

УКРАЇНИ ВЛАСНИЙ ШЛЯХ

DER EIGENE WEG DER UKRAINE

UKRAINE'S OWN PATH

Незалежність та кооперація
– Власний шлях України до правової держави –

Unabhängigkeit und Kooperation
– Der eigene Weg der Ukraine zum Rechtsstaat –

Independence and Cooperation
– Ukraine's own Path toward the Rule of Law –

Editors



Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht
Frankfurt/M.



Prof. Dr. Vyacheslav Komarov
Kharkiv



Prof. Dr. Gregorii Moschak
Odessa



Prof. Dr. Vyacheslav Navrotskyy
Lviv



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

України власний шлях | Der eigene Weg der Ukraine | Ukraine's own Path

Editors



Prof. Dr. Peter-Alexis Albrecht
Frankfurt/M.



Prof. Dr. Vyacheslav Komarov
Kharkiv



Prof. Dr. Gregorii Moschak
Odessa



Prof. Dr. Vyacheslav Navrotskyy
Lviv

України власний шлях
Der eigene Weg der Ukraine
Ukraine's own Path

Незалежність та кооперація

– Власний шлях України до правової держави –

Unabhängigkeit und Kooperation

– Der eigene Weg der Ukraine zum Rechtsstaat –

Independence and Cooperation

– Ukraine's own Path toward the Rule of Law –



BWV · BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information
der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-3271-2

© 2013 BWV · Berliner Wissenschafts-Verlag
Markgrafenstraße 12–14 · 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de · Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des
Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten.

ВСТУП | EINLEITUNG | INTRODUCTION

Петер-Алексіс Альбрехт | Peter-Alexis Albrecht

Вступ Zuführung Introduction	10
--	----

ЕСЕ НІМЕЦЬКИХ АВТОРІВ | DEUTSCHE BEITRÄGE | GERMAN CONTRIBUTIONS

Петер-Алексіс Альбрехт | Peter-Alexis Albrecht

Правове і політичне есе про розвиток в системі кримінального правосуддя Німеччини: поліція, прокуратура, захист та кримінально – виконавча система	37
Rechtspolitische Essays zu den Entwicklungen im Kriminaljustizsystem in Deutschland: Polizei, Staatsanwaltschaft, Strafverteidigung, Strafgerichte und Strafvollzug.	45
Legal-Political Essays on the Developments in Germany’s Criminal Justice System: Police, State Prosecutor’s Office, Criminal Defense, Criminal Courts, and Penal System	53

Ульріх Бальтцер | Ulrich Baltzer

Інші заходи кримінально-правового характеру у кримінальному праві Німеччини: від осудного кримінального права до превентивного кримінального права.. . . .	61
Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im deutschen Strafrecht: Vom Schuldstrafrecht zum Präventionsstrafrecht	65
Hospital-Ordered Treatment in German Penal Law: From Guilt-Based to Prevention-Based Penal Law	69

Бйорн Крузе | Björn Kruse

Боротьба з корупцією в Німеччині: Правові основи та дотримання законодавства (Compliance).	73
Korruptionsbekämpfung in Deutschland: Gesetzliche Grundlagen und Compliance.	77
Fighting Corruption in Germany: Legal Foundations and Compliance	81

Матіас Гржезек | Mathias Grzesiek

Боротьба з корупцією в німецькій системі охорони здоров’я	85
Korruptionsbekämpfung im deutschen Gesundheitswesen	89
Fighting Corruption in the German Healthcare System	93

Кристоф Крель | Christoph Krehl

Захист прав людини і основоположних свобод в Німеччині	97
Grund- und Menschenrechtsschutz in Deutschland	101
Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Germany	107

ПОГЛЯД УКРАЇНСЬКОГО СТУДЕНТА В НІМЕЧЧИНІ НА УКРАЇНУ | SICHT EINES UKRAINISCHEN STUDENTEN IN DEUTSCHLAND AUF DIE UKRAINE | VIEW OF A UKRAINIAN STUDENT IN GERMANY ON UKRAINE

Александр Карпелев | Aleksandr Karpelev

Україна: Історія, формування, орієнтації	113
Ukraine: Geschichte, Prägungen, Orientierungen	121
Ukraine: History, Influences, Orientation.	129

ЕСЕ УКРАЇНСЬКИХ АВТОРІВ | UKRAINISCHE BEITRÄGE | UKRAINIAN CONTRIBUTIONS

I. КОРУПЦІЯ | KORRUPTION | CORRUPTION

Ілья Кукурудзяк | Ilya Kukurudzyak

Антикорупційне законодавство України.	139
Antikorruptionsgesetzgebung in der Ukraine	143
Anti-Corruption Legislation in Ukraine.	147

Дарина Косінова | Daryna Kosinova

Законодавство України про боротьбу із корупцією: загальний огляд	151
Ukrainische Gesetzgebung zur Bekämpfung von Korruption	155
Ukrainian Legislation on Combating Corruption: A General Review	159

Евеліна Алісова | Evelina Alisova

Імплементація міжнародних інструментів з протидії корупції в українське законодавство	163
Umsetzung internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung in der ukrainischen Gesetzgebung.	169
Implementation of International Relegations on Combating Corruption into Ukrainian Legislation	173

Віра Навроцька, Наталія Лащук | Vira Navrotska, Nataliya Lashchuk

Зміна підходу до тягара доказування як спосіб боротьби із зловживаннями службових осіб	177
Umkehr der Beweislastregel (Nemo-tenetur se ipso accusare) bei Machtmissbrauch von Amtsträgern.	181
Reversal of the Burden of Proof in Cases of Officials' Abuse of Power	185

II. ЗАХИСТ ДАНИХ | DATENSCHUTZ | DATA PROTECTION

Андрій Маринів | Andriy Maryniv

Захист персональних даних в Україні: досягнення, проблеми, перспективи	189
Schutz personenbezogener Daten in der Ukraine: Erfolge, Probleme, Perspektiven.	193
Personal Data Protection in Ukraine: Achievements, Problems, Prospects	197

Оксана Горпинюк, Оксана Броневицька | Oksana Gorpynyuk, Oksana Bronevytska

Захист даних у суспільному устрої та правовому порядку	201
Datenschutz in der Sozial- und Rechtsordnung der Ukraine	205
Data Protection in the Ukrainian Social and Legal Order	209

III. КСЕНОФОБИЯ ТА РАСИЗМ | XENOPHOBIE UND RASSISMUS | XENOPHOBIA AND RACISM

Катерина Косінова | Kateryna Kosinova

Сучасне законодавство України з питань протидії ксенофобії і расизму	215
Die aktuelle ukrainische Gesetzgebung zu Fremdenfeindlichkeit und Rassismus.	219
Contemporary Ukrainian Legislation on Combating Xenophobia and Racism	223

Віталій Ушаков | Vitalii Ushakov

Роль актів органів Совета Европы для развития и усовершенствования современных механизмов противодействия расизму и ксенофобии	227
Der Einfluss des Europarats auf Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in der Ukraine	231
The Council of Europe's Influence against Racism and Xenophobia in Ukraine.	235

Володимир Коваленко | Volodymyr Kovalenko

Кримінально-правова протидія релігійній дискримінації в Україні.	239
Strafrechtlicher Schutz gegenüber religiöser Diskriminierung in der Ukraine	243
Criminal-Legal Protection from Religious Discrimination in Ukraine	247

IV. СУДОВА ТА ВИКОНАВЧА ВЛАДА | JUDIKATIVE UND EXEKUTIVE | THIRD POWER AND EXECUTIVE

Олеся Трагнюк, Тетяна Комарова | Olesya Tragniuk, Tetyana Komarova

Інститут конституційної скарги в Україні: за і проти	253
Zur Verfassungsbeschwerde in der Ukraine: Pro und Kontra	257
The Institution of the Constitutional Claim in Ukraine: Pro and Con	261

Григорій Мошак | Gregorii Moschak

Практичні шляхи наближення української міліції і юстиції до правових стандартів Євросоюзу	265
Praktische Wege der Anpassung der ukrainischen Miliz und Justiz an rechtliche Standards der Europäischen Union	269
Practical Ways of Conforming the Ukrainian Militsiya and Judiciary to the Legal Standards of the European Union	273

ЗАКЛЮЧЕННЯ | FAZIT | CONCLUSION

Петер-Алексіс Альбрехт | Peter-Alexis Albrecht

Незалежність та співробітництво: Власний шлях України до державно-правової орієнтації та орієнтації на права людини Unabhängigkeit und Kooperation: Der eigene Weg der Ukraine zu rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Orientierung Independence and Cooperation: Ukraine's Own Path toward the Rule of Law and Human Rights	278
---	-----

Подяка Danksagung Acknowledgment	298
--	-----

Вступ

Einleitung

Introduction

Zuführung

Ein Initial

Das Leben besteht aus einer Reihe von Zufällen. Diesen ist nicht selten zu eigen, dass sie kausal sind für eine Kette von Folgen, die man nicht ansatzweise erahnen und mitunter auch nicht mehr steuern kann.

Eine Kette von Zufällen und sich verselbständigenden Folgen ist die Geschichte einer Reise von Broder Brodersen in die ferne Ukraine. Anfang 2005 sprach mich Broder, ein bekannter Werbefachmann, Künstler und Fotograf, an: „Ich möchte wissen, wo mein Vater begraben ist. Ich muss das noch herausfinden. Es ist irgendwo in der Ukraine. Er ist im Krieg von seinen eigenen Kameraden erschossen worden. Kannst Du mich begleiten?“

Einer solchen Bitte konnte ich mich nicht verschließen. Vermutlich war es meine Körpergröße und mein festes Auftreten, was ihn bewog, mich um Unterstützung zu bitten. Ich kümmerte mich über drei Ecken um einen deutsch sprechenden Führer für die Region Odessa. Aber es war nicht in Odessa. Es sollte in der Nähe von Kirowograd sein, in der Nähe, also circa 600 km Autofahrt ...



Rast 2 | Зупинка 2 | Break 2



Kreuzung | Перехрестя | Crossroad

Schon die Ankunft auf dem Flughafen Odessa war beklemmend. Es war eher eine Art befestigter Weg, auf dem die Maschine holprig landete. Dann die Einreiseformalitäten nach alter sowjetischer Kontrollart. Schließlich die Fahrt in die Stadt. Ein Ort im Verfall, der an die alte Donaumonarchie erinnert, einschließlich der Ruinen, allerdings in unsere Zeit versetzt. Ankunft im Hotel Mozart. Die Preise holen den Besucher wieder ein, wenn er sich zu sehr von Ruinen und althabsburger Flair ablenken lässt.

Unser Fremdenführer erwartete uns. Halb militärisch, halb devot, wohl auch halb irritiert, was wir von ihm erwarteten. Die Fahrt nach Kirowograd wurde umständlich gegen Zahlung in Dollar vereinbart. Ein Privatauto mit Chauffeur stand am nächsten Tag bereit. Eine furchtbare Fahrt stand uns bevor. Zwei Raucher vorne, wir hinten, eng, heisser Fahrtwind, unentwegtes Geplärre aus dem Autoradio, Schlagloch an Schlagloch, ständig gefahrvolle Überholvorgänge und alles überlagert von einer herrlichen Unendlichkeit von Landschaft. Blauer Himmel, leicht wellige Riesfelder bis zum Horizont. Das Wort *Kornkammer* – ein furchtbarer deutscher Wunschtraum auf Panzerlafetten – bekam für uns reale Bedeutung.

Вступ

Початок

Життя – це ланцюг випадковостей. Вони нерідко до того своєрідні, що стають причиною цілого ряду наслідків, які не можна передбачити та на які не можна вплинути.

Ланцюгом таких випадковостей та непередбачених наслідків стала історія подорожі пана Бродера Бродерсена в далеку Україну. На початку 2005 року до мене звернувся Бродер, відомий спеціаліст з реклами, митець та фотограф з проханням: «Я хотів би знати, де похований мій батько. Але я мушу це ще в'яснити. Це має бути десь на Україні. Під час війни він був розстріляний своїми ж товаришами. Ти не міг би супроводжувати мене?»

Таке прохання не залишило мене байдужим. Мабуть, моя постава і моя впевненість підштовхнули його звернутись власне до мене з цим проханням. Непростими шляхами мені вдалось знайти німецькомовного гіда в Одесі. Але те, що ми шукали, було не в Одесі. Десь неподалік від Кіровограду, неподалік: «всього лиш» 600 км на машині...

Вже прибуття в аеропорт Одеси справило на нас гнітюче враження. Смуга, на яку літак здригаючись приземлився, була подібна на вибоїсту дорогу з твердим покриттям. Перевірка документів проходила як в старі радянські часи. Накінець, ми на шляху в місто. Місцевість вразила своїм занепадом, нагадуючи часи старої Дунайської монархії, руїни якої перенесені в сьогодення. Прибуття в готель «Моцарт». Перебуваючи ще під враженням руїн і атмосфери часів династії Габсбургів, відвідувач швидко повертається в сучасність, зіткнувшись з цінами в готелі.

Наш гід вже чекав на нас. Його поведінка була напіввійськовою, напівпокірною, але також напіврозгубленою від того, що ми від нього очікували. Поїздка в Кіровоград була узгоджена з усіма подробицями і оплатою в долларах. Наступного дня на нас чекав приватний автомобіль з водієм. Попереду була жаклива подорож: два курці на передніх сидіннях, ми – на задніх, тісно, потік гарячого повітря з вікон, безперервний шум радіо, вибоїни она за одною, часті небезпечні обгони, – і це все на фоні мальовничої нескінченності пейзажу. Блакитне небо, злегка хвилясті далекі поля аж до горизонту. Слово «житниця» (жак-

Introduction

Beginning

Life is made up of many coincidences. These often set off a chain of events that you couldn't have begun to imagine and often have no control over.

The story of Broder Brodersen's journey to distant Ukraine is one of these chains of coincidences and resulting consequences. At the beginning of 2005, Broder, a well-known advertiser, artist, and photographer, asked me: "I'd like to know where my father is buried. I need to find out. It's somewhere in Ukraine. During the war he was shot by his own comrades. Can you go with me?"

I couldn't turn down such a request. It was probably my size and assertive manner that moved him to ask for my support. Through my connections' connections, I arranged for a German-speaking guide for the region of Odessa. But it wasn't in Odessa. It was supposedly near Kirovograd, nearby, that is, a 600 km drive away ...

Even the arrival at the Odessa airport was disturbing. The plane landed bumpily on more of a paved path than a runway. Then we went through the entry formalities according to the old Soviet methods of control. Finally, we drove into the city. A place of dilapidation that reminded one of the old Austro-Hungarian monarchy, including the ruins, but in modern times. We arrived at Hotel Mozart. If the visitors get too distracted by the ruins and old Hapsburg fair, then the prices bring them back to reality.

Our guide was waiting for us. Half-military, half-servile, and apparently also half-confused as to what we expected from him. The drive to Kirovograd was laboriously agreed upon with payment in dollars. A private car with a chauffeur was waiting for us on the following morning. It was an awful drive. Two smokers in the front seat, we were in the back, a narrow road, a hot headwind, the never-ending drone of the radio, pothole after pothole, constant dangerous passing maneuvers, and everything was overlaid with the beautiful, endless countryside. Blue skies, lightly rolling, enormous fields stretching to the horizon. The word "breadbasket" – a horrible pipe dream the Germans attempted to fulfill by use of tanks – suddenly had a real meaning for us.

Wir waren wohl acht Stunden unterwegs. Wo ist der Friedhof? Kein einheimischer Mensch hatte eine Ahnung. Friedhof? Deutsche Soldaten? Nur Kopfschütteln. Jemand kam auf die Idee, uns zum Ehrenmal aus sowjetischer Zeit zu schicken. Das war nach längerer Suche schließlich gefunden. Monumental. Einschüchternd. Kommt man als Deutscher mit der eigenen und fremden Vergangenheit erstmals so nah in Berührung, schnürt es einem die Kehle zu. Befangenheit ist nicht das richtige Wort. Man ist eher gestaucht angesichts der durch Gigantomanie erzeugten Erinnerung an Unvorstellbares, was wir – die Deutschen – anderen Völkern an Unheil gebracht haben.

Nur wenige Menschen trafen wir an. Ein Krankenhaus, so ein Hinweisschild, lag am Eingang des riesigen Geländes. Unser Führer ging hinein. Nach längerer Zeit kam er zurück und stellte uns einer Ärztin vor. Der Wunsch von Broder Brodersen, das Grab seines Vaters aufzusuchen, wurde übersetzt und löste mitleidiges Lächeln bei der Ärztin aus. Einen Friedhof für deutsche Soldaten gäbe es hier nicht. Das sei eine Ehrenstätte für die Gefallenen des Großen vaterländischen Krieges. Es habe wohl auch zahlreiche tote deutsche Soldaten hier gegeben, aber wo deren Überreste abgeblieben seien, wisse sie nicht.

Nun hätte man zurückfahren können. Aber das wollte Broder auch nicht. Unruhig zeigte er einige kleine vergilbte Fotos von der Beisetzung seines Vaters, und am Rande sah man Baracken, die heute das Krankenhaus waren. „Also ausgegraben hat man bestimmt keinen deutschen Soldaten“, so die Ärztin, aber wo die sterblichen Überreste nun liegen, war gleichwohl nicht auszumachen. Vielleicht, sagte die Ärztin, könne man ein altes Mütterchen, eine Babuschka, fragen. Die habe im Krankenhaus eine kleine Bleibe und wäre die Einzige, die aus jener Zeit noch etwas wisse.

Nun wurde es konkreter. Ja, Gräber, sagte die alte Frau, gibt es eine Menge. Viele Tausend Juden hätten die Deutschen hier erschossen und verscharrt. Die Massengräber zwischen den einzelnen Krankenhausgebäuden seien erst nach dem Krieg erkennbar gemacht worden. An tote deutsche Soldaten hätte nie jemand gedacht, wo die Gräber jener Toten seien, wisse keiner.

Nun beugten wir uns alle über die winzigen Fotos und konnten mit Hilfe der Babuschka anhand der Platzierung der Krankenhausgebäude in etwa rekonstruieren, wo die Bestattungen durch deutsche Truppen vorgenommen wurden. Über die Ecken des Gebäudes konnten wir den Platz in etwa abschätzen, aber mehr als ein Parkplatz für Besucher des sowjetischen Ehrenmals kam nicht in Betracht. Broder wurde immer unruhiger. Es wurde Gewissheit. Die Soldatengräber

waren allesamt Bestandteil des Parkplatzes geworden. Dort lag Broders Vater, irgendwo unter Stellplätzen für Autos, vielleicht sogar dem unsrigen. Der weinende Broder wird mir nie mehr aus dem Sinn kommen. Schluchzend und fassungslos lief er auf dem Parkplatz hin und her. Er hatte gefunden, was er suchen wollte. Den Vater – freilich unter der Geröldecke eines Parkplatzes.

Er hatte uns vorab berichtet, dass über den Tod des Vaters nichts Gesichertes bekannt sei. Man wisse nur, dass er von deutschen Truppen, seinen Kameraden, erschossen wurde, weil er die Parole nicht sagen konnte, die man ihm in der Dunkelheit abverlangte. Da er Hauptmann war, ist es wenig glaubhaft, dass er die Parole nicht kannte. Er hat die Massenerschießungen nicht ertragen können, weiß man in der Familie zu berichten. Und vielleicht ist er wissend auf diese Weise in den Tod gegangen.

Unser Führer wurde unruhig. Die acht Stunden Rückfahrt, nun in die Nacht hinein, lagen vor uns. Also fuhren wir.



Broder – Babuschka | Бродер – бабушка



Mahnmal 7 | Меморіал 7 | Memorial 7

лива німецька мрія на гусеницях танка) стала для нас реальним поняттям.

Наша поїздка тривала вісім годин. Де кладовище? Ніхто з місцевих жителів не мав найменшого поняття. Кладовище? Німецькі солдати? Тільки похитування головою. Комусь прийшла в голову ідея відправити нас до меморіалу радянських часів. Після довгих пошуків ми його нарешті знайшли. Неперевершений. Викликаючий повагу. Коли вперше, як німець, так близько торкаєшся свого та чужого минулого, перехоплює подих. Сумніви – це не те слово. Викликані під враженням цієї гігантоманії, думки про те, скільки нами, німцями було вчинено зла іншим народам, засоромлюють.

We must have driven for eight hours. Where is the cemetery? None of the locals had any idea. Cemetery? German soldiers? They only shook their heads. Someone had the idea to send us to the War Memorial from Soviet times. After a long search, we finally found it. Monumental. Imposing. The first time you as a German come into such close contact with your own and a foreign past, it chokes you up. Self-consciousness isn't the right word. You are more upset in light of the memory, brought forth by the gigantomania, of something unimaginable; the harm that we – the Germans – wrought upon other peoples.

We only saw a few people. According to a sign, a hospital was at the entrance of the huge compound. Our guide went



(Begräbnis von Hans Brodersen | Поховання Ганса Бродерсена | Funeral of Hans Brodersen)



Vater | Батько | Father
(Grab unter Parkplatz | могила під автостоянкою | Grave below Parking Lot)



Pause 1 | Перепочинок 1 | Break 1

Im Auto sagte auf der ganzen Fahrt niemand etwas. Die ganze Sache hatte uns gleichwohl näher gebracht. Nicht den Fahrer, der rauchte unentwegt und dachte sich seinen Teil über die wirren Deutschen, die eingeflogen waren, um auf einem Parkplatz Tränen zu vergießen ...

Нам зустрілись лише декілька людей. На вказівнику стояло, що лікарня знаходиться недалеко від входу. Наш гід зайшов у середину. Через деякий час він повернувся і познайомив нас з однією жінкою-лікарем. Бажання Бродера Бродерсена відшукати могилу свого батька викликало в неї посмішку, сповнену співчуття. За її словами, поблизу немає кладовища для німецьких солдатів. Це – пам'ятник полеглим під час Великої Вітчизняної війни. Тут загинуло також багато німецьких солдатів, але їй невідомо, де знаходяться їх останки.

При теперішніх обставинах, можна було би повертатись назад. Але Бродер все ще вагався. Він показав жінці-лікаря декілька старих, пожовтілих фотографій з поховання його батька, на яких скраю було видно бараки на тому місці, де сьогодні стоїть лікарня. «Однак німецьких солдатів тут не перезахоронювали,- сказала вона,- тому і важко в'яснити, де саме знаходяться їх рештки. Можливо, варто запитати про це у старої матусі, «мамушки». Вона має у лікарні маленьке помешкання, і вона, мабуть, єдина, хто міг би щось знати про ті часи.»

Нарешті, щось конкретніше. «Так, могил є дуже багато,- розповідала стара жінка,- тисячі євреїв були тут розстріляні та закопані німцями. Про масові захоронення, які знаходяться між корпусами лікарні, стало відомо лише після війни. Про загиблих німецьких солдатів ніхто ніколи не думав, тому ніхто і не знає, де знаходяться їх могили.»

Ми всі схилились над крихітними фотографіями. На основі розміщення будівель лікарні та з допомогою «мамушки» нам вдалось встановити приблизне місце знаходження захоронень німецьких солдатів. Ми змогли орієнтовно визначити його по кутам будівлі. Але цим місцем могла бути тільки стоянка автомобілів для відвідувачів меморіалу радянських воїнів. Бродер занепокоївся. Все ставало очевидним. Солдатські могили стали частиною автостоянки. Тут лежав батько Бродера, десь під одним з паркувальних місць для автомобілів, можливо і під нашим. Бродер заплакав, і цю мить я ніколи не зможу забути. Приголомшений, він бродив по автостоянці. Він знайшов те, що шукав: батька – однак під покриттям ґравію автостоянки.

Перед поїздкою Бродер розповідав, що він нічого конкретного не знає про смерть свого батька. Відомо було тільки те, що він був застрелений німецькими солдатами, своїми ж товаришами, тому що не зміг сказати пароль, який від нього вимагали в темряві. Оскільки він був гауптманом, то мало ймовірно, що він цього паролю не знав. В

in. After a while, he came back and introduced us to a doctor. Broder Brodersen's desire to find his father's grave was translated and the doctor gave a pitying smile. There was no cemetery for German soldiers here. This was a memorial to the fallen in the great war of the fatherland. There were probably also many German soldiers who died here, but she didn't know what had happened to their bodies.

We could have driven back then. But Broder wasn't ready for that. Anxiously, he showed her a few small, yellowed pictures from his father's burial, and at the edge you could see barracks which today made up the hospital. "Well, certainly no one has dug up any German soldiers," the doctor commented, but she still couldn't say where the bodies were. Maybe, she said, we could ask an old mother, a Babushka. She had a little room in the hospital and would be the only one who could remember anything from that time.

Now we were getting somewhere. Yes, the old woman said, there are plenty of graves. Thousands of Jews were shot by the Germans and buried here. The mass graves between the hospital buildings had only been found after the war. No one had ever given a thought to the dead German soldiers, and no one knew where their graves might be.

We all bent over the tiny pictures and, with the Babushka's help, were able to approximate where the burial by the German troops must have happened by looking at the placement in respect to the hospital buildings. Using the corners of the buildings, we could estimate where it was, but the only area that came into question was a parking lot for visitors to the Soviet War Memorial. Broder became more agitated. It became certainty. The soldiers' graves had all become part of the parking lot. Broders' father lay there, somewhere under the parking spaces, maybe even under ours. I will never forget seeing Broder cry. Sobbing and stunned, he walked back and forth on the parking lot. He had found what he was looking for – his father. Under the gravel of a parking lot.

He had told us before we arrived that little was known for sure about his father's death. They only knew that he had been shot by German soldiers, his own friends, because he couldn't say the password demanded of him in the dark. Since he was a captain, it is hardly believable that he didn't know the password. He couldn't stand the mass shootings, the family said. And maybe he knowingly chose death in this way.

Our guide became restless. We still had an eight-hour drive – into the night – awaiting us. So we left. No one

Unser Führer wollte mir bei der Rückkehr wohl einen Gefallen tun – so nehme ich an. „Nun sind Sie so weit her gekommen und haben einen Parkplatz kennengelernt. Wollen Sie nicht noch etwas anderes sehen?“ Meinen Berufsinteressen folgend sagte ich, dass mich eine ukrainische Universität, wenn möglich eine juristische Fakultät, interessieren würde. „Kein Problem“ – so die Antwort, „morgen machen wir das.“

Die Nationale Marine Universität in Odessa sollte es sein. Man lud uns am Sonnabendmorgen zum Kaffee ein. Der Kaffee war Kognak. Das verstehen die Ukrainer unter Kaffeetrinken. Professoren des juristischen Fachbereichs diskutierten mit uns, unser Führer betätigte sich dabei als perfekter Dolmetscher, und auch die Professoren übten sich in deutscher Sprache, Englisch war nicht so präsent.



Quartett | Квартет | Quartet



Kaffeetrinken | Пиття кави | A Cup of Coffee

сім'ї розповідалось, що він не міг змиритися з масовими розстрілами. Можливо, він свідомо пішов на таку смерть.

Наш гід був схвилюваним. Нас чекали вісім годин зворотньої дороги, та ще й вночі. Отже, ми виїхали. В машині всю дорогу ніхто не промовив ні слова. Ці всі події зблизили нас. Окрім водія, який безперервно курив та, напевно, думав щось своє про дивних німців, які прилетіли, щоб пролити сльози на автостоянці...

Прибувши назад, наш гід захотів зробити мені щось приємне. «Ось Ви подолали такий довгий шлях і побачили лише одну автостоянку. Чи не хотіли би Ви побачити ще щось інше?» Переслідуючи мої професійні інтереси, я сказав, що мені було би цікаво відвідати український університет, бажано юридичний факультет. «Без проблем, завтра ми це зробимо», – почув я у відповідь.

Ми були запрошені в суботу зранку в Одеський національний морський університет на каву. Кавою був коньяк, – так українці розуміють пиття кави. Ми вели дискусії з професорами юридичного факультету, наш гід був ідеальним перекладачем, але і професори практикувались в німецькій мові, на англійській майже не спілкувались.

said anything for the entire drive. But the whole thing had brought us closer together. Not the driver, who smoked unceasingly and probably had plenty to think about after his experience with the addle headed Germans who flew to Ukraine to cry on a parking lot ...

Our guide must have wanted to do me a favor on the way back – that's what I assume, anyway: "You've come so far and gotten to see a parking lot. Don't you want to see something else?" Following my professional interests, I said that I would be interested in seeing a Ukrainian university, if possible a law department. "No problem," he said, "we'll do it tomorrow."

It was to be the National Maritime University in Odessa. We were invited for coffee on a Saturday morning. The coffee was cognac. That's what Ukrainians call drinking coffee. Professors from the law department talked with us, our guide was a perfect interpreter, and the professors practiced their German. English wasn't really used.

Die Folgen

Das war der Anfang einer jahrelangen Begegnung mit Angehörigen der *Nationalen Marine Universität Odessa* – Studierenden wie Lehrenden. Wir vereinbarten ein gemeinsames Seminar, es folgte ein Angebot von Professor Gregorii Moschak, einem steten Förderer, für die Übersetzung einer wissenschaftlichen Monografie über europäische Rechtsprinzipien. So entstand langsam eine fruchtbare Kooperation. Besuche schlossen sich an und weitere Kontakte mit anderen ukrainischen Universitäten – Kharkiv und Lviv (Lemberg) – folgten. Schließlich vereinbarten wir für die erste Hälfte 2013 gemeinsame Blockseminare in Kharkiv, Odessa und Lviv (dort bereits 2012) und ein gemeinsames Seminar aller vier Universitäten im Juni 2013 an der Goethe-Universität in Frankfurt.

Im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Seminare standen *aktuelle Rechtsprobleme der Justizsysteme* beider Länder, wobei Deutschland die Rolle des Repräsentanten der Europäischen Union zukam. Reformen des Justizsystems sollen auch bei der „strategischen Entscheidung für eine europäische Integration“ der Ukraine eine bedeutende Rolle spielen. Nach Informationen der Tagespresse hatte Präsident *Janukowitsch* auf dem Gipfelgespräch zwischen der Ukraine und der EU im Februar in Brüssel Rechtsreformen in Aussicht gestellt (Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.2.2013, S. 5).

Hierzu – so unsere Intention – sollten in Kompetenzbereichen dreier ukrainischer Universitäten in kritischer Diskussion mit Juristen der Goethe-Universität nähere Erkenntnisse gewonnen werden. Ein Prof I zeichnete sich ab: Grundsätze und Strukturen der Rechtssysteme, aktuelle Probleme gesellschaftlicher Sicherheit (Korruption, Datenschutz, Rassismus/Fremdenfeindlichkeit), und alles eingebettet in die sozio-ökonomischen Strukturen beider Rechtsräume. In kritischer Diskussion ging es dabei um die Erarbeitung eines Maßstabes, mittels dessen Rechtsentwicklung wissenschaftlich zu erkunden und zu bewerten ist.

Es wurde *nicht* von der Dominanz eines Rechtsraumes gegenüber dem anderen ausgegangen, sondern aus dem *Vergleich der Rechtsprobleme in beiden Ländern* sollte die Tragfähigkeit der Rechtssysteme für „rechtsstaatliches“, das heißt wissenschaftlich – nicht politisch – abgeleitetes, freiheitsschützendes Recht geprüft werden. Die *Idee der Freiheit* ist der Ausgangspunkt des Rechts, auch und gerade des Strafrechts, das zum Schutz der Freiheit Aller mit Zwang gegen das Unrecht antreten muss. Das war die Botschaft der europäischen Aufklärung und diese führte zur Entwicklung des Rechtsstaats.

Наслідки

Ця зустріч стала початком довголітніх стосунків із представниками *Одеського національного морського університету*, як зі студентами, так і з викладачами. Ми домовились про спільний семінар, за ним послідувала пропозиція професора Григорія Мошака, істинного подвижника, зробити переклад наукової монографії про європейські принципи права. Так подалу розвивалась плідна співпраця. За першими візитами послідували контакти з іншими українськими університетами, Харківським та Львівським. Як результат, на перше півріччя 2013 року було заплановано проведення блок-семінарів у Харкові та Одесі, у Львові вже у 2012 році, а також спільний семінар всіх чотирьох університетів у червні 2013 року в Університеті ім. Гете у Франкфурті.

В центрі наукових семінарів стояли актуальні *правові проблеми системи органів юстиції* обох країн, при цьому Німеччині належала роль представника Європейського Союзу. Реформи системи органів юстиції повинні також відіграти важливу роль у «стратегічних рішеннях про Європейську інтеграцію» України. За інформацією преси, у лютому в Брюсселі президент *Янукович* на переговорах на вищому рівні між Україною та ЄС пообіцяв впровадити правові реформи (див. газету «Frankfurter Allgemeine Zeitung» від 26.2.2013, ст. 5).

Ми мали намір, шляхом критичних дискусій з юристами Університету ім. Гете в сферах компетенції трьох українських університетів, отримати більш глибокі наукові пізнання. Напрямок став очевидним: принципи і структури правових систем, актуальні проблеми суспільної безпеки (корупція, захист персональних даних, расизм/ксенофобія), – і це все пов'язане з соціально-економічними структурами обох правових систем. В критичній дискусії йшлося про розробку такого критерію, за допомогою якого можна науково дослідити та оцінити розвиток права.

Переслідувалась ціль взяти за основу *не* домінування однієї правової системи над іншою, а шляхом *порівняння правових проблем обох країн* розглянути (в науковому аспекті – не в політичному) дієвість правових систем на «державно-правове» регулювання захисту свободи. *Ідея свободи* є вихідним пунктом права, і – особливо кримінального права, яке повинно виступати на захист свободи всіх громадян проти несправедливості. Таким було послання європейської епохи просвітництва і воно привело до створення та розвитку правової держави.

Принципи права встановлюються не тільки теоретично,

The Consequences

That was the beginning of a long-lasting encounter with members of the *National Marine University Odessa* – students as well as faculty. We agreed on a joint seminar followed by an offer from Professor Gregorii Moschak, a constant supporter, for the translation of an academic monograph on European legal principles. Slowly, a fruitful cooperation began. Visits were made and further contacts followed with other Ukrainian universities – Kharkiv and Lviv (Lemberg). Finally, we planned a joint compact seminar for the first half of 2013 in Kharkiv, Odessa, and Lviv (there in 2012) and a joint seminar for all four universities in June 2013 at the Goethe University in Frankfurt.

The focus of the academic seminars were *current legal problems of the judicial systems* in both countries, whereby Germany represented the European Union. Reforms of the judicial system are also to play an important role in the “strategic decision for European integration” in Ukraine. According to information from the media, President *Yanukovich* suggested the possibility of legal reforms at a summit meeting between Ukraine and the EU in February in Brussels (Frankfurter Allgemeine Zeitung on 26 February 2013, p. 5).

Our goal was to have a discussion in the areas of competency of three Ukrainian universities together with law students from the Goethe University in order to gain new insights into these reforms. An outline could be drawn: basics and structures of the legal systems, current problems of security (corruption, data protection, racism/xenophobia), and everything was to be considered within the framework of the socio-economic structures in both countries. A critical discussion worked out measures for scientifically investigating and evaluating legal developments.

It was *not* assumed that one legal system is dominant. Instead, a *comparison of the legal problems in both countries* was to be made in order to examine the rule-of-law capacity of each legal system, that is, scientifically – not politically – derived, freedom-protecting law. The *idea of freedom* is the starting point of law, especially criminal law, which must act with force against injustices to protect the freedom of all citizens. That was the message of the European Enlightenment, and it led to the development of the rule-of-law state.

However, legal principles are not only being derived theoretically, they are primarily a product of historical processes and experiences. Particularly Europeans have fought for them in the bloody revolutionary history of numerous

Rechtsprinzipien leiten sich indes nicht nur theoretisch ab, sie sind vor allem ein Produkt geschichtlicher Prozesse und Erfahrung. Gerade die Europäer haben sie in der blutigen Revolutionsgeschichte zahlreicher Länder unter großen Opfern erkämpft, jüngst erst in der Befreiung von zwangssozialistischen Herrschaftsstrukturen. Ersehnte und erkämpfte moralische Handlungsleitlinien von Gerechtigkeit, Fairness und Moral lassen sich Europäer hoffentlich nicht ohne weiteres wieder aus der Hand nehmen. Wenigstens diese Hoffnung muss man in einem Europa der Bürger stärken.

Rechtsprinzipien sind ein die Freiheit Aller schützendes Korsett für Gesetzgeber und Rechtsanwender, denn ohne *Strafgesetzlichkeit* – das Basisprinzip im Rechtsstaat (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz) – gibt es kein legitimes Strafrecht. Das geht jede Bürgerin und jeden Bürger an, ob tatverdächtig oder nicht:

- Nur das rechtsstaatliche Fundament *verfasster Strafgesetzlichkeit* (formell wie materiell) legitimiert den Zwangskarakter des Strafrechts.
- Nur über das *Schuldprinzip*, die Messlatte individueller Vorwerfbarkeit, lässt sich staatliche Strafmacht begrenzen, sonst verzehrt der mit der Sicherheit verkoppelte Präventionsanspruch jede Rechtssicherheit.
- Nur ein konsequent beachtetes Prinzip der *Verhältnismäßigkeit* bietet rechtliche Schranken staatlicher Gewaltanwendung.
- Erst das *Legalitätsprinzip* macht die Beschränkung staatlicher Willkür möglich,
- und erst das *Offizialprinzip* bietet die Garantie eines öffentlichen Strafrechts;
- schließlich bietet das *Prinzip eines fairen Verfahrens* nach Maßgabe der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) das Fundament eines freiheitlichen Strafprozesses.

Rechtsprinzipien fungieren also als Mittel des Freiheitsschutzes. Sie sind die „Tumpfkarten“ (Dworkin) rechtlicher Argumentation – europaweit. Rechtsprinzipien bilden Absolutheitsregeln, die der Politik unüberwindliche Grenzen setzen. Sie bilden zugleich die Grenze der Legitimität positiven Rechts. Sie sind universelle Maßstäbe, denen aus Gründen der Gerechtigkeit und der Fairness zu folgen ist. Sie stecken insgesamt den Geltungsrahmen universeller Menschenrechte im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention ab, der sich Deutschland und die Ukraine gleichermaßen unterworfen haben.

вони є перш за все продуктом історичних процесів та досвіду. Саме європейські народи здобули їх в кривавій історії революцій багатьох країн з багаточисленними жертвами та в новітній історії визволення від насильного панування соціалістичних структур. Треба надіятись, що європейські народи не дозволять знову відібрати в них ці досягнені та завойовані моральні принципи справедливості, чесності і моралі. Принаймні цю віру в майбутнє в єдиній Європі потрібно зміцнювати.

Принципи права є для законодавців та юристів-практиків корсетом, який захищає свободу всіх громадян, тому що без *кримінальної законності* – основного принципу правової держави (ст. 103 абз. 2 Основного Закону) – не має дієвого кримінального права. Це поширюється на кожного громадянина, незалежно від того, чи він знаходиться під підозрою, чи ні:

- Тільки державно-правова основа *встановленої кримінальної законності* надає (формально і матеріально) юридичну силу обов'язковому характеру кримінального права.
- Тільки *принципом вини*, який є критерієм індивідуальної осудності, можливо обмежити владу державних кримінально-виконавчих органів, в іншому випадку заходи превентивності, зв'язані з безпекою, знищать всі правові гарантії.
- Тільки *принцип пропорційності*, який послідовно дотримується, встановлює правові обмеження щодо застосування насильства державною владою,
- але тільки *принцип законності* обмежує державне свавілля,
- і тільки *принцип офіційності* надає гарантію публічного кримінального права;
- і, на закінчення, *принцип справедливого судового розгляду*, відповідно до Європейської конвенції з прав людини (ЄСПЛ), створює основу для демократичного кримінального процесу.

Тому принципи права діють як засоби захисту свободи. Вони є «козирем» (Дворкін) правового обґрунтування – в європейському масштабі. Принципи права формують правила абсолютності, які створюють політиці нездоланні бар'єри. В той же час вони встановлюють межу легітимності позитивного права. Вони є універсальними критеріями, яким треба дотримуватись в інтересах правосуддя та справедливості. Вони визначають рамки дій загальних прав людини згідно з Європейською конвенцією з прав людини, якій підпорядковується як Німеччина, так і Україна.

countries with great sacrifices, most recently in the liberation from forced socialist governance structures. Europeans would hopefully not allow the desired and fought-for moral guidelines for action – justice, fairness, and morality – to be taken from them without a fight. At least this hope must be strengthened in a Europe of the citizens.

Legal principles are a protective corset for the lawmakers and legal practitioners with the purpose of protecting the freedom of everyone. After all, without *criminal legality* – the basic principle of the rule-of-law state (Art. 103(2) Basic Law) – there is no legitimate criminal law. That is something which concerns each and every citizen, whether they are suspected of committing a crime or not:

- Only the rule-of-law foundation of *written criminal legality* (formal and material) legitimizes the use of force in criminal law.
- Only the *principle of guilt*, the leveling board of individual blame, limits state punitive power, otherwise the claim to prevention linked with security destroys all legal certainty
- Only the consistent respect of the *principle of proportionality* offers legal limits to state use of force.
- Only the *principle of legality* makes the limitation of state arbitrariness possible.
- Only the *ex officio principle* offers the guarantee of public criminal law.
- Finally, the *principle of a fair trial* according to the standards of the European Convention on Human Rights (ECHR) offers the foundation for free and democratic criminal proceedings.

Legal principles also act as a method for protecting freedom. They are the “trump cards” (Dworkin) of legal argumentation throughout Europe. Legal principles make up absolute rules which set insurmountable obstacles for politicians. At the same time, they make up the limit of legitimacy for positive law. They are universal standards which are to be followed for reasons of justice and fairness. Therefore they set the boundaries of validity for universal human rights according to the European Convention of Human Rights to which Germany and the Ukraine are both party.

However, creating justice is not a genuine legal task. Establishing the social dimension of justice for all citizens is the task of individual states' social policies oriented on the principle of the social state. No global power, not even a European central power, can do this. The political, legal, and economic establishment of social-state constitutional principles is nec-

Indes: Die Herstellung von Gerechtigkeit ist keine genuin juristische Aufgabe. Die soziale Dimension von Gerechtigkeit für alle Bürgerinnen und Bürger herzustellen ist Aufgabe einer am Sozialstaatsprinzip orientierten Gesellschaftspolitik von Einzelstaaten. Das kann keine globale, noch nicht einmal eine europäische Zentralmacht bewirken. Die politische, rechtliche und ökonomische Konkretisierung sozialstaatlicher Prinzipien der Verfassung ist Voraussetzung dafür, dass der Umfang der aus der saturierten Gesellschaft Ausgeschlossenen nicht ständig wächst. Denn damit wächst das Potential gesellschaftlicher Hoffnungslosigkeit. Zentrale Aufgabe einer sozialen Sicherheit anstrebenden Politik ist eine Gesellschaftsstruktur, die sich den Zugriffen globalisierender Mechanismen konstruktiv widersetzt und die das (verfasste) Sozialstaatsgebot in ihrem Einwirkungsbereich umsetzt und fortentwickelt. Partizipation, materiale Demokratie und soziale Gleichberechtigung sind in den Vordergrund zu stellen und voranzutreiben. Erst in einer derart entwickelten Gesellschaft kann sich Freiheit auch individuell entfalten.

In Lviv, Odessa und Kharkiv stellten die deutschen Studierenden in Referaten normative Koordinaten und Prinzipien europäischer Rechtssysteme vor. Zugleich wurden von der ukrainischen Seite in beiden Universitäten die Strukturen des ukrainischen Rechtssystems präsentiert. Die Seminare in Lviv (April 2012), in Kharkiv und in Odessa (Mai 2013) dienten zudem der Absprache und Vorbereitung des gemeinsamen Blockseminars von 15 Studierenden und 3 Professoren aus der Ukraine und einer gleich großen Anzahl von deutschen Studierenden und Professoren der Goethe-Universität in Frankfurt am Main (23. bis 30. Juni 2013). Ziel dieses Blocks war die Diskussion und die Entscheidung über die zu publizierenden Beiträge zum Reformbedarf in den Justizsystemen, zu normativen Regulierungen gesellschaftlicher Problemfelder (Korruption, Datenschutz, Fremdenfeindlichkeit) und zu ordnungsrechtlichem Reformbedarf in Einzelfragen innerer Sicherheit. Handlungsleitend war bei alledem, die Federführung für die Themen auf die drei ukrainischen Universitäten zu verteilen, wobei alle Studierenden und Professoren sich zu den aufgerufenen Rechtsproblemen gleichberechtigt positionieren konnten.

Vor dem Hintergrund der aktuellen politischen Kooperationen (zum Beispiel dem geplanten Assoziierungsabkommen mit der EU) war eine zeitnahe wissenschaftliche Publikation höchst wünschenswert. Alle Beteiligten hofften und hoffen, dass damit die rechtspolitische Diskussion in der Ukraine und in der EU zu fördern ist.

Однак: Встановлення справедливості не є суто юридичним завданням. Створення соціального аспекту справедливості для всіх громадян є завданням окремих держав та їх суспільної політики, орієнтованої на принципи соціальної держави. На цей процес не може вплинути жодна влада, ні світова, ні навіть європейська. Політична, правова та економічна конкретизація соціально-державних принципів Конституції є передумовою для того, щоб не зростала кількість людей, які не мають доступу до суспільного добробуту. Оскільки це підвищує потенціал соціальної безперспективності. Центральним завданням політики, спрямованої на соціальну безпеку, є така структура суспільства, яка конструктивно протистоїть впливу механізму глобалізації та яка реалізує встановлений принцип соціальної держави в її сфері впливу та розвиває його далі. Політична участь громадян у прийнятті рішень, основи демократії і соціальне рівноправ'я повинні знаходитись на передньому плані та постійно розвиватись. Тільки в такому розвиненому суспільстві може реалізуватись свобода кожної людини.

У Львові, в Одесі та Харкові німецькі студенти представили в своїх рефератах нормативні положення і принципи європейських правових систем. В цей же час, українською стороною були представлені структури української правової системи. На семінарах у Львові (квітень 2012 року), в Харкові та Одесі (травень 2013 року) була також обговорена підготовка спільного блок-семінару з участю 15 студентів та 3 професорів з українських університетів і такою ж кількістю німецьких студентів та професорів університету ім. Гете у Франкфурті-на-Майні (з 23 до 30 червня 2013 року).

Метою цього блок-семінару було обговорення та прийняття рішення про підготовку до публікації статей про необхідність проведення реформ систем органів юстиції, про нормативні регулювання проблемних галузей суспільства (корупція, захист даних, ксенофобія) та про необхідність нормативно-правових реформ в окремих питаннях внутрішньої безпеки.

Важливим було те, що розробка цих тем була розподілена між трьома українськими університетами, хоча всі студенти та професори могли однаково вільно висловлювати своє ставлення до цих правових проблем.

У світлі актуального політичного співробітництва (напр., запланована угода про асоціацію з ЄС), таке своєчасне наукове видання було би дуже доречним. Всі учасники сподівались та сподіваються, що таке видання зможе сприяти політично-правовій дискусії в Україні та в ЄС.

essary in order to limit the number of people who are excluded from a saturated society. Exclusion increases the potential for social hopelessness. The key task of policies aiming for social security is the creation of a social structure which constructively counteracts the reach of globalization and implements and further develops the written precepts of the social state. Participation, material democracy, and social equality should be prioritized and promoted. Only in such a developed society can freedom be fully accessible for the individual.

In Lviv, Odessa, and Kharkiv, the German students gave speeches introducing normative coordinates and principles of European legal systems. At the same time, the Ukrainians at both universities presented the structures of the Ukrainian legal system. The seminars in Lviv (April 2012), in Kharkiv, and in Odessa (May 2013) also served to discuss and prepare a joint compact seminar for 15 students and 3 professors from Ukraine and the same number of students and professors from the Goethe University in Frankfurt am Main (June 23–30, 2013). The goal of this compact seminar was to discuss and decide on published contributions about the need for reform in the judicial systems, on the normative regulation of social problem areas (corruption, data protection, xenophobia), and on the need for administrative legal reforms in questions of homeland security. Providing direction for all of this was the goal of assigning authorship for the topics to the three Ukrainian universities, whereby all of the students and professors had the right to take a position on the selected legal issues.

With the background of the current political cooperation (for example the planned association agreement with the EU), a timely academic publication was desired. All of the participants hoped and hope that they can thus encourage the legal-political discussion in Ukraine and in the EU.

Das Produkt: Offene wissenschaftliche Kooperation ohne Anmaßung

Unsere Seminare und Diskussionen hatten eine übereinstimmende Zielrichtung. Wir wollten gemeinsam kritisch über Recht reflektieren. Dazu gehörte das Aufdecken von Problemfeldern in beiden Ländern. Fehlentwicklungen hier wie dort waren offen anzusprechen, Mängelprofile aufzudecken. In dieser gegenseitigen Offenheit einer wissenschaftlichen Debatte lag der Erkenntnisgewinn.

Es ging nicht um „*Unterstützung der Demokratie in der Ukraine mittels Förderrichtlinien*“ des deutschen akademischen Austauschdienstes (DAAD), einer Unterabteilung des Auswärtigen Amtes. Es ging uns neben dem Kennenlernen der jeweils anderen Rechts- und Justizsysteme auch um das Erkennen und die Analyse von Fehlentwicklungen in beiden Ländern und der sich daraus entwickelnden Bereitschaft eines gegenseitigen Lernens. Nicht Belehrung, sondern das Erarbeiten gemeinsamer Orientierungen für das Recht war das Ziel unseres Kommunizierens.

Nur wer die *Unabhängigkeit des Rechts und seiner Institutionen* von politischen Blockbindungen und von den Zumutungen (oft nur auf „Sicherheit“ zielender) jeweiliger Innenpolitik respektiert, kann *Rechtsgeltung* und *gewaltkontrollierende Unabhängigkeit der Justiz* erwarten. Erst ein solches System ist geeignet für autonome internationale Partnerschaften.

Die Finanzierung unserer Seminare war eine starke Prüfung für dieses Streben nach Unabhängigkeit. Das „*Sonderprogramm Ukraine 13*“ des DAAD sah unseren Ansatz nicht als förderungswürdig an. Eine DAAD-Auswahlkommission stellte fest: „Leider kann ihr Antrag nicht in die Förderung aufgenommen werden.“ Die geforderte „*Unterstützung der Demokratie in der Ukraine*“ war offenbar nicht konstruktiv genug im Sinne einer offiziell erwünschten Belehrung: Tut es uns, den Deutschen, nach! Schon die offizielle Diktion „*Sonderprogramm*“ (als ob der Osten von deutscher *Sonderbehandlung* nicht schon genug erfahren hätte), die Intransparenz des Antragswesens und die Anmaßung der Belehrung anderer Völker machten es uns leicht, der finanziellen Mittellosigkeit in anderen Anläufen zu begegnen. Das ist das Schicksal aller unabhängigen Forschungsbemühungen in Zeiten der ökonomisierten Hochschule der Gegenwart: Drittmittelakrobatik, die noch den Blick in den Spiegel ermöglicht.

Die Goethe-Universität zeigte sich offen. Die Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit gab Geld, die Freunde und Förderer der Universität e.V. zogen nach. Private Spender, die unabhängige Dorothee und Felix Elgeti-Stiftung und ein universitätseigenes Programm zur Verbesserung der Lehre brachten zusammen mehr als 30.000 Euro auf. Damit konnten 15 deutsche Studierende und Pro-

Наслідок: Відкрита наукова співпраця без зверхності

Наші семінари та обмін думками мали однакову мету. Ми хотіли спільними зусиллями критично обговорити питання права. До цього належало виявлення проблем в обох країнах. Відкрито обговорювались їх помилки, недоліки не замовчувались. Така взаємна відвертість у науковій дискусії привела до поповнення знань.

Мова йшла не про «*підтримку демократії в Україні за допомогою директив про фінансову допомогу*» Німецької служби академічних обмінів (DAAD), одного з підвідділів Міністерства закордонних справ. Йшлося про знайомство з іншою правовою системою та системою органів юстиції, але більше – про виявлення та аналіз небажаного розвитку в обох країнах і взаємної готовності до поповнення знань. Не настанови, а розробка спільної, загальної орієнтації в правових питаннях – це було метою нашого спілкування.

Тільки той, хто поважає *незалежність права та його норм* від політичних блоків та від надмірних вимог внутрішньої політики (часто прихованих під виглядом «безпеки»), може очікувати *дієвість закону та незалежність юстиції, яка контролює владу*. Тільки така система здатна до незалежних міжнародних партнерств.

Фінансування наших семінарів було тяжким випробуванням такого прагнення до незалежності. «*Спеціальна програма Україна 13*» Німецької служби академічних обмінів DAAD вважала, що наша концепція не варта фінансової підтримки. Виборча комісія DAAD повідомила: «На жаль, ми не можемо задовільнити вашу заяву про фінансову допомогу». Очевидно, вказаний проект «*Підтримка демократії в Україні*» був не досить конструктивним, як це бажали офіційні вимоги програми – не в дусі повчання: Робіть так, як ми німці!

Вже офіційна назва «*Спеціальна програма*» (ніби країни східної Європи недостатньо дізнались про *німецькі спеціальні дії* під час нацизму), непрозорість системи подання заяв та зарозумілість при повчанні інших народів, це все спонукало нас розгорнути пошук інших джерел фінансування. Така доля всіх незалежних дослідницьких зусиль у теперішні часи економізації вищих навчальних закладів: акробатика додаткових засобів фінансування, яка все ще дозволяє дивитись в зеркало.

Університет ім. Гете проявив розуміння. Товариство міжнародного співробітництва надало фінансову підтримку, друзі та прихильники асоціації університетів послідували їх прикладу. Приватні особи, незалежний фонд ім. Доротеї і Фелікса Ельгеті та власна університетська програма по вдосконаленню

The Product: Open Academic Cooperation Without Pretensions

Our seminars and discussions had one overarching goal. Together, we wanted to critically reflect on law. That meant discovering problems in both countries. Undesired developments and deficiencies both here and there were to be discussed openly. In this atmosphere of mutual openness in academic debate knowledge was gained.

It was not about the program “*Aiding democracy in Ukraine using support guidelines*” by the German Academic Exchange Service (DAAD), a subdivision of the Foreign Office. Besides the goal of getting to know the other legal and judicial systems, we wanted to recognize and analyze undesired developments in both countries and encourage increasing readiness to learn from each other. Not instructing, but working out a common orientation for law was the goal of our discussions.

Only those who respect the *independence of law and its institutions* from political obligations and the unreasonable demands of domestic policies (usually aiming for “security”) can expect the *precedence of the law* and an *independent judiciary for checks and balances*. Only this kind of system is suited for autonomous international partnerships.

Financing our seminar was a hard test in this pursuit of independence. The DAAD’s “*Special Program Ukraine 13*” didn’t believe our project was worthy of support. A DAAD selection committee stated: “Unfortunately, your application has not been approved to receive funding.” The supported “*Aiding democracy in Ukraine*” was apparently not constructive enough in the sense of an officially desired instruction: Follow our (the Germans) example! Even the official phrase “*Special Program*” (as if the East hasn’t already received enough *special treatment* from the Germans), the intransparency of the application process, and the presumption of needing to instruct other peoples made it easy for us to confront our lack of funding using other methods. That is the fate of all independent research efforts in times of the economically-focused universities today: the bureaucracy of third-party funding which makes a look in the mirror possible.

The Goethe University proved itself to be open. The German Society for International Cooperation gave us funding, and friends and supporters of the University Association followed its example. Private donors, the independent Dorothee and Felix Elgeti Foundation, and a university program to improve teaching brought together more than 30,000 Euros.

fessoren (Letztere auf eigene Kosten) in die Ukraine reisen, 15 ukrainische Studierende und 4 Lehrende nach Deutschland eingeladen werden: Ohne Vorgaben, Richtlinien und ohne politische Ideologie.

Die Forderung nach normativem Positivismus ist indes die Hauptbarriere, die die Europäische Union errichtet. Das belegt ein Blick in die Tagespresse. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung ist voll von Wiedergaben politischer Forderungen und Voraussetzungen für ein Assoziierungs- und Freihandelsabkommen, das die Ukraine der EU näher bringen soll: „Am Scheideweg von Gas und Freiheit“ (FAZ v. 1.6.13) „müsse die Ukraine noch Gesetze zur Korruptionsbekämpfung, zur Antidiskriminierung und zum Datenschutz verabschieden“ (FAZ v. 26.2.13). Die Tageszeitung berief sich dabei auf berichtende EU-Beamte. Die Regierung der Ukraine müsse entscheiden, welchem Partner sie energiepolitisch die Hand reichen wolle, so die FAZ. Auf der einen Seite die EU mit ihren Forderungen nach positivistischer Rechtsproduktion, auf der anderen Seite Russland mit unverhohlenen ökonomischen Drohungen: Die Hinwendung zu Europa (anstelle einer eurasischen Zollunion mit Moskau) werde die Ukraine in eine Krise treiben – so der russische Präsident Putin.

Steht ein Land, das 1000 Jahre zwischen zahlreichen Blöcken zerrieben wurde, erst 22 Jahre in der Erprobung seiner Unabhängigkeit, darf niemand mittels ökonomischem oder politischem Druck Eingliederung oder Anpassung erzwingen. Das Gebot der Stunde ist die Gewähr realer Unabhängigkeit, in der das Land seinen eigenen Weg zu rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Orientierung suchen und gehen muss. Im Respekt vor Unabhängigkeit müssen gerade wir Deutsche bemüht sein, die rechtswissenschaftliche Debatte in der Ukraine sensibel zu begleiten. Das geht nicht im Wege vorgehaltener Besserwisserei, sondern nur mittels kritisch-kollegialer Fachkommunikation in wissenschaftlichen Bahnen.

Im Seminar stellten wir uns in diesem Sinn die Aufgabe auszuloten, von welchen Rechtsorientierungen junge Juristen ausgehen und wo institutioneller und rechtlicher Informationsbedarf durch uns zu decken ist. Für deutsche Beteiligte an den Blockseminaren, gerade für die Lehrenden, war es wichtig zu erkennen, ob europäische Rechtsstandards und Rechtstraditionen überhaupt wahrgenommen werden, oder ob man ein gänzlich eigenständiges Rechtsbewusstsein entwickelt. Die deutschen Seminaristen der Goethe-Universität haben jedenfalls deutlich gemacht, dass aus westeuropäischer und aus deutscher Sicht eine inhaltliche Orientierung an den Prinzipien der Europäischen Menschenrechtskonvention für die europäische Einigung wichtiger ist als eine formale Ausrichtung an politisch beliebig aufgeladener positivistischer Rechtsproduktion, die heute so und morgen anders ausfällt.

викладання зібрали разом більше 30.000 євро. Це дозволило 15 німецьким студентам та професорам (останні – за свій рахунок) поїхати на Україну, та 15 українських студентів та 4 викладачі були запрошені в Німеччину: без будь-яких вимог, вказівок та без політичної ідеології.

Вимагання нормативного позитивізму є основним бар'єром, створеним Європейським Союзом. Варто лише зазирнути в щоденну пресу. Газета «Frankfurter Allgemeine Zeitung» наповнена статтями з політичними вимогами та передумовами для *асоціативної угоди та угоди про вільну торгівлю*, які повинні наблизити Україну до ЄС: «На роздоріжжі між газом і свободою, (див. FAZ від 1.6.13) Україна повинна прийняти ряд антикорупційних законів, закон про боротьбу з дискримінацією та про захист персональних даних» (див. FAZ від 26.2.13). При цьому газета посилалась на службовців Європейського Союзу. Далі, FAZ пише, що уряд України повинен вирішити, якому з партнерів він хоче протягнути руку в енергетичній політиці. З однієї сторони – ЄС з його вимогами позитивістської розробки права, з другої – Росія з неприхованими економічними загрозами: «Зі зверненням до Європи (замість до Євразійського митного союзу з Москвою), Україна порине в кризу», – заявив президент Росії Володимир Путін.

Країну, яку 1000 років розпинали звідусіль, і яка тільки 22 роки пізнає свою незалежність, ніхто не має права змушувати до інтеграції чи адаптації шляхом економічного чи політичного тиску. Заклик сьогодення є – забезпечення реальної незалежності, в якій країна повинна знайти свою правову орієнтацію, шлях до верховенства закону та слідувати йому. З поваги до незалежності, саме ми, німці, повинні прикладати всі зусилля, щоб тактовно підтримувати науково-правову дискусію в Україні. Тобто не методом «я все краще знаю», а тільки шляхом критично-колегіального спілкування на професійному рівні.

Тому, ми поставили собі завдання на семінарі вияснити, якої правової орієнтації притримуються молоді юристи, та які інформаційні потреби в інституційних та правових питаннях повинні бути задоволені нами. Для німецьких учасників блоку-семінарів, особливо для викладачів, було важливим зрозуміти, чи європейські правові стандарти і правові традиції приймаються взагалі, чи розвивається зовсім самостійна правова свідомість. Німецькі учасники Університету ім. Гете досить чітко наголосили, що з точки зору Західної Європи та Німеччини, орієнтація на принципи Європейської конвенції з прав людини для європейської інтеграції є більш важливою, ніж формальна орієнтація на будь-яку політично-примусову позитивістську розробку правових основ, яка може кожен день змінюватись.

This allowed 15 German students and three professors (the latter at their own cost) to travel to Ukraine, and 15 Ukrainian students and 4 instructors were invited to Germany: without requirements, guidelines, or political ideology.

The support of normative positivism is one of the main obstacles that the European Union has set up. That is confirmed by a look in the daily news. The Frankfurter Allgemeine Zeitung is full of political demands and requirements for association and free trade agreements that are supposed to bring Ukraine closer to the EU: "At the crossroads of gas and freedom" (FAZ on 1 June 2013), "Ukraine must pass laws on fighting corruption, anti-discrimination, and data protection" (FAZ on 26 February 2013). For these articles, the daily paper cited EU civil servants. The Ukrainian government must decide which partner it wants to reach out to in terms of energy politics, according to the FAZ. On the one side is the EU with its demands of a positivist production of law and on the other side is Russia with blatant economic threats: According to Russian President Putin, if Ukraine turns to the EU (instead of to an Eurasian customs union with Moscow), it will fall into a crisis.

If a country which has been ground between numerous blocs for 1000 years is only 22 years into its foray into independence, no one should force integration or alignment on it using economic or political pressure. The order of the day is the protection of true independence in which the country can search out and take its own path toward an orientation on the rule of law and human rights. In respect for independence, particularly we Germans must make an effort to sensitively follow the academic legal debate in Ukraine. That cannot happen by presuming to know it all but by critical yet collegial expert communication using academic paths.

In the seminar, we thus set ourselves the task of figuring out what the legal orientation of young law students is and what institutional and legal information is lacking and needs to be covered. For the German participants in the compact seminar, especially for the instructors, it was important to see whether European legal standards and traditions are generally understood or whether a completely unique sense of right and wrong is developed. The German participants from Goethe University made it clear, at least, that from a Western European and German perspective, orientation on the content and principles of the European Convention on Human Rights is more important for a European unification than a formal orientation on a politically arbitrary positivist production of law that is seen one way today and another way tomorrow



Was bleibt?

Bald nach dem Besuch in der Ukraine starb Broder Brodersen. Sein Versuch, dem ärmlichen Krankenhaus in der Nähe von Kirowograd noch 100 Betten zu stiften, versandete in den Mühlen internationaler Bürokratie.

Was hat uns Broder Brodersen hinterlassen?

Zum einen hat er unsere persönlichen und offenen Begegnungen durch die Suche nach dem Grab des Vaters initiiert. Ohne dieses Initial hätte es die Begegnungen, deren Ergebnisse in diesem Band vorgestellt werden, nicht gegeben. Allein das wäre schon genug. Es ist ein Beleg für die Prägenkraft und den Zugriff des Zufalls.

Vor allem aber hat er uns seine bildnerischen Wahrnehmungen, seine Fotografien von der Ukraine – nur 14 Jahre



Grabgelände | Місце захоронення | Tomb Area

Що залишається?

Незабаром після візиту на Україну помер Бродер Бродерсен. Його спроба зробити все від нього залежне, щоб переправити в бідненьку лікарню біля Кіровограду ще 100 ліжок, стала жертвою млину міжнародної бюрократії.

Що залишив нам Бродер Бродерсен?

Пошук могили його батька став перш за все поштовхом для наших особистих відвертих стосунків. Без цього поштовху не розвинулись би ті події, результати якого представлені у цьому зібранні. Все це є доказом того, якою великою і непередбачуваною є сила випадковості.

Але, перш за все, він залишив нам своє художнє сприйняття та фотографії України після 14 років незалежності. Тонке відчуття митця Бродерсена залишиться назавжди.

What is left?

Soon after our visit to Ukraine, Broder Brodersen passed away. His attempt to donate 100 beds to the poor hospital near Kirovograd disappeared into the mills of international bureaucracy.

What did Broder Brodersen leave us?

Firstly, he initiated our personal and open encounters on the search for his father's grave. Without this starting point, the encounters – the results of which are presented in this volume – would not have taken place. Even that would have been enough. It is proof of the influence and reach of coincidence.

But more than that, he left us his pictorial perceptions, his photographs of Ukraine only 14 years after the country's in-

nach der Unabhängigkeit des Landes – hinterlassen. Diese scharfen Wahrnehmungen des Künstlers Brodersen bleiben erhalten. Er hat durch seinen sensiblen, geschulten künstlerischen Blick die Ukraine so festgehalten, wie er sie in der Situation der Suche nach dem Grab seines Vaters wahrnahm. Es sind Fotografien über ein faszinierendes Land im Umbruch, im Aufbruch in eine eigene Zukunft, mit schwerer Vergangenheit, für die gerade wir als Deutsche hohe Verantwortung tragen. Ein Land, dem seine Entwicklung und seine Gestaltung selbst gehören.

Die Fotografien von Broder Brodersen, seine Wahrnehmung der ukrainischen Realitäten im Jahr 2005, werden die Leser dieses Bandes begleiten. Das gilt auch für die von ihm selbst gewählten Bildtitel. Alle Fotografien entstanden auf dem Weg nach Kirowograd, am dortigen ukrainischen Mahnmal und alle anderen in Odessa.

Своїм чутливим, професійним художнім поглядом він відобразив ту Україну, яка вразила його під час пошуку могили його батька. Це фотографії про чарівну країну на переломному етапі свого розвитку, на шляху в своє майбутнє, з важким минулим, за яке власне ми, німці, несемо велику відповідальність. Країну, яка йде шляхом свого власного розвитку та формування. Фотографії Бродера Бродерсена та його власні підписи до них, його сприйняття української дійсності 2005 року, буде супроводжувати читачів цього видання. Всі фотографії були зроблені на шляху до Кіровограда та біля місцевого українського меморіалу, всі інші – в Одесі.

dependence. These sharp perceptions of the artist Brodersen remain. With his sensitive, schooled artistic eyes, he captured Ukraine as he perceived it in the situation of searching for his father's grave. They are pictures of a fascinating and changing country, on its way into its own future, with a heavy past for which we Germans in particular are in large part responsible. A country whose development is its own.

Broder Brodersen's pictures, his perceptions of Ukrainian realities in 2005, will accompany the reader throughout this volume. This is also applicable for the picture's titles, which he chose himself. All pictures were taken on the way to Kirovograd and at the Ukrainian memorial there, all others in Odessa.

Есе німецьких авторів
Deutsche Beiträge
German Contributions



Аудиторія | Hörsaal | Lecture Hall

Правове і політичне есе про розвиток в системі кримінального правосуддя Німеччини*

– поліція, прокуратура, захист та кримінально-виконавча система –

I. Занепад кримінології у «суспільстві безпеки»

Критична кримінологія являє собою збірну вузівську науку. З правовою державою вона розділяє долю бути зайвою в сьгоднішньому суспільстві безпеки. Вона може пояснити, як виникає девіантна поведінка. Але правова держава та критична кримінологія заважають профілактичним діям суспільства, яке просто зацикло на безпеці.

Соціально-педагогічні та соціально-політичні рекомендації розглядаються часто як протипіхотні міни. Політик, який прагне до інтеграції моделі «реабілітації», практично вже знятий. Концепція соціально-кримінального права ще ніколи не була реалізована. Ідеї таких реформ, які виникли в 70-тих роках, потерпіли поразку. Так як і соціальна держава.

Вона була зломлена економікою суспільства. Не вистачало ресурсів. Єдиними методами боротьби з соціальними відхиленнями були управління та контроль. Саме тому не були розроблені методи, які би виявляли соціальні причини виникнення злочинної поведінки та її усунення. Таким чином, незалежне кримінологічне знання та кримінально-політичний розум стали більше не потрібні.

В цей же час опинилася поза увагою матеріальна

основа та політична увага до прав людини, коли соціальна держава загального добробуту перетворювалась у «профілактичну» державу. Суспільство та люди мали би більше дбати про себе. Розпочався відступ держави. Кримінологія знала ж, що ув'язнений може бути лише тоді успішно реінтегрований, коли після його терміну ув'язнення покращиться його соціальне положення, він знайде захист та конструктивну допомогу в сім'ї та суспільстві – все те, що є основами державних зобов'язань в кримінально-виконавчій системі.

Якщо політичні лідери все це знають – принаймні повинні знати, то чому вони не застосовують ці знання? Нинішня політика виправдовує своє кримінологічне невігластво недосяжним злом в людині. Номо homini lupus являється ще з ери просвітництва бойовим кличем. Але не сама людина є злою, злими є ідеологічні та економічні інтереси сьгоднішньої кримінологічної та соціальної політики. Вона заспокоює громадськість своєю профілактичною ідеологією захисту від чорних овець та відволікає від політичного провалу у боротьбі зі злочинністю.

Змінилося базове ставлення. Західні індустріальні суспільства покидають основні принципи прав людини, основу неіснуючої свободи: до такої належать повага до людської гідності, свобода від катувань, повага в основних сферах приватного життя. Федеральний Конституційний суд ще тримається, але як довго?

Дорога веде – з широкою підтримкою – в таке суспільство безпеки, яке створює не безпеку суспільства, а загальну невизначеність та дезорієнтацію найширших верств населення. Тому що у боротьбі зі злочинністю суспільство готове – мабуть для свого власного захисту – відмовитися від верховенства закону, щоб отримати безпеку, яку воно ніколи не зможе отримати. Цю помилку, це

* Наступні есе про систему кримінального правосуддя транслиювалися в 2012/2013 роках в радіопередачах «Deutschlandradio Kultur» (Політичний фейлетон). Всі джерела і докази базуються на трьох монографіях автора: Кримінологія, Видавництво Бек, 4. видання, 2011; Шлях до суспільства безпеки – У пошуках критичних державних правил абсолютності, Берлінське наукове видавництво, 2010; Забута свобода, Берлінське наукове видавництво, 3. видання, 2010 та переклад на російську мову у видавництві Харківського університету, 2013 (переклад Г. Мошака).

попличне коло, змогла б виявити критична наука, якщо б її спитали.

На даний час ми вчимо: лише очевидні катастрофи дають шанс до раціонального мислення. Також кримінальній політиці слід цього побоюватися. Нерівне суспільство не зможе перейти без соціальних, екологічних та економічних катастроф в суспільство вільних, рівних людей та в суспільство з основами матеріальної справедливості. З точки зору критичної кримінології, існує не тільки ядерне, але і соціальне «випромінювання» – з такими ж довгими періодами напіврозпаду. Все це – похмурі перспективи щодо долі розхваленого цивілізованого суспільства.

II. Поліція

1. Поліція у правовій державі: слуга двох панів

В правовій державі поліція має два традиційних завдання. З одного боку, вона є помічником прокуратури в кримінальному розслідуванні. Вона може втручатися лише тоді, коли є конкретна підозра в скоєнні кримінального злочину. Вона підлягає конституційному контролю кримінально-процесуального кодексу. Все це називається репресивною функцією поліції.

З другого боку, поліція є профілактичним органом в рамках запобігання небезпеки. Тут поліція являється класичним інструментом виконавчої влади. Вона «друг та помічник» всіх громадян і підлягає закону про поліцію. Межею втручання є реальна небезпека. Хто вважає себе постраждалим від втручання поліції, звертається не до прокурора, а в адміністративні суди.

Це – основи правової держави.

Вже в 70-тих роках такі традиційні визначення завдань були для поліції занадто обмеженими. Боротьба із злочинном повинна була відбуватися не тільки для того, щоб вирішити єдиний конкретний випадок, а й для того, щоб запобігти кримінальності як такої. З цього моменту поліція мала б діяти оперативно, а не «просто» превентивно або «просто» репресивно.

У законах про поліцію ці вимоги були реалізовані з 80-тих років. Реальна небезпека та конкретна підозра як межа втручання були усунені. Головним стала більше не суть звинувачень, а прогноз поліції. В силу вступили

норми, які, здавалось, точно диференціюються, але насправді вже не обмежуються критеріями злочину. Так було знято застосування примусових повноважень. Системний розшук та залучення таємних детективів є продуктами цього розвитку. Це можна назвати поліцізацією кримінального судочинства. У рамках цієї оперативної роботи поліції з'являються «цивільно-правові витрати»: громадяни стають об'єктами таємного шпигунства, таємного збору даних та невидимої політики контролю.

Новостворені норми в законах про поліцію дозволяють їй в будь-який час, в будь-якому місці збір інформації за допомогою відповідних засобів, якщо існують кримінологічні гіпотези. Про факти та їхню перевірку мова вже не іде.

Нові повноваження виправдовуються відомими загрозами: організована злочинність та тероризм. Сучасна поліція хоче бути на рівні. Права громадян перешкоджають і мають бути усунені під виглядом надзвичайного стану. Наступним кроком було б відновлення Постанов Веймара про введення надзвичайного стану.

Чи це не відлуння закону про надання надзвичайних повноважень уряду?

Доцільними були би суттєві роз'яснення кримінальних загроз. При спокійному розгляді, їм можна раціонально протидіяти звичайними методами. Замість камер спостереження в громадських місцях, поліція повинна збільшити свою присутність в відомих небезпечних місцях. Але для політики це занадто дорого. Добре кваліфікованій державно-правовій поліції влада не хоче платити. Тягар несуть громадяни.

Перш за все, межа між превентивним та репресивним втручанням поліції має бути відновлена конституцією. Ці поняття повинні чітко відрізнятися один від одного щодо причини та мети, бо такі критерії мають важливе значення для правово-державного судочинства та ефективного правового захисту. В кінцевому рахунку, відповідальність лежить у руках Федерального Конституційного Суду. Хто ж хоче нової поліцейської держави?

2. Поліція на шляху до таємної поліції

Головним пріоритетом демократичної держави є транспарентна поліція, яка своєю відкритістю являється головною основою для довіри громадянина в державу. Відкритість, на жаль, все частіше затьмарена схильністю до таємного слідства. Привиди таємної поліції та органів безпеки дер-

жави підривають довіру громадян. У демократичній державі це – немислимо.

При бажанні, поліція може сама себе звільнити від кайданів кримінально-процесуального кодексу. Не існує кримінально-судового контролю щодо поліцейських методів отримання доказів.

Також, участь кримінального судді не приводить до ефективного обмеження поліцейського розслідування. Це пов'язано з тим, що у невідкладних справах поліція може обійти компетенції судді. З іншого боку, поліція фільтрує факти з її точки зору так, що судді не мають можливості перевірити їх насправді.

Закон про федеральне відомство кримінальної поліції 2009-го року дає центральній владі можливість захисту від загроз міжнародного тероризму, що раніше було компетенцією тільки поліцій федеральних земель. Крім сумнівного онлайн-пошуку, додати треба так званій системний розшук, залучення таємних детективів, можливість візуального та звукового спостереження житла та телекомунікацій.

Багато критикована реформа закону дозволяє також федеральному відомству проводити профілактичні розслідування без конкретних підозр. Так звані «попередні розслідування» більше не підлягають державній прокуратурі, хоча вони дозволяють державі максимальні порушення основних прав громадян.

Випробувані основні компетенції федеральних земель для поліцейського захисту від небезпеки, а також розділення між поліцією та спецслужбами, на жаль, скасовані. Але саме це розділення служить для захисту прав свободи громадян. Державно-правова поліція денатурує до таємної поліції. Державні інтереси переслідування витісняють правовий захист громадянина до невпізнання.

З другої сторони, хвилює те, що федеральна розвідувальна служба отримує поліцейські повноваження на втручання, тобто може порушувати кримінальну справу за своїм розсудом, а також встановлювати наявність конкретної небезпеки або підозри. Таким чином, важлива державно-правова монополія переслідування злочинів державною прокуратурою втрачає силу. Перетворення федеральної розвідувальної служби у федеральну таємну поліцію не дасть довго на себе чекати.

Цей процес почався в 2004 році, коли був створений об'єднаний центр захисту від тероризму. Там службовці федерального відомства кримінальної поліції та федеральної розвідувальної служби разом з органами за-

хисту конституції та відомствами кримінальної поліції земель обмінюються досвідом та знанням.

Якщо ні громадяни, ні конституційне кримінальне правосуддя не отримують інформації про поліцейські розслідування з метою контролю, то розпочинається кінець правової держави. Але, здається, в сьогоденному суспільстві це нікому не заважає. Економіка вже давно подавила правову державу та виснажує її. Соціальний контроль діє все більше для стабільності економічної системи – в основному без правового захисту громадян. Чи зможуть право та правова держава бути «реактивовані»?

3. Поліцейський допит: маніпуляція незнанням підозрюваного є незаконною!

Вершиною поліцейського розслідування є допит обвинуваченого. Те, що сказано та записано в поліції, має найбільшу значимість та визначає в більшості випадків подальший розвиток кримінального процесу.

Кримінологія довела, що існує багато недоліків в повсякденній практиці пояснення обвинуваченому його прав. В одному гамбургському дослідженні виявилось, що лише 9 з 100 допитів у злочинах проти життя відповідали кримінально-процесуальному праву: мало доказів обвинувачення, недостатнє пояснення прав про свободу дачі свідчень та можливості проконсультуватись у правозахисників чи отримати докази.

Особливо у злочинах проти життя, професійні слідчі мають часто справу з людьми, які не мають жодних юридичних понять та знаходяться в емоційно винятковій ситуації. В таких випадках є важливим за допомогою цінної юридичної термінології професійно правильно та доступно пояснити різницю між наміром та необережністю. - з вирішальним результатом: умисне вбивство часто пов'язане з довічним ув'язненням, за необережність може бути накладено грошовий штраф.

Основною проблемою є те, що поліцейський експерт цілеспрямовано скеровує допит в напрямок такого правового поняття, яке в повсякденному вживанні в мові звичайних громадян не має ніякого сенсу. У більшості випадків, правове значення підписаної заяви є незрозумілим для обвинуваченого. Тут повинні бути залучені правові захисники. Але їхня присутність не завжди передбачена. Підозрюваний у вбивстві повинен бути опитаний стосовно інтелектуального (тобто «знання») та вольового (тобто «бажання») елементів.

З боку «знання» не потрібно бути впевненим в спричиненні смерті. Достатнім є знання щодо можливості: як щодо наміру з загрозою довічного ув'язнення, та щодо необережності. Потрібним під час допиту є лише «знання щодо можливості», що смерть насправді відбудеться. «Але ви точно не діяли з метою смерті?», з примирливою доброзичливістю питається слідчий. «Ви лише вважали це можливим.» Звинувачений з вдячністю погоджується і знаходиться одною ногою вже за ґратами.

Подивимося на елемент «бажання». Намір відрізняється від свідомої халатності наступним чином: «Хто свідомо прийняв до уваги результат злочину, отже схвально прийняв його», діяв навмисно. Якщо ж хтось «надіявся не заподіяти шкоду», знаходиться в стані необережності, а отже поза межами небезпечної зони.

Ця тонка межа між погодженням з результатом та вірою в незаподіяння шкоди вирішує про довічне ув'язнення чи незначні санкції. Але хто це взагалі знає?

В усіх випадках, розумний слідчий навіює підозрюваному симпатію та довіру. Здивування приходить пізніше: під час судового процесу. Тепер звинувачений дізнається, що всі ці гарні слова, які вказували на розуміння, заманили його на рівень умисного скоєння злочину, а отже на довічне ув'язнення.

В результаті, це є допит методом словесної маніпуляції. Гарантована конституцією рівність сторін явно порушується. Тим не менш, чинне законодавство дозволяє поліції полегшити собі боротьбу зі злочинністю. Це звинувачення спрямоване не стільки в сторону поліції, скільки в сторону законодавчих органів, які ще утримуються від закону, який гарантуватиме присутність державного захисника під час допиту у таких тяжких злочинах, де загрожують суворі покарання. Саме це має гарантувати правова держава, тому що засудження юридично неосвідченого підозрюваного методами словесної маніпуляції не є законним.

Правова держава зобов'язана в ситуації поліцейського допиту надати високу прозорість та ясність. Тільки так пошук правди в системі кримінального правосуддя стане справедливим і лише наближеним до основної істини. Раптовий напад на неосвідчених та не підготовлених є не просто не законним, а є порушенням прав людини!

III. Державна прокуратура Суддя перед суддею

Прокуратура вважається в юриспруденції найоб'єктивнішим органом у світі. Її центральне завдання – сформувати результати розслідування, подані їй поліцією, в певну форму правосуддя, і передати звинувачення в суд або закрити справу.

Дивним є те, що прокуратура є повністю вільна у виборі, який шлях вона обере. Вона працює в кримінальній політиці в широкому масштабі – хоча і без конституційного дозволу. Тяжке становище, ускладнене великою кількістю процесів, зробило прокурора залежним від судового свавілля.

Вже давно прокурора називали «суддею перед суддею». В 1981 ще половина усіх прокурорських справ являлися собою звинувачення та заявки на покарання, в 2008 ця частка скоротилась до 22%. Величезна решта – а отже 80% – йде шляхом інформалізації, тобто методом регулювання та закриття справи без реального судового контролю, без належного правового захисту, спокійно та таємно. Судовий розгляд стає рідкісним винятком.

Можна сформулювати гостріше: могутній заспіває пісню покаяння і згодиться на сплату штрафу, і після оплати штрафу і закриття справи він залишиться незасудженим. А бідні та знедолені стають жертвами системи кримінального правосуддя.

Все ж іде добре, часто говорять, що декриміналізація іде тихим шляхом. Що ще потрібно? Але правова держава не може так аргументувати. Все ще існує принцип рівності (стаття 3 Конституції Німеччини) та конституційний принцип, по якому судова влада здійснюється суддями (ст. 92 КН). Називається це ще староевропейським розподілом державної влади, що є вірним та добрим.

Лише суддя, передбачений конституцією, є в певній мірі незалежним у своїх рішеннях. Прокурор, однак, залежить від політичних інтересів виконавчої влади. Все лежить в руках міністра юстиції, яку справу закрити, а яку відправити на розгляд в суд. Привіт від Берлусконі!

Який був би вірний шлях? З прокуратур повинно бути зняте навантаження. Негайно. Вони являються політичними станціями «ремонт» для держави та суспільства – але тільки образно. Зловживання наркотиками, насильство в молодіжному середовищі, алкоголізм, нечесні економічні дії, політичний екстремізм – всі ці соціальні про-

блеми повинні бути вирішені – також шляхом закриття справ, що, звичайно, організаційно полегшить роботу і, як ми сподіваємось, принесе профілактичний ефект.

Але це ще не все: сотні додаткових законів – від закону про рублене м'ясо до закону про виробництво вина – в рамках усєї політичної фантазії – надаються прокуратурі для обробки. Окремим прокурорам загрожує переслідування, якщо вони наважаться виступити проти.

Ніхто не може справедливо вирішити всі ці завдання, навіть найоб'єктивніший орган влади у світі. Кримінальний закон ніколи не зможе контролювати суспільство, він лише може зробити тяжкий злочин загально відомим. Але це неможливо зробити одразу в мільйонах випадків, а лише в правовому відкритому судовому процесі, а не «під столом» через закриття справи.

Найбільшим тягарем прокуратур являються на сьогодні справи про адміністративні правопорушення, про недотримання правил дорожнього руху, правопорушення економічного характеру: це все можна часто вирішувати з допомогою адміністративних рішень або в цивільних судах, або також шляхом надання соціально-політичної допомоги – наприклад, в області зловживання наркотиків.

Але ж, якщо законодавча влада шукає порятунку в галузі кримінального права, тоді вона виходить за рамки кримінального правосуддя. Навантаження не подолати. Кримінальний закон потрібно зосередити на ключових загрозах, а отже на справді соціально-шкідливих і загрожуючих правам громадян проблемах. Це є вища мета. Тоді прокуратура зможе зосередитись на її головному завданні – кримінальному переслідуванні. І тільки тоді незалежна судова юстиція зможе служити справедливості. Без махінацій поза очима суспільства.

IV.

Захист у кримінальній справі Менеджмент консенсусу замість пошуку істини

Захисник має справу з різноманітними вимогами. Залежно від стратегії, він є єдиною протиположною прокуратури та суду, а також являється комунікатором для засобів масової інформації та громадськості. Він також є помічником з правових питань та педагогом свого клієнта. Впоратися з цим всім можливо лише при належності високої емоційної стійкості. В цей же час, захисник є в принципі безсильним та може надіятися лише на справедливий судовий

розгляд та «силу аргументів». Верховенство процесу лежить в руках держави.

Стратегія захисту під час процесу курсує між конфліктом та пошуком консенсусу. Конфлікт захисту визначається як боротьба за правову систему з допомогою кримінального судочинства. Часто захисники, які прагнуть чітко слідувати цій меті, звинувачуються в зловживанні їхніми процесуальними повноваженнями. Вже лише одне це зауваження є порушенням принципів процесуальної справедливості.

Захист шляхом конфлікту надається адвокатам кримінальним процесом. Так як лише в цих випадках, при винесенні тяжких вироків, вони зможуть подати апеляцію у вищі судові органи. Щоб підтвердити процесуальні порушення, захисник повинен в попередньому процесі в'ясувати усі факти і докази та подати офіційну скаргу. Отже, конфлікт захисту запрограмований законодавчими органами.

Законодавча влада теж не завжди іде прямими шляхами. Вона хоче досягти слухняності правового захисника. Юстиція пов'язує його, як «орган правосуддя», що викликає симпатію.

Як подарунок Данайців, законодавча влада ввела в 2007 році § 259с кримінально-процесуального кодексу, завдяки якому захисники можуть домовитися з іншим сторонами процесу щодо ходу судового розгляду або його результату. Таким чином «угоди», а точніше махінації, стали принципами процесу.

Для захисників це означає, що їхня професійна роль зведена до нуля. Зараз він є в першу чергу менеджером раціональних рішень. У цей же час зростає економічна вигода щодо клієнтури. Все стає незрозумілим, а отже дорочним. Підозрюваний дивиться у правову безодню.

Ліквідація всіх формальностей, а також втрата правових принципів є жартом угод. А отже, на добраніч, правова держава! І горе тим, хто у випадку «угод» не зможе досягнути справедливого рішення.

Потрібні нові реформи. Йдеться про обов'язок держави призначати захисника вже на перших етапах слідчих процедур, так як ще в поліції докази визначають весь беззворотній хід кримінальної справи. Мова йде також про те, хто буде нести витрати процесу. Який сенс в зусиллях на ресоціалізацію, якщо звинувачений після звільнення буде фінансово перевантажений до кінця своїх днів?

І, нарешті, йдеться про те, щоб усунути усі способи, які витісняють захисника з процесу: тут треба нагадати

Німецьку Осінь та RAF, що повинні належати тільки минулому.

Думка про те, що, на відміну від громадського захисника, захисник, вибраний самим звинуваченим, буде з набагато більшим ентузіазмом займатись процесом – як, наприклад, добре оплачуваний приватний лікар, на відміну від загального – нехай дістанеться тим, хто вірить, що справедливість для всіх однакова.

V.

Кримінальні суди Судді у правовій державі: здобич виконавчої влади?

«Судова влада довірена суддям». Хто це каже? Основний закон Німеччини в статті 92. Але це врегульовано не лише там. Поділ влади є в державі вічним елементом, який гарантований конституцією. Ніхто – навіть законодавець – не може торкнутися цього суспільно-, державно-конституційного елементу поділу влади, що стало досягненням історичного розвитку змісту конституції.

А насправді? Справжня незалежність ще не стала частиною судової влади в нашій правовій системі. Звичайно, ніхто не пише зразків вироків для наших суддів. Але невидимі організаційні сили суспільства «відшліфували» головний принцип поділу влади: взаємний контроль. Саме такий контроль є головним аспектом у демократичній державі. Якщо демократія має хоч якийсь сенс, то він полягає в ефективному контролі частин державної влади: законодавча влада, управління та судова влада повинні контролювати один одного. Порушення мають бути санкціоновані саме третьою владою, яка зобов'язана конституцією дотримуватися права та закону.

Лише Федеральний Конституційний Суд працює у цій автономії, гарантованій конституцією. Парламент та уряд під градом конституційних ляпасів повинні соромитись та прагнути покращення. Але нічого не трапляється. Політичні будні навчають протилежному. Це має насторожити громадян, вони мали б вимагати правосуддя, яке не спить. Прикладом є Федеральний Конституційний Суд. Він сам керує своїм бюджетом і не повинен знаходитися під зовнішнім впливом. Хоча призначення суддів залежить від пропорцій політичного представництва бундестагу та бундесрату, але якщо судді вже призначені, вони отримують абсолютну автономію, яка є вільною від натиску, оплати та винагород.

У Федеральному уряді, а більше у федеральних землях, законодавча влада сама оплачує та винагороджує своїх контролерів. Юстиція земель призначає суддів та прокурорів на основі незрозумілих міркувань в рамках своєї сумнівної всемогутності. Законодавча влада, тобто міністерства, визначає персонал судів та прокуратур. Прокурори навіть знаходяться під «правом на інструкції» міністра юстиції. Ця практика офіційно не застосовується, але кожен Інсайдер знає, що існують не лише письмові інструкції зі сторони міністра, а і розмови в чотири ока та приватні телефонати.

Але чому судовій владі не надається незалежність, яка гарантована їй конституцією? Все просто: тому що найсильніша серед трьох влад, а саме виконавча влада, хоче зберегти владу контролю над іншими гілками влади в своїх руках. Політики не дадуть добровільно позбавити себе тих компетенцій, які дають їм можливість замовляти та оплачувати своїх юридичних контролерів самостійно. Так дійшло до гнітючої заплутаності контролю у важливих галузях держави та суспільства. Ця заплутаність у галузях влади не допускає переслідування виконавчої влади, яка навіть у випадку тяжких проступків залишається у більшості випадків без звинувачень. Які прокурори та судді наразі ведуть розслідування проти головних акторів, винних в фінансових, банківських та економічних кризах? На сьогодні це потребує страшенної мужності, але не маючи справжньої забезпеченої незалежності судової влади, цієї мужності ніколи не буде. У Європейському Союзі вже 24 країни практикують автономне самокерування правосуддя. Лише Німеччина, Австрія та Чехія залишають усе по старому – стара влада завдяки непрозорості суспільства залишається результатом заплутаності поділу влади.

Отже, хто контролює автономну третю гілку державної влади? Вона зв'язана правом і законом та ефективно сформована з персоналу різних інстанцій. Але це вже вдалося виконавчій владі. Примусова необхідність економити виснажила правову державу. Велика кількість процесів та перевантаження суддів не залишають автономному розвитку юстиції та справедливості правосуддя майже ніяких шансів.

VI.
Ув'язнення
Вічна нужда юстиції

Історія ув'язнення – це історія необхідності соціальної допомоги для повернення в суспільство людей, які знаходяться «по той бік» суспільства. Мало що з цього було колись реалізовано.

Специфіка проблем полягає в наступному: сильна перенаселеність, особливо в міських районах, висока частка іноземців як маніфест доказу їхніх соціально-структурних дискримінацій, нестача персоналу, недостатня кваліфікація усіх відповідаючих за ув'язнення, надмірна охорона до останнього дня ув'язнення, і все це при обмеженому бюджеті. Керівники в'язниць у Берліні виразились коротко: «Безпека у в'язницях ще може бути забезпечена з горем пополам, але підготовка ув'язнених на вільне від злочинів життя на свободі стає майже неможливим» (Берлінська газета від 11. липня 2009).

Враховуючи такий провал в кримінальній політиці, правовій державі залишається тільки вимагання судом дотримання прав людини в ув'язненні, що на жаль, викликає чимало подиву в громадськості. Але правова держава дотримується певного правила: Забезпечення прав людини у кримінальному кодексі та кримінально-виконавчій системі не підлягає розпорядженням законодавця. У забезпеченні прав людини не йдеться про інструментальні аспекти позитивного запобігання вчиненню засудженими нових злочинів. Права людини не надаються для того, щоб захистити суспільство від рецидиву злочинів. Основні права людини мають бути гарантовані державою.

Гарантія прав людини заснована на антропологічному вченні, що всі люди – вільні вони або в ув'язненні – лише на основі їх «бути людиною», мають рівні права. Це вроджені, недоторкані і невід'ємні права і свободи, на які має

право кожна людина. Центральний принцип прав людини – це людська гідність. За неї довго боролися, і для законодавця вона є передбаченою для кожної людини, не важливо від того, який тяжкий злочин вона вчинила.

Гарантія прав людини знаходиться під захистом Федерального Конституційного Суду. Він встановив також нездоланні бар'єри проти ущемлення людської гідності для людей в ув'язненні. Це – державні та суспільно-політичні абсолютні правила. Перш за все, в кримінальній системі правосуддя головними є людська гідність та права людини, які повинні стояти на першому місці у державі.

Гарантія прав людини зобов'язує спростувати умови ув'язнення, наприклад, надати дозвіл ув'язненим на зв'язок з сім'єю та з іншими близькими особами. Ці права на зв'язок, на соціальну допомогу та компенсацію за ув'язнення не повинні бути «чайовими» для ув'язнених. Це має бути головним обов'язком держави, яка з одного боку, уповноважена на позбавлення волі на основах кримінального права, з іншого боку, зобов'язана зробити це позбавлення волі з наданням людських умов. Права людини є для ув'язнених гарантом захисту проти державного втручання в його психіку та автономію.

Але давайте дивитися не тільки на державу. Найгіршою причиною рецидиву є саме суспільство. Лише в рідкісних випадках громадяни готові до реінтеграції звільнених з ув'язнення через надання реальних можливостей для працевлаштування та житла. Як би не намагались органи правосуддя та органи ув'язнення, але переосмислення має починатись з нас! Повага до людської гідності є не лише обов'язком держави! Це стосується всіх нас. І ми не повинні забувати про неї, коли від громадян знову лунатимуть заклики до більш тяжких каральних методів для небезпечних злочинців. Тому що, на думку більшості експертів, результат залишиться один: рецидив.

Порочне коло.



Проф. Алексис | Prof. Alexis

Rechtspolitische Essays zu den Entwicklungen im Kriminaljustizsystem in Deutschland*

– Polizei, Staatsanwaltschaft, Strafverteidigung,
Strafgerichte und Strafvollzug –

I.

Der Verzehr der Kriminologie durch die Sicherheitsgesellschaft

Die kritische Kriminologie ist eine universitäre Sammelwissenschaft. Mit dem Rechtsstaat teilt sie das Schicksal, in der Sicherheitsgesellschaft überflüssig zu sein. Zwar vermag sie aufzuklären, wie abweichendes Verhalten erhalten entsteht. Aber Rechtsstaat und kritische Kriminologie stören die präventive Aufzucht einer Gesellschaft, die auf Sicherheit fixiert ist.

Sozialpädagogische, gesellschaftspolitische Empfehlungen werden häufig als Tretminen angesehen. Ein Politiker, der sich beispielsweise zum Integrationsmodell der ‚Resozialisierung‘ bekennt, ist nahezu schon abgewählt. Das Konzept eines sozial-integrativen Strafrechts wurde erst gar nicht realisiert. Entstanden in den 70er Jahren scheiterten solche Reformideen gemeinsam mit dem Wohlfahrtsstaat.

Er zerbrach an der Ökonomie der Gesellschaft. Es fehlten die Ressourcen. Darum wurde gesellschaftliche Abweichung lediglich „kontrolliert und verwaltet“. Darum wurden keine Methoden entwickelt, um die sozialen Ursachen kriminellen Verhaltens zu erkennen und zu beseitigen. Unabhängiges kriminologisches Wissen und kriminalpolitische Vernunft waren nicht mehr gefragt.

Zugleich wurde den Menschenrechten die materielle Ba-

sis und politische Aufmerksamkeit geraubt, als sich der Wohlfahrtsstaat zum Präventionsstaat wandelte. Gesellschaft und Individuen sollten mehr für sich selbst sorgen. Der Rückzug des Staates war eingeläutet. Dabei wusste die Kriminologie, dass ein Strafgefangener nur dann erfolgreich wieder eingliedert werden kann, wenn sich nach der Haftzeit seine soziale Lage nachhaltig verbessert, er den Schutz familiärer Geborgenheit findet und dabei konstruktive Hilfen erhält – alles Kernpflichten staatlichen Strafvollzuges.

Wenn die politisch Verantwortlichen das alles wissen – zumindest wissen müssten –, warum folgen sie diesen Einsichten dann nicht? Die aktuelle Politik legitimiert ihre kriminologische Ignoranz mit dem unerreichbar Bösen im Menschen. ‚Homo homini lupus‘ war schon der Schlachtruf der Verklärung. Aber böse ist nicht der Mensch, böse sind die ideologisch verbrämten und ökonomisch getragenen Interessen heutiger Kriminal- und Sozialpolitik. Diese beruhigen mit einer präventiven Ideologie des Schutzes vor schwarzen Schafen die Öffentlichkeit und lenken ab vom politischen Versagen im Kampf gegen die Kriminalität.

Die Grundhaltung hat sich verändert. Westliche Industriegesellschaften verlassen den Boden der Menschenrechte, die Basis unverfügbarer Freiheit: als solche gelten der Respekt vor der Menschenwürde, Freiheit von Folter, die Achtung von Kernbereichen privater Lebensgestaltung. Das Bundesverfassungsgericht müht sich redlich, aber wie lange noch?

Der Weg führt – unter breiter Zustimmung – in eine Sicherheitsgesellschaft, die ihrerseits nicht Sicherheit, sondern allgemeine Unsicherheit und Orientierungslosigkeit breiter Bevölkerungsschichten produziert. Denn im Zeichen des Kampfes gegen die Kriminalität ist die Gesellschaft bereit, scheinbar zu ihrem eigenen Schutz die Grundlagen des Rechtsstaats aufzugeben, um eine Sicherheit zu erhalten, die

* Die folgenden Essays zum Kriminaljustizsystem sind 2012/2013 im Deutschlandradio Kultur (Politisches Feuilleton) gesendet worden. Alle Quellen und Nachweise stützen sich auf drei Monografien des Verfassers: Kriminologie, Beck-Verlag, 4. Aufl. 2011; Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft – Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010; Vergessene Freiheit, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2010, 3. Aufl. und russische Übersetzung im Verlag der Universität Kharkiv, 2013 (Übersetzung durch G. Moschak).

sie so nie erhalten wird. Diesen Irrtum, diesen Teufelskreis könnte eine kritische Wissenschaft aufdecken, wäre sie denn gefragt.

Derzeit lernen wir: nur ausgemachte Katastrophen geben, wenn überhaupt, Ansätzen von Vernunftdenken eine Chance. Auch für die Kriminalpolitik ist das zu befürchten: Eine ungleiche Gesellschaft wird ohne soziale, ökonomische oder ökologische Katastrophen nicht in eine Gesellschaft von freien Gleichen und in eine von materialer Gerechtigkeit überführt werden können. Aus der Sicht kritischer Kriminologie gibt es nicht nur atomare, sondern auch soziale Verstrahlung – mit ähnlich langen Halbwertszeiten. Alles düstere Perspektiven für das Schicksal der gelobten Zivilgesellschaften.

II. Polizei

1. Die Polizei im Rechtsstaat: Diener zweier Herren

Im Rechtsstaat hat die Polizei zwei traditionelle Aufgaben: Sie ist zum einen Gehilfe der Staatsanwaltschaft im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Einschreiten darf sie nur bei einem *konkreten Anfangsverdacht* für eine Straftat. Sie unterliegt dabei der rechtsstaatlichen Kontrolle der Strafprozessordnung. Das Ganze nennt man die *repressive* Funktion der Polizei.

Zum anderen ist sie *präventives* Organ im Rahmen der Gefahrenabwehr. Hier ist die Polizei klassisches Instrument der Exekutive. Sie ist „Freund und Helfer“ aller Bürger und unterliegt in dieser Funktion dem Polizeirecht. Eingriffsschwelle ist die konkrete Gefahr. Wer sich durch derartige Eingriffe verletzt fühlt, geht nicht zur Staatsanwaltschaft, sondern zu den Verwaltungsgerichten.

Soweit das kleine Einmaleins des Rechtsstaates.

Diese traditionelle Aufgabenbestimmung war der Polizei schon seit den 70er Jahren zu eng. Verbrechensbekämpfung sollte nicht mehr nur betrieben werden, um eine Einzeltat aufzuklären, sondern um die Kriminalität schlechthin zu beseitigen. Die Polizei sollte von nun an operativ tätig sein, im Gegensatz zu „bloß“ präventiv oder „bloß“ repressiv.

In den Polizeigesetzen wurden diese Forderungen seit den 80er Jahren umgesetzt. Dabei ist die Eingriffsschranke der *konkreten Gefahr* ebenso gefallen wie die des *tatsächlichen Anfangsverdachts*. Relevant ist nicht mehr die Substanz des Verdachts, sondern die polizeiliche Prognose. Herausge-

kommen sind Normen, die scheinbar präzise differenzieren, in Wirklichkeit aber nicht mehr durch Tatbestandsmerkmale eingeschränkt werden.

Die Anwendung von Zwangsbefugnissen wurde so entgrenzt. Rasterfahndung und der Einsatz verdeckter Ermittler sind Produkte dieser Entwicklung. Man spricht von der Verpolizeilichung des Strafverfahrens. Im Zuge dieser operativen Polizeiarbeit fallen „bürgerrechtliche Kosten“ an: Bürger werden zu Objekten heimlicher Ausforschung, verdeckter Datenerhebung und unsichtbarer Kontrollpolitik gemacht.

Die neu entstandenen Regelungen in den Polizeigesetzen ermächtigen die Polizei, jederzeit und überall Informationen mit geeigneten Mitteln zu sammeln, sofern kriminalistische Hypothesen vorhanden sind. Um Fakten und deren Überprüfbarkeit geht es dabei also nicht mehr.

Die neuen Befugnisse werden mit bekannten Bedrohungsszenarien gerechtfertigt: organisierte Kriminalität und Terrorismus. Hier will die moderne Polizei auf Augenhöhe sein. Bürgerrechte stehen im Wege und müssen quasi notstandsmäßig außer Kraft gesetzt werden. Der nächste Schritt wäre die Wiedererweckung Weimarer Notstandsverordnungen. Das Gespenst des Ermächtigungsgesetzes klopft an die Tür.

Geboten ist dagegen eine sachliche Aufklärung über kriminelle Bedrohungen. Bei unaufgeregter Betrachtung wird man ihnen mit herkömmlichen Methoden vernünftig begegnen können. Anstelle von Überwachungskameras im öffentlichen Raum sollte die Polizei mehr Präsenz an den bekannten Orten der Gefährdung zeigen. Doch das ist der Politik zu teuer. Für eine gut ausgebildete rechtsstaatliche Polizei will sie nicht zahlen. Die Lasten tragen allein die Bürger.

Vor allem: Die Grenzziehung zwischen präventiven und repressiven polizeilichen Eingriffsmöglichkeiten muss verfassungsrechtlich wiederhergestellt werden. Sie haben sich eindeutig sowohl durch Anlass als auch durch Zweck zu unterscheiden. Diese Kriterien sind unabdingbar für ein rechtsstaatliches Verfahren und einen effektiven Rechtsschutz. Es wird letztlich wieder dem Bundesverfassungsgericht obliegen, hier Klarheit zu schaffen. Wer will schon einen neuen Polizeistaat?

2. Die Polizei auf dem Weg zur Geheimpolizei

Das oberste Gebot in einem demokratischen Rechtsstaat ist das einer transparenten Polizei, die durch Offenheit dem Bürger Vertrauen in den Staat vermittelt. Die Offenheit wird jedoch zunehmend überlagert durch den Trend zum geheimen

Ermittlungsverfahren. Das Gespenst der Geheimen Staatspolizei und der Staatssicherheit aber erschüttert das Vertrauen der Bürger. In einem demokratischen Rechtsstaat eigentlich undenkbar.

Nach Belieben kann sich die Polizei selbst von den Fesseln der Strafprozessordnung befreien. Es gibt keine strafrichterliche Kontrolle und keine Erkenntnismöglichkeiten für die Gerichte über die polizeilichen Methoden der Beweiserhebung.

Auch die Beteiligung der Strafrichter durch den Richter vorbehalt führt nicht zu einer effektiven Begrenzung (geheim-)polizeilicher Ermittlungen. Dies liegt zum einen daran, dass bei Gefahr im Verzug der Richter durch die Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft oder der Polizei umgangen werden kann. Zum anderen filtert die Polizei den Sachverhalt aus ihrer Sicht, ohne dass die Richter ihn tatsächlich zu überprüfen vermögen.

Das Gesetz über das Bundeskriminalamt aus dem Jahr 2009 räumt der zentralen Behörde Möglichkeiten zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus ein, die zuvor nur den Polizeibehörden der Länder zustanden. Neben der umstrittenen Onlinedurchsuchung kommen vor allem Rasterfahndung hinzu, Einsatz verdeckter Ermittler, Möglichkeiten zur akustischen und optischen Überwachung von Wohnungen sowie der Telekommunikationsüberwachung.

Die vielfach kritisierte Reform des Gesetzes ermöglicht dem Bundeskriminalamt zudem, präventive Ermittlungen ohne konkreten Tatverdacht in eigener Leitung durchzuführen. Solche sogenannten „Vorfeldermittlungen“ obliegen nun nicht mehr allein der Staatsanwaltschaft, obwohl sie größtmögliche Grundrechtseingriffe des Staates ermöglichen.

Die bewährte grundsätzliche Zuständigkeit der Länder für polizeiliche Gefahrenabwehr, aber auch die Trennung zwischen Polizei und Nachrichtendiensten werden aufgehoben. Gerade diese Trennung dient der Sicherung bürgerlicher Freiheitsrechte. Die rechtsstaatliche Polizei denaturiert zur Geheimpolizei. Staatliche Strafverfolgungsinteressen verdrängen den Rechtsschutz des betroffenen Bürgers bis zur Unkenntlichkeit.

Besonders bedenklich ist es, dass umgekehrt auch der Bundesnachrichtendienst polizeiliche Eingriffsbefugnisse erhält, also nach seinem Ermessen Strafverfolgung einleiten, ja sogar das Bestehen einer konkreten Gefahrenlage oder eines Tatverdachts feststellen darf. Damit wird das rechtsstaatlich unabdingbare Strafverfolgungsmonopol der Staatsanwaltschaft außer Kraft gesetzt. Die Wertung des Bundesnachrichtendienstes als Bundesgeheimpolizei liegt nahe.

Die Verquickung erfolgt durch das schon 2004 gegründete Gemeinsame Terrorismusabwehrzentrum. Dort tauschen Beamte aus dem Bundeskriminalamt und dem Bundesnachrichtendienst gemeinsam mit Verfassungsschutzbehörden und Landeskriminalämtern ihre Erkenntnisse und ihr Fachwissen aus.

Wenn weder der Bürger noch die rechtsstaatliche Strafjustiz von polizeilichen Ermittlungen Kenntnis erhalten, um sie zu kontrollieren, ist das Ende des Rechtsstaats eingeläutet. Aber das scheint in unserer Gesellschaft fast niemanden zu stören. Die Ökonomie hat den Rechtsstaat seit langem überrollt und zehrt ihn auf. Die soziale Kontrolle dient zunehmend der Stabilität des ökonomischen Systems – weitgehend ohne Rechtsschutz für den Einzelnen. Werden das Recht und der Rechtsstaat dagegen zu reaktivieren sein?

3. Polizeiliche Vernehmung: Unwissende zu überrumpeln, ist nicht legitim!

Die hohe Schule polizeilicher Ermittlungstätigkeit ist die Vernehmung der Beschuldigten. Was bei der Polizei gesagt und geschrieben wird, hat höchste Relevanz, bestimmt es doch in den meisten Fällen den Gang des weiteren Strafverfahrens.

Die Kriminologie hat eine Vielzahl von Mängeln in der alltäglichen Praxis der Belehrung nachgewiesen. In einer Hamburger Untersuchung entsprachen nur 9 von 100 Vernehmungen bei Tötungsdelikten der strafprozessualen Rechtslage: kaum Hinweise auf Tatvorwurf, Aussagefreiheit, auf Rechte, Verteidiger zu konsultieren oder Beweise zu beantragen.

Gerade bei Tötungsdelikten stehen den professionellen Vernehmern oft juristische Laien gegenüber, die zumeist in emotionaler Ausnahmesituation gehandelt haben. Hier wird mit kunstvoller juristischer Begrifflichkeit der Unterschied zwischen *Vorsatz* und *Fahrlässigkeit* herausgearbeitet – mit gewichtiger Folge: *Vorsatz* heißt oft lebenslange Freiheitsstrafe, bei *Fahrlässigkeit* kann auf Geldstrafe erkannt werden.

Das Hauptproblem liegt darin, dass ein polizeilicher Experte eine Vernehmung zielgerichtet auf Rechtsfragen hin führt, die im Alltagssprachgebrauch des Laien keine Bedeutung haben. Die rechtliche Bedeutung der unterschriebenen Aussage wird dem Beschuldigten in aller Regel nicht deutlich. Verteidiger hätten hier einzuspringen. Doch ihre Anwesenheit hängt vom Zufall ab. Der eines Tötungsdelikts Verdächtige muss zum *intellektuellen* Element (also zum *Wissen*) und

zum *voluntativen* Element (also zum *Wollen*) der Tat befragt werden.

Auf der *Wissensseite* ist keine Gewissheit der Todesfolge erforderlich. Es genügt nach der Rechtsprechung lediglich ein ernsthaftes *Für-möglich-halten*: sowohl für V orsatz – mit der Gefahr der Strafe „lebenslang“ – als auch für bewusste Fahrlässigkeit. Man muss es in der Vernehmung also nur „für möglich gehalten haben“, dass der T atbestand, hier die T odesfolge, wirklich eintritt. „Mit Absicht haben Sie doch bestimmt nicht getötet?“, fragt der Vernehmer versöhnlich, „Sie haben es doch höchstens für möglich gehalten.“ Der Beschuldigte akzeptiert dankend und die Klappe ist schon halb zu.

Nun geht es um das *Wollen*. Zwischen V orsatz und bewusster Fahrlässigkeit wird von der Rechtsprechung wie folgt unterschieden: „Sich mit dem Erfolg abgefunden, also etwas billigend in Kauf genommen zu haben“, führt in den V orsatz. Hat man dagegen „auf den Nichteintritt des Schadens vertraut“, ist man in der Fahrlässigkeit und raus aus der Gefahrenzone.

Dieser schmale Grat zwischen Abfinden mit dem Schaden und dem Vertrauen auf den Nichteintritt des Schadens entscheidet also über „lebenslang“ oder geringfügige Sanktion. Aber wer weiß das schon?

In allen Fällen kann der kluge Vernehmer damit dem Tatverdächtigen Sympathie und V ertrauen signalisieren. Aber die Überraschung kommt später: bei Gericht. Nun erfährt der Angeklagte, dass ihn all die netten W orte, die doch auf so viel Verständnis hindeuteten, schnurrstracks in den Vorsatz und damit in den Einzugsbereich der lebenslangen Freiheitsstrafe geführt haben.

Im Ergebnis ist das eine V ernehmung mittels sprachlicher Überraschung. Die ver fassungsrechtlich garantierte Waffengleichheit ist evident verletzt. Gleichwohl ermöglicht die derzeitige Gesetzeslage es der Polizei, sich die Kriminalitätsbekämpfung zu erleichtern. Das ist ein in der Ausbildung angestrebtes Organisationsziel. An die Polizisten geht der Vorwurf deshalb zu allerletzter! Er geht vielmehr an den Gesetzgeber, der es bislang unterlassen hat, in V ernernehmungen bei Kapitaldelikten, also immer, wenn hohe Strafen drohen, dem zu Vernehmenden *von Gesetzes wegen* einen Verteidiger beizuordnen. Das muss sich der Rechtsstaat jedoch leisten, denn es ist nicht legitim, Ungeschulte und Unwissende durch sprachliche Überraschung zu überführen.

Der Rechtsstaat verpf ichtet in der Situation polizeilicher Vernehmung alle Beteiligten zu hoher T ransparenz und Folgenabwägung. Nur so wird man der W ahrheitsf ndung im

Kriminaljustizsystem gerecht, die ohnehin nur eine *Annäherung* an materielle Wahrheit ist. Die Überraschung von Ungeschulten und Unwissenden ist Unrecht, schlicht menschenrechtswidrig!

III.

Staatsanwaltschaft: Der Richter vor dem Richter

Die Staatsanwaltschaft wird in der Rechtswissenschaft als objektivste Behörde der Welt bezeichnet. Ihre zentrale Aufgabe ist es, die von der Polizei vorgelegten Ermittlungsergebnisse justizförmig zu bearbeiten: durch Anklage zum Gericht oder durch Einstellung des Verfahrens.

Überraschenderweise steht es der Staatsanwaltschaft völlig frei, welchen Weg sie wählt. Sie ist kreativ und betreibt in breitem Umfang Kriminalpolitik – freilich ohne ver fassungsrechtlichen Auftrag. Die Not der V erfahrungsfülle hat den Staatsanwalt zum Scharnier justizieller Beliebigkeit werden lassen – vornehm als Opportunität bezeichnet.

Schon früh wurde der Staatsanwalt als „Richter vor dem Richter“ beschrieben. Waren 1981 noch die Hälfte aller staatsanwaltschaftlichen Verfahren Anklagen und Anträge auf Strafbefehl, ist dieser Anteil 2008 auf 22 % aller V erfahrenderledigungen geschrumpft. Der gewaltige Rest – also fast 80 % – geht den Weg einer Informalisierung, das heißt Verfahrenseinstellungen ohne echte gerichtliche Kontrolle, ohne ausreichenden Rechtsschutz, still und heimlich. Das Gerichtsverfahren wird zur seltenen Ausnahme.

Man kann es auch schär fer formulieren: Der Beschwerdemächtige singt das Lied des Reuevollen und Zahlungswilligen, er ist nach Geldbuße und V erfahrungseinstellung nicht bestraft. Vor allem die Mittellosen und Dummen bleiben im Netz der Strafjustiz hängen.

Ist doch gut, wird oft gesagt, ist doch Entkriminalisierung auf stillem Wege. Was wollt ihr noch? Der Rechtsstaat darf indes so nicht argumentieren. Es gibt immerhin noch das Gleichheitsprinzip (Art. 3 GG) und das verfassungsrechtliche Gebot, wonach die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist (Art. 92 GG). Das nennt man alteuropäisch auch Gewaltenteilung, was richtig und gut ist.

Nur der Richter ist von der V erfassung als einigermaßen unabhängig für seine Entscheidungen ausgestattet. Der Staatsanwalt hingegen hängt ab von der politischen Interessenlage der Exekutive. Es liegt beim Justizminister zu bestimmen, ob und was eingestellt und was gerichtlich verfolgt wird. Berlusconi lässt grüßen!

Was wäre der richtige Weg? Die Staatsanwaltschaften müssten entlastet werden. Sofort. Sie sind die von der Politik eingerichteten Reparaturanstalten für Staat und Gesellschaft – aber eben nur scheinbar. Drogenmissbrauch, Jugendgewalt, Alkoholismus, unlautere Wirtschaftsmethoden, politischer Extremismus: all diese gesellschaftlichen Bausteine sollen abgewickelt werden – auch durch Einstellung von Verfahren, was organisatorisch entlastet und nebenbei, so hofft man, eine präventive Wirkung haben möge.

Aber das ist noch nicht alles an Reparaturaufträgen: Hunderte von Nebengesetzen – von der Hackfleischordnung bis zur Weinpanscherei, soweit die politische Phantasie reicht – sind den Staatsanwaltschaften zur Bearbeitung aufgegeben. Dem einzelnen Staatsanwalt droht Verfolgung wegen Strafvereitelung, wenn er sich dem widersetzt.

Dieser Aufgabenfülle kann niemand gerecht werden, auch nicht die objektivste Behörde der Welt. Strafrecht kann niemals die Gesellschaft steuern, es kann nur schweres Unrecht öffentlich kenntlich machen. Aber das geht nicht millionenfach, sondern nur in rechtsstaatlicher öffentlicher Hauptverhandlung. Geschieht dies unter dem Ladentisch, ist das Teppichhandel.

Am allermeisten belasten die Staatsanwaltschaften heute Fälle von Verwaltungsunrecht, Straßenverkehrsrecht, Verstöße gegen die Wirtschaftsordnung: Das ließe sich oft durch Verwaltungsentscheidungen oder Zivilgerichte sachgerecht erledigen, aber auch durch sinnvolle sozialpolitische Hilfestellungen – wie zum Beispiel im Bereich des Rauschdrogenkonsums.

Wenn der Gesetzgeber demgegenüber sein Heil im Strafrecht sucht, dann sprengt er damit das System der Kriminaljustiz. Die Falllast ist nicht mehr zu bewältigen. Das Strafrecht durch Entkriminalisierung auf Kernsachen zu konzentrieren, also auf real Sozialschädliches und Menschenrechtswidriges, ist das Gebot der Stunde. Dann kann sich die Staatsanwaltschaft auf ihre eigentliche Aufgabe, die Strafverfolgung, stützen. Und erst dann kann die unabhängige Justiz in öffentlichen Verfahren der Gerechtigkeit dienen – jenseits von Mausehelei im Stile eines Teppichhandels.

IV.

Strafverteidigung: Konsensmanagement statt Wahrheitssuche

Der Strafverteidiger muss vielfältige Anforderungen bewältigen. Je nach Strategie ist er alleiniges Gegengewicht zu Staatsanwaltschaft und Gericht sowie Kommunikator für Me-

dien und Öffentlichkeit. Ferner ist er Rechtshelfer, ja gar pädagogischer Beistand seines Mandanten. Das alles lässt sich nur bei hoher persönlicher Belastbarkeit bewältigen. Dabei ist der Strafverteidiger überwiegend machtlos. Er kann nur auf die schützenden Formen eines fairen Verfahrens und die „Kraft von Argumenten“ abstellen. Die Herrschaft über das Verfahren liegt beim Staat.

Die Strategie von Strafverteidigung pendelt zwischen Konflikt und Konsenssuche. Konfliktverteidigung wird definiert als Kampf um die Rechtsordnung mit den Mitteln der Strafprozessordnung. Häufig wird Verteidigern, die diesem Ziel zu strikt folgen, der Missbrauch ihrer prozessualen Befugnisse vorgehalten. Allein dieser Vorhalt ist schon ein Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens. Fördert doch ein bissiger Hund die Wahrheitsfindung eher als ein Schoßhund. Denn dann schlafen jedenfalls die anderen Verfahrensbeteiligten nicht.

Verteidigung mittels Konflikt ist Rechtsanwälten vom Strafprozess vorgegeben. Denn nur dann können sie in Kapitalsachen das Rechtsmittel der Revision vor der nächsthöheren Instanz wirksam einlegen. Um Verfahrensfehler rügen zu können, muss der Verteidiger im vorangegangenen Prozess, der Sachverhalt und Beweise klären sollte, seinen Widerspruch durch formelle Beanstandung aktenkundig gemacht haben. Konfliktverteidigung ist also durch den Gesetzgeber programmiert.

Die Legislative geht oft krumme Wege. Sie will den Verteidiger zur Alternative, also in die Konsensverteidigung, führen, ihn also lammfromm machen. Dann kann der Verteidiger mit den Wölfen heulen und um Schön-Wetter bitten. Die Justiz bindet ihn ein als „Organ der Rechtspflege“, was den Verteidiger scheinbar adelt.

Als Danaergeschenk hat der Gesetzgeber 2009 den § 257c StPO eingefügt, wonach der Verteidiger sich mit den anderen Verfahrensbeteiligten über den Verfahrenfortgang oder das Ergebnis „verständigen“ kann. Damit ist der Deal, genauer die Mausehelei, zum Verfahrensprinzip erhoben worden.

Für den Strafverteidiger bedeutet dies eine prozessuale Aufwertung seiner Berufsrolle. Er ist nun primär konsensualer Manager des scheinbar Vernünftigen. Zugleich wachsen damit seine ökonomischen Interessen gegenüber der Mandantschaft. Alles wird undurchsichtiger und dadurch teurer. Der Beschuldigte guckt dabei in die rechtsstaatliche Röhre.

Die Beseitigung aller Förmlichkeiten sowie der Verlust an rechtsstaatlichen Prinzipien ist geradezu der Witz der Abspra-

chen. Beides wird kompensiert mit der Hoffnung auf Wohlwollen der Richter. Gute Nacht Rechtsstaat! Und Wohlwehler, die keinen Wohlverteidiger haben und nichts in der Absprache auf die Waage zu werfen in der Lage sind. Die fallen durch den konsensualen Rost.

Dabei gäbe es realen Reformbedarf. Es geht um die Pflicht, Verteidiger schon in der ersten Phase der Ermittlungstätigkeit gesetzlich beizuordnen. Denn Aussagen bei der Polizei bestimmen das gesamte Strafverfahren in nicht mehr umkehrbarer Weise. Es geht zudem darum, wer die Kosten des Prozesses trägt. Was nützt das feinste Bemühen um Resozialisierung, wenn der Verurteilte nach der Entlassung aus dem Vollzug finanziell erdrückt wird.

Und schließlich geht es darum, die vielen Möglichkeiten zu beseitigen, Verteidiger vom Verfahren auszuschließen, einem Drohmittel und Relikt aus dem Deutschen Herbst, das mit der RAF der Vergangenheit angehören sollte.

Der Gedanke, dass der Wohlverteidiger im Gegensatz zum Pflichtverteidiger, der vom Gericht bestellt wird, mit viel größerem Erfolg seiner Aufgabe nachgeht – wie etwa ein engagierter, gut bezahlter Privatarzt gegenüber dem ausgegauten Kassenarzt –, mag all jene erreichen, die glauben, das Gerechtigkeit jedem gleichermaßen offen steht.

V.

Strafgerichte: Die Richter im Rechtsstaat: Beute der Exekutive?

„Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut.“ Wer das sagt? Das Grundgesetz in Art. 92. Aber nicht nur dort ist das geregelt. Die Gewaltenteilung im Staat ist ein Ewigkeitselement, das verfassungsrechtlich höchst gesichert ist. Niemand – auch kein Gesetzgeber – kann dieses gesellschafts- und staatskonstituierende Element der Gewaltenteilung anrühren. Soweit der von historischer Erfahrung getragene Verfassungstext.

Und die Wirklichkeit? Wahre Unabhängigkeit ist der Dritten Gewalt in unserer Rechtsordnung noch nicht zu teil geworden. Gewiss, niemand schreibt unseren Richtern ihre Urteile vor. Aber die unsichtbaren Gestaltungs- und Prägekräfte der gesellschaftlichen Realitäten haben den Hauptaspekt der Gewaltenteilung, nämlich deren gegenseitige Kontrolle immer mehr abgeschliffen. Auf gegenseitige Kontrolle kommt es in der Demokratie aber primär an. Wenn Demokratie überhaupt Sinn macht, dann in der wirksamen Kontrolle ihrer Herrschafts- und Machtteile: Gesetzgebung, Verwaltung

und Gerichte haben sich gegenseitig in Schach zu halten. Verstöße sind zu sanktionieren, eben durch die Dritte Gewalt, die selbst von Verfassungen wegen an Recht und Gesetz gebunden ist.

Lediglich das Bundesverfassungsgericht funktioniert in dieser verfassungsrechtlich gesicherten Autonomie. Schamvoll müssten Parlament und Regierung unter dem Hagel verfassungsrechtlicher Ohrfeigen eigentlich Besserung anstreben. Aber dies passiert nicht. Der politische Alltag lehrt das Gegenteil. Das müsste die Bürger alarmieren, d.h. sie sollten eine wache Gesamtjustiz fordern. Vorbild ist das Bundesverfassungsgericht. Es bestellt selbst seinen Haushalt und dürfte keinen externen Einfluss ausgeliefert sein. Zwar unterliegen die Richter in ihrer Ernennung dem politischen Proporz von Bundestag und Bundesrat, aber einmal bestellt, entfaltet sich ihre Autonomie gegenüber ihren Bestellern und die erleben oft ihr blaues Verfassungswunder. Das sind die Vorteile einer Autonomie, die frei ist von Beförderung, Honorierung und Pensendruck.

Im Bund, aber noch stärker in den Ländern bestellt, bewertet, honoriert und befördert die zu kontrollierende Regierungs- und Verwaltungsmacht ihre Kontrolleure selbst. Die Justiz der Länder beruft Richter und Staatsanwälte nach nicht zu durchschauenden Erwägungen in höchst bedenklicher Allmacht. Die Exekutive, d.h. die Ministerien, bestimmt die personellen und sachlichen Ausstattungen der Gerichte und Staatsanwaltschaften. Bei Staatsanwälten gibt es sogar ein „externes Weisungsrecht“ für den Justizminister. Diese Praxis wird zwar offiziell als nicht gehandhabt dargestellt, aber jeder Eingeweihte weiß, dass es nicht nur schriftliche Weisungen gibt, es gibt Vier-Augen-Gespräche und Telefone.

Und warum gewährt man der Justiz nicht realiter ihre verfassungsrechtlich gegebene Unabhängigkeit? Ganz einfach: weil die machtvollste aller drei Gewalten, nämlich die Exekutive die Kontrollmacht über die anderen Gewalten lieber selbst in der Hand behalten will. Politiker lassen sich die Kompetenz nicht freiwillig rauben, ihre juristischen Kontrolleure selbst zu bestellen, zu honorieren und zu befördern. So kommt es zur bedrückenden Gewaltenverschränkung und zur Verfechtung aller wichtigen Interessengebiete in Staat und Gesellschaft. Diese Gewaltenverschränkung lässt die Exekutive weitgehend unangetastet von Strafverfolgung – auch bei schlimmstem Fehlverhalten. Welcher Staatsanwalt und Richter ermittelt denn heute gegen die Verantwortlichen der Finanz-, Banken- und Wirtschaftskrisen? Dazu gehört heute ungeheuerlicher Mut und diesen gibt es nicht ohne wahre,

d.h. gesicherte, Unabhängigkeit der Dritten Gewalt. In der europäischen Union praktizieren bereits 24 Staaten eine autonome Selbstverwaltung der Justiz. Nur Deutschland, Österreich und Tschechien lassen alles beim Alten – beim alten Machterhalt dank gesellschaftlicher Intransparenz infolge einer gewollten Gewaltenverschränkung.

Und wer kontrolliert eine autonome Dritte Gewalt? Sie wird durch die Bindung an Recht und Gesetz auf ihre Grenzen verwiesen und wird durch personell nicht ausgedünnte Ausstattung verschiedener Instanzenzüge wirkungsvoll geformt. Aber das hat die Exekutive schon geschafft. Der sogenannte Sparzwang hat den Rechtswegestaat schon schwer gebeutelt. Die Überlast an Verfahren gibt dem Richter für die autonome Entfaltung von Gerechtigkeit kaum noch Chancen.

VI.

Strafvollzug: Das ewige Elend der Justiz

Die Geschichte des Strafvollzugs ist die Geschichte von Forderungen nach sozialer Hilfe und sozialer Eingliederung zu meist für Menschen, die von der Schattenseite der Gesellschaft kommen. Wenig von alledem wird umgesetzt. Das Klagen der Verantwortlichen an der Front des Strafvollzugs ist aktuell und unüberhörbar.

Das Mängelprofil ist Folgendes: starke Überbelegung vor allem in den Ballungszentren, ein hoher Ausländeranteil als manifester Beleg für deren sozialstrukturelle Benachteiligung, Personalmangel, unzureichende Weiterbildung aller im Vollzug tätigen, Übersicherung bis zum letzten Tag der Entlassung und das alles bei angespannten Haushaltslagen. Die Berliner Gefängnischefs brachten es kürzlich auf den Punkt: „Zwar könne die Sicherheit in den Gefängnissen gerade noch gewährleistet werden, die Vorbereitung von Gefangenen auf ein straffreies Leben in Freiheit werde aber immer schwieriger“ (Berliner Zeitung vom 11. Juli 2009).

Angesichts dieses Versagens der Kriminalpolitik bleibt im Rechtsstaat nur das gerichtliche Einfordern von Menschenrechten, was in der Öffentlichkeit leider meist Kopfschütteln hervorruft. Aber der Rechtsstaat gebietet dieses:

Die *Gewähr von Menschenrechten* im Strafrecht und im Strafvollzug steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Bei der Gewährleistung geht es nicht um instrumentelle Aspekte positiver Spezialprävention. Menschenrechte werden nicht gewährt, um die Gesellschaft vor Rückfallkriminalität zu schützen. Zentrale Menschenrechte sind um ihrer selbst willen staatlich zu garantieren.

Die *Gewähr von Menschenrechten* basiert auf der anthropologischen Erkenntnis, dass alle Menschen – frei oder gefangen – allein aufgrund ihres Menschseins mit gleichen Rechten ausgestattet sind. Es sind die angeborenen, unverletzlichen und unveräußerlichen Grundfreiheiten und Rechte, die jeder Person kraft ihres Menschseins zustehen. Oberstes Ableitungsprinzip der Menschenrechte ist die Menschenwürde. Sie ist vorrechtlich erkämpft, ist damit dem Gesetzgeber vorgegeben und unverfügbar, egal welches Unrecht geschehen ist.

Die *Gewähr von Menschenrechten* ist dem Schutz des Bundesverfassungsgerichts unterstellt. Dieses setzt auch im Strafvollzug zugunsten der Menschenwürde unüberwindbare Schranken. Das sind staats- und gesellschaftspolitische Absolutheitsregeln. Die Menschenwürde steht in ständiger Gefahr der Relativierung. Gleichwohl gilt im Kriminaljustizsystem primär: Menschenwürde und Menschenrechte sind gegenüber staatlicher Allmacht und Willkür in Stellung zu bringen.

Das *Gewähren von Menschenrechten* gebietet Vollzugslockerungen als Ausdruck der sozialen Kommunikationsrechte des Insassen. Sie dienen zudem der Familie und anderen Bezugspersonen. Diese Kommunikationsrechte, soziale Aufstiegshilfen und Kompensationen für Haftfolgen dürfen nicht als Gratifikationen für staatlich geforderte Verhaltensstandards in der Haft dienen. Das sind Verpflichtungen des Gewährleistungsstaates, der sich zwar das Recht der Freiheitsentziehung durch Strafrecht nimmt und damit legalen Rechtszwang ausübt, darüber hinaus aber keine weiteren Zielverwirklichungen anstreben darf – und auch real gar nicht dazu in der Lage ist. Menschenrechte haben für den Insassen also eine Gewährleistungsseite, vor allem aber eine Schutzfunktion vor staatlichem Zugriff auf Psyche und Autonomie.

Aber schauen wir nicht nur auf den Staat. Der schlimmste Rückfallproduzent ist die Gesellschaft selbst. Bürgerinnen und Bürger sind in den seltensten Fällen bereit, die Wiedereingliederung entlassener Strafgefangener durch Einräumung realer Berufschancen und von Wohnraum zu ermöglichen. Da kann der Strafvollzug sich noch so viel mühen. Das Umdenken muss bei uns draußen anfangen! Die Achtung der Menschenwürde ist keineswegs nur ein Thema für den Staat. Das geht uns alle an. Und daran sollten wir denken, wenn bei schweren Straftaten wieder der rituelle Ruf nach mehr Strafhärte erschallt. Denn das produziert aus der Sicht fast aller Experten nur eines: Rückfall. Ein Teufelskreis.



Піаніно | Piano

Legal-Political Essays on the Developments in Germany's Criminal Justice System*

– Police, State Prosecutor's Office, Criminal Defense,
Criminal Courts, and Penal System –

I.

The Securitized Society's Consumption of Criminology

Critical criminology is a science "collected" by universities. Together with the rule-of-law state, it shares the fate of having become superfluous. It may be useful in educating on how deviant behavior begins, but the rule-of-law state and critical criminology are an annoyance to a prevention-oriented society focused on security.

Socio-pedagogical and socio-political recommendations are often viewed as landmines. For example, a politician who professes support for the integration model of "re-socialization" can consider the next election as good as lost. The concept of a social-integrative criminal law was never even realized. Emerging in the 1970s, these kinds of reform ideas failed together with the social welfare state.

They failed because of the society's economy. There weren't enough resources. That was why social deviance was only "controlled and managed." That was why methods were not developed to recognize and eliminate the social causes of criminal behavior. Independent criminological knowledge and criminal-political rationale were no longer needed.

At the same time, human rights were robbed of their material basis and political attention as the social state was

transformed into a preventive state. Society and individuals were to watch out for themselves. The retreat of the state was sounded. In this, criminology knew that a prisoner could only be successfully re-integrated if his social situation was sustainably improved after the term of imprisonment, if he had the protection of familial security, and if he received constructive assistance in re-integration – all key obligations of the state penal system.

If those in political positions of responsibility knew that – or at least should have known it – then why didn't they follow through on it? Current policies legitimize their criminological ignorance with the unreachable evil in humans. *Homo homini lupus* was the battle cry of the pre-Enlightenment. But it's not humans who are evil. What is evil is the ideologically gilded and economically supported interests of today's criminal and social policies. These soothe with a preventive ideology of protection from the bogeyman and distract from policy failures in the fight against crime.

The basic attitude has changed, and Western industrial societies have left the grounds of human rights, the basis of inalienable freedom: as such, the respect for human rights, freedom from torture, and respect of key areas of private life are still valid. The Federal Constitutional Court still tries very hard to uphold them, but for how long?

With broad support, the path leads to a securitized society which, for its part, does not produce security but a general sense of insecurity and loss of orientation for broad portions of the population. Under the banner of the fight against crime, society is ready – apparently for its own protection – to give up the foundations of the rule of law in order to obtain a security which it will never be able to fully realize. This error, this vicious cycle, is something which could be exposed by a critical science if it were to be asked.

* The following essays on the criminal justice system were broadcasted on Deutschlandradio Kultur (political feuilleton) in 2012/2013. The bibliography and all references are based on three monographs of the author: *Criminology*, Beck-Verlag, 4. ed. 2011; *Securitized Societies. The Rule of Law: History of a Free Fall*, Berliner Wissenschafts-Verlag 2010; *The Forgotten Freedom: September 11 as a Challenge for European Legal Principles*, Berliner Wissenschafts-Verlag 2010, 3. ed. and Russian translation by the Kharkiv University Publishing House, 2013 (translation by G. Moschak).

Currently we are learning: if at all, only true catastrophes allow for rational thinking to have a chance. This is also to be feared for criminal policy: an unequal society will not be able to be transformed into a society of free equals with material justice if it does not have social, economic, or ecological disasters. From the perspective of critical criminology there is not only atomic but also social radiation – with a similarly long half-life. These are all dark prospects for the fate of the praised civilized societies.

II. Police

1. Police in the Rule-of-Law State: Serving Two Masters

In the rule-of-law state, the police have two traditional tasks: on the one hand, they assist the state prosecutor's office in criminal investigations. They may only get involved if there is a *concrete initial suspicion* for a criminal act. In this, they are subject to the rule-of-law controls of the code of criminal procedure. This is termed the *repressive* function of the police.

On the other hand, the police are a *preventive* organ in the context of averting danger. Here, the police are a classical tool of the executive. They are a "friend and helper" to all citizens and, in this function, are subject to police law. The threshold for getting involved is *concrete danger*. If someone feels their rights have been violated by the actions, they do not go to the state prosecutor but to the administrative courts.

And that's the basics of the rule-of-law state.

Since the 1970s, these traditional tasks were too restrictive for the police's taste. Fighting crime shouldn't be done only to investigate individual criminal acts but to eliminate crime altogether. The police were now to become *operative* in contrast to "only" preventive or "only" repressive.

In police laws, these demands have been implemented since the 1980s. The threshold of the *concrete danger* has fallen together with the *concrete initial suspicion*. What is relevant is no longer the substance of the suspicion but the *police prognosis*. What emerged are norms which seem to precisely differentiate but in reality are no longer restricted by elements of a crime law (*nulla poena sine lege stricta*).

The restrictions on applying coercive power were thereby lifted. Dragnet investigations and the use of undercover in-

vestigators are products of this development. One speaks of the "policification" of criminal proceedings. In the course of this operative police work, there is a price for civil liberty to pay: Citizens become the object of secret investigations, concealed data collection, and invisible control policies.

The newly created regulations in police law gave the police the power to collect information using appropriate methods anytime and anywhere as long as criminalistic hypotheses are present. It is thus no longer a matter of facts and the possibility of verifying them.

The new rights are justified with well-known threat scenarios: organized crime and terrorism. Here, the modern police want to be on level ground. Civil liberties are in the way and must be overridden in this quasi state of emergency. The next step would be the re-awakening of the Weimar Emergency Ordinance. The ghost of the Enabling Act is knocking at the door.

What is required to counteract this is awareness-raising about criminal threats that is based on facts. When looking at the issue calmly, one can see that it can be confronted using traditional methods. Instead of surveillance cameras in public places, the police should be more visible in places known to be dangerous. But that is too expensive for politicians. They don't want to pay for a well-trained, rule-of-law police officer. The citizens alone are the ones left with the burden.

Above all: The line between preventive and repressive possibilities for the police taking action must be reinstated constitutionally. They must be differentiated both in terms of cause and purpose. These criteria are absolutely essential for rule-of-law proceedings and effective legal protection. Once again, in the end it will be the task of the Federal Constitutional Court to provide clarity on this matter. After all, who wants another police state?

2. The Police on the Way to Becoming a Secret Police

Of primary importance in a democratic rule-of-law state is a transparent police which conveys to the citizens a sense of trust in the state by its openness. The openness is increasingly being overridden by the trend toward secret investigations, however. The ghost of the Gestapo and Stasi weakens the citizens' trust, something that should be unthinkable in a democratic rule-of-law state.

The police can free themselves from the restrictions of the code of criminal procedure at will. There are no controls by

a criminal judge and no way for the courts to be informed of the police methods for obtaining evidence.

Even the participation of criminal judges by means of the requirement for a judicial decision doesn't lead to an effective restriction to (secret) police investigations. In part, this is because in cases of imminent danger the judge can be circumvented by the authority granted to the state prosecutor's office or the police on urgent matters. It is also because the police filters the facts of the case from their perspective without the judge actually being able to check these facts.

The law on the Federal Criminal Police Office from 2009 gives the *federal* central agency possibilities for averting threats from international terrorism which had before only been given to the police authorities of the *Länder* (principle of subsidiarity). Besides the controversial online searches, dragnet investigations are included as well as the use of undercover investigators, possibilities for acoustic and visual surveillance of apartments, and telecommunication surveillance.

The often criticized reform of the law also allows the Federal Criminal Police Office to conduct preventive investigations on their own authority without concrete suspicion. These so-called "preparatory investigations" are now no longer under the sole purview of the state prosecutor's office even though they allow for the most serious possible encroachments on basic rights by the state.

The tried and true basic competency of the *Länder* for police aversion of danger and the separation between police and intelligence services are thereby abrogated. It is precisely this separation which serves to secure civil liberties, though. The rule-of-law police is thus denatured to a secret police. State interests of criminal prosecution push the affected citizens' legal protection to the background until it is no longer recognizable.

Particularly questionable is the fact that the Federal Intelligence Service also received police-like authority to intervene, that is, to begin criminal investigations at will, even to declare the existence of a concrete threat or that someone is under suspicion of having committed a crime. With this, the rule-of-law, indispensable monopoly of the state prosecutor's office for criminal prosecution has been revoked. How to judge this new authority of the Federal Intelligence Service is clear.

The combination of these agencies is achieved by the Joint Counterterrorism Center founded in 2004. There, officials from the Federal Criminal Police Office and the Federal

Intelligence Service exchange information and expertise with the Offices for the Protection of the Constitution.

If neither the citizen nor the rule-of-law criminal justice system hears of police investigations in order to control them, the end of the rule-of-law state has been heralded. But that doesn't seem to bother anyone in our society. The economy has long surpassed the rule-of-law state and consumes it. Social control increasingly serves to stabilize the economic system – for the most part without legal protection for the individual. Will the law and the rule-of-law state be able to reactivated to counter this?

3. Police Questioning: Blindsiding the Unaware is not Legitimate!

The great talent of police investigative work is questioning the accused. What is said and written at the police station is highly relevant and in most cases determines the course of further criminal proceedings.

Criminology has proven a number of deficiencies in the daily practice of advising suspects of their rights. In a study in Hamburg, only 9 out of 100 interrogations for homicide were in line with the criminal-procedural legal position: There were hardly any mentions of the charges, the right to make a statement or refrain from doing so, or the rights to consult a defense attorney or introduce evidence.

In particular in the case of homicide, the professional interrogators often face legal laypeople who usually acted in emotionally exceptional circumstances. With artful legal terminology, the difference between *premeditation* and *negligence* are discussed – with important consequences: premeditation often means life imprisonment, while negligence can be punished with a fine.

The main problem is that a police expert leads an interrogation with specific legal terms which mean nothing in the daily language of the layperson. The legal import of the signed statement is usually not realized by the suspected person. Defense attorneys should enter the picture here, but their presence is often determined by coincidence. The suspect in a homicide must therefore be questioned as to the *intellectual* element (that is, the *knowledge*) and to the *voluntary* element (that is, *willfulness*) of the crime. These special terms will determine the future court decision.

On the *knowledge side*, no certainty of fatal consequences is necessary. According to jurisprudence, even a serious *possibility* is enough: both for fulfilling the condition of premed-

itation – with the danger of “life-long” imprisonment – as well as for willful negligence. During questioning, you only have to “have thought it to be possible” that the element of the crime, in this case loss of life, would occur. “I’m sure you didn’t kill him on purpose?” the interrogator asks in a conciliatory tone, “At the most you just thought it was possible he would die.” The accused gratefully agrees to this statement and the trap is already half-sprung.

Now it continues with the *willfulness*. Jurisprudence differentiates between premeditation and willful negligence in the following way: “To have accepted the success of the attempt, that is, to have accepted and approved of something,” leads to premeditation. If, in contrast, you “were *confident* that the damage would not occur,” then that is negligence and you’re out of the danger zone.

This fine line between accepting the possibility of damage and being *confident* that the damage will not occur is therefore decisive in determining a “life-long” or a minor sentence. But what layperson knows that?

In all cases, a smart interrogator can signalize sympathy and trust to the suspect. The surprise comes later in court. Now the accused discovers that all the nice words which seemed to indicate understanding led directly to premeditation and thereby to the possibility of life-long imprisonment.

In the end, that is an interrogation with linguistic blindsiding. The constitutionally guaranteed principle of equal terms is clearly violated. At the same time, the current state of laws makes it possible for the police to make fighting crime easier on themselves. That is a desired organizational goal in training. The accusation is therefore not directed at the police officer! Rather, it is directed at the legislator, who has so far neglected to *legally* require a defense attorney in interrogations for capital crimes, that is, whenever serious sentences are possible. But the rule-of-law state must accept this cost, for it is not legitimate to convict those unversed in legal terms using statements evoked by linguistic blindsiding.

In police interrogations, the rule-of-law state demands a high degree of transparency and weighing of consequences by all parties involved. This is the only way to do justice to finding the truth in the criminal justice system which is at any rate only an *approximation* of material truth. Blindsiding those who are unfamiliar with the legal system is unjust and, in short, violates human rights!

III.

State Prosecutor’s Office: The Judge Before the Judge

In legal science, the state prosecutor’s office is described as the most objective agency in the world. Its main task is to process the results of the investigation given to it by the police in a just manner: by pressing charges before court or dismissing the charges.

Surprisingly, the state prosecutor’s office has complete discretion as to which path it chooses. It is creative and to a great extent makes criminal policy – without this being its constitutional task. The overwhelming number of proceedings has made the state prosecutor into the keystone of judicial arbitrariness, although the preferred term is judicial opportunity.

Early on the state prosecutor was already being described as the “judge before the judge.” In 1981 half of all proceedings conducted by the state prosecutor’s office were pressing charges or orders for summary punishment, but in 2008 this number is down to 22% of all proceedings. The rest – almost 80% – are wrapped up via informalization, that means ending proceedings without any true judicial control, without adequate legal protection, quietly and secretly. Court proceedings have become the exception.

One can also say it more harshly: Those with means claim regret and willingness to atone, are slapped with a fine and proceedings are dismissed. It is mostly those without means or intelligence who are caught up in the net of the criminal justice system.

That’s a good thing, it’s often said. After all, it’s a form of quiet de-criminalization. What more do you want? But the rule-of-law state cannot use this argument. After all, there is the principle of equality (Art. 3 Basic Law) and the constitutional requirement providing the judges with the power of jurisprudence (Art. 92 Basic Law). In old-European terms that is called the separation of powers and is right and good.

The constitution gives only the judges a relatively independent competency for their decisions. The state prosecutor’s office, on the other hand, is dependent on the political interests of the executive. The Minister of Justice is responsible for determining which cases are dismissed and which are taken to court. Sounds like Berlusconi!

What would be the right path? The workload of the state prosecutor’s office must be relieved. Immediately. Politicians have made it into a repair shop for state and society – but

only on the surface. Drug abuse, juvenile violence, alcoholism, unfair business practices, political extremism: all of these social issues are to be taken care of – including by dismissing charges, something which relieves the organizational workload and, it is hoped, has a preventive effect as a side effect.

But those aren't the only things the state prosecutor's office is expected to repair: hundreds of ancillary laws from the ground meat ordinance to the law against wine doctoring, everything political fantasy can dream up, are given to the state prosecutor's office to manage. The individual state prosecutor can be charged with obstruction of punishment if she opposes them.

No one can manage this workload, not even the most objective agency in the world. Criminal law will never be able to control society, it can only make gross injustice public. But that is not possible in millions of cases but only in rule-of-law public trials. If this happens under the table, then it's nothing more than a bazaar negotiation.

What currently makes up the bulk of the work for the state prosecutor's office are cases of administrative law, traffic law, and violations of business ordinances: Many times these matters could be appropriately handled by administrative decisions or civil courts, but also by sensible socio-political assistance – for example in the area of drug abuse.

If, in the face of these problems, the lawmaker looks for salvation in criminal law, then he is asking for something beyond the scope of the criminal justice system. Concentrating criminal law on core issues by de-criminalization, that is, concentrating on acts which cause real social damage and violate human rights, is what is called for. Then the state prosecutor's office can focus on its core task, criminal prosecution. And only then can the independent judiciary serve justice in public trials, removing it from the behind-the-scenes plea-bargaining which takes on the feel of a bazaar.

IV.

Criminal Defense: Managing Consensus Instead of the Search for the Truth

The criminal defense attorney must deal with many and varied requirements. Depending on the strategy, she may be the only counterweight to the state prosecutor's office and court as well as the spokesperson to the media and public. In addition, she is a legal assistant, really even a pedagogical assistant, to her client. All of this can only be accomplished by someone with a high amount of resilience. In her tasks, the

criminal defense attorney is largely powerless. She can only rely on the protective forms of a fair trial and the "power of arguments." The state presides over the proceedings.

The criminal defense's strategy shifts between conflict and the attempt to reach a consensus. Adversarial defense is defined as a fight with the legal system by means of the code of criminal procedure. Often defense attorneys who follow this aim too strictly are accused of abusing their procedural authority. Even just this accusation is a violation of the basic principles of a fair trial. A dog that bites is more likely to demand the truth than a lapdog. Then at least it is assured that the other trial participants are paying attention.

Adversarial defense is a given from the code of criminal procedure for the defense attorneys. Only then can they effectively make use of the legal options of appeal to the next-highest instance. In order to criticize procedural errors, the defense attorney must have put his objection formally on the record during the preceding trial, which was intended to clarify the facts of the case and evidence. Adversarial defense is therefore taken as a matter of course by the legislator.

The legislature often takes crooked paths. It wants to lead the defense attorney toward the alternative, a consensus-based defense, in other words to make him as meek as a lamb. Then the defense attorney can howl with the wolves and ask politely for "fair weather." The judiciary binds him in as an "institution of justice," which on the surface apparently ennoble the defense attorney.

As a Greek gift, in 2009 the lawmakers added Sec. 257c to the Code of Criminal Procedure, whereby the defense attorney can "agree" with the other participants as to how the case will proceed or on the results. The plea bargain, or, a more appropriate term, the wangling, has thus been raised up to a procedural principle.

For the criminal defense attorney, this means a procedural upgrading of her job. She is now the primary consensus manager of what seems to be rational. At the same time, her economic interests vis-à-vis the client thereby increase. Everything becomes less transparent and thus more expensive. The accused is left out in the rule-of-law cold.

Getting rid of all formalities as well as the loss of rule-of-law principles is precisely the point of plea bargaining. Both are compensated with the hope of a judge's goodwill. Good night, rule-of-law state! And woe are they who don't have their own attorney and are not able to contribute anything to the bargaining. They fall through the consensual cracks.

There is therefore a real need for reform. The key is the

duty to legally assign defense attorneys in the first phase of an investigation. Statements given to the police determine the entire criminal proceedings irreversibly. The question of who pays the costs of the trial also needs to be addressed. What use is all the efforts at re-socialization if the convicted is financially strangled after being released.

Finally, it should be about getting rid of all of the possibilities to exclude defense attorneys from the proceedings, a threat and relic from the German Autumn which belongs to the past together with the RAF.

The idea that a chosen defense attorney in contrast to a defense attorney assigned by the court may conduct his business with much more success – similar to a dedicated, well-paid private doctor in comparison to the worn-out public doctor – may get the point across to those who believes that everyone has equal access to justice.

V.

Criminal Courts:

The Judge in the Rule-of-law State:

The Executive's Prey?

"Judicial authority is given to judges." Who says that? The Basic Law in Article 92. But not only here is it regulated. The *separation of powers* in the state is an eternal element that is secured by constitutional law. No one – not even lawmakers – can touch this constitutive social and political element of the separation of powers. That much can be said about the text of the constitution, informed by historical experience.

And the reality? True independence has not yet been given to the third power in our legal order. Certainly, no one tells our judges what their decisions are to be. But the invisible powers of influence from social realities have continually eroded the key aspect of the separation of powers, that is, the system of *checks and balances*. Checks and balances are what primarily defines a democracy, though. If democracy is to make any sense at all, then it must be in the effective control of its organs of governance: legislature, administration, and the courts are to keep each other in check. Violations are to be sanctioned by the third power, which itself is constitutionally bound to law and the laws.

Only the Federal Constitutional Court operates within this constitutionally secured autonomy. You would think that the parliament and government would hang their heads in light of the continual constitutional slaps in the face and attempt to do better. But you would be wrong. Daily political

life shows just the opposite. That should alarm the citizens, that is, they should demand an *alert judiciary*. The ideal is the Federal Constitutional Court. It sets its own budget and may not be subject to any external influence. When they are appointed, the judges are subject to the political approval of the *Bundestag* and *Bundesrat*, but once they have been appointed, their autonomy can be unfurled vis-à-vis their appointers, and the appointers are often faced with nasty constitutional surprises. That is the advantage of an autonomy that is free from promotion, rewards, and pressure to fulfill caseload quotas.

At the federal level, but even more so at the level of the *Länder*, the executive and legislative bodies appoint, evaluate, reward, and promote precisely those who are supposed to be controlling them. The judiciary of the *Länder* appoints judges and state prosecutors using intransparent methods with highly questionable omnipotence. The executive, that is, the ministers, determine the personnel and material resources of the courts and state prosecutor's office. For state prosecutor's offices there is even an "external authority to give directives" by the minister of the judiciary. In public it is said that this practice is not actually used, but anyone on the inside knows that there are not only written directives but one-on-one conversations and telephone calls.

And why isn't the judiciary given its constitutionally guaranteed independence in reality? The reason is simple: because the most powerful of the three powers, the executive, would prefer to be in control of the other powers. Politicians won't voluntarily let themselves be robbed of the competency to appoint, reward, and promote their judicial controllers. And so there is an oppressive entanglement of the powers and an interlacing of all important areas of interest in state and society. This entanglement of powers leaves the executive in large part untouched by criminal prosecution – even in serious cases of misconduct. What state prosecutor or judge today is investigating those responsible for the financial, banking, and economic crises? Doing so requires an unbelievable amount of courage, and this cannot exist without true – that is, secured – independence for the third power. In the European Union, 24 countries have an autonomously self-administering judiciary in practice. Only Germany, Austria, and the Czech Republic have left things as they were – with the retention of power thanks to social intransparency as a result of a desired entanglement of the powers.

And who controls an autonomous third power? By virtue of its being bound to law and laws, it cannot overstep its

boundaries and is effectively shaped by numerous instances not plagued by a lack of personnel. But the executive has already achieved this. The requirement to economize has already severely hurt the rule-of-law state. The case overload gives judges almost no chance for the autonomous exercise of justice.

VI. Penal System: The Eternal Woe of the Judiciary

The history of the penal system is the history of demands for social assistance and social integration mostly for people who come from the underbelly of society. Little of that is implemented. The complaint of those responsible on the front lines of the penal system is ongoing and unmistakable.

The list of problems is the following: serious overcrowding particularly in areas with high population densities, a higher proportion of foreigners as manifest proof of their socio-structural discrimination, lack of personnel, inadequate further education for all working in the penal system, oversecurity until the day of release, and all of this with dire budgets. The head of prisons in Berlin recently stated succinctly: "Security in prisons can still be guaranteed – barely –, but preparing the prisoners for a crime-free life after their release is becoming increasingly difficult" (Berliner Zeitung, 11 July 2009).

In light of this failure of criminal policy, in the rule-of-law state only the demanding of human rights in court remains, usually causing the public to shake their heads, unfortunately. But the rule-of-law state requires this.

The *guarantee of human rights* in criminal law and the penal system is not something which can be decided by the legislature. The guarantee is not about instrumental aspects of positive particular deterrence. Human rights are not guaranteed in order to protect society from recidivism. Key human rights are to be guaranteed by the state for their own sake.

The *guarantee of human rights* is based on the anthropological realization that all people – free or imprisoned – have

the same rights simply by virtue of being human. They are the inborn, inviolable, and inalienable basic freedoms and rights that every person has by virtue of being human. The highest derivative principle of human rights is human dignity. It is pre-legal and thus predetermined and untouchable for the legislature no matter what injustice has been committed.

The *guarantee of human rights* is subject to the protection of the Federal Constitutional Court. It also puts insurmountable obstacles into the penal system for the benefit of human dignity. These are state and socio-political absolutes. Human dignity is in constant danger of being relativized. Regardless, in the criminal justice system the primary principle is to provide for human rights and human dignity vis-à-vis state omnipotence and arbitrariness.

The *guarantee of human rights* requires loosening of restrictions as an expression of the social right to communication of the prisoners. In addition, they serve the family and other close personal contacts. These communication rights, social assistance, and compensation for consequences of imprisonment must not be used as rewards for state-required behavioral standards during confinement. They are obligations of a state which guarantees human rights. This state takes away the right to freedom of movement via criminal law and thus practices legal force, but beyond that it may not have any further goals – and it is realistically not capable of achieving any. Human rights thus have a guarantee side for the prisoners, but in particular a protective function from state intervention in their psyche and autonomy.

But let us look not only at the state. The worst producer of recidivism is society itself. Citizens are rarely willing to make re-integration of released prisoners possible by providing them with housing or real chances to work. The penal system can put as much effort into it as it will, but the rethinking must start with us outside of the system! Respect for human dignity is not only a topic for the state. It is something that concerns us all. And we should think about that the next time serious crimes once again call forth the ritual cry for harsher punishments. Nearly all experts agree that this only produces more recidivism. A vicious cycle.



Лікарня 1 | Krankenhaus 1 | Hospital 1

Інші заходи кримінально-правового характеру у кримінальному праві Німеччини: від осудного кримінального права до превентивного кримінального права

Наступними зауваженнями я хочу надати повстох дискусії поміж учасниками нашого українсько-німецького семінару «Принципи правової держави у європейському кримінальному правопорядку» стосовно питань, чи було введення двоколіїної системи санкцій у кримінальне право Німеччини 80 років тому кроком у вірному напрямку та чи можна рекомендувати інтеграцію цієї системи у європейське кримінальне право (якщо така інтеграція ще не мала місця). Інші заходи кримінально-правового характеру (заходи виправлення та захисту) повинні виправити прихильного до рецидиву злочинця шляхом лікування незалежно від його юридичної відповідальності та одночасно захистити громадськість від таких осіб. Стосовно неосудного злочинця замість покарання призначається улаштування його у закритому закладі, стосовно значно обмежено неосудного злочинця улаштування його вживається поряд з покаранням. Тому прийнято говорити про дуальну, тобто двоколіїну систему санкцій.

Кримінальне законодавство Німеччини передбачає три категорії заходів виправлення та захисту, що супроводжуються позбавленням волі, а саме: улаштування психічно хворих або осіб з розладами психічної діяльності (ст. 63 Кримінального законодавства) у психіатричному лікувальному закладі, улаштування злочинців, що зловживають наркотиками та алкоголем у лічниці для наркоманів та алкоголіків (ст. 64 Кримінального законодавства) та т.з. превентивне улаштування не хворих, а осіб, прихильних до рецидиву, на підставі певної структури особистості, у закритому закладі превентивного улаштування. При цьому улаштування у психіатричному лікувальному

закладі та у закладі превентивного улаштування часово необмежено, улаштування наркоманів та алкоголіків у лічницю обмежено строком до двох років.

Для ознайомлення з обсягом виконання покарання за кримінальні злочини та виконання заходів виправлення та захисту я наведу наступні цифрові дані: у 2010 році кількість ув'язнених за кримінальні злочини становила 60 000 тисяч осіб, кількість улаштованих у психіатричних лікувальних закладах – 6,500 осіб, кількість осіб, улаштованих у лікувальних закладах для наркоманів та алкоголіків – 3 000 тисячі, та кількість осіб, улаштованих у закладах превентивного улаштування-500. При цьому маю сказати, що кількість вищенаведених осіб за останні 20 років значно підвищилася.

Тоді як улаштування у психіатричному лікувальному закладі та у лічниці для наркоманів та алкоголіків – у разі, коли воно призначається поряд з позбавленням волі – завжди виконується перед позбавленням волі, улаштування у закритих закладах превентивного улаштування проваджується тільки після повного закінчення строку покарання. Проте, при улаштуванні у психіатричний лікувальний заклад та у лічницю для наркоманів та алкоголіків суд може призначити, що відбування строку позбавлення волі або частини його мало би місце перед превентивного улаштування, якщо мету превентивного улаштування – мінімалізацію ризику рецидиву – легше досягнути таким шляхом.

Мені здається доречним, ще один раз описати передбачені законом передумови превентивного улаштування тому, що вони пояснюють, що передбачена конституцією свобода особистості може бути обмеженою тільки при наявності дуже специфічних передумов. Улаштування у психіатричний лікувальний заклад може бути

* Автор – почесний професор Університету ім. Гете і був два десятиліття головним суддею Суду присяжних у Франкфурті-на-Майні.

призначено тільки у разі вчинення діяння у стані неосудності або значно обмеженої осудності, якщо особа, що вчинила це діяння, продовжує перебувати у цьому стані, якщо внаслідку хворобливого стану є ризик скоєння подальших злочинів, якщо поміж первісним діянням, хворобливим станом та подальшими злочинами є наявним симптоматичний зв'язок, та також у разі, коли злочинець є суспільно небезпечним. При цьому достатньо того, що він є небезпечним для окремих осіб з його безпосереднього оточення.

Улаштування у лічницю для наркоманів та алкоголіків може бути призначено тільки у тому разі, коли в злочинця було встановлено хворобливу пристрасть до алкоголю або до інших дурманних засобів, а також, якщо діяння було вчинено внаслідок вживання дурманних засобів або внаслідок хворобливої пристрасті, якщо у наявності загроза скоєння подальших злочинів внаслідок хворобливої пристрасті, а також за наявності позитивних прогнозів, що у результаті лікування можливе повне видужання або щонайменше тривала стриманість. Крім того, повинен бути дотриманий принцип домірності.

Поряд з покаранням у вигляді позбавлення волі суд призначає превентивне улаштування у закритий заклад у тому разі, коли злочинець був засуджений вироком до позбавлення волі щонайменш строком у два роки на підставі скоєння певних важких, спеціально визначених у законодавстві кримінальних злочинів, насамперед сексуальних злочинів та злочинів з застосуванням сили, якщо він внаслідок скоєння подібних злочинів вже два рази був присуджений до позбавлення волі щонайменш строком в один рік, якщо він на підставі одного або декілька подібних злочинів вже два рази відбув покарання у вигляді позбавлення волі або у вигляді застосування інших заходів кримінально-правового характеру (заходи виправлення та захисту) щонайменш строком у два роки; при цьому на основі загальної оцінки особистості злочинця та характеру скоєних ним діянь робиться висновок, що він є суспільно небезпечним внаслідок його прихильності до скоєння важких кримінальних злочинів та, насамперед таких, внаслідок яких жертва зазнала тілесних та психічних ушкоджень. Превентивне улаштування у закритий заклад може бути призначено без попередніх судимостей та відбування строку покарання, за наявності інших, також спеціально визначених у законодавстві перумов.

Я не хочу перелічувати подальші деталі ще й тому, що призначення та умови перебування у превентивному закритому закладі викликало заперечення з боку Європейського суду з прав людини у 2009 році та пізніше у 2011 році з боку Конституційного суду Німеччини. Відтоді як федеральні, так і земельні законодавчі органи Німеччини намагаються знайти регулювання цієї комплексної проблематики, що викликала такі суперечливі дискусії, з метою знайти таке регулювання, що відповідало би вимогам Європейської конвенції з прав людини та Конституції Німеччини. 31 травня закінчується призначений Конституційним судом Німеччини бундестагові та парламентам німецьких федеральних Земель термін для знайдення рішення цієї проблеми. Найважливіша проблема полягає у тому, щоб знайти таку модель превентивного улаштування, яка була би не продовженням ув'язнення, але комплексом самостійних заходів, орієнтованих на лікування, та через те відповідала би «вимозі дистанції» у тому вигляді, як вона була сформульована Конституційним судом Німеччини.

Тоді як помилки у прогнозуванні не можуть бути виключеними, можна ефективно запобігти помилковим прогнозам, тобто прогнозам методично недосконалими, або прогнозам, що були зроблені на підставі неретельно проведеного огляду, дотримуючись певних стандартів якості. Декілька років тому робоча група у складі суддів Верховного суду Німеччини, федеральних прокурорів, адвокатів, кримінологів, психіатрів, психологів та сексологів розробила та опублікувала мінімальні стандарти якості для експертних заключень з осудності та прогнозування; потім ці стандарти якості широко увійшли у судову практику.

Конституційний суд Німеччини підкреслив у багатьох постановках, що призначення та виконання позбавляючих волі заходів виправлення та захисту, що призначаються незалежно від юридичної відповідальності злочинця, а саме: улаштування у психіатричний лікувальний заклад, улаштування у лічницю для наркоманів та алкоголіків та превентивне улаштування у закриті заклади, виправдано – з урахуванням основоположних принципів правої держави – тільки за умови запропонування улаштованій особі достатньої кількості лікувальних заходів, та коли в неї є шанс (якщо вона погодиться із пропозиціями) у будь-який час бути звільненою та вести самовизначний спосіб життя.



Лікарня 2 | Krankenhaus 2 | Hospital 2

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im deutschen Strafrecht – Vom Schuldstrafrecht zum Präventionsstrafrecht

Mit den folgenden Anmerkungen möchte ich unter den Teilnehmern unseres gemeinsamen ukrainisch-deutschen Seminars über „**Rechtsstaatsprinzipien in der europäischen Strafrechtsordnung**“ eine Diskussion anstoßen, ob die vor 80 Jahren erfolgte Einführung des zweispurigen Sanktionensystems in das deutsche Strafrecht ein Schritt in die richtige Richtung war und ob eine Integration dieses Systems in das europäische Strafrecht – soweit sie nicht ohnehin schon erfolgt ist – empfehlenswert ist. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung sollen unabhängig von der Täterschuld den rückfallgefährdeten Täter durch Behandlung bessern, aber auch die Allgemeinheit vor ihm schützen. Beim schuldunfähigen Täter tritt die Unterbringung an die Stelle der Strafe, beim erheblich vermindert schuldfähigen Täter tritt sie neben die Strafe. Man spricht daher von einem dualistischen, also zweispurigen Sanktionensystem.

Das deutsche Strafgesetzbuch kennt drei freiheitsentziehende Maßregeln der Besserung und Sicherung:

- Die Unterbringung psychisch kranker oder gestörter Täter im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB),
- die Unterbringung alkohol- oder drogenabhängiger Straftäter in der Entziehungsanstalt (§ 64 StGB)
- und die Unterbringung nicht kranker, aber aufgrund einer bestimmten Persönlichkeitsstruktur rückfallgefährdeter Straftäter in der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB), wobei die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und in der Sicherungsverwahrung zeitlich nicht begrenzt ist, während die Unterbringung von Suchtkranken auf zwei Jahre begrenzt ist.

Um einen gewissen Einblick in die Größenordnung des Strafvollzuges und des Maßregelvollzuges in Deutschland zu verschaffen, hier einige Zahlen: Im Jahr 2010 betrug die Zahl der Strafgefangenen ca. 60.000, die Zahl der im psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten ca. 6.500, die Zahl der in der Entziehungsanstalt Untergebrachten ca. 3.000 und die Zahl der in der Sicherungsverwahrung Untergebrachten ca. 500, wobei anzumerken ist, dass sich die Zahl der Untergebrachten in den letzten 20 Jahren deutlich erhöht hat.

Während die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt – wenn sie neben einer Freiheitsstrafe angeordnet wird – grundsätzlich vor dieser vollzogen wird, wird die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erst im Anschluss an die vollständige Vollstreckung der Freiheitsstrafe vollzogen. Bei der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus und in der Entziehungsanstalt kann das Gericht jedoch anordnen, dass die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn der Zweck der Maßregel – also die Minimierung des Rückfallrisikos – dadurch leichter zu erreichen ist.

Es erscheint mir angebracht, die gesetzlichen Voraussetzungen der Unterbringung im Maßregelvollzug noch einmal aufzuzeigen, weil sie deutlich machen, dass das durch die Verfassung geschützte Freiheitsrecht des Einzelnen nur unter sehr engen Voraussetzungen eingeschränkt werden darf. Eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus darf nur dann angeordnet werden,

- wenn die Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der erheblich verminderten Schuldfähigkeit begangen worden ist,
- wenn der krankhafte Zustand fortbesteht, wenn infolge des krankhaften Zustands weitere erhebliche Straftaten zu erwarten sind,

* Der Autor ist Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und ehemaliger Richter des Schwurgerichts in Frankfurt am Main.

- wenn zwischen Anlass, krankhaftem Zustand und den zu erwartenden weiteren Straftaten ein symptomatischer Zusammenhang besteht und
- wenn der Täter dadurch eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, wobei es ausreicht, dass diese Gefahr für einzelne Personen aus seinem näheren Umfeld besteht.

Eine Unterbringung in der Entziehungsanstalt darf nur dann angeordnet werden,

- wenn bei dem Täter eine Sucht nach Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln festgestellt wird,
- wenn die Tat im Rausch oder infolge der Sucht begangen wurde,
- wenn die Gefahr weiterer erheblicher Taten infolge der Sucht besteht und
- wenn eine Entziehungsbehandlung Aussicht auf Erfolg verspricht, entweder auf Heilung von der Sucht oder zumindest auf längere Abstinenz.

Darüber hinaus muss der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein.

Das Gericht ordnet neben der verhängten Freiheitsstrafe die Sicherungsverwahrung an,

- wenn der Täter wegen bestimmter, im Gesetz näher bezeichneter erheblicher Straftaten – insbesondere wegen Gewalt- und/oder Sexualdelikten – zu Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verurteilt wird,
- wenn er wegen derartiger Delikte bereits zweimal zu Freiheitsstrafen von mindestens einem Jahr verurteilt worden war,
- wenn er wegen einer oder mehrerer dieser Taten bereits Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren verbüßt oder sich im Maßregelvollzug befunden hat und
- wenn eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge seines Hanges zu erheblichen Straftaten – insbesondere zu solchen, durch welche die Opfer körperlich oder seelisch geschädigt werden – für die Allgemeinheit gefährlich ist.

Unter weiteren, wiederum im Gesetz näher bezeichneten Voraussetzungen kann die Sicherungsverwahrung auch ohne Vorverurteilungen oder Vorverbüßungen angeordnet wer-

den. Auf weitere Einzelheiten möchte ich verzichten, zumal die Anordnung und Ausgestaltung der Sicherungsverwahrung im Jahr 2009 durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und im Jahr 2011 schließlich auch durch das deutsche Bundesverfassungsgericht beanstandet worden sind. Seitdem bemüht sich der Gesetzgeber auf Bundes- und Länderebene um eine Neuregelung dieser so kontrovers diskutierten Materie, die den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der deutschen Verfassung genügt. In wenigen Tagen – und zwar am 31. Mai – wird die dem deutschen Bundestag und den Länderparlamenten vom Bundesverfassungsgericht hierzu gesetzte Frist abgelaufen sein. Hauptproblem wird dabei sein, die Sicherungsverwahrung so auszugestalten, dass sie nicht als Fortsetzung der Strafvollstreckung, sondern als eigenständige, behandlungsorientierte Maßnahme empfunden wird, und damit dem vom Bundesverfassungsgericht postulierten „Abstandsgebot“ Rechnung trägt.

Wenn Prognoseirrtümer auch nicht ausgeschlossen werden können, so lassen sich fehlerhafte Prognosen, d.h. Prognosen, die methodisch unzulänglich sind oder aber eine sorgfältige Befunderhebung vermissen lassen, durch Einhaltung bestimmter Qualitätsstandards doch weitgehend vermeiden. Vor einigen Jahren hat in Deutschland eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe von Richtern am Bundesgerichtshof, Bundesanwälten, Verteidigern, Kriminologen, Psychiatern, Psychologen und Sexualwissenschaftlern Mindeststandards für Schuldfähigkeits- und Prognosegutachten entwickelt und publiziert, die von der gerichtlichen Praxis in der Folge auch weithin rezipiert worden sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen her vorgehoben, dass sich die Anordnung und Vollstreckung schuldunabhängiger, freiheitsentziehender Maßregeln – also die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus, in der Entziehungsanstalt und in der Sicherungsverwahrung – im Hinblick auf grundlegende rechtsstaatliche Prinzipien nur dann rechtfertigen lässt, wenn dem Unterbrachten ausreichend Behandlungsangebote gemacht werden und er die Chance hat – sofern er die Behandlungsangebote annimmt –, eines Tages wieder in Freiheit entlassen zu werden und ein selbstbestimmtes Leben zu führen.



Відпочинок в селі | Dorfrast | Break near a Village

Hospital-Ordered Treatment in German Penal Law – From Guilt-Based to Prevention-Based Penal Law

With the following comments, I'd like to start a discussion with the participants in our joint Ukrainian-German seminar on "Principles of the Rule of Law in European Penal-Legal Systems" as to whether the introduction of a two-lane sanction system in German penal law 80 years ago was a step in the right direction and whether an integration of this system into European penal law – insofar as it hasn't already taken place – should be recommended. Regardless of guilt, hospital-ordered treatment is supposed to improve the perpetrator in danger of recidivism, but it is also supposed to protect the general public from the perpetrator. For the criminally incapable perpetrator, this treatment takes the place of a penal sentence, for the perpetrators with only very limited criminal capacity, it is in addition to the penal sentence. One therefore speaks of a dual, that is, a two-laned sanction system.

The German Criminal Code provides for three types of hospital orders:

- hospitalization of mentally ill or disturbed perpetrators in a psychiatric clinic (Sec. 63 StGB (German Criminal Code)),
- hospitalization of alcohol- or drug-addicted perpetrators in a rehabilitation center (Sec. 64 StGB),
- and hospitalization of perpetrators who are in danger of recidivism not because they are ill but due to a particular type of personality in preventive custody (Sec. 66 StGB). The hospitalization in a psychiatric clinic and in preventive custody are not temporally limited while hospitalization of addicts is limited to two years.

In order to give insight into the size of the penal system and hospital-ordered treatment in Germany, here are a few numbers: In 2010 the number of prisoners was around 60,000, the number of those in psychiatric clinics around 6,500, in rehabilitation clinics about 3,000, and in preventive custody around 500, although it should be noted that the number of people in these hospital-ordered treatments has increased greatly in the last 20 years.

Ordered treatment in a psychiatric or rehabilitation clinic – if it is in addition to a penal sentence – is to be carried out before the penal sentence while preventive custody is carried out afterwards. However, in a psychiatric or rehabilitation clinic, the court can order the penal sentence or part of the penal sentence to be fulfilled by the treatment if the purpose of the treatment – that is, the reduction of the recidivism risk – is thereby more easily achieved.

I think it is appropriate to once again describe the legal conditions for hospital-ordered treatment because they make clear that the constitutionally protected right of the individual to freedom can only be restricted under very strict conditions. Hospital-ordered treatment can only be prescribed if

- the crime is committed in the state of criminal incapacity or extremely limited criminal capacity,
- the state of illness continues and if, as a result of the illness, further significant criminal acts can be expected,
- there is a symptomatic connection between the immediate offense, the state of illness, and the expected further criminal acts, and
- if the perpetrator thereby represents a threat to the general public, whereby it is enough for this threat to exist to individual people in the perpetrator's immediate environment.

* The author is professor at the Goethe University Frankfurt am Main and former presiding judge at the Jury Court in Frankfurt am Main.

Hospital-ordered treatment in a rehabilitation clinic can only be sentenced if

- the perpetrator has an addiction to alcohol or drugs,
- the criminal act was perpetrated while under the influence of alcohol or drugs or as a result of the addiction,
- there is a danger of further significant criminal acts as a result of the addiction,
- there is a chance of success for rehabilitation treatment, either that the addiction is overcome or for a long period of abstinence.

Besides this, the principle of proportionality must be upheld.

The court can order preventive custody in addition to a penal sentence if

- the perpetrator has been sentenced to a prison term of at least two years for significant crimes (more closely defined by the law) – in particular violent and/or sexual crimes –,
- he has already been sentenced at least twice to prison terms of at least one year for these types of crimes,
- he has already served prison terms of at least two years for one or more of these types of crimes or was in a hospital-ordered treatment, and
- if an overall evaluation of the perpetrator and his crimes shows that, as a result of his tendency toward serious criminal acts – in particular toward those which cause bodily harm or emotional distress –, the perpetrator is a danger to society.

With certain preconditions more closely defined by the law, preventive custody can also be ordered without any previous convictions or sentences. I'm not going to go into any further detail, partially because the use of preventive custody was rejected in 2009 by the European Court of Human

Rights and in 2011 by the German Federal Constitutional Court. Since then, law-makers at the federal and state level have been working to re-write this matter, so controversially discussed, in a way which meets the requirements of the European Convention on Human Rights and the German Basic Law. In a few days – on May 31st – the deadline given to the German *Bundestag* and the parliaments of the *Länder* by the German Federal Constitutional Court to make these revisions will be over. The main problem will be to design preventive custody so that it is not seen as a continuation of the execution of the sentence but as an independent, treatment-oriented measure, thereby fulfilling the "principle of distancing" postulated by the German Federal Constitutional Court.

If prognostic mistakes cannot be ruled out, then flawed prognoses, that is, prognoses that are methodologically inadequate or lack a careful diagnostic assessment, can be largely avoided by maintaining certain standards of quality. A few years ago, an interdisciplinary working group in Germany made up of judges from the federal courts, federal attorneys, defense attorneys, criminologists, psychiatrists, psychologists, and scientists of sexuality studies developed and published minimum standards for expert reports on criminal capacity and prognoses which have been widely accepted in judicial practice.

The German Federal Constitutional Court has emphasized in several decisions that the ordering and carrying out of guilt-independent, freedom-restricting treatment – that is, treatment in a psychiatric clinic, in rehabilitation clinics, and in preventive custody – can only then be justified in light of basic rule-of-law principles if those in such programs are offered sufficient treatment and have the chance – insofar as they accept the treatment offers – to someday return to freedom and lead a self-determined life.



Кільцевий рух | Kreisverkehr | Roundabout

Боротьба з корупцією в Німеччині – Правові основи та дотримання законодавства (Compliance) –

У Німеччині існують два сучасні підходи до боротьби з корупцією. З одного боку, існує принцип *особистої відповідальності*, закріплений в Кримінальному кодексі (А), з іншого – нормативні та реальні підходи до *відповідальності суб'єктів підприємницької діяльності* (Б).

А. Особиста відповідальність у Кримінальному кодексі (КК)

Конвенція ОЕСР «Про боротьбу із підкупом іноземних посадових осіб в міжнародних ділових операціях», підписана 17 грудня 1997 року, вплинула також і на німецькі антикорупційні закони. Є підходи до посадової корупції та корупції серед приватних осіб.

І. Посадова корупція §§ 331 КК Німеччини

- § 331 та положення наступних статей КК Німеччини регулюють випадки вимагання майнової або іншої вигоди чи прийняття такої вигоди, а також підкуп посадової особи та хабарництво при виконанні службових обов'язків.
- § 331 та положення наступних статей КК в поєднанні з Законом ЄС «Про захист фінансових інтересів Європейських Співтовариств» і Законом ФРН «Про боротьбу з міжнародним хабарництвом» застосовуються також щодо хабарництва за кордоном.

ІІ.

Корупція у приватному секторі § 299 КК ФРН

- Підлягає покаранню службовець або інша уповноважена особа, які при здійсненні внутрішніх та міжнародних ділових операцій отримують вигоду і внаслідок цього сприяють у наданні переваги іншим.
- Міжнародне значення § 299 абз. 3 КК реалізує заходи Європейського Союзу та Ради Європи проти корупції в приватному секторі.
- Таким чином, наднаціональні норми впливають на антикорупційні закони Німеччини.

В.

Відповідальність суб'єктів підприємницької діяльності

Згідно з німецьким кримінальним правом, юридичні особи не несуть кримінальну відповідальність. При розслідуванні фактів корупції щодо підприємств застосовується Закон про адміністративні правопорушення, який не вважає це злочином, але передбачає **значні грошові штрафи за такі адміністративні правопорушення.**

І.

Правові засади

В процесі глобальної підприємницької активності правові засади базуються на праві про адміністративні правопорушення Німеччини та на міжнародних правових актах.

1. Німецьке право про адміністративні правопорушення

Підприємства та їх правління несуть відповідальність у власному підприємстві (§§ 130, 30 Закону про адміністративні правопорушення). Це є службовим реагуванням на так зване адміністративне правопорушення.

2. Закон США «Про боротьбу з корупцією у зовнішньоекономічній діяльності» (Foreign Corrupt Practices Act)

- Антикорупційний закон США поширюється також на неамериканські компанії, які виступають на фондових біржах США.
- Німецький концерн Siemens заплатив Сполученим Штатам \$800 млн. за порушення антикорупційних законів.

3. Закон Великобританії про боротьбу з хабарництвом (United Kingdom Bribery Act)

- Антикорупційний закон Великобританії поширюється на підприємства, які мають ділові відносини з Великобританією.
- Тут також загрожують високі штрафи.
- Якщо підприємства виконують так звані заходи *Compliance*, то штрафи можуть бути значно зменшені. Тому підприємства самостійно ведуть боротьбу з корупцією, щоб запобігти накладенню штрафів та не зашкодити своїй репутації.

II.

Організована боротьба з корупцією на підприємствах

У великих німецьких концернах боротьба з корупцією ведеться за поняттям *Compliance*. В акціонерних підприємницьких структурах *Compliance* є невід'ємною складовою частиною *Corporate Governance* (корпоративного управління). Цьому сприяли також антикорупційні процеси, які набули широкого розголосу в засобах масової інформації та посилення законодавства в області антикорупційних законів.

III.

Інструментарій Compliance на підприємствах

- Compliance включає в себе менеджмент ризику, який *превентивно* діє проти неправомірних вчинків за допомогою правил, роз'яснювальних програм чи аналізів ризику окремих напрямів діяльності.
- *Репресивні* заходи Compliance сприяють виявленню порушень закону шляхом внутрішнього розслідування, т.з. «Internal Investigations».

Переваги очевидні:

- *Безпосередньо* – системи Compliance можуть сприяти уникненню сплати штрафу, бо превентивні заходи в межах чинного міжнародного антикорупційного законодавства можуть зменшити розмір відповідальності підприємства.
- *Опосередковано* – підвищена інформованість про заходи Compliance може привести до зменшення кількості економічних правопорушень і сприяти розвитку Compliance в глобальній економіці.

IV.

Методи і небезпеки організованої приватної боротьби з корупцією на підприємстві

1. Приватне кримінальне переслідування на підприємствах

- Внутрішні відділи попереджають співробітників про небезпеку корупції за допомогою інструкцій та в особистих розмовах (превентив).
- Як тільки з'являється підозра в корупції, адвокати підприємства починають розслідування для виявлення обставин справи (репресії). Воно включає також опитування співробітників через т.з. «Інтерв'ю», які фіксуються і, в основному, документуються в протоколах. Особливість опитування полягає в тому, що згідно трудового законодавства, роботодавець має право на отримання інформації стосовно найманого ним працівника. (§§ 666, 675 Цивільного кодексу ФРН (ЦК)).
- Обов'язок давати покази, закріплений в трудовому законодавстві, веде тільки до самозвинувачення

згідно трудового права і не являється кримінально-процесуальною самообмовою, так як інформація буде направлена роботодавцю, а не в правоохоронні органи. У цей час ще немає ніякого конфлікту, тому право на відмову від дачі свідчень було б незаконним обмеженням прав власника підприємства, тобто роботодавця.

- У випадках корупційних діянь співробітників, до них застосовуються санкції, передбачені трудовим законодавством, такі як попередження, звільнення та відшкодування збитків. (Можливість виконання згідно § 888 Кримінально-процесуального кодексу).

2. Порушення принципів кримінального права

- Compliance – це приватне кримінальне переслідування на великих підприємствах, яке організоване як «приватна» прокуратура. Організоване приватне кримінальне переслідування тим самим порушує *принцип офіційності*, за яким тільки офіційні органи можуть переслідувати кримінально карані діяння.
- Прокуратуру не завжди інформують про внутрішні розслідування. Тому вона не може виконувати свій *законний обов'язок* по переслідуванню кримінально карані діянь.
- У багатьох випадках прокуратура використовує докази, отримані в результаті приватного розслідування. Дилема найманого працівника очевидна. Якщо він відмовляється давати свідчення під час інтерв'ю, то роботодавець може застосувати санкції, передбачені трудовим законодавством. Якщо ж він задовільнить право підприємства на отримання інформації, то йому загрожує кримінальне переслідування. Оскільки принципи кримінально-процесуального права зобов'язують в основному тільки державні органи, тому основоположні права на самозахист необхідно зробити ефективними з урахуванням названих протиріч. Таким чином, вирішення конфлікту потрібно внести в кримінальний процес.
- Підхід первинного кримінального звинувачення є недопустимим вже через відсутність державних повноважень у *Internal Investigations*. Адміністративне право та міжнародні правові джерела також не являються повноважною основою для кримінально-правового при-

йому інформації, отриманої під тиском та в цивільно-правовому порядку.

- Під час трудових інтерв'ю обов'язок надавати інформацію згідно трудового права *ex-post* – тобто після порушення кримінальної справи – перетворюється у вимушену кримінально-процесуальну самообмову. В процесі ведення справи мотив обов'язку надавати інформацію зворотньо замінюється на публічний інтерес кримінального переслідування. Держава, яка переслідує злочини в якості адресата захисту зобов'язань, не може використовувати особливість приватного права, яке не передбачає права на відмову від надання інформації, для того, щоб неправомірно ухилитись від своїх обов'язків по захисту зобов'язань.
- Таким чином, зловживання обов'язком про надання інформації, яке має зворотню дію, потрібно доповнити *окремою заборонаю використання доказів* із-за порушення конституційного принципу *Nemo-tenetur*, закріпленого в ст. 2 абз. 1 в поєднанні з ст. 1 абз. 1 Конституції Німеччини. Право кожної людини не свідчити проти самого себе в *кримінальному процесі* повинно поширюватись як на інформацію співпрацівника, так і на її наслідки. Це необхідно для того, щоб не ставити обвинуваченого, навіть якщо він і працівник підприємства, у гірше положення, ніж інші обвинувачені.

Висновок: Переваги Compliance повинні бути критично переосмислені з погляду на завуальовані заходи підприємств і не можуть служити приводом для відмови від державного кримінального переслідування.

Поряд з цим, державно-правові принципи також повинні бути покладені в основу результатів приватного розслідування, якщо правоохоронні органи їх використовують та застосовують в кримінальному процесі. Це необхідно для того, щоб переслідування економічних правопорушень не опинилось повністю в руках приватних детективів. В іншому випадку існує небезпека того, що відособлення розслідувань на підприємствах приведе до руйнації державно-правових принципів і тим самим сприятиме виникненню правової субкультури в межах господарського права.

Примітка

Джерела, матеріали та література роботи взяті з дисертації автора, затвердженої факультетом правознавства університету Гете 2013.



Готель «Моцарт» | Hotel Mozart

Korruptionsbekämpfung in Deutschland

– Gesetzliche Grundlagen und Compliance –

In Deutschland gibt es zwei aktuelle Ansätze zur Bekämpfung von Korruption. Zum einen wird im Strafgesetzbuch der Ansatz der *Individualverantwortlichkeit* normiert (A), zum anderen gibt es normative und faktische Ansätze zur *Unternehmensverantwortlichkeit* (B).

A.

Individualverantwortlichkeit im Strafgesetzbuch (StGB)

Das am 17. Dezember 1997 beschlossene OECD-Übereinkommen zur Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im Internationalen Geschäftsverkehr hat auch die deutschen Korruptionsgesetze beeinflusst. Es gibt Ansätze für Amtskorruption und Korruption unter Privaten.

I.

Amtskorruption §§ 331 ff. StGB

- Die §§ 331 ff. StGB erfassen die Vorteilsnahme und Vorteilsgewährung sowie Bestechung und Bestechlichkeit im Amt.
- Die §§ 331 ff. StGB gelten in Verbindung mit dem EU-Bestechungsgesetz (EUBestG) und dem Internationalen Bestechungsgesetz (IntBestG) auch für Bestechungen im Ausland.

II.

Private Korruption § 299 StGB

- Strafbar ist ein Angestellter und Beauftragter, der im geschäftlichen in- und ausländischen Verkehr einen Vorteil annimmt und einen anderen dadurch bevorzugt.

- Der Auslandsbezug des § 299 Absatz 3 StGB setzt Maßnahmen der Europäischen Union sowie des Europarates zu Korruption im privaten Sektor um.
- Deutsche Korruptionsgesetze werden mithin durch supranationale Vorgaben beeinflusst.

B.

Unternehmensverantwortlichkeit

Das deutsche Strafrecht kennt keine Strafbarkeit juristischer Personen. Es bedient sich bei Korruptionsermittlungen gegenüber Unternehmen des Ordnungswidrigkeitengesetzes, das nicht kriminalisiert, aber erhebliche **Geldbußen für Verwaltungsunrecht** vorsieht.

I.

Gesetzliche Grundlagen

Die gesetzlichen Grundlagen basieren auf deutschem Recht der Ordnungswidrigkeiten, aber auch auf internationalen Rechtsgrundlagen im Zuge globaler Unternehmensaktivitäten.

1. Deutsches Ordnungswidrigkeitenrecht (OwiG)

- Unternehmen und Vorstände haften bei Korruption im eigenen Unternehmen (§§ 130, 30 Ordnungswidrigkeitengesetz). Das ist eine unternehmensbezogene Reaktion für sogenanntes Verwaltungsunrecht.

2. Foreign Corrupt Practices Act der USA

- Das US-amerikanische Korruptionsgesetz findet auch auf nicht-amerikanische Unternehmen Anwendung, sofern sie an der US-Börse gehandelt werden.
- Der deutsche Konzern Siemens zahlte an die USA 800 Mio. Dollar wegen Verletzung der Korruptionsgesetze.

3. United Kingdom Bribery Act

- Das Korruptionsgesetz Großbritanniens findet Anwendung, sofern ein Unternehmen geschäftliche Beziehungen zu Großbritannien hat.
- Auch hier drohen hohe Strafzahlungen.
- Wenn Unternehmen sogenannte Compliance-Maßnahmen durchführen, können die Strafen stark gemildert werden. Insofern bekämpfen Unternehmen Korruption auch deshalb selbständig, um Strafen und Reputationsschäden zu verhindern.

II.

Organisierte Korruptionsbekämpfung in Unternehmen

In deutschen Großkonzernen findet Korruptionsbekämpfung unter dem Begriff Compliance statt. Compliance ist in aktiengesellschaftlichen Unternehmensstrukturen allgegenwärtig und hat sich zu einem festen Bestandteil der Corporate Governance etabliert. Dazu haben unter anderem medienwirksame Korruptionsverfahren sowie eine verschärfte Gesetzgebung im Bereich der Antikorruptionsgesetze beigetragen.

III.

Das Instrumentarium von Compliance in Unternehmen

- Compliance beinhaltet unter anderem ein Risikomanagement, das rechtswidrigen Handlungen *präventiv*, z.B. durch Richtlinien, Aufklärungsprogramme oder Risikoanalysen einzelner Geschäftsbereiche, entgegen wirkt.
- Daneben lassen sich durch *repressive* Compliance-Maßnahmen Rechtsverstöße jeglicher Art durch interne Ermittlungen, sogenannter Internal Investigations, aufklären.

Die Vorteile liegen auf der Hand:

- *Unmittelbar* können Compliance-Systeme Strafzahlungen

verhindern, denn Präventionsmaßnahmen im Rahmen international wirkender Korruptionsgesetze können die Unternehmenshaftung reduzieren.

- *Mittelbar* kann die Sensibilisierung über Compliance-Ansätze zu einer Verringerung der Wirtschaftsdelinquenz führen und eine Compliance-Kultur im globalen Wirtschaftsleben fördern.

IV.

Methoden und Gefahren organisierter privater Korruptionsbekämpfung in Unternehmen

1. Private Strafverfolgung durch Unternehmen

- Interne Abteilungen klären Mitarbeiter durch Richtlinien und persönliche Gespräche über Korruptionsrisiken auf (Prävention).
- Sobald es den Verdacht von Korruption gibt, ermitteln interne Anwälte, um den Sachverhalt aufzuklären (Repression). Dies umfasst auch die Befragung der Mitarbeiter durch sogenannte Interviews, die durch Gedächtnisaufzeichnungen, im Wesentlichen aber durch Interviewprotokolle dokumentiert werden. Die Besonderheit der Befragungen liegt darin, dass dem Arbeitgeber ein Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer arbeitsrechtlich zusteht (§§ 666, 675 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)).
- Die arbeitsrechtliche Aussagepflicht führt nur zu einer arbeitsrechtlichen Selbstbeichtigung und ist noch keine strafprozessuale Selbstbelastung, da die Auskunft an den Arbeitgeber und nicht an die Strafverfolgungsbehörde adressiert wird. Dementsprechend besteht zu diesem Zeitpunkt noch kein Konflikt, weshalb ein Aussageverweigerungsrecht eine unzulässige Beschneidung der Rechte des Geschäftsherrn bzw. des Arbeitgebers wäre.
- Bei Korruption durch Mitarbeiter werden arbeitsrechtliche Sanktionen, wie Abmahnungen, Kündigungen und Schadensersatzforderungen durchgesetzt (Möglichkeit der Vollstreckung gemäß § 888 Zivilprozessordnung).

2. Die Verletzung strafrechtlicher Prinzipien

- Compliance ist eine private Strafverfolgung in Großunternehmen, die wie eine private Staatsanwaltschaft organisiert ist. Die organisierte private Strafverfolgung verletzt damit das *Offizialprinzip*, wonach nur die offiziellen Behörden Straftaten verfolgen dürfen.

- Die Staatsanwaltschaften werden über interne Ermittlungen nicht immer informiert. Insofern können sie ihrer *Legalitätspflicht* zur Verfolgung der Straftaten nicht nachkommen.
- In vielen Fällen bewerten Staatsanwaltschaften die Beweisergebnisse der privaten Ermittler. Das Dilemma des Arbeitnehmers ist offensichtlich. Verweigert er die Aussage im Rahmen der arbeitsrechtlichen Interviews, kann der Arbeitgeber arbeitsrechtliche Sanktionen ergreifen. Kommt er dem Auskunftsanspruch nach, droht die Verwertung im Rahmen eines Strafverfahrens. Da strafprozessuale Prinzipien grundsätzlich nur staatliche Institutionen binden, sind die fundamentalen Abwehrrechte im Hinblick auf das aufgezeigte Spannungsverhältnis fruchtbar zu machen. Die Lösung des Konflikts ist demnach im Strafverfahren zu verorten.
- Der Ansatz originärer strafrechtlicher Zurechnung verbietet sich schon aufgrund der fehlenden staatlichen Veranlassung der Internal Investigations. Auch das Ordnungswidrigkeitenrecht und die internationalen Rechtsquellen sind keine Ermächtigungsgrundlagen für die strafrechtliche Übernahme zivilrechtlich erlangter Informationen unter Zwang.
- Bei Betrachtung des Ganges der arbeitsrechtlichen Interviews wird die arbeitsrechtliche Auskunftspflicht ex-post – also nach Eröffnung eines Strafverfahrens – zu einer strafprozessualen Selbstbelastungspflicht transformiert. Das Motiv der Auskunftspflicht wird im Rahmen der Geschäftsbesorgung durch das öffentliche Interesse der Strafverfolgung rückwirkend ausgetauscht. Die Besonderheit des Privatrechts, welches gerade kein Recht auf Auskunftsverweigerung einräumt, darf sich der strafverfolgende Staat – als Adressat der Schutzpflichten – nicht zu

Nutzen machen, um seine Schutzpflichten pflichtwidrig zu umgehen.

- Die rückwirkende Zweckentfremdung der Auskunftspflicht ist demnach durch ein *selbständiges Beweisverwendungsverbot* wegen Verstoßes gegen das verfassungsrechtlich geschützte *Nemo-tenetur*-Prinzip aus Art. 2 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 1 Absatz 1 des deutschen Grundgesetzes zu kompensieren. Das Recht eines Jeden, sich *strafrechtlich* nicht selbst zu belasten, muss sowohl die Auskunft des Arbeitnehmers als auch deren Früchte erfassen. Dies ist erforderlich, um den Beschuldigten, nur weil er auch Arbeitnehmer ist, nicht schlechter als jeden anderen Beschuldigten zu stellen.

Fazit: Die Vorteile der Compliance müssen im Hinblick auf verschleiernde Unternehmensmaßnahmen kritisch hinterfragt werden und dürfen nicht als Anlass zum Rückzug staatlicher Strafverfolgung dienen.

Zudem müssen auch privaten Ermittlungsergebnissen rechtsstaatliche Prinzipien zu Grunde gelegt werden, sofern sich Strafverfolgungsbehörden dieser bedienen und einen Transfer in den Strafprozess vornehmen. Dies ist erforderlich, um die Verfolgung der Wirtschaftsdelinquenz nicht gänzlich in die Hände privater Ermittler zu legen. Andernfalls ist zu befürchten, dass die Verselbständigung von Ermittlungen in Unternehmen zur Erosion rechtsstaatlicher Prinzipien führt und dadurch die Entstehung einer rechtlichen Subkultur im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts fördert.

Anmerkung

Die Arbeit nimmt mit Quellen, Materialien und Literatur Bezug auf die Dissertation des Verfassers, zugelassen vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität 2013.



Κلاس | Klasse | Classroom

Fighting Corruption in Germany

– Legal Foundations and Compliance –

In Germany, there are currently two approaches for fighting corruption. Firstly, in the Criminal Code, the approach of *individual responsibility* has been made into a norm (A), and secondly, there are normative and factual approaches for *business responsibility* (B).

A.

Individual Responsibility in the Criminal Code (*Strafgesetzbuch, StGB*)

The OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, concluded on 17 December 1997, has influenced German corruption legislation. There are provisions for corruption in public office and corruption amongst private entities.

I.

Corruption in Public Office, Secs. 331 ff. StGB

- The Secs. 331 ff. StGB include accepting and giving undue advantage as well as active and passive bribery in office.
- In combination with the EU Anti-Bribery Law and the International Anti-Bribery Act, the Secs. 331 ff. StGB also apply to bribery in a foreign country.

II.

Private Corruption, Sec. 299 StGB

- An employee or contractor is criminally liable if he accepts or gives an undue advantage in domestic or foreign business transactions.
- The inclusion of foreign countries in Sec. 299(3) StGB

implements measures from the European Union and the Council of Europe on corruption in the private sector.

- German anti-corruption legislation is also influenced by supranational standards.

B.

Business Responsibility

German criminal law does not provide for criminal culpability of legal entities. In corruption investigations of companies, it uses administrative law which does not criminalize but does provide for serious **penalties for administrative offenses**.

I.

Legal Foundations

The legal foundations are based on German law for administrative offenses, but also on international law which has developed as a consequence of global business activities.

1. German Administrative Law

(*Deutsches Ordnungswidrigkeitenrecht, OWiG*)

- Companies and boards are liable for corruption in their company (Secs. 130, 30 OWiG). That is a company-based reaction for so-called administrative offenses.

2. US Foreign Corrupt Practices Act

- The US anti-corruption law is also applicable for non-American companies if they are traded on the US stock market.
- The German company Siemens was forced to pay US\$

800 million to the USA for violations of anti-corruption laws.

3. United Kingdom Bribery Act

- The UK's Bribery Act is applicable if a company has business relations with the UK.
- High fines can be imposed.
- If companies carry out so-called compliance measures, the fines can be significantly reduced. Companies therefore fight corruption on their own initiative in part to avoid fines and damage to their reputation.

II.

Organized Fighting of Corruption in Companies

In large German companies, anti-corruption measures are taken under the term compliance. Compliance is omnipresent in structures of stock corporations and has been established as a permanent element of corporate governance. In addition, corruption trials which received quite a bit of attention from the media as well as harsher legislation in the area of anti-corruption have contributed to a greater number of compliance measures.

III.

The Compliance Tool in Companies

- Compliance includes, amongst other things, risk management which works to combat illegal actions *preventively*, e.g. by guidelines, awareness-raising programs, or risk analyses of individual departments.
- In addition, *repressive* compliance measures can investigate all kinds of violations by means of internal investigations.

The advantages are clear:

- *Directly*, compliance systems can prevent fines because prevention measures in the context of internationally-applicable anti-corruption laws can reduce corporate liability
- *Indirectly*, sensitization via compliance measures can lead to a reduction of business delinquency and encourage a compliance culture in global business life.

IV.

Methods and Dangers of Organized, Private Fighting of Corruption in Companies

1. Private Criminal Prosecution by Companies

- Internal departments inform employees about corruption risks via guidelines and personal conversations (prevention).
- As soon as suspicion of corruption arises, internal lawyers investigate in order to determine the facts (repression). This includes interrogating employees using so-called interviews which are documented either by memory or in interview minutes. The particularity of the interrogations lies in the fact that the employer has a legal right (set down in labor law) to information from the employee. (Secs. 666, 675 German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)).
- The requirement to give a statement only leads to self-incrimination in labor law and is not considered self-incrimination for a criminal trial because the information was given to the employer and not to the criminal justice system. No conflict therefore exists at this point in time, which explains why a refusal to make a statement constitutes an illegal violation of the rights of the owner or employer.
- If employees are found guilty of corruption, labor law foresees sanctions such as warning, dismissal, or compensation (possibilities for enforcement pursuant to Sec. 888 Civil Procedural Code (*Zivilprozessordnung*)).

2. Violation of Criminal-Legal Principles

- These internal investigations are private criminal prosecution in large companies and the divisions are organized like a private state prosecutor's office. The organized, private criminal prosecution thus violates the *principle of state prosecution*, according to which only the official state agencies may prosecute criminal acts.
- The state prosecutor's offices are not always informed about internal investigations. They can therefore not uphold their *principle of mandatory prosecution* of criminal acts.
- In many cases, state prosecutor's offices use the results of the private investigators. The dilemma of the employee is obvious. If he refuses to make a statement in the context of the internal investigation interviews, the employer can

make use of labor law sanctions. If he respects the employer's right to obtain information, it is possible that this information will be used in the context of a criminal trial. Because criminal procedural principles are only binding for state institutions, the fundamental defense rights regarding this tension must be given precedence. The solution to the conflict should therefore be found in criminal procedural law.

- The approach of typical criminal accountability prohibits internal investigations based on the lack of state initiative. Administrative law and international legal sources are not adequate bases for allowing the information obtained by force in a civil law context to be used in criminal proceedings.
- In light of the process of the labor law interviews, the requirement to give information found in labor law becomes – ex-post, that is, after the opening of criminal prosecution – a requirement for self-incrimination in criminal proceedings. Retroactively, in the context of a transaction done for the benefit of another, the motive of the requirement to give information is traded for the public interest of criminal prosecution. The particularity of private law, which does not provide for a right to avoid self-incrimination – may not be taken advantage of by the criminal-prosecuting state (as the addressee of the requirement to protect) in order to circumvent this obligation to protect.
- The retroactive abuse of the requirement to give information must therefore be compensated by an *independent*

prohibition to use evidence because of the constitutionally protected principle of *nemo tenetur* from Art. 2(1) in combination with Art. 1(1) of the German Basic Law. The right of each individual to not incriminate himself in a *criminal* sense must include both the information given to the employer as well as its fruits. This is necessarily in order for the accused not to be put in a worse position than others who are accused simply because he is also an employee.

Conclusion: The advantages of compliance must be critically questioned in light of companies' concealing measures and should not serve as a reason for the state to retreat from the area of criminal prosecution.

In addition, rule-of-law principles must also be the foundation for private investigation results insofar as the agencies of criminal prosecution use these and transfer them to criminal proceedings. This is necessarily in order to prevent the prosecution of business crimes from being turned over completely to private investigators. Otherwise it must be feared that the investigations in companies will take on a life of their own and lead to an erosion of rule-of-law principles, thereby promoting the creation of a legal sub-culture in the context of business criminal law.

Annotation

This article uses sources, material, and literature from the author's dissertation, accredited by the Department of Law at the Goethe University Frankfurt am Main 2013.



Бопора | Toreinfahrt | Entrance Gate

Боротьба з корупцією в німецькій системі охорони здоров'я

Німецьке обов'язкове медичне страхування – це встановлене законом страхування для всіх найманих працівників. У Німеччині 70 мільйонів громадян застраховані в обов'язковому порядку і близько 9 мільйонів громадян – приватно. Завданням обов'язкового медичного страхування є отримання, відновлення або покращення здоров'я застрахованих.

Сектор охорони здоров'я є одним з найважливіших економічних галузей видатків в розвиненому народному господарстві. Такі індустрії, як фармацевтична промисловість чи медична техніка, належать до найприбутковіших галузей з найвищими темпами зростання. В цілому, оборот у галузі охорони здоров'я в 2011 році становив **294 млрд.** євро, що складає 11,3 % валового національного продукту.

I. Правопорушення у сфері охорони здоров'я

Система охорони здоров'я в Німеччині є надзвичайно схильною до корупції із-за своєї структури та організації. За відомостями *Transparency International*, щороку через корупцію, шахрайство при розрахунках та неправильні нарахування у сфері охорони здоров'я виникають збитки у розмірі близько 20 млрд. євро.

Тема корупції у сфері охорони здоров'я – це не тільки національна проблема, вона зустрічається майже у всіх системах охорони здоров'я світу. Європейська спілка по боротьбі з корупцією в галузі охорони здоров'я (European Healthcare Fraud & Corruption Network – EHFCN) оцінила збитки в секторі охорони здоров'я ЄС у 2005 році в 56 млрд євро.

Винними у правопорушеннях вважаються, зокрема, такі виробники медичних послуг, як лікарі, провізори, працівники фармацевтичних компаній та у галузі медичної техніки. В 2010 та 2011 р.р. лікарняні каси виявили в загальному майже 53 000 випадків з підозрою у шахрайстві та зловживанням службовим становищем. Близько 2 600 порушень розслідувала прокуратура. У багатьох випадках лікарі були позбавлені апробації.

II. Причини – Чому система охорони здоров'я схильна до корупції?

У галузі охорони здоров'я обертаються величезні фінансові ресурси, які спокушають до зловживань. Охорона здоров'я – це не класичний ринок обміну, а ринок страхування, в якому не споживач оплачує послуги, а третя особа, тобто страхова компанія.

У класичних ринкових відносинах покупець і продавець перебувають в однаковому положенні та однаково інформовані. Однак, між лікарем та пацієнтом знаходиться величезна інформаційна та наукова прірва. Некомпетентний пацієнт завжди покладається на думку свого лікаря.

Пацієнт, застрахований обов'язковим медичним страхуванням, має право на медичне обслуговування та забезпечення ліками. Всі витрати за це бере на себе відповідна лікарняна каса. Для виконання своїх обов'язків, вона укладає договори з асоціаціями *лікарів лікарняних кас*. Для виконання своїх зобов'язань, що впливають із договору зі страховою компанією, асоціації лікарів залучають своїх членів, так званих договірних лікарів, тобто лікарів, що працюють за договором зі страховою компа-

нією, які, в свою чергу, проводять розрахунки за надані ними послуги не з пацієнтами, а з асоціацією лікарів або безпосередньо із страховою компанією.

Для застрахованих обов'язковим медичним страхуванням цей принцип має ту перевагу, що медичні послуги не повинні оплачуватись наперед. Завдяки великій кількості практикуючих лікарів, пацієнт, застрахований обов'язковим медичним страхуванням, має широкий вибір виробників медичних послуг та вільний доступ до них. Кошти на обов'язкове страхування формуються в основному за рахунок членських внесків лікарняних кас, які сплачуються застрахованими та їх роботодавцями. Ця система розрахунків за медичні послуги особливо сприйнятлива до зловживань із-за своєї складності та непрозорості.

Виробники медичних послуг керуються вимогами економічності, доцільності та необхідності. У той же час, економічні стимули, такі як премії, додаткові внески, доплати або договірні знижки підприємств медичної продукції та та фармацевтичних компаній впливають на прийняття їх рішень.

III.

Кримінально-правова оцінка

Кримінально-правові ознаки є у складі наступних злочинів:

- Хабарництво при виконанні службових обов'язків (§§ 331 і наст.),
- Продажність та підкуп при ділових стосунках (§ 299 КК),
- Шахрайство (§ 263 КК) та
- Зловживання службовим становищем (§ 266 КК)

IV.

Групи правопорушень

1. Шахрайство при розрахунках (§ 263 КК)

Найбільш поширеною формою зловживання є так зване шахрайство при розрахунках. Страхова компанія оплачує лікарю виконання послуг, які він насправді ніколи не надавав або не міг надавати.

Специфіка таких випадків полягає в тому, що визначені судом збитки завжди відповідають повній сумі, зазначеній в рахунку лікаря. Відшкодування збитків за

фактично надані послуги, як це зазвичай прийнято у випадку шахрайства, не проводиться. Але на основі розміру збитку встановлюється міра покарання (принцип вини).

2. Призначення економічно не вигідних медичних препаратів

При призначенні економічно не вигідних медикаментів, згідно чинного законодавства про зловживання службовими обов'язками, лікарі здійснюють кримінально каране діяння, передбачене § 266 Кримінального кодексу.

Федеральний верховний суд обґрунтував свою думку тим, що лікарі, які діють за договором про надання медичних послуг, мають перед лікарняною касою обов'язок піклування про майно. Отже, лікарі виконують роль розпорядника майном. Однак у науковій літературі це відхилено на тій підставі, що лікарі в першу чергу мають завдання цілителя, а не адміністратора.

3. Підкуп лікарів представниками фармацевтичних компаній

В даний час найбільш актуальною групою корупційних правопорушень є підкуп лікарів представниками фармацевтичних компаній. При цьому фармацевтичні компанії виплачують премії лікарям, які призначають тільки їх ліки.

До 2012 року це переслідувалось прокуратурою. При цьому лікарі не підлягають покаранню за хабарництво при виконанні службових обов'язків (§§ 331 і наст. КК), так як відповідно до чинного законодавства, вони не являються посадовими особами. Тим не менше, суди засудили викритих лікарів за продажність при ділових стосунках відповідно із нововведеним § 299 КК. Але постанова Федерального верховного суду в 2012 році зробила «переворот». Верховний суд постановив, що лікарі не являються представниками лікарняних кас в розумінні § 299 КК. Більше того, стосовно лікарів мова йде про осіб вільних професій, які працюють на свій власний рахунок і при цьому несуть підприємницький ризик. Але на ділових людей § 299 КК не поширюється. Інша позиція призводить до розширення складу злочину і, отже, до забороненої аналогії на шкоду правопорушнику (Порушення статті 103, пункт 2 Основного закону).

Якщо ж законодавець хоче санкціонувати такі дії, то відповідно до принципу поділу влади, він повинен прийняти відповідне законодавство (*nulla poena sine lege*).

Тому політики вимагають прийняття нового закону, згідно з яким буде каратись ця форма корупції.

V.

Підсумки: Спроба тотального контролю веде до надмірної бюрократії та правопорушень

На закінчення слід зазначити, що фінансово важливий сектор охорони здоров'я є живильним ґрунтом для зловживань та корупції. З кримінологічної точки зору, необхідно розглянути структурні вихідні положення лікаря як підстави, які сприяють поведінці, що відхиляється від норм:

- Відносини між лікарем та пацієнтом є дуже особистими і тому позбавлені повного контролю держави, адміністрації та пацієнтів. Здоров'я – це не товар, тому його не можна вимірювати економічними параметрами та контролювати. Однак, постійно ведеться робота над створенням надійної мережі контролю з боку фінансуючих установ та держави. При цьому більша прозорість – це проголошена ціль, але яка не може бути досягнута.
- Договірний лікар перебуває в зумовленій системою дилемі, яка викликана самими умовами системи охорони здоров'я. З одного боку, він зобов'язаний виконувати умови договору та надавати лікарську допомогу всім пацієнтам з обов'язковим медичним страхуванням, які приходять у його практику. З іншого, він повинен дотримуватись чітко визначеної системи розрахунків.

У зв'язку з економічними вимогами, він повинен проводити розрахунки за ефективні, але й найбільш економічні послуги. Як тільки він досяг своєї норми, він не може більше проводити розрахунок за відповідну послугу. Що стосується призначення медичних препаратів, то лікарі повинні дотримуватись того, щоб випускати хоча і ефективні, але максимально економічні ліки, щоб не бути звинуваченим у корупції. Беззаперечно, що при цьому може бути знехтувано благом пацієнта.

- Що стосується узаконення преміювання договірних лікарів фармацевтичними компаніями, то судова практика Федерального верховного суду проклала шлях до державно-правового вирішення цієї проблематики. Недопустимо вирішувати існуючу проблему корупції та зловживань у сфері охорони здоров'я шляхом розширення виконавчою та судовою владою існуючих складів злочину_або межі покарань.

Законодавча влада повинна оформити фінансові та правові засади лікарської діяльності так, щоб договірний лікар міг надавати допомогу хворим, а не думати про те, як зібрати необхідні кошти. Керівним принципом повинно бути: Лікар покликаний служити людям, а не державі чи економіці.

Примітка

Джерела, матеріали та використана література цієї статті взяті з дисертації автора, затвердженої факультетом правознавства університету ім. Гете 2013.



Яма Гущавина | Loch Busch | Hole Bush

Korruptionsbekämpfung im deutschen Gesundheitswesen

Die deutsche gesetzliche Krankenversicherung ist eine verpflichtende Versicherung für alle Arbeitnehmer. In Deutschland sind 70 Millionen Bürger gesetzlich und knapp 9 Millionen Bürger privat krankenversichert. Aufgabe der gesetzlichen Krankenversicherung ist es, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern.

Der Sektor der Gesundheitswirtschaft gehört zu den bedeutendsten volkswirtschaftlichen Ausgabenblöcken in den entwickelten Volkswirtschaften. Die hierbei tätigen Industrien, wie die Pharmaindustrie oder die Medizintechnik, gehören zu den profitabelsten Industrien mit den höchsten Wachstumsraten. Die gesamte Gesundheitsbranche in Deutschland setzte im Jahre 2011 **294 Mrd. Euro** um, das sind 11,3% des Bruttoinlandsprodukts.

I.

Fehlverhalten im Gesundheitswesen

Das Gesundheitswesen in Deutschland ist aufgrund seiner Struktur und Organisation ein äußerst korruptionsanfälliger Sektor. Nach *Transparency International* entstehen jährlich durch Korruption, Abrechnungsbetrug und Falschabrechnung im Gesundheitswesen Schäden von rund 20 Milliarden Euro.

Das Thema Korruption im Gesundheitswesen ist aber kein nationales Problem, sondern findet sich in fast allen Gesundheitssystemen der Welt. Das europäische Antikorruptionsnetzwerk European Healthcare Fraud & Corruption (EHFCN) bezifferte die Schadenssumme im EU-Gesundheitssektor 2005 auf 56 Milliarden Euro.

Als Täter für Fehlverhalten kommen insbesondere die Leistungserbringer wie Ärzte, Apotheker oder Mitarbeiter von

Pharma- und Medizintechnikunternehmen in Betracht. Die Krankenkassen verfolgten 2010 und 2011 zusammen rund 53 000 Verdachtsfälle von Betrug und Fehlverhalten. In gut 2600 Fällen ermittelte die Staatsanwaltschaft. In vielen Fällen wurde den Ärzten die Approbationen entzogen.

II.

Ursachen – Warum ist das Gesundheitssystem anfällig für Korruption?

Im Gesundheitswesen werden gewaltige Finanzmittel umgesetzt, die zum Missbrauch verleiten. Der Gesundheitsmarkt ist kein klassischer Austauschmarkt, sondern ein Versicherungsmarkt, bei dem nicht der Nachfrager den Preis der Leistung bezahlt, sondern ein Dritter, die Versicherung.

Beim klassischen marktwirtschaftlichen Austauschverhältnis stehen sich Käufer und Verkäufer gleichwertig und gleich informiert gegenüber. Zwischen Arzt und Patient besteht jedoch ein drastisches Informations- und Wissensgefälle. Der unwissende Patient verlässt sich regelmäßig auf das Urteil seines Arztes.

Dem gesetzlich krankenversicherten Patienten steht ein Anspruch auf medizinische Behandlung und Versorgung mit Medikamenten zu. Die Kosten hierfür übernimmt die jeweilige Krankenkasse. Um ihrer Pflicht nachzukommen, schließt sie Verträge mit den Kassenärztlichen Vereinigungen (KV). Für die Erfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Vertrag mit der Krankenkasse bedient sich diese dann ihrer Mitglieder, der sogenannten Vertragsärzte, welche Ihre Leistungen wiederum nicht beim Patienten, sondern über die Kassenärztliche Vereinigung oder direkt bei der Krankenkasse abrechnen.

Für den gesetzlich Versicherten hat dieses Prinzip den Vorteil, dass medizinische Leistungen nicht vorfinanziert werden

müssen. Dem gesetzlich krankenversicherten Patienten steht aufgrund der Vielzahl der niedergelassenen Vertragsärzte zudem eine beträchtliche Auswahl an Leistungserbringern zur Verfügung, zu denen ein freier Zugang besteht. Die Mittel für die gesetzliche Krankenversicherung werden im Wesentlichen durch die anfallenden Mitgliedsbeiträge der Krankenkassen von den Versicherten und ihren Arbeitgebern aufgebracht. Dieses Abrechnungssystem für ärztliche Leistungen ist aufgrund seiner Komplexität und Intransparenz besonders missbrauchsanfällig.

Die medizinischen Leistungsträger sind zwar an die Gebote der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit gebunden. Zugleich wirken sich jedoch ökonomische Anreize wie Prämien, Zusatzbeiträge, Zuzahlungen oder Rabattverträge der Medizinprodukt- und Pharmaunternehmen auf ihren Entscheidungsspielraum aus.

III. Strafrechtliche Beurteilung

Strafrechtliche Anknüpfungspunkte gibt es bei der Verwirklichung folgender Tatbestände:

- Bestechungsdelikte im Amt (§§ 331ff.),
- Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB),
- Betrug (§ 263 StGB) und
- Untreue (§ 266 StGB)

IV. Fallgruppen:

1. Abrechnungsbetrug (§ 263 StGB)

Die häufigste Form des Missbrauchs besteht in der Form des sogenannten Abrechnungsbetruges. Die gesetzliche Krankenversicherung bezahlt den Arzt hierbei für Arbeitstätigkeiten, die er tatsächlich nie erbracht hat oder nicht erbringen durfte.

Die Besonderheit in diesen Fällen liegt darin, dass der vom Gericht berechnete Schaden stets der vollen Summe der ärztlichen Abrechnung entspricht. Eine Schadenskompensation bei tatsächlich erbrachten Leistungen, wie es gewöhnlich beim Tatbestand des Betruges üblich ist, wird nicht vorgenommen. Anhand der Höhe des Schadens wird aber die Strafe festgelegt (Schuldprinzip).

2. Verordnung von unwirtschaftlichen Medikamenten (§ 266 StGB)

Bei der Verordnung von unwirtschaftlichen Medikamenten machen sich Ärzte nach geltender Rechtslage der Untreue gemäß § 266 StGB strafbar.

Der BGH begründet seine Auffassung damit, dass Ärzten, die am gesetzlichen Gesundheitsauftrag mitwirken, eine Vermögensbetreuungspflicht gegenüber den Krankenkassen zukomme. Ärzte nehmen mithin die Rolle eines Vermögensverwalters ein. In der wissenschaftlichen Literatur wird dies aber mit der Begründung abgelehnt, dass Ärzten primär die Aufgabe des Heilers und nicht die des Verwalters zukommt.

3. Bestechung von Ärzten durch Vertreter der Pharmaunternehmen

Die aktuell brisanteste Fallgruppe der Korruption im Gesundheitswesen ist die Bestechung von Ärzten durch Mitarbeiter der Pharmaunternehmen. Hierbei zahlen die Pharmakonzerne Bonuszahlungen an Ärzte aus, die nur deren Medikamente verschreiben.

Bis 2012 wurde dies von den Staatsanwaltschaften verfolgt. Ärzte machten sich hierbei nicht wegen Bestechlichkeit im Amt (§§ 331 ff. StGB) strafbar, da sie nach geltender Rechtslage keine Amtsträger sind. Allerdings verurteilten Gerichte die betroffenen Ärzte wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach dem neu eingeführten § 299 StGB.

Durch ein Urteil des BGH im Jahre 2012 kam es aber zu einem Umschwung. Der BGH entschied, dass Ärzte keine Beauftragten der Krankenkassen im Sinne von § 299 StGB sind. Vielmehr handelt es sich bei Ärzten um Freiberufler, die auf eigene Kosten arbeiten und dabei ein unternehmerisches Risiko tragen. Für Geschäftsherren greift der § 299 StGB aber nicht. Die andere Auffassung führt zu einer Ausweitung des Straftatbestandes und mithin zu einer verbotenen Analogie zu Lasten des Täters (Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG).

Möchte der Gesetzgeber dieses Verhalten gleichwohl sanktionieren, dann muss er hierfür – dem Prinzip der Gewaltenteilung folgend – entsprechende Gesetze schaffen (nulla poena sine lege). Daher wird aus der Politik nun gefordert, dass ein neues Gesetz eingeführt wird, welches diese Form von Korruption unter Strafe stellt.

V.

Ausblick: Der Versuch totaler Kontrolle führt zu Überbürokratisierung und Fehlverhalten

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der finanziell bedeutende Gesundheitssektor einen Nährboden für Fehlverhalten und Korruption darstellt. Aus kriminologischer Sicht sind strukturelle Ausgangslagen des Arztes als begünstigende Ursachen für abweichendes Verhalten anzusehen:

- Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist ein höchst persönliches und entzieht sich deshalb totaler Kontrolle durch Staat, Administrationen und Patienten. Gesundheit ist keine Ware und lässt sich deshalb nicht mit ökonomischen Parametern messen und überwachen. Gleichwohl wird stets an einem dichteren Kontrollnetz seitens der finanzierenden Institutionen und des Staates gearbeitet. Größere Transparenz ist dabei erklärtes Ziel, kann aber nicht erreicht werden.
- Der Vertragsarzt befindet sich in einer systembedingten Zwickmühle, die durch die Rahmenbedingungen des Gesundheitssystems hervorgerufen wird. Zum einen hat er die Pflicht, dem gesetzlichen Gesundheitsauftrag zu folgen und alle Patienten der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zu behandeln, die in seine Praxis kommen. Zum anderen hat er sich aber an das streng budgetierte Abrechnungssystem zu halten. Aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebotes muss er zweckdienliche, aber auch möglichst kostengünstige Leistungen abrechnen. Sobald er sein Pensum erreicht hat, darf er die entsprechende Leis-

tung nicht mehr abrechnen. Im Hinblick auf die Medikamentenvergabe sind Ärzte daran gehalten, zwar effektive aber möglichst kostenschonende Medikamente zu verschreiben, um nicht dem Vorwurf der Untreue ausgesetzt zu sein. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass damit einhergehend das Wohl des Patienten vernachlässigt werden kann.

- Was die Sanktionierung von Bonuszahlungen durch Pharmakonzerne an Vertragsärzte angeht, hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes den Weg für eine rechtstaatlich unbedenkliche Lösung der Problematik geebnet. Es ist unzulässig, das bestehende Problem der Korruption und des Fehlverhaltens im Gesundheitswesen dadurch in den Griff zu bekommen, dass Exekutive und Judikative bestehende Straftatbestände oder Strafrahmen ausdehnen.

Der Gesetzgeber ist gefordert, die finanziellen und rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Tätigkeit so zu gestalten, dass der Vertragsarzt Versorger der Kranken bleiben kann, ohne dass er sich darüber Gedanken zu machen braucht, wie er die notwendigen Mittel aufbringen kann. Leitlinie muss sein: Der Arzt dient dem Menschen, nicht dem Staat und der Wirtschaft.

Anmerkung

Dieser Beitrag stützt sich bezüglich der Quellen, Materialien und verwendeter Literatur auf die Dissertation des Verfassers, zugelassen vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main 2013.



Палац | Palais | Palace

Fighting Corruption in the German Healthcare System

German statutory health insurance is mandatory for all employees. In Germany, 70 million citizens are insured publicly and almost 9 million privately. The task of statutory health insurance is to maintain, restore, or improve the health of the insured.

The healthcare sector belongs to the most important areas of government spending in developed economies. The industries active in this area, such as the pharmaceutical or medical technical industries, are among the most profitable industries with the highest rates of growth. The entire healthcare branch in Germany had a turnover of **294 billion Euros** in 2011. That is 11.3% of the gross domestic product.

I. Misconduct in the Healthcare Sector

Due to its structure and organization, the healthcare sector in Germany is one that is highly vulnerable to corruption. According to Transparency International, approximately 20 billion Euros are lost each year to corruption, fraud, and incorrect invoicing in the healthcare system.

The topic of corruption in the healthcare system is not only a national problem, however, and can be found in nearly all healthcare systems throughout the world. The European anti-corruption network European Healthcare Fraud & Corruption (EHFCN) estimates the amount of loss for 2005 in the EU healthcare sector to have been 56 billion Euros.

In particular the service providers such as doctors, pharmacists, or employees of pharmaceutical and medical technical companies come into question as perpetrators of misconduct. In 2010 and 2011, the statutory health insurance providers investigated around 53,000 cases on the suspicion of fraud and misconduct. In around 2,600, the state prosecutor's office investigated. In many cases, the doctors lost their licenses.

ecutor's office investigated. In many cases, the doctors lost their licenses.

II. Causes – Why is the Healthcare Sector Susceptible to Corruption?

In the healthcare sector, enormous amounts of money are turned over, and this can be a powerful temptation for abuse. The health market is not a classic exchange market but an insurance market in which it is not the consumer who pays for the service but a third party, the insurance.

In a classic market-economic exchange relationships, the consumer and seller are equals and are both equally informed. Between the doctor and the patient, however, there is a drastic gap in the amount of information and knowledge. The uninformed patient regularly relies on his doctor's judgment.

The patients insured by statutory health insurance have a right to medical treatment and provision with medication. The costs for this are taken on by the insurance provider. In order to fulfill this obligation, they have contracts with the Associations of Statutory Health Physicians (*Kassenärztliche Vereinigungen* (KV)). To fulfill their obligations from these contracts with the statutory health insurance providers, they then turn to their members, the so-called statutory health insurance physicians, who do not bill their services to the patient but to the KVs or directly to the public health insurance companies.

For those using statutory insurance, this principle has the advantage that medical services do not have to be pre-financed. In addition, because of the large number of practicing statutory health insurance physicians, the patients have

many options for healthcare providers. The funding for the statutory health insurance comes largely from the membership fees for the statutory health insurance companies paid for by the insured and their employers. This billing system for medical services is particularly vulnerable to abuse due to its complexity and lack of transparency.

The medical service providers are bound to the imperatives of cost effectiveness, utility, and necessity. At the same time, economic incentives like premiums, additional fees, extra payments, or rebate contracts from medical product or pharmaceutical companies have an influence on their decision-making processes.

III. Criminal-Legal Evaluation

There are criminal-legal links in the realization of the following crimes:

- Bribery in office (Secs. 331ff.),
- Accepting or offering bribes in business transactions (Sec. 299 Criminal Code (*Strafgesetzbuch* (StGB)),
- Fraud (Sec. 263 StGB) and
- Criminal breach of trust (Sec. 266 StGB)

IV. Case Groups:

1. Billing Fraud (Sec. 263 StGB)

The most common form of abuse is so-called billing fraud. In these cases, the statutory health insurance pays the doctor for treatments which were never actually carried out or which the doctor was not allowed to carry out.

The particularity of these cases is that the loss calculated by the court is always the entire amount of the doctor's bill. Damages for services actually provided, as is typical for fraud cases, are not calculated. Based on the amount of the loss, the punishment is set (principle of guilt).

2. Prescription of Uneconomical Medication (Sec. 266 StGB)

In prescribing uneconomical medication, the doctors are guilty of a criminal breach of trust pursuant to Sec. 266 StGB.

The Federal Court of Justice bases its decisions on the grounds that the doctors who take part in the statutory

healthcare mandate have an obligation vis-à-vis the statutory health insurance providers to responsibly manage assets. Doctors thus also take on the role of an asset manager. In academic literature, this is rejected with the reasoning that doctors are primarily charged with healing and not with asset management.

3. Bribery of Doctors by Pharmaceutical Representatives

The current most critical case group of corruption in the healthcare sector is bribery of doctors by pharmaceutical representatives. The pharmaceutical companies give the doctors bonus payments for prescribing their medications.

Until 2012, this was prosecuted by the state prosecutor's office. Doctors doing this were not criminally charged with bribery in office (Secs. 331ff. StGB), as they are not public officials according to current jurisprudence. However, the courts found the doctors guilty of bribery in business transactions pursuant to the newly introduced Sec. 299 StGB.

This changed after a decision of the Federal Court of Justice (FCJ) in 2012, however. The FCJ decided that doctors are not authorized representatives of the statutory health insurance providers in the sense of Sec. 299 StGB. Instead, doctors are self-employed persons who work at their own cost and thus carry entrepreneurial risk. Principals, however, are not provided for under Sec. 299 StGB. This perspective led to an expansion of the element of the crime and also to a forbidden analogy to the detriment of the perpetrator (violation of Art. 103(2) Basic Law).

Although the legislators may well want to sanction this behavior, they must then create appropriate laws (*nulla poena sine lege*) – following the principle of the separation of powers. Thus politicians are being called upon to introduce a new law which would make this form of corruption criminal.

V. Perspective: The Attempt to Control Completely Leads to Over-Bureaucratization and Misconduct

It can therefore be concluded that the financially significant healthcare sector is a fertile breeding ground for misconduct and corruption. From a criminological viewpoint, the structural starting point of the doctors can be seen as a contributing factor to deviant behavior:

- The relationship between doctor and patient is an extremely personal one and can therefore not be completely controlled by the state, administrations, or patients. Health is not a product and can therefore not be measured with economic parameters and monitored. At the same time, an ever-growing control net is continually being woven by the financing institutions and the state. Their stated goal is greater transparency, but this cannot be achieved.
- The statutory health insurance physicians find themselves between a rock and a hard place created by the system, as it is the government which creates the general conditions of the healthcare system. On the one hand, they have the obligation to follow the statutory healthcare mandate and treat all patients coming into their practices who have statutory health insurance. On the other hand, they must follow strictly budgeted billing systems. Because of the principle of cost effectiveness, they must bill useful but also cost effective services. As soon as they have reached their quota, they are no longer allowed to bill such services. Regarding the prescription of medication, physicians are bound to prescribing a useful but inexpensive medication to avoid the accusation of a

criminal breach of trust. It cannot be discounted that the well-being of the patient can be neglected in all of this.

- As far as the sanctioning of bonus payments to statutory health insurance physicians by pharmaceutical companies goes, the decisions of the Federal Court of Justice have cleared the way for a solution to the problem which would be in line with rule-of-law principles. It is impermissible that the current problem of corruption and misconduct in the healthcare sector is brought under control by means of the executive and the judicial branches expanding current elements of the criminal code.

The legislator is therefore called upon to create financial and legal conditions for doctors such that the statutory health insurance physicians can focus on caring for the sick without having to think about how they can keep their heads above water financially. The guiding principle must be: the doctor serves the patient, not the state or the economy.

Annotation

In terms of sources, material, and literature used, this essay is based on the author's dissertation accredited by the Department of Law, Goethe University Frankfurt am Main 2013.



Фасад будинків | Häuserfront | Facades

Захист прав людини і основоположних свобод в Німеччині

I. Захист основних прав згідно з Основним законом

В Конституції Німеччини, Основному законі від 1949 року, на першому місці стоїть, що гідність людини недоторкана: її поважати та захищати є обов'язком кожної державної влади. Тому німецький народ вважає недоторканість і невідчужуваність прав людини основою кожного людського суспільства, миру та справедливості у світі. Основний закон створив такі фундаментальні права, які обов'язкові для кожної державної влади: законодавчої, виконавчої та судової (ст. 1 абз. 1–3 ОЗ). Але Закон йде ще і далі: зміст Основного закону не повинен бути порушеним ні в якому випадку (ст. 19 абз. 2 ОЗ), зміна його основних положень із-за «вічної гарантії» принципово неможлива (ст. 79 абз. 3 ОЗ). Законодавець в 1949 році цією інституціоналізацією основних прав – враховуючи досвід Веймарської республіки – створив першу фортецю, яка повинна захищати кожну особу від можливого зловживання державною владою її правами. Ціль полягала в тому, щоб обмежити владу держави, яка не змогла б до вільно розпорядитись своїми громадянами.

Напочатку Основний закон не зміг дати громадянину такий засіб для правового захисту, з яким би він зміг самостійно виступити проти можливого порушення його основних прав. Йому залишалась одна можливість: оскаржити порушення Конституції у спеціалізованих судах, напр., в суді по розгляду кримінальних справ, та надіятись на те,

що спеціалізовані суди вживуть відповідні заходи, та при цьому самі не порушать Конституцію.

Основний закон хоча і створив Федеральний конституційний суд (ст. 92, 93 ОЗ), але наділив його (тільки) повноваженнями «Державного суду земель», який в основному повинен вирішувати тлумачення Основного закону у разі виникнення спорів у конституційних, федеральних органів або органів землі, а також при перевірці конкретних нормативних актів (ст. 100 абз. 1 ОЗ). Захист основних прав особи в такий спосіб не міг бути ефективно забезпеченим, як швидко з'ясувалось, особливо тому, що не можна було виключити, що також при розгляді справ спеціалізованими судами може дійти до порушення основних прав з непоправними наслідками. Так, вже в 1951 році з прийняттям процесуального кодексу Федерального конституційного суду (Закон про федеральний конституційний суд), була введена конституційна скарга, яка може бути подана будь-якою особою, яка вважає, що державна влада порушила одне з її основних прав або одне з прав, яке можна зрівняти з основними (ст. 101, 103 та 104 ОЗ). У тяжкі політичні часи в 1969 році послідувало конституційно-правове включення її в Основний закон, що можна чітко побачити в її тодішньому значенні в системі німецької юстиції.

Тим часом конституційна скарга вже давно вступила на шлях її «переможного походу». Цей засіб для правового захисту був прийнятий громадянами. В період з 1951 до 2012 року до Федерального конституційного суду надійшло в цілому 200.965 заяв, серед них 194.005 конституційних скарг. Лише незначна їх частина була прийнята до розгляду. Тільки 4.549 скарг були задоволені, тобто майже 2,35%. Незважаючи на низьку результативність, з часом встановилась певна задоволеність громад-

* Автор – почесний професор університету ім. Гете та суддя 2. Сенату по кримінальним справам Федерального суду в Карлсруе.

ськості роботою Федерального конституційного суду. Він, в свою чергу, використав велику кількість процесів для висвітлення багатьох конституційно-правових питань, надав основним правам контур і різкість та досяг того, що між державною владою з однієї сторони та правами кожного – з другої, встановилась певна рівновага (хоча в деталях і спірна). Але вже розгляд великої кількості конституційних скарг привів до певного «умиротворення», бо кожна людина могла бути впевненою, що її справа ще раз була переглянута з конституційно-правової точки зору. Робота Федерального конституційного суду майже не підлягала критиці, тому що окрема особа не мала успіху в Федеральному конституційному суді при здійсненні порушень основних прав. Претензії були з другої сторони. Таким чином, суд залишався не безспірним, тому що перш за все політика бачила в юрисдикції Федерального конституційного суду занадто суворе обмеження державної влади під прикриттям конституційно-правових питань, а Федеральний конституційний суд з цієї точки зору став «запасним законодавцем», який за межами завдань, наданих йому Конституцією, займався вирішенням чисто політичних питань.

Незважаючи на це, важливість Федерального конституційного суду для демократичної правової держави у Федеративній Республіці Німеччина не підлягає дискусії. Так як з цієї важливості випливає, що кожна особа може подати скаргу в Федеральний конституційний суд в разі можливих порушень основних прав, то без цього засобу правового захисту правова система Німеччини немислима, навіть якщо часто і ставиться питання, як можна обмежити кількість процесів, щоб забезпечити функціонування Конституційного Суду.

II.

Захист прав людини згідно з Європейською конвенцією з прав людини (ЄКПЛ)

Проголошенням недоторканності та невідчужуваності прав людини в Основному законі 1949 року була закладена основа для участі Німеччини в інтернаціональних угодах та міжнародно-правових договорах про захист прав людини. Тому і зрозуміло, що в 1952 році Німеччина приєдналась до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ), підписаної урядами країн-учасників Ради Європи 4 листопада 1950 року. Після набуття чинності ЄКПЛ 15 грудня 1953 року, вона діє в усіх

сферах Основного закону. Вона не має рангу Конституції, є (лише) простим федеральним законом.

В ЄКПЛ закріплено право – подібно до конституційної скарги –, згідно з яким, будь-яка особа може подати заяву в Європейський суд з прав людини, якщо вона вважає себе потерпілою від допущеного однією з Договірних Сторін порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї (ст. 34 ЄКПЛ). Заходи німецької державної влади, які Федеральний конституційний суд згідно з німецьким конституційним правом визнав безсумнівними, підлягатимуть отже (подальшій) перевірці відповідно до стандартів ЄКПЛ. Таким чином, Німеччина має майже 60-річний досвід послідовного національного конституційного контролю з одного боку, та інтернаціонального додаткового перегляду справ на основі стандартів по захисту прав – з другого. В загальному, цей досвід є позитивним і не ставить під сумнів «подвійний» судовий контроль державних дій Федеральним конституційним судом та Європейським судом з прав людини.

1. Мета єдиних державно-правових гарантій в Європі

Приєднання до ЄКПЛ та визнання її гарантій для кожної європейської держави є безальтернативним. Тому велика кількість держав ратифікувала ЄКПЛ. Ця Конвенція є «захоплюючою ідеєю» об'єднаних гарантій прав людини на європейському рівні, яка водночас залишає недоторканими ідентичність національних прав та їх особливості. З підпорядкуванням контролю Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) пов'язана ідея зближення (хоча би середньостроково) різних понять про гарантії прав людини, яка може привести до інтеграції якомога більше держав в одну європейську систему державно-правових стандартів. До цього треба додати, що перевірка Європейським Судом на основі стандартів прав захисту людини може також служити збереженню індивідуального правового захисту, навіть якщо в самій ЄКПЛ касаційних рішень не існує, та усунення наявних порушень конвенції, напр., шляхом відновлення провадження, є справою Договірних Сторін.

2. Функція фільтрації Федерального конституційного суду

Небезпека розбіжності рішень національного Конституційного суду і ЄСПЛ стосовно основних прав людини

або гарантій їх захисту, не привела в Німеччині до думки про скасування судового конституційного контролю. На першому плані стояла та стоїть функція фільтрації Федерального конституційного суду, яка забезпечує зменшення справ проти Німеччини в ЄСПЛ. Без попередньої перевірки Федеральним конституційним судом – не тільки з погляду на задоволені конституційні скарги – поступило би набагато більше справ у ЄСПЛ. Хоча і так кількість справ проти Німеччини в ЄСПЛ немала. Із 64.500 справ, поданими в 2011 році на розгляд суду, Німеччини торкались все ж 1754 справ; однак, за повідомленням Федерального міністерства юстиції від 1 червня 2012 року про юрисдикцію Європейського суду з прав людини та виконання його рішень у процесах проти Федеративної республіки Німеччина в 2011 році тільки в 31 випадку дійшло до засудження Німеччини (веб-сайт Федерального міністерства юстиції www.bmj.de).

3. Відмінність рішень Суду з прав людини та національного Конституційного суду

В цьому розумінні не змінилось нічого навіть тому, що в недавньому минулому, небезпека різних рішень вже стала реальністю в зв'язку з вироками про зворотню силу заходів превентивного ув'язнення (див. ФКС в NJW 2004, 739 і в NJW 2011, 1931, 2711 – з одного боку, та ЄСПЛ в NJW 2010, 2495 – з другого). Це знову звернуло увагу на вже існуючу проблему: як може різна юрисдикція Федерального конституційного суду з одного боку та Європейського суду з прав людини – з другого, бути гармонічно інтегрована в німецьку правову систему до ідентичної або, хоча б, прирівненої до неї гарантії основних прав або прав захисту людини (про заборону зворотньої сили відповідно до статті 103 абз. 2 ОЗ та статті 7 абз. 1 ЄКПЛ)? Це важливо, враховуючи, що ЄКПЛ в системі правових норм стоїть як звичайний федеральний закон нижче Конституції та тлумачення Основного закону та основних прав є обов'язком Федерального конституційного суду. Але спрямування конституції на норми міжнародного права та її орієнтація на права людини зобов'язують дотримувати ЄКПЛ в її тлумаченні Європейським судом з прав людини. Пов'язані з цим труднощі, однак, можна перебороти як з точки зору Федерального конституційного суду Німеччини, так і з точки зору ЄСПЛ, який визнає національний правопорядок Німеччини. Таким чином, ЄКПЛ та

її тлумачення через практику ЄСПЛ на рівні конституційного права служить в якості допоміжної інтерпретації для визначення змісту та меж дій основних прав та державно-правових принципів Основного Закону, при умові, що це не приводить до обмеження чи уневажнення прав людини відповідно з Основним законом (див. також ст. 53 ЄКПЛ). Основні права слід розуміти як вираження мінімального стандарту прав людини. Залучення ЄКПЛ як допоміжної інтерпретації спрямовано не на схематичне розпаралювання окремих конституційних термінів, а служить запобіганню порушень міжнародного права (і засудженню ЄСПЛ). Гармонізація національного державного права з Конвенцією є також не завжди обов'язковою. Вона має обмеження приблизно там, де інтерпретація Конвенції за визнаними методами тлумачення закону та інтерпретація Конституції більше не можлива. Рішення ЄСПЛ, які відрізняються від рішень Федерального конституційного суду, навіть якщо вони не приводять до безпосередніх змін правових положень Конституції, відкривають Федеральному конституційному суду можливість відмінити суперечливі рішення або змінювати їх за визнаними методами тлумачення міжнародного права в якості «суттєвих змін фактичного і юридичного положення» (як це сталося з рішенням про превентивне ув'язнення). Небезпека того, що суперечливі рішення Федерального конституційного суду та ЄСПЛ, які могли би привести до переорієнтації обох судів, не повинна би (більше) існувати.

III. Висновок

Захист основних прав в Основному законі та захист прав людини в ЄКПЛ – кожне з цих понять має в Німеччині самостійне значення, навіть з погляду на їх різний регулятивний зміст. При цьому, на першому місці стоїть державний захист прав людини Федеральним конституційним судом шляхом розгляду конституційних скарг, не тільки з погляду на вичерпання всіх національних засобів правового захисту згідно з ЄКПЛ, але й тому, що цей правовий засіб виправдав себе протягом десятиліть і знайшов визнання серед громадян. Значення захисту прав людини на основі ЄКПЛ особливо зростає тому, що прийняття Федеральним конституційним судом гарантій захисту прав людини розширює сферу їх дії до європейських далекосяжних гарантій.



Базиліка | Basilika 2 | Basilica 2

Grund- und Menschenrechtsschutz in Deutschland

I. Der Schutz von Grundrechten nach dem Grundgesetz

Die Deutsche Verfassung, das Grundgesetz aus dem Jahre 1949, stellt die unantastbare Würde des Menschen ganz an den Anfang: sie zu achten und zu schützen, ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Deshalb bekennt sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. Und deshalb schafft das Grundgesetz Grundrechte, die alle staatliche Gewalt binden: Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 1 bis 3 GG). Und das Grundgesetz geht noch weiter: der Wesensgehalt der Grundrechte darf in keinem Fall angetastet werden (Art. 19 Abs. 2 GG), eine Änderung dieser Grundsätze ist mit der „Ewigkeitsgarantie“ grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 79 Abs. 3 GG). Der Verfassungsgeber von 1949 hatte mit dieser Institutionalisierung von Grundrechten – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Erfahrungen in der Weimarer Republik – ein erstes Bollwerk geschaffen, das den Einzelnen vor möglichen staatlichen Übergriffen schützen sollte. Ziel war die Begrenzung der Macht des Staates, der nicht beliebig über seine Bürger verfügen können sollte.

Nicht entschließen konnte sich das Grundgesetz zunächst dazu, dem Bürger einen Rechtsbehelf an die Hand zu geben, mit dem er mögliche Grundrechtsverletzungen selbständig hätte rügen können. Ihm blieb allein die Möglichkeit, Verfassungsverletzungen im fachgerichtlichen Verfahren, etwa vor

den Strafgerichten, geltend zu machen und darauf zu vertrauen, dass die Fachgerichte für Abhilfe sorgen und ihnen selbst keine Verfassungsverstöße unterlaufen.

Das Grundgesetz hatte zwar das Bundesverfassungsgericht geschaffen (Art. 92, 93 GG), dieses aber (lediglich) als „Staatsgerichtshof“ ausgestaltet, der vor allem über die Auslegung des Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten von Verfassungsorganen oder von Bund und Ländern sowie bei konkreten Normenkontrollverfahren (Art. 100 Abs. 1 GG) zu entscheiden hatte. Die Wahrung der Grundrechte des Einzelnen war auf diese Weise allerdings – so erkannte man schnell – nicht effektiv zu gewährleisten, insbesondere weil es nicht auszuschließen war, dass es auch in Verfahren vor den Fachgerichten zu dann nicht mehr behebbaren Grundrechtsverletzungen kommen kann. So kam es bereits im Jahre 1951 mit der Schaffung einer Prozessordnung für das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz) zur Einführung der Verfassungsbeschwerde, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden kann, in einem seiner Grundrechte (oder anderen grundrechtsgleichen Rechten wie Art. 101, 103 und Art. 104 GG) verletzt zu sein. Ihr folgte in politisch schwierigen Zeiten im Jahre 1969 die verfassungsrechtliche Verankerung im Grundgesetz, woran sich ihr damaliger Stellenwert im deutschen Justizsystem deutlich ablesen lässt.

Zwischenzeitlich hatte die Verfassungsbeschwerde ihren „Siegesszug“ nämlich bereits angetreten. Der Rechtsbehelf wurde von den Bürgern angenommen. In der Zeit von 1951 bis 2012 sind beim Bundesverfassungsgericht insgesamt 200.965 Anträge eingegangen. Darunter waren 194.005 Verfassungsbeschwerden. Sie wurden ganz überwiegend nicht zur Entscheidung angenommen. Nur 4.549 Verfassungsbeschwerden waren erfolgreich. Das sind knapp

* Der Verfasser ist Honorarprofessor an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und Richter im 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe.

2,35%. Trotz geringer Erfolgsquote stellte sich im Laufe der Zeit im Kern eine gewisse Zufriedenheit in der Allgemeinheit mit der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts ein. Dieses nutzte die Vielzahl der Verfahren zur Klärung zahlreicher verfassungsrechtlicher Fragestellungen, gab den Grundrechten Kontur und Schärfe und schaffte es, eine (in Einzelheiten sicher umstrittene) Balance zwischen staatlicher Machtausübung einerseits und den Rechten des Einzelnen andererseits herzustellen. Nicht zuletzt führte allein die Abarbeitung der zahlreichen Verfassungsbeschwerden zu einer gewissen „Befriedung“, weil der Einzelne sicher sein konnte, dass sein Anliegen noch einmal aus verfassungsrechtlicher Sicht überprüft worden ist. Kritik an der Arbeit des Bundesverfassungsgerichts entfaltete sich so auch weniger, weil ein einzelner Bürger mit der Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen beim Bundesverfassungsgericht kein Erfolg hatte. Einwände ergaben sich von anderer Seite. So blieb das Gericht nicht unangefochten, weil vor allem die Politik in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine zu strenge Eingrenzung staatlicher Gestaltungsmacht unter dem Deckmantel verfassungsrechtlicher Fragestellungen erkannt haben wollte und das Bundesverfassungsgericht aus dieser Sicht zu einem „Ersatzgesetzgeber“ geworden war, der sich über die in der Verfassung zugewiesenen Aufgaben hinaus mit der Klärung rein politischer Fragestellungen befasste.

Ungeachtet dessen steht die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts für den demokratischen Rechtsstaat in der Bundesrepublik Deutschland nicht zur Diskussion. Da sie sich auch wesentlich daraus ergibt, dass der Einzelne mit der Verfassungsbeschwerde gegen mögliche Grundrechtsverletzungen das Bundesverfassungsgericht anrufen kann, ist dieser Rechtsbehelf – mag sich auch immer wieder die Frage stellen, wie man die Zahl der Verfahren begrenzen kann, um die Funktionsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts sicherzustellen – aus dem Rechtsschutzsystem in Deutschland nicht wegzudenken.

II. Menschenrechtsschutz nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)

Mit dem Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten im Grundgesetz von 1949 war die Teilhabe an internationalen Vereinbarungen oder völkerrechtlichen Verträgen zum Schutz von Menschenrechten

aus deutscher Sicht angelegt. So verwundert es nicht, dass Deutschland der von den Regierungen der Mitgliedsstaaten des Europarats am 4. November 1950 unterzeichneten Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) im Jahre 1952 zustimmt. Mit dem Inkrafttreten der EMRK am 15. Dezember 1953 gilt sie im gesamten Geltungsbereich des Grundgesetzes. Sie hat keinen Verfassungsrang, ist (lediglich) einfaches Bundesgesetz.

Die EMRK enthält – vergleichbar der Verfassungsbeschwerde – eine Individualbeschwerde, mit der sich jedermann an den Europäischen Gerichtshof mit der Behauptung wenden kann, durch einen der Vertragsstaaten in einem in der Konvention (oder den Protokollen dazu) anerkannten Rechte verletzt zu sein (Art. 34 EMRK). Damit werden Maßnahmen deutscher staatlicher Gewalt, die das Bundesverfassungsgericht nach deutschem Verfassungsrecht als unbedenklich angesehen hat, einer (weiteren) Überprüfung nach den Maßstäben der EMRK unterworfen. Deutschland hat damit seit fast 60 Jahren Erfahrungen mit dem Nacheinander von nationaler verfassungsgerichtlicher Kontrolle einerseits und internationaler Überprüfung anhand menschenrechtlicher Maßstäbe andererseits. Diese Erfahrungen sind im Ergebnis durchweg positiv und haben die „doppelte“ gerichtliche Kontrolle staatlicher Maßnahmen durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht in Frage stellen können.

1. Ziel einheitlicher rechtsstaatlicher Gewährleistungen in Europa

Die Zustimmung zur EMRK und die Anerkennung der darin enthaltenen Gewährleistungen sind ohnehin für jeden europäischen Staat alternativlos. Dementsprechend groß ist auch die Zahl der Staaten, die die EMRK ratifiziert haben. Hinter der EMRK steht der (faszinierende) Gedanke europäischer einheitlicher rechtsstaatlicher Gewährleistungen, der gleichwohl die Identität des nationalen Rechts und ihre Besonderheiten unangetastet lässt. Mit der Unterwerfung unter die Kontrolle des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) ist so die Vorstellung einer (zumindest mittelfristigen) Annäherung unterschiedlicher Vorstellungen von menschenrechtlichen Gewährleistungen verbunden, die zu einer Integration möglichst vieler Staaten in ein europäisches System rechtsstaatlicher Standards führen kann. Hinzu kommt, dass die Überprüfung durch den EGMR anhand menschenrechtlicher Maßstäbe immer auch der Wahrung

des individuellen Rechtsschutzes dienen kann, auch wenn der EMRK selbst kassatorische Entscheidungen fremd sind und es Sache des V ertragsstaates ist, die festgestellte Konventionsverletzung, etwa durch Wiederaufnahme des Verfahrens, zu beseitigen.

2. Filterfunktion des Bundesverfassungsgerichts

Auch die Gefahr divergierender Entscheidungen von nationalem Verfassungsgericht und EGMR, etwa zu grund- bzw. menschenrechtlichen Gewährleistungen mit vergleichbaren Inhalten, hat in Deutschland nicht dazu geführt, über die Abschaffung einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung nachzudenken. Im Vordergrund stand und steht die Filterfunktion des Bundesverfassungsgerichts, die für eine Reduzierung der gegen Deutschland gerichteten Verfahren vor dem EGMR sorgt. Ohne eine vorangegangene Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht würden – nicht nur mit Blick auf die erfolgreichen Verfassungsbeschwerden – sicher mehr Verfahren beim EGMR anhängig gemacht. Auch so ist die Zahl der gegen Deutschland gerichteten Verfahren aber nicht gering. Von 64.500 einem Spruchkörper vorgelegten Verfahren im Jahre 2011 betrafen immerhin 1754 Fälle Deutschland; allerdings kam es nach dem Bericht des Bundesministeriums der Justiz vom 1. Juni 2012 über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und die Umsetzung seiner Urteile in Verfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland im Jahre 2011 (abrufbar über die Webseite des Bundesministeriums der Justiz www.bmj.de) lediglich in 31 Fällen zu Verurteilungen Deutschlands.

3. Divergierende Entscheidungen von Menschengerichtshof und nationalem Verfassungsgericht

An dieser Sichtweise hat sich auch dadurch nichts geändert, dass sich in jüngerer Vergangenheit die Gefahr abweichender Entscheidungen im Zusammenhang mit Urteilen zur Rückwirkung der Maßregel der Sicherungsverwahrung realisiert hat (vgl. BVerfG NJW 2004, 739 und NJW 2011, 1931, 2711 einerseits und EGMR NJW 2010, 2495 andererseits). Dies hat nur erneut auf ein ohnehin bestehendes Problem aufmerksam gemacht: Wie kann eine womöglich unterschiedliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einerseits und des EGMR andererseits zu identischer bzw. zumindest annähernd vergleichbarer grund- bzw. menschen-

rechtlicher Gewährleistung (etwa dem Rückwirkungsverbot nach Art. 103 Abs. 2 GG bzw. Art. 7 Abs. 1 EMRK) harmonisch in das deutsche Rechtssystem integriert werden? Dies ist vor dem Hintergrund bedeutsam, dass die EMRK im Normensystem als einfaches Bundesrecht unterhalb der V erfassung steht und die Auslegung des Grundgesetzes und ihrer Grundrechte dem Bundesverfassungsgericht obliegen, die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und seine Ausrichtung auf die Menschenrechte aber die Berücksichtigung der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR gebieten. Die daraus resultierenden Schwierigkeiten sind jedoch aus Sicht des deutschen Bundesverfassungsgerichts, die auch der EGMR in Akzeptanz der innerstaatlichen Rechtsordnung Deutschlands teilt, überwindbar. Danach dienen die EMRK und deren Auslegung durch die Rechtsprechung des EGMR auf der Ebene des V erfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt. Die Grundrechte verstehen sich als Ausprägung der Menschenrechte, die sie als Mindeststandard in sich aufgenommen haben. Die Heranziehung der EMRK als Auslegungshilfe zielt dabei nicht auf eine schematische Parallelisierung einzelner verfassungsrechtlicher Begriffe, sondern dient der Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen (und damit von Verurteilungen durch den EGMR). Eine Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts mit der Konvention ist auch nicht in jedem Fall zwingend. Sie hat etwa dort Grenzen, wo die Möglichkeit einer konventionsfreundlichen Auslegung nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint. Von Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht abweichende Judikate des EGMR eröffnen, auch wenn sie keine unmittelbare Änderung der V erfassungsrechtslage herbeiführen, dem Bundesverfassungsgericht als „erhebliche Änderung der Sach- und Rechtslage“ (wie im Zusammenhang mit Entscheidungen zur Sicherungsverwahrung geschehen) die Möglichkeit, entgegenstehende Rechtsprechung aufzugeben oder nach den Maßgaben einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu modifizieren. Die Gefahr sich unauf löslich gegenüberstehender Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und EGMR, die zu einer Neuorientierung im Verhältnis beider Gerichte führen könnte, dürfte danach nicht (mehr) bestehen.

III. Fazit

Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz und Menschenrechtsschutz nach der EMRK haben in Deutschland – schon im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Regelungsinhalte – jeweils eine selbständige Bedeutung. Dabei steht der nationale Schutz durch das Bundesverfassungsgericht im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht nur mit Blick auf die nach

der EMRK notwendige Rechtswegerschöpfung des nationalen Rechtswegs im Vordergrund, sondern auch weil sich das Instrument im Laufe der Jahrzehnte bewährt und Akzeptanz bei den Bürgern gefunden hat. Der Menschenrechtsschutz nach der EMRK entfaltet insbesondere dort seine Bedeutung, wo mit der Rezeption menschenrechtlicher Gewährleistungen durch das Bundesverfassungsgericht der grundrechtliche Schutzbereich um europäisch weiterreichende Garantien ausgedehnt wird.



Палац 1 | Palais 1 | Palace 1

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in Germany

I.

The Protection of Fundamental Freedoms According to the Basic Law

The German constitution, the Basic Law from 1949, places the inviolable dignity of the person at the very beginning: to respect and protect this is the obligation of all state powers. That is why the German people profess to inviolable and inalienable human rights as the foundation of all human society, peace, and justice throughout the world. And that is why the Basic Law creates fundamental rights which are binding to all state powers: legislative, executive, and judicial (Art. 1(1–3) Basic Law (*Grundgesetz*, GG)). And the Basic Law goes even further: the essential content of the fundamental freedoms may not be violated in any situation (Art. 19(2) GG), and an amendment of these principles is categorically prohibited with the “guarantee in perpetuity” (Art. 79(3) GG). With this institutionalization of fundamental freedoms – not least with the background of the experiences in the Weimar Republic –, the writers of the constitution in 1949 created a bastion which was meant to protect the individual from the state’s infringement on their rights. The goal was to limit the power of the state, which was to be prohibited from doing whatever it wished with its citizens.

At first, the Basic Law could not bring itself to give the citizens a legal possibility to admonish the state for possible violations of fundamental rights on their own. The citizens’ only possibility was to assert constitutional violations in legal proceedings, for example in criminal courts, and trust that

the expert courts would remedy the situation and would not themselves commit any constitutional violations.

The Basic Law may have created the Federal Constitutional Court (Art. 92, 93 GG), but this was (only) a “Constitutional Court,” which was primarily to decide on the interpretation of the Basic Law if constitutional organs or the federal and *Länder* governments were in a dispute as well as in concrete procedures for normative controls (Art. 100(1) GG). The preservation of the fundamental rights of the individual, however, could not be guaranteed in this way, as was quickly realized, in particular because it could not be ruled out that proceedings in expert courts could lead to violations of fundamental rights which could not be appealed. In 1951, therefore, the procedural order for the Federal Constitutional Court was created (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) to introduce the constitutional complaint which could be raised by anyone with the claim that his fundamental rights had been violated (or other rights set equal to these fundamental rights by the Basic Law such as Art. 101, 103, and Art. 104 GG). In a politically difficult period, in 1969 this law was placed into the Basic Law, giving a hint as to its importance in the German judicial system of the time.

In the meantime, the constitutional complaint has already begun its “triumphal procession.” The legal remedy has been accepted by the citizens. In the period between 1951 and 2012, a total of 200,965 claims were filed at the Federal Constitutional Court. 194,005 of these were constitutional complaints. Most were not accepted for a decision. Only 4,549 constitutional complaints were successful. That is about 2.35%. Despite such a low success rate, the general public has over time been generally satisfied with the work of the Court. It used the majority of the proceedings to settle numerous constitutional questions, gave the fundamen-

* The author is Professor at the Goethe University Frankfurt am Main and judge in the 2nd Criminal Division of the Federal Court of Justice in Karlsruhe.

tal freedoms outlines and clarity, and managed to strike a balance (although particular details have certainly been controversial) between the state exercise of power on the one hand and the rights of the individual on the other. Not least, merely the processing of the numerous constitutional complaints led to a certain "contentment" because the individual could be certain that his concern had been checked once more from a constitutional perspective. Due to this, there was little criticism of the Federal Constitutional Court's work that the individual citizen had no chance of success in trying to claim violations of a fundamental right. Objections came from another side. The court was not uncontested because politicians in particular thought the jurisprudence of the Federal Constitutional Court placed too strict limitations on state power under the guise of constitutional questions and that the Federal Constitutional Court had from this perspective become a "substitute legislator" which dealt with clarifying purely political questions going beyond the tasks charged to it by the constitution.

Regardless, the importance of the Federal Constitutional Court for the democratic rule-of-law state in the Federal Republic of Germany is not a matter of debate. Because this course of legal remedy stems from providing the individual with the option of filing a constitutional complaint against possible violations of fundamental rights, it is an integral part of the German legal protective system, although the question may be continually raised as to how the number of claims could be limited in order to ensure the functionality of the Court.

II.

Protection of Human Rights According to the European Convention on Human Rights (ECHR)

With the profession to inviolable and inalienable human rights in the Basic Law in 1949, the foundation was set for German participation in international agreements or conventions for the protection of human rights. It is therefore not surprising that, in 1952, Germany ratified the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) which was signed by the governments of the member-states of the Council of Europe on 4 November 1950. Since the ECHR came into effect on 15 December 1953, it has been applicable to the entirety of the Basic Law. It does not have constitutional rank but is (only) a federal law.

Similar to a constitutional complaint, the ECHR contains

the possibility for individual complaints by which anyone can turn to the European Court of Justice with the claim that one of the member-states violated a right recognized by the Convention (or one of its protocols, Art. 34 ECHR). With this, measures taken by German state powers which the Federal Constitutional Court deemed to be unproblematic from a constitutional standpoint are subject to an (additional) review according to the standards of the ECHR. Germany thus has almost 60 years of experience with successive national constitutional controls by the courts on the one hand and, on the other, international review using human rights standards. These experiences have been consistently positive and have not called into question the "double" court control of state measures by the Federal Constitutional Court and the European Court for Human Rights.

1. Goal of Common Rule-of-Law Guarantees in Europe

The agreement with the ECHR and the recognition of the guarantees therein have no real alternative for any European state. The number of states which have ratified the ECHR is accordingly high. Behind the ECHR lies the (fascinating) idea of common European rule-of-law guarantees which, at the same time, leave the identity of national law and its particularities untouched. With the submission to the control of the European Court of Human Rights (ECtHR) is linked the idea of a (middle-term) convergence of different ideas of human rights guarantees which can lead to an integration of as many states as possible in a European system of rule-of-law standards. In addition, the control by the ECtHR using human rights standards can also serve to preserve individual legal protection, even if the ECHR does not acknowledge casatory decisions itself and the member-state must remedy the ascertained violation of the Convention, for example by revision.

2. Filter Function of the Federal Constitutional Court

The danger of diverging decisions of the national constitutional court and the ECHR, for example on guarantees of human rights and fundamental freedoms with similar contents, did not lead to a discussion about abolishing the constitutional court's revision in Germany. In the foreground was and is the filter function of the Federal Constitutional Court which provides for a reduction in the number of claims filed against Germany before the ECtHR. Without a previous re-

view by the Federal Constitutional Court, and not only in terms of successful constitutional complaints, there would surely be more claims filed with the ECtHR. But even then, the number of complaints made against Germany is not insignificant. Of the 64,500 claims brought before one panel of judges in 2011, 1,754 were against Germany. However, according to a report of the Federal Ministry of Justice on 1 June 2012 on the decisions of the European Court of Human Rights and the implementation of its decisions in proceedings against the Federal Republic of Germany in 2011 (the report can be accessed on the homepage of the Federal Ministry of Justice www.bmj.de), the complaints were upheld in only 31 cases.

3. Diverging Decisions of the Human Rights Court and National Constitutional Court

Nothing has changed in this perspective despite the fact that in the recent past, the danger of diverging decisions has been realized in the context of the decisions on retroactive preventive custody (cf. *BVerfGE* NJW 2004, 739 and NJW 2011, 1931, 2711 on the one hand and ECtHR NJW 2010, 2495 on the other). This has drawn attention to an already existing problem: How can differing jurisprudence by the Federal Constitutional Court and the ECtHR on identical or at least comparable fundamental or human rights guarantees (for example the prohibition of retroactivity according to Art. 103(2) GG and Art. 7(1) ECHR) both be integrated in the German legal system? This is important with the background that in the German system of norms, the ECHR has the status of a regular federal law and therefore ranks below the constitution, and the interpretation of the Basic Law and its fundamental freedoms is the competency of the Federal Constitutional Court; however, the Basic Law's positive attitude towards international law and its orientation on human rights require the consideration of the ECHR in its interpretation by the ECtHR. The difficulties resulting from this are manageable from the perspective of the Federal Constitutional Court, though, a view which is also shared by the ECtHR and its acceptance of Germany's national legal order. According to this, the ECHR and its interpretation by the ECtHR's jurisprudence serve for an interpretation aid at the level of constitutional law in determining the content and scope of fundamental freedoms and rule-of-law principles of the

GG insofar as this does not lead to a limitation or reduction of the protection of fundamental freedoms according to the Basic Law (which are not intended by the Convention, cf. Art. 53 ECHR). The fundamental freedoms are understood as the specification of human rights which they have taken on as minimal standards. The use of the ECHR as an interpretation aid is therefore not aimed at a schematic parallelization of individual constitutional-legal terms but instead serves to avoid violations of international law (and thus of convictions by the ECtHR). Harmonizing domestic law with the Convention is also not necessarily in every case. For example, there are limits if the possibility of a Convention-friendly interpretation according to recognized methods of legal and constitutional interpretation no longer seems justifiable. When decisions by the ECtHR differ from those of the Federal Constitutional Court, even if they do not directly lead to a change in the constitutional legal situation, the German Court has the possibility of giving up opposing jurisprudence or modifying it according to the stipulations of an international-law-friendly interpretation if it is deemed a "significant change of the factual and legal situation" (such as in the context of the decisions on preventive custody). The danger of irresolvable differences in jurisprudence between the Federal Constitutional Court and the ECtHR which could lead to a re-orientation of the relationship between the two courts should therefore (now) be non-existent.

III. Conclusion

The protection of fundamental freedoms according to the Basic Law and the protection of human rights according to the ECHR have an independent importance in Germany – even just regarding their varying contents. The national protection by the Federal Constitutional Court in constitutional complaints proceedings is at the forefront not only regarding the necessary exhaustion of national legal remedies required by the ECHR, but also because it is the instrument which has stood the test of time for decades and been accepted by the citizens. The protection of human rights by the ECHR becomes important in particular when, with the reception of human rights guarantees by the Federal Constitutional Court, the protective scope of fundamental freedoms is expanded to include European guarantees which extend further.

Погляд українського студента
в Німеччині на Україну

Sicht eines ukrainischen Studenten
in Deutschland auf die Ukraine

View of an Ukrainian Student
Living in Germany on Ukraine



Вікно | Fenster | Window

Україна – Історія, формування, орієнтації –

Україна – дуже молода країна, яка лише з розпадом Радянського Союзу в 1991 році нарешті здобула свою незалежність.¹ До сьогоднішнього дня Україна все ще бореться з проблемами, які в основі своїй мають історичне походження. Так, деякі регіони України, ще до виникнення Радянського Союзу, значний проміжок часу відносились до Російської імперії.² Над іншою частиною країни панували поперемінно різні європейські держави, переважно Польща. Ці обставини до сьогодні є приводом для проблем. Для того, щоб зрозуміти ці питання та їх наслідки для європеїзації української державності, буде дуже корисним заглянути в історичне минуле України.

I. Історичне формування

Навіть питання про історичне походження українців є в історії суперечливим. Фактом є те, що українці, росіяни і білоруси мають спільне походження, а їх державою була Київська Русь (8 століття).³ Суперечним є питання про те, чи українці, росіяни і білоруси з того часу йшли різними шляхами, чи всі ці народи мають все-таки спільну історію?⁴ Якщо виходити з того, що вони йшли історично різними шляхами, то панування царя, а пізніше і Радянського Союзу на території України, визначається як іноземне, але якщо сприймати історію цих народів як одне ціле, то українці завжди були частиною Російської імперії та її комуністичного еквіваленту. Нікого не здивує, що як за офіційною історією Росії так і за сприйняттям цієї історії її народами, українці (малороси) і білоруси (білоруси) мають одну з росіянами (великоросами) спільну історію.⁵ Частково саме це пояснює дуже чутливу реакцію зі сторони Росії на прагнення України до емансипації.⁶ На-

приклад, на даний час цією реакцією є погрози загальної перевірки митними органами Росії, які вступають в дію з 14 серпня 2013 року, всіх ввізних українських товарів, що, в свою чергу, буде мати великі економічні наслідки для України.⁷ Справжнім результатом цього була би величезна затримка, а іноді навіть зупинка українського експорту в Росію.⁸ Дещо раніше була введена заборона на імпорту шоколаду українського виробництва⁹, офіційною причиною є невідповідність якості, але насправді все відбувалось з політичних причин. Такі дії Росії націлені, в першу чергу, на українських олігархів, які зазнають великих збитків через проблеми на митниці. Цим самим Росія вимагає від олігархів неопосередкованого впливу на політику та засоби масової інформації, спрямовуючи всі сили на посилення проросійського і послаблення проєвропейського настрою в країні.¹⁰ На думку експертів, в разі приєднання України до ЄС очікуються подальші економічні «штрафні санкції» з боку уряду Росії.¹¹ Враховуючи те, що Україна вивозить 25% свого експорту в Росію, це може стати серйозним ударом для української економіки.¹² Позиція Росії по відношенню до України стає зрозумілою з історії. Проте в Україні основна проблема полягає в тому, що сам український народ не має єдиного уявлення про українську ідентичність. Причиною цього є те, що українці, як народ, мали різний історичний розвиток.¹³

1. Внутрішній розподіл

Після свого заснування, близько 8 століття,¹⁴ Київська Русь була центром східнослов'янської культури. Москва, наприклад, була просто зовнішнім постом держави на північній межі.¹⁵ Через князівські чвари і внутрішню слабкість межі князівств змінювалися до тих пір, поки в дванадця-

тому столітті Київська Русь все-таки не розпалася внаслідок втрати великих територій монголо-татарам. Під час столітнього правління монголо-татар (Золотої Орди) утворюється на неокупованих західних територіях колишньої Київської Русі Галицько-Волинське князівство.¹⁶ Цей розподіл території Київської Русі зумовив розвиток останньої як двох окремих частин і таким чином культурний розподіл людей на її територіях. Невелика частина сьогоденної східної України після перемоги Івана III над татарами була звільнена від Золотої Орди. Пізніше Іван III, його син і особливо його внук – Іван IV (Грізний) – в серйозних, але невдалих боях, намагалися визволити з-під польсько-литовської влади та повернути всі території колишньої Київської Русі.¹⁷ Незважаючи на це, над більшою частиною сучасної України влада Польсько-Литовського союзу продовжувалась з 16 до 17 століття. У цей час утворюється у прикордонних територіях козацька культура. Козаки були воїнами, які одночасно і обробляли землю, і на початку свого існування хотіли тільки уникнути польсько-литовського панування. У певному значенні вони були зберігачами своєї східнослов'янської культури і релігії, так як культурний обмін з тодішнім східнослов'янським культурним центром в Москві був відсутнім. Саме через відсутність зв'язку козаків з Москвою їх культуру можна було б назвати староукраїнською. Через їх зростаючу кількість та у зв'язку з нестримною дискримінацією східних слов'ян в Польсько-Литовському союзі, вони були достатньо міцними для значного послаблення цього союзу, але не досить сильними для свого становлення, і саме тому козаки звернулися в 17 столітті до російського царя за допомогою. Чи вони просто заключили альянс, чи вони підпорядкувалися його правлінню, – це питання залишається історично суперечливим, так як немає ніяких документів з того часу.¹⁸ Факт залишається фактом, що з цього часу Росія взяла кермо влади в свої руки. Разом з козаками війська царської Росії відвоювали у Польсько-Литовського королівства Білорусію, але потім зупинили наступ по рішення російського царя. Це сталося тому, що до звільнення всієї сучасної української території Польсько-Литовському союзу вдалося заключити мирний договір із Російською імперією. Західна Україна залишилася на польсько-литовській території (частково до Дніпра), в той час як Схід України був російським і козаки поступово почали інтегруватися до царської армії.¹⁹ Нині, козаки становлять значну частину російської історії і культури (донські козаки, волзькі козаки, терські козаки, кубан-

ські козаки і т.д.), хоча деякі розмовляють все ще на староукраїнському діалекті, названим балачкою.

У 18 столітті в процесі поділу Польщі частини колишнього князівства Волинського перейшли до Росії.²⁰ До цього часу дві частини сьогоденної України протягом століть розвивалися під різним культурним впливом. Хоча в Царській Росії 18-го і 19-го століть цьому розмеженню протидіяв культурний обмін і вирівнювання системи, але це вирівнювання захопило не всі території сучасної України. Принаймні, в Центральній і Східній Україні поступово зникала різниця між великоросами (росіянами) і малоросами (українцями).²¹ Наслідком цього є те, що в 19-му столітті нові прояви українського національного руху були основані в значній мірі на основі сільського населення, оскільки більша частина української еліти вважала себе частиною Російської імперії. З іншого боку, на територіях України, які були під контролем Польщі, українцям було відмовлено в рівних правах з поляками, що спонукало стрімкий розвиток українських націоналістів саме в цих областях, а не на території Російської імперії. На противагу цьому, українці на території Польщі могли розвивати свою мову і культуру вільніше, ніж у Царській Росії, де ці зусилля були забороненими. На хвилі індустріалізації 19-го століття, особливо в Східній Україні (видобуток, обробка металу і т.д.), зміцнюються зв'язки мешканців з центром імперії. Крім того, все більше жителів Царської Росії переїжджає в міста України, в той час, як українське населення в основному залишається сільським.²²

2. Радянський період

Незважаючи на зазначені обставини, в революційному хаосі, що підіймався в Царській Росії (1918р.), Україна оголосила свою незалежність від Російської імперії (хоча спочатку в формі Української Федеративної Республіки в межах Росії). Ця структура була нестійкою,²³ і в кінці трималася лише за допомогою німецьких і австрійських військ, які переслідували свої власні інтереси.²⁴ На додаток до внутрішніх розбіжностей в уряді і в народі (місцями велась громадянська війна), була також боротьба між Польщею та Західною Україною, а пізніше і між Польщею та Радянською Росією, яка згодом знищила перспективи української незалежності.²⁵ На певний час вдалося полякам навіть відвоювати українську столицю Київ, яка була потім звільнена Червоною Армією. Накінець Україна все-таки стала частиною Радянського Союзу, але Радянській

Росії не вдалося звільнити Західну Україну (східну Галичину, Волинь і т.д.), тому ці регіони залишилися під польським контролем.²⁶ У Радянському Союзі спроба України здобути незалежність не залишилась непоміченою і саме тому напочатку були дозволені розвиток та збереження української культури для зменшення культурного тиску. Саме тому у Радянському Союзі українська культура підтримувалась сильніше, ніж це взагалі було можливим у царській Росії. Виникли українські школи, українська література була перекладена українською мовою, українська преса почала процвітати і т.д.

Лише при Сталіні пішла хвиля русифікації по всій країні, її супроводжував терор сталінського режиму. У пам'яті українців збереглися передусім часи «штучного»²⁷ голоду (Голодомору) 1932–33 років, під час якого загинули від 4 до 6 мільйонів українців.²⁸ Наступним значним ударом для України стала Друга світова війна, чисельність жертв якої для України нараховує понад 5.000.000, на додаток до цього, Україна на протязі тривалого періоду була окупована німецькими військами. Тільки після смерті Сталіна настав знову розквіт української культури, який за часів панування Брежнєва мав поступитися гіпотезі, що на території Радянського Союзу живе єдиний радянський народ, який розмовляє російською мовою. Цей тиск більш всього застосувався в Центральній та Східній Україні.²⁹ Це закінчилося лише з появою Горбачова, а потім і взагалі з розпадом Радянського Союзу (1991р.).³⁰

3. Додаток

Для того, щоб зрозуміти внутрішні суперечки в Україні, важливо також відзначити, що лише після Другої світової війни західна частина сучасної України вступила нарешті під контроль Радянських республік, а отже було остаточно з'єднання з іншою частиною української держави.³¹ Наступним головним болем для української політики є те, що у 1954 році Українській Радянській Соціалістичній Республіці був переданий півострів Крим (подарунок Хрущова), який з історичної точки зору ніколи не був українським і на якому сьогодні, в основному, проживають росіяни.³² У Радянському Союзі ця передача була простою формальністю, так як це все було єдиною державою, але сьогодні це має далекосяжні наслідки.³³

II.

Наслідки історичних подій

Різноманітність української історії є відповідальною за політичні дії, які відбувались і відбуваються на Україні, і є предметом наукових суперечок, які можуть бути тут приведені лише поверхово.³⁴ Однак, суспільний поділ українського населення, який згадувався в попередній частині, також має геополітичні наслідки. Так, в межах України посилено обговорюється близькість України до Європи чи до Росії.³⁵

Відрядно, що більшість українського населення сповідує українську незалежність.³⁶ Це відноситься навіть до Кримського півострова, хоча він насправді просто російський анклав на Україні.³⁷ На жаль, цей аспект іноді єдине, не беручи до уваги жителів Криму, що об'єднує Захід і Схід України. Одним із найбільший конфліктів між Заходом та Сходом держави є питання мови. Так, тільки 20% українського населення (з російською та іншими меншинами) розмовляють виключно українською мовою. Інші 80% розмовляють двома або лише російською мовою. Зі всього населення України українській мові у повсякденному житті віддає перевагу лише дещо більше половини населення, а в містах України використовується переважно російська мова. При цьому російська мова навіть не є другою державною мовою в Україні. У додаток до всього 18% українського населення говорить російсько-українською мовою, «суржиком», змішуючи обидві мови.³⁸ І хоча тільки 3,9% українців, за даними загальнонаціонального опитування, визнають вирішальне значення мови для української ідентичності,³⁹ можна побачити в повсякденному застосуванні тієї чи іншої мови перші ознаки внутрішнього розколу українського буття.⁴⁰ Цей розподіл, як вище вказано, не є питанням про те, чи є Україна суверенною державою з самобутньою культурою, а більш важливим є питання відчуття приближення населення до Європи чи до Росії.⁴¹ Україна з її історією розмежована на проросійський Схід (включаючи Кримський півострів) та проєвропейський Захід, з нечіткою межею в Центральній Україні.⁴² Зібрані дані про історичне формування характеру українців підтверджують,⁴³ що східні українці відчувають себе пов'язаними з Росією, в той час як західні українці сприймають досить короткий період російського панування на Україні як іноземну окупацію.⁴⁴ Захід України, посилаючись на історичний досвід європейських інститутів (Магдебурзьке право, самоврядування і т.д.), відчуває

себе європейським. На протипагу цьому ні Схід, ні Південь України не поділяють цієї точки зору і через історичні і культурні зв'язки з Росією вони скоріше відчувають себе ближче до «брата» по культурі.⁴⁵ У цьому контексті звучить також цитата колишнього голови Європейської конвенції Валері Жискар д'Естен:

«Частина України має по суті європейський характер – це саме ті регіони, які належали Польщі і були раніше частиною Польсько-Литовського союзу, і навпаки, області, що знаходяться на східній частині Дніпра, так само, як і південні райони країни, мають російський характер.»⁴⁶

Різне історичне формування має свої наслідки. Таким чином, населення в Східній Україні відчуває загрозу українізації з боку Західної України.⁴⁷ Західні українці через свої сильні антиросійські позиції просто виключають велику частину українського населення з їхнього розуміння історії.⁴⁸ У них, на жаль, відсутня готовність до компромісу. Коли мало бути схвалено офіційне визнання російської мови поруч з українською у східних та південних областях України, це викликало не тільки великі демонстрації за і проти по всій країні, а й фізичні бійки в українському парламенті.⁴⁹ Це внутрішнє розділення українського народу має вплив на зближення України з Європейським Союзом, що буде розглянуто надалі.⁵⁰

III.

Нелегке наближення до Європи

Україна є другою за територією країною в Європі, населення якої нараховує близько 46 мільйонів. Таким чином, з моменту здобуття нею незалежності збільшився інтерес у Німеччини та Європейського Союзу до її економічного і політичного значення. Тим більше, що після розширенням ЄС на схід, Україна має спільний кордон з Європейським Союзом.⁵¹

Перша велика домовленість між Україною та ЄС (Угода про партнерство і співробітництво) була підписана у 1994 році. Цю угоду супроводжувало явне бажання українського керівництва до майбутньої інтеграції України в євроатлантичні структури.⁵² Але на відміну від колишніх Радянських Прибалтійських Республік Україна не відвернулася від Росії. Вона з самого початку оголосила Росію найважливішим стратегічним партнером.⁵³

У результаті цієї політичної еквілібристики Україна до 1999 року все ще не виконала всі пункти, які були обумовлені в угоді 1994 року про партнерство та співробітництво, і саме тому ЄС хоч і вітав вибір проєвропейського напрямку українського керівництва після прийняття «загальної стратегії для України» все ж таки не бачив жодних перспектив майбутнього вступу країни в ЄС.⁵⁴ Незважаючи на неодноразово висловлене бажання України брати участь у європейському проєкті, країна з 1999 по 2004/2005 роки все-таки рухалась паралельно з розвитком подій в Росії, а разом з цим в протилежному Європі напрямку. Особливо виділяються обмеження свободи преси⁵⁵ та все ще наскрізь проникла корупція в країні.⁵⁶ Згідно Індексу корупції Transparency International за даними 2012 року Україна знаходиться на 144-му зі 174 можливих місць (кращий показник «1») і є приблизно настільки ж корумпованою країною, як Ємен, Еритрея, Конго. Ще до 2004 року ЄС відмовився від ідеї членства України, тому що Україна все більше і більше відступала від демократичних і конституційних принципів.⁵⁷ У результаті Україні був наданий статус країни-сусіда Європейського Союзу. З цим було пов'язано прагнення союзу до тіснішого співробітництва, але без перспектив членства в ЄС.⁵⁸ Незважаючи на це, європейська політика сусідства спрямована на спонукання країн-сусідів до реформ в економіці, юстиції, енергетиці, транспорті і т.д. для забезпечення кращої участі в роботі внутрішнього європейського ринку. Лише справжнім стимулом для далекоглядних змін є членство в Європейському Союзі. І цей стимул у країн-сусідів відсутній.⁵⁹

Разом з «Помаранчевою революцією» в 2004 році до влади в Україні прийшов уряд явно прозахідного настрою, який оголосив членство України в ЄС його головною метою і пообіцяв провести необхідні для цього реформи.⁶⁰ Цього разу слова супроводжували справи, такі наприклад, як реструктуризація уряду. Було вжито заходів, які повинні були гарантувати виконання плану дій по приєднанню України до ЄС. Це включало також наближення українського законодавства до європейського. План полягав у тому, що Україна мала бути готовою для приєднання через десять років (тобто близько 2015 року).⁶¹ Однак Європейський союз уникав обіцяти Україні більше, ніж лише покращення Європейської політики сусідства.⁶² Після виборів 2006 року прийшла до влади проросійська фракція і змінила напрямок зовнішньої політики в Україні.⁶³ Дійшло до того, що заяви міністра закордонних справ від проза-

хідної фракції та прем'єр-міністра від проросійської фракції були відкрито суперечними.⁶⁴

Після виграних парламентських виборів у 2006 року проросійська фракція виграла також президентські вибори у 2010 році. Незважаючи на це, український уряд розпочав у 2008 році переговори щодо угоди про асоціацію з Європейським Союзом.⁶⁵ За договором, для того, щоб узяти участь у вільній торгівлі в Європі, Україна зобов'язувалась через відповідні угоди реформувати свою внутрішню систему (європеїзуватися). У 2011 році згода була готовою до підписання.⁶⁶ На жаль, підписання угоди неодноразово відкладалося. Винувата в цьому головним чином сама Україна, бо її проросійський уряд у той самий час починає політику переслідування опозиціонерів.⁶⁷ Не можна сказати, що Україна нічого не зробила для цієї угоди. Були прийняті закони по боротьбі з корупцією, проведена утилізація старої зброї, почалося реформування державної служби, а також розпочалося реформування судово-правової системи.⁶⁸ Але випадки вибіркового застосування правосуддя проти активістів опозиції (наприклад, у випадку з Тимошенко), затемнили досягнутий прогрес в Україні. Після аналізу процесів опозиціонерів місія Європейського парламенту дійшла до висновку, що вироки у справах активістів опозиції були замовленими. Не були дотримані ні міжнародно-правові принципи, ні принципи державного законодавства.⁶⁹ Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) описав утримання під вартою опозиційного політика в 2010 році як «свавільне і незаконне».⁷⁰ У той самий час Росія виступає з пропозицією Україні вступити до Євразійського Союзу.⁷¹ Супроводжується ця пропозиція ледь прихованими погрозами, у випадку вибору України напрямку ЄС.⁷² Ця «пропозиція» з боку Росії є для українського керівництва дуже своєчасна у тому сенсі, що воно знає, що ЄС, хотів би уникнути повторної інтеграції України в Росію. Це веде до того, що вже кілька голосів в ЄС наполягають на підписанні угоди про асоціацію з Україною, навіть якщо Україна далеко ще не відповідає умовам згоди, що ще більше погіршується відсутністю політичної волі нинішнього керівництва для їх виконання. Навпаки, нинішній уряд працює діловито для демонтажу демократичних інститутів для забезпечення стабільності своєї влади.⁷³ Те, що на початку переговорів щодо угоди в 2008 році, можливо було прийняти як «недоліки» демократії, сьогодні перетворилося на псевдодемократію з авторитарними тенденціями.⁷⁴ Навіть той факт, що президент України помилював одного з ув'язнених

дисидентів, навіть якщо самого безневинного із усіх, є для ЄС гарним знаком.⁷⁵ Проти прискореного підписання цієї угоди говорить однак те, що в історії ЄС це перша за своїм обсягом угода з країною, що не являється членом ЄС, і саме тому союз має наполягати на дотриманні, принаймні, основних європейських принципів.⁷⁶

У зв'язку із розділенням України на Схід-Захід-Південь, слід зазначити, що навіть в проросійській частині країни близько 60% населення ставиться до ЄС позитивно. Однак, зв'язок населення на Сході та на Півдні України з радянською культурою дуже великий (тут асоціюють себе з радянським народом)⁷⁷ і Росія буде робити все для того, щоб цей зв'язок надалі не втрачав своєї сили (через телебачення, кіно, інші засоби масової інформації, економіку і т.д.). На жаль, тут відіграє велику роль не тільки ностальгія за старими часами, а й тенденція до авторитаризму.⁷⁸ Ця тенденція підтримується лише через прирівнювання прозахідної пропаганди руху до західно-українського націоналізму і десов'єтизації до дерусифікації. Це дозволяє більшу частину населення, особливо східних та південних українців, відносно легко мобілізувати проти демократичних реформ, тому що вони бояться західного українського націоналізму і радикальної дерусифікації.⁷⁹ Відсутність готовності західних українців до компромісу з південними українцями вносить, на жаль, свою гірку участь до розвитку конфлікту.⁸⁰ Тільки у столиці України, місті Києві, вдається розвіяти ці асоціації і саме тому Київ, з його переважно російською мовою і змішаним населенням (росіяни та українці), обирає на виборах в значній мірі просвіропейський та продемократичний напрямок.⁸¹

Примітка

- 1 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення. (Stökl, Russische Geschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart.), 6. Вид., 1997, С. 892.
- 2 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація. (Leontiy, Deutsch-Ukrainische Wirtschaftskommunikation. Ethnographisch-gesprächsanalytische Fallstudien), 1. Вид., 2009, С. 157.
- 3 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 159.
- 4 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 3.
- 5 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 3.
- 6 Аумюллер Й., Там же був Пушкін. Росія та її втрачена імперія. (Aumüller, Da war doch Puschkin. Russland und sein verlorenes Imperium), В: Süddeutsche-Online, 17.05.2010.
- 7 Гнаук Г., Радник Путіна погрожує Україні «Катострофою». (Gnauck, Putin-Berater droht Ukraine mit „Katastrophe“), В: Die Welt-Online, 26.07.2013, С. 2.
- 8 Шуллер К., Краще всього – стіна навколо України. (Schuller, Am liebsten eine Mauer um die Ukraine), Frankfurter Allgemeine-Online 24.08.2013, С. 1.
- 9 Оларчук, Putin piles pressure on Ukraine, В: Financial Times-Online, 29.07.2013.

- 10 Шуллер К., Краще всього – стіна навколо України... С. 2.
- 11 Оларчук, Putin piles pressure on Ukraine... .
- 12 Шуллер К., Краще всього – стіна навколо України... С. 1.
- 13 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 159.
- 14 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 42.
- 15 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 113.
- 16 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 160.
- 17 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 161.
- 18 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 163.
- 19 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 319.
- 20 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 164.
- 21 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 165.
- 22 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 167.
- 23 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 664.
- 24 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 158, 167.
- 25 Східна Україна була вже радянською.
- 26 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 661.
- 27 Спричинено примусовим збором продуктів харчування, незважаючи на неврожай та зниження продуктивності внаслідок колективізації сільського господарства. Постраждала в основному Україна., – Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 168.
- 28 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 169.
- 29 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 170.
- 30 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 171.
- 31 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 169.
- 32 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 892.
- 33 Аумюллер Й., Там же був Пушкін. Росія та її втрачена імперія... .
- 34 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 173.
- 35 Штьокл Г., Російська історія. Від джерел до сьогодення... С. 893.
- 36 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська ідентичність між Сходом і Заходом, В: Айзенберг Дж. і Мейер Т., Європейська ідентичність як проект. Внутрішні і зовнішні сторони., (Rjabschuk, Ambivalentes Grenzland: Die ukrainische Identität zwischen Ost und West, In: J. Eisenberg und T. Meyer, Europäische Identität als Projekt. Innen- und Außenansichten.), 1. Вид., 2009, С. 156.
- 37 Кольб М., Розірвана та зневірена країна. Участь України в кавказькій кризі. (Kolb, Ein zerrissenes und verunsichertes Land. Ukraine in der Kaukasus-Krise), В: Süddeutsche-Online, 17.05. 2010, С. 2.
- 38 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська... С. 146/147.
- 39 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська... С. 147.
- 40 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 174.
- 41 Дивись вище.
- 42 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська... С. 150.
- 43 Дивись вище.
- 44 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 174.
- 45 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 174.
- 46 Valéry Giscard d'Estaing in Rzeczpospolita 11.2005 Nr.7, S. 26 – 27.
- 47 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 175.
- 48 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 175.
- 49 Agence France-Presse (AFP), Російська? Ти в мене зараз зхопиш..., В: TAZ-Online, 25.05.2012.
- 50 Леонтій Г., Німецько-українська бізнес-комунікація... С. 174.
- 51 Бос Е., Країни СНД, В: Шмідт З., Гельман Г., Вольф Р., Посібник з зовнішньої політики Німеччини., 2013р., (Bos, Die GUS-Staaten, In: S. Schmidt, G. Hellmann, und R. Wolf, Handbuch zur deutschen Außenpolitik. 2013), С. 457.
- 52 Марчетті А., Нове розширення Європейського Союзу? Німецька та польська точки зору в питанні вступу України та Туреччини до ЄС., В: Йегер Т., Дюлла Д.В., Німеччина та Польща. Європейська та інтернаціональна політика. (Marchetti, Eine neuerliche EU-Erweiterungsrunde? Deutsche und polnische Standpunkte zur Frage eines EU-Beitritts der Ukraine und der Türkei, In: T. Jäger und D. W. Dylla, Deutschland und Polen. Die europäische und internationale Politik.), 1. Вид., 2008р., С. 146.
- 53 Бос Е., Країни СНД... С. 318.
- 54 Бос Е., Країни СНД... С. 319.
- 55 Бос Е., Країни СНД... С. 319.
- 56 Німецьке суспільство за іноземну політику. «Корупція всюдисюща». Продажні чиновники, поступливі суди, політичні процеси: Україна повинна вирішити проблеми зі своєю корупцією. (Deutsche Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V. (DGAP), „Die Korruption ist allgegenwärtig“. Käufliche Beamte, willfähige Gerichte, politische Prozesse: Die Ukraine muss ihr Korruptionsproblem lösen.), Think Tank Dokument, 2011, С. 1.
- 57 Бос Е., Країни СНД... С. 319.
- 58 Марчетті А., Нове розширення Європейського Союзу?... С. 145.
- 59 Бос Е., Країни СНД... С. 322.
- 60 Бос Е., Країни СНД... С. 323.
- 61 Бос Е., Країни СНД... С. 324.
- 62 Бос Е., Країни СНД... С. 325.
- 63 Марчетті А., Нове розширення Європейського Союзу?... С. 147.
- 64 Бос Е., Країни СНД... С. 328.
- 65 Хофман М., Угода спрямовує Україну на шлях реформ. В: Східний комітет німецької економіки – онлайн, (Hofmann, Abkommen bringt Ukraine auf Reformkurs, In: Ost-Ausschuss der Deutschen Wirtschaft-Online.), 19.12.2011.
- 66 Хофман М., Угода спрямовує Україну на шлях реформ ...
- 67 Буссе Н., Угода про асоціацію. ЄС йде назустріч Україні. (Busse, Assoziierungsabkommen. EU geht auf Ukraine zu), В: Frankfurter Allgemeine Zeitung – Online, 29.03.2012, С. 1.
- 68 OTS прес-реліз, президент комісії ЄС підтримує підписання угоди про асоціації між ЄС та Україною. (OTS Pressemitteilung, Präsident der EU-Kommission befürwortet die Unterzeichnung des Assoziierungsabkommens zwischen der EU und der Ukraine), В: Focus-Online, 12.07.2013.
- 69 Шуллер К., Місія ЄС в Україні. «Вибіркове правосуддя та нелюдське ставлення». (Schuller, EU-Mission in der Ukraine. „Selektive Justiz und unmenschliche Behandlung“), В: Frankfurter Allgemeine Zeitung – Online, 30.10.2012, С. 2.
- 70 Німецьке інформаційне агенство, Страсбург: суд піддає критиці свавільне правосуддя на Україні, (Deutsche Presse-Agentur (DPA), Straßburg: Gericht rügt Willkür der Justiz in der Ukraine), В: Spiegel – Online, 04.07.2013.
- 71 Кірхенгаст Й., ЄС та Україна: подвійний конфлікт., (Kirchengast, EU und Ukraine: Das doppelte Dilemma), В: der Standart.at – Online, 26.03.2013, С. 1.
- 72 Гнаука Г., Радник Путіна погрожує Україні «Катастрофою»... С. 1.
- 73 Умланд А., Історичний момент України: можливість його втратити, В: Зеркало недели. Украина – Online, 15.02.2013, С. 3.
- 74 Умланд А., Історичний момент України... С. 2, 3.
- 75 Лехнер Г., Янукович подає сигнал ЄС. Президент України намагається за підтримку критиків здобути бали. (Lechner, Janukowitsch setzt ein Signal Richtung EU. Der Präsident der Ukraine versucht mit der Freilassung von Kritikern zu punkten), В: Wiener Zeitung – Online, 08.04.2013, С. 1.
- 76 Умланд А., Історичний момент України... С. 2, 3.
- 77 Дивись вище.
- 78 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська... С. 156.
- 79 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська... С. 157.
- 80 Дивись вище.
- 81 Рябчук М., Двоїсте прикордоння: українська... С. 157.



Мемориал | Mahnmal | Memorial

Ukraine

– Geschichte, Prägungen, Orientierungen –

Die Ukraine ist ein sehr junges Land, das erst mit dem Zerfall der Sowjetunion 1991 tatsächlich unabhängig wurde.¹ Bis heute hat die Ukraine mit daraus resultierenden Problemen zu kämpfen, die größtenteils historischen Ursprungs sind. So gehörten Teile der Ukraine, bis auf einige zuvor gescheiterte Unabhängigkeitsversuche (z.B. 1918),² nicht nur der Sowjetunion, sondern über einen langen Zeitraum bereits dem Russischen Reich an. Andere Teile des Landes wurden hingegen abwechselnd immer wieder von anderen europäischen Mächten, überwiegend aber von Polen, gehalten. Bis heute führen diese Umstände zu Problemen. Um diese Probleme und ihre Folgen für die Europäisierung des ukrainischen Staatssystems verstehen zu können, kann ein Blick auf die historische Last der Ukraine hilfreich sein.

I. Die historische Prägung

Bereits bei der Frage nach dem historischen Ursprung und dem Werdegang der Ukrainer gibt es Streit. Fakt ist, dass neben den Ukrainern auch die Russen und die Weißrussen aus dem gemeinsamen Ursprungsstaat „Kiewer Ruß“ (8. Jahrhundert) entstammen.³ Die Quelle der Streitigkeit liegt in der Frage, ob die Ukrainer, die Russen und die Weißrussen bereits ab da historisch getrennte Wege gingen oder eben doch auf eine gemeinsame Geschichte zurückblicken?⁴ Geht man von ersterem aus, lässt sich die Herrschaft des Zaren und später auch die der Sowjetunion über die Ukraine als Fremdherrschaft definieren, während bei einer gemeinsamen Geschichtswahrnehmung die Ukrainer immer ein Teil des Russischen Reichs bzw. seines kommunistischen Äquivalents waren. Es wird wohl nicht überraschen, dass nach der offiziellen Geschichtsschreibung Russlands und in dem Empfinden seiner

Bevölkerung die Ukrainer (Kleinrussen) und die Weißrussen (Belorussen) eine mit den Russen (Großrussen) gemeinsame Geschichte haben.⁵ Das erklärt teilweise auch deren oft schon fast emotionale Reaktion auf die Bestrebungen der Ukraine sich zu emanzipieren.⁶ Aktuell sind besonders die Drohungen mit wirtschaftlichen Konsequenzen⁷ und die ab dem 14. August vom russischen Zoll überraschend veranlasste Generalüberprüfung aller ukrainischen Importgüter zu benennen. Das hatte eine gewaltige Ausfuhrverzögerung und teilweise sogar einen Ausfuhrstopp für ukrainische Ware zu Folge.⁸ Etwas früher erging schon, offiziell aus Qualitätsgründen, aber tatsächlich aus politischen Gründen, ein Verbot auf Einfuhr ukrainischer Schokoladenproduktion.⁹ Damit zielt Russland vor allem auf die ukrainischen Oligarchen, die durch die Grenzprobleme große Verluste erleiden. Sie sollen ihre mediale und politische Macht im Sinne Russlands ausspielen und so die pro-europäische Stimmung im Land kippen.¹⁰ Sollte die Ukraine das angestrebte Abkommen mit der EU abschließen, werden laut Experten weitere wirtschaftliche „Strafsanktionen“ seitens der russischen Regierung erwartet.¹¹ In Anbetracht dessen, dass die Ukraine 25% ihrer Exporte nach Russland ausführt, könnte dies für die ukrainische Wirtschaft ein schwerer Schlag werden.¹² Die russische Einstellung zu der Ukraine ist historisch nachvollziehbar. In der Ukraine besteht aber das Problem, dass selbst das ukrainische Volk keine einheitliche Ansicht über die ukrainische Identität besitzt. Ursächlich dafür ist, dass die Ukrainer als Volk nicht auf einen einheitlichen historischen Werdegang zurückblicken können.¹³

1. Die innere Trennung

Nach seiner Gründung um das 8. Jahrhundert herum¹⁴ bildete das Reich der Kiewer Ruß den Mittelpunkt der ostslawischen

Kultur. Moskau z.B. war nur ein Außenposten des Reiches am äußersten nördlichen Rand.¹⁵ Aufgrund regionaler Konflikte und seiner inneren Schwächen fielen aber immer wieder Teile des Reiches in die Hände anderer Mächte, bis dann das ganze Reich im 12. Jahrhundert durch den Verlust von großen Territorien an die Mongolo-Tataren zerfiel. Während der 100 Jahre andauernden Herrschaft der Mongolo-Tataren (Goldene Horde) bildete sich auf den nicht besetzten Westgebieten der ehemaligen Kiewer Rus das Fürstentum Haljtsch-Wolodymyr (auch Haljtsch-Wolynskij genannt) heraus.¹⁶ Diese Aufteilung des ehemaligen Kiewer Rus-Territoriums bedingte spätestens ab da eine abweichende Entwicklung zweier Landesteile und damit auch eine kulturelle Trennung des Volkes darin. Diese wurde dann dadurch verstärkt, dass mit der aufkommenden Schwäche der Goldenen Horde sich Polen und Litauen im 14. Jahrhundert das Fürstentum Haljtsch-Wolodymyr einverleibten. Ein kleiner Teil der heutigen Ostukraine wurde durch den Sieg von Iwan dem Dritten über die Goldene Horde befreit. Nachfolgend lieferte sich Iwan der Dritte, sein Sohn und vor allem sein Enkel Iwan der Vierte (der Schreckliche) schwere aber erfolglose Kämpfe mit der Polnisch-Litauischen Union um die „Rückgabe“ der ganzen Gebiete der ehemaligen Kiewer Rus.¹⁷ Trotzdem dauerte die Herrschaft Polen-Litauens über die größten Teile der heutigen Ukraine vom 16. bis zum 17. Jahrhundert. In dieser Zeit bildete sich vor allem in den Grenzregionen zwischen den Reichen die Kosakenkultur heraus. Kosaken waren Krieger und gleichzeitig auch Bauern, die sich zu Beginn ihrer Entwicklung nur der polnisch-litauischen Herrschaft entziehen wollten. In gewisser Weise wurden sie dabei Bewahrer einer eigenen ostslawischen Kultur und Religiosität, die sich vielleicht als ur-ukrainisch bezeichnen ließe, da der kulturelle Austausch mit dem damaligen ostslawischen Kulturzentrum in Moskau fehlte. Durch ihre steigende Anzahl, bedingt durch die grassierende Benachteiligung der Ostslawen in Polen-Litauen, wurden sie stark genug, um das Polnische Reich enorm zu schwächen, doch nicht stark genug, sich alleine gegen dieses zu behaupten, weshalb sie sich im 17. Jahrhundert an den russischen Zaren wandten. Ob sie dabei nur ein Bündnis schlossen oder aber sich seiner Herrschaft unterordneten, bleibt historisch strittig, da es keine Dokumente aus der Zeit gibt.¹⁸ Tatsache bleibt, dass ab diesem Zeitpunkt Russland die Zügel in den Händen hielt. Zusammen mit den Kosaken entrissen russische Truppen dem Polnischen Reich Weißrussland, stoppten daraufhin aber auf russischen Befehl ihren Vormarsch. Denn noch vor der Befreiung des ganzen heutigen ukrainischen Territoriums gelang der Polnisch-Litau-

ischen Union ein Friedensschluss mit dem Russischen Reich. Die Westukraine blieb im polnisch-litauischen Herrschaftsbereich (zweitweise bis an den Dnjepr), während die Ostukraine russisch wurde und die Kosaken nach und nach in die zaristischen Streifkräfte integriert wurden.¹⁹ Heute gehören die Kosaken fest zur russischen Geschichte und Kultur (Don-Kosaken, Wolga-Kosaken, Terek-Kosaken, Kuban-Kosaken usw.), obwohl manche sogar noch eine Art altukrainischen Dialekt, genannt Balachka, sprechen.

Im 18. Jahrhundert gingen, mit der Teilung Polens, auch Teile des ehemaligen Fürstentums Wolhyniens an Russland über.²⁰ Bis dahin haben sich aber bereits zwei Landesteile der heutigen Ukraine über Jahrhunderte unter unterschiedlichen kulturellen Einflüssen entwickelt. Zwar wurde dem durch einen kulturellen Austausch und der Angleichung der Systeme im zaristischen Russland im 18. und 19. Jahrhundert entgegen gewirkt, doch betraf das immer noch nicht das ganze Territorium der heutigen Ukraine. Zumindest in der Zentral- und Ostukraine schwanden dabei aber auch die Unterschiede zwischen den Großrussen und den Kleinrussen (Ukrainern) immer mehr.²¹ Das hatte auch zur Folge, dass die im 19. Jahrhundert aufkommende ukrainische Nationalbewegung sich größtenteils nur auf die bäuerliche Bevölkerungsschicht stützen konnte, da ein großer Teil der ukrainischen Elite sich dem russischen Zarenreich zugehörig sah. In den noch von Polen kontrollierten Gebieten der Ukraine war den Ukrainern dagegen die Gleichberechtigung mit den Polen versagt, weshalb die ukrainischen Nationalisten auf diesen Gebieten einen größeren Zuspruch erhielten. Zudem konnten die im polnischen Herrschaftsbereich befindlichen Ukrainer ihre Sprache und Kultur besser entfalten als in dem zaristischen Russland, in dem diese Bestrebungen verboten waren. Im Zuge der aufkommenden Industrialisierung im 19. Jahrhundert wurde vor allem der Osten der Ukraine (Bergbau, Metallbearbeitung) noch stärker (z.B. wirtschaftlich) mit dem russischen Kernland verbunden als zuvor. Zudem zogen immer mehr Russen in die Städte der Ukraine, während die ukrainische Bevölkerung größtenteils noch bäuerlich blieb.²²

2. Die sowjetische Zeitperiode

Trotz der zuvor genannten Umstände, erklärte die Ukraine in dem aufkommenden revolutionären Chaos des zaristischen Russlands ihre Unabhängigkeit (1918) vom Russischen Reich (zu Beginn aber nur als ukrainische föderative Teilrepublik Russlands). Das Gebilde war aber instabil²³ und hielt sich ge-

gen Ende nur mit Hilfe deutscher und österreichischer Truppen am Leben, die aber eigene Interessen verfolgten.²⁴ Neben der inneren Uneinigkeit in der Regierung und im Volk (teils Bürgerkrieg), waren es auch die Kämpfe zwischen Polen und der Westukraine und später zwischen Polen und Sowjetrußland, die die Aussicht auf eine ukrainische Unabhängigkeit vernichteten.²⁵ Zeitweise gelang Polen sogar die Eroberung der ukrainischen Hauptstadt Kiew, die nur noch durch die Rote Armee befreit werden konnte. Schlussendlich wurde die Ukraine ein Teil der Sowjetunion, wobei Sowjetrußland an der Befreiung der Westukraine (Ostgalizien, Wolhynien usw.) noch scheiterte, weswegen diese unter polnischer Kontrolle blieb.²⁶ Als Reaktion auf die zuvor gescheiterte Unabhängigkeitsbestrebung der Ukraine, wurde in der Sowjetunion die ukrainische Kulturpflege zunächst erlaubt, um den kulturellen Druck zu mindern. Dadurch förderte die Sowjetunion die ukrainische Kultur stärker, als das im zaristischen Rußland jemals möglich war. Es entstanden ukrainische Schulen, die ukrainische Literatur wurde auch in Ukrainisch verlegt, die ukrainische Presse erblühte usw.

Erst unter Stalin rollte wieder eine Russifizierungswelle über das Land, begleitet vom Terror des stalinistischen Regimes. Im ukrainischen Gedächtnis blieb vor allem die Zeit des „künstlichen“²⁷ Hungers (Golodomor) 1932–33 haften, durch den vier bis sechs Millionen Ukrainer ihr Leben ließen.²⁸ Ein weiterer schwerer Schlag für die Ukraine waren die Opfer des zweiten Weltkriegs (über 5 Millionen), zumal das Land über einen großen Zeitraum von deutschen Truppen besetzt gewesen war. Erst nach Stalins Tod gab es wieder ein Aufblühen der ukrainischen Kulturförderung, die dann aber zur Breschnews Zeiten der Vorstellung weichen musste, dass es ein Sowjetvolk auf russischsprachiger Grundlage gebe. Von dem darauffolgenden Assimilierungsdruck war vor allem wieder die Zentral- und Ostukraine betroffen.²⁹ Das endete erst wieder mit Gorbatschow und dann endgültig mit dem Zerfall der Sowjetunion (1991).³⁰

3. Ergänzend

Für das Verständnis um die innere Spaltung in der Ukraine ist auch zu bedenken, dass erst nach dem Zweiten Weltkrieg endlich auch die Westukraine unter die sowjetische Kontrolle gelangt und damit endgültig der Anschluss an den Rest des ukrainischen Landes hergestellt wurde.³¹ Weitere Kopfschmerzen für die ukrainische Politik bereitet die 1954 der ukrainischen Sowjetrepublik übertragene Halbinsel Krim (Ge-

schenk von Chruschtschow), die historisch gesehen nie ukrainisch gewesen war und bis heute größtenteils von Russen bewohnt wird.³² In der Sowjetunion war diese Übertragung eine reine Formalie, da es ja alles ein Staat gewesen war; heute hingegen hat diese weitreichende Folgen.³³

II.

Folgen der historischen Prägung

Die Nachwehen der ukrainischen Geschichte sind für die heutige politische Realität in der Ukraine mannigfaltig und Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzungen, die hier nur oberflächlich angeschnitten werden können.³⁴ Nichtsdestotrotz hat die bereits im Kapitel zuvor angesprochene gesellschaftliche Teilung der ukrainischen Bevölkerung auch geopolitische Auswirkungen. So wird auch innerhalb der Ukraine stark um die Nähe der Ukraine zu Europa oder eben zu Rußland gestritten.³⁵

Erfreulich ist, dass sich der Großteil der ukrainischen Bevölkerung zu der ukrainischen Unabhängigkeit bekennt.³⁶ Das gilt sogar für die Halbinsel Krim, obwohl diese doch eigentlich eine russische Enklave in der Ukraine darstellt.³⁷ Leider ist dieser Aspekt manchmal das Einzige, was die Ostukrainer und die Westukrainer eint: nämlich von der Krimbevölkerung nicht zu sprechen. Die herausragendste Konfliktfrage liegt bereits in der Sprachfrage. So sprechen nur 20% der ukrainischen Bevölkerung (mit den russischen und anderen Minderheiten zusammen) auch ausschließlich Ukrainisch. Der Rest spricht entweder beides oder nur Russisch. Von der ganzen Bevölkerung bevorzugt nur knapp die Hälfte die ukrainische Sprache auch im Alltag, wobei gerade in den Städten des Landes überwiegend Russisch Verwendung findet. Dabei ist Russisch nicht einmal zweite Staatssprache. Zu allem sprechen auch noch 18% der ukrainischen Bevölkerung die russisch-ukrainische Sprachmischung Surzhyk.³⁸ Und obwohl bei einer landesweiten Umfrage nur 3.9% der Ukrainer die Sprache als wirklich ausschlaggebend für die ukrainische Identität bezeichneten,³⁹ lassen sich gerade an der im Alltag bevorzugten Sprache die ersten Anzeichen für eine innerukrainische Identitätsspaltung festmachen.⁴⁰ Diese Spaltung betrifft, wie bereits geschrieben, nicht die Frage, ob die Ukraine ein eigenständiger Staat mit einer eigenständigen Kultur sei, sondern eher das Zugehörigkeitsgefühl der Bevölkerung zu Europa oder zur Rußland.⁴¹ Die Ukraine ist ihrer Geschichte wegen in einen pro-russischen Osten (und die Halbinsel Krim) und einem pro-europäischen Westen ge-

spalten, wobei eine klare Grenze zwischen den Lagern in der Zentralukraine verläuft und schwer zu ziehen ist.⁴² Die erhobenen Daten über die historische Prägung der Ukrainer zeigen,⁴³ dass die Ostukrainer sich auch heute noch mit Russland verbunden fühlen, während die Westukrainer die eher kurzen Perioden der russischen Herrschaft über die Westukraine als fremde Besetzung empfinden.⁴⁴ Der Westen der Ukraine schöpft zudem aus den historischen Erfahrungen mit europäischen Institutionen (Magdeburger Recht, Selbstverwaltung, Interessensverbände) und sieht daher sein Zuhause in Europa. Demgegenüber teilt der Osten und der Süden der Ukraine diese Erfahrungen nicht und fühlt sich durch die historische und auch kulturelle Verbundenheit mit Russland dem kulturellen „Bruder“ näher.⁴⁵ In diesem Zusammenhang steht auch das Zitat von dem ehemaligen Vorsitzenden des europäischen Konvents Valéry Giscard d'Estaing:

„Ein Teil der Ukraine verfügt in der Tat über einen europäischen Charakter – es handelt sich hier um die Regionen die zu Polen gehörten und, in noch früheren Zeiten, Teil der Polnisch-Litauischen Union waren. Die östlich des Dnjeprs gelegene Gebiete hingegen haben, ebenso wie die südlichen Regionen des Landes, einen russischen Charakter.“⁴⁶

Die unterschiedliche historische Prägung hat Folgen. So fühlen sich die Menschen in der Ostukraine von den aus der Westukraine stammenden ukrainischen Nationalisierungsbestrebungen bedroht.⁴⁷ Durch ihre starke nationale, antirussische Haltung schließen die Westukrainer einen großen Teil der ukrainischen Bevölkerung aus ihrem Geschichtsverständnis einfach aus.⁴⁸ Folglich fehlt es ihnen dabei auch an Kompromissbereitschaft. Als in den östlichen und südlichen Gebieten der Ukraine die offizielle Verwendung der russischen Sprache neben der ukrainischen Sprache genehmigt werden sollte, führte das nicht nur zu großen Pro- und Contra-Demonstrationen, sondern auch zu einem physischen Schlagabtausch im ukrainischen Parlament.⁴⁹ Diese innere Spaltung der ukrainischen Nation hat auch Auswirkung auf die Annäherung der Ukraine an die Europäische Union, die im Folgenden zu behandeln sind.⁵⁰

III.

Die holprige Annäherung an Europa

Die Ukraine ist territorial das zweitgrößte Land in Europa und mit etwas über 46 Millionen Einwohnern auch sehr bevölkerungs-

stark. Daher hat sie für Deutschland und für die Europäische Union seit ihrer Unabhängigkeit an wirtschaftlicher und politischer Bedeutung zugenommen. Zumal, durch die Osterweiterung der EU, die Ukraine nun direkt an der Grenze zur Europäischen Union liegt.⁵¹

Das erste große Abkommen zwischen der EU und der Ukraine (Partnerschafts- und Kooperationsabkommen) wurde 1994 abgeschlossen. Begleitet wurde dieses Abkommen von dem ausdrücklich geäußerten Wunsch der ukrainischen Führung nach einer zukünftigen Integration der Ukraine in die euro-atlantischen Strukturen.⁵² Doch im Gegensatz zu den ehemaligen baltischen Sowjetrepubliken hat sich die Ukraine dabei aber nicht von Russland abgewandt. Sie erklärte Russland von Beginn an zu ihrem wichtigsten strategischen Partner.⁵³ Infolge dieses politischen Spagats hatte die Ukraine auch im Jahre 1999 noch nicht alle Punkte des aus dem Jahr 1994 stammenden Partnerschafts- und Kooperationsabkommens erfüllt, weswegen die EU zwar die pro-europäischen Richtungswahl der ukrainischen Führung durch die Verabschiedung einer „Gemeinsamen Strategie für die Ukraine“ begrüßte, aber noch keine Perspektive für einen zukünftigen Beitritt des Landes in die EU sah.⁵⁴ Trotz des mühenartig proklamierten Wunsches der Ukraine nach Teilnahme am europäischen Projekt, bewegte sich das Land vor allem zwischen 1999 und 2004/2005, parallel zur der Entwicklung in Russland, in die entgegengesetzte Richtung. Zu nennen ist die Einschränkung der Pressefreiheit⁵⁵ und die bis heute allgegenwärtige Korruption im Land.⁵⁶ Nach dem Korruptionsindex von Transparency International aus dem Jahr 2012 befindet sich die Ukraine auf dem Rang 144 von 174 möglichen (der beste Wert liegt bei 1) und ist in etwa so korrupt wie Jemen, Eritrea oder Kongo. Weil die Ukraine auch immer lascher mit den demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien umging,⁵⁷ hat die EU spätestens 2004 die Idee von einer Mitgliedschaft der Ukraine aufgegeben. In Folge wurde dem Land der Status eines EU-Nachbarlandes zugewiesen. Damit verbunden ist der Wunsch nach engerer Zusammenarbeit, aber ohne Aussicht auf eine Mitgliedschaft in der EU.⁵⁸ Nichtsdestotrotz zielt auch die europäische Nachbarschaftspolitik darauf ab, die Nachbarschaftsländer zu Reformen in der Wirtschaft, Justiz, Energie, Verkehr usw. anzutreiben, um eine bessere Teilnahme am EU-Binnenmarkt zu ermöglichen. Was aber oft für weitgehende Veränderungen fehlt, ist eben der Anreiz einer möglichen EU-Mitgliedschaft.⁵⁹

Mit der „oranigen Revolution“ 2004 gelangte eine eindeutig pro-westliche Regierung in der Ukraine an die Macht.

Gleich darauf erklärte diese die Mitgliedschaft der Ukraine in der EU zu ihrem obersten Ziel und versprach die nötigen Reformen.⁶⁰ Den Worten sind diesmal auch Taten gefolgt, wie z.B. die Umstrukturierung der Regierung. Es wurden Maßnahmen eingeleitet, die die Umsetzung des EU-Aktionsplans garantieren sollten. Dazu gehörte auch die Annäherung des ukrainischen an das europäische Rechtssystem. Der Plan war, dass die Ukraine in zehn Jahren (also ca. 2015) für den Beitritt bereit gewesen wäre.⁶¹ Die Europäische Union blieb hingegen skeptisch und vermied es vorerst, der Ukraine mehr als die Verbesserung des Nachbarschaftsstatus zu versprechen.⁶² Durch die 2006 von der pro-russischen Fraktion gewonnene Parlamentswahl schlich sich wieder eine Diskrepanz in die ukrainische Außenpolitik ein.⁶³ Es ging sogar soweit, dass der der pro-westlichen Fraktion angehörende Außenminister und der der pro-russischen Fraktion angehörende Ministerpräsident sich eindeutig widersprachen. Immer wieder wurden die Aussagen des ukrainischen Außenministers als „nicht autorisiert“ bzw. als dessen „Privatmeinung“ deklariert.⁶⁴

Nach der 2006 gewonnenen ukrainischen Parlamentswahl hat die pro-russische Fraktion auch die ukrainische Präsidentenwahl im Jahre 2010 für sich entschieden. Ungeachtet dessen hat die ukrainische Regierung im Jahre 2008 mit Verhandlungen über ein Assoziierungsabkommen mit der Europäischen Union begonnen.⁶⁵ Durch ein entsprechendes Abkommen müsste die Ukraine ihr System reformieren (europäisieren), um an dem Freihandel im europäischen Raum teilnehmen zu können. 2011 war das Abkommen fertig.⁶⁶ Leider verzögert sich die Unterzeichnung des Abkommens immer wieder. Schuld daran ist größtenteils die Ukraine selbst, weil ihre pro-russische Regierung mit der Verfolgung von Oppositionellen begonnen hat.⁶⁷ Es ist dabei nicht so, dass die Ukraine für dieses Abkommen nichts getan hat. So wurden Antikorruptionsgesetze verabschiedet, alte Waffenschatzen entsorgt, Reformen des öffentlichen Dienstes angestrebt etc. Auch die Reformierung des Rechts- und Justizsystems hat begonnen.⁶⁸ Dennoch hängen die Fälle der selektiven Justizanwendung bei Oppositionellen (z.B. Fall Timoschenko) wie dunkle Wolken über jedem Fortschritt. Nach der Analyse der Prozesse kam die Mission des Europäischen Parlaments zum Schluss, dass die Ausgänge der Prozesse gegen Oppositionelle vorbestimmt waren. Weder wurden internationale, völkerrechtliche Prinzipien noch nationale Gesetze richtig befolgt.⁶⁹ Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bezeichnete die Inhaftierung, vorerst nur eines der früheren Oppositionsmitglieder aus dem Jahr 2010, für „willkürlich und un-

gesetzlich“.⁷⁰ In diesen Konflikt schlägt auch noch Russland mit einem Angebot an die Ukraine hinein, sich der Eurasischen Union anzuschließen.⁷¹ Begleitet wird dieses Angebot mit kaum verdeckten Drohungen, sollte sich die Ukraine doch für die EU entscheiden.⁷² Dieses „Angebot“ seitens Russlands spielt der jetzigen ukrainischen Führung in die Hände, weil sie weiß, dass die EU eine Wiedereingliederung der Ukraine an Russland, auch wenn vorerst nur durch eine Zollunion, gern vermeiden würde. So mehren sich bereits Stimmen in der EU, die auf die Ratifizierung des Assoziierungsabkommens drängen, auch wenn die Ukraine längst nicht alle Bedingungen dazu erfüllt hat und ihrer jetzigen Führung der politische Wille zur Erfüllung dieser Bedingungen fehlt. Im Gegenteil betreibt die jetzige Regierung eifrig den Rückbau demokratischer Institutionen, um ihre Macht zu sichern.⁷³ Konnte man die Ukraine zu Beginn der Verhandlungen über das Abkommen im Jahr 2008 noch als „fehlerbehaftete“ Demokratie deklarieren, hat sich die heutige Ukraine in eine Pseudodemokratie mit autoritären Zügen gewandelt.⁷⁴ Zumindest hat der ukrainische Präsident einen der inhaftierten Oppositionellen, auch wenn den harmlosesten von allen, begnadigt, was als Zeichen an die EU gewertet wird.⁷⁵ Gegen den baldigen Abschluss könnte momentan dennoch sprechen, dass die EU noch nie ein so großes Abkommen mit einem Nicht-EU-Land abschließen wollte, wie das jetzt angestrebte, weswegen die EU zumindest auf die Einhaltung der elementaren europäischen Prinzipien pochen könnte.⁷⁶

Im Zusammenhang mit dieser West-Ost-Süd-Trennung der Ukraine muss angemerkt werden, dass auch in dem pro-russischen Teil des Landes die Mehrheit der Bevölkerung (ca. 60%) der EU gegenüber positiv eingestellt ist. Doch ist die Bindung der Ost-Süd-Ukrainer an die sowjetische Kultur (Sowjetvolk)⁷⁷ sehr groß und Russland tut alles, um diese Anbindung aufrecht zu erhalten (z.B. durch TV, Filme, andere Medien, wirtschaftliche Mittel usw.). Damit verbunden sind leider nicht nur nostalgische Gefühle nach alten Zeiten, sondern auch eine Tendenz zum Autoritarismus.⁷⁸ Diese Tendenz wird dadurch aufrecht erhalten, dass die pro-westliche Bewegung propagandistisch mit dem westukrainischen Nationalismus und die de-Sowjetisierung mit der de-Russifizierung gleichgesetzt werden. Dadurch lässt sich ein großer Teil der Bevölkerung und vor allem die Ost- und Südukrainer relativ leicht gegen demokratische Reformen mobilisieren, weil sie den westukrainischen Nationalismus und die radikale de-Russifizierung fürchten.⁷⁹ Leider tragen auch die Westukrainer, durch ihre fehlende Kompromissbereitschaft den Ost-Süd-

Ukrainern gegenüber, auch viel zu diesem Konflikt bei.⁸⁰ Nur in der Hauptstadt Kiew ist vorerst die Auflösung dieser Assoziation gelungen, weshalb Kiew, mit seiner überwiegend russisch-sprachigen und durchmischten Bevölkerung (Ukrainer und Russen), dennoch größtenteils pro-europäisch und pro-demokratisch wählt.⁸¹

Anmerkungen

- 1 Stökl, Russische Geschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, 6. Aufl., 1997, S. 892.
- 2 Leontiy, Deutsch-Ukrainische Wirtschaftskommunikation. Ethnographisch-gesprächsanalytische Fallstudien, 1. Aufl., 2009, S. 157.
- 3 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 159.
- 4 Stökl, wie Fn. 1, S. 3.
- 5 Stökl, wie Fn. 1, S. 3.
- 6 Aumüller, Da war doch Puschkin. Russland und sein verlorenes Imperium, In: Süddeutsche-Online, 17.05.2010.
- 7 Gnauck, Putin-Berater droht Ukraine mit „Katastrophe“, In: Die Welt-Online, 26.07.2013, S. 2.
- 8 Schuller, Am liebsten eine Mauer um die Ukraine, Frankfurter Allgemeine-Online 24.08.2013, S. 1.
- 9 Olearchyk, Putin piles pressure on Ukraine, In: Financial Times-Online, 29.07.2013.
- 10 Schuller, wie Fn. 8, S. 2.
- 11 Olearchyk, wie Fn. 9.
- 12 Schuller, wie Fn. 8, S. 1.
- 13 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 159.
- 14 Stökl, wie Fn. 1, S. 42.
- 15 Stökl, wie Fn. 1, S. 113.
- 16 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 160.
- 17 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 161.
- 18 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 163.
- 19 Stökl, wie Fn. 1, S. 319.
- 20 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 164.
- 21 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 165.
- 22 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 167.
- 23 Stökl, wie Fn. 1, S. 664.
- 24 Leontiy, wie Fn. 2, S. 158, 167.
- 25 Ostukraine war bereits Sowjetisch.
- 26 Stökl, wie Fn. 1, S. 661.
- 27 Verursacht durch hohe Lebensmittelabgaben, trotz Missernten und sinkenden Produktivität aufgrund der Kollektivierung der Landwirtschaft. Der Hunger betraf größtenteils, aber nicht nur die Ukraine. (Leontiy, wie Fn. S. 168.)
- 28 Leontiy, wie Fn. 2, S. 169.
- 29 Leontiy, wie Fn. 2, S. 170.
- 30 Leontiy, wie Fn. 2, S. 171.
- 31 Leontiy, wie Fn. 2, S. 169.
- 32 Stökl, wie Fn. 1, S. 892.
- 33 Aumüller, wie Fn. 6.
- 34 Siehe dazu Leontiy, wie Fn. 2, S. 173.
- 35 Stökl, wie Fn. 1, S. 893.
- 36 Rjabtschuk, Ambivalentes Grenzland: Die ukrainische Identität zwischen Ost und West, In: J. Eisenberg und T. Meyer, Europäische Identität als Projekt. Innen- und Außenansichten, 1. Aufl., 2009, S. 156.
- 37 Kolb, Ein zerrissenes und verunsichertes Land. Ukraine in der Kaukasus-Krise, In: Süddeutsche-Online, 17.05.2010, S. 2.
- 38 Rjabtschuk, wie Fn. 36, S. 146, 147.
- 39 Rjabtschuk, wie Fn. 36, S. 147.
- 40 Leontiy, wie Fn. 2, S. 174.
- 41 Siehe oben.
- 42 Rjabtschuk, wie Fn. 36, S. 150.
- 43 Siehe oben.
- 44 Leontiy, wie Fn. 2, S. 174.
- 45 Leontiy, wie Fn. 2, S. 174.
- 46 Valéry Giscard d'Estaing in Rzeczpospolita 11.2005 Nr. 7, S. 26–27.
- 47 Leontiy, wie Fn. 2, S. 175.
- 48 Leontiy, wie Fn. 2, S. 175.
- 49 Agence France-Presse (AFP), Russisch? Ich hau dir auf die ..., In: TAZ-Online, 25.05.2012.
- 50 Leontiy, wie Fn. 2, S. 174.
- 51 Bos, Die GUS-Staaten, In: S. Schmidt, G. Hellmann, und R. Wölfl, Handbuch zur deutschen Außenpolitik, 2013, S. 457.
- 52 Marchetti, Eine neuerliche EU-Erweiterungsrunde? Deutsche und polnische Standpunkte zur Frage eines EU-Beitritts der Ukraine und der Türkei, In: Tjäger und D. W. Dylla, Deutschland und Polen. Die europäische und internationale Politik, 1. Aufl., 2008, S. 146.
- 53 Bos wie Fn. 51, S. 318.
- 54 Bos wie Fn. 51, S. 319.
- 55 Bos wie Fn. 51, S. 319.
- 56 Deutsche Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V (DGAP), „Die Korruption ist allgegenwärtig“. Käufliche Beamte, willfährige Gerichte, politische Prozesse: Die Ukraine muss ihr Korruptionsproblem lösen, Think Tank Dokument, 2011, S. 1.
- 57 Bos wie Fn. 51, S. 319.
- 58 Marchetti, wie Fn. 52, S. 145.
- 59 Bos wie Fn. 51, S. 322.
- 60 Bos wie Fn. 51, S. 323.
- 61 Bos wie Fn. 51, S. 324.
- 62 Bos wie Fn. 51, S. 325.
- 63 Marchetti, wie Fn. 52, S. 147.
- 64 Bos wie Fn. 51, S. 328.
- 65 Hoffmann, Abkommen bringt Ukraine auf Reformkurs, In: Ost-Ausschuss der Deutschen Wirtschaft-Online, 19.12.2011.
- 66 Hoffmann, wie Fn. 65.
- 67 Busse, Assoziierungsabkommen. EU geht auf Ukraine zu, In: Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online, 29.03.2012, S. 1.
- 68 OTS Pressemitteilung, Präsident der EU-Kommission befürwortet die Unterzeichnung des Assoziierungsabkommens zwischen der EU und der Ukraine, In: Focus-Online, 12.07.2013.
- 69 Schuller, EU-Mission in der Ukraine. „Selektive Justiz und unmenschliche Behandlung“, In: Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online, 30.10.2012, S. 2.
- 70 Deutsche Presse-Agentur (DPA), Straßburg: Gericht rügt Willkür der Justiz in der Ukraine, In: Spiegel-Online, 04.07.2013.
- 71 Kirchengast, EU und Ukraine: Das doppelte Dilemma, In: der Standard.at-Online, 26.03.2013, S. 1.
- 72 Gnauck, wie Fn. 7, S. 1.
- 73 Umland, Исторический момент Украины: как он может быть упущен, In: Зеркало недели. Украина-Online, 15.02.2013, S. 3.
- 74 Umland, wie Fn. 72, S. 2,3.
- 75 Lechner, Janukowitsch setzt ein Signal Richtung EU. Der Präsident der Ukraine versucht mit der Freilassung von Kritikern zu punkten, In: Wener Zeitung-Online, 08.04.2013, S. 1.
- 76 Umland, wie Fn. 72, S. 2,3.
- 77 Siehe oben.
- 78 Rjabtschuk, wie Fn. 36, S. 156.
- 79 Rjabtschuk, wie Fn. 36, S. 157.
- 80 Siehe oben.
- 81 Rjabtschuk, wie Fn. 36, S. 157.



Memorial 2 | Mahnmal 2 | Memorial 2

Ukraine

– History, Influences, Orientation –

Ukraine is a very young country which only gained real independence in 1991 with the fall of the Soviet Union.¹ Even today Ukraine is fighting problems which are largely a result of historical circumstances. For example, with the exception of a few failed attempts at independence (e.g. 1918),² parts of Ukraine belonged not only to the Soviet Union but for a long period of time to the Russian Empire. Other parts of the country were claimed alternately by other European powers, primarily Poland. This results in problems even in the present. In order to understand these problems and their consequences for the Europeanization of the Ukrainian political system, a look at Ukraine's historical burden can be helpful.

I. Historical Influences

Even the question of the historical origin and development of Ukrainians is controversial. The fact is that, besides Ukrainians, Russians and Belarusians are descended from a common state – “Kievan Rus” (8th century).³ The source of controversy lies in the question of whether the Ukrainians, the Russians, or the Belarusians went their separate ways at this time or whether they share a common history.⁴ If one assumes the former, then the reign of the czars and later the Soviet Union over Ukraine can be defined as foreign rule, while the second interpretation – that of a common history – sees Ukrainians as having always been part of the Russian Empire or its Communist equivalent. It is probably not surprising that, according to official Russian histories and the feeling of Russian citizens, Ukrainians (“Little Russians”) and Belarusians have a common history with the Russians (“Great Russians”).⁵ That explains in part their often almost emotional reaction to the

Ukrainian efforts at emancipation.⁶ In particular, the current threats of economic consequences⁷ and the surprising decision made on 14 August 2013 by the Russian customs office to inspect all Ukrainian imports can be mentioned in this context. The result was an immense delay in exports and in part even a complete stop in the export of Ukrainian goods.⁸ Earlier, a ban on the import of Ukrainian chocolate had been passed, officially for quality reasons, but actually for political reasons.⁹ With this move, Russia was aiming primarily at Ukrainian oligarchs who suffer huge losses due to the border problems. The goal is to get them to use their media and political power in Russia's favor and overturn the country's pro-European sentiments.¹⁰ If Ukraine concludes the aspired agreement with the EU, then experts expect further economic “punitive sanctions” by the Russian government.¹¹ In light of the fact that 25% of Ukraine's exports are sent to Russia, this could be a serious blow to the Ukrainian economy.¹² The Russian attitude to Ukraine is historically understandable. In Ukraine, the problem is that even amongst the Ukrainian people there is not a common understanding of Ukrainian identity. The reason for this is that Ukrainians as a people cannot look back at a unified history.¹³

1. Internal Division

After its foundation around the 8th century,¹⁴ the Kievan Rus was the center of Eastern Slavic culture. Moscow, for example, was only an outpost of the empire on the furthest northern border.¹⁵ Due to regional conflicts and inner weaknesses, however, parts of the empire continually fell into the hands of other powers until the entire empire collapsed in the 12th century with the loss of vast territories to the Mongols. During the 100-year rule of the Mongols (Golden Horde), the

principality of Halych-Volhynia was built in the non-occupied Western regions of the former Kievan Rus.¹⁶ At the latest, this division of the former Kievan Rus territory led to separate developments in these two parts and to a cultural separation of the people. This was strengthened when, due to the growing weakness of the "Golden Horde," Poland and Lithuania absorbed the principality of Halych-Volhynia in the 14th century. A small part of today's East Ukraine was freed by the victory of Ivan "the Great" (III) over the Golden Horde. Subsequently, Ivan "the Terrible" (IV) fought heavy but unsuccessful battles with the Polish-Lithuanian Union for the "return" of all the territories of the former Kievan Rus.¹⁷ Despite these efforts, the Polish-Lithuanian rule over large parts of today's Ukraine lasted from the 16th to the 17th century. In this period, particularly in the border regions between the empires, the Cossack culture developed. The Cossacks were both warriors and farmers who, at the beginning, wanted to withdraw from the Polish-Lithuanian rule. In a sense, they thereby became the preservers of a unique East Slavic culture and religion that might be described as *ur-Ukrainian* since there was a lack of cultural exchange with the then-East Slavic cultural center in Moscow. Their numbers increased due to the rampant discrimination of East Slavs in the Polish-Lithuanian Union and became so large that they seriously weakened the Union, although their numbers were not so great as to oppose the Union on their own, which is why they turned to the Russian czars in the 17th century. Whether they only formed an alliance or submitted to Russian rule remains historically controversial since there are no documents from that time.¹⁸ The fact remains that, beginning at that point in time, Russia held the reins in its hands. Together with the Cossacks, the Russians conquered Belarus from the Polish-Lithuanian Empire, but at Russian command they then stopped their advance. Before they could free all of today's Ukrainian territory, the Polish-Lithuanian Union was able to conclude a peace agreement with the Russian Empire. The Western Ukrainians remained in the Polish-Lithuanian domain (at times up to the Dnieper), while the Eastern Ukraine became Russian and the Cossacks were gradually integrated in the czar's armed forces.¹⁹ Today the Cossacks are a part of Russian history and culture (Don Cossacks, Volga Cossacks, Terek Cossacks, Kuban Cossacks, etc.) even though some even speak a kind of old Ukrainian dialect called *Balachka*.

In the 18th century with the partition of Poland, parts of the former principality of Volhynia were also given to Russia.²⁰ Even up to then, however, two parts of the current territory

of the Ukraine had developed for centuries under different cultural influences. In czarist Russia in the 18th and 19th century, efforts were made to counteract this by means of cultural exchange and a harmonization of the systems, but even this did not affect the entire territory of today's Ukraine. At least in Central and Eastern Ukraine, however, the differences between the Great Russians and the Little Russians (Ukrainians) were slowly diminished.²¹ That also meant that the Ukrainian national movement which arose in the 19th century mostly had to rely on the peasant population, as a large part of the Ukrainian elite saw itself as belonging to the Russian czarist empire. In the Ukrainian areas still under Polish control, on the other hand, Ukrainians were denied equality with the Poles, and the Ukrainian nationalists in these territories therefore found more support. In addition, the Ukrainians in the Polish areas were better able to develop their language and culture than in czarist Russia, where these efforts were prohibited. In the course of the industrialization in the 19th century, particularly Eastern Ukraine (mining, metal industries) was more closely connected to the Russian heartland than before, e.g. economically. Furthermore, an increasing number of Russians moved to the Ukrainian cities while the Ukrainian population for the most part remained in rural areas.²²

2. The Soviet Period

Despite the circumstances described above, in the arising revolutionary chaos of czarist Russia, Ukraine declared its independence (1918) from the Russian Empire (at the beginning only as a Ukrainian federal constituent republic of Russia). This structure was unstable,²³ however, and towards the end was only held together with the help of German and Austrian troops who were following their own interests.²⁴ Besides the internal discord in the government and people (in part a civil war), the struggles between Poland and Western Ukraine and later between Poland and Soviet Russia destroyed the Ukrainian's hope of independence.²⁵ Poland even succeeded in temporarily conquering the Ukrainian capital Kiev, which was only freed by the intervention of the Red Army. Finally, Ukraine became a part of the Soviet Union, whereby Soviet Russia was not successful in liberating Western Ukraine (Eastern Galicia, Volhynia, etc.), meaning that those areas remained under Polish control.²⁶ As a reaction to the previously failed attempts at Ukrainian independence, in the Soviet Union the Ukrainians were first allowed to practice

their culture in order to provide a vent for the cultural pressure. This meant that the Soviet Union supported the Ukrainian culture more than had ever been possible in czarist Russia. Ukrainian schools were built, Ukrainian literature was also published in Ukrainian, Ukrainian media blossomed, etc.

It wasn't until Stalin came into power that another Russification wave rolled over the country, accompanied by the terror of the Stalinist regime. In the collective Ukrainian memory, particularly the period of the "man-made famine" (Holodomor)²⁷ in 1932–33 remains in which between four and six million Ukrainians died.²⁸ Another hard blow to Ukraine were the victims of the Second World War (over 5 million), particularly because the country was occupied by German soldiers for a long period of time. Only after Stalin's death did support for Ukrainian culture increase again, but in Brezhnev's time this had to make way for his dream of a Soviet people united by the Russian language. The pressure to assimilate resulting from this affected primarily Central and Eastern Ukraine.²⁹ That didn't end until Gorbachev and then finally with the collapse of the Soviet Union (1991).³⁰

3. In Addition

In order to understand the internal divisions in Ukraine, it must also be remembered that it wasn't until Western Ukraine fell under Soviet control after the Second World War that it was finally joined once again to the rest of Ukrainian territory.³¹ Another headache for Ukrainian politicians is the Crimean peninsula, gifted to Ukraine in 1954 by Khrushchey which historically had never been Ukrainian and even today its residents are primarily Russian.³² In the Soviet Union this transfer was a formality, as all the territory was part of one state, but today it has far-reaching consequences.³³

II.

Consequences of Historical Influences

The effects of Ukrainian history can be seen in numerous ways in today's political reality and are the object of academic debates that can only be touched upon here.³⁴ Still, the social division of the Ukrainian people described in the previous chapter also has geopolitical consequences. Within Ukraine, for example, there are intense arguments about Ukraine's closeness to Europe or Russia.³⁵

A positive note is that the majority of the Ukrainian population supports continued Ukrainian independence.³⁶ That is

even true for the Crimean peninsula even though this territory represents a Russian enclave inside Ukraine.³⁷ Unfortunately, this aspect is sometimes the only one which unites Eastern and Western Ukrainians, not to mention the Crimeans. The most prominent controversial issue is the question of language. Only 20% of the Ukrainian population (including the Russian and other minorities) speaks exclusively Ukrainian. The rest speak either only Russian or both. Only almost half of the population uses Ukrainian in their everyday lives, and mainly Russian is spoken in the cities, especially. Russian, however, isn't even the official second language. In addition to this, 18% of the Ukrainian population speak the Russian-Ukrainian language mix called Surzhyk.³⁸ And although only 3.9% of Ukrainians said that the language was truly important for Ukrainian identity in a nation-wide survey,³⁹ especially in everyday activities the preferred language gives a first indication for an inter-Ukrainian division of identity.⁴⁰ As previously described, this division does not reflect the question of whether Ukraine should be an independent state with its own culture, but rather the feeling of whether the population feels a stronger sense of belonging with Europe or Russia.⁴¹ Due to its history, Ukraine is split into a pro-Russian East (and the Crimean peninsula) and a pro-European West, whereby the boundary runs through Central Ukraine and is difficult to draw clearly.⁴² The data collected on the historic influences of the Ukrainians⁴³ show that Eastern Ukrainians still feel connected to Russia while Western Ukrainians look back on the rather short period of Russian rule over Western Ukraine as a time of foreign occupation.⁴⁴ Western Ukraine has also had historical experiences with European institutions (Magdeburg Law, self-administration, interest groups) and therefore sees itself more at home in Europe. In contrast, Eastern and Southern Ukraine do not share these experiences and feel itself closer to their cultural "brother" Russia due to historical and cultural connections.⁴⁵ The quote from former Chairman of the European Convention Valéry Giscard d'Estaing was also made in this context:

"A part of Ukraine has, indeed, a European character – these are the lands that had belonged to Poland and, earlier, to the Polish-Lithuanian Commonwealth. But the territories behind the Dnieper River and those to the south have a Russian character."⁴⁶

The differing historical influences have consequences. People in Eastern Ukraine feel threatened by the Ukrainian national-

zation movements coming from the West.⁴⁷ Because of their strong national, anti-Russian attitude, Western Ukrainians exclude a large part of the Ukrainian population from their understanding of history.⁴⁸ As a result, they lack a willingness to compromise. When the official use of Russian in addition to Ukrainian in the eastern and southern regions was to be approved, this led not only to large demonstrations for and against the bill but even to a physical fight in the Ukrainian parliament.⁴⁹ This internal division of the Ukrainian nation has an effect on Ukraine's efforts to move closer to the EU. These will be discussed in the following section.⁵⁰

III.

The Bumpy Road Towards Europe

Territorially, Ukraine is the second-largest European country and, with slightly more than 46 million people, also one of the largest in terms of population. It has therefore grown in economic and political importance for Germany and the European Union since its independence. This is especially true due to the eastern expansion of the EU, as Ukraine now directly borders the European Union.⁵¹

The first important agreement between the EU and Ukraine was the Partnership and Cooperation Agreement, concluded in 1994. This agreement was accompanied by the express wish of the Ukrainian government for a future integration of Ukraine in the Euro-Atlantic structures.⁵² But in contrast to the former Baltic Soviet Republics, Ukraine did not turn away from Russia. From the beginning it has declared Russia to be its most important strategic partner.⁵³ As a result of this political balancing act, in 1999 Ukraine had still not fulfilled all of the points in the Partnership and Cooperation Agreement from 1994. This led the EU to welcome the pro-European direction of the Ukrainian government with the passing of the "Common Strategy on Ukraine" but state that it did not see any prospects for a future accession of the country to the EU.⁵⁴ Despite the endlessly repeated proclamations of Ukraine that it wants to participate in the European project, particularly between 1999 and 2004/2005 the country moved in the opposite direction, parallel to the developments in Russia. Examples are the limitation of the freedom of the press⁵⁵ and the rampant corruption in the country which persists to the present.⁵⁶ According to Transparency International's Corruption Index from 2012, Ukraine was ranked 144 of 174 countries (the least corrupt country is ranked 1) and is therefore approximately as corrupt as

Yemen, Eritrea, or the Democratic Republic of Congo. Because Ukraine showed progressively less and less respect for democratic and rule-of-law principles,⁵⁷ at the latest in 2004 the EU had given up the idea of Ukrainian membership. As a result, the country was given the status of an EU neighborhood country. Linked to this is the desire for closer cooperation but without the perspective of EU membership.⁵⁸ Nevertheless, the EU neighborhood policies aim to drive economic, judicial, energy, traffic, etc. reforms in the neighboring countries in order to enable better participation in the EU internal market. But what is often lacking for far-reaching changes is the incentive of a possible EU membership.⁵⁹

With the "Orange Revolution" in 2004, a clearly pro-Western government came into power in Ukraine. Immediately afterwards, this administration declared Ukrainian membership in the EU to be its highest priority and promised to make the necessary reforms.⁶⁰ This time words were turned into action, for example the re-structuring of the government. Measures were introduced which were to guarantee the implementation of the EU Action Plan. Included in this was the harmonization of the Ukrainian with the European legal system. The plan was for Ukraine to be ready for accession in ten years (that would have been around 2015).⁶¹ The European Union, however, remained skeptical and at first avoided promising Ukraine more than an improvement of the neighborhood status.⁶² When the pro-Russian faction won the parliamentary elections in 2006, discrepancies once again appeared in Ukrainian foreign policy.⁶³ The pro-Western foreign minister and the pro-Russian prime minister even clearly contradicted each other. Again and again the statements of the Ukrainian foreign minister were declared to be "unauthorized" or representing "his personal opinion."⁶⁴

After winning the 2006 Ukrainian parliamentary elections, the pro-Russian faction also won the Ukrainian presidential election in 2010. Despite this, in 2008 the government began negotiations with the European Union on an Association Agreement.⁶⁵ With such an agreement, Ukraine would be obligated to reform (Europeanize) its system in order to participate in the free European market. In 2011 the agreement was concluded.⁶⁶ Unfortunately, the signing of the agreement has been repeatedly postponed. Ukraine itself is in large part at fault because its pro-Russian government has begun to persecute members of the opposition.⁶⁷ It is not the case that Ukraine has done nothing for this agreement. Anti-corruption laws were passed, for example, old weapons were disposed of, the civil service was reformed, etc. Even a

reform of the legal and judicial system has started.⁶⁸ Still, the selective use of justice on members of the opposition (e.g. the case of Tymoshenko) hangs like a dark cloud over every step towards progress. After analyzing the trials, the mission of the European Parliament reached the conclusion that the results of the trials against members of the opposition were pre-determined. Neither international principles nor national laws were correctly applied.⁶⁹ The European Court of Human Rights (ECtHR) also deemed the imprisonment (for now only that of a former opposition politician from 2010) to be “arbitrary and unlawful.”⁷⁰ Russia has also entered into this conflict by offering Ukraine the chance to join the Eurasian Union.⁷¹ This offer is accompanied by thinly disguised threats if Ukraine decides in favor of the EU.⁷² The Russian “offer” plays into the hand of the current Ukrainian administration because it knows that the EU would like to avoid a re-integration of Ukraine with Russia, even if this is at first only a customs union. Thus the voices in the EU are already multiplying which push for a signing of the Association Agreement even though Ukraine has by far not fulfilled all of the conditions and its current government lacks the political will to fulfill these conditions. On the contrary, the current government is diligently working to dismantle democratic institutions in order to secure its power.⁷³ If one could have categorized Ukraine as a “deficient” democracy before, today’s Ukraine has become a pseudo-democracy with authoritarian features.⁷⁴ At least the Ukrainian president pardoned one of the imprisoned members of the opposition, even if he was the most harmless of them all, which was taken as a sign in favor of the EU.⁷⁵ What speaks against a quick conclusion at the moment is that the EU has never before wanted to conclude such a far-reaching agreement with a non-EU country as it is currently doing with Ukraine, which might mean that the EU will at least demand adherence to basic European principles.⁷⁶

In the context of this West-East-South division of Ukraine it must be noted that even in the pro-Russian part of the country, the majority of the population (about 60%) has a positive opinion of the EU. But the connection of the Eastern and Southern Ukrainians to the Soviet culture (Soviet people)⁷⁷ is very deep, and Russia is doing everything in its power to maintain this link (e.g. using TV, movies, and other media, economic means, etc.). Linked to this are unfortunately not only nostalgic feelings about the old days, but also a tendency towards authoritarianism.⁷⁸ This tendency is maintained by using propaganda to equate the pro-West-

ern movement with West-Ukrainian nationalism and the de-Sovietization with de-Russification. This allows a greater part of the population, especially Eastern and Southern Ukrainians, to be more easily mobilized against democratic reforms because they are afraid of West-Ukrainian nationalism and radical de-Russification.⁷⁹ Unfortunately, the Western Ukrainians also contribute to this conflict due to their unwillingness to compromise with the Eastern and Southern Ukrainians.⁸⁰ Only in the capital Kiev have these associations been decoupled which is why Kiev, with its mostly Russian-speaking and mixed population (Ukrainians and Russians), still for the most part votes pro-European and pro-democratic.⁸¹

Annotation

- 1 Stökl, *Russische Geschichte. Von den Anfängen bis zur Gegenwart*, 6th ed., 1997, p. 892.
- 2 Leontiy, *Deutsch-Ukrainische Wirtschaftskommunikation. Ethnographisch-gesprächsanalytische Fallstudien*, 1st ed., 2009, p. 157.
- 3 Leontiy, see fn. 2, p. 158f.
- 4 Stökl, see fn. 1, p. 3.
- 5 Stökl, see fn. 1, p. 3.
- 6 Aumüller, *Da war doch Puschkin. Russland und sein verlorenes Imperium*, In: *Süddeutsche-Online*, 17 May 2010.
- 7 Gnauck, *Putin-Berater droht Ukraine mit „Katastrophe“*, In: *Die Welt-Online*, 26 July 2013, p. 2.
- 8 Schuller, *Am liebsten eine Mauer um die Ukraine*, *Frankfurter Allgemeine-Online*, 24 August 2013, p. 1.
- 9 Olearchyk, *Putin piles pressure on Ukraine*, In: *Financial Times-Online*, 29 July 2013.
- 10 Schuller, see fn. 8, p. 2.
- 11 Olearchyk, see fn. 9.
- 12 Schuller, see fn. 8, p. 1.
- 13 Leontiy, see fn. 2, p. 158f.
- 14 Stökl, see fn. 1, p. 42.
- 15 Stökl, see fn. 1, p. 113.
- 16 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 160.
- 17 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 161.
- 18 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 163.
- 19 Stökl, see fn. 1, p. 319.
- 20 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 164.
- 21 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 165.
- 22 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 167.
- 23 Stökl, see fn. 1, p. 664.
- 24 Leontiy, see fn. 2, p. 158, 167.
- 25 Eastern Ukraine was already Soviet.
- 26 Stökl, see fn. 1, p. 661.
- 27 Caused by large procurements of food despite crop failures and decreasing productivity due to the collectivization of agriculture. The famine affected mostly, but not only, Ukraine. (Leontiy, see fn. p. 168.)
- 28 Leontiy, see fn. 2, p. 169.
- 29 Leontiy, see fn. 2, p. 170.
- 30 Leontiy, see fn. 2, p. 171.
- 31 Leontiy, see fn. 2, p. 169.
- 32 Stökl, see fn. 1, p. 892.

- 33 Aumüller, see fn. 6.
- 34 Cf. here Leontiy, see fn. 2, p. 173.
- 35 Stökl, see fn. 1, p. 893.
- 36 Rjabtschuk, Ambivalentes Grenzland: Die ukrainische Identität zwischen Ost und West, In: J. Eisenberg und T. Meyer, Europäische Identität als Projekt. Innen- und Außenansichten, 1st ed., 2009, p. 156.
- 37 Kolb, Ein zerrissenes und verunsichertes Land. Ukraine in der Kaukasus-Krise, In: Süddeutsche-Online, 17 May 2010, p. 2.
- 38 Rjabtschuk, see fn. 36, p. 146f.
- 39 Rjabtschuk, see fn. 36, p. 147.
- 40 Leontiy, see fn. 2, p. 174.
- 41 See above.
- 42 Rjabtschuk, see fn. 36, p. 150.
- 43 See above.
- 44 Leontiy, see fn. 2, p. 174.
- 45 Leontiy, see fn. 2, p. 174.
- 46 Valéry Giscard d'Estaing in Rzeczpospolita 11.2005 No.7, p. 26–27.
- 47 Leontiy, see fn. 2, p. 175.
- 48 Leontiy, see fn. 2, p. 175.
- 49 Agence France-Presse (AFP), Russisch? Ich hau dir auf die ..., In: TAZ-Online, 25 May 2012.
- 50 Leontiy, see fn. 2, p. 174.
- 51 Bos, Die GUS-Staaten, In: S. Schmidt, G. Hellmann, und R. Wolf, Handbuch zur deutschen Außenpolitik, 2013, p. 457.
- 52 Marchetti, Eine neuerliche EU-Erweiterungsrunde? Deutsche und polnische Standpunkte zur Frage eines EU-Beitritts der Ukraine und der Türkei, In: Tjäger und D. W. Dylla, Deutschland und Polen. Die europäische und internationale Politik, 1st ed., 2008, p. 146.
- 53 Bos see fn. 51, p. 318.
- 54 Bos see fn. 51, p. 319.
- 55 Bos see fn. 51, p. 319.
- 56 Deutsche Gesellschaft für Auswärtige Politik e.V. (DGAP), „Die Korruption ist allgegenwärtig“. Käufliche Beamte, willfähige Gerichte, politische Prozesse: Die Ukraine muss ihr Korruptionsproblem lösen, Think Tank Dokument, 2011, p. 1.
- 57 Bos see fn. 51, p. 319.
- 58 Marchetti, see fn. 52, p. 145.
- 59 Bos see fn. 51, p. 322.
- 60 Bos see fn. 51, p. 323.
- 61 Bos see fn. 51, p. 324.
- 62 Bos see fn. 51, p. 325.
- 63 Marchetti, see fn. 52, p. 147.
- 64 Bos see fn. 51, p. 328.
- 65 Hoffmann, Abkommen bringt Ukraine auf Reformkurs, In: Ost-Ausschuss der Deutschen Wirtschaft-Online, 19 December 2011.
- 66 Hoffmann, see fn. 65.
- 67 Busse, Assoziierungsabkommen. EU geht auf Ukraine zu, In: Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online, 29 March 2012, p. 1.
- 68 OTS Pressemitteilung, Präsident der EU-Kommission befürwortet die Unterzeichnung des Assoziierungsabkommens zwischen der EU und der Ukraine, In: Focus-Online, 12 July 2013.
- 69 Schuller, EU-Mission in der Ukraine. „Selektive Justiz und unmenschliche Behandlung“, In: Frankfurter Allgemeine Zeitung-Online, 30 October 2012, p. 2.
- 70 Deutsche Presse-Agentur (DPA), Straßburg: Gericht rügt Willkür der Justiz in der Ukraine, In: Spiegel-Online, 04 July 2013.
- 71 Kirchengast, EU und Ukraine: Das doppelte Dilemma, In: der Standart.at-Online, 26.03.2013, S. 1.
- 72 Gnauck, see fn. 7, p. 1.
- 73 Umland, Исторический момент Украины: как он может быть упущен, In: Зеркало недели. Украина-Online, 15.02.2013, p. 3.
- 74 Umland, see fn. 72, p. 2 f.
- 75 Lechner, Janukowitsch setzt ein Signal Richtung EU. Der Präsident der Ukraine versucht mit der Freilassung von Kritikern zu punkten, In: Wiener Zeitung-Online, 08 April 2013, p. 1.
- 76 Umland, see fn. 72, p. 2 f.
- 77 See above.
- 78 Rjabtschuk, see fn. 36, p. 156.
- 79 Rjabtschuk, see fn. 36, p. 157.
- 80 See above.
- 81 Rjabtschuk, see fn. 36, p. 157.

Есе українських авторів
Ukrainische Beiträge
Ukrainian Contributions

I.

Корупція

Korruption

Corruption



DKW | Vintage Car

Антикорупційне законодавство України

I.

Поняття «антикорупційне законодавство»

При виробленні антикорупційної політики в Україні вагомим є визначення стратегії, тактики та конкретних заходів антикорупційної діяльності. Відповідно, основою такої політики є розробка і прийняття антикорупційного законодавства. Поняття «антикорупційне законодавство» є збірним і стосується різних за юридичною силою актів, які спрямовані на попередження і протидію корупційним діям через публічних службовців. Воно охоплює нормативно-правові акти різні за юридичною силою, які включають: закони, постанови Верховної Ради України, акти Президента та Кабінету Міністрів України, акти відомчого характеру.

У кодексі України про адміністративні правопорушення є такі статті: Одержання неправомірної вигоди (212–21), Підкуп (212–22), Незаконне сприяння фізичним або юридичним особам (212–23), Порушення обмежень щодо заняття підприємницькою діяльністю (212–24), Ненадання інформації або надання недостовірної чи неповної інформації (212–28), Незаконне одержання подарунка (дарунка) (212–33)

Кримінальний кодекс України: 189 Вимагання, 191 2, 5 Привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем, 232 Розголошення комерційної таємниці, 235–1 Зловживання повноваженнями, 235–2 Перевищення повноважень, 235–4 Комерційний підкуп, 235–5 Підкуп особи, яка надає публічні послуги, 262 2,3 Викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом шахрайства або зловживання службовим стано-

вищем, 364 Зловживання владою або службовим становищем, 368 Одержання хабара, 369 Пропозиція або давання хабара, 423 Зловживання військовою службовою особою владою або службовим становищем, 424 Перевищення військовою службовою особою влади чи службових повноважень.

Закон України про Запобігання та Протидію Корупції відіграє важливу роль у формуванні антикорупційного законодавства, цей Закон визначає основні засади запобігання і протидії корупції в публічній і приватній сферах суспільних відносин, відшкодування завданої внаслідок вчинення корупційних правопорушень збитків, шкоди, поновлення порушених прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав чи інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Корупція, особливо в умовах поглиблення соціально-політичної та фінансово-економічної кризи в державі, становить серйозну загрозу національній безпеці України. Вона стала одним із негативних чинників, який суттєво впливає на ефективність діяльності органів державної влади, підриває стабільність і систему правопорядку, захищеність прав, свобод і законних інтересів громадян.

Протидія корупції в Україні ускладнюється тим, що більшість членів українського суспільства розглядає корупцію як соціальний механізм «прискорення» вирішення власних проблем і вважає корупційну поведінку цілком виправданою. Як правило, громадяни, які стикалися з корупцією, не намагаються відстоювати власні права в законний спосіб через впевненість, що такі спроби будуть марними.

II. ПРОБЛЕМИ

Корупція має здатність легко й швидко пристосовуватися до змін у суспільстві та державі. Вітчизняна корупція має свої особливості, які відрізняють її від корупції в розвинених країнах світу. Корупція має загальнонаціональний системний характер і справляє визначальний вплив на українську політику, економіку та інші сфери суспільного життя. Висока вартість життя та низький рівень правової і політичної культури в Україні обумовлюють поширення корупції як соціального явища. Вона є найсуттєвішою причиною падіння рівня суспільної довіри до всіх інституцій державної влади. Характерними елементами корупції в сучасній Україні виступають, зокрема:

1. Тіньова економіка.

Корумпованість чиновників суттєво ускладнює вільний доступ суб'єктів підприємництва на ринок (зокрема, для започаткування бізнесу в Україні необхідно отримати близько 30 ліцензій та дозволів, а вітчизняна процедура оподаткування – одна з найскладніших у світі). В свою чергу, небажання деяких суб'єктів ринкових відносин легалізувати свою діяльність спричиняє поширення корупції серед чиновників.

Однією з причин появи тіньової економіки вважається недосконалість у сфері оподаткування. Світовий банк підрахував, що український бізнес у тій або іншій формі виплачує 135 різних податків. Це абсолютний світовий рекорд. В європейських країнах кількість податків не перевищує 10-ти, а в Гонконгу складає лише 3. Саме це й стимулює вихід українського бізнесу у тінь. Прикладом цього є виплата приватними компаніями мінімальних заробітних плат своїм працівників, але з додаванням до неї так званої плати у конвертах, це робиться за небажанням сплати підприємствами великих соціальних внесків до казни держави. Ще одним прикладом можна назвати ведення взаєморозрахунків між контрагентами не через безготівковий розрахунок, а за готівковий, в обхід офіційних платежів.

2. Суспільство

Суспільна лояльність до корупції є одним з основних чинників умовного поділу суспільства: на офіційне і нео-

фіційне (частково кримінальне). Тобто, із стратегії і тактики протидії корупції фактично виключається такий потенціально важливий аспект як «діяльність, спрямована на зменшення корупційної активності громадян», яка має вирішальне значення. Найкраще ця тенденція бачиться з боку бізнесу. Недосконалість українського законодавства в системі адміністративних санкцій до суб'єктів господарської діяльності виражених в формі мінімальних штрафів за зазначені порушення норм й законів України (норм по екологічній безпеці, трудовій дисципліні, протипожежній безпеці). Керівники підприємств як правило готові заплатити ці штрафи замість того, щоб привести в залежності з законодавством ситуацію на своїх підприємствах.

І саме це породжує постійні перевірки, які у більшості випадків вирішуються у дачі та отриманні хабара.

3. Організована злочинність

Організована злочинність породжує корупцію як засіб забезпечення протегування кримінальним структурам з боку посадових осіб держави, які отримують винагороду за таку протиправну діяльність. Подальший розвиток організованої злочинності спричиняє соціальну напругу і дестабілізує суспільні відносини, перешкоджає просуванню ринкових реформ. Організована злочинність зацікавлена у створенні відповідних позицій у владних структурах для відстоювання власних інтересів, забезпечення сприятливих умов для протиправної діяльності й уникнення від відповідальності, а корупція, у свою чергу, зацікавлена в можливостях організованих злочинних угруповань (фінансових, організаційних тощо).

4. Зрощення бізнесу і влади

Політика і економіка перебувають у функціональній взаємозалежності. Економічні інтереси окремих груп потребують політико-правової підтримки держави, на ґрунті чого формуються відповідні політичні інтереси. В умовах недосконалої демократії наслідком зрощення влади та бізнесу стає виникнення корупції. Адже соціальні групи (або окремі особи), які домінують у сфері володіння ресурсами, прагнуть збереження економічного і політичного ладу, що відповідає їх інтересам. За допомогою корупції формується система протиправних переваг у доступі до влади, матеріальних ресурсів і благ, уне-

можливлуючи вільну ринкову конкуренцію, порушуючи принципи демократії та соціальної справедливості. Прикладом організованої злочинності та зрощення бізнесу є ситуація з легальним та нелегальним оборотом наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів в Україні є перелік підконтрольних речовин продаж яких можливо для використання їх у виробництві або у медичній сфері їх обіг є легальним, до нелегального є продаж, використання та поширення наркотичних засобів, що не входять до встановленого законодавством переліку. Багато часу в Україні єдиним підрозділом по контролю за легальним та нелегальним оборотом наркотичних засобів є спеціальний підрозділ Міністерства Внутрішніх Справ України створений 30 жовтня 1993 року – Управління по боротьбі з нелегальним оборотом наркотиків, на протязі 20 років воно є єдиним правоохоронним органом, яке здійснює контроль за легальним та нелегальним оборотом наркотичних засобів, однак дуже швидко воно втратило здатність ефективно вирішувати поставлені перед ним завдання. А саме великі гроші які обертаються в нелегальному обігу наркотичних засобів спонукали співробітників даного підрозділу до корупційних та противоправних дій з метою отримання легкої вигоди. Як приклад- організація співробітниками організованих злочинних груп які здійснюють торгівлю наркотиками. Однак враховуючи досвід більшості продвинутих європейських країн Україна зрозуміла, що для ефективної боротьби у даній сфері необхідне створення декількох спеціалізованих правоохоронних незалежних один від одного відомств.

5. Низький рівень громадянської активності населення

Низький рівень громадянської активності населення, зокрема – відсутність достатньо потужної громадської організації, яка б ефективно займалась проблемами запобігання та протидії корупції і служила б впливовим партнером органів державної влади.

III.

Сутність антикорупційного законодавства

1. Сутність антикорупційного законодавства полягає в тому, щоб обмежити, нейтралізувати чи усунути фактори корупції:

- Запобігти конфлікту інтересів
- Нормативно визначити межі етичної поведінки особи, уповноваженої на виконання завдань і функцій держави;
- Зробити вчинення корупційних правопорушень справою не вигідною і ризикованою, а врешті-решт досягти того, щоб особа чесно і сумлінно виконувала свої службові обов'язки;

2. Чітко визначити ознаки корупційних правопорушень:

- Передбачити адекватні заходи відповідальності за їх вчинення,
- Належним чином врегулювати діяльність органів державної влади та їх окремих підрозділів, які безпосередньо протидіють корупції.



Голуба вантажівка | Blauer LKW | Blue Truck

Antikorrupcionsgesetzgebung in der Ukraine

I.

Begriff und Inhalte der ukrainischen „Antikorrupcionsgesetzgebung“

Für die weitere Entwicklung der ukrainischen Antikorrupcionsgesetze ist es relevant, die Strategie, die Taktik sowie bestimmte Maßnahmen für die Korruptionsbekämpfung zu konkretisieren. Die Grundlage dafür bildet die „antikorrupcionsgesetzgebung“. Dieser Begriff ist ein Sammelbegriff und betrifft verschiedene normative Dokumente wie Gesetze, Beschlüsse der Werchowna Rada der Ukraine, Beschlüsse des Präsidenten und des Ministerkabinetts, die auf Prävention und Bekämpfung von Korruption gerichtet sind.

Im *Gesetzbuch der Ukraine über administrative Rechtsverletzungen* findet man Vorschriften wie ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 212–21), Bestechung (Art. 212–22), rechtswidrige Unterstützung natürlicher oder juristischer Personen (Art. 212–23), unternehmerische Untreue (Art. 212–24), Weitergabe falscher oder nicht erlaubter Informationen (Art. 212–28) und rechtswidrige Verwaltungsentscheidung (Art. 212–33).

Im *Strafgesetzbuch der Ukraine* sind folgende Normen gegen die Korruptionsbekämpfung enthalten: Erpressung (Art. 189), Veruntreuung, Unterschlagung durch Amtsträger (Art. 191 III, V), Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 232), Machtmissbrauch (Art. 235-1, 235-2), Bestechung bei Geschäftsverkauf (Art. 235-4), kommerzielle Bestechung (Art. 235-4), Bestechung von Personen, die öffentliche Dienstleistungen bieten (Art. 235-5), Urkundenfälschung, Benutzung falscher Dokumente (Art. 263-2,3), Diebstahl von Schusswaffen, Sprengstoffen oder radioaktiven Stoffen (Art. 262 2,3), Überschreiten der Machtbefugnisse oder der amtlichen Stellung (Art. 364), passive Bestechung (Art. 368),

Anbieten oder Gewähren einer Bestechung (Art. 369), Missbrauch einer militärischen Machtstellung (Art. 423, 424)

Das ukrainische *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption* spielt eine wichtige Rolle bei der Bildung der Antikorrupcionsgesetzgebung. Dieses Gesetz definiert die grundlegenden Maßnahmen zu Prävention und Bekämpfung der Korruption im öffentlichen und privaten Sektor sowie zum Ersatz des Schadens, der durch Korruptionsdelikte entstanden ist. Es definiert ferner die Wiederherstellung der verletzten Rechte, der Freiheiten oder die Interessen natürlicher und juristischer Personen sowie des Staates.

Korruption, vor allem in den Zeiten der sozialpolitischen und wirtschaftlichen Krisen im Staat, stellt eine ernsthafte Bedrohung für die nationale Sicherheit der Ukraine dar. Sie ist einer der negativen Faktoren geworden, die erhebliche Auswirkungen auf die effektive Arbeit der öffentlichen Behörden, auf die Stabilität des Rechtssystems, auf Schutz von Rechten und Freiheiten sowie die Interessen der Bürger hat.

Die Bekämpfung der Korruption in der Ukraine wird dadurch erschwert, dass eine Mehrheit der ukrainischen Gesellschaft die Korruption als ein Beschleunigungsmittel für die Lösung eigener Interessen und Probleme hält und somit korruptes Verhalten als gerechtfertigt ansieht. In der Regel versuchen es Bürger, die mit Korruption konfrontiert sind, nicht, ihre Rechte auf legalem Wege zu sichern. Sie gehen mittlerweile davon aus, dass solche Bemühungen vergeblich sind.

II.

Problemfelder

Die Korruption kann sich einfach und schnell an die Veränderungen in Gesellschaft und Staat anpassen. Die ukrainische

Korruption hat ihre Besonderheiten, die sie deutlich von der Korruption in anderen Ländern unterscheidet. Korruption hat einen nationalen Charakter gewonnen und hat einen entscheidenden Einfluss auf die ukrainische Politik, auf die Wirtschaft und andere Bereiche des öffentlichen Lebens. Hohe Lebenshaltungskosten und ein niedriges Niveau der rechtlichen und politischen Kultur in der Ukraine verursachen Korruption als gesellschaftliches Phänomen. Sie ist eine wesentliche Ursache für den Untergang des Vertrauens in die öffentlichen Institutionen und in die Regierung. Charakteristisch für die Korruption in der modernen Ukraine sind die folgenden Problemfelder.

1. Schattenwirtschaft

Die Korruption von Beamten erschwert erheblich den freien Zugang zum Markt. Ein Beispiel: Um in der Ukraine selbstständig zu werden, sind ungefähr 30 verschiedene Genehmigungen und Lizenzen erforderlich. Die inländische Besteuerung ist eine der härtesten in der Welt. Der Wunsch, die Bedingungen zu erleichtern, führt zu weit verbreiteter Korruption unter den Beamten.

Eine der Ursachen für Schattenwirtschaft ist ein uneinheitliches Besteuerungsverfahren. Die Weltbank hat nachgewiesen, dass die ukrainische Wirtschaft in der einen oder anderen Form circa 15 Steuern zahlen muss. Das ist ein Weltrekord. In den europäischen Staaten beträgt die Zahl der Steuern nicht mehr als 10, in Hong Kong nur 3. Dies führt dazu, dass die ukrainische Wirtschaft weitgehend „im Schatten“ arbeitet.

Private Unternehmer zahlen zwar ihren Arbeitnehmer den Mindestlohn, geben jedoch noch einen Teil im Briefumschlag dazu. Damit werden hohe Sozialbeiträge umgegangen. Ein weiteres Beispiel ist der gegenseitige Zahlungsverkehr zwischen Vertragspartnern. Es wird nicht durch Überweisungen gezahlt, sondern bar, um damit die öffentlichen Zahlungsverpflichtungen zu umgehen.

Aufgrund ungleicher Bedingungen für verschiedene Wirtschaftsakteure wirkt sich Korruption negativ auf das Geschäftsklima aus, begründet ein rechtswidriges System hinsichtlich der Marktzugänge und des Zugangs zu materiellen Ressourcen, macht den Wettbewerb des freien Markts unmöglich und führt damit zur Verletzung des Demokratieprinzips und sozialer Gerechtigkeit. Aufgrund der sich verschlechternden globalen Situation verschweigen zahlreiche ukrainische Unternehmen ihre Umsätze und Einnahmen, um dadurch ihre Existenz sichern zu können.

2. Gesellschaft

Die Akzeptanz der Korruption seitens der ukrainischen Gesellschaft ist ein wichtiger Grund für die Teilung der Gesellschaft in eine formelle und eine informelle, teilweise kriminelle Gesellschaft. Dem zugrunde liegt die alte Tradition korrupten Verhaltens. Öffentliche Aufmerksamkeit konzentriert sich primär auf die Korruption von Amtsträgern und lässt die Korruption durch Private außer Betracht, da diese ohnehin selbst verwickelt sind. Somit fällt eine aktive Beteiligung der Bürger als wichtige Maßnahme der Korruptionsbekämpfung weg. Die Bürger nehmen die Korruption stillschweigend an und leben davon.

Eindrucksvolle Beispiele sind im Bereich des alltäglichen Geschäftslebens zu finden: Damit der Staat einem Unternehmen die Genehmigung für die selbstständige Tätigkeit nicht entzieht, müssen Unternehmen ständig Schutzvorkehrungen leisten (Umweltschutz, Brandschutz etc.). In der Regel sind die Unternehmer jedoch bereit, hohe Strafen zu zahlen, anstatt das Unternehmen unter Beachtung der relevanten verwaltungsrechtlichen Vorschriften zu führen. Genau das führt zu ständiger Kontrolle durch Behörden, die aber wiederum durch Bestechung und Korruption umgegangen wird.

3. Organisierte Kriminalität

Auch organisierte Kriminalität verursacht Korruption in der Ukraine. Korruption wird als Maßnahme für das Vermeiden strafrechtlicher Sanktionen angesehen. Amtsträger werden gekauft und bekommen hohe Entschädigungen für das Dulden des kriminellen Verhaltens. Die weitere Entwicklung der Korruption führt zu gesellschaftlichen Spannungsverhältnissen, zerstört soziale Beziehungen und behindert wirtschaftliche Fortschritte sowie rechtliche Reformen. Die organisierte Kriminalität ist interessiert, eigene Akteure in der Regierung zu haben, um ihre Interessen zu verteidigen und günstige Bedingungen für die illegalen Aktivitäten sowie die Verschleiерung von Verantwortlichkeit zu schaffen. Korruption ist dabei das geeignete Mittel für den gewünschten Zweck.

4. Zusammenspiel von Wirtschaft und Regierung

Politik und Ökonomie sind voneinander abhängig. Wirtschaftliche Interessen bestimmter Bevölkerungsgruppen bedürfen politischer und rechtlicher Unterstützung des Staa-

tes. Unter den Bedingungen einer „fehlerhaften“ Demokratie entsteht Korruption als Folge des Zusammenwachsens von Wirtschaft und Regierung. Reiche Bevölkerungsteile (oder Einzelpersonen), die über materielle Ressourcen verfügen und dominant auftreten, wollen eben ein politisches und rechtliches System sichern, das ihre Interessen wahrt. Dieses System schafft einen rechtswidrigen Zugang zur Macht und zu weiteren finanziellen Ressourcen, macht Wettbewerb in der freien Marktwirtschaft unmöglich und zerstört somit die Prinzipien von Demokratie und Rechtsstaat.

Als Beispiel für organisierte Kriminalität und ihrem Zusammenwachsen mit öffentlicher Macht kann die Situation des legalen und illegalen Handels mit Betäubungsmitteln gelten. In der Ukraine gibt es einen Katalog bestimmter Betäubungsmittel, deren Verkauf für die Verwendung im medizinischen Bereich erlaubt ist. Außerdem gibt es eine gesetzlich eingeführte Liste bestimmter Rauschmittel, deren Weiterverkauf und Weiterveräußerung unerlaubt ist. Die einzige Behörde, die den legalen und illegalen Handel kontrolliert, war eine gesonderte Abteilung des Ministeriums für innere Angelegenheiten. Die Mitarbeiter dieser Abteilung vergaßen jedoch zumeist ihre Aufgabe, den Handel wirksam zu kontrollieren. Vielmehr beteiligten sich die staatlichen Mitarbeiter aufgrund der hohen Einnahmemöglichkeiten am illegalen Drogenhandel und befanden sich damit auf der Seite des Unrechts. So entsteht korruptes Verhalten, um sich finanzielle Vorteile zu verschaffen. Die Mitarbeiter organisierten eigene kriminelle Gruppierungen, die die illegalen Rauschmittel vertrieben.

Dank der Erfahrung aus anderen europäischen Ländern hat es die Ukraine verstanden, dass es für eine effektive Bekämpfung in diesem Bereich unabdingbar ist, mehrere staatliche Organe zu schaffen, die voneinander unabhängig agieren.

5. Fehlendes Engagement der ukrainischen Bevölkerung

Das fehlende Engagement der Bürger erschwert die Korruptionsbekämpfung in der Ukraine erheblich. Insbesondere fehlt

es an einer aktiven und leistungsfähigen zivilen Organisation seitens der Bürger. Dabei wäre genau dieses ein wichtiges Mittel zur Korruptionsbekämpfung, das sich intensiv mit der Verhütung von Korruption beschäftigt und zu einem effizienten Kontrolleur willkürlicher Macht von Amtsträgern werden könnte. Leider akzeptiert die ukrainische Bevölkerung die Korruption noch in breitem Umfang und wirkt damit aktiv an deren Verbreitung mit, weil sie „dank“ der Korruption eigene Vorteile umsetzt.

III.

Reformen für die Korruptionsbekämpfung in der Ukraine

1. Die Ursachen von Korruption sind faktisch zu bekämpfen!

Eine faktische Verhinderung von Korruption ist nur dann möglich, wenn die Ursachen bekämpft, neutralisiert oder beseitigt werden. Dazu muss

- das starke gesellschaftliche Wohlstandsgefälle abgebaut werden,
- müssen die gesetzlich klar definierten Befugnisse von Amtsträgern wirksam kontrolliert werden und
- Korruption muss zu einer unvorteilhaften und risikobehafteten Angelegenheit öffentlich gebrandmarkt werden, um einen Amtsträger auf diese Weise dazu anzuhalten, sein Amt gerecht und rechtmäßig auszuüben.

2. Die Ursachen von Korruption sind rechtlich zu bekämpfen!

- Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung sind gesetzlich präzise zu bestimmen.
- Die Eingriffsbefugnisse staatlicher Behörden, die Korruption verfolgen, müssen rechtlich exakt definiert und normativ begrenzt werden.



Подвір'я університету | Unihof | Courtyard of the University

Anti-Corruption Legislation in Ukraine

I. Terms and Contents of the Ukrainian “Anti-Corruption Legislation”

For the further development of Ukrainian anti-corruption legislation, it is essential to make the strategy, tactics, and particular measures for fighting corruption more concrete. The foundation for this is the “anti-corruption legislation.” This term is a collective one and refers to various normative documents such as laws, decisions of the Verkhovna Rada (parliament), and decisions of the President and the cabinet aimed at preventing and fighting corruption.

In the *Ukrainian Code of Administrative Offenses*, one finds restrictions on acts such as unjustified enrichment (Art. 212–21), bribery (Art. 212–23), illegal support of natural or legal persons (Art. 212–23), corporate embezzlement (Art. 212–24), passing along of false or unauthorized information (Art. 212–28), and giving or accepting of undue advantage (Art. 212–33).

In the *Ukrainian Criminal Code*, the following norms can be found against corruption: blackmail (Art. 189), embezzlement, misappropriation by an office-holder (Art. 191 III, V), disclosure of business secrets (Art. 232), abuse of power (Art. 235-1), bribery during business sales (Art. 235-4), commercial bribery (Art. 235-4), bribery of people offering public services (Art. 235-5), document forgery, use of forged documents (Art. 263-2,3), theft of firearms, explosives, or radioactive material (Art. 262-2,3), overstepping authority or official position (Art. 364), passive bribery (Art. 368), offering or accepting a bribe (Art. 369), and abuse of a position of military power (Arts. 423, 424).

The Ukrainian *Act on Fighting Corruption* plays an important role in creating the anti-corruption legislation. This law

defines the basic measures for preventing and fighting corruption in the public and private sectors as well as the compensation of damage done by the act of corruption. In addition, it defines the re-establishment of the violated rights, freedoms, or interests of natural or legal persons as well as the state.

Corruption, especially in the time before the social-political and economic crisis of the state, represents a serious threat to Ukrainian national security. It has become one of the negative factors which has significant effects on the efficient work of state agencies, the stability of the legal system, and the protection of rights and freedoms as well as the interests of the citizens.

Fighting corruption in Ukraine is made more difficult by the fact that a majority of Ukrainian society views corruption as an accelerating medium for solving their own interests and problems and thus sees corrupt behavior as justified. Citizens who are confronted with corruption usually don't try to assert their rights in a legal way. They assume that such efforts are useless.

II. Problem Areas

Corruption can adapt easily and quickly to changes in society and state. Ukrainian corruption has its particularities which clearly differentiate it from corruption in other countries. Corruption has developed a national character and has a decisive influence on Ukrainian politics, business, and other areas of public life. High costs of living and a low level of legal and political culture in Ukraine make corruption a social phenomenon. It is a major cause for the decline of trust in public institutions and the government. Characteris-

tic for corruption in modern Ukraine are the following problem areas.

1. Shadow Economy

Corruption of civil servants makes free access to the market considerably more difficult. One example: In order to become self-employed in Ukraine, approximately 30 different permits and licenses are necessary. The internal taxes are some of the hardest in the world. The desire to make the conditions easier leads to widespread corruption amongst the civil servants.

One of the causes for the shadow economy is an inconsistent tax process. The World Bank has proven that the Ukrainians have to pay around 15 taxes in one form or another. That is a world record. In European states the number of taxes is no higher than 10, in Hong Kong only 3. This leads to the Ukrainian economy working primarily in the shadows.

Private entrepreneurs may pay their employees minimum wage, but they give another part of the wages in an envelope. This circumvents expensive social security contributions. A further example is the mutual payments among contractual partners. Electronic transfers are not used to pay; instead, cash is given in order to avoid public payment obligations.

Due to unequal conditions for different economic actors, corruption has a negative effect on the business climate, creates an illegal system regarding market access and access to material resources, makes competition on the free market impossible, and thus leads to a violation of the principle of democracy and social justice. Because of the worsening global situation, Ukrainian companies keep their income a secret in order to secure their existence.

2. Society

Ukrainian society's acceptance of corruption is an important reason for the splitting of society in a formal and informal, partially criminal, society. At the base of this lies the old tradition of corrupt behavior. Public attention is concentrated primarily on the corruption of civil servants and ignores corruption of private actors, as those casting the attention are usually involved themselves. Thus the active participation of the citizens as an important measure for fighting corruption falls away. The citizens quietly accept the corruption and live from it.

Impressive examples can be found in business: So that the state doesn't take away a business's permit for independent activity, the business must constantly prove safety measures (environmental protection, fire safety, etc). Usually, the boards are prepared to pay high fines instead of implementing the necessary measures according to the administrative regulations. That leads to constant controls by the authorities which are usually circumvented by mutual bribery and corruption.

3. Organized Crime

Organized crime also causes corruption in Ukraine. Corruption is seen as a measure for avoiding criminal sanctions. Officials are bought and receive high compensations for overlooking criminal behavior. The further development of corruption leads to social tension, destroys social relationships, and hinders economic development as well as legal reforms. Organized crime is interested in having its own actors in the government to defend its interests and create favorable conditions for illegal activities as well as obscuring responsibility. Corruption is the most appropriate mean for the desired end.

4. Cooperation of the Economy and Government

Politics and economy are independent of one another. Economic interests of certain segments of the population need political and legal support from the state. Under the conditions of a "defective" democracy, corruption exists as a result of a merging of economy and government. Rich population segments (or individuals) who have access to material resources and have a dominant position in the population are interested in securing a political and legal system that protects their interests. This system creates an illegal access to power and further financial resources, makes competition in the free market impossible, and thus destroys the principle of democracy and the rule of law.

As an example of organized crime and the cooperation with the government, the situation of legal and illegal drug sales can be used. Ukraine has a catalogue of certain narcotic agents, the sale of which is allowed for medicinal purposes. Besides this, the Ukrainian legislators have made a list of certain narcotic agents, the sale and resale of which is illegal. The only agency which controlled the legal and illegal sales was a specialized department of the Ministry of the Interior.

This department quickly lost the ability to effectively control the trade. Moreover, state employees participated in the illegal drug trade due to the high amounts of money involved and thus were on the side of legal wrong. The consequence was corrupt behavior in the hope of having a financial advantage. The officials organized their own criminal groups which sold the illegal drugs.

Thanks to the experience of other European countries, Ukraine understood that it is necessary to create multiple independent state organs in order to have effective anti-corruption efforts.

5. Lack of Commitment on the Part of Ukrainian Citizens

The lack of the citizens' commitment makes fighting corruption in Ukraine much more difficult. In particular, there is a lack of active, effective civil society. This, however, would be a very important means for fighting corruption, involving itself intensively with the prevention of corruption and becoming an influential opponent of officials' arbitrary power. Unfortunately, the Ukrainian population accepts corruption and actively works to spread it by achieving their own goals "thanks" to corruption.

III.

Reforms for Fighting Corruption in Ukraine

1. Causes of Corruption can be Fought!

Preventing corruption is only possible if the causes are fought, neutralized, or completely removed. That includes:

- Getting rid of strong conflicts of interest in society.
- Normatively limiting and controlling the authority of those who have functional duties within the state.
- Corruption must be made into a disadvantageous and risky matter in order to convince officials to act justly and legally.

2. Causes of Corruption can be Fought Legally!

- Measures for fighting corruption must be made into strict norms.
- The competency of state agencies and particular organs to fight corruption must be clearly fixed in law.



Крани | Kräne | Cranes

Законодавство України про боротьбу із корупцією – загальний огляд –

Стаття 1 Конституції України встановлює концептуальні засади розвитку нашої держави як суверенної і незалежної, демократичної, соціальної та правової¹. Побудова такої держави вимагає проведення великої кількості заходів, як законодавчого, так і організаційного характеру, які забезпечили як ефективне функціонування держави, так і високий рівень захисту прав людини. Одним із важливих напрямків діяльності держави є забезпечення порядку, зокрема боротьба зі злочинністю. Як відомо, корупція є одним із таких негативних чинників, який реально загрожує демократичному розвитку держави та суспільства, конституційному ладу України, національній безпеці. Корупційні прояви підривають авторитет країни, завдають шкоди функціонуванню державного апарату, обмежують конституційні права і свободи людини та громадянина, порушають принципи верховенства права, дискредитують державу на міжнародному рівні. Тому боротьба із нею є однією із важливих задач нашої країни, яка, на жаль, за даними такої міжнародної неурядової організації як Transparency International, має один із найвищих індексів корупції у світі².

Корупція в Україні має особливості, які відрізняють її від корупції в розвинених країнах. Корупція в нашій державі – це корупція кризового типу. Тобто така, що породжується кризою сучасного українського суспільства, здатна поглиблювати цю кризу, маючи властивість зводити нанівець будь-які політичні, економічні, правові й моральні реформи. Корупція кризового типу має фундаментально значний прошарок громадян, позбавлених належної моралі а також політичної, економічної та правової культури. Така корупція становить основну загрозу розвитку української політичної нації.

За роки незалежності в Україні було прийнято багато

нормативно-правових актів, спрямованих на запобігання корупції, зокрема спеціальний антикорупційний закон, та низку підзаконних нормативно-правових актів, які для реалізації положень цього та інших законів, запроваджують систематичне проведення організаційних заходів за участю керівників правоохоронних та інших державних органів з питань протидії корупції³.

В ч. 1 ст. 4 названого Закону дається визначення корупції – використання особою, зазначеною в цьому Законі, наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній в частині першій статті 4 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень та пов'язаних із цим можливостей. До основних видів корупційних правопорушень можна віднести:

- зловживання владою або посадовим становищем та інші посадові злочини, що вчиняються для задоволення корисливих чи інших особистих інтересів або інтересів інших осіб;
- розкрадання державного, колективного або приватного майна з використанням посадового становища;
- незаконне одержання матеріальних або інших благ, пільг та інших переваг;
- хабарництво;
- неправомірне втручання з використанням посадового становища у діяльність інших державних органів чи посадових осіб з метою перешкоджання виконанню ними своїх повноважень чи домагання прийняття неправомірного рішення.

Корупційні діяння можуть бути вчинені також в інших формах, у тому числі в таких, що потребують додаткового визначення законодавством.

Зазначу, що боротьба с корупцією, відповідно до найрозвиненіших світових практик, традиційно концентрується на двох важливих сферах: сфері державного управління та сфері бізнесу (суб'єктів господарювання приватного та публічного права). В обох цих сферах подолання корупції забезпечується в першу чергу нормативно-правовим регулюванням як національного, так і міжнародного рівня.

Одним із основних напрямів у сфері запобігання корупції в державному управлінні є виявлення корупційних ризиків, які можуть виникнути в діяльності державних службовців, а також усунення умов та причин виникнення цих ризиків. З 1 липня 2010 року в Міністерстві юстиції України запроваджено в межах правової експертизи проведення експертизи проектів нормативно-правових актів на наявність корупційних норм. Це є важливим та позитивним кроком України у сфері запобігання виникненню корупції на законодавчому рівні.

У 2010 році був створений Національний антикорупційний комітет, як консультативно-дорадчий орган при Президентові України з метою забезпечення узгодженості дій правоохоронних органів у цій сфері, здійснення реальних кроків для повернення довіри громадян до влади, зміцнення партнерських відносин із міжнародним співтовариством, неухильного дотримання конституційних прав і свобод людини в інтересах утвердження законності і правопорядку.

Антикорупційну спрямованість мають також проведені протягом 2010–2011 років адміністративна, судова та податкові реформи, вдосконалення системи доступу громадян до публічної інформації.

У 2011 р. Парламентом України було прийнято антикорупційний пакет, що складається з законів України: «Про засади запобігання та протидії корупції» та «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення».

21 жовтня 2011 року Указом Президента України було затверджено Національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 роки. Стратегію було розроблено Національним Антикорупційним комітетом, до складу якого входять найвищі посадові особи держави (Прем'єр-міністр України, Голова ВРУ, міністр юстиції, Генеральний прокурор, Голова ВСУ, Голова СБУ та інші керівники центральних

органів виконавчої влади). Також до Комітету увійшло декілька представників наукових установ і навчальних закладів і лише один представник від неурядових організацій. Головними напрямками Національної стратегії є:

- запобігання проявам корупції у правоохоронних органах
- удосконалення інституту відповідальності за корупційні правопорушення
- удосконалення діяльності органів, які проводять заходи, скеровані на запобігання та протидію корупції, тощо.

Система заходів протидії корупції спрямована на зменшення її обсягів, зміну характеру корупційних проявів, усунення причин та умов корупційних діянь, виявлення, припинення та розслідування проявів корупції, притягнення осіб, винних у вчиненні корупційних правопорушень, до юридичної відповідальності, має здійснюватися відповідними суб'єктами:

1. Президент України, Верховна Рада України, органи прокуратури України
2. Органи державної влади
3. Кабінет Міністрів України спрямовує і координує роботу органів виконавчої влади щодо запобігання і протидії корупції відповідно до Конституції і законів України, актів Президента України.
4. Спеціально уповноважений орган з питань антикорупційної політики, який утворюється Президентом України і діє відповідно до вимог, встановлених законом.
5. Спеціально уповноважені суб'єкти (органи прокуратури, спеціальні підрозділи по боротьбі з організованою злочинністю Міністерства внутрішніх справ України, податкової міліції, по боротьбі з корупцією та організованою злочинністю Служби безпеки України, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, підрозділи внутрішньої безпеки митних органів) безпосередньо здійснюють у межах своєї компетенції заходи щодо виявлення, припинення та розслідування корупційних правопорушень
6. Суб'єкти, які беруть участь у запобіганні, виявленні, а в установлених законом випадках – у здійсненні заходів щодо припинення корупційних правопорушень:
 - 1) уповноважені підрозділи органів державної влади;
 - 2) місцеві органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування;
 - 3) підприємства, установи, організації незалежно від

підпорядкованості та форми власності, їх посадові та службові особи, а також громадяни, об'єднання громадян за їх згодою.

У разі виявлення корупційного правопорушення чи одержання інформації про вчинення такого правопорушення працівники відповідних органів зобов'язані ужити заходів щодо припинення правопорушення та письмово повідомити спеціально уповноваженому суб'єкту у сфері протидії корупції.

За вчинення корупційних правопорушень винні особи притягаються до кримінальної, адміністративної, цивільно-правової та дисциплінарної відповідальності в установленому законом порядку.

Кримінальна відповідальність за вчинення корупційних правопорушень передбачена розділом XVII Особливої частини Кримінального кодексу України (одержання хабара; підкуп особи, яка надає публічні послуги; пропозиція або давання хабара). Кримінальний кодекс передбачає такі види покарання за винні дії корупційного характеру – виправні роботи на строк до двох років або арешт на строк до шести місяців, або обмеження волі на строк до п'яти років, позбавлення волі на строк від двох до дванадцяти років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років та зі штрафом від ста до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, конфіскація майна.

Адміністративна відповідальність за корупційні правопорушення передбачена главою 13-А Кодексу про адміністративні правопорушення України. Вчинення зазначених в цій главі діянь (порушення обмежень щодо використання службового становища, пропозиція або надання неправомірної вигоди, порушення вимог фінансового контролю, невжиття заходів щодо протидії корупції) тягне за собою накладення штрафу від десяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, конфіска-

цію незаконно одержаної неправомірної вигоди матеріального характеру, дарунка (пожертви)

Дисциплінарна відповідальність визначена на загальних засадах для всіх громадян Кодексом законів про працю України за скоєння дисциплінарного проступку. За порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано один з таких заходів стягнення: догана; звільнення. Такі порушення можуть бути виражені як у діях, так і в бездіяльності, допускатися як свідомо, так і з необережності.

У свою чергу змінами до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» пропонується віднести юридичних осіб до числа суб'єктів відповідальності за корупційні правопорушення, а до Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» – надати право представнику юридичної особи, щодо якої розпочато провадження, на забезпечення безпеки.

Передбачається, що реалізація положень законопроекту забезпечить виконання взятих Україною міжнародних зобов'язань щодо встановлення відповідальності юридичних осіб за корупційні правопорушення та створить належне правове забезпечення у сфері запобігання та протидії корупції. Крім того, це дозволить привести законодавство України у відповідність з положеннями міжнародно-правових договорів, зокрема Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції та Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією у частині відповідальності юридичних осіб.

Примітка

- 1 Конституція України від 28.06.2006 р./Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30
- 2 Нуруллаєв І. С. Міжнародно-правове співробітництво в системі Ради Європи у боротьбі з корупцією : моногр. / І. С. О. Нуруллаєв ; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – К. : Правова єдність, 2009. – 158 с.
- 3 Киричко В.М. Кримінальна відповідальність за корупцію / В.М.Киричко. – Х.: Право, 2013. – 424с.



Автобус | Bus

Ukrainische Gesetzgebung zur Bekämpfung von Korruption

Artikel 1 der ukrainischen Verfassung bestimmt konzeptionell und normativ die Grundlagen unseres Staates als souverän, unabhängig, demokratisch, sozial und rechtmäßig. Für die Funktionsfähigkeit eines solchen Staates bedarf es vieler legislativer und organisatorischer Maßnahmen, die sowohl eine effektive Arbeitsweise als auch ein hohes Niveau des Menschenrechtsschutzes sichern.¹ Eine der wichtigsten Aufgaben des Staates ist die Sicherung der öffentlichen Ordnung, die auch die Bekämpfung von Kriminalität erfasst.

Dabei ist gerade Korruption ein negativer Faktor, der eine große Bedrohung für die demokratische Entwicklung des Staates und der Gesellschaft, die ukrainische Verfassungsordnung und die nationale Sicherheit darstellt. Die Verfestigung von Korruption hat zudem negative Auswirkungen auf die öffentliche Autorität des Staates, schädigt die Arbeitsweise des Staatsapparates, schränkt Verfassungs- und Bürgerrechte ein, verletzt die Rechtsstaatlichkeit und diskreditiert den Staat auf internationaler Ebene. Deshalb ist Korruptionsbekämpfung eines der wichtigsten Ziele unseres Landes, das gemäß der Feststellungen der internationalen Nichtregierungsorganisation Transparency International eines der höchsten Korruptionsniveaus der Welt aufweist.²

Korruption in der Ukraine hat Besonderheiten, die sie von der Korruption in anderen entwickelten Ländern unterscheidet. Korruption in unserem Land ist „Krisenkorruption“. Das bedeutet, dass sie aus der Krise der aktuellen ukrainischen Gesellschaft erwachsen ist. Sie ist sogar dazu in der Lage, diese Krisen zu verschlimmern und macht politische, wirtschaftliche, rechtliche und moralische Reformen zunichte. Kennzeichnend für die „Krisenkorruption“ ist eine große Anzahl von Menschen, die kein moralisches Empfinden, aber auch keine politische, wirtschaftliche oder rechtliche Verantwortung zeigen. Diese Form von Korruption ist die Haupt-

bedrohung für die politische Entwicklung der ukrainischen Nation.

Seit der staatlichen Unabhängigkeit der Ukraine wurden viele exekutive und legislative Maßnahmen, die auf Korruptionsbekämpfung zielen, erlassen. Insbesondere wurden ein Antikorruptionsgesetz und andere Rechtsgrundlagen eingeführt, die systematisch und durch organisatorische Maßnahmen Strafverfolgungsbehörden und andere Exekutivbehörden in die Lage versetzen sollen, Korruption zu bekämpfen.³

§ 1 in Art. 4 des Antikorruptionsgesetzes definiert Korruption wie folgt:

- Das Ausnutzen offizieller Befugnisse und sonstiger Möglichkeiten, um sich unrechtmäßige Vorteile zu verschaffen, oder
- die Annahme des Versprechens oder des Vorschlages für Vorteilsnahmen zum persönlichen Gebrauch oder zum Gebrauch anderer Personen, oder
- die Annahme des Versprechens/Vorschlages oder das Erbringen unrechtmäßiger Vorteilsnahmen oder Forderungen von privaten oder juristischen Personen, die andere dazu bringen, von ihren eingeräumten Befugnissen illegalen Gebrauch zu machen.

Die Hauptarten von Korruption sind folgende:

- Missbrauch der Befugnisse von Macht oder einer öffentlichen Position oder andere administrative Verbrechen, die wegen wirtschaftlicher oder eigennütziger Interessen der handelnden Person oder entsprechender Beweggründe Dritter begangen werden;
- Diebstahl staatlichen, kollektiven oder privaten Eigentums durch Ausnutzen einer öffentlichen Stellung;
- Annahme materieller oder anderer Leistungen, Begünstigungen und andere Vorteile;

- Bestechung;
- Unrechtmäßige Einmischung durch das Ausnutzen einer öffentlichen Position im Zusammenwirken mit anderen Regierungsbehörden oder öffentlichen Personen, um diese von der Wahrnehmung ihrer Pflichten abzuhalten oder sie zu unrechtmäßigen Entscheidungen zu bewegen.

Korrupte Taten können auch in anderer Art und Weise begangen werden, insbesondere durch solche, die durch weitere Gesetzgebung noch näher definiert werden müssen.

Der Kampf gegen Korruption, wie er in der Praxis der meisten entwickelten Staaten verläuft, ist traditionell auf zwei wichtige Bereiche fokussiert: Staatsverwaltung und Wirtschaftsbereiche (wirtschaftliche Organisationen des privaten und öffentlichen Rechts). In diesen beiden Bereichen wird der Kampf gegen Korruption durch regulatorische Vorschriften auf nationaler wie auf internationaler Ebene ermöglicht.

Einer der Haupttrends gegen Korruption innerhalb der staatlichen Verwaltung ist die Aufdeckung von Korruptionsrisiken, die in den Abläufen des öffentlichen Dienstes auftreten, sowie die Beseitigung der Ursachen derartiger Risiken. Seit dem 1. Juli 2010 werden Rechtsvorschriften über die Aufdeckung von Korruption von der Rechtsabteilung des Justizministeriums umgesetzt. Das ist ein wichtiger und positiver Schritt, den die Ukraine im Bereich der Korruptionsprävention auf der legislativen Ebene gemacht hat.

Außerdem wurde das Nationale Antikorruptionskomitee im Jahre 2010 als Beratungsorgan für den Präsidenten der Ukraine eingerichtet. Sein Zweck ist, bei der Koordinierung der Strafverfolgungsbehörden in Sachen Korruption zu assistieren, das Vertrauen der Bürger in die Regierung wiederzugewinnen, die Beziehungen mit der internationalen Gemeinschaft zu verbessern und die Einhaltung der verfassungsmäßig garantierten Rechte und Bürgerrechte durchzusetzen, um Rechtmäßigkeit und Rechtsstaatlichkeit zu stärken.

Administrative, gerichtliche und steuerliche Reformen, die zwischen 2010 und 2011 eingeführt wurden, und die Verbesserung des Zugangs der Bürger zu öffentlichen Informationen fokussieren ebenso auf Antikorruptionsthemen.

Im Jahre 2011 hat das ukrainische Parlament ein Gesetzpaket für Antikorruption verabschiedet. Es trägt die Bezeichnungen: „Über die Grundlagen der Prävention und Gegenmaßnahmen der Korruption“ und „Veränderung der Gesetzgebung der Ukraine im Bezug auf die Verantwortung für Korruptionsdelikte“.

Am 21. Oktober 2011 wurde aufgrund einer Anordnung

des ukrainischen Präsidenten die nationale Antikorruptionsstrategie für 2011 bis 2015 genehmigt. Die Strategie wurde vom Nationalen Antikorruptionskomitee entwickelt, dessen Mitglieder hohe Staatsbeamte sind (der ukrainische Premierminister, der Leiter der Verchowna Rada, der Justizminister, der Generalstaatsanwalt, der Vorsitzende Richter des höchsten Gerichts, der Leiter des Sicherheitsdienstes und andere Behördendirektoren). Vertreter wissenschaftlicher Institutionen und Bildungseinrichtungen sind auch Mitglieder, aber es gibt nur einen Vertreter der Nichtregierungsorganisationen. Die Hauptziele der nationalen Strategie sind folgende:

- Korruptionsprävention in der Strafverfolgung,
- Verantwortung für Korruptionsdelikte festlegen,
- Verbesserung der Arbeitsweise der Beamten, die Maßnahmen gegen Korruption ergreifen etc.

Die Antikorruptionsmaßnahmen zielen darauf, den Umfang der Korruption zu reduzieren, die Ursachen der Korruption zu bekämpfen und intendieren die Aufdeckung, Beendigung und Untersuchung von Korruptionsdelikten.

Die Befugnis dafür, die Täter zur Verantwortung zu ziehen, liegt bei folgenden Personen und Behörden: beim Präsidenten, bei der Verchowna Rada, bei der Staatsanwaltschaft, Regierungsbehörden, beim Ministerkabinett, welches die Exekutivbehörden beim Thema Korruptionsprävention und -bekämpfung im Einklang mit der Verfassung, den Gesetzen und den Anordnungen des Präsidenten leitet und koordiniert. Ferner liegt die Befugnis bei einem Gremium mit besonderen Aufgaben im Bereich der Antikorruptionspolitik, das vom Präsidenten etabliert wurde und nach den gesetzlichen Bestimmungen arbeitet. Hinzu kommen Einheiten/Abteilungen mit besonderen Befugnissen (Abteilungen der Staatsanwaltschaft, Einheiten des Innenministeriums zur Bekämpfung vom organisierten Verbrechen, Steuerpolizei des Sicherheitsdienstes zur Bekämpfung von Korruption und organisiertem Verbrechen oder Einheiten für die innere Sicherheit innerhalb der Grenzpolizei). Diese ergreifen Maßnahmen in ihren Kompetenzbereichen, um Korruptionsdelikte aufzudecken, aufzuhalten und zu untersuchen.

Institutionen, die an der Prävention, ihrer Aufdeckung und an Maßnahmen zur Beendigung von aufgedeckter Korruption beteiligt sind, können folgende sein:

1. Zuständige Abteilungen der Regierung;
2. Lokale Exekutivbehörden und kommunale Regierungsbehörden;

3. Unternehmen, Institutionen und Organisationen ungeachtet ihrer Stellung und ihrer Eigentumsverhältnisse, auch Mitglieder des Managements oder Vertreter sowie Personen in ihrem Zuständigkeitsbereich.

Wenn die Mitarbeiter der zuständigen Behörden Korruptionsdelikte entdecken oder Informationen über solche Delikte erhalten, sollen sie Maßnahmen ergreifen, um den Delikten Einhalt zu gebieten und haben die zuständigen Beamten zu informieren, die für die Verfolgung von Korruption zuständig sind. Personen, die eines Korruptionsdeliktes verdächtig sind, werden den zuständigen strafrechtlichen, administrativen, zivilen und disziplinarischen Behörden gemeldet, die vom Gesetzgeber dafür vorgesehen sind.

Die strafrechtliche Verantwortung für Korruptionsdelikte wird in § 17 des Strafgesetzbuches geregelt (Bestechung; Bestechung einer Person in einem öffentlichen Amt; Bestechungsversuche). Das StGB sieht folgende Strafen für Korruption vor:

- Strafarbeit von bis zu zwei Jahren oder Arrest bis zu sechs Monaten, Gefängnis bis zu fünf Jahren,
- Gefängnis für eine Zeit zwischen zwei und zwölf Jahren,
- das Verbot des Bekleidens bestimmter Ämter bis zu drei Jahren,
- Geldstrafen basierend auf Einkommen oder die Einziehung von Vermögensgegenständen.

Die administrative Verantwortung für Korruptionsdelikte wird von Art. 13-A des Ukrainischen Gesetzbuches für Verwaltungsverdelikte festgelegt. Taten, die nach dieser Vorschrift verboten sind (Aufsichtsverletzungen bezüglich des Missbrauchs öffentlicher Positionen, Ermöglichung unrechtmäßiger Vorteilsnahmen, die Verletzung von Finanzkontrollrichtlinien, Unterlassung von Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung) können mit einer einkommensbezogenen Geldstrafe und dem Einziehen unrechtmäßig er-

haltener Vorteile, sofern diese materieller Natur sind, sanktioniert werden.

Die disziplinäre Verantwortung wird allgemein durch das ukrainische Arbeitsrecht in Bezug auf Disziplinarvergehen geregelt. Die Verletzung von Arbeitsdisziplin kann mit einer Abmahnung oder Entlassung bestraft werden. Solche Verletzungen könnten durch aktives Tun oder durch Unterlassung verwirklicht werden, sie können vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden.

Die Reformen im ukrainischen Antikorruptionsgesetz sehen vor, juristische Personen, die in Korruption verstrickt sind, in eine „schwarze Liste“ aufzunehmen. Durch das Gesetz „Schutz vor natürlichen und juristischen Personen, die in Straftaten verwickelt sind“, können juristische Personen, die in Korruptionsverfahren verstrickt sind, öffentlich kenntlich gemacht werden.

Es ist anzunehmen, dass durch die erlassenen Gesetze und Vorschriften die internationalen Verpflichtungen der Ukraine erfüllt werden, mittels derer auch juristische Personen wegen Korruption zur Verantwortung gezogen werden können. Zudem können sie angemessene Rechtssicherheit im Bereich von Korruptionsprävention und ihrer Bekämpfung schaffen. Ferner kann die ukrainische Gesetzgebung in Übereinstimmung mit internationalen Rechtsabkommen gebracht werden, insbesondere mit der UN-Konvention gegen Korruption und mit der Strafrechtskonvention über Korruption im Bezug auf die Verantwortlichkeit juristischer Personen für Korruptionsdelikte.

Anmerkungen

- 1 Constitution of Ukraine of 28 June 2006 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. – 1996. – No. 30
- 2 Nurullayev I.S. International Legal Cooperation in the System of European Council in Combating Corruption: Monography / I. S.O. Nurullayev Nat. Legal. Acad. of Ukraine Named after Yaroslav the Wise. – Kiev.: *Legal Unity*, 2009. p. 158.
- 3 Kyrychko V.M. Criminal Liability for Corruption / V.M.Kyrychko. – Kharkiv.: *Law*, 2013. 424p.



Дорога в Кіровоград | Straße nach Kirowograd | Road to Kirowograd

Ukrainian Legislation on Combating Corruption – A General Review –

Article 1 of the Ukrainian Constitution establishes the conceptual bases for the development of our state as sovereign and independent, democratic, social, and lawful. The establishment of such a state requires many legislative and organizational measures which secure both the effective functioning of the state and a high level of human rights protection.¹ One of the most important tasks of the state is securing public order, that is, fighting criminal activity. Corruption is one negative factor which poses a great threat to the democratic development of state and society, the constitutional order of Ukraine, and national security. The manifestation of corruption has a negative impact on the authority of the country, damages the functioning of the state apparatus, limits constitutional rights and civil liberties, violates the rule of law, and discredits the state at the international level. Therefore, combating corruption is one of the key objectives of our country, which, unfortunately, has one of the highest corruption levels in the world according to the data of the international non-governmental organization Transparency International.²

Corruption in Ukraine has its own peculiarities which make it different from corruption in developed countries. Corruption in our country is "crisis corruption." This means that it is corruption which emerges from the crisis of modern Ukrainian society; it is capable of worsening this crisis and negating any political, economic, legal, and moral reforms. Characteristic of "crisis corruption" is a great number of people who do not have a sense of morality as well as having no political, economic, or legal culture. Such corruption represents the main threat to the development of the Ukrainian political nation.

Since gaining independence, there have been many regulatory and legal acts approved in Ukraine which were aimed at preventing corruption, including a special anti-corruption

law and a number of regulatory legal acts which implement systematic organizational measures with the participation of law enforcement and other governmental authorities to counteract corruption.³

Sec. 1 Art. 4 of this anti-corruption law provides a definition of corruption: The use of official powers and opportunities related to it by a person for the purpose of getting unlawful benefits or accepting a promise/proposal of such benefit for personal needs or the needs of other persons, or a promise/proposal or provision of unlawful benefit to a person, or a demand by private individuals or legal entities to such person which induces such person to take illegal measures related to unlawful application of the powers granted to such person. The main types of corruption offenses are the following:

- abusive exercise of power or official position and other official crimes which are committed in order to satisfy mercenary or other personal interests or interests of other persons;
- theft of state-owned, collective, or private property by using an official position;
- illegal receipt of material or other benefits, privileges, and other advantages;
- bribery;
- unlawful interference by use of an official position in the operation of other governmental authorities or official persons for the purpose of preventing the use of their obligations or making illegal decisions.

Corrupt actions can also take on other forms, including such forms which require additional definition by the legislation.

I should state that the fight against corruption in accordance with most developed world practices is traditionally fo-

cused on two important areas: the area of state management and the area of business (economic entities of private and public law). In both of these areas, overcoming corruption is secured firstly by the regulatory legal governance at both the national and international levels.

One of the main trends in the area of anti-corruption measures within state management is the detection of corruption risks which may occur within the operation of governmental officials, as well as removal of the causes of such risks. Since 1 July 2010, drafts of regulatory legal acts on the discovery of corruption have been implemented in the Ministry of Justice's legal department. This is an important and positive step taken by Ukraine in the area of preventing corruption at the legislative level.

In addition, the National Anti-Corruption Committee was established in 2010 as the consultant and advisory authority for the President of Ukraine. Its purpose is to assist the coordination of actions of law enforcement bodies in this area, to take steps to regain the trust of the citizens in the government, to strengthen of partnership relations with the international community, and to enforce compliance with constitutional rights and civil liberties in the interests of strengthening lawfulness and the rule of law.

Administrative, court, and tax reforms which took place in 2010 and 2011, as well as improvement of the system for citizens' access to public information, are also focused on anti-corruption issues.

In 2011, the Parliament of Ukraine approved an anti-corruption package consisting of a number of laws: "On the Basis of Prevention and Counteraction to Corruption" and "Amendment of Legislative Acts of Ukraine Related to Responsibility for Corruption Offenses."

On 21 October 2011, on the basis of the Decree of the President of Ukraine, the National Anti-Corruption Strategy was approved for 2011–2015. The strategy was developed by the National Anti-Corruption Committee, the members of which include top state officials (Ukrainian Prime Minister, Head of the Verkhovna Rada, Minister of Justice, General Prosecutor, Head of the Supreme Court, Head of the Security Service, and other directors of central bodies of the executive power). It also includes a few representatives of scientific institutions and educational institutions, but only one representative of non-governmental organizations was included in the list of the Committee's members. The main goals of the National Strategy are the following:

- prevention of corruption in law enforcement,

- improvement of delegating responsibility for corruption offenses,
- improvement of the operation of authorities taking measures aimed at prevention and counteraction to corruption, etc.

The system of anti-corruption measures is aimed at reducing its scope; changing the way in which corruption manifests, removing the reasons for corrupt actions, and discovering, ending, and investigating acts of corruption. The responsibility for bringing persons guilty of corruption offenses to justice lies with the following entities:

1. The President, the Verkhovna Rada, the State Prosecutor's Office;
2. Governmental authorities;
3. The Cabinet of Ministers, which directs and coordinates operation of the bodies of executive power in terms of prevention and counteraction to corruption in compliance with the Constitution, the laws of Ukraine, and the decrees of the President;
4. A specially authorized body on anti-corruption policy which was established by the President and operates in accordance with the requirements established by law.
5. Specially authorized entities (bodies of the state prosecutor's office, special units on fighting organized crime of the Ministry of Internal Affairs, tax police on fighting corruption and organized crime from the Security Service of Ukraine, Military Service of the Armed Forces, or units of internal safety of customs authorities) are directly taking measures within their areas of competency in order to reveal, stop, and investigate corruption offenses.
6. The entities participating in prevention, discovery, and – in the cases established by law – in taking measures on ending corruption offenses are the following:
 - 1) duly authorized government departments;
 - 2) local bodies of executive service, bodies of local self-government;
 - 3) companies, institutions, and organizations regardless of their rank and type of ownership, their management and official persons, as well as the persons subject to their consent.

When the employees of the relevant authorities discover corruption offenses or receive information that such offenses are being committed, they are to take measures in order to stop

the offense and inform a specially authorized anti-corruption department.

Those guilty of a corruption offense shall be brought before the criminal, administrative, civil and legal as well as disciplinary authorities as regulated by the legislation.

Criminal responsibility for corruption offenses is stipulated by Sec. 17 of the Ukrainian Criminal Code (briber y; bribery of a person, who provides public services; proposal of bribery or bribery itself). The criminal code provides for the following types of punishment for corruption – correctional labor for a period of up to two years or arrest for a period of up to six months, custody for a period of up to five years, custody for a period from two to twelve years, subject to withdrawal of the right to hold some positions for a period of up to three years and subject to the penalty of income-based fines, or confiscation of property.

Administrative responsibility for corruption offenses is provided for by Article 13-A of the Ukrainian Code of Administrative Offenses. Taking actions prohibited by this article (violation of limitations related to use of official position, proposal or provision of undue advantages, violation of financial supervision regulations, failure to take measures on counteraction to corruption) results in an income-based fine and the confiscation of the illegally received unlawful benefit of material character or gift (donation).

Disciplinary responsibility is established on a general basis for all persons through Ukrainian labor law for disciplinary offenses. Violation of labor discipline can be punished

by warning or dismissal. Such violations can occur both by action and inaction; they can be made both consciously and negligently.

In turn, amendments to the Ukrainian Anti-Corruption Act propose to add legal entities to the list of entities responsible for corruption offenses, and via the amendments to the law “On the Security of Entities Participating in Criminal Proceedings,” aim to provide a description of a legal entity against whom proceedings can be initiated.

It is assumed that the implementation of provisions of the draft law would fulfill international obligations accepted by Ukraine by establishing the responsibility of legal entities for corruption offenses. In addition, it would create appropriate legal security in the area of preventing and combating corruption. Furthermore, it would bring the legislation of Ukraine into compliance with the regulations of international legal agreements, in particular the United Nations Convention against Corruption and the Criminal Law Convention on Corruption in terms of the responsibility of legal entities.

Annotation

- 1 Constitution of Ukraine of 28 June 2006 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine. – 1996. – No. 30
- 2 Nurullayev I.S. International Legal Cooperation in the System of European Council in Combating Corruption: Monography / I. S.O. Nurullayev, Nat. Legal. Acad. of Ukraine Named after Yaroslav the Wise. – Kiev.: *Legal Unity*, 2009. p. 158.
- 3 Kyrychko V.M. Criminal Liability for Corruption / V.M. Kyrychko. – Kharkiv.: *Law*, 2013. 424p.



Одеса пляж | Odessa Strand | Odessa Beach

Імплементация міжнародних інструментів з протидії корупції в українське законодавство

Інтеграції України в європейський правовий простір, в спільноту демократичних держав потребує нового погляду на проблему державного управління відповідно до стандартів, принципів і норм, вироблених світовим співтовариством. Однією із перешкод, які стоять перед нашою державою на цьому шляху – є корумпованість майже усіх сфер українського суспільства, яка заважає процесу побудови демократії в Україні після здобуття нею незалежності.

Міжнародно-правове співробітництво в сфері боротьби з корупцією стає дедалі більш необхідною складовою міжнародно-правового співробітництва в боротьбі зі злочинністю. Сьогодні корупція вже вийшла за межі державних кордонів і перестала бути злочином, який стосується тільки державних службовців, вона стала тим чинником, що створює умови для скоєння серйозних злочинів міжнародного характеру.

Проблема корупції поміж інших негативних соціальних явищ особливо є характерною для держав пострадянського простору¹. До них, на жаль відноситься і Україна. Цілком очевидно, що на сьогоднішній день самостійно країни подолати корупцію невзможі. Тому, у рамках міжнародної спільноти, зокрема, такими організаціями як ООН і Рада Європи, було розроблено і відкрито для підписання низку міжнародних конвенцій, які повинні інтенсифікувати міжнародну співпрацю держав щодо запобігання корупції. До цієї співпраці приєдналась й Україна. Внаслідок такого співробітництва виникають значні за обсягом та різноманітні за змістом юридичні зобов'язання.

З огляду на це однією з найбільш вагомих подій в історії сучасних міжнародно-правових відносин у сфері запобігання та протидії корупції є підписання міжнародною спільнотою 9 грудня 2003 року в м. Меріда (Мексика) Кон-

венції Організації Об'єднаних Націй проти корупції² – найбільш змістовного міжнародного акта, спрямованого на попередження та боротьбу з корупцією як у світовому, так і у національному масштабі. Після цієї події 9 грудня за ініціативою ООН святкується як Міжнародний день боротьби з корупцією.

Отже, на сьогодні цей документ є так званим базисом для приведення національного законодавства кожної держави-учасниці у відповідність до загальноновизнаних методів та заходів щодо попередження та протидії корупції.

В основу зазначеної Конвенції органічно покладено дві ключові засади: заходи щодо запобігання корупції та боротьба із цим явищем.

Зазначена Конвенція³ містить 71 статтю та визначає ключові засади здійснення державами-учасницями політики у сфері запобігання та протидії корупції, а саме: запровадження органу або органів із запобігання та протидії корупції (ст. 6), оптимізацію функціонування публічного та приватного сектору (ст. 7 та 12), запровадження кодексів поведінки державних посадових осіб (ст. 8), забезпечення доступу громадськості до процесів протидії корупції (ст. 13), впорядкування сфери державних закупівель й управління державними фінансами (ст. 9) тощо.

Зокрема у ст. 20 Конвенції ООН проти корупції⁴ наголошено на тому, що за умови дотримання своєї Конституції та основоположних принципів правової системи кожна держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної посадової особи, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати.

Слід звернути увагу на те, що в цей час у ряді країн вживаються ефективні заходи як нормотворчого, так і організаційного характеру щодо приведення національного законодавства країни у відповідність до вимог Конвенції ООН проти корупції.

Щодо нашої країни, слід зазначити, що з моменту підписання Україною Конвенції ООН проти корупції імплементація її положень у національне законодавство стало одним із пріоритетних завдань сьогодення.

Сьогодні Україна є стороною переважної більшості міжнародно-правових договорів, спрямованих на запобігання корупції. Наша держава усе частіше бере активну участь у міжнародному співробітництві в боротьбі з корупцією, зокрема у Групі держав проти корупції. І як наслідок з цього в Україні істотно змінюється національне законодавство, пов'язане не тільки з розширенням поняття корупції, але й з удосконаленням правових засобів боротьби з нею.

Але на даний момент Україна потребує подальшої національної імплементації міжнародно-правових норм щодо боротьби з корупцією.

Зокрема до таких міжнародно-правових норм відносяться документи які регулюють діяльність Ради Європи і Групи держав проти корупції, а також міжнародні договори про запобігання та покарання корупції, ухвалені в рамках Ради Європи: Статут Ради Європи, Статут Групи держав проти корупції, Правила процедури Групи держав проти корупції, Кримінальна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією, Цивільна конвенція Ради Європи про боротьбу з корупцією, акти Комітету Міністрів Ради Європи.

Оскільки проблема корупції стала явищем глобальним і в Україні ця проблема стоїть доволі гостро, то це означає, що до боротьби з нею в сучасному світі повинні залучатися не лише регіональні, а й передусім універсальні правові та інституційні міжнародні механізми. Відповіддю на такий виклик стало активне створення протягом останніх десяти років у системі ООН, а також на регіональному рівні, зокрема у Європі, глобальної мережі правового міждержавного співробітництва з питань запобігання корупції.

В умовах незавершеності перетворення універсальної (у рамках ООН) мережі правового міждержавного співробітництва з питань запобігання корупції на міжнародний організаційно-правовий механізм боротьби з корупцією особливо важливу роль продовжує відігравати Група дер-

жав проти корупції – єдиний сучасний орган ефективного міжнародного контролю антикорупційного правового співробітництва європейських держав.

Група держав проти корупції є відкритою міжнародною інституцією, членство в якій обумовлене визнанням правил співробітництва у антикорупційній сфері, що встановлені керівними органами Ради Європи чи міжнародними угодами Ради Європи. Враховуючи склад Групи держав проти корупції (європейські та неєвропейські держави) та тенденції її розвитку (перспектива розширення групи через залучення неєвропейських держав), то групу держав проти корупції варто віднести до субрегіональних міжнародних контрольних органів дотримання міжнародних договорів, з повноваженнями впливати на розвиток антикорупційного законодавства держав-членів. Група є складовою системи моніторингу Ради Європи дотримання державами-членами обов'язків, що випливають з членства в Організації, та зобов'язань за міжнародними договорами, що вже укладені в Раді Європи чи будуть укладені.

У своїй діяльності Група держав проти корупції дотримується низки принципів, що є для неї юридично обов'язковим та закріплені в її Статуті, а саме: загальних для міжнародного права – поваги до принципу рівності та невтручання у внутрішні справи держав-членів; та спеціальних, які притаманні практиці діяльності Групи – принципу уніфікації антикорупційного законодавства та формування єдиної антикорупційної практики держав-членів; принципу обов'язковості контрольних процедур; принципу взаємності щодо проведення перевірок у державах-членах; принципу дотримання в процедурних питаннях балансу національного законодавства та міжнародних зобов'язань; принципу конфіденційності.

Група держав проти корупції активно формує власну так звану «юриспруденцію» у сфері запобігання та покарання корупції, що містить тлумачення норм Конвенцій Ради Європи про боротьбу з корупцією, а також антикорупційної практики держав-членів. Статутні та процедурні документи Групи, а також міжнародні договори, що визначають її повноваження, не вказують на її право тлумачити антикорупційні договори, натомість надають їй право висловлювати «рекомендації» державам, щодо яких здійснюються заходи з контролю. Це право є ключовим для формування «юриспруденції» Групи. Група сама визначає доцільність та обсяги такого тлумачення. «Рекомендації» можуть впливати на обсяги зобов'язань за Конвенціями.

Таким чином, Група відіграє вирішальну роль у поступовому розвитку «антикорупційного права Ради Європи».

Контрольні заходи Групи держав проти корупції здійснюються шляхом проведення раундів оцінювання. Нормативно-правова база проведення оцінок може виходити за межі суто договірних зобов'язань держав. Зокрема, криміналізація корупції відповідно до Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією має чітку договірну міжнародно-правову основу й імплементація цих норм має здійснюватися відповідно до змісту Конвенції. Одночасно, криміналізація політичної корупції повинна відбуватися згідно з тлумаченнями Комітетом Міністрів Ради Європи та Групою держав проти корупції згаданої Конвенції. У цьому разі міжнародно-правові зобов'язання за Конвенцією мають загальний характер і не слугують безпосереднім джерелом інформації для імплементації у внутрішнє право.

Участь України в міжнародному співробітництві в боротьбі з корупцією передбачає необхідність повноцінної імплементації норм міжнародних антикорупційних Конвенцій. Неузгодженість українського антикорупційного законодавства з ідеологією та основними нормами антикорупційних конвенцій може мати негативні наслідки, зокрема, через неспроможність повноцінного перебування держави у міжнародному співробітництві в боротьбі з корупцією.

В Україні, ані Конституція⁵, ані закони чи підзаконні акти не регулюють співвідношення українського законодавства з юриспруденцією міжнародних контрольних органів. Отже, питання про порядок застосування в Україні актів таких міжнародних контрольних органів, як Група держав проти корупції, перебувають у площині прогалин українського законодавства. Оскільки приєднання України до Угоди про утворення Групи, складовою якою є її Статут, відбулося без ратифікації, то зобов'язання за Статутом не є частиною українського законодавства і до них слід ставитися відповідно до загального правила, визначеного у ст. 15 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 р.⁶, тобто чинні міжнародні договори України підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до норм міжнародного права. Таким чином Україна виступає за те, щоб й інші сторони міжнародних договорів України неухильно виконували свої зобов'язання за цими договорами.

Імплементація в Україні Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією повинна відбуватися із

врахуванням відмінностей в розумінні термінів у Конвенції та в українській правовій традиції, а також недосконалості перекладу Конвенції українською мовою. Недотримання цих обставин може призвести до невідповідності імplementованого законодавства міжнародно-правовим зобов'язанням держави.

Рекомендації групи держав проти корупції не обмежуються загальними пропозиціями щодо оцінки законодавства, а спрямовані на справжню уніфікацію антикорупційного законодавства. Така уніфікація розглядається як одне з головних міжнародно-правових зобов'язань держав-членів Групи. Саме в цій площині ключовими питаннями національної імплементації вважаються: створення організаційно-правових умов для здійснення належної публічної політики у антикорупційній сфері; ухвалення належного законодавства у сфері виявлення та покарання корупції; створення належних національних антикорупційних органів із запровадженням громадського контролю за їхньою діяльністю; мінімізація імунітетів із збереженням ефективного правового механізму їх позбавлення; запровадження прозорості в діяльності органів держави та місцевого самоврядування; створення сучасної державної служби.

Сфера запобігання корупції – це система регулятивних правовідносин, які спрямовані на попередження корупційних проявів у державі шляхом удосконалення правових норм, правових механізмів та заходів державного впливу, спрямованих на запобігання корупції як явища на різних рівнях.

Проте сфера боротьби з корупцією – це система правоохоронних, переважно кримінально-правових та адміністративно-правових заходів, спрямованих на притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних діянь, що мають на меті покарання, превенцію протиправних дій і виховання населення у дусі поваги до закону, створення в державі атмосфери нетерпимості та непримиренності до проявів корупції.

Ефективна протидія корупції, крім наявності відповідної політичної волі, вимагає належного законодавчого забезпечення, тобто запровадження дієвого комплексу нормативно-правових положень, що регулюють механізми запобігання корупції та посилення відповідальності осіб, винних у вчиненні корупційних діянь.

Науковий керівник – Тетяна Комарова, асистент кафедри міжнародного права Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»

Примітка

- 1 Нуруллаев Ількін Садагат огли. Міжнародно-правове співробітництво в системі Ради Європи у боротьбі з корупцією: Дис... канд. юрид. наук. – Харків: НЮАУ ім. Ярослава Мудрого, 2008. – 205с.
- 2 Конвенція Організації ООН проти корупції від 9 грудня 2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – N 49. – С. 2048.
- 3 Там само.
- 4 Там само.
- 5 Конституція України // Відомості Верховної Ради України – 1996 – № 30. – Ст. 141.
- 6 Про міжнародні договори України: закон України від 29 червня 2004 року // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – N 50. – Ст. 540.



Внутрішній дворик 1 | Innenhof 1 | Courtyard 1

Umsetzung internationaler Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung in der ukrainischen Gesetzgebung

Die Integration der Ukraine in das europäische Rechtssystem und in die Gemeinschaft demokratischer Länder erfordert einen kritischen Blick für die Probleme der ukrainischen Verwaltung im Hinblick auf Standards, Prinzipien und Normen, die von der internationalen Gemeinschaft entwickelt wurden. Eines der größten Hindernisse, mit dem die Ukraine hierbei konfrontiert wird, sind korrupte Praktiken in fast allen Bereichen der ukrainischen Gesellschaft. Korruption hindert die demokratischen Entwicklungsprozesse, seit die Ukraine ihre Unabhängigkeit erlangte.

Die internationale Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Korruption wird zunehmend zu einem wesentlichen Bestandteil der internationalen Zusammenarbeit bei der Bekämpfung von Kriminalität im Allgemeinen. Korruption überschreitet heute Staatsgrenzen; sie ist nicht mehr nur ein Verbrechen, das primär von öffentlichen Bediensteten begangen wird, sie ist vielmehr zu einem Faktor geworden, der sie als Schwere Kriminalität mit internationaler Reichweite kennzeichnet.

Neben anderen negativen sozialen Erscheinungsformen ist Korruption gerade für die ehemaligen sowjetischen Republiken charakteristisch¹. Insofern leidet auch die Ukraine unter weitverbreiteter Korruption und es ist offensichtlich, dass sie dieses Problem nicht ohne fremde Hilfe unter Kontrolle bringen wird. Zu diesem Zweck wurden internationale Konventionen geschaffen und die Ukraine wurde zur Unterzeichnung aufgefordert, insbesondere von den Vereinten Nationen und dem Europarat, wodurch die internationale Zusammenarbeit bei der Korruptionsprävention intensiviert werden konnte. Die Ukraine arbeitet in diesem Bereich auch mit anderen Ländern zusammen. Resultat dieser Zusammenarbeit sind umfassende rechtliche Verpflichtungen.

Vor diesem Hintergrund ist eines der wichtigsten Ereignis-

nisse in der Geschichte des modernen Völkerrechts die Unterzeichnung der Konvention der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 2003 in Merida (Mexiko), mit dem Ziel der Prävention und der Bekämpfung von Korruption² (UNCAC). Der 9. Dezember wird seitdem als Tag der Internationalen Antikorruption gefeiert. Den Mitgliedsstaaten dient dieses Dokument als Grundlage zur Vereinheitlichung der nationalen Gesetzgebungen für Maßnahmen der Verhinderung und der Reaktion auf Korruption.

Die Konvention³ enthält 71 Artikel und legt die wesentlichen Maßnahmen der Mitgliedsstaaten fest:

- das Einrichten von Institutionen zur Prävention und zur Bekämpfung (Art. 6),
- das Optimieren öffentlicher und privater Verfolgung von Korruption (Art. 7 und 12),
- die Einführung eines Verhaltenscodex für öffentliche Bedienstete (Art. 8),
- öffentliche Transparenz bei Antikorruptionsprozessen (Art. 13),
- das Einrichten transparenter Verfahren bei Aufträgen und öffentlichen Finanzierungen (Art. 9) etc.

Insbesondere betont Art. 20 der Konvention⁴, dass jeder Mitgliedstaat – in Übereinstimmung mit seiner Verfassung und seinem Rechtssystem – legislative und anderen Maßnahmen ergreifen soll, um Korruption als Straftat verfolgen zu können. Hierbei sollte insbesondere jede vorsätzliche unerlaubte Bereicherung eines öffentlichen Bediensteten verfolgt werden, wenn also ein signifikanter Anstieg in dessen Vermögen, der das reguläre Einkommen übersteigt und nicht plausibel nachgewiesen werden kann, gegeben ist.

Momentan werden in zahlreichen Staaten effektive legislative und organisatorische Maßnahmen ergriffen, um die

nationale Gesetzgebung in Einklang mit der UN-Konvention gegen Korruption zu bringen. Es ist evident, dass seit der Unterzeichnung dieser Konvention auch die Ukraine der Umsetzung von Antikorruptionsvorschriften eine hohe Priorität eingeräumt hat.

Die Ukraine verfügt heute über ein breites normatives Instrumentarium aus dem Arsenal der internationalen Rechtsgemeinschaft, dessen Ziel die Verhinderung von Korruption ist. Unser Land nimmt zunehmend eine aktive Rolle in der internationalen Zusammenarbeit zur Korruptionsbekämpfung ein, insbesondere durch die Mitgliedschaft in der *Gruppe von Staaten gegen Korruption* (GRECO). Das Resultat ist nicht nur, dass die Gesetzgebung im Bereich der Korruptionsbekämpfung wesentlich verbessert, sondern auch die reale Korruptionsbekämpfung effizienter wird.

Aktuell muss die Ukraine aber noch weitere internationale Rechtsnormen gegen Korruption umzusetzen. Insbesondere sind das die Abkommen des Europarats, der GRECO und das internationale Abkommen zur Prävention und Strafverfolgung von Korruption, die im Rahmen der Satzung des Europarats, der Satzung der GRECO, des Zivilrechtsübereinkommens des Europarats und der Verordnungen des Ministerkomitees des Europarats ihre gesetzliche Grundlage haben.

Da Korruption global in Erscheinung tritt und auch in der Ukraine ein sehr ernsthaftes Problem ist, müssen sowohl regionale als auch internationale rechtliche und institutionelle Mechanismen zur Korruptionsbekämpfung Anwendung finden. Als Antwort auf diese Herausforderungen wurde in den letzten 10 Jahren ein globales Netzwerk für internationale Zusammenarbeit zur Korruptionsbekämpfung im Bereich des völkerrechtlichen Rechtssystems der Vereinten Nationen und – eher regional – auch in Europa geschaffen.

Im Zusammenhang mit der Umsetzung des UN-Netzwerks zur Zusammenarbeit für internationale organisatorische und rechtliche Mechanismen der Korruptionsbekämpfung spielt die GRECO eine sehr wichtige Rolle. Sie ist in diesem Bereich der Zusammenarbeit in Europa zurzeit das einzig effektive Kontrollorgan.

Die GRECO-Gruppe ist eine internationale öffentliche Institution. Die Mitgliedschaft in der Organisation erfordert die Anerkennung der Regeln der Zusammenarbeit bei Antikorruption, die von den maßgeblichen Organen des Europarates, gestützt auf die internationalen Abkommen, etabliert wurden.

Wenn man die Mitgliedschaft europäischer und nicht-europäischer Staaten und die Entwicklungstrends (Erweiterung

nach dem Beitritt nicht-europäischer Staaten) in Betracht zieht, kann die Gruppe zu den internationalen Organisationen gezählt werden, die die Einhaltung internationaler Abkommen kontrolliert, und die sogar in der Lage ist, Einfluss auf die Entwicklung der Antikorruptionsgesetze der Mitgliedsstaaten zu nehmen.

Die Gruppe ist Teil des Kontrollsystems des Europarats, das die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen aus der Mitgliedschaft in der Organisation und die Verpflichtungen aufgrund anderer internationaler Abkommen überprüft, die vom Europarat beschlossen wurden oder werden.

Die Arbeit der GRECO folgt Prinzipien, die rechtsverbindlich sind und in der Charta festgehalten werden. Im Völkerrecht gilt vor allem die Beachtung des Gleichheitsprinzips und das Prinzip der Nichteinmischung in interne Angelegenheiten der Mitgliedsstaaten. Andere Prinzipien, die nur für diese Gruppe gelten, sind

- das Prinzip der Harmonisierung der Antikorruptionsgesetzgebung und die Entwicklung von gemeinsamen Antikorruptionspraktiken der Mitgliedsstaaten,
- das Prinzip verpflichtender Kontrollen,
- das Prinzip der gegenseitigen Durchführung von Inspektionen der Mitgliedsstaaten,
- das Prinzip des Gleichgewichts zwischen nationaler Gesetzgebung und
- internationalen Verpflichtungen bei Verfahrensfragen und das Prinzip der Vertraulichkeit.

Die GRECO entwickelt auch aktiv ihre eigene „Rechtsprechung“ im Bereich der Prävention und Bestrafung von Korruption. Das beinhaltet die Auslegung der Korruptionskonvention des Europarats und Antikorruptionsmaßnahmen der Mitgliedsstaaten. Sowohl der Status als auch das Verfahren der GRECO sowie internationale Verträge, die ihre Kompetenzen festlegen, enthalten nicht das Recht zur Bestimmung einzelner Maßnahmen für die Bekämpfungsstrategien, wenngleich die Gruppe das Recht hat, „Empfehlungen“ gegenüber den Mitgliedsstaaten dort auszusprechen, wo sie Kontrollen durchführt.

Dieses Recht ist förderlich für die „Rechtsprechung“ der Gruppe. Die Gruppe entscheidet über die Praktikabilität und die Reichweite der Auslegung. Die „Richtlinien“ können die Art und Weise und den Umfang der Verpflichtungen der Konvention beeinflussen. Insofern spielt die Gruppe eine entscheidende Rolle bei der allmählichen Entwicklung des Antikorruptionsrechts des Europarates.

Die Gruppe der Staaten evaluiert Antikorruptionsmaßnahmen, indem sie in einzelnen Ländern Beurteilungsrunden einrichtet. Die Bewertung von Gesetzen kann die vertraglichen Verpflichtungen der Staaten außer Acht lassen. Die Kriminalisierung von Korruption wird im Einklang mit dem europäischen Strafrechtsübereinkommen gesehen, welches einen sehr klaren völkerrechtlichen Rahmen hat, und die Umsetzung dieser Standards soll im Sinne der Konvention vorgenommen werden. Zugleich soll die Kriminalisierung politischer Korruption im Sinne der Auslegung der erwähnten Konvention durch das Ministerkomitee des Europarats und die GRECO erfolgen.

Dafür sind die internationalen Rechtsverpflichtungen aus der Konvention eher allgemein gehalten und werden nicht als eine direkte Anweisung für die Umsetzung in nationales Recht angesehen.

Die Einbindung in die internationale Zusammenarbeit der Korruptionsbekämpfung zeigt die Notwendigkeit einer *vollständigen* Umsetzung der internationalen Antikorruptionskonventionen in das nationale Recht der Ukraine. Eine Unvereinbarkeit der ukrainischen Antikorruptionsgesetze mit dem Geist und den Grundprinzipien der internationalen Konventionen zur Korruptionsbekämpfung kann negative Folgen haben, vor allem, weil dadurch die Unfähigkeit des Staates offensichtlich wird, sich angemessen an der internationalen Zusammenarbeit zur Korruptionsbekämpfung zu beteiligen.

In der Ukraine stimmen weder die Verfassung⁵ noch die Gesetze und auch nicht die amtlichen Verordnungen mit den Rechtsanforderungen der internationalen Kontrollorgane überein. Insofern gründet die Problematik der nicht hinreichenden Übereinstimmung der Ukraine mit den internationalen Standards – wie mit denen der GRECO – in den Lücken der ukrainischen Gesetzgebung.

Weil der Beitritt der Ukraine zum GRECO-Abkommen, einschließlich der Akzeptanz der Satzung, nicht formell ratifiziert wurde, sind die Satzungs-Verpflichtungen auch nicht Teil der ukrainischen Gesetzgebung. Gleichwohl sollten sie gemäß den allgemeinen Regelungen nach Art. 15 des ukrainischen Gesetzes „Über internationale Abkommen der Ukraine“ vom 29. Juni 2004 behandelt werden⁶, d.h. internationale rechtskräftige Verträge, die von der Ukraine nicht ratifiziert wurden, sollen dennoch entsprechend dem Völkerrecht gewissenhaft eingehalten werden. Deshalb fordert die Ukraine von anderen Vertragsparteien internationaler Verträge, bei

denen die Ukraine Vertragsstaat ist, deren Verpflichtungen gegenüber solchen Verträgen streng einzuhalten.

Die Umsetzung der Europäischen Strafrechtsübereinkommen zur Korruptionsbekämpfung sollte durch die Ukraine alsbald erfolgen, und zwar unter Achtung der ukrainischen Rechtstradition und der Unterschiede in dem Verständnis der Vertragsbedingungen, wobei auch die Unvollkommenheit der Übersetzung der Konvention ins Ukrainische berücksichtigt werden muss. Die Nichtbeachtung dieser genannten Bedingungen kann zur Unvereinbarkeit mit internationalen rechtlichen Verpflichtungen führen.

Empfehlungen der GRECO sind nicht begrenzt auf allgemeine Empfehlungen im Zuge der Evaluation von Gesetzen. Sie zielen auf eine konkrete Vereinheitlichung der Antikorruptionsgesetzgebung. Eine solche Vereinheitlichung wird als eine der hauptsächlichen internationalen rechtlichen Verpflichtungen der Gruppe gesehen.

In diesem Zusammenhang gibt es folgende Prioritäten nationaler Umsetzung:

- Schaffen organisatorischer und rechtlicher Bedingungen, um unabhängige Antikorruptionspolitik zu ermöglichen;
- Übernahme angemessener Gesetze zur Strafverfolgung und Bestrafung von Korruption;
- Schaffen wirksamer nationaler Antikorruptionsdienststellen und die Einführung öffentlicher Kontrolle über ihre Aktivitäten;
- Minimierung von Immunitäten und die Schaffung von funktionierenden Rechtsmechanismen zum Immunitätsentzug;
- Herstellen von Transparenz bei staatlichen und lokalen Regierungsstellen
- und die Einführung eines modernen öffentlichen Dienstes.

Anmerkungen

1 Nurullayev Ilkin Sadahat oglu. International legal co-operation in the system of the Council of Europe in the fight against corruption: dissertation Candidate of Legal Sciences. – Kharkiv: National University «Yaroslav the Wise Law academy of Ukraine», 2008 – p. 205.

2 UN Convention against Corruption dated 9 December 2003 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 2007 – Nr. 49 – p. 2048.

3 Ibid.

4 Ibid.

5 Constitution of Ukraine // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 30 – p. 141.

6 The law of Ukraine about international treaties of Ukraine – 29 June 2004 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 2004 – Nr. 50 – p. 540.



Пляжні будинки | Strandhäuser | Beach houses

Implementation of International Relegations on Combating Corruption into Ukrainian Legislation

The integration of Ukraine into the European legal framework and into the community of democratic nations requires a fresh look at the problem of government administration in accordance with the standards, principles, and norms developed by the global community. One of the major obstacles that Ukraine faces on this path is corrupted practices in nearly all areas of Ukrainian society. This corruption has hindered the processes of establishing democracy in Ukraine since the state gained its independence.

International cooperation in fighting corruption is increasingly becoming an integral part of international cooperation in combating crime. Today, corruption has crossed national borders; it is no longer a crime committed only by civil servants, it has become a factor that creates conditions for committing serious crimes on an international scale.

Among other negative social phenomena, corruption is particularly characteristic of the former Soviet republics.¹ Unfortunately, Ukraine also suffers from rampant corruption, and it has become obvious that Ukraine is not able to solve this problem without assistance. Therefore, a number of international conventions have been worked out and offered up for signing, particularly by such organizations as the United Nations and the Council of Europe, in order to intensify international cooperation for preventing corruption. Ukraine has also joined cooperation in this area. As a result of this cooperation, significant legal obligations have been imposed.

With this in mind, one of the most important events in the history of modern international legal relations in the area of combating corruption is the signing of a comprehensive international act aimed at preventing and combating corruption on a global and national scale on 9 December 2003 in Merida (Mexico) – the United Nations Convention against

Corruption.² After this event, at the initiative of the United Nations, December 9 has been celebrated as International Anti-Corruption Day.

So, today, this document is the basis for harmonizing the national legislation of each member state in accordance with generally accepted methods and measures to prevent and combat corruption.

Two key principles were applied as the foundation of this Convention: measures to prevent corruption and measures to fight it where it already exists.

The Convention³ mentioned above contains 71 articles and sets out the central principles of member states' policies on preventing and combating corruption, namely: introducing a body or bodies for preventing and combating corruption (Article 6), optimizing the functioning of the public and private sectors (Articles 7 and 12), introducing codes of conduct for public officials (Article 8), providing public access to anti-corruption processes (Article 13), regulating public procurement and public financial management (Article 9), etc.

Specifically Art. 20 of the UN Convention against Corruption (UNCAC)⁴ stresses the fact that, subject to its constitution and the fundamental principles of its legal system, each member state shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal the act of intentional illicit enrichment, that is, a significant increase in assets of a public official which exceeds the statutory income and that cannot rationally be justified.

It should be noted that, at present, effective regulatory and organizational measures are being taken in a number of countries to bring their national legislation in line with the UN Convention against Corruption.

As for our country, it should be pointed out that since the signing of UNCAC by Ukraine, implementation of its

provisions into national legislation has become a major priority.

Today, Ukraine is a party to the vast majority of international legal instruments targeted at preventing corruption. Our country is increasingly taking an active part in international cooperation in the fight against corruption, including the Group of States against Corruption (GRECO). As a result of this, national legislation, which is expanding not only on corruption but also on the improvement of legal means to combat it, is significantly changing in Ukraine.

But currently, Ukraine needs further national implementation of international legal norms against corruption.

In particular, such international legal norms include documents regulating the activity of the Council of Europe and the Group of States against Corruption, as well as international agreements on the prevention and punishment of corruption, adopted within the framework of the Council of Europe, Statute of the Council of Europe, Statute of GRECO, Criminal Convention of the Council of Europe on the Fight against Corruption, Civil Convention of the Council of Europe on Corruption, and the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe.

As the problem of corruption has become a global phenomenon and is quite serious in Ukraine, not only regional but also international legal and institutional mechanisms should be involved in tackling the problem. Over the last 10 years, the active creation of a global network of international cooperation in the legal sphere on fighting corruption in the UNO system and at the regional level, in Europe in particular has become a response to this challenge.

In the context of the incomplete transformation of the universal (in the UN framework) network of international legal cooperation on preventing corruption into the international organizational and legal mechanisms to fight corruption, a particularly important role is still assigned to the Group of States against Corruption – the only currently effective organ of international control of the anti-corruption legal cooperation in European countries.

The Group of States against Corruption (GRECO) is a public international institution. The organization's membership is conditioned by the recognition of rules of cooperation in the anti-corruption sphere established by the governing bodies of the Council of Europe or the international treaties of the Council of Europe.

Considering the composition of GRECO (European and non-European states) and development trends (expansion

perspectives following the accession of non-European states), the Group can be ranked among subregional international agencies which control the observation of international treaties and are authorized to influence the development of anti-corruption legislation in its memberstates.

The group is part of the monitoring system of the Council of Europe in terms of the compliance of memberstates with obligations arising from membership in the organization and obligations under international treaties which have been or will be concluded in the Council of Europe.

The work of the Group of States against Corruption follows a number of principles that are legally binding and enshrined in the Charter, one of which is common to international law: respect for the principle of equality and non-interference in the internal affairs of member states, and others which are specific to the Group: the principle of harmonization of anti-corruption legislation and the formation of common anti-corruption practices by the memberstates; the principle of mandatory control procedures; the principle of reciprocity in conducting inspections in the memberstates; the principle of maintaining balance of national legislation and international commitments in procedural issues; and the principle of privacy.

The Group of States against Corruption is actively developing its own so-called "jurisprudence" in the sphere of corruption prevention and punishment which includes interpretations of Conventions on Corruption of the Council of Europe and anti-corruption practices of the memberstates. Statutory and procedural documents of the Group, as well as international treaties that define its powers, do not indicate the right to interpret the anti-corruption agreements although it does have the right to express "recommendations" to the states in which control measures are carried out.

This right is crucial for the formation of the Group's "jurisprudence." The Group determines the feasibility and scope of this interpretation. "The Guidelines" may affect the scope of obligations under the Convention, and, thus, the Group plays a critical role in the gradual development of the "Council of Europe anti-corruption law."

The Group of States introduces control measures against corruption by undertaking assessment rounds. Legislature assessments may go beyond the purely contractual obligations of the states. In particular, criminalization of corruption in accordance with the Criminal Convention on Corruption of the Council of Europe has a clear contractual international legal framework and the implementation of these standards

should be carried out according to the tenor of the Convention. At the same time, criminalization of political corruption should be carried out in accordance with the interpretations of the abovementioned Convention of the Committee of Ministers of the Council of Europe and the Group of States against Corruption.

In this case, the international legal obligations of the Convention are of a general nature and not considered as a direct source for implementation in the national legislation.

Ukraine's participation in international cooperation in the fight against corruption implies the necessity for a full implementation of international anti-corruption conventions. The inconsistency of Ukrainian anti-corruption legislation with the ideology and basic rules of anti-corruption conventions can have negative consequences, particularly regarding the inability of the state to adequately take part in international cooperation in the fight against corruption.

In Ukraine, neither the Constitution,⁵ the laws, nor any bylaws regulate the correlation of Ukrainian legislation with the jurisprudence of the international monitoring bodies. Thus, the problem of the application procedure in such international control agencies as the Group of States against Corruption in Ukraine lies in the gaps in Ukrainian legislation.

Since Ukraine's accession to the Agreement establishing the Group, with the Statute being part of it, was not ratified, the obligations under the Statute are not part of Ukrainian legislation and they should be treated according to the general rules laid down in Art. 15 of the Law of Ukraine "On International Treaties of Ukraine" dated 29 June 2004⁶, i.e. international treaties in force which have been entered by Ukraine shall be faithfully observed in accordance with international law. Therefore Ukraine advocates that other parties to the international treaties of Ukraine strictly fulfill their obligations under these treaties.

Ukraine's implementation of the Criminal Convention on Corruption of the Council of Europe should take place with

due regard to differences in the understanding of terms in the Convention and the Ukrainian legal tradition as well as to imperfections in the translation of the Convention into Ukrainian. Failure to comply with these conditions may result in inconsistencies of the implemented legislation with international legal commitments.

Recommendations made by the Group of States against Corruption are not limited to general suggestions for the legislative assessment; they are aimed at genuine unification of anti-corruption legislation. Such unification is considered to be one of the main international legal obligations of the Group.

In this context, the key issues of the national implementation are: creation of organizational and legal conditions for pursuing independent public policy on anti-corruption; adoption of appropriate legislation on corruption detection and punishment; creation of appropriate national anti-corruption bodies and introduction of public control over their activities; minimization of immunities while maintaining an effective legal mechanism for immunity deprivation; introduction of transparency in the activities of bodies of state and local governments; and creation of a modern governmental service.

Annotation

- 1 Nurullayev Ilkin Sadahat oglu. International legal co-operation in the system of the Council of Europe in the fight against corruption: dissertation Candidate of Legal Sciences. – Kharkiv: National University «Yaroslav the Wise Law academy of Ukraine», 2008 – p. 205.
- 2 UN Convention against Corruption dated 9 December 2003 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 2007 – Nr. 49 – p. 2048.
- 3 Ibid.
- 4 Ibid.
- 5 Constitution of Ukraine // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 30 – p. 141.
- 6 The law of Ukraine about international treaties of Ukraine – 29 June 2004 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 2004 – Nr. 50 – p. 540.



Узбіччя дороги | Wegesrand | Wayside

Зміна підходу до тягара доказування як спосіб боротьби із зловживаннями службових осіб

Злочинність досягла такого масштабу та рівня організованості, що боротьба з нею традиційними способами є малоефективною, а інколи – й взагалі неможливою. А тому існує нагальна необхідність реформування деяких засад кримінального процесу. З цією метою деякі вчені (зокрема, О. Приймаченко, Б. Розовський, Ю. Грошевий, А. Волеводз, Ф. Сундуrow) пропонують на законодавчому рівні закріпити положення, відповідно до якого в окремих випадках (це стосується розслідування злочинів корупційної спрямованості) на підозрюваного, підсудного слід покласти обов'язок давати правдиву інформацію про певні обставини справи (у тому числі й тоді, коли такі обставини стосуються його особисто і навіть доводять його вину у вчиненні злочину).

Твердження про те, що тягар доведення факту вчинення підсудним злочину лежить на стороні обвинувачення і не може перекладатися на захист, чітко та недвозначно висловлено у ряді рішень Європейського Суду з прав людини (зокрема, у §77 рішення по справі «Барбера, Мессере і Хабардо проти Іспанії» («Barbera, Messeque and Jabardo v. Spain») №10590/83 від 6 грудня 1988 р. [12, с.327–328]. та §39 рішення Страсбургського суду «Капо проти Бельгії» (Caseau v. Belgium) №4291/98 від 13 січня 2005 р. [12, с.271].

Водночас на необхідність перегляду традиційного підходу до тягара доказування у кримінальному процесі, що полягав би у покладенні саме на підозрюваного, (обвинуваченого/ підсудного) обов'язку доводити свою невинуватість, уже неодноразово зверталася увага в юридичній літературі

Так, із критикою однобокого підходу до права не свідчити проти себе виступив Б.Г. Розовський. Вчений докоряє тим, що в Україні покірно, безумовно сприймається іс-

нуюча процесуальна регламентація права підозрюваного та підсудного не давати показань щодо себе. Б.Г. Розовський вважає, що право не свідчити проти себе є проявом відсутності елементарної логіки в існуючій концепції кримінального процесу, адже підозрюваному та підсудному від імені держави оголошується, що вони мають право продовжувати протистояти державі. А таким чином у цих учасників процесу створюється психологічна впевненість у тому, що відмова від розкаяння не засуджується самою державою.

Звісно, Б. Розовський не закликає до повної відмови від зазначеного права (це вже було б занадто!), але фактично він (у формі риторичних запитань) робить спробу підвести читачів свого есе до думки, згідно з якою право не давати показання проти себе повинно мати обмежену сферу застосування.

Із категоричністю висловлювань Б. Розовського можна посперечатися. Передусім, не факт, що підозрюваний та обвинувачений – це фактично винний, можливо зазначений учасник процесу ніякого відношення до вчинення діяння (яке є предметом розслідування) не має, не виключено, що така особа є правослухняною, а її кримінальне переслідування – помилкою. А тому говорити про «продовження протистояння державі» не завжди коректно: може такого «протистояння» й близько не було. Крім того, якщо прислухатися до наведеної вище рекомендації і покласти на особу обов'язок давати самовикривальні показання, то, не виключено, що загроза настання відповідальності за невиконання подібного обов'язку в окремих випадках буде способом психологічного впливу на не надто стійких підозрюваних, які хоч і не вчинили інкримінованого їм діяння, але, побоюючись призначення покарання і за це діяння, і за відмову від

дачі показань, будуть поставлені перед непростим вибором.

Звісно, наведену вище пропозицію критикувати легко: вона виглядає явно еретичною з точки зору ортодоксального кримінального процесу. Ми й самі, спочатку ознайомившись із нею, заздалегідь були налаштовані проти цієї точки зору і збиралися її спростовувати. Але ... аналіз ефективної правозастосовної практики ряду країн змусив задуматися. Сама ідея насправді не є такою абсурдною, як може видатися на перший погляд, категоричного несприйняття у нас вона уже не викликає і потребує, принаймні обговорення.

У світі спостерігається тенденція до поступового відходу від традиційного розуміння тягара доказування (передусім це стосується зловживань у сфері службової діяльності).

Зараз чимало держав повертаються до минулого досвіду, використовуючи його в нових умовах. Так, У Великобританії Закон «Про кримінальну юстицію і суспільний порядок» 1994 р. (з наступними змінами від 2002 р.) істотно обмежив право обвинуваченого на мовчання, частково поклавши на нього обов'язок доведення своєї невинуватості. Переважно цей закон стосується підозрюваних у тероризмі, участі у діяльності організованих злочинних угруповань та корупції. У Франції передбачено, якщо особа не зможе довести законність свого доходу, який відповідає стилю її життя (живе «не по кишені») і має постійні контакти з учасниками злочинної асоціації (ст. 450¹ КК), то ризикує відбутися п'ять років ув'язнення або сплатити штраф у 75 тисяч євро. З 2003 року у Польщі тягар доведення законності доходів покладено на обвинуваченого. Відсутність доказів законності володіння майном тягне кримінальну відповідальність в ряді країн Азії. Обговорюється також пропозиція швейцарських експертів по розширенню

можливостей заморожування і подальшої (через 1–2 роки) конфіскації коштів, походження яких викликає сумнів, якщо володілець коштів протягом вказаного строку не доведе, що вони отримані законним шляхом.

Подібна ідея відображена й у ст. 20 Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції від 31.10.2003 р. (яка набрала чинності для України з 01.01.2010 р.) [5]. Там йдеться про те, що «кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочинном умисне незаконне збагачення, тобто значне збільшення активів державної *посадової особи*, яке перевищує її законні доходи і які вона не може раціонально обґрунтувати».

До речі, твердження про те, що «у випадках, прямо передбачених національним законодавством, покладення на підозрюваного, обвинуваченого (підсудного) доводити свою невинуватість, буде сумісним із поняттям справедливого судового розгляду в системі кримінального судочинства», відображено в кількох більш пізніх рішеннях Євросуду: «Ван Вондел проти Нідерландів» («Van Vondel v. Netherlands») від 23 березня 2006 р. [6, с.212–213] та «Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства» («Grayson and Barnham v. United Kingdom») №19955/05 та 15085/06 від 23 вересня 2007 р. Таким чином цей орган у своїх подальших рішеннях демонструє кардинально інший, протилежний підхід!

Можливо й в Україні підхід до тягара доказування у нинішньому трактуванні (принаймні при розслідуванні зловживань службових осіб) помалу відійде у минуле. Йому на зміну прийде положення: особа повинна довести законність отримання грошових коштів та іншого майна. Адже йти від зворотного правоохоронній системі найрозвинутіших країн уже не в змозі.



Яма Двір | Loch Hof | Hole Courtyard

Umkehr der Beweislastregel (Nemo-tenetur se ipso accusare) bei Machtmissbrauch von Amtsträgern

Die Kriminalität hat mittlerweile einen solchen Umfang und ein solches Maß an Organisiertheit erreicht, dass der Kampf dagegen mit traditionellen Methoden ineffektiv – und manchmal absolut ineffektiv – ist. Deswegen besteht dringender Bedarf, einige der Grundsätze des Strafverfahrens zu reformieren.

Wissenschaftler wie *O. Pryjatschenko*, *B. Rozovsky*, *J. Hroschewyj*, *A. Wolewods* und *F. Sundurow* schlagen deshalb vor, Rechtsvorschriften so zu ändern, dass in manchen Fällen dem Verdächtigen/Angeklagten die Verpflichtung auferlegt wird, wahrheitsgemäße Angaben über besondere Umstände des Falles zu machen und gegebenenfalls seine Unschuld selbst zu beweisen.

Die herrschende Auffassung, dass die Beweislast für das Vorliegen einer Straftat bei der Staatsanwaltschaft liegt und die Beweislast für die Unschuld nicht auf den Verdächtigen übertragen werden darf, wird durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte klar und deutlich zum Ausdruck gebracht (insbesondere Entscheidung im Fall „Barbera, Messeque und Jabardo v. Spanien“, Nr. 10590/83 am 6. Dezember 1988 und Urteil des Gerichtshofs in Straßburg „Capeau v. Belgium“ Nr. 4291/98 am 13. Januar 2005).

Gleichwohl wird in der juristischen Fachliteratur diskutiert, ob die traditionelle Herangehensweise an die Beweislast im Strafprozess reformiert werden soll. Es wird erwogen, ob der Verdächtige oder Angeklagte die Pflicht haben soll, seine Unschuld zu beweisen. Das Recht eines Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen (*nemo tenetur se ipsum accusare*), wurde zum Beispiel von dem ukrainischen Rechtswissenschaftler *B. G. Rozovsky* infrage gestellt. Er kritisiert, dass die auch in der Ukraine bestehende rechtliche Regelung des Schweigerechtes in einem demütigen und un-

terwürflichen Sinne vollzogen wird. *Rozovsky* glaubt, dass das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, Ausdruck einer falschen Logik des ukrainischen Strafprozesses ist. Mit diesem Recht verfestigt der Staat beim Verdächtigten die Bereitschaft, sich dem Staat weiterhin zu widersetzen. Beim Angeklagten werde die Überzeugung psychologisch gefestigt, dass die Leugnung von Schuld vom Staat keineswegs missbilligt wird. Allerdings spricht sich der Rechtswissenschaftler nicht für einen vollständigen Verzicht dieses Rechts des Angeklagten aus (das wäre zu viel!), aber er versucht mit den rhetorischen Fragen den Lesern seines Aufsatzes aufzuzeigen, dass das Recht, nicht gegen sich selbst auszusagen zu müssen, in einem gewissen Umfang begrenzt werden müsse.

Die kategorischen Aussagen von *B. G. Rozovsky* erscheinen auf den ersten Blick befremdlich. Zunächst steht noch gar nicht fest, ob der Angeklagte/Verdächtige tatsächlich schuldig ist. Vielleicht hat er die strafbaren und angeklagten Handlungen gar nicht begangen. Es ist nicht auszuschließen, dass der Verdächtige sich rechtmäßig verhalten hat und seine Strafverfolgung falsch ist. Somit wäre es nicht zutreffend, allein das Schweigen als „Fortsetzung des Widerstandes gegenüber dem Staat“ anzusehen: eine derartige „Konfrontation“ kann sich schnell als Mythos erweisen. Außerdem, wenn man dem Vorschlag von *Rozovsky* folgte, würde die Aussicht auf eine Verurteilung wegen Schweigens psychisch instabile Verdächtige enorm unter Druck setzen. Sie müssten eine Bestrafung wegen nicht begangener Straftaten befürchten oder einer Verurteilung aufgrund der Aussageverweigerung entgegen sehen, obwohl sie die Taten gar nicht begangen haben – also eine Zwickmühle!

Es ist mithin leicht, die Position von *Rozovsky* zu kritisieren; sie erscheint nahezu ketzerisch im Hinblick auf die Prinzipien des traditionellen Strafprozesses. Auch wir waren zu-

nächst kritisch und verweigerten die Akzeptanz. Indes hat uns die Rechtsanwendung anderer Länder nachdenklich gemacht. Die Idee an sich ist gar nicht so absurd, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Insofern scheint uns eine kategorische Ablehnung vor diesem Hintergrund nicht mehr ohne Weiteres vertretbar. Der Ansatz verdient jedenfalls eine erschöpfende Erörterung.

Weltweit gibt es eine Tendenz, die vom traditionellen Verständnis der Beweislast abweicht, vor allem wenn es um die Wirtschaftskriminalität, Terrorismus und Machtmissbrauch von Amtsträgern geht. Einige Staaten kehren zu alten Erfahrungen zurück, anknüpfend an neue Verhältnisse.

In Großbritannien hat das Gesetz über „Strafjustiz und öffentliche Ordnung“ vom Jahr 1994 (mit den entsprechenden Veränderungen ab 2002) das Schweigerecht der Angeklagten deutlich beschränkt, indem ihm oder ihr teilweise die Verpflichtung auferlegt wurde, die Unschuld selbst zu beweisen. Überwiegend findet dieses Gesetz in Fällen von Terrorismus, organisierter Kriminalität sowie Korruption Anwendung.

In Frankreich bestimmt das Gesetz, dass jemand, der die Rechtmäßigkeit seiner Einnahmen, die einen erhöhten Lebensstil ermöglichen, nicht beweisen kann und ständig mit Mitgliedern einer kriminellen Organisation Verbindung hat (Art. 450 des Strafgesetzbuches), bis zu 5 Jahren Haft oder zu Geldstrafe bis zu 75 000 Euro verurteilt werden kann.

In Polen liegt die Beweislast für die Rechtmäßigkeit der Einnahmen einer Person ab 2003 beim Verdächtigen. In einigen asiatischen Ländern begründen mangelnde Beweise für die Rechtmäßigkeit des vorhandenen Eigentums eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Betroffenen. Diskutiert wird ebenso der Vorschlag schweizerischer Experten, die Möglichkeit des Einfrierens (1 bis 2 Jahre) oder Konfiszierung von Einnahmen, bei welchen die Rechtmäßigkeit des Erwerbs zweifelhaft ist und der Betroffene die Rechtmäßigkeit nicht innerhalb einer gesetzten Frist beweisen kann.

Diese Idee spiegelt sich auch in Artikel 20 des Überein-

kommens der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003 (in der Ukraine am 01. Januar 2010 in Kraft getreten) wieder. Darin heißt es: „Jeder Mitgliedstaat führt alle rechtlichen und anderen Maßnahmen durch, die erforderlich sind, um eine rechtswidrige Bereicherung, insbesondere die Vermehrung des aktiven Vermögens eines öffentlichen Bediensteten, strafrechtlich aufzudecken. Der betroffene Amtsträger ist zu bestrafen, wenn er die Rechtmäßigkeit eines erheblichen Vermögenszuwachses, der seine regulären Einnahmen übersteigt, nicht nachweisen kann.“ Wenn man berücksichtigt, dass Abschnitt XVII des Strafgesetzbuchs der Ukraine (Kriminalität im Zusammenhang mit offiziellen und professionellen Aktivitäten des öffentlichen Dienstes) in der Fassung von Art. 368-2 (rechtswidrige Bereicherung) am 7. April 2011 in Kraft gesetzt wurde, dürfen Überlegungen zur Beweislastumkehr in derartigen Fällen in anderem Licht erscheinen.

Im Übrigen bestätigen neuere Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, dass in Fällen, in denen der nationale Gesetzgeber die Beweislast dem Angeklagten dafür überträgt, seine Unschuld zu beweisen, diese Pflicht durchaus mit dem Prinzip des fairen Verfahrens im Strafrecht als vereinbar angesehen wird (Van Vondel v. Netherlands vom 23. März 2006 [6, c.212–213] und Grayson and Barnham v. United Kingdom, Nr. 19955/05 und 15085/06 vom 23. September 2007). Auch hier zeigen sich Ansätze einer Befürwortung der Beweislastumkehr in den genannten Fällen.

B. G. Rozovsky empfiehlt, dass sich in der Ukraine der Ansatz der Beweislastumkehr in seiner traditionellen Interpretation, zumindest wenn es um die Fälle des Machtmissbrauchs durch Amtsträger geht, ändern müsste. Er sollte ersetzt werden durch die Forderung, dass jeder die Legalität seines Vermögens und Eigentums selbst nachweisen muss. Die Rechtsinstitutionen auch hoch entwickelter Länder sind von sich aus allein nicht mehr in der Lage, den gerichtsfesten Nachweis hierfür anzutreten.



Барановєрхївка | Platte | Prefabricated Building

Reversal of the Burden of Proof in Cases of Officials' Abuse of Power

Crime has reached an extent and amount of organization which makes fighting it with traditional methods ineffective – sometimes completely. That is why there is an urgent need to reform some of the basic principles of criminal proceedings.

Academics like O. Pryjatschenko, B. Rozovsky, J. Hroschewyj, A. Wolewods, and F. Sundurow therefore suggest changing legal rules such that, in some cases, the suspect/accused is obligated to make true statements about particular aspects of the case and, if necessary, prove his innocence himself.

The prevailing opinion that the burden of proof for the existence of a crime lies with the state prosecutor's office and the burden of proof of innocence may not be transferred to the suspect, something which was made absolutely clear by the jurisprudence of the European Court of Human Rights (particularly the decision in the case "Barbera, Messeque and Jabardo v. Spain, No. 10590/83 on 6 December 1988 and the Strasbourg Court's decision "Capeau v. Belgium" No. 4291/98 on 13 January 2005).

At the same time, legal academic literature discusses whether the traditional approach to the burden of proof in criminal proceedings should be reformed. What is being considered is whether the suspect or accused should be obligated to prove his innocence. The right of the accused not to self-incriminate himself (*nemo tenetur se ipsum accusare*) was questioned, for example, by the Ukrainian legal scholar B. G. Rozovsky. His critique is that the current legal regulation of the right to remain silent which also exists in the Ukraine is carried out in a way which humbling and shames the suspect. Rozovsky believes that the right not to incriminate oneself is the expression of a false logic inherent in Ukrainian criminal procedural law. With this right, the state strengthens the accused's readiness to resist the state. The accused

is given psychological support for the belief that the state does not disapprove of denying guilt. However, the legal scholar does not believe that this right of the accused should be completely abolished (that would be too great a step!), but in the rhetorical questions in his essay, he tries to show the readers that the right not to incriminate oneself must be limited to some extent.

At first glance, the categorical statements from B. G. Rozovsky seem strange. At the beginning of a trial, it is not even clear whether the accused/suspect is, in fact, guilty. Maybe he did not even commit the criminal act which is being brought before the courts. It cannot be ruled out that the suspect behaved according to the law and the criminal prosecution is wrong. In these cases, it would not be correct to see silence as merely "the continuation of resistance to the state," as that kind of "confrontation" can quickly be proven a myth. Besides, if one were to go along with Rozovsky's suggestion, the possibility of a conviction of psychologically unstable suspects due to silence would find itself under great pressure. On the one hand, they would have to fear being punished for a crime they did not commit, or, on the other hand, being convicted of a crime based on their refusal to make a statement even though they didn't commit the crime – a Catch 22!

It is therefore easy to criticize Rozovsky's position; it seems blasphemous in light of the principles of traditional criminal procedure. We were also first critical and refused to accept it. In the meantime, however, the legal application of various countries have made us take a second look, and we have found that the idea is not as absurd as it first appears. A categorical rejection thus no longer seems justifiable; the approach deserves at least an exhaustive debate.

Throughout the world, there is a tendency which deviates

from the traditional understanding of the burden of proof, in particular in white-collar crime, terrorism, and the abuse of power by officials. Some states are returning to old experiences linked with new circumstances.

In Great Britain, the “Criminal Justice and Public Order Act” from 1994 (with the appropriate amendments in 2002) clearly limited the accused’s right to silence by at least partially obligating him to prove his own innocence. This law largely finds application in cases of terrorism, organized crime, and corruption.

In France, there is a law (Art. 450 of the Criminal Code) which says that someone who cannot prove the legality of an income making a luxury lifestyle possible and has frequent contact with members of organized crime can be sentenced to up to 5 years in prison or a fine of up to 75,000 Euros.

In Poland, the burden of proof for the legality of a person’s income has lain with the suspect since 2003. In some Asian countries, a lack of proof for the legality of one’s possessions can lead to criminal prosecution. The suggestion of Swiss experts is also being discussed, that is, whether income of dubious legality can be frozen (for 1 to 2 years) or confiscated if the affected cannot prove the legality within a certain period of time.

This idea is reflected in Article 20 of the United Nations Convention Against Corruption on 31 October 2003 (in effect in Ukraine since 1 January 2010). Here it says: “Each State Party shall consider adopting such legislative and other

measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, illicit enrichment, that is, a significant increase in the assets of a public official that he or she cannot reasonably explain in relation to his or her lawful income.” If one considers that Section 17 of the Ukrainian Criminal Code (Crime in connection with official and professional activities of public service) in the version of Art. 368-2 (illicit enrichment) came into effect on 7 April 2011, thoughts on the reversal of a burden of proof in these kinds of cases may be viewed in another light.

Incidentally, more recent decisions of the European Court of Justice confirm that in cases in which the national lawmaker transfers the burden of proof to the accused, this obligation can be seen as being in line with the principles of a fair trial in criminal law (Van Vondel v. Netherlands on 23 March 2006 [6, pp. 212–213] and Grayson and Barnham v. United Kingdom, No. 19955/05 and 15085/06 on 23 September 2007). Here, one can also see the beginnings of an acceptance of the reversal of the burden of proof in those cases.

B. G. Rozovsky recommends that Ukraine must change the approach of the burden of proof in its traditional interpretation, at least in cases of public officials’ abuse of power. It should be replaced with the requirement that every person must prove the legality of his assets and possessions. The legal institutions of highly developed countries are no longer capable of bringing forth evidence which can stand up in court in these cases.

II.

Захист даних

Datenschutz

Data Protection



Поштові скриньки | Briefkästen | Mailboxes

Захист персональних даних в Україні: досягнення, проблеми, перспективи

Євроінтеграційні прагнення України, спонукають нашу державу до приведення свого національного законодавства у відповідність до стандартів захисту прав людини, що є визнаними в країнах Європейського союзу. Гармонізація і адаптація національного законодавства України до законодавства ЄС у тому числі і до «*aquis communautaire*», що передбачено законодавством України, ставить перед нашою державою задачу прийняття нового та удосконалення вже існуючого законодавства в вже існуючих сферах. Таке завдання передбачено також угодою про асоціацію між Україною та ЄС, яка до цього часу була тільки парафрована, але ще не підписана.

В межах європейського простору прийнято низку міжнародних актів, спрямованих на захист основних прав і свобод людини у сфері обробки та вільного переміщення персональних даних. У цьому зв'язку логічно звернутися до Конвенції про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних від 28 січня 1981 р. (далі – Конвенція), Директиви Європейського парламенту і Ради Європейського союзу «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 р. (далі – Директива). Дані міжнародні акти сприяли розробці в Україні нормативної бази. Позитивним досягненням стало прийняття низки нормативно правових актів серед яких: Закон України «Про захист персональних даних» від 01 червня 2010 р. (далі – Закон «Про захист»), Закон України «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 р., та Закон України «Про доступ до публічної інформації». Зважаючи на відносну новизну інституту захисту персональних даних у процесі їх обробки та трансграничного переміщення для правової системи України поміж інших питань захисту інформації, що не підлягає розголошенню,

доцільно зауважити, що на разі саме цей аспект національної інформаційної політики заслуговує на особливу увагу та потребує врахування міжнародного досвіду. На сьогодні законодавством України встановлено, що персональні дані є інформацією з обмеженими доступом, а їх обробка може здійснюватися виключно з легітимною метою та за наявності згоди суб'єкта такої інформації (ст. 5, 6 Закону «Про захист»). Також визначено право особи на захист від незаконної обробки та від розголошення її персональних даних через застосування самозахисту (можливість суб'єкта персональних даних подавати вмотивоване заперечення проти обробки даних чи вносити застереження стосовно її меж) чи звернення до компетентних органів (п. 8 ч. 2 ст. 8 Закону «Про захист»). З метою забезпечення захисту персональних даних в структурі органів виконавчої влади створено Уповноважений державний орган з питань захисту персональних даних (ч. 4 ст. 9 Закону «Про захист»). На локальному рівні загальні зобов'язання щодо захисту даних, які підлягають обробці, покладено на володільця відповідної бази (ч. 3 ст. 24 Закону «Про захист»). Достатньо прогресивним нововведенням стала вимога щодо призначення володільцями персональних даних відповідальних осіб, які б займалися організацією роботи, пов'язаною із захистом персональних даних при їх обробці (ч. 2 ст. 24 Закону «Про захист»). Слід відмітити, що зазначена новація оцінена європейськими експертами як можливий елемент подальшої модернізації положень Конвенції.¹

Однак незважаючи на наявність окремих позитивних моментів, слід зауважити, що реалізації цілей на приведення інформаційного законодавства щодо захисту персональних даних до європейських стандартів не позбавлена проблематичності. З метою певної систематизації

виявлених невідповідностей та прогалин у цій сфері видається за доцільне площину захисту персональних даних поділяти на дві складові, які можна визначити, як концептуальний зміст самого права (межі його дії) та як функціонуючий адміністративний механізм, спрямований на забезпечення ефективної реалізації цього права.

Проводячи аналіз першої складової, насамперед слід зазначити, що в силу особливостей своєї природи та специфіки феномену соціального співжиття притаманне особі право на захист її персональних даних постійно перебуває в центрі двох конфліктів між протилежними інтересами, що проявляються в протистоянні права особи на недоторканість приватного життя та права громадян отримувати повну та адекватну інформацію, яка має публічний характер, а також – права особи на недоторканість приватного життя та права на свободу вираження поглядів. Досягнення консенсусу у цих питаннях покладається на державу, а сам результат їх вирішення істотно впливає на визначення меж дії права на захист персональних даних.

В рамках правової системи України перший із зазначених конфліктів достатньо чітко простежується на основі співвідношення закону «Про захист» із законами «Про інформацію» від 02 жовтня 1992 (в редакції від 10 серпня 2012) та «Про доступ до публічної інформації» від 13 січня 2011 (в редакції від 19 листопада 2012). Так, відповідно до ч. 2 ст. 5 закону «Про захист» персональні дані, крім знеособлених персональних даних, за режимом доступу є інформацією з обмеженим доступом, що еквівалентно визнанню всіх персональних даних конфіденційною інформацією. При цьому жодних винятків чи застережень стосовно звуження рамок такого надмірно протекціоністського визначення цього поняття не встановлено. В той же час у двох інших вищенаведених законах передбачено необхідність при обмеженні доступу до публічної інформації враховувати, поміж іншим, співрозмірність шкоди, яка може бути завдана особі в наслідок оприлюднення такої інформації, та суспільним інтересом. Як видається, це положення цілком відповідає доктрині «справедливого балансу», однак притаманна йому узагальненість породжує негативний ефект для практичного застосування (масові безпідставні відмови у доступі до будь-яких персональних даних з посиланням на їх конфіденційність). Тому з урахуванням гарантій реалізації суспільного інтересу в якості найближчої перспективи цілком обґрунтовано можна назвати проведення конкрети-

зації видів персональних даних, які повинні перебувати у вільному доступі.²

В цьому ж контексті потребує вирішення також проблема колізійності процедур доступу до інформації, регламентованих у законах «Про захист» та «Про доступ», які встановлюють різний порядок звернення із запитом та різні строки їх розгляду. Така суперечність видається юридично некоректною та істотно ускладнює практичну роботу.

Неналежне врегулювання другої із вищезазначених конфліктних ситуацій можна спостерігати на прикладі інтерпретації положення ст. 1 Закону «Про захист», відповідно до якої винятком зі сфери його дії є лише обробка персональних даних, що проводиться журналістом для своїх професійних цілей. Як вбачається, таке звужене формулювання не узгоджується з рекомендаціями Директиви, згідно зі ст. 9 якої, держави забезпечують виключення з вимог Директиви для обробки персональних даних, що здійснюється, зокрема, «в журналістських цілях». Таким чином, прив'язка до професії чи посади журналіста є необґрунтованою.

В рамках аналізу адміністративного механізму для ефективного захисту права особи на нерозголошення її персональних даних виявляється одне із найбільш істотних упущень в процесі впровадження європейських стандартів у цій сфері. Так, згідно з Положенням про Державна служба України з питань захисту персональних даних (далі – ДСЗПД) від 06 квітня 2011, функції Уповноваженого державного органу для нагляду за захистом персональних даних в Україні виконує ДСЗПД, що є центральним органом виконавчої влади, діяльність якої спрямовується і координується Кабінетом Міністрів

України через Міністра юстиції України. Однак загальноновстановленою вимогою до органів такого характеру в контексті Конвенції є їх незалежність від політичного та економічного впливу. Тому у висновках європейських експертів Україні запропоновано розглянути можливість про надання відповідних повноважень Уповноваженому Верховної Ради України, який вже долучений до контролю за виконанням закону про захист даних і водночас має незалежний статус. Як наслідок, на сьогодні на розгляді національного парламенту перебуває три альтернативних законопроекти щодо внесення змін до Закону «Про захист», які спрямовані на реалізацію визначеної рекомендації.³

Однак ідея включення інституту Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини в механізм здійс-

снення завдань та функцій центральних органів виконавчої влади, зокрема нагляду, не знайшла своєї підтримки в оцінках українських спеціалістів. На їхню думку, така новація є концептуально вразливою, оскільки не відповідає природі інституту омбудсмена в межах правової системи України та може негативно вплинути на зміну його ролі та первісного призначення. Так, доцільно враховувати, що традиція існування цього інституту свідчить про виконання ним функцій парламентського контролю за дотриманням прав і свобод людини і громадянина, що забезпечується авторитетом відповідної особи, а не наданням їй суто адміністративних повноважень. Тому в площині вирішення цієї проблеми вбачається можлива перспектива створення нової незалежної структури для забезпечення ефективного захисту персональних даних.

На підставі вищевикладеного слід відмітити, що Україна достатньо активно працює у сфері розробки належних гарантій прав людини на захист персональних даних, які б відповідали фундаментальним принципам права та передовим європейським тенденціям. Так, до закону «Про захист персональних даних» двічі з моменту його при-

йняття проводилося внесення цілком обґрунтованих та прогресивних змін, а перспективні нововведення на разі перебувають на стадії планування та реалізації. Вбачається, що здобуті в процесі такої діяльності досягнення заслуговують на своє визнання. Водночас слід наголосити, що подальша робота в цьому напрямку потребує детального дослідження та врахування міжнародного досвіду для належного захисту права особи на приватність в інформаційній сфері. Тому на сьогодні особливу цінність становить вивчення та аналіз теоретичних ідей та практичних здобутків насамперед європейських держав в царині гарантування інформаційної безпеки особи в контексті нерозголошення персональних даних.

Примітка

- 1 Закон України «Про захист персональних даних» від 16.05.2013 // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2010. – № 34. – Ст. 481,
- 2 Сидоришина Т.Г. Захист інформації про особу (персональні дані) в законодавстві України// Тетяна Григорівна Сидоришина. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу:<http://naub.org.ua/?p=1460>
- 3 Закон України «Про доступ до публічної інформації» від 14.05.2013 // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2011. – № 32. – Ст. 314



Сходи | Treppe | Staircase

Schutz personenbezogener Daten in der Ukraine: Erfolge, Probleme, Perspektiven

Die europäischen Integrationsziele der Ukraine veranlassen unseren Staat, seine nationale Gesetzgebung mit europäischen Standards zum Schutze der Menschenrechte in Übereinstimmung zu bringen. Um die ukrainische Gesetzgebung der Europäischen Union und dem *Acquis Communautaire* näher zu bringen, muss ein neues Rechtssystem geschaffen und das bestehende muss an alle Lebensbereiche angepasst werden. Das ist auch im Assoziierungsvertrag zwischen der Ukraine und der EU vorgegeben, nur wurde er bislang lediglich parafert, aber noch nicht unterzeichnet.

Innerhalb Europas wurden bereits einige international anerkannte Konventionen über Freiheits- und Grundrechte im Bereich der Verarbeitung und der individuellen Datennutzung verabschiedet. Deshalb ist es für die Ukraine zwingend, sich an dem Übereinkommen des Europarates zum Schutz individueller Rechte bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (nachstehend „Übereinkommen“) vom 28. Januar 1981 und an der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates der EU „Zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr“ (nachstehend „Richtlinie“) vom 24. Oktober 1995 zu orientieren. Diese internationalen Übereinkommen haben geholfen, die Entwicklung der Datenschutzgesetzgebung in der Ukraine voranzutreiben, was sich in der Übernahme einiger normativer Elemente im *Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten* (1. Juni 2010), im *Informationsgesetz* (2. Oktober 1992) und im *Öffentlichen Informationsgesetz* (13. Januar 2011) abzeichnet. Wegen der Aktualität des Schutzes personenbezogener Daten ist dieser Aspekt nationaler Informationspolitik besonders zu beachten, weil er die Berücksichtigung internationaler Erfahrungen belegt.

Die aktuelle Gesetzgebung der Ukraine bestimmt, dass der Zugang zu personenbezogenen Daten für Dritte einge-

schränkt sein muss, und die Verarbeitung von Daten nur ausnahmsweise, dann mit legitimer Zielsetzung und nur mit Zustimmung des Berechtigten erfolgen darf (Art. 5, 6 Datenschutzgesetz). Das Recht einer Person zum Schutz vor illegalem Datenzugriff und Selbstschutz vor illegaler Verbreitung ist ebenfalls gesichert; das umfasst die Möglichkeit, die erteilte Genehmigung zur Nutzung der Daten (begründet) zu widerrufen oder die Behörden hierbei einzuschalten (Art. 8, § 8 (2) Datenschutzgesetz). Es wurde eine zuständige Behörde geschaffen, um personenbezogenen Datenschutz mit staatlich-exekutiven Mitteln zu ermöglichen (Art. 9, § 4 Gesetz zum Datenschutz). Auf kommunaler Ebene gibt es die Verpflichtung, Daten zu schützen, die öffentlicher Verarbeitung unterliegen (Art. 24, § 3 Datenschutzgesetz). Einen Fortschritt kann man darin sehen, dass zuständige Behörden angehalten werden, den Rechtsgrund der Datenerhebung darzulegen und den Schutz personenbezogener Daten bei deren Verarbeitung zu gewährleisten (Art. 24, § 3 Datenschutzgesetz). Von Seiten europäischer Experten wurde das bereits als ein Zeichen der Modernisierung angesehen.¹

Trotz mancher positiver Ansätze ist die Realisierung des Ziels für eine Datenschutzgesetzgebung, die europäischen Standards entsprechen soll, schwierig. Um Abweichungen und Versäumnisse zu systematisieren, soll der Schutz personenbezogener Daten auf zweierlei Art unterschieden werden: einmal geht es um konzeptionelle Inhalte des Datenschutzrechts, zum anderen um wirksame administrative Instrumente zur Implementierung des Datenschutzes.

Inhaltliche Probleme spiegeln sich beim individuellen Datenschutz im Spannungsverhältnis zweier Interessen. Auf einer Seite steht das Recht des Individuums auf Privatsphäre, also eine Sache privater Natur; auf der andere Seite steht das Recht auf freien Zugang zu vollständiger und angemessener

Information, was öffentlicher Natur ist. Auch das Recht auf freie Meinungsäußerung spielt eine Rolle. Um in der Gesetzgebung voranzukommen, muss die Regierung diese Spannungen in ein richtiges Verhältnis bringen, da die Ergebnisse dieser Diskussion die Gesetze über den Schutz personenbezogener Daten bestimmen werden.

Innerhalb des ukrainischen Rechtssystems wird dieser Konflikt anhand folgender Gesetze deutlich: dem *Datenschutzgesetz* (1. Juni 2010), dem *Informationsgesetz* vom 2. Oktober 1992 (in der Version vom 10. August 2012) und dem *Gesetz über öffentlich zugängliche Informationen* (vom 13. Januar 2011, in der Version vom 19. November 2012). Nach Art. 5, § 2 des Datenschutzgesetzes sind personenbezogene Daten – es sei denn, sie sind anonym – als vertraulich zu behandeln.

Zwei der genannten Gesetze machen eine Abwägung des Ausmaßes des Schadens im Hinblick auf persönliche oder öffentliche Interessen erforderlich, wenn die Information freigegeben wurde oder freizugeben ist. Diese Entscheidung steht in Übereinstimmung mit dem Prinzip des „fairen Gleichgewichts“. In der Praxis hat das nur wenig Relevanz, da viele Anträge auf Zugang zu personenbezogenen Daten begründungslos abgelehnt werden, es wird lediglich mitgeteilt, die Daten seien vertraulich. Berücksichtigt man hingegen die Verlautbarungen, dass Informationen von öffentlichem Interesse für jedermann zugänglich zu machen sind, müssen noch weitere konkrete Schritte in diese Richtung unternommen werden.²

Die verschiedenen Arten der Interpretation von Datengebrauch im Datenschutzgesetz und im Informationsgesetz müssen in Einklang gebracht werden, denn beiden liegen unterschiedliche Voraussetzungen für Anfragen und Bestimmungen über die Veröffentlichung von Daten zugrunde. Solche Widersprüche stellen ein Rechtsproblem dar und verkomplizieren die Praxis.

Es bedarf auch einer Lösung des zweiten erwähnten Konflikts im Fall der Auslegung des Art. 1 des Datenschutzgesetzes. Dieser Artikel schreibt vor, dass eine Ausnahme vom Datenschutz für Individualpersonen gemacht werden soll, wenn die Anfrage von einem Journalisten kommt, der die Informationen *als Professioneller* abfragt. Diese ausschließlich personenbezogene Formulierung erfüllt nicht die Empfehlungen der Europäischen Richtlinie, da deren Art. 9 vorschreibt, dass die Regierungen Ausnahmen von den Anforderungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten machen sollen, wenn die Abfragen „für journalistische Zielsetzungen“ ange-

fordert werden. Das ukrainische Gesetz, das die Anfrage nur mit dem Beruf des Journalisten verknüpft, stimmt deshalb mit dem internationalen Recht nicht überein.³

Wenn man die administrativen Vorgaben untersucht, gibt es eine ernsthafte Missachtung europäischer Standards in diesem Bereich. Die ukrainische Verwaltung für Fragen des Schutzes personenbezogener Daten ist eine zentrale Behörde innerhalb der Exekutive, und ihre Aktivitäten werden vom Ministerkabinett über den Minister der Justiz koordiniert. Diese zentrale Behörde kontrolliert den Schutz personenbezogener Daten, aber nach der Europäischen Konvention sollte diese Institution frei von politischen und wirtschaftlichen Einflüssen sein.

Deshalb haben europäische Experten der Ukraine vorgeschlagen, dass derartige Kompetenzen einem zu beauftragenden Mitglied der Werchowna Rada verliehen werden sollten, da diese Person schon in der Wirkungskontrolle des Datenschutzgesetzes involviert ist und zugleich unabhängig wäre. Infolgedessen beschäftigt sich das ukrainische Parlament mit drei alternativen Gesetzentwürfen über Änderungen zum Datenschutzgesetz, die diese Empfehlung realisieren sollen.

Gleichwohl hat diese Idee unter ukrainischen Experten keinen Beifall gefunden. Deren Auffassung geht dahin, dass eine solche Innovation konzeptionell angreifbar ist, weil sie den Typus Ombudsmann innerhalb des ukrainischen Rechtssystems verkennt und seine Rolle und seine ursprüngliche Zweckbestimmung negativ beeinflussen könnte. Deshalb sollte die Institution des Ombudsmanns bei ihrer Einsetzung mit *parlamentarischen Kontrollfunktionen für Menschenrechtsverletzungen* gekoppelt werden, zumal diese Kompetenz auch von der Autorität einer Person im Amt ausgeht, nicht hingegen dadurch, dass man jemandem nur administrative Befugnisse verleiht. Deshalb sollte auch eine neue, unabhängige Struktur geschaffen werden, um einen effektiven Schutz personenbezogener Daten zu gewährleisten.

Als Fazit kann festgestellt werden, dass die Ukraine aktiv an der Entwicklung angemessener Gewährleistungen für Menschenrechte im Bereich des Datenschutzes arbeitet, die grundlegenden Rechtsprinzipien und europäischen Standards genügen. Das Datenschutzgesetz wurde schon zweimal mit vernünftigen und progressiven Ansätzen geändert, andere Reformen sind in Bearbeitung. Die bisherigen Errungenschaften in diesem Prozess verdienen Anerkennung, trotzdem muss weitere Arbeit und detaillierte Forschung geleistet werden, um die internationalen Erfahrungen angemessenen personenbezogenen Datenschutzes berücksichtigen zu können.

Anmerkungen

- 1 Ukrainian Act «On protection of personal data» from 16 May 2013 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), 2010 – Nr. 34 – p. 481.
- 2 Tatiana G. Sydoryshyna, Protection of personal information (personal data) in the legislation of Ukraine // Tatiana G. Sydoryshyna. – [Electronic resource]. – Mode of access: <http://naub.org.ua/?p=1460>.
- 3 Ukrainian Public Information Act dated 14 May 2013 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), 2011 – Nr. 32 – p. 314.



Лекція | Vorlesung | Lecture

Personal Data Protection in Ukraine: Achievements, Problems, Prospects

The European integration goals of Ukraine encourage our state to bring its national legislation in line with the standards of human rights protection that are recognized in the European Union. In order to harmonize and adapt Ukrainian legislation to the legislation of the European Union and the "acquis communautaire", a new legal system must be created, the already existing one must be improved in all areas. This task is also prescribed by the contract of association between Ukraine and the EU; it has been initialled but has not yet been signed.

Within Europe, a number of international acts focused on basic rights and freedoms were passed in the area of processing and free movement of personal data. Therefore it is logical to turn to the Convention for the Protection of Individuals Regarding Automated Data Processing (hereinafter referred as the Convention) from 28 January 1981 and the directive of the European Parliament and the Council "on the protection individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data" (hereinafter referred as Directive) dated 24 October 1995. These international acts helped move forward regulatory system development in Ukraine, including the acceptance of a number of statutory elements such as the Personal Protection Act, dated 1 June 2010, the Ukrainian Information Act, dated 2 October 1992, and the Ukrainian Public Information Act. Because of the relative novelty of personal data protection, it should be noted that this particular aspect of the national information policy is worth a special focus in order to take into account the international experience. Currently, Ukrainian legislation has established that personal data are information to which there must be limited access, and data processing may only be done exceptionally, with a legitimate aim, and only with the consent of subject of the information (Art. 5,

6 Data Protection Act). Also, the right of a person to protection from illegal processing and personal data release by using self-protection is guaranteed, including the possibility for the subject of the personal data to deny (with an explanation) permission for their data to be processed or to address the authorized bodies (Art. 8 Sec. 8(2) Data Protection Act). A competent government body was created in order to provide personal data protection within the structure of the executive agencies (Art. 9 Sec. 4 Data Protection Act). On the local level, there is a general personal obligation to protect data that undergo processing (Act. 24 Sec. 4 Data Protection Act). Signs of progress can be seen in the fact that there are demands to clarify the appointment of appropriate authorities to organize the work and to uphold personal data protection while processing the information (Act. 24 Sec. 2 Data Protection Act). This was seen as a sign of modernization by European experts.¹

However, in spite of some positive moments, realizing goals concerning data protection legislation which is up to European standards is difficult. In order to systematize some non-conformities and omissions, personal data protection will be divided into two types: those that concern conceptual contents of rights and those looking at administrative devices focused on providing effective implementation.

The first kind of problems, that is, those at the conceptual level, show that the individual's right to personal data protection is at the center of two disputes between conflicting interests that show up in the tension between the right to personal privacy and the right to have free access to complete and adequate information that is public in nature. The right to freedom of expression also plays a role. In order to move forward with legislation, the government must settle these points because the result of these discus-

sions will determine the formulation of laws on personal data protection.

Within the framework of the legal system of Ukraine, this conflict is clearly seen in the differences between the Defense Act and the Information Acts dated 2 October 1992 (in a release from 10 August 2012) and the Public Information Act dated 13 January 2011 (in the version from 19 November 2012). So, in accordance with Art. 5 Sec. 2 of the Defense Act, personal data, unless it is anonymous, is to be classified as confidential information.

At the same time, two of the above-mentioned Acts require a consideration of the degree of damage to personal or social interests if such information is disclosed. This point is in full accord with the doctrine of «fair balance»; however, it generally has a negative effect in practical application, as a great number of requests to access personal data are denied without reason, stating only the confidential nature of the data. Taking into account the guarantees for making information of public interest accessible, more concrete steps in this direction need to be taken.²

The problem of harmonizing procedures for accessing information regulated in the Data Protection and Information Access Acts must be solved because they have different orders for requests and different terms for the release of data. Such contradictions pose legal problems, and they complicate practical work. Independent resolution of the second above-mentioned conflict situation can be seen using the example of interpreting Art. 1 of the Data Protection Act. This article stipulates that an exception from personal data processing is to be made if the request is made by a journalist who requires the information for professional purposes. This narrow formulation does not comply with the recommendations of the Directive, as Art. 9 states that the governments are to provide exceptions from the requirements of the Directive for processing personal data if the requests for the data are made “with journalistic aims.” The Ukrainian law linking the request to the profession or position of the journalist is therefore not based on international law.³

In analyzing administrative mechanisms, there is one serious omission in the introduction of European standards in this field. The Ukrainian State Service for Personal Data Protection Questions is a central agency within the executive branch, and its activities are coordinated by the Cabinet of

Ministers via the Minister of Justice. This central agency controls personal data protection, but according to the Convention, it should be free from political and economical influence.

That is why European experts in Ukraine have suggested transferring competency to an authorized representative of the Verkhovna Rada of Ukraine, as this person would already be involved in the performance control of the Data Protection Act and, at the same time, has an independent status. Today, as a result, the national parliament is dealing with three alternative bills about amendments to the Defense Act that are directed at realizing this recommendation.

This idea has not found approval with Ukrainian specialists, however. In their opinion, the suggestion is conceptually vulnerable because it fails to recognize the nature of the ombudsman within the Ukrainian legal system and could negatively influence its role and primary intention. That is why the institution of the ombudsman with its implementation of parliamentary control functions for human rights violations must be taken into account, as this competency is provided by the authority of the person in office and not merely be giving him administrative powers. That is why a new, independent structure should be created in order to provide effective personal data protection.

In summary, it should be noted that Ukraine is actively working to develop proper guarantees for human rights in the area of personal data protection that would comply with fundamental principles of law and European standards. The Data Protection Act has been amended twice already with reasonable and progressive changes, and more possible amendments are in the works. The achievements reached in this process deserve recognition, but at the same time, further work needs to be done involving detailed research which takes into account the international experience of how to properly protect the individual's right to data privacy.

Annotation

- 1 Ukrainian Act «On protection of personal data» from 16 May 2013 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), 2010 – Nr. 34 – p. 481.
- 2 Sydorshyna TG Protection of personal information (personal data) in the legislation of Ukraine // Tatiana G. Sydorshyna. – [Electronic resource]. – Mode of access: <http://naub.org.ua/?p=1460>.
- 3 Ukrainian Public Information Act dated 14 May 2013 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine (BVR), 2011 – Nr. 32 – p. 314.



Стовп ліній електропередач | Strommast | Electricity Pole

Захист даних у суспільному устрої та правовому порядку

Сучасний етап розвитку України характеризується посиленням уваги до охорони приватності. Захист приватної інформації в умовах глобальної інформатизації суспільства є одним із основних людських благ, про що, зокрема, свідчить практика Європейського Суду з прав людини. Все більше уваги приділяється захисту даних і в Україні, про що свідчить прийняття нових законів «Про захист персональних даних» від 01 червня 2010; «Про доступ до публічної інформації» від; «Про єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України» від 20 листопада 2012. Крайнім і водночас найбільш ефективним засобом охорони приватної інформації є кримінальна відповідальність за незаконні діяння з відповідною інформацією. У Кримінальному кодексі України передбачено кілька норм, які безпосередньо спрямовані на захист приватної інформації – розголошення лікарської таємниці (ст.ст. 132, 145); порушення таємниці кореспонденції (ст. 163); розголошення таємниці усиновлення (удочеріння) (ст. 168); незаконні діяння з конфіденційною інформацією про особу (ст. 182). Поряд з тим, ефективність застосування кримінальної відповідальності ускладнюється двома основними чинниками: недостатньою теоретичною базою та недоліками у правозастосуванні. Перша проблема, пов'язана з постійними змінами та доповненнями до кримінального законодавства, викликаними, головним чином, необхідністю виконання міжнародних зобов'язань України. Зміни до законодавства обумовлюють дослідження термінологічного апарату норм, що передбачають відповідальність за незаконні діяння з приватною інформацією, співвідношення з поняттями, що є ознаками суміжних посягань. Теоретичні напрацювання викликають серед науковців жваві дискусії. Зокрема, полемізують над питанням встанов-

лення змісту поняття кореспонденція, засобів передачі кореспонденції; неоднозначно вирішується питання про те, чи охоплюються порушенням недоторканності приватного житла такі дії як збирання конфіденційної інформації, що зберігається у житлі тощо. Разом з тим, правильне вирішення відповідних теоретичних питань є запорукою уникнення помилок у правозастосуванні.

Помилки у судовій практиці є наступною проблемою охорони приватної інформації в Україні. Причиною відповідних помилок є вкрай невелика кількість судових рішень з питань порушення конфіденційності інформації. Попри те, що засоби масової інформації, насамперед, електронні ресурси переповнені повідомленнями про прослуховування телефонних розмов, незаконне встановлення прослуховуючих пристроїв, кримінальні справи про відповідальність за такі діяння одиничні. Значною мірою це зумовлено тим, що практика досі не отримала чітких рекомендацій щодо застосування відповідних правових норм. Ті ж судові рішення, які винесено з питань втручання у конфіденційність інформації про особу не позбавлені значних недоліків. З-поміж них можна виокремити такі:

1. У правозастосовній практиці поширені випадки, неврахування повторності, як ознаки, що обтяжує покарання при кваліфікації незаконних діянь з приватною інформацією. Так, вироком Першотравневого районного суду м. Чернівці від 29 серпня 2008 року засуджено громадянина А за вчинення злочинів, передбачених ч. 2 ст. 361, ч. 2 ст. 361-1 і ч. 1 ст. 163 КК України (несанкціоноване втручання в роботу комп'ютерів, створення шкідливих комп'ютерних програм, порушення таємниці кореспонденції). Засуджений за допомогою власного комп'ютера неодноразово навмисно розміщав на сервері локальної комп'ютерної мережі «Вега-телеком» створену ним

шкідливу комп'ютерну програму під виглядом легальних розважальних програм для того, щоб користувачі її активізували. Встановлення програми на комп'ютерах користувачів призводило до електронного шпигунства в автоматичному режимі, після чого зібрана інформація потрапляла в електронну скриньку засудженого А). Внаслідок таких дій засудженому ставали відомі реквізити авторизації великої кількості користувачів без їхньої згоди: логін та пароль, назва електронної скриньки та пароль до неї, а також зміст розмов із друзями та знайомими користувачів. У вирокі повторність вчинення дій, а саме неодноразове збирання, зберігання, ознайомлення зі змістом приватної інформації (таємниці кореспонденції) не враховувалось як обставина, що обтяжує покарання (п. 1 ч. 1 ст. 67 КК України).

2. Істотною проблемою судової практики є дотримання принципу повноти кримінально-правової кваліфікації. Наприклад, вирокі Броварського міськрайонного суду Київської області від 25 жовтня 2010 року, засуджено громадянина Б за вчинення злочину, передбаченого ч. 1 ст. 361-2 КК України (несанкціонований збут інформації з обмеженим доступом, що зберігається на електронних носіях). Незаконні дії засудженого полягали у тому, що він 15 липня 2010 року з корисливих мотивів збув диск DVD-R «SONY», на якому містилась інформація, яка складалась з конфіденційних відомостей про абонентів Київської обласної філії ВАТ «Укртелеком» із зазначенням персональних даних абонентів, їх телефонних номерів та адрес встановлення телефонів. Як було встановлено засудженому було відомо, що відомості належать до інформації з обмеженим доступом. Таким чином, судом не було враховано, що крім ознак злочину, передбаченого ст. 361-2 КК України (збут комп'ютерної інформації), в діях засудженого були наявні всі ознаки незаконного збирання та зберігання конфіденційної інформації про особу, тобто ознаки злочину, передбаченого ст. 182 КК України.

3. Під час кваліфікації у правозастосуванні допускають порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування «non bis in idem». Такі помилки виникають, в основному, через неправильне тлумачення змісту окремих діянь з приватною інформацією. Зокрема, дії, які полягають у збиранні, зберіганні інформації, що одночасно становить таємницю кореспонденції, охоплюються поняттям «порушення» таємниці кореспонденції (ст. 163 КК), і додаткової кваліфікації за ст. 182 КК (якою передбачено відповідальність за збирання і зберігання конфіденційної

інформації про особу) не потребують. Так, за вирокі Куликівського районного суду Чернігівської області від 1 вересня 2008 року засуджено групу осіб, які за попередньою змовою, незаконно використовували технічні засоби негласного отримання інформації, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, окремих громадян (ч. 3 ст. 359 КК); порушували таємницю телефонних розмов щодо державних та громадських діячів з використанням відповідних технічних засобів (ч. 2 ст. 163 КК) та незаконно збирали і зберігали інформацію про осіб без їх згоди (ст. 182 КК). Зі змісту зазначеного вирокі випливає, що такі дії засуджених, як збирання та зберігання на жорсткому диску конфіденційної інформації про осіб, яку засуджені отримали шляхом прослуховування телефонних розмов та перехоплення SMS повідомлень, слід було кваліфікувати тільки за ч. 2 ст. 163 КК України, оскільки порушення таємниці кореспонденції, телефонних розмов уже передбачає всі інші дії, зокрема збирання, зберігання цієї ж інформації. Таким чином, кваліфікація дій засудженого додатково ще й за ст. 182 КК видається зайвою.

Аналізуючи вищенаведене рішення слід звернути увагу на ще один аспект неправильної кваліфікації діянь, що призвело до порушення принципу недопустимості подвійного інкримінування. Як було встановлено за вирокі суду групу осіб засуджено за ч. 3 ст. 359 КК (використання засобів негласного отримання інформації, що заподіяло істотну шкоду охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян) та ч. 2 ст. 163 КК (порушення таємниці кореспонденції з використанням засобів негласного отримання інформації). Фактично в такий спосіб засудженим було двічі інкриміновано ознаку використання спеціальних засобів негласного отримання інформації. Що ж до ознаки спричинення істотної шкоди правам окремих громадян, що передбачена саме ч. 3 ст. 359 КК, належить зазначити, що шкода у даному випадку була спричинена внаслідок порушення таємниці кореспонденції з використанням спеціальних технічних засобів, а не внаслідок незаконного використання спеціальних засобів негласного отримання інформації. Адже злочин був спрямований на втручання у приватне спілкування за допомогою відповідних засобів негласного отримання інформації. Враховуючи об'єкт посягання та спрямованість умислу засуджених, а також те, що злочин про порушення таємниці кореспонденції не передбачає вказівки на наслідки, шкоду слід було врахувати як обставину, що обтяжує покарання згідно п. 5 ч. 1 ст. 67 КК України.

Таким чином, охорона приватної інформації в Україні є актуальною проблемою сучасної кримінально-правової науки та практики. Постійні зміни регулюючого законодавства, виконання Україною міжнародно-правових зобов'язань ведуть до необхідності теоретичного обґрунтування відповідних законодавчих новел, породжують наукові дискусії. Порівняно невелика кількість судових рішень, відсутність судових роз'яснень з означеної проблематики призводить до труднощів у кваліфікації злочинних діянь з приватною інформацією. До найпоширеніших належить віднести порушення принципу повноти кваліфікації та недопустимості подвійного інкримінування. Такий стан речей черговий раз доводить невідкладність подальших наукових розробок щодо вдоскона-

лення кримінально-правових норм про охорону приватної інформації. Своєю чергою, для уникнення в подальшому подібних проблем у правозастосуванні назріла необхідність в узагальненнях судової практики і формування на цій основі рекомендацій щодо застосування законодавства про охорону приватної інформації.

Примітка

Наукова робота ґрунтується на дослідженнях українських вчених-правознавців: П.П. Андрушко, В.В. Гальцової, Ю.І. Дем'яненко, Є.Ю. Захарова, С.Я. Лихової. У переліку дискусійних питань щодо кримінально-правової охорони приватної інформації використано також думки російських правників А.Д. Фатикової та Н.В. Федотової. Судові рішення взято з Єдиного державного реєстру судових рішень України.



Дорога | Straße | Road

Datenschutz in der Sozial- und Rechtsordnung der Ukraine

In der aktuellen ukrainischen Entwicklung kommt dem Schutz der Privatsphäre immer größere Bedeutung zu. Der Schutz privater Informationen unter den Bedingungen globaler Vernetzung der Weltgesellschaft ist ein bedeutsames humanes Schutzziel, was insbesondere vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) her vorgehoben wird. Auch in der Ukraine wird dem Datenschutz immer mehr Aufmerksamkeit gewidmet, was durch den Erlass neuer Gesetze wie das Datenschutzgesetz vom 1. Juni 2010 (Data Protection Act), das Gesetz über die Information der Öffentlichkeit vom 13. Januar 2011 (Public Information Act) oder das Gesetz über Dokumentationen zur Staatsbürgerschaft vom 20. November 2012 (Citizenship Documentation Act) deutlich unterstrichen wird. Die Kriminalisierung illegaler Aktivitäten in Bezug auf die Privatsphäre der Bürger ist die extremste und zugleich effektivste Art von persönlichem Datenschutz. Das ukrainische Strafgesetzbuch enthält einige Paragrafen, die sich direkt auf den Schutz personenbezogener Daten beziehen: die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht (Art. 132, 145), die Verletzung der Privatsphäre (Art. 163), die Offenlegung von Adoptionsakten (Art. 168) und illegale Aktivitäten mit vertraulichen Informationen über eine Person (Art. 182).

Dennoch wird die Effektivität der Strafverfolgung durch zwei wesentliche Faktoren behindert: durch den *Mangel an theoretischen Grundlagen* und durch *Mängel in der Strafverfolgung*.

Das erste Problem besteht in ständigen Veränderungen und Ergänzungen der Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts, die veranlasst werden, um die internationalen Verpflichtungen der Ukraine zu erfüllen. Änderungen der Gesetze erfordern die Erforschung des Schutzbereichs von Normen, die die Verantwortung für illegale Taten mit persönlichen Daten regeln, und erfordern die präzise Subsumtion

unter die relevanten Straftatbestände. Theoretische Entwicklungen verursachen ständig aktive Debatten unter Wissenschaftlern. So debattieren Wissenschaftler zum Beispiel die Frage, was der Begriff „Korrespondenz“ genau beinhaltet. Es ist strittig, ob das Recht auf die Unverletzlichkeit der Wohnung dadurch verletzt wird, dass vertrauliche Informationen entwendet werden, die sich in einem Wohnraum befinden, etc. Die Lösung relevanter theoretischer Fragen ist Voraussetzung, um Fehler bei der Anwendung der Datenschutzgesetze zu vermeiden.

Fehler bei der ukrainischen Strafverfolgung sind ein weiteres Problem beim Schutz der Privatsphäre. Der Grund liegt darin, dass es nur sehr wenige Gerichtsentscheidungen über Rechtsverletzungen im Datenschutzbereich gibt. Obwohl die Medien, insbesondere die elektronischen, häufig vom Abhören in Verbindung mit der illegalen Nutzung entsprechender Einrichtungen berichten, steht die Strafverfolgung derartiger Taten erst am Anfang. Das liegt vor allem daran, dass die Praxis noch keine klaren Richtlinien für die Anwendung der einschlägigen Gesetze hat. Die Urteile, die es im Bereich des Schutzes der Vertraulichkeit persönlicher Daten gibt, weisen erhebliche Rechtsmängel auf. Sie stellen sich wie folgt dar:

1. In der Praxis der Rechtsanwendung werden *Wiederholungen illegaler Taten mit personenbezogenen Daten* im Strafmaß oft nicht berücksichtigt. Ein Beispiel: Nach dem Urteil des Pershotravnevy Bezirksgerichts in Chernivtsi vom 29. August 2008 wurde der Bürger A einer Straftat gemäß Art. 361(2) (unerlaubte Eingriff mit Rechnern), Art. 361.1 (2) (Erstellung von böseartiger Software) und Art. 163 (1) (Verletzung des Rechts auf geheime Korrespondenz) des ukrainischen Strafgesetzbuchs verurteilt. Der Angeklagte hatte seinen Rechner wiederholt absichtlich dafür verwendet, ein böseartiges Programm – getarnt als legitimes Unterhaltungs-

programm – auf dem Server eines lokalen Netzwerks („Vega-Telecom“) zu installieren, damit Nutzer das Programm aktivieren konnten. Eine Installation des Programms auf den Rechner der Nutzer führte automatisch zu umfassender elektronischer Ausspähung. Die so gesammelten Daten wurden per E-Mail an A geschickt. Dieser bekam dadurch private Informationen von einer großen Zahl von Nutzern ohne deren Erlaubnis: Benutzernamen und Passworte, E-Mail-Adressen, die dazugehörigen Passworte und die Inhalte der Unterhaltung der Benutzer mit deren Freunden und Bekannten. Die Tatsache, dass diese Taten, also die Sammlung, Speicherung und das Lesen der privaten Korrespondenz, *wiederholt* begangen wurden, ist nicht als strafverschärfender Umstand im Urteil berücksichtigt worden (vgl. aber Art. 67 §1(1) ukrainisches StGB).

2. Ein wichtiges Problem in der Praxis der Rechtsanwendung ist die Berücksichtigung des *Prinzips der Vollständigkeit der Klassifikation von Straftaten*. Ein weiteres Beispiel: nach einem Urteil des Brovarskiy Bezirksgerichts in Kiew vom 25. Oktober 2010 wurde der Angeklagte B für ein Straftat nach Art. 361-2 (1) StGB verurteilt (unerlaubte Verbreitung von geschützten Informationen mit elektronischen Medien). Die illegale Tat des Angeklagten bestand darin, eine DVD-R „SONY“ am 15. Juli 2010 aus eigennützigen Beweggründen verkauft zu haben. Die DVD-R enthielt vertrauliche Kundendaten einer Kiewer Filiale der Firma „Ukrtelecom“ mit den Daten (Telefonnummern und Adressen) ihrer Kunden. Es wurde festgestellt, dass der Angeklagte von der Verletzung der Vertraulichkeit der Daten wusste. Dennoch hat das Gericht im Urteil nicht berücksichtigt, dass die Taten des Angeklagten nicht nur den Tatbestand des Verkaufs von vertraulichen Daten per Computer (strafbar gemäß Art. 361-2 StGB), sondern zusätzlich auch den Tatbestand der illegalen Sammlung und Aufbewahrung vertraulicher, personenbezogener Daten erfüllten (strafbar gemäß Art. 182 StGB).

3. Auch Verletzungen des *Prinzips „ne bis in idem“* (Verbot der Doppelbestrafung) kommen bei der Rechtsanwendung vor. Solche Fehler erfolgen hauptsächlich aufgrund falscher Subsumtion von Taten im Bereich geschützter privater Informationen. So müssen Taten, die sowohl die Sammlung und Aufbewahrung vertraulicher Informationen als auch eine Verletzung der Vertraulichkeit privater Korrespondenz beinhalten, nicht zusätzlich unter Anwendung von Art. 182 StGB (Sammlung und Aufbewahrung vertraulicher Informationen über Personen) erfasst werden,

da sie bereits unter die Strafbarkeit der Verletzung der Privatsphäre (Art. 163 StGB) fallen. Nach dem Urteil des Kulykivsky Bezirksgerichts in Chernihiv vom 1. September 2008 wurden mehrere Personen wegen konspirativer Nutzung illegaler technischer Mittel zur Beschaffung vertraulicher Informationen verurteilt. Ihre Taten verursachten erheblichen Schaden bezüglich gesetzlich geschützter Rechte einzelner Bürger (Art. 359 (3) StGB), verletzten das Recht auf private Telefonkommunikation von Regierungsmitgliedern und Personen des öffentlichen Lebens unter Nutzung entsprechender Hardware (Art. 163 (2) StGB), sammelten und verwahrten Informationen über Bürger ohne deren Erlaubnis (Art. 182 StGB). Dieses Urteil berücksichtigt nicht, dass die Taten der Angeklagte ausschließlich unter Art. 163 (2) StGB (Sammeln und Aufbewahren von Informationen über Dritte auf einer Festplatte mithilfe abgehörter Telefonleitungen und abgefangener Kurznachrichten) hätten erfasst werden dürfen. Die Verletzung des Rechts auf private Korrespondenz beinhaltet allein schon alle anderen Aktivitäten, inklusive die Sammlung und Aufbewahrung solcher Informationen. Die zusätzliche Erfassung der Taten der Angeklagten unter Art. 182 StGB erscheint deshalb viel zu weitgehend.

In Bezug auf dieses Urteil sollte der Blick auf einen weiteren Aspekt falscher Subsumtion gelenkt werden. Es ist ein weiterer Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung. Das Gericht entschied, dass die Angeklagten gemäß Art. 359 (2) StGB (Anwendung von Mitteln zum Verschaffen geheimer Informationen unter Herbeiführung erheblicher Schäden an geschützten Rechten, Freiheit und Interessen Dritter) und Art. 163 (2) StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses unter Nutzung von Mitteln zum Verschaffen geheimer Informationen) verurteilt wurden. Dies hat aber zur Folge, dass die Angeklagten zweimal wegen Benutzung besonderer Mittel zur Beschaffung vertraulicher Informationen bestraft wurden. Was die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „erhebliche Verletzung der Rechte Dritter“ angeht, wie es Art. 359 (3) StGB postuliert, ist festzustellen, dass der Schaden in diesem Fall aufgrund der Verletzung des Briefgeheimnisses mit speziellen technischen Mitteln erfolgte und nicht aufgrund der illegalen Benutzung besonderer Mittel zur Beschaffung geheimer Informationen. Wenn man das Objekt der Rechtsverletzung und die Absichten der Angeklagten in Betracht zieht und außerdem, dass der Tatbestand des Rechts auf Schutz des Briefgeheimnisses nicht den erschwerenden Umstand des erheblichen Schadens enthält, hätte dieser Schaden als erschwerenden Umstand unter Section 5 des Art. 67 (1) StGB berücksichtigt werden müssen.

Zusammenfassend: Der Schutz privater Informationen ist ein aktuelles Problem im modernen ukrainischen Strafrechtssystem. Ständige Änderungen der Gesetzgebung und internationale rechtliche Verpflichtungen zwingen uns zu theoretischen Interpretationen dieser Gesetze und erzeugen wissenschaftliche Debatten. Eine nur kleine Anzahl von Gerichtsentscheidungen zu Fragen des Datenschutzes führt zu einem Mangel gerichtlicher Auslegungen der erwähnten Probleme, was wiederum zu Schwierigkeiten in der Praxis der Strafverfolgung bei Verstößen gegen persönlichen Datenschutz führt. Die häufigsten Schwierigkeiten treten auf, indem Straftaten juristisch nicht präzise subsumiert werden und dadurch das Verbot der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*) verletzt wird. Solche Situationen erfordern weitere

Verbesserungen des Strafrechts, wenn es um den Schutz personenbezogener Daten geht. Um Probleme in Zukunft vermindern zu können, müssten Gesetze und Rechtsanwendung harmonisiert werden. Damit könnte eine Verbesserung des Schutzes persönlicher Daten gemäß den vorliegenden Empfehlungen konsequent umgesetzt werden.

Anmerkung

Dieser Essay basiert auf Publikationen ukrainischer Rechtswissenschaftler wie P. P. Andrushko, V. V. Galzeva, J. I. Demyanenko, J. J. Zaharov, S. J. Lyhova. Um aufzeigen zu können, dass die Fragen des strafrechtlichen Schutzes privater Daten kontrovers sind, verwenden wir Überlegungen russischer Juristen wie A. D. Fatikova und N. V. Fjedotova.



Задні сидіння | Rücksitze | Backseats

Data Protection in the Ukrainian Social and Legal Order

The current stage of Ukraine's development is characterized by increasing attention to the protection of privacy. Protection of private information under the conditions of the global informatization of society is a basic human good, which, in particular, is confirmed by the practice of the European Court of Human Rights. More and more attention is paid to data protection in Ukraine, and this process is affirmed by the adoption of the new laws "On Personal Data Protection" (Data Protection Act) dated 1 June 2010, "On Access to Public Information" (Public Information Act) dated 13 January 2011, and "On the unified state demographic register and documents that prove citizenship of Ukraine" (Citizenship Documentation Act) dated 20 November 2012. The most extreme and yet the most effective means of protection of personal data is establishing criminal liability for illegal acts with the relevant information. The Ukrainian Criminal Code provides several rules that are directly aimed at protecting personal information: disclosure of medical confidentiality (Art. 132, 145); violation of privacy (Art. 163); disclosure of adoption (Art. 168); and illegal acts with confidential information about a person (Art. 182). At the same time, the effectiveness of criminal responsibility is complicated by two main factors: the lack of a theoretical basis and weaknesses in law enforcement. The first problem is connected with the constant changes and amendments to the criminal legislation caused mainly by the duty to fulfill the international obligations of Ukraine. Amendments to legislation stipulate researching the terminology of the norms that envisage responsibility for illegal acts with private information and correlating these with the precise elements of the crime. Theoretical developments continue to cause active debates among scholars. In particular, scholars dispute the question of the content of the concept "correspondence;" it is also not clear

whether the violation of the right to privacy at home includes such actions as collection of confidential information that is stored in the house, etc. However, the correct solution of the relevant theoretical issues is the key to avoiding mistakes in the enforcement of these laws.

Errors in law enforcement are the next issue of privacy protection in Ukraine. The reason for such errors is an extremely small number of court decisions on the violation of private information rights. Despite the fact that the media, especially electronic resources, are full of reports of wiretapping, that is, the installation of illegal listening devices, criminal pursuit of these acts has only just started. This is largely due to the fact that the practice has not yet received clear guidance on the application of the relevant legal provisions. Those judicial decisions that are made on matters of interfering with the confidentiality of information about a person contain significant problems. Among them we can distinguish the following:

1. In the practice of law application, repeated illegal acts using private information are often ignored when determining punishment in these cases. Thus, according to the judgment of the Pershotravnevy district court of Chernivtsi on 29 August 2008, citizen A was convicted of an offense under Art. 361(2), Art. 361-1(2), and Art. 163(1) of the Ukrainian Criminal Code (unauthorized interference with computers, creation of malicious software, violation of correspondence privacy). The convicted person had used his own computer deliberately and repeatedly to place a malicious computer program on the server of the local area network "Vega-Telecom" disguised as legitimate entertainment so that its users would activate it. Installation of the software on the computers of the users led to electronic espionage in automatic mode, and the collected information was e-mailed to

A. Consequently, A received private information from a large number of users without their consent: logins and password, email addresses and passwords to them, and the content of users' conversations with friends and acquaintances. The repetitiveness of the actions, namely the repeated collection, storage, and reading the contents of private information (correspondence) were not taken into account in the decision as aggravating circumstances (Section 1, Part 1, Art. 67 of the Ukrainian Criminal Code).

2. A significant problem in the judicial practice of law application is the observance of the principle of completeness of criminal legal classification. For example, according to the judgment of the Brovarskiy district court of Kiev region on 25 October 2010, citizen B was sentenced for committing a crime codified by Art. 361-2(1) of the Ukrainian Criminal Code (unauthorized distribution of information with limited access stored on electronic media). The defendant's illegal actions consisted in selling a DVD-R "SONY" on 15 July 2010, with mercenary motives. The DVD-R contained information that consisted of confidential information about the customers of a Kiev regional branch of the joint-stock company "Ukrtelecom" with the personal data of subscribers, their telephone numbers, and addresses of telephone installation. It was found that the defendant was aware that the information was restricted. However, the court did not take into account that in addition to the crime under Art. 361-2 of the Criminal Code of Ukraine (marketing of computer information), the actions of the defendant also contained all the elements of the crime of illegal collection and storage of confidential information about a person, prohibited under Art. 182 of the Ukrainian Criminal Code.

3. Violations of the principle of double jeopardy "non bis in idem" take place during classification in the process of law application. Such errors occur mainly due to incorrect interpretation of certain acts with private information. In particular, actions that consist in collection and storage of information which also fall under the privacy of correspondence are covered by the concept of "violation" of privacy (Art. 163 of the Ukrainian Criminal Code) and do not need additional prosecution under Art. 182 of the Criminal Code (which foresees the responsibility for collection and storage of confidential information about a person). Thus, according to the judgment of the Kulykivsky district court of Chernihiv region on 1 September 2008, a group of persons was convicted of conspiring to use illegal techni-

cal means for obtaining confidential information. Their actions caused substantial damage to legally protected rights of individual citizens (Art. 359(3) of the Ukrainian Criminal Code), violated the secrecy of telephone conversations from government and public figures using appropriate hardware (Art. 163(2) of the Ukrainian Criminal Code), and they illegally collected and stored information about individuals without their consent (Art. 182 of the Ukrainian Criminal Code). From the contents of this judgment, we can see that such actions of the defendants as the collection and storage of confidential information about individuals on the hard drive, which was obtained by wiretapping and intercepting SMS messages, should have been prosecuted only under Art. 163(2) of the Ukrainian Criminal Code since the violation of privacy of correspondence already covers all other activities, including collecting and storing this information. Thus, the additional prosecution of the defendants' actions under Art. 182 of the Criminal Code seems to be excessive.

Analyzing the above judgment, we should pay attention to another example of improper prosecution of actions which led to a breach of the principle of double jeopardy. It was found by the court that the group of persons was to be sentenced under Art. 359(3) of the Criminal Code (usage of means for obtaining secret information which causes substantial damage to legally protected rights, freedoms, and interests of individual citizens) and Art. 163(2) of the Criminal Code (violation of correspondence privacy with the use of means for obtaining secret information). In fact, in this way, the convicts were charged with use of special means for obtaining secret information twice. As for the indications for substantial damage to the rights of individuals as required by Art. 359(3) of the Criminal Code, we should note that damage in this case was caused due to the violation of correspondence privacy with the use of special technical equipment, not due to illegal usage of special means for obtaining secret information. It was a crime to interfere with private communication using the corresponding means for obtaining secret information. Taking into account the object of infringement and the intention of the defendants and that the crime of violating the privacy of correspondence does not foresee the consequences of substantial damage, this damage should have been taken into account as an aggravating circumstance under Section 5 of Art. 67(1) of the Ukrainian Criminal Code.

Thus, the protection of private information in Ukraine is a current problem of modern criminal jurisprudence and

practice. Constant changes in regulatory legislation and the implementation of international legal obligations direct us to the theoretical justification of the relevant legislation and generate scientific debates. A relatively small number of court decisions and thus the lack of judicial interpretations of the abovementioned problems lead to difficulties in prosecuting criminal actions with private information. The most common is violation of the principle of complete prosecution and inadmissibility of double jeopardy. Such situations once again prove the urgency of further developments to improve criminal law on the protection of personal information. In turn, in order to avoid similar problems in the future in law enforce-

ment, there is a need for the unification of judicial practice and formulation on the basis of the recommendations for the application of the legislation on the protection of personal information.

Annotation

This research is based on the publications of the Ukrainian legal scholars such as P. P. Andrushko, V. V. Galzeva, J. I. Demyanenko, J. J. Zaharov, S. J. Lyhova. To show the disputable nature of questions of the criminal-legal protection of private information we also used the ideas of Russian jurists such as A. D. Fatikova and N. V. Fjedotova.

III.

Ксенофобія та расизм

Xenophobia und Rassismus

Xenophobia and Racism



Ринок | Markt | Market

Сучасне законодавство України з питань протидії ксенофобії і расизму

Конституція України – закон, що має вищу юридичну силу. Згідно зі ст. 2, 3, 5 Україна є правовою демократичною державою. Таким чином одним із головних завдань держави є утвердження і забезпечення прав і свобод людини¹. Найбільший розділ Конституції України II присвячений правам людини. Серед основних принципів, закріплених у Конституції – принцип рівності. Згідно зі ст. 21, 25 Конституції України усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Конституція України містить лаконічні положення, які потребують уточнення в поточному законодавстві. За роки незалежності в Україні прийнято багато нормативно-правових актів, спрямованих на запобігання ксенофобії і расизму в різних сферах, проте не дивлячись на це, прояви расизму і ксенофобії є доволі розповсюдженими як у великих, так і у невеликих містах нашої країни. Така тенденція є характерною і для розвинутих європейських країн.

У сучасному світі ксенофобія є як соціальною, так і політичною проблемою. Наприклад, в Україні щорічно зростає кількість іноземців. Сам факт проживання іноземців в будь-якій державі обумовлює виникнення проблем взаємодії з місцевим етносом (етносами). І як тільки погіршується соціально-економічна ситуація, взаємини з «чужими» набувають рис культурної, етнічної, мовної, релігійної або іншої ворожнечі. Тому можна сказати, що причини ксенофобії і расизму переважно полягають у зростанні соціальних та економічних проблем в суспільстві, неефективній політиці профілактики відповідних явищ².

Звичайно, повністю знищити ксенофобію та расизм в Україні неможливо, але за допомогою ефективного та досконалого законодавства можна зменшити їх прояви в суспільстві. Серед нормативних актів, спрямованих на протидію ксенофобії і расизму, основне місце займає Конституція України (ст. 11, 24, 26, 35, 37). Поточне законодавство у різних сферах деталізує окремі положення, які стосуються запобігання дискримінації. Це зокрема, законодавство, яке забезпечує захист прав національних меншин в Україні (ст. 18), законодавство про місцеве самоврядування в Україні (стаття 3), оновлений Закон «Про правовий статус іноземців» (ст. 2, 17) тощо.

Національне законодавство України, спираючись на загальновизнані норми міжнародного права, містить ряд положень, які мають спряти протидію розпалюванню расизму, етнічної та релігійної ворожнечі. Однак, на жаль практика свідчить, що як законодавча база, так і механізми її реалізації є недосконалими.

На сьогоднішній день Україна взяла на себе міжнародно-правові зобов'язання у сфері протидії будь-яким формам дискримінації. Зокрема, вона є учасницею декількох договорів з прав людини, які мають безпосереднє відношення до протидії расовій дискримінації. Зокрема, міжнародний пакт про громадянські та політичні права (МПГПП), Європейська конвенція по захисту прав людини та основних свобод (ЄКПЛ), Міжнародний пакт про економічні, культурні та соціальні права (МПЕКСП), Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, негуманних або таких, що порушують права людини видів поводження та покарання («Конвенція проти катувань»), а також Конвенція по ліквідації усіх форм дискримінації проти жінок. Україна також є державою-учасницею договору ООН, спрямованого на викорінення та заборону дис-

кримінації, Міжнародної конвенції по ліквідації всіх форм расової дискримінації (Конвенція по расовій дискримінації).

Як член Ради Європи та ОБСЄ Україна ратифікувала значну частину міжнародних документів, прийнятих європейською спільнотою з метою захисту уразливих категорій населення (мігранти, етнічні меншини) від проявів расизму та ксенофобії. Серед них: Декларація ЮНЕСКО про раси та расові забобони (1978 р.), Декларація ЮНЕСКО принципів терпимості (1995 р.), Європейська соціальна хартія (1996 р.), ратифікована Україною у 2006 році. З метою запобігання поширенню ксенофобії, расистської та антисемітської інформації через комп'ютерні системи у квітні 2005 року Україна підписала Додатковий протокол до Конвенції про кіберзлочинність, що стосується криміналізації дій расистського та ксенофобського характеру, вчинених через комп'ютерні системи.

Запобігання дискримінації як складової расизму та ксенофобії передбачено положеннями Європейської конвенції про громадянство (1997 р.), ратифікованої Україною у грудні 2007 року³.

Що стосується антирасистського законодавства, слід зазначити, що статті, безпосередньо пов'язані з расистськими злочинами, зокрема Статті 161 та 67 Кримінального Кодексу дуже рідко застосовуються. Стаття 161 Кримінального кодексу (Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або ставлення до релігії) криміналізує умисні дії, спрямовані на розпалювання національної расової чи релігійної ворожнечі та ненависті, на приниження національної честі та гідності або образу почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями. Згідно Частини 1 цієї Статті, такі дії караються штрафом, виправними роботами на строк до двох років, або обмеженням волі на строк до п'яти років. За Частиною 2 цієї Статті, ті самі дії, поєднані з насильством, обманом чи погрозами, а також вчинені службовою особою, караються виправними роботами на строк до двох років або позбавленням волі на строк до п'яти років. Згідно Частини 2 цієї Статті, дії, передбачені частинами першою та другою цієї статті, які були вчинені організованою групою осіб або спричинили загибель людей чи інші тяжкі наслідки, караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років. В результаті цього расистський характер злочинів залишається невизнаним. Інша проблема полягає в тому, що ці статті не дають достатньо чіткого визначення ані злочину на ґрунті расизму, ані ра-

систських мотивів. Нині здійснюються спроби створення правової бази протидії та запобігання ксенофобії, яка б відповідала світовим стандартам. Від початку 2008 року у Верховній Раді України було зареєстровано кілька альтернативних законопроектів, які покликані уточнити формулювання та посилити відповідальність за злочини на ґрунті ненависті.

Проте жоден з них не був прийнятий в силу своєї недосконалості. Відсутність до недавнього часу чіткої державної позиції відносно визнання факту існування ксенофобських та расистських настроїв, що переростають в організовані форми насильницьких дій, слабка інтеграція іноземців у місцеві громади, суспільні стереотипи на можливе захоплення робочих місць і наступний ріст конкуренції на ринку праці, загальне падіння рівня культури, пасивна роль ЗМІ в процесі формування громадської думки відносно іноземних громадян, що перебувають на території України є основними причинами ксенофобських настроїв у сучасній Україні.

Окрім прийняття законів по протидії ксенофобії і расизму, уряд проводить заходи, які спрямовані на боротьбу з їх проявами.

Міністерство внутрішніх справ, Генеральна прокуратура та Служба безпеки України (СБУ) повинні приймати безпосередню участь у розслідуванні расистських злочинів. Починаючи з вересня 2007 року, у відповідь на тиск із боку міжнародної спільноти, в Україні були створені нові департаменти, що займаються вирішенням проблеми расизму. В травні 2007 року Міністерство внутрішніх справ розробило План заходів по боротьбі з розповсюдженням у країні расизму та ксенофобії. Цей план передбачає: здійснення аналізу законодавства України щодо необхідності внесення відповідних змін з метою посилення боротьби з проявами расизму і ксенофобії; проведення регулярних зустрічей з учнями та студентами навчальних закладів з метою формування їхнього світогляду на основі етнічної та релігійної толерантності; розробку відповідних навчальних матеріалів та організацію для співробітників органів внутрішніх справ освітніх заходів із питань боротьби із расизмом та ксенофобією, спільно з неурядовими організаціями; створення спеціалізованого підрозділу по розслідуванню злочинів, учинених іноземцями, а також підрозділу по боротьбі з расизмом та ксенофобією. У вересні 2007 року Міністерство створило департамент по боротьбі з етнічним злочинам. Після отримання призначення у вересні Сергій Новіков, директор нового депар-

таменту, заявив, що більшість його часу буде присвячена розв'язанню злочинів, вчинених іноземцями проти українців. Однак упродовж останніх шести місяців у Міністерстві внутрішніх справ дещо змінилися акценти. Вже в лютому 2008 року Сергій Новіков повідомив організацію «Амнесті Інтернешнл» про те, що 80 відсотків його часу буде присвячено розслідуванню злочинів проти іноземців. Але департамент продовжує публікувати лише статистичні дані щодо кількості злочинів, вчинених іноземцями в Україні.

Одне з пріоритетних завдань СБУ полягає у захисті толерантності в українському суспільстві і запобіганні проявам ксенофобії. У 2007 році СБУ створила департамент по боротьбі з расизмом та ксенофобією. Головним завданням нового департаменту є розслідування та запобігання злочинам, вчиненим організованими расистським угрупованнями. Досі тільки міністерство внутрішніх справ розробило план заходів щодо боротьби з расизмом, а діяльність нових структур не має центральної координації.

Складається враження, що Державний комітет України у справах національностей та релігій, який відповідає за урядову політику в галузі етнічних меншин, релігійних груп, біженців та шукачів притулку, вважає пріоритетними культурні та етнічні потреби різних місцевих національних меншин України. У відповідь на запитання організації «Амнесті Інтернешнл» щодо заходів по боротьбі з ксенофобією та нетерпимістю у суспільстві, Державний комітет відповів, що «Україна не приховує існуючої проблеми

зменшення рівня суспільної толерантності в країні. Однак, це явище не є виключно українським, на жаль, ця тенденція має загальноєвропейський характер, подолання якої потребує зусиль не лише з боку урядів країн, але й, передусім, громадськості, оскільки тільки спільними зусиллями можливо створити дієвий механізм контролю та запобігання подібним явищам»

Ці ініціативи уряду демонструють, що, хоча рівень обізнаності зростає, це лише перші кроки на шляху розв'язання проблеми расової дискримінації. Уряд повинен вжити значно ефективніших і рішучіших дій у боротьбі з расовою дискримінацією, ксенофобією та нетолерантністю. Представники етнічних, релігійних та расових меншин в Україні часто не мають змоги скористатися своїми правами, які надає їм Конституція та інші закони. Окрім цього Україна потребує вдосконалення та прийняття нового законодавства по протидії ксенофобії та расизму.

Примітка

- 1 Конституція України від 28.06.2006 р.//Відомості Верховної Ради України – 1996 – № 30
- 2 Расизм, ксенофобия, дискриминация. Какими мы их увидели... / Сб. статей; сост. и отв. ред. Екатерина Деминцева. – М.: Новое литературное обозрение, 2013 – 384 с
- 3 Амелина, А.Н. Международно-правовое регулирования защиты прав и свобод человека и гражданина. – М.: Юридическая литература, 2008 – 412с.



Монастир | Kloster | Monastery

Die aktuelle ukrainische Gesetzgebung zu Fremdenfeindlichkeit und Rassismus

Die ukrainische Verfassung ist die oberste Rechtsquelle des Landes. Nach Artikeln 2, 3 und 5 ist die Ukraine ein demokratischer Rechtsstaat. Demnach ist eines der wichtigsten Ziele, Menschenrechte und Grundfreiheiten zu sichern und zu schützen.¹ Der Großteil der ukrainischen Verfassung beschäftigt sich mit Menschenrechten, und auch das Gleichheitsprinzip ist ein zentraler Grundsatz, der durch die Verfassung gesichert wird. Nach Artikel 21 und 25 sind alle Menschen frei und gleich im Hinblick auf ihre Würde und ihre Rechte. Es gibt keine Bevorzugung oder Diskriminierung aufgrund von Rasse, Hautfarbe, politischer Neigung, religiösem Glauben, Geschlecht, ethnischer oder sozialer Herkunft, Vermögen, Wohnort oder von Sprache oder aufgrund von Kriterien ähnlicher Art.

Die Verfassung enthält aber einige ungenaue Vorschriften, die durch den Gesetzgeber geklärt werden müssen. Mele Richtlinien, die darauf abzielen, Fremdenfeindlichkeit und Rassismus in verschiedenen Situationen zu verhindern, wurden in den Jahren nach der Unabhängigkeit erlassen, aber fremdenfeindliche und rassistische Taten sind in großen Städten und kleineren Ortschaften der Ukraine weit verbreitet. Diese Tendenz ist aber auch für entwickelte europäische Länder nicht untypisch.

Fremdenfeindlichkeit ist heutzutage ein soziales und politisches Problem. Die Anzahl der Ausländer in der Ukraine wächst jedes Jahr. In jedem Land gibt es Probleme im Zusammenleben zwischen Ausländern und Inländern. Sobald die soziale oder wirtschaftliche Situation schlechter wird, ist das Zusammenleben mit „Fremden“ durch kulturelle, ethnische, sprachliche und religiöse Probleme oder auch durch Feindseligkeiten geprägt. Es kann deshalb gesagt werden, dass die Ursachen der Fremdenfeindlichkeit und des Rassismus in den zunehmenden sozialen und wirtschaftlichen Problemen der

Gesellschaft liegen und in den ineffizienten politischen Strategien, um diesen Phänomenen wirksam zu begegnen.²

Natürlich können Fremdenfeindlichkeit und Rassismus in der Ukraine nicht ganz beseitigt werden, aber ihre Erscheinungsformen könnten durch effiziente und umsichtige Gesetze erheblich reduziert werden. Die ukrainische Verfassung spielt eine große Rolle unter den Rechtstexten, die auf die Verhinderung von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus abzielen (Art. 11, 24, 26, 35 und 37). Die aktuelle Gesetzgebung schafft bestimmte Regelungen zur Prävention von Diskriminierung. So gibt es ein Gesetz, das den Schutz der nationalen Minderheiten in der Ukraine sichert (Art. 18), ein Gesetz zur Selbstbestimmung von Minoritäten in der Ukraine (Art. 3) und das aktuelle Gesetz „Über die Rechtslage der Ausländer“ (Art. 2 und 17).

Die nationale Gesetzgebung der Ukraine basiert auf allgemein anerkannten internationalen Normen. Sie enthält demnach Regelungen, die Maßnahmen zur Prävention von Rassismus oder von ethnischem oder religiösem Hass ermöglichen. Leider zeigt die Erfahrung, dass weder der gesetzliche Rahmen noch die Mechanismen zur Umsetzung ausreichend sind.

Die Ukraine hat sich in internationalen Verträgen zur Verhinderung jeglicher Form von Diskriminierung verpflichtet. Das Land ist Vertragsstaat mehrerer Menschenrechtskonventionen, die Verhinderung von Diskriminierung aufgrund von Rassismus vorschreiben, wie zum Beispiel der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, die europäische Menschenrechtskonvention, der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, das UN-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlungen oder Strafen und das UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskri-

minierung von Frauen. Die Ukraine ist auch ein Vertragsstaat des UN-Übereinkommens, das auf die Beseitigung und das Verbot von Diskriminierung abstellt. Sie ist auch der internationalen Konvention zur Beseitigung von rassistischer Diskriminierung beigetreten.

Als Mitglied des Europarats und der OSZE hat die Ukraine die meisten internationalen Dokumente ratifiziert, die von der europäischen Gemeinschaft aufgestellt wurden, um gefährdete Gruppen der Bevölkerung (z.B. Migranten, ethnische Minderheiten) vor rassistischen und fremdenfeindlichen Taten zu schützen. Das sind folgende von der Ukraine 2006 ratifizierte Vereinbarungen: die Erklärung über Rassen und rassistische Vorurteile (1978), die UNESCO-Erklärung zu Prinzipien von Toleranz (1995) und die europäische Sozialcharta (1996). Um die Verbreitung von fremdenfeindlichen, rassistischen oder antisemitischen Informationen mittels Computer zu verhindern, hat die Ukraine im April 2005 das Zusatzprotokoll zur Cyber crime-Konvention bezüglich der Kriminalisierung der Computeraktivitäten rassistischer und fremdenfeindlicher Art unterschrieben.

Die Verhinderung von Diskriminierung als Element von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit wird vom Europäischen Übereinkommen über die Staatsbürgerschaft (1997) vorgeschrieben, das von der Ukraine im Dezember 2007 ratifiziert wurde.³

Was die Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus betrifft, soll erwähnt werden, dass die Artikel, die direkt mit rassistisch motivierten Verbrechen zu tun haben, insbesondere Artikel 161 und 67 StGB, nur sehr selten angewendet werden. Artikel 161 StGB (Verletzung des Gleichheitsprinzips aufgrund von Nationalität, Rasse oder Religion) verbietet absichtliche Taten, die Hass gegen eine Nationalität, eine Rasse oder eine Religion schüren oder die nationale Ehre oder Würde oder religiösen Glauben verhöhnen. Nach Teil 1 des Artikels werden solche Aktivitäten mit einer Geldstrafe, Gefängnisstrafen bis zu zwei Jahren oder anderen restriktiven Maßnahmen von bis zu fünf Jahren bestraft. Nach Teil 2 des Artikels werden Aktivitäten, wenn sie zusammen mit Gewalt, Betrug, Bedrohung oder von einem Beamten begangen werden, mit Gefängnisstrafen von bis zu zwei Jahren oder anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen von zwei bis fünf Jahren bestraft.

Die nur geringe Anwendung dieser Normen kann aber auch bedeuten, dass rassistische Verbrochenselemente von der Kriminaljustiz nicht erkannt werden. Ein weiteres Problem besteht darin, dass die angesprochenen Strafnormen keine

klare Definition von rassistisch-motivierten Verbrechen beinhalten.

Neuerdings gibt es Versuche, eine bessere Rechtsgrundlage für Maßnahmen gegen Fremdenfeindlichkeit zu schaffen, die internationalen Standards gerechter werden. Seit Anfang 2008 wurden dem Parlament mehrere Gesetzesentwürfe vorgelegt, die Definitionen von Verbrechen, die aus Hass oder aus Vorurteilen heraus begangen wurden, schärfer konturieren. Sie verlangen zudem, dass die Täter solcher Verbrechen konsequenter zur Verantwortung gezogen werden.

Dennoch wurde keiner dieser Entwürfe Gesetz, weil alle erhebliche Fehler aufwiesen. Bis vor kurzem hat der Staat zu bestimmten Problemen keine klare Position bezogen wie zum Beispiel

- zur Tatsache, dass fremdenfeindliche und rassistische Einstellungen existieren, die sich in organisierten Gewalttaten äußern,
- zu schlechter Integration der Ausländer in den Gemeinden,
- zur Verbreitung sozialer Stereotypen,
- zum zunehmenden Wettbewerb am Arbeitsmarkt und der damit einhergehenden Auffassung, dass Ausländer den Ukrainern die Arbeitsplätze wegnehmen.

Vor allem die passive Rolle der Massenmedien im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung, was Ausländer in der Ukraine betrifft, ist eine der Hauptursachen für fremdenfeindliche Einstellungen in der heutigen Ukraine.

Abgesehen von der Arbeit an Gesetzen zu Maßnahmen gegen Fremdenfeindlichkeit und Rassismus bemüht sich die Regierung um die Prävention von Taten, die Folge fremdenfeindlicher Einstellungen sein können.

Das Außenministerium, die Staatsanwaltschaft und der ukrainische Sicherheitsdienst (СБУ) müssen direkt an der Untersuchung rassistisch-motivierter Straftaten beteiligt werden. Ab September 2007 wurden neue Abteilungen, die auf Rassismusbekämpfung ausgerichtet sind, auf internationalen Druck hin eingerichtet. Im Mai 2007 hat das Innenministerium einen Plan für Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit ausgearbeitet.

Dieser Plan sieht vor:

- die Analyse der ukrainischen Gesetze im Hinblick auf Änderungen der Strafverfolgung für Taten, die auf Rassismus und Fremdenfeindlichkeit basieren;
- die regelmäßige Förderung von Schülern und Studenten

- in Bildungseinrichtungen, um eine Weltanschauung, die auf ethnischer und religiöser Toleranz basiert, zu fördern;
- die Entwicklung sinnvoller Bildungsmaterialien und die Etablierung von Bildungseinrichtungen, die die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit zentral im Blick haben, und zwar sowohl für Strafverfolger wie für Mitglieder von Nichtregierungsorganisationen und
- das Aufstellen einer Abteilung des Innenministeriums zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit.

Diese Abteilung wurde im September 2007 im Innenministerium eingerichtet. Bei der Einstellung des neuen Direktors, Serhii Novikov, sagte dieser, er würde den Großteil seiner Zeit der Verfolgung von Verbrechen von Ausländern gegen Ukrainer widmen. Aber bald hatte sich die Blickrichtung verschoben. Bereits im Februar 2008 äußerte Serhii Novikov gegenüber Amnesty International, dass er 80 % seiner Zeit der Verfolgung von Verbrechen gegen Ausländer widmen würde. Nichtsdestotrotz veröffentlicht die Abteilung weiterhin nur statistische Daten zur Anzahl von Verbrechen von Ausländern in der Ukraine.

Aufgaben mit sehr hoher Priorität für den ukrainischen Sicherheitsdienst sind der Schutz von Toleranz in der ukrainischen Gesellschaft und die Verhinderung fremdenfeindlicher Taten. Im Jahre 2007 hat der ukrainische Sicherheitsdienst eine Dienststelle zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit geschaffen. Hauptaufgabe dieser Abteilung ist die Untersuchung und Verhinderung von Verbrechen, die von organisierten rassistisch motivierten Gruppen begangen werden. Bis heute hat nur das Außenministerium einen Plan

über Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus, aber die neuen Strukturen unterliegen keiner zentralen Koordination.

Der staatliche Ausschuss für Nationalitäten und Religionen, der für die Staatspolitik gegenüber ethnischen Minderheiten, religiösen Gruppierungen, Flüchtlingen und Asylbewerbern verantwortlich war, wurde 2010 aufgelöst. Seine Aufgaben in Bezug auf die Entwicklung internationaler Beziehungen, den Schutz der Rechte der nationalen Minderheiten in der Ukraine und der Religion wurden dem Kultusministerium übergeben.

Solche Initiativen zeigen, dass das Bewusstsein zur Problemlösung zwar wächst, aber das sind nur die ersten Schritte zur Lösung des Diskriminierungsproblems in der Ukraine. Die Regierung sollte effizientere und weiterreichende Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit und Intoleranz ergreifen. Die Vertreter der ethnischen, religiösen und rassistischen Minderheiten in der Ukraine haben oft keine Möglichkeit, ihre verfassungsrechtlich geschützten Rechte einzuklagen. Außerdem muss die Ukraine die Gesetzgebung zur Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus verbessern und neue Gesetze auf den Weg bringen.

Anmerkungen

- 1 Ukrainian Constitution on 28 June 2006 // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 30.
- 2 Racism, Xenophobia, Discrimination. How we have seen them // Set of articles, comp. and edited by Catherine Demintseva. – Moscow: *New Literary Review*, 2013 – p. 384.
- 3 Amelina, A. N. International legal regulation of protection of the rights and freedoms of man and citizen. – Moscow: *Legal Literature*, 2008 – 412c.



Церква | Kirche | Church

Contemporary Ukrainian Legislation on Combating Xenophobia and Racism

The Ukrainian Constitution is the country's highest source of law. According to articles 2, 3, and 5, Ukraine is a legally democratic state. Therefore, one of the main goals of the state is to secure and protect human rights and liberties.¹ The biggest section of the Ukrainian Constitution is devoted to human rights, with the principle of equality being one of the central principles secured by the Constitution. According to Articles 21 and 25, all people are free and equal in dignity and rights. There may be no privileges or discrimination based on race, skin color, political affiliation, religious or other beliefs, gender, ethnic or social descent, wealth, place of residence, language, or any other such characteristic. However, the Constitution contains some vague provisions that need clarification via legislation. Many regulatory acts designed to prevent xenophobia and racism in different areas of life were adopted during the years of independence, but displays of racism and xenophobia are rather widespread in big cities as well as in small towns of Ukraine. This tendency is also typical for developed European countries.

Xenophobia in the modern world is a social as well as a political problem. For instance, the number of foreigners in Ukraine is increasing annually. Foreigners residing in any country result in problems of interaction with locals. And as soon as the social and economic situation gets worse, the interaction with "strangers" becomes marked by cultural, ethnic, linguistic, religious, or other hostility. That is why it could be said that the causes of xenophobia and racism lay in the increasing social and economical problems in society as well as in inefficient policies for preventing such phenomena.²

Of course xenophobia and racism in Ukraine cannot be eliminated completely, but their manifestations could be significantly decreased via efficient and thorough legislation. The Ukrainian Constitution plays a major role among the le-

gal texts aimed at preventing xenophobia and racism (Articles 11, 24, 26, 35 and 37). The current legislation in different fields details specific provisions related to the prevention of discrimination. In particular, there is the law which secures the protection of national minorities in Ukraine (Article 18), the law on self-government in Ukraine (Article 3), the updated Act "On the legal status of foreigners" (Articles 2 and 17), etc.

The national legislation of Ukraine, based on generally acknowledged international legal norms, contains several provisions intended to facilitate measures to prevent racism or ethnic and religious hatred. However, experience has unfortunately shown that neither the legislative framework nor the implementation mechanisms are perfect.

Ukraine has taken on international legal liabilities concerning the prevention of any kind of discrimination. In particular, the country is a participant in several agreements on human rights that have direct relation to the prevention of racial discrimination. These include the International Pact on Civil and Political Rights (IPCPR), the European Convention on Human Rights, the International Pact on Economic, Cultural and Social Rights (IPECSR), the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Convention against Torture), and the Convention to Eliminate all Forms of Discrimination Against Women. Also, Ukraine is a party to the UN Agreement aimed at elimination and prohibition of discrimination, and the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Convention on Racial Discrimination).

As a member of the Council of Europe and OSCE, Ukraine has ratified the majority of international documents approved by the European community in order to protect vulnerable

categories of the population (e.g. migrants, ethnic minorities) against acts of racism and xenophobia. Among them are: the Declaration on Races and Racial Prejudices (1978), the UNESCO Declaration of Principles on Tolerance (1995), and the European social charter (1996), ratified by Ukraine in 2006. In order to prevent the spread of xenophobic, racial, or anti-Semitic information via computers, in April 2005 Ukraine signed the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime related to the criminalization of computer activities of racial and xenophobic nature.

Prevention of discrimination as a component of racism and xenophobia is stipulated in the provisions of the European Convention on Citizenship (1997), which was ratified by Ukraine in December 2007.³

As for anti-racism legislation, it should be mentioned that articles directly related with racial crimes, and Articles 161 and 67 of the Criminal Code of Ukraine in particular, are very seldom applied. Article 161 of the Criminal Code (violation of national, racial and religious equality) criminalizes deliberate acts directed towards stirring up national, racial, or religious hatred, humiliation of national honor and dignity or mockery of religious beliefs. According to Part 1 of the Article, such activities are punishable with fines, prison sentences for up to two years, or custody for up to five years. According to Part 2 of the Article, such activities combined with violence, fraud, or threats, or those which are committed by an administrative official are punishable with prison sentences for up to two years or with custody for up to five years. According to Part 2 of the Article, if the activities stipulated by the first and second parts of the Article were done by a group of people or caused the death of people or other severe consequences, then they are punishable by custody for a term between two and five years. As a result, the racial character of crimes remains unacknowledged. Another problem is that these articles do not give a clear enough definition of crime based on racism and racial motives.

Nowadays there are attempts to create a legal base of countermeasures to prevent xenophobia which would meet international standards. Since the beginning of 2008, several alternative laws have been submitted in draft calling for clarification of the formulation of hate crimes and enforcement of the responsibility for such crimes.

Nevertheless, none of them was approved because of their flaws. Until quite recently, there was an absence of a clear state position on the following issues: the acknowledgment of the existence of xenophobic and racist attitudes that

develop into organized forms of violent acts; poor integration of foreigners into local communities; social stereotypes; and the increase of competition on the labor market and resulting attitude that the foreigners are taking jobs away from Ukrainians. The passive role of the mass media in the process of public-opinion forming on matters of foreign citizens in Ukraine is one of the main causes for xenophobic attitudes in modern Ukraine.

Apart from the acceptance of the laws on countermeasures to xenophobia and racism, the government also takes measures aimed at preventing acts based on these attitudes.

The Ministry of Foreign Affairs, General Prosecutor's Office, and Security Service of Ukraine (СБУ) must be directly involved in the investigation of racial crimes. Starting in September 2007, new departments dealing with racism issues were established in response to the pressure from the international community. In May 2007, the Ministry of Internal Affairs drew up a plan on measures to combat the spreading of racism and xenophobia in the country. This scheme foresees: the analysis of Ukrainian legislation with respect to the necessity of making amendments in order to combat displays of racism and xenophobia; holding regular meetings with pupils and students of educational institutions in order to shape their worldview based on ethnic and religious tolerance; developing respectful educational materials and establishing educational institutions concerning the combat against racism and xenophobia for law enforcement officials together with non-governmental organizations; and creating the special division on the investigation of crimes committed by foreigners and the division on combating racism and xenophobia. In September 2007, the Ministry established the department on combating ethnic crimes. After the assignment of Serhii Novikov to the position of the director of the new department, he stated that most of his time was devoted to the investigation of crimes committed by foreigners against Ukrainians. However, during the last six months the accents have changed in the Ministry. As early as in February 2008, Serhii Novikov informed the organization Amnesty International that 80% of his time was devoted to the investigation of crimes against foreigners. Nevertheless, the department continues to issue only the statistical data on the number of crimes committed by foreigners in Ukraine.

One of the tasks of the highest priority for the Security Service of Ukraine is the protection of tolerance in Ukrainian society and prevention of xenophobic displays. In 2007, the Security Service of Ukraine created a department to combat

racism and xenophobia. The main task of the new department is the investigation and prevention of crimes committed by organized racist groups. Up to this time, only the Ministry of Foreign Affairs has developed a plan for measures to combat racism, and the new structures have no central coordination.

The State Committee on Nationalities and Religions, which was responsible for the government policy concerning ethnic minorities, religious groups, refugees, and asylum seekers, was dissolved in 2010. Its functions concerning state policy regarding international relations, protection of national minorities' rights in Ukraine, and religion were given to the Ministry of Culture.

Such initiatives of the government show that despite the fact that the level of awareness is growing, these are only the first steps towards solving the problem of racial discrimina-

tion. The government should take more efficient and radical measures to combat racial discrimination, xenophobia, and intolerance. The representatives of ethnic, religious, and racial minorities in Ukraine often have no possibility to claim their rights provided by the Constitution and other laws. Moreover, Ukraine needs to improve and accept new legislation on countermeasures against xenophobia and racism.

Annotation

- 1 Ukrainian Constitution on 28 June 2006 y // Bulletin of the Verkhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 30.
- 2 Racism, Xenophobia, Discrimination. How we have seen them // Set of articles, comp. and edited by Catherine Demintseva. – Moscow: *New Literary Review*, 2013 – p. 384.
- 3 *Amelina, A. N.* International legal regulation of protection of the rights and freedoms of man and citizen. – Moscow: *Legal Literature*, 2008 – 412c.



Перед ринком | Vor dem Markt | In Front of the Market

Роль актов органов Совета Европы для развития и усовершенствования современных механизмов противодействия расизму и ксенофобии

Несмотря на существование достаточно развитой отечественной законодательной базы, которая направлена на предотвращение дискриминации в обществе, несмотря на усиление ответственности за совершение преступлений на почве ненависти, в Украине, к сожалению, случаи ксенофобии и расизма не являются единичными. По мнению многих правозащитных организаций, в Украине возрастает количество преступлений, совершенных на почве нетерпимости, хотя официальная статистика часто свидетельствует об обратном. Среди наиболее уязвимых групп в Украине являются иммигранты из Африки, Азии, Ближнего Востока, а также ромы и крымские татары.

Следует отметить, что проблема дискриминации по различным признакам характерна не только для Украины, но и для многих, даже самых развитых государств. Поэтому система противодействия этому отрицательному явлению основывается не только на национальных законодательных нормах, но и нормах международного права. На универсальном и региональном уровне международным сообществом принято множество документов, целью которых является борьба с расизмом и ксенофобией. Украина является стороной большинства из таких актов.

Особый интерес вызывает опыт борьбы с расизмом и ксенофобией в рамках Совета Европы, в частности роль актов различных органов этой авторитетной организации в деле усовершенствования правовых механизмов противодействия этим негативным явлениям. Как известно, Совет Европы (СЕ) – международная организация, содействующая сотрудничеству между всеми странами Европы в области стандартов права, прав человека, демократического развития, законности и культурного взаимодействия. И, безусловно, среди важнейших вопросов,

которые решают государства в рамках СЕ являются соблюдения принципа равенства и запрещение дискриминации на любой почве. Среди целей этой организации, указанных в Главе I ее Устава речь идет об осуществлении более тесного союза между членами Совета Европы для защиты и продвижения идеалов и принципов, являющихся их общим наследием. Достижение этих целей осуществляется посредством органов СЕ, прежде всего Комитета министров и Парламентской ассамблеи. Стоит отметить, что постепенно СЕ сосредоточился преимущественно на правовых и правозащитных вопросах.

Как известно, обязательным условием при вступлении любой страны в Совет Европы является подписание и ратификация двух документов – Устава Совета Европы и Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Конвенция устанавливает неотъемлемые права и свободы для каждого и обязывает государства гарантировать эти права каждому человеку, который находится под их юрисдикцией.

Главное отличие Конвенции от иных международных договоров в области прав человека – существование реально действующего механизма защиты декларируемых прав – Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ), рассматривающего индивидуальные жалобы на нарушения Конвенции. Любое лицо, находящееся под юрисдикцией любого государства Совета Европы, считающее, что его права и свободы, предусмотренные какой-либо статьёй Конвенции, были нарушены, имеет возможность (при соблюдении ряда условий) обратиться в Европейский суд по правам человека. Конвенция является частью национального законодательства Украины (на основании ст. 9 Конституции), а исполнение его решений в отношении государства является обязательным для этого госу-

дарства. Неисполнение государством решений ЕСПЧ может стать предметом рассмотрения в Комитете министров, который имеет возможность оказать значительное давление политического характера на «провинившееся» государство вплоть до приостановления его членства в Совете Европы или даже исключения такого государства из рядов организации (ст. 8 Устава Совета Европы). Конвенция содержит статью о запрещении дискриминации (ст. 14).

Пользование правами и свободами, признанными в настоящей Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам.

Т. о., если ЕСПЧ вынесет решение о нарушении этим государством ст. 14 ЕКПЧ, а государство будет уклоняться от выполнения его решения, то Комитет министров может применить к такому государству политическое принуждение.

Важную роль в деле предотвращения распространения ксенофобии и расизма в пределах Совета Европы играет Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью (ЕКРН). Это коллегиальный орган по мониторингу расизма, ксенофобии, антисемитизма и нетерпимости с точки зрения защиты прав и свободы человека. ЕКРН создана согласно решению, принятому в 1993 году на саммите глав стран СЕ. Комиссия состоит из экспертов: по одному от каждой страны-участницы СЕ. Основные формы работы – составление периодических докладов по странам-участницам СЕ, принятие общеполитических рекомендаций, распространение примеров успешной борьбы с расизмом и нетерпимостью.

Задачами Комиссии являются:

- борьба против расизма, ксенофобии, антисемитизма и нетерпимости в Европе;
- обзор эффективности законодательства, политики и других мер государств-членов Совета Европы с точки зрения преодоления расизма, ксенофобии, антисемитизма и нетерпимости;
- рекомендация мер на местном, национальном и европейском уровне;
- разработка общеполитических рекомендаций государствам-членам;

- анализ международных правовых инструментов с целью их возможного усиления.

На основе исследований, проведенных Комиссией, к настоящему времени Комитет Министров СЕ принял семь общеполитических рекомендаций. Эти рекомендации не являются обязательными для государств, но их неисполнение может существенно влиять на авторитет государств на международной арене. Такие акты относят к т.н. «мягкому праву». Большинство государств-членов Совета Европы стараются их выполнять, поскольку такого рода акты Совета Европы способствуют улучшению национального законодательства и развивают современные механизмы по борьбе с расизмом и ксенофобией.

На сегодняшний день Европейская комиссия по борьбе с расизмом и нетерпимостью опубликовала четыре отчета, содержащие ряд рекомендаций по Украине. Последний отчет был принят 8 декабря 2011 года и опубликован 21 февраля 2012 года. В этом отчете говорится о некоторых позитивных изменениях, которые произошли в стране после Третьего отчета 12 февраля 2008 года. В частности, усилено уголовную ответственность за преступления, совершенные на почве (расовой или направленной на представителей иных групп меньшинств) ненависти, введен запрет импортировать, изготавливать, хранить и распространять продукцию, которая подстрекает расовую, национальную или религиозную нетерпимость и дискриминацию. Однако, остается немало оснований для критических замечаний и предложений. Отмечено, что некоторые политические партии и кандидаты используют ксенофобскую, антисемитскую риторику в своей деятельности.

Особое беспокойство Комиссии вызвано негативными тенденциями в институциональной системе. Это связано с тем, что Государственный комитет по делам национальностей и религий в последние годы перед его ликвидацией (в 2010 году) начал играть ведущую роль в развитии, координации и мониторинге действий, направленных против расизма и ксенофобии. После роспуска Государственного комитета по делам национальностей и религий в декабре 2010 года его специфические функции в сфере борьбы с расизмом не были переданы другой институции, в результате чего возник вакуум ответственности за такую деятельность.

На основании детального анализа ситуации Комиссия разработала ряд рекомендаций для Украины. В частности:

- определить орган, который бы координировал работу по противодействию расизму и расовой дискриминации, и обеспечить, чтобы его сотрудники имели опыт в данной сфере;
- гарантировать в любое время справедливые и эффективные процедуры определения статуса беженца и решить вопрос о том, кто за это ответственен;
- создать независимый орган, уполномоченный принимать жалобы на сотрудников милиции касательно расизма.

Подводя итоги вышесказанному, хотелось бы подчеркнуть, во-первых, то, что отношение и реакция

правоохранительных органов на преступления на почве ненависти свидетельствует об их нежелании оценивать проявления расизма как таковые, и расследовать надлежащим образом предвзятое отношение, а также обнародовать информацию о своей деятельности в указанной сфере. Во-вторых, нуждается в усовершенствовании антидискриминационное законодательство, которое есть основой предотвращения правонарушений, в том числе расового характера. Однако даже если законы будут совершенны, их недобросовестное исполнение может все перечеркнуть. При этом качество исполнения законов непосредственно зависит от общего уровня демократии в стране.



Монастир 1 | Kloster 1 | Monastery 1

Der Einfluss des Europarats auf Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in der Ukraine

Trotz gut entwickelter nationaler Gesetzgebung im Bereich der Prävention von Diskriminierung in der Gesellschaft und trotz verstärkter Verfolgung von Hassverbrechen durch eine gesondert eingesetzte Kommission, sind Fälle von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus in der Ukraine leider keine Einzelfälle. Menschenrechtsorganisationen zufolge steigen die Verbrechen, die aufgrund von Intoleranz begangen werden, obwohl aus offiziellen Statistiken oft gegenteilige Schlussfolgerungen gezogen werden. Die am meisten gefährdeten Gruppen in der Ukraine sind Immigranten aus Afrika, Asien und dem vorderen Orient sowie Roma und Krimtataren.

Allerdings ist Diskriminierung nicht nur für die Ukraine typisch, sondern auch für hoch entwickelte Länder. Ein System, das diesen negativen Phänomenen begegnen muss, kann also nicht nur auf nationale Gesetzgebung gründen, sondern benötigt beidseitige Unterstützung durch völkerrechtliche Normen. Die internationale Gemeinschaft hat Dokumente zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit auf internationaler und regionaler Ebene verabschiedet. Die Ukraine ist zahlreichen dieser Konventionen beigetreten.

Von besonderem Interesse ist die Erfahrung mit dem Kampf gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit innerhalb des Europarates. Verschiedene normative Impulse dieser höchst anerkannten Organisation zur Verbesserung der Rechtslage im Kampf gegen Rassismus und Fremdenhass sind hervorzuheben. Der Europarat ist eine internationale Organisation, die die Zusammenarbeit zwischen allen europäischen Ländern fördert, um Standards für Menschenrechte, für demokratische Entwicklungen, für den Rechtsstaat und für kulturelle Interaktionen zu errichten. Die wichtigsten Ziele, die Mitgliedstaaten mithilfe und im Rahmen des Europarats erreichen wollen, sind die Förderung des Gleichheitsprinzips und das Verbot jeglicher Diskriminierung. Zentrales Ziel der

Organisation, im Kapitel 1 der Charta erwähnt, ist unter anderem die Stärkung der Bindungen innerhalb der Union der Mitgliedstaaten, um Ideale und Grundsätze, die zu ihrem gemeinsamen Erbe gehören, zu schützen und zu fördern. Umgesetzt wird das durch die Organe des Europarates, insbesondere durch das Ministerkomitee und durch die Parlamentarische Versammlung. Die Arbeit des Europarates konzentriert sich auf die Wahrung von Recht und von Menschenrechten.

Bedingung für die Aufnahme im Europarat ist die Unterzeichnung und Ratifizierung zweier Schlüsseldokumente – die Charta des Europarats und die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten aus dem Jahr 1950 (EMRK). Die Konvention legt unveräußerliche Rechte und Freiheiten für alle Menschen fest und verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Sicherung dieser Rechte innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs.

Der Hauptvorteil der EMRK gegenüber anderen internationalen Konventionen im Bereich der Menschenrechte ist der garantierte Schutz der deklarierten Rechte durch eine feste Institution: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) prüft individuelle Beschwerden von Bürgern der Mitgliedstaaten bei Verletzungen der Konvention. Unter bestimmten Bedingungen kann sich jede Person im Zuständigkeitsbereich eines Mitgliedstaates an den EGMR wenden, wenn sie der Auffassung ist, in ihren Rechten und Freiheiten, die durch die Konvention geschützt werden, verletzt worden zu sein. Die Konvention ist Teil der nationalen Gesetzgebung der Ukraine (nach Maßgabe von Art. 9 der ukrainischen Verfassung). Die Umsetzung der Entscheidungen des EGMR ist für alle Mitgliedstaaten verpflichtend. Im Falle der Nichtbeachtung von Urteilen des EGMR kann das Ministerkomitee erheblichen politischen Druck auf den „schuldigen“ Staat

ausüben, bis hin zur Suspendierung der Mitgliedschaft oder der Ausschließung des Staates aus der Organisation (Art. 8 der Satzung des Europarats). Die Konvention enthält auch einen Artikel über das Verbot der Diskriminierung (Art. 14).

Rechte und Freiheiten, die von der Konvention geschützt werden, sind ohne Berücksichtigung des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, politischer oder anderer Überzeugungen, nationaler oder sozialer Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder einer vergleichbaren Statusposition zu gewährleisten. Wenn der EGMR eine Entscheidung trifft, wonach die Gesetze eines Landes Art. 14 EMRK verletzen, das Land aber das Urteil ignoriert, kann das Ministerkomitee (nur politischen Druck ausüben).

Eine wichtige Rolle innerhalb des Europarates spielt die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (EKRI) bei der Prävention von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus. Sie ist ein Kollegialorgan mit dem Zweck, die Entwicklungen von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Intoleranz in Bezug auf den Schutz der Menschenrechte zu beobachten.

Die EKRI wurde im Jahre 1993 im Zuge eines Gipfeltreffens des Europarats geschaffen. Die Kommission besteht aus Experten, einer aus jedem Mitgliedsstaat. Die Aufgabe der Kommission besteht vorrangig darin, regelmäßige Berichte über die Situation der Menschenrechte in den Mitgliedstaaten zu erstellen, allgemeine Politikempfehlungen abzugeben und Beispiele für erfolgreiche Bekämpfung von Rassismus und Intoleranz vorzustellen.

Die Ziele der Kommission sind im Einzelnen:

- die Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Intoleranz in Europa,
- die Bewertung der Effektivität der Gesetzgebung, Politik und anderer Maßnahmen der Mitgliedstaaten des Europarats bezüglich der Überwindung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Intoleranz,
- die Empfehlung von Maßnahmen auf der lokalen, nationalen und europäischen Ebene,
- die Entwicklung allgemeiner Politikempfehlungen für die Mitgliedstaaten,
- die Analyse internationaler Rechtsinstrumente im Hinblick auf ihre Durchsetzung.

Bis heute hat das Ministerkomitee des Europarates sieben allgemeine Politikempfehlungen beschlossen, die auf breit angelegten Untersuchungen der Kommission beruhen. Diese

Empfehlungen sind für die Mitgliedstaaten nicht verpflichtend, aber ihre Nichtbeachtung kann dem Ruf der Staaten in der internationalen Gemeinschaft signifikant schaden. Die Empfehlungen werden als "soft law" bezeichnet. Die meisten Mitgliedstaaten des Europarates sind bemüht, sie zu erfüllen, weil sie zur Verbesserung der nationalen Gesetzgebung und der Entwicklung moderner Mechanismen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit beitragen.

Bisher hat die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz vier Berichte mit Empfehlungen für die Ukraine veröffentlicht. Ein aktueller Bericht datiert vom 8. Dezember 2011 und wurde am 21. Februar 2012 veröffentlicht. Dieser Bericht beschreibt einige positive Veränderungen in der Ukraine, die seit dem letzten Bericht vom 12. Februar 2008 verzeichnet wurden. Insbesondere wurden Strafen für Hassverbrechen angehoben, d.h. bei rassistisch motivierten oder gegen Angehörige von Minderheiten gerichteten Straftaten. Der Import, die Herstellung, Lagerung und Verbreitung von Produkten, die zu rassistischer, nationaler oder religiöser Intoleranz oder Diskriminierung anstiften, wurden verboten. Es gibt aber noch viel Raum für Kritik und Verbesserungsvorschläge. Zum Beispiel benutzen manche politische Parteien und Kandidaten fremdenfeindliche und antisemitische Rhetorik in ihrer Aktivitäten.

Die EKRI ist besorgt wegen negativer Trends im institutionellen System der Ukraine. Vor der Auflösung im Jahre 2010 hatte das ukrainische *Staatliche Komitee für Nationalitäten und Religionen* eine führende Rolle in der Entwicklung, Koordination und Kontrolle von Aktivitäten gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit eingenommen. Nach der Auflösung im Dezember 2010 wurden die Kompetenzen zur Bekämpfung von Rassismus nicht an eine andere Institution übertragen. Dadurch entstand ein Vakuum in der Zuständigkeit für derartige Aktivitäten.

Die EKRI hat einige Empfehlungen für die Ukraine entwickelt, die auf einer detaillierten Analyse der Situation beruhen:

- die Einrichtung einer Institution, um die Arbeit gegen Rassismus und rassistische Diskriminierung zu koordinieren und zu gewährleisten, dass deren Mitarbeiter Erfahrungen in diesem Bereich haben;
- das Sicherstellen von fairen und effizienten Prozessen zur Entscheidung über den Status von Flüchtlingen und die Entscheidung darüber, wer für diese Frage konkret zuständig sein soll;

- die Etablierung einer unabhängigen Institution mit der Kompetenz, Beschwerden gegen Angehörige der Polizei bezüglich Rassismus zu verfolgen.

Als Fazit möchte ich festhalten, dass die Einstellungen und Reaktionen der Strafverfolgungsinstitutionen zu Verbrechen, die auf Hass oder Vorurteilen basieren, zeigen, dass sie sehr zögerlich sind, wenn es darum geht, Rassismus festzustellen, diskriminierende Behandlungen angemessen zu unter-

suchen oder Informationen über die Arbeit in diesem Bereich zu veröffentlichen. Auch muss die Antidiskriminierungsgesetzgebung verbessert werden, da sie die Grundlage für die Verhinderung derartiger Straftaten ist, inklusive solcher, die rassistischer Art sind. Aber selbst wenn es perfekte Gesetze gäbe, würde die mangelhafte Rechtsanwendung den Erfolg guter Gesetzgebung wieder zunichte machen. Die Anwendung und die Umsetzung von Gesetzen ist unmittelbar abhängig vom Zustand der Demokratie im Lande.



Вшановані 1 | Ehre 1 | Honour 1

The Council of Europe's Influence against Racism and Xenophobia in Ukraine

Despite the existence of well-developed national legislation aimed at preventing discrimination in society, and despite the strengthening of the prosecution for the commission of hate crimes in Ukraine, cases of xenophobia and racism are unfortunately not isolated. According to many human rights organizations, the number of crimes committed because of intolerance is increasing in Ukraine, although official statistics often draw the opposite conclusion. Among the most vulnerable groups in Ukraine are immigrants from Africa, Asia, and the Middle East as well as Roma and Crimean Tatars.

It should be noted that discrimination is typical not only for Ukraine, but even for the most developed countries. Therefore, the system for counteracting this negative phenomenon is not only based on national legislation but also on the norms of international law. The international community has adopted a set of documents in order to counteract racism and xenophobia on the international and regional levels. Ukraine supports many of these conventions.

Of particular interest is the experience of the struggle against racism and xenophobia within the Council of Europe, specifically the role of the work of this prestigious organization in improving the legal mechanisms which counteract these negative phenomena. The Council of Europe (CE) is an international organization which promotes cooperation between all countries of Europe in the field of setting standards for human rights, democratic development, the rule of law, and cultural interaction. Among the most important issues which states solve within the CE is the principle of equality and the prohibition of any discrimination. The aims of this organization, referred to in Chapter I of the Charter, are, among others, to create a closer union among the members of the CE in order to protect and promote the ideals and principles which are their common heritage. These goals can

be achieved through the bodies of the CE, in particular the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly. It should be noted that the CE has gradually narrowed its focus to legal and human rights issues.

A prerequisite for any country's accession to the Council of Europe is the signing and ratification of two key documents – the Charter of the Council of Europe and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms from 1950. The Convention establishes inalienable rights and freedoms for everyone and requires states to guarantee those rights to every person who is under their jurisdiction.

The main difference between the Convention and other international treaties in the field of human rights is the existence of a mechanism to protect the declared rights. The European Court of Human Rights (ECtHR) considers individual complaints of violations of the Convention. Under certain conditions, any person who is subject to the jurisdiction of any state which is a member of the CE may appeal to the ECtHR if she believes her rights and freedoms, provided for by the Convention, have been violated. The Convention is a part of the national legislation of Ukraine (on the basis of Art. 9 of the Constitution), and the implementation of its decisions against the state is obligatory. In the case of non-compliance with the ECtHR's decisions, the Committee of Ministers may exert significant political pressure on the "guilty" state, up to and including the suspension of its membership in the Council of Europe or even the exclusion of the state from the ranks of the organization (Article 8 of the Statute of the Council of Europe). The Convention contains an article on the prohibition of discrimination (Article 14).

Enjoyment of the rights and freedoms which are set forth in the Convention should be ensured without discrimina-

tion based on sex, race, color, language, religion, political or other beliefs, national or social origin, association with a national minority, property, birth, or other status.

Thus, if the ECtHR delivers a decision that a state's legislation is in violation of Art. 14 ECHR and the country ignores its decision, the Committee of Ministers may apply political pressure.

The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) assumes an important role in preventing the spreading of xenophobia and racism within the Council of Europe. It is a collegial body with the purpose of monitoring racism, xenophobia, anti-Semitism, and intolerance in terms of the protection of human rights. The ECRI was created by a decision made in 1993 at the summit of the Council of Europe. The Commission is composed of experts: one from each member country of the EC. The main forms of work include writing periodic reports on the CE member countries, adopting general policy recommendations, and spreading examples of successful struggles against racism and intolerance.

The Commission's objectives are:

- fighting racism, xenophobia, anti-Semitism, and intolerance in Europe;
- reviewing the effectiveness of legislation, policies, and other measures of the member state of the Council of Europe in terms of overcoming racism, xenophobia, anti-Semitism, and intolerance;
- recommending actions at the local, national, and European levels;
- developing general policy recommendations for member states;
- analyzing international legal instruments for the purpose of their enforcement.

To date, the Committee of Ministers of the CE has adopted seven general policy recommendations based on the research conducted by the Commission. These recommendations are not mandatory for the states, but their non-implementation can significantly affect the reputation of the states in the international arena. Such acts are referred to as "soft law." Most memberstates of the Council of Europe try to fulfill them because they contribute to the improvement of national legislation and help develop modern mechanisms for combating racism and xenophobia.

So far, the European Commission against Racism and Intolerance has published four reports containing a number of

recommendations for Ukraine. The most recent report was received on 8 December 2011 and published on 21 February 2012. This report describes some of the positive changes that have occurred in the country since the third report on 12 February 2008. In particular, criminal liability for crimes committed on the basis of hate (racial or directed at members of other minority groups) are enhanced, and the import, production, storage, and distribution of products that incite racial, national, or religious intolerance or discrimination are banned. However, there are ample reasons for criticism and suggestions for improvement. It should be noted that even some political parties and candidates use xenophobic and anti-Semitic rhetoric in their activities.

ECRI is particularly concerned by negative trends in the institutional system. Before its closure in 2010, the Ukrainian State Committee on Nationalities and Religions began to play a leading role in the development, coordination, and monitoring of actions against racism and xenophobia. After the dissolution of the State Committee on Nationalities and Religions in December 2010, its specific functions in the field of racism were not transferred to another institution, creating a vacuum of responsibility for such activities.

The Commission has developed a set of recommendations for Ukraine based on a detailed analysis of the situation. In particular:

- identify a body to coordinate the anti-racism and racial discrimination work and ensure that its employees have experience in this field;
- ensure fair and efficient refugee status determination procedures at all times and decide on the question of who is responsible for doing so;
- establish an independent body with the authority to receive complaints against police officers regarding racism.

Summing up the above, I would like to emphasize first of all that the attitude and reactions of law enforcement agencies on hate crimes shows their reluctance to assess racism and to investigate biased treatment properly or to publish information about their activities in this area. Secondly, anti-discrimination legislation has to be improved, as this is the basis for preventing offenses, including those with a racial character. However, even if the laws were perfect, their improper implementation would offset the achievements. The quality of the laws' implementation directly depends on the common level of democracy in the country.



Базиліка | Basilika | Basilica

Кримінально – правова протидія релігійній дискримінації в Україні

Останнім часом, у зв'язку, зокрема, зі світовою економічною кризою, нестабільною політичною ситуацією у державі громадяни України, як і багатьох інших держав, усе частіше намагаються знайти вихід, допомогу і розраду у лонах релігійного світогляду.

Релігія, що довгий час зазнавала гоніння і зневаги, нині, подолавши достатньо тривалу епоху політичного нав'язування суспільній свідомості тенденційної соціалістичної моралі, поступово займає те місце у суспільній інфраструктурі, яке належить їй по праву еволюційного джерела одвічних гуманітарних цінностей. У межах світогляду, все більше українців, не байдужих до того, що відбувається у суспільстві, стали виявляти усвідомлення того, що саме догматичні основи світових релігій лежать в основі формування суспільної свідомості, культури, моралі, мистецтва, права. Йдеться навіть не про тенденцію збільшення кількості віруючих в Україні та інших державах світу, а про формування морально-гуманітарного світогляду, що є похідним від класичних релігійних стандартів світорозуміння. Безумовно, що це чи не найкоротший шлях до суспільства з мінімальними проявами людської деструктивності, які виявляються у такому негативному соціальному явищі, як злочинність.

Зважаючи на виняткову цінність для держави суспільних відносин, що складаються на релігійному ґрунті, вони поставлені під особливу охорону.

Так, у Конституції України (ст. 35), як і більшості демократичних держав світу, закріплено право на свободу світогляду і віросповідання, що включає свободу сповідувати будь-яку релігію або не сповідувати ніякої, безперешкодно відправляти одноособово чи колективно релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність. Крім того, Конституцією України гарантовано сприяння держа-

вою консолідації та розвитку релігійної самобутності усіх корінних народів і національних меншин України (ст. 11) та неможливість надання будь-яких привілеїв чи обмежень за ознаками релігійних переконань (ст. 24). Здійснення права на свободу віросповідання може бути обмежено законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей.

Особлива роль у забезпеченні гарантованих Конституцією прав і свобод, в т.ч. щодо рівноправності громадян належить кримінально-правовим нормам. І це закономірно з огляду на те, що кримінальне право не тільки покликано охороняти ті ж самі соціальні цінності, але і запозичило у світових релігій (особливо – у християнства), предметно-об'єктні, методологічні, змістовні, інструментальні і навіть інституційні критерії та механізми впливу на соціальну інфраструктуру.

Для окреслення кола відповідних кримінально-правових норм, насамперед, слід визначити об'єкт, який ними охороняється. А це не що інше, як суспільні відносини, що складаються на релігійному ґрунті, і зокрема, з приводу реалізації (здійснення) свободи віросповідання або релігійної свободи, що зазвичай ідентифікуються і включають: право сповідувати індивідуально або спільно з іншими будь-яку релігію; право не сповідувати ніякої релігії; право вільно вибирати, мати і поширювати релігійні чи інші переконання; право діяти відповідно до релігійних переконань; право пропагувати релігійні переконання і поширювати їх будь-яким, не забороненим законом, шляхом; право здійснювати релігійне виховання і освіту; право здійснювати релігійні обряди і культу; право змінювати релігійне віросповідання; право створювати нове релігійне віросповідання; право

на добродійну і будь-яку іншу, не заборонену законом, громадську діяльність; право на рівність усіх громадян перед законом і правосуддям незалежно від релігійного віросповідання.

Дослідники відповідних проблем у кримінальному праві, називають суспільно-небезпечні діяння, які посягають на вищезначені суспільні відносини «релігійними злочинами». Під цим поняттям слід розуміти будь-яке духовно-шкідливе, кримінально-протиправне, умисне діяння, що посягає на свободу віросповідання громадян або вчинене з мотивів релігійної ворожнечі чи розбрату, або у зв'язку з виконанням релігійного ритуалу.

Слід зауважити, що цей вид злочинів не можна ототожнювати з так званими «церковними злочинами», ознаками яких, на думку ряду авторів, є: порушення канонів тієї чи іншої церкви; їх можуть вчиняти лише члени тієї або іншої церкви – священнослужителі і прихожани; церковні санкції мають особливу специфіку, оскільки, як правило, тягнуть за собою покарання після смерті.

У Кримінальному Кодексі України немає спеціального (окремого) розділу, присвяченого злочинам в сфері релігійних відносин – усі вони розкидані по різних розділах КК України, однак завдяки контент-аналізу можна виділити сім кримінально-правових норм, якими встановлена кримінальна відповідальність за посягання на відповідні правовідносини: п. 14 ч. 2 ст. 115 (умисне вбивство з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості), ч. 2 ст. 121 (умисне тяжке тілесне ушкодження з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості), Section 14 of Part 2 of Art. 115 (intentional murder for motives of racial, national or religious intolerance), Part 2 of Art. 121 (intentional grave bodily injury for motives of racial, national or religious intolerance) ст. 161 (порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності або релігійних переконань), ст. 178 (пошкодження релігійних споруд чи культових будинків), ст. 179 (незаконне утримування, осквернення або знищення релігійних святинь), ст. 180 (перешкоджання здійсненню релігійного обряду), ст. 181 (посягання на здоров'я під приводом проповідання релігійних віровчень чи виконання релігійних обрядів), ст. 258 (терористичний акт), ст. 442 (геноцид) КК України. З їх числа вирізняються чотири склади злочинів, які безпосередньо посягають на свободу віросповідання, а саме ті, що передбачені статтями 178–181 КК України.

Особливо слід наголосити на законодавчо закріпленій обтяжуючій обставині – вчинення злочину на ґрунті

расової, національної чи релігійної ворожнечі або розбрату, що передбачена п. 3 ч. 1 ст. 67 Загальної частини КК України. За наявності такої обставини будь-які злочини проти життя, здоров'я, власності, громадського порядку, громадської безпеки і т.п. можуть переходити до розряду злочинів у сфері релігії.

Виходячи з назви статті, більш детально варто зупинитись на суто антидискримінаційній кримінально-правовій нормі – ст. 161 КК України.

Способи порушення рівноправності громадян вичерпно перераховані у диспозиції ч. 1 цієї статті КК: 1) дії, спрямовані на розпалювання національної, расової чи релігійної ворожнечі та ненависті; 2) дії, спрямовані на приниження національної честі чи гідності, або образа почуттів громадян у зв'язку з їхніми релігійними переконаннями; 3) пряме чи непряме обмеження прав громадян залежно від раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками; 4) встановлення прямих чи непрямих привілеїв за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

Кваліфікованими видами цього злочину (ч. 2 ст. 161) є дії, зазначені у ч. 1 ст. 161: 1) поєднані з насильством, обманом чи погрозами; 2) вчинені службовою особою; а особливо кваліфікованими (ч. 3 ст. 161) – дії, передбачені ч. 1 чи ч. 2 ст. 161, які: 1) були вчинені організованою групою; 2) спричинили тяжкі наслідки. Потерпілим від цього злочину є особа (громадянин України, іноземний громадянин чи особа без громадянства), котра виступає як представник певної раси, національності чи тим, або іншим чином ставиться до релігії: є прихильником певного віровчення, релігії чи атеїстом. Як слушно зазначає професор В.О. Навроцький, у розглядуваному складі злочину потерпілий характеризується швидше не об'єктивними, а суб'єктивними ознаками, ставленням до цих ознак з боку того, хто посягає, його прагненням вчинити злочин проти особи як представника певної раси, нації, релігії. Посягання проти конкретної фізичної особи спрямоване на те, щоб заподіяти шкоду відповідній соціальній групі.

Суб'єктивна сторона злочину характеризується прямим умислом. Крім того, для першої його форми характерною є наявність спеціальної мети – розпалити національну, расову чи релігійну ворожнечу в країні, окремому

її регіоні або принизити національну честь і гідність представників окремих соціальних груп.

На завершення слід зазначити, що згадані кримінально-правові норми, якими встановлена відповідальність за дискримінаційні посягання за останніх 5 років практично не застосовувались, про що свідчить, зокрема, судова статистика, а також Єдиний Державний реєстр судових рішень, у якому розміщено лише по одному вироку за ст. 161 ч. 1, а також за ст. 178, 181 КК України.

Ця обставина може свідчити як про те, що відповідні суспільно-небезпечні діяння в Україні не поширені, так і про високе загально-превентивне значення ст. 161, 178–181 КК України. Дискусійним же залишається питання про доцільність існування цих кримінально-правових заборон, або іншими словами про декриміналізацію діянь, які по-

при високий ступінь суспільної небезпеки характеризуються буквально мізерною поширеністю. Що стосується нашої позиції, то вона однозначна: ці кримінально-правові норми необхідні, зважаючи хоча би на гіркий історичний досвід України – не лише міжконфесійні конфлікти перших років незалежності, а насамперед, масові репресії проти священнослужителів та віруючих громадян, знищення храмів і релігійних святинь за часів радянського комуністичного режиму.

Примітка

Ця наукова стаття присвячена проблемам конституційних та кримінально-правових гарантій свободи віросповідання в Україні. При її написанні використані наукові праці відомого українського вченого доктора юридичних наук професора Навроцького В.О. та кримінолога часів дореволюційної Росії Ширяєва В.М.



Евангелска църква | Evangelische Kirche | Protestant Church

Strafrechtlicher Schutz gegenüber religiöser Diskriminierung in der Ukraine

Aufgrund der globalen wirtschaftlichen Krise und einer politisch instabilen Situation in der Ukraine erfährt die Bevölkerung immer öfter Unterstützung, Hilfe und Trost durch die Religion.

Die Religion hat eine lange Epoche der Verfolgung, Missachtung, politischer Propaganda sowie das Aufzwingen sozialistischer Moral überwunden. Mittlerweile hat sie sich einen festen Platz im gesellschaftlichen Alltag erobert, den sie als Quelle aller Freiheiten auch verdient. Immer mehr Ukrainer, an denen die Vorgänge in der Gesellschaft nicht gleichgültig vorüber gehen, sind sich in ihrem Glauben gewiss, dass es die dogmatischen Grundlagen der Weltreligionen sind, auf die sich Kultur, Moral, Recht und die Funktionsfähigkeit des Staates gründen. Dabei geht es nicht darum, auf die immer größere Zahl der Gläubigen in der Ukraine oder in den anderen Ländern zu verweisen. Es geht primär um das Entstehen einer neuen moralisch-humanitären Weltanschauung, die von traditionellen religiösen Standards lebt. Das ist allerdings nicht der kürzeste Weg zu einer Gesellschaft der Verringerung menschlicher Zerstörungswut, die sich in den negativen sozialen Phänomenen – wie der Kriminalität – zeigt.

Unter Berücksichtigung der herausragenden Bedeutung friedlicher sozialer Beziehungen im Staat, die auf religiöse Orientierung gründen, stehen diese unter speziellem Schutz.

So garantiert die Verfassung der Ukraine (Art. 35), wie die der meisten demokratischen Staaten, die Glaubens- und Religionsfreiheit. Diese erlauben es jedem, Religion frei oder überhaupt nicht auszuüben, und sich einzeln oder gemeinschaftlich an religiösen Riten und Ritualen zu beteiligen. Außerdem garantiert die ukrainische Verfassung den religiösen Schutz für alle Volksgruppen und Minderheiten (Art. 11). Nach Art. 24 der ukrainischen Verfassung darf keine Religion

in ihren Rechten beschränkt, aber auch nicht privilegiert werden. Die freie Religionsausübung kann nur durch Gesetz im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Gesundheit, Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter eingeschränkt werden.

Bei der Gewährleistung des verfassungsrechtlichen Schutzes des Rechts, der Freiheit und der Gleichheit kommt den strafrechtlichen Normen eine besondere Bedeutung zu. Das Strafrecht schützt nicht nur gemeinsame soziale Werte, sondern es hat sich schon immer aus den Weltreligionen – insbesondere dem Christentum – gewichtige Kriterien und Mechanismen für die Sicherung der sozialen Ordnung entliehen: Einflussfaktoren subjektiver und objektiver, methodischer, inhaltlicher, instrumenteller und selbst institutioneller Art.

Um den Zugriffsbereich relevanter Rechtsnormen zu erfassen, muss man zuerst einmal das Objekt erfassen, das von ihnen geschützt werden soll. Es sind die öffentlich wahrnehmbaren Manifestationen religiöser Orientierung und insbesondere die Garantien der Glaubens- und Religionsfreiheit, die im Schutzbereich der Normen liegen. Insofern wird normativ geschützt:

- das Recht, eine Religion einzeln oder gemeinschaftlich auszuüben,
- das Recht, die Religion ohne jegliche Einschränkung frei auszuwählen und nach ihr zu leben,
- das Recht, religiöse Erziehung zu erfahren,
- das Recht, religiöse Rituale und Kulte zu praktizieren,
- das Recht, die Religion frei zu wechseln,
- das Recht, eine neue Religionsrichtung zu begründen,
- das Recht auf wohlthätige Aktivitäten aller Art, die gesetzlich nicht verboten sind, und
- das Recht auf Gleichheit aller Bürger vor Recht und Gesetz, unabhängig vom religiösen Glauben.

Ukrainische Wissenschaftler, die diese Probleme im Strafrecht erforschen, bezeichnen Taten, die in die elementaren Glaubensrechte der Menschen eingreifen, als „*religiöse Straftaten*“. Mit dieser Begrifflichkeit wird jedes schwer wiegende, böseartig intendierte Verhalten, das die Glaubensfreiheit beeinträchtigt, erfasst; sei es, dass dieses Verhalten religiöse Feindseligkeit oder Zwietracht bezweckt oder religiöse Rituale beeinträchtigt.

Es sei darauf hingewiesen, dass die beschriebenen kriminellen Taten nichts mit dem Begriff der „*kirchlichen Straftaten*“ zu tun haben. Zu letzteren gehört die Beeinträchtigung jeglicher *Kirchenlehre*, die nur von Mitgliedern der Kirche als Institution, also Klerikern oder Gemeindemitgliedern, begangen werden können. Kirchliche Strafen haben eine besondere Bedeutung, da sie auch auf jenseitige Zusammenhänge abstellen.

Das ukrainische Strafgesetzbuch enthält keinen besonderen Abschnitt, in dem Straftaten gegen Religion gesondert erfasst werden – sie sind an verschiedenen Stellen im Strafgesetzbuch zu finden. Hervorzuheben sind sieben strafrechtliche Normen, die „religiöse“ Strafbarkeit im oben dargestellten Sinn des ukrainischen Strafrechts erfassen: § 14 Teil 2, Art. 115 (*Mord* aus Gründen rassistischer, nationaler oder religiöser Intoleranz), Teil 2, Art. 121 (*Schwere Körperverletzung* aus Gründen gleichartiger Intoleranz), *Ungleichbehandlung* aufgrund rassistischer, nationaler oder religiöser Unterschiede (Art. 161), *Beschädigung* religiöser Gebäude, Institutionen oder Einrichtungen (Art. 178), *Beschädigung* religiöser heiliger Gegenstände (Art. 179), *Störung* von Gottesdiensten oder religiösen Ritualen (Art. 180), *Körperverletzungen* anlässlich von Gebeten oder religiösen Riten (Art. 181). *Terroranschläge* (Art. 258) und *Völkermord* (Art. 442) können auch religiös motiviert sein. Unter diesen neun Normen kann man vier Tatbestände speziell benennen, die *unmittelbar* auf die Verletzung der Religionsfreiheit gerichtet und in den Artikeln 178–181 des Strafgesetzbuches der Ukraine normiert sind.

Ferner sind im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches der Ukraine (Teil 1, Art. 167, Absatz 3) die gesetzlich geregelten *strafverschärfenden Umstände* zu berücksichtigen: „Begehen der Tat aufgrund rassistischer, nationaler oder religiöser Feindseligkeit.“ Ist ein Umstand dieser Art gegeben, können Straftaten wie gegen das Leben, die Gesundheit, das Eigentum, die öffentliche Sicherheit und Ordnung als „religiöse Verbrechen“ strafschärfend klassifiziert werden.

Im Rahmen dieses Beitrages ist vor allem auf Art. 161 des ukrainischen Strafgesetzbuches – Ungleichbehandlung auf-

grund rassistischer, nationaler oder religiöser Unterschiede – einzugehen. Die Verletzung der Gleichbehandlung der Bürger wird ausschließlich im ersten Teil dieses Artikels geregelt:

1. Anstiftung zum Hass aufgrund Rasse, Nationalität oder Religion.
2. Anstiftendes Verhalten, das auf die Verletzung nationaler Ehre oder die religiöse Überzeugung von Bürgern gerichtet ist.
3. Unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung der Rechte von Bürgern aufgrund von Rasse, Hautfarbe, politischer oder religiöser Überzeugung, ethnischer Herkunft, sprachlicher oder anderer Besonderheiten.
4. Direkte oder indirekte Privilegierung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, politischer oder religiöser Überzeugung, ethnischer Herkunft, sprachlicher oder anderer Besonderheiten.

Eine *qualifizierte Tat* (Teil 2, Art. 161 StGB) liegt dann vor, wenn sie entweder mit dem Einsatz von Nötigung, Täuschung oder Drohung oder von einem Amtsträger begangen wurde. Qualifiziert ist sie auch, wenn sie von einer Bande begangen wurde oder erhebliche schwere Folgen verursacht hat.

Opfer dieser Verbrechen können Personen unabhängig von ihrer Staatsbürgerschaft sein, wenn sie Angehörige einer bestimmten Rasse, Nationalität oder Religion sind. Der Betroffene einer solchen Straftat zeichnet sich nicht durch objektive Kriterien, sondern durch subjektive Besonderheiten aus, die für die Zugehörigkeit zu einer Rasse, Nationalität oder Religion charakteristisch sind. Dabei will der Täter intentional nicht einer konkreten natürlichen Person, sondern einer gesamten spezifischen sozialen Gruppe Schaden zufügen.

Im subjektiven Tatbestand ist *Absicht* erforderlich. Der Täter verfolgt in erster Linie das Ziel, Hass gegen eine nationale, rassistische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe herbeizuführen. Zudem soll Fremdenfeindlichkeit erzeugt sowie Ehre und Würde der Mitglieder bestimmter sozialer Gruppen verletzt werden.

Insgesamt kann festgestellt werden, dass die in Bezug genommenen strafrechtlichen Normen in den letzten 5 Jahren kaum angewendet werden mussten. Faktischer Beleg ist die gerichtliche Statistik der Ukraine sowie das Staatliche Register aller gerichtlichen Urteile, in dem es jeweils nur eine Entscheidung zu Art. 161, Art. 178 und Art. 181 des ukrainischen StGB gibt. Damit könnte belegt werden, dass ge-

sellschaftsgefährdende religiös beziehungsweise anti-religiös motivierte Straftaten in der Ukraine so gut wie nicht verbreitet sind. Man kann ebenso vermuten, dass die Artikel 161, 178–181 des ukrainischen StGB eine hohe generalpräventive Wirkung haben.

Diskussionsbedürftig bleibt gleichwohl die Frage, ob die Existenz dieser strafrechtlichen Normen im Strafgesetzbuch der Ukraine überhaupt noch sinnvoll ist, also normative Entkriminalisierung zu fordern ist, da es „*religiöse Straftaten*“ in der Ukraine kaum gibt. Aber unsere Position ist eindeutig: Die Normen, mit denen „religiöse Straftaten“ als Unrecht bezeichnet werden, sind gerade wegen der negativen ge-

schichtlichen Erfahrung der Ukraine notwendig. Damit sind nicht nur Konflikte zwischen den verschiedenen Konfessionen in den Anfangsjahren der Unabhängigkeit gemeint, sondern in erster Linie Massenrepressionen gegen Klerus und gläubige Bürger, die Zerstörung der Kirchen und religiöser Heiligtümer während des sowjetischen kommunistischen Regimes.

Anmerkung

Dieser Beitrag hat allgemeine verfassungsrechtliche und strafrechtliche Erwägungen zur Glaubens- und Religionsfreiheit in der Ukraine zum Gegenstand. Unter anderem bezieht sich der Verfasser auf Arbeiten von W. Nawrozykyj und des Kriminologen der vorrevolutionären Zeit Russlands W. Schyrjajew.



Могили | Gräber | Graves

Criminal-Legal Protection From Religious Discrimination in Ukraine

Due to the global financial crisis and a politically unstable situation in Ukraine, people are finding ever more support, help, and comfort in religion.

Religion has overcome a long era of persecution, contempt, political propaganda, and the imposition of socialist morals. In the meantime, it has taken on a secure position in every day social life, which it deserves as the source of all freedom. Ever more Ukrainians who are not indifferent to the occurrences in society are secure in their faith that it is the dogmatic foundations of the world religions upon which culture, morality, law, and the functionality of the state rest. In this, it is not about proving that there is a growing number of faithful in Ukraine or other countries. It is primarily about the emergence of a new moral-humanitarian worldview which lives from traditional religious standards. However, that is not the most effective way to reduce the human lust for destruction which reveals itself in negative social phenomena such as crime.

Taking into consideration the exceptional importance for the state of peaceful social relationships based on religious orientation, these relationships are placed under special protection.

As in most democratic states, the Ukrainian Constitution thus guarantees the freedom of faith and religion (Art. 35). This allows any person to freely exercise religion or not, and to participate in religious rites and rituals individually or with others. Besides this, the Ukrainian Constitution guarantees religious protection for all historical groups and minorities (Art. 11). According to Art. 24 of the Ukrainian Constitution, no religion may have its rights restricted but religions may also not be privileged. The free exercise of religion can only be restricted by law in the interest of public security and or-

der or for the health, morality, or the protection of the rights and freedoms of third parties.

In the course of constitutionally guaranteeing the rights, freedoms, and equality, criminal-legal norms take on a particular importance. Criminal law protects not only common social values, but it has also always taken key criteria and mechanisms for securing social order from the world religions – in particular Christianity – including influential factors of subjective, objective, methodological, content-oriented, instrumental, and even institutional nature.

In order to determine the scope of relevant legal norms, one must first determine the object that they are to protect. It is the publicly perceived manifestations of religious orientation and in particular the guarantees of the freedom of faith and religion which are within the protective scope of the norms. Normatively protected are:

- the right to practice a religion alone or with others,
- the right to freely choose and practice a religion without any outside influence,
- the right to experience religious education,
- the right to practice religious rituals and rites,
- the right to freely change religions,
- the right to found a new religion,
- the right to charitable activities of all kinds which are not legally forbidden, and
- the right of all citizens to equality before the law regardless of religious beliefs.

Ukrainian academics who research these problems in criminal law describe actions which violate the fundamental religious rights of people as “religious criminal acts.” This term encompasses all serious, maliciously-intended behaviors which

impair religious freedom, whether this behavior intends religious hatred or dissension or hinders religious rituals.

It should be noted that the described criminal acts have nothing to do with the term “church criminal acts.” These include the hindrance of church doctrines which can only be committed by members of the church as an institution, that is, clerics or members of the congregation. Church punishments are unique in their nature because they are based on the belief system of the church and can therefore include punishments like excommunication, which followers believe has an effect on the guilty party’s soul and eternal well-being.

The Ukrainian Criminal Code does not contain any special section in which criminal acts based on religion are collected – they can be found in various spots in the Criminal Code. What can be emphasized are seven criminal-legal norms which include “religious” culpability in the sense described above in Ukrainian criminal law: *homicide* for reasons of racial, national, or religious intolerance (Art. 115, Sec. 14(2)); *aggravated assault* for the same reasons of intolerance (Art. 121(2)); *discrimination* based on racial, national, or religious differences (Art. 161); *vandalism* of religious buildings, institutions, or facilities (Art. 178); *vandalism* of religious holy objects (Art. 179); *disruption* of religious services or rituals (Art. 180); and *assault* based on prayers or religious rites (Art. 181). *Terrorist attacks* (Art. 258) and *genocide* (Art. 442) can also be religiously motivated. Under these nine norms, four acts can be named in particular which are *directly* focused on the violation of religious freedom and are codified in articles 178–181 of the Ukrainian Criminal Code.

In addition, in the general section of the Ukrainian Criminal Code (Sec. 1, Art. 167(3)), *aggravating circumstances* are to be considered: “Committing of the act based on racial, national, or religious hatred.” If this kind of condition is met, crimes directed at the life, health, property, or public security and order can be classified as “religious crimes,” bringing harsher penalties.

In the context of this contribution, Art. 161 of the Ukrainian Criminal Code in particular will be discussed, that is, discrimination due to racial, national, or religious differences. The violation of equality of citizens is codified solely in the first section of this article:

1. Incitement to hatred based on race, nationality, or religion.
2. Inciting behavior directed towards harming the national pride or religious convictions of citizens.
3. Direct or indirect hindrance of the rights of citizens due

to race, color, political or religious convictions, ethnicity, language, or other characteristics.

4. Direct or indirect privileges due to race, color, political or religious convictions, ethnicity, language, or other characteristics.

An *aggravated crime* (Sec. 2, Art. 161 Ukrainian Criminal Code) exists either if it was done using coercion, fraud, or threats or if it was committed by an official. It is also aggravated if it was committed by a gang or had extremely serious consequences.

The victim of these crimes can be people belonging to a particular race, nationality, or religion, regardless of their citizenship. Those affected by such a crime are not characterized by objective criteria but by subjective particularities which are characteristic for certain races, nationalities, or religions. In these crimes, the perpetrators are not intentionally trying to hurt a concrete natural person but an entire, specific social group.

In the subjective element of the crime, *intent* is required. The perpetrators are primarily trying to bring about hatred against a particular national, racial, religious, or ethnic group. They try to induce xenophobia as well as hurt the pride and dignity of the members of certain social groups.

Overall, it can be established that the criminal-legal norms discussed here have rarely had to be applied in the last five years. Factual evidence is provided by the judicial statistics of the Ukraine as well as the state register of all court decisions in which only one decision was made on each of the articles 161, 178, and 181 of the Ukrainian Criminal Code. It can therefore be proven that religious or, rather, anti-religious motivated crimes are far from common in Ukraine. One could also suppose, however, that articles 161 and 178–181 of the Ukrainian Criminal Code have a high general-preventive effect. What needs to be discussed is the question of whether the existence of such criminal-legal norms still make sense in the Ukrainian Criminal Code, that is, whether a normative de-criminalization should be called for, as there are almost no “religious crimes” in Ukraine.

But our position is clear: The norms which deem “religious crimes” to be illegal are necessary precisely because of Ukraine’s negative historical experiences. This refers not only to conflicts among the various confessions in the first years after independence, but primarily massive repression of clerics and religious sacred sites during the Soviet community regime.

Annotation

This contribution looks at general constitutional and criminal-legal considerations on faith and religious freedom in Ukraine. Amongst others, the author bases his observations on the works of W. Nawrozjkyj, and the criminologist of pre-revolutionary Russia W. Schyrjajew.

IV.

Судова та виконавча влада

Judikative und Exekutive

Third Power and Executive



Могили 2 | Gräber 2 | Graves 2

Інститут конституційної скарги в Україні – за і проти

Захист прав і свобод людини є одним із головних завдань будь-якої демократичної держави. Це в повній мірі стосується і України, Конституція якої проголошує людину, її права, життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпеку – найвищою соціальною цінністю. На всебічне забезпечення прав і свобод людини спрямована діяльність майже усіх органів держави. В тому числі це стосується і Конституційного Суду України, якому належить особлива роль у справі правової охорони Основного закону держави. Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції¹, функціонально уповноваженим здійснювати конституційний контроль. Охороняючи норми Конституції України Конституційний Суд, тим самим, охороняє і всі права людини і громадянина, що закріплені в ній. Це означає, що здійснюючи конституційні повноваження, зокрема вирішуючи спірні питання, Конституційний Суд України забезпечує у розглянутих ним справах практичну реалізацію норм Конституції України як основного закону держави, захист основ конституційного ладу, прав і свобод людини і громадянина, усуває правові перепони на цьому шляху.

Запровадження конституційного контролю в Україні було зумовлено переходом України наприкінці минулого століття до формування вільного громадянського суспільства, становлення незалежної демократичної, правової держави. Специфіка діяльності цього органу полягає в тому, що суто правосуддя в повному розумінні цього слова він не здійснює. Конституційний Суд України вирішує не спори, а питання про відповідність (конституційність) законів та інших правових актів Конституції України. Звідси випливає і основна мета Конституційного Суду України – гарантування верховенства Конституції як Основного Закону держави на всій території України.

Права і свободи Суд захищає шляхом: оцінки конституційності законів та інших підконтрольних йому правових актів органів влади, чинних і тих, що узгоджуються Верховною Радою, міжнародних договорів; офіційного тлумачення Конституції та законів України; перевірки законопроектів про внесення змін до Конституції на предмет неприпустимості в них положень, які б скасовували чи обмежували права і свободи людини і громадянина. Що стосується останнього повноваження, то воно є унікальним. Тут Суду дано право на час дії Конституції гарантувати недоторканність закріплених у ній прав і свобод. Це дуже важлива запорука демократії, оскільки навіть шляхом внесення змін до Основного Закону ніхто не зможе завдати шкоди демократичним здобуткам у сфері прав і свобод.

З іншого боку, ухвалюючи Конституцію України в 1996 році і передбачивши функціонування Конституційного Суду України, законодавець був досить обережним у визначенні способу захисту конституційних прав і свобод людини конституційною юстицією, закріпивши фактично опосередкований механізм такого захисту, коли це відбувається шляхом звернення громадян для офіційного тлумачення певного законодавчого акта або коли в їх інтересах з конституційним поданням до Конституційного Суду для офіційного тлумачення певного законодавчого акта звертається Президент України, не менш як сорок п'ять народних депутатів України (підпис депутата не відкликається), Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, Верховний Суд України, Кабінет Міністрів України, інші органи державної влади, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, органи місцевого самоврядування. Тому з моменту створення в Україні органу конституційної юрисдикції в українській науці і практиці ста-

вється питання про запровадження інституту конституційної скарги, головною метою якої є забезпечення прямого доступу громадян до органу конституційної юрисдикції з метою захисту своїх прав і свобод. Загалом конституційне право на оскарження є одним із важливих правових засобів захисту прав і свобод людини. Згідно зі ст. 55 Конституції України кожному гарантується право на оскарження у суді рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Отже конституційна скарга, на думку прибічників цього інституту, має усі правові підстави для існування. Проте у законодавстві України саме такий інститут відсутній.

В Україні неодноразово ставилося питання, чому за наявності в судовій системі Конституційного Суду фізична особа не може звернутися до нього із зверненням щодо порушення її прав конкретним законом держави і таким чином захистити свої конституційні права, якщо вони обмежені, звужені за змістом та обсягом порівняно із існуючими і гарантованими Конституцією України. Мова йде про прямий доступ громадян до конституційного правосуддя, про можливість не чекати, коли Президент України або Уряд України знайдуть за можливе підтримати індивідуальну скаргу щодо порушеного права людини у чинних законах, а власними зусиллями усунути обмеження своїх конституційних прав.

На сьогоднішній день фізичні особи, намагаючись захистити свої, визначені Конституцією України права і свободи і керуючись ч. 2 ст. 8 Основного Закону звертаються з позовами з відповідною метою до судів загальної юрисдикції, які на практиці залишають їх без розгляду на підставі невідомості загальному судочинству.

Інститут конституційної скарги дає можливість особі не лише захистити свої права, що порушуються неконституційним законом, який застосовується або судом загальної юрисдикції або іншим органом, а й забезпечує її участь у правотворчості, вдосконаленні законодавства. Ці аргументи висловлюються в підтримку позиції про необхідність запровадження конституційної скарги в чинне законодавство України та заповнення прогалін у чинному законодавстві у цій сфері.

Однак існує і інша позиція. Вважається, що у законодавстві України передбачена достатня кількість правових інструментів для захисту прав людини. Передусім це система органів загальної та спеціальної юрисдикції, зокрема адміністративної, господарської та інститут конституційного звернення, який забезпечує право звертатися до Суду з приводу офіційного тлумачення як Конституції, так і законів України. Рішення та висновки Суду, з приводу офіційного тлумачення законів та з приводу конституційності законів та інших актів, однаковою мірою обов'язкові до виконання і є підставою для відновлення порушених прав і свобод громадян.

Яка з цих позицій отримає перевагу покаже час. Проте на сьогодні, головною проблемою для України залишається виконання судових рішень, зокрема і Конституційного Суду України. Хоча його рішення і висновки є обов'язковими до виконання, однак не всі державні органи належним чином реагують на деякі з них, зокрема, своєчасно не вносять відповідні зміни до нормативно-правових актів у зв'язку з визнанням неконституційними їх положень, що призводить до тимчасових прогалін, невизначеності у правовому регулюванні суспільних відносин. У випадку зміни цієї ситуації, можна сподіватися, що питання забезпечення захисту прав людини, у тому числі і органом конституційної юрисдикції, буде вирішуватися в Україні більш ефективно.

Примітка

1 Інститут конституційного правосуддя існує в переважній більшості сучасних країн, що пов'язано із загальноновизнаною ідеєю правової держави. Конституції багатьох країн розглядають конституційні суди як органи правосуддя, які вирішують завдання захисту конституції: забезпечення її верховенства, принципу розподілу влади, захист прав і свобод людини і громадянина.

Під час підготовки доповіді використані наступні матеріали: 1) Конституція України від 28.06.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30; 2) Закон України «Про Конституційний Суд України» від 16.10.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 49; 3) Владиченко С. Про перспективи посилення захисту прав людини засобами конституційного правосуддя в Україні // Вісник Конституційного Суду України. – № 2. – 2006. – С. 32-26 (33); 4) Гультай М. М. Конституційна скарга як інститут демократії // Віче №14, 2012; 5) Радзівська В. В. Конституційна скарга як важлива форма захисту прав і свобод людини у Конституційному Суді України // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 1. – С. 103–106.



Pinak 3 | Raps 3 | Canola 3

Zur Verfassungsbeschwerde in der Ukraine – Pro und Kontra

Der Schutz von Menschenrechten ist eine der Hauptaufgaben eines jeden demokratischen Staates. Das trifft auch auf die Ukraine zu, deren Verfassung Menschenrechte, Leben, Gesundheit, Ehre und Würde, körperliche Unversehrtheit und Sicherheit zu höchsten Werten definiert. Das Handeln fast aller Staatsorgane hat sich an der Wahrung und zum Schutz von Menschenrechten und der Freiheit zu orientieren. Das trifft insbesondere auf das ukrainische Verfassungsgericht zu, das im Hinblick auf den Schutz des ukrainischen Grundgesetzes eine besondere Rolle spielt. Das Verfassungsgericht ist das allein zuständige Organ im Rechtssystem, das dazu ermächtigt ist, Gesetze zu überprüfen.¹

Werden die Grundprinzipien der ukrainischen Verfassung geschützt, schützt das Verfassungsgericht damit zugleich alle relevanten Menschen- und Bürgerrechte. Das Verfassungsgericht der Ukraine ermöglicht in Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlichen Gewalt die reale Umsetzung zentraler Normen des Grundgesetzes, zumeist bei Konfliktlösungen, und den Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung, der Rechte und Freiheiten der Menschen, und im gleichen Zusammenhang beseitigt es rechtliche Widersprüche.

Die Einführung der Verfassungsbeschwerde in der Ukraine zum Ende des letzten Jahrhunderts entstand beim Übergang in eine freie Zivilgesellschaft und mit der Etablierung eines unabhängigen demokratischen Rechtsstaates. Das ukrainische Verfassungsgericht schafft Gerechtigkeit – im wahrsten Sinne des Wortes. Es entscheidet nicht bei allen Streitigkeiten, sondern es prüft die Übereinstimmung von Gesetzen und anderen staatlichen Akten mit der Verfassung der Ukraine. Es ist also die zentrale Zielsetzung des ukrainischen Verfassungsgerichtes, die Vorherrschaft der Verfassung im Sinne eines Grundgesetzes auf dem Staatsgebiet der Ukraine zu garantieren.

Rechte und Freiheiten werden vom Verfassungsgericht auf folgende Weise geschützt:

- Überprüfung der Verfassungskonformität von Gesetzen,
- Überprüfung anderer Rechtsakte staatlicher Akteure,
- Überprüfung internationaler Verträge,
- die offizielle Interpretation der Verfassung und der Gesetze der Ukraine,
- Überprüfung von Gesetzentwürfen zur Änderung der Verfassung, und zwar im Hinblick auf ihre Zulässigkeit und im Hinblick darauf, ob sie Rechte und Freiheiten aufheben oder begrenzen könnten.

Die hier genannten Befugnisse sind einzigartig. Das Gericht ist dazu berufen, die Unantastbarkeit der Rechte und Freiheiten zu garantieren, die in der Verfassung festgelegt sind. Das ist ein entscheidender Schlüssel für die Demokratie, denn es wird garantiert, dass niemand die demokratischen Errungenschaften – wie zum Beispiel Menschenrechte und Freiheit – durch Änderungen der Verfassung verletzen kann.

Allerdings war der Gesetzgeber 1996 bei der Etablierung der ukrainischen Verfassung und das Verfassungsgericht seine Arbeit aufnehmen konnte zurückhaltend, als es darum ging, Verfahrenswege zu finden, wie verfassungsrechtlich gewährte Rechte und Freiheiten zu schützen sind. Der Gesetzgeber sieht für die Fälle, dass Bürger zwecks offizieller Auslegung eines bestimmten Gesetzes Klage einreichen oder wenn vom ukrainischen Präsidenten zu ihren Gunsten eine verfassungsrechtliche Klage zur offiziellen Auslegung einer Norm eingereicht wird, Folgendes vor: Diese Klagen bedürfen der Zustimmung von nicht weniger als 45 ukrainischen Abgeordneten, des Ombudsmanns der Ukraine, des obersten Gerichtshofs der Ukraine, des Ministerkabinetts der Ukraine, anderer öffentlicher Repräsentanten, des Parlaments

der Autonomen Republik Krim oder zuständiger lokaler Regierungen.

Seit der Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ukraine fordern Wissenschaftler und juristische Praktiker immer wieder das Institut einer Verfassungsbeschwerde, deren Aufgabe es sein soll, individuelle Bürger mit einem eigenen Recht zur Einlegung von Verfassungsbeschwerden auszustatten, um ihnen zu ermöglichen, ihre Rechte und Freiheiten zu schützen.

Im Allgemeinen ist der verfassungsmäßige Anspruch auf Rechtsmittel ein wichtiges Instrument zum Schutz der Menschenrechte. Nach Artikel 55 der ukrainischen Verfassung hat jeder Bürger das Recht, Entscheidungen, Gesetze und die Untätigkeit zuständiger Behörden oder der kommunalen Selbstverwaltung oder anderer öffentlicher Bediensteter vor Gericht überprüfen zu lassen. Folglich gibt es seitens der Befürworter der individuellen Verfassungsbeschwerde eine eindeutige rechtliche Basis für ihre Berechtigung. We dem auch sei, unter ukrainischem Gesetz existiert eine solche Institution zurzeit nicht.

Folgende Frage muss sich die Ukraine stellen: Wenn ein Verfassungsgericht im Justizsystem existiert, warum kann sich dann das Individuum nicht mit einer Klage wegen Menschenrechtsverletzung an dieses oder ein anderes Gericht wenden, um Rechtsschutz zu erwirken. Die Existenz dieser Rechte ist in der Verfassung garantiert. Die Rede ist also von einem direkten öffentlichen Zugang zur Verfassungsgerichtsbarkeit; wir meinen, nicht darauf warten zu müssen, bis der ukrainische Präsident oder die Regierung eine Möglichkeit sehen, einem Einzelnen bei seiner Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Menschenrechte zu unterstützen, oder nicht erst darauf warten zu müssen, bis sich politischer Wille zeigt, die Verletzung von Verfassungsrechten von dritter Seite zurück zu weisen.

Einzelne, die heute versuchen, ihre in der ukrainischen Verfassung in Artikel 8 (2) verfassungsmäßig zugestandenen Rechte und Freiheiten schützen zu wollen, können Rechtsbeschwerde bei den allgemein zuständigen Gerichten einreichen, was allerdings in der Praxis zumeist zur Nichtberücksichtigung führt, weil sie sich bei den Fachgerichten außerhalb der Zuständigkeit für verfassungsrechtliche Rechtsstreitigkeiten befinden.

Das Institut individueller Verfassungsbeschwerde würde es dem Einzelnen nicht nur ermöglichen, seine persönlichen Rechte zu schützen, die durch ein nicht verfassungskonformes Gesetz im Zuge staatlicher Macht verletzt wurden, son-

dern es ermöglichte dem Einzelnen auch, sich an der Gesetzgebung zu beteiligen und die Entwicklung von Gesetzen zu verbessern.

Die vorgetragenen Argumente gelten dem Anliegen, das Institut der Verfassungsbeschwerde in die bestehende Gesetzgebung der Ukraine zu implementieren und somit Lücken in der bestehenden Rechtsordnung auf diesem Gebiet zu schließen.

Es gibt jedoch auch eine andere Betrachtungsweise, die die ukrainische Gesetzgebung und deren Instrumente als ausreichend empfundenet, wenn es um den Schutz der Menschenrechte geht. Rechtsschutz sei bereits Sache der allgemeinen und besonderen Gerichtsstände, einschließlich der Wirtschafts- und Verwaltungsgerichte, und eben auch der Institution der Verfassungsrechtsprechung, die allesamt für die offizielle Auslegung und die Verfassungskonformität zuständig seien. Diese Entscheidungen und Auslegungen der Gerichte als offizielle Interpretation des Rechts und der Verfassungsmäßigkeit seien bindend und die Basis für die Wiederherstellung verletzter Menschenrechte und verletzter Freiheiten.

Welcher dieser Ansätze sich durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Wie dem auch sei, zur Zeit liegt die größte Herausforderung für die Ukraine darin, für die konsequente Umsetzung von Gerichtsurteilen Sorge zu tragen, gerade auch jener, die vom Verfassungsgericht gefällt werden. Denn obwohl dessen Entscheidungen als bindend gelten, werden sie nicht immer von allen öffentlichen Einrichtungen angemessen anerkannt und umgesetzt; auch werden in einigen Fällen nicht die notwendigen tatsächlichen Änderungen ausgeführt, um Verfassungskonformität herzustellen. Das führt zu Lücken und zu Unsicherheiten für den Anspruch des Rechts, die sozialen Beziehungen in Staat und Gesellschaft angemessen zu steuern. Sollte sich diese Situation ändern, könnte man hoffen, dass der Schutz der Menschenrechte, auch durch das ukrainische Verfassungsgericht, effektiver gelöst werden würde.

Anmerkung

- 1 Die Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit existiert in den meisten modernen Ländern aufgrund anerkannter rechtsstaatlicher Strukturen. Die Verfassungen vieler Länder betrachten Verfassungsgerichte als Justizorgane, die die Verfassungen schützen, sie als höchste Gewalt wahren, die Gewaltenteilung sicherstellen und die Rechte und Freiheiten aller Bürger und Menschen sichern. Für die Erstellung dieses Aufsatzes wurden folgende Quellen genutzt: The Constitution of Ukraine, 28 June 2006 // The Bulletin of the Verhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 30; The Law of Ukraine "About the Constitutional Court

of Ukraine" 16 October 1996 // *The Herald of the Verhovna Rada of Ukraine* – 1996 – Nr. 49; Vladichenko S. About the Perspectives of the Strengthening of Human Rights Protection by the Means of Constitutional Justice in Ukraine // *The Herald of the Constitutional Court of Ukraine* – 2006 – Nr. 2 – C. 32–26 (33); Gultay M. M. The Constitutional Claim as the Institute of Democracy // *Уче* – 2012 – Nr. 14; Radzievska V. V. The Constitutional Claim as Important Form of the Protection of Human Rights and Freedoms in the Constitutional Court of Ukraine // *The Journal of the Kyiv Law University* – 2009 – Nr. 1 – C. 103–106.



Справжній університет | Richtige Uni | Proper University

The Institution of the Constitutional Claim in Ukraine – Pro and Con

The protection of human rights is one of the main objectives of any democratic state. This fully applies to the Ukraine, the Constitution of which declares a person, his rights, life and health, honor and dignity, inviolability and security to be the highest social value. The acts of almost all bodies of the state are directed toward the support of human rights and liberties. In particular, this applies to the Constitutional Court of Ukraine, which plays a special role in the legal protection of the Basic Law of the State. The Constitutional Court of Ukraine is the only body of constitutional jurisdiction which is functionally empowered to exercise constitutional review.¹ Protecting the provisions of the Constitution of Ukraine, the Constitutional Court thereby protects all human and civil rights that are enshrined in it. This means that by exercising its constitutional powers, in particular solving disputes, the Constitutional Court of Ukraine provides practical implementation of the Constitution of Ukraine as the basic law of the state, protecting the constitutional order and the rights and freedoms of citizens and people as well as removing legal obstacles along the way.

The introduction of the constitutional review in Ukraine was brought about due to the transition of Ukraine at the end of the last century to a free civil society and the establishment of an independent democratic rule-of-law state. The activity of the Constitutional Court of Ukraine is providing pure justice in the fullest sense of the word. The Constitutional Court of Ukraine does not decide on all disputes, but only on issues about the conformity (constitutionality) of laws and other legal acts with the Constitution of Ukraine. Hence, the main objective of the Constitutional Court of Ukraine is to guarantee the supremacy of the Constitution as the Basic Law of the State on the territory of Ukraine.

The rights and freedoms are protected by the Court in the

following ways: assessment of the constitutionality of laws, other legal acts of authorities, and international treaties; the official interpretation of the Constitution and laws of Ukraine; checking provisions to bills pertaining to amendments of the Constitution regarding their admissibility and whether they could abolish or limit rights and freedoms. Regarding the latter power, it is unique. Here, the Court is entitled to guarantee inviolability of the rights and freedoms enshrined in the Constitution. This is an important key to democracy, since it guarantees that no one can harm the democratic achievements in the field of human rights and freedoms by amending the Constitution.

On the other hand, by adopting the Constitution of Ukraine in 1996 and providing for the functioning of the Constitutional Court of Ukraine, the legislature was careful to identify ways of protecting constitutional rights and freedoms by constitutional justice. The legislature provided for a mediated mechanism of such protection when citizens file a claim for the official interpretation of certain legislation or when in their interests, a constitutional claim for official interpretation of a statute is referred by the President of Ukraine, not less than forty-five deputies of Ukraine (deputy's signature is not withdrawn), Ombudsman of Ukraine, the Supreme Court of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine, other public authorities, the Parliament Autonomous Republic of Crimea, or local governments.

Therefore, since the establishment in Ukraine of this body of constitutional jurisdiction, the question of establishing an institution for constitutional claims whose mission is to provide citizens with direct access to the body of constitutional jurisdiction in order to protect their rights and freedoms has been raised by Ukrainian academics and legal practitioners. In general, the constitutional right of appeal is

an important instrument of legal protection of human rights. According to Article 55 of the Constitution of Ukraine, everyone is guaranteed the right to challenge in court the decisions and acts or inactivity of public authorities, the bodies of local self-governance, and officials. Thus the constitutional claim, according to supporters of this institution, has all legal bases for existence. However, under the law of Ukraine such an institution does not exist.

In Ukraine the question has been raised several times: if there is Constitutional Court in the judicial system why can't the individual appeal to it with a claim of violations of his/her rights by the particular state law and thus ask for the protection constitutional rights if they have been violated or narrowed in content and scope in comparison with existing rights guaranteed by the Constitution of Ukraine. We are talking about a direct public access to constitutional justice, the possibility not to wait until President of Ukraine and the Government of Ukraine find it possible to support an individual claim concerning the human rights violations in existing laws, and find the political will to eliminate the violation of constitutional rights by their own efforts.

Today, individuals who try to defend their own rights and freedoms established by the Constitution of Ukraine, guided by Art. 8(2) of the Constitution can appeal by filing a claim with the relevant courts of general jurisdiction, which in practice leave them without consideration since they are outside the jurisdiction of general litigation.

The institution of constitutional claim allows the person not only to protect his/her rights violated by an unconstitutional law that was applied either by a court of general jurisdiction or by another authority, but also provides for his/her participation in law-making and improving legislation. These arguments are expressed in support of the position concerning the necessity of introducing the possibility for constitutional claims in the current legislation of Ukraine and filling gaps in the existing legislation in this area.

However, there is also another viewpoint which considers the legislation of Ukraine to provide sufficient legal instru-

ments to protect human rights. First of all, this is a system of general and special jurisdiction, including administrative and economic courts, and the institution of constitutional appeal, which provides the right to apply to the Court for official interpretation of the Constitution and laws of Ukraine. Decisions and opinions of the Court on the official interpretation of laws and on the constitutionality of laws and other acts equally are binding and are the basis for the restoration of violated rights and freedoms.

Which of these positions will win out has yet to be seen. However, at present, the main challenge for Ukraine is the enforcement of judicial decisions, including those of the Constitutional Court of Ukraine.

Although its decisions and opinions are binding, not all public bodies properly respond to some of them, in particular they do not promptly make the appropriate changes to the regulations in respect to the unconstitutionality of the provisions. This leads to temporarily gaps and uncertainties in the legal regulation of social relations. If this situation changes, it is hoped that the issue of providing human rights protection, including by the Constitutional Court of Ukraine, will be resolved more effectively.

Annotation

- 1 The institution of constitutional justice exists in most modern countries due to the generally accepted idea of the rule of law. The constitutions of many countries consider constitutional courts to be organs of justice which solve the problem of protecting the constitution, ensuring its supremacy, the separation of powers, and the protection of rights and freedoms of all citizens and people. During the preparation of this report the following sources were used: The Constitution of Ukraine, 28 June 2006 // The Bulletin of the Verhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 30; The Law of Ukraine "About the Constitutional Court of Ukraine" 16 October 1996 // The Herald of the Verhovna Rada of Ukraine – 1996 – Nr. 49; Vladichenko S. About the Perspectives of the Strengthening of Human Rights Protection by the Means of Constitutional Justice in Ukraine // The Herald of the Constitutional Court of Ukraine – 2006 – Nr. 2 – C. 32–26 (33); Gultay M. M. The Constitutional Claim as the Institute of Democracy // Veche – 2012 – Nr. 14; Radzievska V. V. The Constitutional Claim as Important Form of the Protection of Human Rights and Freedoms in the Constitutional Court of Ukraine // The Journal of the Kyiv Law University – 2009 – Nr. 1 – C. 103–106.



Оперный театр | Oper | Opera

Практичні шляхи наближення української міліції і юстиції до правових стандартів Євросоюзу

Футбол у змозі не тільки служити порозумінню громадян, але іноді також сприяти правовій адаптації і практичній діяльності у рамках забезпечення внутрішньої безпеки. Чемпіонат Європи з футболу 2012 року, який відбувався також в Україні, є тому переконливим доказом. Окремі аспекти практичного зближення належить розцінювати як зразкові. Це можна було б назвати обережною обопільною адаптацією завдяки сумісній практиці.

Більшість повідомлень ЗМІ про Україну перед Євро-2012 були негативними. Перед чемпіонатом в урядових колах країн ЄС дискутувалось питання про його бойкот. Наслідком було привернення уваги до української судової системи і міліції та посилення суспільного контролю над ними. Зазначений хід подій підлягає вивченню, оскільки не все було лише чорним та білим. Для об'єктивності політико-правової оцінки важливо бачити також сірий колір.

Міліція

В Україні існують деякі кількісні показники, що позитивно характеризують систему та діяльність міліції. Йдеться про достатню кількість серед її співробітників освічених правників. Завдання забезпечення суспільного порядку на Євро-2012 розв'язувалось шляхом масивного застосування міліцейських сил (приблизно 240 000 осіб) та одночасним залученням приватних служб безпеки. Міліція собі додала в заслугу, що європейський чемпіонат відбувся без значних порушень суспільного порядку і що міліція добилася визнання заслуг у містах його проведення. Однак не врахована відносна стриманість іноземних фанів. Півтора мільйона яких у Київській фан-зоні навіть після випитих 500 тисяч літрів пива не надали підстав для втручання міліції.

Із сказаного не випливає, що міліція працює бездоганно з усіх кутів зору. Однак: успішне запобігання злочинним та терористичним загрозам у період Євро-2012 (у співпраці з кращими аналітиками та експертами провідних спецслужб країн світу) вказує на значний професійний потенціал співробітників міліції. Не в останню чергу цього досягнуто завдяки підтримки низки країн ЄС. МВС України активно співпрацювало з представниками поліції Баварії упродовж останніх 5-ти років з питань підготовки та забезпечення громадського порядку та безпеки під час Євро-2012. Взаємодія з 130 поліцейськими із 16 держав, які забезпечували правопорядок «своїх» вболівальників у містах проведення ігор, а також використання Міжнародних центрів поліцейського співробітництва сприяли накопиченню міжнародного досвіду. У кооперації з іноземними колегами органи міліції вдосконалювали методики їх роботи з захисту прав громадян і правопорядку. Корисний досвід має позитивно вплинути на виконання роботи у майбутньому.

22 000 українським міліціонерам сприяли у роботі знання англійської мови рівня А1. У забезпеченні правопорядку також брали участь 2 тис. курсантів із міліцейських ВУЗів, які знають англійську мову. Міліція залучала до чергування у відділках вчителів іноземних мов для розв'язання проблем спілкування з іноземцями. Вивчення та використання іноземної мови було елементом вдосконалення роботи міліції, який розширив її професійні і суспільні можливості.

Органи юстиції

Недоліки системи органів юстиції в Україні часом пов'язують з низьким професіоналізмом та неналежним

моральним рівнем, з браком правосвідомості та культури, порядності¹.

Засудження опозиційних політиків Ю.Луценка і Ю.Тимошенка визнані у США, ЄС та низці інших країн вибірково правосуддям. Обставини судового розгляду справи Ю.Тимошенка надали підстави ЄС вважати його «політичним процесом» і критикувати системні проблеми правосуддя. ЄС довгий час спонукає Уряд України до реформи «третьої влади». Разом з тим кримінально-правові складові названої проблеми не варто політизувати, оскільки інші правопорядки також переслідують економічні злочини публічних діячів. Скоріше тут існує проблема залежності судової системи від виконавчої влади, проте Україна не єдина серед інших країн у цьому питанні. Розв'язувати проблему належить політикам майже всього світу.

Однак є також сприятливі показники, що стосуються української юстиції правової держави. На 214 юридичних факультетах та у вузах України навчаються близько 10 тис. студентів-юристів. На посадах суддів працює більше 8 тис. осіб, однак тільки 12 з них відсторонені від посад за «підозрою» у зловживанні службовим становищем.

Разом з тим правозахисники повідомляли, що судді, виходячи із необхідності захисту вболівальників, у 11 судових рішеннях неправомірно обмежили основні права людини і громадянина – на проведення мирних зібрань у містах проведення Євро-2012. У Запоріжжі, де не проводився чемпіонат, заборона на мирне зібрання мотивувалася відрядженням частини міліції на Євро 2012 і на цій підставі відсутністю можливості забезпечити правопорядок².

Перед Євро-2012 окремі акти законодавства України були дещо наближені до законодавства країн ЄС шляхом їх лібералізації. Перед Євро-2012 був прийнятий новий Митний кодекс України, полегшивши перетин державного кордону іноземним вболівальникам. Зміни Кримінально-процесуального кодексу України надали більше прав громадянам у відповідній сфері. Законом України «Про особливості провадження у справах про адміністративні правопорушення у період проведення фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу в Україні» від 5 липня 2011 передбачався прискорений розгляд адміністративних справ щодо іноземців. Указ Президента України щодо посилення боротьби з тероризмом в Україні був спрямований на поліпшення координації та співпраці різних служб.

Міжнародне співробітництво України з питань внутрішньої безпеки

На початку 2013 року завершився проект «Твіннінг», який посилив спрямованість діяльності органів внутрішніх справ на стандарти ЄС. Twinning є інструментом, фінансованим Європейською Комісією, для підтримки інтеграції країн – кандидатів на вступ до ЄС, а також країн-сусідів ЄС. Проект привернув увагу органів МВС до європейських цінностей: досвіду жандармерій Франції і Румунії, карабінерів Італії, цивільної гвардії Іспанії, німецької поліції готовності. Його результати адаптовано і використано в українських умовах. Проект сприяв вдосконаленню тактики дій, системи професійної підготовки, тилового та технічного забезпечення, наближенню діяльності до норм та стандартів аналогічних формувань країн-членів ЄС. «Твіннінг» сприяв підготовці проектів Законів України «Про державну службу правопорядку» та «Про державну службу жандармерії Міністерства внутрішніх справ України», які визнані представниками Євросоюзу такими, що відповідають європейським стандартам, підвищують ефективність внутрішніх військ та правоохоронної системи України у цілому. Відповідно до рекомендацій французьких експертів розпочалася реформа співпраці з громадськістю у ході виконання міліцейської роботи. Запланований вступ внутрішніх військ до Асоціації сил поліції та жандармерії країн Європи та Середземного моря у статусі військової установи (за підтримки Національної жандармерії Франції) сприятиме запровадженню європейських стандартів. У тому ж напрямку діє підтримка Європейським Союзом поліцейського співробітництва (включно з органами міліції України) у країнах «Східного партнерства» з питань боротьби з транскордонною злочинністю. Міністерство внутрішніх справ і МЗС України мають активізувати роботу з укладення Угоди про оперативне співробітництво з Європейським поліцейським офісом.

Висновки

Позитивні зміни у діяльності органів юстиції та міліції відбуваються завдяки тісному міжнародному співробітництву з питань внутрішньої безпеки. Міжнародне співробітництво органів правопорядку сприяє вдосконаленню правових стандартів та суттєвій модернізації міліцейської практики в Україні. Під час підготовки та проведення чем-

під час Європи 2012р. органи міліції і юстиції отримали імпульси для побудови правової держави, які мають бути використані у майбутньому. Досвід міжнародного штабу боротьби з тероризмом також має бути використаним в Україні у майбутньому. Успішна кооперація з питань внутрішньої безпеки і захисту прав громадян у період чемпіонату, підписання протоколу про співробітництво Міністерством внутрішніх справ України і державним Міністерством внутрішніх справ Баварії на 2013–2015 р.р. є ваго-

мим внеском у запровадження стандартів правової держави в Україні. Цей шлях України ми хочемо і зобов'язані і надалі продовжувати.

Примітка

- 1 Рахманін С. «Дзеркало тижня. Україна» №3, 27 січня 2012
- 2 Середа М. Євро-2012. Темна сторона медалі. – Режим доступу: <http://human-rights.unian.net/ukr/detail/197458>. – Назва з екрана.



В Кіровоград | Nach Kirowograd | Road to Kirowograd

Praktische Wege der Anpassung der ukrainischen Miliz und Justiz an rechtliche Standards der Europäischen Union

Fussball kann nicht nur der Völkerverständigung dienen, sondern hilft manchmal auch bei der Rechtsangleichung und der praktischen Tätigkeit im Rahmen innerer Sicherheit. Hier für ist die Fussballeuropameisterschaft 2012, die auch in der Ukraine stattfand, ein brauchbarer Beleg. Einige Aspekte praktischer Annäherung sollen als nachahmenswert beleuchtet werden. Das kann man als behutsame und solidarische Rechtsangleichung durch gemeinsame Praxis bezeichnen.

Die Mehrheit medialer Berichte über die Ukraine stellte das Land kurz vor der EM 2012 im negativen Licht dar. Am Vorabend der Europameisterschaft wurde von einigen Regierungen innerhalb der EU die Frage des Boykottes der EM 2012 diskutiert. Folge war, dass die ukrainische Miliz und Rechtspflege in den Brennpunkt von Auseinandersetzungen gerückt und eine größere Kontrolle ihrer Tätigkeit gefordert wurde. Einige Entwicklungen sollen hierzu angesprochen werden. Es ist nicht alles schwarz und weiß. Für eine rechtspolitische Bewertung kommt es gerade auch auf die Grautöne an.

Miliz

In der Ukraine existieren einige qualitative Kennziffern, die die Miliz sowie ihre Tätigkeit beschreiben. Kennzeichnend ist ihr hoher Ausbildungsstandard und ihre Präsenz. Die Aufgabe der Sicherung der öffentlichen Ordnung bei der EM 2012 ist durch einen massiven Einsatz von Polizeikräften (ungefähr 240 000 Personen) und gleichzeitig auch durch Einsatz von privaten Sicherheitsdiensten gekennzeichnet. Die Miliz hat sich das Verdienst zugeschrieben, dass die EM 2012 ohne größere Verstöße gegen die öffentliche Ordnung stattgefunden hat und die Arbeit der Miliz in den Städten der Europameisterschaft Anerkennung gefunden habe. Nicht un-

berücksichtigt bleiben darf aber auch das zurückhaltende Verhalten von ausländischen Fans: 1,5 Millionen von jenen der Kiewer Fanzone haben nach ausgetrunkenen 500 000 Liter Bier keinen Anlass für Milizaktivitäten gegeben.

Gleichwohl heißt das nicht, dass die ukrainische Miliz in jeder Hinsicht professionell arbeitet. Dennoch: Die erfolgreiche Prophylaxe von kriminellen und terroristischen Gefahren durch die Miliz und den Sicherheitsdienst während der EM 2012 (in Kooperation mit Analytikern und Experten angesehener Sicherheitsdienste aus aller Welt) belegt ein hohes Potential professioneller Berufsqualitäten der ukrainischen Milizbeamten. Nicht zuletzt ist das aber auch erst durch die Unterstützung einiger EU-Länder gelungen. Im Laufe der vergangenen 5 Jahre kooperierte das Innenministerium der Ukraine aktiv mit den Vertretern der bayrischen Polizei in den Fragen der Vorbereitung für die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit während der Europameisterschaft 2012. Die Zusammenarbeit mit 130 Polizisten aus 16 Staaten, die die Ruhe unter „ihren“ Fans in den EM-Gastgeberstädten gewährleisteten, sowie die Nutzung von internationalen Zentren der polizeilichen Zusammenarbeit trugen zur Sammlung von Erfahrungen bei. Die Milizorgane optimierten bei ihrer Kooperation mit ausländischen Kollegen ihre Arbeitsmethoden zum Schutz der Bürger und der Rechtsordnung. Diese Erfahrungen werden sich auch in der Zukunft nutzbringend niederschlagen können.

Ungefähr 22 000 ukrainischen Milizbeamten wurden Englischkenntnisse auf der Niveaustufe A1 vermittelt. An den Sicherheitsmaßnahmen nahmen auch 2000 englischsprachige Kursbesucher von Polizeihochschulen teil. Für die Lösung von sprachlichen Kommunikationsproblemen mit den Ausländern wurden Lehrer mit Fremdsprachenkenntnissen zum Dienst in den Polizeiabteilungen herangezogen. Das Erlernen und der

Gebrauch von Fremdsprachen wurden zum qualitativen Bestandteil der Arbeit von Milizbeamten, was auch neue berufliche und soziale Perspektiven eröffnete.

Justiz

Die Mängel von ukrainischen Justizorganen werden teils in fehlenden beruflichen Fertigkeiten, defizitären moralischen Qualitäten, in Defiziten des Rechtsbewusstseins und fehlender Rechtskultur gesehen¹.

Die strafgerichtliche Verurteilung oppositioneller Politiker (Ju. Luzenko und Julia Timoschenko) wurde in den USA, der EU und in einer Reihe anderer Länder als „selektive Rechtspflege“ kritisch bewertet. Die Prozessgeschichte in der Strafsache Timoschenko hat die EU dazu motiviert, Systemprobleme in der ukrainischen Rechtspflege zu kritisieren, was der Ukraine international den Vorwurf „politischer Justiz“ einbrachte. Die EU drängt seit längerem die ukrainische Regierung auf Reformen der Dritten Gewalt. Gleichwohl sind diese Probleme nicht so sehr an politischer Strafgesetzlichkeit festzumachen, denn auch andere Rechtsordnungen verfolgen politische Wirtschaftsstraftaten öffentlicher Repräsentanten. Die Probleme dürften eher in der Frage der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt von Einfluss der Exekutive liegen. Aber auch hierin steht die Ukraine nicht allein auf weiter Flur. Daran ist weltweit politisch zu arbeiten.

Aber es gibt auch erfreuliche Kennziffern für eine rechtsstaatliche Entwicklung der ukrainischen Justiz. An 214 juristischen Fakultäten und Universitäten der Ukraine werden ca. 100 000 Jurastudenten ausgebildet. Das Justizsystem beschäftigt mehr als 8000 Richterinnen und Richter. Nur 12 Justizangehörige sind bislang im Zusammenhang mit der „Verdächtigung“ des Amtsmissbrauchs ihres Amtes enthoben worden.

Andererseits haben Menschenrechtler darauf hingewiesen, dass während der Europameisterschaft ukrainische Richter in 11 Fällen die Grundrechte von Bürgern rechtswidrig eingeschränkt hätten, insbesondere bei friedlichen Versammlungen an Fussballaustragungsorten. Das hätten Richter unter dem Vorwand gemacht, der Sicherheit der EM-Fans Vorrang einräumen zu wollen. In Saporoschje, wo die Meisterschaft nicht ausgetragen wurde, wurde das Verbot von friedlichen Versammlungen damit begründet, dass die städtischen Milizverbände in die EM-Städte abkommandiert worden seien und der Rest der Milizverbände nicht in der Lage sei, die öffentliche Ordnung zu sichern².

Angesichts der EM 2012 wurden bestimmte Artikel der ukrainischen Gesetzgebung an die Gesetzgebung der EU-Länder in liberalisierender Intention angepasst. Die kurz vor der EM 2012 verabschiedete Zollprozessordnung der Ukraine hat den Grenztransit für ausländische Fans grundsätzlich erleichtert. Die Veränderungen in der Strafprozessordnung der Ukraine räumen den Bürgern bedeutend mehr Rechte ein. Das Gesetz der Ukraine „Über die Besonderheiten der Gerichtsverhandlung über die Ordnungswidrigkeiten im EM 2012-Finale“ vom 5. Juli 2011 ermöglicht eine beschleunigte Prozedur für die Bearbeitung von Verwaltungswidrigkeiten mit Auslandsbezug. Die Verordnung des Präsidenten der Ukraine über die Verstärkung der Terrorismusbekämpfung war auf die Verbesserung der Koordination und die Zusammenarbeit verschiedener Dienste gerichtet.

Die aktuelle internationale Kooperation der Ukraine zu Fragen innerer Sicherheit

Seit Anfang 2013 wird das Projekt „Twinning“ umgesetzt, das die Orientierung der Behörden für Innere Angelegenheiten auf europäische Rechtsangleichung verstärken soll. Twinning ist ein von der EU finanziertes Instrument zur Förderung von Partnerschaften zwischen Behörden aus den EU-Mitgliedstaaten und öffentlichen Verwaltungen von Beitrittskandidaten – und potentiellen Beitrittskandidatenstaaten sowie Ländern der Europäischen Nachbarschaft. Von den ukrainischen Behörden für Innere Angelegenheiten werden im Rahmen der Projektarbeit internationale Erfahrungen ausgewertet und umgesetzt, unter anderem von der Gendarmerie aus Frankreich und Rumänien, von den Carabinieri aus Italien, der Zivilgarde Spaniens, der deutschen Bereitschaftspolizei. Diese internationalen polizeilichen Erfahrungen sollen den ukrainischen Bedingungen angepasst werden. Das Projekt Twinning soll zur Verbesserung der Taktik, des Berufsausbildungssystems, der materiell-technischen Ausrüstung und verstärkter Ausrichtung an Rechtsstandards der Europäischen Union beitragen. Die Projektarbeit fördert auch die Vorbereitung der Gesetzentwürfe „Über den staatlichen Dienst für öffentliche Ordnung in der Ukraine“ und „Über den staatlichen Dienst der Gendarmerie des Ministeriums für innere Angelegenheiten der Ukraine“, die von den Vertretern der EU als europäischen Standards entsprechende Gesetze beurteilt werden. Insgesamt wird damit die Effizienz der Sicherheitskräfte und der Strafverfolgungsbehörden der Ukraine wesentlich erhöht. Entsprechend der Empfehlungen französischer Experten

sind auch Reformen zur polizeilichen Öffentlichkeitsarbeit eingeleitet. Auch der geplante Beitritt der Sicherheitskräfte zur *Assoziation der Polizei- und Gendarmeriekräfte der europäischen Länder und des Mittelmeerraumes* trägt zur Annäherung der Behörden für Innere Angelegenheiten an europäische Standards bei. In der gleichen Richtung unterstützt die Europäische Union die polizeiliche Zusammenarbeit mit den Ländern der „Östlichen Partnerschaft“ bei Problemen der grenzüberschreitenden Kriminalität mit den EU-Ländern. Für die beabsichtigte Annäherung der Ukraine an die EU (Freihandelszone) ist vorgesehen, dass das Ministerium für Innere Angelegenheiten und das Außenministerium der Ukraine die Arbeit für die operative Zusammenarbeit mit dem Europäischen Polizeiamt wesentlich voranbringen wird.

Schlussfolgerungen

Positive Veränderungen in der Tätigkeit der Justiz- und Milizorgane der Ukraine zeigen sich durch enge internationale Kooperationen auf dem Gebiet der inneren Sicherheit. Die internationale Zusammenarbeit der Sicherheitskräfte führt zu einer Verbesserung rechtsstaatlicher Standards und zu einer

wesentlichen Modernisierung polizeilicher Praxis in der Ukraine. Auch im Laufe der Vorbereitung und Durchführung der Europameisterschaft 2012 haben die Organe der Miliz und der Justiz eine Fülle europäischer rechtsstaatlicher Impulse erfahren, die in Zukunft die Arbeit der Rechtsschutz- und Sicherheitsorgane beeinflussen werden. Die Erfahrungen des Internationalen Stabes für Terrorismusbekämpfung werden bei den künftigen Maßnahmen des Antiterrorsschutzes in der Ukraine Anwendung finden. Die erfolgreiche Kooperation bei Maßnahmen der inneren Sicherheit und des Rechtsschutzes während der Europameisterschaft sowie die Unterzeichnung des Protokolls über die Zusammenarbeit zwischen dem Innenministerium der Ukraine und dem bayerischen Landesinnenministerium für die Jahre 2013–2015 belegen ein ernsthaftes Bemühen um die Einführung europäischer rechtsstaatlicher Standards. Auf diesem Wege müssen und wollen wir in der Ukraine fortschreiten.

Anmerkungen

- 1 Рахманін С. «Дзеркало тижня. Україна» № 3, 27 січня 2012.
- 2 Серєда М. Євро-2012. Темна сторона медалі.- Режим доступу: <http://human-rights.unian.net/ukr/detail/197458>.- Назва з екрана.



Скульптура | Statue

Practical Ways of Conforming the Ukrainian Militsiya and Judiciary to the Legal Standards of the European Union

Soccer can serve not only to increase international understanding but sometimes it also helps in harmonizing legal systems and practical tasks of domestic security. Proof of this can be found in the European Soccer Championships (ESC) in 2012, which also took place in Ukraine. Some aspects of a practical harmonization will be highlighted as exemplary. One could see this as a careful legal harmonization showing solidarity by common practice.

Shortly before the ESC 2012, the majority of media reports on Ukraine represented it negatively. On the eve of the European Soccer Championship, several governments within the EU debated a boycott. The consequence was that the Ukrainian militsiya – that is, the national civilian police – and judicial administration took center stage in the discussions and demands were made for greater checks on their activities. Some developments in this regard are to be examined here. Not everything is black and white. On the contrary, in order to make a legal-political evaluation, the shades of gray are the most important aspects.

Militsiya

In Ukraine, several qualitative indicators exist to describe both the militsiya as well as its activities. Characteristic are its high standards of education and its presence. The tasks of securing public order during the ESC 2012 was hallmarked by a massive effort of the police (around 240,000 people) and, at the same time, by the use of private security companies. The militsiya took credit for the fact that the ESC 2012 took place without any major disruptions to public order and that the work of the militsiya in the ESC cities was positively recognized. The restrained behavior of foreign fans should also be considered, however: 1.5 million of those in the Kiev fan

zone gave no reason for the militsiya to become active even after drinking 500,000 liters of beer.

This does not mean that the Ukrainian militsiya is professional in all aspects. Still, the militsiya and private security companies' effective prevention of criminal and terrorist dangers during the ESC 2012 (in cooperation with analysts and experts from security companies from around the world) shows a high potential for the Ukrainian militsiya's personnel to work professionally. Not least, this was successful because of the support from some EU countries. In the course of the past 5 years, the Ukrainian Ministry of the Interior has cooperated actively with the Bavarian police on the question of preparing to guarantee public order and security during the European Soccer Championship 2012. The cooperation with 130 police officers from 16 countries who guaranteed the peace of "their" fans in the ESC host cities, as well as the use of international centers of police cooperation, contributed to the sharing of experiences. In its cooperation with foreign colleagues, the militsiya's organs optimized their work methods for the protection of the citizens and the legal order. These experiences will also prove useful in the future.

Around 22,000 Ukrainian militsiya personnel were taught English at the A1 level. 2,000 English-speaking course participants from police academies were also there for the security measures. For solving linguistic problems with foreigners, teachers with knowledge of foreign languages were brought in to help the police departments. Learning and using foreign languages became a qualitative element of the work of the militsiya officers, also opening up new professional and social opportunities.

Judiciary

The problems of the Ukrainian judicial organs are often seen to be in the lack of professional skills, a deficit of moral qualities, a deficit of legal consciousness, and the lack of a legal culture.¹

The criminal convictions of several politicians in the opposition (Yu. Luzenko and Julia Tymoschenko) were criticized by the USA, the EU, and several other countries as the “selective practice of justice.” The procedural story of Tymoschenko motivated the EU to criticize systematic problems in the Ukrainian judicial practice, which then brought forth the accusation that Ukraine was exercising “political justice.” The EU has long pressed the Ukraine government to reform the third power. But these problems cannot so much be seen in political criminal legalities, for the other judicial organs also prosecute political economic crimes committed by public representatives. The problems come more in the question of the independence of the third power from the influence of the executive. Ukraine is not alone in this boat, however. It is a problem that must be dealt with politically worldwide.

However, there are also encouraging signs for rule-of-law developments in the Ukrainian judiciary. At 214 law schools and universities in Ukraine, around 100,000 law students are being taught. The judicial system employs more than 8,000 judges. Only 12 judicial employees have been relieved of their offices so far in connection with the “suspicion” of the abuse of office.

On the other hand, human rights activists have pointed out that during the ESC, Ukrainian judges unlawfully restricted the basic rights of citizens in 11 cases, in particular regarding peaceful assemblies in cities in which the ESC was taking place. The judges did so with the excuse that they wanted to give priority to the security of the ESC fans. In Saporoschje, where no ESC games were played, the prohibition of peaceful assemblies was justified by saying that the city’s militsiya units had been sent to the ESC cities and the rest of the units were not able to secure public order.²

In light of the ESC 2012, certain articles of Ukrainian law were conformed to legislation in EU countries with a liberalizing motivation. Ukraine’s customs procedural code, passed shortly before the ESC 2012, essentially eased border transit for foreign fans. The changes in Ukraine’s criminal procedural code give the citizens substantially more rights. The Ukrainian law “On the particularities of court trials for misdemeanors during the ESC 2012 finals” passed on 5 July 2011

made an accelerated process for dealing with administrative misdemeanors for foreigners possible. The Ukrainian president’s regulation of stronger policies to combat terrorism was aimed at improving the coordination and cooperation among various services.

Ukraine’s Current International Cooperation on Questions of Homeland Security

The project “Twinning” was begun in early 2013 and is intended to strengthen the orientation of the agencies for domestic affairs towards conforming with European law. Twinning is an instrument financed by the EU for assisting partnerships between agencies from EU memberstates and public administration in accession candidates – and potential accession candidates as well as countries from the European Neighborhood. In the context of the project, Ukrainian agencies for domestic affairs evaluate and implement international experiences, including from France and Romania’s gendarmeries, Italy’s carabinieri, Spain’s civil guard, and Germany’s riot police. These international police experiences are to be adapted to the Ukrainian conditions. The project Twinning is supposed to contribute to an improvement in tactics, professional education, the material-technical equipment, and an increased orientation on the legal standards of the European Union. The project also supports the preparation of the bills “on the state service for public order in Ukraine” and “on the state service of the gendarmerie of Ukraine’s Ministry of the Interior,” which are evaluated by EU representatives as laws meeting European standards. In total, the efficiency of the Ukrainian security forces and the criminal prosecution agencies is thereby increased considerably.

Commensurate with the recommendations of French experts, reforms for police public relations have also been started. The planned accession of the security forces to the *Association of the European and Mediterranean Police Forces and Gendarmeries with Military Status* contributes to the conforming of the agencies for domestic affairs to European standards. In the same vein, the European Union supports police cooperation with the countries of the “Eastern partnership” in problems of transborder crime with EU countries. There are plans for bringing the Ukraine into the EU free trade zone, and for this the Ministry of the Interior and the Ukrainian Foreign Ministry are to substantially work towards operative cooperation with the European Police Office.

Summary

Positive changes in the activities of Ukraine's judicial and militsiya organs can be seen in the close international cooperation in the area of domestic security. The international cooperation of the security forces leads to an improvement in rule-of-law standards and to a significant modernization of police praxis in Ukraine. In the course of the preparations for and realization of the European Soccer Championships in 2012, the militsiya and judicial organs received a wealth of European rule-of-law impulses which will influence the work of the organs of security and legal protection in the future. The experiences of the international team for counterterror-

ism will be applied in future counterterrorism measures in Ukraine. The successful cooperation on measures of domestic security and legal protection during the European Championship as well as the signing of the protocol on cooperation between Ukraine's Ministry of the Interior and the Bavarian Ministry of the Interior for the years 2013–2015 point to serious efforts to introduce European rule-of-law standards. This is the path that we want and must take in Ukraine.

Annotation

- 1 Рахманін С. «Дзеркало тижня. Україна» №3, 27 січня 2012.
- 2 Серєда М. Євро-2012. Темна сторона медалі.- Режим доступу: <http://human-rights.unian.net/ukr/detail/197458>. – Назва з екрана.

Заклучення

Fazit

Conclusion

Unabhängigkeit und Kooperation

– Der eigene Weg der Ukraine zu rechtsstaatlicher und menschen- rechtlicher Orientierung –

I. Systemvergleich

Der Ansatz, Rechtsinstitute und Justizinstitutionen zu vergleichen, hat im Verlauf der Seminare gezeigt, dass beachtliche Gemeinsamkeiten, aber auch erhebliche Unterschiede im Recht und seiner Anwendung zwischen der Ukraine und Deutschland bestehen.

Die folgenden Feststellungen beziehen sich nicht repräsentativ auf das Justizsystem der Ukraine, sondern werten ausschließlich die Diskussionen und – primär – die in diesem Band veröffentlichten Beiträge aus. Immerhin handelt es sich bei letzteren um Beiträge aus drei west-, ost- und südkrainischen Universitäten, die das Spektrum der unterschiedlichen politischen Orientierungen wenigstens anreißen. Repräsentativität wird allerdings ebenso wenig abgebildet.

Insofern folgen die Schlüsse einer qualitativen und assoziativen Auswertung der vorgestellten Beiträge.

1. Gemeinsamkeiten überwiegen

Die deutschen Teilnehmer haben den Ukrainern die Grundkoordinaten der westeuropäischen Justiz, insbesondere die des deutschen Justizsystems, vorgestellt (*Peter-Alexis Albrecht, Ulrich Baltzer, Christoph Kreh*). Dabei wurden Fehlentwicklungen und Mängelprofile nicht ausgespart, denn gerade diese Offenheit erleichterte es auch den ukrainischen Seminaristen, kritische Einblicke in ihre Systeme des Rechts und dessen Anwendung zu geben.

Die erste Gemeinsamkeit bei der Rechtsanalyse fand sich in der Orientierung am Prinzip der Gesetzlichkeit, gerade auch der parlamentarisch formellen Gesetzlichkeit. Sprachliche Genauigkeit der Normen sowie das Analogie- und Rückwirkungsverbot im Strafrecht waren stete Bezugspunkte rechtlicher Argumentation. Ebenso steht die Orientierung an den euro-

Незалежність та співробітництво

– Власний шлях України до державно-правової орієнтації та орієнтації на права людини –

I.

Порівняння систем

Порівняння правових інститутів та органів юстиції в ході семінарів показало, що між Україною та Німеччиною існує не тільки значна подібність, але й істотні відмінності в праві та його застосуванні.

Такі висновки не відносяться репрезентативно до системи органів юстиції України, а тільки підводять підсумки дискусій і – в першу чергу – статей, опублікованих у цьому виданні. Зрештою, щодо останніх, то мова йде про статті з трьох університетів: західно-, східно- і південно-українського, які в загальному торкаються спектру різних політичних орієнтацій. Однак, репрезентативність представлена недостатньо.

З цього випливають висновки якісного й асоціативного узагальнення представлених статей.

1. Подібності переважають

Німецькі учасники представили українцям основні напрямки західноєвропейського правосуддя, і особливо, системи органів юстиції Німеччини (*Петер-Алексіс Альбрехт, Ульріх Бальтцер, Христовф Крель*). При цьому несприятливий розвиток і помилки та недоліки не залишилися осторонь, бо саме ця відкритість допомогла українським семінаристам критично поглянути на їхні системи права та його застосування.

Перша спільна риса правового аналізу була виявлена в орієнтації на принцип законності, особливо парламентарно-формальної законності. Мовні точності норм, а також заборона аналогії та зворотної дії кримінального права були постійними орієнтирами правової аргументації. Також не підлягає сумніву орієнтація на європейські права людини відповідно до ЄКПЛ та визнання

Independence and Cooperation

– Ukraine's own Path toward the Rule of Law and Human Rights –

I.

System Comparison

The approach of comparing legal and judicial institutions showed in the course of the seminar that there are many commonalities but also significant differences between Ukraine and Germany in regards to the law and its application.

The following conclusions are not representative for the Ukrainian judicial system. They are only an evaluation of the discussions and – primarily – the contributions published in this volume. After all, these contributions come from three Western, Eastern, and Southern Ukrainian universities which at least touch on the spectrum of various political orientations. Representativeness is not a claim we make, however.

This is therefore a qualitative and associative evaluation of the essays presented.

1. Similarities Predominate

The German participants introduced the Ukrainians to the basic coordinates of the Western European judiciary, in particular the German justice system (*Peter-Alexis Albrecht, Ulrich Baltzer, Christoph Krehl*). The undesired developments and deficiencies were not left out, as it was this openness which made it easier for the Ukrainian participants to look critically at their system of law and its application.

The first similarity in the legal analysis was the orientation on the principle of legality, particularly on formal parliamentary legality. Linguistic precision of the norms as well as the prohibition of analogy and retroactivity in criminal law were constant lodestones of legal argumentation. The orientation on the European Convention on Hu-

päischen Menschenrechten der EMRK und die Akzeptanz anderer Rechtsprinzipien, wenn auch durchaus mit kritischem Einschlag, außer Frage. Ein ost-, süd- oder westukrainischer Unterschied in den Auffassungen konnte nicht ausgemacht werden.

Die drei in den Mittelpunkt der Erörterungen gestellten Normbereiche Korruption, Datenschutz und Fremdenfeindlichkeit/Rassismus zeigten ähnliche, wenn auch graduell unterschiedliche Ausprägungen in beiden Ländern. Die justiziellen Reaktionen in Westeuropa und Deutschland sowie in der Ukraine sind auf den ersten Blick nicht so weit voneinander entfernt, wie es erscheinen mag. Die Normkonstruktionen werden in beiden Ländern in nicht unbeachtlichem Umfang von außen angestoßen. Die Normanwendungen lassen in beiden Ländern zu wünschen übrig.

Korruptionsstrafrecht in Deutschland

Björn Kruse referiert die nationalen deutschen Ansätze der Strafverfolgung durch das Strafgesetzbuch, die insbesondere durch internationale Normierungen ihre Gestalt gefunden haben. Zugleich kritisiert er die infolge der Privatisierung der Korruptionsbekämpfung drohenden Gefahren der *Compliance*, also die private Rechtsverfolgung innerhalb von Unternehmen, und die dadurch bewirkte Verletzung von Legalitäts- und Offizialprinzip. Strafverfolgung als private Prozedur stellt sich als Abschied vom Rechtsstaat dar. *Matthias Grzesiek* setzt das Thema Korruption in Deutschland fort und beschreibt Phänomene, Normzugriffe und rechtspolitische Aktivitäten im Bereich des Gesundheitswesens. Sein Fazit: Der Versuch totaler Kontrolle des Gesundheitssektors zur Vermeidung von Korruption führe zu verworrener Überbürokratisierung und damit gerade zu Fehlverhalten, das eigentlich verhindert werden soll.

Korruptionsstrafrecht in der Ukraine

In der Ukraine ist die Rechtslage ähnlich. *Ilya Kukurudzyak* (Odessa) beschreibt diese. Das Strafgesetzbuch biete eine Fülle von Zugriffen. Aber diese würden den realen gesellschaftlichen Problemfeldern nicht gerecht. Schattenwirtschaft, gesellschaftliche Akzeptanz von Korruption, organisierte Kriminalität und das Zusammenwirken von Wirtschaft und offiziellen Repräsentanten, alles getragen noch vom fehlenden Interesse der Öffentlichkeit, machten die Korruption nahezu resistent gegen strafrechtliche Verfolgung. Die ukrainische Regierung mühe sich gleichwohl sehr bei der Bekämpfung durch neue Normen

інших правових принципів, навіть якщо й з критичним ухилом. Північно-, південно- чи західноукраїнських розбіжностей у позиціях не виявлено.

Три області застосування норм, поставлені в центр обговорення, такі як корупція, захист даних і ксенофобія/расизм, показали подібні, хоча і дещо різні прояви в обох країнах. Реагування юстиції в Західній Європі та Німеччині, а також і в Україні, на перший погляд не так вже й відрізняються одна від одної, як це може здаватися. В обох країнах конструкції правових норм зазнають значного впливу ззовні. Застосування правових норм в обох країнах залишає бажати кращого.

Антикорупційне право Німеччини

Бйорн Крузе доповідає про національні німецькі підходи до кримінального переслідування згідно з кримінальним кодексом, які сформувались під впливом міжнародних норм. У той же час він критикує загрожуючу небезпеку *Compliance*, що є наслідком приватизації боротьби з корупцією, тобто приватне переслідування в межах підприємства і спричинене цим порушення принципів законності та публічності (офіційності). Кримінальне переслідування в якості приватної процедури уявляється як прощання з правовою державою. *Матіас Гржезек* продовжує тему корупції в Німеччині та описує феномени, дію норм і політично-правові ініціативи в системі охорони здоров'я. Його висновок: спроба тотального контролю в секторі охорони здоров'я з метою запобігання корупції призводить до надмірної бюрократії і тим самим до правопорушень, які повинні бути попереджені.

Антикорупційне право України

В Україні правове положення подібне. *Ілья Кукурудзяк* (Одеса) описує його так. Кримінальний кодекс передбачає безліч засобів впливу. Але вони не охоплюють сферу реальних суспільних проблем. Тіньова економіка, суспільна терпимість до корупції, організована злочинність і взаємодія економіки та представників офіційних органів, і це все при відсутності інтересу громадськості, зробили корупцію майже стійкою до кримінального переслідування. Проте український уряд намагається з цим боротись за допомогою нових норм та їх реалізації. *Дарина Козінова* (Харків) повідомляє про виконання нормативних правил Міністерством внутрішніх справ почина-

man Rights and the acceptance of other legal principles, albeit with a critical touch, is beyond question. We could not find a difference in the Eastern, Southern, and Western Ukrainian views.

The three normative areas in the center of the discussions – corruption, data protection, and xenophobia/racism – showed similar if somewhat different characteristics in both countries. The judicial reactions in Western Europe and Germany as well as in Ukraine are at first glance not so different as they might seem. The norm constructions were initiated externally in both countries to a significant degree. The norm application in both countries leaves much to be desired.

German Criminal Law: Corruption

Björn Kruse presented the national German approaches for criminal prosecution using the Criminal Code, which was shaped in large part by international norms. At the same time, he criticized the privatization of fighting corruption in the growing dangers of *compliance*, that is, the private legal prosecution within businesses, and the thereby violated principles of legality and *ex officio*. Criminal prosecution as a private procedure departs from the principles of the rule-of-law state. In his essay, *Matthias Grzesiek* continues with the topic of corruption in Germany and describes phenomena, normative issues, and legal-political activities in the area of healthcare. His conclusion: the attempt at total control of the healthcare sector to avoid corruption leads to confusing over-bureaucratization and therefore precisely to the kind of misconduct that is supposed to be prevented.

Ukrainian Criminal Law: Corruption

In Ukraine, the legal situation is similar. *Ilya Kukurudzyak* (Odessa) describes it. The Criminal Code offers numerous regulations to fight corruption, but these do not do justice to the real social problems. The shadow economy, social acceptance of corruption, organized crime, and the cooperation of business and official representatives, everything supported by the lack of public interest, makes corruption very resistant to criminal prosecution. Still, the Ukrainian government is making a serious effort at fighting corruption with new norms and their application. *Daryna Kosinova* (Kharkiv) reports on the implementation of regula-

und deren Durchsetzung. *Daryna Kosinova* (Kharkiv) berichtet von der Umsetzung regulatorischer Vorschriften durch das Innenministerium seit 2010 und von der Arbeit eines nationalen Antikorruptionskomitees aus dem gleichen Jahr, das beim Präsidenten der Ukraine eingerichtet wurde. Rechtsfolgen drohen harte Strafkonzsequenzen an. Von einer Fülle internationaler Ansätze zur Korruptionsbekämpfung, derer sich die Ukraine bedient, berichtet *Evelina Alisova* (Kharkiv). Man habe bei der Schaffung von Normen für Antikorruption ein breites Netzwerk geschaffen, das vom Völkerrecht, den Vereinten Nationen und der EU gespeist wurde. Besondere Hoffnungen setze die Ukraine auf Impulse durch die *Group of States against Corruption* (GRECO). Der Allgegenwärtigkeit von Korruption wissen andere nur noch durch einen Rückbau von bislang anerkannten Rechtsprinzipien zu begegnen. *Vira Navrotska* und *Nataliya Lashchuk* (Lviv) empfehlen in Fällen von Machtmissbrauch durch Amtsträger die Umkehr der bisherigen Beweisregel: Amtsträger müssten fortan im Zuge strafrechtlicher Ermittlungen den Nachweis der Legalität von Vermögen und Eigentum selbst erbringen. Wer glaubt, dies sei eine Abkehr von europäischer Rechtstradition, irrt. Die Autorinnen beziehen sich gerade auf westliche Rechtsreformen, die allesamt einen „*Reversal of the Burden of Proof*“ empfehlen bzw. schon anwenden.

Strafrechtlicher Datenschutz in der Ukraine

Auch bei Datenschutzproblemen und normativer Regulierung von Fremdenfeindlichkeit und Rassismus lassen sich gleiche Rechtsentwicklungen ausmachen. Der Schutz personenbezogener Daten (*Andriy Maryniv*/Kharkiv) und die Rechtsanwendung im Datenschutz (*Oksana Gorpynyuk*/*Oksana Bronevytska* – Lviv) würden durch westeuropäische Rechtsimpulse gefördert. Diverse Gesetze zum Datenschutz wurden zwischen 2010 und 2013 erlassen. Das ukrainische Strafgesetzbuch weist entsprechende Vorschriften aus. Die Gerichte beschäftigen sich mit den gleichen Problemen wie überall: Schwierigkeiten bei der Normauslegung zeugen von innovativer Normenproduktion.

Strafrechtlicher Schutz vor Fremdenfeindlichkeit und Rassismus in der Ukraine

Ähnliches wurde von ukrainischen Seminaristen zu den Phänomenen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vorgetragen. Nationale Rechtsgrundlagen würden durch internationale Impulse gefördert, die Exekutive bemühe sich um Prävention

ючи з 2010 року і про роботу Національного антикорупційного комітету з того ж року, який був створений при Президентові України. Правові наслідки передбачають суворі кримінальні покарання. Про численні міжнародні підходи до боротьби з корупцією, які застосовує Україна, повідомила *Евеліна Алісова* (Харків). За її словами, при створенні норм щодо боротьби з корупцією було створено широку мережу, яка бере наснагу від міжнародного права, ООН та ЄС. Особливу надію Україна покладає на імпульси *Групи держав проти корупції* (ГРЕКО). Про всюдисущість корупції інші знають, тільки зустрічаючись з деконструкцією вже раніше визнаних правових принципів. *Віра Навроцька та Наталія Лащук* (Львів) рекомендують зміну існуючого до цього часу правила доказування у випадках зловживання з боку посадових осіб: в подальшому посадові особи в ході розслідування самі повинні довести законність отримання грошових коштів та іншого майна. Якщо хтось думає, що це відхід від європейських правових традицій, той сильно помиляється. Автори у своїй роботі посилаються на західні правові реформи, які рекомендують або вже й застосовують *Reversal of the Burden of Proof* («перенесення тягара доказування»).

Кримінально-правовий захист даних в Україні

Подібний правовий розвиток також можна відмітити у проблемах захисту даних та нормативному регулюванні ксенофобії та расизму. Захист персональних даних (*Андрій Маринів*/Харків) та застосування законодавства про захист даних (*Оксана Горпинюк/Оксана Броневицька* – Львів) отримують підтримку від західноєвропейських правових імпульсів. В період між 2010 і 2013 роками прийняті різні закони про захист даних. Кримінальний кодекс України містить відповідні норми. Суди мають такі ж проблеми, як і скрізь: труднощі при тлумаченні норм свідчать про інновативність прийняття законів.

Кримінально-правовий захист від ксенофобії та расизму в Україні

Подібне доповідалось українськими семінаристами щодо явищ расизму і ксенофобії. Національна правова основа перебуває під впливом міжнародних імпульсів, виконавчі органи намагаються попереджувати злочини (*Катерина Козінова*/Харків). Європейська комісія проти расизму та

tory provisions by the Ministry of the Interior since 2010 and on the work of a national anti-corruption committee from the same year which was set up by the Ukrainian president. Illegal actions are threatened with severe criminal penalties. *Evelina Alisova* (Kharkiv) writes of the multitude of international approaches to fighting corruption which the Ukraine has used as examples. When creating the norms for anti-corruption, a broad network was set up which was supported by international law, the United Nations, and the EU. In particular, Ukraine set its hopes on ideas from the Group of States against Corruption (GRECO). Others can only think to combat the omnipresence of corruption by dismantling legal principles which have been previously recognized. *Vira Navrotska and Nataliya Lashchuk* (Lviv) recommend reversing the burden of proof in cases of abuse of power by officials: that would mean that officials accused of abuse of power would have to prove the legality of their assets and property in the course of criminal proceedings. Those who say this is a deviation from European legal traditions are wrong. The authors point to Western legal reforms which all recommend or have already applied a reversal of the burden of proof.

Ukrainian Criminal Law: Data Protection

Similar legal developments can also be found in data protection problems and normative regulation of xenophobia and racism. The protection of personal data (*Andriy Maryniv*/Kharkiv) and the application of norms in the area of data protection (*Oksana Gorpynyuk/Oksana Bronevitska* – Lviv) were supported by legal impulses from Western Europe. Various laws on data protection were passed between 2010 and 2013. The Ukrainian Criminal Code contains appropriate regulations. The courts are occupied with the same questions as can be found everywhere: the difficulties in interpreting norms are proof of innovative norm production.

Ukrainian Criminal Law: Protection from Xenophobia and Racism

Ukrainian seminar participants also told similar stories about the phenomena of racism and xenophobia. The national legal foundation was influenced by international impulses, and the executive branch is working on preven-

(*Kateryna Kosinova/Kharkiv*). Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (EKRI) habe gute Impulse gesetzt (*Vitali Ushakov/Kharkiv*). Gleichwohl sei Zurückhaltung bei der Normanwendung zu beobachten, was generell mit der Anerkennung der Demokratie im Lande im Zusammenhang stünde. *Volodymyr Kovalenko* (Lviv) sieht die Glaubensfreiheit in der Ukraine auf einem guten Weg. Religiöse Diskriminierung gäbe es kaum noch, das Strafrecht fände hier so gut wie keine Anwendung. Die Religion in der Ukraine habe eine lange Epoche der Verfolgung, Missachtung und Diskriminierung überwunden. Gleichwohl sei das Strafrecht zur Prävention von Unrecht im Bereich von Glauben und Religion nötig. Das zeigten die negativen Erfahrungen in der Vergangenheit.

Strafrechtlicher Schutz vor Fremdenfeindlichkeit und Rassismus in Deutschland

In Deutschland und der Ukraine zeigen sich gleiche Muster und Anwendungsprobleme beim Versuch der Regulierung gesellschaftsstörender Phänomene. In Deutschland werden Korruption, Datenmissbrauch und Fremdenfeindlichkeit weitgehend von supranationalen Rechtsimpulsen erreicht und angegangen. Der nationale Gesetzgeber hält sich zurück und ist bemüht, der EU-Richtlinienpolitik zu genügen und auf diese zu reagieren. Die Ukraine bemüht sich selbst oder wird von der EU angehalten, anschlussfähige Rechtsnormen für die Regulierung von Korruption, Datenmissbrauch und Fremdenfeindlichkeit zu erlassen.

Die Frage der *Rechtsdurchsetzung* ist eine ganz andere.

Wenn man in Deutschland Phänomene von Fremdenfeindlichkeit untersucht, fällt sofort die Diskrepanz zwischen Recht und Wirklichkeit auf. Elaborierte Normen und Rechtsbegriffe einschließlich prominenter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erwecken den Eindruck lückenlosen Rechtsschutzes. Betrachtet man die Realität, dann tut sich mit den Worten des Chefredakteurs der Süddeutschen Zeitung, Heribert Prantl, ein „Blick in den Abgrund des Versagens“ auf (Einsicht 09, Bulletin des Fritz Bauer-Instituts, Uni Frankfurt, 2013, S. 4 ff.). Die Beschreibungsfelder lauten: „Mord und Mord und Mord und Mord; Unser aller Schuld; Geschürte Hysterie – Ausländer werden zum Angstgegenstand, und ... vor Rassismus und Ausländerfeindlichkeit ist man nur noch auf dem Mond sicher“.

Und der Datenschutz? Vor dem Hintergrund der derzeit bekannt gewordenen internationalen Missbrauchssystematik des elektronischen Datenverkehrs vermag das Schutzgut des

нетерпимості (ЄКРН) також спонукає до цього (*Vitalii Ushakov/Kharkiv*). Однак, спостерігається обережність у застосуванні норм, що пов'язано з утвердженням демократії в країні. *Volodymyr Kovalenko* (Львів) вважає, що свобода віросповідання в Україні перебуває на правильному шляху. Релігійної дискримінації майже немає, кримінальне законодавство тут майже не знаходить застосування. Релігія в Україні пододала довгу епоху гонінь, зневаги та дискримінації. І все ж, кримінальне право необхідне для попередження злочинів у сфері віросповідання та релігійних відносин. Це видно з негативного досвіду минулого.

Кримінально-правовий захист від ксенофобії та расизму в Німеччині

У Німеччині та в Україні проявляються однакові схеми та проблеми застосування при спробі регулювання порушень суспільних явищ. У Німеччині наднаціональні правові імпульси в значній мірі вже дійшли до корупції, неправильного використання даних та ксенофобії і почали діяти. Національне законодавство тримається осторонь і намагається дотримуватись правової політики ЄС та на неї реагувати. Україна намагається самостійно або при підтримці ЄС приймати правові норми для регулювання корупції, неправильного використання даних та дискримінації.

Дещо іншим є питання про *застосування права*.

При вивченні явища ксенофобії в Німеччині відразу ж стає помітною невідповідність між законом та реальністю. Бездоганно викладені норми та правові поняття, в тому числі й відомою судовою практикою Федерального Конституційного суду, справляють враження повного правового захисту. Якщо подивитись на реальність, то зі слів головного редактора «*Süddeutsche Zeitung*» («Південнонімецька газета») Геріберта Прантля, відкривається «Погляд у безодню провалу» (Огляд 09, Бюлетень інституту Фріца Бауера, Університет м. Франкфурта, 2013, стор 4 і наст.). Зміст сторінок голосить: «Вбивство і вбивство і вбивство і вбивство; Всі провини наші; Роздута істерія – іноземці стають об'єктами, які викликають страх, та... від расизму та ворожого ставлення до іноземців поки що безпечно тільки на Місяці».

А захист даних? На тлі відомої в даний час міжнародної системи зловживань електронним обміном даних, захист гарантованого Конституцією права на «інформаційне

tion (*Kateryna Kosinova/Kharkiv*). The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) has given good ideas (*Vitalii Ushakov/Kharkiv*). At the same time, it can be seen that there is a reluctance to apply the norms which has to do with the general attitude toward democracy in the country. *Volodymyr Kovalenko* (Lviv) thinks that freedom of religion in Ukraine is making good progress. Religious discrimination is hardly present and criminal law is rarely applied in this area. Religion in Ukraine has overcome a long period of persecution, contempt, and discrimination. At the same time, criminal law for the prevention of injustice in the area of faith and religion is necessary. That can be seen in the negative experiences of the past.

German Criminal Law: Protection from Xenophobia and Racism

In Germany and Ukraine, the same pattern and application problems could be seen in the attempt to regulate negative social phenomena. In Germany, corruption, abuse of data, and xenophobia are largely regulated and approached using supranational legal ideas. National lawmakers are reserved and try to fulfil and react to EU policies. Ukraine makes its own efforts or is encouraged by the EU to pass legal norms which can be linked to those of the EU in the areas of corruption, abuse of data, and xenophobia.

The question of *legal implementation* is a completely different one.

When xenophobic phenomena are examined in Germany, the discrepancy between law and reality is immediately apparent. Elaborate norms and legal terms including prominent jurisprudence of the Federal Constitutional Court give the impression of comprehensive legal protection. When looking at the reality, however, then one gets, to quote the editor-in-chief of the *Süddeutsche Zeitung* Heribert Prantl, “a glimpse into the depths of failure” (Einsicht 09, Bulletin des Fritz Bauer-Instituts, Universität Frankfurt, 2013, p. 4 ff.). The descriptions read: “Murder and murder and murder and murder; All of our fault; Provoked hysteria – foreigners are becoming an object of fear and ... you are only safe from racism and xenophobia on the moon.”

And data protection? With the background of the recently uncovered international, systematic abuse of elec-

verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf „informativ-nelle Selbstbestimmung“, auch die Wahrung personaler Integrität genannt, lediglich als eine Ruine aufzuscheinen.

Es verbleibt nur noch politische Peinlichkeit, wenn man bedenkt, dass die Europäische Union von der Ukraine reale Verbesserungen in diesen Bereichen als Aufnahmebedingungen für eine in Aussicht gestellte Freihandelszone verlangt.

Unsere Blockseminare hatten sich vor dem Hintergrund des Maßstabes europäisch erkämpfter Rechtsprinzipien das Ziel gesetzt, Mängelprobleme beider Rechtsbereiche zu analysieren. Für zukünftige Seminare bleibt eher das Thema der gemeinsamen Arbeit an der Wiederherstellung der Minima einer rechtsstaatlichen Ordnung auf vielen Ebenen der Postmoderne – in beiden Ländern!

2. Unterschiede sind im Ländervergleich nicht prinzipiell, sondern graduell

Wer wollte Unterschiede in der Sozialordnung zwischen der Ukraine und Westeuropa, gerade bezogen auf Deutschland, leugnen? Die Ukraine erprobt seit gerade einmal 22 Jahren eine demokratische Gesellschaftsordnung nach vielen Jahrhunderten dauerhafter Einvernahme durch andere Staaten. Im vorherigen Jahrhundert sind durch Stalins Hungerterror mehr als 5 Millionen Menschen umgekommen, durch Deutschland im Zweiten Weltkrieg noch einmal über 5 Millionen Menschen zu Tode gekommen. Das ist ein Viertel der gesamten ukrainischen Bevölkerung.

Die Ukraine hatte erst 22 Jahre Gelegenheit, eine funktionierende Volkswirtschaft (nach Jahrhunderten der Ausbeutung) und ein funktionierendes Rechtssystem (mit den Eliten des untergegangenen Sowjetsystems) aufzubauen. Bis heute existiert eine Sozialstruktur, die einigen Wenigen enormen Reichtum (man spricht von Oligarchen) und der überwiegenden Mehrheit nur Armut und Not verschafft hat.

Vor diesem Hintergrund gesetzliche Reformen als Voraussetzungen für wirtschaftliche Assoziierung und Freihandel zu verlangen, die noch nicht einmal in den Wohlstandsgesellschaften Westeuropas vorhanden sind, dürfte politisch verfehlt sein.

Sicher sind Gewaltenteilung und justizielle Unabhängigkeit in der Ukraine noch stark ausbaufähig, wobei vor allem eine fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit für jeden Bürger negativ ins Gewicht fällt. Aber verkannt wird von der Wirtschaftspolitik der EU das Verhältnis von Ursache und Wirkung.

Am *Beispiel der Korruption* lässt sich das am besten verdeut-

самовизначення», званого також як захист особистої недоторканності, виглядає лише як руїна.

Залишається тільки політичне збентеження, якщо врахувати, що Європейський Союз вимагає від України реальних покращень у цій галузі як передумову для прийняття у зону вільної торгівлі.

Метою наших блок-семініарів був аналіз недоліків обох областей права на основі критеріїв вже здобутих європейських правових принципів. Для майбутніх семінарів темою спільної роботи буде відновлення мінімумів державного правопорядку на багатьох рівнях постмодернізму – в обох країнах!

2. Відмінності між країнами не принципи, а несуттєві

Хто стане оспорювати відмінності в соціальному устрої України та Західної Європи, зокрема Німеччини? Після багатьох століть постійного гноблення іншими державами, Україна лише 22 роки буде демократичний суспільний устрій. У минулому столітті Сталінський голодом забрав більш ніж 5 мільйонів чоловік, через Німеччину у Другій світовій війні загинуло також більше 5 мільйонів. Це чверть всього населення України.

Всього 22 роки Україна мала можливість будувати функціонуючу економіку (після століть експлуатації) та діючи правову систему (з елітою неіснуючої радянської системи). До сьогодні ще існує соціальна структура, яка тільки небагатьом забезпечила величезні багатства (мова йде про олігархів), а переважній більшості – тільки бідність та нестатки.

За цих обставин вимагати проведення правових реформ в якості передумови для економічної асоціації та вільної торгівлі, чого навіть немає в державах суспільного добробуту Західної Європи, є політичним упущенням.

Безперечно, поділ влади та незалежність судової системи в Україні ще потребують значних змін, причому відсутність конституційного правосуддя насамперед негативно впливає на кожного громадянина. Але економічна політика ЄС не усвідомлює співвідношення причини та наслідку.

Це найкраще видно на *прикладі корупції*. Без впорядкованої і безпечної соціальної структури не можна уникнути корупції. Тому що це – компенсація за недоступність добробуту для всіх громадян. Тільки той, хто щось має, може це зберегти. Якщо ситуація економічно стабільна,

tronic data communication, the object of protection of the constitutionally guaranteed right to “self-determination of information” – also called the preservation of personal integrity – seems to be nothing but a ruin.

Only political embarrassment remains when one remembers that the European Union demands real improvements from Ukraine in these areas as a condition for the perspective of entering the free trade zone.

With the background of the standard of legal principles fought for in and by Europe, our compact seminars had the goal of looking at the deficiencies in both legal areas. For future seminars, the topic of cooperation on re-creating a minimum of rule-of-law order on many levels of the post-modern remains – in both countries!

2. Differences are not on Principle but Gradual

Who would want to deny that there are differences in the social orders of Ukraine and Western Europe, especially Germany? Ukraine has been trying out a democratic social order for only 22 years after many centuries of constant questioning by other countries. In the previous century, Stalin’s terror-famine cost more than 5 million people their lives, and more than 5 million more were killed by Germany in World War II. That is a quarter of the total Ukrainian population.

Ukraine has only had 22 years to build up a functioning economy (after centuries of exploitation) and a functioning legal system (with the elites of the collapsed Soviet system). Until today, a social structure exists which has provided a few with enormous riches (one speaks of oligarchs) and the vast majority with poverty and hardship.

With this background, demanding legal reforms which are not even present in the affluent societies of Western Europe as a precondition for economic association and free trade is politically mistaken.

Of course, the separation of powers and judicial independence is still capable of being improved in Ukraine, whereby in particular the lack of a constitutional court for all citizens weighs heavily on the negative side. What is not recognized by the economic policies of the EU, however, is the relationship between cause and effect.

Using the *example of corruption*, this can be most clearly seen. Without clear and secure social structures, corruption cannot be prevented. It is compensation for wealth which

lichen. Ohne geordnete und sichere Sozialstrukturen lässt sich Korruption nicht verhindern. Denn sie ist Kompensation für nicht zugänglichen Wohlstand aller Bürger. Nur der, der etwas hat, kann es auch behalten. Ist die Lage wirtschaftlich ausgeglichen, wird Korruption aus sozialstrukturellen Gründen überflüssig, denn durch die legalen Möglichkeiten der Gesellschaft ist Wohlstand für alle zugänglich. Diesen wollen die meisten Menschen nicht durch Strafverfolgung gefährden. Insofern ist korruptes Handeln keine Frage von Moral oder normgemäßer Einsicht, sondern eine Frage wirtschaftlicher und sozialer Not, jedenfalls dann, wenn Korruption in dem Maße aufscheint, wie es in der Ukraine heute beobachtet wird.

Die wirtschaftliche Lage des Landes müsste *zuerst* verbessert werden, dann erst lässt sich legales Handeln auch strafrechtlich legitim einfordern und durchsetzen. Vorab lediglich Antikorruptionsnormen zu schaffen, ist wirkungslos, sogar kontraproduktiv, weil es für alle Bürger evident ist, dass strafbewehrte Gesetze gegen Korruption nichts bewirken. Im Zuge der Verbesserung der sozialen Lage breiter Bevölkerungsschichten können erst im *zweiten Schritt* normative Reformen greifen, erst als Folge einer verbesserten Sozial- und Infrastruktur. Erst kommt das Fressen, dann die Moral – wusste uns schon Bertolt Brecht zu vermitteln.

Analoges lässt sich in *Deutschland bei der Korruption im Gesundheitswesen* feststellen. Die Strukturen einer überbordenden Bürokratie im Gesundheitswesen führen zu Reaktionen des Gesundheitspersonals, die vom Gesetz als Korruption kriminalisiert werden. Diese Strukturen zu verändern, ist das Gebot der Stunde, dann dürften sich flächendeckende Kriminalisierungen mittels Strafrecht erübrigen.

Für Sozialwissenschaftler ist das eine Trivialität, für Juristen unbekanntes Terrain. Letztere pflegen stets von guter Wirkung und Geltung staatlicher Normen auszugehen – eine Art Selbstverständnis der Profession der Juristen.

II.

Konsequenzen für rechtspolitische Folgerungen

Es wäre verfehlt, Menschenrechtsverletzungen in der Ukraine zu bagatellisieren. Die 500 Druckseiten des Reports 2012 (Human Rights in Ukraine – 2012) oder auch Monografien wie die von Winfried Schneider-Deters (Die Ukraine: Machtvakuum zwischen Russland und der Europäischen Union, BWV 2001) sind Beleg genug, den Menschen in diesem Land konstruktiv zur Seite zu stehen. Jeder, wie er kann.

Das Recht beider Länder ist an den Maßstäben historisch

то в корупції із соціально-структурних причин не буде потреби, так як в суспільстві кожен зможе досягти добробуту законними шляхами. Більшість людей не захочуть ставити його під загрозу кримінального переслідування. Таким чином, корупційні дії – це не питання моралі чи правосвідомості, а питання економічних і соціальних потреб, особливо тоді, коли корупція проявляється в такій мірі, як це сьогодні спостерігається в Україні.

Насамперед потрібно покращити економічне становище в країні і лише тоді легальні дії можна вимагати в кримінально-правовому порядку та реалізовувати їх. Ще до того приймати антикорупційні норми неефективно, та й недоцільно, тому що для всіх громадян очевидно, що закони, які передбачають покарання за корупцію, нічого не досягають. В ході покращення соціального становища широких верств населення, тільки на *другому етапі* можна братись за нормативні реформи як результат покращення соціальної системи та інфраструктури. «Спочатку їжа, потім – мораль», – як вважав Бертольд Брехт.

Подібну ситуацію можна спостерігати в *Німеччині*, розглядаючи *корупцію в сфері охорони здоров'я*. Структури надмірної бюрократії у галузі охорони здоров'я спонукають працівників цієї галузі до таких дій, які підлягають кримінальному переслідуванню за законом як корупція. Змінити ці структури, – це веління часу, і тоді широкомасштабна криміналізація за допомогою кримінального права стала б зайвою.

Для соціологів це тривіальність, для юристів – «незвідані землі». Останні завжди керуються вищою юридичною силою та дієвістю правових норм – це свого роду самосвідомість професії юриста.

II.

Підсумки політично-правових наслідків

Було б невірним применшувати кількість порушень прав людини в Україні. 500 друкованих сторінок звіту за 2012 рік (Human Rights in Ukraine – 2012, «Права людини в Україні – 2012») або також такі монографії, як напр., у Вінфріда Шнайдер-Детерса («Україна: вакуум влади між Росією та Європейським Союзом», BWV 201) є яскравим доказом допомоги людям в цій країні. Кожен – як може.

Право обох країн повинно вимірюватись за критеріями історично здобутих та науково гарантованих правових принципів, які захищають права людини. І це стосується обох країн.

is inaccessible to all citizens. Only those who have something can keep it. If the economic situation is more balanced, corruption will become superfluous for socio-structural reasons because wealth will be accessible to everyone through legal opportunities. Most people do not want to endanger their well-being by criminal prosecution. Corrupt actions are therefore not a question of morality or recognition of norms but a question of economic and social hardship, at least in cases where corruption is as pervasive as it is in Ukraine today.

The economic situation of a country must first be improved, only then can legal actions be demanded and enforced. To first create anti-corruption norms will have little effect and is even counterproductive because it is evident to all citizens that laws against corruption produce no results. In the course of improving the social situation of broad segments of the population, a *second step* could be to enact normative reforms as a result of improved social structures and infrastructure. First comes food, then ethics – Bertolt Brecht told us this long ago.

A similar situation can be seen in *Germany in the corruption in the healthcare sector*. The structures of an overwhelming bureaucracy in healthcare lead to reactions of medical personnel which are criminalized by law as corruption. Changing these structures is what is required. Then all-encompassing criminalization using criminal law will be unnecessary.

For social scientists this is a trivial matter, for jurists it is unfamiliar territory. The latter always assume that state norms have positive effects and are valid – a kind of self-understanding of the legal profession.

II.

Consequences for Legal-Political Implications

It would be mistaken to trivialize human rights violations in Ukraine. The 500 printed pages of the 2012 report (Human Rights in Ukraine – 2012) or the monographs like that of Winfried Schneider-Deters (Die Ukraine: Machtvakuum zwischen Russland und der Europäischen Union, BWV 2012, *Ukraine: Power vacuum between Russia and the European Union*) are enough to prove that we need to constructively support the people in this country. Each of us must make use of the means available to us.

The law in both countries is to be measured using the standards of legal principles which were fought for and se-

erkämpfter sowie menschenrechtlich und wissenschaftlich gesicherter Rechtsprinzipien zu messen. Das geht aber beide Länder an.

Deutschland ist durch seine starke Verfassungsgerichtsbarkeit stärker im Sinne des Menschenrechtsschutzes aufgestellt (*Christoph Krehl*). Auch ist die Gerichtsbarkeit unabhängiger gestellt, wenngleich auch in Deutschland das Thema Unabhängigkeit der Dritten Gewalt virulent ist. Bei Korruption, Datenschutz und Fremdenfeindlichkeit sieht das schon anders aus. Hier können sich beide Länder gegenseitig beraten und Erfahrungen austauschen.

Aber auch Menschenrechtsverletzungen sind in der Ukraine nicht zuletzt auf die erbärmliche *soziale Lage* zurück zu führen. Wenn schon das soziale Leben nur minimal gestaltet wird, kann es im Gefängnis nicht besser, nur noch schlechter sein. Ohne die Prominenz von Julia Timoschenko wüsste niemand etwas über die vermutlich unsägliche Situation in den ukrainischen Gefängnissen.

Menschenrechtsverletzungen in und durch Justiz lassen sich indes nicht durch die Skandalisierung der Inhaftierung von politischen Repräsentanten vermeiden oder aufheben. Das ist allein eine Frage der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt. Diese gilt es herzustellen, über gesicherten, sozialstrukturell geförderten allgemeinen Wohlstand. Wirtschaftliche Hilfe für ein im Aufstehen begriffenes Land ist der erste Schritt, Rechtsreformen kommen parallel oder anschließend nahezu automatisch – denn sie sichern den neu gewonnenen Wohlstand, dann mit legitimem Zwang.

Kooperationen tatsächlicher Art, die *Gregorii Moschak* (Odessa) beschreibt, also „learning by doing“, mögen ein Erfolgsbeispiel sein. Erst wenn die Infrastruktur, wie bei der Fussballeuropameisterschaft aus dem Nichts entstanden, funktioniert, kann man funktionierende Maßnahmen innerer Sicherheit kooperativ aufbauen und festigen.

III.

Jugendaustausch auf breiter Basis

Unsere Blockseminare haben gezeigt, dass der Austausch der (akademischen) Jugend ein richtiger Weg in eine gemeinsame Zukunft beider Länder sein kann. So wie es die deutsch-französische Freundschaft in Richtung Westen geschaffen hat, so müsste es – bald 50 Jahre danach – in Richtung Ukraine und weiter in Richtung Osten gehen. Primär Freundschaft ermöglicht friedliches Miteinander – informell und tragend.

З точки зору захисту прав людини, Німеччина є сильнішою завдяки надійному конституційному правосуддю (*Христоф Крель*). Судова система також є більш незалежною, хоча в Німеччині питання про незалежність третьої влади теж є небезпечним. Але в питаннях корупції, захисту даних і ксенофобії це виглядає по-іншому. Тут обидві країни можуть радитись одна з одною та обмінюватись досвідом.

Жалюгідне *соціальне становище* також не в останню чергу впливає на порушення прав людини в Україні. Якщо вже соціальний рівень життя тільки мінімально забезпечений, то у в'язниці не може бути краще, а тільки ще гірше. Без популярності Юлії Тимошенко, мабуть ніхто нічого б і не знав про жорстоку ситуацію в українських в'язницях.

Однак, порушення прав людини в самій юстиції та з її вини не можна уникнути або припинити шляхом роздування скандалів навколо ув'язнення політичних діячів. Це виключно питання незалежності третьої влади. Її потрібно досягнути за допомогою гарантованого і підтриманого соціальною структурою загального добробуту. Економічна допомога країні, яка тільки починає розвиватись – це перший крок. Правові реформи послідуватимуть паралельно або примкнуть до них майже безпосередньо і гарантуватимуть досягнутий добробут вже із встановленою законом обов'язковістю.

Дієва співпраця, яку описує Григорій Мошак (Одеса), тобто 'learning by doing', може бути прикладом успіху. Тільки тоді, коли інфраструктура функціонує, як напр., вона виникла з нічого під час чемпіонату Європи з футболу, то можна спільно створювати і зміцнювати дієві заходи внутрішньої безпеки.

III.

Всебічний молодіжний обмін

Наші блок-семінари показали, що обмін (також) академічної молоді (у супроводі викладачів вузів), може бути правильним шляхом у спільне майбутнє обох країн. Так як це вдалось німецько-французькій дружбі у напрямку Заходу, так – майже 50 років пізніше – повинно статись у напрямку України і далі у напрямку Сходу. Передусім дружба сприяє мирному співіснуванню – невимушено та ефективно.

cured by human rights and science. That applies to both countries, though.

Due to its strong constitutional legality, Germany is better able to protect human rights (*Christoph Krehl and Olesya Tragniuk/Tetyana Komarova*). The judiciary is more independent, even if the subject of the independence of the third power in Germany is virulent. In the areas of corruption, data protection, and xenophobia, it's a different picture. Here, both countries could cooperate and exchange experiences.

But even human rights violations are not least a result of the abject *social situation* in Ukraine. If social life can only be minimalistic, prison can't be better, only worse. Without the prominence of Julia Tymoshenko, no one would know anything about the probably unspeakable conditions in Ukrainian prisons.

Human rights violations in and by the judiciary cannot be avoided or negated by scandalizing the imprisonment of political representatives. That is only a question of the independence of the judiciary. This must be established via general prosperity which is secured by social structures. Economic assistance for a country arising to its feet is the first step, legal reforms should come simultaneously or afterwards and almost automatically – after all, they secure the newly gained prosperity, in that case with legitimate force.

Concrete cooperation such as that described by *Gregorii Moschak* (Odessa) or learning by doing may be successful models. Only when the infrastructure, such as was created from nothing for the European Soccer Championships, works can functioning measures of domestic security be cooperatively built up and secured.

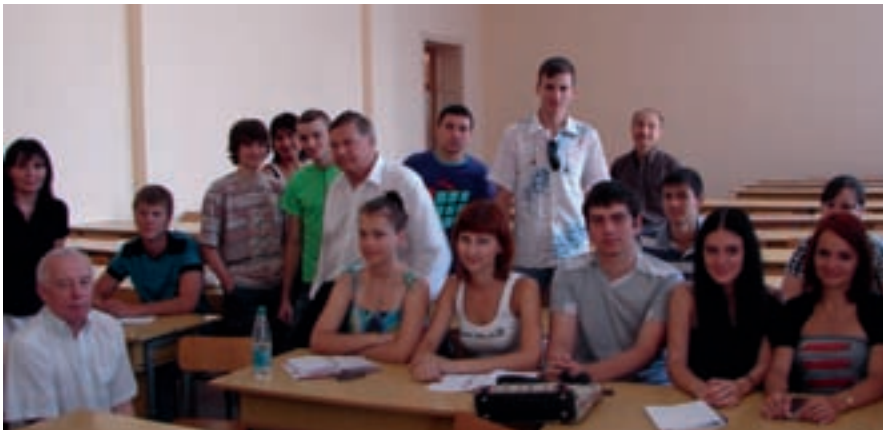
III.

Widespread Youth Exchange

Our compact seminars showed that the exchange of academic youth (accompanied by college instructors) can be the right way to a common future for both countries. Just as the German-French friendship worked toward the West, nearly 50 years later it should work toward Ukraine and further east. Primarily friendship makes peaceful cooperation – informal and supporting – possible.



Odessa National Maritime University
July 2011



**Goethe University
Frankfurt am Main**
June 2013



Lviv State University of Internal Affairs
April 2012



**National University
"Yaroslav the Wise"
Law Academy of
Ukraine", Kharkiv**
May 2013

Das Unheil, das wir den Völkern des Ostens brachten, hat sich in die Generationen hinein gefressen. Auch in unsere. Es braucht Zeit für Normalisierung. Der Zweite Weltkrieg hat hier wie dort immer noch drei Generationen im starken Würgegriff. Es gibt kaum eine ukrainische Familie, die nicht den Verlust von Angehörigen zu beklagen hat. Sowjetisches Aushungern und deutsches Morden hat das Land auf ein Jahrhundert schwerst getroffen. Mehr als alle anderen. Was sind da 22 Jahre Unabhängigkeitsversuche. Nur ein Hauch von Geschichte.



Mahnmal | Меморіал | Memorial

Зло, яке ми принесли народам Сходу, в'їлось в покоління. В наше також. Потрібен час для нормалізації. Друга світова війна все ще тримає три покоління міцною хваткою. Навряд чи є українська сім'я, яка не пережила втрату близьких. Голодомор та німецькі вбивства завдали країні жорстоких страждань на століття. Більше, ніж будь-кому іншому. І що там тільки 22 роки випробування незалежності?! Легкий подих історії.

The disaster that we brought to the people of the east carried on to further generations. In ours, too. Time is required for things to normalize. The Second World War still has three generations in a strong headlock – both here and there. There is hardly a Ukrainian family that cannot tell a story about the loss of relatives. Soviet famine and German murder were serious blows to the country for a century. More than any others. What are 22 years of experimenting at independence in comparison to that? Only a blink of the eye of history.



Das Beispiel von Broder Brodersen, seines Vaters und seines Sohnes mag das belegen. Der Sohn Patrick Brodersen schrieb mir, als ich um die Rechte der Veröffentlichung der Fotografien bat (9. August 2013):

„Ich glaube, dass das, was Sie da in der Ukraine angestoßen haben, der effektivste Weg ist, die Vergangenheit anzufassen. Sie haben gemeinsam mit Kollegen und Studenten in der Ukraine eine Aufgabe definiert und bearbeiten diese, das nimmt dem Blick auf die Vergangenheit das Grauen, weil man aus einer Position der gemeinsamen Zukunft zurückblicken kann. Broder war nur auf der Suche nach seinem Vater, und sein Ende begann auf der Reise, wo er ihn fand. Ich habe das immer so verstanden, dass er gar keine bessere Zukunft für sich gesucht hat, er wollte bloß diese offene Rechnung nicht unbeglichen lassen. Es war für ihn so persönlich, dass er mich übrigens nie gefragt hat, ob ich mit will und ich habe ihm die Begleitung nicht aufgezwungen.

Wie er es mir erzählt hat, hat sich Hans Brodersen in Verzweiflung über seine Existenz in der Ukraine von seiner eigenen Wache erschießen lassen, obwohl Broder in der „Heimat“ als (ungeborenes?) Kind auf ihn gewartet hätte. Von seiner schwangeren Frau verabschiedete er sich beim letzten Heimatbesuch mit den Worten „pass mir auf den Jungen auf“, was zu einer extrem reglementierten und strengen Kindheit für Broder führte, er durfte gar nichts, weil ihm ja was passieren hätte können. Aus dieser Erfahrung heraus versuchte er, mir genau keine Grenzen zu setzen, die mich behindern könnten, und war in Folge als Vater nicht präsent. Ich habe keine Ausbildung, keinen Abschluss, und noch heute bin ich orientierungslos, so peinlich das für einen erwachsenen Mann und dreifachen Familienvater auch klingen mag. Etwas vereinfacht gesagt, alles Ergebnis der Entscheidung von Hans Brodersen, nicht mehr weiter leben zu wollen. Genau weiß ich allerdings nicht, was seine Aufgabe in der Ukraine dort war ...

Sie jedenfalls haben auf dieser Reise eine Zukunft kreiert, denn Sie haben nicht ‚nur‘ in die Vergangenheit geblickt. Bewundernswert, wenn sich so eine Chance entwickeln kann.“

Яскравим прикладом цього може бути Бродер Бродерсен, його батько і його син. Коли я попросив дозволу на публікацію фотографій у сина, Патріка Бродерсена, він написав мені (9.8.2013):

«Я думаю, що те, що ви розпочали в Україні, є найбільш ефективним способом доторкнутися до минулого. Разом з колегами та студентами в Україні ви визначили спільне завдання і працюєте над його виконанням. Відчуття жаху з погляду на минуле відступає, тому що можна озирнутися назад з позиції спільного майбутнього. Бродер тільки шукав свого батька і його кінець розпочався під час подорожі там, де він його знайшов. Я завжди це розумів так, що він ніколи не шукав кращого майбутнього для себе, він тільки не хотів залишати «неоплачений рахунок». Це було для нього настільки особистим, що він мене ніколи навіть не запитав, чи хочу я його супроводжувати, а я не хотів нав'язуватись.

Як він мені розповідав, Ганс Бродерсен, у відчаї від своїх дій в Україні, дозволив власній охороні себе розстріляти, хоча (ще ненароджений) Бродер чекав його на «Батьківщині». Зі своєю вагітною дружиною він попрощався під час останнього візиту додому зі словами: «Дивись мені добре за хлопчиком». Це призвело до чітко регламентованого і суворого дитинства Бродера. Йому заборонялось все, тому що з ним могло щось трапитись. Маючи такий досвід, він не намагався ставити мені будь-які обмеження, які б могли мені перешкодити, і в результаті, як батько він був ніби відсутнім. Я не маю ні спеціальності, ні освіти, і ще до сьогодні я не визначився в житті, як соромно це б не було для дорослого чоловіка і батька трьох дітей. Коротко кажучи, – все це результат рішення Ганса Бродерсена піти з життя. Однак, я не знаю напевно, що саме було його завданням в Україні...

У кожному разі, під час цієї подорожі ви створили майбутнє, тому що ви не «тільки» зазирали у минуле. Викликає захоплення те, що такий шанс дає поштовх для подальшого розвитку».

The example of Broder Brodersen, his father, and his son, can serve as evidence of that. His son Patrick Brodersen wrote to me when I asked for the rights to publish his father's photography (9 August 2013):

"I think that what you started in Ukraine is the most effective way to deal with the past. Together with colleagues and students in Ukraine, you have defined a task and are working on it, and that takes our eyes away from the history of disaster because it puts us in a position to look toward a common future. Broder was only looking for his father, and his end began on the trip where he found him. I have always thought that he wasn't looking for a better future for himself, he only wanted to settle this old outstanding matter. For him it was so personal that he never even asked me if I wanted to come, and I didn't force my company upon him.

As he told the story to me, Hans Brodersen let himself be shot from his own watch out of despair of his existence in Ukraine even though Broder would have been waiting for him at home as a (unborn?) child. When he said good-bye to his pregnant wife on his last visit home with the words "watch out for the boy for me," this led to an extremely regimented and strict childhood for Broder. He wasn't allowed to do anything because something might have happened to him. Out of this experience, he tried not to set any limits for me which might get in my way, and as a result he was not present as a father figure. I have no vocational training, no degree, and even today I have no orientation, as embarrassing as that might sound for an adult man with three children. To describe the situation in a simplified manner, all of it is a result of the decision of Hans Brodersen to end his life. I don't even know exactly what his job was in Ukraine ...

You, though, have created a future out of this trip because you haven't "only" looked to the past. It is admirable that such an opportunity has been created."

Danksagung

Ein Projekt wie dieses lebt vom Engagement zahlreicher Mitwirkender.

Ihnen allen gebührt mein herzlicher Dank:

- **Kollegen der drei beteiligten Fakultäten in der Ukraine**
Prof. Dr. Gregorii Moschak
(Odessa National Maritime University),
Prof. Dr. Vyacheslav Navrotskyy und
Prof. Dr. Volodymyr Kovalenko
(Lviv State University of Internal Affairs),
Prof. Dr. Vyacheslav Komarov
(National University „Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine“, Kharkiv) sowie
Dr. Olesya Tragniuk und Dr. Tetyana Komarova
(beide Kharkiv),
die zugleich die Forschungsberaterinnen für die studentischen Beiträge aus Kharkiv waren.
- **Kollegen der Goethe-Universität Frankfurt am Main**
Prof. Dr. Ulrich Baltzer und
Prof. Dr. Christoph Krehl,
die Mitveranstalter der Blockseminare an allen Universitäten waren.
- **Übersetzerinnen und Übersetzern der Seminare**
in Lviv (2012) T etyana Komschak und Rostislav Kunets
sowie
Anna Boucheleva, Kateryna Torovska und Aleksandr Karpelev,
vor allem aber Anna Royt in Odessa, Kharkiv und Frankfurt (2013),
die alle gemeinsam und engagiert die Grundlage der wissenschaftlichen Kommunikation geboten und ermöglicht haben.
- **T extübersetzerinnen**
Kelly Neudorfer (Englisch) und
Luba Maier (Ukrainisch),
die geduldig, unermüdlich und schnell die juristischen Texte nicht nur sprachlich transferierten.

Подяка

Втілити в життя такий проект є можливим тільки завдяки зусиллям численних співучасників.

Всім їм я хочу висловити мою сердечну подяку:

- **Колегам трьох факультетів в Україні, які брали участь у проекті:**
Проф. д-р. Григорію Мошаку
(Одеський національний морський університет),
Проф. д-р. Вячеславу Навроцькому та
Проф. д-р. Володимир Коваленко
(Львівський державний університет внутрішніх справ),
Проф. д-р. Вячеславу Комарову
(Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Харків), а також
Д-р. Олесі Трагнюк та д-р. Тетяні Комаровій
(обоє з Харкова),
які одночасно були керівниками наукових статей студентів з Харкова.
- **Колегам Університету Гете м. Франкфурт-на-Майні**
Проф. д-р. Ульріху Бальтцер та
Проф. д-р. Кристофу Крьоль,
які були співорганізаторами блок-семінарів в усіх університетах.
- **Перекладачам** на семінарах
У Львові (2012) Тетяні Комшак та Ростиславу Кунетс,
а також
Анні Бухелевій, Катерині Торовській та Александр Карпелев,
особливо Анні Ройт в Одесі, Харкові та Франкфурті (2013),
які всі спільно та з великим натхненням створили основу та надали можливість для наукового спілкування.
- **Перекладачам текстів**
Келлі Нойдорфер (англійська мова) та
Любі Майер (українська мова),
які з терпінням, старанно і швидко переклали юридичні тексти не тільки лінгвістично.

Acknowledgement

A project like this is dependent on the dedication of many contributors.

Special thanks go to

- **Colleagues of the three participating Ukrainian faculties**
Prof. Dr. Gregorii Moschak
(Odessa National Maritime University),
Prof. Dr. Vyacheslav Navrotskyy and
Prof Dr. Volodymyr Kovalenko
(Lviv State University of Internal Affairs),
Prof. Dr. Vyacheslav Komarov
(National University “Yaroslav the Wise Law Academy of Ukraine”, Kharkiv), as well as
Dr. Olesya Tragniuk and Dr. Tetyana Komarova
(both from Kharkiv),
who were also the research advisors for the student’s essays from Kharkiv.
- **Colleagues of the Goethe University Frankfurt am Main**
Prof. Dr. Ulrich Baltzer and
Prof. Dr. Christoph Krehl,
who were the co-organizers of the compact seminars at all universities.
- **The translators at the seminars**
in Lviv (2012) Tetyana Komschak and Rostislav Kunets
as well as
Anna Boucheleva, Kateryna Torovska and Aleksandr Karpelev,
but especially Anna Royt in Odessa, Kharkiv and Frankfurt (2013),
who actively provided and made possible the basics for academic communication.
- **The translators**
Kelly Neudorfer (English) and
Luba Maier (Ukrainian),
who patiently, tirelessly, swiftly – and not only linguistically – translated the legal essays.

- **Sponsoren**, denen wir die Realisierung der Blockseminare und die Drucklegung dieses Bandes verdanken, vor allem der Dorothee und Felix Elgeti-Stiftung, der Stiftung zur Förderung der internationalen wissenschaftlichen Beziehungen der Goethe-Universität Frankfurt am Main, den Freunden und Förderern der Goethe-Universität e.V., dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität und einigen privaten Förderern.
- **Allen hilfreichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern meiner Professur** für Kriminologie und Strafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität,
- **und vor allem den einsatzfreudigen Seminaristinnen und Seminaristen** der vier beteiligten Universitäten.
- **Patrick Brodersen**, dem Sohn des Fotografen Broder Brodersen, danke ich für die Druckgenehmigungen und seinen positiven Zuspruch zum Gesamtprojekt.

Peter-Alexis Albrecht
 Berlin im Oktober 2013

- **Спонсорам**, яким ми завдячуємо реалізацію блоку семінарів та друкування цього видання:
Перш за все, це – незалежному фонду ім. Доротеї і Фелікса Ельгети,
Фонду сприяння розвитку міжнародних наукових зв'язків Університету Гете м. Франкфурт-на-Майні,
друзям та прихильникам товариства Університету Гете,
юридичному факультету Університету Гете та окремим приватним спонсорам.
- **всім співпрацівникам моєї кафедри** кримінології та кримінального права юридичного факультету Університету Гете **за дієву допомогу.**
- **та передусім ініціативним учасникам семінарів** чотирьох університетів, які активно приймали участь у проекті.
- **Патріку Бродерсен**, сину фотографа Бродера Бродерсена, я хочу висловити щирю вдячність за дозвіл на друкування та його позитивний відгук про весь проект.
- **The sponsors** for making possible the realization of the compact seminars and the print of this publication, especially the Dorothee and Felix Elgeti Foundation, the foundation for the promotion of international scientific relationships at the Goethe University Frankfurt am Main, friends and sponsors of the Goethe University e.V., the faculty of law at the Goethe University and several private sponsors.
- **All helpful assistants at my professorship** of criminology and criminal law at the faculty of law at the Goethe University Frankfurt am Main,
- **and especially the motivated seminar participants** of the four participating universities.
- I am grateful to **Patrick Brodersen**, the son of the photographer Broder Brodersen, for the imprimatur and encouragement to the project.

Peter-Alexis Albrecht
Berlin, October 2013

Петер-Алексіс Альбрехт
Берлін, жовтень 2013 року

The judicial mechanisms in Western Europe as well as Germany and in Ukraine are not so different as they might seem at first glance. In both countries the norm constructions were, to a significant degree, initiated externally. So, the three normative areas presented in the book – corruption, data protection, and xenophobia/racism – show similar if somewhat different characteristics. Yet, the norm application in both countries leaves much to be desired.

What is still not recognized by the economic policies of the EU is the relationship between cause and effect. This can be seen most clearly in the essays using the example of corruption. The authors argue that without distinct and secure social structures, corruption cannot be prevented. It is compensation for wealth which is inaccessible to all citizens. Only those people who possess something can keep it. If the economic situation is more balanced, corruption will become superfluous for socio-structural reasons because wealth will be accessible to everyone through legal opportunities. Corrupt actions are therefore not a question of morality or recognition of norms but a question of economic and social hardship, at least in cases where corruption is as pervasive as it is in Ukraine today. Also the separation of powers and judicial independence are still capable of being improved in Ukraine, as is argued in the essays, whereby in particular the lack of a constitutional court for all citizens weighs heavily on the negative side.

Furthermore, the law is to be measured using the standards of legal principles, which were fought for and secured by human rights and science. That applies to both countries, though. Due to its strong constitutional legality, Germany is better able to protect human rights. The judiciary is more independent, even if the subject of the independence of the third power in Germany is virulent. In the areas of corruption, data protection, and xenophobia, it is a different picture, as the essays of students from Ukraine and Germany show. Here, both countries could cooperate and exchange experiences.

Altogether, our compact seminars showed that the exchange of (academic) youth can be the right way to a common future for Ukraine and Germany. Just as the German-French friendship worked toward the West, nearly 50 years later it should work toward Ukraine and further east. Primarily friendship makes peaceful cooperation – informal and supporting – possible.

Peter-Alexis Albrecht

