strafvollzuges. Insofern muten die parlamentarischen Redebeiträge aus dem Jahre 1969 geradezu innovativ an. Aufgrund ihrer Bedeutung für die Beantwortung der Fragestellungen sind einige davon wortwörtlich hervorzuheben:

14 Vgl. XI. Gesetzgebungsperiode, Stenographische Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969.

15 *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 54 f.

16 Unter ihnen: Christian Broda (SPÖ), Hertha Firnberg (SPÖ), Viktor Kleiner (SPÖ), Otto Kranzlmayr (ÖVP), Otto Scrinzi (FPÖ); Letztgenannter wollte laut Materialien als Einziger den Sühnegedanken aus dem Strafvollzug nicht ausgeklammert haben; vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Zeilinger (FPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11642.

17 Vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Kleiner (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11628.

18 Vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Kleiner (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11628.

19 Vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Kleiner (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11631f.

20 Vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Kleiner (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11630. Es ist erschreckend, dass derartige Worte im aktuellen parlamentarischen Kontext – soweit überblickbar – nicht zu vernehmen sind.

21 Vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Kranzlmayer (ÖVP), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11633.

„Je krasser und je ausgeprägter diese Kluft zwischen dem normalen Leben und dem Gefängnis ist, je stärker die Fäden zur Außenwelt abgeschnitten sind, desto schwieriger wird die Resozialisierung, die Wiedereingliederung.“²²

„Die Strafe für den Rechtsbrecher ist der Freiheitsentzug.“²³

„Die Freiheitsstrafe an und für sich hat, wie immer man sie definieren mag, einen Übelscharakter. Der Entzug der persönlichen Freiheit nimmt selbstverständlich das Recht auf Selbstbestimmung.“²⁴

„Nicht der gebrochene Mensch, sondern der gebesserte Mensch soll das Ergebnis der vollzogenen Strafe sein!“²⁵

„Die Resozialisierung, nicht das Absitzen, das Dunsten, hat das Primat zu sein.“
sowie:

„Die Resozialisierung ist ja nicht möglich ohne Humanisierung; und (...) auch Humanisierung ist unteilbar! Auch der Letzte unter den Menschen hat noch das Recht, als Mensch behandelt zu werden, auf das Bewahren seiner Menschenwürde.“²⁶

2.3. Das StVG heute – exekutive Wirklichkeit

Das Ende der 1960iger Jahre beschlossene Gesetz wurde – wie bereits erwähnt – bis heute einigen Änderungen unterzogen, die für sich genommen als wegweisend zu bezeichnen sind.²⁷ Als Beispiele zu erwähnen sind: die Einführung der Arbeitslosenversicherung, die Erhöhung der Arbeitsvergütung im Jahre 1979;²⁸ Ausweitung der bedingten Entlassung, Entlassungsvorbereitung, Entlassenenunterstützung, der rehabilitativen Betreuung und der Verbesserung der verfahrensrechtlichen Position;²⁹ die Abschaffung des Stufenvollzuges, kollektivvertragliche Entlohnung für erbrachte Arbeitsleistungen³⁰ sowie aus jüngerer Zeit das so genannte Haftentlassungspaket³¹ und die seit 01.09.2011 vorgesehene Form des Strafvollzuges durch elektronisch überwachten Hausarrest.³²

22 Vgl Wortmeldung Abg. z. NR Firnberg (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11638.

23 Vgl Wortmeldung Abg. z. NR Firnberg (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11638.

24 Vgl Wortmeldung Abg. z. NR Kranzlmayer (ÖVP), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11635.

25 Vgl Wortmeldung Abg. z. BR Skotton (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 276. Sitzung des Bundesrates vom 25.04.1969, 7222.

26 Vgl Wortmeldung Abg. z. NR Firnberg (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11637, 11640.

27 Vgl den Überblick in *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 55 f.

28 Vgl den Überblick in *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 57.

29 Vgl StrÄG 1987, BGBl 1987/605 sowie den Überblick in *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 58.

30 Vgl StrÄG 1993, BGBl 1993/526 sowie den Überblick in *Holzbauer/Brugger*, StVG, Einleitung 50.

31 StrÄG 2008, BGBl I 2007/109.

32 Vgl § 156b ff StVG idF BGBl I 2010/64.

Wie es trotz der gesetzgeberischen Aufbruchstimmung im Jahre 1969, die in den Materialien eindeutig wie eindrücklich zum Ausdruck kommt und der bisher erfolgten Gesetzesnovellen, dennoch bei den gravierenden Missständen im Strafvollzug bleiben konnte, ist auf den ersten Blick unbegreiflich. Wie die Zitate zeigen, ist die damalige parlamentarische Diskussion auch im heutigen Sinne als zukunftsweisend zu bezeichnen.

Worin liegen also die Ursachen für den unbefriedigenden Zustand im Strafvollzug?

Ein wesentlicher Faktor ist, dass das durch den Austrofaschismus und zugespitzt durch die nationalsozialistische Herrschaft verursachte Trauma, das im besonderen Maße die Staatsgewalten und mit ihnen den Strafvollzug getroffen hat, nach wie vor nicht umfassend und vollständig aufgearbeitet wurde. Im Jahre 1969 schuf das Parlament zwar ein für damalige Verhältnisse sehr progressives Gesetz. Dieses ist aber nicht „im Geiste“ der historischen Gesetzgebung in Vollzug gesetzt worden – bis heute nicht. Die (auch) aufgrund der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Ideologisierung (arg: „scharfe Waffe der Staatsgewalt“) repressiv geprägte Ausrichtung des Strafvollzuges wurde daher – trotz anderslautender gesetzgeberischer Intention – nicht gänzlich abgelöst, sondern zwar nicht als Ideologie wohl aber als Grundhaltung zu überwiegenden Teilen fortgeführt. Die Justizwache ist heute wie damals ein straff organisierter, uniformierter staatlicher Wachkörper, der seine Hauptaufgabe in der Bewachung der Inhaftierten versteht. Für betreuende Arbeiten sieht er sich vordergründig nicht zuständig (obwohl das StVG ihn dazu berufen hat) und verrichtet sie daher – von wenigen Ausnahmen abgesehen – auch nicht. Die Aufgabenerfüllung erfolgt überwiegend repressiv mit ebensolcher Grundhaltung.

Diese Ausgangslage sowie eine Reihe weiterer Umstände begünstigen die gegenwärtige Art und Weise des Vollzuges. Als wesentlichste Mitursache ist die zunehmende budgetäre Vernachlässigung des Strafvollzuges durch die Justizpolitik zu nennen. Seit Jahren wird im Strafvollzug systematisch eingespart. Anstatt die qualifizierte Betreuung zeitlich und personell auszuweiten, bauen die Verantwortlichen planmäßig Stellen ab. Selbst die Anzahl der Justizwacheangehörigen geht bei steigenden Haftzahlen (und sinkender Kriminalität) kontinuierlich zurück.

An einem Beispiel ausgedrückt bedeutet das: Die finanziell prekäre Situation hat dazu geführt, dass jugendliche Untersuchungshäftlinge in der Justizanstalt Josefstadt in Wien von Freitag, 15:00 Uhr, bis Montag, 8:00 Uhr, in Zellen mit Mehrfachbelegung ohne Beschäftigung und/oder Betreuung eingesperrt waren.³³ Verschärfend kam hinzu, dass aufgrund des Personalmangels eine einzige Person im gesamten Jugendgefängnisstrakt der Justizanstalt Josefstadt Nacht(-wach)dienst verrichtete. Dass auf den jeweiligen Gefängnisetagen in der Nacht und am Wochenende kein Wachpersonal und keine Be-

33 Vgl dazu <http://www.falter.at/falter/2013/06/25/schwere-missstande-im-jugendstrafvollzug/> (30.09.2013).

treuungsperson anwesend waren, ist keine Ausnahmesituation, sondern Folge der systematischen Sparmaßnahmen. Der Staat verletzt damit auch seine Verpflichtung, für Obhut und Schutz der Gefangenen während des Gefängnisaufenthaltes zu sorgen. Auf diese Art und Weise ändert(e) sich der Strafvollzug *strukturell* zum Nachteil der Inhaftierten.

Die ursprüngliche Intention des Gesetzes, die Humanisierung des Strafvollzuges zum Zwecke der Resozialisierung der verurteilten Inhaftierten, ist auf diese Weise nicht zu verwirklichen. Dass dem Strafvollzug eine entsprechende Anzahl von Personal, geeignete Bildungseinrichtungen und Beschäftigungs- und Freizeitmöglichkeiten sowie zur Finanzierung von alledem entsprechende budgetäre Mittel zur Verfügung zu stellen sind, leuchtet ein und forderte schon die Gesetzgebung des Jahres 1969 ausdrücklich: „Wir wissen auch, dass dieser reformierte Strafvollzug mehr Geld kosten wird.“³⁴ Die gegenwärtige ökonomische Vernachlässigung des Strafvollzuges verkehrt die im StVG verankerten Zielsetzungen geradezu ins Gegenteil.

Ein weiterer bedeutender Faktor ist schließlich die zunehmende Mobilität von Menschen. Personen mit nicht-österreichischer Staatsangehörigkeit stellen oftmals eine bedeutende Herausforderung für den Strafvollzug dar.³⁵ Dies liegt nicht nur an allfälligen Sprachbarrieren. Ein Mangel an sozialer Verfestigung außerhalb des Gefängnisses wirkt sich massiv auf den Resozialisierungszweck aus. Wer kaum oder keine Bezugspersonen außerhalb des Gefängnisses hat, bekommt weniger Besuche, hat schlechtere Möglichkeiten, Freigang zu erhalten, mehr Schwierigkeiten, Arbeit zu finden, zum Zeitpunkt der Haftentlassung oft keine Wohnung, etc. Und wenn Strafgefangene wissen, dass sie nach einer Haftstrafe außer Landes gebracht werden, kann die Haft keinen Resozialisierungszweck mehr haben. Sie ist dann nur noch Verwahrung. Bis zum heutigen Tag sind keine systematischen Vorstöße erkennbar, sich dieser Thematik grundsätzlich zu stellen und Lösungen zu finden, die die Menschenwürde auch für die Betroffenen wahrnehmbar schützen. Fremdsprachige Häftlinge werden eingesperrt und systematisch sich selbst überlassen, indem sie – um ein eindrückliches Beispiel zu bemühen – 23 von 24 Stunden in einer mehrfachbelegten Zelle verbringen. Von Betreuung, Beschäftigungs- oder Freizeitangebot für diese Gruppe von Häftlingen kann keine Rede sein.³⁶ Die mediale Öffentlichkeit beschränkt sich auf eine oberflächliche Betrachtung und bedient unter Hinweis auf die Straffälligkeit von Migrierenden altbekannte Vorurteile, wie Fremdenfeindlichkeit, Rassismus und Klassendenken. Das Bild von Migrierenden wird dadurch innerhalb wie außerhalb der Gefängnisse degradiert und stigmatisiert. Die Fol-

34 Vgl. Wortmeldung Abg. z. NR Firnberg (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11641.

35 Vgl. *BMJ (Hg)*, Straftaten ausländischer Jugendlicher und junger Erwachsener, Schriftenreihe des BMJ- Band 120 (2005); *BMJ (Hg)*, Fremde im Gefängnis.

36 Vgl. wie FN 35. *Hofinger/Pilgram* sprechen im Zusammenhang mit dem Strafvollzug von Migrierenden von einer „Verpolizeilichung“ des Vollzuges, vgl. *BMJ (Hg)*, Fremde im Gefängnis, 29.

gen von all dem sind verheerend. Die Gefahr, dass Migrierende als Menschen zweiter Klasse mit minimalen sozialen Aufstiegschancen gelten, potenziert sich innerhalb der Gefängnisse und führt mitunter zu blankem Rassismus und einer Verschlechterung der Gesamtsituation.³⁷ Die staatlichen Autoritäten setzen diesen Tendenzen nichts entgegen, obwohl längst wissenschaftliche Befunde mit Lösungsvorschlägen vorliegen.³⁸ Ist das mit der Menschenwürde vereinbar? Die Antwort erübrigt sich, trauriger Weise! Ursächlich für die bedauernswerte Situation ist letztlich auch das StVG selbst. Es überträgt die Hauptaufgabe der Erreichung der Strafvollzugszwecke der Justizwache. Die historische Gesetzgebung war sich dessen bewusst und hat aus diesem Grunde die Justizwache für die Erfüllung der Vollzugsziele in den Materialien mehrfach zur Verantwortung gezogen: (...) „in deren Hand es nun gegeben ist, den Zielsetzungen des Gesetzes zum Erfolg zu verhelfen, nämlich an alle, die mit der Anwendung dieses Gesetzes betraut sind: die Beamten der Vollzugsbehörden, der Justizanstalten und vor allem die auch unmittelbar Aufsicht führenden Vollzugsbediensteten. Von ihrer Bereitschaft und ihrer Einstellung zu den neuen Aufgaben, wozu sie sicherlich auch noch sehr eingehend geschult werden müssen, wird der Erfolg des Gesetzes maßgeblich abhängen. Sie mögen sich dabei von dem Bewußtsein leiten lassen, daß es um die Interessen der Gesellschaft geht“³⁹, sowie an anderer Stelle: „und vor allem gut geschultes Personal notwendig ist.“⁴⁰ Dass sich der erhoffte Erfolg bis dato nicht einstellte, hat der zuletzt bekannt gewordene Fall des 14-jährigen vergewaltigten Untersuchungshäftlings in aller Drastik gezeigt. Dafür einzelnen Angehörigen der Justizwache einen Vorwurf zu machen, ist eine verkürzte und daher abzulehnende Sichtweise, zumal das große Engagement vieler unbestritten und daher anzuerkennen ist. Die mangelhafte Situation ist nicht von einigen wenigen verursacht. Die Verantwortung dafür haben vielmehr die für den Vollzug zuständigen politischen Führungsorgane zu tragen. Obwohl das StVG dem Vollzugsziel der Resozialisierung oberste Priorität einräumt und – wie die parlamentarischen Materialien belegen – genügend finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt haben will, nehmen die Verantwortlichen schrittweise einschneidende Einsparungen in entscheidenden Bereichen (psychologische, psychiatrische, pädagogische und soziale Betreuung, Beschäftigung, Ausbildung, Freizeitangebote) vor. Seelsorgerische und sozialarbeiterische Einrichtungen, deren Angehörige teilweise ehrenamtlich arbeiten, sind nicht in der Lage, das Unterangebot auszugleichen, obwohl vor allem diese Personen mit hohem Einsatz und besonde-

37 Dieser Befund beruht auf eigenen Erfahrungen der Autorin und gilt sowohl unter den Gefangenen, als auch im Verhältnis zwischen Gefangenen und den sie Bewachenden und Betreuenden. Dass Gefangene mit dunkler Hautfarbe weit verbreitet auch von Mitgefangenen als „Bimbos“ bezeichnet werden, ist nur ein Beispiel von vielen.

38 Vgl zur Situation von inhaftierten Fremden insbesondere *Hofinger/Pilgram*, Droht eine Rückkehr zum Verwahrvollzug? in *BMJ (Hg)*, Fremde im Gefängnis, 29.

39 Vgl Wortmeldung Abg. z. NR Kleiner (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11630f.

40 Vgl Wortmeldung Abg. z. NR Firnberg (SPÖ), Stenographisches Protokoll der 136. Sitzung des Nationalrates vom 26. und 27.03.1969, 11640f.

rer Motivation vorgehen. Die in dieser Situation unweigerlich entstehenden Lücken hat daher die Justizwache zu schließen. Sie trifft nach der ursprünglichen Konzeption des StVG auch die Hauptlast für die Verwirklichung der Vollzugsziele. Das Gesetz hatte zum Zeitpunkt seiner Entstehung jedoch ein anderes Bild der Justizwache vor Augen, indem es ihr neben bewachenden auch soziale, erzieherische und pädagogische Aufgaben übertrug.

Die Justizwache wird jedoch für ihre durch Gesetz übertragene Verpflichtung, die mehr als bloßes Einsperren und Bewachen bedeutet, nicht „besonders“ geschult, es werden keine flächendeckenden Maßnahmen ergriffen, die die Justizwacheangehörigen nicht bloß zu bewachenden, sondern gleichermaßen auch zu betreuenden Fachkräften macht, wie es der ursprünglichen Intention des StVG entsprechen würde.⁴¹ Das zeigt sich nicht zuletzt im Berufsverständnis der Justizwacheangehörigen, die sich selbst als uniformierte Vollzugseinheit, aber nicht als Betreuungsorgane verstehen. Von diesem Selbstverständnis gehen – ganz offenbar – auch die an der Weisungsspitze stehenden Justizverwaltungsorgane aus, da sie ansonsten gegensteuernde Maßnahmen setzen würden, was derzeit nicht in Sicht ist. Damit konterkarieren sie Einsatz und Enthusiasmus nicht nur jener Justizwacheangehörigen, die die Betreuung von Inhaftierten zumindest für ebenso wichtig erachten wie deren Bewachung, sondern auch der anderen an einem humanistischen Strafvollzug arbeitenden Einrichtungen (Seelsorge, Sozialarbeit, psychologische und erzieherische Unterstützung).

Resümierend ist festzuhalten, dass der Vollzug des StVG nicht im Sinne der ursprünglichen Gesetzesintention erfolgt. Das bedeutet aber keineswegs gleichzeitig, dass die Vollziehung aktuell *contra legem* ausgeübt wird, zumal sie sich interpretativ mit der sprachlich weiten Fassung des StVG vereinbaren lässt.

Als Beispiel dafür ist etwa die Unterbringung der Inhaftierten zu nennen, die gegenwärtig aus Platzgründen weitgehend in Zimmern mit Mehrfachbelegung vollzogen wird. § 124 Abs 1 erster Satz StVG regelt die Formen der Unterbringung und bestimmt, dass die „Strafgefangenen bei Tag so lange wie möglich in Gemeinschaft mit anderen, während der Zeit der Nachtruhe möglichst einzeln unterzubringen sind.“ Das Wort „möglichst“ in § 124 StVG erlaubt einen weiten interpretativen Spielraum, der die Mehrfachbelegung nicht ausschließt. Die wesentlich billigere Mehrfachbelegung ist daher gesetzlich zwar zulässig, aber nicht im Sinne der ursprünglichen gesetzgeberischen Absicht gelegen. Auch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 2006, die aber lediglich eine Empfehlung des Europarates und als solche rechtlich nicht bindend sind, empfehlen die Schaffung von Einzelhafträumen für die Nachtzeiten.⁴² Dass die Mehrfachbelegung zu Nachtzeiten verbunden mit langen Einsperrzeiten ohne Beschäftigungs- und Freizeitge-

41 Das StVG ist nach seiner Grundkonzeption – wie dargelegt – von liberalem und humanem Geist getragen.

42 Abrufbar unter http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/straf_und_massnahmen/documentation/empfehlung-europarat-d.pdf, Punkt 18.5.

staltungsmöglichkeiten eine ideale Ausgangslange für Machtausübung bis hin zu Machtmissbrauch von Gefangenen untereinander und im hierarchisch ausgestalteten Verhältnis zwischen Inhaftierten und Wachpersonal schafft, liegt auf der Hand. Die Probleme potenzieren sich bei Vorliegen von Sprachbarrieren und Erkrankungen (wie Drogenabhängigkeit oder psychischen Erkrankungen).

Damit einher geht der (meines Erachtens für das Verständnis der aktuellen Situation wesentliche) Umstand, dass das StVG – wie beschrieben – eine im Einzelfall repressive und autoritäre Vollziehung⁴³ eben nicht ausschließt, sondern auch rechtlich (weiterhin) ermöglicht.

Die historische Gesetzgebung hatte insofern wohl zu idealistische Vorstellungen, als sie der Justizwache die Hauptlast der Umsetzung des gesetzlichen Auftrages der Resozialisierung übertrug. Dieser umfasst nach der Grundkonzeption des StVG zweifelsohne eben auch betreuerische, erzieherische und soziale Aufgaben. Möglicherweise hat die damalige Gesetzgebung auch nie angenommen, dass der Strafvollzug – wie jetzt – finanziell äußerst unterdotiert sein wird und die Justizwache als bloßer Wachkörper fungieren würde. Als repressives Einfallstor in diesem Sinne ist meines Erachtens § 20 Abs 1 zweiter Satz StVG zu nennen, der wie folgt lautet: „Der Vollzug soll außerdem den Unwert des der Verurteilung zugrunde liegenden Verhaltens aufzeigen.“ Während in der Literatur überwiegend die Auffassung vertreten wird, dass dem § 20 „die Vollzugsziele der Spezialprävention und der Generalprävention und Sicherung, nicht jedoch der Vergeltung (Sühne) inhärieren“⁴⁴, wurde vereinzelt argumentiert, dass „Unwert (Anm: im Sinne von § 20 StVG) auch zweckfrei im Sinne der Tatvergeltung zu interpretieren sei.“⁴⁵ Die gegenwärtige Situation scheint meines Erachtens wohl eher der letzteren Argumentation Recht zu geben. Ein Strafvollzug, der sich auf einen geringstmöglichen Mitteleinsatz versteht, indem er die Aufgabenerfüllung einer immer geringer werdenden Zahl von Wach- und Betreuungspersonal überlässt, das „den Unwert des der Verurteilung zugrunde liegenden Verhaltens aufzeigen (soll),“ kann meines Erachtens den Strafzwecken der Resozialisierung und Besserung nicht gerecht werden und verkommt unweigerlich zur Sühne bzw ist nichts anderes als Sühne.

Für diese Sicht spricht auch der Umstand, dass der so praktizierte und verstandene Vollzug Gefahr läuft, gegen wesentliche Grundprinzipien des Strafvollzugs zu verstoßen. Der Unwert des Verhaltens wird durch die Strafe aufgezeigt, nicht aber durch die Art und Weise ihres Vollzuges. Auch die Europäischen Strafvollzugsgrundsätze 2006⁴⁶ betonen dies:

43 Vgl dazu Gratz, Voraussetzungen und Möglichkeiten wirksamer Autorität im Strafvollzug, Schriftenreihe VÖStV – Band 7, 139; M. Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1967).

44 Vgl Pilgram/Stangl in Holzbauer/Brugger Strafvollzugsgesetz (StVG), § 20, 153 ff (160); Drexler, StVG² § 20 Rz 6.

45 So etwa Kunst, zitiert nach Pilgram/Stangl in Holzbauer/Brugger, StVG, § 20, 158; vgl dazu auch die Verhandlung des 15ten Österreichischen Juristentages, Linz 1991, IV Strafvollzug, 5.

46 Abrufbar unter http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/straf_und_massnahmen/documentation/empfehlung-europarat-d.pdf, Punkt 102.2.

„Die Freiheitsstrafe ist allein durch den Entzug der Freiheit eine Strafe. Der Strafvollzug darf daher die mit der Freiheitsstrafe zwangsläufig verbundenen Einschränkungen nicht verstärken.“

3. Schlussbemerkungen

Von dieser Maxime droht der österreichische Strafvollzug sich immer mehr zu entfernen, wenn nicht umgehend Maßnahmen getroffen werden, die der fortschreitenden Verschlechterung effektiv entgegenwirken. Dazu gehört zu allererst das Bekenntnis zur Bereitschaft der Modernisierung des Strafvollzuges unter der Prämisse der Vision einer gefängnislosen Gesellschaft. Dazu ist vor allem ein Umdenken in größeren Dimensionen erforderlich. Es liegt an den politisch und rechtlich Verantwortlichen der jeweiligen Behörden, das StVG nach seinem ursprünglichen Konzept umzusetzen und für einen menschenwürdigeren Strafvollzug zu sorgen. Parallel dazu werden auch legislative Schritte in Angriff zu nehmen sein. Das StVG ist zwar vom Blickwinkel der Strafvollzugszwecke aus betrachtet als liberal zu bezeichnen, eine umfassende Modernisierung ist dennoch erforderlich, um den Herausforderungen der heutigen Zeit gerecht zu werden und den Zielsetzungen der Resozialisierung und Besserung wenigstens näher zu kommen. Zu diesem Zwecke ist eine vollständige Neugestaltung des Strafvollzuges notwendig, der *zumindest* jene Standards für rechtsverbindlich erklärt, die in den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen festgelegt sind.

Dazu gehören in erste Linie das Ende der rigiden Sparpolitik und die Zurverfügungstellung von angemessenen Mitteln. Dringend notwendig sind die Ausweitung von Betreuungsmöglichkeiten extra mures (etwa halboffener Vollzug, erweiterter Entlassungsvollzug), die Verbesserung der Entlassungsvorbereitung sowie die Intensivierung der Betreuung nach Entlassung.⁴⁷ Ein Gebot der Stunde ist weiters die Abschaffung der Haft für Jugendliche nach schweizerischem und skandinavischem Vorbild. Anstatt Haftanstalten sind Jugendliche, die sich schwerer Verbrechen schuldig gemacht haben, in geschlossenen Einrichtungen unterzubringen, die zur Gänze pädagogisch und nicht repressiv (dh durch Justizwache) geführt werden. Im Erwachsenenvollzug ist die Anzahl an fachkundigem Personal aus den Bereichen Pädagogik, Psychologie, Sozialarbeit, Übersetzung, Seelsorge dringend spürbar zu erhöhen und die Betreuung der Inhaftierten in den Mittelpunkt zu stellen, damit das Leben – den Grundsätzen eines modernen

47 Vgl dazu insbesondere *Kryspin-Exner/Gegenhuber*, Von Freiheitsentzug bis Resozialisierung, in *Koller/Reisinger/Rosenberger (Hg)*, Wegsperrern oder einschließen, Linzer philosophisch-theologische Beiträge – Band 21 (2010); *BMJ (Hg)*, Moderner Strafvollzug – Sicherheit und Resozialisierung, Schriftenreihe des BMJ – Band 122 (2005); *BMJ (Hg)*, Freiheitsentzug, Entlassung und Legalbewährung, Schriftenreihe des BMJ – Band 124 (2006); *BMJ (Hg)*, „Jugendliche im Gefängnis?“ – Modelle im Umgang mit straffälligen Jugendlichen, Schriftenreihe des BMJ – Band 142 (2009); *Graßl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! JRP 2004, 61; *dieselben*, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! Follow up, *juridikum* 2005, 66; *Schumann/Steinert/Voß (Hg)*, Vom Ende des Strafvollzugs (1988).

Strafvollzuges entsprechend – intra mures dem Leben außerhalb so weit als möglich angeglichen wird.

Unaufschiebbar ist außerdem die Erneuerung des Beschwerdeverfahrens, die mit der Sicherstellung des Zugangs zu rechtlicher Beratung für alle Inhaftierten zu verbinden ist. Moderne Formen der Konfliktlösung wie Mediationsverfahren sind in das Verfahren zu integrieren. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grunde solche Ansätze bisher nicht verwirklicht worden sind, eignen sich doch exakt diese Möglichkeiten zur Bewältigung von Problemen und Streitigkeiten im Gefängnis besonders gut.⁴⁸ Ebenso ist sicherzustellen, dass die Inhaftierten über ihre Rechte informiert werden, denn deren Inanspruchnahme setzt deren Kenntnis denklogisch voraus.

Es ist also, abstrakt formuliert, die verfahrensrechtliche Position der Inhaftierten zu stärken. Dass das Rechtsschutzverfahren auch im Gefängnis effektiv zu sein hat, folgt aus dem universell geltenden Prinzip der Achtung der Menschenwürde. Der Entzug der persönlichen Freiheit führt unweigerlich zur Einschränkung der Autonomie und des Selbstbestimmungsrechts. Umso intensiver hat die individuelle Betreuung und umso effizienter das Rechtsschutzverfahren zu sein, die Gefühle des Ausgeliefertseins und der Ohnmacht stehen jedem Resozialisierungsversuch im Wege bzw machen ihn geradezu unmöglich. Die Verurteilten verlassen die Gefängnisse viel zu oft als gebrochene und nicht als gebesserte Menschen.

Dr.ⁱⁿ Alexia Stuefer ist Rechtsanwältin in Wien, Generalsekretärin der Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen, Lehrbeauftragte an der Universität Wien und Redaktionsmitglied des Juridikum; alexia.stuefer@anwaltsbuero.at

⁴⁸ Vgl die von Soyer bereits 1993 aufgezeigten Ansätze im Beitrag Rechtsschutz und Strafvollzug in *Schuppich/Soyer (Hg)*, Haft und Rechtsschutz, 171.

Schwein sein in Österreich

Anmerkungen zur Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen

Martin Hiesel

1. Einleitung

Als vor inzwischen fast 10 Jahren das Tierschutzgesetz¹ im Nationalrat beschlossen wurde, bestand parteiübergreifend ein umfassender Konsens dahingehend, dass mit diesem Gesetz ein Meilenstein in Richtung der Gewährleistung eines umfassenden Schutzes des Wohlbefindens aller in Österreich lebenden Tiere gesetzt wird.²

Diese Einschätzung erscheint bei näherer Betrachtung des Gesetzeswortlautes durchaus begründet: So legt § 1 *expressis verbis* den Schutz des Lebens und des Wohlbefindens der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf als Ziel des Tierschutzgesetzes fest. Zuzufolge § 5 Abs 1 ist es verboten, einem Tier ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen oder es in schwere Angst zu versetzen. Ausdrücklich verboten ist es gemäß § 5 Abs 2 Z 10 etwa, ein Tier einer Bewegungseinschränkung auszusetzen, die ihm Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst zufügt. In Bezug auf die Tierhaltung legt § 13 Abs 1 fest, dass Tiere nur dann gehalten werden dürfen, wenn auf Grund ihres Genotyps und Phänotyps davon ausgegangen werden kann, dass die Haltung nach dem anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ihr Wohlbefinden nicht beeinträchtigt. Wer ein Tier hält, hat gemäß § 13 Abs 2 dafür zu sorgen, dass das Platzangebot, die Bewegungsfreiheit, die Bodenbeschaffenheit, die bauliche Ausstattung der Unterkünfte und Haltungsverrichtungen, das Klima, insbesondere Licht und Temperatur, die Betreuung und Ernährung sowie die Möglichkeit zu Sozialkontakt unter Berücksichtigung der Art, des Alters und des Grades der Entwicklung, Anpassung und Domestikation der Tiere ihren physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen sind. Hinsichtlich der Bewegungsfreiheit ordnet § 16 Abs 1 an, dass diese nicht so eingeschränkt werden darf, dass dem Tier Schmerzen, Leid oder Schäden zugefügt werden oder es in schwere Angst versetzt wird. Das Tier muss nach § 16 Abs 2 über einen Platz verfügen, der seinen physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen ist.

1 BGBl I 118/2004 (zuletzt geändert durch BGBl I 80/2010).

2 Siehe dazu – stellvertretend für viele – die Äußerungen des damaligen BK Wolfgang Schüssel, StenProt der 62. Sitzung des NR, 22. GP, 51, wonach Österreich „mit diesem Gesetz auf europäischer Ebene ganz sicher eine sinnvolle Vorreiterrolle ein[nimmt].“

Zufolge § 24 Abs 1 hat der/die BundesministerIn für Gesundheit (BMG) – teilweise im Einvernehmen mit dem/der BundesministerIn für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (BMLFUW) – durch Verordnung hinsichtlich näher genannter Tiere die Mindestanforderungen für die in § 13 Abs 2 genannten Haltungsbedingungen und erforderlichenfalls Bestimmungen hinsichtlich zulässiger Eingriffe sowie sonstiger zusätzlicher Haltungsanforderungen zu erlassen. In den einschlägigen Gesetzesmaterialien³ wird in diesem Zusammenhang die Möglichkeit betont, tierschutzrechtliche Vorgaben im Verordnungsweg „möglichst rasch ... an den Fortschritt der wissenschaftlichen Erkenntnisse der Tierschutzforschung anzupassen.“

Einen weiteren Meilenstein in der Entwicklung einer tierschutzgerechten Rechtsordnung stellt die kürzlich erfolgte Aufnahme des Tierschutzes als Staatsziel in die Bundesverfassung dar. Zufolge § 2 des im Juni 2013 vom Parlament beschlossenen und am 12. Juli 2013 in Kraft getretenen BVG über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung⁴ bekennt sich die Republik Österreich (Bund, Länder und Gemeinden) zum Tierschutz. Damit soll – dem dieser neuen Verfassungsbestimmung zugrunde liegenden Initiativantrag zufolge⁵ – dem Gebot eines sittlich verantworteten Umgangs des Menschen mit dem Tier als fühlendem Wesen Rechnung getragen werden.

Im Lichte dieser Gesetzeslage kann leicht der Eindruck entstehen, dass Österreich mit dem Inkrafttreten des Tierschutzgesetzes am 1. Jänner 2005 geradezu ein Tierparadies, jedenfalls aber ein Musterland des Tierschutzes geworden ist und der Verfassungsgesetzgeber im Juni 2013 einen breiten gesellschaftlichen Konsens über die Wichtigkeit des Tierschutzes auch verfassungsrechtlich abgebildet hat. Allerdings ist wohl jedem kritisch denkenden Menschen bekannt, dass die Rechtslage unterhalb der Verfassungs- bzw Gesetzesstufe (und erst Recht deren Vollzug bzw das Verhalten der Normadressatinnen und Normadressaten) nicht immer im Einklang mit der Rechtslage steht.

Der vorliegende Beitrag will nun keine soziologische Studie sein, sondern lediglich danach fragen, ob die hohen Ansprüche des – nunmehr im Lichte der neuen Staatszielbestimmung jedenfalls möglichst tierschutzfreundlich zu interpretierenden – Tierschutzgesetzes zumindest auf Verordnungsebene auch umgesetzt werden. Und zwar anhand eines ganz konkreten praxisrelevanten Beispiels, nämlich der in Österreich weit verbreiteten – und durch die 1. Tierhaltungsverordnung⁶ rechtlich gedeckten – Haltung von zigtausend Zuchtsauen in Kastenständen.

3 RV 446 BlgNR 22. GP, 22.

4 BGBl I 111/2013.

5 IA 2316/a 24.GP, 3. Weitergehende Bestimmungen wurden nicht als notwendig erachtet, weil § 1 Tierschutzgesetz bereits das Ziel enthält, das Leben und das Wohlbefinden der Tiere aus der besonderen Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf zu schützen.

6 BGBl II 485/2004 (zuletzt geändert durch BGBl II 61/2012).

2. Die Regelung der Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen in der 1. Tierhaltungsverordnung

2.1. Die Rechtslage

Die maßgebenden Bestimmungen der Z 3 der Anlage 5 der 1. Tierhaltungsverordnung, BGBl II 485/2004 in der im Wesentlichen noch immer geltenden⁷ Fassung BGBl II 219/2010 sehen für Sauen und Jungsauen in Betrieben mit 10 oder mehr Sauen für einen Zeitraum, der vier Wochen nach dem Decken beginnt und eine Woche vor dem voraussichtlichen Abferkeln endet, eine verpflichtende Gruppenhaltung vor, wobei der „Platzbedarf“ und die „Buchtenform“ in der Z 3.1.2 bzw. Z 3.1.3 genau geregelt sind. Die Z 3.2 beinhaltet detaillierte Regelungen betreffend die Mindestmaße der „Einzelstände“, während die Z 3.3 die Ausgestaltung der Abferkelbuchten regelt.

Auch wenn in den zitierten Ordnungsbestimmungen der Begriff des Kastenstandes nicht *expressis verbis* vorkommt, so ist doch nicht daran zu zweifeln, dass sie jene Rechtslage konstituieren, auf die sich die Zulässigkeit der in Österreich überwiegend in Verwendung stehenden Kastenstände gründet. Dies deshalb, weil im alltäglichen einschlägigen landwirtschaftlichen Sprachgebrauch die Begriffe „Einzelstand“ und „Kastenstand“ synonym gebraucht werden. Die in der Z 3.2 der Anlage 5 der 1. Tierhaltungsverordnung geregelte „Einzelstandshaltung“ beinhaltet also nichts anderes als eine nähere Regelung der Ausgestaltung der in Österreich verwendeten Kastenstände. Aber auch die Regelungen über die Haltung in Abferkelbuchten in der Z 3.3 der Anlage 5 der 1. Tierhaltungsverordnung sind in Ansehung der vorgesehenen „Mindestflächen“ so ausgestaltet, dass ein die Mindestmaße aufweisender Kastenstand in der Abferkelbucht aufgestellt werden darf.

Was aber ist denn nun ein Kastenstand und warum ist er denn für Zuchtsauen etwas Schlechtes? Diese Fragen sind leicht beantwortet:

Der Kastenstand ist eine in der österreichischen Praxis gängige Ausstellungsform für Jungsauen und Sauen. Dabei wird die Sau käfigartig um ihren Körper herum mit Gittern fixiert, wobei der Kastenstand nur geringfügig größer ist als die Körpermaße der Sau selbst, sodass sie nur abliegen und liegen bzw. aufstehen und stehen kann. Ein Umdrehen ist hingegen aus Platzgründen nicht möglich. Auch nach oben ist der Kastenstand ebenfalls verschlossen, sodass die Sau den Platz nicht freiwillig verlassen kann. Die in der Z 3.2 der Anlage 5 der 1. Tierhaltungsverordnung vorgesehenen Mindestabmessungen erlauben dem Tier nur, zwei Schritte vor und rückwärts zu gehen. Die Tiere sind durch die extreme Enge somit zu fast völliger Bewegungslosigkeit verurteilt, obwohl Schweine an sich sehr aktiv sind und sie – wenn unter natürlichen Bedingungen gehalten werden – 75% ihrer Wachzeit mit Wühlen, Kauen und Erkundung verbringen. Angesichts der Enge des Käfigs können die Schweine auch ihren Lebensraum nicht in

⁷ Dazu näher unten Punkt 3.

Liegeplatz und Kotplatz trennen und keinen adäquaten Nestbau durchführen. Beim Liegen in der Seitenlage müssen die Beine unter den Seilgittern durchgestreckt werden, weil ansonsten keine für den Tiefschlaf erforderliche Seitenlage möglich ist.

Da es im Lichte der skizzierten Rechtslage gängige Praxis ist, die Sauen so lange wie möglich in Kastenständen zu halten, sind diese Systeme in der Praxis dergestalt im Einsatz, dass sie während des sogenannten Produktionszykluses (= Geburt bis nächste Geburt) regelmäßig zwischen 61 und 78 Tage durchgängig im Kastenstand leben müssen. Die durch die 1. Tierhaltungsverordnung geschaffene Rechtslage hat damit zur Folge, dass Sauen in den ersten vier Wochen nach dem Decken und ab einer Woche vor dem Abferkeltermin sowie für die gesamte Zeit des Abferkelns und Säugens in Kastenständen untergebracht werden.

Bemerkenswert ist, dass mit dieser Rechtslage auf Verordnungsebene unbestrittener Weise lediglich unionsrechtliche Minimalanforderungen des Tierschutzes umgesetzt werden. Österreich ist damit in Bezug auf die tiergerechte Haltung von Zuchtsauen in Europa also nicht nur nicht Vorreiter, sondern sogar das Schlusslicht. Wobei nicht unerwähnt bleiben soll, dass einige Länder wie zB die Schweiz oder Schweden die Kastenstandhaltung bereits vor einigen Jahren (weitgehend) aufgegeben haben.

Im Lichte dieser Sach- und Rechtslage drängt sich der Verdacht auf, dass seitens der Politik eine gezielte Doppelstrategie verfolgt wurde, die im Kern darauf hinausläuft, Tierschützerinnen und Tierschützer mit schönen, aber in der Praxis folgenlosen Gesetzesworten zu beschwichtigen, während auf der für die Lebensrealität der Zuchtsauen entscheidenden Verordnungsebene jedoch als „Zugeständnis“ an die Landwirtschaft keinerlei dem Gesetzestext entsprechende Verbesserungen des Tierschutzes vorgesehen wurden.

2.2. Zur Gesetzwidrigkeit des Haltens von Zuchtsauen in Kastenständen

Erfreulicher Weise ist es an dieser Stelle nicht mehr erforderlich, die Gesetzwidrigkeit der Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen im Lichte der eingangs zitierten Bestimmungen des Tierschutzgesetzes nachzuweisen, weil die Volksanwaltschaft diesen Nachweis mit Hilfe namhafter Tierschutzexperten bereits erbracht hat.⁸

Im Rahmen eines amtswegigen Prüfungsverfahrens wurde die vorstehend skizzierte Sach- und Rechtslage seitens der Volksanwaltschaft nämlich einer eingehenden Überprüfung unterzogen. Dies führte im September 2010 zu einer (einstimmigen) Missstandsfeststellung und Empfehlung,⁹ in welcher die Volksanwaltschaft zu dem Ergebnis gelangte, dass die zufolge der 1. Tierhaltungsverordnung unter bestimmten Vorausset-

⁸ Zu diesem Verfahren und seinem Hintergrund siehe auch *Rueprecht/Funk*, Staatsgewalt. Die Schattenseiten des Rechtsstaates (2012) 132ff.

⁹ Veröffentlicht unter www.volksanwaltschaft.gv.at/service/kollegialbeschluesse/ausgewaelte-kollegialbeschluesse-2010 (abgerufen am 26. Juni 2013).

zungen für rechtlich zulässig erklärte Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen näher bezeichneten Bestimmungen des Tierschutzgesetzes widerspricht.

Die Volksanwaltschaft hat im Zuge der Meinungsbildung zahlreiche Stellungnahmen eingeholt, die anschaulich belegen, dass die Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen elementaren Grundsätzen des Tierschutzes widerstreitet.

So wird in der Missstandsfeststellung insbesondere auf die Aussage des Veterinärdirektors des Magistrats der Stadt Wien verwiesen, dass es bei einer solchen Haltung von Mutter-sauen dem Muttertier nicht möglich sei, ein arttypisches Nestbauverhalten auszuleben, sodass die Mutter-Kind-Beziehung empfindlich gestört wird. Das Abliegen und Aufstehen sei insbesondere für schwere Tiere nur mit Mühe möglich, das Platzangebot müsse als zu gering angesehen werden. Eine Strukturierung der Schweinebox mit Liege- und Kotbereich, wie sie dem Normalverhalten von Schweinen entspricht, sei nicht mehr gegeben. Schließlich sei die Haltung des Muttertiers und der Jungtiere ohne Einstreu als nicht tiergerecht abzulehnen. Die geltende Rechtslage widerspreche den im Tierschutzgesetz angeführten Grundsätzen der Tierhaltung, nach denen der Tierhalter dafür zu sorgen hat, dass die Tierhaltung den physiologischen und ethologischen Bedürfnisse der Tiere angemessen ist und die Tiere durch die Haltung in ihrer Anpassungsfähigkeit nicht überfordert werden. Seitens der Tierschutzombudsstelle Vorarlberg wird darauf hingewiesen, dass es durch die Bodenbeschaffenheit zu Schäden an den Gelenken und an der Haut komme. Häufig auftretende Stereotypien wie z.B. Stangenbeißen seien ein eindeutiges Symptom dafür, dass die Körperfunktionen und das Verhalten nicht ungestört ablaufen können. Die Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen füge diesen Schmerzen zu, die in Ermangelung jeglicher Rechtfertigung als ungerechtfertigt angesehen werden müssen.

Der anerkannte Tierschutzexperte Univ.-Prof. Dr. Christoph Winckler kommt in einem Gutachten ebenfalls zu dem Ergebnis, dass die Kastenstandshaltung nicht den ethologischen und physiologischen Bedürfnissen von Sauen entspricht. In diesem Zusammenhang wird auf massive Einschränkungen in der Möglichkeit der Verhaltensaübung der Sauen infolge der Fixierung im Kastenstand verwiesen. Dadurch würde den Schweinen das für sie charakteristische, hoch motivierte Trennen von Kot- und Liegeplatz verwehrt. Zudem müsste den Schweinen jederzeit geeignetes Beschäftigungsmaterial zur Verfügung stehen. Vor der Geburt benötigten Sauen für das Nestbauverhalten neben einem ausreichenden Platzangebot zusätzlich adäquates Einstreumaterial wie Stroh. Fehlen von Einstreu im Kastenstand führe zu Verhaltensabweichungen wie Pseudowühlen, Stangenbeißen oder Rütteln an der Haltungseinrichtung.

Ähnliche Ausführungen beinhaltet auch das Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Josef Troxler, der darauf hinweist, dass die heute auf dem Markt befindlichen Kastenstandssysteme die Bewegungsfreiheit der Sauen extrem einschränken würden. Troxler gelangt zu dem Ergebnis, dass Abferkelbuchten mit Kastenstand keine tiergerechte Haltung darstellen, da die Sauen in ihrer Bewegungsfreiheit massiv eingeschränkt seien. Neue Ausstattungsformen mit freier Bewegungsmöglichkeit für die Sau und Nestbaumöglichkeiten

würden die Tiergerechtigkeit wesentlich verbessern. Die Fixierung der Sau im Kastenstand über eine Zeit von vier bis sechs Wochen stelle eine übermäßige Einschränkung ihres Normverhaltens dar, wobei auftretende Schäden und Verhaltensstörungen zeigen würden, dass die Anpassungsfähigkeit der Tiere überfordert ist. Somit verfüge sie nicht über einen Platz, der ihren physiologischen und ethologischen Bedürfnissen entspricht. In Ansehung der §§ 5, 13 und 16 Tierschutzgesetz gelangte die Volksanwaltschaft zu der Auffassung, dass eine dem Tierschutzgesetz entsprechende Tierhaltung nur dann vorliegt, wenn die Bewegungsfreiheit des Tieres nicht so eingeschränkt ist, dass ihm Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden oder es in schwere Angst versetzt wird. Dabei muss auf physiologische und ethologische Bedürfnisse von Zuchtschweinen angemessen Rücksicht genommen werden.

Im Lichte der vorgelegten Beweise sah sich selbst der BMG dazu veranlasst, einzuräumen, dass eine umfassende Untersuchung gezeigt hat, dass bei Kastenständen ein hoher Prozentsatz an Verletzungen bei den Sauen auftrat und das Verhalten insofern stark beeinträchtigt wurde, da die Sau keine Möglichkeit zur freien Bewegung, zur Trennung von Liege- und Kotbereich, zum Nestbau und zur Beschäftigung hatte und der Sau-Ferkelkontakt eingeschränkt war. Seitens des BMG wurde kein einziges tierschutzrechtliches Argument für die Kastenstandshaltung ins Treffen geführt, sondern ausschließlich darauf verwiesen, dass den „ökonomischen Auswirkungen bei der Ausgestaltung von Haltungseinrichtungen ein hoher Stellenwert einzuräumen ist.“

Der Widerspruch zu den vorstehend zitierten Bestimmungen des Tierschutzgesetzes trat nach Auffassung der Volksanwaltschaft in Ansehung dieser Eingeständnisse offen zutage, wobei in der Misstandsfeststellung mit Nachdruck darauf hingewiesen wurde, dass in §§ 1, 2, 13 und 16 Tierschutzgesetz nicht davon die Rede ist, dass die darin enthaltenen tierschutzrechtlichen Vorgaben unter wie auch immer zu definierenden ökonomischen Anforderungen stehen.¹⁰

Zusammenfassend kann somit außer Streit gestellt werden, dass durch die in der 1. Tierhaltungsverordnung zugelassene Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen den Tieren infolge der damit zwangsweise verbundenen massiven Einschränkung der Bewegungsfreiheit Schmerzen, Leiden und Schäden zugefügt werden und den Tieren ein Platz vorenthalten wird, der ihren physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen ist. Dies widerspricht § 1 iVm den §§ 5 Abs 2 Z. 10, 13 Abs 1 und 2 sowie 16 Abs 1 und 2 Tierschutzgesetz und belastet die entsprechenden Verordnungsbestimmungen mit Gesetzwidrigkeit.¹¹

10 Zudem legte die Volksanwaltschaft auch dar, dass die Regelung des § 24 Abs 1 Tierschutzgesetz, wonach der/die BMG für die in § 13 Abs 2 leg cit genannten Tiere Haltungsbedingungen unter anderem auch unter Bedachtnahme auf die ökonomischen Auswirkungen zu erlassen hat, nicht dahingehend (miss)verstanden werden kann, dass im Verordnungsweg andere Bestimmungen des Tierschutzgesetzes weitgehend relativiert werden können.

11 Im Lichte dieser Feststellungen wurde seitens der Volksanwaltschaft folgerichtig die Empfehlung ausgesprochen, umgehend eine Änderung der 1. Tierhaltungsverordnung im Sinne der Verankerung eines nach Verstreichen einer

3. Die neue Rechtslage

Im Gefolge der Empfehlung der Volksanwaltschaft gab es intensive Verhandlungen zwischen dem BMG und dem BMLFUW, die zu Änderungen der 1. Tierhaltungsverordnung (und in der Folge auch zu einer Zurückziehung eines vor der Verwaltungsänderung eingebrachten Verwaltungsanfechtungsantrages der VA beim VfGH) führten.¹²

Mit Wirkung vom 1. Jänner 2013 wurden die Punkte 3.1.1, 3.2 und 3.3 der Anlage 5 der 1. Tierhalteverordnung im Sinne einer grundsätzlich zu begrüßenden Zurückdrängung der Zulässigkeit der Kastenstandshaltung der Zuchtsauen neu gefasst.

Diese Rechtslage hier näher darzustellen erübrigt sich jedoch schon deshalb, weil sie nur für ganz wenige Betriebe zum Tragen kommt. Denn die Übergangsregelung der Z 6 der Novelle BGBl II 61/2012 sieht ausdrücklich vor, dass genannte neue Bestimmungen ab 1. Jänner 2013 nur „für alle neugebauten, umgebauten oder erstmals in Betrieb genommenen Anlagen und Haltungseinrichtungen, sowie für solche bestehenden Anlagen und Haltungseinrichtungen [gelten], bei denen die Anforderungen ohne bauliche Maßnahmen erfüllt werden können.“ Betriebe der ersten Gruppe gibt es faktisch nicht, und Betriebe der zweiten Gruppe haben die Zuchtsauen wohl schon bisher in einer tiergerechten Weise gehalten. Erst ab 1. Jänner 2033 – also nach Ablauf einer Übergangsfrist von 20 (!) Jahren – gilt die Neufassung der in Rede stehenden Verwaltungsbestimmungen für alle Betriebe.¹³

Es mag nun durchaus sein, dass eine Übergangsfrist für landwirtschaftliche Betriebe, die auf die Gesetzmäßigkeit der im gegenständlichen Zusammenhang freilich offenkundig gesetzwidrig erscheinenden 1. Tierhaltungsverordnung vertraut haben, in einem im Hinblick auf die Notwendigkeit der Durchführung von Baumaßnahmen zur Gewährleistung einer dem Tierschutzgesetz entsprechenden Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen in einem angemessenen Umfang gerechtfertigt werden kann. Die neue Rechtslage, die das Bestehen der Kastenstandshaltung im Grunde im bisherigen (!) Umfang für weitere 20 Jahre (!!) weiterhin zulässt, kann aber unmöglich als angemessene Übergangsfrist angesehen werden, zumal die erforderlichen Baumaßnahmen selbst unter Einrechnung der Planungsphase nur einen wesentlich kürzeren Zeitraum in Anspruch nehmen würden. Vielmehr erweist sie sich als – gesetzwidriges – Zugeständnis an eine mächtige Lobby einer Berufsgruppe, die Tierschutz mehrheitlich anscheinend nur solange ernst zu nehmen bereit ist, als er nicht ihre ökonomischen Interessen beeinträchtigt.

angemessenen Übergangsfrist wirksam werdenden sanktionsbewährten Verbotes der Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen zu veranlassen.

¹² BGBl II 61/2012.

¹³ Daran vermag auch § 2 Abs 6 der 1. Tierhaltungsverordnung nichts zu ändern, weil selbst dann, wenn im Rahmen des darin bezeichneten Projekts neue Empfehlungen erteilt werden, diese nur im Wege einer Verwaltungsänderung rechtsverbindlich werden können und der Verwaltungsgeber sich selbst nicht zu einer Verwaltungsänderung verpflichten kann. Auch diese Regelung erweist sich sohin als weiteres Placebo, um die Untätigkeit der zuständigen BM im Sinne einer Schaffung einer den Anforderungen des Tierschutzgesetzes entsprechenden Rechtslage zu verschleiern.

tigt. Ein genereller Vorbehalt des Tierschutzes zugunsten ökonomischer Interessen ist dem Tierschutzgesetz jedoch gerade nicht zu entnehmen und würde selbstredend auch den Sinn der neuen Staatszielbestimmung des Tierschutzes gänzlich unterlaufen.

4. Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung der Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen hat gezeigt, dass das Tierschutzgesetz Vorgaben enthält, die auf Verordnungsebene nicht einmal ansatzweise erfüllt werden. Anstatt Vorreiter in Europa zu sein, werden lediglich unionsrechtliche Mindestvorgaben erfüllt. Die vom zuständigen BM selbst eingestandene Gesetzeswidrigkeit der einschlägigen Verordnungsbestimmungen soll erst im Jahr 2033 saniert werden. Bis dahin lautet die unrühmliche Devise – Tierschutz in der Verfassung ja, in der Praxis aber bitte warten!

MR Dr. Martin Hiesel ist in der Volksanwaltschaft tätig; Martin.Hiesel@volksanw.gv.at

Defizite im Rechtsschutz?

Unabhängige Instanz zur Überprüfung negativ entschiedener Asylverfahren

Lioba Kasper

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte hat eine Schriftenreihe zu den Forderungen des Refugee Protest Camp, zu den Forderungen der Geflüchteten und ihrer UnterstützerInnen ins Leben gerufen: Als menschenrechtliche Argumentationsgrundlage und Aufforderung an PolitikerInnen, in Verhandlungen mit den Protestierenden zu einer Verbesserung der Situation von Flüchtlingen in Österreich und Europa beizutragen. Das juridikum unterstützt diese Initiative und freut sich, ausgewählte Beiträge aus der Schriftenreihe veröffentlichen zu können.

1. Einleitung

Die Forderung des Wiener Refugeeecamp nach einer ergänzenden, unabhängigen Instanz zur Prüfung aller negativ beschiedenen Asylverfahren legt den Schluss nahe, dass die bestehenden Strukturen Defizite aufweisen und Asylsuchenden nicht ausreichend Sicherheit bieten, ein faires Verfahren zu durchlaufen. Die kürzlich bekannt gewordene Entscheidungspraxis eines Senats des Asylgerichtshofs (AGH) scheint diese Bedenken zu bestätigen. Der Senat, zuständig für die Prüfung von Asylanträgen vergewaltigter Frauen aus der Russischen Föderation, gewährte bis dato in keinem einzigen Fall Asyl.¹

Derzeit ist der AGH als Rechtsmittelinstanz für die materielle Prüfung von Beschwerden gegen Bescheide des Bundesasylamtes zuständig. Da es nicht einmal sechs Jahre nach Errichtung des Asylgerichtshofs zu einer Änderung der Behördenstrukturen und des Instanzenzuges kommt, wird sich der vorliegende Beitrag darauf konzentrieren, die Forderung des Refugeeecamp im Hinblick auf diese Neustrukturierung überblicksartig zu prüfen.²

Als Standard für einen effektiven Rechtsschutz werden die justiziellen Rechte garantiert in der Europäischen Menschenrechtskonvention als auch der Grundrechtecharta der Europäischen Union herangezogen, anhand derer die Forderung des Refugee Camps nach einer unabhängigen gerichtlichen Prüfungsinstantz analysiert werden soll. Danach hat jede Person das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, auf Zugang zu einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht sowie im Falle der Bedürftigkeit Anspruch auf Prozesskostenhilfe, um ihre Rechte auch entsprechend wahrnehmen zu können (siehe hierzu insbesondere Art 47 Grundrechtecharta, Art 6 und 13 EMRK).

1 Vgl *Brickner/Ruep*, Asylsenat gewährte niemals Asyl, Der Standard vom 12.02.2013; <http://derstandard.at/1360681309944/Asylsenat-gewaehrte-niemals-Asyl> (30.03.2013).

2 Vgl Art 131 Abs 2 B-VG idF 01.01.2014.

2. Asylgerichtshof (AGH) und Bundesverwaltungsgericht (BVwG)

2.1. Ein erster Vergleich

Der AGH wurde im Jahre 2008 als sogenannter „Sonderverwaltungsgerichtshof“³ im Asylverfahren konzipiert, der anhaltender Kritik ausgesetzt war.⁴ Er ist derzeit letzte Instanz im Asylverfahren und erkennt über Bescheide des Bundesasylamtes.⁵ Erachtet sich die/der BeschwerdeführerIn durch die angefochtene Entscheidung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm in ihren/seinen Rechten verletzt, besteht noch die Möglichkeit, gegen Entscheidungen des AGH Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof zu erheben.⁶ Eine Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs ist hingegen nicht möglich.

Da sich die „in der Vergangenheit [entwickelten] Mechanismen zum effizienten und erfolgreichen Umgang mit großen Mengen an Beschwerdeverfahren“⁷ beim Asylgerichtshof laut Meinung des Gesetzgebers bewährt hatten, wurde dieser als Modell für die Errichtung des Bundesverwaltungsgerichts herangezogen, das ab 2014 den Asylgerichtshof ersetzen wird.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt ein Verwaltungsgericht erster Instanz dar, dessen Etablierung auf einen beinahe 20-jährigen Entwicklungsprozess zurückgeht. Positiv ist hervorzuheben, dass die strukturelle und nicht nachvollziehbare Ungleichbehandlung von Asylverfahren und sonstigen Verwaltungsverfahren vermindert wurde. Mit 01.01.2014 steht nun auch im Asylverfahren wieder der Zugang zum Verwaltungsgerichtshof offen und zwar in Form einer Revision.⁸

Die Ungleichbehandlung findet jedoch auch nach der neuen Rechtslage seine Fortführung. Obwohl die Organisation und das Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts in eigenen Gesetzen⁹ geregelt sind, befinden sich die Bestimmungen zum Beschwerdeverfahren in Asyl- und Fremdenrechtssachen im Verfahrensgesetz der Verwaltungsbehörde, des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl.¹⁰ Dies ist strukturell nicht nachvollziehbar und birgt zudem Schlechterstellungen, die sachlich nicht gerechtfertigt erschei-

3 So AsylGH-Präsident Perl in einem Interview in der Presse vom 27. Februar 2008.

4 Kritisiert wurde insbesondere die Vorgehensweise im Gesetzgebungsprozess, da die gesetzlichen Grundlagen zu seiner Errichtung ohne ein entsprechendes Begutachtungsverfahren erlassen wurden.

Vgl *Jabloner*, Kritisches zur neuen Asylgerichtsbarkeit, *migraLex* 2008, 3.

Zudem erschienen die Strukturänderungen im Vergleich zum Unabhängigen Bundesasylsenat (UBAS) lediglich formeller Natur. Vgl *Wiederin*, Der gerichtliche Rechtsschutz in Asylsachen – Schwerpunkt Asylgerichtshof, *migraLex* 2008, 8.

5 Vgl Art 129d Abs 4 B-VG idGF.

6 Vgl Art 144a B-VG sowie §§ 82 bis 88a VfGG idGF.

7 Vortrag „Das neue Bundesverwaltungsgericht“ im Rahmen des Seminars Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 der Akademie für Recht, Steuern und Wirtschaft. Präsident Mag. Harald Perl und Vizepräsident Dr. Michael Sachs. 06.03.2013; verfügbar unter <http://www.asylgh.gv.at/DocView.axd?CobId=50825> (29.03.2013).

8 Vgl Art 133 und 144 B-VG idF 01.01.2014.

9 Vgl Bundesverwaltungsgerichtsgesetz und Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz.

10 Vgl §§ 16–22b BFA-VG idF 01.01.2014.

nen. Exemplarisch soll an dieser Stelle auf die unterschiedlichen Beschwerdefristen hingewiesen werden, welche in Asylverfahren in der Regel zwei Wochen betragen, wohingegen in sonstigen Verwaltungsverfahren eine Frist von vier Wochen vorgesehen ist.¹¹ Kritisch zu betrachten ist auch, dass primäres Ziel für die derzeitige Reform – wie schon bei der Errichtung des AGH – die Reduzierung und die Beschleunigung der Verfahren sowie die Entlastung des Verwaltungsgerichtshofs ist.¹² Die Gefahr besteht abermals darin, dass die Qualität angesichts der Quantität der zu behandelnden Verfahren leiden wird.

2.2. Die RichterInnenschaft

Gemäß Art 47 Grundrechtecharta hat im Anwendungsbereich des Unionsrechts jede Person das Recht auf eine Entscheidung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht. Diese Unabhängigkeit schließt „nicht nur jegliche Einflussnahme seitens der kontrollierten Stellen aus, sondern auch jede Anordnung und jede sonstige äußere Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, durch die in Frage gestellt werden könnte, dass die genannten Kontrollstellen ihre Aufgabe [...] erfüllen“.¹³

Dem/der RichterIn obliegt die Aufgabe, den Gesetzen entsprechend unparteiisch, unbeeinträchtigt und neutral die Rechtsprechung auszuüben. Hierzu bedarf es einer entsprechenden Ausbildung und Eignung. Der RichterInnenberuf wird allgemein mit einem hohen Anforderungsprofil in Zusammenhang gebracht. Das Richter- und Staatsanwaltsdienstgesetz sieht für die Tätigkeit im Bereich der administrativen Gerichtsbarkeit (Straf- und Zivilrecht) den Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften, diverse Eignungstests, eine vierjährige richterliche Vorbereitungszeit sowie die positive Absolvierung einer schriftlichen und mündlichen Richteramtprüfung vor.¹⁴ Hingegen werden für das RichterInnenamt am AGH bzw Bundesverwaltungsgericht lediglich der Abschluss eines rechtswissenschaftlichen Studiums sowie eine mindestens fünfjährige juristische Berufserfahrung vorausgesetzt.¹⁵ Prüfungsinstrumentarien für die ebenso geforderte fachliche und persönliche Eignung sind nicht vorgesehen.¹⁶

Um die Qualität der Verfahren zu gewährleisten wäre es erforderlich, dass entsprechende Aus- und Fortbildungsvorgaben für VerwaltungsrichterInnen in Anlehnung an die RichterInnenausbildung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit gesetzlich vorgesehen sind. Doch eine solche Verpflichtung sieht die Reform nicht vor.

11 Vgl § 16 BFA-VG idFv 01.01.2014 sowie § 7 Abs 4 VwGVG.

12 Vgl Erläut RV 314 BlGNR 23. GP 3ff.

13 EuGH 09.03.2010, *Kommission gegen Deutschland*, C-518/07.

14 Vgl Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte und Richteramtswärterinnen und Richteramtswärter (Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstgesetz – RStDG), BGBl 305/1961.

15 Art 129d Abs 3 B-VG idGF.

16 Vgl *Muzak/Rohrböck*, *Der Asylgerichtshof* (2008) 46.

Auch bei der Bestellung der AGH-RichterInnen zeigt sich sein Sonderstatus, so ist die Bundesregierung – anders bei der Bestellung von Verwaltungsgerichtshof-RichterInnen – an den Dreivorschlag des AGH nicht gebunden.¹⁷ Es besteht somit durchaus die Möglichkeit für die Bundesregierung, „konforme“ RichterInnen zu ernennen, was deren Unabhängigkeit in Zweifel ziehen könnte.¹⁸

Die Anforderungen an die RichterInnen des Bundesverwaltungsgerichts sind denen des Asylgerichtshofs angeglichen.¹⁹ Leider lässt somit auch diese Reform eine Aufwertung der Voraussetzungen zur Ausübung des RichterInnenamtes missen. Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb im Kernbereich des Menschenrechtsschutzes Personen mit richterlichen Entscheidungskompetenzen betraut werden, deren fachliche und persönliche Eignung nicht objektiv überprüft wird. Die unterschiedlichen Voraussetzungen für die Ausübung des richterlichen Berufes zwischen ordentlichen Gerichten und der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz scheint sachlich nicht gerechtfertigt.

Auch die Beibehaltung und Ausweitung des Controlling-Systems ist im Hinblick auf die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der RichterInnen zu kritisieren. Gemäß Art 83 Abs 2 B-VG hat jede/r Einzelne das Recht auf ein Verfahren vor der/dem gesetzlichen RichterIn, dh dass nach objektiven und sachlichen Kriterien, welche mittels einer sogenannten Geschäftsverteilung jeweils für ein Jahr im Vorhinein festgelegt werden, einer/einem RichterIn ein Fall zur Bearbeitung zugeteilt wird.²⁰

Das Controlling-System sieht vor, dass „zur Sicherstellung einer zweckmäßigen, wirtschaftlichen, sparsamen und effizienten Besorgung der Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichtes [...] eine Controllingstelle und ein Controllingausschuss berufen“²¹ ist, welche die Arbeit der RichterInnen untersuchen und analysieren. Die Auswertung ergeht jährlich sowohl an die RichterInnen als auch an die Präsidentin / den Präsidenten. Aufgrund der Formulierung der Vorschriften zum Controlling-System in Verbindung mit den Vorschriften zur Geschäftsverteilung kann nicht ausgeschlossen werden, dass RichterInnen auch während des Jahres Fälle zugeteilt erhalten oder ihnen Fälle entzogen werden und sie damit sanktioniert oder auch belohnt werden.²² Die Errichtung der Controllingstelle liegt unter der Verantwortung der Präsidentin / des Präsidenten. Zudem kann die/der LeiterIn sowie deren/dessen Stellvertretung jederzeit aus „wichtigen dienstlichen Gründen abberufen werden“.²³

17 Vgl *Jablonek*, *migralex* 2008, 1.

18 Sämtliche (neu einzustellenden) RichterInnen werden von der Bundesregierung vorgeschlagen, welche einen unverbindlichen Dreivorschlag des Personalsenats des Bundesverwaltungsgerichts einzuholen hat und vom Bundespräsidenten/der Bundespräsidentin ernannt wird Vgl § 2 Abs 4 BVwGG idF 01.01.2014.

19 Vgl Art 151 Abs 50 B-VG idF 01.01.2014.

20 Vgl Art 87 B-VG Abs 2 Bundesverfassungsgesetz, sowie § 15 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz idF 01.01.2014.

21 § 22 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz idF 01.01.2014.

22 §§ 17, 22–24 BVwGG.

23 ebd.

2.3. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Um das Recht auf eine wirksame Beschwerde und ein faires Verfahren zu gewährleisten, bedarf es entsprechender rechtlicher Grundlagen und Instrumentarien. Abermals ist die/der rechts- und vielfach sprachunkundige Schutzsuchende mit einer Unzahl an Verfahrens- und materiellrechtlichen Bestimmungen konfrontiert, die auch für JuristInnen nur schwer zu durchschauen sind. Im Asylbereich werden sich RechtsanwenderInnen mit fast zehn eigenen Gesetzen konfrontiert sehen, hinzu kommen europarechtliche und internationale Bestimmungen.

Asylsuchende sind Personen, die teils vor Verfolgung, Folter und Krieg geflohen sind. Es gibt in vielen Fällen keine Dokumente oder sonstige Beweismittel, die das Vorbringen der/des Asylsuchenden belegen, es bleibt somit oft nur ihre/seine Aussage zur Prüfung der Glaubhaftmachung des Vorbringens. Doch gerade die Möglichkeit, die eigenen Fluchtgründe auch vor dem ersten mit dem Fall betrauten Gericht vorzubringen, wird vielen AsylwerberInnen verwehrt. Als Entscheidungsgrundlage werden die sehr unzureichenden Einvernahmen vor dem Bundesasylamt (ab 01.01.2014: Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl) herangezogen.

Am Beginn des Verfahrens sind viele Personen – geprägt von ihrer Flucht und der Unsicherheit der neuen Situation – nicht in der Lage, sämtliche Aspekte ihrer Geschichte vorzubringen. Hierzu braucht es geschulte Personen und – was sehr wichtig ist – Zeit, um über die teils traumatischen Erlebnisse zu sprechen. Für ein faires Verfahren²⁴ ist es entscheidend, dass der/die Schutzsuchende die Möglichkeit hat, seinen/ihren Standpunkt persönlich und – sofern der Wunsch besteht – auch angemessen vertreten darzulegen. Das Gericht ist entsprechend dieser Grundsätze verpflichtet, das Parteivorbringen zu würdigen, sich also entsprechend mit diesem auseinanderzusetzen.²⁵ Gemäß Art 6 EMRK hat jede Person im Strafverfahren das Recht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Dieses Recht besteht gemäß Art 47 Grundrechtecharta auch in Asylverfahren.

Dieses Grundrecht wird der/dem AsylwerberIn oftmals nicht zu teil. Die Erfahrung zeigt, dass gewisse Senate kaum mündliche Verhandlungen mit der Argumentation durchführen, dass der Sachverhalt nach der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde ausreichend geklärt erscheint. Dies ist gerade in Asylverfahren, wo hauptsächliche Entscheidungsgrundlage die Glaubwürdigkeit der/des Asylsuchenden ist, mehr als fragwürdig. Wie der Verfassungsgerichtshof erst kürzlich feststellte, besteht im Asylverfahren das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Art 47 Abs 2 Grundrechtecharta, von diesem Grundrecht kann nur in Ausnahmefällen abgegangen werden.²⁶ Nachdem sich die Bestimmung zum Entfall

24 Vgl Art 47 GRC sowie Art 6 EMRK.

25 Vgl *Schmaus*, Die Auslegung des Art 47 GRC durch den Verfassungsgerichtshof, *migraLex* 03/2012.

26 Vgl VfGH 13.03.2013, U 1175/12 ua.

der mündlichen Verhandlung gleichlautend in der neuen Gesetzeslage wiederfindet, bleibt abzuwarten ob die höchstgerichtliche Judikatur entsprechend umgesetzt bzw bis zu ihren Grenzen ausgereizt wird.

Die bevorstehende Novelle sieht noch weitere wesentliche und teils höchst bedenkliche Verschärfungen vor, insbesondere wird die Pflicht zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts auf das Beschwerdebegehren bzw die Beschwerdegründe eingeschränkt.²⁷ Das heißt, dass Schutzsuchende bereits im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde und ohne umfassende rechtliche Beratung und Vertretung sämtliche Gründe für ihre Flucht angeben und im Zuge der Beschwerdeerhebung sämtliche Fehler der Verwaltungsbehörde aufzeigen müssen. Das Bundesverwaltungsgericht ist (zumindest) nach dem Wortlaut des Gesetzes darauf beschränkt. Hierbei scheint das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof als Vorbild genommen worden zu sein, doch besteht im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Anwaltpflicht, dh die Beschwerde muss von einem Rechtsanwalt / einer Rechtsanwältin eingebracht werden. Zudem besteht gegebenenfalls die Möglichkeit der Prozesskostenhilfe für Personen, die sich anwaltliche Vertretung finanziell nicht leisten können.²⁸

Im Asylverfahren besteht seit Oktober 2011 der Anspruch auf kostenlose Rechtsberatung, die aufgrund von europarechtlichen Vorgaben und der damit einhergehenden höchstgerichtlichen Judikatur eingeführt werden musste.²⁹ Der Anspruch gründet sich zum einen aus der Verfahrensrichtlinie der EU³⁰, zum anderen besteht gem. Art 47 Abs 3 Grundrechtecharta ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Grundrecht auf Prozesskostenhilfe. Dieses soll den effektiven und wirksamen Zugang zu Gerichten für Personen gewährleisten, die nicht über ausreichend finanzielle Mittel verfügen. Eine für sämtliche Asylsuchende zugängliche und effektive Rechtsberatung ist jedoch nur sehr mangelhaft umgesetzt worden. Die/Der RechtsberaterIn ist gesetzlich ausschließlich dazu verpflichtet, die/den Asylsuchenden bei der Beschwerdeerhebung und im Beschwerdeverfahren zu unterstützen und zu beraten, zudem muss sie/er die/den BeschwerdeführerIn über die Erfolgsaussichten der Beschwerde aufklären. Von der Regelung nicht umfasst, ist die Vertretung der Asylsuchenden vor dem erkennenden Gericht (sowohl vor dem Asylgerichtshof als auch in Zukunft vor dem Bundesverwaltungsgericht).³¹ Aufgrund der nur geringen Kostenentschädigung ist es nicht möglich³² und gesetzlich nicht indiziert, Asylsuchende zu mündlichen Verhandlungen zu begleiten sowie ausrei-

27 Vgl § 27 VwGVG idF 01.01.2014.

28 Siehe hierzu insbesondere *Stern*, Rechtsberatung für Asylsuchende (2012).

29 Vgl VfGH 02.10.2010, U 3078/09 ua.

30 Vgl Art 39 iVm 15 Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (kurz Verfahrensrichtlinie).

31 Vgl § 52 BFA-Verfahrensgesetz idFv 01.01.2014 bzw § 66 Asylgesetz idGF.

32 Vgl *Brickner*, Gute Rechtsberatung wäre doppelt so teuer, Der Standard vom 09.11.2012; <http://derstandard.at/1319182442270/Gute-Rechtsberatung-waere-doppelt-so-teuer> (30.06.2013).

chend auf die Beschwerdegründe einzugehen, was wiederum zu einer Verletzung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde gemäß Art 13 EMRK führen kann. Die gesetzliche Rechtsberatung ist zudem – anders als Vertretung durch einen Rechtsanwalt / eine Rechtsanwältin³³ – zur Objektivität verpflichtet, was zu unlösbaren Widersprüchen führen kann.³⁴ Dies widerspricht nicht nur den sekundärrechtlichen Bestimmungen der EU, sondern garantiert nicht den von Art 47 Grundrechtecharta gewährleisteten effektiven Zugang zu einem Gericht.

Obwohl das Bundesverwaltungsgericht als Gericht frei von jeglicher Weisung ist und sein muss, wird diese Unabhängigkeit eingeschränkt durch den Umstand, dass es an die verwaltungsbehördlichen Tatsachenfeststellungen gebunden ist. Dies ist umso bedenklicher, als die Asylsuchenden meist unvertreten sind und lediglich sehr eingeschränkte Unterstützung durch RechtsberaterInnen erhalten. Dies hat ein Ungleichgewicht zwischen der/dem rechtsunkundigen Asylsuchenden und der Verwaltungsbehörde zur Folge, die die RichterInnen des Bundesverwaltungsgerichts scheinbar nicht ausgleichen sollen.

Für ein Verwaltungsgericht erster Instanz, dh für die erste unabhängige und weisungsungebundene Prüfungsinstanz, ist es sehr bedenklich, dass die Möglichkeit und Pflicht eingeschränkt wird, das Vorbringen der/s Schutzsuchenden in jede Richtung hin zu überprüfen und unabhängig von jeglichem verwaltungsbehördlichen Verfahren Recht zu sprechen.

Es wird sich zeigen, wie das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschränkungen reagieren wird. Denn grundsätzlich besteht in Asylverfahren stets die Verpflichtung, mögliche Verletzungen der Grund- und Menschenrechte von Amts wegen zu prüfen, sofern sich aus dem Sachverhalt entsprechende Hinweise ergeben.³⁵

3. Der Verwaltungsgerichtshof im Asylverfahren

Dem Verwaltungsgerichtshof obliegt die Kontrolle der Verwaltung. Gleichzeitig mit der Einrichtung des AGH im Jahre 2008 wurde für Asylsuchende der Zugang zum Verwaltungsgerichtshof ausgeschlossen. Es besteht derzeit lediglich die Möglichkeit, Erkenntnisse des AGH auf die Verletzung verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte vom Verfassungsgerichtshof überprüfen zu lassen. Hierbei kam es zu einem immensen Rechtsschutzdefizit für AsylwerberInnen. Zuvor hatte der Verwaltungsgerichtshof eine entscheidende Kontroll- und Regulierungsfunktion des von politischen Diskussionen stark beeinflussten Asylsystems. So hatte er etwa 20 Prozent der Entscheidungen des Vorgän-

33 Siehe hierzu § 9 Rechtsanwaltsordnung: „Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, die übernommenen Vertretungen dem Gesetz gemäß zu führen und die Rechte seiner Partei gegen jedermann mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit zu vertreten.“

34 Vgl § 66a Asylgesetz 2005 idgF bzw § 48 BFA-Verfahrensgesetz idF 01.01.2014.

35 Vgl VfGH 29.06.11, U1533/10 ua.

gers des AGH, des Unabhängigen Bundesasylsenats, aufgehoben und so zur Rechtsvereinheitlichung und damit -sicherheit beigetragen.³⁶

Obwohl durch die Verwaltungsreform der Zugang zum Verwaltungsgerichtshof auch für Asylsuchende wieder offen steht, geht damit ein grundlegender Systemwechsel einher. Nach der neuen Rechtslage hängt die Zulässigkeit der Revision davon ab, dass „sie [die Revision] von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.“³⁷ Bis zur Abschaffung der Beschwerdemöglichkeit an den Verwaltungsgerichtshof im Jahre 2008 konnte dieser die Behandlung einer Beschwerde mangels Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ablehnen. Der Unterschied scheint auf den ersten Blick marginal, bei näherer Betrachtung ist zu erkennen, dass aus einem Ablehnungsrecht des Verwaltungsgerichtshofs eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die/den BeschwerdeführerIn wird. Es bleibt abzuwarten, wie der VwGH auf die veränderte Rechtslage reagieren wird.

4. Aufschiebende Wirkung

Ein sowohl dem zukünftigen Verfahren des Verwaltungsgerichtshofs³⁸ als auch des Verfassungsgerichtshofs, aber auch dem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anhaftendes Defizit stellt das System der aufschiebenden Wirkung dar. Einer Beschwerde vor den Höchstgerichten kommt grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu, die Zuerkennung derselben muss gesondert beantragt werden. Dies gilt bei Anträgen von Asylsuchenden, welche zurückgewiesen werden (ua mangels Zuständigkeit zur inhaltlichen Prüfung des Asylantrags in Österreich oder bei Folgeanträgen) auch schon im Verfahren vor dem AGH bzw künftig vor dem Bundesverwaltungsgericht.³⁹ Das bedeutet, dass der/die BeschwerdeführerIn bis zur etwaigen Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung abgeschoben werden kann. Dies kann weitreichende Folgen haben. Dem/der Schutzsuchenden hilft es freilich wenig, im Verfahren Recht zu bekommen, wenn sie/er bereits in den Verfolgerstaat abgeschoben wurde und ihr/sein Leben in Gefahr ist. Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung kann nur gemeinsam mit der Beschwerde bzw Revision eingebracht werden, wobei es hierfür (bei VwGH und VfGH) einer anwaltlichen Vertretung bedarf.⁴⁰

36 Vgl zB *UNHCR*, Analyse des Entwurfs zur Einrichtung eines Asylgerichtshofes (verfassungsrechtlicher Teil), 23.11.2007, 3; <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4a54bbda0.pdf> (24.03.2013).

37 Art 133 Abs 4 B-VG idF 01.01.2014.

38 Vgl § 30a VwGHG idF 01.01.2014.

39 Vgl §§ 16-17 BFA-Verfahrensgesetz idFv 01.01.2014.

40 Vgl § 88a iVm § 85 VfGG idgF.

Verfügt die/der BeschwerdeführerIn nicht über die notwendigen finanziellen Mittel um einen Rechtsanwalt zu bezahlen, besteht die Möglichkeit einen Antrag auf Verfahrenshilfe, dh. auf finanzielle Unterstützung durch den Staat, zu stellen. Dies führt allerdings einmal mehr zu Verzögerung des Antrags auf aufschiebende Wirkung.

Im Hinblick auf die Erfordernisse eines wirksamen Rechtsbehelf im Sinne des Art 47 der Grundrechtecharta, der sich auf Art 13 EMRK stützt, erscheint die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ohne weiteres europarechtlich indiziert. Wie der Europäische Gerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung hervorhebt, würde „[d]ie[...] Garantie [den Genuss des Rechtsschutzes zu genießen] indessen hinfällig, wenn die Mitgliedstaaten dem Betroffenen durch den sofortigen Vollzug einer solchen Entscheidung die Möglichkeit abschneiden könnten, Vorteile aus dem Erfolg der mit dem Rechtsbehelf geltend gemachten Gründe zu ziehen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 48/75, Royer, Slg. 1976, 497, Randnrn. 55 und 56).“⁴¹

Um Menschenrechtsverletzungen vorzubeugen ist es erforderlich, das System der aufschiebenden Wirkung zu adaptieren und die automatische Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bei Erhebung eines Rechtsmittels bzw im Falle eines Antrags auf Verfahrenshilfe, dh auf finanzielle Unterstützung bei der Erhebung eines solchen, zu gewährleisten und somit den europarechtlichen Anforderungen an einen gerichtlichen Rechtsbehelf Rechnung zu tragen.

5. Schlussfolgerungen

Der Fremdenrechtsbereich, eines der meist novellierten Rechtsgebiete, hatte stets einen Sonderstatus, der jedoch vom Gesetzgeber mit wenig Sorgfalt behandelt wurde. Dies zeigt sich insbesondere an seiner Bedeutung in der politischen Debatte⁴² oder an dem zumeist intransparenten und raschen Gesetzgebungsprozess, der vorzugsweise während Feiertagen durchgeführt wird, so dass kaum Zeit für eine ordentlichen Begutachtung der Gesetzesänderungen bleibt bzw das Begutachtungsverfahren gänzlich fehlt.⁴³ Der Rechtsschutz erfuhr aufgrund von Kosten- und Effizienzüberlegungen regelmäßig erhebliche Einschränkungen.⁴⁴ Da Entscheidungen im Asylbereich hochrangigste Schutzgüter betreffen, scheinen solche Beschränkungen höchst bedenklich. Für ein faires Verfahren ist notwendig, dass ein Gericht unabhängig von sowohl den Ermittlungsergebnissen der Erstbehörde als auch von Effizienzüberlegungen bzw politischen Einflüssen Recht ausüben kann. Dies ist zurzeit nicht gegeben und scheint auch in Zukunft in Gefahr.

Das Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte unterstreicht, dass die Wiedereinführung des Verwaltungsgerichtshofs als Revisionsinstanz einen wichtigen Schritt zu

41 Siehe EuGH, 02.06.2005, *Dörr und Ünal*, C-136/03, Rn 47.

42 Vgl *Arnim-Ellisson*, Asylmissbrauch – Kampfgegenstand der österreichischen Asyldebatte? Diplomarbeit, Universität Wien, Wien 2012, 1 ff.

43 Vgl *Jablonek*, *migraLex* 2008, 3; Stellungnahme von Agenda Asyl zum FNG-Anpassungsgesetz vom 21.01.2013, http://www.asyl.at/fakten_1/asyl_2013_02.htm (30.03.2013).

44 Vgl zB *UNHCR*, Analyse des Entwurfs zur Einrichtung eines Asylgerichtshofes (verfassungsrechtlicher Teil), 23.11.2007, 3; <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4a54bbda0.pdf> (24.03.2013).

einem grundrechtskonformen Rechtsmittelverfahren darstellt. Es bleibt zu hoffen, dass der Verwaltungsgerichtshof seine vormalige Regulierungs- und Kontrollfunktion wahrnehmen und so zur Rechtssicherheit der Schutzsuchenden beitragen wird.

Für ein faires Verfahren ist es notwendig, dass dem Bundesverwaltungsgericht die entsprechenden Instrumentarien zur Verfügung gestellt werden, um unparteiisch und unbefangen jeden Einzelfall entsprechend zu prüfen und auf Grundlage dessen zu entscheiden.

Die in diesem Beitrag geltend gemachten Bedenken lassen vermuten, dass die/der Schutzsuchende auch weiterhin mit erheblichen Einschränkungen ihrer/seiner Rechte im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht konfrontiert sein wird. Es darf nicht vergessen werden, dass jedes positiv entschiedene Asylverfahren gleichzeitig bedeutet, dass ein Mensch vor Verfolgung Schutz gefunden hat.

Das Recht jeder/jedes Einzelnen, dass ihr/sein Vorbringen von einer/einem unabhängigen, unparteiischen und unbefangenen RichterIn auf Grundlage von menschen- und grundrechtskonformen Gesetzen geprüft und entschieden wird, darf nicht missachtet werden.

6. Empfehlungen aus menschenrechtlicher Perspektive

Gerade im Asylbereich gilt es, den hohen Anforderungen an ein gerichtliches Verfahren gerecht zu werden, das den Kernbereich des Menschenrechtsschutzes betrifft. Dazu bedarf es Verfahrensänderungen und Anpassungen an grund- und menschenrechtliche Standards vor der Rechtsmittelinstanz wie auch den Höchstgerichten. Es würde sich anbieten, diese im Zuge der bevorstehenden Verwaltungsreform, welche mit 01.01.2014 in Kraft tritt, umzusetzen:

- Anpassung des Antrags auf aufschiebende Wirkung vor den Höchstgerichten, um einen einstweiligen Rechtsschutz vor den Höchstgerichten entsprechend europarechtlicher Bestimmungen und der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu garantieren.
- Höhere Einstellungsvoraussetzungen an das RichterInnenamt des Bundesverwaltungsgerichts. Erschwerung der politischen Einflussnahme bei der Bestellung der RichterInnen durch verbindliche Dreivorschläge des Gerichts. Zur Sicherstellung der Qualität an den Verwaltungsgerichten bedarf es entsprechender Aus- und Fortbildungsvorgaben für VerwaltungsrichterInnen in Anlehnung an die RichterInnenausbildung.
- Umsetzung eines Rechtsberatungssystems, welches dem/der Asylsuchenden zu seinem/ihrerem Recht auf eine effektive Beschwerde, wie sie sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Grundrechtecharta der Europäischen Union ergibt, verhilft.
- Ausweitung und nicht Beschränkung der unbeschränkten Kognitionsbefugnis der RichterInnen, dh des Rechts und der Pflicht zur Feststellung des entscheidungsrele-

vanten Sachverhalts und der Entscheidung über diesen, unabhängig von den Feststellungen der weisungsgebundenen Erstbehörde.

- Verpflichtende Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem zuständigen Gericht (entsprechend Art 47 Grundrechtecharta).

Mag.^a Lioba Kasper ist Leiterin des Fachbereichs Rechtsberatung beim Verein Projekt Integrationshaus Wien;
L.Kasper@integrationshaus.at

Thema: Internationales Investitionsrecht Staat – Macht – Konzerne

Vorwort

Pia Eberhardt / Peter Fuchs

Vor genau 15 Jahren scheiterte das im Rahmen der OECD (Organisation for Economic Co-Operation and Development) verhandelte multilaterale Investitionsabkommen MAI (Multilateral Agreement on Investment). Im Oktober 1998 verkündete der französische Premierminister *Lionel Jospin* vor der Nationalversammlung den Ausstieg Frankreichs aus den Verhandlungen – aus Sorge um die Kulturpolitik des Landes. Vorausgegangen war dem eine weltweite Anti-MAI-Kampagne der noch jungen globalisierungskritischen Bewegung gegen die „Globalisierung der Konzernherrschaft“¹.

Danach wurde es sowohl in der Bewegungslinken als auch im kritischen Wissenschaftskontext in Europa still um das internationale Investitionsrecht. Dabei war das Scheitern des MAI mitnichten das Ende dieses Rechtsfelds. Weltweit gibt es heute über 3.000 internationale Investitionsabkommen. Sie ermöglichen ausländischen Investoren², gegen Staaten zu klagen – und zwar gegen jede Politik, die ihre Eigentumstitel und die geplanten Gewinne aus ihren Investitionen bedroht, sei es wegen Gesundheits- und Umweltschutzaufgaben oder durch eine Sozial- und Wirtschaftspolitik, die ihre unternehmerischen Freiheiten beschränkt.

Während ursprünglich willkürliche Enteignungen und die Diskriminierung ausländischer Investoren Anlass zu Investor-Staat-Klagen boten, wurden die staatlichen „Verstöße“, die in solchen Verfahren geahndet werden, sukzessive ausgeweitet. Heute richten sie sich zunehmend gegen Gesetze, die auf demokratischem Wege, im öffentlichen Interesse und im Einklang mit nationalem Recht verfasst wurden. Unter anderem dieser Entwicklung ist es geschuldet, dass das internationale Investitionsrecht wieder auf stärkeres Interesse stößt. So verklagt der Energiekonzern *Vattenfall* derzeit die Bundesrepublik Deutschland, weil ihm der Atomausstieg nicht passt. In Australien und Uruguay geht *Philip Morris* gegen

1 *Mies/von Werlhof* (Hrsg), Lizenz zum Plündern. Das Multilaterale Abkommen über Investitionen MAI. Globalisierung der Konzernherrschaft – und was wir dagegen tun können (2003).

2 Bei Worten wie „Investor“ verwenden wir keine geschlechtergerechte Formulierung (zB Investor_innen), da es sich idR nicht um Personen, sondern um Unternehmen handelt.

Warnhinweise vor den gesundheitlichen Folgen des Rauchens auf Zigarettenpackungen vor. Der kanadische Öl- und Gaskonzern *Lone Pine* verklagt über eine US-Niederlassung seine eigene Regierung, weil die Provinz Quebec aufgrund von Umweltrisiken bei der Gasförderung ein Moratorium für die als Fracking bekannte Tiefenbohrtechnik erlassen hat. Und der Ölkonzern *Chevron* greift über eine Investor-Staat-Klage ein ecuadorianisches Gerichtsverfahren an, in dem er wegen massiver Umweltzerstörung im Amazonas-Gebiet zu Schadensersatz-Zahlungen verpflichtet wurde.³

Die Klagen werden vor internationalen Schiedsgerichten verhandelt. Sie setzen sich meist aus drei, von den Streitparteien ernannten Privatpersonen zusammen, die nach den Schiedsregeln agieren, die im jeweiligen Investitionsabkommen genannt sind. Nationale Gerichte haben keinen Einfluss auf die Verfahren.

Die Gefahren für öffentliche Haushalte und demokratische Politik liegen auf der Hand: Investor-Staat-Klagen können Entschädigungszahlungen in Milliardenhöhe nach sich ziehen. Durch politische Reformen verursachte Gewinneinbußen einzelner Unternehmen werden auf diese Weise sozialisiert. Die Kosten für die Staaten steigen dabei immer höher: Im letzten Jahr verpflichtete ein Schiedsgericht Ecuador zu einer historisch bislang einzigartigen Schadensersatzsumme von 1,76 Milliarden US-Dollar, zuzüglich Zinsen. Geklagt – und Recht bekommen – hatte der US-Konzern *Occidental*, weil das Land die Ölförderverträge mit dem Unternehmen einseitig aufgekündigt hatte.

Die Anzahl dieser Investor-Staat-Klagen ist seit der Jahrtausendwende explodiert. Bis Ende 2011 verzeichnete die UN Konferenz für Handel und Entwicklung (UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development) weltweit 456 Klagen – etwa 6,8 mal mehr als die 67 Fälle, die zehn Jahre vorher bekannt waren. Und die Tendenz ist steigend. Allein im Jahr 2012 kamen 58 neue Verfahren dazu – so viel wie in keinem Jahr zuvor.⁴ Die Dunkelziffer dürfte aufgrund der Intransparenz des Systems noch um einiges höher liegen.

Unter Rechtskanzleien gilt das Investitionsrecht daher als eines der am schnellsten wachsenden Geschäftsfelder internationalen Rechts. Dieser Boom spiegelt sich wiederum an Universitäten und in der Wissenschaft wider: in einer wachsenden Zahl von Publikationen und Dissertationen, dezidierten Konferenzen, Seminaren, Studienprogrammen sowie in spezialisierten Instituten. In den Worten eines prominenten Wissenschaftlers klingt das so: „Investitionsrecht ist sexy“.⁵

Gleichzeitig gibt es heftige Kämpfe um und unübersehbare Brüche im Regime des internationalen Investitionsrechts. Soziale Bewegungen skandalisieren erfolgreich einzelne

3 Siehe zum *Vattenfall*-Verfahren *Krajewski* und zu den *Philip Morris* Klagen *Hoffmann*, beide in diesem Heft. Einen kritischen Überblick zu weiteren (laufenden) Verfahren bietet ua *Democracy Center*, *Unfair, Unsustainable, and Under the Radar. How Corporations use Global Investment Rules to Undermine A Sustainable Future* (2013) sowie die Website *International Investment Arbitration + Public Policy*, <http://www.iiapp.org/> (29.08.2013).

4 UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* (2013) 3.

5 Interview mit *Stephan Schill*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 20.05.2012.

Klagen⁶; kritische Wissenschaftler_innen brandmarken die Risiken für staatliche Regulierung, öffentliche Haushalte und die Demokratie⁷; einige Staaten haben sich in den letzten Jahren von Teilen des Regimes abgewandt und versuchen, Alternativen aufzubauen⁸; und auch unter den Verfechter_innen des Regimes wird von einer Legitimationskrise gesprochen, die es zu bearbeiten gilt.⁹

Die europäische Investitionspolitik ist dagegen gerade dabei, das Geschäftsfeld der Politikbekämpfung durch Schiedsgerichte weiter auszuweiten. Mit dem im Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon hat die EU die Kompetenz erlangt, Investitionsabkommen bzw. entsprechende Kapitel in Freihandelsabkommen zu verhandeln. Europäische Kommission und Rat haben in den letzten drei Jahren eine Reihe konzernfreundlicher Leitlinien und Mandate verabschiedet – für Verhandlungen mit Kanada, den USA, Indien, Singapur, Japan, China, Malaysia, Vietnam, Thailand und den Staaten des Arabischen Frühlings. Auch das Europäische Parlament trägt diesen Kurs bisher weitgehend mit.

Vor diesem Hintergrund möchte der vorliegende Schwerpunkt, erstens, einen Überblick über die Entwicklung des internationalen Investitionsrechts geben. Die einzelnen Beiträge bieten, zweitens, detailliertere Einblicke in ausgewählte Aspekte und aktuelle Debatten in diesem Rechtsfeld. Schließlich geht es uns drittens darum, den juristikum-Leser_innen einige der prominenten Autor_innen vorzustellen, die das Thema schon länger kritisch begleiten.

1. Die Entwicklung des internationalen Investitionsrechts

Ohne Auslandsinvestitionen gäbe es weder transnationale Konzerne noch globale Produktionsketten. Sie bieten direkten Zugang zu Absatzmärkten, Technologien, billigen Rohstoffen und Arbeitskräften. Da sie ab einem gewissen Umfang in den Empfängerstaaten Produktions- und Gesellschaftsverhältnisse maßgeblich prägen, spielen sie eine wichtige Rolle für globale Hegemonie (im Sinne eines Macht- und Herrschaftsverhältnisses, das Staaten- und Klassenbeziehungen umfasst und sich neben Zwang und Gewalt auch auf Konsens stützt).

Seit der Nachkriegszeit werden vermehrt zwischenstaatliche Abkommen abgeschlossen, die den Vertragsparteien bestimmte Verpflichtungen im Umgang mit Investitionen und Investoren aus dem jeweils anderen Land auferlegen. Sie können zB festlegen, dass Staa-

6 Einen Überblick bietet die Webseite des *Network for Justice in Global Investment*, <http://justinvestment.org/> (29.08.2013).

7 Siehe zB Public Statement on the International Investment Regime, http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement (29.08.2013); An open Letter from Lawyers to the Negotiators of the Trans-Pacific Partnership Urging the Rejection of Investor-State Dispute Settlement, <http://tppllegal.wordpress.com/open-letter/> (29.08.2013).

8 Dazu unten Teil 3.

9 Siehe zB *Waibel/Kauschal/Chung/Balchin* (Hrsg), *The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality* (2010).

ten für Enteignungen umgehend Entschädigung zahlen müssen und Investoren im Konfliktfall direkte Klagerechte vor einem internationalen Schiedsgericht einräumen. Weltweit gibt es über 3.000 solcher Abkommen, der Großteil davon auf bilateraler Basis (Bilateral Investment Treaties, BITs). Laut UNCTAD wurde in den letzten drei Jahren im Durchschnitt jede Woche ein neues Investitionsabkommen abgeschlossen.¹⁰

Anfangs handelte es sich fast ausschließlich um Nord-Süd-Abkommen. In den 50er und 60er Jahren wollten kapitalexportierende Staaten so ihre Investoren in den ehemaligen Kolonien schützen. In den 70ern waren die Abkommen Teil der Konterrevolution gegen Bestrebungen nach veränderten Wirtschaftsbeziehungen wie sie in der Erklärung zur Errichtung einer Neuen Weltwirtschaftsordnung ihren Ausdruck fanden. In den 90ern kam es in Teilen des globalen Südens schließlich zu einem regelrechten Investitionswettlauf, der zu einem explosionsartigen Anstieg von Investitionsabkommen führte. Begünstigt wurde dieser Investitionswettlauf durch die Abhängigkeit von privaten Kapitalflüssen als Folge der Schuldenkrise der 80er Jahre, die zunehmend neoliberale Ausrichtung der Programme des Internationalen Währungsfonds IWF und der Weltbank sowie den Siegeszug des Neoliberalismus. Entsprechend basieren die zentralen Vorkehrungen in Investitionsabkommen auf der Idee vom „Reichtum-schaffenden Spiel“ (*Friedrich August von Hayek*) privater Kapitalflüsse in einem gegenüber staatlichem Interventionismus und den Launen demokratischer Politik immunisierten freien Markt, der zu seiner Entfaltung jedoch starker, staatlich garantierter Eigentumsrechte bedarf.

Noch heute sitzt der globale Süden in Investor-Staat-Verfahren am häufigsten auf der Anklagebank: 66% der Klagen, die 2012 eingereicht wurden, richten sich gegen Entwicklungs- und Schwellenländer; in 64% der Fälle klagt ein Investor aus dem Norden. Argentinien, Venezuela, Ecuador und Mexiko sind die Länder, die am häufigsten vor Investitionsschiedsgerichten verklagt wurden.¹¹ Allerdings müssen sich auch Industrieländer in Zeiten veränderter Kapitalströme immer häufiger dort behaupten. Bei einer wachsenden Zahl von Nord-Nord-Investitionsabkommen bzw. Freihandelsabkommen mit Investitionsschutzkapiteln wie dem geplanten zwischen der EU und den USA dürfte dieser Trend anhalten.

Manchmal genügt allein die Androhung einer Klage, um geplante Gesetze abzuwürgen oder zu verwässern. *Regulatory chill* heißt das im Fachjargon. Tatsächlich scheinen Unternehmen internationales Investitionsrecht heute mehr als Waffe bzw. „Präventivschlag“ in politischen Auseinandersetzungen um Regulierungen zu nutzen, denn als Schutzschild gegen staatliche „Übergriffe“.¹² So verschwanden in Kanada zweimal Anti-Tabak-Gesetze in der Schublade nachdem die Tabakindustrie mit NAFTA-Klagen

10 UNCTAD, IIA Issues Note. Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD's Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making (2013) 4.

11 UNCTAD, Recent 2ff.

12 *Zachary Douglas*, damals noch an der Universität Cambridge und heute Anwalt bei *Matrix Chambers*, erwähnte diesen Trend auf der Konferenz *50 Years of Bilateral Investment Treaties* in Frankfurt, 01.-03.12.2009.

gedroht hatte. In Indonesien wurden Unternehmen von einem Bergbau-Verbot im Regenwald ausgenommen, nachdem sie gedroht hatten, den Staat deshalb vor einem Schiedsgericht zu verklagen.¹³ Auch Vattenfall hat im Rahmen einer Einigung bei seiner ersten Investitionsklage gegen Deutschland die Verwässerung einer Umweltauflage für das umstrittene Kohlekraftwerk im Hamburger Stadtteil Moorburg erreicht (siehe *Krajewski* in diesem Heft).

Dass Investor-Staat-Klagen gegen Politik, die im öffentlichen Interesse und im Einklang mit nationalem Recht erfolgt, überhaupt Aussicht auf Erfolg haben, liegt am schwammig formulierten, aber weitreichenden Eigentumsschutz, der Investoren im internationalen Investitionsrecht garantiert wird (siehe *Krajewski* und *Hoffmann* in diesem Heft). Einige Schiedsgerichte interpretieren beispielsweise den Standard der „fairen und gerechten Behandlung“ so, dass Staaten immer völlig transparent und ohne Widersprüche zu handeln hätten und die „legitimen Erwartungen“ eines Investors bezüglich des regulatorischen Umfelds seiner Investition nicht enttäuschen dürften (siehe *Bernasconi-Osterwalder* und *Yalan Liu* in diesem Heft). Und während der Schutz vor „indirekter Enteignung“ in den meisten nationalen Verfassungen so nicht zu finden ist, garantiert dieses Recht, in Investitionsabkommen verankert, ausländischen Investoren Entschädigung, wenn ihr Eigentum durch Regulierungen an Wert verliert. So lässt sich ein Fracking-Moratorium ebenso angreifen wie der Atomausstieg.

2. Internationales Investitionsrecht als Teil des neuen Konstitutionalismus

Letztendlich geht es beim Investitionsrecht darum, gegenhegemoniale Kräfte und die Demokratie einzuhegen. Ein Zitat zweier Mitarbeiter von *Milbank*, einer der führenden Kanzleien im internationalen Investitionsrecht, macht das deutlich: „Adverse government actions do not have to take place only with autocratic rule. The populism that democracy can bring often is the catalyst for such actions“.¹⁴ Kein Wunder, dass Länder wie Argentinien, Venezuela und Ecuador, die nach heftigen sozialen Kämpfen Privatisierungen zurückgenommen und Unternehmen verstaatlicht haben, zu den Ländern gehören, die sich am häufigsten vor Investitionsschiedsgerichten verantworten mussten. Zur kritischen Analyse des internationalen Investitionsrechts eignet sich daher das maßgeblich von *Stephen Gill* geprägte Forschungsprogramm zum „neuen Konstitutionalismus“.¹⁵ Es untersucht politisch-juridische Strukturen, welche den Neoliberalismus und bestehende Eigentumsverhältnisse durch die Einschränkung staatlicher Interventions- und demokratischer Kontrollmöglichkeiten quasi konstitutionell absichern.

13 *Tienbaara*, Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science, in *Brown/Miles* (Hrsg.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (2011), <http://ssrn.com/abstract=2065706> (29.08.2013).

14 *Nolan/Baldwin*, Minimising Risk in the Face of Government Action, in *Project Finance International* 2012, 47 (49).

15 Siehe zB *Gill*, Constitutionalizing Inequality and the Clash of Globalizations, *International Studies Review* 2002, 47.

Dabei wird das Politische neu definiert – zB wenn Investitionspolitik durch die Festschreibung ökonomischer Prinzipien in Investitionsabkommen entpolitisiert und der popular-demokratischen Kontrolle entzogen werden. Der neue Konstitutionalismus geht zudem einher mit einer Rekonfiguration von Staatsapparaten und Verschiebungen im Klassengefüge: dass Investor-Staat-Klagen vor privaten Schiedsgerichten verhandelt werden, und zwar unter Ausschluss der Öffentlichkeit und ohne Information der Parlamente, wertet private Netzwerke wie das der Schiedsrichter_innen ebenso auf wie Finanz- und Wirtschaftsministerien, während „massenintegrativere“ Staatsapparate wie Parlamente und deliberative Diskussionsprozesse geschwächt werden. Die Tatsache, dass Investitionsabkommen ausländischen Investoren durch exklusive Klagerechte eine privilegierte Stellung im Politikprozess einräumen, verschiebt gesellschaftliche Kräfteverhältnissen zudem zugunsten weltmarktorientierter Kapitalfraktionen.

Ein weiterer Effekt von Investitionsabkommen ist die konstitutionelle Festschreibung des neu konfigurierten Wettbewerbsstaats (*Joachim Hirsch*), der weniger als kontrollierende Instanz ökonomischer Akteure auftritt als vielmehr die nationalen und regionalen Ebenen durch die Harmonisierung von Politiken auf den globalen Wettbewerb ausrichtet. Der Rechtswissenschaftler *David Schneiderman* hat das am Beispiel zahlreicher Verfassungsänderungen zB in Lateinamerika untersucht, im Rahmen derer infolge eines Investitionsabkommens Eigentumskonzeptionen, die private Eigentumsrechte zum Zwecke gesellschaftlicher Umverteilung durch den Staat einschränkten, zugunsten der liberalen Konzeption aus nationalen Verfassungen verdrängt wurden.¹⁶ In seiner Funktion als Durchsetzungsinstanz privater Eigentumsrechte wird der Staat damit gestärkt, während verteilungs- und sozialpolitische Kompetenzen beschnitten werden.

3. Brüche im System

Vor allem im globalen Süden regt sich massiver Widerstand gegen die neoliberale Supra-Verfassung internationales Investitionsrecht. Bolivien, Ecuador und Venezuela haben einige Abkommen und die ICSID-Konvention über die Einrichtung des Investitionsschiedsgerichts bei der Weltbank aufgekündigt. In Ecuador prüft eine Kommission, ob die Investitionsabkommen des Landes mit nationalem Recht vereinbar sind. Auf einem Treffen der Länder des ALBA-Bündnisses (Bolivarianische Allianz für Amerika) im April 2013 wurde ebenfalls eine Überprüfung bestehender Abkommen beschlossen sowie die Einrichtung einer eigenen regionalen Institution zur Lösung von Konflikten mit ausländischen Investoren. Südafrika hat Investitionsabkommen mit Spanien, Deutschland und Belgien aufgekündigt und erklärt, dass weitere Abkommen aus der Post-Apartheid-Ära folgen werden, die das Land damals hastig abgeschlossen hatte, um Investitionen anzuziehen. Indien erarbeitet gerade einen Modellvertrag, der sich laut Medienberich-

16 *Schneiderman*, Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise (2008).

ten stark von den Modellen der postkolonialen Ära bzw der 90er und 2000er Jahre unterscheiden soll. Argentinien, das mit über 50 Klagen, meist in Bezug auf seine Finanzkrise um die Jahrtausendwende, überzogen wurde, weigerte sich bis vor kurzem, Entschädigungen zu zahlen.

Auch in manchen Industrieländern und internationalen Organisationen vollzieht sich ein Paradigmenwechsel. Die sozialdemokratische *Gillard*-Regierung Australiens hatte 2011 angekündigt, dass sie in ihren Freihandelsabkommen keine Investor-Staat-Klage-rechte mehr verhandeln werde (siehe *Hoffmann* in diesem Heft). Und während die UNCTAD vor allem in den 90er Jahren Länder des Südens drängte, Investitionsabkommen zu unterzeichnen, skizzierte sie in jüngeren Publikationen Optionen zur Reform gegenwärtiger Investitionspolitiken – von klarer begrenzten Rechten für Investoren bis zu Investorenpflichten.¹⁷ Neben der UNCTAD warnt inzwischen sogar der Internationale Währungsfonds davor, dass Investitionsabkommen Staaten bei der Bekämpfung von Wirtschafts- und Finanzkrisen stark einschränken können.¹⁸

3. Die Beiträge des Schwerpunkts

Gus Van Harten analysiert vor dem Hintergrund dieser Deutungskämpfe drei gängige Rechtfertigungen für internationale Investitionsabkommen und die private Schiedsgerichtsbarkeit: die Behauptung, Investitionsabkommen führten zu mehr Investitionen, da sie Rechtssicherheit garantierten; die These von der Schiedsgerichtsbarkeit als Antwort auf befangene und korrupte nationale Gerichte; sowie, daran anschließend, die Behauptung, bei der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit handle es sich um ein faires, unabhängiges und neutrales System zur Lösung von Konflikten zwischen Investoren und Staaten. Aus einer Rechtsstaat-immanenten Perspektive zeigt er, wie haltlos diese Rechtfertigungen und die Versprechungen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit sind.

Wie internationales Investitionsschutzrecht mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen in Widerspruch geraten kann, zeigt *Markus Krajewski* anhand der beiden Klagen des Energiekonzerns Vattenfall gegen Deutschland auf Basis des Energiecharta-Vertrags. Aufgrund der Unterschiede zwischen Eigentumsschutz nach deutschem Grundgesetz und internationalem Investitionsschutzrecht sei es möglich, dass Deutschland für ein verfassungskonformes Gesetz oder einen rechtskonformen Verwaltungsakt Entschädigungen leisten müsse.

Auch *Rhea Tamara Hoffmann* beschäftigt sich mit dem Verhältnis von nationalem Eigentums- und internationalem Investitionsschutz. Am Beispiel der Klage des Tabakkonzerns Philip Morris gegen Australiens Gesetz zu Einheitsverpackungen für Zigaretten

17 Siehe zB UNCTAD, World Investment Report 2012. Towards a New Generation of Investment Policies (2012); UNCTAD, IIA Issues Note. Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap (2013).

18 *International Monetary Fund*, The Liberalization and Management of Capital Flows: An Institutional View (2012) 42.

zeigt sie, wie Investitionsschutzrecht historisch gewachsene und verfassungsrechtlich verbrieft nationale Eigentumskompromisse ebenso unterwandern kann wie die demokratische Regulierung von Eigentum. Die These vom Investitionsschutz als Teil des Menschenrechtsschutzes verdecke diesen potentiellen Konflikt.

Eine der treibenden Kräfte hinter dem heutigen internationalen Investitionsrecht-Regime wird von *Pia Eberhardt* beleuchtet: die darauf spezialisierte Rechtsbranche. Anhand der Aktivitäten von Kanzleien und von Schiedsrichter_innen, die Investor-Staat-Klagen letztendlich entscheiden, zeigt sie, wie Anwälte_innen an der Genese, Weiterentwicklung und Legitimierung des internationalen Investitionsrechts beteiligt sind, von dem sie als Teil von Kapitalfraktionen gleichzeitig profitieren. Die offenkundigen Interessenskonflikte machen die Branche selbst zunehmend zum Gegenstand kritischer Analysen und politischer Auseinandersetzungen.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder und *Yalan Liu* untersuchen beispielhaft einen der Standards in internationalen Investitionsabkommen, den Schiedsrichter_innen immer wieder neu ausgelegt haben: den Standard der fairen und gerechten Behandlung (fair and equitable treatment, FET). Er ist zu einer Art „Catch-All“ Garantie für Investoren geworden, die die FET-Bestimmung verwendet haben, um eine Vielzahl von staatlichen Maßnahmen anzugreifen. Oft kommt sie zum Tragen, wenn andere Rechte wie das auf Entschädigung im Falle der Enteignung oder der Nichtdiskriminierung nicht erfolgreich angebracht werden konnten. Staaten versuchen immer wieder, den Standard durch neue Formulierungen in Investitionsabkommen zu spezifizieren und einzuschränken, doch die Schiedsrichter_innen haben bisher immer Wege gefunden, diese Einschränkungen zu umgehen.

Die Gesamtschau der Texte zeigt das internationale Investitionsrecht als Teil des neuen Konstitutionalismus zur Absicherung bestehender Eigentums- und Produktionsverhältnisse, aber eben auch als widersprüchliches und umkämpftes Rechtsfeld, das sowohl von sozialen Bewegungen als auch von Teilen der Staatengemeinschaft immer wieder in Frage gestellt wurde. Sie mögen dem Appell eines der ältesten Kritiker des Systems gefolgt sein, dem von *Muthucumaraswamy Sornarajah* von der Universität Singapur. 2002 warnte er in einer berühmt gewordenen Rede zum „Clash of Globalizations“ und dem internationalen Investitionsrecht: „True it is that the law is driven at every period of history by the hegemonic power but the excesses that are committed through the use of the law must be resisted.“¹⁹

Pia Eberhardt arbeitet für die lobbykritische Organisation Corporate Europe Observatory (CEO) zur Frage des Konzerninflusses auf die Außenhandelspolitik der EU; pia@corporateeurope.org

Peter Fuchs arbeitet bei PowerShift e.V. in Berlin zu Fragen internationaler Handels- und Investitionspolitik sowie zu Rohstoff- und Energiethemen; Peter.Fuchs@power-shift.de

19 *Sornarajah*, The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment, The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, Centre for Trade Policy and Law Ottawa, 12.09.2002, <http://archive.ctpl.ca/publications/speeches-presentations/clash-globalizations-and-international-law-foreign-investment> (13.09.2013).

A Critique of Investment Treaties and Investor-State Arbitration

Gus Van Harten

The treaty-based investment law regime is based on the most powerful system of international adjudication in modern history.¹ In essence, the regime re-allocates power from states to transnational companies and from domestic courts to a private arbitration industry based in Washington, New York, London, Paris, The Hague, and Stockholm.² It remains a recent development in international adjudication, having been put into widespread use only from the mid-1990s. Further, the arbitrators have wielded their power assertively through both expansive legal interpretations and the economic size of their awards. Not coincidentally, there is growing apprehension about the regime and pressure for reform.

The aim of this article is to canvass debates about the regime and identify elements of investment treaties and investor-state arbitration that give cause for concern. The discussion is presented as a series of responses to justifications often advanced for the system in academic or trade literature or in public commentary.³ The responses criticize these justifications from an internal perspective by accepting underlying premises of judicial independence and the rule of law. It is accepted that these premises may themselves be subjected to rigorous critique, if not in the present article. More broadly, the purpose is not to arrive at comprehensive answers to the questions raised in the article but rather to explain why prominent justifications for the regime are groundless or, at least, open to considerable doubt.

1 See generally *Van Harten*, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (2007); *Van Harten*, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (2013).

2 I speak in particular of the roles in international arbitration of large law firms in these centres and of the World Bank's International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), the London Court of International Arbitration (LCIA), the International Chamber of Commerce (ICC) and its International Court of Arbitration, the Permanent Court of Arbitration (PCA), and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC).

3 See for example the work of Charles N Brower, Jan Paulsson, Thomas Wälde, Daniel M Price, Todd Weiler, Ian A Laird, Charles H Brower II, Susan D Franck, and Stephan Schill. Some of these proponents take the position that the investment treaty system is virtually ideally suited to the resolution of investor-state disputes while others suggest that the system calls for modest reforms that do not jeopardize the system overall. For present purposes, I do not distinguish between these modes of justification of the present system.

1. Justification: investment treaties are a means to encourage foreign investment

A common argument in support of investment treaties is that they are a way for states to encourage foreign investment flows into their territory (especially from the other state party to the treaty).⁴ Thus, we might say that Ecuador, wishing to encourage investment from the U.S., could conclude an investment treaty with the U.S. in order to signal its commitment to protect U.S. investors, thus encouraging them to invest in Ecuador rather than another country. The logic here appears almost self-evident. However, there are a number of difficulties with this justification, arising from the text of investment treaties and from the empirical evidence.

First, many of the treaties take a liberal approach to forum-shopping. That is, they allow owners of foreign assets to pick and choose among nationalities at their convenience for the purpose of bringing investment treaty claims against countries in which they own assets. An investor may acquire the nationality of a state party to an investment treaty, thus gaining access to the treaty's arbitration mechanism, merely by setting up a holding company in that state. Likewise, an investment that was originally domestic – in that it was owned by nationals of the state in question – can be made “foreign” merely by a paper transfer of ownership to a foreign entity.⁵ Most surprisingly, a domestic business can apparently make itself foreign so as to bring a claim against its own country simply by creating a holding company in a state that is party to a bilateral investment treaty (BIT) with the home country.⁶

There are various potential explanations for the strange decision of states and arbitrators to allow this sort of legal maneuvering and gaming by investors. Yet if the aim of investment treaties is to encourage *foreign* investment between the states parties to the treaty – and not to extend special legal rights and privileges to an international class of corporate owners of assets – then the expansive approach to forum-shopping enabled by the broad language in many of the treaties and, in turn, by the permissive judgments of the arbitrators make little sense. This approach undermines the framework for characterizing in legal terms the capital flows on which the inter-state bargains leading to an investment treaty would need to be based. Put differently, the expansive approach to forum-shopping goes well beyond the more limited purpose of encouraging bilateral capital flows between the states parties to the treaty.

Second, few if any investment treaties impose enforceable obligations on home states of investors, which are primarily the major capital-exporters in North America and Western Europe, in order to encourage or facilitate outward investment by, for instance, liberalizing their own regulatory regimes or enhancing their programs for investment

4 eg Dolzer, *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, NYU Journal of International Law and Politics 2005, 953–4.

5 *Fedax NV v Republic of Venezuela* (Award, 11 July 1997), 5 ICSID Rep 186, 37 ILM 1378.

6 *Tokios Tokelès v Ukraine* (Award, 29 April 2004), 20 ICSID Rev 205, 16(4) World Trade and Arb Mat 75.

insurance. This is anomalous if the purpose of an investment treaty is indeed to encourage capital flows between the states parties.

Home states might, for instance, commit to subsidizing regulatory risk insurance for investments covered by the treaty and use that insurance to supplement the compensatory regime of the treaty in situations where an investor suffered losses due to general regulatory activity by the host state. On this basis, the regulatory risks inherent in all business decision-making in the face of changing social, economic, and environmental conditions would be shared between host and home states. Instead, the treaties typically establish subrogation rights of political risk insurance or guarantee programs in order to allow the home country to step into the shoes of the investor in advancing a claim against the host country.⁷ Thus, the purpose appears to be more about protecting the economic position of the major capital-exporting states than it is about encouraging investment flows.

Third, the empirical research is mixed on whether the treaties actually do encourage investment or affect investment flows in a significant way, beyond isolated cases. Different studies have found⁸ a lack of connections⁹ between the treaties and investment flows. In a rigorous qualitative study, Poulsen used evidence based on interviews with political risk insurers to supplement other studies and concluded that “quantitative and qualitative data currently available suggests that while BITs undoubtedly play a role in some investment projects, they are highly unlikely to be a determining factor for the vast majority of foreign investors determining where, and how much, to invest”.¹⁰ This mixed evidentiary record demonstrates in part the limitations of quantitative legal research but also that there is at best conflicting evidence that, investment treaties actually encourage foreign investment and, in turn, that any signalling effect of the treaties has actual effects on investor decision-making about where to commit capital. As such, and in light of the major fiscal risks assumed by states under the treaties, it is dubious not to say reckless for anyone to assert today that the treaties are a vehicle to encourage actual investments. Also, it is clear that in the 1990s – when so many of the treaties were concluded – there was no empirical evidence that the treaties served this stated

7 *Dolzer/Stevens*, *Bilateral Investment Treaties* (1995) 156.

8 eg *Salacuse/Sullivan*, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, *Harvard International Law Journal* (2005); *Neumayer/Spess*, *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?*, *LSE Research Online* (2005).

9 eg *UNCTAD*, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, UN Doc UNCTAD/ITE/IIT/7 (1998) 141–2; *Hallward-Dreimeier*, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and They Could Bite*, *World Bank Policy Research Working Paper* 3121 (2003) 19; *Tobin/Rose-Ackerman*, *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, *Yale Law School Center for Law, Economics and Policy Research Paper No. 293* (2004) 19, 22, and 31; *Yackee*, *Sacrificing Sovereignty: Bilateral Investment Treaties, International Arbitration, and the Quest for Capital*, *USC Center in Law, Economics and Organizational Research Paper No C06-15* (2006) 51.

10 *Poulsen*, *The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*, in *Sauvant* (Ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010* (2010).

purpose. Therefore, most states committed themselves to what are arguably the most financially risk-laden international obligations in the world today without any credible empirical basis for the belief that the treaties would achieve their stated purpose.

2. Justification: investment treaties respond to the bias and unreliability of domestic courts

It is often pointed out by advocates for investment treaty arbitration – which is the centerpiece of the investment treaty regime – that domestic remedies in developing and transition states (and even in developed states) are inadequate because they take much too long, are biased, are corrupt, or are otherwise unreliable.¹¹ In its more aggressive form, this argument mutates into a rejection of courts in general because the judicial process entails too careful and time-consuming a consideration of disputes, and too many opportunities for appeal, to permit the necessary speed and clarity in business decision-making. More commonly, the justification is framed not as a condemnation of all courts as biased against foreign investors but rather to say that the courts of some countries are unreliable and, on this point at least, there can be little doubt.

Presumably, as a matter of principle, states should work to address this problem for all investors, domestic or foreign, and indeed for all citizens. Accepting this, those promoting investment treaties as a response to the weaknesses of domestic legal systems might also be expected to champion provisions in investment treaties that sought to address the unreliability of courts for investors and non-investors alike. The treaties could, for example, allow citizens with a grievance against a foreign investor – due to pollution or human rights abuses it has allegedly caused – to bring an international claim against the investor where the domestic legal system did not offer an expeditious and fair process. Likewise, in the absence of broader access by non-investors to the process of international adjudication of investment disputes, it might be acknowledged that investment arbitration itself appears unfair. This is because fairness calls for all parties that are affected by the resolution of a dispute to be given standing in the adjudicative process and because in investment treaty arbitration only one class of private interests – the foreign investor – has that right to be heard. Others affected by the conduct of the state or investor are barred from party status and thus from the right to introduce evidence, make submissions, and otherwise participate fully in the process. If domestic remedies are unreliable, then why allow only investors to take part in the international adjudicative process?

11 *Paulsson*, Enclaves of Justice, Presentation to the Rule of Law Conference, University of Richmond School of Law (12 April 2007); *Wälde*, The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research, in *Kahn/Wälde* (Eds.), *New Aspects of International Investment Law* (2007) 77–8.

Thus, the response of the treaties to this rationale for the system is under-inclusive. It extends the benefits of international arbitration to a narrow class of private actors, giving foreign investors the unique opportunity to resort to domestic or international options (or both) as they prefer. Of course, not all foreign investors are well positioned by the system to bring a claim against a state that has abused them in some way. The cost of access precludes many foreign investors ever from bringing a claim. On the other hand, there is a class of large companies with substantial wealth wrapped up abroad that can use the system in a range of ways. Most problematically, when one considers the lack of access by other private actors to the process, large companies are uniquely positioned to use the system to attack general government measures aimed at advancing a development strategy, stabilizing the financial system, promoting human rights, protecting public health and the environment, and so on.

This raises a second difficulty with the present justification in light of the system's design. The treaties are over-inclusive because they do not account for situations in which domestic courts do offer justice to a foreign investor.¹² By removing the duty to exhaust local remedies unconditionally, many investment treaties allow investors to turn their back entirely on domestic law or, indeed, to game the system by bringing multiple claims under the treaty (or multiple treaties¹³) and in domestic courts.¹⁴ The investor has the sole discretion, unlike in other treaty regimes that allow individual claims, to decide on the reliability and suitability of the alternative remedies. Combined with the permissive approach to forum-shopping endorsed by most arbitration tribunals, this facilitates remarkable maneuvering by lawyers to maximize the pressure on host governments and enhance the prospect of public compensation for their clients. It likewise gives immense power to a class of large foreign investors which is unavailable to other investors and, of course, to citizens and communities in general.

Based on this justification for the system, one would expect to see a rational connection between the treaty provisions and the purported rationale. If the concern was that domestic courts systems in some countries are unreliable, then the duty to exhaust local remedies should be removed only in such circumstances. At least the treaties should allow a state to demonstrate that its legal system does offer justice to a foreign investor as a basis for limiting a tribunal's jurisdiction over the claim. Likewise, the question of the reliability of the host country's courts should be decided by an independent adjudicator and not by the foreign investor or the state.

12 *Republic of South Africa*, Bilateral Investment Treaty Policy Framework – Government Position Paper, Department of Trade and Industry (June 2009) 45.

13 *Lauder (Ronald S) v Czech Republic* (Award, 3 September 2001), (2002) 4 World Trade and Arb Materials 35; *CME Republic BV v Czech Republic* (Award, 13 September 2001), 14(3) World Trade and Arb Mat 109.

14 eg *GAMI Investments, Inc v Government of the United Mexican States* (Award, 15 November 2004), 44 ILM 545, 17(2) World Trade and Arb Mat 127.

Yet we do not see such provisions in the treaties. Instead, the duty to exhaust local remedies is removed unconditionally,¹⁵ even for countries that have mature and advanced systems of justice; systems that far surpass investment arbitration for their institutionalized fairness, openness, and independence. As well, the treaties remove the duty to exhaust local remedies in the case of developing and transition states that offer high standards of access to justice or that have made major strides in this direction. Thus, the treaties do not leave space for recognition and acknowledgement of variations in the quality of domestic legal systems. At the same time, they do not take affirmative steps to ensure that the domestic legal systems of host states are not undermined by the introduction of investor-state arbitration.

3. Justification: Investment arbitration ensures fairness and the rule of law in the resolution of investment disputes

A further common justification for investment treaty arbitration is connected to the criticism of domestic legal systems that is implicit in the unconditional removal of the duty to exhaust local remedies. It is claimed that investment treaties replace domestic law and courts with a fair, independent, and neutral process of adjudication to resolve investor-state disputes and that the system therefore advances the rule of law.¹⁶ This is a dubious claim if we assume that the rule of law rests, at minimum, on high standards of procedural fairness – and, as such, institutional safeguards of independence – especially at the final level of adjudicative decision-making.¹⁷ The problem is that, on close scrutiny, the system of investment treaty arbitration falls well short of this requirement of the rule of law.

The problem is unique to investment treaty arbitration because it is a form of (formally non-reciprocal) public law adjudication and because investment treaty arbitrators lack institutional safeguards of their independence, especially security of tenure. This would not be a major issue if the matters decided by the arbitrators were minor concerns or subject to thorough re-examination by an independent court. On the contrary, investment treaty arbitrators often resolve, on a final basis, fundamental matters of public law without the prospect of close scrutiny by independent judges, whether domestic or

15 Or, it is removed with limited conditions such as a 6-month wait period, which have themselves been discounted by tribunals via acrobatic reasoning.

16 *Brower/Steven*, Who Then Should Judge? Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11, *Chicago Journal of International Law* (2001) 195–7 and 200–2; *Franck*, Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law, *Global Business & Development Law Journal* (2007) 340; *Douglas*, Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: *Occidental*, *Eureka* and *Methanex*, *Arbitration International* (2006) 27 and 51; *Laird*, NAFTA Chapter 11 Meets Chicken Little, *Chicago Journal of International Law* (2001) 229.

17 *Van Harten*, Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, in *Wälde and Schill* (Eds.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010).

international. As a result, longstanding safeguards of judicial independence in domestic legal systems have been jettisoned in the unique context where foreign investors can bring international claims against states and, by extension, the populations represented by states.

To elaborate, security of tenure is one of the core safeguards of adjudicative independence in public law.¹⁸ It is not an artificial attribute of judging (as suggested to me by one arbitrator at a conference¹⁹); rather, in the Western liberal tradition, it has for centuries been central to the notion of judicial independence from both powerful private interests and other branches of the state. It emerged as a response to abuse of power by kings and queens and, as such, it forms part of the institutional apparatus that has limited and refined sovereign power in the modern state. By removing it, as investment treaties do, states have returned to a model of adjudicative decision-making that is directly dependent on the discretion of executive officials in powerful governments and, remarkably, in international business organizations and the arbitration industry. This is an odd way to promote the rule of law if that is an aim of the investment treaty system.

Combined with other institutional safeguards of judicial independence – including the state’s provision of a set salary for the judge, bars on outside remuneration, and an objective means to allocate judges to cases – security of tenure insulates the judge from the appearance of inappropriate pressure on her decision-making and, by extension, allows the courts to provide a foundation for the rule of law. Without secure tenure for the judge who decides public law, one must ask, where does the judge’s career interest lay? In the case of investment treaty arbitration, the first problem is that the system is a one-way process of public law claims in which only one class of parties (investors) triggers use of the system by bringing claims, and only the other class (states) is liable to pay awards for violating the treaty. Unlike in other situations where arbitration is used, the ability to bring claims is non-reciprocal. Thus, arbitrators – especially those whose careers are intertwined with the interests of the arbitration industry – are reasonably seen to have an interest in encouraging claims and arbitrator appointments by interpreting the law in favour of prospective claimants. However much it is presented as judicial, investment treaty arbitration is also a private business and (usually) a career path for those employed to adjudicate the disputes.²⁰

Thus, the industry is made up of cross-connected players who affiliate around prominent centres of arbitration such as the International Chamber of Commerce in Paris. Arbitrators often name each other for appointments and may exclude those who are not accepted within the industry’s networks. They are usually technocrats, intent on

18 Ibid.

19 This view was expressed by an arbitrator at the Harvard Law School conference, *The Backlash Against Investment Arbitration* (19 April 2008).

20 *Eberhardt*, this issue.

promoting the arbitration industry in competition with its alternatives (in the present context, domestic courts and international diplomacy).²¹ Unlike judges, the arbitrators can earn income from activities beyond their adjudicative role. Prominent figures in the industry often sit as arbitrators while advising and representing claimants or respondents and while promoting arbitration clauses in investment contracts, treaties, or arbitration rules.²²

This provides a basis for reasonable suspicion of bias in the investment treaty system. It raises precisely the sorts of concerns that institutional safeguards of independence dispel by removing judges from the adjudicative marketplace and positioning them instead in a public institution. Arbitrators will no doubt vary in their level of commitment to values of fairness in adjudication and in their sensitivity to the outside economic or political powers at play.²³ Yet it must be obvious to anyone working in the industry, as to the informed outsider, that investment arbitration does not thrive unless international businesses consider it worthwhile to bring claims and unless powerful states also see benefits in the system.²⁴ Because this creates a credible prospect of bias in the system, and because the issues at stake involve matters of public law, the institution of investment treaty arbitration is inconsistent with the rule of law.

A second issue arising from the lack of institutional safeguards of independence in investment treaty arbitration is the role of the organizations designated as appointing authorities under investment treaties. These organizations – of which the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), a member of the World Bank Group, is the most prominent – exercise major powers within the system. They appoint the presiding arbitrator in the absence of agreement by the disputing parties or where a party (usually the state) has declined to appoint its own arbitrator. They often play an active role in directing negotiations between the disputing parties about who to appoint by proposing a list of prospective arbitrators which the appointing authority would be inclined to select. If a party claims a conflict of interest on the part of an arbitrator, the claim is usually resolved by the appointing authority. Finally, an appointing authority may exercise key supervisory powers over the arbitration rules and awards issued in particular cases. At ICSID, awards are subject to annulment proceedings before three arbitrators, all appointed by default by the President of the World Bank.²⁵

21 *Dezaley/Garth*, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (1996) 50.

22 *Dezaley/Garth*, *Dealing*, 8 (noting the role of repeat players, especially large law firms, in the selection of arbitration institutions and in the appointment of arbitrators); *Eberhardt and Olivet*, *Profiting from Injustice*, Report by Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute (November 2012).

23 *Dezaley/Garth*, *Dealing*, 70.

24 *Mattli*, *Private Justice in a Global Economy: From Litigation to Arbitration*, *International Organization* (2001) 921–2.

25 *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (ICSID Convention) (Washington, 18 March 1965; 4 ILM 524), Art 52 (3). See generally, ICSID Convention, Art 38, 52(3), and 58; Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law, UN GA Res 31/98, UN GAOR, 31st Sess, Supp No 17, UN Doc A/31/17, c V, s C (1976), Art 6 (2) and (3), 7 (2) and (3), and 12; Rules of Arbitration

The key problem here is that executive officials have discretionary power over major aspects of the adjudicative process. The institutional safeguards of judicial independence that would otherwise address concerns arising from this executive control of the process – ie safeguards such as an objective method of assignment of judges to cases and the resolution of conflict of interest claims against a judge by an independent judicial process – are absent. In turn, one may ask for example whether the appointing authority is sufficiently impartial and independent and whether its power structure reflects a balance between the interests of capital-exporting and capital-importing countries. As it stands, virtually all organizations acting as appointing authorities under the treaties have a decided slant in favour of the major Western capital-exporting states²⁶ or international business.²⁷ This supports a perception that the interests of a powerful state or a multinational firm, where implicated by the relevant dispute, can influence the appointing authority in the exercise of its powers. Put differently, it creates a perception of bias within the system that favours the position of prospective claimants, powerful states, and private interests in the arbitration industry.

With this design, investment treaty arbitration appears to contradict basic norms of procedural fairness and judicial independence. If the aim was to advance these values, a more obvious choice would be the use of an international body that incorporated safeguards of judicial independence for the resolution of investor-state disputes. Absent serious consideration of this option by the major states, and considering the defensive reactions of many in the arbitration industry to the idea, one must question this justification for the system.

4. Conclusion

In the history of investment treaties, developing and transition states were presented with take-it-or-leave-it offers from major capital-exporters to conclude investment treaties that, it was said, would attract foreign investment in exchange for commitments by the capital-importing countries not to expropriate or discriminate against foreign investors. There is now much evidence that the promised benefits did not materialize whereas the obligations of host states have amounted to wide-ranging constraints on democratic decision-making and general regulation. Many states have faced the difficult challenge of unexpected waves of claims against them on matters of economic policy, finan-

of the International Chamber of Commerce, revised 1 January 1998, Art 8 and 11(3) (ICC Rules).

26 eg under the ICSID Convention, Art 38, the President of the World Bank exercises the power to appoint. This official is customarily a nominee of the U.S. Administration who is in turn approved by other major states on the World Bank's Board of Directors.

27 eg under investment treaties that designate the International Chamber of Commerce as appointing authority by allowing investors to bring claims under the ICC Rules. See ICC Rules, Art 1 and 9(3)) and Appendix I (Statute of the International Court of Arbitration of the ICC, Art 3).

cial stability, and environmental and health regulation. This carries the further prospect of regulatory chill of state decision-making in the public interest due to the gross fiscal risks that now accompany proposed policy decisions.

One avenue for reform of the regime lies in the renegotiation or abrogation of investment treaties. This is the best option for extrication from the regime but also has limitations due to the 10 to 20-year survival clauses that are typical in the treaties. A complementary option for reform is to focus on the institutional mechanisms and, specifically, the establishment of alternative forums and processes for the resolution of investment disputes. It would be beneficial to their perceived neutrality if such alternatives were based outside of the conventional arbitration centres of Western Europe and North America and if they surpassed the current system in terms of their fairness, openness, and independence. Yet the most pressing priority is for states and the public to become more familiar both with the uncertain but potentially-catastrophic public liabilities created by the system and with the perverse shift in bargaining power to the most powerful private economic actors on the planet at the expense of the institutions and processes that represent virtually everyone else.

Gus Van Harten, BA, LLB, MES, PhD, is an Associate Professor at Osgoode Hall Law School of York University, Toronto, Canada; gvanharten@osgoode.yorku.ca

Vattenfall, der deutsche Atomausstieg und das internationale Investitionsrecht

Markus Krajewski

Studierende der Rechtswissenschaft lernen in Deutschland bereits in den Anfangssemestern, dass die *Maxime* „Dulde und liquidiere“ im deutschen Verfassungsrecht keinen Platz habe. Hinter dieser Kurzformel verbirgt sich der vom Bundesverfassungsgericht im sog. Naßauskiesungsbeschluss¹ festgestellte Grundsatz, dass Individuen und Unternehmen, die sich in ihrem Eigentumsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) verletzt sehen, nur dann eine Entschädigung begehren können, wenn eine solche gesetzlich vorgesehen ist. Grundsätzlich sollen Gesetze und Entscheidungen, die gegen das Grundrecht auf Eigentum verstoßen, nämlich aufgehoben oder abgeändert, aber nicht durch Entschädigungszahlungen kompensiert werden. Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass die in ihrem Eigentum verletzte Person die Rechtsverletzung nicht einfach hinnehmen („dulden“) und Entschädigungen kassieren („liquidieren“) soll, sondern sich an die zuständigen Verwaltungs- und Verfassungsgerichte wenden und die Rechtmäßigkeit staatlichen Handels überprüfen lassen soll. Hintergrund dieser Rechtsprechung ist das Prinzip der Gewaltenteilung: Nicht ein Gericht, sondern der Gesetzgeber soll den Inhalt und die Schranken des Eigentumsrechts festlegen und auch die Höhe einer möglichen Entschädigung bestimmen.²

Der Grundsatz „Kein ‚Dulde und liquidiere‘“ scheint für manche ausländische Unternehmen nicht zu gelten: Anders als inländische Unternehmen und Privatpersonen können sie sich u.U. auf internationale Investitionsabkommen berufen und vor internationalen Schiedsgerichten direkt Schadensersatz begehren, ohne dass die betreffende Maßnahme zuvor durch ein staatliches Gericht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft wird.³ Der doppelte Angriff des schwedischen Energiekonzerns Vattenfall gegen das deutsche Gesetz zum Ausstieg aus der Kernenergie macht dies deutlich: Vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht behauptet Vattenfall, das Gesetz verstoße gegen die deutsche Verfassung und müsse aufgehoben werden.⁴ Vor einem internationalen Investitionsschiedsgericht klagt Vattenfall dagegen auf der Grundlage des Energiecharta-Vertrages auf

1 BVerfG 15.7.1981, 1 BvL 77/78, BVerfGE 58, 300.

2 *Hufen*, Grundrechte³ (2011), § 38 Rn 24.

3 Vgl. auch *Krajewski*, Neoliberalismus und Konstitutionalismus im Weltwirtschaftsrecht: Entstehung, Krisen, Alternativen, *Kritische Justiz* 2011, 389 (391).

4 Dazu unten 3.1.

Entschädigung.⁵ Man kann das so formulieren: Vattenfall duldet den Atomausstieg nicht, da das Unternehmen gegen das Gesetz vor dem Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerde erhoben hat und will trotzdem liquidieren, da es vor einem Investitionsschiedsgericht Entschädigung begehrt.

Der folgende Beitrag will die eingangs skizzierte Problematik näher erläutern und dabei aufzeigen, wie internationales Investitionsschutzrecht nicht nur mit nationalen Regulierungsinteressen, sondern auch mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen in Widerspruch geraten kann. Zunächst werden die investitionsschutzrechtlichen Bestimmungen des Energiecharta-Vertrages kritisch beleuchtet. Im Anschluss wird der sog. Vattenfall I-Fall skizziert, der Umweltauflagen beim Bau eines Kohlekraftwerks zum Gegenstand hatte. Danach werden die Einzelheiten des Verfahrens gegen den deutschen Atomausstieg erläutert (Vattenfall II). Nach der verfassungsrechtlichen Bewertung der beiden Fälle folgen abschließend einige Überlegungen zum Reformbedarf des internationalen Investitionsschutzrechts.

1. Investitionsschutz im Energiecharta-Vertrag

1.1. Grundlagen

Der 1994 unterzeichnete und im April 1998 in Kraft getretene Energiecharta-Vertrag (Energy Charter Treaty, EnCT) ist ein multilateraler Vertrag, dem inzwischen 47 europäische und asiatische Staaten und die Europäische Union beigetreten sind.⁶ In seinen Ursprüngen geht der Energiecharta-Vertrag auf Bemühungen nach dem Ende des Kalten Krieges zurück, die energiewirtschaftlichen Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen Westeuropa und den ehemaligen Staaten des Warschauer Paktes sowie den Nachfolgestaaten der Sowjetunion neu zu gestalten und rechtlich abzusichern.⁷ Inhaltlich standen zum einen die Förderung und der Schutz energiewirtschaftlicher Investitionen in Mittel- und Osteuropa sowie in Asien und zum anderen die Sicherstellung des Zugangs zu Energiequellen durch die Liberalisierung und Erleichterung von Energieimporten nach Westeuropa im Vordergrund.⁸

Entsprechend enthält der Vertrag einen handelspolitischen Teil (Art. 3-9 EnCV), der sich auf das GATT bezieht. Darüber hinaus werden Grundsätze des Wettbewerbsrechts aufgestellt und detaillierte Regeln zum Transit von Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen durch Pipelines oder Netze festgelegt. Die handelspolitischen Bestimmungen

5 Dazu unten 3.2.

6 Als 47. Staat ratifizierte Afghanistan am 20. Juni 2013 den Energiecharta-Vertrag.

7 *Gundel*, Regionales Wirtschaftsvölkerrecht in der Entwicklung: Das Beispiel des Energiecharta-Vertrages, AVR 2004, 157 (157).

8 *Muchlinski*, The Energy Charter Treaty: towards a new international order for trade and investment or a case of history repeating itself?, in *Wälde*, The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade (1996) 205 (205).

des Vertrages werden ferner durch eine Vertragsänderung aus dem Jahre 1998 ergänzt. Diese ist 2010 in Kraft getreten und bezieht sich vor allem auf das WTO-Recht, da der Energiecharta-Vertrag in seiner ursprünglichen Fassung lediglich auf das GATT verweist.⁹

Der praktisch deutlich bedeutsamere Teil des Energiecharta-Vertrages ist das Kapitel über den Investitionsschutz (Art. 10-17 und 26 EnCV). Diese Vorschriften enthalten inhaltlich alle wesentlichen materiellen und prozessualen Vorgaben, die sich in einem typischen bilateralen Investitionsschutzvertrag finden lassen.¹⁰ Der Energiecharta-Vertrag dient seit über zehn Jahren auch als Grundlage für energiewirtschaftliche Investitionsschutzstreitigkeiten. Bis Mitte 2013 wurden 37 derartiger Streitigkeiten registriert.¹¹ Der Energiecharta-Vertrag dürfte damit zu den am meisten benutzten Verträgen für Investitionsschutzfälle gehören.

Neben dem handels- und investitionsschutzrechtlichen Teil enthält der Energiecharta-Vertrag weitere Grundsätze. So wird in Art. 18 EnCV die Souveränität der Staaten über ihre Energievorkommen anerkannt. Ebenso wird bekräftigt, dass die in den Staaten für Energievorkommen geltende Eigentumsordnung unberührt bleibt. Nach Art. 19 EnCV ist jede Vertragspartei bestrebt, schädliche Umweltauswirkungen, die durch Vorgänge innerhalb des Energiekreislaufs entstehen, wirtschaftlich effizient auf ein Mindestmaß zu beschränken. Ob durch diese allgemeinen Hinweise auf die staatliche Souveränität und den Umweltschutz das Spannungsverhältnis zwischen Regulierung und Investitionsschutz ausgeglichen werden kann¹², ist allerdings zweifelhaft, da die Vorschriften eher vage formuliert sind und die investitionsrechtlichen Schutzstandards nicht einschränken.

Noch nicht vollständig geklärt ist das Verhältnis des Energiecharta-Vertrages zum EU-Recht.¹³ Insbesondere könnte – auch mit Blick auf die Vattenfall-Verfahren – gefragt werden, ob Streitigkeiten zwischen einem Investor aus einem EU-Staat mit einem anderen EU-Staat nicht durch das sachnähere EU-Recht, z. B. die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 ff AEUV, geregelt werden müssten. Allerdings lässt sich weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte des Energiecharta-Vertrages entnehmen, dass die EU-Staaten untereinander die Geltung des Energiecharta-Vertrages oder wenigstens die Anwendbarkeit des Investor-Staat-Streitbeilegungsmechanismus nach Art. 26 EnCV¹⁴

9 *Selivanova*, The Energy Charter and the International Energy Governance, EYIEL 2013, 307 (311).

10 *Gundel*, AVR 2004, 164.

11 *Energy Charter Secretariat*, Investor-State Dispute Settlement Cases, <http://www.encharter.org/index.php?id=213&L=0> (12.8.2013).

12 So aber *Tams*, Internationales Wirtschaftsrecht als Grenze deutscher Umweltpolitik? NordÖR 2010, 329 (331).

13 *Kleinbeisterkamp*, Investment Protection and EU Law: The Intra- and Extra-EU Dimension of the Energy Charter Treaty, JIEL 2012, 85–109; *Kulick*, Electrabell locuta, causa finita? – Intra-EU-Investitionsstreitigkeiten unter dem Energiecharta-Vertrag, SchiedsVZ 2013, 81 (87).

14 Dazu unten 1.3.

ausschließen wollten.¹⁵ Ein ICSID-Schiedsgericht hat im Dezember 2012 entsprechend auch seine grundsätzliche Zuständigkeit in einem Verfahren zwischen Ungarn und dem belgischen Unternehmen Elactrabel angenommen¹⁶, die Klage in der Sache dann aber abgewiesen, da Ungarn nur bindendes EU-Recht befolgte.

1.2. Anwendungsbereich und materielle Schutzstandards des Investitionsschutzrechts im Energiecharta-Vertrag

Wie die meisten bilateralen Investitionsschutzverträge definiert der Energiecharta-Vertrag zunächst den Umfang der geschützten Investition bzw. den geschützten Investor. Der Vertrag geht von einem grundsätzlichen weiten Schutzbereich aus, der nicht nur bewegliches und unbewegliches Eigentum sowie Anteilseigentum sondern auch andere Rechte, einschließlich vertraglicher Ansprüche und gewerblicher Schutzrechte (geistiges Eigentum) erfasst.¹⁷ Allerdings wird der Investitionsbegriff auf Investitionen im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Aktivität im Energiesektor beschränkt.

Die materiellen Schutzstandards, die in den meisten Investitionsschutzverträgen zu finden sind, sind auch im Energiecharta-Vertrag verankert (Art. 10 Abs. 1 EnCV). Es handelt sich zunächst um den Standard der gerechten und billigen Behandlung („fair and equitable treatment“, FET), der inzwischen in zahlreichen Investitionsstreitigkeiten eine zentrale Rolle spielt.¹⁸ In der Schiedsgerichtspraxis wurde zur Konkretisierung dieses Standards häufig auf die Erwartungen des Investors, insbesondere bezüglich eines sicheren Investitionsumfelds, abgestellt.¹⁹ Vor diesem Hintergrund wurden staatliche Maßnahmen, die zuvor gemachten Zusagen widersprachen, oder die plötzliche und nicht vorhersehbare Änderung des regulativen Umfelds als Verstoß gegen den Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung angesehen.

Nach Art. 10 (1) EnCV verpflichtet sich der Gaststaat auch, alle Verpflichtungen, die er gegenüber einem Investor oder einer Investition eines Investors einer anderen Vertragspartei eingegangen ist, einzuhalten. Durch diese Internationalisierungs- oder Abschirmklausel (*umbrella clause*) werden auch privatrechtliche und sonstige Übereinkünfte zwischen Investor und Staat in den Schutzbereich des Vertrages aufgenommen.²⁰ Das gilt insbesondere auch für sog. Staat-Investor-Verträge, wie Konzessionsverträge oder vertragsbasierte öffentlich-private Partnerschaften (Public Private Partnerships).²¹ Der Energiecharta-Vertrag erlaubt es den Staaten allerdings, derartige vertragliche Ansprü-

15 Kulick, SchiedsVZ 2013, 86 f.

16 Elactrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, Abs. 4.111. ff.

17 Cameron, International Energy Investment Law (2010) 154.

18 Siehe dazu auch den Beitrag von Bernasconi-Osterwalder und Yalan Liu in diesem Heft.

19 Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht 3 (2012) Rn 635.

20 Bamberger/Wälde, The Energy Charter Treaty, in Roggenkamp u.a., Energy Law in Europe (2007) 145 (153).

21 Selinova, EYIEL 2012, 321.

che vom Geltungsbereich eines Investor-Staat-Schiedsverfahrens auszunehmen. Von dieser Möglichkeit haben jedoch nur wenige Staaten Gebrauch gemacht.²²

Zu den weiteren in Art. 10 (7) EnCV verankerten Schutzstandards zählen die Nichtdiskriminierungsgrundsätze der Inländerbehandlung und Meistbegünstigung. Investoren und Investitionen aus einem Vertragsstaat dürfen nicht schlechter behandelt werden als inländische Investoren und Investitionen bzw. solche aus einem anderen Vertragsstaat. Der Energiecharta-Vertrag enthält schließlich auch eine Klausel zum Schutz vor Enteignungen (Art. 13 EnCV). Diese betrifft sowohl direkte Enteignungen und Verstaatlichungen als auch Maßnahmen, die einer Enteignung oder Verstaatlichung gleich kommen. Hiervon werden auch staatliche Regulierungsmaßnahmen, die die Verwertbarkeit der Investition erheblich einschränken und daher als sog. regulative oder faktische Enteignung bezeichnet werden, erfasst. In der Fachliteratur werden als Beispiele für entsprechende Maßnahmen auch Umweltauflagen genannt.²³ Enteignungen sind nur zulässig, wenn der Investor umgehend eine Entschädigung erhält, die dem Marktwert der Investition entspricht und die in einer frei konvertierbaren Währung gewährt wird. Auf dieser Grundlage können auch regulative Maßnahmen entschädigungspflichtig werden.

1.3. Investor-Staat-Schiedsverfahren nach dem Energiecharta-Vertrag

Investitionsschutzverträge entfalten eine besondere Dynamik, wenn sie durch ein Streitbelegungsverfahren abgesichert werden, das Investoren unmittelbare Klagerechte einräumt. Art. 26 EnCV ermöglicht derartige Klagen. Investoren aus einer Vertragspartei des Energiecharta-Vertrages können auf dieser Grundlage ein Schiedsverfahren gegen einen anderen Staat anstrengen, indem sie eine Verletzung der investitionsrechtlichen Schutzstandards des Energiecharta-Vertrages geltend machen. Der Investor hat dabei die Wahl zwischen einem Verfahren im Rahmen des Internationalen Zentrums zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID), nach der Schiedsordnung der Kommission der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) oder im Rahmen des Instituts für Schiedsverfahren der Stockholmer Handelskammer. Die Beschreitung des innerstaatlichen Rechtswegs ist eine weitere Möglichkeit. Sie ist jedoch keine Voraussetzung für die Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts.²⁴

Allerdings können Vertragsparteien des Energiecharta-Vertrages die Anrufung eines internationalen Schiedsgerichts ausschließen, wenn sich der Investor zuvor an ein innerstaatliches Gericht gewandt hat.²⁵ Gut die Hälfte der Vertragsparteien hat eine entsprechende Erklärung abgegeben, darunter auch einige EU-Mitgliedstaaten, nicht jedoch

22 *Paasivirta*, The Energy Charter Treaty and Investment Contracts: Towards Security of Contracts, in *Wälde*, The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade (1996) 349 (358).

23 *Bamberger/Wälde*, Energy Charter Treaty 160; *Selinova*, EYIEL 2012, 319.

24 *Wolffgram*, Investitionsschiedsgerichtsbarkeit nach dem Vertrag über die Energiecharta (2001) 37 ff.

25 *Gundel*, AVR 2004, 171f.

die Bundesrepublik Deutschland. Damit kann in Deutschland – wie die Fälle Vattenfall I und Vattenfall II zeigen – der innerstaatliche Rechtsweg und die internationale Schiedsgerichtsbarkeit parallel angerufen werden. Divergierende Entscheidungen sind somit nicht ausgeschlossen.

Anders als andere internationale Gerichte stellen Investor-Staat-Schiedsgerichte nicht lediglich fest, dass ein Staat gegen seine völkervertraglichen Verpflichtungen verstoßen hat, sondern verurteilen ihn bei einem Verstoß grundsätzlich zur Zahlung von Schadensersatz. Damit weicht das Investitionsschutzrecht von allgemeinen völkerrechtlichen Prinzipien der Staatenverantwortung ab. Nach Art. 36 des Entwurfs zur Staatenverantwortlichkeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen sind Entschädigungen nämlich nur dann zu gewähren, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes nicht möglich ist.²⁶ Entscheidungen der Investor-Staat-Schiedsgerichte sind endgültig und bindend. Sie können vor nationalen Gerichten nicht mehr angefochten werden und sind regelmäßig direkt vollstreckbar.²⁷

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass die Vorschriften des Energiecharta-Vertrages über den Investitionsschutz bezüglich des materiellen Schutzzumfangs und der prozessualen Durchsetzung mit „modernen“ bilateralen Investitionsschutzabkommen (BITs) vergleichbar sind. Von BITs unterscheidet sich der Energiecharta-Vertrag jedoch insofern als er ein regionales Abkommen darstellt, das nicht nur zwei, sondern knapp fünfzig Vertragsparteien untereinander bindet. Diese Bindung gilt auch im Verhältnis der sog. kapitalexportierenden Staaten untereinander: Der Energiecharta-Vertrag wirkt damit wie ein BIT zwischen diesen Staaten, obwohl kapitalexportierende Staaten untereinander typischerweise keine derartigen Verträge abgeschlossen haben. So erklärt sich auch, warum Vattenfall, ein schwedisches Unternehmen, gegen Deutschland investitionsschutzrechtlich vorgehen kann, obwohl zwischen beiden Staaten kein BIT besteht.

2. Vattenfall I: Klage gegen Umweltauflagen beim Bau des Kohlekraftwerks Hamburg-Moorburg

2.1. Sachverhalt und Rechtsstreit

Im April 2006 beantragte Vattenfall – Betreiber mehrerer Kraftwerke in Deutschland – die Genehmigung zum Betrieb eines Kohlekraftwerks in Hamburg-Moorburg nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz und dem Wasserhaushaltsgesetz. Die zuständige Umweltbehörde erteilte 2007 eine vorläufige Genehmigung und stellte die zügige Erteilung der endgültigen Genehmigung in Aussicht.²⁸ Hiergegen wandte sich der damals

26 International Law Commission, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001, http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (5.8.2013).

27 *Happ*, Schiedsverfahren zwischen Staaten und Investoren nach Art. 26 Energiechartavertrag (2000) 136.

28 *Tams*, NordÖR 2010, 330.

noch der Opposition angehörige Hamburger Landesverband der Partei Bündnis 90/Die Grünen und versprach im Wahlkampf 2008, die Genehmigung rückgängig zu machen. Nach der Bildung einer schwarz-grünen Hamburger Landesregierung (Senat) fiel die Zuständigkeit für die Umweltbehörde an eine grüne Senatorin. Diese versah die endgültige Genehmigung im Jahre 2008 für das Kohlekraftwerk mit zahlreichen Beschränkungen und Auflagen, die sich vor allem auf die Zulässigkeit der Entnahme und Wiedereinleitung von Flusswasser zu Kühlungszwecken bezogen.

Gegen diese Beschränkungen wandte sich Vattenfall zunächst an die Hamburger Verwaltungsgerichte. Im April 2009 beehrte Vattenfall zusätzlich die Errichtung eines internationalen Schiedsgerichts nach den ICSID-Regeln auf der Grundlage von Art. 26 EnCV.²⁹ Vattenfall behauptete, die zusätzlichen Bedingungen und Auflagen stellten eine Verletzung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung und eine entschädigungslose indirekte Enteignung dar. Auf dieser Grundlage beehrte Vattenfall Schadensersatz im Umfang von 1,4 Mrd €.

Im März 2010 wurde das ICSID-Verfahren zunächst ausgesetzt und ein Jahr später, im März 2011, auf der Grundlage eines Vergleichs beendet.³⁰ Der Vergleich bestand im Wesentlichen aus der Übernahme eines im Oktober 2010 vor dem Oberverwaltungsgericht (OVG) Hamburg geschlossenen Vergleichs. Dieser – nicht veröffentlichte – Vergleich sieht vor, dass Vattenfall die begehrte wasserrechtliche Genehmigung unter Aufhebung einiger Restriktionen erteilt wird. Damit wurde das Unternehmen besser gestellt als durch die ursprüngliche Genehmigung aus dem Jahre 2008. Schadensersatzzahlungen sind in dem Vergleich nicht vorgesehen. Der rechtliche Mehrwert der Absicherung des Prozessvergleichs vor dem OVG durch einen ICSID-Vergleich besteht darin, dass Vattenfall unabhängig vom Schicksal des Prozessvergleichs im nationalen Recht über eine internationale Absicherung des ausgehandelten Kompromisses mit Hamburg verfügt.

Eine neue Wende des Falls erfolgt im Januar 2013: Auf eine Klage der Umweltschutzorganisation BUND hat das OVG Hamburg die neue wasserrechtliche Erlaubnis insoweit aufgehoben, als Vattenfall darin die Entnahme und die Wiedereinleitung von Elbwasser zum Zweck der Durchlaufkühlung des Kraftwerks erlaubt wurde, da dadurch das Wasserhaushaltsgesetz (WHG) verletzt würde.³¹ Gegen dieses Urteil haben sowohl Vattenfall als auch die Umweltbehörde Hamburg Revision zum Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) eingelegt. Im Kern geht es in dem Rechtsstreit um die Frage, wie das wasserrechtliche Verschlechterungsverbot (§ 27 Abs. 2 WHG) auszulegen und anzuwenden ist. Nach diesem Grundsatz sind bestimmte oberirdische Gewässer so zu bewirtschaften

29 Vattenfall AB u.a. v. Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/09/6.

30 ICSID Case No. ARB/09/6, Award of 11 March 2011, http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/Investor-State_Disputes/Vattenfall-Germany_Award.pdf (01.08.2013).

31 OVG Hamburg 18.01.2013, Az. 5 E 11/08, ZUR 2013, 357.

ten, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und chemischen Zustands vermieden wird.

Sollte das Bundesverwaltungsgericht im Revisionsverfahren die Entscheidung des OVG bestätigen, stellt sich die Frage, ob Vattenfall auf der Grundlage des ICSID-Vergleichs die Stadt Hamburg entgegen der Entscheidung des BVerwG zwingen könnte, die gewünschte Genehmigung zu erteilen oder ob ein Passus in dem Vergleich über Klagen von Dritten hiervor schützt. Weiterhin ist fraglich, ob Vattenfall andernfalls weiterhin „dulden und liquidieren“ könnte, die auflagenbehaftete Genehmigung also einerseits akzeptieren, aber mit dem Argument, dass eine Verletzung des Standards der billigen und gerechten Behandlung vorliegt, andererseits Schadensersatz nach dem Energiecharta-Vertrag fordern könnte.

2.2. Bewertung

Der Vattenfall I-Fall illustriert zunächst, wie materielle Standards des internationalen Investitionsschutzrechts die Anwendung nationalen Umweltrechts unter Druck setzen können und dass so ein Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutzrecht und staatlicher Regulierung entstehen kann.³² Zwar kam es im konkreten Fall zu keiner Sachentscheidung eines ICSID-Schiedsgerichts. Materiell-rechtlich dürfte auch weniger die Frage, ob die Umweltauflagen eine indirekte Enteignung darstellen, sondern eher inwieweit Vattenfall auf die Zusagen des Hamburger Senats vor 2008 vertrauen durfte, relevant gewesen sein.³³ Die Bereitschaft der Hamburger Behörden, auf die zuvor verlangten Einschränkungen zu verzichten, dürfte durch den Druck des schwebenden ICSID-Verfahrens jedenfalls erhöht worden sein. Dies gilt umso mehr, als durch das ICSID-Verfahren, welches gegen die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt und Vertragspartei des Energiecharta-Vertrages geführt wurde, dem Streit eine zusätzliche föderale Dimension hinzugefügt wurde.

Der weitere Fortgang des Verfahrens, insbesondere das Urteil des OVG vom Januar 2013, zeigt aber auch, dass die Bewertung staatlicher Maßnahmen durch innerstaatliche Gerichte auf der Grundlage des nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen kann als die Bewertung des Rechtsstreits durch ein Investor-Staat-Schiedsgericht. Während es für das nationale Recht nur eine untergeordnete Rolle spielt, ob und welche Genehmigungen die Behörde in Aussicht gestellt hat, ist dies investitionsschutzrechtlich entscheidend. Dagegen kommt es für die investitionsschutzrechtliche Bewertung des Falls nicht darauf an, ob mit der erteilten Genehmigung gegen deutsches Umweltrecht verstoßen wurde, was wiederum für das innerstaatliche Recht zentral ist.

³² Tams, NordÖR 2010, 331.

³³ Tams, NordÖR 2010, 333 f.

3. Vattenfall II: Klage gegen die 13. Novelle des Atomgesetzes (Atomausstiegsgesetz)

3.1. Atomausstieg und Verfassungsrecht

Als Reaktion auf die Reaktorkatastrophe von Fukushima beschloss der Deutsche Bundestag im Jahre 2011 den Ausstieg Deutschlands aus der Atomenergie. Die 13. Novelle des Atomgesetzes sieht für die ältesten Kraftwerke, darunter die von Vattenfall betriebenen Kraftwerke Brunsbüttel und das seit 2007 stillgelegte Kraftwerk Krümmel, das sofortige Ende der Genehmigung vor. Für die weiteren Kraftwerke gelten konkrete bis 2022 gestaffelte Laufzeitbegrenzungen. Die deutsche Atompolitik nahm damit eine erneute Wende, nachdem zunächst im Jahre 2002 der Ausstieg aus der Kernenergie beschlossen wurde, dieser Beschluss jedoch 2010 insofern wieder revidiert wurde, als wiederum Laufzeitverlängerungen beschlossen wurden.³⁴

Über die verfassungsrechtliche Bewertung der 13. Novelle des AtG herrscht in der wissenschaftlichen Literatur Uneinigkeit, wobei die überwiegende Meinung davon ausgeht, dass der Atomausstieg mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar ist.³⁵ Eine wesentliche Frage ist dabei, ob die Restlaufzeiten vom Eigentum nach Art. 14 GG geschützt sind und ob die Laufzeitbegrenzungen eine ausgleichspflichtige oder ausgleichslose Inhaltsbestimmung oder eine Enteignung darstellen. Aspekte des Vertrauensschutzes stellen ein weiteres zentrales Diskussionsfeld dar.³⁶ Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wird sich mit diesen Fragen befassen müssen, wenn es über die Verfassungsbeschwerden, die Eon, RWE und Vattenfall im Juni bzw. Juli 2012 eingelegt haben, entscheidet. Über den Inhalt der Entscheidung, die 2013 nicht mehr erfolgen wird, kann derzeit nur spekuliert werden, auch wenn die überzeugenderen Argumente für die Verfassungsmäßigkeit des Atomausstiegs sprechen.³⁷ Sollte das BVerfG dennoch die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes feststellen, wird es dieses für nichtig erklären, allerdings keinen Schadensersatz zusprechen. Es kann allenfalls feststellen, dass das Gesetz nur bei einer Entschädigungszahl verfassungskonform wäre, muss aber dem Gesetzgeber die Ausgestaltung einer derartigen Entschädigung überlassen.

34 *Bernasconi-Osterwalder/Hoffmann*, Der deutsche Atomausstieg auf dem Prüfstand eines internationalen Investitionsschiedsgerichts? (2012), http://www.iisd.org/pdf/2012/powershift_forum_briefing_vattenfall.pdf (31.07.2013), 2.

35 Siehe nur die Beiträge von *Ziehm*, Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, 221-226; *Ekardt*, Atomausstieg, Eigentumsgarantie, Abwehrrechte und Schutzgrundrechte, NuR 2012, 813-819 und *Kloepfer*, 13. Atomgesetznovelle und Grundrechte, DVBl 2011, 1437-1446. Dagegen hält *de Witt*, Ist der Atomausstieg 2011 mit Art. 14 GG vereinbar? UPR 2012, 281-285 das Gesetz für verfassungswidrig.

36 *Schröder*, Verfassungsrechtlicher Investitionsschutz beim Atomausstieg, NVwZ 2013, 105 (106ff); *Muckel*, Gesetzgebung und Planungssicherheit, ZG 2012, 21-33.

37 So auch *Wallrabenstein*, Die Verfassungsmäßigkeit des jüngsten Atomausstiegs, Humboldt Forum Recht HFR 11/2011, 109 (121), im Internet unter <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/11-2011/index.html> (12.08.2013).

3.2. Investitionsschutzrechtlicher Streitfall

Bereits vor dem Einreichen der Verfassungsbeschwerde hatte Vattenfall beim ICSID-Sekretariat einen investitionsschutzrechtlichen Streit mit der Bundesrepublik Deutschland wegen des Atomausstiegs registrieren lassen.³⁸ Im Dezember 2012 konstituierte sich ein Schiedsgericht bestehend aus dem US-amerikanischen Schiedsverfahrensanwalt Daniel Price für Vattenfall, dem emeritierten Oxforder Völkerrechtsprofessor Vaughan Lowe für die Bundesrepublik Deutschland und dem niederländischen Professor und Rechtsanwalt Albert Jan van den Berg als Vorsitzenden. Nach dem Rücktritt von Daniel Price im Januar 2013 wurde dieser durch den ebenfalls international als Schiedsverfahrensexperten bekannten Anwalt und ehemaligen Richter am Iran United States Claims Tribunal Charles Brower ersetzt.

Ebenfalls im Januar 2013 reichte die Bundesrepublik Deutschland einen Antrag zur Frage der Zuständigkeit des Schiedsgerichts auf der Grundlage von Regel 41 (5) der ICSID Schiedsregeln ein. Danach kann eine Partei eine beschleunigte Prüfung der Zuständigkeit beantragen, wenn das Verfahren offensichtlich aussichtslos ist („manifestly without legal merit“). Nach einer Erwiderung Vattenfalls auf diesen Antrag und einer mündlichen Verhandlung im Juni 2013 zu dieser Frage erließ das Schiedsgericht am 2. Juli 2013 dazu eine Entscheidung. Wenig später wurde eine prozessleitende Verfügung (Procedural Order No. 1) erlassen. Die Inhalte der beiden Entscheidungen wurden nicht veröffentlicht und sind der Öffentlichkeit auch sonst nicht bekannt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass das Schiedsgericht die Klage Vattenfalls nicht für offensichtlich aussichtslos angesehen hat, da der Fall weiter als anhängig gilt.³⁹ Weitere Fragen der Zuständigkeit und die materiellen Fragen dürften das Schiedsgericht daher in den kommenden Monaten beschäftigen.

Anders als im Vattenfall I-Verfahren, in dem das Schiedsgericht keine rechtliche Entscheidung treffen musste, da sich die Parteien zuvor einigten, hat sich das Schiedsgericht im Vattenfall II-Verfahren somit bereits einmal – wenn auch nur sehr grundsätzlich – mit dem Fall befasst. Die Klage wird nicht von vorneherein als aussichtslos angesehen, was allerdings auch nicht zu erwarten war. Die sich im Rahmen des Verfahrens stellenden Fragen, u.a. ob ein staatliches Unternehmen als Investor gelten kann, welchen Vertrauensschutz das Unternehmen erwarten konnte und wie stark sein Eigentum verletzt wurde, sind allesamt komplex und bedürfen schwieriger sachlicher wie rechtlicher Erwägungen.

38 Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No. ARB/12/12). Informationen zum Verfahren im Internet unter <https://icsid.worldbank.org/> (02.08.2013).

39 Peterson, Arbitrators issue decision on Germany's preliminary objections in nuclear phase-out case; Vattenfall's Energy Charter Treaty claims to proceed, IAREporter 4 July 2013, http://www.iareporter.com/articles/20130704_2 (12.08.2013).

Nicht ausgeschlossen ist gleichwohl, dass sich Vattenfall und die Bundesrepublik Deutschland wiederum auf einen Vergleich einigen werden. Allerdings dürfte der im Vattenfall I-Verfahren beschrittene Weg verschlossen sein: Einen Vergleich vor dem Bundesverfassungsgericht gibt es nicht. Hier kann Vattenfall allenfalls seine Beschwerde zurücknehmen. Allerdings könnte Vattenfall einer Rücknahme seiner Beschwerde im Wege eines Vergleichs mit der Bundesrepublik gegen die Zahlung einer Entschädigung oder gegen andere Vergünstigungen zustimmen.

Sollte der Fall nicht durch einen Vergleich beendet werden und das Schiedsgericht Vattenfall Recht geben, würde sich die rechtlich ebenfalls noch offene Frage stellen, ob das Bundesverfassungsgericht bei seiner verfassungsrechtlichen Bewertung des Atomausstiegs die investitionsschutzrechtliche Bewertung des ICSID-Schiedsgerichts berücksichtigen könnte oder gar müsste. In der Literatur wurde mit Blick auf die internationale Offenheit des deutschen Verfassungsrechts und die Einwirkung völkerrechtlicher Verträge in die innerstaatliche Rechtsordnung diesbezüglich bereits gefordert, Investitionsschutzrecht müsse eine „Orientierungswirkung“ für das Verfassungsrecht entfalten.⁴⁰ Umgekehrt ist es ebenfalls offen, ob sich das ICSID-Schiedsgericht von der verfassungsrechtlichen Argumentation des Bundesverfassungsgerichts beeinflussen lassen würde. Sicher ist hier nur, dass eine Rechtspflicht zur Berücksichtigung des nationalen Verfassungsrechts aus dem Investitionsschutzrecht nicht abgeleitet werden kann. Allerdings könnte bei der Frage, was ein Investor legitimerweise erwarten konnte und ob sich eine Rechtsordnung als insgesamt rechtlich stabil erweist, die verfassungsrechtliche Bewertung des Atomausstiegs durchaus eine Rolle spielen.

4. Investitionsschutzrecht contra Verfassungsrecht?

Die vorstehenden Ausführungen haben bereits angedeutet, dass neben dem inzwischen „klassischen“ Spannungsverhältnis von Investitionsschutz und staatlicher Regulierung⁴¹ internationale Investitionsschutzverträge und ihre Anwendung durch Schiedsgerichte auch in ein Spannungsverhältnis zu nationalem Verfassungsrecht geraten können. Dies zeigt sich an den bereits eingangs skizzierten Unterschieden zwischen dem Eigentumsschutz nach dem deutschen Grundgesetz und nach internationalem Investitionsschutzrecht. Während letzteres mit der Kategorie der faktischen Enteignung Entschädigungsansprüche auch für regulative Maßnahmen kennt, ist dies dem deutschen Eigentumsschutz fremd.⁴²

⁴⁰ Tams, NordÖR 2010, 334.

⁴¹ Dazu Krajewski/Ceyssens, Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung, AVR 2007, 180 (182 ff.).

⁴² Dederer, Ein Schiedsverfahren wird für Deutschland zum Bumerang, Legal Tribune Online, 13.6.2012, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vattenfall-klagt-gegen-atomausstieg-vor-schiedsgericht-in-washington-investitions-schutz/> (12.08.2013).

Dieser Unterschied in der Dogmatik des Eigentumsschutzrechts führt zu einer Besserstellung ausländischer Unternehmen gegenüber Inländern, da ausländische Unternehmen gegen das Gesetz vorgehen können und gleichzeitig investitionsschutzrechtliche Entschädigungen geltend machen können. Sollte das BVerfG das Gesetz allerdings aufheben, entfällt auch der nach Investitionsschutzrecht einklagbare Schadensersatz, da dann kein Verstoß gegen den Energiecharta-Vertrag mehr vorliegt. Wird das Gesetz durch das BVerfG aufrechterhalten und obsiegt Vattenfall vor dem ICSID-Schiedsgericht, ist die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, Entschädigungen zu leisten, die an andere Unternehmen nicht zu zahlen sind.

Auch hier könnte ein Sequenzproblem entstehen: Wenn das ICSID-Schiedsgericht Vattenfall Entschädigungen zuspricht *bevor* das Bundesverfassungsgericht entscheidet, und dieses das Gesetz anschließend für nichtig erklärt, wäre zu fragen, ob Vattenfall anschließend die Entschädigung zurück zahlen muss. Dieses Problem entsteht auch deshalb, da – wie oben ausgeführt – im internationalen Investitionsschutzrecht grundsätzlich sofort Schadensersatz zugesprochen und nicht die Änderung oder Aufhebung der rechtswidrigen Maßnahme verlangt wird.

Fasst man die möglichen Konstellationen zusammen, stellt man fest, dass es durchaus zu Divergenzen zwischen verfassungsrechtlicher und investitionsschutzrechtlicher Bewertung kommen kann. Diese kann im Ergebnis zwar nicht dazu führen, dass ein Staat kraft Investitionsschutzrecht zu einer staatlichen Maßnahme (Gesetz oder Verwaltungsakt) verpflichtet wird, die gegen die eigene Rechtsordnung verstoßen würde. Allerdings ist es durchaus möglich, dass der Staat für eine nach innerstaatlichem Recht zulässige Maßnahme, d. h. ein verfassungskonformes Gesetz (Novelle des Atomgesetzes im Fall Vattenfall II) oder einen nach einfachem Recht zulässigen Verwaltungsakt (wasserrechtliche Genehmigung im Fall Vattenfall I) Entschädigungen leisten muss. Aus innerstaatlicher Sicht ist das ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis, auch wenn von einem formalen Rechtskonflikt zwischen Verfassungs- und Investitionsschutzrecht im strengen Sinne nicht gesprochen werden kann.

Verfassungsrechtlich bedenklich sind auch die Intransparenz des Schiedsverfahrens und die Geheimhaltungspolitik der Bundesregierung gegenüber dem Bundestag. Die Bundesregierung ist nicht verpflichtet das Plenum über das Verfahren zu informieren. Die Abgeordneten können lediglich unter strenger Beachtung von Geheimhaltungspflichten Zusammenfassungen der relevanten Dokumente einsehen.⁴³ Anders als vor dem BVerfG kann der Bundestag im Rahmen des Investitionsschutzstreites auch keine eigenen Erwägungen und Argumente vortragen. Er muss sich vielmehr darauf verlassen, dass die Bundesregierung das Gesetz entsprechend verteidigt.

43 Deutscher Bundestag, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Sylvia Korting-Uhl, Harald Ebner, Hans-Josef Fell, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 17/10584, 28.8.2012, 3.

5. Reformbedarf

Streitfälle wie die Vattenfall-Verfahren aber auch andere politisch hochumstrittene Schiedsgerichtsentscheidungen machen den Reformbedarf des internationalen Investitionsschutzrechts deutlich. Dieser betrifft einerseits die Ungenauigkeit und Offenheit der Begrifflichkeiten der Investitionsschutzverträge. So ist es wenig verwunderlich, dass ein Rechtsbegriff wie „gerechte und billige Behandlung“ oder „Wirkung wie eine Enteignung“ den Schiedsgerichten einen äußerst weiten Interpretationsspielraum einräumt und kaum zu einem vorhersehbaren Rechtsschutzsystem beiträgt. Deshalb sollten zukünftige Investitionsschutzverträge sehr viel genauer als bisher Situationen, vor denen der Investor geschützt werden soll, und Maßnahmen, die der Staat zulässigerweise ergreifen kann, unterscheiden.

Der Reformbedarf des internationalen Investitionsschutzrechts besteht andererseits auch bei den Investor-Staat-Schiedsverfahren. Insbesondere in Staaten mit einem funktionierenden Rechtsschutzsystem und einer verlässlichen und unabhängigen Gerichtsbarkeit, ist es weder erforderlich noch sinnvoll, dem Investor mit der Möglichkeit eines Schiedsverfahrens einen zusätzlichen Rechtsbehelf zur Verfügung zu stellen. Insofern müssten die Streitbeilegungsvorschriften in Investitionsschutzverträgen so umgestaltet werden, dass das Verhältnis zwischen innerstaatlichem und internationalem Rechtsschutz im Sinne der Subsidiarität des letzteren geregelt wird.

Eine Anleihe könnte man bei dem völkerstrafrechtlichen Prinzip der Komplementarität machen: Nach Art. 17 Absatz 1 des Statuts von Rom ist der Internationale Strafgerichtshof (IStGH) nur zuständig, wenn ein Staat „nicht willens oder nicht in der Lage“ ist, Verdächtige durch die nationale Strafjustiz zu verfolgen. Auf den Investitionsschutz angewandt würde dies bedeuten, dass ein Investor sich nur dann an ein internationales Schiedsgericht wenden kann, wenn innerstaatliche Gerichte unfähig oder unwillig sind, die entsprechenden Rechtspositionen eines Investors zu schützen. Nach diesem Prinzip hätte Vattenfall weder gegen die wasserrechtlichen Auflagen der Stadt Hamburg noch gegen das deutsche Gesetz zum Atomausstieg vor einem Investor-Staat-Schiedsgericht klagen können, da in beiden Fällen fähige und willige Gerichte zur Verfügung standen bzw. stehen.

Universalismus oder Vollstreckung partikularer Interessen?

Eigentum zwischen Menschenrecht, Investitionsschutz und demokratischem Eigentumskompromiss¹

Rhea Tamara Hoffmann

„Der Staat, auf Freiheitsgewähr verpflichtet, kann nicht nur einmal eine liberale Rahmenordnung erlassen und sich dann zurückziehen und die daraus hervorgehende Entwicklung in distanzierter Neutralität beobachten und als eine Art Nachtwächterstaat sich selbst überlassen.“²

1. Einleitung

BefürworterInnen des internationalen Investitionsschutzrechts betrachten dieses und die nunmehr zunehmend in Anspruch genommene Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als Erfolgsgeschichte im internationalen Wirtschaftsrecht. Insbesondere garantiere das internationale Investitionsschutzrecht die Funktionsweise der internationalen Wirtschaftsordnung in Zeiten der Globalisierung. Es habe eine ordnungspolitische Funktion, die darin bestehe, dass es Prinzipien etabliere, die ausländischen Investoren³ Eigentumsschutz, Rechtssicherheit und Behandlung nach rechtsstaatlichen Grundsätzen garantierten.⁴ Die investitionsschutzrechtlichen Prinzipien reduzierten das sogenannte politische Risiko bei Auslandsinvestitionen.⁵ Fundamentale ideologische Meinungsverschiedenheit über die Zweckmäßigkeit völkerrechtlicher Normen zum Schutz von Eigentum seien weitgehend verschwunden.⁶

1 Herzlicher Dank für aufschlussreiche Anmerkungen und Diskussion gilt Dr. Florian Rödl und Sofia Massoud. Sämtliche Fehler im Text bleiben selbstverständlich nur solche der Autorin.

2 Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht (2011) 59.

3 Bei Worten wie „Investor“ verwende ich dann keine geschlechtergerechte Formulierung (zB Investor_innen), wenn es sich idR nicht um Personen, sondern um Unternehmen handelt.

4 Schill, Internationales Investitionsschutzrecht und Vergleichendes Öffentliches Recht: Grundlagen und Methode eines öffentlich-rechtlichen Leitbildes für die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit, ZaöRV 71 (2011) 249.

5 Schill, Internationales Investitionsschutzrecht, 249.

6 Klein, Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right?, Goettingen Journal on International Law 4 (2012) 210; Schill, Investitionsschutzrecht als Entwicklungsvölkerrecht, ZaöRV 72 (2012) 294.

BefürworterInnen des internationalen Investitionsschutzrechts vertreten darüber hinaus vermehrt die Auffassung, dass Investitionsschutzrecht und Menschenrechtsschutz nicht in gegenseitigem Konflikt stehen, sondern friedlich koexistieren können.⁷ Einige vertreten die These, dass nicht nur ein Menschenrecht auf Eigentum bestehe, sondern das internationale Investitionsschutzrecht selbst ein Menschenrecht darstelle, da es dem Eigentumsschutz verpflichtet sei.⁸

Dem liegt ein Verständnis von Eigentum zugrunde, das völlig ausblendet, wer Inhalt und Grenzen des Eigentums bestimmt. Dabei ist in demokratischen Verfassungsstaaten anerkannt, dass es sich bei dem Eigentum nicht um einen vorrechtlichen Tatbestand sondern um ein Rechtsinstitut handelt, dessen Regulierung dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber überantwortet ist. Da das internationale Investitionsschutzrecht einer eigenen Eigentumsdogmatik folgt, versperrt die These vom Investitionsschutz als Teil des Menschenrechtsschutzes den Blick auf die Notwendigkeit der Regulierung des Eigentums durch den demokratischen Gesetzgeber. Die Tatsache, dass internationales Investitionsschutzrecht und demokratische Eigentumsregulierung in Konflikt geraten können, wird so verdeckt.

Hier soll hingegen eine Perspektive auf das Eigentumsrecht eingenommen werden, die die Gesellschaft mit einbezieht und nicht nur EigentümerInnen Sicherheit bietet. Dieser Blickwinkel soll auch eine Naivität im Hinblick auf den Diskurs „Unternehmen und Menschenrechte“⁹ vermeiden. Multinationale Unternehmen sind nicht in der Lage, das Sozialstaatsprinzip zu verwirklichen. Die Sozialpflichtigkeit des Eigentums muss durch demokratische Gesetze materialisiert werden. Als Durchsetzungsebene eignet sich (allein) der Staat. Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit kann schlicht keine praktische Konkordanz zwischen Eigentum und (sonstigen) Menschenrechten herstellen.

7 Zum Verhältnis von Internationalem Investitionsschutzrecht und Menschenrechten, siehe: *Taillant/Bonnitche*, International Investment Law and Human Rights, in *Segger et al.*, Sustainable Development in World Investment Law (2011) 53, 79; *Dupuy et al.*, Human Rights in International Investment Law and Arbitration (2009); *Simma/Kill*, Harmonizing Investment Protection and Human Rights: First Steps towards a Methodology' in *Binder et al.*, Essays in Honour of Christoph Schreuer: International Investment Law for the 21st Century (2009) 678; *Jacob*, International Investment Agreements and Human Rights' INEF Research Paper Series on Human Rights, Corporate Responsibility and Sustainable Development (2010); *Letmes*, Foreign Direct Investment and Human Rights: An Ambiguous Relationship, 29 *Forum for Development Studies* (2002) 1, 33, 52; *Tobin/Rose-Ackerman*, Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties, <http://ssrn.com/abstract=557121> (28.08.2013).

8 *Klein*, Human Rights, 199ff; *Schorkopf*, Das Verhältnis von Umwelt- und Menschenrechtsschutz zum Investitionsschutz' in *Ehlers et al.*, Rechtsfragen internationaler Investitionen (2009) 137, 142. Das Verhältnis zwischen internationalen Investitionsschutzrecht und Menschenrechten ist bisher aus drei Perspektiven betrachtet worden. Während teilweise Menschenrechte als mit dem Investitionsschutzrecht in Konflikt stehend betrachtet werden, sehen einige „optimistischere“ Rechtswissenschaftler Menschenrechte durch das internationale Investitionsschutzrecht gesichert. Eine weitere Steigerung der letzten Betrachtungsweise stellt die zuvor erwähnte These dar, dass das internationale Investitionsschutzrecht Teil des Menschenrechtsschutzes sei.

9 Siehe hierzu aufschlussreich *Massoud*, „Unternehmen und Menschenrechte“ – überzeugende progressive Ansätze mit begrenzter Reichweite im Kontext der Weltwirtschaftsordnung, 61ff, in *Nikol/Bernhard/Schmiederjahn*, Transnationale Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen im Völkerrecht (2013).

Wie gezeigt werden wird, weist bereits der Schutzzumfang des Eigentumsrechts in Menschenrechtsabkommen, dem internationalen Investitionsschutzrecht und demokratischen Verfassungen einen unterschiedlichen Gehalt auf. Noch entscheidender jedoch ist das Kriterium, welche Institution die Inhalts- und Schrankenbeschreibung des Eigentums vornimmt. Im internationalen Investitionsschutzrecht legen zwischenstaatliche Abkommen einen meist offen gehaltenen weiten Eigentumsschutz fest. Menschenrechtsabkommen hingegen versuchen grundlegende Eigentumsbedürfnisse abzusichern und beziehen sich eher auf Privat-, denn auf Kapitaleigentum. Im nationalen Recht hingegen wird die Eigentumsausgestaltung dem Gesetzgeber überantwortet, der zeitgemäß Inhalt und Schranken zu bestimmen vermag und damit Enteignungen auch entschädigungslos gesellschaftlich und rechtlich einer Rechtfertigung zuführen kann.

Innerhalb der Verfassung steht der Möglichkeitsraum der Ausgestaltung des Verfassungskompromisses um das Eigentum quasi fest. Dieser feststehende Rahmen unterliegt durch das internationale Investitionsschutzregime einer Verschiebung und schränkt damit den Möglichkeitsraum des demokratischen Gesetzgebers ein. Eine Gleichsetzung von Investitionsschutz mit Menschenrechtsschutz verschleiert dieses Dilemma.

Die Analyse geht in zwei Schritten vor. Zunächst wird der völkerrechtliche Eigentumsschutz (2.1.) und im Anschluss der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz dargestellt (2.2.). Im Anschluss wird anhand des Fallbeispiels der Auseinandersetzung um die australische Gesetzgebung zu Einheitsverpackungen für Zigaretten dargelegt, wie das Investitionsschutzrecht den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz unterwandern und damit dem demokratischen Gesetzgeber die Regulierung des Eigentums in spezifischen Fallkonstellationen entziehen kann, wenn eine eigentumsrechtliche Streitigkeit vor einem Investitionsschiedsgericht verhandelt wird (3.). Abschließend folgt ein Fazit (4.).

2. Eigentum aus Sicht der Menschenrechte, des Investitionsschutzregimes und des demokratischen Verfassungskompromisses

2.1. Völkerrechtlicher Eigentumsschutz

Den Kern des Eigentumsschutzes im Völkerrecht bildet der Schutz vor Enteignungen ohne Entschädigung. Der völkerrechtliche Enteignungsschutz beruht auf drei Säulen, die sich nacheinander entwickelt haben. Zunächst wurde, erstens, Enteignungsschutz durch diplomatischen Schutz gewährt. Das Fremdenrecht sollte ausländische StaatsbürgerInnen vor Enteignungen schützen. Das zu Enteignungen entstandene Völkergewohnheitsrecht beruht auf dem Fremdenrecht, dem (ebenso wie den Menschenrechten) im Gegensatz zum internationalen Investitionsschutz keine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Grunde liegt.

Erst Anfang des 20. Jahrhundert hielt, zweitens, der Schutz vor Enteignungen in einige regionale Menschenrechtsabkommen Einzug. Fast selbstverständlich wird der Schutz

des persönlichen Eigentums heutzutage als Menschenrecht aufgefasst.¹⁰ Der Eigentumschutz wurde jedoch nicht in die wichtigen UN-Pakte von 1966¹¹, sondern nur in die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) aufgenommen.¹² Menschenrechtliche Eigentumsverbürgungen finden sich daher vielmehr in regionalen Menschenrechtsabkommen.¹³ Einige regionale Menschenrechtspakte beschäftigen sich mit dem Eigentum, darunter die Amerikanische Konvention über Menschenrechte von 1969, das Erste Zusatzprotokoll zur Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) von 1952 sowie die Banjul Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker von 1981.

Schließlich ist seit Ende der 1950er Jahre die Entwicklung des „modernen“ internationalen Investitionsschutzrechts zu beobachten. Das heute fast 3000 Verträge umfassende Geflecht von bilateralen Investitionsschutzverträgen (Bilateral Investment Treaties, BITs) soll der Sicherheit ausländischer Investoren vor Eingriffen des Gaststaates in die Investition dienen und Investitionsströme in den Gaststaat fördern. Hierbei handelt es sich um ein völkerrechtliches Regime, das einen starken Eigentumsschutz durchsetzt und entgegen menschenrechtlicher Verbürgungen, die eine Ausschöpfung des nationalen Rechtsschutzes voraussetzen, eine effektive Durchsetzungsstruktur aufweist. Heute besteht kaum mehr Streit, ob es sich auch bei dem Schutz des Eigentums um ein Menschenrecht handelt.

Die drei normativen Säulen des völkerrechtlichen Eigentumsschutzes weisen eine starke Fragmentierung auf, die sich im materiellen Gehalt und der Durchsetzung¹⁴ offenbaren. Materiell-rechtlich bestehen bereits erhebliche Divergenzen im Hinblick auf den Gegenstand des völkerrechtlichen Enteignungsschutzes.¹⁵ Hervorzuheben sind hier insbesondere die für die staatliche Regulierungsfreiheit maßgeblichen Themen der Geltendmachung von indirekten Schäden durch AktionärInnen und die Erstreckung des Enteignungsschutzes auf indirekte Enteignungen, die die deutlichste Ausprägung im Investiti-

10 Zur völkergewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Menschenrechts auf Eigentum, siehe *Rensmann*, Völkerrechtlicher Enteignungsschutz, in *Ehlers/Wolffgang/Schröder*, Rechtsfragen Internationaler Investitionen (2009) 25ff.

11 Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Zivilpakt) und Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Sozialpakt).

12 Art 17 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, UNGA Res. 217 A (III) of 10 December 1948; UNYB (1948-49) 535.

13 Art 1 Erstes Zusatzprotokoll der Europäischen Menschenrechtskonvention; Art 21 Amerikanische Menschenrechtskonvention; Art 14 Afrikanische Menschenrechtskonvention; Art 5 Internationale Konvention gegen Rassendiskriminierung; Art 15 Konvention gegen Diskriminierung von Frauen; Art 8 Genfer Flüchtlingskonvention; Art 15 UN-Konvention zum Schutz der Rechte von Migranten.

14 Während das Fremdenrecht auf eine Ausübung des diplomatischen Schutzes angewiesen ist, weisen Investitionsschutzabkommen aufgrund von Investor-Staat-Schiedsklauseln die effektivste Rechtsdurchsetzung und Vollstreckung auf. Im Gegensatz zu menschenrechtlichen Streitigkeiten müssen Investoren nicht vor Klageerhebung den nationalen Rechtsweg durchlaufen und Schiedssprüche können aufgrund der ICSID-Konvention und der New York Konvention weltweit vollstreckt werden.

15 Siehe hierzu auch *Kriebaum/Schreuer*, The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law, 1, http://www.univie.ac.at/intlaw/concept_property.pdf (28.08.2013).

onsschutzrecht erfahren hat. Die Divergenzen legen offen, dass es sich bei dem Enteignungsschutz (noch) nicht um Völkergewohnheitsrecht handelt. Zunehmend ist jedoch zu lesen, dass sich in der internationalen Gemeinschaft ein gewisser *overlapping consensus* herausbildet, auf dessen Grundlage sich die Konturen des völkerrechtlichen Eigentums- und Enteignungsschutzes allmählich konsolidieren.¹⁶ Eine weitere normative Säule des Enteignungsschutzes darf dabei aber nicht aus dem Blick geraten: Der nationale demokratische Eigentumsschutz, der sowohl horizontal (zwischen verschiedenen Staaten) als auch im Hinblick auf die völkerrechtliche Dimension (vertikale Rechtsordnungsbetrachtung) erhebliche Divergenzen aufzuweisen vermag. Dieser Divergenz zwischen dem internationalen Investitionsschutzrecht und dem nationalen Verfassungsrecht wird sich das Fallbeispiel annehmen.

Entscheidend ist, wer dem Eigentum in der Gesellschaft seine spezifischen Konturen zuweist. Während der Menschenrechtsschutz bildlich gesprochen bloß eine grundlegende Säule (nehmen wir die Füße einer Figur) bildet, formen demokratische Gesellschaften ausdifferenzierte Figuren, die den jeweiligen gesellschaftlichen Bedürfnissen angepasst sind. Das internationale Investitionsschutzrecht schlägt hingegen der Figur die (demokratisch/regulierenden) Extremitäten ab und erhält nur einen Torso, der einem starken und partikularem Eigentumsschutz gewidmet ist. Aus dem Status des Eigentums als Menschenrecht zu schließen, dass das Investitionsschutzregime Menschenrechte gewährleistet, ist problematisch. Denn auch im Hinblick auf den menschenrechtlichen Eigentumsschutz, der ebenso wie der nationale nicht vorrechtlich besteht, bedarf es einer Berücksichtigung der Ausgestaltungen des Schutzes durch den demokratischen Gesetzgeber.

Der Eigentumsschutz, wie menschenrechtlich er auch sein mag, bedarf auch Einschränkungen. Diese begründen sich aus dem Sinn des Eigentumsschutzes selbst.

2.2. Der demokratische Eigentumskompromiss

Demokratische Entscheidungen bedeuten immer Kompromisse. Hierbei wird deutlich, dass eine ernsthafte Debatte über Eigentum den gesamtgesellschaftlichen Verantwortungsaspekt nicht ausgrenzen darf. Damit die Idee des Eigentums nicht im menschenrechtlichen Universalismus schwimmt, muss der Auftrag an die öffentliche Hand, stetigen Ausgleich zu schaffen, daher im Eigentumsschutz repräsentiert bleiben – ein Gedanke, den ich als Eigentumskompromiss bezeichne. Dahinter steht die Einsicht, dass die Freiheit der Person ohne den Schutz des persönlichen Eigentums eine unerfüllte Phrase bleibt. Hinzu tritt aber auch die Einsicht, dass die Freiheit der in einer Gesellschaft zusammenlebenden Individuen auch von der Verteilung des Eigentums abhängt,

16 Rensmann, Völkerrechtlicher Enteignungsschutz, in Eblers/Wolffgang/Schröder, Rechtsfragen Internationaler Investitionen (2009) 25ff.

die ohne Regulierung nicht erreicht werden kann. Dies schließt (entschädigungslose) Enteignungen grundsätzlich nicht aus.

In seinem grundsätzlichem Zugang soll der Gedanke des Eigentumskompromisses anhand des Art 14 des Grundgesetzes (GG) der Bundesrepublik Deutschland verdeutlicht werden. Die Besonderheit der Eigentumsordnung des Grundgesetzes besteht maßgeblich aufgrund der Sozialbindung des Eigentums, nach der der Gebrauch von Eigentum dem Wohle der Allgemeinheit dienen soll. Die Sozialbindung des Eigentums verlangt es dem Gesetzgeber ab, Inhalt und Schranken der individuellen Eigentumsinteressen mit Blick auf das Allgemeinwohl zu definieren. Das GG schützt daher nicht „das Eigentum“ als vorrechtlichen Tatbestand, sondern stellt es dem Gesetzgeber anheim, den Inhalt des Eigentums als Rechtsinstitut stets zeitgemäß neu zu definieren. Die Sozialbindung des Eigentums verleiht Individuen daher keine Rechte gegenüber dem Staat; vielmehr legt sie dem Gesetzgeber die Pflicht auf, proaktiv das Gemeinwohl zu fördern. Durch die Ausübung dieser legislativen Pflicht setzt der Gesetzgeber dem individuellen Eigentum Grenzen. Durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Gesetzgebers bekommt das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum ebenfalls Konturen, die die Sozialpflichtigkeit spiegeln.

Der deutsche Jurist Ernst Wolfgang Böckenförde beschrieb 1972 die zentrale Rolle der Eigentumsordnung in der demokratischen Verfassung zutreffend wie folgt: „[...] jede Gesellschaftsordnung wird entscheidend geprägt durch die in ihr geltende Eigentumsordnung. Die Art der Eigentumsordnung ist ein bestimmender Faktor für die Gestaltung der grundlegenden Lebensvorgänge in einer Gesellschaft; sie gibt die Antwort darauf, durch wen und in welcher Weise die in der Umwelt vorhandenen oder erschließbaren Lebensgüter in Besitz genommen werden, durch wen und auf welche Weise der Einzelne seinen Anteil daran erhält, in welchen Formen und von wem maßgeblich getragen sich die vielfältigen Produktionsvorgänge vollziehen. Die Eigentumsordnung ist, so gesehen, immer eine zentrale Verfassungsfrage, und es gibt kaum eine moderne Verfassung, sei sie westlich-demokratisch oder kommunistisch orientiert, die nicht die Grundzüge der Eigentumsordnung selbst festlegt. Eben dadurch, wie auch durch einige andere Grundrechtsbestimmungen, werden die Verfassungen zum normativen Grundgerüst nicht nur der politisch-staatlichen, sondern auch der gesellschaftlichen Ordnung.“¹⁷ Die Sozialbindung des Eigentums ist jedoch nicht die einzige inhärente Grenze des Eigentums im deutschen Verfassungsrecht. Auch das Sozialstaatsgebot sowie andere Grundrechte setzen dem Eigentum Grenzen. Im Verfassungskompromiss des Eigentums nach dem Grundgesetz spiegelt sich auch das „angespannte“ Verhältnis von Rechtsstaat und Sozialstaat wieder, das sich durch das gesamte Grundgesetz zieht. Während der Rechtsstaat traditionelle liberale Werte und Rechte – wie den Schutz des

17 Böckenförde, Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung, in *Duden/Külz/Ramm*, Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft (1972) 215.

Eigentums – garantiert, ist der Sozialstaat darum bemüht sozioökonomische Ungleichheiten abzubauen und liberalen Eigentumsinteressen auch Grenzen zu setzen.

3. Auswirkungen des Investitionsschutzrechts auf den demokratischen Eigentumskompromiss am Beispiel Australiens

Durch das internationale Investitionsschutzregime werden bindende Entscheidungen für Staaten und Individuen herbeigeführt. Darüber hinaus entfalten Schiedssprüche eine de facto Wirkung über die Streitparteien hinaus. Diese Bindungswirkung ist eine Form der Herrschaftsausübung.¹⁸

Der demokratische Verfassungsstaat ist durch materiale soziale Verfassungskompromisse gekennzeichnet. Diese sind Ergebnisse gesellschaftlicher Konflikte und demokratischer Entscheidungen. Der soziale Verfassungskompromiss ist der soziale Kompromiss um die Grenzen des Eigentums; ein Kompromiss, der sowohl die Sicherung individuellen Eigentums als auch das Gemeinwohl und die individuelle Freiheit anderer in sich trägt. Die historische Wandelbarkeit des Eigentumsbegriffs erklärt sich aus dessen Abhängigkeit von der jeweiligen Staats- und Gesellschaftsverfassung.¹⁹

Innerhalb der Verfassung steht der Möglichkeitsraum der Ausgestaltung des Verfassungskompromisses um das Eigentum quasi fest. Die durchaus variierende inhaltliche Ausgestaltung durch den Gesetzgeber erfolgt stets nach verfassungsrechtlichen Prinzipien. Dass dieser verfassungsrechtlich gesicherte Rahmen durch das internationale Investitionsschutzregime einer Verschiebung unterliegt und damit der Möglichkeitsraum des demokratischen Gesetzgebers eingeschränkt wird, ist die zentrale These, die nunmehr exemplifiziert wird.

3.1. Der australische Eigentumskompromiss

Zum Eigentumsschutz heißt es in der Verfassung Australiens:

“51. The Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

[...]

*(xxxix) The acquisition of property on just terms from any State or person for any purpose in respect of which the Parliament has power to make laws; [...]*²⁰

18 Von Bogdandy/Venzke, Zur Herrschaft internationaler Gerichte: Eine Untersuchung internationaler öffentlicher Gewalt und ihrer demokratischen Rechtfertigung, ZaöRV 70 (2010), 1ff.

19 Cremer, Eigentumsschutz, in Marauhn/Grote, EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Rn 5.

20 Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (UK), section 9; Part V: Powers of Parliament, section 51(xxxix). Zitiert nach Rydon (Australia) in Flanz/Blaustein, Constitutions of the countries of the world, 1991.

Die australische Verfassung verfügt demnach nicht über eine allgemeine Eigentumschutzklausel. Grundsätzlich obliegt es den einzelnen Bundesstaaten, Eigentum zu regulieren.²¹ Das australische Parlament kann jedoch Gesetze erlassen, die Enteignungen unter gerechten Bedingungen („on just terms“) betreffen.

Der Abschnitt bzw. section 51(xxxi) ist ein Unterabschnitt der section 51, der die Legislativrechte des Parlaments behandelt. Section 51(xxxi) stellt sowohl eine Ermächtigung als auch eine verfassungsrechtliche Garantie²² einer gerechten Entschädigung für Aneignungen von Eigentum dar. Im australischen Verfassungsrecht besteht also eine Dichotomie zwischen entschädigungspflichtigen Aneignungen („acquisition“) und nicht entschädigungspflichtigen Regulierungen im öffentlichen Interesse („regulation“).²³ Diese Dichotomie zeichnet sich auch sprachlich dadurch aus, dass bei einem Entzug des Eigentums („mere deprivation of ownership“) noch keine Aneignung („acquisition“) nach section 51(xxxi) vorliegt, die zu einer Schadenersatzpflicht führen würde. Eine Entschädigungspflicht erfordert, dass auch ein identifizierbarer Vorteil auf Seiten des Commonwealth oder einer dritten Person eintritt.²⁴

Die konkrete Ausgestaltung des Enteignungstatbestands ergibt sich aus der Rechtsprechung der Gerichte und insbesondere aus der des australischen High Court. Die Interpretation des High Court im Hinblick auf die Feststellung, was „acquisition“ und „just terms“ bedeutet, hat den maßgeblichen Effekt, dass das Eigentumsrecht hierdurch rückblickend eher eingeschränkt statt erweitert wird, da zunehmend restriktiv interpretiert wird. Dennoch scheiden sich bei der Interpretation der section 51 (xxxii) die Geister. Teilweise wird vertreten, dass der einzig wahre Ansatz zur Interpretation des Artikels der sog. „individual rights approach“²⁵ ist, der vorsieht, dass für jede Enteignung gleich welchen Zwecks eine marktwertbasierte Entschädigung zu zahlen sei, da das individuelle Interesse das kollektive einer im öffentlichen Interesse stehenden Enteignung überwiege.²⁶ Andere wiederum sehen aufgrund des „legislative power approach“²⁷ keine

21 *Waincymer*, Balancing Property Rights and Human Rights in Expropriation, in *Dupuy/Francioni/Petersmann*, Human Rights in International Investment Law and Arbitration (2009) 288.

22 Siehe bspw., *ICM Agriculture Pty Ltd v Commonwealth* (2009) 240 CLR 140, 160 [8] (French CJ, Gummow and Crennan JJ), 212 [185] (Heydon J) (*‘ICM Agriculture’*), mit Bezug auf *Clunies-Ross v The Commonwealth* (1984) 155 CLR 193, 201–202 (Gibbs CJ, Mason, Wilson, Brennan Deane and Dawson JJ).

23 *Evans/Bosland*, Plain Packaging of Cigarettes and Constitutional Property Rights in *Voon et al*, Public Health And Plain Packaging (2012).

24 Im Urteil *Mutual Pools* (1994) 179 CLR 155, 185 von Deane and Gaudron JJ, heißt es “The extinguishment, modification or deprivation of rights in relation to property does not of itself constitute an acquisition of property. For there to be an ‘acquisition of property’, there must be an obtaining of at least some identifiable benefit or advantage relating to the ownership or use of property.” So auch jüngst *ICM Agriculture* (2009) 240 CLR 140, 202 [151] (Hayne, Kiefel and Bell JJ).

25 *Grace Brothers Pty Ltd v Commonwealth* (1946) 72 CLR 269, 290 (Williams J); Nach dem „individual rights approach“, in dessen Fokus die Rechte des Individuums stehen, wird die Bedingung der Eigentumsaneignung sehr weit interpretiert, um für möglichst viele Eingriffe eine Entschädigungspflicht „on just terms“ auszulösen.

26 Diesen Ansatz favorisierend *Stubbs*, The eminent domain in Australia: The ‘individual rights approach’ to s 51 (xxxii) of the Australian Constitution, 2011, 253ff.

27 *Grace Brothers Pty Ltd v Commonwealth* (1946) 72 CLR 269, 301-2 (Dixon J); Nach dem „legislative power approach“, in dessen Fokus die Legislativmacht des Gesetzgebers steht, wird der Eigentumsbegriff möglichst weit

Entschädigungspflicht des Staates, wenn dieser seinen weiten legislativen Spielraum ausübt.²⁸ Diese Interpretationen bilden bis heute eine Kontroverse in der Rechtsprechung des australischen High Court.²⁹

In juristischen Kommentaren nahm das Enteignungsrecht seit dem Zusammenschluss (Federation) Australiens zunächst eine weniger bedeutende Stellung ein und wurde daher eher vernachlässigt. Erst seit Anfang der 1970er Jahre wurde vermehrt in juristischen Aufsätzen zu section 51(xxxi) der Verfassung publiziert und Stellung bezogen. In einem Artikel aus dem Jahr 1973 stellte Roger Hamilton fest, dass „the time has now come to start meeting the challenge of ‚back door‘ acquisition by regulation“.³⁰ Die ausführlichsten Analysen sind in Artikeln von Simon Evans³¹ zu finden, der die „Convention Debates“ während der Begründung der Verfassung analysierte und zu dem Ergebnis kam, dass diese die These des Vorbilds der US-amerikanischen „takings clause“ nicht belegen würde.³² Stattdessen basiere die – vagen Parametern folgende – section 51(xxxi) der Verfassung auf der Feststellung, dass der Funktion des Zusammenspiels von Eigentum und Staat unterschiedliche Visionen zugrunde liegen können.³³

Der australische Eigentumskompromiss zeichnet sich also durch einen engen Schutzbereich aus, der indirekte Enteignungen nicht ohne weiteres umfasst und strenge Anforderungen an den Begriff der Enteignung stellt. Nicht jeder Entzug des Eigentums kommt einer entschädigungspflichtigen Enteignung gleich.

3.2. Philip Morris Asia v. Commonwealth of Australia

3.2.1. Die australische „Plain Packaging“ Gesetzgebung

Australien ist das erste Land weltweit, das gesetzlich vorschreibt, dass Tabakkonzerne auf Produkten, die in Australien hergestellt und/oder verkauft werden, nicht mehr ihre Markenzeichen platzieren dürfen. Erlaubt ist nur noch die Angabe des Markennamens und der Produktbezeichnung auf der Vorderseite der ansonsten schlicht braunen Verpackung. Nicht mehr erlaubt sind Logos, spezifische Designs und Farben, die bisher die Marken kennzeichnete. Es handelt sich also um Einheitsverpackungen für Tabakwaren („plain packaging“). Das Tobacco Plain Packaging (TPP) Gesetz ist seit dem 1.12.2012

ausgelegt, während die Aneignung des Eigentums strengen Kriterien folgen muss, um eine Schadensersatzpflicht auszulösen.

28 Siehe beispielsweise *Evans*, When is an Acquisition of Property Not an Acquisition of Property?: The Search for a Principled Approach to Section 51(xxxi) Public Law Review, 11 (2000) 183ff.

29 *Evans*, Acquisition of Property, 184.

30 *Hamilton*, Some Aspects of the Acquisition Power of the Commonwealth, Federal Law Review 5 (1973) 265.

31 *Evans*, Acquisition of Property, 183ff.; *Evans*, Property and the Drafting of the Australian Constitution, Federal Law Review 29 (2001) 121ff.; ; zur Verfassungsmäßigkeit der TPP Gesetzgebung im Hinblick auf s. 51(xxxi) der Verfassung, siehe *Evans/Bosland*, Plain Packaging.

32 *Evans*, Property, 130.

33 *Evans*, Constitutional Property Rights in Australia: Reconciling Individual Rights and the Common Good in *Campbell/Goldsworthy/Stone*, Protecting rights without a Bill (2006) 201.

bindendes australisches Recht. Es hat eine Reihe von Rechtsstreitigkeiten auf unterschiedlichen rechtlichen Ebenen angestoßen.³⁴

3.2.2. Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia (UNCITRAL Schiedsregeln)

Im investitionsschutzrechtlichen Fall Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia beruft sich der Tabakkonzern Philip Morris auf das BIT zwischen Hongkong und Australien aus dem Jahr 1993.³⁵ Am 21. Dezember 2011 hat die derzeitige Regierung Gillard den „Request for Arbitration“ von Philip Morris beantwortet. Das Schiedsverfahren wird nach den UNCITRAL Schiedsregeln abgehalten. Philip Morris beklagt eine Verletzung des Hongkong/Australien BITs, nach dessen Art 1(e) iv auch geistiges Eigentum (wie Markenzeichen) unter den typisch weit gehaltenen Investitionsbegriff des BIT fällt. Philip Morris Asia ist ausländischer Investor nach Art 1(f) des Hongkong/Australien BIT, da die Gesellschaft nach Hongkonger Recht gegründet wurde.³⁶ Philip Morris' Investitionen in Australien sind von dem BIT gedeckt, da Philip Morris Asia 100 % der Anteile an Philip Morris (Australia) Limited hält.

Im Fokus der Auseinandersetzung steht u.a. die Frage, ob die durch das TPP vorgeschriebenen Maßnahmen eine Enteignung darstellen, die einer Entschädigung aufgrund des Abkommens bedürfen würden. Art 6(1) des BIT, der eine klassische Formulierung des Enteignungsschutzes in Investitionsschutzabkommen darstellt, sieht vor, dass „Investors of either Contracting Party shall not be deprived of their investments nor subjected to measures having effect equivalent to such deprivation in the area of the other Contracting Party except under due process of law, for a public purpose related to the internal needs of that Party, on a non-discriminatory basis, and against compensation.“ Aufgrund dieser Bestimmung versucht Philip Morris zu argumentieren, dass die TPP-Gesetzgebung eine Teilenteignung darstellt oder einer indirekten Enteignung gleichkommt, also eine Maßnahme darstellt, die denselben Effekt wie eine Enteignung hat. Der Frage, ob der Tatbestand der indirekten Enteignung erfüllt ist, nähern sich die Investitionsschiedsgerichte auf unterschiedlichste Weise. Somit ist es schwierig vorauszusagen, ob ein Schiedsgericht die TPP-Gesetzgebung einer (indirekten) Enteignung gleichstellen würde, möglich erscheint es aber durchaus.

Sollte das Schiedsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass Australien aufgrund des BITs schadensersatzpflichtig ist, ist der Schiedsspruch nach den UNCITRAL Regeln „final and binding on the parties“. Alle Parteien der New York Konvention, einschließlich

34 Neben verfassungsrechtlichen und investitionsschutzrechtlichen Streitigkeiten bestehen auch WTO-rechtliche Streitigkeiten.

35 Das BIT ist abrufbar unter <http://www.legislation.gov.hk/IPPAustraliae.PDF> (28.08.2013).

36 Die Gründung einer Gesellschaft nach dem Recht von Hongkong erfolgte aus strategischen Gründen nach der Entscheidung des Konzerns eine Investor-Staat Schiedsklage einzureichen.

Australien und Hongkong, müssten den Schiedsspruch als bindend anerkennen und durchsetzen.³⁷

3.3. British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. Commonwealth of Australia and JT International SA v. Commonwealth of Australia (High Court of Australia, [2012] HCA 30, Urteil vom 15. August 2012)

Neben den investitionsschutzrechtlichen Streitigkeiten haben eine Reihe größerer Tabakfirmen Klagen vor australischen Gerichten eingereicht, um die Verfassungsmäßigkeit der TPP-Gesetzgebung überprüfen zu lassen. Diese nationalen Klagen ermöglichen einen Vergleich hinsichtlich des materiell-rechtlichen Schutzes.

Im Streitfall British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. The Commonwealth of Australia und dem Verfahren JT International SA v. Commonwealth of Australia hat der High Court of Australia am 15. August 2012 geurteilt, dass „at least the majority of the Court is of the opinion that the Act is not contrary to s. 51(xxxi).“³⁸ Aus den Gründen des am 5. Oktober 2012 veröffentlichten Urteils des High Courts geht hervor, dass die Mehrheit der Richter im TPP-Gesetz keine Enteignung im Sinne der section 51(xxxi) der Verfassung erkennt. Demnach müsse eine Enteignung eine Vorteilaneignung beinhalten, die das Gericht nicht feststellen konnte. Obwohl das Gesetz die geistigen Eigentumsrechte der Kläger im Hinblick auf die Verpackung reguliere, beinhalte das Gesetz keine Verschiebung eines eigentumsrechtlichen Vorteils hin zum Staat oder einer Privatperson. Daher resümiert das Gericht, dass weder das Commonwealth Australien noch eine andere Person Eigentum durch die Gesetzgebung enteignet habe.³⁹ Zum einen war streitentscheidend, ob ein Markenzeichen ein positives Eigentumsrecht beinhaltet, nicht nur andere von der Nutzung der Marke auszuschließen, sondern diese auch positiv zu nutzen. Zum anderen stellte sich die Frage, ob sich die Regierung dieses Eigentumsrecht durch die Vorgabe einer Einheitsverpackung auch angeeignet hat, also ob der maßgebliche „corresponding benefit“ gegeben ist. Im Hinblick auf eine Verletzung von section 51(xxxi) wurde in jüngerem Case Law immer ein Vorteil seitens des Staates aufgrund der Aneignung gefordert,⁴⁰ der im vorliegenden Fall nach australischem Verfassungsrecht nicht vorlag.

37 New York Konvention, Art III.

38 <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/judgment-summaries/2012/hca30-2012-08-15.pdf> (28.08.2013).

39 Rn 40-41 des Urteils, <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/judgment-summaries/2012/hca30-2012-08-15.pdf> (28.08.2013).

40 Siehe Fn 22.

3.4. Gesundheit geht vor? Oder: Paradigmenwechsel in der australischen Investitionsschutz-Politik

Bereits im Frühjahr 2011 gab die australische Regierung bekannt, dass sie zukünftig keine Investor-Staat-Schiedsklauseln in Investitionsschutzabkommen aufnehmen bzw. verhandeln werde. Diese Entscheidung basierte auf Empfehlungen der „Productivity Commission“ aus dem Jahr 2010, die feststellte: „[W]hile a range of potential benefits have been posited to accrue from ISDS provisions, there is little evidence that such provisions are necessary to address potential problems faced by investors or that they generate significant benefits in practice. ... ISDS provisions can further restrict a government’s ability to undertake welfare-enhancing reforms at a later date, a problem known as ‘regulatory chill’.“⁴¹

Während der Verfassungskompromiss des Eigentums in Australien regulierungsfreundliche Konturen hat, die höchstrichterlich bestätigt wurden, könnte das Verfahren von Philip Morris gegen Australien nach den UNCITRAL Schiedsregeln den Verfassungskompromiss zu Gunsten eines hohen Eigentumsschutzes verformen.

4. Fazit

Der Schutz vor Enteignungen und Verstaatlichungen ist das Kernelement des Investitionsschutzrechts. Von den BefürworterInnen dieses Rechtsfelds wird der Ausbau des völkerrechtlichen Eigentumsschutzes durch Investitionsschutzabkommen als fortschrittlich propagiert. Eigentum unterliegt aber einer historischen und gesellschaftlichen Bedingtheit. Über internationale Investitionsschutzabkommen wird zugunsten ausländischer Unternehmen eine Völkerrechtslage geschaffen, die insbesondere hinsichtlich der Entschädigungsrechte über die Gewährleistungen nationaler Verfassungen hinausgehen.⁴² Während man unproblematisch anerkennen kann, dass Eigentum ein Menschenrecht darstellt, versperrt die These, dass der Investitionsschutz Teil des Menschenrechtsschutzes ist, den Blick auf die Notwendigkeit der Regulierung des Eigentums durch den demokratischen Gesetzgeber. Wird dem Investitionsschutzrecht das positive Attribut des Menschenrechtsschutzes zugeschrieben, so wird verdeckt, dass internationales Investitionsschutzrecht und demokratische Eigentumsregulierung in Konflikt geraten können.

41 *Productivity Commission*, Research Report: Bilateral and Regional Trade Agreements (November 2010) 271; Vgl. *Nottage*, The Rise and Possible Fall of Investor-State Arbitration in Asia: A Skeptic’s View of Australia’s “Gillard Government Trade Policy Statement”, Sydney Law School Research Paper No. 11/32 (2011) 3–8: <http://ssrn.com/abstract=1860505> (28.08.2013); *Kurtz*, The Australian Trade Policy Statement on Investor – State Dispute Settlement, ASIL Insights (2 August 2011), <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight110802.pdf> (28.08.2013).

42 *Rittstieg*, Art 14, Rn 44, in: Alternativkommentar. Kommentar zum Grundgesetz in *Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein*, 3. Aufl., 2001. Ein weiteres anschauliches Beispiel für die Unterminierung des Eigentumskompromisses bietet sich in den Analysen der Vattenfall-Streitfälle. Siehe hierzu *Krajewski* in diesem Heft.

Die Freiheit des Eigentums und seine Anwendung bilden eine der Grundlagen der Gesellschaft. Das Eigentum findet jedoch in der Freiheit anderer Menschen seine Schranke. Andernfalls garantieren wir zwar einigen Freiheit, entziehen anderen jedoch die Lebensgrundlage. Während demokratische Eigentumskompromisse diesen Umstand berücksichtigen, bedient sich das internationale Investitionsschutzrecht eines absoluten Schutzes des Eigentums, der partikularen Interessen dient. Dieser absolute Eigentumsschutz kann kein Menschenrechtsschutz sein.

Ref. iur. Rhea Tamara Hoffmann, Rechtsreferendarin am Landgericht Frankfurt am Main; Doktorandin, Nachwuchsgruppe „Wandel des transnationalen Wirtschafts- und Arbeitsrechts“, Exzellenzcluster „Herausbildung normativer Ordnungen“, Universität Frankfurt am Main; rhea.hoffmann@gmail.com

Interpreting Fair and Equitable Treatment in International Investment Law

Nathalie Bernasconi-Osterwalder / Yalan Liu

1. Introduction

Most investment treaties incorporate some language requiring states to accord “fair and equitable treatment” (FET) to foreign investors and their investments or to guarantee a “minimum standard of treatment” (MST). The language appears almost colloquial, and any state will readily sign on to it to confirm that, of course, it treats foreign investors fairly and equitably. That these words may have serious legal implications, however, was rarely well understood in the past, and continues to be misunderstood and underestimated today.

In reality, investors have used the FET provision as a kind of “catch-all” guarantee to challenge a wide range of government measures, including laws and regulations adopted in the public interest. The FET standard has become the most popular legal ground relied upon by foreign investors for asserting treaty violation in investor-state arbitration. These challenges have had a considerable rate of success for investors, especially compared to other types of investor guarantees, such as the right to compensation in case of expropriation or non-discrimination. At the same time, the legal meaning and scope of FET has become one of the most divisive issues in international investment arbitration, resulting in at least three different – and partly conflicting and irreconcilable – streams of jurisprudence. This is due to the fact that the way the standard is typically drafted remains largely unclear, providing little guidance to tribunals. In addition, investment tribunals have often not shied away from expanding the scope and meaning of the terms to their liking.

Historically, the FET standard first appeared in Art 11 (2) of the 1948 Havana Charter and Art 23 of the 1948 Economic Agreement of Bogotá. Several U.S. Friendship Commerce and Navigation (FCN) treaties concluded in the 1950s and 1960s embody the FET standard. Today, the standard is included in most of the close to 3,000 bilateral and regional investment agreements, as well as the Energy Charter Treaty.

If states were aware that this standard was subject to review by arbitration tribunals under the treaties, it is very unlikely that they knew it would be interpreted by private tribunals as an autonomous standard different from that of the customary international

law standard from which the language is derived. Nor was it anticipated that it would allow tribunals composed of three private individuals (and sometimes even just one) to examine every type of government measure and action as to their “fairness”.

Today, the three arbitrators sitting in investment treaty cases have the power to review not only manifestly arbitrary and discriminatory measures taken in bad faith, but also all laws and regulations, including public welfare measures, adopted in transparent democratic processes and in accordance with national constitutions. Due to the interaction of international arbitration rules with national laws on arbitration that were not designed for investor-state arbitrations but are still applied to them, the tribunal decisions are final and enforceable and cannot be reviewed for legal or factual correctness. This shift in power from the state to private tribunals is unprecedented. The shift, however, has not been designed by the states but by the tribunals themselves. As this article will demonstrate, states have repeatedly tried to reign in this evolution, attempting to make clear that they understand the FET standard as the minimum standard of treatment under customary international law that is built on state practice and a general sense of obligation by states. These attempts have not stopped several investment tribunals from continuing to develop their own autonomous standard based only on what they consider “fair and equitable” for the investor. The policy implications of this shift of power are significant and have a direct effect on domestic law and policy-making. States need to reassess this situation – which was in large part created “by accident” – and should take steps to clearly draw the line between legitimate actions of the state as the guarantor of the public interest on the one hand and specific unacceptable state conduct, such as fundamental breach of due process, manifest arbitrariness, targeted discrimination, abusive treatment, or the like, on the other.

2. The FET Standard According to Investment Tribunals

In 2012 the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) crystallized five categories of requirements that tribunals have found to be included in the FET standard, including prohibitions on manifest arbitrariness, denial of justice, targeted discrimination, and abusive treatment of investors, such as harassment and coercion.¹ In addition to these requirements, tribunals have found that the FET standard required governments to protect the legitimate expectations of investors. This approach is based on the idea that governments must provide a predictable and stable investment environment and that the circumstances that brought the investor to invest should be maintained.² For example, in *Tecmed v. Mexico* (2003) the claimant alleged that the decision

1 UNCTAD, Fair and Equitable Treatment. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (2012) 62.

2 *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, para 274; *Tecnicas*

by the Mexican environmental agency to deny renewal of the operation permit – and subsequently order the closure of its hazardous waste landfill – violated the FET provision under the Spain–Mexico BIT. The tribunal held that the FET standard required “treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment.”³ It also found that the standard required the host state to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently. Unsurprisingly, in applying this test, the tribunal ruled Mexico breached the FET standard, which is a standard difficult for many states to fulfill.

The requirements relating to the protection of legitimate expectations are the most controversial and pose the biggest challenges for host states, especially because according to some tribunals expectations can be created through the general regulatory framework or specific assurances or actions by all levels of government, whether competent or not.⁴ These types of wide interpretation of the FET standard have led some governments and critics to fear that the FET clause could have a stabilization effect that would essentially lock in the legal framework to the time the investor decides to invest, independent of whether the government acts in good faith and in pursuit of a legitimate regulatory goal, as indicated, for instance, in *Enron v. Argentina*.⁵ This would ultimately lead to the blocking of any legal and policy reform, which would be particularly troublesome in developing states, which often have substantial “catching up” to do in terms of creating a modern regulatory framework in areas such as mining and agriculture.

Admittedly, some tribunals have also reigned in the scope of legitimate expectations, recognizing that, while investors may generally expect a stable and predictable regulatory regime, regulatory change is to be expected over time and that this consideration should inform the notion of what constitutes a legitimate expectation of investors.⁶ Others held that legitimate expectations must take into account the level of development of the host state, or that an investor’s behaviour may be relevant to determining the investor’s legitimate expectations.⁷

Medioambientales Tecmed, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para 154; *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, 1 July 2004, para 190.

3 *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, para 154.

4 *Schreuer/Kriebaum*, At What Time Must Legitimate Expectations Exist?, http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/97_atwhattime.pdf (13.09.2013); see also: *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para 265; *BG Group Plc v Republic of Argentina*, UNCITRAL Rules, Final Award, 24 December 2007, para 307; *Sempra Energy International v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, paras 148, 158; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para 133; *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic*, paras 275–281.

5 *Enron v. Argentina*, Award, 22 May 2007, paras 264–268; Decision on the Application for Annulment of Argentina, 30 July 2010, paras 298–316.

6 Eg, *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, paras 304–308.

7 For an overview, see: *Commonwealth Secretariat*, Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Countries (2012)139–152.

3. The Fair and Equitable Treatment Standard in Treaties, Their Interpretation and State Reaction

While some treaties do not include any FET standard at all,⁸ the vast majority of investment treaties do. The drafting of the standard can vary but can be categorized into four broad drafting approaches. Different drafting approaches include: 1) FET without any reference to international law or any further criteria, simply requiring that host states provide fair and equitable treatment; 2) FET linked to international law; 3) FET linked to the minimum standard of treatment (MST) of aliens under customary international law; and 4) FET with additional substantive content, in the form of either an exhaustive or exemplary list of requirements falling under the FET standard. Within these four approaches, drafting is often identical or at least very similar. Whether states intended different approaches and whether they had different standards in mind are questionable. Today, however, different approaches will likely be understood to mean different things. States need to anticipate that a non-qualified clause negotiated today will likely be interpreted more broadly than some of the other versions of the FET provision, although the lines are becoming less and less clear.

An unqualified FET standard is the approach most often seen – this is particularly true for the older treaties, ie, those treaties that were signed before tribunals began to interpret the standard in the early to mid-2000s. A typical example would read as follows: “Each Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment of investments made by investors of the other Party.” This language makes the standard potentially very open-ended, giving little or no guidance to tribunals on how it should be interpreted and just as little guidance to countries as to what the standard implies in terms of obligations. Other treaties link FET to international law: “Investments or returns of investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party shall be accorded fair and equitable treatment in accordance with international law and provisions of this Agreement.” The 1992 NAFTA language similarly requires “treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.” The reference to international law provides some additional guidance, suggesting that the provision is to be interpreted by reference to international law, including customary law, but the case law resulting from this formulation does not make the standard any clearer or more predictable. Both of these approaches therefore leave much room for interpretation through tribunals, with the result that several tribunals have come to far-reaching and expansive interpretations of FET requirements.

8 A number of treaties, particularly those signed by Singapore and Turkey, do not contain the FET standard, eg, the India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement (2005), the New Zealand-Singapore free trade agreement (FTA) (2001), the Turkey-China bilateral investment treaty (BIT) (1994), the Turkey-Indonesia BIT (1998), the Albania-Croatia BIT (1993), the Croatia-Ukraine BIT (1997), and the Chile-Malaysia BIT (1995).

Increasingly therefore – and primarily in response to broad interpretations of the FET standard through arbitral tribunals – states began to try to reign in the scope of FET, first by clarifying that the FET standard goes no further than what is required by customary international law, then by listing out the specific situations that amount to a breach of the FET standard. These developments go back to early experience with NAFTA. In *Metalclad v. Mexico* (2000), the tribunal found that a Mexican municipality's denial of a permit for the construction of a hazardous waste landfill by an investor from the U.S. violated the minimum standard of treatment because it violated NAFTA's transparency provisions.⁹ Likewise, in *S.D. Myers v. Canada* (2000), the tribunal found that because Canada's ban on the export of polychlorinated biphenyls (PCBs) violated Chapter 11's national treatment provision, this also established a breach of the minimum standard of treatment as well.¹⁰

In reaction to the expansive interpretations in these early cases under NAFTA's Chapter 11 and out of fear that the FET concept could be used in case of a violation of any other obligation within or outside NAFTA (for example the WTO) the three NAFTA parties (the United States, Canada, and Mexico) issued a binding interpretation through the NAFTA Free Trade Commission, stating that “the concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.”¹¹ They also noted that “[a] determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105.”¹² This interpretation has had a significant impact beyond NAFTA itself. Not only has it had a binding effect on the arbitral tribunals in the subsequent NAFTA cases, but it has also affected the drafting of the FET provision in investment treaties in North America and beyond.

4. Tying the Fair and Equitable Treatment Standard to Customary International Law

The understanding elaborated by the NAFTA Free Trade Commission has now been included in U.S. and Canadian model BITs and investment treaties. Art 5 of the U.S. Model BIT of 2012 reads:¹³

9 *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No ARB(AF)/97/1 (NAFTA), Award, 30 August 2000, paras 70–101.

10 *S.D. Myers Inc. v. Canada*, UNCITRAL Rules (NAFTA), First Partial Award, 13 November 2000, para 266.

11 The NAFTA Free Trade Commission Note of Interpretation of 31 July 2001, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx> (13.09.2013).

12 The NAFTA Free Trade Commission Note of Interpretation.

13 The 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf> (13.09.2013).

Article 5: Minimum Standard of Treatment [footnote 9]

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.

...

[Footnote 9]: Article 5 [Minimum Standard of Treatment] shall be interpreted in accordance with Annex A.

*Annex A**Customary International Law*

The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 5 [Minimum Standard of Treatment] and Annex B [Expropriation] results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 5 [Minimum Standard of Treatment], the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.

In recent years, again as a reaction to the expansive interpretations of investment tribunals, many countries have followed suit and adopted similar language in their bilateral and regional instruments,¹⁴ explicitly expressing their understanding that FET is linked or equated to customary international law minimum standard of treatment of aliens in order to make clear that the standard is not without limits but is defined and confined by customary international law and requires that the standard is based on state behaviour arising out of a sense of legal obligation. States appeared to be of the view that anchoring the FET standard in customary international law would shield them from attacks to *bona fide* legislation and government action, and that only intolerable, shocking and egregious state behaviour should amount to a breach of international law. The goal of this approach is to ensure that FET is not interpreted as an autonomous treaty standard that could lead to overly expansive interpretations. While customary international law standards must be objectively manifested through state behaviour

14 Eg, the Japan-Philippines FTA (2006); the China-Peru FTA (2009); the China-Colombia BIT (2008), the China-Mexico BIT (2008); the Agreement Establishing the ASEAN-Australia-New Zealand FTA (2009); the Malaysia-New Zealand FTA (2009); the India-Republic of Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement (2009); the Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (2007).

arising out of a sense of legal obligation (also referred to as *opinio juris*), a “mere” treaty standard does not. An independent treaty standard is therefore potentially much more open-ended and unpredictable, as it would be up to the tribunal to determine what is fair and what is equitable.

However, tribunals again have come to contradictory opinions on the scope and meaning of the minimum standard under customary international law, in some instances ignoring the examination of state practice and *opinio juris* altogether.¹⁵ The lack of both clarity and predictability, combined with the problem of overly expansive interpretations, still remains unresolved. The cases also show the repeated attempts of tribunals to exercise their authority and discretion, even if it means contradicting the understanding of the treaty parties, as will be seen further below in the discussion of *Railroad Development Corporation v. Guatemala*.

5. Reigning in and Clarifying the Scope of FET – An exercise in futility?

When the FET provision is formulated without any additional reference or simply refers to international law or international law principles, tribunals have mostly not tried to ascertain the standard’s status as a customary international law standard, though some have found that the standard is not different from the minimum standard of treatment in customary international law.¹⁶ Several tribunals have examined FET-minimum standard of treatment standard provisions that were linked to customary international law. These tribunals consistently accepted that customary international law is evolutionary in nature. However, the views differ as to the status of customary international law today. Several arbitration tribunals have dealt with this question. In particular, tribunals have looked at whether the standard laid out in a 1926 dispute between the United States and Mexico, referred to as the *Neer* case, was still the customary international law standard applicable today.¹⁷ That case looked at whether Mexico had failed to take adequate steps to investigate and prosecute the assassination of an American citizen, which amounted to a denial of justice.¹⁸ The General Claims Commission in that case had found that customary international law prohibits egregious or outrageous behaviour by a state towards a foreign citizen:

15 Eg, *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, paras 89–99.

16 Eg, *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, para 284; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008, para 592.

17 Eg, *Mondev International Ltd v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2 (NAFTA), Award, 11 October 2002, paras 114–119; *ADF Group Inc v. United States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, paras 179–181; *Glamis Gold v. United States*, UNCITRAL Rules (NAFTA), Award, 8 June 2009, paras 600–627; *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, UNCITRAL Rules (NAFTA), Award, 31 March 2010, paras 182–210.

18 *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, Opinion, United States-Mexico General Claims Commission, 15 October 1926 (1927), *American Journal of International Law* 555.

“[T]he treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.”¹⁹

In *Glamis Gold v. United States* (2009), in which a Canadian mining company challenged California’s new generally applied mining laws, the tribunal held, notwithstanding the evolution of customary international law, that the level of scrutiny of the *Neer* standard still applied, ie, it concluded that to violate the FET standard, an act must be sufficiently egregious or shocking. Thus, while accepting the evolutionary nature of customary international law, the tribunal held that the investor had not succeeded in proving that the standard had evolved beyond the standard set out in *Neer*. Earlier tribunals in *Thunderbird v. Mexico* (2006) and *Cargill v. Mexico* (2009) had also endorsed the application of the high threshold of the *Neer* standard.

However, while there is broad agreement on the evolutionary nature of customary international law, tribunals have differed as to what is needed to prove an evolution in customary law. In particular, the question has arisen as to whether previous investment treaties and arbitral tribunal decisions create or prove customary international law. Some tribunals have claimed that the practice of states to sign treaties with FET provisions was evidence of an evolving standard.²⁰ Tribunals have also referred to previous decisions to define the meaning of the minimum standard of treatment and fair and equitable treatment.²¹ By contrast, the *Glamis Gold* tribunal found that arbitral awards could not create or prove customary international law, and that the burden was on the claimant to establish the relevant standard of protection under customary international law based on state practice and *opinio juris*.²² But a more recent decision went in the opposite direction. Giving much more weight to previous arbitral decisions as opposed to the *Glamis Gold* tribunal, the *Railroad Development Corporation (RDC) v. Guatemala* (2012) tribunal, in deciding the content of the FET minimum standard of treatment provision in the United States–Dominican Republic–Central America Free Trade Agreement (CAFTA), merely adopted the test applied in the 2004 *Waste Management II award* and noted that earlier arbitral awards were “efficient” to define customary international law.²³ The dispute between RDC, a U.S. investor, and the Guatemalan government arose over RDC’s operation of Guatemala’s railway system. RDC had won a concession and concluded several key contracts with the governmental railway agency to operate the country’s privatized railways. After 10 years of slow progress, the Gua-

19 *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*.

20 Eg, *Mondev International Ltd v. United States*, paras 117, 125.

21 Eg, *Waste Management v. Mexico*, para 98.

22 *Glamis Gold v. United States*, para 605.

23 *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23 (CAFTA), Award, 29 June 2012, para 217.

temalan government initiated an administrative process for several reasons to declare the contracts to be *lesivo* (or injurious to the interests of the state). The tribunal had to examine if this government action amounted to a violation of CAFTA's provision on the minimum standard of treatment and fair and equitable treatment. In order to ensure that the tribunal would not adopt an overly expansive interpretation of the treaty, the non-disputing CAFTA parties (the negotiators of CAFTA) submitted their understanding of CAFTA's minimum standard of treatment. The United States explained that the minimum standard in customary international law whose content should be ascertained by state practice and *opinio juris* of states rather than by "interpretations of similar but differently worked treaty provisions."²⁴ The U.S. argued that the burden was on the claimant to establish the existence and applicability of a relevant obligation under customary international law that meets state practice and *opinio juris*. El Salvador agreed with the U.S. on state practice and *opinio juris*, noting that international awards were relevant to the determination of the appropriate interpretation under CAFTA, but only if and to the extent they actually examined state practice resulting from a sense of legal obligation. It considered that the interpretation and reasoning of the *Glamis Gold case* correctly reflected the interpretation of the requirement to provide FET as part of the minimum standard of treatment under customary international law (CIL).²⁵ According to El Salvador, the minimum standard of treatment articulated in the *Neer* standard had not changed significantly over time. Honduras also agreed in substance with the U.S. and El Salvador. The tribunal, however, largely ignored the views of the treaty parties and drafters of CAFTA. It noted that the *Neer* standard was not an expression of customary international law because the alleged reflection of customary international law was not based on state practice and *opinio juris* but on the opinions of commentators.²⁶ It therefore did not examine whether the high threshold of the *Neer* standard still applied. In respect of the relevance of case law for establishing customary international law, the tribunal noted:

"arbitral awards do not constitute State practice, but it is also true that parties in international proceedings use them in their pleadings in support of their arguments of what the law is on a specific issue... It is an efficient manner for a party in a judicial process to show what it believes to be the law."²⁷

Without looking at the issue of who needed to prove the status of customary international law, the tribunal simply concluded that an earlier NAFTA tribunal, *Waste Management II v. Mexico*, persuasively integrated the accumulated analysis of prior NAFTA tribunals and reflected a balanced description of the minimum standard of

24 *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, para 207.

25 *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, para 209.

26 *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, para 216.

27 *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, para 217.

treatment. The tribunal therefore adopted the *Waste Management II* articulation of the minimum standard for the purposes of this case.²⁸

Relying on the previous NAFTA case, the RDC tribunal, without establishing state practice, ruled against Guatemala and found a violation of the FET minimum standard of treatment. This was largely in line with a 2010 NAFTA decision in *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada* (2010). In determining the content of FET minimum standard of treatment, the tribunal also refused to rely on the *Neer* standard on the grounds that it was not established in the context of business, trade or investment and was not supported by the evolved state practice and *opinio juris*. This tribunal went even further, holding that the FET standard has itself become an independent principle anchored in customary international law. It held that “fair and equitable treatment has become a part of customary law”²⁹ because “a requirement that aliens be treated fairly and equitably in relation to business, trade and investment ... has become sufficiently part of widespread and consistent practice so as to demonstrate that it is reflected today in customary international law as *opinio juris*.”³⁰ The tribunal did little, however, to explain the content of FET, noting that it entailed “a sense of fairness, equity and reasonableness.”³¹

6. Concluding Remarks

Investment treaties and investment chapters in free trade agreements typically couple investor guarantees and protection with the right of investors to enforce those guarantees through investor-state arbitration. The guarantees include the right to be compensated in case of expropriation, the right to be treated no less favourably than other investors (foreign and domestic) and the right to repatriate profits. There is also routinely a provision on minimum standard of treatment and fair and equitable treatment. This guarantee has been problematic for states, due to the way tribunals have interpreted the standard more broadly than state parties expected and in an unpredictable manner. Originally, this standard was clearly meant to provide a bottom floor to shield foreign investors from unacceptable treatment. However, now the standard, pursuant to some tribunals, has become much more. In particular, it has been used to protect so-called “legitimate expectations” of investors. Again and again states are

28 *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, para 219. For a discussion on the case, see Porterfield, A Distinction Without Difference? The interpretation of fair and equitable treatment under customary international law by investment tribunals, Investment Treaty News, March 22, 2013, <http://www.iisd.org/itn/2013/03/22/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals> (13.09.2013).

29 *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, para 211.

30 *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, para 210.

31 *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, para 210.

trying to reign in the tribunals' attempts to transform what was originally a baseline standard anchored in customary international law into a self-standing investment protection standard. However, time and time again, arbitral tribunals are creating their own law. When the NAFTA parties explained that the minimum standard FET provision went no further than customary international law, some tribunals conveniently ignored this, saying that customary international law was evolutionary and in the absence of a clear understanding of what constituted customary international law, the body of investment decisions could provide a basis for determining the contours of the FET standard. In short, instead of looking at state practice and *opinio juris*, the arbitrators decided instead to look at what their peers had held in other investment cases. If states were looking to find a safe haven in customary international law, they were mistaken.

That is why some states are adopting yet a new approach, which so far has not been tested in case law. The countries of the Southern African Development Community, for instance, suggest as an alternative to the FET standard a provision on "fair administrative treatment," an approach that is more process than substance oriented.³² The draft comprehensive economic and trade agreement (CETA) includes a provision to accord FET to investors and investments.³³ Here, the parties agreed on a closed list of situations that amount to a breach of FET (denial of justice, fundamental breach of due process, manifest arbitrariness, targeted discrimination, and abusive treatment). However, the list is not entirely closed as the parties agreed that there could also be a breach of the FET obligation in other situations that amounted to a breach of customary international law (ie, where an obligation is "recognized in the general practice of States accepted as law"). In sum, the parties did two things. On the one hand, they reopened the Pandora's box pursuant to which tribunals can again bring in their "own law," but on the other hand, they made a clear reference to state practice, arguably closing the door for tribunals to only rely on previous case law. Time will tell whether this type of formulation can act as a shield from activist tribunals.

Conscious of the recent developments in investment arbitration, the keynote speaker at the most prestigious arbitration practitioner event, the International Council for Commercial Arbitration (ICCA) Congress in 2012, pointed to the shift of power from states to arbitral tribunals, stating that never before had so much autonomy been afforded to arbitrators:

"The broad and open-textured way in which treaty commitments are defined, coupled with the length of time over which they are expected to operate without any supervision

32 SADC Model Bilateral Investment Treaty Template, Art 5, option 2, <http://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf> (13.09.2013).

33 See more information about the Canada–EU Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) at <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/can-eu.aspx> (13.09.2013).

or control by electoral mechanisms, mean that the discretion vested in private arbitrators to interpret these rules is likely to have a considerable impact on States.”³⁴

The FET standard lies at the heart of this debate over the shift in power from states to tribunals. States have in large part been unsuccessful in reigning in arbitrators’ activism, thereby making themselves liable to requirements which were never meant to be subject to arbitration. It is possible – though not certain – that states could better adjust the standard in their future treaties. In order to give direction to the tribunals that will decide the cases brought under the existing 3,000 treaties, interpretative statements and amendments, or even treaty termination, will be required.

Nathalie Bernasconi-Osterwalder, lic.iur, LL.M Georgetown University Law Center, admitted to the Bar of Basel, Program Leader and Senior International Lawyer, Investment and Sustainable Development Program, International Institute for Sustainable Development (IISD); nbernasconi@iisd.org

Yalan Liu, admitted as attorney in the People’s Republic of China, LL.M Geneva University, Consultant, Investment and Sustainable Development Program, International Institute for Sustainable Development (IISD); yalan.liu@graduateinstitute.ch

34 ICCA Congress 2012, Opening Plenary Session International Arbitration: “The Coming of a New Age for Asia (and Elsewhere)” by Sundaresh Menon, Attorney-General, Singapore, http://www.arbitration-icca.org/media/0/13398435632250/ags_opening_speech_icca_congress_2012.pdf (13.09.2013).

Politikbekämpfung als Geschäftsmodell

Die Rolle der Rechtsbranche im internationalen Investitionsrecht

Pia Eberhardt

Ein stetig wachsender Schuldenberg, rigide Sparpakete, gewaltsame Proteste – lange beherrschte die Krise in Griechenland politische Debatten und Medienberichte. Auch Rechtskanzleien hatten früh ein Auge auf Athen geworfen. Allerdings ging es ihnen nicht darum, die Menschen dort vor dem sozialen Kahlschlag zu bewahren. Vielmehr ermunterten sie Investoren¹, Griechenland auf Basis internationaler Investitionsschutzabkommen zu verklagen.

So erklärte die deutsche Kanzlei *Luther* ihren Kunden im Sommer 2011, dass solche Abkommen eine Möglichkeit böten, gegen Griechenland und andere „zahlungsunwillige Staaten vorzugehen“.² Als Modell dient Argentinien. Wegen seiner Schuldenbekämpfungspolitik Anfang des Jahrtausends wurde das Land mehrfach von ausländischen Investoren verklagt. Mehrere Schiedsgerichte sahen in den Notstandsgesetzen Argentiniens eine Verletzung seiner Investitionsabkommen und sprachen den Klägern bis Ende 2008 knapp eine Milliarde Euro an Schadenersatz zu.³ Laut *Luther* könnte es „angesichts des unsaubereren griechischen Finanzgebarens der letzten Jahre“ ähnliche Schiedssprüche gegen Griechenland geben.⁴ Eine Investor-Klage wurde inzwischen eingeleitet.⁵ Auch im Kontext des Bürgerkriegs in Libyen rührten Kanzleien die Werbetrommel für Investoren-Klagen. So zum Beispiel in der Zeitung *Die Presse*, in der zwei Anwält_innen der US-Kanzlei *Cleary Gottlieb* auf die Möglichkeit der „Entschädigung für Investoren im Kriegsgebiet“ hinwiesen. Denn: „Das Investitionsschutzabkommen zwischen Österreich und Libyen gewährt österreichischen Investoren das Recht auf Entschädigung für Verluste“ – zB Verluste infolge der Beschlagnahme oder Zerstörung einer Investition durch libysche Streitkräfte oder Rebell_innen.⁶

1 Bei Worten wie „Investor“ oder „Kunde“ verwende ich keine geschlechtergerechte Formulierung (zB Investor_innen), da es sich idR nicht um Personen, sondern um Unternehmen handelt.

2 *Happ/Bischoff*, Rechtsschutz bei Staatsbankrott?, www.luther-lawfirm.com/download_newsletter_de/350.pdf, (20.08.2013).

3 *Peterson*, Round-Up: Where things stand with Argentina and its many investment treaty arbitrations, *IAReporter*, http://www.iareporter.com/articles/20090929_15 (20.08.2013).

4 *Happ/Bischoff*, Rechtsschutz.

5 *Poštová banka, a.s. and Istrokapital SE v. Hellenic Republic* (ICSID Case No. ARB/13/8).

6 *Annacker/Maydell*, Libyen. Entschädigung für Investoren im Kriegsgebiet, *Die Presse*, http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/684109/Libyen_Entschaedigung-fuer-Investoren-im-Kriegsgebiet (20.8.2013).

Die Beispiele deuten an, dass die auf internationales Investitionsrecht spezialisierte Rechtsbranche nicht die neutrale Schlichtungsinstanz ist, die sie selbst vorgibt zu sein. Vielmehr ist sie eine der treibenden Kräfte in dem Rechtsfeld, welches ein liberales Weltwirtschaftsregime festschreibt und transnationale Kapitalinteressen absichert bzw durchsetzt. Im Folgenden werde ich das anhand der Rolle von Kanzleien (1.) und der Schiedsrichter_innen, die Investor-Staat-Klagen entscheiden (2.), verdeutlichen, um abschließend einen Blick auf die Politisierung der Rolle der Branche zu werfen (3.).

1. Kanzleien im internationalen Investitionsrecht

Einige wenige global agierende Kanzleien dominieren das Geschäft mit Investor-Staat-Klagen, darunter die Top-3 *Freshfields Bruckhaus Deringer* (Großbritannien), *White & Case* und *King & Spalding* (beide USA).⁷ Ein Insider schätzt, dass 25 von 30 neuen Investor-Staat-Klagen bei den etablierten Kanzleien landen.⁸

Bei Stundenlöhnen von bis zu 1000 US-Dollar vertreten die Anwält_innen mal den Investor, mal den verklagten Staat. Pro Verfahren belaufen sich die Rechtskosten im Durchschnitt auf 8 Millionen Dollar; manchmal liegen sie über 30 Millionen.⁹ Der Löwenanteil, etwa 80%, landet in den Taschen der Kanzleien.¹⁰ Ein profitables Geschäft. Als Teil international orientierter Kapitalfraktionen haben auf Investitionsschiedsgerichtsbarkeit spezialisierte Kanzleien ein Interesse am Erhalt und der Ausweitung des Geschäftsfelds. Weltweit betreiben sie wie im Falle der Krisen in Griechenland und Libyen Akquise, um Investoren zu Klagen zu motivieren. Die Palette politischer Maßnahmen, die sie ins Visier nehmen, ist breit. In einer Broschüre mit dem Titel *Hilfe, ich werde enteignet!* schreiben zwei *Luther*-Anwälte: „Die mögliche Vielfalt schädlichen staatlichen Handels ist praktisch unbegrenzt“. Der Staat könne beispielsweise neue Steuern einführen, die die Fortführung eines Geschäfts wirtschaftlich sinnlos machen, Umweltgesetze erlassen, durch die bisher gefertigte Produkte verboten werden, oder staatlich regulierte Tarife senken, etwa im Strom-, Gas- oder Telekommunikationssektor, und damit die Finanzierung eines Projekts zerstören.¹¹

Auch zur Androhung von Klagen werden Unternehmen von Kanzleien ermuntert. Denn unter dem „Schatten“ eines drohenden Investitionsschiedsverfahrens lasse sich laut *Luther* eine Einigung mit einer ausländischen Behörde durchaus leichter erreichen.¹²

7 *Corporate Europe Observatory/Transnational Institute*, Profiting from Injustice (2012) 20ff.

8 *Markert*, Investitionsrecht aus der anwaltlichen Praxis, Vortrag am International Investment Law Centre Köln (18.05.2012).

9 OECD, Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May – 23 July (2012) 19.

10 *Scherer*, Arbitral Institutions under Scrutiny, <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/10/05/arbitral-institutions-under-scrutiny/> (20.08.2013).

11 *Germany Trade and Invest – Gesellschaft für Außenwirtschaft und Standortmarketing mbH*, „Hilfe, ich werde enteignet!“. Abkommen schützen Auslandsinvestitionen (2011) 5.

12 *Germany Trade and Invest*, Hilfe 13.

Tatsächlich kann die Ankündigung einer Klage genügen, um geplante Gesetze abzuwürgen oder zu verwässern. *Regulatory chill* heißt das im Fachjargon. Fünf Jahre nach Inkrafttreten des Freihandelsabkommens zwischen Mexiko, Kanada und den USA beschrieb ein kanadischer Regierungsbeamter das Phänomen folgendermaßen: „Bei beinahe jeder neuen umweltpolitischen Maßnahme gab es von Kanzleien aus New York und Washington Briefe an die kanadische Regierung. Da ging es um chemische Reinigung, Medikamente, Pestizide, Patentrecht. Nahezu jede neue Initiative wurde ins Visier genommen und die meisten haben nie das Licht der Welt erblickt.“¹³

Anwält_innen sind auch an der Genese, Weiterentwicklung und Legitimierung des internationalen Investitionsrechts beteiligt, zB in wissenschaftlichen Debatten und wenn sie Staaten bei der Aushandlung von Investitionsabkommen beraten. Immer wieder haben sie aktiv gegen Reformen des internationalen Investitionsrechts lobbyiert. Auch in Bezug auf die Schiedsrichter_innen, die Investor-Staat-Klagen entscheiden und durch ihre Interpretationen das Investitionsrecht maßgeblich prägen, spielen sie eine zentrale Rolle: Einerseits haben Kanzleien viel Einfluss auf die Benennung der Schiedsrichter_innen durch die Streitparteien; andererseits agieren Mitarbeiter_innen von Kanzleien zum Teil selbst als Schiedsrichter_innen.

Damit übernehmen Anwält_innen die Funktion von organischen Intellektuellen im Sinne des marxistischen Philosophen *Antonio Gramsci*: Als anerkannte Expert_innen und „permanente Überzeuger“¹⁴ verleihen sie dem politischen Projekt internationaler Investitionsschutz Kohärenz und Legitimation und (re-)produzieren so gesellschaftlichen Konsens. Gleichzeitig organisieren sie über die repressiven Aspekte des Investitionsschutzes Momente der Disziplinierung gegenhegemonialer Kräfte.

2. Macht und Interessenskonflikte der Schiedsrichter_innen

Entschieden werden Investor-Staat-Klagen hinter verschlossenen Türen von meist drei Privatpersonen, ernannt von den Streitparteien. Ihre Macht hat einer von ihnen eindrücklich beschrieben: „Wenn ich nachts aufwache und über Schiedsverfahren nachdenke, bin ich immer wieder überrascht, dass souveräne Staaten sich auf die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit eingelassen haben. Drei Privatpersonen haben die Befugnis, und zwar ohne jegliche Einschränkung und Revisionsverfahren, alle Aktionen einer Regierung, alle Entscheidungen der Gerichte, alle Gesetze und Verordnungen des Parlaments zu überprüfen.“¹⁵ Ihre Schiedssprüche sind bindend.

13 Greider, The Right and US Trade Law. Invalidating the 20th Century, The Nation, <http://www.thenation.com/article/right-and-us-trade-law-invalidating-20th-century> (20.08.2013). Übersetzung durch die Autorin.

14 Antonio Gramsci zitiert nach Heeger, Ideologie und Macht: Eine Analyse von Antonio Gramscis Quaderni (1975) 89.

15 Juan Fernández-Armesto, zitiert nach Perry, Stockholm. Arbitrator and counsel. The double-hat syndrome, Global Arbitration Review, <http://globalarbitrationreview.com/news/article/30399/> (20.08.2013). Übersetzung durch die Autorin.

Gerade einmal 15 Schiedsrichter_innen¹⁶ haben 55 % der bekannten Klagen entschieden.¹⁷ Sie verdienen größtenteils ihren Lebensunterhalt mit dieser Tätigkeit, aber ohne Festgehalt. Stundenlöhne für Schiedsrichter_innen in Investor-Staat-Klagen betragen bis zu 700 US-Dollar.¹⁸ Das weist auf einen handfesten Interessenskonflikt hin, denn mehr Klagen bedeuten für solche kommerziellen Schiedsrichter_innen mehr Einkommen. In einem asymmetrischen Rechtssystem, in dem nur der Investor klagen kann, ist das ein starker Anreiz, das System durch investorenfreundliche Schiedssprüche und Rechtsinterpretationen klägerfreundlich zu halten. Tatsächlich hat eine empirische Untersuchung von 140 Investitionsschutzklagen gezeigt, dass die Schiedsrichter_innen dazu neigen, bestimmte Klauseln breit und damit zugunsten des Investors auszulegen.¹⁹ Doch das ist nicht der einzige Interessenskonflikt, der Fragen bezüglich der Unabhängigkeit und Neutralität der Schiedsrichter_innen aufwirft:²⁰ Einige von ihnen sitzen in Aufsichtsräten, auch von Unternehmen, die Staaten schon auf Basis von Investitionsabkommen verklagt haben. Manche arbeiten für Kanzleien, die auf Investitionsrecht spezialisiert sind und für Klagen gegen Staaten werben. Einige haben sich gegen Reformen des Investitionsrechts ausgesprochen, die mehr Spielraum für staatliche Regulierungen bedeutet hätten. Ein Top-Schiedsrichter hat seine eigene Lobbyfirma, mit der er Konzerne darin berät, wie sie Regulierungen umschiffen oder verhindern können. Dennoch wägen diese Schiedsrichter_innen in Milliardenklagen zwischen privatem Gewinn- und Allgemeininteresse ab.

Ähnlich der Kanzleien nehmen die Schiedsrichter_innen multiple Rollen im internationalen Investitionsrecht ein: Als Teil von Kapitalfraktionen ist das Rechtsfeld ihr Geschäftsfeld, das sie erhalten und erweitern wollen; und als organische Intellektuelle sind sie an seiner Schaffung, Entwicklung und Legitimierung beteiligt. Insbesondere im Wissenschaftskontext haben sie schon früh zur Verbreitung und Akzeptanz der Schiedsgerichtsbarkeit beigetragen.²¹ Prominente Schiedsrichter_innen verfassen einen Großteil der akademischen Publikationen zum internationalen Investitionsrecht und besetzen gemeinsam mit anderen Anwälten im Durchschnitt 74% der Redaktionen bzw. Beiräte der einflussreichsten Fachzeitschriften.²² Durch dieses ideologisch-diskursive Mainstreaming werden nicht nur kritische Analysen des Rechtsfelds erschwert, sondern

16 2 der 15 sind Frauen. Der Frauenanteil unter den Top-Schiedsrichter_innen liegt bei verschwindenden 4%. Siehe dazu *Van Harten*, *The (lack of) women arbitrators in investment treaty arbitration*, <http://www.vcc.columbia.edu/content/lack-women-arbitrators-investment-treaty-arbitration> (20.08.2013).

17 *Corporate Europe Observatory/Transnational Institute*, *Injustice* 38.

18 *LCIA*, *Schedule of Arbitration Costs*, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Costs.aspx (20.08.2013).

19 *Van Harten*, *Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration*, *OHLJ* 2012, 211. Siehe dazu auch den Beitrag von *Bernasconi-Osterwalder/ Yalan Liu* in diesem Heft.

20 Siehe im Folgenden *Corporate Europe Observatory/Transnational Institute*, *Injustice*, Kapitel 4.

21 *Dezalay/Garth*, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (1996) 42.

22 *Corporate Europe Observatory/Transnational Institute*, *Injustice* 65.

auch die Entwicklung von Alternativen. An Universitäten bilden Schiedsrichter_innen zudem die nächste Generation auf Investitionsrecht spezialisierter Jurist_innen aus. Der US-amerikanische Journalist und Autor *William Greider* zeichnete 2001 nach, wie es einigen eng mit der politischen Elite vernetzten Jurist_innen gelang, die Doktrin der indirekten Enteignung im Investitionsschutzkapitel des Freihandelsabkommens zwischen den USA, Mexiko und Kanada zu verankern. Demnach werden Regulierungen mit negativen Folgen für Privatvermögen als Enteignung definiert, für die der Staat Entschädigung zahlen muss – ein weitergehender Eigentumsschutz als ihn die meisten Verfassungen kennen.²³ „Transmissionsriemen“ für diese Idee waren laut *Greider* Washingtoner Anwält_innen, darunter *Daniel Price*, heute einer der Top-15 Schiedsrichter_innen in Investor-Staat-Klagen. *Greider* schreibt über diese Anwält_innen: „Ihre Rolle wird oft unterschätzt [...]. Sie verfolgen langfristige Strategien über viele Jahre [...]. Sie bewegen sich mal innerhalb, mal außerhalb der Regierung und helfen dabei, die offiziellen Texte und Gesetze zu schreiben, die sie im Namen ihrer Firmenkunden anwenden, sobald sie für private Kanzleien arbeiten.“²⁴

Bereits 1996 beschrieben die Rechtssoziologen *Bryant Garth* und *Yves Dezalay* diese Anwält_innen als „zunehmend delokalisierte, globale Promotoren der Schiedsgerichtsbarkeit“, die sich durch eine große Nähe zur Unternehmenswelt auszeichneten und dadurch, dass sie „business common sense“ in die juristischen Normen einarbeiteten, die sie in den jeweiligen Fällen anwandten.²⁵

3. Politisierung der Rolle der Rechtsbranche

Laut *Lauge Poulsson* von der Universität Oxford transformieren global agierende, private Anwält_innen heutzutage mehr als Staatsbeamt_innen die Architektur des internationalen Investitionsregimes.²⁶ An der Schnittstelle von privater Praxis und Staatsapparaten übernehmen sie multiple Funktionen – als Berater_innen, Schiedsrichter_innen bzw. Anwält_innen in Investor-Staat-Verfahren, Lobbyist_innen und als Intellektuelle im akademischen und öffentlichen Diskurs um internationales Investitionsrecht. So produzieren sie verbindliche Regeln und Deutungen, die kapitalistische Expansions- und Aneignungsprozesse gegen bestehende und zukünftige Risiken absichern. Ihr Erfolg als organische Intellektuelle misst sich daran, inwieweit es diesen Anwält_innen gelingt, das private Governance-System internationales Investitionsrecht als im öffentlichen Interesse und allgemeingültig zu legitimieren. Allein, dass sich Länder wie Australien, Südafrika, Ecuador, Bolivien und Venezuela in den letzten Jahren von Teilen

23 Siehe dazu auch die Beiträge von *Krajewski* und *Hoffmann* in diesem Heft.

24 *Greider*, *Right*. Übersetzung durch die Autorin.

25 *Dezalay/Garth*, *Virtue* 195. Übersetzung durch die Autorin.

26 *Poulsson*, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality* (2011) 133.

des Systems abgewandt haben, weist darauf hin, dass sie diese Deutungskämpfe um Hegemonie nicht immer gewinnen.

Zudem ist die auf Investitionsschiedsgerichtsbarkeit spezialisierte Rechtsbranche selbst zunehmend Gegenstand kritischer Analysen und politischer Auseinandersetzungen.²⁷ Insbesondere die offenkundigen Interessenskonflikte und fehlende Unabhängigkeit von Schiedsrichter_innen in Investor-Staat-Klagen, die auch für im Feld aktive Kanzleien arbeiten, sind zu einem wunden Punkt für das Regime geworden. Er wird jedoch bereits system-immanent bearbeitet, worauf interne Debatten ebenso hindeuten wie eine wachsende Zahl an Verhaltenskodizes für Schiedsrichter_innen und der Trend unter den Top-Schiedsrichter_innen, ihre Positionen bei Kanzleien aufzugeben, um ausschließlich als Schiedsrichter_in zu agieren.

Andere Interessenskonflikte werden dagegen bisher kaum kontrovers diskutiert, darunter die Tatsache, dass prominente Anwält_innen des Investitionsrechts Staaten bei der Ausarbeitung von Investitionsverträgen beraten – also der Schaffung der Rechtsgrundlage, auf der ihr Geschäft beruht.

Auch die Dominanz der Rechtsbranche im Wissenschaftsfeld internationales Investitionsrechts wird kaum kritisch reflektiert. Ähnliches gilt für das weit verbreitete Drehtür-Phänomen von Anwält_innen, die erst im Staatsapparat Investitionsabkommen aushandeln, auf deren Basis sie dann für Mandanten von privaten Kanzleien Klagen einreichen. Auch über die Rolle von Jurist_innen, die als Teil des Staatsapparats Investitionsabkommen aushandeln und Staaten im Falle von Investoren-Klagen verteidigen, ist wenig bekannt.

Diese Aspekte sind einerseits untererforscht und andererseits blinde Flecken in den Kämpfen sozialer Bewegungen gegen die antidemokratische neoliberale Zwangsjacke internationales Investitionsrecht. Wer diese Zwangsjacke bekämpft, wird sich aber nicht nur mit Staatsapparaten auseinandersetzen müssen, die Investitionsabkommen verhandeln, und mit Konzernen, welche die darin verankerten Klagerechte nutzen, sondern auch mit der Rechtsbranche, die das internationale Investitionsrecht auch in Zukunft mit Zähnen und Klauen verteidigen wird.

Pia Eberhardt arbeitet für die lobbykritische Organisation Corporate Europe Observatory (CEO) zur Frage des Konzerninflusses auf die Außenhandelspolitik der EU; pia@corporateeurope.org

27 Ein Beispiel ist die von *Corporate Europe Observatory* und dem *Transnational Institute* herausgegebene Studie „Profiting from Injustice“, die nicht nur unter Kritiker_innen breit rezipiert wurde, sondern auch innerhalb der darin kritisierten Rechtsbranche lebhaft Diskussionen angestoßen hat.

Internationales Investitionsrecht in Forschung, Lehre und gesellschaftlichem Diskurs – kritisches Projekt von Nichtregierungsorganisationen sucht Kontakt zu Wissenschaftler_innen

Die Beiträge in dieser *juridikum*-Ausgabe machen deutlich: Internationales Investitionsrecht ist nicht einfach eine interessante Fachrichtung des Wirtschaftsvölkerrechts. Internationale Investitionsabkommen sind wirkmächtige Verträge mit enormer wirtschafts- und entwicklungspolitischer, sozialer, ökologischer sowie demokratie- und rechtspolitischer Sprengkraft. Daher sind sie längst auch Gegenstand kritischer gesellschaftlicher Debatten und zivilgesellschaftlicher Kampagnen geworden. Jüngstes Beispiel: Schon zu Beginn der Verhandlungen um ein EU-USA-Freihandels- und Investitionsabkommen (Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) protestieren Gewerkschaften, Globalisierungskritiker_innen, Internet-Aktivist_innen, Umwelt-, Verbraucher_innen- und Kulturverbände sowie Vertreter_innen politischer Parteien gegen die mögliche Aufnahme von Investitionsschutzklauseln und Investor-Staat-Klagerechten in den angestrebten Vertrag.

Allerdings: Die herrschende Meinung im Internationalen Investitionsrecht – gerade auch im deutschsprachigen Universitätsbetrieb – vertritt weiter eine völlig undifferenziert positive Sicht auf internationale Direktinvestitionen, hält die scharfe Absicherung der Eigentumsinteressen internationaler Investoren für selbstverständlich und sieht in Sonderklagerechten der Konzerne im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit kein Problem.

Ein direkter Austausch zwischen gesellschaftlichen Kritiker_innen des internationalen Investitionsrechtes und den akademischen Vertreter_innen des Faches findet nur selten statt. Gleiches gilt – für andere investitionsrelevante Wissenschaftsdisziplinen (Ökonomie, Politikwissenschaften/Internationale Beziehungen).

Ein neues EU-Projekt kritischer Nichtregierungsorganisationen (NGOs) zum Thema „EU-Investitionspolitik und Zukunftsfähigkeit“ möchte hier Abhilfe schaffen. Seit Frühjahr 2013 arbeiten Organisationen wie das Transnational Institute (TNI) und SOMO (beide Niederlande), PowerShift (Deutschland), Traidcraft (England), Re:Common (Italien), 11.11.11. (Belgien) und diverse andere Kooperationspartner, darunter auch das International Institute for Sustainable Development (IISD) sowie die AK Wien (Österreich) zusammen für eine sozial-ökologische und entwicklungspolitische Reform der EU-Investitionspolitik. Dabei möchten die NGOs mit interessierten Wissenschaftler_innen ins Gespräch kommen, Workshops und Vorlesungen an Hochschulen halten sowie gemeinsame Reformvorschläge und Diskussionsbeiträge zur politischen Debatte entwickeln.

Haben Sie Interesse an einem Gespräch oder Workshop mit investitionspolitischen NGOs? Möchten Sie Kritiker_innen der EU-Investitionspolitik und des internationalen Investitionsrechtes in Ihre Vorlesung oder Ihr Seminar einladen? Können Sie sich für Ihre Forschungsarbeit oder gar eine fachliche Stellungnahme zur internationalen Investitionspolitik eine Zusammenarbeit mit NGOs oder anderen kritischen Wissenschaftler_innen vorstellen? Dann zögern Sie nicht, sich mit Ihren Fragen oder Ideen an das Projekt zu wenden! **Kontakt:** *Peter Fuchs*, PowerShift e.V. – Verein für eine ökologisch-solidarische Energie- & Weltwirtschaft, Greifswalder Str. 4, 10405 Berlin, Deutschland, Email: Peter.Fuchs@power-shift.de



Das Projekt „Making EU Investment Policy work for Sustainable Development“ wird unterstützt von der Europäischen Union. Die Projektinhalte liegen in der alleinigen Verantwortung der Projektträger und sollen nicht als Ausdruck der Position der Europäischen Union verstanden werden.

Wenig Bewegung in Sachen Frauenquoten

Julia Planitzer

Österreich ist verpflichtet, die Vorgaben der *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women* (CEDAW)¹ der Vereinten Nationen umzusetzen. Regelmäßig überprüft der UN-Frauenrechtsausschuss, ob Österreich seinen Verpflichtungen nachkommt. Im Februar 2013 war es wieder soweit. Die aktuellen abschließenden Empfehlungen des UN-Frauenrechtsausschusses beinhalten auch wieder einen Klassiker unter den Empfehlungen: den Aufruf zur Frauenquote.

Art 4 CEDAW erlaubt zeitweilige Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung einer De-facto-Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Der Frauenrechtsausschuss kritisiert den geringen Anteil an Frauen in Entscheidungspositionen in der Privatwirtschaft, im Bildungssystem und in der Politik und empfiehlt, die Einführung einer Frauenquote für jene Bereiche zu überlegen, in denen kein nennenswerter Fortschritt zu erkennen ist.² Österreich wird aufgerufen, Maßnahmen (zB Quoten) einzuführen, um den Frauenanteil in bestimmten politischen Bereichen (beispielsweise im diplomatischen Dienst, im Europaparlament sowie auf Länderebene) zu erhöhen. Auch der Weg zur Chancengleichheit für Frauen und Männer am Arbeitsmarkt verlange von Österreich Sondermaßnahmen wie Quoten.³ Seit 2000 betont der Ausschuss in allen abschließenden Bemerkungen, dass zur Umsetzung der Vorgaben der CEDAW Sondermaßnahmen wie Quoten notwendig sind, um die Unterrepräsentanz von Frauen beispielsweise in der Politik, insbesondere der Regionalpolitik, und in Entscheidungspositionen in der Verwaltung zu beseitigen. Einige Initiativen wurden umgesetzt, umfassende Maßnahmen blieben allerdings aus.

Vereinzelt finden sich in Österreich Frauenquoten wieder: Bis Ende 2013 sollen Aufsichtsräte staatsnaher Betriebe zu 25% aus Frauen bestehen; bis 2018 soll auf 35% erhöht werden.⁴ Gerne wird von der Regierung auf den Erfolg hingewiesen, immerhin wurde das Ziel bereits übererfüllt.⁵ Ob diese Zahl auch ohne Frauenquote erreicht worden wäre?

1 Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, 18.12.1979, in Kraft seit 3.9.1981. Geltung in Österreich: Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 443/1982.

2 Frauenrechtsausschuss (CEDAW-Committee), Concluding Observations Austria (advance unedited version), 1.3.2013, CEDAW/C/AUT/CO/7-8, paras 20-21.

3 Frauenrechtsausschuss (CEDAW-Committee), Concluding Observations Austria (advance unedited version), 1.3.2013, CEDAW/C/AUT/CO/7-8, bezüglich Art 7 CEDAW siehe paras 30–31, bezüglich Art 11 CEDAW siehe paras 34–35.

4 Vortrag an den Ministerrat „Erhöhung des Frauenanteils in den Aufsichtsgremien der Unternehmen mit einem Bundesanteil von 50 Prozent und darüber“ vom 15.3.2011 (GZ BKA-140.200/0048-II/1/2011).

5 Der Anteil liegt derzeit bei 33 %, siehe dazu Vortrag an den Ministerrat „Fortschrittsbericht 2013 über die Erhöhung des Frauenanteils in den Aufsichtsgremien der Unternehmen mit einem Bundesanteil von 50% und darüber“ von

Wohl kaum. Im öffentlichen Dienst sieht das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz⁶ eine Förderung von Frauen beispielsweise bei der Aufnahme in den öffentlichen Dienst und beim beruflichen Aufstieg vor, bis die seit Beginn 2012 geltende Quote von 50% erfüllt ist. Die Anzahl der beschäftigten Frauen steigt und liegt im Durchschnitt bei etwa 46%, im Bereich der Spitzenfunktionen ist die Quote bei weitem nicht erfüllt. Die Zahl der Sektionsleiterinnen stieg bis 2010 auf 18%, allerdings fand gleichzeitig eine „Entmachtung“ der Sektionsleitung durch größere Kabinette der Minister_innen und die Einrichtung von Generalsekretariaten statt.⁷ Ähnlich die Situation an den Universitäten: Die Anzahl der Assistentinnen und Professorinnen steigt zwar kontinuierlich, die Aufstiegschancen des weiblichen im Vergleich zum männlichen Lehrpersonal sind aber immer noch geringer.⁸ Zu einer Frauenquote in der Privatwirtschaft für Aufsichträte und Vorstände in großen Unternehmen kann sich Österreich bisher allerdings nicht durchringen. Wirtschaftsminister *Mitterlehner* lehnt eine Quote ab und hofft auf die Vorbildwirkung der Quote in staatsnahen Betrieben auf die Privatwirtschaft.⁹ Im Rahmen einer Diskussion zu Frauenquoten in der Reihe der *Human Rights Talks*¹⁰ sah WU-Vizektorin *Prehofer*, selbst Aufsichträtin in börsennotierten Unternehmen, weniger Chancen für die Vorbildwirkung. Einen höheren Anteil an Frauen würden einfach zu wenige wollen, daher müsse man – beispielsweise in Form einer Quote – nachhelfen. Aus ihrer Sicht wären Maßnahmen für mehr Frauen in Entscheidungspositionen eigentlich relativ leicht umsetzbar für Unternehmen, „man muss es nur wollen“.

Aus Anlass der Nationalratswahlen im September 2013 ein Blick in den Nationalrat: Der bisher höchste Frauenanteil im Nationalrat wurde 2002 mit knapp 34% erreicht. Seit damals geht die Zahl zurück und liegt aktuell bei 27%.¹¹ Damit liegt Österreich etwas über dem EU-Durchschnitt von 24%.¹² Gleichzeitig ist Österreich aber auch weit entfernt vom europäischen Spitzenfeld. Schweden, Finnland und Dänemark erreichen 44%, 42% und 39%¹³, und das ausschließlich mit freiwilligen Quoten der Parteien.¹⁴

28.03.2013 (GZ BKA-F1 40.200/0049-II/1/2013) sowie zB diestandard.at v 24.4.2012, <http://diestandard.at/1334796041575/Aufsichtsraete-Staatsnahe-Betriebe-erfuellen-Frauenquote-schon-jetzt> (25.8.2013).

6 BGBl 100/1993 idF BGBl I 120/2012.

7 *Hackl/Steger-Mauerhofer*, Das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz in Theorie und Praxis - Die Entwicklung des Frauenanteils in den Führungsebenen der Bundesministerien in den Jahren 1990, 2000 und 2010, JRP 2012, 226 (234).

8 *Hartel/Hofbauer/Kreissl/Nix*, Situation der Frauen an österreichischen Universitäten, in *Frauen:Rechte jetzt!* (Hg), NGO-Schattenbericht in Ergänzung des 7. und 8. Staatenberichts der österreichischen Regierung an den CEDAW-Ausschuss (2012) 29 (30).

9 *Baierl*, Diskriminierung spielt bei Aufstiegschancen auch mit, Kurier v 8.3.2013.

10 Siehe dazu Human Rights Talk zu ‚Frauenquote – Ja, bitte?‘ v 21.5.2013, www.juridikum.at/veranstaltungen/human-rights-talk-quote-ja-bitte/Link (25.8.2013). Eine Aufzeichnung der Diskussion ist verfügbar unter <http://ichmachpolitik.at/questions/2005> (25.8.2013).

11 Siehe www.parlament.gv.at/SERV/STAT/PERSSTAT/FRAUENANTEIL/entwicklung_frauenanteil_NR.shtml (25.8.2013).

12 *European Commission's Network to Promote Women in Decision-making in Politics and the Economy*, The Quota-instrument: different approaches across Europe (2011) 6.

13 Siehe <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm> (18.9.2013).

14 Zu den Frauenquoten in der Politik siehe die Datenbank von quotaProject, Global Database of Quotas for Women, www.quotaproject.org (18.9.2013).

Die Entwicklung in Österreich zeigt aber, dass die Zahl der Frauen im Parlament niedriger wird. Es sind immer weniger Frauen, die den Weg in den Nationalrat schaffen, obwohl manche Parteien für sich selbst Frauenquoten festgelegt haben. Gerade diese rückläufige Entwicklung und der damit immer größer werdende Unterschied zwischen Österreich und dem EU-Spitzenfeld zeigen deutlich einen Bedarf Österreichs an verpflichtenden Frauenquoten in der Politik, neben freiwilligen Quoten der Parteien. Nur woran scheitern Vorhaben wie die schon alte Forderung der Koppelung der Parteienförderung an eine Quote und andere Maßnahmen zur Frauenförderung?¹⁵

Um darauf eine Antwort zu finden und in Vorbereitung auf die Nationalratswahlen im September 2013 hat der *Österreichische Frauenring*¹⁶, Dachorganisation österreichischer Frauenvereine, alle Parteien gefragt, wie sie denn so zu Frauenquoten in der Privatwirtschaft und in der Politik stünden.¹⁷ Die FPÖ hat die Fragen erst gar nicht beantwortet; die anderen Parteien antworteten erwartungsgemäß: BZÖ, ÖVP und Team Stronach sprachen sich gegen den häufig genannten „Zwang“ einer Quote aus. Auch das junge, pinke NEOS kann sich nicht zu einer Frauenquote in der Privatwirtschaft durchringen. Grüne, KPÖ und SPÖ sind dafür. Die Piratenpartei äußerte sich nicht dazu. Weiters fragte der *Frauenring*, ob sich die Parteien für eine Förderung von Frauen in der Politik durch Verankerung von Quoten in zB der Nationalratswahlordnung einsetzen. Hier taten sich ÖVP und NEOS leichter mit einer Quote. Aber NEOS sagte dazu: „Echte Gleichstellung passiert im Kopf, nicht über Zwang“. Und die ÖVP sprach sich für eine „Mindestquote von einem Drittel Frauen bei öffentlichen Mandaten aus“. Die Piratenpartei ist sich noch nicht sicher, aber hat richtig erkannt, dass Quoten „jedenfalls nur Übergangsmaßnahmen“ sein können.

Ein Drittel ist zu wenig, Frauen wollen die Hälfte. Betrachtet man die Entwicklung der letzten Jahre, geht die „echte“ Gleichstellung im Kopf zu langsam. Die Verankerung von Frauenquoten ist unter vielen Möglichkeiten eine wirksame, um Geschlechtergerechtigkeit herbeizuführen. Frauenquoten ebnen den Weg zur Gleichstellung, wo der österreichische Kopf noch nicht soweit ist und lange noch nicht sein wird. Daher wird Österreich auch regelmäßig vom Frauenrechtsausschuss daran erinnert, dass zur Umsetzung der CEDAW auch Sondermaßnahmen wie Quoten notwendig sind.

Dr.ⁱⁿ Julia Planitzer ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte und ist bei ‚Frauen:Rechte jetzt!‘ (NGO-Forum CEDAW in Österreich, www.frauenrechte-jetzt.at) aktiv; julia.planitzer@univie.ac.at

15 Siehe dazu *Hornjyk*, Politische Teilhabe von Frauen fördern, [derstandard.at](http://derstandard.at/1360161411535/Politische-Teilhabe-von-Frauen-foerdern) v 13.2.2013, <http://derstandard.at/1360161411535/Politische-Teilhabe-von-Frauen-foerdern> (25.8.2013).

16 www.frauenring.at.

17 Siehe www.frauenring.at/positionierungen-der-wahlwerbenden-politischen-parteien-zur-frauen-und-gleichstellungs-politik-anlaesslich-der-nationalratswahl-2013/2330/ (25.8.2013).

elements



Das schlaue Lernsystem

- Schnelle Orientierung mit der durchgängigen Seitenleiste
- Rasches Suchen und Finden durch Schlagworte und Icons
- Gute Übersichtlichkeit mit dem Zwei-Farben-System
- Besser verstehen mit vielen Beispielen und Fällen
- Optimale Vorbereitung für die Prüfung

elements: Die neue Lehrbuchreihe aus dem Verlag Österreich



Der erste Band von
Tina Ehrke-Rabel

Ehrke-Rabel
elements Steuerrecht

Lehrbuch
441 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-7046-6515-7
Erscheinungsdatum: 2.12.2013

€ 49,-
Versandkostenfrei bestellen auf:
www.verlagoesterreich.at

Tel: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-688 71-30

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Der kompakte und laufend aktualisierte Großkommentar



Kneihls/Lienbacher (Hrsg.)
**Rill-Schäffer-Kommentar
Bundesverfassungsrecht**
Gesamtwerk, aktuelle Fassung,
inkl 11. Lieferung mit Fortset-
zungsbezug

Kommentar
3800 Seiten, Loseblatt
ISBN 978-3-7046-2000-2
Erscheinungsdatum: 21.6.2013

€ 498,-
Versandkostenfrei bestellen auf:
www.verlagoesterreich.at

Dies ist das Gesamtwerk des kompakten und laufend aktualisierten Großkommentars zum österreichischen Verfassungsrecht inklusive der neuen 11. Lieferung.

Die 11. Lieferung bringt wieder viele Neuerungen mit sich. Neue Kommentierungen zur Privatwirtschaftsverwaltung, zur Zustimmung der Länder zu Gesetzesbeschlüssen des Nationalrats, zur Möglichkeit der Veröffentlichung von im Landesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften im RIS und zu Vereinbarungen von Gemeinden eines Landes untereinander im eigenen Wirkungsbereich. Auch der Bereich der MRK über die Präambel und Art 1 und das Recht auf Bildung wurden in die Kommentierung einbezogen.

Im Jahr 2011 haben Benjamin Kneihls und Georg Lienbacher die Herausgeberschaft des B-VG Kommentars übernommen.

Tel: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Das Standardwerk zum Österreichischen Miet- und Wohnrecht



Hausmann/Vonkilch (Hrsg)

Österreichisches Wohnrecht – WEG

Kommentar

3. Auflage

ca 1220 Seiten, gebunden

ISBN 978-3-7046-6181-4

Erscheinungsdatum: 15.11.2013

ca € 249,-

Versandkostenfrei bestellen auf:

www.verlagoesterreich.at

Die 3. Auflage des führenden Großkommentars zum Österreichischen Wohnrecht befindet sich auf dem Stand Juli 2013. Die Wohnrechtsnovelle 2009 und die Änderungen des WEG durch die Grundbuchs-Novelle 2012 wurden ebenso ausführlich eingearbeitet wie die seit der 2. Auflage ergangene Judikatur, die sowohl bei der Auslegung des MRG als auch bei jener des WEG zahlreiche fundamentale Weichenstellungen vorgenommen hat. Umfangreiche Berücksichtigung fand auch die seit der 2. Auflage erschienene wohnrechtliche Literatur. Solcherart bietet die 3. Auflage des „Hausmann/Vonkilch“, eine umfassende Darstellung von MRG und WEG.

Inklusive Rechtsänderungen durch die Grundbuchs-Novelle 2012.

Ab Dezember erhältlich: Österreichisches Wohnrecht – MRG

Tel: +43-1-680 14-0

order@verlagoesterreich.at

VERLAG

Fax: +43-1-688 71-30

www.verlagoesterreich.at

ÖSTERREICH

Der Klassiker von Franz Bydlinski nun wieder erhältlich



Bydlinski
**System und Prinzipien des
Privatrechts**

Monografie
797 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7046-6438-9
Erscheinungsdatum: 28.2.2013
(unveränderter Nachdruck)

€ 139,-
Versandkostenfrei bestellen auf:
www.verlagoesterreich.at

Bei diesem Buch handelt es sich um einen unveränderten Nachdruck des Klassikers von Franz Bydlinski aus dem Jahre 1996.

Dieses Werk nimmt mehrere Schichten des Systemproblems der Jurisprudenz in Angriff, das zu wichtig ist, um einfach „aus der Mode“ zu kommen. Erarbeitet werden zwei primäre Kriterien für „äußere“ Systembildung, die zur Deckung gebracht werden müssen. Geprüft werden auf dieser Grundlage die gängigen Großmaterien des Privatrechts und die wichtigsten neu vorgeschlagenen Kategorien geprüft.

Tel: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

New Journal on International Constitutional Law



ICL Journal

Vienna Journal on International Constitutional Law

ISSN 2306-3734

Annual subscription (4 issues)

€ 227,27

Trial subscription (2 issues) € 18,18
exclusive of VAT and shipping costs

Order at:

www.icl-journal.com

**Free access to the online
archive included!**

The Vienna Journal on International Constitutional Law is dedicated to the advancement of legal knowledge in the field of International Constitutional Law. Advised by a body of distinguished referees the Journal features high-standard contributions by scholars and legal professionals from around the globe. The quarterly released Journal covers a wide range of subjects including in particular European Constitutional Law, Public International Law, the Constitutionalization of International Law, the Internationalization of Constitutional Law, the Migration of Constitutional Ideas, Legal Theory, and Comparative Constitutional Law. The Journal addresses the global scientific community, scholars and researchers in various disciplines working in the field of International Constitutional Law.

Editors in Chief: Christoph Bezemek • Harald Eberhard • Claudia Fuchs

Tel: +43-1-680 14-0

Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at

www.verlagoesterreich.at

VERLAG

ÖSTERREICH

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft



Die juristische Fachzeitschrift,
die nicht dem Mainstream folgt!

Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 60,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdiener € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Eva Pentz, Ines Rössl,
Brian-Christopher Schmidt

Internet

www.juridikum.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl USt, zzgl Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH