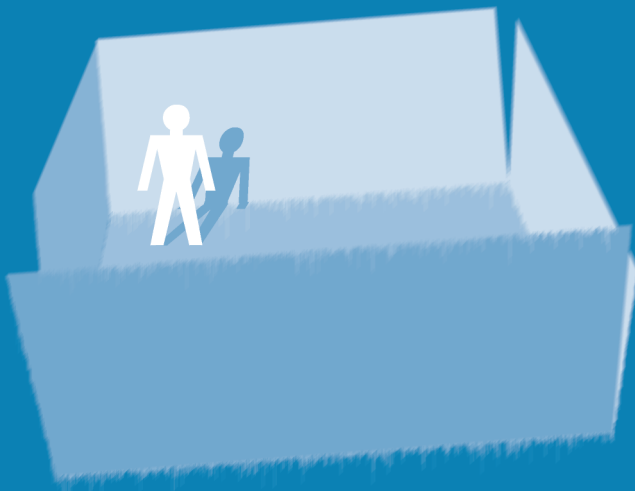


juridikum

zeitschrift im rechtsstaat · · · · · nr 2.2002

thema

Implosion der Bürgerrechte



recht & gesellschaft

Rechtsstaat in Gefahr

Freie Radios im Gegenwind

Kakaniens Fremdenrecht

Studiengebühren

Federalist Nostalgia

P. b. b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · Euro 8,- · ISSN 1019-5394

Verlag **Österreich**
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerey

Für Context herausgegeben von

Birgit Feldner · Alexander Somek · Richard Soyer · Maria Windhager

Inhalt

recht & gesellschaft

Sabine Längle	Rechtsstaat in Gefahr?	56
Wilfried Ludwig Weh	125 Jahre sind genug – Kakaniens Fremdenrecht ist nicht europareif	58
Robert Rittler	Freie Radios im Gegenwind	63
Herbert Beran	Splitter zur Zivilverfahrensnovelle 2002	66
Andreas J. O. Ulrich, Andreas Weikhart und Alice Wagner	Studiengebühren	68
Claudia Mahler	Ist der Schutz der Ehre in Österreich für alle gleich?	70
Anna Sporrer	Bezahlt wird nicht <i>oder</i> Die „Väterrechte-Fraktion“ lässt grüßen ..	74
Alexander Somek	Federalist Nostalgia	76
rezension	Michael Wimmer Offene Fragen	80

thema: implosion der bürgerrechte

Walter Berka	Wandeln sich die Signaturen des Grundrechtsstaats?	81
Ewald Wiederin	Implosion der Privatsphäre?	84
Bernd-Christian Funk	Pseudodeterminierung als Technik der Grundrechtsimplosion ..	87
Wolfgang Bogensberger	Umdenken im Strafrecht – Terrorismus und Europäischer Haftbefehl	92
Sean Donaghue	Alien Courts: President Bush’s Military Commissions and the American Constitution	98

rubriken

vor.satz	Maria Windhager Staatsbürgerliche Bildung II	53
merk.würdig	Kurzmeldungen	54
nach.satz	Iris Kugler Was alles kein Skandal ist	104
impressum	57



Staatsbürgerliche Bildung II

Maria Windhager

1996 lancierte der Klubobmann der ÖVP, Andreas Khol, eine Diffamierungskampagne gegen 10 Zeitschriften, darunter übrigens auch das **juridikum**, um sie von der Publizistikförderung auszuschließen. Nachdem die Förderung dieser Zeitschriften aber bereits vom Publizistikförderungsbeirat empfohlen worden war, ‚blockierten‘ ÖVP-Mitglieder der Bundesregierung die Beschlussfassung über die *gesamte* Publizistikförderung.

Daraufhin wurde im Wege eines „Kuhhandels“ zwischen SPÖ und ÖVP vereinbart, lediglich drei statt der von Khol ursprünglich gewünschten 10 Zeitschriften von der Förderung auszuschließen. Eine Begründung dieser Entscheidung durch die Bundesregierung konnte es schon aufgrund dieses Zustandekommens des Beschlusses nicht geben, obwohl der Versuch, sich eine auszudenken, durch den Ministerrat und ohne Vorbereitung durch fachkundige Beamte bestimmt lustig gewesen wäre.

Die Nichtvergabe der Förderung an die betroffenen Zeitschriften „Zoom“ (heute „Context XXI“), „Akin“ und „Alternative“ erfolgte also ohne jegliche Begründung und damit offenkundig verfassungs- und gesetzwidrig. Diese Vorgangsweise wäre wohl folgen- und sanktionslos geblieben, hätten nicht die betroffenen Zeitschriften beschlossen, sämtliche Rechtsmittel zu ergreifen, um zu ihrem Recht zu kommen.

Zunächst wandten sie sich an den Verfassungsgerichtshof, der allerdings die ordentliche Gerichtsbarkeit für zuständig erklärte. Dort bedurfte es zweier Rechtsgänge (das Erstgericht konnte weder mit dem Gleichheitsgrundsatz noch mit Meinungsfreiheit und Medienvielfalt etwas anfangen), um nun endlich Recht zu bekommen.

Das Ergebnis dieses Verfahrens ist deshalb von weit reichender Bedeutung, weil es für den gesamten Bereich der Subventionsvergabe im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Maßstäbe setzt:

Ein Subventionsverhältnis stellt im Sinne der Rechtsprechung des OGH ein gesetzliches Schuldverhältnis ähnlich dem vorvertraglichen Schuldverhältnis dar: Liegen bestimmte typische Voraus-

setzungen vor, so ist eine Förderung zu gewähren, nur sachliche, im Förderungszweck gelegene Gründe rechtfertigen ein Abweichen, dh die Ablehnung des Anspruchs. Die Bindung an den Gleichheitsgrundsatz auch bei privatrechtlicher Subventionsvergabe besagt, dass gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln sind. Auch der OGH lehnt entschieden den Standpunkt ab, die Nichtgewährung der Subvention darauf zu stützen dass „in keinem Fall ein Rechtsanspruch auf eine Förderung“ bestehe und damit die Nichtgewährung einer Förderung keinesfalls rechtswidrig sei (ausführlich: Anm von Susanne Kalss zu OGH 26.1.1995, 6 Ob 514/95 = ÖZW 1996, 51)

Bei der Vorgangsweise der Bundesregierung handelte es sich demnach um eine *willkürliche Weigerung*, die einen *direkten Leistungsanspruch* des Benachteiligten nach sich zieht.

Dem – nachgeschobenen – Argument, die Förderung sei deshalb nicht vergeben worden, weil die Zeitschrift nicht der staatsbürgerlichen Bildung diene, wurde eine Absage erteilt. Auch in diesem Punkt ist das Urteil zukunftsweisend: In den vergangenen Jahren wurde die Publizistikförderung missliebigen Publikationen nämlich regelmäßig mit *diesem* (Schein)Argument verwehrt (siehe *Juridikum* 4/2001, S 157).

Das LG für Zivilrechtssachen Wien (GZ 37 R 621/01 z) führte wörtlich aus: „Der Bekl ist nicht der Beweis eines sachlichen Differenzierungsgrundes gelungen. Sie hat sich auf eine Passage in dem Briefmuster in der Ausgabe 4/95 der Zeitschrift ‚ZAM‘ (Vorgängerin von ‚Zoom‘, Anm) berufen und vorgebracht, diese Passage stelle eine Einladung an die Leser dar, bestehende gesetzliche Verpflichtungen nicht zu erfüllen, die Bundesregierung habe deshalb davon ausgehen dürfen, daß die gegenständliche Zeitschrift nicht der staatsbürgerlichen Bildung im Sinne des § 7 Abs 1 Z 3 PubFG diene. § 7 Abs 1 Z 3 PubFG sieht als Voraussetzung der Förderung vor, daß eine periodische Druckschrift ausschließlich oder vorwiegend Fragen der Politik, der Kultur oder der Weltanschauung (Religion) oder der damit zusammenhängenden wissenschaftlichen Dis-

ziplinen auf hohem Niveau abhandelt, sich nicht ausschließlich an ein Fachpublikum wendet und dadurch der staatsbürgerlichen Bildung dient. Es kann nun wohl kein Zweifel sein, daß die Zeitschrift ‚Zoom‘ vorwiegend Fragen der Politik, Kultur und Weltanschauung behandelt und sich nicht ausschließlich an ein Fachpublikum wendet. *Der Einwand, die Zeitschrift diene nicht der staatsbürgerlichen Bildung, geht aber wohl völlig fehl. Gerade die Beschäftigung mit rechtspolitischen Fragen wie es hier die Novelle zum ZivildienstG darstellt, dient im großen Ausmaß der staatsbürgerlichen Bildung.*

Die von der Bekl angeführte Passage in dem Briefentwurf ist keinesfalls als Aufforderung an die Leser zu verstehen, bestehende gesetzliche Verpflichtungen nicht zu erfüllen. Sie beschreibt vielmehr den Gewissenskonflikt, in dem sich ein junger Mann befindet, der bei der Musterung noch nicht wußte, daß er Zivildienst leisten wollte, der später aber Erfahrungen machte, nach denen er Zivildienst statt Militärdienst leisten wollte. Seine Zivildiensterklärung wurde aber wegen Fristversäumnis abgewiesen. Dieser junge Mann wird seinem Gewissen folgend die Waffe verweigern und – dies und nichts anderes besagt die entsprechende Passage in dem Briefentwurf – er wird deshalb eine Vorstrafe bekommen, sollte die Ein-Monatsfrist nicht fallen. Das Berufungsgericht vermag sich nicht der Ansicht anzuschließen, daß damit die Voraussetzung des § 7 Abs 1 Z 3 PubFG nicht erfüllt wäre. Das Berufungsgericht ist vielmehr der Meinung, daß die Ablehnung der Förderung der Kl, die nach dem Vorbringen der Bekl ja konkret auf diese Passage in dem Briefentwurf gestützt wurde, aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen erfolgt ist.“

Die Arbeitsgemeinschaft Zivildienst, Medieninhaberin der Zeitschrift „Zoom“, feiert übrigens gerade ihr 25-jähriges Bestehen. Das Urteil des LG für ZRS, das Demokratie- und Grundrechtsbewusstsein – und damit Rechtsstaatlichkeit – unter Beweis gestellt hat, kommt da gerade richtig.

Begutachtungsentwurf zur SPG-Novelle 2002

Falsche Identitäten für Zeugen und ihre Angehörigen, Privatpersonen als verdeckte Ermittler für den Staat, der Versuch eines besseren Schutzes des Redaktionsgeheimnisses: das und mehr enthält der Entwurf zur SPG-Novelle 2002. Fraglich ist, ob das ABGB durch die neuen Legaldefinitionen der „verlorenen“ und der „vergessenen Sache“ bereichert wird: Das Fundrecht soll durch die Novelle ebenfalls neu gestaltet werden.

Am 24. April ist die Begutachtungsfrist zum Entwurf der SPG-Novelle 2002 abgelaufen. Sie enthält verschiedene Neuregelungen und Anpassungen hauptsächlich des SPG, des ABGB, und des Passgesetzes. Bei Beschlussfassung durch den Nationalrat ist das Inkrafttreten für den 1. Jänner 2003 vorgesehen. Ausgewählte Punkte im Überblick:

Erweiterter Zeugenschutz: Nicht nur der Schutz besonders gefährdeter Zeugen, sondern auch deren Angehöriger soll künftig den Sicherheitsbehörden obliegen. Überdies ist neu, dass für diese Menschen eine Regelung geschaffen werden soll, die das Erstellen von über die Identität täuschenden Urkunden erlaubt (sog. „Legenden“). Diese müssen allerdings nach drei Jahren wieder eingezogen werden, ihre Verwendung im Rechtsverkehr muss fortwährend dokumentiert werden. In den Erläuterungen des Entwurfes ist zu lesen, dass die Urkunden nur für einzelne Rechtshandlungen zu verwenden wären, nicht aber zum Aufbau einer umfassend neuen Identität. Im vorgeschlagenen Gesetzesentwurf fehlt ein derartige Regel.

Verdeckte Ermittlung: Das Ausstellen über die Identität täuschender Urkunden war schon bisher zum Zweck der verdeckten Ermittlung möglich, wobei diese Urkunden keiner zeitlichen Begrenzung unterliegen. Der Entwurf schlägt vor, den Anwendungsbereich für die Legenden auch auf die Vorbereitungshandlungen zu den eigentlichen Ermittlungen zu erstrecken. Der Entwurf denkt hier insbesondere an das Erwerben von „Sachmitteln“: Kraftfahrzeuge, die für verdeckte Ermittler seit der „Privatisierung“ der Kfz-Anmeldung nur schwer unauffällig zu bekommen sind.

Die Novelle sieht auch eine Regelung im SPG vor, die den Einsatz von freiwilligen Privatpersonen zur Durchführung

von verdeckten Ermittlungen erlaubt, wo dies den Organen der Sicherheitsbehörden nicht sinnvoll möglich ist. Obwohl diese Personen als auch jene, die den Behörden gegen Belohnung Informationen über kriminelle Vorgänge zukommen lassen („Informanten“), sollen künftig in einer sog. Vertrauenspersonenevidenz gespeichert werden. Eine Auskunftserteilung an andere als Sicherheitsbehörden ist unzulässig.

Datenschutz: Der Entwurf enthält die bereits erwartete Harmonisierung der datenschutzrechtlichen Regeln des SPG mit jenen des DSG 2000. Den Besonderheiten der Sicherheitsverwaltung wird wie bisher mit Übermittlungsverboten begegnet, die allerdings teilweise umformuliert wurden. So soll etwa § 57 Abs 3 SPG anstatt einer taxativen Aufzählung der Behörden, an die übermittelt werden darf, nunmehr eine am Zweck orientierte sprachliche Umschreibung enthalten.

Seit der sog. „Spitzelaffäre“ und dem Fall um die „Volxtheater-Karawane“ ist der Umgang der Sicherheitsbehörden mit ihren Datenbanken verstärkt in das Blickfeld der Öffentlichkeit gerückt (vgl. nur VfGH vom 16. 3. 2001, Zl. G94/00). Der Entwurf sieht vor, den § 58 Abs 1 Z 6 SPG dahingehend abzuändern, dass eine Sperrung dann zu erfolgen hat, „wenn gegen den Betroffenen kein Verdacht mehr besteht, eine strafbare Handlung begangen zu haben, spätestens jedoch fünf Jahre nach Aufnahme in die Zentrale Informationssammlung, im Falle mehrerer Speicherungen gem. Z 6 fünf Jahre nach der letzten.“ Der Entwurf erläutert hierzu, dass keine Sperrung stattfinden soll, wenn zB der Angeklagte in dubio pro reo freigesprochen oder die Anzeige aufgrund einer Diversion von der Staatsanwaltschaft zurückgelegt wurde. Derartige Umstände sollen zukünftig zusätzlich vermerkt werden, es findet aber keine vorzeitige Sperrung statt.

Redaktionsgeheimnis: Offenbar ebenfalls in Reaktion auf eine Diskussion in der Öffentlichkeit soll das neue Übermittlungsverbot des § 56 Abs 4 SPG eingeführt werden. Die Übermittlung personenbezogener Daten soll in Zukunft „unzulässig“ sein, wenn es für die übermittelnde Stelle „Hinweise“ gibt, dass dadurch der Schutz des Re-

daktionsgeheimnisses (§ 31 Abs 1 MedienG) umgangen würde. Dadurch will der Entwurf verhindern, dass solche Daten in einem Strafverfahren Verwendung finden, weil ein Beweisverwertungsverbot nicht zur Anwendung kam. Die Erläuterungen widmen der Frage der Grundrechtskonformität (Art 10 MRK) dieser „Lösung im Nachhinein“ ungewöhnlich langen Raum. Die Alternative zur vorgeschlagenen Regelung wäre zB, das Ermitteln derartiger Daten zu unterlassen oder bei Konkretisierung eines Verdachtes abzubrechen. Der Entwurf lehnt dies im Wesentlichen aus Praktikabilitätsgründen ab.

Passgesetz: Für Angelegenheiten der gewöhnlichen Reisepässe ist bisher die Bezirksverwaltungsbehörde, im Wirkungsbereich einer Bundespolizeidirektion letztere zuständig. Der Entwurf sieht vor, dass künftig die Bürgermeister von den Bundespolizeidirektionen die Passagenden übernehmen. Die Zuständigkeit der Bezirksverwaltungsbehörden bleibt entgegen anders lautender Berichte in der Tagespresse unberührt.

Fundrecht: Der im ABGB geregelte Teil des Fundrechts (§§ 388 ff) – der im Übrigen seit 1811 nur in den Wertgrenzen verändert wurde, sonst aber gleich geblieben ist – soll durch eine komplette Neuregelung ersetzt werden. Per Legaldefinition wird zwischen „verlorenen“ und „vergessenen“ Sachen unterschieden, die aber nur in Bezug auf die Höhe des Finderlohnes eine unterschiedliche Behandlung erfahren. Der Entwurf sieht vor, dass jemand, der einen Fund an sich nimmt, dazu verpflichtet ist, ihn bei der Fundbehörde anzuzeigen und abzuliefern. Somit wird vom bisherigen Prinzip des „Verwahrungsfundes“ abgegangen. Übersteigt der gemeine Wert 10 Euro nicht und ist nicht erkennbar, dass die Wiedererlangung für den Verlustträger „von erheblicher Bedeutung“ ist, bestehen keine Pflichten des Finders. Die Dauer der Zeit, die verstreichen muss, damit der Finder Eigentum an der Fundsache erwerben kann, soll auf ein Jahr verkürzt werden. Fundbehörde sollen künftig die Bürgermeister sein (§ 14 Abs 5 SPG).

Schließlich wird die geplante Neufassung von § 399 ABGB unter anderem den Studierenden das Leben geringfügig erleichtern: Die Kenntnis des Hofkanzleidekrets JGS 1846/970 ist nicht mehr notwendig, da die Republik endlich im ABGB selbst auf ihr Drittel an gefundenen Schätzen verzichtet.

Dominik Thompson

WEG 2002

Mit Juli 2002 tritt das neue Wohnungseigentumsgesetz (WEG 2002) in Kraft. Damit wird das bisherige Ehegattenwohnungseigentum auf eine allgemeine Eigentümerpartnerschaft ausgeweitet. Nun können endlich sowohl verschiedengeschlechtliche als auch gleichgeschlechtliche LebensgefährInnen gemeinsam eine Eigentumswohnung erwerben. Diese Anpassung des Wohnungseigentumsrechts an gesellschaftliche Gegebenheiten war längst überfällig. Weil die ÖVP strikt gegen eine ausdrückliche Sonderregelung für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften war, wurde die Eigentümerpartnerschaft nun sogar allgemein auf jede Zwei-Personen-Gemeinschaften ausgeweitet.

Die Gesetzgeberin konnte sich aber leider nicht dazu durchringen, andere Diskriminierungen von Lebensgemeinschaften abzustellen: insbesondere der Eintritt in Mietverträge im Todesfall bzw. unter Lebenden wird gleichgeschlechtlichen LebensgefährInnen weiter vorenthalten.

Mit dem WEG 2002 wird das österreichische Wohnungseigentumsrecht komplett neu kodifiziert. Hier wurden in den vergangenen Jahren umfangreiche Vorarbeiten geleistet, die nun im Ergebnis zu einer verbesserten Lesbarkeit, Verständlichkeit und Übersichtlichkeit führen.

Drei Bestimmungen im neu kodifizierten Wohnungseigentumsrecht wurden trotz der Vorbehalte vieler ExpertInnen im letzten Moment in die Gesetzesvorlage aufgenommen: die Wohnungseigentumsbegründung an Substandard-Wohnungen, die so genannte Vorratsteilung durch den Alleineigentümer und die zwingende Wohnungseigentumsbegründung an sämtlichen Objekten eines Hauses.

In den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage wurde sogar noch ausdrücklich ausgeführt, dass „eine solche Vorratsteilung (. . .) bedenklich“ wäre und dass die zwingende Wohnungseigentumsbegründung an allen Objekten „wohl weitaus mehr Fragen aufwerfen als beantworten“ würde.

In Zukunft wird der Alleineigentümer an allen Mietwohnungen eines Hauses Wohnungseigentum begründen können. Das bedeutet langfristig eine erhebliche Verschlechterung für AltmietlerInnen, da der Kündigungs-

schutz nach dem MRG für Eigentumswohnungen schlechter als für „normale“ Mietwohnungen ist. Hier wäre eine entsprechende Änderung des Mietrechtsgesetzes durchaus sinnvoll, damit die MieterInnen einer Eigentumswohnung den vollen MRG-Kündigungsschutz genießt, wenn der WohnungseigentümerInnen mehrere Objekte im selben Haus gehören.

Die zwangsweise Wohnungseigentumsbegründung an sämtlichen Objekten eines Hauses führt indirekt auch zu einer Verschlechterung im Bereich der Wohnungsgemeinnützigkeit. Die erst kürzlich geschaffene Möglichkeit zur Schaffung von Wohnungseigentum im Wohnungsgemeinnützigkeitsbereich führt nun dazu, dass sobald auch nur für ein einziges Objekt Wohnungseigentum beantragt wird, das gesamte Wohnhaus parifiziert werden muss. Hier wird dem Wohnungsmarkt nicht

nur günstiger Wohnraum entzogen, sondern langfristig auch der Mieterenschutz erheblich ausgehöhlt.

Leider wurde noch in letzter Minute die in der Regierungsvorlage vorgesehene Schutzbestimmung gestrichen. Ursprünglich war vorgesehen, dass MieterInnen von Eigentumswohnungen Ansprüche, die sich auf den allgemeinen Teil des Hauses beziehen, wie etwa die Reparatur des schadhaften Hausdaches auch gegen die Eigentümergemeinschaft geltend machen können.

Die Wohnungseigentumsbegründung bei Substandard-Wohnungen wird die Spekulation mit Substandardhäusern wieder erleichtern und zudem die notwendige Sockelsanierung im Altbaubestand erschweren. Dieser Schritt ist umso unverständlicher, als es in den vergangenen Jahren gelungen ist, den Substandardbestand erheblich zu verringern. *Thomas Sperlich*

Vereinsgesetz 2002

Mit 1. Juli 2002 tritt das neue Vereinsgesetz 2002 (VerG) in Kraft. Das Vereinswesen hat bereits nach der alten Rechtslage im Wesentlichen gut funktioniert: Im Jahr 2000 hat es insgesamt 105.000 Vereine gegeben. Bei 4740 Neugründungen gab es nur 30 Untersagungen, von 825 behördlichen Auflösungen erfolgten nur zwei wegen rechtswidriger Tätigkeit der Rest wegen Inaktivität, bei 13 von insgesamt zweieinhalbtausend Insolvenzverfahren waren Vereine betroffen. Dennoch hat sich die blauschwarze Regierung entschlossen eine Neuregelung gegen die Vorbehalte der parlamentarischen Opposition und sehr vieler, vor allem kleinerer Vereine vorzulegen.

Die wesentlichsten Neuerungen: Statt der bisherigen 6-wöchigen Untersagungsfrist muss sich die Behörde nun binnen vier Wochen zur Vereinsgründung erklären, kann die Frist aber bescheidmäßig auf sechs Wochen verlängern. Schaffung eines Zentralen Vereinsregisters, das alle wichtigen Daten zum Vereins und der Organwalter beinhaltet. Statt bisher einem, müssen nun zwei Rechnungsprüfer bestellt

werden; für so genannte „große Vereine“ ab einer jährlichen Bilanzsumme von 1 Mio. Euro hat die jährliche Prüfung durch beeidete Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater zu erfolgen. Für Verbindlichkeiten des Vereins haftet grundsätzlich nur das Vereinsvermögen. Eine weite Schadenersatzpflicht für Organwalter und ein Durchgriff auf deren Privatvermögen wird aber nach bestimmten Pflichtverletzungen ausdrücklich geregelt.

Die Kritik richtete sich vor allem gegen die erhöhte Bürokratisierung, die überzogene Verschärfung der Haftungsregelungen für Organe ohne Berücksichtigung der Ehrenamtlichkeit und Rechnungsprüfer, aufwändigere Rechnungsvorschriften und eine Angleichung an Kapitalgesellschaften, ohne den ideellen Zweck der Vereine ausreichend Rechnung zu tragen. Leider sind besonders wichtige Fragen, wie die steuerliche Besserstellung von gemeinnützigen Vereinen oder eine Kompensation für die finanzielle Mehrbelastung nach dem Wegfall des Postzeitungstarifes, nicht gelöst worden.

Thomas Sperlich

Rechtsstaat in Gefahr?

Zur Podiumsdiskussion am 18. 2. 2002 **Sabine Längle**

Montag, 18.02.2002, 19:00 Uhr, Dachgeschoß, Juridicum. Eine weite und offene Aussicht für die unerwartet zahlreich erschienenen Zuhörer aus allen Sparten der Juristerei.

Die rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien, die Österreichische Hochschülerschaft, die Österreichische Notariatskammer, der Österreichische Rechtskammertag und die Vereinigung der Österreichischen Richter und Staatsanwälte hatten zu einem Thema geladen, das nachdenklich stimmt und deren Auswirkungen vielleicht ein ganzes Gebäude von Selbstverständlichkeiten des rechtswissenschaftlichen Arbeitens zu erschüttern vermögen. Die schwer wiegenden Angriffe des Kärntner Landeshauptmannes *Jörg Haider* gegen den Verfassungsgerichtshof und besonders gegen seinen Präsidenten *Ludwig Adamovich* waren Anlass genug, eine hochkarätige Runde von Diskutanten unter der Moderation von *Peter Huemer* in das Dachgeschoß des Wiener Juridicums zu locken, um die bange Frage vieler nach der Gefahr für den Rechtsstaat aufzuwerfen und vielleicht zu beantworten.

Der Präsident des Verwaltungsgerichtshofs *Clemens Jabloner* sah den Rechtsstaat nicht in Gefahr. Er zog Parallelen zu den Ereignissen des Jahres 1929, als eine ungeliebte Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes bis zur Auswechslung der Richterbank führte. Damals wie heute zeigten sich Schwächen der parlamentarischen Opposition: Er könne vor einer nunmehr geforderten Objektivierung der Besetzung der Richterposten an diesem Gericht nur warnen.

Die Art der Diskussion über den Verfassungsgerichtshof habe sich bis dato nur im juristischen Bereich abgespielt. Durch die „Anpöbelungen“ habe sich diese auf eine andere Ebene verlagert und zu – mit dem strittigen Erkenntnis nicht im Zusammenhang stehende – Kritik an der überzahlten Richterschaft des Höchstgerichtes und Vorwürfen von Verfahrensverzögerungen geführt.

Es sei ein Irrglaube, anzunehmen, eine andere Verfassung sei besser. Schließlich sei die Weimarer Republik nicht an ihrer schlechten Verfassung zu Grunde gegangen, sondern weil sie „von den Eliten abgelehnt“ worden sei.

Auch die Präsidentin der Österreichischen Richtervereinigung *Barbara Helige* sieht den Rechtsstaat noch nicht unmittelbar bedroht, das Geschehene dürfe aber „nicht schön geredet“ werden: Das Höchstgericht habe ein Erkenntnis erlassen, das „einem Mächtigen nicht gefällt“. Dieser habe erklärt, das Urteil nicht zu vollziehen, er wolle den Gerichtshof anders besetzen, das Urteil sei nichtig. Seine Grundaussage sei: Ich bin mächtig – Ich kann Änderungen herbeiführen, dass richtige Urteile gefällt werden. Wenn „Mächtige Drohungen ausstoßen“ – so *Helige* weiter, ist unter Umständen sogar „Widerstand angesagt“.

Die realen Machtmittel der Dritten Gewalt seien aber gering. Die Justiz habe wenig politisch Verbündete, sie weise keine Lobbyisten in den Parteien auf, sie sei in der Politik nicht verankert. Es werde vielmehr darauf geachtet, dass sich Richter nicht aktiv politisch engagieren, um das Bild der Unabhängigkeit der Richterschaft in der Öffentlichkeit zu wahren.

Wesentlich sei die Reaktion der Gerichtsbarkeit auf die Angriffe. Diese seien kein Schicksal, dem man sich zu ergeben habe. Sie müsse Grenzen setzen, damit die Macht keine weitere Ausdehnung finden könne. *Helige* erinnerte in diesem Zusammenhang an den Protestbrief der 1500 Richter vom Dezember 2000, als die Unabhängigkeit der Justiz massiven Angriffen ausgesetzt war.

Der Präsident des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages *Klaus Hoffmann* sieht keine Gefahr für den Rechtsstaat. Man müsse aber „wachsam“ sein.

Sachliche Kritik an richterlichen Erkenntnissen sei zu akzeptieren. Durch die jüngsten Vorwürfe *Haiders* sei es aber zu persönlichen Verunglimpfungen gekommen. Aus *Haiders* Äußerung, der Gerichtshof sei „korrumpierbar“ oder die

Entlohnung der Höchstrichter sei zu hoch, sei zu ersehen, dass er keine sachlichen Argumente aufweisen könne.

Das Fundament, auf dem der Rechtsstaat gebaut sei, hätten die Österreicher längst erfasst. Ein Einzelner mit „seichten letztklassigen Argumenten“ habe keine Chance, den Rechtsstaat in Gefahr zu bringen. Viel mehr als den Rechtsstaat sehe er das liberale Prinzip in Gefahr.

Die Politikwissenschaftlerin *Sonja Puntscher-Riekmann* sieht ebenfalls keine Gefahr für den Rechtsstaat: Attacken auf die Institutionen der Republik seien nicht neu. Verfassungen seien die Übereinkünfte einer politischen Gemeinschaft, der Verfassungsgerichtshof wache über die Einhaltung der politischen Regeln.

Haider habe ein Urteil in Frage gestellt, das ihm nicht in sein politisches Konzept gepasst habe. Die Kritik an diesem Erkenntnis werde aber überlagert von Diffamierungen. *Puntscher-Riekmann* kritisierte in diesem Zusammenhang auch die Journalisten des ORF, die bei einer „Betrifft“-Diskussion zu diesem Thema nicht darauf gepocht hätten, die eigentliche Frage, diejenige nach dem Urteil, zu vertiefen. Der Grund dafür liege in der verfassungspolitischen Kultur, mit Urteilen des Verfassungsgerichtshofes „saloppen“ Umgang zu pflegen. Dies sei keinesfalls ein Privileg der FPÖ, bereits früher hätten die Großen Koalitionen diese Erkenntnisse *ad absurdum* geführt, indem sie für verfassungswidrig erklärte Gesetze mit 2/3-Mehrheit zum Verfassungsgesetz erhoben und somit unangreifbar gemacht hätten.

Auf der anderen Seite habe sie aber auch die Reaktion auf die Angriffe *Haiders* als unangemessen empfunden. Die „Tonlage“ des Präsidenten *Adamovich* sei zu defensiv gewesen. Er habe Verständnis geäußert, dass die FPÖ im Gerichtshof „vertreten“ sein wolle. Die politische Kultur – so *Puntscher-Riekmann* weiter – erscheine auch auf Grund derartiger Äußerungen nicht im besten Lichte.

Die FPÖ habe bereits in früherer Zeit mit ihrem Ruf nach Strafverfolgung politischer Abgeordneter eine erste Grenze überschritten. Dieser schwere Angriff sei zu wenig von der öffentlichen Meinung kritisiert worden. Anders als andere meinten, liege den Verhaltensweisen *Haiders* ein „hochkonsistentes Konzept“ zu Grunde.

Der sich selbst als „Zeitzeuge“ bezeichnende Univ.-Prof. *Werner Doralt* erachtete den Rechtsstaat als „beschädigt“, er befinde sich aber durch die jüngsten Angriffe „nicht in Gefahr“. Diese Beschädigung geschehe dann, wenn jemand Rechtsschutzinstitutionen in Frage stelle.

Seiner Meinung nach erfülle der Ausspruch *Haiders*, der Verfassungsgerichtshof sei „korrumpiert“, den Tatbestand der „Üblen Nachrede“. Die Staatsanwaltschaft habe aber keine entsprechenden Schritte unternommen, was einen weiteren strafrechtlichen relevanten Tatbestand, nämlich Amtsmissbrauch, erfüllen könnte. *Doralt* fragt sich zuletzt, wo ein Rechtsstaat stehe, in dem derartige Vorwürfe nicht verfolgt würden.

Die „Stimme von außen“, *Michael Frank*, Korrespondent der Süddeutschen Zeitung, ortete ein ganz anderes Defizit in Österreich: In seinem Heimatland Deutschland existierte im Gegensatz zu Österreich ein „Verfassungspatriotismus“. Man habe dort nach einem entsetzlichen Unrechtsstaat einen Rechtsstaat errichtet und sei entsprechend stolz auf diesen.

Es habe ihn verwundert, als er nach Bildung der Kleinen Koalition vermehrt gehört habe, dies sei nicht so katastrophal, denn die beiden Regierungsparteien „hätten nicht einmal die Verfassungsmehrheit“. Er stellte es sich folglich sehr schwer vor, auf eine Verfassung stolz zu sein, „in der dauernd herumgefuhrwerk“ werde „wie in einem Vereinsstatut“. *Frank* ortete hier einen „merkwürdigen Zugang zu diesen Rechtsnormen“.

Der Rechtsstaat sei nur dann konkret in Gefahr, wenn ein einzelner rechtssuchender Bürger das Gefühl habe, dass er nicht „zu seinem Recht“ kommen könne. Es bestehe ein Anlass, wachsam zu sein, wenn es darum gehe, die Glaubwürdigkeit des Rechtsstaates beim einzelnen Bürger in Frage zu stellen.

Die Diskussion selbst war gekennzeichnet von einer bei derartigen Veranstaltungen seltenen Einigkeit: Die Äußerungen *Haiders* wurden von allen Seiten einhellig verurteilt, eine akute Gefahr für den Rechtsstaat hingegen nicht geortet. Der Ruf nach Wachsamkeit war ein durchgehendes *topos*.

Wer sich ein Streitgespräch erwartet hatte, wurde enttäuscht: Alleine auf Grund der Zusammensetzung der Diskutantenrunde waren polarisierende Äußerungen nicht zu erwarten.

Wer hingegen ein Manifest für den Rechtsstaat und gegen bedrohliche Angriffe auf diesen erwartet hatte, der bekam ein einstimmiges Bekenntnis aller Rechtsberufe zu den Grundfesten der Verfassung zu hören.

Durch die Einigkeit aller Beteiligten waren über weite Strecken nicht die Anwürfe des Verfassungsgerichtshofes durch *Haider* Diskussionsthema, sondern einige Aspekte auf „Nebenfronten“ bzw in Annexmaterien.

So führten beispielsweise Präsident *Hoffmann* und Präsident *Jabloner* einen Diskurs über die Sinnhaftigkeit der Veröffentlichung von *dissenting opinions*: Während *Hoffmann* unter dem Hinweis darauf, dass Richter Zivilcourage zu besitzen hätten, für die Veröffentlichung abweichender Meinungen eintrat, sprach sich *Jabloner* dagegen aus: Man müsse dies „zivilisierteren Zeiten“ überlassen.

Professor *Doralt* hingegen äußerte Bedenken über eine mögliche Befangenheit von Richtern, die Parteimitglieder seien, wenn diese in einem Verfahren über einen Parteifreund zu urteilen hätten. Präsidentin *Helige* wies die Kritik zurück, wonach jedes Urteil eines solchen Richters von seiner politischen Grundeinstellung geprägt sei.

Einen Aspekt, der gerade jetzt höchst aktuell (geworden) ist, zeigte *Barbara Helige* auf: Vielleicht sei die persönliche Unabhängigkeit des Richters gesichert, allerdings böte das Erzeugen finanzieller und personeller Abhängigkeiten die Möglichkeit, Macht über die Richter auszuüben.

In hinreichender Deutlichkeit ist diese sehr wohl vorhandene, immer stärker werdende Abhängigkeit des Richters von der Justizverwaltung in allerjüngster Zeit zu Tage getreten: Als ein ganzes Gericht per Telefax erst zu einem Zeitpunkt von seiner bald anstehenden Auflösung in Kenntnis gesetzt wurde, als diese bereit im Ministerrat – wenn auch noch nicht als Regierungsvorlage, wie zuletzt immer betont wird – beschlossen war. Egal ob die Zusammenlegung des Jugendgerichtshofs Wien mit dem Landesgericht für Strafsachen Wien in der Sache sinnvoll sein mag oder nicht, „es ist der Ton, der die Musik macht“. Für Stoff für weitere Diskussionen ist also gesorgt.

Dr. Sabine Längle ist Richterin des Landesgerichtes Wr. Neustadt.

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen: Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, 1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Rennweg 16, Postfach 129, A-1037 Wien, Tel. 01/610 77, Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589, e-Mail: order@verlagoesterreich.at, <http://www.verlagoesterreich.at>

Preis: Jahresabonnement Euro 29,-, StudentInnenabonnement Euro 20,-, Förderabonnement Euro 50,-, exkl. Euro 8,- Porto und Versandkosten (Inland)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Drⁱⁿ. Elisabeth Holzleithner, Mag^a. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

AutorInnen dieser Ausgabe:

Dr. Herbert Beran, Univ.-Prof. Dr. Walter Berka, DD. Wolfgang Bogensberger, Sean Donaghue, Univ.-Prof. Dr. Bernd-Christian Funk, Mag^a. Iris Kugler, Drⁱⁿ. Sabine Längle, Drⁱⁿ. Claudia Mahler, Dr. Robert Rittler, Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, Mag. Thomas Sperlich, Drⁱⁿ. Anna Sporrer, Dominik Thompson, Mag. Andreas Ulrich, Alice Wagner, Dr. Wilfried Ludwig Weh, Mag. Andreas Weikhart, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, Michael Wimmer, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Windhager

Offenlegung

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

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

Layout und Satz: Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

Druck: Berger, 3580 Horn

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

.....

System 1 sieht einen gerichtlichen Rechtszug an ein Gericht mit *umfassender* Kognition vor. Verlangt wird in diesem Falle nach stRsp des EuGH Tatsachenkognition, die Berücksichtigung des *aktuellen* Sachverhaltsstandes, Neuerungsmöglichkeit, materielle Prüfpflicht, Befugnis zur Handhabung besseren Ermessens, also Abänderungsmöglichkeit. Übrigens verlangt auch der EGMR für die Aufenthaltsbeendigung über die aus Art. 8 EMRK abzuleitende Verpflichtung zur Berücksichtigung des „pressing social need“ eine Berücksichtigung der aktuellen Umstände zum Durchsetzungszeitpunkt.¹⁶

Es ist offenkundig, dass dem Verwaltungsgerichtshof alle diese Merkmale fehlen. Der Verwaltungsgerichtshof ist kein Tatsachengericht, sondern an den von der Behörde angenommenen Sachverhalt gebunden.¹⁷ Er hat keine meritorische Entscheidungsbefugnis, sondern kann nur kassatorisch entscheiden. Er hat keine Befugnis zur Handhabung besseren Ermessens, sondern ist an die Ermessenshandhabung der Behörde gebunden.¹⁸ Beim Verwaltungsgerichtshofs besteht Neuerungsverbot.¹⁹ Stichtag für die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheids – und nicht der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs, spätere Sachverhaltsänderungen kann der Verwaltungsgerichtshof nicht berücksichtigen.²⁰ Die These, dass bei geänderter Sachverhalt eine Neudurchführung des Verfahrens wirksamen Rechtsschutz geben könne,²¹ erweist sich gerade im Polizeirecht als Schimäre.

In der deutschen Textfassung des Art. 9 RL 64/221 fehlt am Satzbeginn im Zusammenhang mit dem Wort „Rechtsmittel“ das Wort „gerichtlich“. Die anderen Sprachfassungen lauten am Satzbeginn:

Engl.: Where there is no right of appeal to a court of law . . .

Franz.: En l'absence de possibilités de recours juridictionnels . . .

Niederl.: Bij ontstentenis van mogelijkheden van gerechtelijk beroep . . .

Ital.: Se non sono ammessi ricorsi giurisdizionali . . .

Span.: Cuando no exista la posibilidad de recurso judicial . . .

Port.: Não sendo possível interpor recurso para órgãos jurisdicionais . . .

Alle Begriffe „appeal to a court of law“, „recours juridictionnels“, „gerechtelijk beroep“, „ricorsi giurisdizionali“, „recurso judicial“ und „recurso para órgãos jurisdicionais“ meinen fraglos *gerichtliche* Vollrechtsmittel.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind unterschiedliche Sprachfassungen zu harmonisieren. Wenn alle anderen Sprachfassungen völlig einheitlich von gerichtlichem Rechtsmittel sprechen, dann ist die deutsche Fassung der Richtlinie im gleichen Sinne auszulegen.²² Im oben zitierten Urteil vom 27. November 2001 hat der EuGH bestätigt, dass der Begriff „Rechtsmittel“ ein gerichtliches Rechtsmittel im Sinne des Art. 6 EMRK meine. Tatsächlich verwenden die Europäischen Organe für Rechtsmittel im Bereich der Verwaltung oder in außerstreitigen Verfahren regelmäßig den Begriff Rechtsbehelf.²³

Für den Fall, dass ein gerichtliches Rechtsmittel an ein Gericht mit Vollkognition im Sinne des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie nicht gewährleistet ist, garantiert Art. 9 Absatz 2 die Anhörung einer von der Fremdenpolizei unabhängigen Stelle.

Es gibt also im österreichischen Fremdenrecht derzeit *weder* ein Vollrechtsmittel nach Art. 9 Abs. 1 an ein Gericht *noch* eine Unabhängige Stelle nach Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie.

Solange einem gemeinschaftsrechtlich geschützten Fremden Rechtsschutz des Art. 9 RL nicht gewährleistet war, darf die über ihn verhängte aufenthaltsbeendende Maßnahme nicht durchgesetzt werden. Zu dieser Frage behängt

auch aktuell ein Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Stuttgart vor dem EuGH.²⁴ Zur Klarstellung: Die Vorgaben der Richtlinien hindern den Verwaltungsgerichtshof nicht, meist schon historisch die Gesetzmäßigkeit eines Aufenthaltsverbots zu prüfen, nur für die Durchsetzung eines Aufenthaltsverbots gegen einen gemeinschaftsrechtlich geschützten Fremden ist ein Bescheid oder ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs allein niemals ausreichend.

Diese Rechtsschutzgarantien gelten unbestritten für Unions- und EWR-Bürger und ihre Familienangehörigen.²⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofs schützt das Verbot der Inländerdiskriminierung auch Angehörige von Österreichern in gleicher Weise.²⁶ Weitergehend ergibt sich dies auch aus § 49 iVm § 47 und 48 Fremden-Gesetz 1997.

Der Europäische Gerichtshof hat die Übertragung gemeinschaftsrechtlicher Freizügigkeitsprivilegien auf assoziationsberechtigte türkische Arbeitnehmer in seinem Urteil *Bozkurt*²⁷ ausdrücklich bejaht, nachdem die niederländische, die deutsche und die griechische Regierung im Verfahren vergeblich den Standpunkt vertreten hatten,²⁸ dass die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bei der Anwendung des Rechts der Freizügigkeit von Unionsbürgern nicht auf Assoziierungsabkommen übertragen werden dürften, weil es sich bei Assoziierungsabkommen um „Bestimmungen mit bescheideneren Zielsetzungen“ handle. Der Europäische Gerichtshof hat vielmehr ausdrücklich betont:

19. Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Ziel, das der Assoziationsrat beim Erlass der sozialen Bestimmungen des Beschlusses Nr. 1/80 verfolgte, darin bestand, geleitet durch die Artikel 48, 49 und 50 des Vertrages zu einer weiteren Stufe bei der Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer überzugehen.

20. Um die Beachtung dieses Zieles sicherzustellen, erscheint es unabdingbar, dass

16 Vgl. zB. das EGMR Urteil Dalia vom 19.02.1998, Nr. 26102/95.

17 § 41 VwGG.

18 Art. 130 Abs. 2 B-VG.

19 § 41 VwGG.

20 §§ 41 und 42 Abs. 3 VwGG.

21 *Jablöner*, Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1995, 921 ff.

22 ZB. EuGH Urteil Birden vom 26.11.1998, Rs. C-1/97.

23 Sh. zB. EuGH Urteil *Salzmann* vom 14.06.2001, Rs. C-178/99.

24 AZ 6 K 1307/01, beim EuGH geführt als Rs. C-482/01, Orfanopoulos.

25 Art. 10 Vo. 1612/68/EWG.

26 StRsp. seit VfGH Erk. 17.06.1997, B 592/96 = VfSlg. 14863/96 = EuGRZ 1997, 362 ff. Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom

07.10.1997, V 76/97 und V 92/97, VfSlg. 14963, dann dezidiert ausgesprochen, dass österreichische Staatsbürger EWR-Bürger und daher wandernden EWR-Bürgern gleichgestellt sind, und dies im Erkenntnis vom 09.12.1999, G 42/99, VfSlg. 15683, wiederum ausdrücklich bestätigt. Sh. auch das Erkenntnis VwGH 12.04.1999, 96/21/0012, wonach „29 FRG jedenfalls dahin auszulegen

(ist), daß die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen sämtlicher EWR-Bürger, also auch die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen österreichischer Staatsbürger, einheitlichen (begünstigten) Regelungen unterworfen ist“.

27 EuGH Urteil vom 06.06.1995, *Bozkurt*, Rs. C-434/93.

28 Sh. Z. 18 der Urteilsbegründung.

auf die türkischen Arbeitnehmer, die die im Beschluss Nr. 1/80 eingeräumten Rechte besitzen, soweit wie möglich die im Rahmen dieser Artikel geltenden Grundsätze übertragen werden.

In einigen weiteren Urteilen hat der EuGH diese Auffassung wiederum bestätigt.²⁹ Es gelten also für die Aufenthaltsbeendigung assoziationsintegrierter türkischer Arbeitnehmer und ihrer aufenthaltsberechtigten Angehörigen dieselben Standards wie für die Aufenthaltsbeendigung von Unionsbürgern oder ihren Angehörigen.

Nachdem der EuGH also schon seit langem klargestellt hat, dass assoziationsintegrierte türkische Arbeitnehmer den Schutzstandard der Richtlinie 64/221 in Anspruch nehmen können, hat er jüngst in mehreren Urteilen den assoziationsrechtlichen Charakter der Europaabkommen mit den mittel-, mittelost- und südosteuropäischen Staaten bejaht und damit auch die Anwendbarkeit der Richtlinie 64/221 auch auf deren Staatsbürger bestätigt. Diese Urteile des EuGH zu den Europaabkommen mit Polen,³⁰ Bulgarien³¹ und Tschechien³² sind auch auf alle anderen Abkommen mit mittel-, mittelost- und südosteuropäischen Staaten uneingeschränkt übertragbar. Damit begründet die Richtlinie 64/221 einen einheitlichen Standard für aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen die große Mehrheit der europäischen Bürger.

Fehlender Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung

Bundesminister Caspar Einem hat im Omofuma-Prozess³³ jüngst als Zeuge ausgesagt, dass zu seiner Zeit als Innenminister in seinem Ministerium „feststellbare Panik“ geherrscht habe, Österreich könnte von Ausländern überschwemmt werden.³⁴

Der Verfassungsgerichtshof hat bereits am Tag (!!!) des Inkrafttretens des Aufenthaltsgesetzes dem neuen System der Kontingentierung der Familienzusammenführung die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigt.³⁵ Das System sei in sich so ausgewogen, dass bei Vorliegen eines Versagungsgrundes „in jedem Fall die Erteilung eines Sichtvermerkes zu versagen ist, ohne dass die persönlichen Verhältnisse des Fremden zu berücksichtigen sind“. Das System gehe von der Durchschnittsbetrachtung aus, „bei der, verfassungsrechtlich zulässig, allenfalls auftretende Härtefälle vernachlässigt werden dürfen“.

In einem Schreiben vom Dezember 1996 hat die Generaldirektion V der Europäischen Kommission auf Anfrage des Autors³⁶ wie folgt Stellung genommen:³⁷

As explained by Mr Martin in Vienna during the seminar on association agreements,³⁸ we consider that the Demirel judgement means that the right to family reunion rests exclusively upon Member States. However, in the light of the arguments put forward in your letter we can agree that the Demirel judgement is not settled law and that the Court of Justice could come back to that ruling if asked to. The posterior (and widely unexpected) recognition by the Court of rights to Turkish workers brought the situation of the latter closer to that of EC workers, as noticed by AG Darmon in his opinion delivered in the Kus case. This intermediate situation in which Turkish workers are now can indeed raise the question whether the statement made in Demirel is still coherent with the posterior case-law. Undoubtedly, a request for a preliminary ruling on this point would be welcomed.

Diese von der Kommission angeregte Vorabentscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof bisher nicht beim EuGH eingebracht, trotz des hohen Risi-

kos einer Vertragsverletzungsklage gegen Österreich.

Im Fall *Eyüp* hat der Generalanwalt³⁹ betont, dass der EuGH Art. 8 EMRK bei der Auslegung des Art. 7 ARB 1/80 stets herangezogen habe. Im Urteil⁴⁰ fehlt zwar eine klare Bezugnahme auf Art. 8 EMRK, im Tenor folgt das Urteil aber mit der Anerkennung des natürlichen Familienbands nach Art. 8 EMRK dem Schlussantrag.⁴¹ Dieses Urteil bedeutet daher eine massive weitere Verdichtung des oben erwähnten „posterior case-law“.⁴²

Es ist wiederkehrend argumentiert worden,⁴³ dass auffalle, dass die Straßburger Menschenrechtsorgane seit dem weit zurückliegenden Fall *Abdulaziz u. a.*,⁴⁴ der übrigens aus anderen Gründen für die Beschwerdeführerin zu einem ausreichenden Ergebnis geführt hatte, keinen einzigen vom Sachverhalt her eindeutigen Einwanderungsfall mehr unter dem Gesichtspunkt des Art. 8 EMRK zu prüfen gehabt hätten. Das Urteil *Gül*⁴⁵ habe den Anspruch auf Familiennachzug von Eltern zu prüfen gehabt, die bloß über humanitäre Aufenthaltsbewilligungen verfügten (offenbar war keiner der beiden Elternteile selbsterhaltungsfähig), wobei das Urteil darstelle, dass daueraufenthaltsberechtigte Arbeitnehmer in der Schweiz einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug hätten – im Gegensatz zur geltenden Rechtslage in Österreich. Das deutsche Bundesverfassungsgericht habe ausgesprochen,⁴⁶ dass ein Drittstaatsausländer nach acht Jahren des erlaubten Aufenthalts einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug in Deutschland habe. Die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in den Fällen *Ahmut*⁴⁷ und *Nsona*⁴⁸ beträfen im Tatsächlichen höchst zweifelhafte Fälle, beim Fall

²⁹ ZB. in seinen Urteilen vom 23.1.1997, *Tetik*, Rs. C-171/1995, vom 17.4.1997, *Selma Kadiman*, Rs. C-351-95, und vom 30.09.1997, *Ertanir*, Rs. C-98/96, und *Günyadin*, Rs. C-36/96.

³⁰ EuGH Urteile vom 27.09.2001 *Gloszczuk*, Rs. C-63/99, und vom 20.11.2001, *Jany u. a.*, Rs. C-268/99.

³¹ EuGH Urteil vom 20.11.2001, *Kondova*, Rs. C-235/99.

³² EuGH Urteile vom 27.09.2001, *Barkoci und Malik*, Rs. C-257/99, und vom 20.11.2001, *Jany u. a.*, Rs. C-268/99.

³³ Omofuma ist während der Ab-schiebung unter gerichtlich zu klärenden Umständen gestorben.

³⁴ Zitiert nach <http://www.orf.at/orfon/020314-48916/48917txtstory.html> vom 14.03.2002.

³⁵ VfGH Erkenntnis 01. Juli 1993, B 338/93-8, 445/93-7, VfSlg. 13497.

³⁶ Die Anfrage vom 2.12.1996 zitierte im Wesentlichen die später bei *Weh*, Vom Stufenbau zur Relativität, Verlag Österreich 1997, Kapitel 10 Ziffer 1, wiedergegebenen Rechtsquellen.

³⁷ Schreiben vom 10.12.1996, Zahl V/D/4 D (96) DM/bs.

³⁸ Beim Seminar des Europaforums Wien im November 1996 hatten *Gutmann* und *Martin* einen Familienzusammenführungsanspruch verneint, der Autor einen solchen bejaht. Im

Sammelband *Lichtenberg/Linne/Gümrükcü*, Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?, 101 ff., Nomos Verlag 1996, bejahte *Heldmann* (157 ff.) einen solchen Anspruch vehement, während *Lichtenberg (75)* und *Gutmann* ihn verneint haben.

³⁹ Schlussantrag *Eyüp* vom 19.11.1999, Rs. C-65/98, Ziffer 16, Verfasser GA La Pergola.

⁴⁰ EuGH Urteil *Eyüp* vom 22.06.2000, Rs. C-65/98.

⁴¹ Die Anerkennung der Lebensgemeinschaft bedeutet inhaltlich die Anerkennung der „natural family“ nach Art. 8 EMRK.

⁴² Sh. dazu die Übersicht bei *Siofra O'Leary*, Employment and Residence

for Turkish Workers and their Families, 731 ff.

⁴³ ZB. *Weh*, Gibt das Assoziationsrecht einen Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung, ITES-Jahrbuch 2000-2001, 317 ff.

⁴⁴ EGMR Urteil *Abdulaziz u. a.* vom 28.05.1985, Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81.

⁴⁵ EGMR Urteil *Gül* vom 19. Februar 1996, Nr. 23218/94.

⁴⁶ BVerfG Beschluss des Zweiten Senats vom 12.05.1987, 2 BvR 1226/83, 101, 313/84.

⁴⁷ EGMR Urteil *Ahmut/NL*, 28.11.1996, Nr. 21702/93.

⁴⁸ EGMR Urteil *Nsona/NL*, 28.11.1996, Nr. 23366/94.

Nsona sei letztlich die Identität des einwandernden Kindes ungeklärt geblieben, und beim Fall *Ahmut* sei wohl die Frage des Sondervotums Martens erlaubt gewesen, ob der Beschwerdeführerin seine Staatsbürgerschaft „by means . . . above suspicion“ erworben hätte. Ein „sauberer“ Einwanderungsfall eines im Einwanderungsland daueraufenthaltsberechtigten und arbeitenden Ausländers sei offenbar noch nie an den EGMR herangetragen worden.

Schon nach der Europäischen Charta der Rechte des Kindes⁴⁹ hat jedes Kind das Recht,⁵⁰ bei beiden Eltern zu leben, von diesen gepflegt und erzogen zu werden und mit ihnen regelmäßigen Kontakt zu haben, was natürlich nur bedeuten kann, dass auch beide Eltern einen Rechtsanspruch auf Zusammenleben haben müssen. Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention garantiert die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls. Nach Art. 5 achten die Mitgliedstaaten die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Eltern, das Kind zu leiten und zu führen. Nach Art. 8 verpflichten sich die Vertragsstaaten, das Recht des Kindes zu achten, seine Familienbeziehungen ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten. Nach Art. 9 stellen die Vertragsstaaten sicher, „daß ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird“. Nach Art. 18 sind für die Erziehung und Entwicklung des Kindes „in erster Linie die Eltern . . . verantwortlich“ (gemeint offenkundig: wo möglich, beide).

Nach Art. 24 der Grundrechtscharta der Europäischen Union hat jedes Kind Anspruch „auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen“. Dies kann natürlich nur bedeuten, dass das Kind und sein anderer Elternteil jeweils beim Familienerhalter wohnen dürfen, denn gelegentliche Urlaubskontakte erfüllen die Anforderung der Regelmäßigkeit natürlich nicht.

Inzwischen gibt es den lange erwarteten „sauberen Einwanderungsfall“ aus Strassburg. In seinem bahnbrechenden Urteil⁵¹ vom 21.12.2001 hat der EGMR erstmals aus Art. 8 EMRK einen *positiven* Rechtsanspruch auf Famili-

ienzusammenführung im Aufnahmeland abgeleitet, wenn der Familie insgesamt die Familienzusammenführung im Herkunftsland nicht mehr zumutbar ist. Er hat in dezidierter Abkehr von seinen Urteilen *Ahmut* und *Abdulaziz* folgende Entscheidung getroffen:⁵²

40. Im Gegensatz zu seinen Überlegungen in der Rechtssache *Ahmut* kommt der Gerichtshof in diesem Verfahren zum Ergebnis, dass ein größeres Hindernis der Rückkehr der Familie Sen in die Türkei entgegensteht. Titular einer unbefristeten Niederlassungsbewilligung der eine, Inhaberin einer unbefristeten Aufenthaltsberechtigung als Ehegattin eines Arbeiters mit unbefristeter Niederlassungsbewilligung die andere, haben die beiden Beschwerdeführer ihren ehelichen Wohnsitz in den Niederlanden begründet, wo sie seit vielen Jahren legal aufhältig sind (vgl. *im Gegensatz dazu* das Urteil *Gül*, . . . § 41), wo auch ihr zweites Kind im Jahre 1990 und ihr drittes Kind im Jahre 1994 geboren wurden. . . . Unter diesen Umständen stellt die Einreise des Kindes Sinem in die Niederlande das adäquateste Mittel zur Herbeiführung der Familieneinheit dar. . . .

41. Indem die beiden Erstbeschwerdeführer vor die Alternative gestellt wurden, ihre Existenz in den Niederlanden aufzugeben oder auf das Familienleben mit ihrer ältesten Tochter zu verzichten, hat der belangte Staat es verabsäumt, eine faire Güterabwägung zwischen den Interessen der Beschwerdeführer einerseits . . . und seinem Recht auf Kontrolle der Immigration vorzunehmen.

Nach diesem Urteil, das einen Meilenstein setzt, besteht ein *unbedingter Anspruch auf Familieneinheit*. Abzuwägen ist nur, wo dieser Ort der Familieneinheit liegen muss. Wenn dem Rest der Familie die Aufgabe der Existenz im Aufnahmeland nicht zumutbar ist, dann ist die Familienzusammenführung im Aufnahmestaat zu gestatten.

Die Quotenregelung des Fremdengesetzes ist also klar EMRK-widrig, es hat in jedem Fall eine materielle Güterabwägung stattzufinden. Die zur Begutachtung verschickte Fremdenrechtsnovelle 2002 ist damit in einem zentralen Punkt ebenso Makulatur wie das geltende Gesetz, wobei rätselhaft bleibt, warum die Regierungsvorlage dieses Urteil einfach ignoriert.

Fehlende Kompetenz für Provisorialmaßnahmen

Im Urteil *Atlanta*⁵³ hat der EuGH die Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Erlassung einstweiliger Anordnungen auch auf aktive (*positive*) Maßnahmen, also auch auf Akte der vorläufigen Rechtsgestaltung, selbst auf die vorläufige Herstellung eines Rechtszustandes, der allenfalls noch nie bestanden haben kann, erstreckt, denn:

27. Der Vertrag ermächtigt den Gerichtshof im Rahmen der Nichtigkeitsklage nicht nur in Artikel 185, die Durchführung der angefochtenen Handlung auszusetzen, sondern verleiht ihm in Artikel 186 außerdem die Befugnis, die erforderlichen einstweiligen Anordnungen zu treffen.

28. Welchen vorläufigen Schutz die nationalen Gerichte den Bürgern aufgrund des Gemeinschaftsrechts gewähren müssen, darf nicht davon abhängen, ob diese die Aussetzung der Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts oder den Erlaß einstweiliger Anordnungen zur vorläufigen Gestaltung oder Regelung der streitigen Rechtspositionen oder -verhältnisse zu ihren Gunsten beantragen.

Schon *Vcelouch*⁵⁴ hat schon zu den Kriterien der Erlassung einer positiven einstweiligen Anordnung (Verfügung) ausgeführt:

Probleme mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ergeben sich seit dem Unionsbeitritt Österreichs allerdings nicht nur in die Richtung, daß dieses Institut in seiner bisherigen Gestalt einer Restriktion unterworfen ist, sondern auch derart, daß die Wirkungen von Rechtsakten in Verfahren aufgeschoben werden müssen, obwohl dies bisher weder für diese Akte noch in diesen Verfahren vorgesehen war. (. . .) Da diese Pflicht der beiden Höchstgerichte nicht im nationalen Recht wurzelt, sondern ausschließlich im Gemeinschaftsrecht begründet ist, kann die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung weder vom Vorliegen der Voraussetzungen noch von der Einhaltung des Verfahrens wie es in den §§ 30 VwGG und 85 VfGG vorgesehen ist abhängen.

Hier fordert also das Gemeinschaftsrecht grundlegend Neues von der österreichischen Rechtsordnung, und zwar nicht über eine Gesetzgebungspflicht oder im Rahmen bestehender gesetzlicher Möglichkeiten, sondern

49 Entschließung A 3-0172/92 des Europäischen Parlaments vom 08.07.1992, Amtsblatt vom 21.09.1992, C 241, Seiten 67 ff.
50 Pkt 8.11 und 8.17.

51 EGMR Urteil *Sen/NL*, 21.12.2001, Nr. 31465/96.
52 Eigene Übersetzung aus dem französischen Urteilstext.

53 EuGH Urteil *Atlanta I* vom 9.11.1995, Rs. C-465/93, Slg. 1995, I-3761.

54 *Vcelouch*, Gerichtskompetenz und EU, 187-189.

von allen Gerichten unbedingt und unter Ausschaltung allen entgegenstehenden nationalen Verfahrensrechts. Der Europäische Gerichtshof verlangt hier und jetzt und ohne weiteres eine allenfalls auch aktive, möglicherweise noch nie bestandene Rechte des Beschwerdeführers schaffende vorläufige Rechtsgestaltung.⁵⁵

Der Verwaltungsgerichtshof hat dieses Problem zunächst durchaus richtig erkannt und dem EuGH folgende Fragen vorgelegt:⁵⁶

4. Ist es gemeinschaftsrechtlich geboten, die sich aus Art. 6 und 7 des Beschlusses Nr. 1/80 in einem Mitgliedstaat (mit unmittelbarer Wirkung) ergebenden Rechte des darin umschriebenen Personenkreises im Einzelfall durch Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz in der Form positiver (gestaltender) einstweiliger Anordnungen zu sichern?

5. Im Falle der Bejahung von Frage 4: Sind auf Gemeinschaftsrecht beruhende positive (gestaltende) einstweilige Anordnungen dahin, daß im Einzelfall (einer antragstellenden und sich auf Rechte nach Art. 6 und 7 des Beschlusses Nr. 1/80 berufenden Partei) das Bestehen der beantragten Assoziationsfreizügigkeit für die Dauer eines Verfahrens vor der zuständigen Verwaltungsbehörde, vor dem die Entscheidung dieser Behörde nachprüfenden Gericht oder des Verfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften über ein Ersuchen um Vorabentscheidung bis zur endgültigen Rechtsschutzgewährung vorläufig als bestehend festgestellt wird, zur Abwendung eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens notwendig und ist ein derartiger Schaden darin zu erblicken, daß eine bindende Feststellung über das Bestehen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Assoziationsfreizügigkeit im Einzelfall nicht unmittelbar sondern zu einem späteren Zeitpunkt entschieden wird?

Die Kommission hielt diese Fragen für konstruiert, denn es sei doch unmöglich,⁵⁷ dass „die nationale Verfahrensordnung für derlei Fälle keinerlei Rechtsbehelfe vorgesehen hätte“ (sic!). Um sich die Peinlichkeit zu ersparen, dass sich bei der Verhandlung das Ge-

genteil erweist, hat die Bundesregierung diese Vorabentscheidungsfragen dadurch „unterlaufen“, dass sie die Beschwerdeführerin durch Erteilung eines Befreiungsscheins vor der Verhandlung klaglos stellte.⁵⁸ Bei der Verhandlung hat die Bundesregierung dann plädiert, dass diese Fragen irrelevant seien. Die Beschwerdeführerin hat plädiert, dass die Antwort auf die Fragen weiterhin schadenersatzrechtliche Konsequenzen haben könnte, worauf die Kommission argumentierte, dann könnten die Fragen ja anlässlich eines Schadenersatzverfahrens gestellt werden. Der EuGH hat die Fragen daraufhin nicht beantwortet.⁵⁹

Anstatt nun diese nach wie vor ungelösten Vorabentscheidungsfragen in *relevantem* Zusammenhang neuerlich vorzulegen, scheint der VwGH seither davon auszugehen, positive einstweilige Anordnungen schreibe das Gemeinschaftsrecht nicht vor.⁶⁰ Hier ist der VwGH bei einem von ihm selbst erkannten Problem seither in krasser Weise säumig.

Die Zuerkennung aufschiebender Wirkung in Beschwerdeverfahren über die Aufhebung von Aufenthaltsverboten nach § 44 Fremdenengesetz bedeutet allerdings keine positive Anordnung, sondern bloß die Suspendierung der Wirkungen eines indirekt angefochtenen, aber direkt präjudiziellen Bescheids. Dies dürfte der VwGH demnächst erkennen.⁶¹

Fehlende Aktualitätskontrolle

Die Verpflichtung zur Aktualitätskontrolle von Aufenthaltsverboten vor ihrer Durchsetzung ergibt sich nicht nur aus dem Erfordernis der dringenden Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft (und nicht in einem Polizeistaat à la Metternich) nach Art. 8 EMRK und Art. 1 des 7. ZPEMRK,⁶² sondern auch aus den Anforderungen der Art. 3 und 9 RL 64/221.

Mit dieser Verpflichtung kategorisch unvereinbar ist die österreichweit

gepflogene Spruchpraxis der Sicherheitsdirektionen, dass das gerichtliche Strafrecht generell ganz ungeeignet sei, auf Straftäter, insbesondere auch auf Ersttäter, irgendwelche Auswirkungen zu haben. Diese quasi selbstverständliche Leugnung auch nur der *Möglichkeit*, ein Straftäter könne nach seiner ersten Verurteilung, oder wenn ein Jugendstraftäter erwachsen geworden ist, allenfalls nach Gründung einer Familie, *nicht* wieder straffällig werden, ist notwendige Konsequenz der Leugnung einer spezialpräventiven Notwendigkeitsprüfung.

Die Regelpraxis, nach dem Vollzugende ohne aktuelle Anhörung abzuschließen, widerspricht diesen Anforderungen völlig.

Resümee

Der Gesetzgeber ist gefordert, das gemeinschaftsrechtliche Fremdengesetz ordnungsgemäß umzusetzen, denn bisher hat er dies fast völlig verabsäumt.⁶³ Die Fremdenrechtsnovelle 2002 leistet diese Umsetzung nicht, weshalb sie zurückgezogen werden sollte.

Der Verwaltungsgerichtshof müsste beginnen, das gemeinschaftsrechtliche Fremdenrecht zu judizieren. Er müsste dabei seine aus dem 19. Jahrhundert datierenden Fesseln als gemeinschaftsrechtlich verdrängt ansehen. Natürlich wäre auch der Gesetzgeber gefordert, die kakanischen Kompetenzbeschränkungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu beseitigen und sie zeitgemäß völlig neu zu konzipieren.

Dr. Wilfried Ludwig Weh ist Rechtsanwalt in Bregenz.

⁵⁵ In diesem Sinne schon *Weh*, Vom Stufenbau zur Relativität, 270.

⁵⁶ VwGH Beschluss vom 18.12.1997, 97/09/0331, *Eyüp*, EuGH Rs. C-65/98.

⁵⁷ Schriftsatz 10.06.1998, JURM (98) 10010, Seite 20.

⁵⁸ Befreiungsschein vom 10.12.1998.

⁵⁹ EuGH Urteil *Eyüp* vom 22.06.2000, Rs. C-65/98 Ziffer 49. In der Hauptsache bestätigte der EuGH

den Standpunkt der Beschwerdeführerin, und auch der VwGH hat der Beschwerde im Erk. vom 28.09.2000, 2000/09/0116, Folge gegeben.

⁶⁰ Während der einstweiligen Rechtsschutz verweigernde Beschluss VwGH 24.03.1999, 99/11/0056-3 noch vor dem Urteil *Eyüp* ergangen ist, negieren die Beschlüsse VwGH 10.11.2000, AW

2000/09/0067-7 und 01.12.2000, AW 2000/09/0058-4, diese Verpflichtung sogar unter dezidierte Berufung auf das Urteil *Eyüp*! Vgl. konträr auch VfGH Beschluss vom 01.10.2001, G 223/01, der von der Sinnhaftigkeit auch bloß deklaratorischer Bescheinigungen ausgeht.

⁶¹ Die von der bisherigen Spruchpraxis abweichende Zustellverfügung vom 28.03.2002, AW 2002/21/0029-4, lässt dies hoffen.

⁶² Vgl. zB. das EGMR Urteil *Dalia* vom 19.02.1998, Nr. 26102/95.

⁶³ Ansätze finden sich in den §§ 46 bis 49 Fremdengesetz.

Freie Radios im Gegenwind

Robert Rittler

Die juristische Methodenlehre hat sich in den letzten Jahrzehnten gewiss zu einer eigenen Subdisziplin der Rechtswissenschaften entwickelt. Viel wurde geschrieben, viel weniger ist daraus zu gewinnen, kaum etwas ist unumstritten. Vielleicht lässt sich als Trend in der Wissenschaft vom öffentlichen Recht noch festmachen, dass – auch unter dem Einfluss internationaler Gerichte – das „Kleben“ am Wortlaut mittlerweile auch hier als verpönt gilt. Dennoch empfiehlt sich ab und zu der Blick auf den nackten Gesetzeswortlaut. Dieser lautet im Falle des Art. 10 Abs. 1 EMRK:

„Jedermann hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten und Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. [. . .]“

Wie leicht ersichtlich, soll die Meinungsäußerungsfreiheit *jedermann* zukommen. Art. 10 Abs. 1 EMRK schränkt sie weder auf Staatsbürger noch auf Volljährige, weder auf Reiche noch auf politisch Mächtige ein.

Wegen der Besonderheiten des Rundfunks hat der Staat jedoch bei der Beschränkung dieser Freiheit großen Spielraum. Nach Art. 10 Abs. 1 Satz 3 EMRK können Rundfunkunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterworfen werden¹. Eine vollständige Negation der Freiheit, Informationen und Meinungen mittels Rundfunk zu verbreiten, kann darauf nicht gestützt werden. Seit dem Urteil des EGMR im Fall Informationsverein Lentia² ist klar-

gestellt, dass auch die Einschränkung der aktiven Rundfunkfreiheit, das ist das Recht Rundfunk zu betreiben, einer Rechtfertigung am Maßstab des Art. 10 Abs. 2 EMRK bedarf³. Die Knappheit terrestrischer Frequenzen kann selbstverständlich eine solche Rechtfertigung sein, aber nur soweit eben schon alle zur Verfügung stehenden Frequenzen vergeben wurden. Weitere Gründe, aus denen die aktive Rundfunkfreiheit beschränkt werden kann, ergeben sich insbesondere aus dem Recht der Rezipienten, ein breit gefächertes Rundfunkangebot empfangen zu können⁴. Der Staat hat bei der Festlegung von rundfunkpolitischen Zielen einen weiten Spielraum⁵; vergibt er aber in einem behördlichen Verfahren Lizenzen, so muss er dies in nicht diskriminierender Weise tun⁶.

All dies ändert nichts an der grundsätzlich individualrechtlichen Natur der aktiven Rundfunkfreiheit⁷. Dieser individuelle Anspruch erschöpft sich für gewöhnlich im Recht, sich unter den gesetzlichen Bedingungen um eine Lizenz bewerben zu können. Damit wird er aber für viele Menschen praktisch wertlos, da sie weder das nötige Geld haben, noch einen großen Teil ihres Lebens dem Rundfunk widmen wollen. Will der Staat dem individualrechtlichen Aspekt der Rundfunkfreiheit Gewicht beimessen, so wird er wohl dem und der Einzelnen den Zugang zum Rundfunk erleichtern müssen. Dies kann auf mehrere Arten geschehen, so grundsätzlich durch Zugangsansprüche zu privaten oder öffentlich-rechtli-

chen Kanälen oder durch eigene Sender, die entweder durch private Vereine oder durch die Aufsichtsbehörde betrieben werden. Alle diese Formen haben Vorbilder im Ausland.

Freie Radios

Als in den Neunzigerjahren die Rundfunklandschaft in Österreich in Bewegung kam, gab es bereits einige Initiativen zur Gründung von nichtkommerziellen Privatradios. Der Bund und manche Länder haben sich entschlossen, diese durch Subventionen zu unterstützen. Die Grundidee war, jedem/r, der/die *Sendungsbewusstsein* verspürt, Radio machen zu lassen. Notwendig sind ein Konzept, eine technische Einschulung und ein wenig Geduld während des Wartens auf einen Sendeplatz. Die sonst weit gehende Mediatisierung der aktiven Rundfunkfreiheit konnte so – lokal begrenzt und auf Hörfunk beschränkt – ein Stück weit aufgehoben werden. Derzeit sind ca. 1200 Bürgerinnen und Bürger⁸ bundesweit regelmäßig an der Programmgestaltung beteiligt.

Nichtkommerzielle Lokalradios gibt es in Österreich seit 1998. Derzeit sind insgesamt elf im Äther. Die neun Veranstalter⁹, die sich als freie Radios bezeichnen, bauen auf den Prinzipien Nichtkommerzialisierung, offener Zugang und Werbefreiheit auf. Zwei kirchliche Sender, Radio Maria und Radio Stephansdom, sind auch nichtkommerziell, aber anderen Grundsätzen verpflichtet.

Die Landschaft der freien Radios ist ständig in Bewegung. Hallein 104,2 und FreiRad Innsbruck¹⁰ werden demnächst zu senden beginnen. Radio Aufdraht Gobelburg versucht derzeit, eine Lizenz zu bekommen¹¹. Eine Genossenschaft in Reutte hat eine Bewilligung erhalten, kann sie aber wegen des noch vor dem VfGH anhängigen Verfahrens nicht ausüben. Manche Sender wie Radio Helsinki und das Gymradio Hollabrunn starteten mit

1 Artikel 10 Abs 1 Satz 3 EMRK lautet: „Dieser Artikel schließt nicht aus, dass die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.“

2 EGMR, Informationsverein Lentia u. a./Österreich, Serie A Nr 275 (= ÖJZ 1994, 32 = EuGRZ 1994, 549); Tretter, Wie Österreich in Straßburg wegen des ORF-Monopols verurteilt wurde, JAP 1993/94, 141 und 194.

3 EGMR, Informationsverein Lentia, Z 34ff; Tretter, JAP 1993/94, 197 f;

Schweighofer, Die Rechtslage nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Hofmann/Mariko/Merli/Wiederin (Hrsg.), Information, Medien und Demokratie (1997) 47 (56).

4 Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 227 f.

5 Holoubek, Gewährleistungspflichten 235.

6 EKMR Nr 10746/84, Verein Alternatives Lokalradio Bern ua/Schweiz, 16.10.1986, DR 49, 126.

7 Holoubek, Gewährleistungspflichten 228; Holoubek/Trainer/Weiner, Grundzüge des Rechts der Massenmedien (2000) 29.

8 Knoche/Hirner/Wagner, Freie Radios in Österreich: Auf dem Weg zum trialen Rundfunksystem, in: Fabris/Renger/Rest, Bericht zur Lage des Journalismus in Österreich (2001) 60; www.sbg.ac.at/ipk/abteilungen/aaK/projekte.htm.

9 Orange 94,0 (www.orange.or.at); Freier Rundfunk OÖ (www.fro.at);

www.radiofabrik.at; AGORA 105,5

(Kärnten; www.buk.ktn.gv.at/agora); Liezen (www.freequenns.com); Proton – das freie Radio (Vorarlberg; www.radioproton.at. Das Überleben dieses Senders ist derzeit nicht gesichert.); Freies Radio Salzkammergut 100,2 (www.rslive.at); Gymradio Hollabrunn (www.gymradio.at); Radio Helsinki Graz; (helsinki.mur.at). Stand: 7. Mai 2002.

10 www.freirad.at. Geht voraussichtlich am 15. Juni 2002 auf Sendung.

11 www.aufdraht.org.

einer befristeten Bildungsfunklizenz¹² und beantragten später eine unbefristete Lokalradiolizenz.

Freie Radios können begrifflich von „offenen Kanälen“ unterschieden werden. Während freie Radios ein Sendeschema, ein Leitbild und eine ständige Redaktion haben, verzichten letztere darauf. Ihre Sendungen werden von Bürgern ohne inhaltliche und formale Vorgaben auf eigene Initiative und in eigener Verantwortung produziert und zusammengestellt¹³. Dadurch sinkt die Zugangsschwelle im Vergleich zu freien Radios nochmals, das Programm wird aber auch unprofessioneller und dadurch schwerer hörbar. Die freien Radios in Österreich stellen durchwegs eine Mischung aus beiden Konzepten dar.

Der ORF räumt auf seinem Mittelwellensender „Radio 1476“ eigenständigen Initiativen Sendezeit ein¹⁴. Das so verbreitete „Radio Schöpfwerk“ versteht sich z. B. selbst ausdrücklich als „Bürgerradio“. Da Programmveranstalter aber der ORF ist, stellt „Radio 1476“ trotz seines eigenständigen Charakters einen Teil des öffentlich-rechtlichen Rundfunks dar, dessen Bestehen vom Willen der ORF-Organe abhängig ist.

Derzeit bemüht sich eine Initiative, die Lizenz für nicht-bundesweites terrestrisches Fernsehen im Raum Wien zu bekommen, um einen offenen Fernsehkanal zu betreiben¹⁵.

Das Programm freier Radios

Wichtigster Themenbereich der freien Radios ist Kultur¹⁶, aber auch Soziales¹⁷, Politik, Lokales, Jugend¹⁸ und Frühstücksradio¹⁹ spielen eine wichtige Rolle. Freie Radios geben gesellschaftlichen Gruppen, die in kommerziellen bzw. öffentlich-rechtlichen Medien nur selten vorkommen, eine Plattform. Türken, Vietnamesen, Pensionisten, Obdachlose und Gefängnisinsassen machen Programm. Politische Berichterstattung kann sich frei vom Druck, den Werbekunden gefallen zu müssen, auch Themen widmen, die politisch oder wirtschaftlich Mächtigen unangenehm sind und trägt so zur

Schaffung einer Diskursplattform bei, die sonst nur in Printmedien zu finden ist²⁰.

Auch Musik, die nicht von Mehrheiten gehört wird, bekommt eine Chance. Jazz ist zwar ein Fach an Musikuniversitäten, im kommerziellen oder öffentlich-rechtlichen Radio ist er aber nicht (mehr) zu hören – in freien Radios schon. Das klassische Wienerlied hat Tradition, wird aber trotz wiedererstarbten Publikumsinteresses im Radio kaum gespielt – „Orange 94,0“ bietet ihm ein Kulturschutzgebiet.

Die Sache mit dem Geld

Anfang 2000 wurde die neue Regierung angelobt und die nichtkommerziellen Privatradios bekamen zu spüren, was mit der angedrohten „Wende“ gemeint war: Kunststaatssekretär *Franz Morak* hat die Bundesförderung, die bis 1999 aus Mitteln des Kunstförderungsbeitrags bezahlt wurde, zuerst auf ein Drittel gekürzt, schließlich ganz gestrichen. Wer ihr Lied nicht singt, darf auch ihr Brot nicht essen.

1999 kamen durchschnittlich 78% der Einnahmen aus Subventionen. Diese setzten sich aus Bundesgeldern (69% der Einnahmen aus Subventionen), aus Landesgeldern (13%), EG-Förderungen (5%) und Unterstützungen von Gemeinden (10%) zusammen²¹. Die Bundesförderung war daher für die meisten freien Radios die wichtigste Finanzierungsquelle. Das burgenländische Volksgruppenradio „MORA“²², das auf einer Frequenz gemeinsam mit einem kommerziellen Radio sendete, musste daher seinen mehrsprachigen Sendebetrieb Ende Juli 2000 wieder einstellen^{23, 24}.

Der Entfall der Subventionen ist durch Versuche der Radios, Privatspenden aufzustellen, nicht wettzumachen. Das „Freie Radio Oberösterreich“ und „Orange 94,0“ bewerben seit Jahren ihr „Radioabo“. Bei Radio Orange wird man gegen einen Beitrag von 29 Euro Mitglied im Verein der MitarbeiterInnen von Radio Orange und erhält vier bis sechs Mal jährlich die Programmzeit-

schrift zugesandt. Immerhin 1700 WienerInnen sind bereit, dieses Radio finanziell zu unterstützen. Eine weitere Einnahmequelle stellen Projektfinanzierungen dar. Die öffentliche Hand oder die EG vergeben hin und wieder Projekte, z. B. zur Förderung ethnischer Minderheiten oder von Stadterneuerungsmaßnahmen. Für Übertragungen von Veranstaltungen können ab und zu Sponsorenbeiträge lukriert werden. Durch Schulungen von RadiomacherInnen lässt sich zwar auch etwas verdienen, aber der Aufwand ist enorm und zehrt an den Kräften der ohnedies überlasteten MitarbeiterInnen.

Laut *Manuela Meier*, bei Orange 94,0 zuständig für Öffentlichkeitsarbeit, fehlen derzeit 50.000 Euro, um die Zahlungsfähigkeit des Senders in der nächsten Zukunft zu sichern. Die Zahl der Angestellten wurde bereits von zehn auf sechs reduziert.

Freie Radios und „Bindestrich-Politiken“

Menschenrechtspolitik

Freie Radios haben, wie eingangs ausgeführt, im Rahmen der trialen Rundfunkrechtsordnung die Aufgabe, dem Einzelnen ganz im Sinne eines individualrechtlichen Verständnisses der Rundfunkfreiheit Zugang zum Äther zu ermöglichen. Sie sind ein gutes Beispiel dafür, dass für die Effektivität von Menschenrechtspolitik die gesetzliche und untergesetzliche Ausgestaltung der Rechtsordnung von vorzüglicher praktischer Bedeutung ist.

Fortschrittliche Menschenrechtspolitik setzt nicht erst dort an, wo Grundrechtsverletzungen justiziabel werden können, sondern fördert bewusst die hinter den Menschenrechtsverbürgungen stehenden Werte. So lässt sich aus dem Recht auf aktive und passive Informationsfreiheit zwar im Allgemeinen kein Recht auf staatliche Förderung finanzschwacher oder nichtkommerzieller Medien ableiten²⁵, eine vielfältige Medienlandschaft, in der nicht alle Inhalte von wirtschaftlichen Überlegungen abhängig sein sollen, erfordert

12 § 3 Abs 5 Z 2 PrR-G.

13 www.uni-weimar.de/~rose3/freieradios.html#was%20ist.

14 1476.orf.at/radiomacher/index.html.

15 Falter 16/02, 18. www.ok-wien.at.

16 50,6% der Sendezeit aller Freien Radios im Juni 2000 (*Knoche/Hirner/Wagner*, Freie Radios in Österreich 57).

17 10,7%.

18 6,4%.

19 7,6%.

20 Manchmal auch auf Ö1.

21 3% der Subventionen kamen aus anderen Quellen. *Knoche/Hirner/Wagner*, Freie Radios in Österreich 59.

22 Verein Mehrsprachiges Offenes Radio – MORA. www.antenne4.at.

23 *Knoche/Hirner/Wagner*, Freie Radios in Österreich 60.

24 Zu den Zugangsrechten der Volksgruppen zum Rundfunk *Tretter*, Privates Volksgruppenradio und österreichisches Regionalradiogesetz, *Europa Ethnica* 53 (1996) 35.

25 Ein solches Recht entstünde nur in Fällen extremer Medienkonzentration, wenn die kleineren Konkurrenten drohen, vom Markt gedrängt zu werden (*Berka*, Die Grundrechte, [1999] Rz 557).

aber eine Vielzahl von staatlichen Maßnahmen²⁶.

Eine ähnliche Situation findet man bei den Bedürfnissen der autochthonen ethnischen Minderheiten vor. Diese könnten ohne finanzielle Förderungen ihre kulturelle Eigenständigkeit nicht aufrecht erhalten. Im Bereich des Minderheitenschutzes ist heute grundsätzlich anerkannt, dass der Gesetzgeber Minderheiten aktiv zu fördern hat²⁷. Dies geschieht auch finanziell²⁸.

Medienpolitik

Freie Radios erweitern das thematische Angebot an Hörfunksendungen in Österreich beträchtlich. Wie oben erwähnt, bieten sie Musik, Wortbeiträge und Fremdsprachen, die weder der ORF noch die kommerziellen Veranstalter senden. Freie Radios vervollständigen daher die österreichische Hörfunklandschaft in einem Bereich, der sich nicht kommerziell führen lässt. Insofern unterscheiden sie sich aber in nichts von denjenigen Printmedien, die Publizistikförderung²⁹ und Presseförderung³⁰ in Anspruch nehmen können. Diese Förderungen sind dem Grunde nach heute politisch unumstritten. Wieso Vielfaltssicherung im Bereich der periodischen Druckwerke Steuergeld wert ist, im Bereich des Hörfunks aber nicht, ist nicht ersichtlich.

Gesellschaftspolitik

Freie Radios bilden einen wichtigen Teil der Zivilgesellschaft, jenes staatsfernen Teils der Gesellschaft, der auf freiwilligem Engagement der BürgerInnen beruht und wichtige, aber nicht marktfähige Dienste anbietet. Freie Radios fördern zugleich soziale Kohärenz und sind geeignet, gesellschaftlichen Fortschritt voranzutreiben. Sie sind daher geradezu Bilderbuchbeispiele eines modernen Konzepts der Zivilgesellschaft.

Unter den vielen Konzepten der Zivilgesellschaft gibt es aber auch weniger moderne. Eines davon hat der Klubob-

mann der ÖVP *Andreas Khol* im Buch „Durchbruch zur Bürgergesellschaft“³¹ entworfen. Die Streichung der Subventionen beweist, dass freie Radios in einer Bürgergesellschaft im Sinne der Volkspartei keinen Platz haben. Dies demaskiert das Konzept als antiliberal, sollten daran je Zweifel bestanden haben.

Arbeitsplatzpolitik

Freie Radios bieten derzeit zirka 60 bescheiden bezahlte Arbeitsplätze in Vertragsverhältnissen verschiedener Art. Sie leisten damit einen Beitrag zum Berufseinstieg und zur Ausbildung von NachwuchsjournalistInnen in einem Bereich, der traditionell unter Druck steht.

Hört die Signale: Vorschläge und Forderungen des Verbands Freier Radios

Der „Verband Freier Radios Österreich“, zu dem sich die neun freien Radios und vier Initiativen,³² die freies Radio betreiben möchten, zusammengeschlossen haben, fordert seit langem die gesetzliche Verankerung der nichtkommerziellen Radios im Privatradiog-Gesetz, Zugangsrechte für Sprachminderheiten in Form einer Bestandsgarantie für mehrsprachige Minderheitenradios und eine staatlich veranlasste Förderung der freien Radios. *Wolfgang Hirner*, Pressesprecher des Verbands und Geschäftsführer des Vereins Freier Rundfunk Salzburg, der den Sender „Radiofabrik“ betreibt, stellt sich jährlich 5 Mill. Euro als Basisfinanzierung für alle freien Radios in Österreich vor. Diese könnten aus der Rundfunkgebühr³³ finanziert werden. Dem ORF würde somit vom Programmengelt³⁴ nichts weggenommen. Österreich stünde damit keineswegs alleine an der Spitze der Staatengemeinschaft. In anderen europäischen Ländern gibt es Finanzierungsmodelle, die die freien Radios von jährlich vergebenen Subventionen aus unspezifischen Fördertöpfen unabhängig macht.

Praxis anderer Staaten

In der Schweiz erhalten nichtkommerzielle Radios Teile des Programmengelts³⁵. Das Bundesamt für Kommunikation³⁶ verteilt den auf lokale Privatradios entfallenden Betrag nach Anspruchsgrundlagen. Das sind (i) ein Sockelbetrag, (ii) Entgelte für Programmleistungen und (iii) Kompensation außerordentlicher Verbreitungskosten.

In Deutschland ist Rundfunk Landessache. Mit Ausnahme des christlich-sozialen Bayern sind freie Radios³⁷ bzw. offene Kanäle³⁸ in allen Ländern gesetzlich verankert. Nach § 40 Abs 1 Z 2 des Rundfunkstaatsvertrags kann ein zusätzlicher Anteil an der einheitlichen Rundfunkgebühr in Höhe von 2% für die Förderung offener Kanäle verwendet werden. Hessen und Niedersachsen haben landesgesetzliche Förderrichtlinien.

In Ungarn sind nichtkommerzielle Radios gesetzlich verankert³⁹ und genießen Vorrechte bei der Lizenzerteilung⁴⁰. Sie erhalten jährlich zwischen 0,5% und 1% des Rundfunkfonds an Subventionen.

Ob das Überleben der meisten freien Radios bis zur nächsten Nationalratswahl gesichert werden kann, hängt von vielen Faktoren ab, jedenfalls vom politischen Willen des Bundes und der Länder und nicht zuletzt vom langen Atem der MitarbeiterInnen der freien Radios.

Dr. Robert Rittler ist Jurist in Wien

26 Und selbstverständlich privates Engagement. *Berka* schreibt zur Medienkonzentration: „Nimmt der Staat seine medienpolitische Verantwortung ernst, muss er ohnedies schon vor einer solchen medienpolitischen ‚Notstandssituation‘ reagieren und [...] die erforderlichen Schritte setzen.“ (Die Grundrechte, Rz 557 FN 17).
27 *Berka*, Die Grundrechte Rz 1022 f.
28 §§ 8ff VolksgruppenG; § 2 Abs 2 PresseförderungsG.

29 BGBl 369/1984 (Wv) idF BGBl I 129/2000.
30 BGBl 228/1985 (Wv) idF BGBl I 194/1999.
31 Molden-Verlag, 1999.
32 Radio Aufdraht Gobelburg; Hal-lein 104,2; Freirad Innsbruck; Reutte.
33 Siehe § 3 RGG, BGBl I 159/1999 idF BGBl I 98/2001.
34 Siehe § 31 ORF-G, BGBl I 83/2001.
35 Die Lokalradios erhalten jährlich ca. 12 Mill. SFR („Gebührensplitting“;

www.bakom.ch/de/radio_tv/gebuehren/allgemeines/index.html). Die Freien Radios haben davon 1999 6 Mill. SFR erhalten (www.art19.ch).
36 „BAKOM“; www.bakom.ch.
37 www.freie-radios.de/bfr.
38 www.buergerrundfunk.de, www.bok.de.
39 § 2 Z 34 ungRundfunkgesetz.
www.ortt.hu.

40 § 101 Abs 3 ungRundfunkgesetz: Die Lizenz ist an einen nichtkommerziellen Rundfunkveranstalter zu erteilen, wenn, neben anderen Voraussetzungen, im Sendegebiet schon zwei kommerzielle Rundfunkveranstalter senden. Siehe *Cseh/Halmaj*, The Law of Broadcasting Enterprises in Hungary (Eigenverlag des FOWI, Wien 2001) 99.

Splitter zur Zivilverfahrensnovelle 2002

Herbert Beran

Am 13. 3. 2002 wurde im Nationalrat einstimmig die Zivilverfahrensnovelle 2002 beschlossen. Sie tritt mit 1. 1. 2003 in Kraft.

Sie sieht im Wesentlichen nachstehende Änderungen vor:

Die erste Tagsatzung im Sinne des bisherigen § 239 ZPO sowie die zum Teil von der Praxis am bisherigen Gesetz vorbei entwickelten „Beweisbeschluss-tagsatzungen“ entfallen.

In der an ihre Stelle tretenden neuen „vorbereitenden Tagsatzung“ soll bereits inhaltlich in der Sache selbst verhandelt werden und soll nicht mehr nur ein formaler Beweisbeschluss gefasst werden.

Zu diesem Zweck sieht § 258 Abs 2 ZPO idF der Novelle vor, dass die Parteien und ihre Vertreter dafür zu sorgen haben, „dass der Sachverhalt und allfällige Vergleichsmöglichkeiten umfassend erörtert werden können. Zu diesem Zweck ist die Partei, oder soweit diese zur Aufklärung des Sachverhaltes nicht beitragen kann, eine informierte Person zur Unterstützung des Vertreters stellvertretend zu machen“.

Grund für diese Regelung ist, dass bisher häufig in der ersten Verhandlung der erscheinende RA oder RAA kaum ausreichend über den von ihm zu vertretenden Standpunkt informiert war und er mangels erteilter Informationen und mangels Kenntnis der Interessen des Mandanten auch nicht in der Lage war, zielführende Vergleichsvorschläge zu erstatten oder auf Vergleichsvorschläge der Gegenseite zielgerichtet zu reagieren.

Diese Situation hat bisher häufig bewirkt, dass eine weitere Verhandlung mit den damit für die Parteien verbundenen Kosten anberaumt werden musste.

Die neue Regelung steht in engem inhaltlichen Zusammenhang mit § 179 ZPO (neu), der das Gericht verpflichtet, das Vorbringen der Parteien, welches grob schuldhaft nicht früher vorgebracht wurde und dessen Zulassung

die Erledigung des Verfahrens erheblich verzögern würde, auch von Amts wegen zurückzuweisen (d. h. auf diese Prozessbehauptungen nicht einzugehen). Die Neufassung stellt eine deutliche Verschärfung zur bisherigen Rechtslage dar, die auf den (in praxi kaum führbaren) Nachweis der Verschleppungsabsicht abstellt.

Interessant zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ist, dass sie zwischen RichterInnen und RechtsanwältInnen heftig umstritten war. Der nun vorliegende Text ist ein Kompromiss: Formulierungen früherer Entwürfe, die die Parteien und deren Vertreter noch stärker genötigt hätten, im Verfahren vorweg alles Relevante vorzubringen und sich daher auf die von ihnen geführten gerichtlichen Auseinandersetzungen besser vorzubereiten, scheiterten an den Wünschen der Anwaltschaft. Befürchtet wurde, dass Rechtsanwälte nach einem verlorenen Prozess häufiger von ihren Mandanten mit der Behauptung, der Anwalt hätte sich auf den Prozess nicht ausreichend vorbereitet, zur Haftung herangezogen würden.

Diesem Interesse der Anwaltschaft hat sich der Gesetzgeber zum Teil gebeugt.

Die Möglichkeit, gegen ein Versäumnisurteil Widerspruch erheben zu können, wurde deutlich begrenzt: Hat eine Partei bereits einmal im Verfahren schriftlich Stellung bezogen (Klagebeantwortung, Einspruch gegen Zahlungsbefehl, Einwendungen gegen Aufkündigung oder gegen Wechselzahlungsauftrag) und kommt sie dann zur Verhandlung nicht, hat sie nicht mehr die Möglichkeit, gegen ein dann gefälltes Versäumnisurteil Widerspruch zu erheben.

Generell muss dazu angemerkt werden, dass der 1979 eingeführte Rechtsbehelf des Widerspruches überholt ist, da sich seither einiges im Verfahrensrecht geändert hat: § 146 ZPO idF BGBl 1983/135 ermöglicht die Wiedereinset-

zung in den vorigen Stand nun auch bei einem minderen Grad des Verschuldens, während früher jede Art des Verschuldens die Wiedereinsetzung ausschloss. Ausgehend von dieser Rechtslage ist die Judikatur im Allgemeinen äußerst wiedereinstellungsfreundlich geworden.

Darüber hinaus zeigt die Gerichtspraxis, dass der Rechtsbehelf des Widerspruches primär nicht von sozial Schwachen (für die er ursprünglich konzipiert wurde) sondern von anwaltlich vertretenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die auf diese Weise durch Prozessverschleppung ihre Zahlungspflicht hinauszögern wollen, erhoben wird.

Im Bereich der Streitwerte unter 1000 Euro wurde durch § 273 Abs 2 letzter Satz ZPO (neu) die Möglichkeit geschaffen, Verfahren deutlich zu verkürzen: Ist hier die Aufklärung aller maßgeblichen Umstände mit Schwierigkeiten verbunden, die zur Bedeutung des streitigen Anspruches in keinem Verhältnis stehen, so kann darüber das Gericht nach freier Überzeugung entscheiden. Hierzu ein Beispiel: Eingeklagt ist Schmerzensgeld auf Grund einer relativ geringfügigen Verletzung (zB 500 Euro). Die vollständige Aufklärung des Sachverhaltes würde zwei Sachverständige benötigen (zB Mediziner und verkehrstechnischer SV), deren Kosten zusammen geschätzt 1000 Euro ausmachen würden. Hier kann nunmehr die Richterin – ohne diese Sachverständige beizuziehen – aufgrund der übrigen Beweisergebnisse, verknüpft mit ihrer eigenen Lebenserfahrung entscheiden.

Gegen dieses Modell kann vorgebracht werden, dass es die Parteien in hohem Umfang der Willkür des Richters ausliefert. Das ist richtig. Dennoch war diese Entscheidung des Gesetzgebers notwendig und zweckmäßig. Der bisherige Zustand, der bei derartigen Streitigkeiten praktisch immer bewirkt hat, dass die Gesamtkosten des Verfahrens deutlich höher als der Streitwert waren, hat dazu geführt, dass kein vernünftiger potentieller Kläger derartige behauptete Ansprüche bei Gericht geltend machte, da ihm das Kostenrisiko zu hoch war.

Vor Beginn eines Prozesses ist den Parteien und deren Vertretern zwar die Rechtslage im Allgemeinen einigermaßen klar, es ist aber realistischerweise für keine der Prozessparteien abzusehen, wie die einzelnen Zeugen vor Ge-

richt aussagen werden und welchen Aussagen dann der Richter Glauben schenken wird. Ist diese Unsicherheit noch mit dem Bewusstsein verbunden, im Falle des Prozessverlustes deutlich mehr zahlen zu müssen, werden derartige Ansprüche nur noch von jemand geltend gemacht werden, der über die Deckungszusage einer Rechtsschutzversicherung verfügt. Eine Rechtslage, die somit praktisch die Verfolgbarkeit derartiger Ansprüche auf diejenigen begrenzte, die über eine Rechtsschutzversicherung verfügten, wurde zu Recht verbessert.

Es ist davon auszugehen, dass RichterInnen in den meisten Fällen über ausreichend Lebenserfahrung verfügen und in diesen Angelegenheiten daher zumeist richtig entschieden werden wird. Dazu kommt, dass die Frage, ob das Ergebnis der Anwendung des § 273 ZPO richtig ist, in den Bereich der rechtlichen Beurteilung und somit trotz § 501 ZPO in die Überprüfungsbefugnis des Rechtsmittelgerichtes fällt.

Das Mahnverfahren wird bei Streitwerten bis 30.000 Euro nunmehr auch am Gerichtshof stattfinden. Gleichzeitig wurde die Frist zur Erhebung des Einspruches generell von 14 Tagen auf vier Wochen verlängert. Diese Verlängerung ist sinnvoll, da aufgrund der erfolgenden Umstrukturierungen der Post immer häufiger davon auszugehen ist, dass der Zusteller keine Ahnung mehr hat, ob der Adressat einer Sendung gerade ortsanwesend oder auf Urlaub ist und daher in den nächsten Jahren deutlich mehr rechtswidrige Hinterlegungen von Zustellstücken zu erwarten sind. Es ist zwar richtig, dass derartige Hinterlegungen vom Empfänger bekämpfbar sind, dennoch ist es oft nicht leicht, nachzuweisen, dass man tatsächlich zum fraglichen Zeitpunkt ortsabwesend war. Die Verlängerung der Einspruchsfrist gegen den Zahlungsbefehl auf vier Wochen entschärft ein wenig diese Problematik.

Trotz der Fristverlängerung wird es aufgrund der obigen Änderungen zu einer deutlichen Verfahrensbeschleunigung kommen.

Der Zivilprozess stellt nicht nur den Rahmen dar, in dem RichterInnen und RechtsanwältInnen ihre berufsbedingten Konflikte austragen. Ein Zivilprozess, der so angelegt ist, dass Verfahren möglichst lange dauern, bewirkt, dass die Kosten des Verfahrens höher werden. Dies benachteiligt primär den im Verfahren finanziell Schwächeren, da er sich entweder die Einleitung der Klage aufgrund dieses Kalküls nicht leisten kann oder er genötigt ist, im Prozess aufgrund der Unabsehbarkeit der noch folgenden Kosten einen Vergleich, der nicht den realen Prozessaussichten entspricht, zu seinen Lasten abzuschließen.

Das im Arbeitsprogramm dieser Bundesregierung verankerte Ziel der Beschleunigung gerichtlicher Verfahren ist daher – ungeachtet vieler anderer Ziele dieses Arbeitsprogrammes – verfolgenswert. Dies mag der Grund sein, dass diese Novelle auch mit den Stimmen der Opposition beschlossen wurde.

Herbert Beran ist Richter des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt in Zivilsachen und Mitglied des Arbeitskreises Verfahrensbeschleunigung der Vereinigung der österreichischen Richter. Viele Anregungen dieses Arbeitskreises fanden in die Novelle Eingang.

INSERAT 1

Studiengebühren

Andreas J. O. Ulrich, Andreas Weikhart und Alice Wagner

Vor gut sechseinhalb Monaten erlebten die Studierenden an Österreichs Universitäten eine tief greifende Änderung der bisher bekannten Umstände. War der Zugang zur Hochschule jahrzehntelang kostenlos, ist mit Beginn des Wintersemesters 2001/02 das Studium nur mehr gegen Leistung eines Studienbeitrages möglich. Konfrontiert mit den realen Auswirkungen der geänderten Gesetzeslage liegt es nunmehr an der Interessenvertretung der Studierenden, der Österreichischen Hochschüler-schaft, den bis 1. Oktober 2001 haupt-sächlich mit politischen Mitteln geführten Diskurs auf juristischer Ebene unter Ausnutzung der innerhalb der gel-tenden Rechtsordnung zur Verfügung ste-henden Möglichkeiten fortzusetzen.

Die Rechtslage

§ 10 Hochschultaxengesetz 1972 (HTG) idF BGBl I Nr. 142/2000 (und die dazu erlassene Studienbeitragsverordnung BGBl II Nr. 205/2001) sieht vor, dass ordentliche Studierende ab dem Wintersemester 2001/02 einen Studienbeitrag in der Höhe von 363,63 Euro zu leisten haben. Nach der Regelung des § 32 Abs 2 Z 1 des Universitäts-Studiengesetzes, BGBl. I Nr. 48/2001 (UniStG) ist das Einlangen des vorge-schriebenen Betrages Voraussetzung sowohl für die Erstzulassung zu einer Studienrichtung, als auch für die Mel-dung der Fortsetzung des Studiums. Daraus folgt, dass nur diejenigen, de-ren Betrag auch einlangte, den Status eines/einer ordentlichen Studierenden innehaben. Gemäß § 39 Abs 1 Z 2 UniStG erlischt die Zulassung für eine Studienrichtung, sofern die Meldung zur Fortsetzung (bzw. die dieser vor-ausgehenden Leistung des Studienbei-trages) unterlassen wird. Ausnahmen von der Beitragspflicht sieht unter an-derem § 38a UniStG in Gestalt der Beurlaubung für den Fall der Schwanger-schaft, der Betreuung von Kleinkindern und der Ableistung von Präsenz- oder

Zivildienst vor. Beurlaubte sind von der Beitragsleistung befreit, gelten zwar trotzdem als ordentliche Studierende, sind aber nicht berechtigt, in der Zeit der Beurlaubung Lehrveranstaltungen zu besuchen oder Prüfungen abzule-gen (§ 32 Abs 2 UniStG).

Nachdem eine politische Lösung der Beitragsfrage nicht herbeigeführt werden konnte, war es der Österreichischen HochschülerInnenschaft nun ein An-liegen zu versuchen, mit juristischen Mit-teln gegen die „Studiengebühren“ vor-zugehen. Es waren Argumente zu fin-den, eine Aufhebung der einschlägigen Bestimmungen im Hochschulrecht durch den Verfassungsgerichtshof in-folge Verletzung verfassungsgesetzlich ge-währleisteter Rechte herbeizuführen.

Der Anlassfall

Der zur Einbringung eines Individual-antrags gemäß Art 140 Abs 1 letzter Satz B-VG nötige Anlassfall konnte in Nachstehendem gefunden werden:

Einer Studierenden eines Studiums irregulare war es infolge schwerer Er-krankung unmöglich, ihr Studium im Wintersemester 2001/02 weiterzuver-folgen. Die Erkrankung machte auf-wendige medizinische Betreuung, de-ren Kosten nicht in der vollen Höhe von der zuständigen Wiener Gebiets-krankenkasse getragen wurden, not-wendig. Die Studierende, welche in-folge ihrer Erkrankung in ihrer Erwerbs-fähigkeit ohnehin stark eingeschränkt war, musste sohin für einen Teil der Kosten selbst aufkommen. Als ordent-liche Studierende war es ihr bis Ende des Sommersemesters 2001 möglich gewesen, die „studentische Selbstver-sicherung in der Krankenversicherung“ zu einem erheblich verminderten Bei-trag (zusätzlich zum damals vorge-schriebenen „ÖH-Beitrag“ von insge-samt ATS 185 [13,44 Euro]) in An-spruch zu nehmen. Durch die Einfüh-rung des Studienbeitrages verteuerten sich diese Beiträge nun um ca. 350

Euro pro Semester, was für die Studie-rende eine untragbare finanzielle Be-lastung darstellte. Eine Beurlaubung, die die weitere Zulassung zum Studi-um und die Inanspruchnahme einer günstigen Selbstversicherung im Rah-men des ASVG ermöglicht hätte, kam nicht in Betracht. Die Bestimmung des § 38a UniStG sieht Krankheit als Beur-laubungsgrund nicht vor.

Es wurde nun argumentiert, § 38a UniStG greife in das verfassungsgesetz-lich gewährleistete Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz der Studierenden ein, da sie sich in vergleichbarer Situation wie etwa eine Schwangere befände, trotzdem aber den Studienbeitrag zu leisten habe, um in den Genuss der stu-dentischen Selbstversicherung zu ge-langen¹. Für diese Benachteiligung ist weder im Gesetz noch in den einschlä-gigen Materialien eine sachliche Rech-tfertigung zu finden, womit von einer unsachliche Diskriminierung gespro-chen werden kann. Fraglich bleibt, ob nicht bloß ein einzelner Härtefall, der von einer Ausnahmeregel nicht not-wendigerweise umfasst sein muss, vor-liegt. Dass Studierende so schwer er-kranken, dass die Betreuung des Studi-ums unmöglich wird, betrifft aber wohl eher eine ganze Gruppe, sodass nicht von einem Einzelfall auszugehen ist. Die Gefahr schwerer Erkrankung be-steht für alle Studierende, sodass grundsätzlich alle vom Fehlen der Aus-nahmebestimmung betroffen sind.

Ein Individualantrag gemäß Art 140 B-VG ist nur möglich, so das verfas-sungswidrige Gesetz *unmittelbar* in die Rechtssphäre der Betroffenen eingreift. Dies ist der Fall, wenn es „ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist“, wobei diese „direkte Wirksamkeit“² nach der Judikatur des Verfassungsge-richtshofs auch dann gegeben ist, wenn kein zumutbarer anderer Weg auf Ab-hilfe zur Verfügung steht³.

Dass im betreffenden Fall unmittel-bar in die Sphäre der Studierenden ein-gegriffen wird, liegt auf der Hand. Stu-dienbeiträge sind ex lege zu entrich-ten. Auch sieht das Gesetz keinerlei „anderen zumutbaren Weg“ vor. Die einschlägigen Bestimmungen des

¹ Anlässlich einer Erörterung der Problematik zwischen der Österrei-chischen Hochschüler-schaft und der Wiener Gebietskrankenkasse vertrat

Letztere die Rechtsansicht, eine Be-urlaubung gemäß § 38a UniStG be-rechtigte keinesfalls zur Inanspruch-nahme der „Studentischen Selbst-

versicherung“. Diese Ansicht findet im Gesetz keine Deckung.

² Siehe Walter/Mayer, Bundesver-fassungsrecht, Rz 1117.

³ Statt vieler VfSlg 8156.

Hochschulrechts betreffend Erlass oder Rückerstattung des Studienbeitrages bzw. Beurlaubung erwähnen den Fall der Krankheit mit keinem Wort, ein darauf gerichteter Antrag wäre bei Anwendung des geltenden Rechts von vornherein aussichtslos, sodass im Ergebnis die Einbringung eines Individualantrags zulässig erscheint.

Aus Bisherigem ergibt sich, dass die argumentierte Verfassungswidrigkeit auf den ersten Blick nur die Bestimmung des § 38a UniStG (Beurlaubung) betrifft, sodass keinesfalls die Aufhebung der den Studienbeiträgen selbst zu Grunde liegenden Bestimmungen in Frage kommen kann.

Die „Regel-Ausnahme“-Judikatur des Verfassungsgerichtshofes

Der Verfassungsgerichtshof sprach in seiner Entscheidung zu VfSlg 8806/1980⁴ jedoch aus (und bestätigte dies in VfSlg 11190/1986⁵), dass die Verfassungswidrigkeit einer Ausnahmebestimmung auf die Regelbestimmung (jener Bestimmung, zu der die verfassungswidrige Bestimmung die Ausnahme gewährt) durchschlagen könne. Im erstzitierten Fall beschäftigte sich der Verfassungsgerichtshof mit Regelungen des Gebührengesetzes 1957 betreffend die Befreiung von Rechtsgeschäftsgebühren für Darlehens- bzw Kreditverträge. Er gelangte zur Ansicht, auf Grund der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit dieser Vertragstypen mit solchen, bezüglich derer Gebührenpflicht besteht, sei Gleichbehandlung geboten.

Der Verfassungsgerichtshof erachtete nun einerseits die relevierte Verfassungswidrigkeit durch sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung bei gleich gelagerten Sachverhalten für gegeben, andererseits aber die Aufhebung der Ausnahmeregelung als unzulässig. Letzteres begründete er damit, es sei ihm nicht gestattet, seinen eigenen Willen an Stelle des Willens des Gesetzgebers zu setzen.

Der Verfassungsgerichtshof hob daher die zugrundeliegende Bestimmung an Stelle der Ausnahmebestimmung auf, da diese die Verfassungswidrigkeit überhaupt erst begründe – die (spezielle) Verfassungswidrigkeit der Ausnahme bewirke die (generelle) Verfassungswidrigkeit der zugrundeliegenden Regel.

Vorstehendes kann mit dem Verhältnis der Beurlaubungsregelung des § 38a UniStG zu § 10 HTG verglichen werden. Für sich genommen erscheint § 10 HTG verfassungskonform. Erst § 38a UniStG modifiziert die Beitragspflicht und befreit manche Gruppen von Studierenden von dieser. Gründe für diese Differenzierung sind den erläuternden Bestimmungen zur Regierungsvorlage nicht zu entnehmen.

In der Tat ist schwer zu argumentieren, wieso im Falle einer, einen gewissen Schweregrad überschreitenden, Krankheit die davon betroffenen Studierenden nicht ebenfalls von der Beitragspflicht befreit sein sollten. Hinzu kommt, dass sich für die Betroffenen die Möglichkeit der (Selbst-)Versicherung in der Krankenversicherung (§ 16 ASVG) erheblich verteuert. Dies erscheint auch zusätzlich dadurch ungerechtfertigt, als gerade Kranke auf das Bestehen einer Krankenversicherung und deren Leistungen angewiesen sind.

Die Argumentationslinie kann sohin wie nachstehend zusammengefasst werden:

Die Ausnahmebestimmung des § 38a UniStG erscheint gleichheitswidrig, da sie gleich gelagerte Sachverhalte ungerechtfertigt nicht ebenso privilegiert wie andere Beurlaubungstatbestände. Da deren Aufhebung allerdings dem ersichtlichen Willen des Gesetzgebers, berücksichtigungswürdige Sachverhalte von der Beitragsleistung auszunehmen, widersprechen würde, muss diese Gleichheitswidrigkeit nach der in der Entscheidung VfSlg 8806 zum Ausdruck gekommenen Linie des Verfassungsgerichtshofes auf die zugrundeliegende Bestimmung durchgreifen. Diese Regelbestimmung ist § 10 HTG, weil sie die Leistungspflicht überhaupt erst konstituiert. Diese wäre sohin als verfassungswidrig aufzuheben. Ob sich der Verfassungsgerichtshof diesen Argumenten anschließen wird, bleibt abzuwarten.

*Mag. Andreas J. O. Ulrich ist
Rechtsanwalt in Wien.*

*Mag. Andreas Weikhart ist Rechts-
anwaltsanwärter in Wien.*

*Alice Wagner ist Sozialreferentin
der ÖH.*

⁴ Erkenntnis vom 8. 5. 1980.

⁵ Erkenntnis vom 10. 12. 1986

Ist der Schutz der Ehre in Österreich für alle gleich?

Claudia Mahler

I. Einleitung

„Entweder er ist ein Nazi oder ein Trottel. Zweiteres glaube er nicht.“¹ Diese Bemerkung hatte ein Politiker bei einer seiner wöchentlichen Pressekonferenzen von sich gegeben. Er kommentierte damit den Auftritt eines Politikers einer Regierungspartei, der Tage vorher vor altgedienten Mandatären das SS-Zitat „Unsere Ehre heißt Treue“ verlauten ließ.

Kann in dem dargelegten Fall von einer Ehrverletzung gesprochen werden? Wenn ja, welche gerichtlich strafbare Handlung wurde dadurch begangen?

Zuallererst ist zu klären, was unter dem Begriff der Ehre in Österreich verstanden wird. Vorauszuschicken ist in diesem Zusammenhang, dass der Begriff „Ehre“ inhaltlich sehr stark von der gesellschaftlichen und politischen Ordnung eines Staates und den jeweils vorherrschenden Ideologien abhängt. Er ist, wie viele andere Konzepte und somit die gesamte Rechtsordnung, ständigen Änderungen und Wertverschiebungen ausgesetzt und musste im Laufe der Geschichte zumindest in einzelnen Passagen neu definiert werden. Der Begriff der „Ehre“ ist in der österreichischen Rechtsordnung nicht ausdrücklich verankert. Es bleibt Aufgabe der Rechtslehre, diesen Begriff zu definieren.

Die Ehre wird von der heutigen Rechtslehre grundsätzlich in eine *objektive* und eine *subjektive Ehre* unterteilt. Die objektive Ehre ist gleich bedeutend mit dem Ansehen, der Wertschätzung und der Achtung einer Person.² Darunter ist die Übereinstimmung des Verhaltens ei-

nes Menschen mit den an ihn gestellten sittlichen und sozialen Forderungen in der Meinung seiner Umwelt zu verstehen.³ Die subjektive Ehre oder das Ehrgefühl ist die Übereinstimmung des Verhaltens eines Menschen mit den an ihn gestellten sittlichen Forderungen in der Meinung des Menschen selbst.⁴

II. Die üble Nachrede

Das Delikt der üblen Nachrede ist in § 111 StGB geregelt. Zwei verschiedene Begehungsformen sind möglich, einerseits die Schmähung und andererseits der Vorwurf eines unehrenhaften Verhaltens oder einer gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltensweise. Gemäß § 111 Abs 1 StGB ist eine *Schmähung* dann gegeben, wenn ein negatives Charaktermerkmal oder eine innere Einstellung behauptet wird.⁵ Dieses Zeihen mit verächtlichen Eigenschaften muss von einem wertverbundenen Menschen wegen seiner diffamierenden Wirkung als untragbar empfunden werden, weil es den Betroffenen als schlechten und nichtswürdigen Menschen erscheinen lässt. Es wird auf den Sinngehalt der Aussage abgestellt. Es kommt nur zu einer Schmähung, wenn der Äußerer seinem Opfer einen Charaktervorwurf macht. Ein solcher Vorwurf könnte beispielsweise sein: Der B. ist ein hinterhältiger Mensch.⁶ Das „Zeihen“ oder „Behaupten“ geschieht häufig durch eine mündliche Aussage, kann aber durchaus auch durch eine schriftliche Äußerung, Karikatur oder Ähnliches ausgedrückt werden.⁷

Der objektive Tatbestand der üblen Nachrede ist auch dann erfüllt, wenn jemand eines *unehrenhaften Verhaltens* oder *einer gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltensweise beschuldigt* wird.⁸ Von einem unehrenhaften Verhalten ist auszugehen, wenn dieses der herrschenden Vorstellung des moralisch Richtigen so stark widerspricht, dass die soziale Wertschätzung des Betroffenen darunter leidet.⁹ Ein Beispiel aus der Rsp wäre der Vorwurf der Bestechlichkeit.¹⁰ Ein Verhalten, das gegen die guten Sitten verstößt, wird von einem wertverbundenen Menschen als stark anstößig empfunden, so dass es geeignet ist, das Opfer in der öffentlichen Meinung herabzusetzen.¹¹ Unter ein unsittliches Verhalten fallen beispielsweise die Vorwürfe geschlechtlicher Perversion, öffentlicher geschlechtlicher Betätigung oder gröberer öffentlicher Unanständigkeiten.¹² Ein sittenwidriges Verhalten ist meist auch unehrenhaft.¹³

Bezogen auf den konkreten Fall ist zu bemerken, dass in der Bezeichnung „Nazi“ verschiedene Bedeutungsinhalte verborgen sind.¹⁴ Es kann sowohl eine üble Nachrede als auch eine Beleidigung in Betracht gezogen werden. Eine Beleidigung liegt vor, wenn eine Missachtung der Person zum Ausdruck gebracht wird. Das verwendete Wort ist immer im Zusammenhang mit der gesamten Aussage einer Wertung zu unterziehen. Wäre es dem Täter um eine reine Beleidigung gegangen, hätte er bei der Bezeichnung „Trottel“ bleiben können, die er aber als nicht gegeben ausschließt. Es wird dem Betroffenen hingegen zum Vorwurf gemacht, ein ehemaliger Nazi oder ein Neonazi zu sein, dass er also zumindest einigen Ideen des Nationalsozialismus positiv gegenübersteht. In der ungünstigsten Variante ist damit möglicherweise der Vorwurf einer Wiederbetätigung verbunden, was unweigerlich zu Verstößen gegen das Verbotsgesetz führt.¹⁵ Die Verwendung des Ausdrucks „Nazi“ in dieser Aussage deutet meiner Meinung

1 Die Presse, Artikel vom 14.06.2000.

2 Bertel/Schwaighofer, Besonderer Teil I, 6. Auflage, Wien 2000, § 111 Rz 1.

3 RZ 1999/48; Foregger in Wiener Kommentar, 2. Auflage, Vorbemerkungen zu §§ 111–117, Wien 2000; Leukauf/Steininger, Kommentar, 3. Auflage, Eisenstadt, 1992, Vorbemerkungen zu strafbare Handlungen gegen die Ehre, Rz 3; Rittler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts II, 2. Auflage, 97; Ozlberger, Ehren-

schutz und Medienstrafrecht, 2. Auflage, Wien 1997, S. 17.

4 Foregger/Fabrizy, StGB Kommentar, 7. Auflage, § 111, Rz 2; noch weiter Rittler, a. a. O., S. 97.

5 Bertel/Schwaighofer, a. a. O., § 111, Rz 3; Foregger/Fabrizy, § 111, Rz 7; Kienapfel, a. a. O., § 111, Rz 10; Leukauf/Steininger, a. a. O., § 111, Rz 4 f.

6 Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz im Straf- und Medienrecht, 4. Auflage, Wien 2000, S. 16; Zeiler, Persönlichkeitsschutz, Wien 1998, S. 7

7 Vgl. Leukauf/Steininger, a. a. O., § 111, Rz 3.

8 Foregger/Fabrizy, a. a. O., § 111, Rz 8; Kienapfel, a. a. O., § 111, Rz 17; Leukauf/Steininger, a. a. O., § 111, Rz 7 ff.

9 Bertel/Schwaighofer, a. a. O., § 111, Rz 7; Foregger WK², § 111, Rz 11 ff.; Leukauf/Steininger, a. a. O., § 111, Rz 8; Lewisch, Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Auflage, Wien 1999, S. 123.

10 SSt 12/60

11 Foregger WK², § 111, Rz 17; Kienapfel/BT I, § 111, Rz 22.

12 SSt 48/52 = EvBl 1977/226

13 Bertel/Schwaighofer, a. a. O., § 111, Rz 8.

14 Nur das Wort „Nazi“ könnte auch zu einer Beleidigung gemäß § 115 StGB führen.

15 Vgl. MR 1996, 28 = ecolex 1996, 254.

nach eindeutig darauf hin, dass er *dem Opfer eine unehrenhafte Gesinnung* unterstellen wollte, die mit dem nationalsozialistischen Gedankengut in Verbindung zu bringen ist. Der Tatbestand der üblen Nachrede muss daher genauer geprüft werden.

Bezüglich der üblen Nachrede ist des Weiteren anzumerken, dass vom tatbestandsmäßigen Charakter- oder Verhaltensvorwurf *Werturteile* zu unterscheiden sind. Werturteile drücken bloß Meinungen und subjektive Einschätzungen aus. Dazu wird in der Rsp beispielsweise angeführt, dass die Annahme, jemand handle aus „journalistischem Neid“, keine Tatsachenbehauptung, sondern ein Werturteil ist.¹⁶ Eine klare Unterscheidung zwischen Werturteil und Tatsachenbehauptung gestaltet sich häufig äußerst schwierig.¹⁷ Werturteile sind im Sinne des Art. 10 EMRK *straflos* und als zulässige Kritik zu deuten. Auch scharfe und schockierende Kritik ist statthaft und noch nicht ehrverletzend, solange der sachliche Konnex zum berichteten Sachverhalt gewahrt wird. Der solcherart zulässigen Kritik stellt die Rsp den *Wertungsexzess* gegenüber. Ein Beispiel dafür stellt folgender Sachverhalt dar: Der Täter vertritt die Meinung, Österreich benötige mehr ausländische Arbeitskräfte und bezeichnet „Haider und Konsorten“ bei dieser Gelegenheit als „rassistische Geifer“. Der Wertungsexzess ist gem § 111 Abs 1 StGB *strafbar*.¹⁸ Dabei handelt es sich um überzogene Werturteile, ehrverletzende Kritik, formale Ehrbeleidigungen, bei denen sich die Ehrverletzung schon aus der Form der Äußerung ergibt. Auch abfällige Werturteile ohne Tatsachensubstrat¹⁹ oder, laut einer jüngeren Entscheidung des OLG Wien²⁰, Äußerungen, die den Betroffenen persönlich angreifen oder diffamieren²¹, sind als Wertungsexzess anzusehen.

In diesem Fall gehe ich von einem Wertungsexzess aus, da die Äußerung, ein Nazi zu sein, wohl in erster Linie dazu dient, die Person anzugreifen und nicht als zulässige Kritik gemäß Art. 10 EMRK zu werten ist. Auch wenn die Bezeichnung Nazi nach der Verwendung des SS-Ausspruchs nicht gänzlich ohne Tatsachensubstrat ist, ist aufgrund dieses einzigen Ausspruches noch nicht genügend Grundlage vorhanden, jemanden straffrei als Nazi bezeichnen zu dürfen. Hierfür müssten deutlich mehr Anhaltspunkte vorliegen.

Der Täter zeihet sein Opfer einer verächtlichen Gesinnung, indem er dieses einen Nazi nennt. Jemanden als Nazi zu bezeichnen ist in der heutigen Zeit durchaus geeignet, das Opfer durch Unterstellung einer verächtlichen inneren Einstellung im öffentlichen Ansehen herabzuwürdigen.²²

Wie aus dem Wortlaut des § 111 StGB hervorgeht,²³ sind selbst geringe Charakteräußerungen nur dann strafbar, wenn sie *in einem Dritten in wahrnehmbarer Weise* zugänglich gemacht werden. Es wird kein strafbares Verhalten gesetzt, wenn jemandem unter vier Augen eine verächtliche Gesinnung unterstellt wird. Strafrechtlich relevant ist dieses Verhalten nur, wenn die entsprechende Äußerung für eine unbeteiligte Person wahrnehmbar ist.²⁴ Die reine Wahrnehmbarkeit lässt darauf schließen, dass der unbeteiligte Dritte nicht unbedingt anwesend sein muss. Die Möglichkeit einer etwaigen Wahrnehmung der Rufschädigung genügt. Es handelt sich um ein *abstraktes Gefährdungsdelikt*.²⁵

Bezogen auf diesen Fall ist zu sagen, dass die geforderte Publizität eines unbeteiligten Außenstehenden vorhanden ist, da die Äußerung auf einer Pressekonferenz fiel und daher sowohl sämtlichen anwesenden Repor-

tern als auch der breiten Öffentlichkeit, nach erfolgter Verbreitung durch die Medien, zugänglich wurde.

Der Wahrheitsbeweis

Nach § 111 Abs 1 und 2 StGB ist der Täter nicht zu bestrafen, wenn ihm der Wahrheitsbeweis gelingt. Er muss durch Tatsachen beweisen, dass die ehrenrührige Aussage der Wahrheit entspricht. Reine Werturteile sind dem Wahrheitsbeweis nicht zugänglich. Nach einer Schmähung muss der Täter beispielsweise Tatsachen beweisen, die den Charaktervorwurf als wahrscheinlich erscheinen lassen.

Entlastungsbeweise können vom Gericht nur auf Antrag des Beschuldigten aufgenommen werden. Beim Wahrheitsbeweis²⁶ muss der Richter von der Wahrheit der Anschuldigungen überzeugt werden. Der Wahrheitsbeweis gilt dann als erbracht, wenn die Behauptung sich in ihrem wesentlichen Inhalt als richtig erweist.²⁷ Auch für die qualifizierte Begehung des § 111 Abs 2 StGB ist der Wahrheitsbeweis zulässig.²⁸

Die Verbreitung der Aussage durch die Medien

Die Verbreitung der Aussage durch die Medien führt zu einer *strengeren Strafdrohung*. Gemäß § 111 Abs 2 StGB muss die ehrenrührige Äußerung in einem Druckwerk, via Rundfunk oder auf eine andere Weise einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.^{29, 30} Der Täter muss die Verbreitung durch Medien in seinen Vorsatz aufgenommen haben. Er ist unmittelbarer Täter für den erschwerenden Umstand, dass seine Äußerungen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Bezüglich der Bekanntmachung seiner Aussage durch Druckwerke³¹ hat er die Journalisten dazu bestimmt, seine Äußerung via Printmedien zu verbreiten.

16 OLG Wien, 27 Bs 373/93.

17 *Leukauf/Steininger*, a. a. O., § 152, Rz 4; *Bertel/Schwaighofer*, a. a. O., § 152, Rz 1.

18 OLG Wien MR 1992/8

19 EvBl 1993/173 = MR 1993, 175 [Kienapfel].

20 MR 1996, 141.

21 *Zeiler*, a. a. O., S. 73.

22 In der einschlägigen Rechtsprechung kam es aufgrund der Bezeichnung als Nazi zu Verurteilungen gemäß § 111 StGB, (OLG Wien MR 1989/18).

23 siehe Fn 11.

24 *Foregger/Fabrizy*, a. a. O., § 111, Rz 11; *Kienapfel*, a. a. O., § 111, Rz 25;

Leukauf/Steininger, a. a. O., § 111, Rz 15 f.

25 *Kienapfel*, a. a. O. § 111, Rz 3, 25; *Leukauf/Steininger*, a. a. O., § 111, Rz 1: „Rein abstrakte Gefährdungsdelikte beschreiben Verhaltensweisen, die sie ein für alle Mal und ohne jede Rücksicht auf eine tatsächlich eingetretene Rechtsgutsgefährdung oder -verletzung für strafbar erklären. Nicht einmal die Gefährlichkeit der Handlung im Einzelfall muss konkret festgestellt werden, sie wird vielmehr gesetzlich vermutet.“; *Fuchs*, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 4. Auflage, Wien 2000, S. 67.

26 *Foregger*, WK², § 112, Rz 9 f.

27 *Leukauf/Steininger*, a. a. O., § 111, Rz 29.

28 *Foregger/Fabrizy*, a. a. O., § 111, Rz 13; *Leukauf/Steininger*, a. a. O., § 111, Rz 28.

29 *Foregger/Fabrizy*, a. a. O., § 111, Rz 12; *Leukauf/Steininger*, a. a. O., § 111, Rz 25 ff.

30 Exkurs: In Österreich liegt durch die Verbreitung der üblen Nachrede durch ein Medium ein Medieninhaltsdelikt vor. Von einem solchen ist auszugehen, wenn in einem Medium der objektive Tatbestand der üblen Nachrede, einer Beschimpfung, einer Verspottung oder einer Verleumdung vorliegt (§ 6 MedienG). In die-

sem Fall hätte der Betroffene einen Anspruch auf Entschädigung gegenüber dem Medieninhaber. Die Bestimmung gibt damit dem von einem bestimmten Medieninhaltsdelikt Betroffenen einen Anspruch auf Ersatz von immateriellen Schäden. In unserem Fall käme aufgrund der Wiedergabe einer Äußerung Dritter keine Ersatzanspruch zustande (§ 6 Absatz 2 Ziffer 4 MedienG).

31 In Österreich werden unter einem Druckwerk alle Arten von Schriften verstanden, die in einem Massenherstellungsverfahren vervielfältigt werden. Vgl. dazu auch § 1 Abs 2 Zif 4 MedienG.

Da in unserem Fall der Täter die Vorwürfe auf einer Pressekonferenz geäußert hat, ist es ihm wahrscheinlich gerade darauf angekommen, dass seine Aussage durch die Medien verbreitet wird, da dies den einzigen Zweck einer Pressekonferenz darstellt.

Zusammenfassend kann behauptet werden, dass im konkreten Fall *laut geltendem Strafrecht das Tatbild der üblen Nachrede mit dem erschwerenden Umstand der Verbreitung der Aussage an eine breite Öffentlichkeit vollendet ist.*³²

III. Der Ehrenschatz des *homo publicus*

Eine Besonderheit des gegenständlichen Falles stellt nicht zuletzt die Tatsache dar, dass das *Opfer der Ehrverletzung eine Person des öffentlichen Lebens*, ein sogenannter *homo publicus*, ist. Vorauszuschicken ist in diesem Zusammenhang, dass Lehre und Rechtsprechung, was den Ehrenschatz betrifft, sowohl in Österreich als auch in anderen Staaten der Europäischen Union um eine Trennung von offizieller Funktion und höchstpersönlichem Lebensbereich des *homo publicus* bemüht sind.³³

Aufgrund seiner Stellung ist der *homo publicus* vermehrt der Kritik seitens der Öffentlichkeit ausgesetzt. Die scharfe Kritik an Personen des öffentlichen Lebens, im Besonderen an Politikern, darf aber nicht ohne Tatsachensubstrat sein. Wäre die Kritik z. B. eine unzulässige Verallgemeinerung, die nur darauf abzielen würde, den politischen Gegner in Misskredit zu bringen, wäre § 111 StGB erfüllt. Diese über das Ziel hinauschießende Kritik wird, wie schon zuvor ausgeführt³⁴, *Wertungsexzess*³⁵ oder Schmähekritik genannt und ist auch durch Art. 10 EMRK nicht gedeckt. Hier überwiegt das Recht auf Ehre gegenüber dem Recht auf Meinungsfreiheit.

Aus der *Erweiterung* der zulässigen Kritik in Bezug auf den *homo publicus* lässt sich ein größerer Spielraum des *Grundrechts auf freie Meinungsäußerung*³⁶ ableiten. Dieses ist neben den nationalen Bestimmungen auch durch Art. 10 EMRK geschützt. Das Recht auf

freie Meinungsäußerung wird vom EGMR sehr großzügig ausgelegt, wonach jedes Werturteil zulässig ist.

Zwei für die österreichische Rechtsprechung richtungweisende Entscheidungen des EGMR werden kurz zur Veranschaulichung dargestellt.

Im *Fall Lingens*³⁷ wurde das Verhalten des damaligen Bundeskanzlers Kreisky bei einer politischen Auseinandersetzung in einem Zeitungsartikel als „übler Opportunismus“ und darüber hinaus als „unmoralisch“ und „würdelos“ bezeichnet. Der EGMR stellte im Gegensatz zum österreichischen Erst- und Zweitgericht fest, dass es sich hier um ein zulässiges Werturteil im Sinne des Art. 10 EMRK handelt und der Tatbestand der üblen Nachrede somit nicht vorlag.

Im *Fall Oberschlick*³⁸ wurde die Bezeichnung eines Politikers als „Trottel“ vom EGMR nicht als Beleidigung angesehen, sondern wurde noch im Bereich einer vertretbaren Kritik im öffentlichen Leben gewertet. Die Bezeichnung Trottel müsse im Zusammenhang mit dem ganzen Artikel gesehen werden und könne somit nicht für sich alleine zum Tragen kommen, wie dies von den nationalen Gerichten angenommen worden war.

Die Ausrichtung des *EGMR* auf den Schutz des Rechtes auf Meinungsfreiheit erscheint mir jedoch zu einseitig, da das *Recht auf Ehre zu wenig Berücksichtigung* findet. Auch ein in der Öffentlichkeit stehender Mensch hat das Recht auf Achtung seiner Ehre und Privatsphäre.³⁹

IV. Die Beleidigung in Österreich

Trotz der Feststellung, dass es sich in dem behandelten Fall um eine erschwerte Form der üblen Nachrede handelt, scheint es doch interessant, die Abgrenzung zur Beleidigung zu prüfen.

Gemäß § 115 StGB liegt bei *Missachtung einer Person* eine Beleidigung vor. Es gibt vier verschiedene Begehungsformen einer Beleidigung. Darunter fallen die Beschimpfung, die Verspottung, die Misshandlung am Körper und die Drohung mit Misshandlungen am Körper.⁴⁰ Jemanden als Nazi zu bezeichnen kann im Rahmen von § 115 StGB tatbildlich ei-

ne *Beschimpfung* und somit eine Beleidigung des Opfers darstellen.⁴¹ Vom konkreten Sachverhalt ausgehend hatte der Täter aber nicht den Vorsatz, sein Opfer zu beschimpfen, er wollte ihm vielmehr eine verächtliche Gesinnung zuschreiben. Wäre es dem Täter in unserem Fall in Wirklichkeit nur darauf angekommen, sein Opfer zu beleidigen und ihm keine schlechte Gesinnung vorzuwerfen, hätte er eine Beleidigung begangen. Wie bereits ausgeführt, hätte dafür allein die Äußerung „Trottel“ genügt.⁴²

Für die Beleidigung ist eine Mindestpublizität ebenso gefordert. Die Beleidigung muss *öffentlich oder vor mehreren Leuten* begangen werden.⁴³ Unter „öffentlich begangen“ versteht man, dass die Beleidigung von einem größeren Personenkreis⁴⁴ wahrgenommen wird. Die „Begehung vor mehreren Personen“ bezieht sich darauf, dass die Beleidigung von mindestens drei von Täter und Opfer verschiedenen Personen wahrgenommen werden kann.⁴⁵ Der Täter muss mit Vorsatz handeln und in Kauf nehmen, dass er sein Opfer mit der Aussage beleidigt und diese Äußerung von mehreren Personen wahrgenommen wird.⁴⁶

V. Die Verleumdung – ein Delikt, das in Betracht zu ziehen ist?

Wo verlaufen die Grenzen zwischen übler Nachrede und Verleumdung?

Wer einen anderen als Nazi bezeichnet, könnte ihm eine Wiederbetätigung unterstellen. Die Konsequenz daraus wäre ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz.⁴⁷ Verstöße gegen das Verbotsgesetz sind strafbar. Der Täter begeht eine Verleumdung, wenn er wissentlich eine falsche Anschuldigung verbreitet und das Opfer dadurch einer Verfolgung durch die Strafbehörden aussetzt. Es genügt für die Erfüllung der Verleumdung, dass die konkrete Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung durch die falsche Aussage hergestellt wird.⁴⁸

Dass in unserem Fall aufgrund der getätigten Äußerung konkrete Ermittlungen eingeleitet werden, ist durchaus vorstellbar, da derartige Vorwürfe in der heutigen Zeit besonders ernst ge-

32 In Österreich § 111, Abs 2 StGB.

33 Kienapfel, a. a. O., Vorbemerkungen zu § 111 ff, Rz 24.

34 Siehe Kapitel „Die üble Nachrede in Österreich“.

35 MR 1996, 237.

36 Art 10 EMRK, Art. 13 StGG

37 EuGRZ 1986, 424.

38 ÖJZ 1997, 956.

39 EU-Datenschutzrichtlinie Nr. 46/1994.

40 Foregger/Fabrizy, a. a. O., § 115, Rz 1; Leukauf/Steininger, a. a. O., § 115, Rz 2 ff.

41 MR 1994, 28; ähnlich MR 1989, 163.

42 Mayerhofer, a. a. O., § 115 Entscheidung 2 c.

43 § 115, Abs 2 StGB; Bertel/Schwaighofer, a. a. O., § 115, Rz 11; Foregger/Fabrizy a. a. O. § 115, Rz 2; Leukauf/Steininger, a. a. O., § 115, Rz 8.

44 Ein größerer Personenkreis ist ab einer Zahl von ungefähr zehn Menschen anzunehmen. In Leukauf/Steininger, a. a. O., § 69, Rz 3.

45 Bertel/Schwaighofer a. a. O. § 115, Rz 13; Leukauf/Steininger, a. a. O., § 115, Rz 9; Kienapfel a. a. O., Rz 15.

46 Mayerhofer, a. a. O. § 115, Entscheidung 19.

47 ecolec 1996, 254.

48 Foregger/Fabrizy a. a. O. § 297, Rz 5; Leukauf/Steininger a. a. O. § 297, Rz 10 f.

nommen werden. Dennoch erscheint es mir zweifelhaft, dass sich der Täter ernsthaft damit abgefunden hat, seinen politischen Gegner einer Verfolgung auszusetzen. Aufgrund des vom Opfer zuvor geäußerten SS-Zitates wird der Täter eine Wissentlichkeit bezüglich seiner falschen Verdächtigung nicht gehabt haben. Aus diesen Gründen schliesse ich eine Verleumdung aus.

VI. Grenzziehung der strafrechtlichen Verantwortung des Journalisten

Es stellt sich die Frage, ob sich der Journalist, der einen Ausspruch als wörtliches Zitat in seine Berichterstattung übernimmt, strafbar macht.

Zum Problem der *Zitatenjudikatur* wurden zwei Lösungsmodelle entwickelt. Die *Tatbestandslösung*, die von der überwiegenden früheren Lehre⁴⁹ und vom JAB 1981 zum MedienG⁵⁰ vertreten wurde, besagt, dass die bloße Wiedergabe einer verunglimpfenden Äußerung den Tatbestand des § 111 StGB nicht erfüllt. Die *Rechtfertigungslösung* sieht vor, dass der Journalist bei der Weiterverbreitung der ehrbeleidigenden Äußerung straffrei bleibt, wenn er alle in § 114 Abs 1 StGB geregelten Voraussetzungen erfüllt hat. Die Weiterverbreitung einer ehrmindernden Äußerung eines anderen in einem Medium ist dann nicht rechtswidrig, wenn wortwörtlich zitiert oder an der Kenntnisnahme (vgl § 6 Abs 2 MedienG) der Äußerung zufolge die Wichtigkeit für das öffentliche Leben oder wegen der öffentlichen Bedeutung des Zitierten ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht und dabei jede Identifikation mit dem Zitierten vermieden wird.⁵¹ So ist der Tatbeitrag des Reporters, bestehend in der Weiterverbreitung eines wertneutralen Zitates, gerechtfertigt. Diese Lösung basiert auf einem Urteil des OLG Wien⁵² und wurde in der Mediengesetzesnovelle von 1992 in einigen Bestimmungen⁵³ verankert. Festzuhalten ist, dass die Rechtfertigungslösung zur Lösung des Problems der Zitatenjudikatur von der Rechtsprechung und der neuen Medienlehre⁵⁴ einhellig vertreten wird.

VII. Provokation als besonderer Strafausschließungsgrund

Wie anfangs erwähnt, ist die Äußerung eine Reaktion auf einen verwendeten SS-Ausspruch seitens des Verletzten. Angesichts dieses Sachverhaltes scheint es sinnvoll zu untersuchen, ob eine Provokation vorliegt.

Die Anwendung des Rechtsinstitutes der Provokation ist auszuschließen, da die Provokation lediglich Entschuldigungsgrund für das Delikt der Beleidigung ist. Er ist in § 115 Abs 3 StGB geregelt und zielt darauf ab, dass die Beleidigung aus einer allgemein begreiflichen Entrüstung über das Verhalten eines anderen entstanden ist. Sie wird entschuldigt, wenn die Reaktion des Täters angemessen ist.⁵⁵ Diese Entschuldigung ist für eine üble Nachrede nicht anwendbar.

VIII. Schlussbemerkungen

Wie diese Arbeit verdeutlicht, wird in Österreich nur das Rechtsgut der objektiven Ehre durch mehrere Bestimmungen geschützt. Die Unterscheidung der Delikte Beleidigung und üble Nachrede erfolgt aufgrund inhaltlicher Kriterien.

Das österreichische Medienrecht trägt dem Umstand des stetig zunehmenden Einflusses der Medien in der Öffentlichkeit Rechnung.

Dem Recht auf Information und somit der Meinungsfreiheit wird durch die Rechtsprechung des EGMR weit mehr Bedeutung beigemessen als dem Schutz der Ehre des Einzelnen. Dies gibt einem im Zeitalter der „Rundum – Information“ durch sämtliche Medien zu denken, da meiner Auffassung nach das Recht auf Privatsphäre nun einen verstärkten Schutz erfahren sollte. Gerade deswegen trete ich dafür ein, dass beim Ehrenschutz des *homo publicus* dringend eine Sensibilisierung bei der Unterscheidung seiner Stellung zu fordern ist, um auch sein Grundrecht auf Ehre zu schützen.

Drⁱⁿ. Claudia Mahler ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Staatslehre, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Potsdam.

⁴⁹ Foregger in WK, Vorbemerkungen § 111, Rz 36, 39; Leukauf/Steininger, Strafrechtliche Nebengesetze 598; Weiß MR 1990/1/11.

⁵⁰ 743 BlgNR 15. GP.

⁵¹ Ozlberger, a.a.O., S. 67; Hauger/Zöchbauer, a. a. O., S. 73.

⁵² MR 1983/4/A10E8.

⁵³ vgl § 6 Absatz 2 Ziffer 4, § 7 und § 39 Absatz 3 MedienG.

⁵⁴ Ozlberger, a. a. O., S. 69; Hauger/Zöchbauer, a. a. O., S. 16; Schmid, MR 1990, 122; Zöchbauer, MR 1994, 42; Zeiler, a. a. O., S. 73.

⁵⁵ Bertel/Schwaighofer, a. a. O., § 115, Rz 15 f.; Kienapfel, a. a. O., § 115, Rz 27 ff.

Bezahlt wird nicht oder Die „Väterrechte- Fraktion“ lässt grüßen

Anna Sporrer

In Folge der verfassungsgerichtlichen Erkenntnisse über die Frage der steuerrechtlichen Anerkennung von Unterhaltsleistungen für Kinder hat der Oberste Gerichtshof (OGH) beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) beantragt, § 12a Familienlastenausgleichsgesetz 1967¹ (FLAG) als verfassungswidrig aufzuheben.² § 12a lautet: „Die Familienbeihilfe gilt nicht als eigenes Einkommen des Kindes und mindert nicht dessen Unterhaltsanspruch.“ Der OGH-Beschluss zielt darauf ab, nicht im Haushalt mit dem Kind lebende Elternteile, die zu Geldunterhalt verpflichtet sind (zumeist Väter), steuerlich zu entlasten. Seine Bedenken stützt der OGH auf ein Erkenntnis des VfGH vom Juni 2001,³ mit dem Letzterer einerseits die *einkommensteuerrechtliche* Nichtabzugsfähigkeit von Unterhaltsleistungen an Kinder bei getrennter Haushaltsführung als verfassungsrechtlich unproblematisch erachtete, andererseits jedoch auch zur *Familienbeihilfe* Stellung bezogen hat.⁴ Nach Auffassung des VfGH hätten die Gerichte bei der Unterhaltsbemessung im Einzelfall zu entscheiden, ob und in welchem Ausmaß die Transferleistungen *auch* zur steuerlichen Entlastung des Geldunterhaltspflichtigen berücksichtigt werden müssen.⁵ Das Anrechnungsverbot des § 12a FLAG sei im Wege einer *teleologischen Interpretation* auf jenen Bereich zu *reduzieren*, in dem die Transferleistungen nicht zum Ausgleich der überhöhten Steuerbelastung benötigt werden.⁶ Zur Familienbeihilfe *hält* der VfGH außerdem fest, dass die Gesetzgebung von

Verfassungen wegen nicht gehalten sein kann, für getrennt lebende Eltern höhere Leistungen vorzusehen. Sind für jedes unterhaltsberechtigende Kind dieselben Transferleistungen vorgesehen, so fällt der Umstand, dass die Eltern getrennt leben, diesen als Sache privater Lebensgestaltung oder persönlichen Risikos zu Last. Bei getrennter Haushaltsführung fällt laut VfGH bei Bemessung des Geldunterhalts der Ausfall der Betreuungsleistungen ins Gewicht.

Demgegenüber sieht der OGH in seinem Gesetzesprüfungsantrag allerdings keinen Raum für eine solche Auslegung. Zum einen leitet er aus seiner ständigen Rechtsprechung sowie dem Willen des Gesetzgebers ab, dass die *Familienbeihilfe zur Gänze dem Haushalt zukommen* soll, in dem das Kind betreut wird (Funktion als primäre Betreuungshilfe) und nicht jene Person steuerlich zu entlasten hat, die zwar dem Kind zum Unterhalt verpflichtet ist, deren Haushalt es aber nicht teilt. Zum anderen *fehlen* dem OGH aufgrund der zivilrechtlichen Auslegungsgrundsätze die *Voraussetzungen für die oben zitierte „teleologische Reduktion“* von § 12a FLAG durch die Gerichte im Einzelfall. Damit würde – so der OGH – vielmehr eine Gesetzesänderung verwirklicht, wobei die Korrektur einer als unbefriedigend empfundenen Regelung nicht Sache der Rechtsprechung, sondern Aufgabe der Gesetzgebung sei. Der OGH gründet seine im Gesetzesprüfungsantrag vorgebrachten Bedenken nun einerseits auf die Ausführungen des VfGH

zur teleologischen Reduktion des § 12a FLAG durch die Zivilgerichte (mit welchen der VfGH offenkundig eine Aufhebung der einkommensteuerrechtlichen Bestimmungen zu vermeiden suchte), andererseits auf die parallel zur Anhebung der Kinderabsetzbeträge erfolgte Erhöhung der Familienbeihilfe,⁷ die seiner Auffassung nach (lediglich) eine Besserstellung des betreuenden Elternteils (zumeist der Mutter) bewirke.

Zur Erhellung der Materie lohnt ein Blick in die Vorgeschichte: Im Jahr 1991 hat der VfGH eine Wortfolge des § 34 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) aufgehoben, weil die steuerliche Nichtabzugsfähigkeit der Unterhaltsleistungen an Kinder eine Diskriminierung unterhaltspflichtiger Eltern im Vergleich mit nicht unterhaltspflichtigen Personen in Hinblick auf ihre wirtschaftliche Lage darstelle.⁸ In diesem Zusammenhang hat er u. a. auch die Wirkung der Familienbeihilfe untersucht und ist zum Ergebnis gekommen, dass die Familienbeihilfe in ihrer Wirkung die für die Kinder benötigten Einkommensteile zwar bei niedrigeren Einkommen zu Gänze steuerfrei stellen, dass aber in höheren Einkommensbereichen wesentlich weniger einkommensteuerfrei gestellt wurde, als für die Kinder aufzuwenden war. Anlässlich dieser Aufhebung hat es der VfGH allerdings der Gesetzgebung überlassen, durch welche Maßnahmen (Absetzbeträge, und/oder direkte Leistungen) das aufgrund des Erkenntnisses erforderliche Ergebnis erzielt werde, wenn nur im Effekt Teile des Einkommens der Unterhaltspflichtigen von der Steuerbelastung freigestellt würden.

In der Folge wurden mit dem Familienbesteuerungsgesetz 1992,⁹ u. a. Kinder- und Unterhaltsabsetzbeträge geschaffen. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass damit Unterhaltsleistungen für Kinder (für haushaltszugehörige durch die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag, für nicht haushaltszugehörige durch den Unterhaltsabsetzbetrag) steuerlich als abgegolten gel-

1 IdF BGBl. Nr. 646/1977.

2 Beschluss vom 20. Dezember 2001, GZ 6 Ob 243/01f.

3 VfGH-Erkenntnis v. 27. Juni 2001, B 1285/00.

4 Zur Verfassungskonformität bei haushaltszugehörigen Kindern siehe VfGH-Erkenntnis v. 30. November 2000, B 1340/00.

5 Grundsätzlich hat die Familienbeihilfe ja den Unterhalt des Kindes zu fördern und kommt nach dem FLAG

als Transferleistung auch bei getrennten Haushalten dem das Kind betreuenden Elternteil (zumeist die Mutter) zu, wobei sich aus § 12a FLAG ergibt, dass eine Anrechnung dieser Leistung auf den Geldunterhalt nicht zulässig ist.

6 Diese teleologische Interpretation führt im Ergebnis aber zu einer Kürzung der Unterhaltsansprüche.

7 Siehe im Folgenden.

8 VfsIlg. 12783/1991.

9 BGBl. 312/1992.

ten. Die Kinderabsetzbeträge werden seither als direkte Transferleistungen mit der Familienbeihilfe ausbezahlt. Diese Regelungen wurden – erfolgreich – beim VfGH bekämpft. In seinen Entscheidungen¹⁰ betont der VfGH, dass es beim Vergleich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von unterhaltspflichtigen Eltern und nicht unterhaltspflichtigen Personen nicht erforderlich sei, deren unterschiedliche Leistungsfähigkeit „in jeder Hinsicht und zur Gänze vollkommen“ zu berücksichtigen. So müssten bei höheren Einkommen die zu leistenden Unterhaltszahlungen nur so weit steuerlich berücksichtigt werden, dass *zumindest die Hälfte der Einkommensteile, die zur Bestreitung des Unterhalts der Kinder erforderlich sind, im Effekt steuerfrei bleiben*. Dies sah er durch die Kinderabsetzbeträge von (jeweils monatlich) 350 S für das erste Kind, 525 S für das zweite Kind und 700 S für jedes weitere Kind nicht gewährleistet und hob die Bestimmungen auf.

Als Reaktion darauf wurden mit dem Budgetbegleitgesetz 1998 (auch „Familienpaket 2000“) die Absetzbeträge für *haushaltszugehörige Kinder* auf einheitlich 700 S (50,9 Euro) angehoben.¹¹ Auch wurden eben die Familienbeihilfe erhöht und die „Mehrkindstaffel“ in das FLAG transferiert.¹² Selbst diese Regelungen wurden beim VfGH bekämpft, diesmal allerdings erfolglos: In seinem diesbezüglichen Erkenntnis¹³ erachtete der VfGH die Kinderabsetzbeträge aufgrund ihrer Höhe im Effekt als hinreichende steuerliche Berücksichtigung der Unterhaltslasten.

Mit dem Budgetbegleitgesetz 1988 wurden nun zwar Absetzbeträge für *haushaltszugehörige Kinder* angehoben, *die Unterhaltsabsetzbeträge für nicht haushaltszugehörige Kinder blieben jedoch gleich*. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage begründen dies damit, dass nach der Judikatur des VfGH jene Unterhaltsaufwendungen, die auf die „private Lebensgestaltung“ zurückzu-

führen sind, steuerlich unbeachtlich bleiben können; es sei nach Ansicht des Gesetzgebers nun bei getrennt lebenden EhegattInnen „Sache privater Lebensgestaltung“, dass ein Elternteil außerhalb des Kindeshaushaltes lebt.

Insgesamt wurden also mit dem „Familienpaket 2000“ Paare, die mit ihren Kindern zusammenleben, und AlleinerzieherInnen finanziell besser gestellt, nicht jedoch zum Geldunterhalt verpflichtete Elternteile, die außerhalb des Kindeshaushaltes leben. Offenkundig, um auch für diese Gruppe am Boden der geltenden Gesetzeslage auch zu dem – durch die verfassungsgerichtliche Vorjudikatur erforderlichen – Ergebnis der Abgeltung der steuerlichen Belastung (wie erwähnt, bei höheren Einkommen mindestens zur Hälfte) zu gelangen, hat der VfGH die oben genannte interpretatorische Lösung gewählt. Jedoch hat er sich damit wohl selbst in eine juristische Zwickmühle gebracht, zumal der OGH die vorgeschlagene „teleologische Reduktion“ des § 12a FLAG durch die Gerichte für verfassungswidrig hält. Auf den Ausgang des verfassungsgerichtlichen Verfahrens darf daher mit Spannung gewartet werden.

Unabhängig davon, wann und in welcher Weise der VfGH über die Gesetzesprüfungsanträge¹⁴ des OGH entscheidet, ist auf eine bedenkliche Entwicklung bei den Zivilgerichten hinzuweisen: Wie Brigitte Hornyik, Verfassungsjuristin und Vertreterin des Vereins Österreichischer Juristinnen im Österreichischen Frauenring, recherchiert hat, entscheiden einige Gerichte bereits gemäß der verfassungsgerichtlichen Vorgabe über Anträge von Vätern auf Herabsetzung der Unterhaltszahlungen für ihre Kinder, wobei manche die Anträge abweisen, manche die Entscheidung an den Obersten Gerichtshof delegieren. Am gravierendsten sind laut Hornyik vom Steuer- und Geldunterhaltspflichtigen getrennt lebende Mütter und Kinder von jenen

Entscheidungen wie z. B. der des Landesgerichts Linz¹⁵ betroffen, wonach ein Anspruch auf Kürzung aufgrund der von der Mutter bezogenen Familienbeihilfe bestehe und dieser Anspruch sogar *von Amts wegen berücksichtigt werden* müsse, wobei die Kosten der getrennten Haushaltsführung zu berücksichtigen seien.¹⁶ Da nun vor allem geschiedene Mütter und deren Kinder von Unterhaltsherabsetzungen bedroht seien, hält Hornyik Information, Rechtsberatung¹⁷ und auch eine Gegenöffentlichkeit zur „Front der geschiedenen Väter“ für enorm wichtig. Sie verweist auf die „Plattform für das Recht des Kindes auf klare Verhältnisse nach der Trennung“, die mit erfahrenen Rechtsanwältinnen und Frauenberatungsstellen zusammen arbeitet und sich dem Problem widmen wird.¹⁸

Drⁱⁿ. Anna Sporrer ist Verfassungsjuristin, Vorsitzende des Frauen-Rechtsschutzfonds und Mitglied der legal expert group der Europäischen Kommission zur Umsetzung des EU-Gleichbehandlungsrechts. Dieser Beitrag gibt ausschließlich die Meinung der Autorin wieder, die nicht notwendigerweise mit der jener Institutionen übereinstimmen muss, für die sie tätig ist.

¹⁰ VfSlg. 14992/1997; 15023/1997.

¹¹ BGBl. I 79/1998, Art. XIV.

¹² BGBl. I 79/1998, Art. XVI.

¹³ VfGH-Erkenntnis v. 30. November 2000, B 1340/00.

¹⁴ Insgesamt sind derzeit 36 Anträge parallel anhängig. Dass es sich dabei um eine „konzertierte“ Aktion handelt, ist nicht nur durch ein Interview (Profil Nr. 8/1998) eines der ver-

tretenden Anwälte bekannt, in dem er die Gründung einer „Bewegung der geschiedenen nicht sorgeberechtigten Eltern“ ankündigt, die „nicht mehr länger Fußabstreifer für die Radikal-Feministinnen“ sein wollen, sondern ist auch auf dessen Homepage aktuell ersichtlich.

¹⁵ Urteil v. 26. Juli 2001, 14 R 293/01h.

¹⁶ Nach der Judikatur des VfGH ist die getrennte Haushaltsführung allerdings Sache „privaten Risikos“ – siehe oben.

¹⁷ M. E. sollte gegen Urteile, die für Frauen und ihre Kinder negativ ausgehen, jedenfalls berufen werden, um den Eintritt der Rechtskraft bis zum Abschluss der höchstgerichtlichen Verfahren zu verhindern.

¹⁸ Die Plattform, Adressen, Telefonnummern und e-mail-Adressen sind auf der Homepage zu finden: <http://www.obsorge.at>; Anfragen bitte zunächst an: scheidung@obsorge.at. Informationen zum Frauen-Rechtsschutzfonds können unter frauen.rechtsschutz@utanet.at angefordert werden.

Federalist Nostalgia

A comment on our constitutional debate

Alexander Somek

Declarations and sermons

As is well known, at the summit in Laeken held in December 2001 the European Council called a Convention on the future of the European Union, which assembled in February 2002. The Convention is commissioned to prepare the next Intergovernmental Conference by considering the key issues arising for the Union's future development.

In the opening remarks of the first meeting of the Convention on February 26, 2002, the president to the Convention, Valéry Giscard d'Estaing, left no doubt as to the historical significance that ought to be attributed to the meeting by reminding the delegates of the conference of Messina, which led up to the drafting of Treaty of the European (Economic) Community:¹

Our Convention represents the first occasion since the Messina Conference in 1955 for European leaders to set aside the resources and time to examine in detail the future of the European Union.

Only a few paragraphs below Giscard d'Estaing encourages the Convention to aim for nothing short of a European self-definition:²

Let us imagine a continent at peace, freed of its barriers and obstacles, where history and geography are finally reconciled, allowing all states of Europe to build their future together after following their separate ways to West and East.

Such an act of self-definition, which is taken to be closely intertwined with the enlargement process, is not accidentally linked to the adoption of a written constitution.

That Europe may ripe for such a momentous shift is a belief that is also expressed in the Declaration on the Future of the Union. It was released upon

the conclusion of the summit at Laeken. After rehearsing the past of the European integration process the declaration looks into the future as follows:³

[T]he Union stands at a crossroads, a defining moment in its existence. The unification of Europe is near. The Union is about to expand to bring in more than ten new Member States, predominantly Central and Eastern European, thereby finally closing one of the darkest chapters in European history: the Second World War and the ensuing artificial division of Europe. At long last, Europe is on its way to becoming one big family, without bloodshed, a real transformation clearly calling for a different approach from fifty years ago, when six countries first took the lead.

The message is clear. In the advent of enlargement the "post-second-World War" period of European history is coming to an end. Apparently, European integration is about to attain its final goal. This has to be normatively endorsed in a moment of self-definition that would catapult the European Union from its notoriously crisis-ridden state into a more stable form of existence. The European Council is quite outspoken about what this would mean, namely, the European Union's move "towards a Constitution for European citizens".⁴

Reasons for dissatisfaction

But why a constitution for Europe? Don't we have one? I would indeed concur with commentators who have claimed that the European Union already has a constitution,⁵ more precisely, a special type of constitution.⁶ At the same time, however, intermittent calls for a European constitution need to be understood in their own terms, that is, in the terms in which major political

players point to what they perceive to be the most intractable issues. I should like to highlight just three.

There is, first, the current mechanism of Treaty revision. Art. 48 of Treaty of the European Union lays down the basic procedure. On the initiative of Member States or the Commission, the Council of the European Union may call for an Intergovernmental Conference to prepare amendments of the Treaty. After an unanimous agreement about proposals has been reached in this forum, the amendments enter into force provided that they are ratified by all Member States "in accordance with their respective constitutional requirements".

This mechanism has worked well, ironically enough, before it has been laid down as a rule of constitutional procedure in the Treaty of the European Union. The last two Treaty revisions, the Treaty of Amsterdam and the Treaty of Nice, are generally perceived as having achieved only very little. In particular, the setting of close deadlines in order to speed up the negotiation process has had the undesirable effect that the resolution of most complicated and sticky matters was indefinitely postponed.⁷

For the Member States this seems to signal that the limits of an *exclusively* intergovernmental process of Treaty revision have been reached. Thus, the so-called "convention method", with its clear constitutional overtones, was chosen for *preparing* the next Treaty, which will still be negotiated by the delegates of another intergovernmental conference, too. Apparently, there is great contentment among European politicians that this method has worked so well for the adoption of the Charter of Fundamental Rights. The bid for constitutionalisation, thus, is associated with the attempt to overcome collective action problems. Let me call this, using a shorthand designation, the *search for an effective pouvoir constituant*.

The second reason has to do with the substance of the proposals made in the Treaty of Nice. During the negotiations leading up to the Treaty, it was

¹ Introductory Speech by President V. Giscard d'Estaing to the Convention of the Future of Europe, <http://european-convention.eu.int/docs/speeches/1.pdf>, at 14.

² *Id.* at 14.

³ See Declaration on the Future of the Union (henceforth "Laeken De-

claration"), In Presidency Conclusions. European Council Meeting in Laeken 14 and 15 December 2001, <http://ue.eu.int/en/Info/eurocouncil/index.htm> at p. 1.

⁴ Laeken Declaration, above note 3, at 6.

⁵ See, for example, Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?' (1999) 36 *Common Market Law Review* 703-750.

⁶ See J.H.H. Weiler, 'Federalism without Constitutionalism: Europe's

Sonderweg, In Howse & Nicolaidis (eds.) *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (OUP, 2001) 54-72.

⁷ See Weiler, 'Conclusions', http://www.consuniv.org/post_nice/contributions/WEILER.doc at 1.

clear that the smaller Member States were extremely reluctant, if not unwilling, to give up their right of representation in the Commission.⁸ The compromise that was reached – with cross-implications for the re-weighting of votes in the Council – has it that, with effect from 2005, the Commission will be limited to one member per Member State. A ceiling on the number of Commissioners will be imposed once the Union has 27 Member States. At that point, the Council will have to take a unanimous decision on the exact number of Commissioners (which must be less than 27). The nationality of the Commissioners will then be determined by a system of rotation that will be absolutely fair to all countries. This compromise is not just complicated, it also leaves open the major question of how such a fair rotation should be brought about.

Again, Member States apparently wish to transcend the intergovernmental make-up of the present agency structure, however, they are aware that such a transcendence cannot be achieved by themselves. I surmise that there is, cloudy as it may be, a desire to have a *more majoritarian mode of governance*. The latter would implicate that, at least for certain periods of time, not all Member States can be equally represented in Community institutions. A shift to a more majoritarian mode of governance would most likely strengthen the position of the Commission vis-à-vis the Council. It could make an end to a process in the course of which the Commission has been increasingly demoted to the role of a super-secretariat.

Third, there is perspicuous awareness that the European Union is not popular among the peoples of Europe. “The European institutions must be brought closer to its citizens” is one of the sentences which one finds repeated, time and again, in official European documents. In a similar vein, “within the Union”, the Laeken Declaration states, “the institutions must be

brought closer its citizens”.⁹ *Only a few months earlier, in the so-called White Paper on European Governance*, the European Commission bemoaned the fact that the European citizens do not appreciate the quality of the policies delivered by the European Union.¹⁰ Going beyond the diagnosis of estrangement, the Commission openly acknowledged that the citizens feel alienated from the Community’s work. In both communications, however, it is understood that the Community is experienced, by European citizens, as standing aloof, whereas it is at the same time expected to respond effectively to a growing number of challenges in such diverse fields as asylum, immigration, employment, social security, environmental policy and foreign affairs. The European Council perceives the Union as facing a double bind here. The more it responds to the citizens’ demands for common action, the more likely the citizens are to react with resentment. Apparently, the deepening of integration can only succeed if it is supported by some measure of “democratisation”.¹¹ Another gain expected from constitutionalisation is that of the simplification of the existing Treaties. In addition, there is a clear indication that the Treaty should, in its first part, herald a Bill of Rights. Call this the *search for a European citizen* who has reason to identify with the Union’s work.¹²

The way in which the problems are thus conceived by European political leaders betray the belief that the key to future success could lie in the move to some “federal” system.¹³ At any rate, I do not see any better way of characterising what the *combined* achievement of simplification, a Bill of Rights, a more independent European governance and a more autonomous process of Treaty revision were to amount to. Some type of federal constitution, accordingly, is expected to bring European integration to a good end.

In the following, I would like to take issue with the captivating influ-

ence of this vision. In my opinion, owing to the very success of the integration process, the “federalist” vision has had its day. Its recurrence cannot – and should not – be more than a reminiscence of what was once presumed, by some, to be the final state of European integration. I cannot offer a full defence of my claim here. What I can do, instead, is to point out several of shortcomings of the present debate.

“Why don’t we?” – “Why should they?”

Most of the fancied reforms for a future European constitution are unprincipled. They come in the form of “why don’t we” statements. Such statements are notorious for their exposure to “why should they” rejoinders. This is obvious when it comes to resolving questions of agency, including the move toward a more majoritarian system at the federal level.

The “why don’t we” method is not only uninspiring. It is also unrealistic. “Why don’t we transform the Council into a second chamber of parliament (with qualified or simple majority vote)?” “Why don’t we strengthen the president of the Commission through direct election by the European population?” Owing to their simplicity, proposals necessarily prompt objections. “Why should the Member States in the Council agree to their relegation to a secondary chamber if the present system would still work pursuant to the re-weighting of votes in the Council laid down in the Treaty of Nice?” “Why should the peoples of Europe want to elect one national as their common European leader?”

“Why should they” rejoinders such as these seriously undermine the force of “why don’t we” proposals. This does not prevent the latter, however, from recurring with remarkable tenacity.

One of the questions posed by the Laeken Declaration is whether the Union should in the future be transformed into a polity more closely resembling a con-

8 See Xenophon A. Yataganas, ‘The Treaty of Nice : The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union—A Continental Perspective’ (2001) 7 *European Law Journal* 242–291; Markus G. Puder, ‘Salade Nicoise from Amsterdam Left-Overs – Does the Treaty of Nice Contain the Institutional Recipe to Ready the European Union for En-

largement?’ (2002) 8 *European Journal of European Law* 53–83

9 Laeken Declaration, above note 3, at 3.

10 See COM (2001) 428 of 25.7.2001. For a discussion, see Christian Joerges & Yes Mény & J.H.H. Weiler (eds.), Jean Monnet Working Paper No. 6/01: *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission*

White Paper on Governance, <http://www.JeanMonnetProgram.org>; Alexander Somek, ‘democracy. babble@cec.eu.int’ *juridikum* 2002.

11 See pp. 3–4 of the Laeken Declaration, above note 3.

12 I cannot take into account here that in the aftermath of 9/11 it has become clear that, if p(B)ush come to shove, the Common Foreign Se-

curity policy fails to respond by marking out a distinctly European approach. The European Union appears to be in *search of a mission*.

13 See Michael Burgess, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950–2000* (Routledge, 2000).

stitutional democracy.¹⁴ The European Parliament could be elected according to one common and unified electoral law.¹⁵ But why should the Members of the executive branch, who have so far been the winners in the integration process,¹⁶ want to jeopardise their prerogative of representing, indirectly, the population of the Member States severally on the Community level? The Declaration also ponders whether the meetings of the Council, at least in its legislative capacity, should be public. This would clearly liken the Council more to a second chamber of parliament. But why should the Members represented in the Council want to make it more difficult for them to reach agreement? Indeed, exposing their dealings to the gaze of the public would risk abandoning those characteristics of the Union that have in the past contributed to its success. The secrecy and confidentiality of negotiations and deliberations in the Council are conducive to arriving at mutually acceptable results.¹⁷ If Member States represented in the Council found themselves exposed, in particular, to the watchful eye of their national constituency, they would have greater difficulty reaching compromise in matters affecting their national interest.

The bypassing of national democracy has always been, and still is, vital to the successful operation of the Community's institutions. Remarkably, nonetheless, the Declaration also considers a stronger involvement of the original "losers" in the Community system, namely, national parliaments, in relation to which the notorious democracy deficit of the Community arose in the first place.¹⁸ This may amount to either equal representation, alongside Council and European Parliament, in the legislative process – some new system of "triple federalism" – or to as-

signing delegates from national parliaments the role of "umpires" in respect of questions of competence allocation. The latter proposal has been made recently in the discussion. Accordingly, a "Council of Nations" should be in charge of settling disputes affecting the Community's competence.¹⁹ There may be substantive merit to the latter proposal, however, a separate representation of national parliaments in a third chamber would render the process of decision-making endlessly protracted and utterly complicated.

Symbolic reconciliation

Proposals for a European constitution also betray a symbolic legalism. It puts the *symbolic reconciliation* of tenacious matters in the place of problem-solving. The European *pouvoir constituant* is a case in point. Apparently, the "convention method" – the new game in town – is meant to perform the function of a constituent assembly, however, only partly and also only symbolically.

The convention method has turned out to be successful in the process of drafting the "Charter of Fundamental Rights of the European Union".²⁰ It is now used, again, for the debate on the future of the Union. Again, it is meant to culminate in the production of another non-binding instrument, namely, a "final document" which is expected to contain recommendations or a set of options to be discussed at the next intergovernmental conference. The conference is scheduled for the year 2004 and may be commissioned to prepare the European Constitution. Therefore, the convention is merely a preparatory stage leading up to the next intergovernmental conference.

The composition of this European type of "convention" differs remark-

ably from the type convention that we are familiar with from American constitutional history. For such a convention delegates were elected by citizens or national parliaments for the purpose of adopting or drafting a constitution.²¹ The European convention is made up of delegates lacking a democratic mandate – at any rate, for constitution-making – although it may be granted that the composition of the convention is, considering the representation of representatives from accession candidates, poised remarkably towards the future.²² Nevertheless, the convention is not tantamount to a convention parliament. It is not authorised to adopt a constitutional instrument. Most importantly, the composition of the convention signals that the European Union suffers from a particularly indeterminate state as to who is the subject of the *pouvoir constituant*. The members of the convention do not represent a sovereign people of Europe, let alone the peoples of Europe. Ironically, it is part of the spill-over effect of European integration that and democratic institutions, such as a constitutional convention, become recast in a more technocratic format. One has the impression that delegates from national parliaments were invited because they are experts in the field of democracy.

Symbolic reconciliation is also the prevalent strategy when it comes to establishing ties with European citizens. One need only consider the hubbub about the Charter of Fundamental Rights of the European Union. I do not want to deny that, on its face, the Charter is a quite impressive document. Yet, its impressive contents – in particular the promises of social rights and equality rights – were possible only at the cost of its binding force. What is

14 See p. 6 of the Laeken Declaration, above note 3.

15 This would amount to the creation of one European constituency. The promise that such a constituency would be created has been set out for a long period of time in Art. 190 EC Treaty, however, the Council has so far failed to act on it so far.

16 See J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe (1992)' In his *The Constitution of Europe* (Cambridge UP, 1999) at p. 38.

17 See generally Jon Elster, 'Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process' (1995) 45 *Duke Law Journal* 364–395 at 376.

18 See Alexander Somek, 'Democratic Minimalism. Turing the Clock back from Democracy to Democratisation' (forthcoming).

19 See Ingolf Pernice, 'Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union', (2001) *WHI-Paper* 6.

20 See <http://ue.eu.int/df/docs/en/CharteEN.pdf>.

21 See Bruce Ackerman, *We the People*, vol. 1: *Foundations* (Harvard UP, 1991), 173–179.

22 The European Council has appointed Valéry Giscard d'Estaing as Chairman of the Convention and Giuliano Amato and Jean-Luc

Dehaene as Vice-Chairmen. In addition to its Chairman and two Vice-Chairmen, the Convention is composed of: 15 representatives of the Heads of State or Government of the Member States (one from each Member State), 13 representatives of the accession candidate countries (one from each candidate country), 30 representatives of the national parliaments of the Member States (two from each Member State), 26 representatives of the national parliaments of the accession candidate countries (two from each candidate country), 16 members of the European Parliament, 2 representatives of

the European Commission. The Economic and Social Committee (three representatives), the Committee of the Regions (six representatives), the social partners (three representatives) and the European Ombudsman are invited to attend as observers (<http://european-convention.eu.int/Static.asp?lang=EN&Content=Composition>)).

more, even if the Charter were to become the first part of a future European Constitutional Treaty, the gain of such a constitutionalisation would be far from equivocal. Why should one want to ground the legitimacy of the EU in fundamental rights? In contrast to “competition” or “efficiency”, they are not values that have flown authentically from the integration project. During the foundational years of the European Union the protection of human rights was not even on the agenda of the Community. In fact, the creators of the founding instruments did not envisage human rights as one of the issues relevant to the operation of the Community. Not surprisingly, the protection of human rights did not come naturally to the European Court of Justice. As an agenda, it had to be forced upon it through the intervention of the Federal Constitutional Court of Germany.²³ Until to this day, the Community is not celebrated for its record in the protection of Human Rights.²⁴

Formality

A traditional focus of federal doctrine is competence allocation. On its face, legislative competence of the Community is based on the principle of enumeration. As most other federal systems, however, the Community appears to have outgrown the boundaries set by this principle, in particular, through the extensive use of implied powers. Implied powers are those that an institution presumably has by virtue of the fulfilment of a certain *task*. For example, once the Community is in charge of co-ordinating certain matters of migration then the Community has the power to institute committees that are in charge of co-ordinating Member-State action. The growth of Community competence, however, depended vitally on a much more extensive interpretation

of implied powers for which Art. 308 EC Treaty provided the legal base. In a more extensive understanding, relevant to this provision, implied powers are those that are conferred to the Community by virtue of a goal that the Community is meant to attain. Against the backdrop of broadly framed objectives no limit appeared to have been drawn for Community competence.²⁵

As is widely known, this situation has been altered by the Maastricht decision of the German Federal Constitutional Court.²⁶ In this decision the German Federal Constitutional Court stated that, owing to the attributed nature of Community competence, it is eventually the preserve of Member State Court's to determine whether or not the Community has transgressed its jurisdictional space. With some delay, the European Court of Justice responded faithfully to the challenge posed by the German Federal Constitutional Court by invalidating, recently, and for the first time, in the *Tobacco Advertising Directive* case a piece of Community legislation for want of Community power.²⁷ The Federal Constitutional Court, equally faithfully, held in the *Banana Market Order* litigation cases that the standard of human rights protection in the Community is, for the time being, sufficient and refrained, thus, from revising its deferential stance adopted in *Solange II*. A judicial stand-off – in the relation of the ECJ and the Federal Constitutional Court – was thereby avoided.²⁸

One of the ideas to be discussed at the convention is that of a new catalogue of Community competences. One may wonder what could be gained from such a catalogue.²⁹ In my opinion,³⁰ the plan to draw up another list bespeaks a desire for stability, which is futile to obtain in the sphere of legal powers.³¹ Experience has shown that federal sys-

tems exhibit a centralising tendency. Such a tendency fits the integrationist layout of the Community. The “final programming” of competence, according to which Community action is linked to the attainment of certain goals, opens up jurisdictional space for the Community *as soon as* Member States can reach agreement. Thus understood, the existing allocation of Community powers is impeccable.³² Moreover, as is manifest in the Maastricht and Banana stories, judicial diplomacy can settle potentially divisive issues on a case-by-case basis.³³ Why fix a problem where there is none?

Superficiality

Assertions made in the Laeken Declaration notwithstanding, it is *not* true that the Union still works with an institutional software that dates back to 1957. The very same assertions, however, reveal the existence of one of the most severe problems, namely, the problem of superficiality. It is not only on the ground of their vulnerability to “why should they rejoiners” that I suspect the continuing enchantment with federalist reform proposals to lead us nowhere. The current process fails to recognise that, by comparison with a constitutional system, the European system of governance has slipped into a “post-modern” mode of existence. The latter is reflected, for example, in the emergence of heterarchical structures of regulation and networks of governance.³⁴ The growing multiplicity of actors and procedures is only inadequately reflected in the Treaty. But it is a reality. In the face of regulatory competition various stakeholders compete for regulation on the European level. Among them are the Member State governments which have established various shackles on the powers of the Commission to pass secondary

²³ See Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1970] ECR 1125

²⁴ This is owing, not the least, to the fact that the preliminary reference procedure is ill-adapted to that task. See Gräinne de Búrca, “***”

²⁵ See Weiler, ‘The Transformation of Europe’, above note 16, at 39–62; Koen Lenaerts, ‘Constitutionalism and the Many Faces of Federalism’, (1990) 38 *American Journal of Comparative Law* 213–230

²⁶ *Brunner v. The European Union Treaty* [1994] 1 CMLR 57.

²⁷ See Case 376/98, *Federal Republic of Germany v. European Parliament and Council of the European Union*, [2000] ECR I-08419

²⁸ For an analysis, see Christoph U. Schmid, ‘All Bark and No Bite: Notes on the Federal Constitutional Court’s ‘Banana Decision’, (2001) 7 *European Law Journal* 95–113.

²⁹ For a useful discussion, see In-golf Pernice, ‘Rethinking the Methods of Dividing and Controlling the Competencies of the Union’, (2001) *WHI-Paper* 6.

³⁰ For a similar opinion, see Weiler, ‘Conclusions’, above note 7.

³¹ The study of constitutional law teaches that competences are particularly unruly legal constructs. See Alexander Somek, *Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht* (Springer, 2001) 266–271

³² For want of space I cannot enter into a discussion of the subsidiarity principle here.

³³ If Paul Craig is right, arguing from a more Burkean perspective, it may be dangerous to stir up the indeterminacy inherent in the Community’s system of competence allocation. See Paul Craig, ‘Constitu-

tion, Constitutionalism and the European Union’, (2001) 7 *European Law Journal* 136–150.

³⁴ See, in particular, Karl Heinz Ladeur, ‘Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept’ (1997) 3 *European Law Journal* 33–54; Christian Joerges & Renaud Dehousse, *Good Governance in Europe’s Integrated Market* (Oxford, UP 2002).

legislation through the introduction of the “comitology” system. This system signifies the *absence* of a European administrative law.³⁵ Its institutional structure is marked by the growing enlistment of national bureaucrats and technical experts to the Commission’s work. All of this has been pointed out, with great intellectual rigor, by students of the Community’s administrative system³⁶ who have shown that the European Community has transformed itself into a transnational administrative process.

In marked contrast, the “why don’t we” approach overstrains the bliss that is the proverbial concomitant of ignorance. A European constitution with its focus restricted to institutions such as the President of the Commission or chambers of Parliament would render even more obscure the existing and growing complexity of European governance structures. If it is the twofold task of a constitution, first, to make visible the agency-structures underlying the already existing exercise of public authority and, second, to submit agents to the discipline of legal rules, then a European constitution with its scope of application limited to the most visible actors of the system would accomplish only very little. In a sense, Weiler is right. There is something like a “false” constitution.³⁷ And we should take heed of it.

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander
Somek ist Mitherausgeber des
juridikum.

35 See Michelle Everson, ‘The Constitutionalisation of European Administrative Law: Legal Oversight of a Stateless Internal Market’ In C. Joerges & E. Vos (eds.), *EU Commitments: Social Regulation, Law and Politics* (Oxford: Hart, 1999) 281–309; Peter L. Lindseth, ‘Weak’ Constitutionalism? Reflections on Comitology and Transnational Governance in the European Union’ (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 145–163.

36 For an introduction, see Peter L. Lindseth, ‘Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community’ (1999) 99 *Columbia Law Review* 628–738.

37 See Weiler, ‘Conclusions’, above note 7.

Offene Fragen

Eine Rezension zu Hans Christian Scheid: „Franz Fuchs – doch kein Einzeltäter?“, Styria Verlag, 256 Seiten, 21 Euro

„Die Einzeltätertheorie hat schon auch was Positives, weil dann können Sie die Ermittlungen einstellen“ Franz Fuchs am 9. November 1997 zum Untersuchungsrichter und zu Polizisten

Der ORF Redakteur Hans Christian Scheid hat in dem vorliegenden Buch eine Fülle von Informationen zusammengetragen, die dafür sprechen, dass Franz Fuchs doch kein Einzeltäter war.

Zur Erinnerung: Dezember 1993 werden zehn Briefbomben verschickt: Vier der Opfer, darunter der Wiener Bürgermeister Helmut Zilk, die Moderatorin der ORF-Sendung Heimat Fremde Heimat Silvana Meixner, der steirische „Flüchtlings-“Pfarrer August Janisch werden schwer verletzt. Allen AdressatInnen ist gemein, dass sie sich in der einen oder anderen Form für MigrantInnen eingesetzt haben. Im Dezember 1996, nach drei Jahren Bombenterror, wird die sechste und letzte Briefbombenserie verschickt. Der blutige Höhepunkt der Attentatsserie ist das Sprengstoffanschlag in Oberwart im Burgenland im Februar 1995, bei dem vier Roma getötet werden. Beginnend mit dem Oktober 1994 bekennt sich eine „Salzburger Eidgenossenschaft – Bajuwarische Befreiungsarmee“ zu den Attentaten (die Schreiben, die von der Polizei als authentisch betrachtet werden, sind übrigens im Buch abgedruckt). Im Oktober 1997 nehmen zwei Gendarmen in Gralla in der Untersteiermark den 48-jährigen Vermessungstechniker Franz Fuchs fest, der sich bei einem Fluchtversuch mit einem selbst gebastelten Sprengkörper beide Unterarme wegsprengt. Im darauf folgenden Strafverfahren wird Fuchs als Einzeltäter zu lebenslanger Haft verurteilt, im Februar 2000 erhängt sich Fuchs mit einem Kabel in seiner Zelle in der Strafanstalt Graz Karlau.

H. C. Scheid gliedert das Buch in vier Teile: Das erste Kapitel befasst sich mit dem BBA Terror, dem Umfeld der Person Franz Fuchs und zahlreichen Ungereimtheiten, das zweite titelt „Warum Franz Fuchs kein Einzeltäter gewesen sein kann“, Kapitel drei und vier widmen sich Ereignissen, die parallel zum BBA Terror stattgefunden haben, im letzten Kapitel sind die Bekenntnisse abgedruckt.

Scheid hat mit großem Rechercheaufwand eine Menge von Ungereimtheiten, Widersprüchlichkeiten, merkwürdigen

Zufällen während der Fahndung und des Prozesses aufbereitet. So erfährt man, welche Zeitungen und Zeitschriften Fuchs gelesen hat und welche nicht, dass Fuchs das Leben eines im Grund unpolitischen Eigenbrötlers lebte. Auch dass ein ehemaliger Arbeitgeber die Geschäftsbriefe von Fuchs korrigieren musste, weil Fuchs schon zu normalem Schriftverkehr mangels Sprachbegabung nicht in der Lage war. In krassem Gegensatz dazu erscheinen die mit Anspielungen, Fach- und Detailwissen gespickten Bekenntnisse, die teilweise ein Wissen offenbaren, über das, zumindest nach dem Recherchestand des Autors, nur Personen aus dem inneren Kreis der Sicherheitsverwaltung, sprich der Fahnder verfügten. Es gibt zum Beispiel Anspielungen auf geheime Gutachten des Innenministeriums oder über Besprechungen aus dem Haus in der Herrengasse.

Und auch das Strafverfahren gegen Fuchs ist für Scheid hinsichtlich mehrerer Aspekte zutiefst fragwürdig: Zeugen werden abgelehnt, deren Aussagen der Einzeltäterthese abträglich hätten sein können, Gutachter die die Fähigkeiten des „Universalgenies“ in Frage hätten stellen können, ebenso. So weit nur einige der zu klärenden Sachverhalte.

Wenn man Scheids Buch liest, dann muss man sich zwangsläufig die Frage stellen, warum die Republik derart viele Fragen unbeantwortet lässt.

„Schlamperei – Pallawatsch – tunlichst verwischen“, lässt Karl Kraus einen k. u. k. Presseoffizier in den „Letzten Tagen der Menschheit“ sagen, als es darum geht, den Verlust von Czernowitz an die Russen Anfang des ersten Weltkrieges herunterzuspielen.

Auch die Verantwortlichen im Innenministerium wollen, dass endlich einmal Schluss ist mit der ewigen Fragerei bezüglich der jüngeren Vergangenheit. Diese für die 2. Republik nicht untypische Haltung hat Tradition. Die Republik, um die sich damals, in der Zeit des Briefbombenterror, wahrscheinlich Hunderttausende das erste Mal richtige Sorgen gemacht hatten, hat etwas besseres verdient als Schlamperei und Pallawatsch.

Michael Wimmer,
Wirtschaftsredakteur im ORF Radio

Wandeln sich die Signaturen des Grundrechtsstaats?

Walter Berka

I.

Dass der Preis für die Freiheit steigt, wenn die Nachfrage nach ihr sinkt, ist eine harte, aber unumstößliche historische Wahrheit. In dem „ewigen“ Konflikt „man versus the state“ steht der Schutz grundrechtlicher Freiheit vor immer wieder neuen Bewährungsproben, wenn diese Freiheit durch neue Sicherheitsbedürfnisse oder geänderte politische Prioritäten bedrängt wird. Trotzdem wäre es falsch, hier einen ganz prinzipiellen Widerspruch zu erkennen. Die Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen widersprechenden Erfordernissen – etwa zwischen den Notwendigkeiten einer effektiven Kriminalitätsbekämpfung und der Wahrung der Verteidigungsrechte eines Beschuldigten oder zwischen dem Schutz der privaten Sphäre der Bürger und den Bedürfnissen nach präventiver staatlicher Aufklärungstätigkeit – ist immer in den Grundrechten angelegt. Und auch die Bedingungen dieses Ausgleichs sind im Großen und Ganzen immer schon bekannt gewesen: vor allem die Notwendigkeit einer sachgerechten Abwägung der Rechtsgüter, um die es geht und von denen keines einen absoluten Vorrang beanspruchen kann, ferner die Vermeidung einer Augenblicksgesetzgebung, die um eines billigen politischen Erfolgs willen leicht den falschen Weg einschlägt, wo eine nicht immer leichte Gratwanderung zu bewältigen wäre, letztlich auch die Einsicht, dass es ohne Freiheit keine Sicherheit und ohne Sicherheit keine Freiheit gibt. So sind es zwar immer wieder neue Kapitel, die aufgeschlagen werden, wenn die individuelle Freiheit und Würde der Menschen gegen überbordendes polizeiliches Effektivitätsdenken, gegen unangemessene staatliche Neugierde oder gegen das Kalkül politischer Macht verteidigt werden müssen. Der grundlegende Text bleibt indessen der gleiche: Es sind die Signaturen des demokratischen Verfassungsstaates, der die Freiheit und Würde des Einzelnen mit rechtsförmlichen Mitteln zu sichern verspricht.

Trotzdem gibt es Anlass, darüber nachzudenken, ob sich diese Signaturen nicht doch wandeln, und ich möchte dazu einige Reflexionen anstellen, indem ich zunächst an den so genannten „Ursprungstreit“ erinnere, der in der Dogmengeschichte der Grundfreiheiten und Menschenrechte eine so wichtige Rolle gespielt hat: Als man an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert

begann, verstärkt über die rechtliche Tragweite der in den Verfassungen des Konstitutionalismus verankerten Grundrechte nachzudenken, tauchte die Frage auf, ob der eigentliche Ursprung der Rechte in der französischen Aufklärungsphilosophie oder eher in der amerikanischen Verfassungsentwicklung zu suchen wäre. Im Zentrum dieses Disputs, der von politischen und nationalen Untertönen nicht ganz verschont blieb, stand die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Während der deutsche Staatsrechtslehrer Georg Jellinek nachzuweisen versucht hatte, dass die französische Déclaration im Wesentlichen nach dem Vorbild der frühen amerikanischen Verfassungsdokumente konzipiert worden war, hat der französische Staatsrechtler Emile Boutmy in seiner Erwiderung versucht, den Anspruch Frankreichs zu retten, das Ursprungsland der Menschenrechte zu sein. Der heutige Forschungsstand bestätigt im Wesentlichen die These Jellineks: Fest steht nämlich, dass der Entwurf der Déclaration in genauer Kenntnis der amerikanischen Bill of Rights erarbeitet wurde, wobei der Marquis de Lafayette, der am amerikanischen Unabhängigkeitskrieg teilgenommen hatte, von dem amerikanischen Gesandten in Paris, Thomas Jefferson, beraten wurde. In Form und Inhalt wurden hier wie dort vergleichbare Rechte gewährleistet. Freilich waren die französischen Menschenrechte mit mehr Pathos formuliert worden, das sie bis heute auszeichnet und das ihre Strahlkraft begründete. Die amerikanischen Rechte waren dagegen nüchterner, quasi juristischer formuliert, was mit dazu beitrug, dass sie sehr viel früher als die Grundrechte in Europa auch zu durchsetzbaren Rechten wurden.

Ich habe den Ursprungstreit erwähnt, weil in ihm unterschiedliche Antworten auf die Frage sichtbar werden, wie die Freiheit und Würde des Menschen am Besten zu sichern sind. In der amerikanischen Grundrechtstradition wurden die Rechte, basierend auf der Vorstellung von der Souveränität und Suprematie des Rechts, zur Legitimationsgrundlage der neuen staatlichen Ordnung und zugleich zu einer auch praktisch wirksamen Begrenzung dieser Staatsgewalt. Als notwendig politische Grundrechte dienen die human rights der Formung der politischen Gemeinschaft. Der radikalere Individualismus der französischen Déclaration stellt die Rechte dagegen in einen Gegensatz zur Staatsorganisation;

das Prinzip der Volkssouveränität duldet keine Einschränkung der Machtfülle des demokratischen Gesetzes, mit Folgen, die bis heute für den Grundrechtsschutz in Frankreich maßgeblich sind. Wollte man sich eines vielleicht etwas riskanten Schlagworts bedienen, so könnte man von einem Unterschied zwischen Rechtsdenken und Menschenrechtsdenken sprechen, der hier andeutungsweise sichtbar wird, also zwischen einer stärker juristisch ausgerichteten Rechtskonzeption und einer eher programmatischen Gewährleistung von Gleichheit und Freiheit.

II.

Der juristische Siegeszug der Grundrechte als einklagbare Rechte hat sich als säkulare Rechtsentwicklung durchgesetzt und diese Signaturen des Grundrechtsstaats sind zu Selbstverständlichkeiten moderner Staatlichkeit geworden. In der juristischen Alltagspraxis bewährt sich der hier gewährte Rechtsschutz immer wieder aufs Neue – trotz aller Bedrängnisse, denen der Freiheitsschutz ausgesetzt sein kann. Es ist dieser Schutz der individuellen, rechtsförmlich gewährten Rechte, der beispielsweise die Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs in der Sache Ines Mahou leitet, wenn der Gerichtshof die Beschwerdelegitimation von nahen Angehörigen eines durch staatliche Zwangsmaßnahmen Getöteten anerkennt und eine „reine Wortinterpretation“ zurückweist, weil eine solche „dem spezifischen Charakter der Kontrolle von Rechten. . . nicht ausreichend Rechnung trägt“ (VfGH 6.3.2001, B 159/00).

Versucht man diejenigen Strukturmerkmale auf den Punkt zu bringen, welche den „klassischen“ individuellen Grundrechtsschutz prägen, lässt sich festhalten: In diesem Konzept geht es immer (1) um die Durchsetzung individueller Rechte der Menschen, sie werden (2) in justizförmigen Verfahren durchgesetzt, in denen der Richter als ihr wahrer Garant erscheint, und dieser Grundrechtsschutz ist (3) reaktiv, weil er auf die schon geschehene Verletzung reagiert. Gibt es, so lautet nunmehr die Frage, heute Entwicklungen, welche dieses verfassungsstaatlich vorgeprägte Konzept des klassischen Grundrechtsschutzes verändern oder vielleicht relativieren? Ich glaube, dass es diese Tendenzen gibt und dass man darüber und über die Folgen nachdenken wird müssen. Dabei werde ich nicht auf den internationalen Menschenrechtsschutz eingehen, für den ohnedies andere Gesetzmäßigkeiten gelten, und ich klammere auch die Risse aus, die es zwischen westlichen und nicht-westlichen Menschenrechtskonzepten gibt. Vielmehr möchte ich nur einige rezente österreichische Entwicklungen in den Blick nehmen und auf die folgenden Wahrnehmungen hinweisen:

- ▶ auf das Vordringen von verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen;
- ▶ auf die Verlagerung des Grundrechtsschutzes von justizförmigen Verfahren zu individuellen und kollektiven Expertengremien;
- ▶ auf die Ergänzung des Schutzes von Rechtspositionen durch die Sicherung realer Lagen durch präventive Maßnahmen des Grundrechtsschutzes.

III.

1. Dass in Österreich eine „Grundrechtsreform“, dh eine Neukodifikation der Grundrechte, überfällig wäre, weil diese das ruinenhafte Schicksal der Bundesverfassung teilen, ist bekannt, ebenso der Umstand, dass eine solche Gesamtreform alles an-

dere als realistisch ist. Diese mangelnde äußere Geschlossenheit ist vielleicht auch nicht wirklich tragisch und es ist auch nicht so, dass der moderne Verfassungsgesetzgeber überhaupt davon Abstand genommen hätte verfassungsrechtliche Markierungen zu setzen, die gegenwärtige politische Herausforderungen aufgreifen. Betrachten wir in diesem Sinne einige jüngere Akte des Verfassungsgesetzgebers und fragen uns nach ihrem Verhältnis zu den klassischen Grundrechten!

Bereits seit 1984 gibt es ein verfassungsrechtliches Bekenntnis zum umfassenden Umweltschutz, das der Republik Österreich die Bewahrung der natürlichen Umwelt als ein rechtsverbindliches Staatsziel vorgibt. Seit 1997 „bekennt“ sich das österreichische Bundesverfassungsrecht außerdem zur Gleichbehandlung von behinderten und nicht-behinderten Menschen; 1998 wurde die Beseitigung der faktischen Diskriminierung der Frauen als Verfassungsauftrag im B-VG verankert und der letzte „Bekennnisakt“ ist der solemne Auftrag zur Förderung der autochthonen Volksgruppen, der in den Sprachenartikel der Verfassung (Art 8 B-VG) aufgenommen wurde. Und fast noch eindrucksvoller stellen sich manche österreichischen Landesverfassungen dar, welche die Entfaltung der menschlichen Person, die Gewährleistung des sozialen Ausgleichs, die Förderung der Familie oder die Vollbeschäftigung mit den Mitteln des Verfassungsrechts garantieren wollen. Bei allen diesen Gewährleistungen des Bundes- und Landesverfassungsrechts handelt es sich staatsrechtlich betrachtet um Staatszielbestimmungen, dh um objektives Verfassungsrecht, das dem Staat ein Handeln zur Realisierung der angesprochenen sozialen, politischen und gesellschaftlichen Werte zur Pflicht macht. Subjektive Rechte des Einzelmenschen wie bei den klassischen Grundrechten sind damit nicht verbunden. Und wie das Beispiel der „positiven Diskriminierung“ zeigt, kann der sozialstaatliche Auftrag zur Beseitigung früherer Benachteiligungen, denen eine Gruppe ausgesetzt war, durchaus zu einem Konflikt mit dem individuellen Recht jedes Menschen führen, als Gleicher unter Gleichen behandelt zu werden. Die Forderung nach realer Gleichheit, die etwa hinter der Forderung nach Geschlechtergleichberechtigung steht, unterscheidet sich damit sehr deutlich von der formalen Rechtsgleichheit der Französischen Revolution, die mit der Anerkennung als Staatsbürger und Rechtssubjekt eingelöst wurde. Genauso wie der Schutz vor Umweltgefahren oder sozialen Risiken nicht mehr als individuelles Grundrecht formuliert wird, wurde auch das Gebot zur Herstellung realer Gleichheit als objektiver Staatsauftrag ausgeformt. Das ist vielleicht anders auch gar nicht möglich. Aber der Paradigmenwandel liegt zu Tage: Das, was ein Recht war, und zwar ein individuelles, subjektives Menschenrecht auf Gleichheit vor dem Gesetz, verblasst zu einer „bloßen Bemühensklausel der Staatsgewalt“ (Denninger), wenn Staatsziele statt Grundrechten formuliert werden.

2. Der nächste Zubau zum Gebäude des klassischen Grundrechtsschutzes hängt in gewisser Weise gerade mit seiner Herausforderung durch moderne Bedrohungslagen zusammen. Zu diesen gehört in erster Linie der weit vorangetriebene Zugriff des Staates auf die Privatsphäre seiner Bürger, der durch die modernen Technologien in einer Weise erleichtert wird, über die wir vielleicht weniger wissen, als wir wirklich wissen sollten. Paradigmatisch dafür stehen die nunmehr in den Dauerrechtsbestand übernommenen besonderen Ermittlungsmethoden (Späh- und Lauschangriffe und Rasterfahndung) nach der StPO und die Ermächtigungen zur verdeckten Observation und zur Durchführung von (gar nicht so) „kleinen“ Späh- und Lauschangriffen im Sicherheitspolizei-

und im Militärbefugnisrecht. Dass diese Maßnahmen prekäre Rechtsschutzprobleme aufwerfen, ist bekannt. Sie hängen damit zusammen, dass Abhöraktionen oder andere Formen der verdeckten Ermittlung ohne Wissen des Belauschten oder Beschäftigten vorgenommen werden, so dass dieser mangels Kenntnis seine Rechte gar nicht wirksam wahren kann. Bekannt ist auch der vom österreichischen Gesetzgeber eingeschlagene Weg zur Sicherung vor Missbräuchen: Es ist die Installation von Rechtsschutzbeauftragten, wie es sie nach der StPO, nach dem SPG und dem Militärbefugnisgesetz gibt. Ich kann hier keine Analyse der diesen Beauftragten eingeräumten Kompetenzen vornehmen, die in den drei Gesetzen durchaus unterschiedlich ausgefallen sind, und auch ihre faktischen Möglichkeiten bedürften genauerer Untersuchung. Die Sachkunde, welche diese Organe auszeichnet, die Möglichkeit einer von Form- und Verfahrensvorschriften weitgehend losgelösten Intervention, das Kooperationsverhältnis zu den Behörden, das sich zwangsläufig einstellen wird müssen, alles das kann dazu beitragen, dass in diesen sensiblen Bereichen wirklich das Beste getan wird, um den Grundrechtsschutz effektiv werden zu lassen. Was hier nur konstatiert werden soll ist der Umstand, dass wir dabei jedenfalls auf ein anderes Paradigma des Grundrechtsschutzes stoßen als beim justizförmigen Rechtsschutz, der durch eine Objektivitätsfördernde Distanz gegenüber dem Kontrollierten, durch justizförmige Verfahren und durch Öffentlichkeit gekennzeichnet ist.

In das Bild des sachkundigen Expertengremiums, das orientiert an Vorbildern aus dem völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz versucht, ohne die Förmlichkeiten eines justizförmigen Verfahrens durch unmittelbare Einsichtnahme vor Ort, durch begleitende Kontrolle und Beobachtung und durch Beratung der Entscheidungsträger Menschenrechtsdefizite abzuheben, passen auch der durch die Novelle zum SPG aus dem Jahre 1999 eingerichtete Menschenrechtsbeirat und seine Kommissionen. Dass es dabei um eine besondere Sachkunde geht, verdeutlicht nicht zuletzt die Bestimmung des § 15c Abs 2 SPG, welche die Funktion des Leiters einer Kommission einer „auf dem Gebiet der Menschenrechte anerkannten Persönlichkeit“ zuspricht. Nicht juristischer Sachverstand, aber anerkannte Autorität im Bereich des Menschenrechtsschutzes qualifiziert also die Mitglieder und Leiter solcher Gremien.

3. Daher ist es, und damit komme ich zu meinem dritten und letzten Punkt, auch verständlich und wichtig, dass der Menschenrechtsschutz, wie er durch Besuchssystem und Expertengremien der behandelten Art ausgeübt wird, sich in erster Linie den faktischen Bedrohungen der Menschenrechte zuwendet und damit auch präventiv, dh möglichst schon im Vorfeld von Rechtsverletzungen wirksam werden möchte. Das ist kein Zufall: Wer wollte bestreiten, dass viel von dem Elend und der Entwürdigung, das heute über Menschen hereinfällt, nicht das Resultat von rechtlich bedingter Unfreiheit oder rechtlicher Ungleichbehandlung ist, sondern die Folge von faktischer Ungerechtigkeit, von Krieg oder Bürgerkrieg, von sozialen Missständen oder schlicht von einer unwürdigen Ausstattung von Schubhaftzellen oder eines schlampigen Umgangs mit dem Schicksal von Menschen? Um es auf die Spitze zu treiben: Natürlich ist es ein Menschenrechtsproblem, ob französische Eltern ihrem Kind den Vornamen Fleur de Marie geben dürfen oder ob sich das Mädchen doch mit Fleur-Marie begnügen muss, ohne dass das ihre Menschenrechte verletzt – um einen Fall aus der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu zitieren. Aber Folter, Vertreibung,

Vergewaltigung und Hunger sind ein viel schreienderer Angriff auf die Menschenrechte und sie können sich oft in der Optik des juristischen Grundrechtsschutzes gar nicht richtig abbilden. Die Kommissionen des Menschenrechtsbeirats wenden sich vielfach den faktischen Problemen zu: ob Lichtschalter im Schubhaftstraum angebracht werden sollen oder besser nicht, wie durch bessere Ausbildung Übergriffen vorgebeugt werden kann, wie Rechtsbelehrungen in einer fremden Sprache verständlicher gestaltet werden können und vieles andere mehr. Das sind sehr oft Fragen, die mit der „hohen Schule“ der Grundrechtsdogmatik nicht sehr viel zu tun haben. Sind sie deshalb weniger wichtig – ich glaube nicht.

IV.

Was damit sichtbar wird, ist der folgende Umstand: Objektive Staatsziele treten zum Teil an die Stelle individueller Grundrechte, der gleiche Status als Rechtssubjekt wird ergänzt durch die Anerkennung der realen Lage der Bedürftigen und faktisch Ungleichen, die Wahrung von Frieden und die Gewährleistung von Sicherheit werden für viele Menschen wichtiger als die Verheißung von Freiheit. Das ist sicherlich kein Zufall, sondern eine Reaktion auf aktuelle Bedrohungen der menschlichen Würde, denen man mit den „klassischen“ Mitteln des Grundrechtsschutzes offenbar gar nicht mehr richtig beikommen kann.

In dieser Situation wird man darüber nachzudenken haben, welcher Stellenwert den um Freiheit und Gleichheit zentrierten individuellen Menschenrechtswerten in der Zukunft zukommen kann. Nach Denninger spricht manches dafür, dass die Verfassungsideale der Französischen Revolution – Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit – heute ihre Ergänzung und vielleicht auch Umbildung in den Idealen der Sicherheit, Vielfalt und Solidarität finden werden. Wie sich außerdem zeigt, tritt zum juristischen Schutz von Grundrechtspositionen zunehmend häufiger der Schutz durch Experten oder Gremien, die jenseits juristischer Verfahrensförmlichkeit den Grundrechtsschutz befördern sollen. Dass es hier Spannungen und vielleicht sogar Widersprüchlichkeiten gibt, ist nicht von der Hand zu weisen.

In einer optimistischen Sicht ergänzen und stützen sich die beiden Modalitäten des Grundrechtsschutzes. Wo der rechtsförmliche Schutz zu kurz greift, wo reale Chancengleichheit als Bedingung rechtlicher Gleichheit zunächst erst einmal herzustellen ist und wo die begleitende Kontrolle wirksamer erscheint als die ex post ansetzende förmliche Grundrechtsbeschwerde, kann der Grundrechtsstaat auf die neuen Formen und Instanzen freiheitssichernder Gewährleistung bauen. Es könnte allerdings auch Grund zur Sorge geben, nämlich zur Besorgnis, dass die neuen Instrumente des Grundrechtsschutzes einer Relativierung individueller, justizförmlich durchsetzbarer Grundrechte Vorschub leisten. Noch ist es wahrscheinlich zu früh zu einer Art von Gesamtbilanz. Fatal wäre es freilich, wenn sich herausstellen sollte, dass die neuen Formen des Grundrechtsschutzes nur das Feigenblatt für Einbrüche in die Grundrechtsordnung wären, sodass nicht ein Mehr an Freiheit, sondern das Gegenteil damit verbunden ist.

Walter Berka, O. Univ.-Prof. für Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg. Kontakt: Walter.Berka@sbg.ac.at.

Dass terroristische Aktivitäten weniger in Beschränkungen der Grundrechte aller münden, ist keine neue Erfahrung. Der Anschlag auf von Kotzebue am 23. März 1819 hat die Karlsbader Beschlüsse nach sich gezogen. Die Ermordung des Thronfolgers Franz Ferdinand am 28. Juni 1914 gab den Anlass zum Ersten Weltkrieg. Auch der Anschlag vom 11. September 2001 hat die bürgerlichen Freiheiten nicht unberührt gelassen. Weltweit werden Gegenstrategien diskutiert und realisiert, die im liberalen Lager als Anschläge auf die Privatsphäre empfunden werden.

Ob deswegen auch in Österreich eine Implosion der Privatsphäre droht, kann ich hier nicht im Detail analysieren. Die Entwicklung fordert aber auch zu grundsätzlichen Überlegungen darüber heraus, wie der verfassungsrechtliche Schutz der Privatsphäre in struktureller Hinsicht beschaffen ist und wo die Grenzen seiner Wirksamkeit liegen.

I.

Beim Schutz der Privatsphäre treffen – wie auch sonst des Öfteren – mehrere Grundrechtsschichten aufeinander: die Grundrechte des StGG und jene der EMRK. Dem tradierten, im Jahr 1920 lediglich rezipierten Grundrechtsbestand gehören die Gewährleistungen des Hausrechts und des Briefgeheimnisses an, die im Jahr 1974 um den Schutz des Fernmeldegeheimnisses ergänzt worden sind. Diesen genuin nationalen Gewährleistungen steht das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs gegenüber, das in Art 8 EMRK verbürgt und aufgrund des Verfassungsrangs der Konvention seit 1958 ebenfalls im Sinne des Art 144 B-VG verfassungsgesetzlich gewährleistet ist. Es findet im Grundrecht auf Datenschutz eine nationale Ergänzung.

Die Garantien des StGG und der EMRK unterscheiden sich nicht bloß vordergründig im Hinblick auf Urheber und Entstehungszeit. Sie sind auch ganz unterschiedlichen Schutzkonzeptionen verpflichtet. Vergrößernd, aber im Kern zutreffend lässt sich sagen, dass das StGG einen abstrakten und formalen, die EMRK hingegen einen funktionalen und materiellen Schutz der Privatsphäre zu verwirklichen sucht. Ausschließlich diesen strukturellen Unterschieden gilt hier mein Interesse. Die folgenden Überlegungen spüren der Frage nach, wie sich die beiden Modelle bewährt haben und ob eines von ihnen den Vorzug verdient.

II.

Wenn ich den durch die Art 9, 10 und 10a StGG vermittelten Schutz als abstrakt kategorisiere, so meine ich damit den Umstand, dass die erwähnten Bestimmungen einzelne räumlich und kommunikativ definierte Elemente der Privatsphäre ohne Rücksicht darauf garantieren, zu welchen Zwecken die Grundrechtsberechtigten einen Raum oder ein Kommunikationsmittel nutzen. Gewährleistet ist die Freiheit, andere auszuschließen und in der geschützten Sphäre unbehelligt von anderen seine eigenen, selbst gesetzten Ziele zu verfolgen. Dementsprechend kommt es beim Hausrecht nicht darauf an, ob der Raum zum Arbeiten oder zum Schlafen, für Gespräche unter Freunden oder für politische Konspiration genutzt wird; beim Brief- und Fernmeldegeheimnis ist unerheblich, ob die Korrespondenz einen privaten, religiösen, politischen oder geschäftlichen Inhalt hat. Der Schutz des Grund-

rechts greift auch dann, wenn – wie zB beim leeren Briefkuvert – überhaupt keine Daten übermittelt werden.

Formal ist der Schutz des Hausrechts und der Kommunikationsgeheimnisse insoweit, als sich die Verfassung dort, wo sie Eingriffe zulässt, lediglich dafür interessiert, in welche Form die Eingriffe gekleidet sind. Es genügt, dass sie auf genereller Ebene vom Parlament durch Gesetz zugelassen und im konkreten Fall vom Richter durch Befehl verfügt worden sind.

Die Bilanz, die sich nach mehr als einem Jahrhundert Erfahrung mit dieser Schutzkonzeption aufdrängt, fällt einigermaßen ernüchternd aus. Die Rechtsprechung zum Hausrecht ist in Formeln erstarrt. Auch sonst beschränkt sich der Schutz auf einen zwar wohl definierten, aber doch schmalen Bereich der Privatsphäre und läuft ernstliche Gefahr, an den aktuellen Bedrohungen im Gefolge neuer technischer Ent-

Implosion der Privatsphäre?

Ewald Wiederin

wicklungen vorbei zu gehen. Hinzu kommt, dass das Vertrauen, das die Verfassungen des 19. Jahrhunderts demokratisch gewählten Parlamenten entgegengebracht haben, alsbald und nicht selten bitter enttäuscht worden ist. Schließlich hat auch der Vorbehalt eines unabhängigen Richters, wie in der Praxis der Bewilligung von Telefonüberwachungen deutlich geworden ist, die Überwachungsbedürfnisse des Staates nicht einzubremsen vermocht.

In einer Hinsicht hat sich freilich der Richtervorbehalt doch als ernste Hürde für die Gesetzgebung wie für die Verwaltung erwiesen: Soweit er zum Tragen kommt, versperrt er die Möglichkeit administrativer Eingriffe unabhängig von Gefahr im Verzug und ohne Rücksicht auf das Gewicht der auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen. Das hat sich zwar selten, aber doch hin und wieder als wirksam erwiesen. Diskussionen über die Verhältnismäßigkeit einer Telefonüberwachung ohne richterliche Bewilligung, die im übrigen Europa geführt werden, sind uns aus diesem Grund erspart geblieben. Im Kern sind die Garantien der Art 10 und 10a StGG dermaßen hart, dass sie selbst dem institutionalisierten Wächter über die Grundrechte zu weit gehen: In VfSlg 13.715/1994 hat der VfGH zu mehr als gewagten Argumenten gegriffen, um den Richtervorbehalt für Briefzensurmaßnahmen im Interpretationsweg zu beschränken.

III.

Den durch Art 8 EMRK gewährleisteten Schutz der Privatsphäre kann man als funktionell und als materiell kategorisieren, weil dieser Artikel mit dem Privatleben, dem Familienleben, der Wohnung und dem Briefverkehr sowohl die räumlichen und kommunikativen als auch die sozialen Aspekte der Privatsphäre unter Schutz stellt und weil er Beschränkungen dieses umfassend angelegten Bereichs nur so weit zulässt,

INSERAT 1

INSERAT 2

als sie in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz wichtiger, in Abs 2 taxativ aufgezählter öffentlicher Interessen notwendig sind.

Der funktionale Ansatz hat sich bislang als tauglich erwiesen, Antworten auf neue Fragen zu geben. Beschränkungen des individuellen Lebensstils, des Kommunikationsverhaltens und der Möglichkeit, die Basisentscheidungen des eigenen Lebens – für oder gegen Partner, Kinder, das eigene Weiterleben – in Freiheit zu treffen: All diese Maßnahmen sind als Eingriffe in Art 8 EMRK anerkannt. Gleiches gilt für die vielfältigen Versuche des Staates, Daten über seine Bürgerinnen und Bürger zu erheben, zu speichern und zu verwenden. Im Rückblick auf die Entwicklung der letzten Jahrzehnte kann man deshalb durchaus sagen, dass die Privatsphäre, soweit ihr Schutzbereich in Frage steht, eher explodiert denn implodiert ist.

Gleichwohl ist es auch hier um die Effektivität weniger gut bestellt, als es zunächst den Anschein hat. Das liegt zum einen daran, dass Grundrechtsgewährleistungen nur so weit effektiv sein können, als sie selektiven und spezifischen Schutz vermitteln: Garantien, denen alles und jedes unterfällt, kann man sich genauso gut schenken. Der Schutz der Privatsphäre durch Art 8 EMRK hat sich zwar gewiss nicht als uferlos erwiesen. Es hat sich aber auch hier das alte Gesetz bewahrheitet, dass mit der Weite des Schutzes tendenziell seine Dichte abnimmt. Zum anderen beginnt sich abzuzeichnen, dass auch die materielle Konzeption ihre Schwächen hat. Alles und jedes ist letztlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit, über die sich reden lässt; die Grenzen zwischen juristischem und politischem Diskurs verfließen; und alle Akteure laufen Gefahr, im weiten Meer der Abwägungen zu ertrinken. Die Verfassungsgerichte werden in ähnlicher Weise von der öffentlichen Meinung abhängig wie die Politik, weil ihre Entscheidungen juristisch niemals zwingend sein können und daher auf den Titelseiten der Tageszeitungen bestehen müssen. All dies birgt die Gefahr, dass der Grundrechtsschutz auf der Strecke bleibt. Es hat fast den Anschein, als wiederhole sich zeitversetzt eine alte, vertraute Geschichte: Die Verfassungsgerichte enttäuschen die in sie gesetzten Erwartungen in ähnlicher Weise, wie der Gesetzgeber das ihm von den Verfassungen des 19. Jahrhundert entgegengebrachte Vertrauen enttäuscht hat.

Es mag als Beleg für die Richtigkeit dieser These gelten, dass Ermächtigungen zu staatlichen Überwachungsmaßnahmen in ganz Europa Prüfungen ihrer Verhältnismäßigkeit nahezu unbeschadet überstanden haben. Die Verfassungsgerichte haben sich überwiegend auf Detailkorrekturen beschränkt, und sie haben dabei dem Staat in aller Regel keine inhaltlichen Schranken gesetzt, sondern den Ball an den Gesetzgeber zurückgespielt und ihm einerseits detailliertere Ermächtigungen, andererseits Begleitregelungen betreffend Verfahren, Organisation und Kontrolle des Eingriffs abverlangt.

IV.

Der Gesetzgeber hat darauf unterschiedlich reagiert. Teils hat er Gegenstrategien entwickelt, indem er zu finaler Determinierung Zuflucht genommen und sich dabei das alte Abwägungsparadoxon zu Nutze gemacht hat, welches besagt, dass mit der Anzahl der determinierenden Ziele die steuernde Kraft der Ziele ab- statt zunimmt: Wenn alles zum Ziel wird, ist auch alles erzielbar. Teils hat er „neue“ Wege des Grund-

rechtsschutzes beschritten, die – was noch keineswegs gegen sie spricht – der Sache nach schon im Absolutismus geläufig waren und denen eine leicht josephinistische Note anhaftet: Staatszielbestimmungen statt einklagbare Grundrechte; Grundrechtsschutz durch demokratisch nicht oder nur schwach legitimierte Expertengremien, in denen das Staatsratsmodell des 19. Jahrhunderts eine Renaissance erfährt; Grundrechtsschutz durch Rechtsschutzbeauftragte, der individuellen Rechtsschutz nicht nur ergänzt, sondern auch ersetzt.

Mitunter, und das gibt Anlass zu Hoffnung, hat der Gesetzgeber den Ball aber auch aufgenommen und Regelungen erlassen, die sich nicht darin erschöpfen, der Vollziehung die Notwendigkeit einer Abwägung mit Grundrechtsbelangen sowie die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einzuschärfen – und sie dadurch zugleich anweisen, bis hart an die Grenze des Verfassungswidrigen zu gehen. Mitunter hat er kategorisch materielle Standards gesetzt. Sie wirken auf dem weiten Feld der Abwägungen als Pflöcke, die den Behörden eine Grenze anzeigen, hinter welche sie sich nicht begeben dürfen und an der sie sich auch im davor liegenden Terrain ausrichten können. Und hier und dort hat der Gesetzgeber im Zusammenhang mit Richtervorbehalten durch Begründungs- und Berichtspflichten sichergestellt, dass die Bewilligung von Grundrechtseingriffen dem Richter ebenso viel Ungemach verursacht wie die Ablehnung des Eingriffs und dass er sich mit den positiven und negativen Folgen seiner Entscheidungen auseinander setzen muss.

V.

Das Resümee, in das die vorstehenden Splitter münden, wird niemanden überraschen. Beide Modelle haben ihre Meriten, und sie schließen sich in keiner Weise aus. Grundrechte können und sollen formelle und materielle Elemente in sich vereinen, und weite funktionale Garantien stellen eine sinnvolle Ergänzung von dichten abstrakten Gewährleistungen dar, ohne die letzteren überflüssig zu machen. Oder, ins Institutionelle gewendet: Grundrechtsschutz ist umso effektiver, je mehr Akteure in ihn mit je und je verschiedenen Rollen eingebunden sind. Es kann nicht darum gehen, die Hoffnungen einseitig auf ein bestimmtes Organ zu projizieren, sei es nun das Parlament oder das Verfassungsgericht. Das Ziel muss darin liegen, ein System zu schaffen, in dem Gesetzgeber, Verwaltung, Richter und Verfassungsgericht gar nicht anders können, als zur Wahrung und zum Schutz der Grundrechte zusammenzuspielen – jeder in seiner Funktion, aber auch in Akzeptanz der Rolle des anderen.

Dr. Ewald Wiederin ist Univ.-Prof. für Allgemeine Staatslehre, Verwaltungslehre, Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg.

Als physikalisches Phänomen bedeutet *Implosion* ein Zusammenbrechen von Strukturen in einem geschlossenen System, verursacht durch Druck von außen oder durch inneren Druck, der nicht nach außen abgeleitet werden kann. Grundrechte können nicht implodieren, es gibt aber systembedrohende Prozesse mit ähnlicher Wirkung. Druck auf die Steuerungsleistungen grundrechtlicher Garantien kann unter anderem von Fehlentwicklungen in der Gesetzgebung¹ ausgehen. In bildhaftem Vergleich kann von einer implosionsartigen Schädigung rechtsstaatlicher Strukturen gesprochen werden.

Die meisten Grundrechte stehen unter *Gesetzesvorbehalt*: Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter sind nur zulässig, wenn sie „gesetzlich vorgesehen“ sind. Die Einhaltung der rule of law ist eine notwendige – wenn auch nicht hinreichende – Bedingung für die Rechtmäßigkeit von Grundrechtsbeschränkungen durch staatliches oder staatlich autorisiertes Handeln. Fehlleistungen der Gesetzgebung können die rechtsstaatliche Effizienz grundrechtlicher Garantien beeinträchtigen. Zur Korrektur steht die verfassungsgerichtliche Normenkontrolle zur Verfügung. Sie soll bewirken, dass grundrechtswidrige Gesetze auf Dauer nicht dem Rechtsbestand angehören.

In funktionaler Konkurrenz zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle steht der Grundsatz der *verfassungskonformen Auslegung* von Rechtsvorschriften: Demnach sind Gesetze und andere Rechtsnormen im Zweifel so auszulegen, dass sie mit Verfassungsrecht vereinbar sind.² In der Bandbreite mehrerer vertretbarer Auslegungsergebnisse ist jenem(n) der Vorzug zu geben, die das betreffende Gesetz nicht mit Verfassungswidrigkeit belasten. Als Maßstab der Vertretbarkeit gilt der eindeutige Wortlaut bzw. gelten die Grenzen des möglichen Wortsinnes.

Bei näherer Betrachtung erweist sich allerdings die Wortlaut-Formel als ein nicht tragfähiges Kriterium. Sie lässt die Möglichkeit einer korrigierenden Auslegung auf Grund objektiver Kriterien außer Acht, die gelegentlich auch der VfGH als Mittel verfassungskonformer Interpretation angewandt hat.³

Normenkontrolle dient der Beseitigung von *Antinomien* im Recht. Verfassungskonforme Auslegung vermeidet diese vorbeugend. Entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat verfassungskonforme Auslegung Vorrang vor Normenkontrolle. Sie hat präventive Wirkung, verhindert aber die Klärung verfassungsrechtlicher Fragen durch die dazu berufene verfassungsgerichtliche Instanz. Die Konkurrenz bedeutet eine potentielle Schmälerung des Normenkontrollmonopols des VfGH.

Besondere Relevanz gewinnen diese Zusammenhänge in Fällen, in denen eingriffsintensive Akte der Gesetzgebung so gestaltet werden, dass ihre Auslegung zu einer permanenten

Gratwanderung zwischen klarer Verfassungswidrigkeit und womöglich doch verfassungskonformer Auslegbarkeit wird. Gesetze dieser Art sind durch einen unverhältnismäßig hohen legislativen Aufwand gekennzeichnet, der hauptsächlich der Verschleierung verfassungsrechtlicher Mängel dient. Gesetzliche Grundsätze und Regeln erwecken den Anschein einer hohen Determinierungsdichte, erweisen sich aber bei näherer Betrachtung teils als hochaufwändige Leerformeln, teils als Tatbestände mit unbestimmtem Inhalt, teils auch als Ermächtigungen zu Eingriffen mit unverhältnismäßiger Intensität und überzogener Reichweite, die nur mit Hilfe verfassungskonformer Reduktionen entschärft werden können.

Die Produktion von Rechtsquellen mit hoher *Auslegungsunsicherheit* hat Methode. Verfassungsrechtlicher Kritik kann mit dem Hinweis begegnet werden, dass es so nicht gemeint war und verfassungskonform interpretiert werden müsse – nach dem Motto: „Ein Schelm, der Böses dabei denkt“. Für die Praxis sieht die Sache anders aus. Sie kann die weiten Spielräume der gesetzlichen Grundlagen ausnützen, ohne

Pseudodeterminierung als Technik der Grundrechtsimplosion

Dargestellt am Militärbefugnisrecht

Bernd-Christian Funk

sich den subtilen Überlegungen einer verfassungskonformen Einschränkung zu stellen.

Das vorprogrammierte Doppelspiel führt im Ergebnis zu einer schweren Belastung rechtsstaatlicher Strukturen. Es eröffnet *Immunsierungsstrategien*, bei denen die *fraus legis* nur schwer dingfest zu machen ist. Wie das funktioniert, soll im Folgenden am Beispiel der Kodifikation des Militärbefugnisrechts gezeigt werden.

Das Militärbefugnisgesetz (MBG)⁴ ist das mittlere von drei großen Gesetzeswerken, mit denen Kodifikationslücken auf dem Gebiete der *inneren Sicherheit* geschlossen wurden bzw. noch zu schließen sein werden. Der erste Schritt ist mit dem Sicherheitspolizeigesetz (SPG) aus 1991 getan worden. Neun Jahre danach folgte das Militärbefugnisgesetz. Als Drittes ist eine umfassende Reform des strafrechtlichen Vorverfahrens ausständig, deren Verabschiedung für das heurige Jahr geplant ist.⁵

¹ Zur Theorie der Steuerungsmängel im Recht siehe Funk, Steuerungsmängel im UOG 1993, in: Funk (Hrsg), Fragen der Organisation und Steuerung von Universitäten. Beiträge zum Universitätsrecht und Universitätsmanagement, Bd 22 (2000) 23.

² Zum Grundsatz der rechts- und verfassungskonformen Auslegung siehe Adamovich/Funk/Holzinger, Staatsrecht, Bd 1 (1997) Rz 03.029; Öhlinger, Verfassungsrecht⁴ (1999) Rz 36; Walter/Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz 135.

³ So zB VfSlg 12468/1990; weitere Nachweise bei Öhlinger, Verfassungsrecht⁴ (1999) Rz 36.

⁴ BG über Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der militärischen Landesverteidigung (Militärbefugnisgesetz – MBG), BGBl I 2000/86.

⁵ Entwurf des BMJ vom März 2001,

Alle drei Bereiche bilden notorische *Problemzonen des Rechtsstaates*.⁶ Das gilt für jeden Bereich allein, für deren gegenseitige Beziehungen und für das System als Ganzes. Grundrechtlichen Ansprüchen auf Beschränkungen der Staatsgewalt stehen die Erfordernisse einer wirksamen und aufwandsminimalen Aufgabenerfüllung gegenüber. In diesem Spannungsfeld soll das Gesetz einen Ausgleich schaffen, der allen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird. Die Aufgabe erinnert an die Quadratur des Kreises. Das MBG hat sie – das vorausgeschickt – bei weitem verfehlt.

Das MBG integriert den militärischen Eigenschutz und das militärische Leistungsrecht. Ersterer war bis dahin nur fragmentarisch und restriktiv geregelt. Das *Militärleistungsrecht* betrifft die Inanspruchnahme von Leistungen Privater für Einsatzaufgaben des Bundesheeres durch Überlassung von Sachen und Erbringung von Dienstleistungen.⁷ Auch dieser Bereich des Militärbefugnisrechts ist eingriffsintensiv, jedoch in den legislativen Traditionen konsolidiert und aus der Sicht der eingangs angesprochenen Entwicklungen von geringerem Interesse.

Das Hauptaugenmerk gilt dem *militärischen Eigenschutz*. Er umfasst den Wachdienst und die nachrichtendienstliche Abwehr. Die diesbezüglichen Regelungen des MBG über Aufgaben und Befugnisse militärischer Organe überschreiten den Katalog der verfassungsrechtlichen Aufgaben des Bundesheeres. Sie stehen in durchlässiger und unzureichend abgegrenzter Konkurrenz mit Aufgaben und Befugnissen der sicherheitspolizeilichen Gefahrenprävention und reichen sogar in den Bereich der kriminalpolizeilichen Strafverfolgung hinein. Es gibt teils pseudodeterminierte, teils unverhältnismäßig weit reichende Eingriffsermächtigungen mit Ketten von unbestimmten Legaldefinitionen und damit verknüpften Befugnisregelungen.

Der *militärische Wachdienst* dient dem Schutz vor drohenden und der Abwehr von gegenwärtigen Angriffen gegen militärische Rechtsgüter und dem Schutz von Personen, sofern deren Leben oder Gesundheit oder Eigentum durch die Wahrnehmung von Aufgaben der militärischen Landesverteidigung gefährdet werden.⁸

Als *militärische Rechtsgüter*⁹ gelten

- ▶ Leben und Gesundheit von Personen, die mit der Vollziehung militärischer Angelegenheiten betraut sind, während ihrer Dienstausbübung,
- ▶ darüber hinaus Leben und Gesundheit von Organwaltern verfassungsmäßiger Einrichtungen sowie von Vertretern ausländischer Staaten oder internationaler Organisationen oder sonstiger zwischenstaatlicher Einrichtungen, sofern deren Schutz jeweils im Rahmen der militärischen Landesverteidigung zu gewährleisten ist,
- ▶ sowie militärische Bereiche, Heeresgut und militärische Geheimnisse.

Diese Schutzgüter werden durch autonome militärische Widmungen bestimmt: Als *militärische Bereiche*¹⁰ gelten unbeweg-

liche Sachen, die zur Erfüllung von Aufgaben der militärischen Landesverteidigung zur Verfügung stehen – wo immer sie sich räumlich befinden mögen (das kann etwa auch ein Autobahnparkplatz mit einer Kolonne von Militärfahrzeugen sein). Militärische Bereiche sind nach Maßgabe der jeweiligen besonderen örtlichen und militärischen Verhältnisse zu kennzeichnen.

*Heeresgut*¹¹ sind bewegliche Sachen, die militärischen Organen zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben zur Verfügung stehen.

Als *militärische Geheimnisse*¹² gelten alle militärisch bedeutsamen Tatsachen, Erkenntnisse, Nachrichten oder Vorhaben, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und ihrer Art nach offenbar nicht ohne Gefahr für die Erfüllung einer Aufgabe des Bundesheeres preisgegeben werden können.

Die genannten Güter sind im Rahmen und mit Mitteln des *militärischen Eigenschutzes*,¹³ namentlich des Wachdienstes, vor Angriffen zu schützen.

Als *Angriff*¹⁴ gilt die Bedrohung eines militärischen Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die nicht bloß auf Begehren eines Beteiligten verfolgt wird. Das schließt gefahrenverdächtiges Verhalten im Vorfeld ein: Als Angriff gilt auch ein Verhalten, das darauf abzielt und geeignet ist, eine solche Handlung vorzubereiten, sofern dieses Verhalten in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung gesetzt wird.¹⁵

Als *Befugnisse*¹⁶ zur Erfüllung dieser Aufgaben stehen den militärischen Organen, die mit der Besorgung des Wachdienstes betraut sind – grundsätzlich kann das jeder Militärangehörige sein – das Auskunftsverlangen, die Personenkontrolle, die Wegweisung, die vorläufige Festnahme, das Durchsuchen von Personen, das Betreten von Grundstücken, Räumen und Fahrzeugen sowie das Sicherstellen von Sachen zur Verfügung. Akzessorisch dürfen auch personenbezogene Daten ermittelt werden.

Die Befugnisse dürfen grundsätzlich mit *unmittelbarer Zwangsgewalt* – lebensgefährdenden Waffengebrauch eingeschlossen – durchgesetzt werden.¹⁷

Die Verbindung der *Definitionsketten* zur Aufgabenbestimmung mit den weit reichenden Eingriffsbefugnissen erlaubt es militärischen Organen im Wachdienst, Tätigkeiten zu entfalten, die über den traditionellen Eigenschutz von militärischen Wachen und Objekten weit hinausgehen. Das MBG ermöglicht Aktivitäten militärischer Dienststellen und Organe, die den Tätigkeiten der Sicherheitsbehörden und ihrer Exekutivorgane weitgehend entsprechen. So können zB Personen, die keine Militärangehörigen sind, im gesamten Bundesgebiet durch militärische Organe im Wachdienst nötigenfalls mit Zwangsgewalt kontrolliert und zu einer Identitätsfeststellung verhalten werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie mit einem Angriff gegen

Zl 578.017/10-III.3/2001.

6 Funk, Der unvollendete Rechtsstaat. Steuerungsmängel in den Bereichen der Sicherheitspolizei, des Militärbefugnisrechts und des strafrechtlichen Vorverfahrens, in: Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher (Hrsg), Verfassung in Zeiten des Wandels (2002, in Druck).

7 Bis zum MBG im Militärleistungsgesetz (BGBl 1968/174) geregelt.

8 § 6 Abs 1 iVm § 2 Abs 1 Z 1 MBG.

9 § 1 Abs 7 MBG.

10 § 1 Abs 3 MBG.

11 § 1 Abs 4 MBG.

12 § 1 Abs 5 MBG.

13 Der militärische Eigenschutz umfasst den Wachdienst und die nachrichtendienstliche Abwehr (§ 2 Abs 1 MBG).

14 § 1 Abs 8 MBG.

15 Ähnlich die Definition des gefährlichen Angriffes in § 16 Abs 2 und 3 SPG.

16 §§ 7–15 MBG.

17 §§ 16–19 MBG. Lediglich beim Auskunftsverlangen ist die Anwendung unmittelbarer Zwangsgewalt zur Durchsetzung ausgeschlossen (§ 7 Abs 1 MBG – analog § 34 SPG).

militärische Rechtsgüter in Zusammenhang stehen oder über einen solchen Angriff Auskunft geben können.

Ebenso dürfen militärische Organe im Wachdienst Personen *vorläufig festnehmen*, wenn hinreichende Gründe für die Annahme vorliegen, dass diese Personen einen Angriff gegen militärische Rechtsgüter ausführen – zB durch Weitergabe von militärischen Geheimnissen – oder unmittelbar vorher ausgeführt haben oder dass nach ihnen wegen eines solchen Angriffes gefahndet wird.

All das kann *überall im Staatsgebiet* geschehen (auch außerhalb und weitab von Kasernen oder anderen militärischen Objekten), es kann jeden betreffen (auch *Zivilpersonen*), es kann durch uniformierte Organe ebenso wie durch Organe in Zivil ausgeführt werden. Den Sicherheitsbehörden und ihren Organen droht eine starke Konkurrenz durch militärische Organe. Die Befugnisse dieser Organe erstrecken sich auf die Vorbeugung von Gefahren und die Verfolgung von Straftaten, die gegen militärische Rechtsgüter gerichtet sind. Dafür kommen neben strafbaren Handlungen gegen das Bundesheer zahlreiche andere Tatbestände des Justizstrafrechts in Betracht, insbes strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, die Freiheit, gegen fremdes Vermögen, Hochverrat und andere Angriffe gegen den Staat oder auf oberste Staatsorgane, Landesverrat, wenn sie den für militärische Rechtsgüter kennzeichnenden Militärbezug haben.

Das MBG hat die gesetzlichen Grundlagen für die Schaffung von parallelen Organisationen und Aktivitäten und damit für eine *Multiplikation überwachungsstaatlicher Strukturen* gelegt. Es ist davon auszugehen, dass diese Strukturen schon vor dem MBG bestanden haben und aktiv geworden sind. Das Gesetz dient der Legitimation von vorgesezten Einrichtungen und Verhältnissen.

Die zweite Säule des militärischen Eigenschutzes neben dem Wachdienst bildet die *nachrichtendienstliche Abwehr*.¹⁸ Ihre Aufgabe besteht in der Beschaffung, Bearbeitung, Auswertung und Darstellung von Informationen über Bestrebungen, die vorsätzliche Angriffe gegen militärische Rechtsgüter zur Beeinträchtigung der militärischen Sicherheit erwarten lassen. Es geht um einen militärischen Inlandsgeheimdienst als Gegenstück zur nachrichtendienstlichen Aufklärung mit Auslandsbezug und im Ausland.¹⁹ Auch hier findet sich bei der Aufgabenbestimmung das unbestimmte Tatbestandsmodul der „Angriffe gegen militärische Rechtsgüter“.

Relevant ist auch der Begriff der *militärischen Sicherheit*.²⁰ Er umfasst ex definitione den „Schutzstatus militärischer

Rechtsgüter, die der Art und Schutzwürdigkeit dieser Rechtsgüter sowie der Art und Intensität einer möglichen Gefährdung entspricht“.²¹

Den mit der nachrichtendienstlichen Abwehr beauftragten militärischen Organen stehen ebenfalls *umfangreiche Eingriffsbefugnisse* zur Verfügung. Sie dürfen Auskünfte einholen, sich Daten von anderen öffentlichen Stellen besorgen, Personen observieren, verdeckt ermitteln, auch unter Einsatz von technischen Geräten,²² falsche Identitätsurkunden (Legenden) verwenden, Verlässlichkeitsprüfungen auch im Umfeld von Personen im Nahebereich des Militärs ohne deren Wissen vornehmen und Daten an ausländische öffentliche Dienststellen übermitteln.²³

Über das Verhältnis des militärischen Eigenschutzes zur *sicherheitspolizeilichen Gefahrenabwehr* sagt das Gesetz, dass im Falle einer Aufgabenkonkurrenz die Erfüllung von Aufgaben durch militärische Organe nur zulässig ist, „wenn und solange nicht Sicherheitsbehörden zur Gefahrenabwehr einschreiten“.²⁴ In diesem Fall sind diese Behörden unverzüglich zu benachrichtigen und es ist mit ihnen zusammenzuarbeiten.

Die Klausel hat keinen *Abgrenzungswert*. Sie stellt nicht auf Kompetenzen, sondern auf ein tatsächliches Tätigwerden der Sicherheitsbehörden ab: Wenn diese nicht „einschreiten“, so dürfen die militärischen Organe ungehindert tätig werden. Die Vermutung liegt nahe, dass hier der Grundstein für ein Kontraktmanagement zwischen Polizei und Militär gelegt werden sollte, welches den Erfordernissen des Legalitätsprinzips und der eindeutigen Zuständigkeitsbestimmung als Teil des Grundrechts auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter nicht entspricht.

Die *Aufgaben des Bundesheeres* sind verfassungsrechtlich festgelegt. Der Katalog ist taxativer Natur. Er kann nur durch formelles Verfassungsrecht geändert werden. Die Angelegenheiten des Eigenschutzes sind sowohl objektiv als auch nach dem Selbstverständnis des MBG²⁵ der militärischen Landesverteidigung im Sinne von Art 79 Abs 1 B-VG²⁶ zugeordnet. Als unbestimmter Verfassungsrechtsbegriff ist der Tatbestand der militärischen Landesverteidigung nach bestimmten Prinzipien und Regeln, allen voran im Sinne einer historisch-systematischen Auslegung, zu interpretieren.²⁷

Im Fall des MBG wird das Potenzial für die Fortentwicklung überspannt. Das *historische Begriffsbild des Eigenschutzes* im verfassungsrechtlichen Tatbestand der „militärischen Landesverteidigung“ und dem „Schutz der Grenzen“ als dessen Vorläufer²⁸ war in signifikanter Weise durch notwehrähnlich-

18 § 20 Abs 2 MBG.

19 Die nachrichtendienstliche Abwehr dient dem militärischen Eigenschutz durch die Beschaffung, Bearbeitung, Auswertung und Darstellung von Informationen über Bestrebungen und Tätigkeiten, die vorsätzliche Angriffe gegen militärische Rechtsgüter zur Beeinträchtigung der militärischen Sicherheit erwarten lassen (§ 20 Abs 2 MBG).

20 § 1 Abs 11 MBG.

21 Als Teil des militärischen Eigenschutzes dient die nachrichtendienstliche Abwehr der Information über Bestrebungen und Tätigkeiten, die vorsätzliche Angriffe gegen militärische Rechtsgüter zur Beeinträchtigung der militärischen Sicherheit erwarten lassen (§ 20 Abs 2 MBG). Damit schließt sich die Kette von Legaldefinitionen, die sich in ihrer Gesamtheit als weitgehend selbst referenziell erweisen.

22 Bild- und Tonübertragungsgeräte (beim „großen“ Lausch- und Spähangriff) – § 22 Abs 5 und 6 MBG. Für den „kleinen“ Lausch- und Spähangriff dürfen Bild- und Tonaufzeichnungsgeräte eingesetzt werden. Die Ermächtigungen entsprechen inhaltlich (und weitgehend auch in der Formulierung) denen in § 54 Abs 4 SPG – siehe vorhin II.7. (FN 44).

23 Siehe im Einzelnen §§ 21–25 MBG.

24 § 2 Abs 2 MBG.

25 Allgemeiner Teil der EB zur RV des MBG (76 BlgNR 21. GP).

26 Ebenso Art 9a Abs 2 B-VG.

27 Versteinerungsprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz der intrasystematischen Entwicklung – siehe etwa VfSlg 11494/1987, 11777/1988, 12996/1992, 14178/1995, 14266/1995; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht Bd I (1997) Rz 19.088 ff.

28 Die militärische Landesverteidigung bildet einen Teil der umfassenden Landesverteidigung, zu der neben der militärischen die geistige, die zivile und die wirtschaftliche Landesverteidigung gehören (Art 9a Abs 2 B-VG). Die maßgebenden Regelungen gehen in ihrer geltenden Fassung auf eine B-VG-Novelle aus 1975 zurück (BGBl 1975/368; eine Änderung des Art 79 Abs 1 B-VG bzgl des Milizsystems durch die B-VG-Novelle BGBl 1988/341 kann im gegebenen Zusammenhang außer Betracht bleiben). Vor der Novelle von 1975 hatte Art 79 Abs 1 B-VG folgende Textfassung: „Dem Bundesheer liegt der Schutz der Grenzen der Republik ob“. Diese Formulierung war bereits im Stammtext des B-VG von 1920 enthalten.

che Gefahrenabwehr und erste unaufschiebbare Verfolgungshandlungen – stets in Reaktion auf konkrete Gefahrenlagen – geprägt und damit zugleich auch in normativ wirksamer Weise beschränkt.

Der „Schutz der Grenzen der Republik“ in Art 79 Abs 1 B-VG (Stammfassung) geht auf die Formulierung von Art 120 des Staatsvertrages von St. Germain zurück. Er findet sich auch im Wehrgesetz vom 18. März 1920²⁹. Damit war von Anfang an der militärische Grenzschutz gemeint. Der sog polizeiliche Grenzschutz ist darunter nicht verstanden worden.³⁰

Mit der *B-VG-Novelle 1975*³¹ ist Art 79 B-VG im Zusammenhang mit Regelungen betreffend die umfassende Landesverteidigung (Art 9a B-VG) neu gefasst worden. Art 79 Abs 1, erster Satz B-VG hat seine geltende Fassung erhalten. Die Materialien zur B-VG-Novelle 1975³² nehmen auf die Frage der Zugehörigkeit von Angelegenheiten des Eigenschutzes zur „militärischen Landesverteidigung“ nicht ausdrücklich Bezug. In der RV findet sich der Hinweis, dass damit grundsätzlich die „Abwehr von Gefahren von außen“ gemeint sei, dass aber auch die „Abwehr von Vorgängen im Staatsinneren in Betracht“ käme, „insofern sie im Zusammenhang mit von außen drohenden Gefahren stehen und insofern eine wirksame Abwehr nur mit militärischen Mitteln möglich ist.“ Im Übrigen bleibe die Abwehr von Gefahren, die von innen drohen, eine primäre Aufgabe der gesetzmäßigen bürgerlichen Gewalt (Erläuterungen zu Art I Z 2).

In einer dem Bericht des Verfassungsausschusses beigegebenen Entschließung wird die Vorbereitung aller Maßnahmen im Frieden verlangt, die für eine unverzügliche und wirksame militärische Reaktion beim Eintritt eines der Bedrohungsfälle (Krisenfall – Neutralitätsfall – Verteidigungsfall) erforderlich sind. Dazu gehören insbesondere „die ständige Beobachtung der militärischen Lage, die rasche Mobilmachung von Reserveverbänden in personeller und materieller Hinsicht, eine auf Einsatzaufgaben ausgerichtete Ausbildung sowie Versorgungsvorkehrungen.“

Auf *einfachgesetzlicher Ebene* waren ursprünglich § 3 der 2. Strafprozessnovelle 1920,³³ dann § 495 StPO³⁴ und schließlich § 502 StPO 1975 über die vorläufige Verwahrung, sowie § 577 StG über besondere Ermächtigungen der Wachen (III. Hauptstück Art I Z 8 MilStG, BGBl 1970/344) in Geltung.

Die *historisch-systematische Auslegung* des Art 79 Abs 1 B-VG ergibt in entwicklungsgeschichtlicher Perspektive folgendes Bild: Die der „militärischen Landesverteidigung“ akzessorischen Eingriffsbefugnisse auf dem Gebiete des Eigenschutzes, insbesondere in Form von Ermächtigungen zur Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gegenüber Heeresangehörigen, waren durchwegs *defensiv und restriktiv* gehalten.

In den Materialien zur *B-VG-Novelle 1975* werden dem Bundesheer Aufgaben im Bereich der Abwehr von Vorgängen im Staatsinneren nur insoweit zugestanden, als sie im

Zusammenhang mit von außen drohenden Gefahren stehen und eine wirksame Abwehr nur mit militärischen Mitteln möglich ist.

Dazu sind stets nur äußerst *beschränkte Eingriffsbefugnisse* im Rahmen von § 577 StG, § 502 StPO und des Sperrgebietesgesetzes³⁵ zur Verfügung gestanden. § 577 StG gab den militärischen Wachen das Recht, unmittelbar gegen sie gerichtete Angriffe und Bedrohungen an „feindesgefährlichen Orten“ abzuwehren. § 502 StPO räumte Befugnisse zur Verhinderung, Aufklärung und Verfolgung von gerichtlich strafbaren Handlungen ein, die der vorläufigen Festnahme durch Exekutivorgane nachgebildet sind. Ein Vorgehen gegen Personen, die keine Soldaten sind, kam nur in Betracht, wenn ein konkreter Angriff gegen eine Wache, ein konkrete Gefahrenlage an einem „feindesgefährlichen Ort“ oder ein Betreten auf frischer Tat auf einer militärischen Liegenschaft vorliegen.

Das historische Begriffsbild des Eigenschutzes im verfassungsrechtlichen Tatbestand „militärische Landesverteidigung“ in Art 79 Abs 1 B-VG ist signifikant durch *notwehrähnliche Gefahrenabwehr und erste unaufschiebbare Verfolgungshandlungen* – stets in Reaktion auf konkrete Gefahrenlagen – geprägt. Den Möglichkeiten einer Erweiterung von Aufgaben und Befugnissen sind dadurch verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt. Diese Grenzen sind nicht primär von kompetenzrechtlicher Relevanz,³⁶ sondern haben Bedeutung als Maßstabs- und Schrankennormen, die sich aus den durch Verfassungsrecht abschließend festgelegten Aufgaben des Bundesheeres ergeben.

Teleologisch gesehen hat diese Festlegung den Sinn einer *gewaltentrennenden und gewaltenhemmenden Funktionsbeschränkung* zur Sicherung der Unterstellung der bewaffneten Macht unter die „bürgerliche Gewalt“. Die Entwicklung und der Stand der Wehrverfassung im parlamentarisch-demokratischen System weisen klar in diese Richtung.³⁷ Konkurrierende Tätigkeiten des Bundesheeres in den Bereichen der Sicherheitspolizei und des Strafrechtswesens sind – bezogen auf die Aufgabenzuweisung in Art 79 Abs 1 B-VG – grundsätzlich restriktiv zu gestalten.

Die *teleologische Auslegung* bestätigt das Ergebnis der historisch-systematischen Interpretation: Die präventiv-polizeilichen und die strafprozessualen Aufgaben des Eigenschutzes der bewaffneten Macht sind auf den schmalen Bereich der Bewältigung von notwehrähnlichen Gefahrenlagen und von unmittelbar tat-(verdachts-)nahen Zugriffs- und Verfolgungssituationen beschränkt. Darüber hinausgehende Aufgaben und Befugnisse fallen nicht unter die Aufgaben des Bundesheeres, sondern sind jenen Behörden vorbehalten, die mit der Besorgung der Sicherheitspolizei (Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG) und des (gerichtlichen) Strafrechtswesens (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) betraut sind.

Den Aufgabenregelungen in Art 79 B-VG für das Bundesheer stehen *verfassungsrechtliche Aufgabenzuweisungen an die Sicherheitsbehörden* in den Angelegenheiten der Sicherheits-

29 StGBI 1920/122.

30 Siehe die EB zu einer RV aus 1966 betreffend eine Neufassung des Art 79 Abs 1 B-VG, 203 BlgNR 11. GP: „Dem Bundesheer obliegt der militärische Schutz der Unverletzlichkeit des Bundesgebietes unter besonderer Bedachtnahme auf die Aufrechterhaltung und Verteidigung der immerwährenden Neutralität der Republik“ – die Vorlage ist vom NR nicht zum Beschluss erhoben worden.

31 BGBl 1975/368.

32 RV 1461; AB 1643 BlgNR 13. GP.

33 StGBI 1920/321.

34 StPO-Novelle 1957, BGBl 31.

35 BG über militärische Sperrgebiete, BGBl 1963/204.

36 Sowohl „militärische Angelegenheiten“ als auch die „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, einschließlich der ers-

ten allgemeinen Hilfeleistung“ sowie das „Strafrechtswesen“ sind Bundeszuständigkeiten in Gesetzgebung und Vollziehung.

37 Grundlegend *Pernthaler*, Der Rechtsstaat und sein Heer (1964).

polizei und des gerichtlichen Strafrechtswesens („Kriminalpolizei“) gegenüber, die sich – wenn auch nur schlüssig – für die Sicherheitsbehörden aus den institutionellen Bestimmungen des Art 78a B-VG³⁸ und für die Organe der Strafrechtspflege (Gerichte, Staatsanwaltschaften, Sicherheitsbehörden) aus Art 90 Abs 2 B-VG (Anklageprinzip) ableiten lassen.

Die Aufgaben dieser Behörden und Organe in den Angelegenheiten der Sicherheitspolizei und des Strafrechtswesens bilden das „Gegenstück“ zu den korrespondierenden Aufgaben der militärischen Organe im Bereiche des Eigenschutzes im Rahmen der militärischen Landesverteidigung. Sie bilden in ihrer Gesamtheit ein *Ordnungssystem*, das der einfache Gesetzgeber bei der Zuweisung von präventiven und strafprozessualen Aufgaben und Befugnissen zu beachten hat.

Die Regelungen des MBG betreffend die Aufgaben und Befugnisse von militärischen Organen auf dem Gebiete des militärischen Eigenschutzes (Wachdienst, nachrichtendienstliche Abwehr) gehen über die verfassungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen der Aufgaben des Bundesheeres im Rahmen der militärischen Landesverteidigung weit hinaus und greifen in verfassungswidriger Weise in die Bereiche der *Sicherheitspolizei* (allgemeine strafrechtsakzessorische Gefahrenprävention) und des *Strafrechtswesens* (kriminalpolizeiliche Verfolgung und Aufklärung gerichtlich strafbarer Handlungen) ein. Das MBG tritt damit in eine unzulässige Konkurrenz mit dem SPG und den einschlägigen Regelungen der StPO betreffend das kriminalpolizeiliche Vorverfahren – insbes § 24 iVm den Zugriffsermächtigungen für Organe der Sicherheitsexekutive.

Die Zuständigkeitsüberschreitungen im Verhältnis zu den *Aufgaben der Sicherheitsbehörden* in den Bereichen der Sicherheitspolizei und der Kriminalpolizei werden durch die Abgrenzungsregelung in § 2 Abs 2 MBG nicht saniert. Diese Regelung schafft nicht nur keine Klarheit über die Abgrenzung zwischen den Angelegenheiten des militärischen Eigenschutzes auf der einen und denen der Sicherheitspolizei und der Kriminalpolizei auf der anderen Seite, sondern ermöglicht ein – allenfalls sogar mit den Sicherheitsbehörden paktiertes – Operieren militärischer Organe in Angelegenheiten, die den Sicherheitsbehörden vorbehalten sind.

Gegen die Möglichkeit einer *verfassungskonformen Interpretation* des § 2 Abs 2 als Subsidiaritätsklausel sprechen der Wortlaut der Bestimmung sowie die Erwägung, dass den militärischen Organen ein paritätisches Zusammenwirken mit den Sicherheitsbehörden ausdrücklich aufgetragen wird, wobei ihnen das Gesetz Aufgaben und Eingriffsbefugnisse zuweist, die weit über den Kern dessen hinausgehen, was für den Eigenschutz nötig ist, und die im großen Umfang mit den Aufgaben und Befugnissen der Sicherheitsbehörden konkurrieren. Anders formuliert: Die weit reichenden Aufgaben- und Eingriffsbefugnisse für den militärischen Eigenschutz wären überflüssig, wenn § 2 Abs 2 die Bedeutung einer Subsidiaritätsklausel hätte. § 2 Abs 2 ist nur scheinbar als Subsidiaritätsregelung zu verstehen; in Wahrheit handelt es

sich um eine Ermächtigung zu bereichsübergreifendem konkurrierendem Handeln.

Die mangelnde Bestimmtheit und die Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Systems von militärischer Landesverteidigung, sicherheitspolizeilicher Gefahrenabwehr und kriminalpolizeilicher Strafverfolgung bewirken in Verbindung mit den weit reichenden Eingriffsermächtigungen eine Verletzung des Grundsatzes der *Verhältnismäßigkeit*. Es ist unverhältnismäßig, wenn den militärischen Organen Aufgaben- und Eingriffsbefugnisse zugewiesen werden, die den verfassungsrechtlichen Rahmen des Eigenschutzes bei der militärischen Landesverteidigung überschreiten und in fremde Bereiche (Sicherheitspolizei, Strafrechtswesen) eingreifen. Es ist unverhältnismäßig, wenn auf diese Weise parallele, konkurrierende und überlappende hoheitliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Güter durch verschiedene Institutionen ermöglicht werden.

Es ist insbesondere unverhältnismäßig, wenn den mit der nachrichtendienstlichen Abwehr betrauten Organen *informationelle Eingriffsbefugnisse* in Form der Verwendung von technischen Geräten (Bild- und Tonaufzeichnungs- und -übertragungsgeräte) zur Verfügung gestellt werden, die mit solchen der Sicherheitsbehörden und der Justizbehörden konkurrieren, wobei der in der StPO durch das allgemeine Erfordernis einer richterlichen Ermächtigung gewährleistete hohe Grundrechtsschutz für die parallelen Bereiche des MBG und des SPG nicht nur nicht erreicht, sondern gravierend unterschritten wird.³⁹

Die verfassungsrechtliche Diskussion um das MBG hat sich auf die *Weisungsfreiheit des Rechtsschutzbeauftragten* konzentriert, dessen Autonomie⁴⁰ verfassungsrechtlich nicht abgesichert ist.⁴¹ Im Vergleich zu den großflächigen Verfassungswidrigkeiten, an denen das Gesetz bei den Aufgaben und Befugnissen des militärischen Eigenschutzes leidet, erscheint dieser Mangel von geringfügiger Bedeutung.

Dr. Bernd-Christian Funk ist Univ.-Prof. für Staats- und Verwaltungsrecht in Wien.

³⁸ Nach *Wiederin*, Verfassungsfragen der Errichtung eines Bundeskriminalamtes, JBl 2001, 273 (280, 286), ist lediglich die erste allgemeine Hilfeleistung als Aufgabe der Sicherheitsbehörden verfassungsrechtlich garantiert.

³⁹ Eingehend die verfassungsrechtliche Kritik von *Berka*, Redaktionsgeheimnis und Pressefreiheit. Aktuelle Probleme des Schutzes journalistischer Quellen im österreichischen Recht (2000).

⁴⁰ § 57 Abs 3 MBG.

⁴¹ Das gilt auch für die Rechtsschutzbeauftragten nach dem SPG und der StPO. Ob das verfassungsrechtliche Weisungsprinzip (Art 20 Abs 1 B-VG) auf solche Organe überhaupt anzuwenden ist, soll im gegebenen Zusammenhang nicht untersucht werden.

1. Zwei rasch angenommene Rahmenbeschlüsse

Bereits acht Tage nach den terroristischen Anschlägen in den USA, am 19. September 2001, legte die Kommission zwei Vorschläge für Rechtsakte im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen vor: den *Rahmenbeschluss zur Terrorismusbekämpfung*¹ (RB-TER) und den *Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten*² (RB-EHB). Zweieinhalb Monate später, am 6. bzw. 12. Dezember 2001 einigte sich der Rat – nach intensiver Beratung in allen seinen Arbeits- und Entscheidungsebenen – zu diesen beiden Rechtsakten „politisch“. Das Europäische Parlament hat am 6. Februar 2002 beide Rahmenbeschlüsse ohne weitere Änderungswünsche mit großer Mehrheit, und zwar mit 88% (RB-TER) bzw. mit 74% (RB-EHB) der abgegebenen Stimmen gebilligt³. Nach Abschluss der – derzeit (Ende März 2002) noch ausstehenden – Prüfung der Texte durch einige nationale Parlamente und nach redaktioneller Überarbeitung der elf Sprachversionen durch die Rechts- und Sprachsachverständigen werden die beiden Rahmenbeschlüsse auch „rechtlich“ angenommen und dann veröffentlicht werden.

Auf den ersten Blick lässt eine so rasante Abfolge im Rechtssetzungsverfahren den Verdacht aufkommen, bei diesen Rechtsakten handle es sich um eine „Anlassgesetzgebung“, die sich aus einem Ereignis, nämlich dem Massaker des 11. Septembers, herleitet, und die, getrieben vom Wunsch nach schneller Reaktion, überhastete Ergebnisse produziert, welche Grundrechte und -freiheiten gefährden können.

2. Der rechtliche und politische Hintergrund der beiden Rahmenbeschlüsse

Zunächst sei auf einige jüngste Entwicklungen zur Rolle des Strafrechts in der EU hingewiesen, die für die richtige Einordnung beider Rechtsakte hilfreich sein können:

In den vergangenen drei Jahren hat sich die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU markant verändert. Die bis dahin vorwiegende nationale und intergouvernementale Ausrichtung dieses Politikbereiches hat sich zunehmend transnationalen und integrativen Methoden geöffnet. Auch das Strafrecht musste dem Umstand Rechnung tragen, dass ein vorwiegend auf das eigene Territorium zugeschnittenes Ordnungssystem immer öfter adäquate Lösungen für Probleme schuldig bleibt, die sich aus der rechtlichen und faktischen Abschaffung der territorialen Grenzen für Geld, Güter und Dienstleistungen, vor allem aber auch

für Menschen, ergeben. Das Strafrecht musste also beginnen, sein Grundkonzept (Inhalt und Verfahren) stärker auf die EU auszurichten.

Diese Entwicklung zu *mehr Gemeinschaft im Strafrecht* findet ihre rechtlichen und politischen Grundlagen im Wesentlichen

- in neuen primärrechtlichen Zielsetzungen des EGV und des EUV: Seit dem am 1. Mai 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam soll sich die EU zu einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ weiterentwickeln (Art. 2 und 29 EUV, Art. 61 EGV). Im Strafrecht soll dies durch partielle *Rechtsharmonisierung* und durch Verbesserung der Methoden der *Zusammenarbeit* zwischen den Mitgliedstaaten geschehen;
- in konkreten politischen Vorgaben durch den Europäischen Rat⁴: Dieser hat sich am 15./16. Oktober 1999 in Tampere – auf der Basis des gestiegenen Wertekonsenses zwischen den Mitgliedstaaten – dafür ausgesprochen, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Urteilen und anderen Entscheidungen von Justizbehörden „zum Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit sowohl in Zivil- als auch in Strafsachen innerhalb der

Umdenken im Strafrecht

Terrorismus und Europäischer Haftbefehl

Wolfgang Bogensberger

Union“ zu machen (Schlussfolgerung Nr. 33). Dieser Systemwechsel von Rechtshilfe hin zur Rechtsvollstreckung⁵ setzt ein hohes Maß an Vertrauen in die Struktur und die Funktionsweise der Rechtssysteme anderer Mitgliedstaaten sowie in deren Fähigkeit, ein faires Verfahren zu gewährleisten, voraus. Ansätze strafrechtlicher Integration sind vor allem in jenen Rechtsakten erkennbar, die sich der materiellen *Rechtsangleichung* (vgl. die zahlreichen Rahmenbeschlüsse, wie z. B. zur Geldfälschung⁶), der *wechselseitigen Anerkennung von Entscheidungen* (Beispiele: Europäischer Haftbefehl, Sicherstellung von Vermögensgegenständen oder Beweismitteln⁷) und der *Europäisierung von Kooperations- und Koordinationsmechanismen* (durch Einrichtung europäischer Stellen wie des Polizeiamtes *Europol*, des Amtes für Betrugsbekämpfung *Olaf* oder der justiziellen Stelle *Eurojust*⁸) widmen.

1 ABl. C 332 E, 27. 11. 2001, S. 300.

2 ABl. C 332 E, 27. 11. 2001, S. 305.

3 Der RB-TER wurde mit 484 Stimmen bei 32 Gegenstimmen und 34 Enthaltungen angenommen. Beim RB-EHB war die Zustimmung mit 414 Stimmen bei 123 Gegenstimmen und 20 Enthaltungen etwas geringer.

4 Das ist die in der Regel viermal pro Jahr stattfindende Tagung der Staats- und Regierungschefinnen der Mitgliedstaaten und des Kommissionspräsidenten, die von den AußenministerInnen und einem Kommissionsmitglied unterstützt werden. Der Europäische Rat ist zum „*Superorgan*“ der EU

geworden und fällt wichtige politische Grundsatzentscheidungen.

5 Soweit anstelle der klassischen Rechtshilfe der Grundsatz der gegenseitigen *Anerkennung von Entscheidungen* der Gerichte und Justizbehörden forciert wird, weicht die Anwendung des eigenen Rechts (Regelfall bei der Rechtshilfe) der *Anwendung und Vollstreckung des fremden Rechts* (Regelfall bei der Anerkennung).

6 Rahmenbeschluss vom 29. 5. 2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro

(ABl. L 140, 14. 6. 2000, S. 1, geändert durch Rahmenbeschluss vom 6. 12. 2001, ABl. L 329, 19. 12. 2001, S. 3)

7 Zu diesen Rechtsakten hat sich der Rat „Justiz und Inneres“ am 12. Dezember 2001 bzw. 28. Februar 2002 „politisch“ verständigt.

8 Vgl. Europol-Übereinkommen (ABl. C 316, 27. 11. 1995, S. 2); Beschluss vom 28. April 1999 zur Errichtung von OLAF (ABl. L 41, 15. 2. 2000, S. 12), Beschluss über die Errichtung von Eurojust (ABl. L 63, 6. 3. 2002, S. 1).

Diese Intensivierung der strafrechtlichen Integration wird von vielen und schon seit langem vehement gefordert; sie wird aber auch von manchen mit Skepsis verfolgt und bisweilen mit dem Vorwurf der Beeinträchtigung von Grundrechten und -freiheiten konfrontiert. Diese Bedenken beziehen sich in der Regel auf zwei Aspekte: Zum einen kritisieren sie das intransparente, nichtöffentliche und gegen parlamentarische Einflussnahme weitgehend immune Rechtssetzungsverfahren durch den Rat. Zum anderen beziehen sie sich aber auch auf den Inhalt der Rechtsakte selbst.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich allein mit dem zweiten Einwand, also mit den Inhalten der beiden Rahmenbeschlüsse, nicht aber auch mit den Auswirkungen des Rechtssetzungsverfahrens auf die Partizipationsrechte der BürgerInnen oder ihrer gewählten VertreterInnen (für das dabei vielfach bemängelte Demokratiedefizit⁹ sollte durch den derzeit tagenden Konvent eine Lösung angedacht werden).

3. Zum Verdacht der „Anlassgesetzgebung“

Bei der Prüfung dieses Verdachts empfiehlt es sich, die Phase der *Ausarbeitung* der beiden Rechtsakte von der Phase ihrer *Beratung* zu unterscheiden. Zwar steht es außer Zweifel, dass beide Rechtsakte durch die Ereignisse des 11. Septembers einen wesentlichen (weil beschleunigenden und konsensfördernden) Impuls erhalten haben; dennoch sind sie auf rechtspolitische Zielsetzungen zurückzuführen, die längst davor getroffen worden sind.

Zum einen erwähnt Art. 29 EUV ausdrücklich den *Terrorismus* als eine Kriminalitätsform, die es durch gemeinsames europäisches Vorgehen zu verhüten und zu bekämpfen gilt. Dies hat durch engere Zusammenarbeit der zuständigen Behörden und durch Angleichung von Tatbestandsmerkmalen und Strafen (Art. 31 (e) EUV verweist ebenfalls auf den Terrorismus) zu geschehen. Der Europäische Rat und das Europäische Parlament haben in den letzten Jahren wiederholt zu legislativen Maßnahmen bei der Bekämpfung des Terrorismus aufgefordert (das Europäische Parlament zuletzt am 5. September 2001).

Zum anderen gibt Art. 31 (b) EUV das Ziel vor, die Auslieferung zu erleichtern. Der Europäische Rat von Tampere hat dieses Ziel dahin präzisiert, dass zwischen den Mitgliedstaaten „*förmliche Auslieferungsverfahren bei Personen, die sich nach rechtskräftiger Verurteilung der Justiz durch Flucht entziehen, abgeschafft und durch eine einfache Überstellung derartiger Personen ersetzt werden sollten.*“ (Schlussfolgerung Nr. 35).

Auf der Basis dieser primärrechtlichen (und politisch verstärkten) Aufträge hat die Kommission im Laufe des Jahres 2001 Vorschläge für entsprechende Rahmenbeschlüsse ausgearbeitet mit dem Ziel, sie noch vor Ende September 2001 vorzulegen¹⁰. Der 11. September hat diese Vorschläge somit

nicht erst entstehen lassen, sondern deren Vorlage durch die Kommission lediglich um etwa eine Woche beschleunigt, damit sie bereits den Beratungen der wegen der Terrorattacken kurzfristig anberaumten außerordentlichen Tagungen des Rates „Justiz und Inneres“ (20. September 2001) sowie des Europäischen Rates (21. September 2001) zu Grunde gelegt werden konnten.

Die *Ausarbeitung* dieser Rechtsakte ist somit nicht erst aus Anlass des 11. Septembers geschehen, vielmehr sind die Vorschläge dazu im Wesentlichen bereits vorbereitet gewesen, als das terroristische Massaker geschah. (Im Übrigen ist der RB-EHB keineswegs besonders auf Terrorismus zugeschnitten, sondern bezieht sich generell auf alle nicht ganz unbedeutenden Straftaten.)

Die *Beratung* dieser Vorschläge im Rat war aber schon starkem Druck ausgesetzt. So beauftragte schon der Europäische Rat vom 21. September 2001¹¹ den Rat „Justiz und Inneres“, dazu dringend, spätestens aber bis zum 6. Dezember 2001, ein Einvernehmen zu finden.

Um beurteilen zu können, ob die darauf hin sehr gedrängt und intensiv durchgeführten Beratungen zu Beeinträchtigung von Grundrechten und -freiheiten geführt haben, ist ein näherer Blick auf den wesentlichen Inhalt beider Rechtsakte notwendig (ohne hier auch nur annähernd eine erschöpfende Analyse beider Texte vornehmen zu können).

3.1. Der wesentliche Inhalt der beiden Rahmenbeschlüsse

3.1.1. Derzeit kennen nur sechs Mitgliedstaaten¹² in ihrem Strafrecht ausdrückliche terroristische Straftaten, die übrigen erfassen diese im Rahmen allgemeiner Straftatbestände. Der RB-TER definiert nun mehrere Straftaten mit Terrorismusbezug und verpflichtet die Mitgliedstaaten, diese bis Ende 2002 in ihren Strafrechten zu erfassen:

► Die „*terroristischen Straftaten*“ beruhen auf einem Katalog von „gewöhnlichen“ schweren Straftaten¹³, die „*durch ihre Art oder den jeweiligen Kontext ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen können*“ und darauf abzielen, entweder die Bevölkerung auf schwer wiegende Weise einzuschüchtern, oder öffentliche Stellen oder internationale Organisationen unberechtigterweise zu einem Tun oder Unterlassen zu zwingen, oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu destabilisieren oder zu zerstören.

► Zu den „*Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten*“ gehören bestimmte vorbereitende Straftaten zu terroristischen Straftaten¹⁴.

► Die Tathandlungen bei den „*Straftaten im Zusammenhang mit einer terroristischen Vereinigung*“ bestehen aus dem Anfüh-

⁹ Dieses wird darin gesehen, dass Rechtsakte im Rahmen des Dritten Pfeilers allein vom Rat angenommen werden. Das Europäische Parlament hat dabei nur ein Anhörungsrecht, das in der Praxis kaum über die Rolle eines Formalerfordernisses hinauskommt. Rechtsakte werden vom Rat in der Regel zunächst „politisch“ und dann, nach Einlangen der Meinung des Europäischen Parlaments – meist ohne weitere Änderung – „rechtlich“ angenommen. Die nationalen Parlamente können nur durch konkrete Verhandlungsvorgaben an die jeweiligen Regierungen mittelbar Einfluss auf das Annahmeverfahren nehmen.

¹⁰ Vgl. Punkt 3.2. des Anzeigers der Fortschritte bei der Schaffung eines „*Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*“ in der EU vom 23.5.2001, KOM(2001) 278.

¹¹ Vgl. Punkt 2 des bei dieser Tagung verabschiedeten Aktionsplans.

¹² Deutschland, Frankreich, Italien, Portugal, Spanien, Vereinigtes Königreich.

¹³ Angriffe auf Leben und die körperliche Unversehrtheit von Personen; Entführung oder Geiselnahme; weit reichende Zerstörung an diversen Einrichtungen, die Menschenleben gefährden oder zu erheblichen wirtschaftlichen Verlusten führen

können; Kapern von Verkehrsmitteln, Waffenproduktion (inkl. ABC-Waffen), gemeingefährliche Handlungen (Brand, Überschwemmung, Explosionen), Störung der Versorgung mit lebenswichtigen Ressourcen (Wasser, Strom), Drohung mit solchen Straftaten.

¹⁴ Schwere Diebstahl, Dokumentenfälschung, Erpressung.

ren und dem Beteiligten an einer terroristischen Vereinigung (auf längere Dauer angelegter organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die sich zu terroristischen Straftaten verabreden). Unter Beteiligten wird das Bereitstellen von Informationen oder materiellen Mitteln ebenso erfasst wie jegliche Art der Finanzierung ihrer Aktivitäten „in dem Wissen, dass diese Beteiligung zu den kriminellen Aktivitäten der Gruppe beiträgt“.

Ferner haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass gegen natürliche und juristische Personen Strafen verhängt werden können, welche die Schwere dieser Straftaten widerspiegeln. Bei der Angleichung der Strafen bleibt der RB-TER aber – trotz des klaren rechtlichen und politischen Auftrags dazu¹⁵ – aufgrund des anhaltenden Widerstandes einiger Mitgliedstaaten minimalistisch¹⁶: Im Rahmen der Verantwortlichkeit juristischer Personen müssen beispielsweise aufgelistete strafrechtliche und/oder nicht strafrechtliche Sanktionen ergriffen werden. Für natürliche Personen muss bei terroristischen Straftaten lediglich eine höhere Strafdrohung vorgesehen werden als für die darin enthaltenen Basisdelikte; hingegen muss das Anführen bzw. die Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung mit einer Höchststrafe von mindestens 15 bzw. 8 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sein. Für TäterInnen, die zur Zusammenarbeit mit der Justiz bereit sind, können die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen Strafreduktionen vorsehen.

3.1.2. Der RB-EHB verpflichtet die Mitgliedstaaten, bis Ende 2003¹⁷ das Auslieferungsverfahren innerhalb der EU durch das Übergabeverfahren zu ersetzen, welches beabsichtigt, einfacher („Reduktion von Komplexität“) und rascher („Reduktion von Verzögerungsrisiken“) die Funktion des Auslieferungsverfahrens zu erfüllen, ohne die Verteidigungsrechte des Betroffenen zu beeinträchtigen.

Das traditionelle Auslieferungsrecht hat sich mit seiner langwierigen¹⁸ und komplizierten Verfahrensstruktur¹⁹ für die Rechtsbeziehungen innerhalb der EU überlebt²⁰; dazu kommt, dass es für die RechtsanwenderInnen kaum mehr (und für die Betroffenen noch viel weniger) überblickbar ist: Das bisherige „Nachbessern“ und „Anstückeln“ bei internationalen Abkommen hat zu einem nur noch von wenigen

Spezialisten durchschaubaren *Normendickicht* geführt, mit dem Ergebnis einer disparaten Rechtslage innerhalb der EU²¹. Der RB-EHB beendet diesen rechtlichen Dschungel: Ab 1. Jänner 2004 werden in den Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten alle früheren rechtlichen Übereinkünfte zur Auslieferung durch die Bestimmungen des RB-EHB ersetzt („*Neukodifizierung des Auslieferungsrechts innerhalb der EU*“).

Dieses Übergabeverfahren löst sich vom klassischen „Ersuchens-Prinzip“ und ersetzt dieses durch das „*Anerkennungs-Prinzip*“. Diesen „*Quantensprung*“ in den zwischenstaatlichen strafrechtlichen Rechtsbeziehungen kann man schon in neuen Begriffen erkennen: Es ist nicht länger von „Auslieferung“ (ein Ausdruck des Misstrauens) die Rede, sondern neutral von Festnahme und Übergabe; es gibt keinen ersuchenden und ersuchten Staat mehr, sondern nur noch den Ausstellungs- und den Vollstreckungsstaat. Die Mitgliedstaaten werden nicht mehr darum gebeten, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, sondern dazu verpflichtet, den Europäischen Haftbefehl – nach Maßgabe der Bestimmungen des RB-EHB – zu vollstrecken.

Zu den Voraussetzungen: Der Europäische Haftbefehl muss auf einer *gerichtlichen* Entscheidung basieren, die in einem Mitgliedstaat ergangen ist und die *Festnahme* und *Übergabe* einer gesuchten Person durch einen anderen Mitgliedstaat zur *Strafverfolgung* oder *Strafvollstreckung* bezweckt. Der notwendige Inhalt des Europäischen Haftbefehls ist für alle Mitgliedstaaten einheitlich vorgegeben; seine Bescheinigung durch ein EU-weit zu verwendendes Formblatt ist in eine der Amtssprachen des Vollstreckungsstaates zu übersetzen (dieser kann aber auch eine andere Sprache akzeptieren).

Beim Europäischen Haftbefehl zur Strafverfolgung muss die diesem zugrunde liegende Straftat im Ausstellungsstaat (!) mit mindestens *einem Jahr* Freiheitsstrafe bedroht sein; beim Europäischen Haftbefehl zur Strafvollstreckung muss die verhängte Strafe mindestens *vier Monate* Freiheitsstrafe erreichen. Beträgt die Obergrenze der Strafdrohung mindestens drei Jahre Freiheitsstrafe und befindet sich die Straftat auf dem im RB-EHB enthaltenen umfangreichen Katalog²², dann entfällt das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit²³.

15 Art. 31(e) EUV und Tampere-Schlussfolgerung Nr. 48. Damit soll ein weitgehend konformer Zugang der EU zu einem gemeinsamen Problem geschaffen werden, zumal es immer fragwürdiger erscheint, wenn in einem Raum ohne Binnengrenzen für schwerste Straftaten völlig disparate Sanktionssysteme mit extrem unterschiedlichen Sanktionierungspraktiken bestehen.

16 In der Praxis wird eine ihrem Namen gerecht werdende Strafanäherung in der EU wohl erst dann möglich sein, wenn einzelne Mitgliedstaaten bereit sind, Eingriffe in ihre nationalen Systeme der Strafrelationen zuzulassen.

17 Das Vereinigte Königreich, Frankreich, Spanien, Portugal, Belgien und Luxemburg haben beim Rat „Justiz und Inneres“ am 14. Februar 2002 angekündigt, den Europäischen Haftbefehl und das Übergabeverfahren bereits im Laufe des ersten Halbjahres 2003 anzuwenden.

18 Nach einer anlässlich der Beratungen zu den beiden EU-Auslieferungsübereinkommen durchgeführten internen Untersuchung des Generalsekretariats des Rates dauerte ein Auslieferungsverfahren zwischen Mitgliedstaaten Mitte der 90er Jahre durchschnittlich acht Monate.

19 Meist gibt es in den Mitgliedstaaten ein zweigeteiltes Verfahren: Zunächst prüft ein justizielles Verfahren die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der Auslieferung, und dann folgt ein gouvernementales Verwaltungsverfahren (meist: durch die Justizministerien), das noch die politische Zweckmäßigkeit der Auslieferung beurteilt und über die Bewilligung der Auslieferung endgültig befindet.

20 Der Punkt 2 des Aktionsplans, angenommen vom außerordentlichen Europäischen Rat am 21. September 2001, hält ausdrücklich fest: „*Die derzeitigen Auslieferungsverfahren spiegeln den Integrationsstand und den Umfang des Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten ... nicht angemessen wider.*“

21 Das Auslieferungsübereinkommen des Europarates von 1957 wurde von allen Mitgliedstaaten ratifiziert. Das erste Zusatzprotokoll aus 1975 wurde nur noch von fünf Mitgliedstaaten und das zweite Zusatzprotokoll aus 1978 immerhin von elf Mitgliedstaaten ratifiziert. Ferner enthält das – von allen Mitgliedstaaten ratifizierte – Europaratsübereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus aus 1977 Auslieferungsbestimmungen. Dann gibt es noch ein Auslieferungsübereinkommen im Rah-

men der Europäischen Politischen Zusammenarbeit. Des Weiteren enthält das Schengener Durchführungsübereinkommen ein Kapitel zur Fragen der Auslieferung. Die beiden EU-Übereinkommen zur Auslieferung von 1995 und 1996 sind noch immer nicht – mangels Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten – in Kraft getreten; sie werden aber bereits auf bilateraler Basis zwischen einzelnen Mitgliedstaaten angewendet. Dann gibt es multilaterale regionale Abkommen zur Fragen der Auslieferung, wie etwa zwischen den Beneluxstaaten, oder zwischen den nordischen Staaten. Schließlich haben einzelne Mitgliedstaaten (Spanien, Italien, Vereinigtes Königreich) begonnen, untereinander bilaterale Übergabeverfahren zu vereinbaren.

22 Derzeit sind dies 32 Straftaten: Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, Terrorismus, Menschenhandel, sexuelle Ausbeutung von Kindern und Kinderpornografie, illegaler Handel mit Drogen und psychotropen Substanzen, illegaler Handel mit Waffen, Munition und Sprengstoffen, Korruption, Betrug, Geldwäsche, Geldfälschung, Cyberkriminalität, Umweltkriminalität, Schlepperei, vorsätzliche Tötung und schwere Körperverletzung, illegaler Organhandel, Entführung, Frei-

Als weitere markante Änderungen gegenüber dem Auslieferungsverfahren seien noch folgende hervorgehoben: Der Europäische Haftbefehl ist auch bei *politischen, militärischen* - und *fiskalischen Straftaten* zu vollstrecken; die insoweit noch bestehenden Hindernisse des traditionellen Auslieferungsrechts werden nicht übernommen. Die Entscheidung über die Übergabe wird zur Gänze in die Hände der Justiz gelegt. Damit entfällt die nach dem Auslieferungsrecht den zentralen Verwaltungsbehörden eingeräumte Möglichkeit, die Auslieferung allenfalls auch noch von ihrer (außen-)politischen Zweckmäßigkeit abhängig zu machen. Schließlich ist der Europäische Haftbefehl auch gegen eigene StaatsbürgerInnen zu vollstrecken; diese sind dem Ausstellungsstaat zu übergeben²⁴. Die Mitgliedstaaten können allerdings verlangen, dass eigene StaatsbürgerInnen nur zur Durchführung des Strafverfahrens übergeben werden und zur Strafvollstreckung wieder rücküberstellt werden müssen.

Zum Verfahren: Die gesuchte Person kann im Schengener Informationssystem ausgeschrieben werden. Für den Fall, dass ihr Aufenthalt bekannt ist, kann der Europäische Haftbefehl auch direkt an die zuständige Vollstreckungsbehörde übermittelt werden (diese kann unter Hilfestellung des Europäischen Justiziellen Netzwerkes ermittelt werden).

Die Reduktion der Komplexität des Verfahrens (die Zentralbehörden sind auf die praktische und administrative Unterstützung beschränkt) sollte rascher zu einer Entscheidung über die Übergabe führen. Deshalb werden erstmals in diesem Regelungsbereich *Fristen für die Verfahrensdauer* eingeführt: Stimmt die betroffene Person ihrer Übergabe zu, muss die Entscheidung über die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls binnen 10 Tagen ab Zustimmung getroffen werden; bei fehlender Zustimmung ist diese Entscheidung binnen 60 Tagen ab der Festnahme zu treffen. Diese Frist ist in besonderen Fällen um 30 Tage verlängerbar (Begründungspflicht). Die physische Übergabe der betroffenen Person hat spätestens 10 Tage nach der Entscheidung zu erfolgen.

Der Vollstreckungsstaat *muss* die Vollstreckung jedes Europäischen Haftbefehls aus bestimmten Gründen ablehnen (Amnestie, Verurteilung in einem Mitgliedstaat wegen derselben Tat, Strafunmündigkeit) und *kann* dies bei Vorliegen weiterer Umstände tun (Fehlen der doppelten Strafbarkeit außerhalb des Katalogs der 32 Straftaten, aufrechte Verfolgung im Inland, Verfahrenseinstellung im Inland, Verjährung, Verurteilung in einem Drittstaat wegen derselben Tat, Straftat im Inland begangen).

Die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zur Strafvollstreckung (nicht auch zur Strafverfolgung) kann ferner noch bei eigenen StaatsbürgerInnen oder Gebietsansässigen abgelehnt werden, wenn der Vollstreckungsstaat die Strafe selbst vollstreckt. Schließlich kann die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls mit Bedingungen verknüpft werden (bei Abwesenheitsurteil: Neudurchführung des Ver-

fahrens auf Antrag und in Anwesenheit des/der Betroffenen; bei lebenslanger Freiheitsstrafe: Notwendigkeit der weiteren Strafvollstreckung nach spätestens 20 Jahren prüfen).

Ferner regelt der RB-EHB zahlreiche Details im Zusammenhang mit der Spezialität, mit Mehrfachersuchen oder mit der Durch- und Weiterlieferung.

3.2. Der Grundrechtsschutz in der EU

Die EU gründet sich auf die universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten; sie beruht ferner auf den Grundsätzen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit, die allen Mitgliedstaaten gemein sind. Insbesondere Art. 6 (2) EUV verpflichtet die EU zur Achtung der Grundrechte wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Der Umstand, dass Art. 6 (2) EUV ausdrücklich die Rechtsfigur der „*allgemeinen Rechtsgrundsätze*“ anerkennt, zeigt, dass nicht nur das Gemeinschaftsrecht, sondern auch das Recht des Dritten Pfeilers auf solchen fundamentalen Rechtsgrundsätzen – darunter vor allem den Grundrechten – beruht, deren Wahrung dem EuGH obliegt und die bei der Auslegung aller Rechtsakte des Unionsrechts berücksichtigt werden müssen.

Aber auch die Annahme der – zur Avantgarde moderner Grundrechtskodifikationen gezählten – Charta der Grundrechte der EU²⁵ durch den Europäischen Rat sowie durch Rat, Kommission und Europäisches Parlament zeugt von dem Bestreben der EU, einen umfassenden Grundrechtsschutz gerade auch innerhalb eines einheitlichen Europäischen Rechtsraums der Strafrechtspflege, wie er vom Vertrag von Amsterdam angestrebt wird, sicherzustellen. Unabhängig von der Frage ihrer förmlichen Aufnahme in die Verträge ist die Grundrechtecharta ein authentischer Ausdruck der gegenwärtig als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschafts- und des Unionsrechts geltenden Grundrechte anzusehen.

3.3. Das Verhältnis der beiden Rahmenbeschlüsse zu den Grundrechten

3.3.1. Der verfügende Teil des RB-TER nimmt nicht ausdrücklich auf Grundrechte Bezug. Allerdings erinnert die Präambel gleich in zwei Erwägungsgründen – die zur Auslegung der verfügenden Bestimmungen dienen – auf die Verpflichtung zur Achtung der Grundrechte, wobei auf Art. 6 (2) EUV und auf die Grundrechtecharta insgesamt, vor allem aber auf Kapitel VI (justizielle Rechte), hingewiesen wird.

Die Präambel stuft ferner den Terrorismus als schweren Verstoß gegen die Grundsätze der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ein. Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Terrorismusbekämpfung wird damit als Teil der Aufgabe der EU angesehen, den normativen Ordnungsrahmen und die rechtlichen

heitsberaubung und Geiselnahme, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, Diebstahl in organisierter Form und Raub, illegaler Handel mit Kulturgütern, einschließlich Antiquitäten und Kunstgegenständen, Betrugsdelikte, Erpressung, Nachahmung und Produktpiraterie, Dokumentenfälschung, Fälschung von Zahlungsmitteln, illegaler Hormonhandel, illegaler Handel mit nuklearen und radioaktiven Substanzen, Kraftfahrzeugkriminalität,

Vergewaltigung, Brandstiftung, Verbrechen, die in die Zuständigkeit des internationalen Strafgerichtshofs fallen, Flugzeug- und Schiffsentführung, Sabotage.

²³ Damit muss ein Europäischer Haftbefehl bei diesen Delikten auch dann vollstreckt werden, wenn das ihm zu Grunde liegende Verhalten keine Straftat nach dem Recht des Vollstreckungsstaates darstellt.

²⁴ Allein Österreich hat eine marginale und zeitlich auf 5 Jahre befristete Ausnahme für jenen Fall eingeräumt bekommen, in dem ein Österreicher an einen anderen Mitgliedstaat übergeben werden soll und die dem Europäischen Haftbefehl zugrundeliegende Tat in Österreich nicht strafbar ist.

²⁵ ABl. C 364, 18. 12. 2000, S. 1.

Spielregeln für diese zentralen Grundsätze festzulegen, um die Bedrohung der Ausübung der individuellen Freiheiten durch Terrorismus hintanzuhalten (Terrorismusbekämpfung als Erfüllung einer der EU obliegenden Schutzpflicht).

Ferner schiebt die Präambel einer missverständlichen Auslegung der Bestimmungen des verfügenden Teils einen Riegel vor, indem sie explizit eine Schmälerung von Grundrechten und –freiheiten (wie Streikrecht, Demonstrationsrecht, Versammlungs-, Vereinigungs- oder Meinungsfreiheit, gewerkschaftliches Organisieren) ausschließt.

3.3.2. Ähnlich stellt sich die Situation beim RB-EHB dar. Auch hier steht der neue Mechanismus unter dem Grundrechtsvorbehalt. Die Präambel legt darüber hinaus noch ausdrücklich fest, dass jeder Mitgliedstaat beim Vorliegen objektiver Anhaltspunkte dafür, dass der Europäische Haftbefehl zum Zwecke der Verfolgung oder Bestrafung einer Person aus Gründen ihres Geschlechts, ihrer Rasse, Religion, ethnischer Herkunft, Staatsangehörigkeit, Sprache oder politischen Überzeugung erlassen wurde, die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls verweigern kann.

Ferner betont die Präambel noch ausdrücklich, dass der RB-EHB jedem Mitgliedstaat die Freiheit belässt, seine Regeln beizubehalten betreffend das Gerichtsverfahren, die Vereinigungsfreiheit, die Pressefreiheit und die Freiheit der Meinungsäußerung.

Zuletzt erinnert die Präambel daran, dass niemand an einen Staat übergeben werden darf, in dem die ernsthafte Gefahr besteht, dass er/sie der Todesstrafe, Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen wird.

3.4. Beeinträchtigen die Rahmenbeschlüsse die Grundrechte?

Beide Rechtsakte unterstreichen ausdrücklich (und allenfalls interpretationsbedürftige Bestimmungen sind in diesem Sinne auszulegen), dass sie keinerlei Abstriche am derzeit in der EU bestehenden Grundrechtsschutz vornehmen.

Die Verpflichtung zur Einführung angeglicherer strafrechtlicher Bestimmungen bei der Terrorismusbekämpfung wird als notwendige Ordnungsmaßnahme zur Gewährleistung der Ausübung von Grundrechten angesehen. Die jeweiligen Tatbestände selbst dürfen allerdings auch nicht zur Beschränkung von Grundrechten führen. Soweit insofern durch den verfügenden Teil allenfalls Zweifel entstehen können, gibt die Präambel eine unmissverständliche Anleitung zum Verständnis der Reichweite und der Grenzen der einzelnen Bestimmungen des RB-TER.

Auch der RB-EHB trifft mehrere Vorkehrungen zur Verhinderung von Grundrechtsbeeinträchtigungen. Allerdings verändert er durch die komplette Neugestaltung des klassischen Auslieferungsverfahrens die Rechtsstellung der Betroffenen in vielerlei Hinsicht:

Zu den Veränderungen, die sich für die Betroffenen *günstig* auswirken sollten, zählen die Klärung und Vereinfachung der relevanten rechtlichen Grundlagen. Dasselbe gilt für die erhebliche Verfahrensbeschleunigung, zieht man in Betracht, dass sich die Betroffenen während des Auslieferungsverfahrens in der Regel in Haft befinden.

Der RB-EHB sollte sich *neutral* auf die Verteidigungsrechte auswirken: Das Recht auf einen Rechtsbeistand, auf Beiziehung eines Dolmetschers, auf eine Anhörung bei fehlender Zustimmung zur Übergabe, auf vorläufige Haftentlassung etc. besteht „nach Maßgabe des Rechts im Vollstreckungsstaat“.

Ungeachtet des Umstandes, dass der RB-EHB nicht mehr von Auslieferung spricht, fällt die Haft im Vollstreckungsstaat wohl weiterhin unter Art. 5 (1) f EMRK („weil er von einem gegen ihn schwebenden . . . Auslieferungsverfahren betroffen ist“). Das neue Übergabeverfahren erfüllt exakt die Funktion des traditionellen Auslieferungsverfahrens, mit dem – die Betroffenen freilich günstiger stellenden – Unterschied, dass es wesentlich beschleunigt wird und somit die Dauer der Auslieferungshaft signifikant verkürzt. Der Umstand, dass Art. 5 (1) f EMRK den Begriff „Auslieferungsverfahren“ verwendet, steht seiner analogen Anwendung für die Zwecke des Übergabeverfahrens nicht im Wege, zumal im Jahr 1950 ein solches Verfahren weder bekannt noch absehbar war. Die Achtung aller Verfahrensgarantien nach Art. 5 (1) c und (3) EMRK ob-

liegt nach der Übergabe dem *Ausstellungsstaat* (durch die Verfahrensbeschleunigung kann die konkrete Auseinandersetzung mit dem Tatverdacht früher als bisher erfolgen).

Für die Betroffenen *nachteilig* könnte sich der Umstand auswirken, dass einige Einschränkungen für die Auslieferung beim Übergabeverfahren nicht länger bestehen.

Bei diesen Einschränkungen stellte sich vor allem die Frage, ob sie in einer EU, die sich politisch dazu verständigt hat, die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten trotz ihrer Unterschiedlichkeit als gleichwertig zu akzeptieren (soweit ein „fair trial“ garantiert ist), noch sachlich berechtigt bzw. gerechtfertigt sind.

Die Voraussetzung der *beiderseitigen Strafbarkeit* steht im Widerspruch zu diesem wechselseitigen Vertrauen, zumal die Übergabe einer gesuchten Person keine eigene Strafverfolgung betrifft, sondern die Strafverfolgung in einem anderen Mitgliedstaat unterstützt, dessen Rechtssystem respektiert wird.

Die Hindernisse der *politischen, militärischen und fiskalischen Straftaten* sind bereits im bestehenden Auslieferungsrecht weitgehend zurückgedrängt. Sie haben ihre sachliche Begründung im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten der EU verloren (Widerspruch zur Garantie eines fairen Verfahrens, zu völkerstrafrechtlichen Grundsätzen, zur Existenz eines Binnenmarktes und zur Wirtschafts- und Währungsunion).

Die Verweigerung der Übergabe aus Gründen der politischen Zweckmäßigkeit (die im Rahmen des gouvernementalen Verwaltungsverfahrens geprüft wurde) ist mit dem wechselseitigen Vertrauen in Recht und Rechtsanwendung sowie mit dem Konzept eines einheitlichen Rechtsraums unvereinbar.

Das Hindernis der *Auslieferung eigener StaatsbürgerInnen* hat seine historische Grundlage ebenfalls im Mangel an Vertrau-

en gegenüber dem fremden Rechtssystem und steht deshalb mit dem heute bestehenden Vertrauensgrundsatz nicht mehr im Einklang²⁶. In gewisser Weise ist die Übergabe von StaatsbürgerInnen an einen anderen Mitgliedstaat nichts anderes als die Kehrseite der Medaille der Personenfreizügigkeit. Die Möglichkeit, die Übergabe eigener StaatsbürgerInnen von der Rücküberstellung zur Vollstreckung der im Ausstellungsstaat verhängten Strafe abhängig zu machen, beruht auf Erwägungen zur besseren (Re-)Integration der Betroffenen in die Gesellschaft – und nicht auf einem Misstrauen in den Strafvollzug des Ausstellungsstaates. Diese zweifellos weit reichenden Änderungen haben ihre Ursachen also in notwendig gewordenen Anpassungen der Rechtsposition der Betroffenen an das geänderte rechtliche,

politische, wirtschaftliche, soziale und kommunikative Gefüge in der EU. Freilich wird es – wie so oft – auf die Details ankommen, und dabei insbesondere auf die Art und Weise, wie die Mitgliedstaaten die – nicht unmittelbar wirkenden – Bestimmungen des RB-EHB in die innerstaatliche Rechtsordnung umsetzen werden. Von zentraler Bedeutung wird dabei sein, wie der Europäische Haftbefehl in der Praxis zwischen den Justizbehörden gehandhabt werden wird.

Bleibt die Frage, ob mit den beiden Rechtsinstrumenten nicht zusätzliche Mechanismen für den Grundrechtsschutz hätten eingeführt werden sollen (etwa beim RB-EHB durch Anglei-

chung der Verteidigungsrechte²⁷ auf hohem Niveau). Diese Frage bedarf zweifellos noch einer eingehenden Diskussion, die auch auf die Ergebnisse der von der Kommission bis Ende 2004 durchzuführenden Evaluierung der Anwendung des RB-EHB abstellen sollte. In diesem Zusammenhang sei aber auch darauf hingewiesen, dass die Autoren der Grundrechtecharta davon ausgegangen sind, dass derzeit keine wesentlichen Mängel im Grundrechtsschutz der EU bestehen²⁸.

4. Resümee

Die terroristischen Massaker des 11. September haben die Beratung und Einigung auf die beiden Rahmenbeschlüssen zweifellos vorangetrieben; sie haben aber das Umdenken in der Europäischen Strafrechtspolitik (charakterisiert durch Rechtsangleichung, Anerkennung von Entscheidungen und Koordination durch europäische Stellen) lediglich verstärkt, keineswegs aber erst in Gang gesetzt oder gar geschaffen.

Mit diesen beiden Rechtsakten haben die europäischen Instanzen aber zweierlei gezeigt: Sie können – trotz schwerfälliger Arbeits- und Entscheidungsstruktur im Dritten Pfeiler – manchmal auch sehr rasch substanzielle Ergebnisse erzielen und sie werden auch unter großer Belastung nicht kopflös. Denn das Bestreben, selbst in Ausnahmesituationen die in Europa bestehenden hohen Grundrechtsstandards beizubehalten, ist bei beiden Rahmenbeschlüssen offensichtlich – und letztlich auch erfolgreich – gewesen. Diese Schlussfolgerung wird auch nicht durch den Umstand relativiert, dass – insbesondere beim RB-EHB – einige Grundsätze des *ancien régime* nicht länger bestehen, soweit diese im Hinblick auf die stark ineinander verschränkten Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten ihre ursprüngliche Begründung oder Rechtfertigung verloren haben. Diese Grundsätze sollten aber von den Grundrechten deutlich unterschieden (und nicht mit ihnen verwechselt) werden.

DDr. Wolfgang Bogensberger ist Mitglied des Juristischen Dienstes der Europäischen Kommission. Die im vorliegenden Beitrag vertretenen Ansichten sind die des Autors und müssen nicht notwendigerweise mit denen der Institution, für die er tätig ist, übereinstimmen.

26 Im Übrigen kann der Vollstreckungsstaat dadurch bisweilen sogar in die zwiespältige Rolle eines Fluchthelfers geraten, etwa wenn er eigene StaatsbürgerInnen, die in einem anderen Mitglied-

staat Straftaten begangen haben und denen die Flucht in das Herkunftsland gelingt, vor der fremden Strafverfolgung „schützt“.

On November 13, 2002, President George W. Bush issued an order directing the Secretary of Defense to establish „military commissions“ to try suspected terrorists taken into military custody in Afghanistan and elsewhere.¹ In addition to triggering debates concerning international law, the President’s November 13 order raises some questions under the United States Constitution. Here I describe the order and some of the questions.

The November 13 Order and the Defense Department’s Refinements

The President’s order applies to persons other than United States citizens who the President finds were „at relevant times“ members of the al Qaeda organization or engaged in acts of international terrorism against the United States, its citizens, national security, or economy, or who knowingly harbored persons in the first two categories. „To protect the United States and its citizens, and for the effective conduct of military operations and prevention of terrorist attacks,“ the order directs that these persons be „detained, and, when tried, to be tried for violations of the laws of war and other applicable laws by military tribunals.“

The commissions, composed of military officers, sit „as the triers of both fact and law.“ A commission may convict and pass sentence based by two-thirds vote, and persons convicted „may be punished in accordance with the penalties provided under applicable law, including life imprisonment or death.“ The order provides for review of a conviction and sentence by the President or the Secretary of Defense, but expressly bars any appeal or review in any other tribunals, including the civilian courts of the United States.

On March 21, 2002, in accord with the President’s November 13 order, the Department of Defense issued Military Commission Order No. 1, which prescribes procedures for prosecutions by military commission. Developed in consultation with the Justice Department and outside legal experts, the regulations modify in several important respects the rules established in the President’s order, and respond to some of the criticisms engendered by the President’s order. Under the regulations, accused are offered the option of retaining (at their own expense and a supplement to the military lawyer assigned to represent the accused) a civilian defense lawyer of their own choosing, provided that lawyer is eligible for a security clearance. The regulations incorporate the presumption

of innocence; the „proof beyond a reasonable doubt“ standard applicable in American criminal trials; freedom from compelled self-incrimination; rights to present and cross-examine witnesses; and protection against retrial after an acquittal. They provide that a sentence of death requires a unanimous vote of the panel, rather than the two-thirds majority requirement for conviction and other sentences. Evidence is to be admitted if the presiding officer determines that it „would have probative value to a reasonable person.“ Proceedings are to be „open to the public,“ subject to the presiding authority’s power to close them to protect classified information, the physical safety of witnesses, intelligence sources or activities; and „other national security interests.“ The defendant and his civilian lawyer (though not his appointed military lawyer) may be excluded from the proceedings in such cases. The March 21 order provides for review of a conviction and sentence by a three-member military review panel, fol-

Alien Courts: President Bush’s Military Commissions and the American Constitution

Sean Donaghue

lowed by review by the Secretary of Defense and the President. Although the Defense Department regulations establish certain procedures analogous to those the United States Constitution requires for criminal procedures, it is careful to state that none of its provisions shall „be construed to be a requirement of the United States Constitution.“

The immediate subjects of this initiative are approximately 500–600 individuals taken into custody by the United States armed forces in Afghanistan. About half of them are being held at Guantanamo Bay Naval Base, Cuba, and the others in Afghanistan. None has been formally charged with a crime.² Pentagon officials have explained that the detentions at Guantanamo have dual purposes: first, to incapacitate the detainees – whom the military regards as threats to resume terrorist activity if released – until the end of the „war“ on terrorism, an action the officials have argued comports with international law regardless of whether detainees are „prisoners of war“ under the Ge-

1 Military Order of November 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, 66 Fed. Reg. 57,833 (Nov. 2001) (available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/2001113-27.html>). The Defense Department’s related order of March 21, 2002, can be found at <http://www.defenselink>

mil/news/Mar2002/bo3212002_bt140-02.html (visited April 1, 2002).

2 The order’s plain text applies to non-citizens lawfully present in the United States. However, the United States has chosen to prosecute Zacarias Moussaoui – the French citizen arrested in the United States and suspected of having conspired

as the “20th hijacker” in the 9/11 attacks – in an ordinary federal court, arguably setting a contrary precedent. See Aryeh Neier, *The Military Tribunals on Trial*, New York Review of Books 11 (Feb. 14, 2002).

neva Convention or mere „unlawful combatants.“ Second, some of the detainees – not all, possibly only a few, and conceivably none – will be charged and tried by military commissions pursuant to the November 13 order. Defense Department officials have urged that, because all the detentions serve the first purpose (detention of enemy soldiers during ongoing hostilities), the detentions should not be regarded as indefinite, uncharged detentions of suspected criminals.³

Military Commissions as Distinct from Courts-Martial

Military commissions differ from courts-martial, the regular military tribunals that try members of the United States armed forces accused of crimes. Courts-martial are governed by the Uniform Code of Military Justice, 10 U. S. C. 801–946, a statute that defines substantive crimes and is a code of procedure. Courts-martial of American service members are subject to a core subset of the rights the Constitution grants to civilian defendants, and court-martial decisions are subject to appellate review in Courts of Criminal Appeals for the respective armed services, subject to discretionary review by the Court of Appeals of the Armed Forces and then the United States Supreme Court. Service members convicted by courts-martial may also apply to the civilian courts for a writ of habeas corpus, the traditional means of testing the lawfulness of confinement guaranteed in the Constitution.

In contrast, military commissions are „common law war courts,“⁴ ad hoc tribunals established by presidential or military order, often to try nationals of enemy nations under the common law of war. They are not established pursuant to Congress’s express constitutional authority to establish civilians courts (U. S. Const., Art. III), but as an exercise of the military powers, including the President’s powers as „Commander in Chief“ of the Armed Forces, presumably (though not necessarily) acting under authority delegated by Congress. In contrast to most American courts, no legislation defines military commission’s jurisdiction or the substantive law they apply.

Military commissions have a long history, although their use in the last century has been quite limited.⁵ During the Civil War and ensuing military government of the South, mili-

tary commissions passed sentences in more than 2000 cases involving Confederates accused of war crimes and opponents of the war in the North.⁶ The United States also convened military commissions to try suspected saboteurs and spies for the Axis powers during World War II. „The general agreement seems to be that the full panoply of due process rights does not apply in a military commission; but such commissions must nonetheless meet a standard of fundamental fairness.“⁷

Substantive Criminal Law

Other than the references to the „laws of war and other applicable laws,“ the existing rules do not specify what substantive crimes will be charged. The reference to the „laws of war“ is consistent with the use of military tribunals against German and Japanese nationals during and immediately after World War II, which tried „common law“ war crimes such as sabotage.⁸

Because the status of terrorism as a violation of international law remains relatively undeveloped, identifying the substantive offenses may prove an especially difficult and contentious matter. Presumably they would include the planning or execution of acts of violence against United States citizens or property. The military prosecutors may raise questions as to why the United States decided to forego the civilian courts, given its decision to extradite and charge individuals who conspired to blow up the World Trade Center by truck bomb in 1993.⁹ More controversially, the administration is reportedly considering designating membership in al Qaeda, which already serves as a sufficient basis for detention, as a free-standing criminal offense triable the military commissions.¹⁰

The World War II Military Commission Precedents

The World War II military commission cases provide the most apposite precedents for President Bush’s order. In 1942, President Roosevelt issued an order establishing military commissions to try two groups of German nationals who had secretly entered the country bearing explosives and plans to conduct sabotage. In *Ex parte Quirin*, 317 U. S. 1 (1942), the Court up-

3 On March 25, 2002, Deputy Secretary of Defense Paul Wolfowitz explained to CNN: „Among the people in Guantanamo Bay are probably people who are bad actors, but may not be ‘guilty’ of a specific crime. We may want to hold them at least until we think there’s no longer a danger of their going back and joining al Qaeda.“ Interview with Mr. Wolf Blitzer, CNN TV 2002 WL 15011208. William J. Haynes, the Defense Department’s General Counsel, stated that “the debate has tended to confuse a criminal trial, [contemplated under the President’s] order, with another set of rules governing the conduct of warfare by sovereign nations, which . . . allows a combatant to detain people who have been fighting against that combatant for the duration of the conduct.” Talk of the Nation (radio program transcript), 2002 WL 3296871 (March 25, 2002). These dual purposes explain why the Defense Department has said it might not release detainees who are acquitted at trial, see Katharine Q. Seelye, *Pentagon Says Acquittals May not Free Detainees*, New York Times A13 (March 22, 2002), a position that would obviously undermine any claims to fairness absent a valid, independent basis for detention.

4 *Madsen v. Kinsella*, 343 U.S. 341, 346 (1956).

5 Since the promulgation by Congress of the Uniform Code of Military Justice in the 1950s, Department of Defense regulations have provided that military commissions are to be guided by the same procedures as courts-martial. See J. Gordon Forester Jr. and Kevin J. Barry, 49 Fed. Law. 28, 29 (Feb. 2002). President Bush’s November 13 order “is a departure from that long-standing regulatory requirement.” *Id.* A senior judge on the Court of Appeals for the Armed Forces has advocated that accused terrorists be tried before courts-martial, see 10 U. S. C. 18, rather than by more “ad hoc” military commissions. Robertson O. Everett, *The Law of War: Military Tribunals and the War on Terrorism*, 48 Fed. Law. 20, 22 (Nov./Dec. 2001).

6 See Maj. Michael A. Newton, *Continuum Crimes: Military Jurisdiction over Foreign Nationals who Commit International Crimes*, 153 Mil. L. Rev. 1, 17 (1996). (a practice the Supreme Court rejected as applied to civilians who could be tried in regular courts, *Ex parte Milligan*, 4 Wall. 2, 110–113 (1866)).

7 J. Gordon Forester, Jr. and Kevin J. Barry, *Military Commissions: Meeting American Standards of Justice*, 49 Fed. Law. 28, 29 (Feb. 2002).

8 *In re Yamashita*, 327 U. S. 1, 14–16 (1946), involving prosecution of a general for failing to stop unlawful activities by his troops, illustrates that mili-

tary commissions trying alleged „war crimes“ may have to perform difficult inquiries into the content of international law.

9 See Note, *Responding to Terrorism: Crime, Punishment, and War*, 115 Harv. L. Rev. 1217, 1224 (2002) (citing the 1993 bombing and ensuing prosecutions for proposition that “the United States has traditionally treated terrorism as a crime”). Existing federal statutory law includes a number of crimes that might be charged were the detainees to be charged in the federal courts. For example, the United States law forbids the killing or injuring persons in the United States, in cases „involving conduct transcending national boundaries where special jurisdictional facts are present, including use of ‘any facility or interstate or foreign commerce . . . in furtherance of the offense.’” 18 U. S. C. 2332b (a). See also 18 U. S. C. 1201, 1203.

10 See Neil A. Lewis, *U. S. Seeks Basis to Try Detainees*, New York Times 1, 16 (Apr. 21, 2002). Compare the comments of Judge Richard Goldstone, Transcript of CNN’ International’s Q&A Early Afternoon, 2002 WL 5589607 (March 14, 2002), that “international law . . . certainly doesn’t recognize membership of any particular organization as a war crime.”

held the government's authority to try the saboteurs by commission as a legislatively authorized and traditionally acceptable procedure for trying „enemy aliens.“ The Court concluded that the prisoners could petition the civilian courts to test the commission's power to try them, but that, in the statutory Articles of War, Congress had specifically authorized trials by commission as described in President Roosevelt's order. 317 U. S. at 27. Accordingly, the Court found it unnecessary to decide „to what extent the President as Commander in Chief has constitutional power to create military commissions without the support of Congressional legislation.“ *Id.* at 29. The Court further concluded that because petitioners were „enemy aliens“ whose conduct violated the laws of war, they could not avail themselves of the Geneva Convention or other legal protections afforded to enemy soldiers in uniform captured in the regular course of war. *Id.* at 36–37.¹¹

In *Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763 (1950), 21 German nationals had been arrested and convicted by military tribunals in China of spying for Japan after their own country had unconditionally surrendered to the Allies, then transported back to Germany to serve their sentences under the superintendence of the United States Army's European Command. A divided Supreme Court rejected their habeas corpus petition asserting rights under the Constitution and the Geneva Convention. Justice Robert Jackson (previously the chief prosecutor at Nuremberg), opined that „[t]he alien . . . has been accorded a generous and ascending scale of rights as he increases his identity with our society,“ but also that „it was the alien's presence within the jurisdiction that gave the Judiciary power to act.“ „[T]he privilege of litigation has been extended to aliens,“ the Court explained, „only because permitting their presence in the country implied protection.“ *Eisentrager* and his fellow prisoners lacked that privilege because „the scenes of their offense, their capture, their trial. . . were all beyond the territorial jurisdiction of any court of the United States.“ On this ground the Court distinguished *Quirin*, in which the Court had exercised habeas corpus jurisdiction before denying relief.¹²

Barring of Access to the Civilian Courts

The President's November 13 order says that „any individual subject to this order“ „shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding sought on the individual's behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal.“ The order does not expressly say whether this preclusion of access to the courts extends even to the

President's threshold determination that a particular individual is a „person subject to th[e] order,“ that is, his written finding that „there is reason to believe that such individual, at the relevant times“ was a member of al Qaeda, engaged in terrorism against the United States, or knowingly harbored al Qaeda members or terrorists.

The language of the order clearly attempts to preclude ordinary habeas corpus review that would be available to a person convicted by court-martial. This raises a question, since the Constitution, provides that „the privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.“ The President does not pretend to have suspended habeas corpus, and, while September 11 dealt terrible blows to „the public safety,“ it did not constitute „rebellion or invasion.“ Yet the President's order quite plainly attempts to place persons detained, tried, or convicted under it beyond the reach of the courts for most purposes.¹³

In light of *Eisentrager*, it is no accident that the detainees from the war in Afghanistan have been detained outside the borders of the United States. In opposing judicial review of detentions and any convictions at Guantanamo, the government will argue that the detainees are similarly situated to the petitioners in *Eisentrager*, and cannot obtain civilian court review via habeas corpus or otherwise; indeed, the Government already has so argued, in a challenge to the lengthy, uncharged detentions brought by American clergy and civil rights groups on behalf of several of the Guantanamo detainees. A federal trial court in Los Angeles agreed, holding that it (and every other court in the United States) lacked jurisdiction to entertain the detainees' petitions for habeas corpus. The court concluded that the Guantanamo detainees are „[i]n all key respects“ like the German prisoners in *Eisentrager*: „They are aliens; they were enemy combatants; they were captured in combat; they were abroad when captured; they are abroad now; since their capture, they have been under the control of only the military; they have not stepped foot on American soil; and there are no legal or judicial precedents entitling them to pursue a writ of habeas corpus in an American civilian court.“¹⁴ The court rejected the argument that the base at Guantanamo does not count as United States territory for jurisdictional purposes, relying on language in the 1903 lease with Cuba acknowledging Cuba's „ultimate sovereignty“ over the land on which the base sits.

The court's conclusion is hardly unanswerable: *Eisentrager* might be distinguished based on the absence here of a declared war; on a pragmatically minded court's conclusion

¹¹ 317 U. S. at 28–29. Six of the eight petitioners in *Quirin* were executed in 1942 within weeks of the Supreme Court's denial of their petition for writs of habeas corpus. See Gary Cohen, *Keystone Kommandos*, *The Atlantic Monthly* 46 (Feb. 2002).

¹² 339 U.S. at 784. Justice Hugo Black, joined by two other members of the Court, dissented, arguing that the Court had created a „wholly indefensible doctrine“ that „permits the executive branch, by deciding where its prisoners will be tried and imprisoned, to deprive all federal courts of their power to protect against a federal executive's illegal incarcerations.“ 339 U.S. at 796.

¹³ Shortly after the President issued his order, White House Counsel Alberto Gonzales asserted that the order „preserves judicial review in civilian courts“ and that „anyone arrested, detained or tried

in the United States by a military commission will be able to challenge the lawfulness of the commission's jurisdiction through a habeas corpus proceeding in a federal court.“ *Martial Justice, Full and Fair*, *New York Times* (Nov. 30, 2001). This comment, is hard to square with the language of the November 13 order. As Professor Laurence Tribe put it in congressional testimony, Mr. Gonzales' view seems to suggest that the „explicit bar of any judicial relief whatsoever for any person detained and tried pursuant to it“ does „not mean what it said.“ Statement to the Senate Judiciary Committee, 2001 WL 26188007 (Dec. 4, 2001). Mr. Gonzales' reference to trials „in the United States“ left open the argument that detention or trials at Guantanamo and other places outside the territorial United States are beyond the jurisdiction of the civilian courts. In

a later interview Mr. Gonzales stated that the order allows „some mechanism for judicial review,“ in that a person convicted could seek habeas corpus review „to determine whether or not a military commission would in fact have the proper jurisdiction over someone that was being tried, and to determine whether or not the crime for which that person was being tried, and to determine whether or not the crime of which that person was being accused was, in fact, a violation of the law of war.“ Fox News Special Report, 2001 WL 500198 (Nov. 28, 2001).

¹⁴ *Coalition of Clergy v. Bush*, 2002 WL 272428, *10 (C. D. Cal. Feb. 21, 2002); Jess Bravin, *Judge Won't Hear Case of Prisoners Being Held in Cuba*, *Wall Street Journal* A7 (Feb. 22, 2002).

that the United States exercises sufficient authority over Guantanamo to support habeas corpus jurisdiction, or that the President and Defense Department officials responsible for the detentions are subject to the court's powers. I suspect, however, that future courts may follow the lead of *Coalition of Clergy*. Following *Eisentrager* itself, in which the Court did undertake an inquiry into whether the petitioners had been lawfully consigned to trial by military commission, the courts may take a threshold inquiry as to whether: the defendant may be subjected to trial before military commission (*i.e.*, is not a citizen), and possibly, as the White House counsel has suggested (see note 15 above), whether the offense charged is recognized under international law as a war crime. If the government concedes that habeas jurisdiction is proper for even the most limited purposes, it will be difficult to keep United States courts from taking up defenses based on international law. The problem of whether the detainees will have any access to the courts pits the United States' tradition favoring access to the courts against its fairly consistent history of judicial non-interference with presidential decisions in military and foreign affairs matters. One suspects the philosophically divided federal judiciary would be of different minds over the appropriate scope of review, if any, over the Guantanamo detentions and trials.

Even if the preclusion of judicial review can survive based on extraterritoriality, that would not make it prudent. An argument that insists on the Cuban government's sovereignty over land bristling with American warplanes will scarcely reassure observers who suspect, along the lines of Justice Black's dissenting opinion in *Eisentrager*, that the Executive Branch is manipulating the location of prisoners to deny access to an independent judicial forum. The further the commissions depart from normal American judicial procedures – and the preclusion of any judicial review is a major departure – the more readily their judgments would be dismissed as „victor's justice.“ Regardless of how scrupulously the commissions and internal review panels honor the procedural rights granted in the order and regulations, it will be difficult to persuade skeptical observers of the fairness of the proceedings without meaningful review by judges who are not directly responsible to the same authority that is the prosecutor.

Management of any criminal prosecution involves large measures of official discretion, and the rules for the military commissions introduce new elements of discretion – notably (1) the President's threshold power to subject persons to detention and military trial if he has „reason to believe“ they are terrorists or al Qaeda members, (2) the open-ended „reasonableness“ standard for admission of evidence, and (3) the broad powers to close the trial proceedings to the public. That discretion, reposed only in military officials and the President, exacerbates what is surely the most significant flaw in the commissions' current ground rules: the attempt to preclude judicial review.

The President's Constitutional Authority to Issue the November 13 Order

As in *Quirin* and *Eisentrager*, one might expect persons detained or punished under the President's November 13 order to challenge the President's legal authority to establish the military commissions. The United States Constitution divides responsibility for most national security matters between Congress and the Executive Branch, and the precise allocation of responsibility has always been subject to dispute.¹⁵ The President is the „Commander in Chief of the Army and Navy“ and has the power to „execute“ or enforce federal law (including international law applicable in the United States („take care that the laws be faithfully executed“). Some have argued – with scattered support from the courts – that the President also has „inherent“ powers as Head of State and personification of the nation in world affairs, so that the text of the Constitution does not fully exhaust his powers. For its part, Congress has express authority to, among other things, „provide for the Common defense“; „define and punish piracies and felonies committed on the high seas, and offenses against the law of nations,“ „to declare war,“ to establish rules governing the armed forces, and to establish civilian courts.

Federal courts do not have any kindred authority to make national security policy, but in the context of concrete cases they can resolve disputes between the other two branches. Courts have tended to try to accommodate these ambiguously interrelated powers of the President and Congress along a „sliding scale“: The President's authority is „at its maximum“ when the president acts with an express or implied authorization from Congress; in an intermediate range when the President acts „in absence of either a congressional grant or denial of authority,“ and „at its lowest ebb“ when the President „takes measures incompatible with the expressed or implied will of Congress.“¹⁶ President Bush's order seeks to place his authority at the least controversial end of this spectrum; it invokes as authority his constitutional authority as Commander-in-Chief of the armed forces, a Joint Resolution of Congress authorizing the use of force, as well as two venerable statutory provisions (10 U. S. C. 821 and 836) referring to (and arguably authorizing) military commissions.

Congress passed the joint resolution shortly after the September 11 attacks „to authorize the use of the United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks against the United States.“ The resolution states that „the President has the authority under the Constitution to take action to deter and prevent acts of international terrorism against the United States.“¹⁷ The resolution invokes War Powers Resolution, a Viet Nam-era measure that limits the President's power to commit United States military forces without congressional authorization.

Although trials before military commissions might be thought a measure „to deter and prevent“ terrorism, that interpretation seems strained in light of the stated purpose to authorize „the use of force.“ Congress could have, but did

15 See Harold Hongju Koh, *The National Security Constitution* (1990); *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 634–35 (stating that original intent of the Constitution's provisions dividing these powers is „almost as enigmatic as the dreams Joseph was called upon to interpret for Pharaoh“) (Jackson, J., concurring).

16 *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U. S. 579, 635–38 (1952) (Robert Jackson, J., concurring a rare judicial decision overturning presidential action defended on national security grounds, namely, President Truman's effort to seize domestic steel mills during the Korean conflict).

17 Pub. L. 107–40 (S. J. Res 23) (Sept. 18, 2001).

not, delegate to the President all powers a declaration of war would carry.¹⁸ The Joint Resolution, moreover, was passed well before there was any discussion of use of military tribunals to try suspected terrorists. It should not count as legislative authorization for the military commissions.

The President's authority is more credibly founded on the statutes his order cites. The first, Article 21 of the Uniform Code of Military Justice, states: „The provisions of this chapter conferring jurisdiction upon courts-martial do not deprive military commissions . . . with respect to offenders or offenses that by statute or by the law of war may be tried by military commissions[.]“ By its terms, this provision might appear a mere savings clause to ensure that court-martial jurisdiction did not have unintended preclusive effect, rather than an affirmative legislative authorization of military commissions. However, in *Quirin*, the Court treated essentially identical language in the old Articles of War as an express congressional authorization.¹⁹ The courts might well find *Quirin* dispositive, particularly since Congress never amended the law after *Quirin* was decided.

Quirin, however, arose out of World War II – a congressionally declared war (in fact, the last one). Whether terrorist acts not committed as part a declared war are triable by military commission, and whether the statute relied upon by the President should be read as authorizing military commissions in the absence of a declaration, remains to be seen.²⁰ The absence of a declaration might be thought a hyper-technical objection, since it resulted in part from the unconventional, diffuse, and sub-national nature of the adversary, rather than any equivocation in Congress's will to fight. However, had Congress intended the joint resolution to operate as the legal equivalent of a declaration of war, it surely could have said so – and the resolution's reference to the War Powers Resolution indicates at least some hint of an effort to assert legislative prerogatives.

The Role of Congress

Congress could intervene and either abrogate the order by legislation or (more likely) supplant it with an alternative mechanism. In light of its constitutional powers in this area, it would be difficult to dispute Congress's authority to enact its own rules to govern any prosecutions of foreign nationals arising

out of 9/11 and international terrorism. Congress' express power to define and punish offenses against international law is clearly implicated by the commissions' existing mandate, especially since „defining“ the newly emerging principles of international law concerning terrorism will involve difficult and contested policy judgments.²¹ The Constitution obviously regards Congress as well suited to establish tribunals, since its power to do so for domestic matters is exclusive.

Nor does there seem any practical consideration, such as a need for haste or protecting sensitive information, that would favor leaving the establishment of military commissions to the President alone. Indeed, the relatively detailed procedures laid out in the March 2002 regulations, and the Defense Department's willingness to live with court-like standards and procedures, suggest that there would be little incremental harm to the efficiency of the commissions were Congress, for example, to provide for judicial review. Given the importance of the al Qaeda prosecutions as potential precedents on the prosecutions for international terrorism and international criminal jurisdiction, and as a symbol of the United States' commitment to individualized justice even for foreigners accused as agents of „evil,“ it would be desirable for the Congress to assume responsibility for how the detainees are treated.²²

In fact, bills to restrict the President's use of military tribunals have been introduced in Congress, but have not gathered significant momentum. A Senate bill would, among other things, restrict trials by military commissions to aliens who participated in the September 11 attacks and are not prisoners of war within the meaning of the Geneva Convention; impose time limits on and judicial scrutiny of detentions; and provide for judicial review of convictions and sentences by the Court of Appeals of the Armed Services, with an opportunity for discretionary review in the Supreme Court. One of several bills introduced in the House of Representatives, would authorize the President to convene military tribunals „in cases arising out of acts of international terrorism“ committed within the United States absent a declaration of war, only upon his certification that existing protections for classified information in the civilian courts are „inadequate to protect intelligence sources and methods,“ and would expressly preserve the right to seek habeas corpus.²³ By legislating, the

¹⁸ The debates reflect that the primary reason Congress did not declare war was uncertainty concerning the identity of the attackers and the difficulties of declaring war on an entity other than a state. 147 Cong. Rec. H5638–H5681 (Sept. 14, 2001); : 147 Cong. Rec. S9412–S9421 (Sept. 14, 2001). The debates reflect no hesitance to give the President broad authority to use force, but do not address whether the President is to have the same powers regarding matters such as criminal proceedings against enemy personnel that he would have in a declared war.
¹⁹ *Quirin*, 317 U. S. at 27. See Robinson O. Everett & Scott L. Silliman, *Forums for Punishing Offenses against the Law of Nations*, 29 Wake Forest L. Rev. 509 (1994) (concluding that the provision likely authorizes the President to constitute military tribunals to try alleged violations of the law of war). The second statutory provision cited in the November 13 order authorizes the President to establish procedures for courts-martial and military commissions. 10 U. S. C. 836.

²⁰ Alfred P. Rubin, *Applying the Geneva Conventions: Military Commissions, Armed Conflict, and Al-Qaeda*, 26 Fletcher Forum of World Affairs 79 (Winter/Spring 2002) (“Though [military] tribunals were convened in the absence of [a declaration of war] during the American Civil War, it is hard to see those tribunals as precedent setting in light of 140 years of not having used them.”).
²¹ See note 9, above. Whatever institution ultimately assumes this role – whether Congress or, as currently contemplated, military prosecutors and adjudicators – may face objections that it seeks to punish newly recognized “war crimes” retroactively, in violation of basic due process precepts. This problem might appear more grave if the relevant “offenses” are defined by Congress, since it is easier for military judges to cast their ad hoc determinations in particular cases as mere logical extensions of principles already part of the common law of war. Even though a statute would likewise purport to declare preexisting law, the application of a statute to a case arising before

the statute was enacted is obviously awkward. The legislative proposals discussed below have not sought to define particular conduct, but have simply referred generally to international law on war crimes and crimes against humanity.
²² The United States' use of military commissions will receive a great deal of scrutiny abroad, not only because of the gravity and notoriety of September 11, but also because of the United States' past criticism of other nations' use of military tribunals or other streamlined judicial processes in certain circumstances. See <http://www.hrw.org/press/2001/11/tribunals1128.htm> (Human Rights Watch collection of past comments from U.S. State Department Country Reports).
²³ The Senate bill is S. 1941, see 148 Cong. Rec. S733, S742 (Feb. 13, 2002); the House bill discussed is H. R. 3564, introduced 47 Cong. Rec. H10963-01, *H10964 (Dec. 20, 2002). Another House bill, H. R. 4035, closely resembling the Senate bill, was introduced on March 20, 2002.

Congress would trigger a national debate on the appropriate trade-offs in terms of civil liberties, national security, and diplomatic considerations that would be involved.

However desirable, congressional action now seems unlikely – in part because of legislators' reluctance to be seen as critical of a popular President (or sympathetic to suspected al Qaeda fighters) in time of war, and the Department of Defense's procedural regulations have clearly dampened opposition to the President's military commission order.²⁴ Indeed, the courts do entertain a challenge to the President's authority, they might reasonably conclude that Congress, by failing to act, has deliberately waived any claim of invasion of its powers.

If Congress does stand aside, it will provide an example of an unfortunate congressional tendency, discernible in many undeclared military engagements and foreign policy initiatives during the Cold War and since, to leave to the President decisions on national security matters that the Constitution leaves open to legislative (and therefore public) deliberation.²⁵ Recent decades have offered up numerous cases in which matters claimed to implicate national security-related are removed from the agenda of full, partisan political debate, at least until (as in the case of Viet Nam) their costs passed some tipping point for public and congressional opinion. Congress's deference reflex is arguably one factor that contributes to United States foreign and national security policies that have a weaker democratic pedigree – and about which citizens are less informed – than could be the case, even granting that there surely are issues that, for practical or constitutional reasons, are inherently „executive“ and unsuited for regular political debate before the fact.

Conclusion

International terrorism, by mixing the traditionally distinct spheres of criminal conduct and war, presents challenges for constitutional government. I do not think President Bush's military commissions initiative can be branded a gross or obvious departure from American constitutional tradition,

which, unsurprisingly, has never been too solicitous of foreign combatants during wartime. The apparent preclusion of judicial review does not sit comfortably with our constitutional tradition, but even that has support in historic practice and precedent, and the courts may well conclude that they have jurisdiction at least to review threshold determinations subjecting the detainees to trial by commission. Perhaps, despite the absence of a declared war or an enemy state, the Guantanamo detainees really are the 21st-century equivalents of enemy forces being held during ongoing hostilities. If the March 2002 regulations are followed and the official discretion exercised with care – and the absence of an independent judicial check gives cause for doubt here – maybe the trials will proceed consistent with basic norms of fairness. (It is another question, at least as significant under the circumstances, whether they are widely perceived to have done so).

What is most troubling about the military commissions at this point is that they have come about without full legislative debate and without an Act of Congress to govern their jurisdiction and operation. Although the public criticism of the President's initial order authorizing the commissions clearly played a role in the Defense Department's temporizing regulations, the military commissions scheme retain a number of important and debatable provisions that should make them the subject of active debate. Congress should exercise its constitutional powers in this area, since it enjoys a stronger constitutional warrant than the President in the establishment of special courts for accused foreign terrorists. However, by allowing the President alone to make an important and precedent-setting national statement on matters of international law enforcement, Congress has again fallen back on its tendency to remove national security policy from the full measure of democratic debate and inter-branch participation which the Constitution invites.

Sean Donaghue ist Visiting Professor am College of Law der University of Iowa.

²⁴ Dampened, but not eliminated – see Ronald Dworkin, *The Trouble with the Tribunals*, New York Review of Books p. 10 (April 25, 2002) (arguing that commissions are still highly objectionable, especially because of the rules on closed trials and the absence of appellate review). Amnesty International, Memorandum to the U. S. Government on the Rights of People in U. S. Custody in Afghanistan and Guantanamo Bay (April 15, 2002) (arguing that the detentions and proposed trials violate a number of internationally guaranteed human rights), available at <http://web.amnesty.org/ai.nsf>.

²⁵ Koh, *The National Security Constitution* at 117 (“executive initiative, congressional acquiescence, and judicial tolerance” have contributed to President's recent dominance of national security policy, despite a constitutional scheme that divides the foreign affairs and war powers among all three branches).

Was alles kein Skandal ist

Iris Kugler

Dinge, die aus jeglichem Rahmen fallen, werden im Allgemeinen als Skandal bezeichnet, in gelungenen Varianten auch als skurril, originell oder ausgefallen. Wandert zum Beispiel ein Bild mit dem Landeshauptmann samt Falken nebst orientalischen Landesvätern durch die Nachrichtenagenturen, ist dies weniger skandalös als skurril. So ein Bild lädt ein zu freien Assoziationen. Franz von Assisi kommt einer in den Sinn, aber auch das „Aha“ über die nun endlich bekannte Größe und Gattung des längst Vermuteten. Mit Politik hätte dies freilich nur dann zu tun, wenn der Landeshauptmann wieder einmal im Namen des österreichischen Volkes unterwegs gewesen wäre und seinen Vogel in diesem Namen verschenkt hätte.

Davon abgesehen, harrt die Steuerreform einer Lösung und ist der Grasser-Sager: „Weniger Steuern und weniger Sozialleistungen“ vor allem für jene Klientel unverkäuflich, die schon bislang wenig Steuern (wegen eines kaum nennenswerten Einkommens) gezahlt hat, aber sehr wohl auf Sozialleistungen angewiesen war und ist. Und dies ist ein nicht zu unterschätzender Prozentsatz jener Personen, die seinerzeit frustriert von der österreichischen Variante der Sozialdemokratie zu den Freiheitlichen gewechselt haben. Vielleicht sind sie ja mit fröhlichen Falkenfotos neben grinsenden Landeshauptlingen zu beruhigen und abzulenken.

Skandalös ist, dass Neonazis ungestört durch Flaniermeilen ziehen dürfen und „Sieg Heil“ dabei skandieren. Wobei der Skandal schon bei der politischen Kurzsichtigkeit beginnt, die Demonstration am Heldenplatz zu bewilligen. Oder wird bereits damit gerechnet, dass sich ohnehin keine nennenswerte Gruppe zur Gegendemonstration im roten Wien einfinden wird?

Skandalös ist auch die Hemmungslosigkeit, ein breites antifaschistisches Statement (immerhin 4000 GegendemonstrantInnen) für eigene politische Zwecke zu benützen. Frei nach dem Motto „Wer zuerst differenziert, hat verloren“. 4000 Menschen, die Zivilcourage bewiesen und ein deutliches demokratisches Zeichen gesetzt haben wurden mit gewaltbereiten ChaotInnen gleichgesetzt und so politisch missbraucht. Als Ergebnis, der kaum dem Biertischniveau entrückten Debatte wurde von der Regierungspartei ein gesetzliches Vermummungsverbot gefordert, dessen Preis die Opferung eines ohnehin lästigen Grundrechts ist.

Diesem dummdreisten Ergebnis vorgelagert war ein unwürdiges parlamentarische Schauspiel und eine neue faszinierende Attitüde im NLP-geschulten Verhalten der Freiheitlichen. Nämlich die mediengeschulte Empörung über die unbeherrschte Empörung anderer, deren Toleranzgrenze bezüglich indifferentem Kuscheln mit rechtem Gedankengut gesprengt ist und denen nur noch der blanke Sarkasmus bleibt. Passend dazu auch die Reaktion auf die Reaktion des Jugendgerichtshofspräsidenten Udo Jesionek, der auf die Schließung seines seit Jahrzehnten mehr als vorbildlich geführten Gerichtshofs mit dem Hinweis reagierte, dass dies das letzte Mal unter den Nationalsozialisten veranlasst wurde. Auch hier wurde der Skandal in der Bemerkung des Präsidenten verortet und nicht in der Schließung eines erst kürzlich renovierten, bewährten und mehr als etablierten Hauses.

Um zum eigentlichen politischen Skandal vorzudringen, wird es in Zukunft wohl vonnöten sein, den NLP-bedingten eingesprungenen gedanklichen Rittberger, der der freiheitlichen Empörung vorgelagert ist, zurückzuverfolgen. Wie beispielsweise die Em-

pörung des Sozialministers Haupt darüber, dass der Verein LEFÖ (lateinamerikanische emigrierte Frauen in Österreich) durch seine spezifisch frauenberatende Tätigkeit für Migrantinnen die illegale Prostitution fördert. Konsequenz dieser Logik ist natürlich eine Kürzung oder Streichung staatlicher Unterstützung.

Der Skandal liegt also nicht im Verhalten jener, die durch ihre Frauenpolitik bzw ihre Nachfrage ein Angebot an illegaler Prostitution hervorrufen. (Es sei an dieser Stelle an Hilmar Kabas erinnert, der nach einem medial dokumentierten Bordellbesuch von einer „illegalen Russenhüttn“ sprach); Sondern bei jenen die im Dienste der Menschenrechte unterbezahlt Aufgaben übernehmen, die aufgrund internationaler Vereinbarungen in Wahrheit Sache der Republik Österreich wären, aber schlicht ignoriert werden. In dieser Logik sind selbstverständlich sofort alle Drogenberatungsstellen und Spritzenwechselstellen zu schließen, denn auch sie verführen die Jugend zum Bösen. Wie auch Frauenorganisationen generell zu unterbinden sind, denn sie decken auf und weisen auf die nach wie vor nicht beseitigte und eher zunehmende Diskriminierung von Frauen hin. Selbstverständlich gehören auch alle AusländerInnenberatungsstellen weg, auch sie erinnern schmerzlich an politische Defizite, die es ja in dieser Logik vor allem dann nicht gibt, wenn niemand darüber spricht.

Wäre nicht ebenso viel Macht mit diesem Ausmaß an Dummheit verbunden, hätten die ständig erforderlichen Dekodierungen durchaus Unterhaltungswert. Das erträgliche Maß, aus einem gesellschaftlich akzeptierten Rahmen zu fallen, ist längst überschritten und selbstverständliche Grundrechte und Prinzipien werden so in demokratische Tretminen verwandelt.

Jurbooks

Die Fachbuchhandlung

1010 Wien, Wollzeile 16
zwischen Rechtsanwaltskammer
und Handelsgericht

Das Angebot der ersten Adresse für alle Juristen:

- **Recht & Steuern**
nationale & internationale Fachliteratur
- **Internet-Corner**
alle juristischen Internetangebote im
Vergleich
- **Juristische Kanzlei-Software**
unterschiedliche Software-Pakete
zum Testen
- **Anwaltsroben**
Verkauf – Verleih – Maßanfertigung
- **Exklusives**
Geschenke für Juristen

Lesebereich mit Clubatmosphäre
und internationalen juristischen
Magazinen.

Montag bis Freitag 9–18 Uhr
Samstag 9–14 Uhr

Bestellservice:

Mail: order@jurbooks.at
Web: www.jurbooks.at
Tel.: 01-512 48 85
Fax: 01-512 06 63

Expres-Zustellung
Wien: 3 Stunden,
andere Bundes-
länder: 1 bis 2 Tage



Jurbooks.at

Recht & Steuern

Die erste Adresse für online-Bestellungen! – Hier finden Sie über 2.500 Titel nationaler und internationaler Verlage zu allen Rechtsbereichen und noch viel mehr:

Allgemeines Recht

Öffentliches Recht

Strafrecht

Zivilrecht

Handels- und Wirtschaftsrecht

Steuer- und Abgabenrecht

Arbeits- und Sozialrecht

Internationales und Europa-Recht

Sichern Sie sich Ihren Informationsvorsprung mit der **Express Zustellung** der online-Buchhandlung mit dem umfangreichsten juristischen Lager:

Wien: 3 Stunden, andere Bundesländer: 1–2 Tage

Suche im Online-Katalog – www.jurbooks.at!