

01
/15

ReOS

Recht der Osteuropäischen Staaten

ReOS 01 / 2015

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| „Ware Mensch“ - Effektivierung der Bekämpfung von Menschenhandel <i>Janina Barkholdt / Violetta Kostyak</i> | 1 |
| Die vorrevolutionäre Phase der Entwicklung der Instrumente der öffentlichen Verwaltung zwischen 1907 und 1917 <i>Doz. Dr. Iryna Volodymyrivna Paterylo</i> | 34 |
| Über die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte <i>Ivan Soloviov</i> | 44 |
| Der methodische Ansatz als Gegenstand und Mittel der rechtswissenschaftlichen Forschung <i>Dr. Gennadij Dubov</i> | 54 |
| Finanzausstattung und kommunalwirtschaftliche Betätigung der "örtlichen Selbstverwaltung" in Ungarn <i>Prof. Dr. Thomas Mann</i> | 64 |

„Ware Mensch“ - Effektivierung der Bekämpfung von Menschenhandel

Von Janina Barkholdt und Violetta Kostyak¹

Berlin/Kiew

Menschenhandel als drittgrößte Profitquelle transnationaler krimineller Syndikate stellt in seiner grenzüberschreitend agierenden und hochgradig organisierten Form zunehmend Gewaltmonopols eine besondere Bedrohung sowohl für die Wahrung menschenrechtlicher Prinzipien als auch für den Erhalt des staatlichen dar. Dieser Beitrag konzentriert sich ausgehend von diesen Charakteristika des Menschenhandels auf die Überprüfung gegenwärtiger Bekämpfungsmaßnahmen sowohl in Deutschland als Zielland, als auch der Ukraine als Herkunftsland auf ihre Wirksamkeit. Zu diesem Zweck werden die jeweiligen rechtlichen Verfolgungsmöglichkeiten und faktische Verfolgungsaktivitäten in beiden Ländern verglichen. Abschließend werden Reformvorschläge zur Effektivierung der Bekämpfung von Menschenhandel erarbeitet, um der „Verdinglichung des Menschen durch den Menschen“ wirksam entgegenzuwirken.

¹ Dieser Beitrag ist im Rahmen des Netzwerk Ost-West 2013 zwischen HU Berlin und Taras-Schewchenko-Universität Kiew entstanden. Er ist mit anderen Seminarbeiträgen auch im folgenden Sammelband abgedruckt: Dimitri Kessler / Hendrik Pekárek (Hrsg.): Strafrechtliche Reaktionen auf die Organisierte Kriminalität in Deutschland und der Ukraine - Beiträge aus dem Kiew-Berlin-Austauschseminar 2013 des studentischen Netzwerks Ost-West (Schriftenreihe zum internationalen Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 43, Hamburg 2014, 286 Seiten, Verlag Dr. Kovac, ISBN 978-3-8300-7912-5).

A. Problemstellung

- I. Untersuchungsgegenstand
 1. Bedeutung der Bekämpfung von Menschenhandel

Die durch die Globalisierung bedingte Erhöhung von Umfang, Geschwindigkeit und Komplexität internationaler Warenströme hat auch den bereits seit der Antike² existierenden Handel mit Menschen erfasst. Dabei stellt Deutschland eines der Hauptzielländer für gehandelte Personen dar,³ wobei Schätzungen von 10.000 bis 20.000 Menschenhandelsopfern ausgehen.⁴ Die Zunahme des Menschenhandels auf internationaler Ebene ist zudem dadurch zu erklären, dass dieser die einzige Kriminalitätsform darstellt, welche bereits bei geringen Investitionen schnellen Gewinn ermöglicht, während gleichzeitig das Risiko der Strafverfolgung vergleichsweise gering ist.⁵

² Hofmann, Johannes, Menschenhandel. Beziehungen zur Organisierten Kriminalität und Versuche der strafrechtlichen Bekämpfung, Frankfurt am Main 2002, S. 257; Mentz, Ulrike, Frauenhandel als migrationsrechtliches Problem, Hamburg 2001, S. 37.

³ Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung e. V., Seven questions to Seo-Young Cho, Economic-Bulletin, Volume 2, No 11 2 November, 2012, 10, S. 10; Hughes, Donna M., The „Natasha Trade“: The Transnational Shadow Market of Trafficking in Women, National Institute of Justice Journal (NIJ), January 2001, 10.

⁴ Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2012, § 232 Rn. 9; IOM, Trafficked Migrant Women in Germany, Report 2, 1998, S. 1.

⁵ Zimmermann, Sarah, Die Strafbarkeit des Menschenhandels im Lichte internationaler und europarechtlicher Rechtsakte, in: Gießener Schriften zum Strafrecht und zur Kriminologie, Gießen 2010, S. 34 f.; Paulus, Manfred, Mädchen-, Frauen-, Kinderhandel

Anders als im Waffen- und Drogenhandel ist nämlich der ihm zugrundeliegende „Gegenstand“, der verdinglichte Mensch, nicht eindeutig als solcher zu identifizieren.

Als drittgrößte Profitquelle neben dem Drogen- und Waffenhandel in der illegalen Wirtschaft dient Menschenhandel dabei zunehmend der Finanzierung transnationaler krimineller Syndikate.⁶ In dieser grenzüberschreitend agierenden und hochgradig organisierten Form stellt Menschenhandel daher eine besondere Bedrohung sowohl für die Wahrung menschenrechtlicher Prinzipien als auch – in seiner Funktion als Finanzierungsquelle transnationaler krimineller Netzwerke – ein sicherheitspolitisches Risiko für den Erhalt des staatlichen Gewaltmonopols dar.⁷

Spezifisch auf die transnationale Dimension und den erhöhten Organisationsgrad reagierende Bekämpfungsansätze sind daher dringend erforderlich.

2. Begriff des Menschenhandels

Wenngleich auf internationaler Ebene grundsätzlich Einigkeit über die Strafwürdigkeit

und Zwangsprostitution, Kriminalist 2005, 103, 104; Post, Claudia, Kampf gegen den Menschenhandel im Kontext des europäischen Menschenrechtsschutzes, Hamburg 2008, S. 48; Lamnek, Siegfried, Sex and Crime: Prostituton und Menschenhandel, Wiesbaden 2003, S. 492, 494.

⁶ Zimmermann, S. 35; Han, Petrus, Frauen und Migration, 2003, S. 190 f.; Maihold, Günther, Der Mensch als Ware, Studie der Stiftung Wissenschaft und Politik, 2011, S. 11; Hughes, NIJ, January 2001, 9.

⁷ Hughes, NIJ 2001, 14.

von Menschenhandel besteht,⁸ existiert eine präzise und auf nationaler Ebene einheitliche Definition desselben, trotz ihrer Unerlässlichkeit für seine effektive Bekämpfung, nicht.⁹ Auf völkerrechtlicher Ebene wurde daher durch Verabschiedung des Palermo-Protokolls versucht, durch eine extensive Definition jeglichen Handel mit der Ware Mensch auf internationaler Ebene zu ächten. So umfasst Menschenhandel „die Anwerbung, Beförderung, Verbringung, Beherbergung oder Aufnahme von Personen durch die Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderen Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung, Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Hilflosigkeit oder durch Gewährung oder Entgegennahme von Zahlungen bzw. Vorteilen zur Erlangung des Einverständnisses einer Person, die Gewalt über eine andere Person hat, zum Zweck der Ausbeutung“.¹⁰ Indem eine Einwilligung der Opfer demnach nur dann zwingend irrelevant ist, wenn eines der genannten Tatmittel vorliegt, bleibt es den nationalen Gesetzgebern überlassen, ob bereits die Anwerbung Volljähriger zur freiwilligen Prostitution tatbestandlich erfasst ist.¹¹ Dies

⁸ Vereinte Nationen, Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, Art. 3a, in BGBl. III, Nr. 220; Zimmermann, S. 37.

⁹ Zimmermann, S. 27; Mentz, S. 128.

¹⁰ Vereinte Nationen, Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, Art. 3a, in BGBl. III, Nr. 220, 29.12.2003, S. 3.

¹¹ So in: Irland, Malta, Litauen, Schweden.

eröffnet nationalen Gesetzgebern enormen Variationsspielraum hinsichtlich des Mindestgehalts des Straftatbestandes.

Die extensive Definition offenbart folglich die Schwierigkeiten der Bekämpfung auf internationaler Ebene, da sie zwar den grundsätzlichen Bekämpfungswillen, aber auch die gleichzeitige Abwehrhaltung zu konkreten internationalen Vorgaben als Eingriffe in die nationale Souveränität widerspiegelt.

3. Abgrenzung des Begriffes zu analogen Delikten

Eine weitere Konturierung ergibt sich durch die Abgrenzung zu ähnlichen Tatbeständen.

a) Sklaverei

Anders als in der Sklaverei behalten die Opfer des Menschenhandels formal ihre Rechtspersönlichkeit und werden lediglich hinsichtlich eines bestimmten Teils ihrer Person ausgebeutet, während bei der Sklaverei die Person in ihrer Gesamtheit zum Objekt degradiert wird.¹²

b) Menschenschmuggel

Wenngleich Menschenhandel oftmals von dem Schmuggel der gehandelten Menschen über Staatsgrenzen hinweg begleitet wird, ist eine Abgrenzung der Deliktbereiche unerlässlich, um eine Reduktion von Menschenhandelsopfern auf ihren Status als illegale Ein-

¹² Post, S. 37.

wanderer zu vermeiden.¹³ Menschenschmuggel bezeichnet die Herbeiführung der illegalen Einreise einer damit einverständlichen Person in einen Staat mit dem Ziel, sich selbst unmittelbar oder mittelbar einen materiellen Vorteil zu verschaffen.¹⁴ Somit ist nach der Definition des Menschenschmuggels, anders als bei Menschenhandel, eine einverständliche Grenzüberschreitung erforderlich.¹⁵ Vor allem unterscheiden sich beide Delikte in den geschützten Rechtsgütern. Bei Menschenschmuggel liegt ein gegen den Staat gerichtetes Vergehen, bei Menschenhandel hingegen ein gegen das individuelle Selbstbestimmungsrecht gerichtetes Verbrechen vor.¹⁶

4. Bedeutung einer Überprüfung der Bekämpfungsmaßnahmen

Ein möglichst effektiv gewährleisteter Rechtsgüterschutz erfordert die kontinuierliche Überprüfung der dazu gewählten Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit. In der Regel erfolgt eine solche Überprüfung durch statistische Erhebungen. Menschenhandel stellt jedoch ein typisches Kontrolldelikt dar, bei dem

die staatliche Entdeckung primär durch proaktive amtliche Ermittlungen erfolgt.¹⁷

Demnach sagen die Ergebnisse statistischer Erhebungen auf nationaler Ebene nicht etwas über die Effektivität der Maßnahmen, sondern über die Aktivität der Behörden und das Volumen bereitgestellter Ressourcen aus.¹⁸ Infolge des Mangels an Opferaussagen, erfolgen Ermittlungen wegen Verdachtes auf Menschenhandel und damit verbundene Eingriffe in Grundrechte insbesondere aus Art. 2 Abs. 1, 10 Abs. 1, 13 Abs. 1 GG daher jedoch auf einer weitaus weniger gesicherten Erkenntnisbasis des Staates als Anzeigedelikte. Dementsprechend kristallisiert sich besonders bei den zur Bekämpfung von Kontrolldelikten gewählten Maßnahmen das Spannungsverhältnis zwischen Verfolgungseffektivität und gleichzeitiger Wahrung nationaler (rechtsstaatlicher) Staatsstrukturprinzipien sowie völkerrechtlicher Souveränität heraus.

Neben der empirischen Untersuchung der Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit ist somit auch ihre rechtstheoretische und -vergleichende Überprüfung erforderlich.

¹³ Zimmermann, S. 28; Post, S. 38 f.

¹⁴ Zimmermann, S. 27 f.; Neske, Mathias/Heckmann, Friedrich/Rühl, Stefan, Menschenschmuggel – Expertise im Auftrag des Sachverständigenrats für Zuwanderung und Integration, Europäisches Forum für Migrationsstudien, 2004, S. 3, 7.

¹⁵ Zimmermann, S. 28; Post, S. 38; Kartusch, Angelika/Knaus, Katharina/Reiter, Gabriele, Bekämpfung des Frauenhandel nach internationalem und österreichischem Recht, Wien 2000, S. 25 f.

¹⁶ Post, S. 38; Zimmermann, S. 28; Heinz, Wolfgang, Menschenhandel und Menschenschmuggel, in: Triffterer, Otto (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, 127, 128.

¹⁷ Bundeskriminalamt, Bundeslagebericht Menschenhandel 2011, www.bka.de/lageberichte/mh.html, S. 7 (Stand: 26.05.2013); Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 233a Rn. 4.

¹⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 9; Herz, Annette/Minthe, Eric, Straftatbestand Menschenhandel, Verfahrenszahlen und Determinanten der Strafverfolgung, München 2006, S. 338.

II. Vergleich der Effektivität von Bekämpfungsmaßnahmen in Deutschland und der Ukraine

Jede Bewältigung eines Problems muss bei den Ursachen desselben ansetzen. Menschenhandel in seiner transnationalen Komplexität ist primär auf den sozioökonomischen Magnetismus und den Mangel an rechtlicher Harmonisierung der betroffenen Bereiche zwischen Herkunfts- und Zielländern zurückzuführen,¹⁹ was maßgeblich den auf diese Weise extrem lukrativen Menschenhandel ermöglicht und erleichtert.²⁰ Dieser Beitrag konzentriert sich dabei auf die Darstellung des Menschenhandels zum Zweck sexueller Ausbeutung, da jener eine der Haupterscheinungsformen des Menschenhandels darstellt.²¹ Eine der Haupthandelsrouten desselben verläuft dabei zwischen der Ukraine als Herkunfts- und Transitland und Deutschland als Transit- und Zielland.²² Eine wirksame Bekämpfungsstrategie erfordert daher die Herausarbeitung und den Vergleich der jeweiligen rechtlichen Verfolgungsmöglichkeiten und der faktischen

Verfolgungsaktivität. Einer entsprechend begünstigten Entstehung nicht erwünschter strafrechtsfreier Räume kann so entgegengewirkt werden.

B. Bekämpfung von Menschenhandel auf innerstaatlicher Ebene

- I. Rechtsgrundlagen für die Durchsetzung des Strafanspruchs
 1. Internationale Verpflichtungen Deutschlands und der Ukraine
 - a) Europäische Menschenrechtskonvention 1950

Deutschland hat die Europäische Menschenrechtskonvention 1952 ratifiziert und in ein einfaches Bundesgesetz transformiert.²³ Nach Rechtsprechung des BVerfG gilt die EMRK innerstaatlich zumindest wie einfaches Bundesrecht. Die Rechtsprechung des EGMR ist zudem im Rahmen der innerstaatlichen Interpretation von Normen zu berücksichtigen.²⁴ Daher ist hinsichtlich der Bekämpfung von Menschenhandel die am 7.01.2010 ergangene Grundsatzentscheidung des EGMR, den Menschenhandel unter Verweis auf das Palermo-Protokoll unter Art. 4 Abs. 1 EMRK zu subsumieren, als innerstaatlich richtungsweisend anzusehen.²⁵ Aus Art. 4 Abs. 1 EMRK folgt

¹⁹ Post, S. 72 f.; Zimmermann, S. 32; Hofmann, S. 119; Bilitewski, Helga, *Gehandelte Frauen: Durch Illegalität rechtlos*, aus: *Nachtexpress*, Zeitung für Bar, Bordell und Bordstein, 12. Jhg., 1995, in: *Hamburger Frauenzeitung* Nr. 46 1995, S. 5.

²⁰ Zimmermann, S. 35.

²¹ European Commission, Eurostat, *Trafficking in Human Beings*, 15.04.2013, S. 31, 44; Post, S. 40 f.

²² Frommel, Monika, *Die Reform der Strafbarkeit von Menschen- und Frauenhandel aus kriminologischer Sicht*, *NkrimPol* 2005, 57; Nautz, Jürgen/Sauer, Birgit, *Frauenhandel. Diskurse und Praktiken. Transkulturelle Perspektiven*, Band 6, Göttingen 2008, S. 12; Hughes, NIJ 2001, 10.

²³ BGBl II 2002, 1054.

²⁴ BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04.

²⁵ EGMR v. 7.1.2010 – 25965/04, NJW 2010, 3003; Lindner, Christoph, *Anspruch auf umfassenden*

dabei nach dem EGMR nicht nur eine Pflicht zur Strafverfolgung solcher Taten, sondern auch zu präventiven staatlichen Schutzmaßnahmen im Herkunftsland der Opfer.²⁶

Die Ukraine hat die Konvention am 11.09.1997 ratifiziert. Sie ist an diesem Tag in Kraft getreten.²⁷

b) „Palermo-Protokoll 2000

Die Konvention gegen grenzüberschreitende Kriminalität und das Protokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels („Palermo-Protokoll“) der Vereinten Nationen vom 12.12.2000 enthielt die erste internationale und völkerrechtlich verbindliche Universaldefinition des Menschenhandels.²⁸ Das Protokoll enthält Vorgaben zur Bekämpfung von Menschenhandel in den Bereichen Strafverfolgung, Prävention und Opferschutz („3-P-Ansatz“²⁹), von denen allerdings nur die Bestimmungen zur Strafverfolgung verbindlich sind.³⁰ Entsprechend sind die Vertragsstaaten ausschließlich zur Pönalisierung von Menschenhandel gemäß der Universaldefinition, zur Verschärfung von

Schutz vor Menschenhandel nach Art. 4 EMRK, ZAR 2010, 137, 140.

²⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 21; Lindner, ZAR 2010, 137, 140.

²⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=1&DF=6/25/2009&CL=GER> (Stand: 29.09.2013).

²⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 19.

²⁹ Prosecution, Prevention, Protection.

³⁰ Vereinte Nationen, Zusatzprotokoll, Art. 5, 9, 11, 12, in: BGBl. III, Nr. 220, 29.12.2003; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 20.

Grenzkontrollen und Kooperation bei der Strafverfolgung verpflichtet. Mit dem Protokoll wurde somit ein effektives Strafverfolgungsinstrument geschaffen, ohne ähnlich wirksam den Schutz der Opfer zu gewährleisten.³¹ Die Konvention wurde von Deutschland am 14.06.2006 ratifiziert.³²

Die Ukraine hat die Konvention am 21.05.2004 ratifiziert und am 20.06.2004 in Kraft gesetzt.³³

c) Ratifizierte Europaratskonvention gegen den Menschenhandel 2005

Die im Mai 2005 verabschiedete Konvention des Europarates gegen Menschenhandel³⁴ strebte daher eine Verbesserung des Opferschutzes an und erweiterte unter Übernahme und Präzisierung der Universaldefinition der UN-Konvention den Anwendungsbereich der Europaratskonvention auf alle Formen des Menschenhandels, sei er innerstaatlich oder grenzüberschreitend, sei er der Organisierten Kriminalität zuzurechnen oder nicht.³⁵ Im Gegensatz zum Palermo-Protokoll beinhaltet die Konvention eine Verpflichtung zur Gewährleistung stabilisierender Maßnahmen und eines 30-tägigen Abschiebeschutzes unabhän-

³¹ Post, S. 91; Orlova, Alexandra/Baglay, Sasha, Stumpfe Waffen des Gesetzes, in: Osteuropa 6/2006, Osteuropa: Mythos Europa – Prostitution, Migration, Frauenhandel, S. 171 ff.

³² BGBl. II 2005, 945.

³³ <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20040856/index.html> (Stand: 29.09.2013).

³⁴ Convention on Action against Trafficking in Human Beings, Council of Europe Treaty Series No. 197 (Im Folgenden: CATHB).

³⁵ CATHB, Art. 2, 4; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 20.

gig von der Kooperationsbereitschaft der Opfer hinsichtlich einer Strafverfolgung.³⁶ Außerdem soll sich der weitere Aufenthalt über das Strafverfahren hinaus nicht an ausländerrechtlichen oder sonstigen Gesichtspunkten der öffentlichen Ordnung, sondern an der Lage des Opfers ausrichten.³⁷ Zudem sieht die Konvention die innerstaatliche Diskussion einer Freierstrafbarkeit vor, um Menschenhandel generalpräventiv entgegenzuwirken.³⁸ Am 19.12.2012 ratifizierte Deutschland die Konvention, welche am 01.04.2013 in Kraft trat.

Die Ukraine ratifizierte die Konvention am 29.11.2010 und setzte sie am 01.03.2011 in Kraft.³⁹

d) EU-Richtlinie⁴⁰ zu Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels

Im März 2011 hat der Rat der EU zudem eine Richtlinie zu Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer verabschiedet,⁴¹ welche den „3-P-Ansatz“ aufgriff und insbesondere eine verbindliche Angleichung und Verbesserung der Strafver-

³⁶ CATHB, Art. 12 Abs. 6, 13; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 20.

³⁷ CATHB, Art. 14 Abs. 1; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 20.

³⁸ CATHB, Art. 19; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 20.

³⁹

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=197&CM=1&D F=&CL=GER> (Stand: 29.09.2013).

⁴⁰ Die Ziele der Richtlinie sind für Deutschland gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV verbindlich, s. Oppermann, Thomas, Europarecht, 3. Auflage, München 2005, § 6 Rn. 88.

⁴¹ Richtlinie 2011/36/EU.

folgungs- und der Opferschutzmaßnahmen vorsieht. Indes wird betont, dass eine angemessene und längerfristige Unterstützung der Opfer nicht von deren Kooperationsbereitschaft abhängig gemacht werden darf⁴² und ihnen ein besonderer Schutz vor Strafverfolgung wegen unter Zwang begangener Straftaten gebührt.⁴³ Zudem ist ihr Anspruch auf Entschädigung⁴⁴ und Anerkennung als Flüchtling⁴⁵ zu prüfen.

Für die Ukraine ist die Richtlinie mangels EU-Mitgliedschaft nicht verbindlich.

2. Ausgestaltung des materiellen Strafrechts in Deutschland und der Ukraine

a) Menschenhandel

aa) In Deutschland

Die Menschenhandelsvorschriften im deutschen Strafrecht wurden 2005 mit dem 37. StrÄndG umfassend novelliert, um die gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zu erfüllen, entsprechend der Universaldefinition auch den Menschenhandel zum Zwecke der Arbeitskraftausbeutung zu pönalisieren.⁴⁶ Seitdem ist Menschenhandel im engeren Sinn unter Straftaten gegen die persönliche Freiheit im 18. Abschnitt des Strafgesetzbuches geregelt.

⁴² Art. 11 III.

⁴³ Art. 8.

⁴⁴ Art. 17.

⁴⁵ Art. 11.

⁴⁶ Zimmermann, S. 104; Post, S. 190 f.

(1) *Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, § 232 StGB*

Gem. § 232 StGB macht sich des Menschenhandels strafbar, wer einen anderen Menschen unter Ausnutzung einer Zwangslage dazu bringt, sich zu prostituieren oder sexuelle Handlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen, um ihn auszubeuten. Geschützt wird die sexuelle Selbstbestimmung als Freiheit, sich für oder gegen die Vornahme sexueller Handlungen zu entscheiden.⁴⁷

(a) *Tatmittel – Ausnutzen einer Zwangslage*

Eine i.S.d § 232 Abs. 1 S. 1 qualifizierte Gefährdungslage liegt entweder bei Bestehen einer Zwangslage oder einer auslandsspezifischen Hilflosigkeit vor.

Eine Zwangslage besteht dann, wenn sich das Opfer verschuldet oder unverschuldet in ersten wirtschaftlich oder persönlich bedrängenden Umständen befindet, die so gewichtig sind, dass sie mit einer wesentlichen Einschränkung der Entscheidungs- und Handlungsmöglichkeiten einhergehen.⁴⁸ Erfasst davon ist die Furcht vor Abschiebung, Armut und sozialer Ächtung in der Heimat.⁴⁹ Eine auslandsspezifische Hilflosigkeit besteht, wenn das Opfer gerade aufgrund seines Aufenthalts in einem ihm faktisch fremden Land

in der konkreten Lage nach seinen persönlichen Fähigkeiten nicht oder nur erheblich eingeschränkt imstande ist, das Ansinnen der ihm unerwünschten sexuellen Betätigung aus eigener Kraft zurückzuweisen.⁵⁰ Erfasst davon ist eine mangelnde Kenntnis staatlicher Schutzmöglichkeiten, ein durch die Ausländereigenschaft bedingter Mangel an sozioökonomischen Ressourcen und Sprachschwierigkeiten.⁵¹

Ein Ausnutzen dieser Gefährdungslagen liegt vor, wenn der Täter ihr Vorliegen zur Ermöglichung seines Vorhabens bewusst einplant und von ihr zu dessen Verwirklichung Gebrauch macht.⁵²

Weder ein Ausnutzen noch eine Gefährdungslage ist zur Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals erforderlich, wenn das Opfer unter 21 Jahre alt ist, § 232 Abs. 1 S. 2 StGB, um dem Schutz einer besonders gefährdeten Opfergruppe Rechnung zu getragen.⁵³

(b) *Tathandlung – „Bringen“*

Ein „Bringen“ stellt jede faktische Herbeiführung der entsprechenden Verhaltensweisen dar, wodurch sowohl die Anwendung von Nötigungsmitteln als auch einfache Aufforderungen, Angebote und Vorschläge, als auch die suggestive Steuerung durch Schaffung

⁴⁷ BGHSt 33, 354; BGHSt 42, 184; Renzikowski, in: MüKo-StGB, Vor §§ 174 ff. Rn. 36.

⁴⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 30.

⁴⁹ BT-Drucks. 12/2046, S. 4; Frommel, Monika/Schaar, Martin, Einwände gegen den am 19.2.2005 neugefassten Straftatbestand des Menschenhandels in § 232 Abs. 1 StGB, NkrimPol 2005, 61, 62.

⁵⁰ BGH NStZ-RR 2007, 46, 47; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 32; Gössel, Karl Heinz, Das neue Sexualstrafrecht, Berlin 2005, § 5 Rn. 42.

⁵¹ BGHSt 45, 161; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 32.

⁵² Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 34; Post, S. 195.

⁵³ BT-Drs. 15/4048, 12.

tatsächlicher Lebensumstände, z.B. durch die Wegnahme von Dokumenten, erfasst werden.⁵⁴

(c) *Taterfolg*

§ 232 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet, wobei der Taterfolg in dem „Bringen“ zu sexuellen Handlungen oder zur Prostitution besteht.⁵⁵ Neben der Prostitution, also der entgeltlichen, wiederholten Vornahme sexueller Handlungen mit wechselnden Partnern auf gewisse, nicht unbedingt längere Dauer,⁵⁶ werden nunmehr auch sonstige sexuelle Handlungen erfasst, um die Strafbarkeitslücke hinsichtlich des Handels in Peep-Shows oder Heirat zu schließen.⁵⁷ Die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt weicht eklatant von der Ausgestaltung als Absichtsdelikt in dem Palermo-Protokoll und der Europaratskonvention ab, wonach objektiv die Tathandlung und subjektiv Ausbeutungsabsicht bestehen muss.⁵⁸ Gem. § 232 StGB ist keine besondere Ausbeutungsabsicht erforderlich; es reicht aus, wenn das Opfer durch die Tathandlung objektiv ausgebeutet wird.⁵⁹ Somit weicht die deutsche Ausgestaltung strukturell von inter-

nationalen Verpflichtungen ab und setzt sich innerstaatlich dem Vorwurf aus, lediglich Symptome von Menschenhandel und nicht die Handlungen an sich zu pönalisieren.⁶⁰

Umstritten ist, für welchen Taterfolg eine Ausbeutung notwendig und wie dieses Merkmal auszulegen ist.

Aufgrund des unklaren Wortlautes des § 232 StGB könnte anzunehmen sein, dass eine Ausbeutung nur bei dem Bringen zu sexuellen Handlungen vorliegen muss und nicht bei der Prostitution.⁶¹ Dies würde allerdings zu einer ausufernden Strafbarkeit unter Verwischung der Grenzen zwischen legaler Prostitution und Zwangsprostitution führen, sodass unter Wahrung des Bestimmtheitsgebotes des Art. 103 Abs. 2 GG die Ausbeutung bei allen Erfolgsvarianten gegeben sein muss.⁶²

Des Weiteren erscheint fraglich, was genau unter Ausbeutung zu fassen ist. Unter Ausbeutung wird das Ausnutzen einer anderen Person zum eigenen Vorteil verstanden.⁶³ Dabei könnte unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des § 232 StGB bereits ein Ausnutzen anzunehmen sein, wenn durch die Vornahme der Tathandlung das Opfer als

⁵⁴ BGHSt 45, 161; Zimmermann, S. 109; Schroeder, Friedrich-Christian, Gesetzestechnische Fehler im 37. Strafrechtsänderungsgesetz, GA 2005, 307, 308; Schroeder, Friedrich-Christian, Das 37. Strafrechtsänderungsgesetz: Neue Vorschriften zur Bekämpfung des „Menschenhandels“, NJW 2005, 1393, 1395.

⁵⁵ Zimmermann, S. 108; Post, S. 195.

⁵⁶ BGH NStZ 2000, 86, 368; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 41.

⁵⁷ BT-Drs. 15/3045; Thoma, Birgit, Strafverfahren gegen Frauenhändler, NkrimPol 2005, 52.

⁵⁸ Zimmermann, S. 108.

⁵⁹ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 55.

⁶⁰ Zimmermann, S. 110; Eydner, John Richard, Der neue § 233 StGB - Ansätze zum Verständnis der „Ausbeutung der Arbeitskraft“, NStZ 2006, 10, 11.

⁶¹ Schroeder, NJW 2005, 1395.

⁶² Thoma, NkrimPol 2005, 52; Frommel/Schaar, NkrimPol 2005, 63; Schroeder, NJW 2005, 1395.

⁶³ Vgl. Brockhaus-Wahrig, Deutsches Wörterbuch. Erster Band, A – BT, Wiesbaden 1980, Ausbeuten.

sexuelles Objekt behandelt wird.⁶⁴ Dafür sprechen neben der Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes auch die entsprechenden Formulierungen in den internationalen Verpflichtungen.⁶⁵ Dagegen spricht jedoch, dass eine solche Gleichsetzung von sexueller Ausbeutung mit der Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts zu einer konturlosen Verschmelzung von § 232 und § 177 StGB bei unterschiedlich ausgestaltetem Strafraumen führen würde. Insoweit verstößt jene Interpretation gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.⁶⁶ Zumeist wird daher eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorgezogen, wonach eine Ausbeutung zumindest dann vorliegt, wenn Leistung des Opfers und Gegenleistung des Täters in einem krassem Missverhältnis stehen.⁶⁷ Gegen diese restriktive Auslegung spricht jedoch, dass die Opfer oftmals nicht den Wert ihrer Leistung einschätzen können und ihnen aufgrund ihrer Unkenntnis strafrechtlicher Schutz versagt würde. Zudem würde der Schutz des Rechtsguts der Selbstbestimmung zu sehr von Gewinnmargen abhängig gemacht.⁶⁸

Vorzugswürdig ist daher eine Ausbeutung auch dann anzunehmen, wenn der Täter oder ein Dritter unter Missachtung persönlicher und wirtschaftlicher Belange des Opfers aus dessen Leistung wirtschaftliche Vorteile er-

zielt.⁶⁹ Vollendet ist die Tat, wenn das Opfer mit der Ausübung der Prostitution begonnen, d.h. sexuellen Kontakt gegen Entgelt angeboten hat, bzw. dass es zu den sonstigen ausbeuterischen sexuellen Handlungen gekommen ist. Beendet ist der Menschenhandel wenn der Täter das Opfer aus seiner Gewalt entlässt.⁷⁰

(d) Strafraumen

Der Strafraumen für das Grunddelikt des Menschenhandels wurde auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu 10 Jahren in § 232 Abs. 1 StGB heraufgesetzt.

(2) Förderung des Menschenhandels, § 233a StGB

Gem. § 233a Abs. 1 StGB ist strafbar, wer einem Menschenhandel gem. § 232 f. StGB Vorschub leistet, indem er Personen anwirbt, befördert, weitergibt, beherbergt oder aufnimmt. Mit dem 37. StrÄndG wurde somit ein „verselbstständigter“ Beihilfetatbestand geschaffen, nach dem bereits die „menschhandelstypische“ Handlung strafrechtlich relevant und somit das grundsätzlich straflose Vorbereitungsstadium des § 232 StGB erfasst ist.⁷¹ Damit reagiert der Gesetzgeber auf den erhöhten Organisationsgrad der Menschenhändler, indem das typischerweise erweiterte

⁶⁴ Heinz, in: GS Vogler, S. 128.

⁶⁵ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 47.

⁶⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 49.

⁶⁷ BT-Drs. 15/4848; BGH NSTZ 1989, 67 ff.

⁶⁸ Post, S. 197.

⁶⁹ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 53; Zimmermann, S. 113; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 232 Rn. 16.

⁷⁰ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 85.

⁷¹ Eisele, in: Schönke/Schroeder, § 233a, Rn. 2; Herz, S. 23; Renzikowski, Joachim, Die Reform der Straftatbestände gegen den Menschenhandel, JZ 2005, 879, 882.

Täterumfeld auch dann erfasst wird, wenn die Haupttat nicht das Versuchsstadium erreicht oder die Beihilfe nicht über das Versuchsstadium hinausgelangt.⁷² Andererseits enthält § 233a StGB trotz Vorverlagerung der Strafbarkeit keine Privilegierung für den Rücktritt vom Versuch oder „Tätige Reue“, obwohl insoweit nicht einmal objektive Rechtsgutsgefährdung vorliegt.⁷³

bb) In der Ukraine

Der 1998 als Reaktion auf den rasanten Anstieg von Menschenhandel nach dem Zusammenbruch des Ostblocks 1991 eingeführte Art. 124 UkrStGB a.F. wurde aufgrund begrifflicher Ungenauigkeiten 2001 durch Art. 149 UkrStGB ersetzt.⁷⁴

Gem. Art. 149 UkrStGB macht sich seitdem strafbar, wer Personen verkauft oder Vereinbarungen abschließt, welche Personen zu einem handelbaren Objekt erklären, oder Personen zum Zweck der Ausbeutung anwirbt, befördert, verbirgt oder verbringt und dabei Täuschung oder Erpressung anwendet oder den verletzlichen Zustand des Opfers ausnutzt.

⁷² BT-Drs. 15/4048, S. 13; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 9; Post, S. 199.

⁷³ Renzikowski, JZ 2005, 879.

⁷⁴ Karpov N.S., in: Kriminalistik Charakteristik des Gaschäfts Leute / Universitärer wissenschaftlicher Zettel, 2005, № 3(15), S. 268.

(1) **Tatmittel – Ausnutzen einer Willensbeeinträchtigung**

Tatmittel sind demnach Täuschung, Erpressung oder die Ausnutzung eines verletzlichen Zustandes. Ein besonders verletzlicher Zustand liegt nach Anmerkung 2 zu Art. 149 Art. UkrStGB vor, wenn die Fähigkeit einer Person, unabhängige Entscheidungen zu treffen, sich Gewalt oder rechtswidrigen Handlungen zu erwehren oder die Tragweite eigener Handlungen zu begreifen oder zu kontrollieren, aufgrund ihrer psychischen oder physischen Eigenschaften oder äußerer Umstände fehlt oder eingeschränkt ist. Nach Anmerkung 3 zu Art. 149 UkrStGB ist die Anwendung der genannten Tatmittel für eine Strafbarkeit keine Voraussetzung, wenn das Opfer minderjährig ist.

(2) **Tathandlung – Verkauf, Handel, Anwerbung, Beförderung, Verbergung, Verbringung**

Die in Art. 149 UkrStGB aufgelisteten Tathandlungen knüpfen an die verschiedenen zeitlichen Stadien des Menschenhandels an und erfassen ihn damit als Prozess umfassend.

(3) **Taterfolg – Ausbeutung**

Wie auch in Deutschland und im Palermo-Protokoll besteht der Taterfolg in Ausbeutung. Ausbeutung umfasst nach Anmerkung 1 zu Art. 149 UkrStGB alle Formen sexueller Ausbeutung, insb. den Einsatz zu Pornoproduktion, Zwangsarbeit, Sklaverei, Organent-

nahme, Schuldknechtschaft, Menschenversuchen, kommerzieller Adoption, erzwungener Schwangerschaft, in bewaffneten Konflikten, Begehung krimineller Handlungen. Diese Aufzählung ist dabei nicht abschließend.

(4) *Strafrahmen*

Der Strafrahmen umfasst drei bis acht Jahre Freiheitsstrafe.

(5) *Qualifikation*

Nach Art. 149 Abs. 2 UkrStGB droht eine Erhöhung des Strafrahmens auf fünf bis zwölf Jahre für den, der den Grundtatbestand gegenüber einem minderjährigen Opfer, einem von ihm materiell oder sonst abhängigen Person, mehr als zwei Opfern, wiederholt, in einer Gruppe, durch Missbrauch einer Amstellung oder mittels nicht das Leben oder die Gesundheit gefährdenden Gewalt oder Androhungen einer solchen erfüllt.

Eine Erhöhung des Strafrahmens auf acht bis fünfzehn Jahren ist vorgesehen, wenn das Opfer jünger als vierzehn Jahre ist oder die Tat in einer organisierten Gruppe oder mittels das Leben oder die Gesundheit gefährdender Gewalt gegenüber dem Opfer oder seinem nahen Angehörigen oder Androhungen einer solchen begangen wird oder die angewandte Gewalt schwere Folgen verursacht.

Zudem kann Eigentum des Täters bei Erfüllung der Qualifikation beschlagnahmt werden.

b) Typische Begleitdelikte von Menschenhandel

aa) In Deutschland

Die typischen Begleitdelikte des Menschenhandels sind im 13. Abschnitt über Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung des StGB und im Aufenthaltsgesetz geregelt.

(1) *Begleitdelikte im Zusammenhang mit Prostitution*

Begleitdelikte von Menschenhandel im Zusammenhang mit Prostitution stellen insbesondere die Zuhälterei gem. § 181a StGB, sowie die Ausbeutung von Prostituierten gem. § 180a StGB dar, was wiederum die Wechselwirkung der jeweiligen strafrechtlichen Bewertung von Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung verdeutlicht.

Folglich ist eine vorherige rechtliche Einordnung der Prostitution erforderlich.

(a) *Rechtliche Einordnung der Prostitution*

Bis zur Verabschiedung des Prostitutionsgesetzes 2002 war Prostitution zwar grundsätzlich erlaubt, wurde jedoch von den obersten Gerichten als sittenwidrig und sozialschädlich bewertet.⁷⁵ Dies führte dazu, dass Prostituierte zivilrechtlich weder wirksame Verträge abschließen, noch bei erbrachter Leistung Kon-

⁷⁵ BVerwGE 22, 289; Hagen, Horst, Menschenwürde und gute Sitten: Gedanken zum Prostitutionsgesetz, in: Jickeli, Joachim/Kreutz, Peter/Reuter, Dieter (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, 585.

diktionsansprüche geltend machen konnten. Da Prostitution entsprechend sozialrechtlich auch nicht als Beruf anerkannt wurde, hatten Prostituierte keinerlei Ansprüche aus staatlichen Pflichtversicherungen. Zuhälterei als gewerbsmäßige Vermittlung von Prostitution wurde gem. § 180a StGB a.F. strafrechtlich geahndet.

Nach Inkrafttreten des ProstG am 1.01.2002, mit welchem der Gesetzgeber die Anpassung dieser Rechtslage an die gewandelten gesellschaftlichen Wertvorstellungen, die Verbesserung der rechtlichen und sozialen Situation von Prostituierten und Bekämpfung der in diesem Bereich oftmals vorherrschenden Begleitkriminalität bezweckte,⁷⁶ wurde die Prostitution zivil- und sozialrechtlich als nicht sittenwidrige Erwerbstätigkeit anerkannt. Die strafrechtliche Bekämpfung wurde indes auf die fremdbestimmte Prostitution beschränkt.⁷⁷

(b) Zuhälterei

Zuhälterei als gewerbsmäßige Vermittlung von Prostitution ist daher gem. § 181a StGB seit dem Inkrafttreten des ProstG nur in den vier verschiedenen Ausprägungen der „ausbeuterischen“ (Abs. 1 Nr. 1), „dirigistischen“ (Abs. 1 Nr. 2); „kupplerischen“ Zuhälterei (Abs. 2) und Ehegattenzuhälterei (Abs. 3) strafbar, da jene auf fremdes, strukturell oder psychisch bedingtes Einwirken auf die sexuel-

le Selbstbestimmung der Prostituierten hindeuten.⁷⁸

(c) Ausbeutung von Prostituierten

Ebenso ist in der Ausbeutung von Prostituierten gem. § 180a StGB n.F. ein Fall der fremdbestimmten Prostitution erfasst, welcher sich zumeist mit dem Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung überschneidet.⁷⁹ Demzufolge macht sich derjenige auch strafbar, wer einen Bordellbetrieb betreibt, in dem Prostituierte in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden. Auch jener Tatbestand wurde im Zuge der Einführung des ProstG extrem eingeschränkt und von „Förderung der Prostitution“ in „Ausbeutung von Prostituierten“ umbenannt.⁸⁰ Entsprechend wird auch das Merkmal der „Abhängigkeit“ im Lichte der Wertung des ProstG restriktiv ausgelegt, sodass ein Einwirken auf die Willensfreiheit der Prostituierten vorliegen muss.⁸¹

(2) Begleitdelikte im Zusammenhang mit illegaler Migration

Eine gänzlich andere Schutzrichtung wird mit der Strafbarkeit des Einschleusens von Ausländern gem. §§ 96, 97 AufenthG verfolgt, wonach sich die Menschenhändler an der illegalen Einreise des Menschenhandelsopfers als Beteiligte strafbar machen können, sofern ein

⁷⁶ BT-Drucks. 14/5958, S. 4 ff.; Herz, S. 35.

⁷⁷ Post, S. 205.

⁷⁸ Post, S. 200.

⁷⁹ Post, S. 200.

⁸⁰ Heger, Martin, Zum Einfluss des Prostitutionsgesetzes auf das Strafrecht, StV 2003, 350, 351 f.

⁸¹ BGH, StV 2003, 617; Post, S. 201.

Verstoß des Menschenhandelsopfers gegen § 95 AufenthG vorliegt. Ein Verstoß gegen § 95 AufenthG des für Nicht EU-Bürger geltenden AufenthG setzt ein Verhalten des Menschenhandelsopfers voraus, welches nicht mehr von dem für Einreise und Aufenthalt erforderlichen Aufenthaltstitel gem. § 4 AufenthG gedeckt ist. Die §§ 96, 97 AufenthG schützen folglich nicht die individuelle Freiheit des Menschenhandelsopfers, sondern die Integrität der Staatsgrenzen,⁸² womit der Widerspruch zwischen Interessen des Staates und des Opfers bereits als Hauptgrund für die wenig effektive Strafverfolgung deutlich wird.⁸³

bb) In der Ukraine

(1) Begleitdelikt im Zusammenhang mit Freiheitsentzug, Art. 146 UkrStGB

Neben Menschenhandel gem. Art. 149 UkrStGB ist regelmäßig auch Art. 146 UkrStGB einschlägig, wonach sich strafbar macht, wer eine Person illegal einsperrt oder entführt. Dabei droht eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren, wenn die Tat aus Gewinnstreben begangen wird.

⁸² Herz, S. 30.

⁸³ Zimmermann, S. 170; Heinz, in: GS Vogler, 140 f.

(2) Begleitdelikte im Zusammenhang mit öffentlicher Ordnung und Moral (Prostitution)

(a) Gründen oder Betreiben von Bordellen, Handel in die Prostitution, Art. 302 UkrStGB

Das Gründen oder Betreiben von Bordellen, sowie der Handel in die Prostitution wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren bestraft. Wird die Tat zu wirtschaftlichen Zwecken, wiederholt oder in einer Gruppe begangen, erhöht sich der Strafrahmen auf bis zu fünf Jahren; handelt es sich um ein minderjähriges Opfer – auf zwei bis sieben Jahre.

(b) Zuhälterei oder Anheuerung zur Prostitution, Art. 303 UkrStGB

Gem. Art. 303 UkrStGB macht sich strafbar, wer eine Person zur Prostitution anheuert oder unter Anwendung von Betrug, Erpressung, Gewalt oder Drohung damit oder unter Ausnutzen eines besonders verletzlichen Zustandes zur Prostitution nötigt oder Zuhälterei betreibt. Anmerkung 1 zu Art. 303 UkrStGB definiert Zuhälterei als Handlung, welche die Prostitution einer anderen Person bezweckt. Dabei erhöht sich der Strafrahmen von Freiheitsstrafe von drei bis fünf Jahren auf bis zu fünfzehn Jahren, wenn eine der oben in Art. 149 UkrStGB genannten Qualifikationen vorliegt.

(3) *Prostitution als Ordnungswidrigkeit,
Art. 181 UkrOWiG*

In der Ukraine begeht eine Person, die sich prostituiert, gem. Art. 181 UkrOWiG eine Ordnungswidrigkeit, welche mit Geldstrafe in Höhe von fünf bis zehn nicht steuerpflichtigen Mindesteinkommen geahndet wird.

3. Vergleich und Bewertung der normativen Verfolgungsmöglichkeiten

Die Bekämpfung von Menschenhandel muss sich an dessen spezifischen Merkmalen orientieren. Zum einen profitiert Menschenhandel wie kein anderes Delikt von grenzüberschreitenden Operationen. Daher muss die transnationale Zusammenarbeit der Verfolgungsbehörden vereinfacht werden.

Dabei ist auf internationaler Ebene seit dem Jahr 2000 eine kontinuierliche Konkretisierung und Verdichtung von Bekämpfungsstrategien zu verzeichnen. Seit 2005 ist dabei eine Abwendung von der Dominanz der Strafverfolgung und migrationsrechtlichen Regulierung hin zu umfassenden Präventions- und Opferschutzmaßnahmen zu beobachten.⁸⁴

Deutschland und die Ukraine haben dabei die grundlegenden Abkommen unterzeichnet, ratifiziert und in Kraft gesetzt.

Allerdings setzt eine dadurch erleichterte transnationale Zusammenarbeit voraus, dass

⁸⁴ Munro, Vanessa E., Über Rechte und Rhetorik: Diskurse um Erniedrigung und Ausbeutung im Kontext von Sexhandel, Kritische Justiz 2009, 365, 367 ff.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 26.

jene Abkommen innerstaatlich inhaltlich vollständig und international verständlich übernommen werden.

Dabei hat Deutschland mit den §§ 232 ff. StGB die internationalen Vorgaben inhaltlich hinsichtlich der Strafverfolgung vollständig und umfangreich umgesetzt und bestehende Strafbarkeitslücken geschlossen. Jedoch hat der deutsche Gesetzgeber an der Aufspaltung der Menschenhandelsformen in verschiedene Tatbestände festgehalten. Dieser „deutsche Sonderweg“⁸⁵ erschwert den Vergleich mit anderen nationalen Rechtsvorschriften und somit die transnationale Zusammenarbeit, da internationale Rechtshilfe teilweise beiderseitige Strafbarkeit voraussetzt.⁸⁶

Zudem stellt die Schutzaltersgrenze von 21 Jahren nicht nur eine international befremdende Abweichung, sondern auch einen Wertungswiderspruch zu dem Liberalisierungsgedanken des ProstG dar⁸⁷. Außerdem ist zu beachten, dass Menschenhandel als Kontrolldelikt mangels Anzeigebereitschaft der Opfer hauptsächlich durch polizeiliche Ermittlungen entdeckt wird. Um trotz des Mangels an Opferanzeigen effektiven Rechtsgüterschutz zu gewährleisten, müssen bei Verdacht auf Menschenhandel Eingriffe in Grundrechte auf

⁸⁵ Zimmermann, S. 127.

⁸⁶ Schwarzburg, Peter/ Hamdorf, Kai, Brauchen wir ein EU-Finanz-Strafgesetzbuch? - Materiellrechtliche Folgerungen aus dem Vorschlag der EU-Kommission zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, NStZ 2002, 617.

⁸⁷ Zimmermann, S. 108; Renzikowski, JZ 2005, 880; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 35.

einer weitaus weniger gesicherten Erkenntnisbasis erfolgen können, ohne rechtstaatliche Prinzipien zu beeinträchtigen. Wegen der somit erhöhten Eingriffsintensität muss daher besonders dem Bestimmtheitsgebot und dem Ultima-Ratio-Prinzip Rechnung getragen werden. Wenngleich durch das 37. Straf-ÄndG die Vorschriften systematisiert und begrifflich verschärft und die Beweisführung erleichtert wurden, so mangelt es entscheidenden Tatbestandsmerkmalen immer noch an begrifflicher Genauigkeit.

In den Vorschriften der Ukraine hingegen wurde hinsichtlich der Tathandlung anders als in Deutschland strukturell die in der Definition des Palermo-Protokolls klar bestimmten Tathandlungen und als daraus hervorgehender Taterfolg das Merkmal der Ausbeutung übernommen. Darin unterscheiden sie sich von der deutschen Aufspaltung in verschiedene Arten der Ausbeutung. Die in dem Palermo-Protokoll genannten Tatmittel hingegen werden derart explizit von Art. 149 UkrStGB nur eingeschränkt erfasst. Allerdings kann das Merkmal des verletzlichen Zustandes derart ausgelegt werden, dass auch der nicht genannte Machtmissbrauch oder die Korruption eines Vormunds darunterfällt. Zudem wird das Mittel der Entführung tatbestandsmäßig von Art. 146 Abs. 1, 2 UkrStGB erfasst. Die Qualifikation von Art. 149 UkrStGB wird vollumfänglich Art. 24 der Europaratskonvention gerecht, indem dem besonders erhöhten Gefährdungspotential der Bandenbegehung und der

erhöhten Schutzwürdigkeit Minderjähriger in besonderer Weise Rechnung getragen wird. Auch sieht Art. 149 UkrStGB als Sanktion zusätzlich die Beschlagnahme von Eigentum vor und setzt damit das in Art. 23 Abs. 2 der Konvention verfolgte Ziel der größtmöglichen Abschreckung durch ein ausdifferenziertes Sanktionssystem um.

Wenngleich sich die Ukraine damit strukturell enger an den internationalen Vorgaben orientiert als Deutschland und damit die transnationale Zusammenarbeit erleichtert, so existieren gleichwohl in beiden Staaten inhaltlich umfassende und international verständliche Rechtsgrundlagen zur Verfolgung der Menschenhändler.

II. Innerstaatliche Durchsetzbarkeit des Strafanspruchs

Wenngleich die in einer Rechtsgemeinschaft kodifizierten Normen erkennen lassen, welche Rechtsgüter jene grundsätzlich als schutzwürdig erachtet, so zeigt erst die tatsächliche Umsetzung in ihrem Effektivitätsgrad, was der Rechtsgemeinschaft der Schutz dieser Rechtsgüter wert ist.

Hinsichtlich des Menschenhandels ist daher zu prüfen, inwieweit in Deutschland und der Ukraine die Bekämpfung desselben unter Ausschöpfung der innerstaatlichen Verfolgungsmöglichkeiten erfolgt und ob dabei internationalen Vorgaben entsprochen wird. Dabei wird die Verfolgungsmöglichkeit der *Menschenhändler* im Rahmen eines klar und

bestimmt formulierten Normenprogrammes und dem Maß an effektiver Ressourcenverteilung bewertet. Aus der präventiven Perspektive erfolgt eine Einschätzung, inwieweit ergriffene Maßnahmen *Angebot und Nachfrage* nach Menschenhandel eindämmen. Bezüglich des Opferschutzes wird die staatliche Behandlung der *gehandelten Personen* vor, während und nach etwaigen Ermittlungen betrachtet.

1. Strafverfolgungseffektivität

In Deutschland und der Ukraine erfolgt die Verfolgung von Menschenhändlern durch die Strafverfolgungs- und Grenzbehörden. Trotz der inhaltlich umfassenden Menschenhandelsvorschriften zeigen die Verfahrenszahlen, dass es zumeist mangels stichhaltiger Beweise entweder gleich zur Verfahrenseinstellung oder trotz Anklage zu keiner Verurteilung wegen Menschenhandels kommt.⁸⁸

Dies liegt hauptsächlich in der Eigenschaft von Menschenhandel als Kontrolldelikt begründet, weswegen die Behörden hauptsächlich auf eigene, aus proaktiven Ermittlungen gewonnene Informationen zurückgreifen müssen. Während Prostitution in der Ukraine zumindest eine Ordnungswidrigkeit darstellt und damit die Ordnungsbehörden zu unangekündigten Kontrollen in dem Milieu ermächtigt, finden staatliche Ermittlungsbefugnisse

⁸⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 9 f.; Herz, S. 92 f.; United States Department, Trafficking in Persons Report 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

in Deutschland seit Legalisierung der Prostitution 2002 ihre Grenzen in Grundrechten der Betroffenen. Dies wirft die Frage auf, inwieweit die unterschiedliche rechtliche Behandlung der Prostitution die Verfolgung von Menschenhandel erschwert.

a) In Deutschland

aa) Mangel an sachlichen Ressourcen

(1) *Zutrittsbeschränkung der Kriminalpolizei zum Rotlichtmilieu*

Vor Rücknahme der Strafbarkeit der Prostitutionsförderung durch das ProstG erfolgte die Sammlung von Beweismaterial primär über unangekündigte Razzien und Durchsuchungen.⁸⁹ Die reformierten Vorschriften zur Bekämpfung fremdbestimmter Prostitution werden hingegen extrem restriktiv ausgelegt und sind in ihren Anforderungen schwer zu erfüllen.⁹⁰ Somit sind unangekündigte und damit einzig wirksame Durchsuchungen von Bordellen nunmehr fast unmöglich.⁹¹

Die Kompensation des Verlustes an staatlicher Kontrolle durch die rechtliche Aufwertung der Prostituierten erfasst dabei gerade nicht die hauptsächlich von Menschenhandel betroffene Gruppe illegal eingereister Prostituierte, da der Regelungsbereich des ProstG

⁸⁹ Schmidbauer, Wilhelm, Das Prostitutionsgesetz zwischen Anspruch und Wirklichkeit aus polizeilicher Sicht, NJW 2005, 871 f.; Zimmermann, S. 158.

⁹⁰ Herz, S. 35; Schmidbauer, NJW 2005, S. 871; Koelges/Thoma/Welter-Kaschub, S. 21 ff.

⁹¹ BR-Drs, 140/05; BT-Drs. 16/1343, S. 7 f.; König, Peter, An den Grenzen des Strafrechts - Die Bekämpfung der Zwangsprostitution, ZRP 2006, 99.

nur deutsche Prostituierte oder ausländische Prostituierte mit Aufenthaltserlaubnis einschließt.⁹² Dementsprechend wurde die Abhängigkeit der Menschenhandelsopfer gegenüber den durch das ProstG nunmehr legal existierenden Zuhältern vergrößert und somit auch ihre Aussagebereitschaft weiter abgeschwächt.⁹³

Das ProstG hat die Bekämpfung des Menschenhandels durch die Kriminalpolizei also erschwert.

(2) *Rolle der Opferzeugen*

Während proaktive Ermittlungen für die Entdeckung von Menschenhandel zentral sind, so hängt der Erfolg des Strafverfahrens von der Verwertbarkeit etwaiger Opferaussagen ab.⁹⁴

Insoweit treten zwei Probleme auf. Zum einen geraten hinsichtlich des Status der Opferzeugen regelmäßig Verfolgungs- und Ausländerbehörden in einen Interessenkonflikt. Während die Ausländerbehörden eine Abschiebung der sich zumeist illegal in Deutschland befindenden Opfer forcieren, hat die Verfolgungsbehörde unbedingtes Interesse an ihrer Aussetzung.⁹⁵ Kehren die Opfer erst in ihr Land zurück, ist die Bereitschaft, gegen die Händler auszusagen, aus Angst vor Repres-

sionen nicht mehr vorhanden.⁹⁶ Zum anderen scheitern Strafverfahren regelmäßig an der mangelnden Glaubhaftigkeit der Aussage und Glaubwürdigkeit der Zeugen.⁹⁷ Dies liegt einerseits daran, dass die Vernehmungen nicht detailliert und tatbestandsorientiert erfolgen und die Opfer aufgrund des kriminellen Milieus auf Vorbehalte seitens der Strafverfolgungsbehörden stoßen. Andererseits haben die Opfer mangels sozialer, wirtschaftlicher und rechtlicher Betreuung keinerlei Vertrauen in staatliche Institutionen und schweigen aus Angst vor Repressionen aus dem kriminellen Milieu.⁹⁸

bb) Mangel an personellen Ressourcen

Die Verfolgungsdefizite sind auch auf den Mangel an qualitativen und quantitativen personellen Ressourcen zurückzuführen. Werden Opfer von Menschenhandel von den zuständigen Stellen oftmals nicht erkannt, unzureichend vernommen und ihre Aussage mit Vorbehalten zur Kenntnis genommen,⁹⁹ lässt dies auf die Notwendigkeit einer Professionalisierung der Behörden schließen.¹⁰⁰

⁹² Post, S. 207.

⁹³ Post, S. 207.

⁹⁴ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 11; Herz, S. 325; Post, S. 223.

⁹⁵ Renzikowski, Joachim, *Ausländerrechtliche Probleme des Frauenhandels*, ZAR 2006, 55, 57; Zimmermann, S. 170.

⁹⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 11.

⁹⁷ Herz, S. 325 f.

⁹⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 11; Herz, S. 328.

⁹⁹ Lamnek, S. 488; Rolf, Ricarda, *Die Bekämpfung des Frauenhandels mit den Mitteln des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Zivilrechts*, Göttingen 2005, S. 237; KOK, *Frauenhandel (n) in Deutschland*, 2000, S. 54 f.

¹⁰⁰ KOK, *Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes vom 04.06.2013 zur Bekämpfung des Menschenhandels und Überwachung von Prostitutionsstätten (BT-Drucksache 17/13706) vom 20.06.2013*, S. 4.

Zudem herrscht infolge einer nach dem ProstG veränderten kriminalpolitischen Ressourcenallokation Personalmangel für Razzien und Ausübung von Kontrolldruck an einschlägigen Orten.¹⁰¹

Für die Bekämpfung des Menschenhandels hat sich somit jedenfalls die Deutung des ProstG als vollständigen, staatlichen Rückzugs aus der Bekämpfung von Prostitution und die darauf basierende Rechtfertigung einer Einsparung personeller Ressourcen als kontraproduktiv erwiesen.¹⁰²

cc) Mangel an organisatorischen Ressourcen

Zudem erweist sich in der Praxis der Umstand als extrem problematisch, dass für die Bekämpfung von Menschenhandel einer Parallelzuständigkeit mehrerer Fachdezernate ohne übergeordnete Koordinationsstelle herrscht.¹⁰³

Die Komplexität der Normen und Sachverhalte, sowie Zeit- und Personalintensität erfordern jedoch eine entsprechende Spezialisierung und Informationsbündelung.¹⁰⁴

Außerdem sollte eine Zusammenarbeit zwischen Strafverfolgungsbehörden und NGOs insoweit intensiviert werden, als dass jene aufgrund ihres Spezialisierungs- und Sensibi-

¹⁰¹ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 10; Post, S. 221.

¹⁰² Post, S. 207; Rautenberg, Erardo Cristoforo, Prostitution: Das Ende der Heuchelei ist gekommen!, NJW 2002, 650, 652; Schmidbauer, Wilhelm, Menschenhandel und polizeiliche Bekämpfungsansätze, Kriminalistik 2005, 548, 549 f.

¹⁰³ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 12; Post, S. 222.

¹⁰⁴ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 12.

lisierungsgrades über das notwendige Wissen verfügen, um die Opfer für eine verwertbare Aussage zu stabilisieren.¹⁰⁵ Gleichwohl differieren die staatlichen Zuschüsse von Bundesland zu Bundesland bzw. werden infolge knapper Haushalte reduziert, so dass sich dies in der jeweiligen Effektivität niederschlägt.¹⁰⁶

Der Menschenhandel in der transnationalen Dimension erfordert zudem eine grenzüberschreitende Kooperation zwischen den nationalen Strafverfolgungsbehörden.¹⁰⁷ Eine solche wird jedoch gegenwärtig durch die unzureichende Rechtsharmonisierung, die mangelnde Kooperationsbereitschaft der ersuchten Länder, den Mangel an festen Ansprechpartnern, ein mangelndes Vertrauen in die Rechtstaatlichkeit der Länder, sowie die Dauer von Rechtshilfeersuchen schwerst beeinträchtigt.¹⁰⁸

b) Strafverfolgungseffektivität in der Ukraine

Wenngleich in der Ukraine 2011 und 2012 die gesetzlichen Bestimmungen kontinuierlich konkretisiert und den internationalen Bestimmungen angepasst wurden, reduzierte die ukrainische Regierung gleichzeitig die personellen und finanziellen Ressourcen 2012 im

¹⁰⁵ Post, S. 216, 223.

¹⁰⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 12.

¹⁰⁷ Zimmermann, S. 35; Follmar-Otto, Petra, Ein Menschenrechtsansatz gegen in Menschenhandel, in: Menschenhandel in Deutschland, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2009, S. 24.

¹⁰⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 10; Post, S. 224; Zimmermann, S. 168 f.

Vergleich zu den Vorjahren deutlich.¹⁰⁹ Anlässlich der Eingliederung der spezialisierten Einheit zur Bekämpfung von Menschenhandel in das Innenministerium 2011 erfuhren die auf Menschenhandel spezialisierten Dezernate im Innenministerium und in den Regionen eine personelle Kürzung um durchschnittlich 50%.¹¹⁰ Damit mangelt es in den Behörden nicht nur quantitativ, sondern vor allem qualitativ an personellen Ressourcen, um Menschenhandel effektiv zu erkennen und zu verfolgen. Zudem hat die Regierung 2012 keine finanziellen Mittel zur Bekämpfung des Menschenhandels bereitgestellt.¹¹¹ Infolgedessen sind Ermittlungs-, Verfolgungs- und Verurteilungszahlen 2012 gegenüber den Vorjahren beträchtlich gesunken. Zudem wird die Bekämpfung durch die in staatlichen Institutionen weitverbreitete Korruption massiv beeinträchtigt, gleichzeitig jedoch kaum geahndet.¹¹²

Trotz ambitionierter gesetzlicher Reformen ist daher infolge des akuten personellen und finanziellen Ressourcenmangels und der Korruption die Strafverfolgung wenig effektiv.

¹⁰⁹ USD, TPR 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

¹¹⁰ USD, TPR 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

¹¹¹ USD, TPR 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

¹¹² USD, TPR 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

c) Bewertung

Wenngleich das Prostitutionsgesetz in Deutschland zum einen den Zutritt der Kriminalpolizei in das Rotlichtmilieu einschränkt und zum anderen kriminalpolitisch zu einem Ressourcenabzug im Bereich der Bekämpfung von fremdbestimmter Prostitution genutzt wurde, ist zur Bekämpfungseffektivierung eine Revision des ProstG nicht geboten. Das ProstG bezweckt, den Prostituierten die Ausübung ihres sexuellen Selbstbestimmungsrecht zu gewährleisten, ohne dafür rechtlich abgewertet zu werden. Demnach unterläuft eine Revision des ProstG und das dann wieder gewährte umfangreiche Zutrittsrecht der Kriminalpolizei diese Wertung, da Prostituierte in ihrem sexuellen Selbstbestimmungsrecht massiv eingeschränkt würden.

Auch verspricht eine Revision bzw. ein Verbot der Prostitution kaum zur Effektivierung der Bekämpfung von Menschenhandel beizutragen. Im Gegenteil dazu führt die Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeit wie in der Ukraine regelmäßig zu einer Relativierung bzw. Aberkennung des Opferstatus der Betroffenen und liefert sie der Willkür staatlicher Beamter aus.¹¹³

Andererseits obliegt dem Staat jedoch auch die Pflicht, die gewährte Freiheit zu sichern und die Prostituierten vor Eingriffen in ihre

¹¹³ USD, TPR 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit zu schützen. Die Erfüllung dieser Schutzpflicht wird durch die Legalisierung der Prostitution jedoch nicht verhindert. Vielmehr hat sich die Hauptzuständigkeit hinsichtlich der Kontrolle im Prostitutionsmilieu in das Polizei- und Ordnungsrecht verlagert, während Strafrecht lediglich als „Ultima Ratio“ nach den Voraussetzungen der Menschenhandelsvorschriften angewandt werden sollte.

2. Prävention

Die Existenz von Menschenhandel ist auf das Bestehen von Angebot und Nachfrage nach der „Ware Mensch“ zurückzuführen. Daher muss eine wirksame Bekämpfung deren Reduktion forcieren, wobei bei der Zielrichtung der Maßnahmen die Merkmale zu beachten sind, die Deutschland als Zielland und die Ukraine demgegenüber als Herkunfts- und Transitstaat charakterisieren.

a) Prävention in Deutschland

aa) Prävention durch Bewusstseinsbildung

In Deutschland sucht jeder dritte bis fünfte Mann regelmäßig eine Prostituierte auf.¹¹⁴ Neben dem Wunsch, umsorgt zu werden, liegen dieser hohen Nachfrage nach sexuellen Dienstleistungen auch das Bedürfnis nach dem Ausleben von Macht und der klischeebe-

¹¹⁴ Zimmermann, S. 130; Post, S. 76; Ackermann, Lea/Bell, Inge/Koelges, Barbara, *Verkauft, Versklavt, zum Sex gezwungen: Das große Geschäft mit der Ware Frau*, München 2005, S. 69; Paulus, Manfred, *Frauenhandel und Zwangsprostitution. Tatort Europa*, 2003, Hilden, S. 5.

haftete exotische Reiz der gegenüber westlichen Frauen vermeintlich warmherzigeren ausländischen Frauen zugrunde.¹¹⁵ Davon ausgehend streben vor allem NGOs, aber auch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eine Reduktion von Angebot und Nachfrage durch Bewusstseinsbildung hinsichtlich der Existenz und Gefahren von Menschenhandel an.¹¹⁶ Allerdings verdeutlichte eine Sensibilisierungskampagne von „terre de femmes“ aus dem Jahr 1999, dass Freier selten dadurch abgeschreckt werden bzw. ihre Anzeigebereitschaft kaum gefördert wird.¹¹⁷

bb) Prävention durch Einführung einer Freierstrafbarkeit

Umstritten ist daher, inwieweit der Freier eines Opfers von Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung strafrechtlich belangt werden sollte.

Gegen eine gesonderte „Freierstrafbarkeit“ werden hauptsächlich drei Einwände geltend gemacht: die mangelnde Strafbedürftigkeit aufgrund eines bereits umfassenden Sexualstrafrechts,¹¹⁸ die mangelnde Effizienz des

¹¹⁵ Dreixler, Markus, *Der Mensch als Ware, Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht*, Frankfurt am Main 1998, S. 210; Ackermann/Bell/Koelges, S. 67 ff.

¹¹⁶ Post, S. 228.

¹¹⁷ Zimmermann, S. 139 f.; Renzikowski, Joachim, *Freierbestrafung – Ja oder Nein?*, März 2006, http://www.gegen-frauenhandel.de/sites/gegen-frauenhandel.de/files/2006_vortrag_prof.dr._joachim_renzikowski_0.pdf, (Stand: 30.6.2013).

¹¹⁸ Heinrich, Bernd, *Notwendigkeit der Einführung eines Freiertatbestandes zur Bekämpfung der*

Straftatbestandes und rechtstaatliche Bedenklichkeit infolge von Beweisschwierigkeiten¹¹⁹ und negativen Auswirkungen auf den Opferschutz durch die verminderte Aussagebereitschaft der Freier.¹²⁰

Aufgrund des „Ultima-Ratio-Prinzips“ im Strafrecht bedarf es einer Schutzlücke für ein Rechtsgut, welche die gesonderte Strafbedürftigkeit eines strafwürdigen Verhaltens legitimiert.

Grundsätzlich schützen die §§ 177, 178, 180a, 181a, 232, 240 Abs. 4 Nr. 1 Alt. 1. StGB das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Deren Erfüllung erfordert eine aktive Willensbeeinträchtigung durch den Täter. Der Freier nutzt hingegen die durch Zuhälter bereits geschaffene Willensbeeinträchtigung. Daher macht sich der Freier nicht nach § 232 Abs. 1 StGB strafbar, auch wenn er um das Vorliegen von Menschenhandel weiß, da er nur eine bereits bestehende, von einem anderen zu verantwortende Gelegenheit wahrnimmt und das Opfer nicht wirtschaftlich ausbeutet.¹²¹ Eine Beihilfe zum Menschenhandel gem. §§ 232, 27 StGB scheidet ebenfalls aus, da bereits mit Vornahme der ersten sexuellen Handlung des Opfers die Tat beendet und nicht mehr beteiligungsfähig ist.¹²² Eine Strafbarkeit gem. §

177 Abs. 1 StGB wegen sexueller Nötigung scheidet in den meisten Fällen daran, dass der Täter dazu eine Lage ausnutzen muss, in welcher das Opfer dem Täter schutzlos ausgeliefert ist. Dazu muss die sich aus der schutzlosen Lage ergebende Zwangswirkung für das Opfer dem Täter zugerechnet werden können.¹²³ Diese wird bei Menschenhandel jedoch regelmäßig durch den Zuhälter und nicht durch den Freier hervorgerufen. Außer in den Fällen, in denen er selbst i.S.d. § 240 Abs. 4 StGB nötigt, sich an Nötigungen des Zuhälters beteiligt oder selbst i.S.d. § 177 StGB vergewaltigt, wird das Freierverhalten nicht erfasst und jener bleibt somit straflos.¹²⁴

Das Freierverhalten ist gleichwohl in zweifacher Hinsicht strafwürdig. Zum einen verletzt auch jener, der nicht selbst aktiv eine Willensbeeinträchtigung herbeiführt, sondern diese zu seinem Vorteil ausnutzt, objektiv das sexuelle Selbstbestimmungsrecht. Der hinsichtlich der Lage des Opfers vorsätzlich handelnde Freier zieht seinen Vorteil aus einer bereits bestehenden Schwächeposition.¹²⁵ Auch dabei handelt es sich jedoch nach den in §§ 174, 174a-c, 179 StGB zum Ausdruck kommenden Wertungen um strafwürdiges Verhalten. Zum anderen leistet der Freier

Zwangsprostitution, Kriminalpolitisches Forum, 2008, Berlin, S. 3.

¹¹⁹ Graf, Verhandlung des Dt. BT, 15. Wahlperiode, 175. Sitzung, 16398.

¹²⁰ Thoma, NkrimPol 2005, 54.

¹²¹ BR-Drs. 738/04, 1 ff.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 84.

¹²² Zimmermann, S. 131.

¹²³ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 177, Rn. 51.

¹²⁴ Zimmermann, S. 133; Merk, Beate, Freierstrafbarkeit – Ein kriminalpolitisches Dauerthema?, ZRP 2006, 250, 251.

¹²⁵ Zimmermann, S. 137; Renzikowski, Joachim, An den Grenzen des Strafrechts – Die Bekämpfung der Zwangsprostitution, ZRP 2005, 213, 214; Merk, ZRP 2006, 251.

Beihilfe zum zukünftigen Menschenhandel, indem er durch seine Nachfrage den ausschlaggebenden Tatanreiz schafft.¹²⁶ Dabei ist die Strafwürdigkeit in dem Leisten eines für die Herstellung kumulativ kausalen Beitrags zu sehen.¹²⁷ Ein solcher liegt vor, wenn von einer Vielzahl gleichartiger Verhaltensweisen bei Hinwegdenken aller Verhaltensweisen der Erfolg entfiere. Würde folglich niemand mehr die Dienste von Zwangsprostituierten in Anspruch nehmen, entfiere mangels Nachfrage die Beschaffung des Angebots durch Menschenhandel.¹²⁸ Jene Argumentation liegt auch der Strafbarkeit des Besitzes von Kinderpornografie zugrunde.¹²⁹ Es besteht somit eine Strafbarkeitslücke.

Daher wurde die Einführung eines „Freierstrafatbestandes“ diskutiert, wonach das Ausnutzen der „durch eine rechtswidrige Tat nach § 232 StGB geschaffene Lage des Opfers“ strafbar sein sollte.¹³⁰

Die Einführung einer Freierstrafbarkeit entspricht dabei dem Inhalt internationaler Bekämpfungsstrategien, insbesondere verpflichtet sowohl die Europaratskonvention 2005,¹³¹ als auch die EU-Richtlinie aus dem Jahr

¹²⁶ Zimmermann, S. 138; Kauder, BT-Plenarprotokoll 15/135, S. 12370 f.

¹²⁷ Zimmermann, S. 138.

¹²⁸ Renzikowski, ZRP 2005, 215; Merk, ZRP 2006, 251; Thoma, NkrimPol 2005, 54.

¹²⁹ BGBI. 1993 I, 1346; Gropp, Walter, Besitzdelikte und periphere Beteiligung. Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie, in: Festschrift für Harro Otto 2007, S. 260 ff.

¹³⁰ BT-Drs. 15/5326, 4; BR-Drs. 140/05.

¹³¹ Art. 18 Europaratskonvention Nr. 197 vom 16.05.2005; Zimmermann, S. 130.

2011¹³² die Bestrafung desjenigen, der die Dienste von Opfern von Menschenhandel erfragt, in Betracht zu ziehen.

Es erscheint jedoch fraglich, inwieweit dem Freier Vorsatz hinsichtlich des Ausnutzens der Lage des Menschenhandelsopfers nachgewiesen werden kann bzw. inwieweit es mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar ist, von ihm eine Abgrenzung von freiwilliger und unfreiwilliger Prostitution zu erwarten. Eine nicht zu erbringende Beweisführung führt zur Nichtanwendung des Straftatbestandes, dessen Existenz dann nicht mehr durch Rechtsgüterschutz legitimiert, sondern als ineffektives, auf gesellschaftliche Beruhigung ausgerichtete „Symbolstrafrecht“ mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar ist.¹³³ Beweisschwierigkeiten durchziehen jedoch das gesamte Sexualstrafrecht und rechtfertigen nicht unzureichenden Schutz eines hochrangigen Rechtsgutes, was gerade die Strafbarkeit von Vergewaltigung in der Ehe unterstreicht,¹³⁴ dessen Beweis ebenso schwierig zu erbringen ist. Symbolwirkung von Strafrecht ist verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie primär dem Rechtsgüterschutz dient.¹³⁵ Der Schluss von äußerlichen Feststellungen, wie z.B. vergitterte Fenster, Spuren von Ge-

¹³² Abl. EU L 104/05 Rn. 26; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 27.

¹³³ Renzikowski, ZRP 2005, 214; Hassemer, Winfried, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSTZ 1989, 553.

¹³⁴ Merk, ZRP 2006, 251; Renzikowski, ZRP 2005, 215.

¹³⁵ Renzikowski, Freierbestrafung – Ja oder Nein?, S. 4; Hassemer, NSTZ 1989, 554.

waltanwendung, Drogeneinfluss, auf den Vorsatz ist im Strafrecht üblich, wie auch die Möglichkeit einer gerichtlichen Einordnung der Aussage des Täters als Schutzbehauptung.¹³⁶

Die Freierstrafbarkeit ist damit nicht grundsätzlich ineffektiv und verfassungswidrig.

Jedoch könnte durch sie der Opferschutz beeinträchtigt werden, indem die Freier kaum mehr zur Mithilfe bereit wären und aus Angst vor Selbstbeziehung von ihrem Schweigerrecht gem. § 136 StPO und Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO Gebrauch machen würden.¹³⁷

Es ist allerdings verfehlt, eine Kriminalisierung strafwürdigen Verhaltens mit der Begründung zu unterlassen, dass dadurch Beschuldigtenrechte verschafft werden. Zumal dann auch die Strafbarkeit des Erwerbs von Kinderpornografie und illegalen Drogen aus diesem Grund abgelehnt werden müsste.¹³⁸

Zudem sah der Gesetzesentwurf eine Kronzeugenregelung vor, welche dem Freier erhebliche Strafmilderung bei einer Aussage zusicherte.

Somit erscheint es dringend geboten, die Strafbarkeitslücke durch Einführung einer Freierstrafbarkeit zu schließen. Dafür sollte „leichtfertiges“ Handeln des Freiers jedoch nicht ausreichen, da das Sexualstrafrecht die

¹³⁶ Renzikowski, ZRP 2005, 215; Hruschka, Joachim, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Festschrift für Theo Kleinknecht 1985, S. 191 ff.

¹³⁷ Thoma, NkrimPol 2005, 54.

¹³⁸ Zimmermann, S. 144.

fahrlässige Verletzung des sexuellen Selbstbestimmungsrechts nicht kennt und hier die Grenze des Art. 103 Abs. 2 GG überschritten wäre.¹³⁹ Zudem sollte aber für die Strafbarkeit des Freiers das Ausnutzen der durch § 232 StGB qualifizierten Zwangslage ausreichen und keine rechtswidrige Tat nach § 232 StGB erforderlich sein, um den verschiedenen strafwürdigen Verhaltensweisen von Menschenhändler und Freier vollumfänglich gerecht zu werden.¹⁴⁰

b) Prävention in der Ukraine

Da es sich bei der Ukraine hauptsächlich um ein Herkunfts- und Transitland von Menschenhandel handelt, bezwecken Präventionsmaßnahmen vor allem die Reduktion des Angebots. Insoweit hat die ukrainische Regierung zusammen mit der OSZE eine Aufklärungskampagne durchgeführt, welche schätzungsweise zwei bis drei Millionen Menschen erreicht hat und das Bewusstsein für die Existenz und Gefahren von Menschenhandel schärfen sollte.¹⁴¹ Ein weiterführender Aktionsplan der Regierung scheiterte jedoch an der mangelnden Berücksichtigung in dem Haushaltsplan sowohl auf nationaler als auch auf lokaler Ebene.¹⁴² Unmittelbar der Reduktion der Nachfrage nach käuflichem Sex bzw.

¹³⁹ Renzikowski, ZRP 2005, 215.

¹⁴⁰ Renzikowski, ZRP 2005, 215.

¹⁴¹ USD, TPR 2012, S. 375, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

¹⁴² USD, TPR 2012, S. 375, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

nach Zwangsarbeit dienende Maßnahmen werden nicht in Erwägung gezogen.

3. Opferschutz

a) Opferschutz in Deutschland

Die Organisationsstruktur des Menschenhandels ist deswegen so effektiv, weil die Täter sich zumeist sowohl die psychische und physische Verletzlichkeit der Opfer als auch ihre rechtliche Doppelrolle als Opfer einerseits und illegaler Migrant andererseits zunutze machen.¹⁴³

So gelingt es den Tätern, den Opferstatus der Betroffenen sowohl gegenüber der schutzpflichtigen Staatsgewalt als auch gegenüber den Betroffenen selbst zu relativieren und (Selbst-)Schutzmechanismen abzuschwächen. In der doppelten Zwangslage gegenüber Tätern einerseits und der Staatsgewalt des Zielandes andererseits gehen die meisten Opfer aus Angst vor strafrechtlicher Verfolgung, Abschiebung und mangels einer Perspektive, langfristig vor den Tätern geschützt zu sein, eine „unheilvolle Allianz“ mit jenen ein und verweigern die Aussage.¹⁴⁴ Fehlende oder instabile Aussagen stellen jedoch die Hauptursache für das Scheitern der Strafverfolgung von Menschenhändlern dar.¹⁴⁵

¹⁴³ Hempel, Lukas, Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, 2011, Hamburg, S. 158; Hofmann, S. 399; Nautz/Sauer, S. 12.

¹⁴⁴ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 11; Herz, S. 320 f.

¹⁴⁵ Zimmermann, S. 170; Herz, S. 295, 321 f.

Die Stabilisierung der Opfer ist demnach sowohl für eine effiziente Strafverfolgung der Täter, als auch zur Vermeidung einer Reviktimisierung essentiell.

Allerdings setzt ein Strafverfahren voraus, dass das Opfer nicht zwischenzeitlich abgeschoben wurde, sondern gem. Art. 6 Abs. 3 EMRK von Angeklagtem und Verteidiger befragt werden kann.¹⁴⁶ Regelmäßig scheidet jenes jedoch durch Ausweisung des drittstaatsangehörigen Opfers und dadurch bedingten Unmöglichkeit, eine Aussage zu bekommen.¹⁴⁷ Zwar besteht seit der Umsetzung der Opferschutzrichtlinie von 2004 mit § 25 Abs. 4a AufenthG die Möglichkeit, einem mutmaßlichen drittstaatsangehörigen Opfer von Menschenhandel für die Dauer des Strafverfahrens einen vorübergehenden Aufenthaltstitel zu verleihen. Dies setzt jedoch voraus, dass sich das Opfer bereit erklärt, im Strafverfahren zu kooperieren.¹⁴⁸

Gem. Art. 14 Abs. 1

der Europaratskonvention ist Deutschland jedoch nicht nur verpflichtet, einen verlängerbaren Aufenthaltstitel zu verleihen, wenn es zur Strafverfolgung erforderlich ist, sondern auch dann, wenn der Aufenthalt aufgrund der persönlichen Situation des Menschenhandelsopfers dies erforderlich macht. Die Begrenzung des Schutzzumfangs steht somit im Wi-

¹⁴⁶ Post, S. 211; Renzikowski, Joachim, Ausländerrechtliche Probleme des Frauenhandels, ZAR 2006, 55, 57.

¹⁴⁷ Zimmermann, S. 170; Post, S. 211.

¹⁴⁸ Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 110.

derspruch zu internationalen Vorgaben. Zudem sind die Voraussetzungen des § 25 Abs. 4a AufenthG regelmäßig so hoch angesetzt, dass Aufenthaltstitel kaum vergeben werden.¹⁴⁹ Auch die nicht auf den Menschenhandelsopferstatus anknüpfenden Möglichkeiten des Abschiebeschutzes, wie die Aufnahme in ein Zeugenschutzprogramm gem. § 72 Abs. 4 AufenthG oder eine Aufenthaltserlaubnis der Härtefallkommission gem. § 23 AufenthG, sind regelmäßig schwer zu erlangen und werden insbesondere der besonderen humanitären Notlage der Opfer nicht gerecht.¹⁵⁰ Stattdessen werden die Opfer gem.

§ 15a AufenthG in Sammelunterkünften untergebracht und damit dem Zugriff der Menschenhändler preisgegeben. Von einem Opfer, welches sich mit einer Aussage in eine derart exponierte Lage versetzen würde, ist eine solche folglich nicht zu erwarten.¹⁵¹ Die hinsichtlich des Strafverfahrens bedingte und befristete Erteilung des Aufenthaltstitels werden somit weder den internationalen Anforderungen an die staatliche Schutzpflicht noch

dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse gerecht.

Auch die psychische und physische Stabilisierung der Opfer, welche eine psychologische, finanzielle und soziale Versorgung der Opfer vor, während und insbesondere nach dem Strafverfahren erfordert,¹⁵² wird hauptsächlich durch staatlicherseits mangelhaft unterstützten NGOs wahrgenommen.¹⁵³

Originär staatliche Leistungen hingegen erfolgen nur in enger Anbindung an das Strafverfahren und in Abhängigkeit von der Kooperationsbereitschaft der Opfer.¹⁵⁴ Entsprechend deckt die staatliche Versorgung auch nur jene Versorgungsbereiche ab, welche notwendig sind, um das Opfer als Beweismittel im Strafverfahren zu erhalten.¹⁵⁵ Dies stellt einen Verstoß gegen die Europaratskonvention dar, wonach eine bedingungslose Unterstützung aller Opfer gewährleistet sein muss.¹⁵⁶ Eine Beibehaltung des status quo stellt zudem einen Verstoß gegen Prinzipien des Grundgesetzes dar, wonach der Mensch nicht bloß als Mittel zum Zweck im Strafverfahren behandelt werden darf.¹⁵⁷

¹⁴⁹ Solwodi e.V., Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Europaratskonvention vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a13/anhoerungen/archiv/2012/menschenhandel/stellungnahmen/17_13_161d.pdf, (Stand: 16.06.2013), S. 3.

¹⁵⁰ Post, S. 212 ff.

¹⁵¹ Piotrowicz, Ryszard, European initiatives in the protection of victims of trafficking who give evidence against their traffickers, *International Journal of Refugee Law*, Vol 14 2002, 263, 278.

¹⁵² KOK, Stellungnahme zu BT-Drs. 17/13706, S. 3; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 27.

¹⁵³ Post, S. 232 f.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232 Rn. 12; Mentz, S. 266f.

¹⁵⁴ Renzikowski, ZAR 2006, 60; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232, Rn. 26.

¹⁵⁵ Post, S. 213.

¹⁵⁶ Art. 12 VI Europaratskonvention Nr. 197.

¹⁵⁷ Renzikowski, ZAR 2006, 60; Renzikowski, in: MüKo-StGB, § 232, Rn. 26; Follmar-Otto, S. 24.

b) Opferschutz in der Ukraine

Die reformierten Gesetze enthalten, wie in den internationalen Abkommen gefordert, das Recht der Opfer auf rechtliche, medizinische und soziale Unterstützung. Allerdings scheidet eine Inanspruchnahme dieser Rechte zunehmend seit 2012 daran, dass die Anerkennung des Opferstatus verweigert wird.¹⁵⁸ Zudem leiden die Opfer häufig unter Verantwortungsdiffusion durch die Übertragung der formalen Zuständigkeit ihrer Versorgung auf die verschiedenen Regionen. Der Mangel an übergeordneten oder wenigstens einheitlichen Koordinationsstrukturen innerhalb der regionalen Behörden erschwert die Kooperation mit NGOs, welche hauptsächlich die finanzielle, rechtliche und medizinische Versorgung der Opfer in der Ukraine leisten.¹⁵⁹ Zudem werden Opfer in der Ukraine oftmals mehr als „Täter“ denn als Opfer angesehen, da Art. 181 UkrOWiG Prostituierte in die Illegalität abdrängt und in ihrer besonders gefährdeten Situation schutzlos stellt.

4. Vergleich und Bewertung

Die effektive Nutzung normativer Verfolgungsmöglichkeiten ist abhängig von dem

¹⁵⁸ USD, TPR 2012, S. 374, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013). Demnach sank die Zahl der identifizierten Opfer 2012 auf 187 im Vergleich zu 294 2011 und 277 2010. Von diesen 187 wurden die genannten Rechte nur 16 Opfern tatsächlich gewährt.

¹⁵⁹ USD, TPR 2012, S. 375, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

gesellschaftlichen Verfolgungswillen. Die Verfolgung von Menschenhandel wird sowohl in Deutschland als auch in der Ukraine hauptsächlich durch eine politisch verfehlte Ressourcenallokation, administrative Verantwortungsdiffusion und Mangel an dezernats-, behörden-, länder-, staaten- sowie institutionenübergreifender Kooperation erschwert. Es gilt daher sowohl für Deutschland als auch für die Ukraine, die zuständigen Stellen zu sensibilisieren und eine gesellschaftliche Debatte darüber anzuregen, inwieweit die derzeitige finanzielle und personelle Ressourcenverteilung der Wertigkeit der von Menschenhandel betroffenen Rechtsgüter entspricht.

Zudem muss in Deutschland als Zielland eine Reform des Aufenthaltsrecht erfolgen, um wirksamen Schutz vor Eingriffen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht unabhängig von Aufenthaltsstatus und Kooperationsbereitschaft der Opfer zu gewährleisten. Denkbar ist die Einführung eines «T-Visums» ähnlich dem italienischen Modell, wonach gehandelten Personen ein Aufenthaltstitel verliehen wird, der an ihren Opferstatus und nicht an ein Strafverfahren gegen die Täter geknüpft ist.¹⁶⁰

C. Fazit

Die wirksame Bekämpfung von Menschenhandel setzt voraus, dass jener als grenzüber-

¹⁶⁰ KOK, Stellungnahme zu BT-Drs. 17/13706, S. 3; Renzikowski, ZAR 2006, 61.

schreitender, hoch organisierter und extrem lukrativer Markt mit der „Ware Mensch“ begriffen und nicht auf einzelne Symptome wie illegale Migration oder Prostitution reduziert wird.

Diese Symptome sind jeweils ausschließlich einer Koordinate des Marktes, bestehend aus dem Angebot „handelbarer“ Menschen, der entsprechenden Nachfrage in den Zielländern und dem grenzüberschreitend agierenden und hoch organisierten Vermittler, zuzurechnen. Punktuelle Symptombekämpfung destabilisiert dieses dreidimensionale und demnach hochgradig anpassungsfähige Deliktfeld folglich nicht. Eine wirksame Bekämpfung setzt voraus, dass die diesen Markt konstituierenden Bedürfnisse reduziert, das Geschäft mit jenen Bedürfnissen pönalisiert und dessen Gewinnchancen minimiert werden.

Dabei wird Menschenhandel hauptsächlich durch das Wohlstandsgefälle in Europa und die mangelhafte Befriedigung ökonomischer Grundbedürfnisse in den Herkunftsländern begünstigt. Armutsreduktion ist jedoch nicht Aufgabe des Strafrechts. Gleichwohl ist es Aufgabe des Strafrechts das Geschäft mit Armut zu bekämpfen. Dabei sind die Vermittlung von Angebot und Nachfrage durch die Menschenhändler als auch die Nachfrage nach gehandelten Menschen jeweils als strafwürdiges Verhalten innerstaatlich zu sanktionieren.

Dabei ist zu beachten, dass die grenzüberschreitende Dimension eine international in-

haltlich kongruente und strukturell verständliche normative Ausgestaltung erfordert. Deutschland hat zwar inhaltlich die internationalen Vorgaben übernommen, aber an seiner nach außen schwer verständlichen Struktur festgehalten, was insbesondere internationale Rechtshilfe erschwert. Die ukrainischen tatbestandlichen Ausgestaltungen sowie das spezielle Sanktionssystem sind hingegen positiv hervorzuheben, da sie sich eng an internationalen Vorgaben orientieren, explizit in Art. 149 UkrStGB eine Beschlagnahme von Eigentum vorsehen und damit die wirtschaftliche Attraktivität des Menschenhandels mindern.

Auf der Grundlage harmonisierter Vorschriften muss in regionaler Kooperation eine effektive Überwachung von Grenzen und Flughäfen erfolgen, um Transaktionskosten des Handels zu erhöhen.

Gleichwohl erscheint eine Konzentration auf den Schutz der Integrität von Staatsgrenzen und der Funktionsfähigkeit der innerstaatlichen Strafrechtspflege verfehlt. Eine freiheitliche Grundordnung muss auch die Freiheit derer gewährleisten, welche zu ihrer Einforderung physisch und psychisch nicht in der Lage sind. Davon ausgehend ist zum einen unbedingt eine Strafbarkeit derer zu verankern, welche maßgeblich durch ihre Nachfrage diese Zwangslage verursachen und für ihre Zwecke bewusst ausnutzen. Des Weiteren ist hinsichtlich der Ausgestaltung der Strafverfolgungsmöglichkeiten zu beachten, dass den

Behörden unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes schärfere Eingriffsbefugnisse zugestanden werden müssen, um trotz mangelnder Anzeigebereitschaft der Opfer deren effektiven Rechtsgüterschutz zu gewährleisten. Gleichwohl können die dazu erforderlichen personellen und organisatorischen Ressourcen in den Ordnungsbehörden nicht durch eine Ausweitung der strafrechtlichen Verfolgungsmöglichkeiten oder umfassende Illegalisierung der Prostitution ersetzt werden. Demnach sollte entsprechend der Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter eine Ressourcenumverteilung von der Bekämpfung von Bagatellkriminalität hin zu einer Ermöglichung systematischer Razzien im Bereich des Menschenhandels erfolgen. Zum anderen entspricht es der staatlichen Schutzpflicht, die Geschäftsgrundlage der Menschenhändler, also die zunächst sozioökonomische und anschließend rechtliche Zwangslage der gehandelten Personen, zu beseitigen. Hierbei sind die Grenzen des Strafrechts erreicht. Insofern besteht in den Zielländern die Notwendigkeit den Status der gehandelten Personen Aufenthaltsrechtlich unabhängig von ihrer Kooperationsbereitschaft im Strafverfahren aufzuwerten und einer Reviktimisierung durch Stabilisierungsmaßnahmen vorzubeugen. In den Herkunftsländern sind hingegen sowohl an Bevölkerung als auch staatliche Stellen gerichtete Aufklärungskampagnen durchzuführen und klare staatliche Verantwortungsstrukturen zu etablieren.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die derzeitige Konzentration auf die staatliche Verfolgung der Händler und Behandlung der gehandelten Personen als Störer der innerstaatlichen Rechtsordnung nicht dem Selbstverständnis einer der Würde des Menschen verpflichteten Rechtsordnung entspricht. Immerhin tragen faktisch deren Bürger selbst zu dieser „Verdinglichung des Menschen durch Menschen“¹⁶¹ bei.

D. Literaturverzeichnis

Ackermann, Lea/ Bell, Inge/ Koelges, Barbara: Verkauft, Versklavt, zum Sex gezwungen: Das große Geschäft mit der Ware Frau, München 2005.

Bilitewski, Helga: Gehandelte Frauen: Durch Illegalität rechtlos, aus: *Nachtexpress*, Zeitung für Bar, Bordell und Bordstein, in: *Hamburger Frauenzeitung*, 12. Jhg., 1995, Nr. 46, S. 4.

Brockhaus-Wahrig: Deutsches Wörterbuch. Erster Band, A – BT, Wiesbaden 1980.

Bundeskriminalamt: Bundeslagebericht Menschenhandel 2011, dokumentiert auf: www.bka.de/lageberichte/mh.html.

¹⁶¹ Tretter, Hannes, Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung des internationalen Sklavereiverbotes, in: *Festschrift für Felix Ermacora* 1988, S. 527, 531.

Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung e. V.: Seven questions to Seo-Young Cho, Economic-Bulletin, Volume 2, No 11, 2 November, 2012, S. 10.

Dreixler, Markus: Der Mensch als Ware, Erscheinungsformen modernen Menschenhandels unter strafrechtlicher Sicht, Frankfurt am Main 1998.

European Commission, Eurostat: Trafficking in Human Beings, 15.04.2013

Eydner, John Richard: Der neue § 233 StGB - Ansätze zum Verständnis der „Ausbeutung der Arbeitskraft“, NStZ 2006, 10.

Follmar-Otto, Petra: Ein Menschenrechtsansatz gegen in Menschenhandel, in: Menschenhandel in Deutschland, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2009.

Frommel, Monika: Die Reform der Strafbarkeit von Menschen- und Frauenhandel aus kriminologischer Sicht, NkrimPol 2005, 57.

Frommel, Monika/ Schaar, Martin: Einwände gegen den am 19.2.2005 neugefassten Straftatbestand des Menschenhandels in § 232 Abs. 1 StGB, NkrimPol 2005, 61.

Gössel, Karl Heinz: Das neue Sexualstrafrecht, Berlin 2005.

Gropp, Walter: Besitzdelikte und periphere Beteiligung. Zur Strafbarkeit der Beteiligung

an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie, in: Festschrift für Harro Otto 2007, S. 249 – 264.

Hagen, Horst: Menschenwürde und gute Sitten: Gedanken zum Prostitutionsgesetz, in: Jickeli, Joachim/Kreutz, Peter/Reuter, Dieter (Hrsg): Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003.

Han, Petrus: Frauen und Migration, 2003.

Hassemer, Winfried: Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NStZ 1989, 553.

Heger, Martin: Zum Einfluss des Prostitutionsgesetzes auf das Strafrecht, StV 2003, 350.

Heinrich, Bernd: Notwendigkeit der Einführung eines Freierratbestandes zur Bekämpfung der Zwangsprostitution, Kriminalpolitisches Forum, Berlin 2008.

Heinz, Wolfgang: Menschenhandel und Menschen schmuggel in: Trifterer, Otto (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 127

Hempel, Lukas, Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Hamburg 2011.

Herz, Annette/ Minthe, Eric: Straftatbestand Menschenhandel, Verfahrenszahlen und Determinanten der Strafverfolgung, München 2006.

Hofmann, Johannes: Menschenhandel. Beziehungen zur Organisierten Kriminalität und Versuche der strafrechtlichen Bekämpfung, Frankfurt am Main 2002.

Hruschka, Joachim: Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Festschrift für Theo Kleinknecht 1985, S. 191.

Hughes, Donna M.: The „Natasha Trade“: The Transnational Shadow Market of Trafficking in Women, National Institute of Justice Journal (NIJ), January 2001, S. 9.

International Organization for Migration: Trafficked Migrant Women in Germany, Report 2, 1998.

Joecks, Wolfgang/ Miebach, Klaus (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2012.

Karpov N.S., Kriminalistik Charakteristik des Menschenhandels/ Universitärer wissenschaftlicher Zettel, 2005, № 3(15).

Kartusch, Angelika/ Knaus, Katharina/ Reiter, Gabriele: Bekämpfung des Frauenhandel nach internationalem und österreichischem Recht, Wien 2000.

König, Peter: An den Grenzen des Strafrechts - Die Bekämpfung der Zwangsprostitution, ZRP 2006, 99.

Koelges, Barbara/ Thoma, Birgit/ Welter-Kaschub, Gabriele: Probleme der Strafverfol-

gung und des Zeuginnenschutzes in Menschenhandelsprozessen, 2002.

KOK e.V. Potsdam (Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Frauenhandel und Gewalt an Frauen im Migrationsprozess e.V.): Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes vom 04.06.2013 zur Bekämpfung des Menschenhandels und Überwachung von Prostitutionsstätten (BT-Drucksache 17/13706) vom 20.06.2013.

KOK e.V. Potsdam (Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Frauenhandel und Gewalt an Frauen im Migrationsprozess e.V.): Frauenhandel (n) in Deutschland, 2000.

Lamnek, Siegfried: Sex and Crime: Prostitution und Menschenhandel, Wiesbaden 2003.

Lindner, Christoph: Anspruch auf umfassenden Schutz vor Menschenhandel nach Art. 4 EMRK, ZAR 2010, 137.

Maihold, Günther: Der Mensch als Ware, Studie der Stiftung Wissenschaft und Politik, 2011.

Mentz, Ulrike: Frauenhandel als migrationsrechtliches Problem, Hamburg 2001.

Merk, Beate: Freierstrafbarkeit – Ein kriminalpolitisches Dauerthema?, ZRP 2006, 250.

Munro, Vanessa E.: Über Rechte und Rhetorik: Diskurse um Erniedrigung und Ausbeu-

tion im Kontext von Sexhandel, Kritische Justiz 2009, 365.

Nautz, Jürgen/ Sauer, Birgit: Frauenhandel. Diskurse und Praktiken. Transkulturelle Perspektiven, Band 6, Göttingen 2008.

Neske, Matthias/ Heckmann, Friedrich/ Rühl, Stefan: Menschenschmuggel – Expertise im Auftrag des Sachverständigenrats für Zuwanderung und Integration, Europäisches Forum für Migrationsstudien, 2004.

Oppermann, Thomas: Europarecht, 3. Auflage, München 2005.

Orlova, Alexandra/ Baglay, Sasha: Stumpfe Waffen des Gesetzes in: Osteuropa 6/2006, Osteuropa: Mythos Europa – Prostitution, Migration, Frauenhandel, 2006.

Paulus, Manfred: Mädchen-, Frauen-, Kinderhandel und Zwangsprostitution, Kriminalist 2005, 103.

Paulus, Manfred: Frauenhandel und Zwangsprostitution. Tatort Europa, Hilden 2003.

Piotrowicz, Ryszard: European initiatives in the protection of victims of trafficking who give evidence against their traffickers, International Journal of Refugee Law, Vol 14, 2002, S. 263.

Post, Claudia: Kampf gegen den Menschenhandel im Kontext des europäischen Menschenrechtsschutzes, Hamburg 2008.

Rautenberg, Erardo Cristoforo: Prostitution. Das Ende der Heuchelei ist gekommen!, NJW 2002, 650.

Renzikowski, Joachim: Freierbestrafung – Ja oder Nein?, März 2006, http://www.gegenfrauenhandel.de/sites/gegenfrauenhandel.de/files/2006_vortrag_prof.dr._joachim_renzikowski_0.pdf (Stand: 30.6.2013).

Renzikowski, Joachim: Ausländerrechtliche Probleme des Frauenhandels, ZAR 2006, 55.

Renzikowski, Joachim: Die Reform der Straftatbestände gegen den Menschenhandel, JZ 2005, 879.

Renzikowski, Joachim: An den Grenzen des Strafrechts – Die Bekämpfung der Zwangsprostitution, ZRP 2005, 213.

Rolf, Ricarda: Die Bekämpfung des Frauenhandels mit den Mitteln des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Zivilrechts, Göttingen 2005.

Schmidbauer, Wilhelm: Das Prostitutionsgesetz zwischen Anspruch und Wirklichkeit aus polizeilicher Sicht, NJW 2005, 871.

Schmidbauer, Wilhelm: Menschenhandel und polizeiliche Bekämpfungsansätze, Kriminalistik 2005, 548.

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010.

Solwodi e.V.: Stellungnahme von Sr. Dr. Lea Ackermann SOLWODI Deutschland e.V. zum Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Europaratskonvention vom vom 16. Mai 2005 zur Bekämpfung des Menschenhandels, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a13/anhoerungen/archiv/2012/menschenhandel/stellungnahmen/17_13_161d.pdf, (Stand: 16.06.2013).

Schroeder, Friedrich-Christian: Das 37. Strafrechtsänderungsgesetz: Neue Vorschriften zur Bekämpfung des „Menschenhandels“, NJW 2005, 1393.

Schroeder, Friedrich-Christian: Gesetzestechnische Fehler im 37. Strafrechtsänderungsgesetz, GA 2005, 307.

Schwarzburg, Peter/ Hamdorf, Kai: Brauchen wir ein EU-Finanz-Strafgesetzbuch? - Materiellrechtliche Folgerungen aus dem Vorschlag der EU- Kommission zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, NStZ 2002, 617.

Thoma, Birgit: Strafverfahren gegen Frauenhändler, NkrimPol 2005, 52.

Tretter, Hannes: Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung des internationalen Sklaverei-

verbotes, in: Festschrift für Felix Ermacora 1988, 527.

United States Department: Trafficking in Persons Report 2012, <http://www.state.gov/documents/organization/210742.pdf>, (Stand: 30.09.2013).

Zimmermann, Sarah: Die Strafbarkeit des Menschenhandels im Lichte internationaler und europarechtlicher Rechtsakte, in: Gießener Schriften zum Strafrecht und zur Kriminologie, Gießen 2010.

**Die vorrevolutionäre Phase der Entwicklung der Instrumente der öffentlichen Verwaltung
zwischen 1907 und 1917**

Doz. Dr. Iryna Volodymyrivna Paterylo

Dozentin am Lehrstuhl für Zivil-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Nationale Universität Olesija Hontschera, Dnjepropetrovsk

Ukraine

In dem Beitrag wird die Auffassung vertreten, dass die Beschäftigung mit dem „historischen Weg“ der ukrainischen Verwaltungswissenschaft ein außerordentlich wichtiger Ansatz ist: Die Analyse der einzelnen rechtlichen Institute durch das Prisma deren historischen Entwicklung, die Besonderheiten der Entstehung und des Bestehens können die Antworten auf die Fragen nach deren Existenzberechtigung und nach den Aussichten auf deren Weiterbestehen geben. Diesem Ansatz folgend analysiert Autorin die Besonderheiten der Bildung der Instrumente der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung im russischen Imperium in der Periode von 1907 bis 1917. Dieser Ansatz stellt eine bedeutsame wissenschaftliche Neuerung dar, da bis zum heutigen Tag solche Untersuchungen kaum durchgeführt werden.

Entsprechend der Aufgabenstellung wurden von der Autorin diese Quellen untersucht: Der Stand der rechtsförmlichen Ausgestaltung der Tätigkeit der Akteure der öffentlichen Verwaltung im russischen Imperium; die grundlegenden wissenschaftlichen Theorien zur Bedeutung und zum Inhalt der Instrumente der öffentlichen Verwaltung; die Ergebnisse der Forschungen über die Wirkung der vorrevolutionären Arbeiten auf die weiteren Forschungen zu diesen Problemen. Dabei wurde insbesondere die Erkenntnis gewonnen, dass in dieser Periode die Instrumente der öffentlichen Verwaltung eine neue Qualität im Vergleich zu denen aus der vorherigen Zeit erhalten haben.

Diese Veränderungen werden nach Auffassung der Autorin durch diese Umstände verursacht: Erstens wurden in der Periode 1905 bis 1907 die Schritte hin zur Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit intensiviert. Zweitens wurde am 23. April 1906 eine neue Fassung der Gesetze über die Staatsgrundlagen angenommen, mit der wesentliche Änderungen auf dem Gebiet der Gestaltung der Staatsgewalt eingeführt wurden, die insbesondere die Anerkennung der Gewaltenteilung, die Festlegung des Wesens, der rechtlichen Wirkung und des Verfahrens der Annahme von Gesetzen, die Anerkennung des Grundsatzes des Vorranges des Gesetzes und die Einführung des Konzepts der untergesetzlichen Akte betrafen.

**Дореволюційний етап розвитку інституту інструментів діяльності
публічної адміністрації у період з 1907 по 1917 рр.**

Патерило Ірина

кандидат юридичних наук, доцент

доцент кафедри цивільного, трудового та господарського права

Дніпропетровського національного університету імені Олеся Гончара

Питання історії розвитку національної доктрини адміністративного права дедалі частіше привертають увагу українських авторів, що може бути пояснено майже повною відсутністю глибоких досліджень названої проблематики. Однак вивчення «історичного шляху» вітчизняної науки адміністративного права є надзвичайно важливим кроком, оскільки лише аналіз того або іншого правового інституту через призму його історичного розвитку, особливостей виникнення та становлення може дати відповідь на питання про його життєздатність та перспективи подальшого існування. З такої точки зору, підкреслимо, що значний вплив на становлення національної системи інструментів діяльності публічної адміністрації справили наукові погляди вчених, сформульовані ще у часи існування Російської імперії у період з 1907 по 1917 рр. Однак, це питання залишається малодослідженим у науці адміністративного права України.

З огляду на це, метою статті є дослідження дореволюційного етапу розвитку інституту інструментів діяльності публічної адміністрації у період з 1907 по 1917 рр. Для її досягнення необхідно вирішити низку взаємопов'язаних завдань: розглянути стан нормативно-правового забезпечення діяльності суб'єктів публічного управління Російської імперії; встановити характерні риси наукової думки у сфері публічного управління у період з 1907 по 1917 рр.; ознайомитись з основними досягненнями науковців у сфері дослідження інструментів діяльності публічної адміністрації; сформулювати висновки з приводу стану розвитку інституту інструментів діяльності публічної адміністрації у 1907-1917 рр.

Насамперед відзначимо, що настання нового дореволюційного етапу розвитку названого інституту адміністративного права обумовлюється двома важливими подіями. По-перше, у період з 1905 по 1907 рр. відбулась перша російська революція, під час якої у державі

постало питання про формування системи адміністративної юстиції¹, і, по-друге, 23 квітня 1906 р. було прийнято нову редакцію Основних державних законів², якими було внесено низку суттєвих змін у сферу реалізації влади у державі. Внаслідок цього, стан нормативно-правового забезпечення діяльності суб'єктів публічного управління охарактеризувався новими визначальними рисами. До них варто віднести наступні принципи положення, закріплені на законодавчому рівні: 1) визнання принципу поділу влади (ст.ст. 10, 22, 106-107, 122 Основних державних законів); 2) визначення сутності, юридичної сили та порядку прийняття законів (ст.ст. 85-94, 106-113 Основних державних законів); 3) визнання принципу юридичної вищості закону та запровадження інституту підзаконних актів (ст. 122 Основних державних законів).

¹ Римаренко Ю. І. Розвиток наук поліцейського та адміністративного права в Україні / Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов, І. Б. Усенко // Антологія української юридичної думки. В 6 т. / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (гол.) та ін. – Т. 5 : Поліцейське та адміністративне право / Упорядники : Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов, І. Б. Усенко ; відп. ред. Ю. І. Римаренко, В. Б. Авер'янов. – К. : Видавничий Дім «Юридична книга», 2003. – С. 17.

² Высочайше утвержденные основные государственные законы Российской империи : 23 апреля 1906 г. // Свод Законов Российской империи : Т. 1, Ч. I. Свод Основных Государственных Законов. – СПб, 1906 ; Продолжение Свода Законов Российской Империи : Ч. I. – СПб, 1912 [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/History/Article/svod_zak.php.

Тим самим у Російській імперії було офіційно визнано, що нормативні акти мають різну юридичну силу та значення, а акти органів управління (обов'язкові постанови, інструкції та розпорядження) мають підзаконний характер та не можуть ототожнюватись із законом. Такі зміни призвели до суттєвої трансформації змісту наукових поглядів вчених цього періоду та розширення наукових досліджень у сфері інструментів діяльності публічної адміністрації, зокрема:

- компетенція уряду не розглядалась більше як суто виконавча, тобто було визнано, що уряд є правотворчим органом, діяльність якого не обмежується спрямованістю на виконання законів;

- у наукових джерелах почали проводити детальне розмежування та встановлювати співвідношення між актами «трьох гілок влади»: законами, актами уряду та судовими рішеннями;

- науковці приділяли більше уваги характеристиці актів управління, надаючи їм самостійного місця у власних наукових дослідженнях.

Окреслені зміни досить чітко простежуються на прикладі наукових доробок В. М. Гессена (1907-1908 рр.). Так, наприклад, якщо у 1903 р. В. М. Гессен поділяв акти органів адміністративної влади на: обов'язкові

постанови (виключні, розпорядчі, виконавчі), які встановлюють норми об'єктивного права; розпорядження, спрямовані на урегулювання конкретного відношення; та відділяв від них технічні укази, призначені виключно для внутрішнього застосування органами влади³, то вже у 1907-1908 рр. вчений запропонував читачам дещо інший підхід до цієї проблематики.

У першу чергу, науковець провів відмежування «урядових актів» від законів та судових рішень. З цього приводу він писав: «закон є вищою нормою, а урядовий акт – нормою, вихідною від підзаконної влади. Урядовий акт володіє юридичним значенням і юридичною силою лише у міру своєї відповідності і несуперечності закону»; «судове рішення, як і урядовий акт, є актом підзаконного характеру. Їх відмінності полягають у тому, що їх відношення до закону є суттєво різним»; «принципом судової діяльності є виконання закону... Судове рішення є продуктом чисто логічної операції», а «принцип урядової діяльності – реалізація інтересів державного життя»; відмінності закону, судового рішення та урядового акту виражаються у тому, що «законодавець існує над законом, судова

³ Гессен В. М. Административное право : популярные лекции для самообразования / В. М. Гессен. – СПб, 1903. – С. 20-30.

влада функціонує для закону, урядова влада функціонує у межах закону»⁴.

По-друге, вчений розмежував «урядові акти внутрішнього розпорядку» та «урядові акти у власному значенні слова». До першої групи актів вчений відносив «внутрішні адміністративні розпорядження» (до цього вони іменувались вченим як технічні укази): різноманітні інструкції, накази по службі тощо. Ці акти, за визначенням вченого, визначали ієрархічні відносини підлеглих органів управління, внутрішній розпорядок адміністративної служби. Вони не виходили за межі адміністративного механізму, жодних прав та обов'язків для громадян не створювали, а отже і не могли бути об'єктом судово-адміністративного позову⁵.

Друга група актів видавалася урядовою владою і вони були звернені безпосередньо до громадян. Ці акти підлягали оприлюдненню та, з одного боку, встановлювали права та обов'язки влади, а з іншого, – права та обов'язки громадян. У контексті виконання розпорядчої функції уряду, вчений, як і раніше, поділяв названі акти на обов'язкові постанови – загальні норми,

⁴ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 26-27.

⁵ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 27-28.

що видавалися у порядку управління та передбачали низку однорідних випадків на майбутній час, та розпорядження (або конкретні розпорядження), що унормовували той або інший індивідуальний або конкретний випадок. Водночас, вчений починав вести мову і про необхідність введення в обіг загальної категорії, якою позначалися б усі урядові акти, що встановлювали загальні норми. В якості такої категорії вчений пропонував застосовувати термін «указ», який, на його думку, найбільш відповідав природі перетвореного державного устрою Росії. Обґрунтовуючи такий підхід, науковець підкреслював однаковий підзаконний характер урядових актів підпорядкованого та верховного управління, тобто тих, що видавалися урядовими установами (губернатори, земства, міські думи тощо) та монархом⁶. Відтоді В. М. Гессен вже розділяв акти публічного управління на «укази» та «розпорядження», не відмовляючись, при цьому, від вживання категорії «обов'язкові постанови».

Співвідносячи названі категорії, вчений підкреслював їх спільні та відмінні риси. До спільних рис указів та розпоряджень він відносив те, що вони були «підзаконними актами», а їх

⁶ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 28-29.

юридична дієвість була безпосередньо обумовлена їх відповідністю закону. Відмінними рисами названих актів вчений називав те, що укази могли видаватися виключно на підставі делегування повноважень законодавця, а розпорядження – на підставі власних, природних повноважень. Водночас, вчений використовував критерій делегування повноважень для поділу обов'язкових постанов на загальні (у межах певної галузі урядової діяльності) та спеціальні (з певного спеціального питання)⁷.

Ведучи мову про види указів, зазначимо, що вчений дещо модифікував запропонований ним раніше підхід до їх класифікації за критерієм змісту. Відповідно укази тепер поділялися на:

1) виконавчі, предметом яких було виконання закону, тобто визначення перехідних заходів, часу, порядку введення закону у дію, встановлення певних деталей, непередбачених законом тощо⁸.

2) розпорядчі, предметом яких були розвиток і доповнення закону, тобто конкретизація положень закону та їх пристосування до конкретних державних

⁷ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 29-30.

⁸ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 30.

потреб та інтересів. Правом на їх видання були наділені чисельні органи влади: міністри, губернатори та деяким місцевим установам, підвідомчим губернатору (наприклад, портові установи, ярмаркові комітети та ін.)⁹;

3) надзвичайні, які видавались з метою скасування або зміни законів. Їх особливістю було те, що вони містили норми, однакові за юридичною силою із законом¹⁰.

Подібної позиції щодо розкриття сутності та характеристики актів управління дотримувався також В. В. Івановський (1911 р.). Як і В. М. Гессен, вчений зупинявся на питаннях співвідношення цих актів із законами та судовими рішеннями, визначенні їх сутності та видів. Однак при цьому він застосовував дещо інші терміни. Так, для позначення актів управління В. В. Івановський використовував відомий термін «адміністративні розпорядження», розуміючи під останніми державні норми, що приймаються адміністративними установами¹¹. На думку вченого,

⁹ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 30-35.

¹⁰ Гессен В. М. Лекции по полицейскому праву : издание студентов / В. М. Гессен. – СПб : Типография «Север», 1907-1908. – С. 30-31, 37-43.

¹¹ Ивановский В. В. Учебник административного права : (Полицейское право. Право внутреннего управления) / В. В. Ивановский. – [4-е изд., исправл. и доп.]. – Казань : Типо-литография В. З. Еремьева, 1911. – С. 125.

адміністративні розпорядження мали такий самий зміст, як і закони, тобто визначали права та обов'язки учасників суспільних відносин. У цей же час, автор названі акти не ототожнював, наголошуючи на тому, що адміністративні розпорядження відрізняються від законів:

- за формальною ознакою (закони приймаються верховною владою);

- колом відносин, на регулювання яких спрямоване видання адміністративних розпоряджень. Останні могли регулювати менш суттєві відносини та лише у межах закону;

- обмеженою дією, тобто тим, що вони не могли змінювати або скасовувати існуючі закони, за виключенням надзвичайних розпоряджень¹².

На цій підставі В. В. Івановський розрізняв три види адміністративних розпоряджень:

1) законні (закономірні), які видавались адміністративними органами виключно на підставі делегованих законодавцем або покладених останнім на них повноважень. Вони, як і закони, встановлювали права та обов'язки, регулювали суспільні відносини;

¹² Ивановский В. В. Учебник административного права : (Полицейское право. Право внутреннего управления) / В. В. Ивановский. – [4-е изд., исправл. и доп.]. – Казань : Типо-литография В. З. Еремьева, 1911. – С. 125-126.

2) виконавчі розпорядження, або адміністративні у вузькому значенні, які видавалися адміністративними органами за видами виконання або реалізації закону. До них вченим висувалися наступні вимоги: вони не повинні були суперечити закону та виходити за його межі; вони не могли визначати права та обов'язки громадян та адміністративних органів, які мали бути встановлені лише законом;

3) виключні розпорядження, які видавалися адміністративними установами у виключних або крайніх випадках, та завжди мали тимчасовий характер і санкціонувалися державою. До особливостей їх призначення та змісту можна віднести наступне: стосувалися прав, які знаходилися під захистом закону; створювали нові права і відповідні їм обов'язки; встановлювали те, що не передбачено законом; відміняли будь-які закони¹³.

Поряд з окресленою класифікацією, В. В. Івановський пропонував поділяти адміністративні розпорядження за критерієм суб'єкта видання на:

1) розпорядження, що видавалися урядовими органами:

- розпорядження, що видавалися загальнодержавними адміністративними органами, внаслідок чого їх вплив поширювався на усю територію держави;

- приписи – розпорядження нижчої категорії, що видавалися місцевими установами на виконання названої вище групи розпоряджень;

2) розпорядження, що видавалися громадськими органами¹⁴.

На нашу думку, підхід В. В. Івановського до класифікації та характеристики адміністративних розпоряджень, з одного боку, хоча дозволяв зрозуміти ієрархію адміністративних актів, проте, з іншого – не розкривав у повній мірі їх сутності, не дозволяв провести чітке відмежування між різними правовими формами публічного управління, не сприяв чіткому розмежуванню нормативних та індивідуальних актів управління.

Продовжуючи розмову про стан наукових розробок у сфері правових форм управлінської діяльності дореволюційного періоду, необхідно згадати і про творчі здобутки О. Ф. Євтихієва (1911 р.), який здійснив комплексне наукове дослідження названої проблематики, присвятивши їй

¹³ Ивановский В. В. Учебник административного права : (Полицейское право. Право внутреннего управления) / В. В. Ивановский. – [4-е изд., исправл. и доп.]. – Казань : Типо-литография В. З. Еремьева, 1911. – С. 126-127.

¹⁴ Ивановский В. В. Учебник административного права : (Полицейское право. Право внутреннего управления) / В. В. Ивановский. – [4-е изд., исправл. и доп.]. – Казань : Типо-литография В. З. Еремьева, 1911. – С. 127-128.

працю під назвою «Законна сила актів адміністрації»¹⁵. Визначальними рисами його наукових поглядів, по-перше, було те, що для позначення сукупності актів адміністрації вчений використовував категорію «адміністративні акти», під якою розумів вид діяльності адміністрації, який базувався на праві та мав за мету настання правових наслідків. Сутність адміністративних актів науковець розкривав через наступні їх ознаки: 1) вони були проявом державної волі; 2) такі акти застосовувалися з метою виконання обов'язків публічно-правового характеру¹⁶.

По-друге, О. Ф. Євтихiev виділяв два види адміністративних актів:

1) з абстрактним змістом, які абстрактно регулювали фактичні обставини у вигляді загальних розпоряджень. Вчений ще називав їх обов'язковими постановами, відзначаючи, що вони за своїм змістом були тотожні законам, однак відрізнялися від останніх за повнотою влади, яка могла бути реалізована у них;

2) з індивідуальним змістом, які конкретно регулювали фактичні обставини у вигляді розпоряджень з кожного

окремого випадку. Вчений поділяв їх на два види: юрисдикційні (судові) та розпорядчі акти (чисто адміністративні)¹⁷.

Значення такого підходу до класифікації адміністративних актів полягає, насамперед, у тому, що вчений чітко відмежував нормативні та індивідуальні акти управління.

Подальший розвиток адміністративно-правової думки з досліджуваної сфери пов'язується із науковою діяльністю А. І. Єлістратова (1914 р.), який у своїх працях приділив значну увагу дослідженню особливостей та видів актів управління (публічно-правових актів)¹⁸. Для позначення юридичних актів, віднесених до компетенції адміністративних органів, вчений використовував дві категорії: 1) акт управління (у формальному розумінні – це будь-який державний акт, який відноситься до компетенції адміністративної установи, незалежно від виконуваної ними функції); 2) адміністративний акт – (у матеріальному розумінні актів публічного управління – це

¹⁷ Евтихийев А. Ф. Законная сила актов администрации / А. Ф. Евтихийев. – Люблин, 1911. – С. 43-45.

¹⁸ Гриценко І. Від адміністративного припису до індивідуального акта управління: деякі питання розвитку адміністративно-правової термінології / І. Гриценко // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. – 2007. – № 74-76. – С. 65.

¹⁵ Евтихийев А. Ф. Законная сила актов администрации / А. Ф. Евтихийев. – Люблин, 1911. – С. 288.

¹⁶ Евтихийев А. Ф. Законная сила актов администрации / А. Ф. Евтихийев. – Люблин, 1911. – С. 41.

лише той публічний акт, яким здійснюється адміністративна функція)¹⁹.

Поряд із наведеними категоріями, вчений виділяв також й інші назви актів управління. Так, за властивостями юридичної функції, яка виконувалася, А. І. Єлістратов виділяв окремо нормативні акти управління («укази») та адміністративні (індивідуальні) акти²⁰. Під указом науковець розумів нормативний акт управління, видання якого відносилось до компетенції адміністративної установи та який у матеріальному значенні являв волевиявлення, спрямоване на встановлення юридичних норм²¹. У контексті названої категорії актів управління, А. І. Єлістратов класифікував їх за різноманітними критеріями. Зокрема, за змістом він виділяв:

- укази, які переважно відносились до діяльності саме адміністративних установ, тобто такі, що були звернені до посадових осіб, визначали устрій і порядок діяльності адміністративних установ. Для їх позначення вчений використовував терміни «інструкції» та «організаційні укази»;

¹⁹ Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 158-159.

²⁰ Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 159.

²¹ Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 168.

- укази, які стосувалися положення громадян, тобто визначали правила поведінки для громадян. Їх вчений характеризував за допомогою категорії «обов'язкові постанови»²².

За критерієм суб'єкта видання, А. І. Єлістратов виділяв: укази, прийняті монархом у порядку верховного управління; укази, видання яких відносилось до компетенції підлеглих адміністративних установ («обов'язкові постанови» та «інструкції»); укази, які видавались громадськими установами – «статути»²³.

Окрім нормативних актів, важливе місце у юридичній діяльності адміністративних установ А. І. Єлістратов відводив адміністративним актам, під якими він розумів акти управління, спрямовані на встановлення, зміну або припинення конкретних юридичних відносин або станів. Серед ознак адміністративних актів вчений виділяв наступні: є юридичними актами, належать до числа актів публічного права, належать до категорії державних актів, виконують функцію правового порядку, відносяться

²² Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 170-172.

²³ Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 173.

до компетенції адміністративних установ²⁴.

Розкриваючи сутність адміністративних актів, А. І. Єлистратов зупинявся також і на питанні їх класифікації, яку він пропонував проводити за трьома критеріями: 1) за залученими до їх прийняття особами: односторонні («розпорядження» або «акти влади») та договірні (публічно-правові договори та угоди); 2) за критерієм форми: акти, підпорядковані суворим та чітким формальним умовам, та акти з полегшеними формальними вимогами до них; 3) за критерієм наслідків вчений розрізняв адміністративні акти, спрямовані на: виникнення, зміну і припинення юридичних відносин²⁵.

Таким чином, підсумовуючи викладене, відзначимо, що у 1907-1917 рр. інститут інструментів діяльності публічної адміністрації характеризувався високим ступенем розвитку. Зокрема, це виражалось у тому, що на законодавчому рівні було закріплено низку положень, згідно з якими було визнано ієрархію нормативних актів та наділено суб'єктів підзаконного управління правотворчими повноваженнями. Такі зміни сприяли

розвитку науки адміністративного права у цій сфері: було визначено відмінні риси між нормативними актами різної юридичної сили; визнано поділ актів управління на нормативні та індивідуальні (адміністративні) і проведено чітке їх відмежування; встановлено різницю та призначення різноманітних форм нормативних та адміністративних актів управління.

²⁴ Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 181-185.

²⁵ Елистратов А. И. Основные начала административного права / А. И. Елистратов. – М. : Издание Г. А. Лемана, 1914. – С. 191-197.

Über die Tätigkeit der Verwaltungsgerichte

Ivan Soloviov

Doktorand am Lehrstuhl für gerichtliche und rechtswahrende Organe

Nationale juristische Universität Jaroslaw Mudrij

Ukraine

In diesem Artikel werden Fragen der Tätigkeit der Verwaltungsgerichte behandelt. Hervorzuheben sind die charakteristischen Besonderheiten solcher Tätigkeit, zu der die thematische und subjektive Gemeinschaft von Verwaltungsrichtern und Verwaltungsgerichten zu zählen sind. Hierbei bedeutet thematische Gemeinschaft die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte, die sich auf die Rechtsverhältnisse erstreckt, die im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bei der Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung entstehen, aber auch im Zusammenhang mit der öffentlichen Bildung von Subjekten der hoheitlichen Befugnisse durch Wahlen oder Referenden. Der Inhalt der subjektiven Gemeinschaft besteht darin, dass solche Tätigkeit von Verwaltungsrichtern ausgeübt wird (der Verwaltungsgerichte erster Instanz, der Berufungsinstanz und des Obersten Verwaltungsgerichts der Ukraine) und anderen Richtern, die in den Fällen, die das geltende Recht vorsieht, in verwaltungsrechtlichen Sachen Recht sprechen.

Wenn man die führende Rolle der Ausübung der Verwaltungsgerichtsbarkeit anerkennt, zeigt sich, dass deren Umsetzung nicht möglich ist ohne die Schaffung ausreichender Bedingungen (materielle, prozessuale, organisatorische) oder die Beseitigung der möglichen Hindernisse ihrer Ausübung.

In der Struktur der Tätigkeit der Verwaltungsgerichte nimmt der Autor drei Unterteilungen vor: der eigentliche Verwaltungsrichter, der die prozessuale Grund- (Hilfs-) Tätigkeiten ausübt und die Grundtätigkeiten, die keine schwierigen prozessualen Formen aufweisen. Diese ersten beiden Arten der Tätigkeit üben ausschließlich Richter aus, die, gemäß genauer gesetzlichen Regelungen der prozessualen Formen durch gerichtliche Entscheidungen (Urteile, Beschlüsse) entscheiden. Die dritte Art der Tätigkeit hat keine strengen prozessualen Formen, verfügt praktisch nicht über staatliche Zwangsgewalt, und erfordert keine gerichtliche Entscheidung und kann nicht nur von Richtern sondern auch von Mitarbeitern des Gerichts ausgeübt werden.

Щодо діяльності адміністративного суду

Соловійов Іван Миколайович

здобувач кафедри судових і правоохоронних органів

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Постановка проблеми

У ст. 6 Конституції України передбачається поділ державної влади України на три окремі гілки – законодавчу, виконавчу та судову, що відповідає принципам демократичної держави й забезпечує незалежність і самостійність кожної з гілок влади у здійсненні їх повноважень. Відповідно до ст. 124 Конституції України правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, і делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами, не допускаються. Зміна пріоритетів у розвитку держави і їх спрямування на захист та забезпечення прав і свобод людини і громадянина, призвели до зростання уваги суспільства до інститутів і механізмів правосуддя. При цьому, змінюється і сама роль суду як органу судової влади, що, здійснюючи судочинство на засадах законності, об'єктивності та неупередженості, вирішує конфліктні ситуації у всіх сферах правових відносин, включаючи визначення міри

відповідальності держави та її органів перед людиною і громадянином, особи перед особою та особи перед державою. Дійсно, сьогодні правосуддя набуло поширення на всі правовідносини в державі, і особливої уваги заслуговують публічно-правові конфлікти, які виникають у сфері державного управління та вимагають справедливого розгляду та вирішення. Особливої актуальності, як з теоретичної так і практичної точки зору, набувають питання прикладного характеру, пов'язані із забезпеченням ефективної діяльності адміністративних судів. В першу чергу, уточнення та удосконалення потребує визначення структурних елементів діяльності адміністративного суду. Різне змістовне навантаження терміну «діяльність суду» породжує невизначеність та призводить до неоднозначного розуміння ролі та місця адміністративного суду, питань ефективності його діяльності.

Стан дослідження

Питання діяльності адміністративних судів так чи інакше порушувалися у наукових працях таких учених та юристів-практиків, як В. Д. Бринцев, Ю. М. Грошевий, С. В. Ківалов, М. І. Клеандров, Р. О. Куйбіда, І. Є Марочкін, Л. М. Москвич, І. В. Назаров, О. В. Овсяннікова, В. В. Онопенко, В. В. Ярков та ін. Але вивчення різних проявів такої діяльності, у розрізі питань підвищення ефективності діяльності адміністративних судів в юридичній науці не досліджувалися.

Мета статті полягає в аналізі наукової літератури та нормативно-правових актів щодо характеристики діяльності адміністративних судів. Відповідно до означеної мети досліджуються змістовне наповнення та структурні елементи такої діяльності.

Виклад основного матеріалу

На сьогодні можна стверджувати, що інститут адміністративної юстиції в Україні вже сформований, тому є можливість, і навіть необхідність, підвести певні підсумки, а саме, оцінити ефективність діяльності адміністративних судів. Для правильного визначення ефективності діяльності адміністративних судів, необхідно окреслити межі такої

діяльності та визначити основні її складові елементи.

Під будь-якою діяльністю розуміється «застосування своєї праці до чого-небудь; функціонування, діяння органів живого організму; виявлення сили, енергії чого-небудь»¹. Конкретні види діяльності можна розрізнити між собою за будь-якою ознакою: формою, способами здійснення, емоційною напруженістю, часовою і просторовою характеристикою, фізіологічними механізмам і т.д. Однак, головне, що вирізняє один вид діяльності від іншого, полягає у відмінності їх суб'єктів або предметів.

Так, характерними рисами діяльності адміністративних судів слід визначити суб'єктну та предметну спільність. Суб'єктна спільність означає, що така діяльність здійснюється адміністративними судами – судами загальної юрисдикції, до компетенції яких Кодексом адміністративного судочинства України (далі – КАС України) віднесено розгляд і вирішення адміністративних справ (п. 2, ч. 1 ст. 3 КАС України²). Згідно положень КАС України справи адміністративної юрисдикції розглядаються місцевими загальними

¹ Словник української мови: в 11 томах. – Том 2, 1971. – Стор. 492. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sum.in.ua/p/2/492/1>.

² Кодекс адміністративного судочинства від 06.07.05 р. № 2747-IV// Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 35, / 35-36, 37 / . – Ст. 446.

судами, окружними та апеляційними адміністративними судами, Вищим адміністративним судом України, Верховним судом України. Предметна спільність обумовлюється тим, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів або референдуму (ст. 17 КАС України).

Чинне законодавство України не дає визначення ні судової діяльності, ні діяльності суду. У положеннях окремих нормативних актів, що регламентують ті чи інші аспекти діяльності суду, а також у спеціальній юридичній літературі термін «судова діяльність» використовується як однопорядковий з такими правовими категоріями, як «правосуддя» або «правоохоронна діяльність суду», «судочинство».

Між тим, відмінність тут не тільки очевидна, але й об'єктивно обумовлена, оскільки правильне розуміння сутності і змісту кожного з видів названої діяльності дозволить, з одного боку, глибше і краще зрозуміти специфіку та механізми реалізації саме судової влади як виключної конституційної правомочності суду, з іншого – правильно визначити критерії

ефективності діяльності адміністративних судів.

У навчальній і науковій літературі, присвяченій проблемам судової влади, виділяється кілька різних форм її здійснення, зокрема такі, як: 1) правосуддя; 2) конституційний контроль; 3) судовий контроль за законністю та обґрунтованістю рішень і дій органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство; 4) забезпечення виконання судових рішень; 5) роз'яснення чинного законодавства з питань судової практики; 6) участь у формуванні суддівського корпусу і сприяння органам судового співтовариства³. Окремі науковці до форм здійснення судової влади відносять правосуддя, нагляд за судовою діяльністю нижчих за організаційним рівнем судів з боку вищих, судове управління, судовий контроль у сфері виконавчої влади і судовий конституційний контроль⁴.

Під час пошуку єдиного поняття діяльності адміністративного суду неможливо ігнорувати принципове положення, встановлене ст. 3 Закону

³ Гуценко К. Ф., Ковалев М. А. Правоохранительные органы. Учебник для юридических вузов и факультетов. Издание 5-е, перераб. и доп. / Под ред. К.Ф. Гуценко. – М.: Издательство «Зерцало», 2000. – С. 45.

⁴ Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности / В. А. Ржевский, Н. М. Чепурнова. – М.: Юрист, 1998. – С. 96.

України «Про судоустрій і статус суддів» (далі – Закон) щодо здійснення правосуддя в Україні виключно судом, а також неможливості делегування та привласнення функцій судів іншими органами чи посадовими особами⁵. Однак, поняття самого «правосуддя» не розкривається, а, з урахуванням структурного розміщення такого положення, можливо припустити, що йдеться про функції, а не про діяльність. Так, В. В. Скитович розглядає правосуддя, юрисдикційний контроль, формування суддівського корпусу та керівництво судовою практикою не як форми здійснення, а як функції судової влади⁶. Інші автори вивчають в якості основних функцій судової влади тільки правосуддя і судовий контроль⁷.

Ряд авторів цілком справедливо піддали сумніву такий підхід і обґрунтували висновок про те, що судова влада може здійснюватися за допомогою єдино можливої форми – правосуддя⁸.

⁵ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.10 р. № 2453-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2010. – № 41, / № 41-42; № 43; № 44-45 / . – Ст. 529.

⁶ Скитович В.В. Судебная власть как системное образование / В. В. Скитович // Правоведение. – 1997. – №1. – С. 150.

⁷ Абросимова Е. Б. Судебная власть: Конституционно-правовые аспекты: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. / Е. Б. Абросимова. – М., 1991. – С. 9.

⁸ Лазарева В. А. Судебная власть. Судебная защита. Судебный контроль: понятие и соотношение. Лекции-очерки /В. А. Лазарева. – Самара, 1999. – 64 с.; Правоохранительные органы

Також, в літературі зустрічається визначення правосуддя як справедливості у дії⁹. Слід згадати і Рішення Конституційного суду України, в якому зазначено, що правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості й забезпечує ефективне поновлення в правах¹⁰. Якщо припустити, що правосуддя та діяльність адміністративного суду є синонімами, то яким чином слід кваліфікувати дії адміністративного суду, який розглядав справу в якості суду першої інстанції і допустив помилку в судовому акті. Чи можна говорити, що в даному випадку суд першої інстанції не здійснював правосуддя? На нашу думку, в контексті розгляду правосуддя як одного з видів діяльності адміністративного суду, правосуддя слід розуміти у вузькому сенсі, обмежуючись тільки діяльністю судових

Российской Федерации / Под ред. В. П. Божьева. – М.: Спарк, 1996. – С. 42.

⁹ Самсін І. Л. Правосуддя – це справедливість у дії / І. Л. Самсін // Урядовий кур'єр. – 2011. – №234 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://vkksu.gov.ua/print/ua/about/zmi-pro-komisiu/igor-samsin-pravosuddya-tse-spravedlivist-u-dii>.

¹⁰ У справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини третьої статті 120, частини шостої статті 234, частини третьої статті 236 Кримінально-процесуального кодексу України (справа про розгляд судом окремих постанов слідчого і прокурора): Рішення Конституційного Суду України від 30.01.03 р. № 3-рп/2003 // Офіційний вісник України. – 2003. – № 6. – Ст. 245.

органів, при цьому обов'язково розмежовуючи такі поняття, як правосуддя та діяльність адміністративного суду. Так, Д. Притика зазначає, що здійснення правосуддя є основною функцією будь-якого суду, і тому всі інші функції, які він виконує, є похідними від неї¹¹. Підтримуючи таку позицію і враховуючи характер співвідношення розглянутих понять, можна дійти висновку, що правосуддя виступає основною функцією, яка характерна лише для судових органів держави, та полягає у розгляді і вирішенні судом справ, віднесених до їх компетенції.

Основними ознаками правосуддя в адміністративних справах слід виділити наступні: 1) цей вид державної діяльності здійснюється тільки судом; 2) законом передбачено особливий процесуальний порядок здійснення цієї діяльності; 3) спосіб здійснення цього виду державної діяльності суворо визначений законом; 4) цей вид державної діяльності завершується прийняттям особливого судового рішення – акту правосуддя, якому, в свою чергу, притаманна ознака загальнообов'язковості.

Аналіз діяльності адміністративного суду по відправленню правосуддя в адміністративних справах, а також усієї сукупності норм, що

регламентують цю діяльність, свідчить про те, що, однозначно, правосуддя, не вичерпує собою всього змісту судової діяльності. Визнаючи провідну, визначальну роль правосуддя, треба все ж визнати, що в ряді випадків його реалізація неможлива без певної діяльності адміністративного суду по створенню для цього необхідних (матеріальних, процесуальних, організаційних) умов, або усунення можливих перешкод для її здійснення. Будучи об'єктивно необхідною умовою (передумовою) ефективного здійснення правосуддя або судового контролю, подібна діяльність нерідко включає суттєві елементи організаційно-розпорядчих чи інших управлінських (по суті) дій та рішень суду.

У літературі такі форми судової діяльності отримали назву забезпечувальних (допоміжних). Так, в рамках адміністративного судочинства, відправлення правосуддя, приміром, об'єктивно неможливо без такої форми діяльності суду, як підготовчого провадження, порядок якого детально врегульовано законодавцем у главі 2 розділу III КАС України. З метою всебічного та об'єктивного розгляду і вирішення справи протягом розумного строку, адміністративний суд може: 1) прийняти рішення про витребування документів та інших матеріалів; навести

¹¹ Притика Д. М. Правові засади організації та діяльності органів господарської юрисдикції та шляхи їх удосконалення: монографія / Д. М. Притика. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. – С. 192.

необхідні довідки; провести огляд письмових та речових доказів на місці, якщо їх не можна доставити до суду; призначити експертизу, вирішити питання про необхідність залучення свідків, спеціаліста, перекладача; 2) прийняти рішення про обов'язковість особистої участі осіб, які беруть участь у справі, у судовому засіданні, про залучення третіх осіб до справи; 3) викликати на судовий розгляд адміністративної справи свідків, експертів, спеціалістів, перекладачів; 4) прийняти рішення про проведення попереднього судового засідання.

Разом з тим, для правильного розуміння характеру названої діяльності, слід враховувати і ту обставину, що її практичне здійснення віднесено до компетенції адміністративного суду, її зміст і процедури суворо врегульовані нормами адміністративного процесуального законодавства, а цілі і завдання зумовлені цілями і завданнями правосуддя в адміністративних справах, ефективного здійснення якого вона і покликана забезпечити. Все це дає нам підставу вважати даний напрямок діяльності суду не тільки організаційно-розпорядчим, але і процесуальним, а, отже, і відносно самостійним видом судової діяльності, не зважаючи на її допоміжний (забезпечувальний) характер.

Заслугує на окрему увагу і

діяльність адміністративного суду щодо виконання рішення у справі. В літературі до останнього часу цей напрямок діяльності не відносили до правосуддя. Реальним виконанням (реалізацією) судових рішень займаються органи виконавчої влади – Державна виконавча служба України, Державна казначейська служба України, Державна пенітенціарна служба України та інші органи. Разом з тим, законне, обгрунтоване і своєчасне звернення до виконання судових рішень – це, безсумнівно, сфера діяльності суду, достатньо врегульована адміністративним законодавством (ст.ст. 254-267 КАС України). Ефективне здійснення правосуддя, реалізація його цілей і завдань багато в чому зумовлені саме тим, як реалізуються судові рішення. Конституцією України визначено, що судові рішення є обов'язковими до виконання на всій території України (ст. 124). Аналогічне положення закріплено й в КАС України (ст. 255). На сьогодні, згідно з практикою Європейського суду з прав людини щодо застосування ст. 6 Конвенції, яка гарантує право на справедливий суд, виконання рішення є завершальною стадією судового провадження. Слід зауважити, як влучно зазначає Європейський суд з прав людини, що від особи, яка домоглася винесення остаточного судового рішення проти

держави, не можна вимагати ініціювання окремого провадження з його примусового виконання. У таких справах відповідний державний орган, який було належним чином поінформований про таке судові рішення, повинен вжити всіх необхідних заходів для його дотримання або передати його іншому компетентному органу для виконання.

Вважаємо, що рішення в адміністративних справах повинні виконуватися добровільно, і застосування примусових заходів щодо його виконання має бути виключною мірою, а не нормою життя, оскільки в більшості випадків вважається, що рішення має виконуватися лише спеціально уповноваженим на те державним органом. Особливо це стосується примусового виконання рішення у справах про зобов'язання суб'єкта владних повноважень вчинити певні дії, позаяк останній підкоряється лише закону та діє в межах закону (ст. 19 Конституції України).

Саме на забезпечення виконання судового рішення спрямовані повноваження адміністративного суду, передбачені ст. 267 КАС України. Так, суд, який ухвалив судові рішення в адміністративній справі, має право зобов'язати суб'єкта владних повноважень, не на користь якого ухвалене судові рішення, подати у встановлений

судом строк звіт про виконання судового рішення. При цьому, за наслідками розгляду звіту суб'єкта владних повноважень про виконання постанови суду або в разі неподання такого звіту суддя своєю ухвалою може встановити новий строк подання звіту, накласти на керівника суб'єкта владних повноважень, відповідального за виконання постанови, штраф у розмірі від десяти до тридцяти мінімальних заробітних плат. Сплата штрафу не звільняє від обов'язку виконати постанову суду і подати звіт про її виконання. Повторне невиконання цього обов'язку тягне за собою накладення штрафу, розмір якого збільшується на суму штрафу, який було або мало бути сплачено за попередньою ухвалою. Закріплення таких повноважень суду спрямоване на ефективне здійснення адміністративного судочинства, реалізація його цілей і завдань (захист прав, свобод, інтересів фізичних осіб та прав, законних інтересів юридичних осіб) багато в чому зумовлені саме тим, як реалізуються судові рішення в адміністративних справах.

Таким чином, така діяльність суду в кінцевому підсумку спрямована на ефективне досягнення цілей і завдань правосуддя, законності і правопорядку в країні. Заперечувати її судовий характер навряд чи можливо.

Безперечно, ще однією з форм

діяльності суду слід вважати й прийом громадян, кодифікаційно-довідкову роботу, узагальнення судової практики, складання статистичної звітності, діловодство і т.д. Позбавлені строгої процесуальної форми, здійснювані не тільки суддями, але і працівниками апарату адміністративного суду, практично не забезпечені державним примусом і такі, що не потребують обов'язкового винесення судового рішення. Названі напрями діяльності, на наш погляд, також повинні асоціюватися з категорією «діяльність суду». Причому суду як структурного органу структурної одиниці в механізмі державної влади, що здійснює не тільки судову владу, але й інші напрями діяльності організаційного, управлінського і тому подібного характеру. Така діяльність забезпечує як нормальне функціонування суду, так і функціонування інших органів і гілок державної влади, об'єктивно включених в загальний механізм державного і суспільного життя та, безперечно, спрямована в кінцевому результаті на утвердження і забезпечення прав і свобод людини, що є головним обов'язком держави. Виконуючи свої професійні обов'язки, персонал суду має, в межах своєї компетенції, задовольнити потреби суспільства, а не тільки виконувати відомчі інструкції та настанови;

підтримувати законність і, таким чином, у межах своїх повноважень, уміти відстоювати інтереси права й конкретних вимог закону, в тому числі, протистояти неправомірним інтересам окремих осіб, деяких відомств, організацій або підприємств будь-якої форми власності.

Таким чином, у структурі діяльності адміністративних судів можна виділити: власне правосуддя в адміністративних справах, забезпечувальну (допоміжну) процесуальну діяльність та забезпечувальну діяльність, що позбавлена строгої процесуальної форми. При чому перші два види діяльності здійснюються виключно суддями, в строго врегульованій законодавцем процесуальній формі, шляхом прийняття судових рішень (постанов, ухвал). Третій вид діяльності позбавлений строгої процесуальної форми, практично не забезпечений державним примусом, може здійснюватися не тільки суддями, але й працівниками апарату суду та не потребує обов'язкового винесення судового рішення.

Висновки

Діяльність адміністративного суду полягає у розгляді та розв'язанні спірних питань із захисту права, відновлення порушеного права, припинення порушення права, застосування заходів правового

впливу, в тому числі санкцій, шляхом підготовки справи до розгляду, безпосереднього розгляду адміністративних справ, виконання судових рішень, а також аналізу судової статистики й узагальнення судової практики. Основним завданням адміністративних судів слід визнати справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд публічно-правових спорів, а метою їх діяльності – захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин. При цьому, досягнення такої мети не обов'язково повинно бути пов'язано з відправленням правосуддя в адміністративних справах.

Все вищезазначене підтверджує, що діяльність адміністративного суду за змістом є поняттям значно ширшим, ніж відправлення правосуддя в адміністративних справах. Діяльність суду реалізується у діях суду, які не пов'язані з розглядом справ. Насамперед, це організаційні та інформаційно-аналітичні дії (узагальнення судової практики, аналіз судової статистики, направлення окремих ухвал у державні органи, установи, організації про усунення порушень закону, вирішення скарг позивачів, відповідачів, обвинувачених, адвокатів, тощо).

Der methodische Ansatz als Gegenstand und Mittel der rechtswissenschaftlichen Forschung

Dr. Gennadij Dubov

Assistent am Lehrstuhl für die Theorie des Rechts und des Staates

Juristische Fakultät der Kiewer Nationalen Universität Taras Schewtschenko

Ukraine

Die Bedeutung neuer Forschungen auf dem Gebiet von Staat und Recht unter den heutigen Umständen hängt in erheblichem Umfang von der Leistungsfähigkeit des wissenschaftlichen Instrumentariums und der Effektivität der Methode ab. Daher ist eine solche methodische Fragestellung heute eine der vordringlichsten Aufgaben.

Die Reichhaltigkeit der Palette methodischer Ansätze, die in modernen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen eingesetzt wird, ist der Grund, weshalb diese selbst Gegenstand von Untersuchungen geworden sind. Das Verstehen ihrer Besonderheiten als Teil der Methoden der Rechtswissenschaft ist eine der Fragen, die heute der Rechtswissenschaft gestellt werden.

Von dieser Erkenntnis ausgehend, wird in diesem Beitrag der Frage nach dem Begriff des methodischen Ansatzes nachgegangen, nach seiner Verortung in der Methode der rechtswissenschaftlichen Forschungen aber auch nach seinen Besonderheiten im Erkenntnisprozess. Der methodische Ansatz, der eine Synthese der wichtigsten fundamentalen Eigenschaften der wissenschaftlichen Methodik darstellt, schafft den grundsätzlichen Rahmen für die angemessene Anwendung der Elemente der Methode in der wissenschaftlichen Forschung. Hinsichtlich der Methode der Wissenschaft erscheint dieser Ansatz als Ausdruck philosophischer Kategorien, weltanschaulicher Vorstellungen und Kriterien der Anwendung, die auf diese Weise bestimmte disziplinarische Seinswissenschaften mit den vom konkreten Sein abgelösten Mitteln ihrer Erkenntnis verbinden.

Der erste Schritt zur Verwirklichung einzelner methodischer Ansätze ist deren Konstruktion auf der Grundlage der fachlichen Ontologie, also dem Bild der Welt. Hierbei sind die grundlegenden Mittel einer solchen Konstruktion, durch die sie funktionieren kann, die Kategorien der entsprechenden Metatheorie, die zu den philosophischen Grundlagen dieses Ansatzes zählen. Der nächste entscheidende Moment bei der Verwirklichung dieses methodischen Ansatzes auf der metatheoretischen Ebene ist die Anwendung der entsprechenden methodischen Prinzipien bei der Erkenntnisgewinnung.

Die letzte Voraussetzung bei der Verwirklichung eines methodischen Ansatzes innerhalb der methodischen Untersuchung des staatlich-rechtlichen Seins ist die Festlegung des Bestandes an

Methoden, die einerseits dem Bild der Welt entsprechen, in dessen Rahmen die weltanschauliche Orientierung und philosophischen Grundlagen des Ansatzes bestimmt werden, die vor allem durch den Begriffs- und Kategorienapparat ausgedrückt werden, zum anderen durch methodische Prinzipien.

Методологічний підхід як об'єкт та засіб юридичних досліджень

Дубов Геннадій Олексійович

кандидат юридичних наук

асистент кафедри теорії права та держави

юридичного факультету

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Постановка проблеми

Адекватність новітніх досліджень держави і права в сучасних умовах, на сьогодні, великою мірою обумовлюється наявністю відповідного наукового інструментарію, ефективної методології. Тому саме методологічні дослідження, на сьогодні, виглядають одними із першочергових.

Актуальність методологічної проблематики обумовлюється також і тим, що, незважаючи на належність окремих питань юридичної методології до сфери наукового інтересу видатних теоретиків права сучасності, вона, на сьогодні, розроблена недостатньо. Наведену думку може, зокрема, проілюструвати те, що ідея необхідності комплексної та системної розробки методологічних питань у вітчизняній юридичній науці активно наголошується, як мінімум протягом останніх п'ятдесяти років¹, тим не менш

¹ Казимирчук В.П. Право и методы его изучения – Издательство «Юридическая литература» – М.1965 – с.8; Машков А. Д.

вона залишається нереалізованою і на сьогодні. На жаль, наслідком цього є те, що навіть сучасні дослідники² вважають методологію одним із найбільш «слабких місць» юридичної науки.

Ключовою причиною такого стану речей зазвичай визнається відмова від методологічного монополізму в юридичній науці в пострадянських країнах, внаслідок якої на зміну однобічному соціально-економічному детермінізму марксистської методології прийшло усвідомлення багатовимірності розвитку права, а разом із цим – методологічна невизначеність та розгубленість³.

В контексті наведеного є цілком закономірним, що питання правової методології були визначені як пріоритетні

Периодизация методологических исследований в отечественном правоведении // Гуманитарные науки: межвузовский сборник научных статей. Часть II – Караганда, ТОО «САНАТ – Полиграфия», 2009 – С.36; Сырых В. М. Метод правовой науки. Основные элементы, структура. – М.: Юрид. лит., 1980 – С.144

² Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки – Екатеринбург, 2001 – С.7

для української юридичної науки фактично вже у 1990-х роках⁴. При цьому основними завданнями методологічних досліджень було визнано необхідність відходу від положень методологічного монізму та розвиток поліметодологічних підходів, які базуються на запереченні існування єдиних філософських основ науки.

На сьогоднішній день слід констатувати принаймні часткове виконання поставлених перед українською юридичною наукою завдань. На відміну від методологічної традиції радянського періоду, яка характеризувалася моністичністю своїх світоглядно-філософських засад, сучасна юридична наука використовує множину методологічних підходів. За визнанням учених-юристів, найбільш розповсюдженими серед них є: діалектичний, метафізичний, матеріалістичний, ідеалістичний, гностичний, агностичний, антропологічний, потребовий, персоналістичний, комунітарний (колективістський), комунікативний, герменевтичний, синергетичний⁵,

³ Кресін О. Розвиток методології порівняльного правознавства: історичний аспект // Право України – 2006 – № 2 – С.126

⁴ Проблеми методології сучасного правознавства//Вісник Академії правових наук України – 1997 – № 1 – С.143-150

⁵ Рабінович П.М. Філософсько–правова наука: до характеристики її предмету, методології та особливості викладання / П. М. Рабінович

комплексний, соціологічний, прагматичний, системний і деонтологічний⁶.

Наявність такої багатой палітри методологічних підходів об'єктивно обумовило те, що вони самі почали виступати як об'єкти відповідних досліджень. Осягнення їх особливостей як складової методології юриспруденції визначається деякими науковцями як одне із основних питань, які наразі постали перед юридичною наукою⁷. Подекуди вивченню використовуваних в юридичній науці підходів до дослідження права прогнозується переростання в спеціальний напрямок юридичної методології⁸ або філософії права⁹.

Як уявляється, одним із перших завдань, яке має бути вирішено на шляху до формування такого розділу

//Юридична Україна: Щомісячний правовий часопис. – 2003. – № 9. – С.6

⁶ Гусарев С. Методологічні підходи в дослідженнях юридичної діяльності // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. / За ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. Чис. IV. – С.280

⁷ Фальковський А.А. Плюралізм підходів як чинник утвердження постнекласичного етапу розвитку методології юриспруденції // Актуальні проблеми політики: Збірник наукових праць / Керівник авт. кол. С. В. Ківалов; відп. За вип. Л. І. Кормич. – Одеса: Фенікс, 2011. – Вип. 42. – С.62-63.

⁸ Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / Н.Н. Тарасов // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 32.

⁹ Сердюк О. В. Типологія підходів у методології сучасного правознавства / О. В. Сердюк // Форум права. – 2008. – № 3. – С. 458–463 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

методологічних досліджень є власне визначення поняття методологічного підходу, його місця в системі методології юриспруденції. Розгляд зазначених питань становить собою мету цієї статті.

Методологічний підхід: проблема визначення

Згідно до найбільш розповсюджених визначень, якими оперують сучасні учені-юристи, методологічний підхід розуміється як:

- принципова методологічна орієнтація дослідження, точка зору, з якої розглядається об'єкт вивчення, поняття чи принцип, що керує загальною стратегією дослідження¹⁰;

- форма поєднання світоглядно філософської спрямованості з методичним інструментарієм, що використовується в певній галузі дослідження¹¹;

- міждисциплінарний загальнонауковий метод¹²;

<http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08savmsp.pdf>

¹⁰ Блауберг И. В., Юдин Э. Г. Становление и сущность системного подхода / И.В. Блауберг, Э. Г. Юдин. – М., 1973. – С.74

¹¹ Фальковський А.А. Плюралізм підходів як чинник утвердження постнекласичного етапу розвитку методології юриспруденції // Актуальні проблеми політики: Збірник наукових праць / Керівник авт. кол. С. В. Ківалов; відп. За вип. Л. І. Кормич. – Одеса: Фенікс, 2011. – Вип. 42. – С.66

¹² Луць Л. Категорії системного аналізу – методологічні основи дослідження правової системи / Л. Луць // Вісник Львівського

- побудована на гранично абстрактних категоріях світоглядно аксіоматична ідея (засада), яка постулює загальний підхід до дослідження, вибір досліджуваних фактів та інтерпретацію його результатів¹³.

Окрім наведених визначень в сучасній юридичній літературі методологічний підхід подекуди розуміється як вся сукупність знань про процес наукового дослідження¹⁴, або ж це поняття ототожнюється із певним типом праворозуміння¹⁵. Вказівка на певний підхід також може контекстуально означати і розгляд питання із певної точки зору, і оцінку з певних позицій, і аналіз із залученням категорій та понять певної науки чи метанаукової області, і претензію на застосування якогось наукового методу¹⁶.

університету, серія юридична. – 2001. – Вип. 36. – С. 47

¹³ Рабінович П. М. Філософсько-правова наука: до характеристики її предмету, методології та особливості викладання / П. М. Рабінович //Юридична Україна: Щомісячний правовий часопис. – 2003. – № 9. – С. 6

¹⁴ Бобровник С. В. Компроміс і конфлікт у праві: антрополого-комунікативних підхід до аналізу: Монографія / Бобровник С.В – К.: Вид-во «Юридична думка», 2011 – С.14

¹⁵ Фальковський А. А. Плюралізм підходів як чинник утвердження постнекласичного етапу розвитку методології юриспруденції // Актуальні проблеми політики: Збірник наукових праць / Керівник авт. кол. С. В. Ківалов; відп. За вип. Л. І. Кормич. – Одеса: Фенікс, 2011. – Вип. 42. – С.66

¹⁶ Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / Н. Н. Тарасов // Правоведение. – 2001. – № 1. – С.40

Констатуючи неоднозначність розуміння поняття методологічного підходу, слід зазначити, що полісемантичність є характерною для багатьох понять, що в тій чи іншій мірі стосуються методології юридичних досліджень. Багата палітра визначень притаманна й ключовому поняттю цього «блоку» – поняттю «методологія», яке відносно до юридичних наук характеризується¹⁷ як одне з найскладніших, багато-альтернативних і остаточно незрозумілих.

Відносно причин означеної ситуації, то слушною виглядає думка М. М. Тарасова, який вважає, що розуміння підходу в юридичній науці довгий час залишалося практично на рівні смислів, внаслідок наявності в юридичній науці певної конвенції, що легітимувала цей термін в смислових контекстах, без визначення відповідного поняття чи навіть фіксації меж та правил його застосування¹⁸.

Крім цього, слід врахувати, що за визнанням дослідників методології юридичної науки, базовим рівнем її аналізу на сучасному етапі визнаються не окремі пізнавальні засоби чи методи, а

¹⁷ Сливка С. С. Філософія права: методологічне осмислення / С. С. Сливка // Право України, 2011. – №8. – С. 63

¹⁸ Тарасов Н. Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) / Н. Н. Тарасов // Правоведение. – 2001. – № 1. – С. 43

«основи науки»¹⁹, виявлення та аналіз яких передбачає аналіз наукових знань як цілісної системи, що перебуває у стані розвитку.

На нашу думку, саме постановка питання про необхідність вивчення наукових методів як складноорганізованої системи, що знаходиться у взаємодії із усіма іншими компонентами теоретичного знання, значне розширення предметного поля методологічної проблематики, що має місце на сучасному етапі розвитку науки, й зумовлює неоднозначність розуміння явищ, які тією або іншою мірою стосуються методології пізнання.

Виходячи із цього, можна припустити, що поняттям методологічного підходу дослідники намагаються охопити ту частину основ науки (наукової картини світу, ідеалів та норм дослідження, філософських основ), що видається їм найбільш важливою у контексті проведення певного дослідження.

Невипадковим у цьому відношенні є те, що аналіз методологічного підходу здійснюється саме в контексті співвідношення із окремими компонентами основ науки. Втім, щодо

¹⁹ Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрямки розвитку: дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»/ М. С. Кельман; МВС України, Львівський державний університет внутрішніх справ. – Л., 2013. – С.155

питання такого співвідношення існують принаймні два варіанти вирішення.

Відповідно до першого із них, методологічний підхід представляється як одна із трьох частин методології юриспруденції поряд із типом праворозуміння та інструментальною частиною методології²⁰. За такого розуміння доктринально-ідеологічна складова методології (тип праворозуміння) розглядається як парадигма дослідницького бачення права, задаючи тим самим картину світу здійснюваного дослідження; інша складова, яка іменується стратегічною і власне представляє методологічний підхід, зумовлює загальну спрямованість дослідження, а третя – інструментальна, становить собою набір конкретних пізнавальних інструментів.

Згідно до іншої позиції, методологічний підхід не включається до юридичної методології як складової частини, а натомість його власна структура представляється у вигляді трьох взаємопов'язаних компонентів, що повністю відповідають компонентам основ юридичної науки. Серед таких компонентів називаються: а) інструментальний, який

²⁰ Фальковський А. А. Плюралізм підходів як чинник утвердження постнекласичного етапу розвитку методології юриспруденції // Актуальні проблеми політики: Збірник наукових праць / Керівник авт. кол. С. В. Ківалов; відп. За вип. Л. І. Кормич. – Одеса: Фенікс, 2011. – Вип. 42. – С.65

охоплює певні стандартні процедури та методи отримання наукового знання; б) теоретико-концептуальний, на якому у формі категоріально-понятійних конструкцій формуються базові онтологічні постулати про об'єкти досліджень, правила їх опису чи пояснення; в) світоглядний, який містить філософські та загальні світоглядні засади дослідження²¹.

Як можна побачити із викладеного, різниця між наведеними варіантами розуміння місця методологічного підходу в структурі методології юридичних досліджень є досить суттєвою. По суті, за першого варіанту методологічний підхід виявляється підпорядкованим картині світу та філософським основам, які не включаються до його змісту, а представляють собою самостійні компоненти методології. В другому ж випадку методологічний підхід охоплює всі основи науки, повною мірою, включаючи їх компоненти до свого змісту, по суті, являючи собою певний тип системи методології, побудованої, виходячи із визначених онтологічних та гносеологічних засад.

²¹ Кельман М. С. Методологія сучасного правознавства: становлення та основні напрямки розвитку: дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.01. «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»/ М. С. Кельман; МВС України, Львівський державний університет внутрішніх справ. – Л., 2013. – С.155

На нашу думку, саме використання другого варіанту розуміння поняття методологічного підходу дозволяє будувати юридичні дослідження, виходячи із позицій принципів плюралізму та додатковості, уникаючи при цьому еkleктичного поєднання різнорідних початків та ідей, що погано узгоджуються між собою, в силу чого не відповідають вимогам, що висуваються до наукових теорій. Наведений висновок видається очевидним, виходячи із того, що узгодження всіх без винятку компонентів основ науки, є необхідною умовою для напрацювання адекватного методологічного інструментарію, уникнення застосування пізнавальних засобів, ідеалів та норм дослідження, що виходять із взаємовиключних онтологічних підстав. Саме завдяки визначеності відносно дисциплінарної онтології (картини світу) та філософських основ досліджень, що має здійснюватися в межах окремих підходів, видається можливим здійснення цілісного пізнання досліджуваної дійсності, виходячи із заданих філософсько-світоглядних та ціннісних орієнтацій.

Зазначена позиція знаходить своє підтвердження також в тому, що відмова від включення до змісту методологічного підходу онтологічних постулатів картини світу на етапі формулювання положень методологічного підходу, приводить

дослідників, які зайняли таку позицію²², до необхідності виділення підвидів одного й того ж підходу в залежності від типу праворозуміння, прийнятого на початках дослідження. При цьому такий прийом застосовується, незважаючи на визнання неналежності праворозуміння до змісту поняття методологічного підходу.

Виходячи із цього, методологічний підхід, представляючи синтез найбільш фундаментальних характеристик методу науки, і, являючись формою його зовнішнього виразу, задає принципові рамки адекватного застосування відповідних елементів методу в науковому дослідженні. Відносно методу науки методологічний підхід виступає його виразом у вигляді філософських категорій, світоглядних уявлень і критеріїв застосування, поєднуючи таким чином певну дисциплінарну онтологію із гносеологічними засобами її пізнання. У зв'язку із цим основною функцією методологічного підходу визнається залучення в юриспруденцію методологічних засобів як філософського і метанаукового плану, так і інших наук.

Реалізація методологічних підходів в ході проведення юридичних досліджень

²² Фальковський А. О. Аксіологічний підхід в методології сучасної юриспруденції : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук.: спец. 12.00.12. «Філософія права»/ А. О.

Як впливає із викладеного, першочерговим кроком для реалізації окремих методологічних підходів постає побудова відповідної йому дисциплінарної онтології, тобто картини світу. При цьому основними засобами такої побудови, за рахунок яких вона може бути здійснена, виступають категорії відповідної метатеорії, що входять до філософських основ відповідного підходу. Зокрема, А. Машков, наголошуючи на необхідності запровадження до методології дослідження юридичних явищ синергетичного підходу, вбачає необхідною умовою для цього «дещо нетрадиційне описання соціуму та його окремих підсистем²³». При цьому «нетрадиційність» такого описання пов'язується у випадку синергетики саме із використанням як ключових її категорій, так і пояснювальних схем. До аналогічних висновків приходять і С. Гусарев, обґрунтовуючи тезу, згідно до якої застосування діяльнісного підходу передбачає дослідження динамічних

Фальковський Нац. ун-т. Одес. юрид. акад. – О., 2011. – С.10

²³ Машков А. Д. Урахування синергетичних шляхів у моделюванні державно-правових процесів у межах синергетичного підходу // Вісник Київського університету. Серія: Юридичні науки – 2001 – Вип.44 – С.7

аспектів соціальних явищ у взаємозв'язку із фактом існування людської діяльності²⁴.

Наступним ключовим моментом у реалізації методологічного підходу метатеоретичного рівня є запровадження до процесу пізнання відповідних методологічних принципів. Зокрема, в межах синергетичного підходу такими принципами визнаються: принцип «розуміння хаосу як відповідної форми порядку», принцип «порядку через флуктуацію», принцип «альтернативності», принцип «фрактальності», принцип «нечіткості та невизначеності», принцип «обмеженості можливостей втручання та передбачення його наслідків»²⁵. В межах діяльнісного підходу основоположним визнається принцип діяльності²⁶, герменевтичний підхід, в свою чергу, базується на принципах автономії об'єкта, когерентності значення, актуальності значення тощо, системний підхід базується на принципах цілісності, протиставлення

²⁴ Гусарев С. Діяльнісний підхід у структурі методології сучасного правознавства /С. Гусарев // Право України, 2011 – №8 – С.162

²⁵ Машков А. Д. Урахування синергетичних шляхів у моделюванні державно-правових процесів у межах синергетичного підходу // Вісник Київського університету. Серія: Юридичні науки – 2001 – Вип.44 – С.15-17

²⁶ Гусарев С. Діяльнісний підхід у структурі методології сучасного правознавства /С. Гусарев // Право України, 2011 – №8 – С.162

системи її ототожненню, розчленування цілого на елементи²⁷.

Останньою передумовою у реалізації певного методологічного підходу в межах методології дослідження державно-правової дійсності є визначення набору методів, відповідних з одного боку відповідній картині світу, у рамках якої визначені світоглядні орієнтири та філософським основам підходу, що насамперед представлені понятійно-категоріальним апаратом, а також методологічними принципами. Зокрема, в межах діяльнісного підходу визнається допустимим використання таких методів, як системний, функціональний, структурний, історичний, статистичний, метод порівняння²⁸; евристичні можливості системного підходу пов'язуються, зокрема, із використанням математичних методів²⁹.

Висновки

²⁷ Дудар С. Методологічні засади системного підходу у сучасній теорії права // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права. / За ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. – Чис. IV – С.327

²⁸ Гусарев С. Методологічні підходи в дослідженнях юридичної діяльності // Про українське право: Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. / За ред. проф. І. Безклубого. – К.: Грамота, 2009. Чис. IV. – С.280.

²⁹ Демидов А. И. О методологической ситуации в правоведении / А. И. Демидов // Правоведение. – 2001. – № 4 – С.19

Враховуючи викладене, слід дійти висновку згідно із яким провадження досліджень юридичної методології на сучасному етапі розвитку вітчизняної науки відбувається насамперед в межах розроблення окремих методологічних підходів до пізнання державно-правової дійсності. Самі ці підходи являють собою синтез знання світоглядно-філософського та конкретно наукового рівня, виконуючи за своєю суттю роль загальнометодологічних та методичних директив щодо дослідження державно-правової дійсності із визначених світоглядних та ціннісних позицій. В цей же час, варто відзначити, що, на теперішній момент, зазначений процес перебуває лише на початковому етапі свого розвитку. Дослідження особливостей пізнання державно-правової дійсності в межах окремих методологічних підходів як особливих форм буття методології юридичних наук, хоча й розширюються, проте наразі не виокремлені в самостійний дослідницький напрямок ані теоретичної юриспруденції, ані філософії права. Невирішеними залишаються низка питань щодо інтеграції знання, отриманого в межах різних методологічних підходів, механізмів використання декількох підходів в межах одного дослідження, формулювання методологічних принципів та визначення переліку допустимих методів.

Finanzausstattung und kommunalwirtschaftliche Betätigung der „örtlichen Selbstverwaltungen“ in Ungarn

Von *Prof. Dr. Thomas Mann*

Geschäftsführender Direktor des Instituts für
Öffentliches Recht, Lehrstuhl für Verwaltungsrecht,
Georg-August Universität Göttingen

Die kommunalen Selbstverwaltungsträger in Ungarn haben neben der Wahrnehmung ihrer Selbstverwaltungsaufgaben auch staatliche Aufgaben zu erfüllen. Die insoweit bestehende Parallele zur den Gemeinden in Deutschland führt auch zu gleichgelagerten finanziellen Problemen: Ein Anwachsen der staatlichen Aufgabenerledigung und die hiermit korrespondierende Finanzierungslast verkleinert zwangsläufig den Handlungsspielraum für die Erledigung von freiwilligen Aufgaben im Kernbereich der Selbstverwaltungsautonomie. Unabhängig von diesem Befund zeigt ein Blick auf die Verfassungs- und Gesetzeslage in Ungarn jedoch, dass der Bereich der freiwilligen Selbstverwaltungsangelegenheiten seit Rechtsänderungen aus dem Jahr 2012 ohnehin stark zurückgedrängt wird und die „örtliche Selbstverwaltungen“ vorrangig gesetzlich zugewiesene Aufgaben zu erledigen haben. Dies wirft die Frage auf, ob nicht eine Ausweitung der in Ungarn verfassungskräftig anerkannten wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden geeignet ist, zusätzliche finanzielle Reserven zu erschließen.

I. Überblick zur Geschichte der kommunalen Selbstverwaltung in Ungarn

Das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in Ungarn folgte vom 19. Jahrhundert bis zum Beginn der sozialistischen Ära (1949) weitgehend dem durch den Freiherrn vom Stein modernisierten¹ Selbstverwaltungsverständnis.² Eine Garantie der selbständigen Verwaltung kommunaler Körperschaften findet sich erstmals in einem Gesetz von 1886.³ Die Gemeinden waren von diesem Zeitpunkt an rechtsfähig und deliktsfähig, sie konnten Eigentum erwerben, mussten aber Rechenschaft über die Zweckmäßigkeit ihrer Wirtschaftsführung ablegen. Mit dem Inkrafttreten der sozialistischen Verfassung wurden die kommunalen Selbstverwaltungsträger dann zu örtlichen Organen der staatlichen Verwaltung degradiert, bevor durch das Gesetz über die kommunalen Selbstverwaltungen von 1990⁴ und die seinerzeit inhaltlich neu

gefasste ungarische Verfassung das demokratische Gemeindemodell in Ungarn wieder eingeführt worden ist.

Noch zu sozialistischer Zeit, durch ein Gesetz aus dem Jahre 1984, wurde jedoch die Ebene der Landkreise formal abgeschafft. Dadurch wurde die lokale Ebene zweistufig: Sie setzte sich bis 2013 zusammen aus der eigentlichen Kommunalverwaltung in den Gemeinden und Städten und einer übergemeindlichen Kommunalverwaltung in den bereits seit dem Königreich Ungarn bekannten Komitaten. Diese Komitate, von denen es im heutigen Ungarn insgesamt neunzehn gibt, nehmen die überregionalen Aufgaben im Komitatsgebiet wahr. Auch besitzen große Städte und einige zentralörtliche Gemeinden ein Komitatsrecht, gelten aber nicht als selbständige Komitate.⁵ Seit dem 1. Januar 2013⁶ gibt es in Ungarn nun aber auch wieder eine dritte kommunale Stufe (*járás*), die zwischen diesen beiden Endpunkten angesiedelt ist und in ihrem Aufgabenzuschnitt etwa den deutschen Landkreisen entspricht, primär also überörtliche Aufgaben wahrnimmt. Innerhalb

¹Dazu von *Unruh, Georg-Christoph von*, in: Mann, Thomas/Püttner, Günter (Hrsg.), *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, Band I, 3. Aufl. 2007, § 4 Rn. 6 ff.

²*Kukorelli, István- Szegvári, Péter – Takács, Imre*: A helyiönkormányzatrendszer [Das System der kommunalen Selbstverwaltungen] in: *Kukorelli, István* (Hrsg.): *Alkotmánytan [Verfassungslehre]*, Osiris Kiadó, 2007, S. 493. Ausführlich zur Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Ungarn ab den 1860er Jahren *Küpper, Herbert*, *Autonomie im Einheitsstaat*, 2002, S. 64 ff.

³Gesetz Nr. XXII 1886. évi XXII. törvény a községekről. Näher *Kukorelli, István- Szegvári, Péter – Takács, Imre* (Fn. 2), S. 494 und *Küpper, Herbert* (Fn. 2), S. 78 ff.

⁴1990. évi LXV. törvény a helyi önkormányzatokról

⁵Detaillierter zur seinerzeitigen territorialen Gliederung der kommunalen Selbstverwaltung in Ungarn *Küpper, Herbert*, *Autonomie im Einheitsstaat*, 2002, S. 163 ff.

⁶Geschaffen durch das Gesetz XCIII von 2012 über die Errichtung der Landkreise, und über die Änderung der zugehörigen Gesetze (2012. évi XCIII. Törvény a járások kialakításáról, valamint egyes ezzel összefüggő törvények módosításáról).

eines Komitates finden sich in der Regel sechs bis sieben járás.

II. Verfassungsrechtliche Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung in Ungarn

Die Art. 31ff. der zum 1.1.2012 in Kraft getretenen neuen ungarischen Verfassung vom 25. April 2011⁷ konstituieren ein Recht der „örtlichen Selbstverwaltungen“. Anders als die deutsche Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 Abs. 2 GG mit Ihrem Bezug auf „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ und in deutlicher Abkehr von der alten Regelung in Art. 42 S. 2 der vorangegangenen Ungarischen Verfassung, der die örtliche Selbstverwaltung umschrieben hatte als „die selbständige und demokratische Erledigung der die Gemeinschaft der wahlberechtigten Bürger betreffenden öffentlichen Angelegenheiten sowie die Ausübung der örtlichen Staatsgewalt im Interesse der Bevölkerung“ wird im aktuellen Verfassungstext das Prinzip der Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises aufgegeben. Stattdessen enthält Art. 32 Abs. 1 der aktuellen ungarischen Verfassung in den Buchstaben a) bis l) eine enumerative Auflistung, welche Aufgaben im Rahmen der „örtlichen öf-

fentlichen Angelegenheiten“ zu erledigen sind. Zwar öffnet Buchst. l) diese Auflistung mit Blick auf weitere Aufgabenbereiche, doch müssen diese „gesetzlich festgelegt“ sein. Ein eigenes Aufgabenfindungsrecht im Bereich örtlicher Agenden ist damit ebenso ausgeschlossen, wie eine Orientierung der Selbstverwaltung an den fallweise zu konkretisierenden Angelegenheiten der Bürger. Hierzu passt, dass nach Art. 34 Abs. 1 S. 2 der aktuellen ungarischen Verfassung „die für die örtlichen Selbstverwaltungen obligatorischen Aufgaben- und Kompetenzbereiche ... durch Gesetz bestimmt werden“ können und durch Gesetz auch angeordnet werden kann, dass „die Wahrnehmung der obligatorischen Aufgaben einer örtlichen Selbstverwaltung in Rahmen eines Zusammenschlusses“ erfolgen muss (Art. 34 Abs. 2). In weiten Bereichen nehmen die ungarischen Kommunen also eigentlich fremde, staatliche Aufgaben wahr, jedoch definiert die ungarische Verfassung auch diesen gesamten Bereich als „örtliche Selbstverwaltung“. Eine Wahrnehmung echter Selbstverwaltungsaufgaben, wie sie den Gemeinden in Deutschland als „alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung überlassen sind - also Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf

⁷Eine deutsche Übersetzung ist unter http://www.pestlerlloyd.net/2012_01/01/verfassung/01verfassung.html im Internet abrufbar.

sie einen spezifischen Bezug haben“⁸- ist daneben zwar möglich, aber, wie § 111 Abs. 2 S. 2 des neuen ungarischen Gesetzes über die kommunalen Selbstverwaltungen⁹ deutlich macht, nur dann, wenn dadurch eine Wahrnehmung der gesetzlich übertragenen Aufgaben nicht gefährdet wird. Gleiches gilt gem. Art. 32 Abs. 1 Buchst. g) der ungarischen Verfassung auch mit Blick auf wirtschaftliche Betätigungen der Gemeinden.¹⁰

III. Aufgabenadäquate Finanzausstattung der Selbstverwaltung in Ungarn?

Dieser unterschiedliche verfassungsrechtliche Ausgangsbefund mag dazu geführt haben, dass den ungarischen Gemeinden ein vergleichsweise breites Aufgabenfeld zugewiesen ist, das neben Versorgungsfunktionen etwa auch weite Bereiche des Gesundheits- oder Bildungswesens umfasst. Wie überall auf der Welt benötigen die Gemeinden, um ihre Aufgaben erfüllen

⁸BVerfGE 79, 127 (151); 110, 370 (400); BVerwGE 92, 56 (62). Angelegenheiten, die diese Anforderungen nicht erfüllen, werden üblicherweise als staatliche Aufgaben angesehen und vom Selbstverwaltungsrecht separiert, vgl. *Tettinger, Peter J/Schwarz, Kyrill.*, in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Rn. 168; *Pieroth, Bodo*, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 28 Rn. 12

⁹Gesetz CLXXXIX von 2011 über die kommunalen Selbstverwaltungen in Ungarn (2011. évi CLXXXIX. Törvény Magyarországh helyi önkormányzatról).

¹⁰Vgl. dazu noch unten bei Punkt V. der Gliederung.

zu können, aber auch einen entsprechenden Finanzrahmen.

Nach der ungarischen Rechtslage vor 2012 legte § 5 Abs. 5 des ungarischen Gesetzes über die kommunalen Selbstverwaltungen fest, dass die notwendigen finanziellen Mittel für die verbindlich wahrzunehmenden Aufgaben als staatliche Finanzausstattung vom Gesetzgeber sichergestellt werden müssen, doch fand sich weder in diesem Gesetz noch in der ungarischen Verfassung eine Pflicht zur Koppelung von Aufgabenübertragung und individueller Finanzausweisung.¹¹ Dadurch war eine finanzielle Überforderung der Gemeinden durch verbindliche Aufgabenzuweisungen ohne finanzielle Deckung möglich. Das führte zu Bedenken, weil somit die kommunalen Ressourcen durch Übertragung zusätzlicher, originär staatlicher Aufgaben in einem derart erheblichem Maße beansprucht werden konnten, dass dadurch die Kapazitäten zur Wahrnehmung der eigentlichen Selbstverwaltungsaufgaben deutlich geschmälert wurde.

Mit der zu Beginn des Jahres 2012 in Kraft getretenen neuen Verfassung Ungarns ist

¹¹In der Literatur wurde versucht, die in Art. 44 A Abs. 1 lit c) der damaligen ungarischen Verfassung angesprochenen staatlichen Unterstützungen (dazu sogleich unter IV. 2. b) im Sinne eines Konnexitätsgebots zu interpretieren, vgl. *Küpper, Herbert*, *Autonomie im Einheitsstaat*, 2002, S. 172.

diese einfachgesetzliche Regelung in den Verfassungsrang überführt worden. Art. 34 Abs. 1 S. 2 der neuen Verfassung bestimmt: „Die örtlichen Selbstverwaltungen haben zur Vernehmung ihrer obligatorischen Aufgaben- und Kompetenzbereiche und zu diesen proportional Anspruch auf Unterstützung aus dem Haushalt oder aus sonstigem Vermögen.“ Wie nach alter Rechtslage wird der Finanzierungsanspruch nur auf die verbindlich wahrzunehmenden Aufgaben - in Deutschland würde man von Pflichtaufgaben sprechen - bezogen. Außerdem ist es nur ein Anspruch auf „Unterstützung“, d.h. es besteht nach der Verfassungslage auch weiterhin keine Konnexität wie wir sie in Deutschland kennen, wo sog. Konnexitätsklauseln im Landesverfassungsrecht¹² festlegen, dass bei der Zuweisung neuer Aufgaben durch Landesrecht immer auch zugleich Bestimmungen über die Deckung der Kosten zu treffen sind (sog. relative Konnexitätsklausel) oder eine eventuelle Mehrbelastung der Kommunen auszugleichen ist (sog. strenge Konnexitätsklausel).¹³ Auf der einfach-

rechtlichen Ebene ist in Ungarn ebenfalls seit dem am 1. Januar 2012 das neue ungarische Gesetz über die kommunalen Selbstverwaltungen¹⁴ maßgeblich, welches in § 10 Abs. 3 ergänzend vorsieht, dass die Selbstverwaltungsebene bei entsprechender gesetzlicher Ermöglichung die Wahrnehmung staatlicher Aufgabenauch durch Vertrag übernehmen kann. Ist dies der Fall, muss in dem Vertrag eine Regelung über die Finanzierung der Aufgaben getroffen werden. Ansonsten sind aber gesetzlich zugewiesene und freiwillige Aufgaben aus dem jährlichen Haushalt zu finanzieren, wobei § 111 Abs. 2 S. 2 dieses Gesetzes anordnet, dass eine Finanzierung freiwilliger Aufgaben nur erfolgen darf, wenn dadurch nicht die Wahrnehmung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben gefährdet wird. In der praktischen Umsetzung statuiert das einfache ungarische Recht damit eine ausdrückliche Nachrangigkeit der Erledigung freiwilliger Selbstverwaltungsaufgaben - eine Konsequenz, die den Kern der Selbstverwaltungsidee antastet.

¹²Vgl. den Nachweis der einzelnen landesverfassungsrechtlichen Normen bei *Mann, Thomas*, in: Tettinger, Peter J./Erbguth, Wilfried/Mann, Thomas, *Besonderes Verwaltungsrecht*, 11. Aufl. 2012, Rn. 97.

¹³Vgl. im Überblick *Mückl, Stefan*, in: Henneke/Pünder/Waldhoff, *Recht der Kommunal Finanzen*, 2006, § 3 Rn. 55 ff. Durch die im Rahmen der Föderalismusreform 2006 eingefügten Art. 84 Abs. 1 Satz 7 und Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG, die bestimmen, dass der Bund den Gemeinden und Gemeindeverbänden durch

Bundesgesetz keine Aufgaben übertragen darf, ist zudem eine bis dahin noch offene problematische Lücke geschlossen worden.

¹⁴Gesetz CLXXXIX von 2011 über die kommunalen Selbstverwaltungen in Ungarn (2011. évi CLXXXIX. Törvény Magyarországhelyi önkormányzatról).

IV. Finanzielle Grundlagen der Selbstverwaltung in Ungarn

Die finanzielle Ausstattung der örtlichen Selbstverwaltung in Ungarn speist sich unterschiedlichen Quellen, die sich in zwei Gruppen zusammenfassen lassen.

1. Kommunale Steuern, Gebühren und Beiträge

Wie in Deutschland auch beruht die Finanzausstattung der ungarischen Gemeinden zum Teil auf „örtlichen Steuern“ (Art. 32 Abs. 1 Buchst. h)ungar. Verf.¹⁵), wobei diese kommunalen Steuern nach Angaben in der Literatur die Hälfte der gemeindlichen Steuereinnahmen bilden und innerhalb dieser Gruppe die Gewerbesteuer mit rund 26 % den größten Anteil ausmachen soll.¹⁶ Sie bildet auch in Deutschland die zentrale kommunale Steuereinnahme.¹⁷ Eine ausdrückliche Aussage wie in § 44 A Abs. 1 Buchst. c) der bis 2012 geltenden ungarischen Verfassung, wonach die örtliche Vertretungskörperschaft darüber hinaus „zur Erfüllung der im Gesetz festgelegten Aufgaben der Selbstverwaltung zu

eigenen Einnahmen berechtigt“ ist, fehlt im aktuellen Verfassungstext. Die damit angesprochene Möglichkeit, Kommunalabgaben in Gestalt von Gebühren und Beiträgen zu erheben, findet sich heutzutage aber auf der einfachrechtlichen Ebene in § 106 Abs. 1 Buchst. d) des Gesetzes über die kommunalen Selbstverwaltungen in Ungarn,¹⁸ der bestimmt, dass „eigene Einnahmen“ der kommunalen Selbstverwaltungsträger auch „die aufgrund der gesetzlichen Vorschriften der Gemeinde zustehenden Gebühren, Geldbußen und Beiträge“ sind.

2. Staatliche Zuweisungen und Unterstützungen

Daneben kennt das ungarische Recht traditionell noch die Unterscheidung von staatlichen Zuweisungen und staatlichen Unterstützungen, die als Formen staatlicher Förderungen den Kommunalhaushalt ergänzen (vgl. § 111 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über die kommunalen Selbstverwaltungen in Ungarn). Mit dem letzteren Instrument der staatlichen Unterstützungen ist ein Verteilungsmechanismus benannt, den das deutsche Recht in dieser Form nicht kennt.

¹⁵Vgl. Auch Art. 8 Abs. 3 Buchst. b) ungar. Verfassung.

¹⁶Näher *Vigvári, András*: Közpénzügyeink [Die öffentlichen Finanzen], KJKKerszöv, Budapest, 2005, S. 217.

¹⁷*Waldhoff, Christian*, in: Henneke, Hans-Günter/Pünder, Hermann/Waldhoff, Christian *Recht der Kommunalfinanzen*, 2006, § 2 Rn. 19.

¹⁸Nachweis oben in Fn. 9.

a) Staatliche Zuweisungen

Die Zuweisungen bestehen größtenteils aus den sog. übertragenen Steuern. Gemeint sind damit zentrale Steuern, die auf kommunaler Ebene eingezogen werden und zum Teil auch dort verbleiben. Ein Beispiel ist die Einkommenssteuer, die auch in Deutschland als Gemeinschaftssteuer konzipiert ist, deren Aufkommen Bund und Ländern gemeinsam zusteht (Art. 106 Abs. 3 S. 1 GG) und an deren hälftigen (Art. 106 Abs. 3 S. 2 GG) Länderanteil auf einer zweiten Ebene den Gemeinden und Gemeindeverbänden ein bestimmter Hundertsatz zufließt (Art. 106 Abs. 7 GG). Zu den sog. übertragenen Steuern zählt aber auch – das mag aus deutscher Sicht interessant sein – die Kraftfahrzeugsteuer, an der den ungarischen Kommunen die vollständige Ertragshoheit gebührt. Demgegenüber fließen die Einnahmen aus der Kfz-Steuer in Deutschland bis Mitte 2009¹⁹ noch den Landeshaushalten zu, gehören inzwischen aber gemäß Art. 106b GG zur Ertragshoheit des Bundes.²⁰ Die Abhängigkeit der sog. übertragenen Steuern von der Neubestimmung des den ungarischen Gemeinden zustehenden Prozentsatzes im Staatshaushalt

(mit der Tendenz zur Absenkung) bedingt eine gewisse Unberechenbarkeit dieser Finanzierungsquelle, die den Gemeinden eine langfristige Kalkulation ihrer Einnahmen erschwert.

b) Staatliche Unterstützungen

Die zweite Säule der staatlichen Finanzierungen bilden die auch in Art. 34 Abs. 1 S. 2 der ungarischen Verfassung speziell angesprochenen „staatlichen Unterstützungen“. Diese lassen sich systematisierend in fünf Unterkategorien aufteilen: Da sind zunächst einmal die *normativen Unterstützungen*, die allen Selbstverwaltungen zustehen und aufgrund ihrer spezifischen Gegebenheiten (z.B. der Einwohnerzahl) oder der wahrgenommenen kommunalen Aufgaben (z.B. der Zahl der Studenten im Bildungswesen) berechnet werden. Daneben gibt es die *zweckgerichteten Unterstützungen*, die den Selbstverwaltungseinheiten nach Maßgabe gesetzlicher Bedingungen zustehen, wenn sie gesellschaftlich bedeutsame Zwecke erfüllen. Drittens gibt es staatliche Mittel in Form von *projektbezogenen Unterstützungen*, für die sich einzelne Gemeinden bewerben können, wenn sie kostspielige Entwicklungsprojekte finanzieren müssen. Viertens gibt es eine

¹⁹Vgl. das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 106, 106b, 107, 108) vom 19. März 2009 (BGBl. I 2009 S. 606).

²⁰Zu diesem Wechsel siehe etwa *Kube, Hanno*, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 106 Rn. 13.

Sonderunterstützung (MÜKI)²¹, die ausnahmsweise jenen Gemeinden gewährt werden kann, die unverschuldet an Finanzmangel leiden und ihre Pflichtaufgaben nicht erledigen können. Hinzu kommen *ergänzende Unterstützungen* aus einem sog. zentralen Etat, welche benachteiligten Selbstverwaltungskörperschaften nur in Ausnahmefällen sowie mit parlamentarischer Genehmigung zuerkannt werden.²² In der Gesamtschau entsteht somit ein differenziertes Finanzierungsinstrument, bei dem versucht wurde, den unterschiedlichen Aufgaben und finanziellen Situationen der jeweiligen Gemeinden Rechnung zu tragen, das aber andererseits zu großen Unterschieden in der Finanzausstattung der Gemeinden beitragen und wegen der Abhängigkeit von gesonderten Bewilligungen zu Planungsunsicherheiten für die Gemeinden führen kann.

3. Kritische Bewertung

Darüber hinaus führt dieses System der projektbezogenen und zweckgerichteten staatlichen Unterstützungen auch zu Fehlentwicklungen in der Rechtspraxis. Kommunale Selbstverwaltungsbedürfnisse und

tatsächliche Entwicklungen laufen nicht immer kongruent, wenn Anlagen und Einrichtungen nur deswegen gebaut und unterhalten werden, weil ihre Finanzierung staatlich unterstützt wird, und andere notwendige Einrichtungen, für die es keine staatlichen Unterstützungen gibt, nicht realisiert werden. Das ist eine Problemlage, die uns in Deutschland unter dem Stichwort „Dotationsauflagen“ in ähnlicher Weise durchaus bekannt ist. Langfristig führt das zu einer Abhängigkeit der Selbstverwaltungsträger von den zentralen Unterstützungen und damit zu einer Einengung ihrer eigenen Entscheidungskraft. Die bürgerlich-demokratische Komponente der Selbstverwaltung gerät in den Hintergrund, es droht in weiten Teilen eine Fremdsteuerung durch die „goldenen Zügel“ des Staates.²³

V. Kommunale wirtschaftliche Betätigung in Ungarn

Dieser Befund wirft nun die Frage auf, ob nicht eine nennenswerte Finanzierung der kommunalen Selbstverwaltung durch die

²¹Übersetzt sinngemäß, „Unterstützung zur Bewahrung der Zahlungsfähigkeit der kommunalen Selbstverwaltungen“.

²²*Vigvári, András: Közpénzügyeink* [Die öffentlichen Finanzen], KJKKerszöv, Budapest, 2005, S. 222.

²³Kritisch auch *Fogarasi, József* (Hrsg.): *Önkormányzati kézikönyv* [Handbuch der Selbstverwaltungen], HVG – ORAC Budapest 1997, S. 285; *Varga, István: Az üzemgazdasági szemléletű vagyongazdálkodás megteremtésének helyzete*, [Die Lage aus Sicht einer eventuellen Betriebsverwaltung], In: *Vigvári, András* (Hrsg): *A családi ezüst* [Das Tafelsilber], Complex Kiadó Kft., Budapest, 2007. S. 170

Erträge eigener wirtschaftlicher Tätigkeit erreicht werden kann.

1. Verfassungslage

Anders als das Grundgesetz, das bewusst auf einen Abschnitt über die Wirtschaftsverfassung oder die wirtschaftliche Betätigung von Staat und Gemeinden verzichtet hat, trifft die ungarische Verfassung eine ausdrückliche Aussage zur Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Art. 32 Abs.1 Buchst. g) der ungarischen Verfassung besagt:

„Die örtlichen Selbstverwaltungen ... können mit dem zu diesem Zweck einsetzbaren Vermögen und mit ihren Einnahmen – ohne die Erledigung ihrer verbindlichen Aufgaben zu gefährden – Unternehmungen betreiben.“²⁴

Ergänzend bestimmt Art. 38 Abs. 5 der ungarischen Verfassung:

²⁴Ähnlich vor der Verfassungsänderung 2012 auch § 44 A Abs. 1 Buchst. b) ungar. Verf. a.F.: die Gemeindevertretung „wirtschaftet selbständig mit den Einnahmen der Selbstverwaltung und kann auf eigene Verantwortung unternehmerisch tätig werden.“

„Der Staat und die im Eigentum der örtlichen Selbstverwaltungen befindlichen Wirtschaftsorganisationen wirtschaften in gesetzlich festgelegter Form, selbständig und eigenverantwortlich sowie entsprechend den Gesichtspunkten der Gesetzlichkeit, Zweckmäßigkeit und Rentabilität.“

Auf der einfachrechtlichen Ebene findet sich in § 106 Abs. 1 Buchst. b) des Gesetzes über die kommunalen Selbstverwaltungen in Ungarn die klarstellende Regelung, dass zu den eigenen Einnahmen der örtlichen Selbstverwaltung auch „die Einnahmen, der Profit, die Dividende, der Zins und die Miete, die aus eigener (wirtschaftlicher) Tätigkeit, Unternehmung und aus der Nutzbarmachung des eigenen Vermögens“ entstehen, gehören. Eine Beteiligung am Wirtschaftsverkehr ist den örtlichen Selbstverwaltungsträgern also - ähnlich wie in anderen osteuropäischen Rechtsordnungen²⁵ - uneingeschränkt erlaubt.

²⁵Dazu *Küpper, Herbert*, *Autonomie im Einheitsstaat*, 2002, S. 283 m.w.N.

2. Der Erwerb von Eigentum an Öffentlichen Unternehmen

Soweit es in Erfahrung zu bringen ist, macht die ungarische Praxis kommunalen Wirtschaftens von der Möglichkeit zur unternehmerischen Tätigkeit mittlerweile allerdings eher zurückhaltend Gebrauch. Ähnlich wie das in Deutschland bei den Kommunen der früheren DDR nach der Wende geschehen ist,²⁶ ist auch in Ungarn nach dem Wechsel zur Demokratie und Marktwirtschaft ein Großteil des ehemals einheitlichen volkseigenen Vermögen auf die Gemeinden unentgeltlich übertragen worden,²⁷ so dass die Gemeinden vom einstmals schlichten Verwalter zum zivilrechtlichen Eigentümer geworden sind.²⁸ Dabei gelangten die verschiedenen Vermögensteile zu verschiedenen Zeitpunkten und auf unterschiedlichen Wegen²⁹ - originärer oder derivativer Erwerb - in das Eigentum der Selbstverwaltungs-

körperschaften. So erfolgte etwa gemäß § 107 des Gesetzes über die kommunalen Selbstverwaltungen von 1990³⁰ ein originärer Eigentumserwerb an Verwaltungsimmobilien, Straßen, öffentlichen Werken und bestimmten Grundstücken wie Parkanlagen, aber auch an Wohngebäuden, Mobilien, Geld- und Wertpapiereigentum, die in der Verwaltung der ehemaligen kommunalen Unternehmen gestanden hatten. Durch ein weiteres Gesetz von 1991³¹ wurden den Selbstverwaltungskörperschaften durch spezielle ad hoc Kommissionen im Wege des derivativen Eigentumserwerbs verschiedene Grundstücke, Wälder, Naturschutzgebiete und Baudenkmale sowie die Aktien der ehemaligen staatlichen Versorgungswerke an die betroffenen Kommunen übertragen.³² Über weitere Eigentumsrechte, etwa mit Blick auf Wasserwerke oder auf die von der Sowjetarmee gepflegten Immobilien, wurden in gesonderten Verwaltungsverfahren Einzelentscheidungen getroffen.³³

²⁶Vgl. Art. 21 III und Art. 22 I des Einigungsvertrages.

²⁷*Péteri, Gábor*: Önkormányzati gazdálkodás: új lehetőségek, gyakorlati módszerek [Kommunale Wirtschaftsführung: neue Möglichkeiten, praktische Methoden], *Helyi demokrácia és újítások alapítvány* [Stiftung für kommunale Demokratie und Innovationen], 1995, S. 249-250.

²⁸*Kökényesi, József*: Az önkormányzati tulajdon egyes kérdései [Einige Fragen über das kommunale Eigentum], *Magyar Közigazgatás 1995/3.*, *Sári, János*: Alapjogok [Grundrechte], Osiris Kiadó, Budapest, S. 210-213

²⁹*Bende-Szabó, Gábor* (Hrsg.): Az önkormányzati vagyongazdálkodás ismeretei [Kenntnisse der kommunalen Vermögensverwaltung], MKI-ROP 2007, S. 10-12

³⁰Nachweise in Fußnote 4.

³¹1991. évi XXXIII. törvény egyes állami tulajdonban lévő vagyontárgyak önkormányzatok tulajdonába adásáról. Dazu näher *Küpper, Herbert*, *Autonomie im Einheitsstaat*, 2002, S. 319 ff.

³²Insgesamt kam es zum Übergang von Aktien in Höhe von 25 % an den öffentlichen Elektrizitätswerken und in Höhe von 40 % an den öffentlichen Gaswerken.

³³*Kusztosné Nyitrai, Edit* (Hrsg.): *A helyi önkormányzatok és pénzügyeik*, [Die Kommunen und ihre Finanzen], Consulting Rt., Budapest, 1998., 2003, S. 389-390.

3. Privatisierung und Rekommunalisierung

In einer Anfangsphase nach der Übernahme der wirtschaftlichen Unternehmen haben die Gemeinden ihre öffentlichen Aufgaben mittels dieser Werke noch selbst wahrgenommen und auf eine Privatisierung verzichtet.³⁴ In den 1990er Jahren ging die wirtschaftliche Betätigung der ungarischen Gemeinden jedoch deutlich zurück. Vielfach hat man nicht nur die Aufgaben erledigung ausgegliedert, also funktionell privatisiert, sondern gleich ganze Wirtschaftseinheiten auch materiell privatisiert. Dadurch konnten zwar kurzfristig große Veräußerungsgewinne realisiert werden, doch führt ein Ausverkauf des „Tafelsilbers“ auch dazu, dass mitunter selbst rentables Vermögen aus der Hand gegeben wird, dessen Erträge dem Verwaltungshaushalt später fehlen, was nötige Investitionen und Fortentwicklungen blockieren kann.³⁵ Ein anderes – gesamtwirtschaftliches – Problem der materiellen Privatisierung liegt darin, dass die Gemeinden meist die kurzfristige Erlösmaximierung und nicht die Förderung wettbewerblicher Marktstrukturen in den Vordergrund ge-

stellt haben.³⁶ Das hat dazu geführt, dass das Pendel inzwischen wieder zurückschwingt und in den letzten Jahren - wie auch in Deutschland - ein Prozess der Rekommunalisierung eingesetzt hat, bei dem sich die örtlichen Selbstverwaltungsträger wieder darum bemühen, insbesondere Unternehmen der Ver- und Entsorgung unter die kommunale Ägide zu bringen.

Soweit die ungarischen Kommunen heute eigene Wirtschaftstätigkeit entfalten, zeigt sich insbesondere ein Trend zu kommunalen Beteiligungen an privaten Gesellschaften, insbesondere an Aktiengesellschaften und GmbHs. Nach Berichten aus der Literatur diente schon im Jahr 2000 circa 1/4 des gesamten kommunalen Vermögens dem Zweck kommunaler Beteiligungen.³⁷ Damit verbunden ist das Problem, dass die Gemeinde über die Aufgabenerledigung nur noch in ihrer Funktion als Gesellschafterin beschließen, also nicht mehr den Willen der Gemeindebürger unmittelbar verwirklichen kann. Sie ist vielmehr auf eine Nutzung der aus ihrer Gesellschafterstellung folgenden Rechte nach Gesellschaftsrecht angewiesen, was, wie man sich denken kann, auf Probleme stößt,

³⁴*Vigvári, András*: Szubszidiaritás nélküli decentralizáció, [Dezentralisation ohne Subsidiarität], KJK Kerszöv, Budapest, 2005, S. 147-148.

³⁵Nach dem Werk von *Vigvári, András* (Hrsg.): *A családiezüst* (Das Tafelsilber).

³⁶*Wolf, Dieter*: Der Staat als Unternehmer-Belebung oder Gefahr für den Wettbewerb? In: *Stober, Rolf/Vogel, Hanspeter* (Hrsg.): *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, S. 5-7

³⁷*Orosz, Valéria*: Länderbericht Ungarn, in: *Stober, Rolf/Vogel, Hanspeter* (Hrsg.): *Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand*, S. 253.

wenn die privaten Mitgesellschafter ausschließlich Ziele der Gewinnmaximierung verfolgen.³⁸

VII. Zusammenfassung

Wenn man vor dem Hintergrund der voranstehenden Ausführungen eine resümierende Zusammenfassung wagt, so scheint die Bedeutung der Kommunalwirtschaft in Ungarn und Deutschland in einem umgekehrt proportionalen Verhältnis zu ihrer Thematisierung im Verfassungsrecht zu stehen. In Deutschland thematisiert die Verfassung die Kommunalwirtschaft an keiner Stelle, doch hat sich in der Praxis eine extensive Gemeindegewirtschaft etabliert, die in den letzten Jahren zusätzlich nach einer örtlichen Entgrenzung strebt.³⁹ Demgegenüber enthält die ungarische Verfassung klare Aussagen zur Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung, doch wird von den entsprechenden Möglichkeiten trotz einer aktuell zu beobachtenden Re-kommunalisierungswelle wie es scheint immer noch eher zurückhaltend Gebrauch

gemacht. Wie vorangehend gezeigt werden konnte, fügt sich dieser Befund ins Bild einer seit den Verfassungs- und Gesetzesänderungen von 2012 zu beobachtenden Schwächung der Selbstverwaltungsmöglichkeiten auf der örtlichen Ebene, die zunehmend durch die gesetzliche Auferlegung von vorrangig zu erfüllenden (staatlichen) Aufgaben in den Hintergrund gedrängt werden.

³⁸Zu den vergleichbaren Problemen nach deutscher Rechtslage s. *Mann, Thomas*, Steuernde Einflüsse der Kommunen in ihren Gesellschaften, VBIBW 2010, 7 ff.

³⁹Zur Kritik vgl. näher *Mann, Thomas*, Möglichkeiten und Grenzen kommunaler Wirtschaftstätigkeit, in: Ipsen, Jörn (Hrsg.), Unternehmen Kommune?, 2007, S. 45 (67 ff.)

