

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

nr 3. 2007

thema



# Arbeit geben – Arbeit nehmen

recht & gesellschaft

Die Grenze

Moscheen und Bauverbote

TBR, WTO and Private Interests

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 14,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG  
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

Judith Schacherreiter · Alexia Stuefer · Matthias C. Kettemann · Lukas Oberndorfer

# Umbrüche im Migrationsregime

Lukas Oberndorfer

Die relativ starke Konjunktur und eine entsprechend prononciert geführte Kampagne von Seiten der Arbeitgeberinstitutionen führten diesen Spätsommer zu dem Regierungskonsens den österreichischen Arbeitsmarkt weiter für ausländische FacharbeiterInnen und Hochqualifizierte zu öffnen. Mittels einer novellierten Fachkräfteverordnung 2008 werden die Kontingente für FacharbeiterInnen aus den neuen Mitgliedsländern der EU erhöht, ab 2009 erfolgt die völlige Liberalisierung für qualifizierte Arbeitskräfte. Für HilfsarbeiterInnen soll der Arbeitsmarkt jedoch – unter möglichst vollständiger Ausschöpfung der in den Beitrittsverträgen vereinbarten Übergangsfristen – bis 2011 abgeschottet bleiben. Darüber hinaus erhöhte eine Änderung der Niederlassungsverordnung die Zuwanderungsquote für Schlüsselarbeitskräfte aus Drittstaaten.

Hoffnungen dahingehend, dass die im Rahmen der Kampagne für eine Arbeitsmarktöffnung generierte Stimmung für eine Rücknahme der restriktiven Bestimmungen des Fremdenrechtspakets 2005 nutzbar gemacht werden könne und zu einem Überdenken der Zuwanderungspolitik bezüglich MigrantInnen aus gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und ökologischen Notlagen führen würde, sind jedoch auf Sand gebaut. Denn das Migrationsregime wird lediglich an einen wirtschaftlichen Umbruch angepasst, durch den die Ware *qualifizierte* Arbeitskraft knapp geworden ist. Die Informatisierung, Automatisierung und globale Restrukturierung der Produktionsprozesse – kurz: der Übergang zu einer postfordistischen Akkumulationsweise – stellt in den hochentwickelten Ländern neue Anforderungen an die Zusammensetzung des Produktionsfaktors Arbeit. Der Verwertungsprozess schreit nunmehr verstärkt nach gut Ausgebildeten. Ihre (Re-)Produktion ist jedoch langwierig und kostenintensiv, das steigert die internationale Nachfrage und Konkurrenz um die „besten Köpfe und Hände“.

Diese ökonomischen Regulationsimperative wirken auf die gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse und schreiben sich mittelbar in Gesetzgebung und Interpretation des Fremdenrechts ein. Während in der Hochphase des Fordismus in Österreich der Bedarf nach billigen, unqualifizierten Arbeitskräften durch Anwerbung von vor allem türkischen und jugoslawischen ArbeiterInnen gestillt wurde – und sich so ganze anatolische bzw kurdische Dörfer in den oftmals gesundheitsschädlichen Produktionsstätten wiederfanden – ging mit der durch die Ölkrise 1973 eingeleiteten Ablöse dieser Akkumulationsweise eine Wende im Fremdenrecht einher: Restriktive Handhabung des Passgesetzes 1969, Einführung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes 1976 und des Fremden- und Aufenthaltsgesetz 1993, zu dem ua die „Ostöffnung“ Anstoß gab (*Einwallner*, Juridikum 2006, 119). Diese legislative Entwicklung, welche im Fremdenrechtspaket 2005 kumulierte, hat neben der Bedienung rassistischer Ressentiments ein zentrales Steuerungsziel: die Zurückdrängung der Zuwanderung von unqualifizierter Arbeitskraft. Neben der Abschottung nach außen, werden bildungsferne MigrantInnen im Inneren, die gestern – eingepresst in die Produktion – noch als Quelle des Mehrwertes fungierten, heute zum *Gegenstand* eines Diskurses über Gefahren, denen unter dem zum Kampfbegriff gewordenen Topos „Integration!“ beizukommen ist.

Längst hat sich die staatliche Steuerung der Migration vertikal ausdifferenziert. Seit der Vergemeinschaftung der Einwanderungspolitik durch den Vertrag von Amsterdam (insb Art 63 Z 3 EGV) hat die europäische Ebene des politischen Mehrebenensystems ein beachtliches Instrumentarium zur Zurückdrängung der „illegalen“ – zumeist unqualifizierten – MigrantInnen entwickelt: ua koordiniert eine Europäische Agentur mit dem passend orwellischen Namen FRONTEX den Schutz der Außengrenzen, ein Maßnah-

menpaket soll die Abschiebep Praxis der Mitgliedstaaten effektuieren und durch vertragliche Verpflichtungen sowie finanzielle Unterstützung werden in der Union vorgelagerten Drittländern Kapazitäten zur Bekämpfung der illegalen Migration aufgebaut (KOM [2006] 402 endg). Welches Gewaltpotential der EU-Außengrenze mittlerweile innewohnt, wird an den sechs Meter hohen, mit Stacheldraht abgeschlossenen Zäunen der beiden europäischen Enklaven – Ceuta und Melilla – und an den Meeresengen zwischen Europa und Afrika ersichtlich. Bei dem Versuch ihrer Überwindung starben allein letzten Sommer 3000 Menschen (FAZ v 29.03.07, 2).

Durch die Verschärfung des Wettbewerbes der Wirtschaftsböcke um qualifizierte Arbeitskräfte – so ist die von der US-Exekutive gepushte Einführung eines Punktesystems, welches die Zuwanderung qualifizierter MigrantInnen weiter erleichtern sollte, nur vorerst gescheitert (Comprehensive Immigration Reform Act of 2007) – hat die Ausarbeitung der „Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt hoch qualifizierter Arbeitnehmer“ an Fahrt gewonnen. Noch diesen Herbst möchte die Kommission einen entsprechenden Vorschlag präsentieren. Ein gemeinsames, rasches Auswahl- und Zulassungsverfahren sowie die Einführung einer „Bluecard“, die nach zwei Jahren Arbeitstätigkeit in einem Mitgliedsland eine unionsweite Freizügigkeit gewährt, soll sicherstellen, dass hochqualifizierte MigrantInnen statt wie bisher nach Nordamerika, verstärkt in die EU einwandern. Ein Konzept zur Vermeidung des Brain Drains – also des Wegzugs von entwicklungs politisch dringend benötigten, qualifizierten Arbeitskräften – lässt sich, abgesehen von einigen Lippenbekenntnissen, nicht auffinden.

Eine historisch-kritische Betrachtung der Umbrüche des Fremdenrechts enthüllt die herrschenden Kriterien zur Kategorisierung von (migrierenden) Menschen: Wertvoll ist, wer *verwertbar* ist. Auch wenn mancher Kampagnen-Slogan nach Freiheit klingen mag, ist eine Gesellschaft, in der die Losung: „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen!“ verwirklicht ist und in der jede/r seinen/ihren Lebensraum frei wählen kann noch nicht in Sicht.

# Inhalt

## recht & gesellschaft

<b>Stefan Greimel</b>	Sind Bauverbote für Minarette zulässig? .....	123
<b>Christina Knahr</b>	The EC Trade Barriers Regulation .....	127
<b>Christopher Pollmann</b>	Die Grenze: Macht über Andere und Selbstkontrolle .....	131

## thema: arbeit geben – arbeit nehmen

<b>Joachim Stern</b>	Vorwort .....	138
<b>Nikolaus Dimmel</b>	Strukturwandel der Arbeitsbeziehungen .....	139
<b>Walter Gagawczuk</b>	Europäisches Arbeitsrecht am Scheideweg .....	143
<b>Ingrid Moritz</b>	Vom Dienstmädchen zur ausländischen Pflegerin – Kontinuitäten der Rechtlosigkeit .....	148
<b>Nora Melzer-Azodanloo</b>	Telearbeit in Österreich – rechtliche Bestandsaufnahme und Ausblicke .....	152
<b>Valentin Wedl</b>	Gewerkschaften, Grundfreiheiten und Generalanwälte .....	157
<b>Mario Candeias</b>	Prekarisierung als Kampf um soziale Rechte .....	161

## rubriken

vor.satz	<b>Lukas Oberndorfer</b> Umbrüche im Migrationsregime .....	113
merk.würdig	<b>juridikum-Studierendengruppe</b> Freiheit stirbt mit Sicherheit? .....	115
	<b>Miriam Broucek</b> Recht und gesellschaftliche Konflikte .....	118
tat.sache	<b>Ulrike Salinger</b> Antidiskriminierung .....	120
nach.satz	<b>Marianne Schulze</b> K4 – Die Strukturformel .....	168
impressum	.....	117

# Freiheit stirbt mit Sicherheit?

## Großveranstaltungen: der Umgang mit Grundfreiheiten in drei Ländern

Studierendengruppe juridikum

Großereignisse wie Sportveranstaltungen (zB EM 2008) und Demonstrationen gegen Treffen von Polit- und Wirtschaftseliten (zB G8) sind Nagelproben für den Umgang der Behörden mit dem Grundrecht auf persönliche Freiheit sowie der Meinungs- und Versammlungsfreiheit: ein Blick nach Deutschland, Österreich und in die USA.

### Probleme präventiver Maßnahmen<sup>1</sup>

Im Herbst soll der Nationalrat eine Novelle zum Sicherheitspolizeigesetz<sup>2</sup> absegnen. Damit soll eine Meldepflicht und Belehrung – sog „präventive Maßnahmen“ – für „amtsbekannte“ Hooligans vorgesehen werden (§§ 49b und 49c SPG). Demnach müssen Personen, die bei nicht länger als zwei Jahre zurückliegenden Sportgroßveranstaltungen unter Anwendung von Gewalt einen gefährlichen Angriff gegen Leben, Gesundheit oder fremdes Eigentum begangen oder gegen ein Betretungsverbot nach dem SPG verstoßen haben, mit einer Vorladung der Polizei in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer bestimmten Veranstaltung – zB vor oder während eines Fußballspiels – rechnen. Diese „präventive Anhaltung“ bei einer Sicherheitsdienststelle soll – dem Gesetzeswortlaut nach – der Belehrung des/der Betroffenen über „rechtskonformes Verhalten“ bei Sportevents dienen. Ein Verstoß gegen diese Auflage kann eine Verwaltungsstrafe bis zu 360 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 1500 Euro nach sich ziehen (§ 84 Abs 1a SPG). Presseberichten zufolge umfasst die heimische Hooligan-Datei derzeit rund 200 Personen, weitere 900 stehen unter Beobachtung. KritikerInnen se-

hen in der stundenlangen „Belehrung“ den Tabubruch der Präventivhaft verwirklicht – eine Lesart, die Innenminister Platter (ÖVP) ebenso öffentlich vertritt, wie sie Justizministerin Berger (SPÖ) zurückweist.

### Freien Versammlungen vorbeugen?<sup>3</sup>

Schauplatzwechsel zum deutschen Ostseebad Heiligendamm: Tausende Menschen – die Angaben schwanken zwischen 25.000 und 80.000 – machten in der Woche vom 2. bis zum 8.6.2007 von ihrem Recht auf Versammlungs- und Meinungsfreiheit Gebrauch. Ein breites Aktionsbündnis von christlich motivierten GlobalisierungskritikerInnen über GewerkschafterInnen bis hin zu sämtlichen linken Parteien Deutschlands rief zu Aktionen gegen den Gipfel der Großen Acht (G8)<sup>4</sup> auf. Begleitet wurden die Aktionen von medial breitgetretenen Ausschreitungen und polizeilichen Übergriffen. Über einhundert AnwältInnen des anwaltlichen Notdienstes<sup>5</sup> waren während dieser Woche vor Ort, um sofortigen Rechtsbeistand für TeilnehmerInnen der Demonstration leisten zu können. In einer ersten Bilanz bemängelte dieser die Kooperationsbereitschaft der Polizei: AnwältInnen wurden zB erst nach einer Verzögerung von bis zu neun Stunden zu Festgenommenen vorgelassen.

Weiters sprach die Polizei zahlreiche Platzverweise gem § 52 des dt Sicherheits- und Ordnungsgesetzes (SOG M-V) wegen verdächtigen Verhaltens aus. Der anwaltliche Notdienst verzeichnete an einem Tag rund 100 Platzverweise, die mittels einheitlichem DIN A4-Formblatt inklusive eines Stadtplans

von Rostock erteilt wurden. Ein Verstoß dagegen konnte zur Ingewahrsamnahme führen. Bei mehreren Platzverweisen drohte die Aufnahme des/r Betroffenen in die überregionale Polizeidatei als „gewaltbereite/r StörerIn“ und damit Vorbeugegewahrsam bei zukünftigen Demonstrationen. Nach Mitteilungen des Republikanischen AnwältInnenvereins Deutschland hat das Verwaltungsgericht Schwerin bei einigen dieser Platzverweise die „Bewegungsfreiheit“ der Betroffenen wiederhergestellt. Die größte „juristische“ Aufmerksamkeit bekam allerdings die Diskussion rund um den von G8-GipfelgegnerInnen geplanten Sternmarsch. In der Folge eine Kurzdarstellung der Ereignisse:

### 1:0 für die Versammlungsfreiheit<sup>6</sup>

16.5.2007: *Polizeidirektion Rostock* erlässt *Allgemeinverfügung* („alle Aufzüge unter freiem Himmel“ in einem 40 km<sup>2</sup> umfassenden Bereich um Heiligendamm werden zwischen dem 5. und 8.6. untersagt) und *Verbotsverfügung* (Verbotzone I = Sperrzaun + 200m; Verbotzone II = nochmals einige Kilometer vorgelagerter Bereich)

25.5.2007: Beschluss des *Verwaltungsgerichts Schwerin*: Dem eingelegten Widerspruch wird aufschiebende Wirkung zuerkannt, Voraussetzungen des §15 VersG nur für Verbotzone I gegeben. Begründung: Abwägungsdefizit.

31.5.2007: *Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern* weist mit Beschluss den Widerspruch gegen die Allgemein- und Verbotsverfügung mit der Begründung ab, dass eine Ersatzstrecke vorgeschlagen wurde.

6.6.2007: *BVerfG* lehnt Antrag auf Eilrechtsschutz für „Sternmarsch“ am 7.6.2007 ab.

Die oberverwaltungsgerichtliche Entscheidung<sup>7</sup> wird laut BVerfG dem hohen Rang der Grundrechte in einer Demokratie nicht gerecht. Es wird verkannt, dass jeder hoheitliche Eingriff in ein Grundrecht einer Rechtfertigung bedarf, nicht aber die Ausübung des Grundrechts an sich. Das durch Art 8 GG grundrechtlich

1) Die Autorin *Barbara Hofmann* studiert Rechtswissenschaften in Linz; barbara.hofmann@students.jku.at.

2) 158 der Beilagen XXIII. GP – Regierungsvorlage.

3) Siehe FN 1.

4) Die G8 sind keine durch völkerrechtlichen Vertrag eingerichtete Organisation, sondern ein internationales Netzwerk, das die Staaten Deutschland, Frankreich, Italien, Japan, Kanada, Russland, die USA und das Vereinigte Königreich umfasst.

5) Vgl. [www.rav.de/news//archive.php?show=month&month=June&year=2007](http://www.rav.de/news//archive.php?show=month&month=June&year=2007) (5.7.2007).

6) Die Autorin Mag.<sup>a</sup> Iva Jugovic ist Praktikantin bei Amnesty International in Berlin; largamos@hotmail.com.

7) Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern 3 M 53/07 v 31.5.2007.

geschützte Versammlungsrecht umfasst das Recht der VeranstalterInnen, selbst über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Versammlung zu bestimmen. Insb ist ihr Interesse geschützt, auf einen Beachtungserfolg nach ihren Vorstellungen zu zielen, zB durch eine möglichst große Nähe zu einem symbolträchtigen Ort, hier des G8-Gipfels. Bei einer verfassungskonformen Auslegung des §15 Abs 1 VersG muss darauf geachtet werden, dass Verbote nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und nur bei unmittelbaren, aus erkennbaren Umständen herleitbaren Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erfolgen.<sup>8</sup>

Die Einschränkungen werden von der Behörde auf die Gewährleistung von Vorsorge gegenüber gewalttätigen Übergriffen und ausreichenden medizinischen Versorgungsmöglichkeiten gestützt. Als gefährdete Rechtsgüter bezeichnet das Oberverwaltungsgericht die Beziehungen Deutschlands zu auswärtigen Staaten und das Ansehen der BRD.

Vom BVerfG wird festgehalten, dass der Schutz der Staatsgäste vom Schutzgut der öffentlichen Sicherheit umfasst ist. Entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts reiche die Befürchtung der Verschlechterung der auswärtigen Beziehungen, weil PolitikerInnen die Demonstrationen und Kundgebungen als unfreundlichen Akt gegenüber ihren Staaten empfinden könnten, nicht aus, um eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darzustellen. Jedenfalls könnten Empfindlichkeiten ausländischer PolitikerInnen Beschränkungen der Versammlungsfreiheit dann nicht rechtfertigen, wenn auf diese Weise der in Deutschland geschützte Meinungsbildungsprozess und der Schutz der darauf bezogenen Grundrechte der Meinungs- und Versammlungsfreiheit beeinträchtigt würden. Denn diese Rechte seien aus der Machtkritik erwachsen und der verfassungsrechtliche Schutz der Machtkritik sei nicht auf inländische MachttträgerInnen beschränkt.

Obwohl das polizeiliche Sicherheitskonzept vom BVerfG als verfassungswidrig gerügt wird, kommt es auf Grund des Demonstrationsgeschehens am 2.6.2007 – gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen DemonstrantInnen und PolizistInnen und Sachbeschädigungen – und der daraufhin aktualisierten Einschätzung der Gefahrenlage dennoch zu einer ablehnenden Entscheidung des BVerfG über den Antrag der VeranstalterInnen auf Eilrechtsschutz. Die Wirklichkeit hat das Recht aber überholt: Die Versammlungsfreiheit wird, wie immer in der Geschichte, auf der Straße am Ort des Geschehens und nicht vor Gerichten erobert.<sup>9</sup>

**Meinungsfreiheit und Proteste in den USA<sup>10</sup>**

Traditionell nimmt die Meinungsfreiheit in den USA – festgeschrieben im ersten Zusatzartikel der Verfassung – eine gewichtige Stellung ein. Dennoch kommt die Versammlungsfreiheit, als grundlegender Bestandteil der Meinungsfreiheit, zuletzt immer wieder in Bedrängnis; aber nicht erst seit den Anschlägen von 9/11. Auch in den USA waren Ausschreitungen rund um einen globalpolitischen Gipfel Anlass für Diskussionen über den Stand der Demonstrationsfreiheit: das „Battle of Seattle“, rund um das WTO-Ministertreffen 1999.

Nach unangemeldeten Blockaden durch AktivistInnen kam es zu Ausschreitungen, woraufhin Seattles Bürgermeister Paul Schell weitreichende „No Protest-Zones“ verhängte. In und um diese Zonen wurden in den folgenden Tagen hunderte WTO-KritikerInnen verhaftet.

Einige DemonstrantInnen erhoben Klage auf Entschädigung und Löschung der behördlichen Eintragung aufgrund der Verletzung ihrer in der Verfassung gewährleisteten Rechte. Die Klagen der im Verbotsbereich Verhafteten sind derzeit in Berufung.<sup>11</sup> Die außerhalb der Zone oder ohne hinreichende Warnung Festgenommenen gewannen ihren Fall

auf Basis einer Verletzung des vierten Zusatzartikels, also wegen ungerechtfertigter Festnahme, nicht wegen Verletzung der Meinungsfreiheit.<sup>12</sup>

Demonstrationsverbote hatten vor dem Supreme Court bisher nur dann Bestand, wenn sie „content-neutral“ (dh ohne inhaltliche Kriterien) konzipiert und angemessen waren, so etwa im Fall einer Abtreibungsklinik<sup>13</sup>, wo die Behörde mittels engen, „schwebenden“ Schutzzonen den Weg der Patientinnen in die Klinik ermöglichte.

Die Größe der Verbotszonen in Seattle könnte vom Obersten Gerichtshof als unangemessen beurteilt werden. Die Verhaftung friedlicher Demonstranten außerhalb der Sperrzone weisen darauf hin, dass Stadt und Polizeibeamte auch nicht „content-neutral“ vorgehen. Diese Art selektiven Vorgehens ist nicht zu rechtfertigen, wenn im Einzelfall keine Bedrohung anzunehmen war.

**Wenn „FreeSpeech-Zones“ die Meinungsfreiheit verletzen**

Ähnliche Fragen wirft eine andere Sicherheitsmaßnahme, die Errichtung sog „FreeSpeech-Zones“ auf, die DemonstrantInnen von vornherein bestimmte Zonen zuweisen. Etabliert bei Parteitage, werden solche Zonen angesichts der starken Proteste gegen die Politik von George W. Bush nun vermehrt bei Auftritten des Präsidenten angewandt. Tendenziell befinden sich diese Zonen weit abseits der auftretenden Politiker und der medialen Aufmerksamkeit.

Abermals werden Vorwürfe laut, die Beschränkungen wären nicht content-neutral. So klagt ein Ehepaar, das bei einer Wahlveranstaltung festgenommen wurde, nachdem sie sich geweigert hatten, ihre T-Shirts mit Sprüchen wie „Love America, Hate Bush“ abzuliegen.

Bei einem anderen Auftritt wurde ein Pensionist verhaftet, der sich weigerte, in eine FreeSpeech-Zone auszuweichen, die sich einen halben Kilometer vom Veranstaltungsort befand. Bush-Fans, die ebenso Tafeln mitgebracht hatten,

8) Vgl BVerfGE, 1 BvR 1423/07 (28) v 6.6.2007. Das BVerfG bezieht sich in dieser Entscheidung des Öfteren auf den sog „Brokdorf-Beschluss“ (BVerfGE 69, 315 v 14.5.1985), dieser ist der „Lehrbuchfall“ zum dt Versammlungsrecht; er definiert Grundsät-

ze einer verfassungskonformen Interpretation des VersG.

9) Pressemitteilung des Republikanischen Anwälttinnen- und Anwältevereins (RAV), 6.6.2007.

10) Der Autor *Brian-Christopher Schmidt* studiert Rechtswissenschaften in Wien; a0348977@unet.univie.ac.at.

11) Zuletzt teilweise Zurückweisung an die Erstinstanz: *Menotti v. City of Seattle*, 409 F.3d 1113 (9<sup>th</sup> Cir. 2005).

12) *Hickey v. City of Seattle*, No. C00-1672R, 2002 WL 32168077 (W.D. Wash. 2007).

13) *Hill v. Colorado*, (98-1856) 530 U.S. 703, 28.6.2000.



durften ihrer Begeisterung hingegen freien Lauf lassen.

KritikerInnen zu meiden ist wohl das Recht jeder Politikerin. Aber friedliche, passive Gegendemonstrationen sind keine Frage der öffentlichen Sicherheit – T-Shirts mit kritischen Slogans sind wohl nicht die erste Wahl von TerroristInnen. Hier geht es vielmehr um Meinungsfreiheit. Wie es um diese in den USA von heute bestellt ist, werden Ent-

scheidungen des Supreme Courts in den nächsten Jahren zu beurteilen haben.

*Die AutorInnen sind aktiv in der juridikum-Studierenden-gruppe; Wenn du Interesse an Mitarbeit hast, schick einfach ein Mail an: studierenden-gruppe.juridikum@reflex.at*

## Heftrückschau

Die juridikum-Themen seit 2001

*Auf [www.juridikum.at](http://www.juridikum.at) können Sie Einzelhefte bestellen; alle Ausgaben, die älter als zwei Jahre sind, können Sie im Volltext abrufen.*

- Heft 2/2007: Gender Migration – Sexarbeit – Frauenhandel
- Heft 1/2007: Urheberrechtsdebatten
- Heft 4/2006: Recht und Psychoanalyse
- Heft 3/2006: Kinder und Justiz
- Heft 2/2006: Lateinamerika und Europa
- Heft 1/2006: Der gläserne Mensch
- Heft 4/2005: Rechtsanthropologie
- Heft 3/2005: Öffentliche Dienstleistungen
- Heft 2/2005: Transitional Justice
- Heft 1/2005: Gesetzesfolgenabschätzung
- Heft 4/2004: Justiz und Randgruppen
- Heft 3/2004: Brechungen des Liberalismus
- Heft 2/2004: recht – macht – europa
- Heft 1/2004: Literatur und Recht
- Heft 4/2003: Der Konvent tanzt
- Heft 3/2003: Non-profit und Zivilgesellschaft
- Heft 2/2003: Das Recht des flexiblen Menschen
- Heft 1/2003: Historikerkommission und Vermögensrestitution
- Heft 4/2002: New Justice
- Heft 3/2002: Triumph des Privatrechts
- Heft 2/2002: Implosion der Bürgerrechte
- Heft 1/2002: im wilden net
- Heft 4/2001: Die Industrialisierung der Kommunikation
- Heft 3/2001: Eingebildete Ausbildung – Ausgebildete Einbildung
- Heft 2/2001: Spuren im Recht
- Heft 1/2001: Strafende Gerechtigkeit

Thema Heft 4/2007  
new technologies  
Thema Heft 1/2008  
Anti-Diskriminierung

## Impressum

### juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

### HerausgeberInnen

Univ.-Ass<sup>in</sup>. Mag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter  
RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer  
Mag. Matthias C. Kettemann  
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer

### Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21  
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77  
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589  
E-Mail: [order@verlagoesterreich.at](mailto:order@verlagoesterreich.at)  
[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

Redaktionsassistent: Mag<sup>a</sup>. Ingrid Faber

**Preis:** Jahresabonnement: Euro 45,-,  
Abo für Studierende, Erwerbslose, Zivil- und  
Präsenzdiener: Euro 19,-,  
Förderabonnement Euro: 56,-,  
Einzelheft: Euro 14,-

exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Mag<sup>a</sup>. Pia Abel; Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke,  
LL.M.; Miriam Broucek; Mag<sup>a</sup>. Nina Eckstein;  
RA<sup>in</sup> Mag<sup>a</sup>. Doris Einwallner; Univ.-Ass<sup>in</sup>. Dr<sup>in</sup> Iris  
Eisenberger, MSc.; Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl,  
LL.M.; Dr. Ronald Faber, LL.M.; Ass<sup>in</sup>. Mag<sup>a</sup>.  
Nicole Hofmann; Mag. Matthias C. Kettemann;  
Univ.-Ass. Dr. Konrad Lachmayer; Dr<sup>in</sup>. Nora  
Melzer-Azodanloo; Ass. Mag. Lukas Oberndorfer;  
Mag. Michael Reiter; Mag<sup>a</sup>. Ines Rössl; Mag<sup>a</sup>.  
Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter; Dr. Oliver Scheiber;  
Mag<sup>a</sup>. Marianne Schulze, LL.M.; ao. Univ.-Prof.  
Dr. Alexander Somek; RA Univ.-Prof. Dr. Richard  
Soyer; Mag. Thomas Sperlich; Mag. Joachim  
Stern; RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer; Ass. Mag. Dominik  
Thompson; Mag<sup>a</sup>. Alice Wagner; Univ.-Prof. Dr.  
Ewald Wiederin; RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Maria Windhager

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Juridikum-Studierendengruppe, Miriam Broucek,  
Mario Candeias, Nikolaus Dimmel, Walter  
Gagawczuk, Stefan Greimel, Christina Knahr,  
Nora Melzer-Azodanloo, Ingrid Moritz, Lukas  
Oberndorfer, Christopher Pollmann,  
Ulrike Salinger, Marianne Schulze,  
Joachim Stern, Valentin Wedl

### Offenlegung

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

Die grundlegende Richtung des **juridikum** ergibt  
sich aus den Context-Statuten und aus dem Inhalt  
der veröffentlichten Texte.

Erscheinungsort: Wien

### Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, [www.bux.cc](http://www.bux.cc)  
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung  
alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

### Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass<sup>in</sup>. Mag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter  
Institut für Europarecht, Internationales Recht  
und Rechtsvergleichung  
Juristische Fakultät der Universität Wien  
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien  
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351  
[judith.schacherreiter@univie.ac.at](mailto:judith.schacherreiter@univie.ac.at)  
RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer:  
[stuefer@anwaltsbuero.at](mailto:stuefer@anwaltsbuero.at)  
Mag. Matthias C. Kettemann:  
[matthias.kettemann@edu.uni-graz.at](mailto:matthias.kettemann@edu.uni-graz.at)  
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:  
[lukas.oberndorfer@univie.ac.at](mailto:lukas.oberndorfer@univie.ac.at)

Das **juridikum** ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe GutachterInnen ausgesandt, bevor über eine Veröffentlichung entschieden wird.

# „Recht und gesellschaftliche Konflikte – 80 Jahre Justizpalastbrand“ – ein Tagungsbericht

„Jede österreichische Tragödie beginnt, wie ich gesagt habe, mit einem Pallawatsch und mit einer Schlamperei“<sup>1</sup> – Der „Zeitknoten“ 15. Juli 1927

Miriam Broucek

Das Symposium „Recht und gesellschaftliche Konflikte – 80 Jahre Justizpalastbrand“ Anfang Juli war denkwürdiger Auftakt des Wiederauflebens der Reihe „Justiz und Zeitgeschichte“. Diese wurde 1975 vom damaligen Justizminister *Christian Broda* und der Historikerin *Erika Weinzierl* ins Leben gerufen und sollte juristische und zeitgeschichtliche Themen beleuchten, fand jedoch 2003 ihr vorläufiges Ende.

Viele Aspekte waren es, die zur Tragödie des 15. Juli 1927 geführt haben. Der Zusammenbruch der Monarchie war schlecht verdaut, die Wirtschaft lag trotz gelungener Bannung der Hyperinflation am Boden. Zunehmende Verunsicherung, Armut und Arbeitslosigkeit erzeugten eine fühlbar gesteigerte Aggression, die Klassengegensätze verschärfen sich zusehends. Dieser revolutionären Krise suchte man mittels eines patriarchalischen Prinzips beizukommen, indem man die alten Eliten aufrechterhielt und auf eine ständische Ordnung setzte. Wie der Historiker *Gerhard Botz* es formuliert, traf hier überdurchschnittliches Gewaltpotential der Bevölkerung auf überdurchschnittliche Gewaltbereitschaft des Staates.<sup>2</sup>

Eine lange Kette von Aufständen, Repressionen und Parteilichkeiten zog sich bereits durch die zwanziger Jahre der jungen Republik, deren letztes Glied mit den Freisprüchen des Schattendorfer Prozesses erreicht war. Un-

zweifelhaft lag eine vorrevolutionäre Stimmung in der Luft, die Ereignisse rund um den Brand des Justizpalastes lassen sich jedoch eher als Entladung kollektiven Unmutes, statt als Versuch der Herbeiführung eines gesellschaftlichen Wandels lesen. Was sich hier manifestierte, war schlichtweg das Empfinden grenzenloser Ungerechtigkeit, das nicht mehr hingenommen werden wollte und konnte. *Kurt Tucholsky* beschreibt diesen Ausbruch in einer Buchrezension von 1930: „Was damals geschehen ist, war einer der seltenen Fälle, wo sogar dem sanften Wiener der Geduldssaden riss und er eine unvollkommene Rache am Justizpalast nahm. Provoziert, bedrängt, herausgefordert, brach es los.“<sup>3</sup>

Obwohl der Justizpalast selbst nicht einmal erstes Ziel der Entrüsteten war – erst nachdem die Erstürmung der Universität und des Parlaments gescheitert war, versammelte sich die Menge am Schmerlingplatz – spricht einiges für die Interpretation des Ansturmes als symbolischen Angriff auf eine ihren Aufgaben nicht mehr gerecht werdende Justiz. Diese schien die Gerechtigkeit aus dem Recht gestrichen zu haben und war in den Augen der Massen zur Klassenjustiz verkommen. Nicht zuletzt waren im Justizpalast auch die Grundbücher der umliegenden Bezirke aufbewahrt, die die damals bestehenden Besitzverhältnisse verdeutlichten.

Der 15. Juli lässt sich als Trauma der 1. Republik lesen, als Läsion ihrer Psyche, beigebracht von ihren eigenen BürgerInnen. Die Wunde saß tief. Ein Sturm der Empörung, dokumentiert von den Medien, wallte infolge der 90 Todesopfer des „blutigen Freitages“ auf. Ganz in österreichischer Manier suchte die österreichische Administration, wie sich anhand der minutiösen Zusammenstellung von Zeitzeugnissen in „Der Fackel“ von Karl Kraus nachzeichnen lässt, die schon damals gewichtige Einnahmequelle des Fremdenverkehrs und das Außenbild Österreichs aufrecht zu erhalten: „Köstliche[r] Frieden, heitere Geselligkeit und bezaubernde österreichische Musik machen jeden Tag [...] zu einem Freudentag! Kommen Sie in die Berge, in die Seen [...]! Die in den Zeitungen berichteten Ausschreitungen eines verhetzten Pöbels haben sich lediglich auf einen kleinen Teil der Stadt Wien beschränkt [...]“<sup>4</sup>

Die Katastrophe der zahlreichen Toten und Verwundeten hat die Exekutive zu verantworten, indem sie rücksichtslos und mit scharfer Munition gegen die aufgebrauchte Masse vorging. Nicht nur aufgrund dieser Brutalität und dem Aussetzen jeglicher Ordnung, sondern auch wegen der sich anbietenden mystischen Überhöhung stellt der „Zeitknoten“<sup>5</sup> 15. Juli einen der wohl prägendsten Momente der 1. Republik dar. Zahlreiche Zeitdokumente, Photographien, Medienberichte, Beobachtungen von AugenzeugInnen und zeitgenössischen KritikerInnen sind überliefert. *Elias Canetti*, der selbst Zeuge der Ereignisse war, erlebte die Ausschreitungen des 15. Juli als hervorstechendstes Phänomen des 20. Jhdts und suchte sie in seinem Werk „Masse und Macht“ zu analysieren. Während die Eindrücke rund um den Brand des Justizpalastes in der Literatur und Philosophie ganz deutlich ihren Niederschlag fanden, gab es in der Juristerei hingegen keine nennenswerte Verarbeitung.

So zeigt sich auch am Beispiel des Justizpalastbrandes das nicht immer klare Verhältnis der österreichischen Justiz und RichterInnenschaft zu ihrer eigenen

1) *Otto Bauer*, zitiert in *Die Fackel* 766-770, Oktober 1927, 18.

2) *Gerhard Botz*, mündlicher Beitrag zu besprochenem Symposium.

3) *Peter Panter* (Pseudonym von *Kurt Tucholsky*), *Hering ist gut – Schlagsahne ist gut – wie gut ...*, *Die Weltbühne* v. 9.9.1930, 422.

4) Vgl. *Die Fackel* 766-770, Oktober 1927, 6.

5) *Gerald Stieg*, mündlicher Beitrag zu besprochenem Symposium.

gesellschaftspolitischen Funktion. Die RichterInnenschaft schloss sich nach dem 15. Juli 1927 weitgehend unreflektiert der Regierungslinie an, wenn sie auch anmerkte, keineswegs gegen die ArbeiterInnenschaft voreingenommen zu sein. Eine offensichtliche Distanz lässt sich jedoch nicht leugnen – vielfach kamen die RichterInnen aus bürgerlichen Schichten und waren durch ihr Standesdenken der ArbeiterInnenenschaft kaum freundlich gesinnt. Nicht nur zu diesem Zeitpunkt zeigte die Justiz wenig Sensibilität im Umgang mit zeitgeschichtlichen Ereignissen – bedeutendstes Exempel ist der Nationalsozialismus, in dem menschenverachtende Vorgaben des Gesetzgebers kritiklos hingenommen wurden. Eine Reflexion der eigenen politischen und gesellschaftlichen Rolle wurde lange Zeit gescheut, bzw hat immer noch nicht erschöpfend stattgefunden. *Wolfgang Aistleitner*, selbst Richter am Oberlandesgericht Salzburg, bezeichnete das historische Gedächtnis der österreichischen RichterInnenschaft als „unbekanntes Ist-Zustand“.<sup>6</sup> Beispielhaft für diese Haltung sind auch die „Salzburger Beschlüsse“ der Richtervereinigung aus 1982, die die richterliche Unabhängigkeit unterstreichen sollen, jedoch auch auf eine völlige Entpolitisierung der Justiz hinauslaufen. Eine Entpolitisierung nicht im Sinne einer notwendigen parteipolitischen Distanz, sondern vielmehr als apolitische Haltung einer Gruppe, die, wenn man Recht als Regelung gesellschaftlicher Wertekonflikte versteht, wichtiger Akteur politischer Entscheidungsprozesse ist.

Neben den bereits angesprochenen soziologischen und politischen Ursachen war der „Schattendorf-Prozess“ mit seinem höchst umstrittenen Urteil zentraler Auslöser für die Unruhen des 15. Juli 1927. Das damalige Geschworenengericht sprach die drei wegen Ermordung zweier Menschen im Laufe einer Versammlung im burgenländischen Schattendorf Angeklagten frei. Die Geschworenen hatten keine der Hauptfragen mit einer Mehrheit bejahen können. Dieser Freispruch führte zu einem

Aufschrei der zeitgenössischen Medien und der Gesellschaft. „Schurkerei“ nannten es die einen, allen voran *Friedrich Austerlitz*<sup>7</sup>, Chefredakteur der Arbeiterzeitung, einen „bewundernswürdig geleiteten Prozeß“<sup>8</sup> hingegen die Christlich-Sozialen und Regierungstreuen. Einschnitt war er aber auch für die Sozialdemokratie, die am Anfang der 1. Republik zu einer dominierenden politischen Kraft angewachsen war. Gerade die Geschworenengerichtsbarkeit sollte doch die Beteiligung des Volkes an der Rechtsprechung, wie sie auch in Art 91 Abs 2 österreichische Bundesverfassung verankert ist, und somit eine demokratische Justiz und die Verhinderung einer „Kabinettsjustiz“ sichern. Sie war eine Errungenschaft der Revolution von 1848 und auch der Sozialdemokratie von Anfang an wichtiges Anliegen. Und nun hatten diesen folgenschweren Freispruch ausgerechnet Laien getroffen, die zur Hälfte aus der ArbeiterInnenschaft stammten – wenn auch zu bedenken ist, dass Voreingenommenheiten und Beeinflussungen nicht zufriedenstellend geklärt werden konnten. Wie *Gerhard Botz* schon 1976 feststellte<sup>9</sup>, gelang dem Austromarxismus keine zufriedenstellende Klärung grundlegender Rechtsfragen. Die Sozialdemokratie war nicht gewillt, die einzig logische Konsequenz aus den Begebenheiten zu ziehen und das gesamte Rechtswesen in Frage zu stellen, sondern richtete sich lieber – auch mit Aussicht auf eine parlamentarische Mehrheit – im bestehenden politisch-gesellschaftlichen System ein.

Abgesehen von ideologischen Fragen bleibt die Beteiligung von Laien an der Gerichtsbarkeit weiterhin zu hinterfragen. Seit ihrer Einführung 1848/49 (in Folge zweimal ausgesetzt, um 1950 endgültig wieder eingeführt zu werden) war sie stets umstritten. Fehleranfälligkeit, Überforderung der Geschworenen, zumal sie regelmäßig bei besonders schweren Delikten zu entscheiden haben, leichtere Beeinflussbarkeit durch Medien und Öffentlichkeit sowie die Gefahr unsachlicher Entscheidungen – der Wahrspruch ist nicht zu begründen – sind bis heute nicht von der Hand zu

weisende Argumente, die an der Institution zweifeln lassen. *Roland Miklau*, Sektionschef des Justizministeriums i.R., betonte in seinem Beitrag, dass die Laienbeteiligung dennoch aus demokratiepolitischen Gründen ein unverzichtbares Element der Rechtsprechung sei, sie diene der Kontrolle der Rechtsprechung durch das Volk. So ist die Geschworenengerichtsbarkeit auch in Art 91 Abs 2 österreichische Bundesverfassung verankert.

Überzeugender Weg, die bestehenden Unzulänglichkeiten zu beseitigen, ist eine grundlegende Reform der Geschworenengerichtsbarkeit – siehe dazu etwa eine diesbezügliche parlamentarische Anfrage des Abg *Hannes Jarolim*<sup>10</sup>. So könnten eine bessere Ausbildung der Geschworenen, eine verbesserte Rechtsbelehrung der LaienrichterInnen und Fragenbesprechung vor der Urteilsfällung und vor allen Dingen die Einführung einer schriftlichen Begründungspflicht des Urteils (die derzeit fehlende Begründungspflicht stellt eine erhebliche Spannung zum rechtsstaatlichen Prinzip dar) wesentlich zu einer umfassenden Rehabilitierung der Institution Laiengerichtsbarkeit beitragen. Das Regierungsprogramm der derzeitigen Regierung führt eine Reform der Geschworenengerichtsbarkeit jedenfalls an.

Der Justizpalast, vielfach überhöhtes Symbol der Gerechtigkeit, ist zwar schlussendlich nur ein Gebäude. Dennoch ist er mit seiner Inbrandsetzung fest verbunden und so auch in den Gedächtnissen der nachfolgenden Generationen verankert – als Sinnbild, wie die Welt aus den Fugen geraten kann, wenn das Recht nicht mehr fähig ist, die Gesellschaft zu strukturieren und zu stabilisieren.

*Die Beiträge zum Symposium werden im Herbst 2007, vom BMJ herausgegeben, erscheinen.*

*Miriam Broucek studiert Rechtswissenschaften und Philosophie an der Universität Wien; miriam.broucek@reflex.at.*

6) *Wolfgang Aistleitner*, mündlicher Beitrag zu besprochenem Symposium.

7) *Friedrich Austerlitz*, Die Mörder von Schattendorf freigesprochen, Arbeiterzeitung, 15.07.1927, 1

8) *Friedrich Funder*, Ein klares Urteil, Reichspost v 15.07.1927, 1.  
9) *Gerhard Botz*, Zum Verhältnis von Politik und Rechtswesen in der ersten Republik (Vortrag 1976).

10) Anfrage 940/J XII GP von Abg *Hannes Jarolim* betreffend einer Reform der Geschworenengerichtsbarkeit.



# Antidiskriminierung

## Ein Leitfaden zur Durchsetzung von Gleichbehandlung

Ulrike Salinger

Tagtäglich werden Menschen in Österreich diskriminiert. Das ist leider eine Tatsache. Wichtig ist, zu wissen, dass Diskriminierung verboten ist. Genau so wichtig ist es, Diskriminierungen aufzuzeigen und die rechtlichen Instrumente gegen Diskriminierung zu nutzen, um Bewusstsein zu schaffen.

### 1. Fallbeispiele

#### 1.1. Die Imbissbude

Herr O., Herr D. und Herr S., österreichische Staatsbürger sudanesischer Herkunft, möchten bei einer Imbissbude etwas zu trinken bestellen. Die Kellnerin nimmt die Bestellung nicht an und beruft sich auf ihren Chef, der ihr gesagt hat, alle Menschen mit dunkler Hautfarbe würden Drogen verkaufen und daher dürfe sie die drei Männer nicht bedienen.<sup>1</sup>

#### 1.2. Die Fahrtschullehrerin

Frau D., die homosexuell ist und als Fahrlehrerin in einer Fahrschule arbeitet, wird von ihren männlichen Kollegen durch frauenfeindliche Witze und die Aussage, man könne sie nicht von einem Mann unterscheiden, belästigt. Als sie neben PKW-Fahrstunden auch Motorradfahrstunden beantragt, intervenieren ihre Kollegen, sodass die Frau schließlich gekündigt wird.<sup>2</sup>

#### 1.3. Die Wohnungssuche

Frau Z., bosnischer Herkunft, die eine Wohnung sucht, erfährt bei dem ersten

Telefonat mit dem Vermieter – als dieser ihren Akzent hört –, dass er keine Menschen nicht österreichischer Herkunft in seinem Haus dulde und ihr die Wohnung daher nicht vermiete.

### 2. Das gesetzliche Diskriminierungsverbot

Bereits seit 1979 existiert in Österreich ein Gleichbehandlungsgesetz<sup>3</sup> (GIBG). Dieses regelte in seiner ursprünglichen Fassung die Gleichbehandlung von Frauen und Männern bei der Festsetzung des Entgelts. Dieses Gesetz novellierte der Bundesgesetzgeber in den vergangenen Jahren mehrmals, wobei vor allem der Geltungsbereich erweitert wurde, sodass heute Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ua bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, beim beruflichen Aufstieg, bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung, bei sonstigen Arbeitsbedingungen und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verboten ist.

Im Jahr 2004 wurde das GIBG zur Umsetzung der Richtlinien 2000/78/EG<sup>4</sup> und 2000/43/EG<sup>5</sup> grundlegend novelliert. Seit Juli 2004 sind nunmehr zwei Gesetze in Kraft, die Gleichbehandlung sicherstellen sollen: das Bundesgesetz über die Gleichbehandlung und das Bundesgesetz über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft.<sup>6</sup> Letzteres enthält Bestimmungen zu den beiden, sich speziell mit Diskriminierung befassenden Institutionen.

Das GIBG beinhaltet nunmehr ein Verbot der Diskriminierung in der Arbeitswelt aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung. Darüber hinaus ist Diskriminierung, jedoch ausschließlich jene aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, auch in den sonstigen Bereichen – damit sind die Bereiche Bildung, Sozialschutz und soziale Vergünstigungen sowie Güter und Dienstleistungen (darunter fällt auch Wohnraum) gemeint – verboten.

Der Schutz gegen Diskriminierung aufgrund von Behinderung wurde auf Bundesebene in einem eigenen Behindertengleichstellungspaket<sup>7</sup> geregelt, wohingegen auf Länderebene – außer in Wien<sup>8</sup> – der Diskriminierungsgrund der Behinderung von dem jeweiligen Landes-Gleichbehandlungsgesetz bzw Landes-Antidiskriminierungsgesetz umfasst ist.

Um ein umfassendes Bild der in Österreich in zahlreichen Gesetzen geregelten Gleichbehandlungsbestimmungen wiederzugeben, sei auch das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz<sup>9</sup> (B-GIBG) erwähnt, das Bestimmungen zu Gleichbehandlung ohne Unterschied des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung im öffentlichen Dienst enthält, wobei in Abgrenzung zum Bereich Bildung iSd GIBG erwähnenswert ist, dass vom Geltungsbereich des B-GIBG auch Sonderbestimmungen für Landeslehrerinnen und Landeslehrer<sup>10</sup> sowie für Angehörige von Universitäten (auch Student/innen)<sup>11</sup> umfasst sind.

Die in Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG ergangenen Bestimmungen auf Landesebene, die für Landesbedienstete sowie für all jene Bereiche, die in die Kompetenz

1) Vgl *BMGF/BMWA (Hrsg)*, Bericht der Gleichbehandlungsanwaltschaft 2004 und 2005 gemäß § 24 GBK/GAW-Gesetz, <http://www.frauen.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=23404>, 152 (30.07.2007).  
 2) Vgl Bericht der Gleichbehandlungsanwaltschaft 2004 und 2005 gemäß § 24 GBK/GAW-Gesetz, <http://www.frauen.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=23404>, 130 (30.07.2007).  
 3) BG über die Gleichbehandlung von Frau und Mann bei der Festsetzung des Entgelts, BGBl I 108/1979.

4) RL 2000/78/EG v 27. 11.2000 des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000/L 303/16.  
 5) RL 2000/43/EG des Rates v 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000/L 180/22.  
 6) BGBl I 66/2004.  
 7) Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz (BGStG) sowie Änderung des Behinderteneinstellungsgesetzes, des Bundesbehindertengesetzes, des Bundessozialamtgesetzes,

des Gleichbehandlungsgesetzes, des Bundesgesetzes über die Gleichbehandlungskommission und die Gleichbehandlungsanwaltschaft sowie des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl I 82/2005.  
 8) Lediglich die Dienstordnung, LGBl für Wien Nr 29/2004, enthält ein Diskriminierungsverbot aufgrund Behinderung, das Gesetz zur Bekämpfung von Diskriminierung (Wiener Antidiskriminierungsgesetz), LGBl für Wien Nr 35/2004 jedoch nicht.  
 9) BGBl I 65/2004.  
 10) § 40 B-GIBG.  
 11) §§ 41, 42 B-GIBG.

der Länder fallen – wie zB Sozialhilfe – gelten, bieten großteils umfassenderen Schutz vor Diskriminierung als das GIBG, da Ungleichbehandlung in sonstigen Bereichen in vier Bundesländern<sup>12</sup> aufgrund aller sieben Diskriminierungsmerkmale<sup>13</sup> verboten ist. Im Burgenland und in Oberösterreich ist lediglich die Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes vom Geltungsbereich außerhalb der Arbeitswelt ausgenommen, in Wien sind Geschlecht und Behinderung ausgenommen und Niederösterreich und Vorarlberg sehen – wie auf Bundesebene – in den sonstigen Bereichen ausschließlich Diskriminierungsschutz aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit vor.

Abzuwarten bleibt wie die Richtlinie 2004/113/EG<sup>14</sup>, die geschlechtsspezifische Diskriminierung im Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Dienstleistungen bekämpft, in Österreich umgesetzt werden wird. Vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen, sind die Bereiche Bildung, Sozialschutz und soziale Vergünstigungen, wodurch ein im Vergleich zur Richtlinie 2000/43/EG und damit auch zu Teil III des GIBG eingeschränkter Diskriminierungsschutz besteht. Eine 1:1 Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG in österreichisches Recht würde daher zu einer weiteren Hierarchisierung innerhalb des GIBG führen, die es nach Ansicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft zu vermeiden gilt.

### 3. Was ist Diskriminierung?

Diskriminierung ist eine Unterscheidung aufgrund eines verpönten Merkmals, die zu einer Benachteiligung führt. Ungleichbehandlung kann in verschiedenen Formen auftreten. Unmittelbare Diskriminierung<sup>15</sup> ist am einfachsten zu erkennen und beinhaltet die Benach-

teiligung eines Menschen zB aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit gegenüber einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation. Der seine Mitarbeiterin zu Diskriminierung anhaltende Chef – wie in dem Eingangsbeispiel dargestellt – diskriminiert in Form einer Anweisung<sup>16</sup>. Eine diffizilere Erscheinungsform von Ungleichbehandlung ist die mittelbare Diskriminierung, die vorliegt, wenn auf den ersten Blick als neutral erscheinende Vorschriften oder Kriterien Personen, die zB einem Geschlecht angehören, besonders benachteiligen können. Sind die Vorschriften oder Kriterien jedoch durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich, so liegt keine Diskriminierung vor. Diese Rechtmäßigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung ist ausschließlich bei Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung durchzuführen.

Eine weitere Form von Diskriminierung ist die Belästigung. Darunter wird jedes unerwünschte Verhalten verstanden, das im Zusammenhang mit einem Diskriminierungsgrund steht, die Würde des betroffenen Menschen verletzt und ein demütigendes Umfeld schafft wie zB die Beschimpfung eines Kollegen durch einen anderen Kollegen mit den Worten: „Du Zwiebelfresser, schleich dich zurück nach Rumänien“<sup>17</sup> oder auch sexuelle Belästigungen in der Arbeitswelt.

### 4. Rechtsfolgen von Diskriminierung

Wenn es zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt oder auch in den sonstigen Bereichen gekom-

men ist, sieht das GIBG grundsätzlich einen Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und einen Anspruch auf immateriellen Schadenersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung vor. Die Bemessung der Höhe des Schadenersatzes bleibt weitestgehend den Gerichten überlassen, da das GIBG nur vereinzelt zB bei Diskriminierung bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses<sup>18</sup> oder bei diskriminierender Nicht-Beförderung<sup>19</sup> Schadenersatzgrenzen vorsieht. Bei Belästigung legt das GIBG einen Mindestschadenersatz von € 400 bzw bei sexueller Belästigung mindestens € 720 fest.

Eine zentrale Frage in Fällen von Diskriminierung ist oft der Beweis, dass ein diskriminierendes Motiv für die Benachteiligung ausschlaggebend war. Kann die Frau – wie in dem Eingangsbeispiel erwähnt – beweisen, dass sie aufgrund ihrer sexuellen Orientierung und ihres Geschlechts gekündigt und belästigt wurde? Das GIBG sieht eine Erleichterung für die sich diskriminiert fühlende Person und damit den/die Kläger/in vor. Dabei wird die Beweislast teilweise auf die beklagte Partei verschoben: Nachdem der/die Kläger/in die Diskriminierung glaubhaft gemacht hat, hat die beklagte Partei zu beweisen, dass es bei Abwägung aller Umstände wahrscheinlicher ist, dass ein nicht diskriminierendes Motiv ausschlaggebend war.<sup>20</sup> Die einschlägigen EG-Richtlinien<sup>21</sup> verlangen nach Ansicht der Gleichbehandlungsanwaltschaft eine wirkliche Beweislastumkehr und nicht den Beweis einer höheren Wahrscheinlichkeit.

### 5. Unterstützung bei der Rechtsdurchsetzung

Neben den Landes-Gleichbehandlungs/antidiskriminierungsstellen, die in Fäl-

12) Kärnten, Salzburg, Steiermark und Tirol.  
 13) Dazu zählt die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion, der Weltanschauung, des Alters, der sexuellen Orientierung, oder aufgrund von Behinderung.  
 14) RL 2004/113/EG des Rates v 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004/L 373/37.  
 15) §§ 5 Abs 1, 19 Abs 1, 32 Abs 1 GIBG.  
 16) §§ 5 Abs 3, 19 Abs 3, 32 Abs 3 GIBG.  
 17) Vgl *BMGF/BMWA (Hrsg)*, Bericht der Gleichbehandlungsanwaltschaft 136.

18) §§ 12 Abs 1, 26 Abs 1 GIBG: „[...] mindestens ein Monatsentgelt, wenn der/die Stellenwerber/in bei diskriminierungsfreier Auswahl die Stelle erhalten hätte oder bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Stellenwerber/in durch die Diskriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.“  
 19) §§ 12 Abs 5, 26 Abs 5 GIBG: „[...] die Entgelt Differenz für mindestens drei Monate, wenn der/die Arbeitnehmer/in bei diskriminierungsfreier Auswahl beruflich aufgestiegen wäre, oder bis 500 Euro, wenn der/die Arbeitgeber/in nachweisen kann, dass der einem/einer Arbeitnehmer/in durch die Dis-

kriminierung entstandene Schaden nur darin besteht, dass die Berücksichtigung seiner/ihrer Bewerbung verweigert wird.“  
 20) Vgl §§ 26 Abs 12, 12 Abs 12 und 35 Abs 3 GIBG.  
 21) RL 97/80/EG des Rates vom 15. 12. 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl 1998/ L 14/6; RL 2000/43/EG des Rates v 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl 2000/L 180/22; RL 2000/78/EG v 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000/L 303/16.

Jede(r) ist fast überall fremd ...

Sie sind von Zebra  
oder Streifen:  
Sie müssen  
schlanker



... lieber gleich



lesen!

**zebratl – Informationen zu Asyl und Migration**  
**Bestellen Sie unser Fachmagazin jetzt –**  
**informieren Sie sich und helfen Sie uns!**

Einzelheft: € 4,-      Alle Ausgaben unter: [www.zebra.or.at/zebratl.html](http://www.zebra.or.at/zebratl.html)  
Einsteiger-Abo (3 zum Preis von 2 Ausgaben!): € 8,-      Rufen Sie uns an: 0316 / 908070-25  
zebratl-Jahresabo (5 Nummern): € 15,-      oder senden Sie uns eine E-Mail: [zebratl@zebra.or.at](mailto:zebratl@zebra.or.at)

Verein ZEBRA | Interkulturelles Beratungs- und Therapiezentrum | Pestalozzistraße 59/II, 8010 Graz



len von Diskriminierungen im Sinne des jeweiligen Landesgesetzes zuständig sind, dem Behindertenanwalt und den Landesstellen der Bundessozialämter, die Schlichtungsverfahren bei Diskriminierung aufgrund Behinderung durchführen, können sich Menschen, die sich aufgrund ihres Geschlechts, ihrer ethnischen Zugehörigkeit, ihrer Religion oder Weltanschauung, ihres Alters oder ihrer sexuellen Orientierung diskriminiert fühlen an die Anwaltschaft für Gleichbehandlung<sup>22</sup>, wenden. Die Gleichbehandlungsanwaltschaft ist eine bereits seit 1991 bestehende Einrichtung des Bundes zur Umsetzung des Menschenrechts auf Gleichbehandlung. Die Hauptaufgabe der Anwaltschaft für Gleichbehandlung ist Beratung und Unterstützung von Menschen, die sich im Sinne des GIBG diskriminiert fühlen. Dabei werden neben kostenlosen und vertraulichen Beratungsgesprächen Auskünfte bei den Personen, die vermutlich gegen das GIBG verstoßen haben, eingeholt. Die Gleichbehandlungsanwältinnen vertreten und vermitteln bei Verhandlungen im Vorfeld

eines Verfahrens. Auf Wunsch der von Diskriminierung Betroffenen wird auch ein Verfahren bei der Gleichbehandlungskommission eingeleitet.

Die Gleichbehandlungskommission<sup>23</sup>, die ebenfalls eine Einrichtung des Bundes ist, prüft im Einzelfall oder allgemein in Form eines Gutachtens<sup>24</sup> in einem kostenlosen, vertraulichen und relativ formfreien Verfahren, in dem es zu keiner Gegenüberstellung der beiden Parteien kommt, ob ein Verstoß gegen das GIBG vorliegt. Das Prüfungsergebnis der Gleichbehandlungskommission kann bei Gericht als Beweismittel vorgelegt werden, wobei die Richter/innen ein davon abweichendes Urteil begründen müssen.<sup>25</sup> Ansprüche auf Schadenersatz sowie Ersatz für die erlittene persönliche Beeinträchtigung aufgrund eines Verstoßes gegen das GIBG sind bei Gericht geltend zu machen.

Diskriminierung soll Konsequenzen haben. Dazu braucht es nicht nur ein Gesetz, sondern auch Menschen, die bereit sind, sich gegen Diskriminierung zur Wehr zu setzen, Menschen, die als

Zeug/e/in aussagen, als Vertreter/innen von Betroffenen agieren und insb. braucht es auch Arbeitgeber/innen und Dienstleistungsanbieter/innen, die sich gegen Diskriminierung und für Gleichbehandlung einsetzen.

*Mag.<sup>a</sup> Ulrike Salinger  
Juristin und Mediatorin, ist  
seit März 2005 bei der Anwaltschaft  
für Gleichbehandlung  
in der Funktion der Anwältin  
für die Gleichbehandlung ohne  
Unterschied der ethnischen  
Zugehörigkeit in sonstigen  
Bereichen tätig;  
[ulrike.salinger@bka.gv.at](mailto:ulrike.salinger@bka.gv.at)*

**Das Juridikum 1/08 beschäftigt sich in seinem Schwerpunkt mit Anti-Diskriminierung.**

**In diesem sollen Konzepte und gesetzliche Vorgaben der Gleichbehandlung sowie der Diskriminierungs-Alltag thematisiert werden.**

**Das „thema“ wird von Sandra Konstatzky und Marianne Schulze koordiniert; [sandra.konstatzky@bmgf.gv.at](mailto:sandra.konstatzky@bmgf.gv.at), [m.s@humanrightsconsultant.at](mailto:m.s@humanrightsconsultant.at)**

22) § 3 ff GBK/GAW-Gesetz.  
23) § 1 f GBK/GAW-Gesetz.

24) Anonymisierte Entscheidungen der Gleichbehandlungskommission: <http://www.frauen.bka.gv.at/site/5542/default.aspx>.  
25) Vgl § 61 GIBG.



# Sind Bauverbote für Minarette zulässig?

Stefan Greimel

## 1. Einleitung

### 1.1. Der „Minarett-Streit“

Die Zahl der Menschen in Österreich mit islamischem Glaubensbekenntnis wächst zweifellos, sie hat sich von 1981 bis 2001 mehr als vervierfacht.<sup>1</sup> Spannungen, was den Gebrauch von traditionell-islamischen Symbolen im Alltag betrifft, nehmen zu. In den letzten Jahren vermehren sich in Österreich Konflikte um die Errichtung von Gebetstürmen. Beispielhaft seien hier nur der Bau einer Moschee mit zugehörigem Minarett in Telfs<sup>2</sup> sowie in Bad Vöslau<sup>3</sup> genannt. Auch in Deutschland gibt es ähnliche Debatten, wie etwa derzeit im Hinblick auf die geplante Errichtung der landesweit größten Moschee in Köln.<sup>4</sup> Sobald bekannt wird, dass eine örtliche Glaubensgemeinschaft eine Errichtung plant, werden etwa von Teilen der lokalen Bevölkerung Unterschriften gegen das Projekt gesammelt und Protestkundgebungen organisiert; es wird versucht, auf Entscheidungsträger Einfluss zu nehmen, um den Bau zu verhindern.<sup>5</sup> Die Ablehnung scheint sich dabei nicht so sehr gegen islamische Gebetshäuser zu richten, sondern vor allem gegen die Gebetstürme als sichtbares Zeichen; der Errichtung eines Minaretts stehe der Schutz des traditionellen Landschafts- und Ortsbildes entgegen. Be-

gründet wird die Ablehnung aber oft auch damit, dass Minarette Symbole eines unbedingten religiösen Machtanspruchs des Islam über das Christentum seien.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang wird auf das Beispiel des türkischen Ministerpräsidenten Recep Tayyip Erdoğan verwiesen, der 1997 bei einer Wahlveranstaltung aus einem Gedicht von Ziya Gökalp zitierte: „Die Moscheen sind unsere Kasernen, die Minarette unsere Bajonette, die Kuppeln unsere Helme und die Gläubigen unsere Soldaten.“<sup>7</sup> Freilich wird dabei nicht erwähnt, dass Erdoğan 1998 aufgrund dieser Aussage wegen Anstiftung zu religiösem Hass zu zehn Monaten Haft verurteilt wurde, von denen er vier abbüßte.<sup>8</sup>

### 1.2. Bauverbot angestrebt

Islam-Gegner in der Schweiz wollen das Problem auf grundsätzlicher Ebene lösen: Unter Führung von Exponenten der rechtskonservativen Schweizer Volkspartei (SVP) sowie der Rechtspartei Eidgenössische Demokratische Union (EDU) wurde eine Initiative lanciert, deren Ziel es ist, in Art 72 der Schweizer Bundesverfassung folgenden Absatz einzufügen: „Der Bau von Minaretten ist verboten.“ Es sollen 100.000 Unterschriften gesammelt werden, um eine Volksabstimmung darüber zu erzwingen.<sup>9</sup>

Während der Präsident der österreichischen islamischen Glaubensgemeinschaft, *Anas Schakfeh*, die Errichtung neuer Moscheen fordert,<sup>10</sup> wird der Gedanke des generellen Verbots von Minaretten nun auch in Österreich aufgegriffen. Der LH von Kärnten, *Jörg Haider*, stellt fest: „Die [Kärntner] Bauordnung wird so verschärft, dass gewisse Dinge, die gegen unsere Baukultur verstoßen, nicht stattfinden, und ein Minarett hat bei uns nichts verloren.“<sup>11</sup> Gebetstürme sollen demnach als Störung des Ortsbildes deklariert werden.<sup>12</sup> In dem bereits angeführten FPÖ-Entschließungsantrag<sup>13</sup> wird sogar eine entsprechende Änderung der Bundesverfassung verlangt. Damit wird natürlich die Frage aufgeworfen, ob es zulässig sein kann, ein generelles Bauverbot für Minarette durch ein Landesgesetz oder eine Bundesverfassungsbestimmung in die österreichische Rechtsordnung einzufügen.

Ein solches Verbot könnte den völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), namentlich der Religionsfreiheit, und, sofern die Norm im Rang eines einfachen Gesetzes erlassen wird, anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten<sup>14</sup> zuwiderlaufen. Als weiterer völkerrechtlicher Vertrag ist der UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte<sup>15</sup> zu beachten. In dessen Art 18 wird ua die Religionsfreiheit normiert. Aufgrund seiner eingeschränkten Durchsetzbarkeit<sup>16</sup> soll an dieser Stelle nur darauf hingewiesen werden, dass eine Verletzung des Art 9 EMRK aufgrund des sehr ähnlichen Wortlauts der Bestimmungen<sup>17</sup> gleichzeitig wohl auch eine Verletzung des Art 18 UN-Zivilpakt bedeuten würde.<sup>18</sup>

Da Österreich zur Gewährleistung der Rechte der EMRK völkerrechtlich verpflichtet ist, könnte selbst die

1) Vgl. *Statistik Austria*, Volkszählungen 1951 bis 2001, abrufbar unter [http://www.statistik.at/web\\_de/static/bevoelkerung\\_nach\\_dem\\_religionsbekenntnis\\_und\\_bundeslaendern\\_1951\\_bis\\_2001\\_022885.pdf](http://www.statistik.at/web_de/static/bevoelkerung_nach_dem_religionsbekenntnis_und_bundeslaendern_1951_bis_2001_022885.pdf) (23.7.2007).

2) Die Presse v 27.5.2006.

3) Die Presse v 23.2.2007.

4) Vgl. Der Standard v 31.7.2007, 2f.

5) Zur „Soziologik“ und politischen Kultur des Konflikts um die Errichtung von Minaretten vgl. *Hüttermann*, Das Minarett (2006), 29ff, am Beispiel Halle/Westfalen (Deutschland).

6) Vgl. Der Standard v 31.7.2007, 2f.

7) Vgl. den Entschließungsantrag mehrerer FPÖ-Abgeordneter vom 6.6.2007, 248/A(E) XXIII. GP.

8) Die Welt v 22.9.2004.

9) Neue Zürcher Zeitung v 4.5.2007.

10) Vgl. Die Presse v 25.8.2007.

11) Die Presse v 25.6.2007.

12) Vgl. Die Presse v 27.8.2007.

13) Vgl. FN 7.

14) Die EMRK hat in Österreich auch den Rang eines Verfassungsgesetzes; BGBl 59/1964.

15) Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v 16.12.1966, 999 UNTS 171, in

weiterer Folge: „UN-Zivilpakt“.

16) Vgl. *Nowak*, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002) 95.

17) Vgl. *Nowak*, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll: CCPR-Kommentar, Art 18 Rn 23.

18) Der UN-Zivilpakt kann im weiteren Verlauf jedoch zumindest als wertvolle Interpretationsquelle dienen.



Erlassung des Bauverbots im Verfassungsrang Österreich nicht von der Einhaltung der EMRK dispensieren. Daher kann man sich bei der weiteren Prüfung auf die Frage beschränken, ob ein generelles Verbot des Errichtens von Minaretten, etwa durch eine entsprechende Bestimmung in einer (einfachgesetzlichen) Bauordnung eines Bundeslandes, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig wäre.

## 2. Verfassungsrechtliche Bedenken

### 2.1. Religionsfreiheit

#### 2.1.1. Relevante Normen

Als relevante verfassungsrechtliche Normen sind für die Prüfung Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV St. Germain sowie Art 9 EMRK in Betracht zu ziehen; grundsätzlich gewähren sie das Recht auf Glaubens- bzw Religionsfreiheit.<sup>19</sup> Sowohl in Bezug auf den Schutzbereich als auch die Schranken geht aber Art 9 EMRK über die Gewährleistungen des Art 14 StGG (und teilweise auch des Art 63 Abs 2 StV St. Germain) hinaus, daher hat dieser Vorrang.<sup>20</sup> Zur Frage, unter welchen Bedingungen die Religionsfreiheit eingeschränkt werden kann, zieht der VfGH sowohl Art 9 Abs 2 EMRK als auch Art 63 Abs 2 StV St. Germain heran: Art 9 EMRK stellt die Freiheit der Religionsausübung unter einen materiellen Gesetzesvorbehalt, Grundrechtseingriffe müssen daher gesetzlich vorgesehen sein, einen in Art 9 Abs 2 EMRK genannten Zweck verfolgen und darüber hinaus in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.<sup>21</sup> Nach Art 63 Abs 2 des StV St. Germain haben alle Einwohner Österreichs das Recht auf freie Religionsausübung, sofern dies nicht mit der öffentlichen Ordnung oder mit den guten Sitten unvereinbar ist. Dem

VfGH zufolge sei der in Art 63 Abs 2 StV St. Germain enthaltene Vorbehalt enger gefasst als jener des Art 9 Abs 2 EMRK, allerdings werde der Schrankenvorbehalt des Art 63 Abs 2 StV St. Germain durch die Verfassungsnorm des Art 9 EMRK näher konkretisiert.<sup>22</sup> Daher ist davon auszugehen, dass der VfGH „[i]m Ergebnis [...] in ‚Kombination‘ der beiden Schrankenvorbehalte für die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht der Religionsfreiheit [verlangt], dass dieser auf Gesetz beruht und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten notwendig ist. Es findet somit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Sinne des Art 9 Abs 2 EMRK statt, wobei die legitimen Ziele, die mit einer Grundrechtsbeschränkung verfolgt werden dürfen, auf jene in Art 63 Abs 2 StV St. Germain beschränkt sind.“<sup>23</sup>

#### 2.1.2. Schutzbereich

Art 9 Abs 1 EMRK schützt ua die Religion. Jedermann hat Anspruch darauf, seine Religion privat oder öffentlich, etwa durch Gottesdienste oder durch Beachtung religiöser Gebräuche, auszuüben. Von Befürwortern des „Minarett-Verbots“ wird vorgebracht, dass die Errichtung eines Minaretts nicht in den Schutzbereich der Religionsfreiheit falle, weil Gebetstürme für die ungehinderte Ausübung der Religion nicht erforderlich seien.<sup>24</sup> Eine Rechtsprechung des EGMR oder des VfGH liegt zu dieser Frage nicht vor.<sup>25</sup>

Die Religionsfreiheit umfasst neben der inneren Religionsfreiheit (forum internum) auch die Freiheit der Religionsausübung (forum externum), also das Recht, entsprechend der eigenen religiösen Überzeugung Handlungen durchzuführen. Mit der Ausübungsform der „Beachtung religiöser Gebräuche“ werden Handlungen geschützt, die in

Zusammenhang mit kultischen Ritualen stehen; darunter fällt etwa auch das Geläut von Kirchenglocken oder der Ruf des Muezzins.<sup>26</sup> Da dieser Ruf klassischerweise von einem Minarett aus erfolgt, könnte man annehmen, dass die logische Voraussetzung hierfür, eben die Errichtung eines Gebetsturmes, ebenfalls in den Schutzbereich der Religionsausübungsfreiheit fallen muss.<sup>27</sup> Der Bau von Minaretten fällt aber (auch) unter die Ausübungsform „Gottesdienst“: Unter Gottesdienst ist typischerweise die Form religiöser Anbetung und Verkündung zu verstehen.<sup>28</sup> Gottesdienste werden in eigens dafür eingerichteten Räumen abgehalten, daher umfasst die Religionsausübungsfreiheit notwendig wohl auch das Recht, dem religiösen Selbstverständnis entsprechende Gebäude zu errichten.<sup>29</sup> Zur näheren Auslegung des Begriffes kann man auch auf den UN-Zivilpakt zurückgreifen. In seiner Allgemeinen Bemerkung zu Art 18 leg cit stellt der UN-Menschenrechtsausschuss fest: „The concept of worship extends to ritual and ceremonial acts giving direct expression to belief, as well as various practices integral to such acts, including the building of places of worship, the use of ritual formulae and objects, the display of symbols, and the observance of holidays and days of rest.“<sup>30</sup> Unter die im Rahmen des Art 18 UN-Zivilpakt geschützte Ausübungsform „Gottesdienst“ fällt also auch die Errichtung von Kultstätten („building of places of worship“) wie auch die Zurschaustellung von Symbolen („display of symbols“).

In einschlägigen Verfahren in Deutschland wurde durch religionswissenschaftliche Gutachten bestätigt, dass ein Minarett einen beträchtlichen Symbolwert für den Islam und für die Identität der muslimischen Glaubensgemeinschaft darstellt.<sup>31</sup> Obwohl für die

19) Vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>6</sup>, 2005) Rn 935.

20) Vgl. Grabenwarter, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2005) Art 14 StGG RN 7; VfSlg 13.513/1993.

21) Vgl. Grabenwarter, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2003), Art 9 EMRK Rn 33.

22) VfSlg 15.394/1998.

23) Grabenwarter in Korinek/Holoubek Art 14 StGG Rn 7.

24) Vgl. beispielsweise BZÖ-Pressaussendung vom 27.8.2007, OTS0085 5 II 0303 BZO0003.

25) Vielleicht kann gerade aber auch das als Beweis gelten, dass man bisher zu Konsenslösungen in der Lage war.

26) Vgl. Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) 222f.

27) Wie auch für das Glockengeläut zuvor notwendigerweise ein Glockenturm errichtet werden muss.

28) Vgl. Frowein, in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention (1996) Art 9 Rn 11.

29) Vgl. Wieshaider, Von Moscheebau und Muezzinruf, in Hartsch et al (Hrsg), Religion und Weltanschauung im säkularen Staat (2001) 159.

30) Menschenrechtsausschuss (UN-Zivilpakt), Allgemeine Bemerkung Nr. 22 (Art. 18), abrufbar unter [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/9a30112c27d1167cc12563ed004d8f15?Opendocument) (5.7.2007).

31) Vgl. Wieshaider, Moscheebau 159 mwN.

Errichtung islamischer Gebetsräumlichkeiten – und die Religionsausübung darin durch Gebete – der Bau eines Minaretts nach islamischem Glauben nicht zwingend notwendig ist, wird also davon auszugehen sein, dass die Errichtung einer Moschee mit Minarett unter die von Art 18 des UN-Zivilpaktes geschützte Religionsfreiheit fällt. Aufgrund des sehr ähnlichen Wortlauts dieser Bestimmung mit Art 9 EMRK liegt es nahe, der dort normierten Religionsfreiheit bzw der Ausübungsform „Gottesdienst“ die gleiche Reichweite zu unterstellen. Die Errichtung eines Minaretts fällt daher in den Schutzbereich des Art 9 EMRK.

### 2.1.3. Eingriff

Der Staat greift in die Religionsfreiheit ein, wenn er Handlungen, die einen Zusammenhang mit der Religionsausübung aufweisen, verbietet oder mit Strafe belegt.<sup>32</sup> Durch ein generelles Verbot der Errichtung einer islamischen Kultstätte bzw eines islamischen Symbols durch Gesetz würde ein solcher Eingriff zweifellos vorliegen. Die Religionsfreiheit wird allerdings nicht absolut geschützt, sondern kann Beschränkungen unterworfen werden. Es ist daher zu prüfen, ob der festgestellte Eingriff in die Religionsfreiheit gerechtfertigt werden kann, wobei sich die legitimen Ziele iSd Art 63 Abs 2 StV St. Germain nur auf die öffentliche Ordnung bzw die guten Sitten beziehen dürfen.

### 2.1.4. Rechtfertigung des Eingriffs?

Der öffentlichen Ordnung dient die Einhaltung jener Normen, die aus öffentlich-rechtlicher Sicht dem ungestörten und reibungslosen Zusammenleben der Menschen bzw der Aufrechterhaltung des religiösen Friedens dienen.<sup>33</sup> Es ist dabei ein gewisses Gewicht des öffentlichen Interesses notwendig, zu dessen Gunsten die Grundrechtsbeschränkung erfolgen soll.<sup>34</sup>

Bei der Erörterung der Ziele der Regelung darf man jedoch nicht in eine

Stellvertreterdebatte<sup>35</sup> ableiten: Mit einem Minarett-Bauverbot wird man beispielsweise Integrationsprobleme oder Zwangsehen nicht verhindern nicht lösen können. Daher ist zu fragen, zu welchem Zweck gerade das Bauverbot in einer demokratischen Gesellschaft iSd Art 9 Abs 2 EMRK notwendig sein soll; andere Problemfelder sind dabei außer Acht zu lassen.

Als Regelungsziele eines Minarett-Verbots werden angeführt, dass dadurch der Erhalt der traditionellen Baukultur und damit des gewohnten Landschafts- und Ortsbildes gesichert werden soll bzw eine Störung der religiösen Harmonie und Toleranz ob der (behaupteten) Symbolwirkung von Minaretten für einen Dominanzanspruch des Islam über das Christentum verhindert werden soll.<sup>36</sup>

In den landesgesetzlichen Bauordnungen bestehen Vorschriften, die an das Äußere von Bauten hinsichtlich Form, Ausmaß und Farbe bestimmte Anforderungen stellen, damit diese unter Berücksichtigung des örtlichen Baucharakters nicht störend wirken.<sup>37</sup> Diese Normen dienen unbestritten der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung. Da sich religiös motivierte Bauten nicht jeglicher raumordnungs- und baurechtlicher Regulierung entziehen können,<sup>38</sup> werden Ziele wie der Schutz des traditionellen Landschafts- und Ortsbildes sowie der Schutz vor ungebührlichen Belästigungen aber bereits durch bestehende Vorschriften verfolgt. Geprüft wird etwa, ob ein Bau den Charakter einer Ortschaft stören würde, wobei im Sinne einer erforderlichen Abwägung die Errichtung umso eher nicht bewilligt werden wird, je mehr das Ortsbild durch das Projekt „negativ“, etwa durch eine besondere Höhe oder einen außergewöhnliche Gestaltung, beeinflusst wird.<sup>39</sup> Es kann daher durchaus sein, dass der im öffentlichen Interesse gelegene Umgebungsschutz gewisse Standorte für Minarette ausschließt bzw besondere Anforderungen an

ihre Gestaltung stellt.<sup>40</sup> Ein generelles Bauverbot von islamischen Gebetstürmen ist aber jedenfalls unzulässig: Weil der Zweck bereits durch andere Bestimmungen erfüllt wird, fehlt es an der Erforderlichkeit einer solchen Regelung; diese ist in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Berechtigt (und abstrakt schwer zu beantworten) ist hier die Frage, ob die Erschwerung der Errichtung von Gebetstürmen etwa durch eine „Verschärfung“ der baurechtlichen Vorschriften möglich wäre. Da der Bau eines Minaretts von der Religionsfreiheit erfasst ist, wird dies, ebenso wie eine sehr restriktive Anwendung der bestehenden Vorschriften, aber iSd Verhältnismäßigkeitsprinzips dann nicht mehr zulässig sein, wenn der Gebetsturm seine beabsichtigte Funktion einbüßen würde. Auch im Hinblick darauf, dass Grundrechtsschutz gerade auch Minderheitenschutz sein muss,<sup>41</sup> erscheint es unverhältnismäßig, die Errichtung eines Kultbaus prinzipiell mit der Begründung zu untersagen, dass er sich nicht in die von der christlichen Mehrheitsreligion geprägte Umgebung einfüge.<sup>42</sup>

Bleibt schließlich noch der Einwand, dass Minarette einen Dominanzanspruch des Islam über das Christentum symbolisieren und daher verboten werden müssten. Zumindest abstrakt ist eine derartige Symbolwirkung nicht auszuschließen, so könnte man sich den Extremfall vorstellen, dass bspw damit begonnen wird, gerade neben Kirchen doppelt so hohe muslimische Gebetstürme zu errichten. Vorweg ist zu klären, ob sich aus der Rechtsordnung eine entsprechende Verpflichtung für den Staat ergibt, hier einzuschreiten und Bauverbote bzw Einschränkungen zu erlassen.

Neben der klassischen abwehrrechtlichen Dimension des Schutzes des Einzelnen vor Eingriffen des Staates statuieren die Rechte der EMRK auch Gewährleistungspflicht des Staates.<sup>43</sup> Zweifellos bejaht wird, dass der Staat

32) Vgl *Grabenwarter*, in *Korinek/Holoubek* Art 9 EMRK Rn 29f.

33) Ebenda, Rn 38.

34) Vgl *Müller*, Über die Grenzen der Religionsfreiheit am Beispiel des Schächtens, in *FS Adamovich* (2002) 518.

35) Vgl *Hüttermann*, Minarett 9.

36) Vgl zu den Argumenten der „Minarett-Gegner“ FN 4, 5, 10, 11 und 24.

37) Vgl *Jahnel*, Baurecht in *Bachmann et al* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*<sup>6</sup> (2006) 385.

38) Zu den bestehenden einschlägigen Normen vgl *Wieshaider*, 40) Vgl *Wieshaider*, Regeln 144.

Profane Regeln für sakrale Bauten, *bbl* 2003, 138ff.

39) Vgl *Bundschuh-Rieseneder*, *Rechtliche Rahmenbedingungen für die Errichtung von Moscheen oder Gebetstürmen in Tirol*, *bbl* 2007, 79.

40) Vgl *Wieshaider*, Regeln 144.

41) Vgl *Berka*, *Die Grundrechte* (1999) Rn 7.

42) Vgl *Wieshaider*, Regeln 144.

43) Vgl *Grabenwarter*, *Europäische Menschenrechtskonvention*<sup>2</sup> 117ff.

Vorkehrungen zur Aufrechterhaltung des religiösen Friedens treffen muss, „um in einem Klima von gesellschaftlicher Toleranz [...] die ungestörte Religionsausübung zu gewährleisten.“<sup>44</sup> „In einer demokratischen Gesellschaft, in der mehrere Religionen [...] nebeneinander bestehen, kann es sich als notwendig erweisen, die Ausübung der Religion [...] zu beschränken, um die Interessen der verschiedenen Gruppen auszugleichen und um den Respekt vor den Überzeugungen eines jeden sicherzustellen.“<sup>45</sup> In einer Situation also, wo eine Religionsgemeinschaft aggressiv auftritt und religiöse Symbole errichtet, durch die sich eine andere Glaubensgemeinschaft bedroht oder respektlos behandelt fühlen muss, werden eine Schutzpflicht des Staates zu bejahen und dementsprechende Einschränkungen bzw Verbote zulässig sein.

Allerdings ist festzustellen, dass aktuell derartige Überlegungen theoretischer Natur bleiben: Bei den in Rede stehenden Bauten<sup>46</sup> geht oder ging es um kleine Projekte die auch hinsichtlich der Standortwahl kaum als gegen die religiöse Toleranz und Harmonie gerichtet betrachtet werden können. Schließlich drängt sich hier auch der Vergleich mit christlichen Kirchtürmen auf, die von der Symbolik her Minaretten nicht unähnlich sind; vermutlich dienten syrische Kirchtürme als Vorbild für die ersten islamischen Gebetstürme.<sup>47</sup> Tatsächlich ist derzeit aber wohl eher von einer sehr dominanten Stellung der christlichen Kirchtürme in Österreich auszugehen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese durch die christliche Tradition des Landes historisch bedingt sind und den religiösen Bedürfnissen der weit überwiegenden christlichen Bevölkerung dienen. Insofern ist die „Dominanz“ von Kirchtürmen nicht weiter problematisch. Aufgrund deren starken Präsenz dürfte aber die Errichtung von einzelnen moslemischen Gebetstürmen umso weniger geeignet sein, den religiösen Frieden in einer Weise zu stören, die ein Einschreiten des Staates notwendig macht. Die religiöse

Harmonie und Toleranz in der demokratischen Gesellschaft würde wohl im Gegenteil genau dadurch verletzt, dass einer speziellen Glaubensgemeinschaft untersagt wird, eines ihrer religiösen Symbole zu errichten und sich damit öffentlich sichtbar zu machen.

Daher ist davon auszugehen, dass ein generelles Bauverbot für Minarette auch nicht durch den „unbedingten Machtanspruch“, den Gebetstürme angeblich symbolisieren, gerechtfertigt werden kann und deshalb wegen Verstoßes gegen die durch Art 9 EMRK iVm Art 63 Abs 2 StV St. Germain garantierte Religionsfreiheit unzulässig wäre.

## 2.2. Ungerechtfertigte Diskriminierung

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass ein generelles Bauverbot für Gebetstürme auch gegen den Gleichheitssatz des Art 7 B-VG<sup>48</sup> sowie gegen Art 14 EMRK verstoßen würde. Letzterer untersagt in Bezug auf die Garantien der EMRK jede Diskriminierung. Es ist aber nicht erforderlich, dass ein anderes Konventionsrecht bereits verletzt wurde, der Sachverhalt muss lediglich in den Regelungsbereich („ambit“) eines Konventionsrechts fallen, wobei der EGMR thematische Einschlägigkeit genügen lässt.<sup>49</sup> Selbst wenn man also die Religionsfreiheit Art 9 EMRK durch ein generelles Bauverbot für Minarette nicht als verletzt erachtet, etwa weil man davon ausgeht, dass dieses nicht in den Schutzbereich der Religionsfreiheit fällt, so wäre dadurch zumindest der Regelungsbe- reich des Art 9 EMRK betroffen und daher zu prüfen, ob die Bestimmung nicht diskriminierend ist.

Zweifellos wäre ein Minarett-Bauverbot eine Ungleichbehandlung der islamischen gegenüber der christlichen Glaubensgemeinschaft, weil die Errichtung von Kirchtürmen weiterhin zulässig wäre. Angesichts der obigen Ausführungen ist festzustellen, dass diese Differenzierung wohl nicht gerechtfertigt werden könnte und daher gegen Art 7 B-VG sowie Art 14 iVm Art 9 EMRK verstoßen würde.

## 3. Conclusio

Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre ein generelles Bauverbot für Minarette wegen Verletzung der Religionsfreiheit, des Gleichheitssatzes und des Diskriminierungsverbotes der EMRK jedenfalls nicht zulässig. Der „Absicherung“ des Bauverbots mit einem Verfassungsgesetz stehen völkerrechtliche Verpflichtungen entgegen; eine Verurteilung durch den EGMR könnte dadurch nicht verhindert werden. Abgesehen von den juristischen Aspekten scheint eine solche Regelung aber auch aus politischen Gründen nicht wünschenswert: Gerade diese konfliktträchtige Thematik ist ein Prüfstein für die Offenheit und Toleranz unserer Gesellschaft. Wenn man an ein generelles Bauverbot für Minarette denkt, fühlt man sich in Zeiten des josephinischen Toleranzpatents zurückversetzt, wo es Protestanten zwar erlaubt war, ihren Glauben in privaten Räumlichkeiten auszuüben, das Bethaus aber keine Glocken, keine Türme und keinen öffentlichen Eingang von der Straße haben durfte. Ganz im Gegenteil könnte die Errichtung von Gebetstürmen auch als positives Signal aufgefasst werden, das für Integration und Transparenz sorgt, weil es als Erkennungszeichen im besten Sinn dient. Verpönte „Hinterhof-Moscheen“ könnten so der Vergangenheit angehören.

*MMag. Stefan Greimel ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht der Karl-Franzens-Universität Graz; stefan.greimel@uni-graz.at*

44) Ebenda, 229.

45) EGMR 29.6.2004, Leyla Sahin, EuGRZ 2005, Rn 38.

46) Vgl FN 2, 3.

47) Vgl Wieshaider, Moscheenbau 156.

48) Art 7 Abs 1 Satz 2 B-VG: „Vorrechte [...] des Bekenntnisses sind ausgeschlossen.“

49) Vgl Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> 373f.



# The EC Trade Barriers Regulation

An appropriate instrument to protect private interests in case of violation of WTO law?

Christina Knahr

## 1. Introduction

Following the Uruguay Round of trade negotiations the European Union established a new mechanism for enforcement of the WTO Agreements. The Trade Barriers Regulation (hereinafter TBR)<sup>1</sup> provides for the possibility for private parties to bring a complaint about trade practices of third countries violating WTO law to the attention of the Commission and request action. This article discusses the benefits and deficiencies of this piece of legislation and asks whether it sufficiently protects private interests in the field of international trade. It will be argued that due to its scope of application the TBR can only complement, but not replace other forms of participation of non-state actors in the dispute settlement system of the WTO, i.e. as *amicus curiae*.

The legal basis for the Trade Barriers Regulation is Article 133 TEC, which concerns the common commercial policy. The TBR replaced the New Commercial Policy Instrument (NCPI)<sup>2</sup> and introduced a number of procedural and substantive changes.<sup>3</sup> It was specifically focused on the newly established WTO and could be seen as a counterpart to Sec-

tion 301 of the Trade Act of 1974<sup>4</sup> in the United States.<sup>5</sup> The TBR was the result of a fierce bargaining process among the Member States of the European Union. It formed part of the implementation of the negotiated agreements during the Uruguay Round of trade negotiations at the WTO and both its substantive as well as its procedural features were the outcome of an intense ideological and institutional bargaining process among EU Members.<sup>6</sup>

## 2. Procedure

The Commission has to decide on the opening of an examination procedure within 45 days after receipt of a complaint.<sup>7</sup> If the Commission finds that there is enough evidence to justify a procedure it will announce the initiation of an examination procedure in the Official Journal of the European Communities. Following this investigation it is in the discretion of the Commission to either determine that it is in the Community's interest to terminate the procedure or it could initiate consultation procedures under the DSU<sup>8</sup>. However, the Commission has to communicate its decision to the Member States which can refer the matter to the Council<sup>9</sup>, which can with

qualified majority revise the Commission's decision.<sup>10</sup> The Commission's decision will apply without changes if the Council has not acted within 30 days from the day on which the matter was referred to it.<sup>11</sup> In general the Commission may take any policy measures that are compatible with its existing international obligations, like suspension or withdrawal of any concession resulting from commercial policy negotiations, the raising of existing customs duties or the introduction of any other charge on imports, or the introduction of quantitative restrictions or any other measures modifying import or export conditions or otherwise affecting trade with the third country concerned.<sup>12</sup> However, if dispute settlement procedures under the WTO DSU are initiated measures can only be taken after the termination of that procedure and in accordance with the decisions made by the dispute settlement bodies.<sup>13</sup> The Commission has to publish its decision including its reasoning in the Official Journal. This publication constitutes notification to the countries and the parties primarily concerned.<sup>14</sup>

In deciding whether to choose the formal complaint procedure under the TBR or to take the route of political lobbying the Commission the fact that the Council can only revise the Commission's decision by qualified majority might prompt companies to favor choosing the TBR in order to pursue their rights: Lobbying Member States' representatives through the Article 133 Committee has the disadvantage that in this committee a single Member State can prevent action by the Commission. Due to its more difficult way to be blocked, the safer, more promising road is therefore that through the formalized complaint procedure of the TBR. This procedure might furthermore be advan-

1) Council Regulation (EC) No 3286/94 of 22 December 1994 laying down Community procedures in the field of the common commercial policy in order to ensure the exercise of the Community's rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization, Official Journal L 349, 31/12/1994 P. 0071 - 0078.

2) Council Regulation (EEC) No. 2641/84 of 17 September 1984; For a history of the TBR and the NCPI and a comparison between these two instruments see Bronckers M., „Enforcing WTO Law through the EC Trade Barriers Regulation“, 3 *International Trade Law Regulation* 76 (1997).

3) For more details of the changes introduced by the TBR see Bronckers, *supra* note 2.

4) 19 USC § 2411.

5) For a detailed comparison of the TBR and Section 301 see Mavroidis P. and Zdouc W., „Legal means to protect private parties' interests in the WTO: The Case of the EC New Trade Barriers Regulation“, 1 *JIEL* 407 (1998).

6) For a detailed analysis of this bargaining process see Molyneux C. G., „The Trade Barriers Regulation: The European Union as a Player in the Globalization Game“, 5 *European Law Journal* 375 (1999), at 391-401.

7) Art. 5 (4) TBR.

8) Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 33 ILM 1226 (1994).

9) Art. 14 (3) TBR.

10) Art. 14 (4) TBR.

11) Art. 14 (5) TBR.

12) Art. 12 (3) TBR.

13) Art. 12 (2) TBR.

14) Art. 12 (4) TBR.



tageous for small and medium-sized enterprises that do not have the resources that large, powerful enterprises have at their disposal to start political lobbying campaigns on a big scale. This inequality in resources certainly favors the existence of a formalized procedural option for all companies independent of their resources. These two arguments in favor of formalized procedures at the regional level almost exactly resemble the political „power struggle” at the international level. NGOs as well as private business companies might prefer direct access to the dispute settlement proceedings rather than being dependent on the political will of the governments to either take up or refuse their requests. It has been called a great success of the new dispute settlement system of the WTO compared to the old GATT that it had moved from the politically shaped trade diplomacy to a legally determined system of dispute settlement. However, also the DSU does not allow non-state actors to initiate WTO dispute settlement proceedings. Furthermore, it is important to note that not all groups among non-state actors even have an option of choosing between initiating legal proceedings under the TBR or going the political route. The option of a formal complaint procedure is not available to NGOs or individuals. Hence the only possibility for these groups to pursue their interests is through the political process, in particular through lobbying.

**3. Subjects entitled to make a complaint**

There are three „tracks” for initiating proceedings under the TBR. Under the „first track”, EC Member States possess the right to request the initiation of proceedings.<sup>15</sup> However, this option has up to now never been used. The „second track” comprises complaints brought by Community industries.<sup>16</sup> These first two tracks did already exist under the NCPI. The „third track” was newly introduced by the TBR. It covers actions by Community enterprises.<sup>17</sup> The threshold for

action is considerably higher in track two, where an industry as a whole has to be affected, than in track three, where an individual enterprise can lodge a complaint.

**4. Subject-Matter application of the TBR**

The purpose of the TBR is to „ensure the exercise of the Community’s rights under international trade rules, in particular those established under the auspices of the World Trade Organization which, subject to compliance with existing international obligations and procedures, are aimed at: responding to obstacles to trade that have an effect on the market of the Community, with a view to removing the injury resulting therefrom; responding to obstacles to trade that have an effect on the market of a third country, with a view to removing the adverse trade effects resulting therefrom.”<sup>18</sup> It follows from this provision that the WTO Agreements are within the scope of this Regulation. Trade in goods, trade in services and intellectual property are thus covered by the TBR.

There are a number of components in Articles 3 and 4 TBR, which constitute the essential provisions for initiating proceedings under this instrument. Two major differences between complaints lodged on behalf of a Community industry and complaints on behalf of a Community enterprise can be identified. First, in the case of complaints by a Community industry there has to be evidence that the obstacles to trade have resulted in *injury* to the industry, whereas a Community enterprise lodging a complaint has to prove that it had suffered *adverse trade effects* resulting from obstacles to trade. Second, for complaints of a Community industry obstacles to trade have to have an effect on the *market of the Community*, whereas complaints by a Community enterprise are admissible if obstacles to trade have an effect on the *market of a third country*. The threshold for taking action is therefore lower for Communi-

ty enterprises, since they only have to establish the existence of adverse trade effects rather than material injury, which certainly would be much harder to bring evidence for. However, it is not sufficient for a Community enterprise to establish that it had suffered from obstacles of trade. In order to be able to initiate proceedings under the TBR the enterprise has to establish that a broader interest of the Community is at stake, there has to be evidence of an impact on at least a region of the Community or on a sector of economic activity.<sup>19</sup>

The TBR defines obstacles to trade as „any trade practice adopted or maintained by a third country in respect of which international trade rules establish a right of action. Such a right of action exists when international trade rules either prohibit a practice outright, or give another party affected by the practice a right to seek elimination of the effect of the practice in question.”<sup>20</sup> The second sentence of this definition makes clear that both „violation complaints” and „non-violation complaints” under the WTO are covered by this Regulation. It is clear from the preamble to this Regulation that the international trade rules are those established under the auspices of the WTO and laid down in the Annexes to the WTO Agreement as well as those laid down in any other agreement to which the Community is a party and which sets out rules applicable to trade between the Community and third countries. However, there is a restriction with regards to the actionable rules for Community enterprises. According to Article 4 (1) TBR it is only permissible for them to lodge a complaint if the obstacle to trade is the subject of a right of action established under a multilateral or plurilateral trade agreements. Bilateral agreements between the Community and a third country are therefore actionable for Community industries but not for Community enterprises. This restriction has led to criticism and a demand for removal of this provision. It has been argued that this restriction is misplaced and that

15) Art. 6 TBR. similar to the product or service consumers or users of the service products or services in question.”  
 16) Art. 3 TBR; According to Art. which is the subject of an obstacle 17) Art. 4 TBR.  
 2 (5) TBR Community industry to trade, or of products or services to trade, or all those producers or 18) Art. 1 TBR.  
 means „all Community produc- competing directly with that prod- providers whose combined output 19) Art. 10 (4) TBR.  
 ers or providers, respectively: of- uct or service, or who are consum- constitutes a major proportion of 20) Art. 2 (1) TBR.  
 products or services identical or- ers or processors of the product or total Community production of the



**Blawg Austria**  
Juristisches Tagebuch

Täglich ein kritischer Kommentar zur aktuellen  
Gesetzgebung, Rechtsprechung,  
Verwaltungspraxis und Berufsbildung:

[www.verlagoesterreich.at](http://www.verlagoesterreich.at)

it would undercut the TBR. Allowing complaints under the TBR on the basis of bilateral agreements would help correct ineffective dispute settlement provisions contained in a number of such agreements.<sup>21</sup>

### 5. Cases brought under the TBR

So far twenty-four cases have been brought under the TBR.<sup>22</sup> In ten cases the Commission decided to initiate WTO dispute settlement procedures, five of them led to the establishment of a panel, and in one case the EC intervened as a third party in a dispute before the WTO.<sup>23</sup> Almost 50% of the complaints brought under the TBR therefore have led to WTO dispute settlement proceedings, which seems to qualify it as a reasonably efficient instrument for EC businesses and industries to pursue their economic interests. The claims were brought to the attention of the Commission by Community enterprises under the „third track“ of the TBR<sup>24</sup>, which underscores the importance of this additional possibility that had been introduced through the TBR. The majority of the violations alleged in the abovementioned disputes concerned provisions of the GATT. Additionally, complainants brought cases claiming violations of the WTO Anti-Dumping Agreement, the TRIPS Agreement, the WTO Subsidies Agreement, the WTO Agreement on Import Licensing Procedures, the TBT Agreement, as well as the WTO Agreement on Textiles and Clothing.<sup>25</sup> Hence in practice a considerable variety of areas of WTO law have been at the center of investigation proceedings.

### 6. Benefits and deficiencies of the TBR

If one looks at the overall number of cases brought by the European Union and the cases where the EU initiated dispute settlement proceedings under the DSU the proportion of cases that were brought by private parties through the TBR and as a consequence led the Commission to take action is rather small. To date the EU has been a complainant in a large number of cases, out of which only 10 cases were brought to the attention of the Commission by private companies under the procedures of the TBR. The majority of complaints by companies and industries is apparently still brought through informal political means.

There are a number of reasons why private parties might still prefer to resort to the informal political way rather than initiating formal legal proceedings under the TBR.<sup>26</sup> Taking the latter route is probably a question of resources and expenditures. Lobbying might be less expensive than bringing a formal legal complaint and having to go through all the procedural „burden“ of drafting the legal arguments, collecting evidence etc. One the other hand, formal legal proceedings have the advantage that the Commission has an obligation to deal with the issues brought forth and hence has to allocate resources to this cause, which it does not necessarily have to do if a complaint is only brought informally.<sup>27</sup> A second cause for hesitation could be the distribution of power between the Commission and the Council. Industry leaders could feel more compelled to voice their concerns

about foreign illegal trade practices with the Member States' representatives rather than the Commission because they feel that in the end the Member States are the ones with the „real power“ and the Commission would not act if the Council opposes initiation of dispute settlement proceedings before the WTO.<sup>28</sup> Arguably, time may also be a factor in deciding whether to proceed informally or pursue the formal route of the TBR. Lobbying might take up less time than following all the procedural rules provided for in the TBR. On the other hand, the informal process could end up being as time-consuming as the legal way due to the fact that even if one proceeds informally the Commission has to follow certain rules and involve different internal units before making a decision, which could also take up a considerable amount of time.<sup>29</sup> It might furthermore seem preferable to choose the informal route because it leaves flexibility. Potential complainants could first test the waters within the Commission to check their estimation of a particular trade problem. Affected companies or industries could approach DG Trade and inform it about foreign illicit trade practices. It would then be up to the internal proceedings of the Commission to decide on the next steps, including giving the advice to the complainants to initiate formal procedures under the TBR or ensuring them that their request would be taken up and WTO dispute settlement proceedings would be entered into by the Commission even without prior exhaustion of the legal procedures under the TBR.<sup>30</sup>

21) Bronckers M. and McNelis N., „The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age“, 35 *JWT* 427 (2001), at 435, 436.  
22) As of 1 June 2007.

23) A regularly updated list of cases/cases\_list\_en.htm. cases is available at the European Commission's External Trade Website at <http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/tbr/>

27) *Ibid*, at 455.

28) *Ibid*, at 458-460.

29) *Ibid*, at 456, 457.

30) *Ibid*, at 460, 461.

Certainly, one advantage of the TBR process is the fact that it contains some guarantees ensuring that the Commission properly examines a complaint. Interested parties can express their concerns before the Commission makes a decision. The Commission's actions are subject to judicial review by the European Court of Justice. In addition, due to the fact that the Council can prevent Commission's action by qualified majority, checks and balances in a political sense are preserved. Moreover, through making publicly available information about the proceedings, the cases and the state of affairs at its website, DG Trade provides for the so frequently demanded transparency.<sup>31</sup> Furthermore one should count towards the advantages of the TBR its flexibility with regard to the options it leaves the Commission to react to remove trade barriers, among them bilateral negotiations which have led to a solution in a number of cases.<sup>32</sup>

On the other hand, there are also deficiencies of the TBR, which should not be neglected. The Commission might prefer to act without having to follow the TBR process first in order to avoid delays resulting from these proceedings. In some instances it might be beneficial or even necessary for the Commission to act quickly and proceed directly to the WTO. For example in cases of countervailing duties or subsidies established by another WTO Member in violation of the WTO Agreements there may be a need to proceed with dispute settlement under the DSU as early as possible in order to obtain an effective remedy to counter these violations or to have them removed as soon as possible. Having to wait until proceedings under the TBR are finished might unnecessarily prolong the process and prevent the Commission from taking rapid action against violations of WTO Agreements by other Members. For sake of efficiency it might therefore be advisable for the Commission to exercise its mandate and act on its own initiative.<sup>33</sup> Moreover, a decision of the Commission whether

and when to proceed against another WTO Member by initiating WTO dispute settlement procedures frequently constitutes a political choice which is dependent on a number of other factors. Furthermore it has been argued that the TBR itself would constitute an obstacle to trade as it would put pressure during the process especially on developing countries that would have to bow to the economically much more powerful European Union.<sup>34</sup> Having legal instruments in place similar to the TBR in the EU or Section 301 of the Trade Act of 1974 in the United States could – although certainly not instantly making them equal players – strengthen these countries and their negotiating position on the international plane.

Considerations on whether to pursue informal political proceedings or more formalized legal procedures are comparable on the regional level and on the international level. There are a number of similarities between the abovementioned issues in connection with the TBR and the discussion on participation of non-state actors at the international level before the WTO.<sup>35</sup>

The relatively small number of cases brought under the TBR that have actually resulted in the initiation of dispute settlement proceedings at the WTO could be ascribed to the efficiency of this instrument in that it puts pressure on the trading partners to remove trade barriers or other illicit practices in violation of WTO law at an earlier stage, i.e. the proceedings under the TBR. It could provide an incentive for WTO Members accused of such a practice to find negotiated solutions with the EU rather than facing dispute settlement proceedings under the DSU.<sup>36</sup>

Finally, one should not forget that the TBR only enables one group of non-state actors to pursue their interests. NGOs are not able to make use of this option. Although there is another tool available to them to petition the Commission, the European Parliament or the government representatives in the

Council to take action, namely lobbying in Brussels, it is hard to actually assess the „success rate“ of lobbying efforts. Hence having legal options available might be preferable for these groups. Allowing access to the TBR for Community enterprises and industries only makes the TBR a comparatively restrictive legal instrument with regard to potential complainants.<sup>37</sup>

## 7. Conclusions

Having legal instruments like the TBR in place is certainly an important and useful alternative to the political path of lobbying. The TBR possesses a number of benefits, but it also shows some deficiencies. On balance it seems that the TBR is a valuable option for industries and especially businesses to pursue their interests in international trade. Nonetheless it does not make options for involvement of non-state actors before WTO dispute settlement bodies redundant. It is undoubtedly a good addition, but since not all groups among non-state actors can make use of this instrument, and since sophisticated instruments like the TBR or Section 301 in the United States are the exception rather than the rule in WTO Member countries, it can be no replacement for providing possibilities of participation at the international level before the WTO.<sup>38</sup> While businesses in Europe and the United States have the possibility to chose between politically lobbying the governments or initiating formalized procedures under the respective regulations, businesses in other countries do not have this luxury. The lack of reasonable alternatives seems to be a strong argument for providing adequate options for participation of non-state actors at the WTO.

*Dr. Christina Knahr MPA (Harvard) is a Post-Doctoral Researcher at the Department of European, International and Comparative Law at the University of Vienna; christina.knahr@univie.ac.at*

31) *Ibid*, at 460.

32) Sundberg D. and Vermulst E., „The EC Trade Barriers Regulation: An Obstacle to Trade?“, 35 *JWT* 989 (2001), at 1005.

33) *Ibid*, at 1004.

34) *Ibid*, at 1005.

35) See Knahr C., Participation of Non-State Actors in the Dispute Settlement System of the WTO: Benefit or Burden? (2007).

36) Sundberg D. and Vermulst E., *supra* note 32, at 1005.

37) The US counterpart of the

TBR, Section 301 of the Trade Act of 1974, provides that „any interested person“ can launch a complaint, thereby allowing for a much larger group of potential complainants. See 19 USC 2411 (1996), at § 2412 (a) (1).

38) For more on the role of non-state actors in the WTO see Knahr C., *supra* note 35.

# Die Grenze: Macht über Andere und Selbstkontrolle

Ansätze für eine „Limologie“<sup>1</sup>

Christopher Pollmann

„So war sein Weg denn im Kreise gegangen, oder in einer Ellipse oder Spirale, oder wie immer, nur nicht geradeaus, denn das Geradlinige gehörte offenbar nur der Geometrie, nicht der Natur und dem Leben an.“ (Hermann Hesse, „Das Glasperlenspiel“)<sup>2</sup>

Die Welt, die uns umgibt, besteht aus allen möglichen Begrenzungen. Sie können territorial, aber auch sozial, kulturell oder sexuell sein. Es kann sich auch um Phänomene handeln wie Geburt und Tod, Beginn des Lebens und des Menschen, das Ende des Universums, Unterscheidungen im Denken und Sprechen etc. Sind all diese Begrenzungen miteinander vergleichbar? Ist es möglich, sie zu ordnen und zu erklären? In einem ersten Schritt möchten wir bestimmte Begrenzungen herausgreifen, die sich durch ihre klassifizierende Wirkung auszeichnen; wir werden sie *Grenzen* (frontières)<sup>3</sup> nennen (I). Die als Klassifikation definierte Grenze erlaubt nun eine doppelte Machtausübung. Insofern Menschen klassifiziert werden, begründet sie Herrschaft über diese (II). Aber zeitgleich mit diesem Außeneffekt erzeugt die Grenze auch interne Wirkungen: Durch die Demarkation vom Anderen erweist sie sich als grundlegend für die individuelle und kollektive Identität (III).

## 1. Die Grenze: Eine klassifikatorische Begrenzung

Bestimmte Begrenzungen vereinen Verschiedenartiges, während andere Begrenzungen ähnliche bzw. identische Einzelphänomene gruppieren. Um diese beiden Kategorien auseinander zu halten, seien zwei biologische Begrenzungen – die Membran und die Haut – mit den nationalen Grenzen verglichen. Auf den ersten Blick besteht eine große Ähnlichkeit: So wie Nationalstaaten von ihren Grenzen begrenzt werden, so ist die Zelle von einer Membran umgeben und besitzen die Lebewesen im Allgemeinen eine Haut.

Aber die beiden letzteren Ummantelungen umhüllen äußerst unterschiedliche Einzelteile, um sie als eine Entität zu konstituieren, die einer mehr oder weniger verschiedenen Umwelt gegenübersteht. Die Staatsgrenzen gruppieren hingegen gleichartige Einzelwesen, sprich Menschen, um sie von *anderen* Männern und Frauen zu unterscheiden. Außerdem dienen die Membran und die Haut sowohl der Abschottung und dem Schutz der lebendigen Entität als auch ihrem Austausch mit dem Äußerem. Die Grenze hingegen strebt die *Gegenüberstellung* von Menschengruppen an, was die militärische Etymologie bestätigt:

Die Grenze war das, was dem Fremden die Stirn bot, sie war ein befestigter Ort wider die Feinde. Ein chinesisches Sprichwort besagt dementsprechend, dass „die Pferde des Krieges auf den Grenzen geboren werden“. Der Nationalstaat begreift sich folglich – obwohl dies immer weniger der Wirklichkeit entspricht – als souverän bzw. autark. Also als das, was reiner Unsinn für lebendige Körper ist.

Mit den ordnenden Begrenzungen des Lebendigen sind zwei weitere Begrenzungskategorien vergleichbar: Es handelt sich zum einen um die Begrenzung als Rand, Schranke oder Ende eines Bereichs, sei es das Wissen oder das Universum... In die zweite Kategorie fällt die Unterscheidung von zwei oder mehreren Sphären, die sich berühren, wie Tag und Nacht, Erde und Himmel etc. Dazu gehört wohl auch die datierte Periodisierung der tatsächlich ununterbrochenen Geschichte sowie das, was man die Magie der runden Zahlen nennen kann<sup>4</sup>. Diese zeigte sich übrigens am 31. Dezember 1999: Das Erscheinen der Zahl 2000 war wichtiger als die mathematische Tatsache, dass das 20. Jahrhundert erst ein Jahr später zu Ende ging.

Diese verschiedenen Begrenzungen vereinen und ordnen Diversität, wohingegen die Abstraktionen und ihre *Grenzen* Phänomene katalogisieren: Die Bäume, die Getränke, die Österreicher, ... Dieser Unterschied zwischen der Zusammenfassung von Verschiedenartigem und der Klassifizierung von Gleichartigen erscheint mir grundlegend. Denn ersteren kann der Mensch nicht entkommen, bei letzteren ist das nicht so sicher, insbesondere hinsichtlich der Klassifizierungen von Menschen.

## 2. Menschen zu klassifizieren heißt, sie zu beherrschen

Im Gegensatz zu einer verbreiteten Ansicht gibt es keine „natürlichen Gren-

1) In : Centre de recherche histoire et civilisation de l'Université de Metz & J.-M. Demarolle (Hrsg.), *Frontières en Europe occidentale et médiane de l'antiquité à l'an 2000*, Metz 2001, S.589-614. Das Adjektiv *limologique* stammt von dem Geographen Claude Raffestin, „Autour de la fonction sociale de la frontière“, *Espaces et sociétés* Nr. 70-71 (1993), S. 157-164 (159). – Für ausführlichere Analysen vgl. C. Pollmann, „La frontière – horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé ?“, *Revue du droit public et de la science politique* 1999, S. 481-499 sowie demnächst „Globalisation et atomisation. Des confins ancestraux aux frontières individualisées: le

droit et le temps“, *Cités. Philosophie, politique, histoire*, 2008.

2) Hermann Hesse, *Das Glasperlenspiel*, Suhrkamp: Zürich 1977, S. 417.

3) Im Folgenden wird *Grenze* ausschließlich für die Übersetzung von *frontière* verwendet (Anm. d. Übers.).

4) Vgl. Gerhard Struck, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot: Berlin-West 1977, S. 132; s. bereits Ernst Bloch, „Kant-Feier“, *Weltbühne*, XX<sup>e</sup> Nr. 19 vom 8. Mai 1924, S. 605-607.



Hilber

**Leitfaden für Unternehmensgründer – Steuerrecht**

4. Auflage 2007, Handbuch, 224 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5081-8, € 26,80

Beim Sprung in die Selbstständigkeit gilt es zahlreiche Hürden zu überwinden. Neben der Schaffung der fachlichen Voraussetzungen bzw. Erfüllung der gewerberechtlichen Notwendigkeiten kommen auf die Gründer auch noch zahlreiche Aspekte aus dem Bereich des Steuerrechts sowie der Sozialversicherung zu.

Das bewährte Praxishandbuch, das nun bereits in vierter Auflage erscheint, gibt in leicht verständlicher und gebündelter Form einen Einblick in die Welt der Steuern. Unternehmensgründer können sich anhand der praxisorientierten Basisinformation schnell orientieren. Die Ausführungen werden durch zahlreiche Beispiele und Praxistipps abgerundet.

MMag. Dr. Klaus Hilber ist Inhaber einer Steuerberatungskanzlei, Vortragender im Bereich Steuerrecht, Fachbuchautor und Herausgeber einer steuerlichen Fachzeitschrift.



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

zen<sup>55</sup> im landläufigen Sinn, weder in der Natur noch bei Stammes- oder traditionellen Gesellschaften. Die Übergänge sind stets fließend, weil sich Geologie, Klima, Vegetation, Tierleben und die Lage der Menschen graduierlich ändern. Zum Beispiel sind Bergketten ebenso Hindernisse wie Lebensräume und Orte des Überschreitens. Sogar jene geographischen Phänomene, die einer Linie und daher dem vorgestellten Bild einer Grenze am nächsten kommen, nämlich Wasserläufe und Küsten, begrenzen gewiss den Lebensraum bestimmter Arten, begründen aber gleichzeitig für andere – insbesondere für Menschen – Bereiche der Zusammenkunft und des Austauschs.

Wie immer tragen hier Wahrnehmung und sprachliche Benennung zur Konstruktion des Objekts bei, das so von seiner Umgebung unterschieden wird.<sup>6</sup> Daraus folgt: Noch bevor die Grenze gegebenenfalls eine materielle, greifbare Realität wird, verkörpert sie eine Vorstellung, also eine geistige oder auch ideelle Erscheinung. Inwiefern bedeutet dann eine zwischen den Menschen aufgezoogene Grenze die Ausübung von Macht?

Das offensichtlichste Beispiel von Herrschaft durch Grenzen tritt zweifellos im Rahmen des Nationalstaats auf, der zugleich von seiner geographischen Grenze und durch das Konzept der Staatsbürgerschaft konturiert wird (1). Aber andere

Klassifikationen und deren Grenzen beinhalten oder bewirken ebenfalls Hierarchien und Machtverhältnisse (2).

### 2.1 Der Nationalstaat – totale Macht über das Individuum<sup>7</sup>

Es gibt Menschen, die man kennt: Familienmitglieder, Mitglieder des Fußballvereins, Freunde, ArbeitskollegInnen,... Diese Beziehungen sind persönlich und die Übergänge daher fließend. Die Abgrenzungen sind also selten wohldefiniert: Bestimmte Freunde sind näher als andere, die verschiedenen Familienmitglieder erhalten nicht alle dieselbe Zuneigung, etc. Außerdem überlappen sich all diese Gemeinschaften: Die Gemeinde

5) Vgl. Cl. Raffestin, „La frontière comme représentation: discontinuité géographique et discontinuité idéologique“, *Relations internationales* Nr. 63, Herbst 1990, S.295-303 (299). Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts ist der Begriff der natürlichen Grenze übrigens kaum gebräuchlich, und die linguistische Grenze tritt noch später auf, vgl. Daniel Nordman, „Des limites d'Etat aux frontières nationales“, in: P. Nora (Hrsg.),

*Les lieux de mémoire*, Bd. II: La nation, Teilband 2, Gallimard: Paris 1986, S.35-61 (51 f.).

6) Vgl. François Ost, „Les frontières de la juridicité: dialectique ou autopoïèse?“, in: Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet & M. v. d. Kerchove (Hrsg.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Bd. 1, L'Harmattan: Paris 1997, S. 251-291 (259).

7) Zum folgenden vgl. Jannis Milios, *Kapitalistische Entwicklung, Nationalstaat und Imperialismus. Der Fall Griechenland*, Kritiki: Athen 1988, S. 57-60, und mein Gespräch mit ihm: „Nationalismus: die politische Gestalt des Kapitalismus. Das Lehrbeispiel Griechenland“, *Die Brücke* (Saarbrücken), Nr. 83 u. 84 (Mai u. Juli 1995), S. 59-61, 60-62; Nicos Poulantzas, *L'Etat, le pouvoir, le socialisme*, Quadrige/P.U.F.: Pa-

ris 2. Aufl. 1981, S. 125 f.; Andreas Wimmer, „L'Etat nation, une forme de fermeture sociale“, *Archives européennes de sociologie* Nr. 1/1996, S. 163-179 (mit umfassender Bibliographie), insb. S. 169 f.

deckt sich territorial nicht unbedingt mit dem Schachklub oder der Familie.

Dann gibt es all' die Menschen, die man nicht kennt: Unter bestimmten Umständen bilden sie Gemeinschaften wie Städte, Regionen oder Nationen. Hier haben die Individuen keine Alternative: Man ist entweder britisch oder spanisch oder französisch oder hat irgendeine andere Staatsbürgerschaft, aber Möglichkeiten dazwischen sind sowohl juristisch wie auch psychologisch weitgehend ausgeschlossen. Die meisten Staaten versuchen übrigens, ihre BürgerInnen daran zu hindern, mehrere Staatsbürgerschaften zu haben – aus Sorge, sie könnten ihrer Autorität entweichen. Gegenüber seinen Untertanen hat der Staat – wie der Eigentümer einer Sache – das letzte Wort, die Macht über Leben und Tod.<sup>8</sup>

Doch kann die Macht des Staates noch offensichtlicher sein, wenn es um die *Fremden* geht. Innerhalb des Staatsgebietes werden diesen häufig – obwohl sie sich in der Gesellschaft, in der sie leben, nicht notwendigerweise „fremd“ fühlen – manche Rechte wie das Wahlrecht und diverse Sozialleistungen vorenthalten. Eine Situation, die sie verwundbar gegenüber öffentlichen und privaten Diskriminierungen macht. Extern können fremde Staaten und deren BewohnerInnen Opfer eines Krieges oder anderer Zwangsmaßnahmen werden.

Im Gegensatz zu persönlichen Beziehungen haben die staatsförmigen Gemeinschaften und ihre Grenzen eine umfassende Ausrichtung: Sie gelten nicht nur für die politische Ebene, sondern auch für die Wirtschaft, die Kultur, die Religion, etc. So werden die Gewerkschaften, die Tennisvereine oder die Sekten wie selbstverständlich französische, italienische oder deutsche sein, aber kaum alpine oder rheinische. Mit anderen Worten: Eine Überlappung

zwischen den Nationalstaaten sowie in ihrem Inneren ist kaum vorhanden. Der Nationalstaat begründet und verwirklicht ein „totalisierendes Klassifikationsraster“<sup>9</sup>.

Die Mehrzahl der StaatsbürgerInnen ein und desselben Landes kennen sich nicht. Dennoch empfinden fast alle ein Gefühl nationaler Zugehörigkeit. Wenn man sie fragt, wer sie sind, werden viele antworten: „Ich bin Dänin/Pole/Griechin ...“, was zeigt, dass die Nationalität neben Geschlecht, Beruf oder Religion ein wesentlicher Bestandteil ihrer Identität ist. Abgesehen von der (fehlenden) wechselseitigen Bekanntschaft ihrer Mitglieder hat die Nation auch kaum andere materielle Fundamente. Denn die geographischen und demographischen Unterschiede sowie die Gegensätze zwischen Stadt und Land, zwischen den Geschlechtern, den Klassen und sozialen Schichten sind oft größer im Inneren als im Verhältnis zu den Nachbarregionen anderer Staaten. So haben sachlich betrachtet die Elsässer und Lothringer mehr gemeinsam mit Badensern und Saarländern (die doch als Deutsche gelten) als mit Okzitanern oder Bretonen; französische ArchitektInnen und AnwältInnen fühlen sich vermutlich wohler mit ihren griechischen KollegInnen als mit den LandarbeiterInnen vom nahegelegenen Feld.

Wenn diese handfesten Differenzen die Herstellung und Reproduktion eines Gefühls von nationaler Zugehörigkeit nicht verhindern, so deshalb, weil sie ignoriert werden. Diese Ignoranz ist eine mentale, geistige Leistung. Mangels persönlicher Bekanntschaft und anderer *materieller* Bindungen zwischen den StaatsbürgerInnen kann die nationale Zugehörigkeit tatsächlich nur mentalen, *ideellen* Anstrengungen entspringen, mithin Vorstellungen (*représentations*).

Grenzen wie auch die übrigen Abgrenzungen stellen solche Vorstellungen, ideale Konstrukte dar, auch wenn mit ihnen im Allgemeinen materielle Aspekte einhergehen oder sie sich in solchen materialisieren, wie zB Zollschranken und nationale Baustile.

Daraus folgt: „Jede Grenze ist gewollt“<sup>10</sup>, „eine Grenze zu ziehen [besteht darin], das Politische [und „die Zeitumstände“] dem Raum einzuschreiben“<sup>11</sup>, und „die Festlegung der Grenze ist direkt abhängig von dem Blick, den man auf das Territorium wirft“<sup>12</sup>. Inneres und Äußeres, Nationales und Fremdes sind daher genauso wenig natürlich wie die Grenzen: Sie alle werden gleichzeitig konstruiert, durch den Menschen und zwar insbesondere durch die politischen Institutionen.<sup>13</sup>

Man kann diesen Prozess anhand des Beispiels von Frankreich veranschaulichen. Die Französische Revolution fand im Zeichen der *Marianne* statt. Diese Figur symbolisierte dann mehr als ein Jahrhundert lang die politische Existenz Frankreichs. Doch seit Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts wurde Marianne nach und nach durch das *Hexagon* (Sechseck) ersetzt. Mittels einer Analyse von tausenden von öffentlichen Dokumenten – insbesondere aus der Werbung – wurde nachgewiesen, dass das Hexagon – eher als Marianne – immer mehr dazu dient, Frankreich zu repräsentieren (dessen Territorium schematisch betrachtet sechs regelmäßige Kanten hat).<sup>14</sup> Dieses Hexagon ist das symbolische Kondensat eines Territoriums und einer Bevölkerung, die zunehmend hierarchisiert, homogenisiert und klarer umgrenzt sind.

Das charakterisiert beispielhaft den Nationalstaat und die Rolle seiner Grenzen. „Fortlaufende Ränder vermögen auf geistige Art einen Raum zu konstru-

8) Vgl. Etienne Balibar, „Qu'est-ce qu'une „frontière“?“ In : M.-C. Caloz-Tschopp u. a. (Hrsg.), *Asile – violence – exclusion en Europe. Histoire, analyse, prospective*, Université Genf 1994, S. 335-341 (337); Paul de Visscher, „Variations sur le concept de frontière“, *Bull. de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 5. Serie, Bd. LXXVI, 1989, Nr. 5, S. 234-254 (236).

9) Laut Benedict Anderson, *Imagined communities. Reflections on the origin and the rise of na-*

*tionalism*, Verso: London/New York, erw. Aufl. 1991, S. 184 f. Insofern als es sich um eine vergegenständlichte rechtliche Ordnung handelt, stellt der Staat eine Form von Gott dar, vgl. Hans Kelsen, „Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse“ (1927). In: Klecatsky u. a. (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Europa-Verlag: Wien 1968, S. 209-214 (212-214).

10) Cl. Raffestin, a.a.O. (Fn. 5), S. 296.

11) Michel Foucher, „Frontières à retracer. Un point de vue de géopoliticien“, *Espace international philosophie* (Hrsg.), *Frontières et limites. Géopolitique, littérature, philosophie*, Ed. Centre Pompidou: Paris 1991, S. 69-80 (69 f.).

12) F. Ost, a.a.O.

13) Vgl. Maxim Silverman, *Rassismus und Nation. Einwanderung und Krise des Nationalstaats in Frankreich*, Argument: Hamburg/Berlin 1994, S. 28 (Original *Deconstructing the nation. Immigration, racism and citizenship in*

*modern France*, Routledge: London/New York 1992)

14) Vgl. Peter Ronge, „Zur Semiotik der Vorstellung von Frankreich als „Hexagone“, *Semiotische Berichte mit: Linguistik interdisziplinär*, Bd 11, Nr. 2/1987, S. 179-207. Zur Erfindung des Hexagons und zur Entwicklung geographischer Karten vgl. Eugen Weber, „L'Hexagone“. In: P. Nora (Hrsg.), a.a.O., S. 97-116.

ieren<sup>15</sup>; ebenso wie die geometrische Figur abhängig ist von der Linie, die sie umgrenzt, so hört auch der Nationalstaat auf zu existieren, wenn man seine Grenzen abschafft. Das ist wahrscheinlich der Grund, warum eines der Hauptziele des Völkerrechts in der Unantastbarkeit staatlicher Grenzen<sup>16</sup> und im Respekt staatlicher Souveränität besteht. Wie die sechseckige Figur und der Nationalstaat, so werden auch Identität und nationale Zugehörigkeit – mangels einer materiellen Basis – auf negative Art hervorgebracht, das heißt durch die Demarkation vom dadurch konstituierten Anderen und Äußeren.<sup>17</sup> (Wir werden darauf im III. Teil zurückkommen.) Sogar das Geltendmachen von angeblich nationalen Merkmalen – im Bereich der Architektur, der Sitten oder Arbeitsbedingungen – beruht (abgesehen davon, dass ihre tatsächliche Existenz meist mehr oder minder zweifelhaft ist) auf der Behauptung, dass sich diese nicht oder nicht gleichermaßen bei anderen Nationen fänden.

Wenn der Nationalstaat somit als Polygon (Vieleck) erscheint, also ohne eigenen Inhalt oder Bedeutung, ist es kaum überraschend, das Recht – effektive Rede und textförmige Struktur des Staates<sup>18</sup> – seinerseits als „leeren Rahmen“<sup>19</sup> zu betrachten. Das Recht ist „die definitive Abstraktion, fähig, allen Anliegen der Macht zu dienen und alle Legitimationsdiskurse zu nähren, vorausgesetzt, dass diese imstande sind, sich durchzusetzen“<sup>20</sup>. Das Recht ist ein Zusammenwirken ab-

strakter Grenzen<sup>21</sup>; genauer: es ist und es verleiht die Macht, Begrenzungen zu ziehen und alles zu klassifizieren, ganz gleich was sein Inhalt ist, der im Übrigen für den Laien undurchsichtig und unerreichbar bleibt.<sup>22</sup> Dies ist die „Macht der Form“.<sup>23</sup>

Der ideelle Prozess territorialer Grenzziehungen produziert auch materielle Unterschiede und Trennungen, wie die Grenzlinie selbst, die politischen Institutionen und Nationalgerichte. Die Grenzen haben nämlich auch ein „aktives Leben“, sie vergrößern die Unterschiede zwischen den Entitäten, die sie schaffen und trennen.<sup>24</sup> Umgekehrt werden die Grenzen dadurch materialisiert und daher verstärkt. Aber im Grunde, als ideelles Phänomen, existieren sie „in unserem Kopf“ und sind sogar meistens verinnerlicht.<sup>25</sup> Sie formen so die Nationalstaaten als „imaginäre Gemeinschaften“ („imagined communities“).<sup>26</sup> Eigentlich gibt es jenseits von auf persönlicher Bekanntschaft beruhenden Menschengruppen überhaupt nur imaginäre Gemeinschaften.<sup>27</sup> Der ganze Prozess der Trennung zwischen einem Innen und einem Außen bedarf der Benennung des Innen: Die Nationalstaaten existieren daher nur dank der Abstraktionen, die da lauten „Frankreich“, „die Portugiesen“, „österreichisch“, etc.

Einem solcherart abgegrenzten Raum, einer so herausgehobenen Bevölkerung einen Namen zu geben bedeutet auch, dass man sie verdinglicht, dass man sie

zum Objekt bzw. Untertan macht, obwohl sie als solche materiell nicht existieren. Diese Verdinglichungen bewirken, dass die betreffende Bevölkerung ihre Widersprüche und Konflikte vergisst<sup>28</sup>, dass sie sich nicht für die kontinuierliche, chaotische Entfaltung der materiellen Welt interessiert, dass sie die permanente Auswirkung von Zeit und Geschichte auf die nationalen Kategorien und daher deren – und ihren eigenen – evolutionären Charakter unberücksichtigt lässt.<sup>29</sup> Dabei zeigt sich die Tendenz, mittels substantiv-geprägter Sprachen Verhältnisse in Dinge und Funktionen in Substanz zu transformieren.<sup>30</sup> Der Grund dafür liegt wahrscheinlich darin, dass Substantive eine verstärkte soziale Kontrolle ermöglichen, insbesondere auf dem Wege des Rechts.

Die Verdinglichungen können bis zu „Naturalisierungen“ gehen, wenn Nationen, „Rassen“, Ethnien etc. als natürlich und ewig erscheinen, wobei die Doppeldeutigkeit des französischen Begriffs der „naturalisation“ – sowohl Naturalisierung als auch Einbürgerung – das Gesagte gut veranschaulicht. Dann sind die Territorien und Bevölkerungen nicht mehr nur verdinglicht, sondern auch jedem bewussten Eingriff und jeder Veränderung entzogen. So gehen Nationalismus und Rassismus zu Werk, mit dem Ziel, mitten unter den Menschen unvermeidlich scheinende Unterscheidungen und Gegenüberstellungen aufzuziehen.<sup>31</sup> Das heißt aber nicht, dass

15) Christian Jacob, „Le contour et la limite. Pour une approche philosophique des cartes géographiques“, *Espace international philosophie*, a.a.O., S. 143-167 (149, 154).

16) Vgl. Malcolm N. Shaw, „Peoples, territorialism and boundaries“, *European journal of international law* 1997, S. 478-507 (insb. 489).

17) Vgl. C. Pollmann, „Die staatliche Einordnung der Menschen als Basis des Rassismus. Zusammenhänge von Konkurrenz, Nationalstaat und Identitätssuche durch Abgrenzung“, *Die Brücke* Nr. 61, S. 10 f. Linda Colley bestätigt in Bezug auf England – scheinbar stärker abgegrenzt als die Kontinentalstaaten – dass die Engländer dazu kamen, sich als Volk zu definieren „not because of any political or cultural consensus at home, but rather in reaction to the Other beyond their shores“ (*Britons. Forging the nation 1707-*

1837, Pimlico: London 1992, S.6). Zur Verbindung zwischen Ausschluss und dem Paar Identität/Andersartigkeit vgl. M.-Cl. Caloz-Tschopp & Laurent Monnier, „Asylrecht und Gewalt in Europa“, *Widerspruch* (Zürich), Nr. 29, Juli 1995, S. 5-16 (5, 7 f.).

18) Vgl. Danièle Loschak, „Le droit, discours de pouvoir“, *Mélanges* (Festschrift) *Léo Hamon*, *Economica*: Paris 1982, S. 429-444.

19) Pierre Legendre, „Ce que nous appelons le droit“ (Gespräch), *Le Débat* Nr. 74, März 1993, S. 107-122 (112, 116).

20) A.a.O.

21) Vgl. Cl. Raffestin, a.a.O. (Fn. 5), S. 295.

22) Vgl. D. Loschak, a.a.O., S. 437, 441 f.; F. Ost, a.a.O., S. 255.

23) Pierre Bourdieu, „Habitus, code et codification“, *Actes de la recherche en sciences sociales* Nr. 64, Sept. 1986, S. 40-44 (43).

24) Vgl. Jean-Baptiste Duroselle, „Les frontières. Vision historique“, *Relations internationales* Nr. 63, Herbst 1990, S. 229-242 (238, 240 f., unter Zitierung von Jean Gottmann, *La politique des Etats et leur géographie*, Colin: Paris 1952).

25) Vgl. E. Balibar, „La forme nation: histoire et idéologie“. In: E. Balibar & I. Wallerstein, *Race nation classe. Les identités ambiguës*, La Découverte: Paris 1988, S. 117-143 (129, unter Zitierung von Johann Gottlieb Fichte; auf Dt. *Rasse, Klasse, Nation. Ambivalente Identitäten*, Argument: Hamburg, 2. Aufl. 1998); F. Ost, a.a.O., S. 252 f.

26) Vgl. B. Anderson, a.a.O., insb. S. 5-7, dann 170 ff. Der Nationalstaat ist „der wirkmächtige Gedanke illusionären Inhalts“, E. Balibar, „Racisme et crise“. In: Balibar/Wallerstein, a.a.O., S.289-302 (295), eine „illusorische Gemeinschaft“ u. ein „Surrogat[...]

der“ laut Karl Marx & Friedrich Engels, „Die deutsche Ideologie“ (1845-46), *Marx-Engels-Werke*, Dietz: Berlin-Ost 1962 ff., Bd. 3, S. 9-77 (74).

27) Vgl. B. Anderson, a.a.O., S. 6.

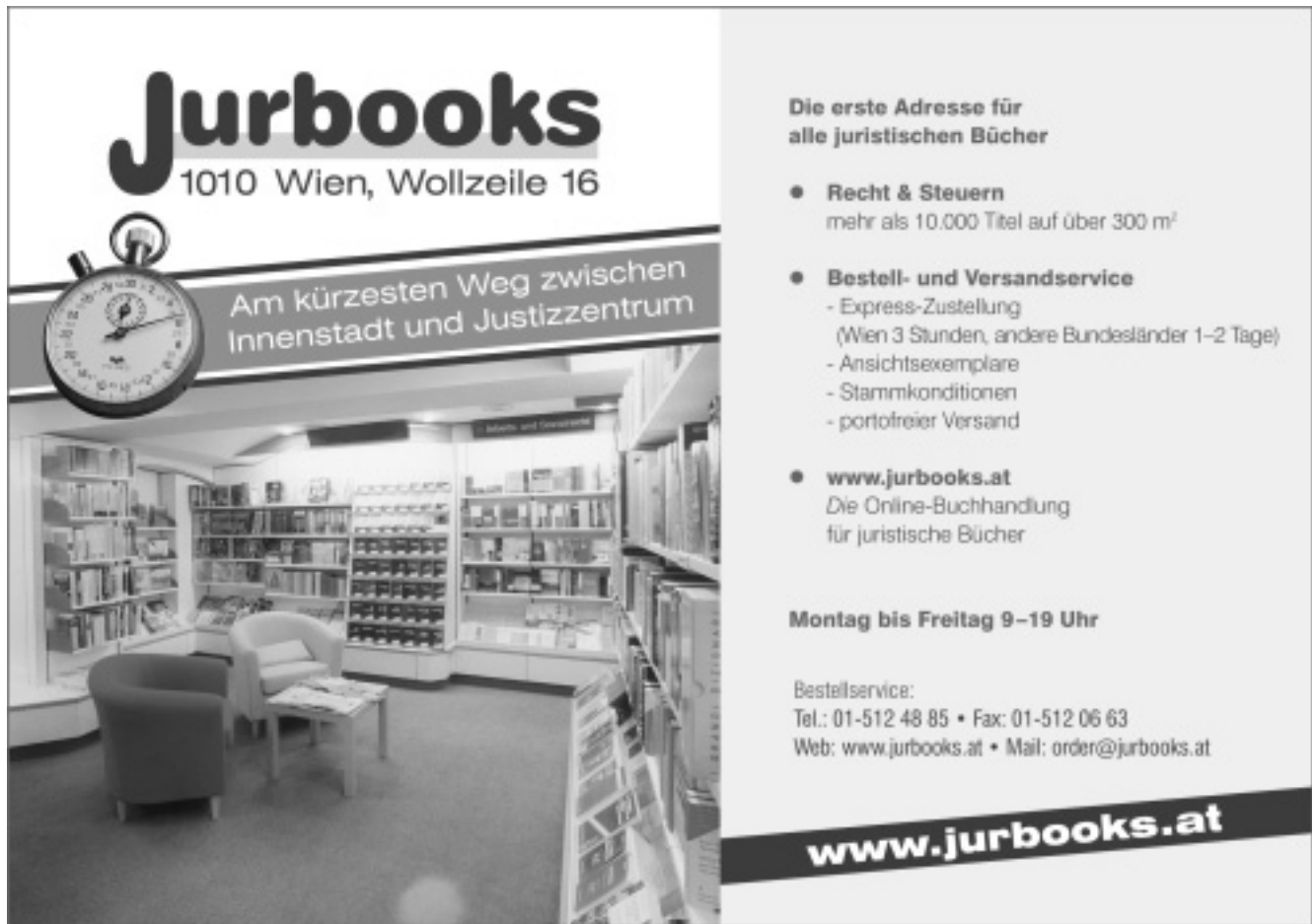
28) Vgl. Ernest Renan, „Qu'est-ce qu'une nation?“ (1882), *Œuvre complète*, Calmann-Lévy: Paris 1947 ff., Bd. 1, S. 887-906 (892), analysiert von B. Anderson, a.a.O., S. 199 ff.

29) S. Claudine Sauvain-Dugerdil, „Une vision fragmentée et figée de l'humanité: l'illusion du concept de reproduction“. In: M.-Cl. Caloz-Tschopp u.a. (Hrsg.), a.a.O., S.303-313 (304).

30) Vgl. H. Kelsen, a.a.O., S. 211 f.

31) Vgl. M. Silverman, a.a.O., S. 15, 43, 117; B. Anderson, a.a.O., S. 143 ff.





**Jurbooks**  
1010 Wien, Wollzeile 16

Am kürzesten Weg zwischen  
Innenstadt und Justizzentrum

Die erste Adresse für  
alle juristischen Bücher

- **Recht & Steuern**  
mehr als 10.000 Titel auf über 300 m<sup>2</sup>
- **Bestell- und Versandservice**
  - Express-Zustellung  
(Wien 3 Stunden, andere Bundesländer 1-2 Tage)
  - Ansichtsexemplare
  - Stammkonditionen
  - portofreier Versand
- **www.jurbooks.at**  
Die Online-Buchhandlung  
für juristische Bücher

Montag bis Freitag 9-19 Uhr

Bestellservice:  
Tel.: 01-512 48 85 • Fax: 01-512 06 63  
Web: www.jurbooks.at • Mail: order@jurbooks.at

**www.jurbooks.at**

letztere unveränderlich wären; die zu einer bestimmten Zeit vorhandene Grenzziehung zwischen den verdinglichten Entitäten verändert sich vielmehr mit äußerster Anpassungsfähigkeit.<sup>32</sup>

Über die nationale Grenze hinaus „ist die Begrenzung Ausdruck einer handelnden Macht“<sup>33</sup>. Wir werden nun versuchen, dies im Hinblick auf die Gesamtheit menschlicher Klassifikationen zu untersuchen.

### 2.2 Unterdrückung der Andersartigkeit und Übertreibung der kleinen Unterschiede

Da es sich bei ihnen um Vorstellungen handelt, können die territorialen und nationalen Grenzen kaum isoliert von an-

deren Trennwänden betrachtet werden, welche beispielsweise zwischen den Geschlechtern, zwischen „Behinderten“ und „Normalen“, zwischen angeblichen Rassen, zwischen Organisationen und Institutionen etc aufgezogen werden. Alle diese Mauern implizieren einen Prozess der Klassifikation. Die Klassifikation setzt die Hervorbringung und – im selben simultanen Schritt – Homogenisierung der Gruppe (der Unsrigen) und der Anderen voraus. Wie das? Mittels Abstraktion und Demarkation dessen, was im Inneren sowie im Äußeren sein wird. Genauer gesagt, Grenzen als geistiges oder ideelles Werk unterbrechen und zerstören Kontinuitäten: Sie schaffen das Innen und das Außen, indem sie von

bestimmten Unterschieden abstrahieren, während sie auf anderen beharren, welche dadurch wesensmäßig werden.<sup>34</sup> Das ist es, was zB beim „Narzissmus der kleinen Unterschiede“<sup>35</sup> passiert. Die Abstraktion und ihre Grenzen vollziehen die Loslösung und Inthronisierung eines Unveränderlichen im Verhältnis zu einer sich verändernden und vielschichtigen Materie, sie identifizieren das Eigene im Anderen durch einen Prozess des Vergleichs, der Abwandlung und Substitution.<sup>36</sup> Deshalb existiert keine Entität des Raumes oder von Individuen vor ihrer Klassifikation. Im Gegenteil, sie ist deren Resultat.

Um Phänomene abgrenzen und klassifizieren zu können, muss man sie

32) Vgl. I. Wallerstein, „Universalisme, racisme, sexisme : les tensions idéologiques du capitalisme“. In : Balibar/Wallerstein, a.a.O., S. 42-53 (49). Ebenso veränderlich sind im übrigen die Bedeutungen der rechtlichen Kategorien, vgl. P. Bourdieu, a.a.O., S. 41, unter anderem weil sie „Ergebnis eines symbolischen Kampfes zwischen Fachleuten sind, die mit ungleichen technischen und sozialen

Kompetenzen ausgestattet sind“, P. Bourdieu, „La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique“, *Actes de la recherche en sciences sociales* Nr. 64, S. 3-19 (8).

33) Cl. Raffestin, a.a.O. (Fn. 5), S. 296, 300 f.

34) Vgl. P. Bourdieu, *Le sens pratique*, Ed. de Minuit: Paris 1980, S. 238, 348 ; Paul Allié, *L'invention du territoire*, Presses universitaires de Grenoble 1980, S. 21; Jean Pouillon, „Appartenance et identité“, *Le genre humain* Nr. 2 – *Penser classer* (1981), Le Seuil: Paris 1988, S. 20-29 (20, 26 f).

35) Sigmund Freud, „Massenpsychologie und Ich-Analyse“ (1921) und „Das Unbehagen in der Kultur“

(1930). In: *Gesammelte Werke*, Fischer Taschenbuch: Frankfurt/Main 1999, Bd. XIII, S. 71-161 (111), und XIV, S. 421-506 (473 f.).

36) Vgl. Philippe Gérard, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des Facultés universitaires St. Louis: Bruxelles 1981, S. 358 zur währungsförmigen Symbolisierung.



zunächst anhand eines einzigen Kriteriums erfassen, auf eine Ebene stellen.<sup>37</sup> Sie müssen folglich – zumindest stillschweigend – als Ähnliche betrachtet werden<sup>38</sup>, als Teile derselben Welt<sup>39</sup>. Das mag überraschen, aber Unterscheidung und Klassifikation setzen paradoxerweise die Verbindung und Zugehörigkeit der voneinander abgegrenzten Phänomene voraus. Bspw kann die Frau nur dann vom Mann unterschieden werden, der Schwarze nur dann vom Weißen und der Franzose nur dann vom Finnen, wenn und weil sie alle als menschliche Wesen angesehen werden. Umgekehrt ist eine Klassifikation zwischen einem in Helsinki lebenden Hund, einem in Lothringen gebauten Haus und dem Einkauf einer Waschmaschine kaum möglich<sup>40</sup>, soweit man sich nicht eine Gemeinsamkeit von gewisser Wichtigkeit ausdenken würde. Dies zeigt, dass die zu einem bestimmten Moment angewandten Klassifikationen niemals die einzig möglichen sind, dass sie immer einen willentlichen, ja sogar willkürlichen Anteil besitzen. Viele Unterscheidungen bewirken übrigens dichotomische und manichäische<sup>41</sup> Gegenüberstellungen, was es – wie bei einem Sündenbock – ermöglicht, die bei einem selbst oder der eigenen Gesellschaft unerwünschten Aspekte durch Projektion auf andere zu negieren.<sup>42</sup>

Eine gemeinsame Ebene (Eindimensionalität) und gewisse Ähnlichkeit sind also erstaunlicherweise die Bedingungen für Klassifikation. Infolgedessen bedarf

die Klassifikation von grundverschiedenen Phänomenen der Unterdrückung ihrer Andersartigkeit; sie reduziert diese auf rein graduelle, jedenfalls vergleichbare Unterschiede. Das ist der Grund, warum die weltweit vorgenommenen Klassifikationen – angetrieben von einem immer globaleren Kapitalismus – schrittweise alle Fremdartigkeit eliminieren.<sup>43</sup> Die Herrschaft der westlichen Kultur über die Welt rührt daher, dass sie den Individuen die Fähigkeit zu Abstraktion, Definition und daher Klassifikation verleiht<sup>44</sup>, eine Fähigkeit, die in der Kindheit schmerzhaft erworben wird<sup>45</sup>.

Klassifizieren – das heißt auch eine Ordnung und eine Hierarchie herstellen. Diese Wirkungen sind üblicherweise weder explizit noch beabsichtigt. Sie resultieren aus der unvermeidlichen Tatsache, dass jede Klassifikation in einem spezifischen kulturellen Kontext wurzelt. Man unterscheidet zB die Schwarzen von den Weißen in Gesellschaften, in denen die weiße Farbe in vielerlei Hinsicht mehr geschätzt wird als die schwarze, was sich übrigens in den europäischen Sprachen in zahlreichen geläufigen Redewendungen zeigt. Warum diese Unterscheidung zwischen Schwarzen und Weißen? Wahrscheinlich, weil farbige Menschen beherrscht wurden und werden. Daher weist bereits die Klassifikation von Menschen entlang ihrer Hautfarbe (und sogar die bloße dementsprechende Benennung) den „Schwarzen“ automatisch einen minderwertigen Status zu, auch

wenn keinerlei Diskriminierungswille besteht.

Manchmal sind Unterscheidung und Klassifikation sehr bewusst eingesetzte Instrumente eines Machtstrebens. Je stärker Bevölkerungen ihre jeweilige Andersartigkeit abschaffen, desto mehr neigen die herrschenden Gruppen unter bestimmten Umständen dazu, Unterschiede zu erfinden, um eine kollektive Identität zu schaffen bzw zu bekräftigen und dadurch ihre Privilegien zu erhalten. Die in Ex-Jugoslawien und Ruanda begangenen Massenmorde veranschaulichen diese Hypothese. Seltenerweise ist es die Vorstellung von einem menschlichen Wesenskern und universellen Menschenrechten, die zur Abwertung und Ausrottung bestimmter Bevölkerungen beitragen kann.<sup>46</sup> Auf Grund der Annäherung zwischen Alteingesessenen und ImmigrantInnen können letztere Opfer von Rassismus werden.<sup>47</sup> Gleicherweise kann die grausamste individuelle Gewalt jene treffen, die dem Täter am nächsten stehen.<sup>48</sup>

Auch viele andere Klassifikationen bedeuten oder ermöglichen die Ausübung von Macht. Zum Beispiel verleiht die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung Männern Macht über die Frauen. Die Arbeitsteilung beginnt im Grunde bei den Benennungen und Klassifikationen *Männer – Frauen*. Diese schreiben Charakterzüge und Rollen zu – bzw zwingen sie auf – und fixieren gesellschaftliche Erwartungen, wodurch die

37) Vgl. Albert Jacquard, „L'unidimensionnalité, condition de la hiérarchie“, *Le genre humain* Nr. 2, a.a.O., S.11-19 (16). Zu den Effekten dieser Perspektive s. Herbert Marcuse, *L'homme unidimensionnel*, Ed. de Minuit: Paris 1968, insb. S. 37 f.  
38) Vgl. Colette Guillaumin, „Le chou et le moteur à deux temps. De la catégorie à la hiérarchie“, *Le genre humain* Nr. 2, S.30-36 (31 f.); Francis Martens, „Entre chiens et loups: le carré raciste“, *Le genre humain* Nr. 2, S. 96-110 (98).  
39) Vgl. Rolf Ascheberg, *Kritik der „Protophysik der Zeit“ und der „logischen Propädeutik“*. Zur Kritik des neueren Konstruktivismus, KOMZI: Idstein 1995, S.184; ebenso betreffend der Wahrnehmung von Differenzen zwischen verschiedenen Diskursen Christoph Demmerling, *Sprache und Verdinglichung. Wittgenstein, Adorno und das Projekt einer*

*kritischen Theorie*, Suhrkamp: Frankfurt/Main 1994, S. 66.

40) Vgl. C. Guillaumin, a.a.O., S.31 f., 33.

41) Manichäismus: Von Mani gegründete Religion der Antike und des Mittelalters, die dualistisch zwischen Licht und Finsternis unterscheidet (Anm. d. Übers.)

42) Vgl. M. Silverman, a.a.O., betreffend der Dichotomien: Universalismus – Rassismus, Zivilisation – Barbarei, Wissenschaft – Ideologie, Individuum – Gemeinschaft, u. a.

43) Vgl. Jean Baudrillard & Marc Guillaume, *Figures d'altérité*, Descartes & Cie: Paris 1994, S. 10, 19, 48; E. Balibar, „Qu'est-ce qu'une „frontière“?“, a.a.O., S. 336 ; s. Tzvetan Todorov, *La conquête de l'Amérique. La question de l'autre*, Le Seuil: Paris 1982 (*Die Eroberung Amerikas. Das Problem des Anderen*, Suhrkamp: Frankfurt/Main, 9.Aufl. 2006).

44) Vgl. Gottfried Mergner, „„Unser nationales Erbe“ des deutschen Kolonialismus. Rassistische Bilder – Mitleid mit den Opfern – die Unschuld der Erben“. In: A. Foitzik u. a. (Hrsg.), *„Ein Herrenvolk von Untertanen“*. *Rassismus – Nationalismus – Sexismus*, Duisburger Institut für Sprach- und Sozialforschung: Duisburg 1992, S. 143-162 (144-146).

45) Vgl. G. Mergner, „Die deutsche Berufung zur Besserung der Welt“. In: G. Kern / G. Grünekle (Hrsg.), *Lernen in Freiheit. Antipädagogische Thesen und Pamphlete*, Unrast: Münster 1993, S. 74-94 (76 f.); Alice Miller, *Du sollst nicht merken. Variationen über das Paradies-Thema*, Suhrkamp: Frankfurt/Main, 17. Aufl. 1983.

46) Vgl. Baudrillard/Guillaume, a.a.O., S. 11 f.; bezüglich der Juden Léon Poliakov, „Les sémites et les sauvages“, *Le genre humain* Nr. 2, a.a.O., S.90-95 (94) und *Le mythe aryen*, Calmann-Lévy: Paris

1971. Für eine kritische Auseinandersetzung mit Menschenrechten siehe C. Pollmann, „Die Berufung auf Menschenrechte zum Zwecke ihrer Überwindung: Menschenrechte, kapitalistischer Staat und soziale Bewegungen“, *Juridikum* Nr. 5/1993, S. 24-28.

47) Vgl. Hervé Le Bras, „Plus français que moi, tu rentres chez toi“, *Le genre humain* Nr. 19 – *Emigrir immigrer*, Le Seuil: Paris 1989, S. 9-17 ; M. Silverman, a.a.O., S. 115 f. mit Nachweisen, 155; I. Wallerstein, a.a.O., S. 48; E. Balibar, „Racisme et nationalisme“. In: Balibar/Wallerstein, a.a.O., S.54-92 (87 f.), und „Racisme et crise“, a.a.O., S. 297.

48) Vgl. Bertrand Piret, „Introduction: De l'étranger à la pulsion de mort“, Seminar „Psychiatrie, psychothérapie et culture(s)“, in den Protokollen (Hrsg.: Parole sans frontière & Europarat), Bd. VIII : *La haine du père* (1996-97), Strasbourg.

Existenz von Weiblichkeit beim Mann und Männlichkeit bei der Frau gezeugnet wird. Die biologische Differenz wird also zum vorrangigen bzw. einzigen Unterscheidungskriterium zwischen den Menschen erhoben, damit eine Hälfte über die andere herrschen kann. Ganz allgemein verleiht die Arbeitsteilung und insbesondere jene zwischen manueller und intellektueller Arbeit denen Macht, welche die notwendigen Funktionen der Koordination, Führung und Kontrolle ausüben.

Insofern als das Innen (das Ich, die Gruppe) von der Existenz eines Außen abhängt, ist es nötig, sich mit dem Konstruktionsmechanismus und der Funktion individueller und kollektiver Identität zu befassen.

### 3. Die Grenze als identitätsstiftende Demarkation

Das Bedürfnis nach Identität scheint eine selbstverständliche und offensichtliche Angelegenheit zu sein. Wie die Etymologie des Begriffs der Identität zeigt – im Lateinischen bedeutet *idem* „dasselbe“ –, ist dieses Bedürfnis im Grunde eines nach Stabilität, nach Abwesenheit von Veränderung. Nun sind aber menschliche Gesellschaften nie vollkommen stabil. Sie entwickeln sich ständig. Innerhalb einer bestimmten Gesellschaft ist das Identitätsempfinden obendrein niemals dasselbe an einem Ort und einem anderen oder in einer Gruppe und einer anderen. Selbst die großen Zivilisationen haben niemals jenen inneren Zusammenhalt gehabt, den man ihnen üblicherweise nachsagt.<sup>49</sup> Das gleiche gilt für die Individuen: Unser Bewusstsein macht uns etwas vor und bringt uns dazu, an unsere Kohärenz und Permanenz zu glauben. Aber materiell gesehen existiert das Selbst nicht, es ist nichts als eine geistige Projektion.<sup>50</sup> Auf dieser Ebene gibt es daher gar keine Identitäten, weder individuelle noch kollektive.

Doch in einer mehr und mehr zersplitterten Welt erweist sich dieser (übrigens immer ausgeprägtere) zutiefst wandel-

bare und bewegliche Charakter der Individuen sowie der Gruppen aus praktischen wie auch aus psychologischen Gründen als unerträglich. Die sozialen Beziehungen in der kapitalistischen Gesellschaft und vor allem der Warenaustausch brauchen eine gewisse Stabilität, also die Identität der Akteure. Weiters fühlen sich die Menschen von ihrer eigenen Lebendigkeit bedroht, da sie immer weniger von quasi-organischen Bindungen mit ihrer Umwelt und dem Anderen leben, welche zahlreiche frühere Gesellschaften geprägt haben. Sie streben infolgedessen nach individueller und kollektiver Stabilität, um sich unter Kontrolle zu bekommen, um sich das Lebendige anzueignen und festzuhalten, um ihr Sein in Haben zu verwandeln<sup>51</sup>.

Identität erweist sich also als zugleich notwendig und unmöglich, und das Bedürfnis nach Identität ebenso funktional wie pathologisch. Die Lösung dieses Dilemmas liegt in einer *vorgestellten* Identität. Ein *Gefühl* von Identität hilft den Individuen, ihre Isolation und die sie beherrschende und umgebende Veränderung zu ertragen. Somit erscheint die identitätsstiftende Grenze – auf psychologischer Ebene – als eine geistige Machtergreifung, durch welche wir danach streben, uns verfügbar zu machen für die Anforderungen der gegenwärtigen Gesellschaft, die eine kapitalistische und individualistische ist.

Aber Identität hat auch eine äußere Wirkung, auf den Anderen. Da das Individuum und die Gruppe weder stabil noch homogen sind, hat sie nämlich kein internes, materielles Fundament. Sie kann sich nur dank einer Abgrenzung vom Anderen ausbilden: Sie ist vor allem negativ<sup>52</sup> und geht überdies sehr oft einher mit einer Ablehnung von bestimmten Kategorien von Personen. Diese Demarkation resultiert ihrerseits ua aus dem Bedürfnis, die verdrängten Ängste und Aggressionen auf den Anderen zu projizieren, um sie zu verleugnen. Denn das tägliche Leben stürzt uns in eine tiefe Verunsicherung: Die permanente und umfassende Leistungsanforderung

führt zu mannigfachen Frustrationen, lässt jedoch kaum Gelegenheiten, diese zu äußern und auszuleben. Daraus ergibt sich ihre Verdrängung, welche sie jedoch nicht zum Verschwinden bringt, sondern nur aus dem Bereich des Bewusstseins verbannt. Das unvermeidliche „Abreagieren“ erfolgt dann getrennt von den ursprünglichen Frustrationen und deren Ursachen. Vornehmliche Zielscheibe ist der Andere, der nun als Sündenbock dient, als Ventil.<sup>53</sup>

Die Begrenzungs-Grenze (*frontière-limite*) vereint Diversität und unterscheidet sich von der Grenze als Klassifikation von Gleichen, namentlich von Menschen. Letztere gehorcht einer eindimensionalen und hierarchisierenden Logik, die eine objektivierte Macht ermöglicht, – vor allem im Rahmen der Geschlechterbeziehungen, der Arbeitsteilung und des Nationalstaats. Diese verschiedenen Entitäten sind durch ihre jeweiligen Grenzen konstituiert, die individuelle und kollektive Identität bildet sich dabei aufgrund der Abgrenzung vom Anderen. Das Recht, die „Macht der Form“ („*force de la forme*“), führt all diese Grenzen zu einem System zusammen. Und schließlich zeigt sich, dass die Grenze als Vorstellung grundlegend für das menschliche Leben ist, aber auch kontingent und sogar unterdrückerisch. Gleichermaßen entzieht sie sich jeglicher Definition, da diese mit der Setzung von Grenzen einhergeht, das zu Definierende also bereits voraussetzt. Dieses doppelte Dilemma umschreibt die Machtfrage: Inwieweit ist eine Gesellschaft ohne Herrschaft und ohne Unterdrückung unserer Lebendigkeit denkbar, gemäß dem Lebensbild von Joseph Knecht, das im Motto zitiert wurde?

*Aus dem Französischen von Ines Rössl, Übersetzung vom Autor durchgesehen.*

*Christopher Pollmann ist Professor agrégé für öffentliches Recht an der Universität Metz; pollmann@univ-metz.fr.*

49) Vgl. Jean-Francois Bayart, *lais*, „Spiritualité et psychologie. *L'illusion identitaire*, Fayard: Paris 1996.

50) Vgl. C. Demmerling, a.a.O., S. 118-126; s. Bertrand Vergely, „Frontières“, *Etudes*, Mai 1992, S. 647-656 (653 f.).

51) Vgl. Claude und Danièle Al-

one is not“, Kai Erikson, *Wayward puritans, a study in the sociology of deviance*, John Wiley & Sons: New York u. a. 1966, S. 64; F. Martens, a.a.O.; B. Vergely, a.a.O., S. 648. S. außerdem Fn. 15.

52) „One of the surest ways to confirm an identity, for communities as well as for individuals, is to find some way of measuring what

des Antisemitismus“, A. Miller,

53) Vgl., insbesondere betreffend

a.a.O.; betreffend des Rassismus' E. Balibar, „Le „racisme de classe“, In : Balibar/Wallerstein (Hrsg.), a.a.O., S. 272-288 (286), sowie H. Le Bras, a.a.O., S. 11-13.

## Vorwort

Die Frage, ob als ArbeitgeberInnen nicht wahrlich die bezeichnet werden sollten, die ihre Arbeit jenen geben, von deren Lohn sie abhängen, und umgekehrt, als ArbeitnehmerInnen jene, die eben Arbeit nehmen und Lohn geben, hat im 21. Jahrhundert eine neue Dimension bekommen.

ArbeitgeberInnen geben ohnehin schon Arbeit, sollen sie noch Lohn geben? Muss nicht vielmehr der Staat ihnen geben, Standortvorteile und Anreize, damit sie auch weiterhin Arbeit geben und nicht nehmen und woanders geben, wo ArbeitnehmerInnen weniger nehmen? Lohn natürlich. Mehr geben? Arbeit natürlich.

Bei all den begrifflichen Verwirrungen scheint es dann doch das Beste, „Arbeit“ zu vermeiden. Auch die ehemalige ArbeiterInnenpartei löst den Arbeitsminister im Wirtschaftsminister auf. Heraus löst sie dafür, was von der ArbeiterInnenvertretung blieb. Aus dem Parlament. Den frei werdenden Platz gibt sie einem Wirtschaftsliberalen. Sollte der nicht die von ihm propagierte Selbständigkeit leben, braucht er gar doch eine Arbeitgeberin?

### So einfach ist es nicht

Einen differenzierten Überblick über die Strukturwandlungen der Arbeitsbeziehungen gibt *Nikolaus Dimmel* in seinem einleitenden Artikel. Während die Kernschicht des Arbeitsrechts noch im Fordismus und seinem tayloristischen Industriemodell wurzelt, dreht sich im vorherrschenden postfordistischen Regulationsregime der Konflikt um die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen welche ArbeitnehmerInnen aus dem existierenden Gefüge herausgebrochen werden können, sei es durch Scheinselbständigkeiten oder Verlagerungen der Arbeitsbeziehungen vom Kollektivvertrag zum Individualarbeitsvertrag. Das Arbeitsrecht selbst wird dabei als Variable gesehen, eine in ernüchternder Weise zum Konsens gewordene Praxis, von der Weltbank bekräftigt, die ein funktionierendes Arbeitsrecht explizit als Standortnachteil bezeichnet.

Mit der Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts, das von der Rechtsprechung zum EG-vertraglich verankerten gleichen Entgelt für Mann und Frau ausgehend schließlich zu ArbeitnehmerInnenschutzbestimmungen als rechtlich festgelegte Mindeststandards führte, befasst sich *Walter Gagawczuk*. Während die Hochphase der EU-Arbeitsrechtsgesetzgebung auf das Sozialprotokoll von Maastricht zurückgeht, konnten seit 2001 bei brennenden Anliegen wie bspw der Leiharbeit keine Einigungen mehr erzielt werden. Das von der Kommission veröffentlichte Grünbuch Arbeitsrecht 2006 propagiert schließlich das Flexicurity-Modell und drängt die Zwecksetzung des Arbeitsrechts als ArbeitnehmerInnenschutz zurück.

Als einen Beschäftigungssektor, in dem dem Arbeitsrecht seit jeher kaum ArbeitnehmerInnenschutzfunktion zukam, schildert *Ingrid Moritz* hingegen den Privathaushalt. Sie analysiert ihn dabei anhand der historischen Rechtslagen als durch prekäre Arbeitsbedingungen und geringe Arbeitsbewertung ge-

kennzeichnet – ein Verlauf den die Regierung mit ihrer kürzlich verabschiedeten „Pflegerreform“ weiter bestärkte. Ohne jegliche Berücksichtigung der Interessen der zur überragenden Mehrheit weiblichen ArbeitnehmerInnen wurden dabei existierende illegale Praktiken rechtlich festgeschrieben. Seinen normativen Gestaltungswillen hat der Gesetzgeber dabei aufgegeben und sich zum Exekutor faktischer Verhältnisse gemacht, von denen aber auch auf ArbeitgeberInnenseite nur Oberschichten profitieren können.

Die arbeitsrechtlichen Besonderheiten der Telearbeit, die einst als Allheilmittel für Infrastruktur-, Betreuungs- und Standortprobleme propagiert wurden, beschreibt *Nora Melzer-Azodanloo*. In ihrer Analyse einer der letzten Materien, in denen europarechtliche Vorgaben umzusetzen waren, deckt sie Unzulänglichkeiten in der österreichischen Rechtsordnung auf. Dabei zeigt sich einerseits noch einmal klar die Problematik des Versuchs, Rechten statt auf gesetzlicher oder zumindest kollektivvertraglicher Ebene auf betrieblicher Ebene oder gar darunter Geltung zu verschaffen. Andererseits wird die Unzulänglichkeit sektoriell stark eingegrenzter Regelungsversuche klar. So wurde einst mit dem Heimarbeitsgesetz gewissen Gruppen freier DienstnehmerInnen oder WerkvertragsnehmerInnen eine vom Standard abweichende aber doch zumindest grundlegende Absicherung gegeben. Die Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen für TelearbeiterInnen scheint im Hinblick auf die Ähnlichkeit der Sachverhalte kaum nachvollziehbar.

Nicht nachvollziehbar findet *Valentin Wedl* auch die jüngst vorgelegten Schlussanträge der Generalanwälte in jenen EuGH-Verfahren, in denen es um die Zulässigkeit gewerkschaftlicher Maßnahmen im Hinblick auf die Grundfreiheiten des Binnenmarkts geht. Was auf den ersten Blick wie ein differenzierendes Befürworten der Maßnahmen der ArbeitnehmerInnen aussieht, deckt er als unter Bruch rechtsdogmatischer Prinzipien teuer erkaufte erste Runde einer Schlacht auf, an deren Ende die generelle Unterwerfung jeglicher privater Handlungen unter die dann direkt anwendbaren Grundfreiheiten stünde. Dem Autor bleibt dabei bloß, auf die Hoffnung in Gestalt des EuGH zu setzen.

Nicht hoffen will hingegen *Mario Candeias*. In seinem umfassenden und detaillierten Beitrag zeigt er, dass mit der Prekarisierung von Arbeits- und Lebensverhältnissen im Zuge der transnationalen Durchsetzung einer informationstechnologischen kapitalistischen Produktionsweise unter neoliberaler Hegemonie ein Kampf um die Neubestimmung sozialer Rechte verbunden ist. Die Widerstände Prekarisierter, die soziale Rechte nicht als passiv empfangene, juristisch vom Staat gewährte verstehen, sondern als demokratisch immer wieder aktiv zu realisierende, zeigt er dabei als Verteidigung und Fortentwicklung einst erkämpfter Errungenschaften hin zur ›Transnationalisierung‹ sozialer Rechte. An der Herstellung dieses Übergangs zu arbeiten, bleibt tägliche, mühsame Arbeit.



**1. Arbeitsbeziehungen im historischen Überblick**

Die kollektive, im Wesentlichen auf Tarif-/Kollektivverträgen, der arbeitsrechtlichen Regulierung von Arbeitsbedingungen (Zeit; Gesundheitsschutz; Urlaub; Mutterschutz; Jugendbeschäftigung etc.) sowie der Implementation arbeitsmarktpolitischer Maßnahmen (Ausbildung, [Um]Schulung; Training) beruhende Organisation von Arbeitsverhältnissen ist im historischen Rückblick eng an industriekapitalistische Produktionsformen der Massenfertigung und die tayloristische Organisation betrieblicher Arbeitsteilung geknüpft. Insofern ist die Arbeitsteilung der Fabrik in skalaren Organisationen, die Stab-Linien-Systeme mit Formen des Fließbandes, der Akkord- und Schichtarbeit verbinden, gleichsam die „idée fixe“, welche der rechtlich-normativen Regelung von Arbeitsbeziehungen zugrunde liegt. Die industrielle Produktionsweise implizierte eine Homogenisierung der Arbeitskraftträger, deren kollektivierte Interessen beim Verkauf und der Vernutzung der Arbeitskraft in den zur Verfügung gestellten Zeitquanten sich in einem regularisierten System vereinheitlichter und durchsetzbarer Beschäftigungsbedingungen spiegelte. Korporierte Akteure dieser Interessen wurden nach der Koalitionsfreiheit 1867 Gewerkschaften und in Österreich zudem 1920 auch die Arbeiterkammern, welche spätestens nach 1951 in einem sozialpartnerschaftlichen System der „doppelten Parität“ jeweils Industriellenvereinigung, Handels- bzw. Wirtschafts- und Landwirtschaftskammern gegenüberstanden. Kollektive Arbeitsbeziehungen werden seit Beginn der ersten Republik auf vier Ebenen reguliert, nämlich der Kollektivvertragsebene, der Ebene des kollektiven (Arbeitsrechts), des Individualarbeitsrechts sowie des Arbeitsmarktrechts. Während das Arbeitsverfassungsrecht im Wesentlichen die Aktionsspielräume der Arbeitnehmervertretung regelt, sind Ausmaß und Intensität der Arbeitsleistung Gegenstand des Individualarbeitsrechts. Das Arbeitsmarktrecht schließlich steuert Ein- und Ausgänge aus dem Arbeitsmarkt, vor allem über die passive Risikoabsicherung im Falle der Arbeitslosigkeit. In diesem Kontext gewinnt das Bündel der öffentlichen Ausbildungs- und Beschäftigungsmaßnahmen, welches seinen Ausgangspunkt bereits im Ministerium für Öffentliche Beschäftigung 1848 hat, seit 1983 an Gewicht. Freilich spielen hier auch das duale Ausbildungssystem, die aktive sowie auch die experimentelle bzw. innovative Arbeitsmarktpolitik herein und lassen sich nur zusammengenommen als Komplex der Regulierung von Arbeitsbeziehungen verstehen.

Die Pfadabhängigkeit korporatistischer Konfliktlösungen zur Regulierung von Arbeitsbeziehungen ist deutlich ausgeprägt. Beginnend mit den Renner'schen Industriekommissionen 1919 kam tripartistischen Arrangements (Arbeitnehmer-, Arbeitgeberorganisationen und staatliche Repräsentanten/Regierung handeln Bedingungen der Lohngestaltung, daneben aber auch Beschäftigungsbedingungen aus, die im politischen System vom Gesetzgeber im We-

sentlichen nachvollzogen werden) vor allem nach der Einrichtung der paritätischen Kommission 1957 zunehmende Bedeutung zu. Überhaupt war die österreichische Sozialpartnerschaft 1957-2000 in wengleich tendenziell abnehmender Weise der bestimmende Faktor der Regulierung der Arbeitsbeziehungen.

Zweifellos hat die Regulierung der Arbeitsbeziehungen mit dem EU-Beitritt Österreichs nicht nur aufgrund der Etablierung eines Mehrebenensystems mit komplexen Zuständigkeitsteilungen einen Paradigmenwechsel vorgenommen. Denn obwohl vor allem seit Maastricht eine Reihe von Richtlinien Betriebsratskompetenzen, Entsendungsbe-

# Strukturwandel der Arbeitsbeziehungen

Nikolaus Dimmel



dingungen, Teilzeitarbeit, befristete Arbeitsverhältnisse, Arbeitnehmerbeteiligungen und Diskriminierungsverbote regeln,<sup>1</sup> und obwohl das Telearbeitsabkommen der europäischen Sozialpartner 2002 als „benchmark“ tripartistischer Regelung verstanden werden kann,<sup>2</sup> ist doch der Regelungsimpact, zumal es sich dabei um Mindeststandards handelt, im Wesentlichen neoliberal inspiriert und proaktiv marktorientiert. Es geht darin weniger um materiellen Schutz der Arbeitskraft als formal gleichen Zugang zum Arbeitsmarkt. Pointiert formuliert: Das EU-Arbeitsrecht erlaubt es wenig qualifizierten und qualifizierten ArbeitnehmerInnen in gleicher Weise, sich ohne nationalstaatliche Beschränkungen ausbeuten zu lassen.

Indes hat der EU-Beitritt nur vertieft, was bereits angelegt war. Denn die wellenförmig anschwellende Krise der korporatistischen Regulierung von Arbeitsbeziehungen geht bereits auf den Beginn der 1980er Jahre zurück. Zweifellos waren hier das Ende der Vollbeschäftigung und der Beginn chronifizierter Arbeitslosigkeit ein wesentliches Moment. Daneben muss auch auf die das österreichische Verhältnis kollektiver Arbeitsbeziehungen prägende Krise der Verstaatlichten Industrie und deren Niedergang 1983-1987 verwiesen werden. War doch die Verstaatlichte Industrie nicht nur ein „Hort“ des Proporz, der Versorgung politischer Eliten mit Management-Jobs und ein Fundament des traditionellen österreichischen Zweiparteiensystems, sondern auch ein Eckpfeiler des Austrokeynesianismus und Triebfeder der österreichischen Arbeitsrechtsgesetzgebung. Ferner spiegelt diese Krise die strukturelle Entkopplung zwischen SPÖ, AK und ÖGB, aber auch die endemischen Interessenkonflikte zwischen Bundeswirtschaftskammer und Industriellenvereinigung vor allem im Zusammenhang



1) Siehe dazu den Beitrag von Gagawczuk. 2) Siehe dazu den Beitrag von Melzer-Azodanloo.



mit dem EU-Beitritt Österreichs 1995. Während beginnend mit den Sparpaketen nach 1983 das politische Feld zwischen der – in die große Koalition eingebundenen – SPÖ und den Arbeitnehmervertretungen neu vermessen wurde, sanken deren Akzeptanz, Verhandlungsmacht und im Falle des ÖGB auch dessen Mitgliederzahlen. Ergebnis dieser Krisenbewegung war ein sinkender Einfluss der Sozialpartner in den traditionellen Kernbereichen der Arbeits- und Sozialrechtsgesetzgebung.

Ein letzter kaum zu überschätzender Aspekt liegt schließlich im Strukturwandel der Arbeitsorganisation selbst. Obwohl in den kleinen und mittleren Unternehmen (KMUs), welche mehr als 90% der Unternehmen in Österreich stellen, in denen mehr als 90% der ArbeitnehmerInnen im nicht-öffentlichen Bereich beschäftigt sind, der Strukturwandel der postfordistischen, toyotistischen Arbeitsorganisation entweder verzögert, modifiziert oder gar nicht nachvollzogen wird, spielt der Strukturwandel der Arbeit selbst seit Beginn der 1990er Jahre nicht nur in Großunternehmen sondern auch in KMUs bis 250 MitarbeiterInnen eine zentrale Rolle bei der Umgestaltung der Arbeitsbeziehungen. Das betrifft Arbeitsform und –inhalt, Rationalisierung und Automatisierung, Flexibilisierung und Beschäftigungsweise. Im rechtspolitischen Kontext wurden der Strukturwandel und die sukzessive Reorganisation der Arbeit sichtbar etwa im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung, im Abfertigungsrecht, in Perforationen des Kündigungsschutzes, der Ausweitung zulässiger Arbeitszeiten, der Ausweitung von Zumutbarkeitsbestimmungen oder der Beschränkung des Berufsschutzes im Arbeitslosenversicherungsrecht.

Triebfedern der Umwälzung des Arbeitsrechts sind vorwiegend veränderte Konsumtionsmuster (Arbeitszeiten im Handel), Flexibilisierungen der Arbeitszeiten (just-in-time), die Technisierung der Arbeit durch Informations- und Kommunikationstechnologie (job enrichment; job enlargement; job rotation), Automatik und Robotik (von der Fließbandarbeit zur Prüfwartungsarbeit), der Übergang vom Fließband zur Fertigungsinsel (Kooperationen zwischen anschlussfähigen Qualifikationen), von sequentiellen hin zu teamförmig organisierten Produktionsprozessen, die Zunahme des Stellenwertes von Dienstleistungen sowie die Verflachung von betrieblichen Hierarchien (lean production). Dazu gehören auch Prozesse des „Outsourcing“ („contracting out“), die gänzlich neue Beschäftigungs- und Arbeitsformen in ausgelagerten Subunternehmen hervorbringen. Im KMU-Bereich spiegelt sich dies etwa in der Herausbildung von „cottage-industries“ mit Formen flexibler Spezialisierung und Kooperationen zwischen Unternehmen und „wandernden Problemlösungsspezialisten“ zwischen den jeweiligen Betrieben. Dies zeigt sich auf Ebene der Humankapitalvermögen in neuen Anforderungen an die Arbeitskräfte selbst, nämlich in einer zeitlichen Flexibilisierung des Arbeitskräfteinsatzes mit wechselnden Arbeitsinhalten und Arbeitsorten, in wachsenden Anforderungen an die kognitive Leistungsfähigkeit und die Fähigkeit zur Bewältigung nicht-standardisierter Aufgaben.

Zugleich spalten die Prozesse der Automatisierung und Flexibilisierung die Belegschaften tendenziell zwischen hochqualifizierten AutomationsarbeiterInnen und/oder KopfarbeiterInnen (KonzipistInnen und KreativarbeiterInnen)

einerseits und niedrig qualifizierten, auswechselbaren Manualarbeitenden in prekarierten Beschäftigungsverhältnissen. Vor allem in Großbetrieben entstehen solcherart Spaltungen zwischen Kern- und Randbelegschaften. Das „Atmende Unternehmen“ (etwa bei der Produktion des Kleinwagens „Smart“) kennt nur noch eine kleine „Stammbelegschaft“, zu der flexibel je nach Marktnachfrage Leih- oder ZeitarbeiterInnen ein- und wiederausstellt werden. Im „Condominium“-Modell (etwa: VW do Brasil) treten Unternehmen als Lizenzgeber, Know-How-Agenturen und Planungsbüros in Erscheinung, welche zur Abwicklung zeitlich, örtlich und numerisch beschränkter Produktionsprojekte eine Vielzahl von Subunternehmen mit minimalem Risiko für die KapitalgeberInnen kombinieren und nach Erreichen des dem „just in time“-Prinzip folgenden Produktionszieles Grund und Boden, Fabrikhallen, Maschinen und ArbeitnehmerInnen wieder zurückstellen.

## 2. Arbeitsorganisation und Arbeitsbeziehungen im Neoliberalismus

Analytisch betrachtet verläuft der Strukturwandel der Arbeitsbeziehungen auf vier einander wechselseitig beeinflussenden Ebenen, nämlich einer primären Ebene, die man als Umwälzung von Arbeitsform und –inhalt begreifen muss, einer sekundären Ebene, welche den materiellrechtlichen Rahmen der Arbeitsorganisation (Individualarbeitsrecht und Kollektives Arbeitsrecht) abbildet, einer tertiären Ebene, die man als Feld der arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen (Ausbildung, Schulung, Steigerung der Beschäftigungsfähigkeit) verstehen kann und einer vierten Ebene, auf der Institutionen und Maßnahmen der sozialen Sicherung und Reproduktion vorfindlich sind.

In funktionaler Perspektive sind Arbeitsbeziehungen Ergebnis einer historisch ausdifferenzierten Arbeitsorganisation, wobei die Kernschicht des Arbeitsrechts noch immer im Fordismus und seinem tayloristischen Industriemodell wurzelt. Diese Kernschicht bestimmt die Zugehörigkeit einzelner ArbeitnehmerInnen zu Unternehmen, Betrieben, Arbeitskollektiven und Kategorien wie ArbeiterInnen/Angestellten, zugleich auch deren betriebsrätliche/gewerkschaftliche Vertretungen. Das arbeitsrechtliche Arrangement, in welches Arbeitsbeziehungen eingelassen sind, basiert auf normativen Kompromissen zwischen gegebenenfalls antagonistischen Interessen. Darin markieren Arbeitsform, –zeit, –inhalt, materielle Arbeitsbedingungen, aber auch Beschäftigungspflichten, Kündigungs- und Entlassungsschutz Schutzzonen der Lohnarbeitskraft. Die Arbeitsverfassung hält komplementär juristische Mechanismen der Konfliktaustragung (Friedenspflicht; Streikrecht; Aussperrung; Arbeits- und Sozialgerichte[Verfahren]) vor, welche richterliche Entscheidungen ermöglichen, die korrigierend in das Kräfteverhältnis zwischen Arbeit und Kapital eingreifen können. Insofern bezieht sich die jeweilige Entwicklung von Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen nicht nur auf ökonomische und politische Interessen, sondern auch auf das Momentum geltenden Arbeitsrechts (sofern sich die Arbeitswelt daran orientiert: im Großteil der KMUs mit mehr als 5 MitarbeiterInnen gibt es keinen Betriebsrat) sowie die relative Eigenständigkeit der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit. In gewisser Weise markieren Arbeitsrecht und Ar-

beitsbeziehungen also eine Waffenstillstandslinie zwischen Arbeit und Kapital, verflochten mit Produktionsverfassung, Arbeitsorganisation und Gegenmachtbeziehungen.

Mit dem Sieg des neoliberalen Anarchokapitalismus über das fordistische Regulationsregime verändert sich auch das regulatorische Arrangement der Arbeitsbeziehungen. Das nunmehr vorherrschende postfordistische Regulationsregime ist durch eine dynamische De-Regularisierung der kollektiven (überbetrieblichen) und eine auch rechtspolitisch offensiv vorgetragene Betonung von betrieblichen und individuellen Arbeitsbeziehungen gekennzeichnet. Der Konflikt verläuft vereinfacht gesprochen um die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen welche ArbeitnehmerInnen aus dem Gefüge eines homogenisierenden Arbeitsrechts herausgebrochen werden können (Stichwort: Scheinselbstständigkeit; echte und unechte DienstnehmerInnen).

Evident ist die Unfähigkeit des Kapitalverhältnisses, die aufgrund von Produktivkraftfortschritten möglich gewordene Arbeitszeitreduktion ausgewogen umzuverteilen. Allein zwischen 1948 und 1965 stieg etwa die Stundenproduktivität in der BRD um fast 300%. Trotz der Krise des Fordismus ab Mitte der 1970er Jahre lag die weitere Steigerung zwischen 1970 und 1995 noch immer bei 100% und 1995 bis 2005 trotz des Crashes 1997 noch immer bei 70%. Trotzdem kommen Aspekte der Zeit, Entscheidungssouveränität, Lebensqualität oder Sinngebung im Ambiente des verrechtlichten Arbeit-Kapital-Konfliktes kaum noch vor. Im Ergebnis steht das Problem der Arbeitslosigkeit unvermittelt neben dem Problem exorbitanter Überstundenzahlen, neben Alkoholabusus, Burn-Out, sexueller Belästigung und Gewalt (Mobbing) am Arbeitsplatz, aber auch den sich buchstäblich krank arbeitenden Menschen.

Soziologisch betrachtet bringt der Neoliberalismus ein neu konfiguriertes Subproletariat hervor, ein Prekariat, welches indes vielgestaltig zusammengesetzt ist und neben der „Generation Praktikum“ vor allem zu einer Wiederkehr der prekären Subsistenzproduktion als „real life economics“ geführt hat.<sup>3</sup> Während im Schlagschatten des Prekariats und seiner Armutslagen Tauschringe und informelle Ökonomien entstehen, eröffnen Arbeitsmarkt und Dienstleistungsrecht für personennahe Haushaltsdienstleistungen eine Option der „Südafrikanisierung“ (André Gorz): relativ Gutverdienende auch der „neuen Mitte“ kaufen sich Freizeit oder Zeit für mehr Arbeit und Konsum durch Beschäftigung billiger Dienstleistungsarbeitskräfte.<sup>4</sup>

Die gegenwärtige Konfliktkonstellation geht auf politische und rechtliche Entwicklungsmuster zurück, von denen nur drei kurz herausgestrichen werden sollen. Zum ersten ist der korporatistische Sozialstaat, welcher Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik balanciert, nicht nur Ergebnis eines befristeten Kräftegleichgewichtes zwischen Kapital und Arbeit, sondern auch Ergebnis eines selektiven Kompromisses zu Lasten der nicht regelhaft Beschäftigten. Arbeitspolitische Zielsetzungen wie Wachstum und Verteilung, Lohn- und Beschäftigungsstabilität waren im Korporatismus immer schon selektiv angesetzt. Lohnpolitisch konzentrier(ten) sich Gewerkschaften nämlich auf Stammebelegschaften in

Normalarbeitsverhältnissen. Am Arbeitsmarkt Marginalisierte, Ich-AGs, flexible ProjektarbeiterInnen auf Werkvertragsbasis oder LeiharbeiterInnen waren/sind regelhaft nicht deren Klientel. Unter diesen Vorzeichen erodiert die Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse die Grundlagen gewerkschaftlicher Organisationsfähigkeit.

Eine zweite politische Differenzierungslinie liegt in der branchenbezogenen Heterogenität von Beschäftigungsverhältnissen und der damit verbundenen Entstehung sozial abgekoppelter Lebenslagen. Angetrieben durch den Standortwettbewerb erodieren solidarische Lohnpolitikmuster zwischen Hoch- und Niedriglohnbranchen. So nimmt nicht nur die Ungleichheit der Erwerbseinkommen im Vergleich zwischen Qualifikationen und betrieblichen Funktionen zu, sondern auch jene zwischen gleichartigen Qualifikationen in jeweiligen Branchen. Das Lohngefüge wird differenzierter, der Lohn-Gap erweitert sich. Zugleich wächst die Zahl der atypisch Beschäftigten auf knapp ein Drittel der unselbständig Erwerbstätigen, von denen etwa ein Viertel dem Prekariat zuzurechnen ist. Die Zahl der „working poor“ liegt hierzulande bei 8%, die Zahl der Empfänger laufender offener Sozialhilfe bei 110.000 Personen, mehr als die Hälfte von ihnen ErgänzungsleistungsbezieherInnen, deren Versicherungsleistung nicht hinreicht, den Lebensunterhalt zu bestreiten.

Eine dritte politische Differenzierungslinie liegt in den Folgewirkungen langanhaltender Arbeitslosigkeit bei gleichzeitig hohem Niveau der Erhaltenenquote. Arbeitsbeziehungen beruhen traditionell auf durch hohe Beschäftigungsniveaus abgesicherte Gegenmachtbeziehungen, also der „countervailing-power“ von Gewerkschaften. Deren Verhandlungsposition wird durch Arbeitslosigkeit (Arbeitslose sind nicht gewerkschaftlich organisiert), Arbeitslosigkeits- und Entwertungserfahrungen der Betroffenen, durch die sinkende Organisationsbereitschaft und Depolitisierung der ArbeitnehmerInnen, die Enthomogenisierung der betrieblichen Arbeitsbeziehungen, indes aber auch durch moralische Impllosionen im Rayon der Sozialdemokratie wie dem BAWAG-Fiasko sukzessive geschwächt. Dazu kommt, dass weder ÖGB noch SPÖ aus der Mobilisierungsbereitschaft der ArbeitnehmerInnen (siehe Herbststreik 2003) politisches Kapital oder ein Momentum der Veränderung der kollektiven Arbeitsbeziehungen gewinnen wollten. Die absehbare Dynamik der Entwicklung liegt auf der Hand. In Österreich macht gegenwärtig etwa ein Viertel aller unselbständig Erwerbstätigen (etwa 800.000 Personen) einmal jährlich die Erfahrung von Arbeitslosigkeit. Jedes zweite Beschäftigungsverhältnis wird im Laufe eines Kalenderjahres aufgelöst.

Als Ergebnis dieser Entwicklung verlagert sich die Regelung von Arbeitsbeziehungen weg von der kollektivvertraglichen Ebene hinzu den Betriebsvereinbarungen und so weit als möglich auf die Ebene der Individualarbeitsverträge. Flexibilisierung nach unten hin meint eine Erweiterung der Handlungs- und Entscheidungsspielräume, sichtbar etwa im Arbeitszeitrecht mit seinen sukzessive erweiterten Wochenarbeitszeiten und Durchrechnungszeiträumen. Die Ar-

3) Siehe dazu den Beitrag von *Candeias*.

4) Siehe dazu den Beitrag von *Moritz*

beitnehmer selbst reagieren auf die Dehomogenisierung der Beschäftigungsbedingungen mit radikaler Individualisierung und Desolidarisierung. In den Betrieben und Produktionsprozessen selbst deutet vieles auf einen „Durchbruch“ instrumenteller Arbeitsmotivationen im überwiegenden Teil der Erwerbstätigen hin. Die Arbeitsmoral als Tantra des Wert heckenden Arbeitskräfteeinsatzes steckt in einer existentiellen Krise. Intrinsische Arbeitsmotivationen sind, sieht man einmal von bestimmten Milieus der KopfarbeiterInnen, Wissens- und SymbolproduzentInnen sowie hochqualifizierten TeamarbeiterInnen ab, rückläufig. Was bleibt ist ein „Job“.

### 3. Ausblick: Zukunft der Arbeit

Gegenwärtig findet ein Konflikt um die Rückkehr in einen technologisch aufgerüsteten, deregulierten Manchesterkapitalismus statt. Die sozialen Kosten dieser Deregulierung indes sind hoch. Ihr Ziel ist eine arbeitsmarktpolitische Fata Morgana. Entgegen dem ideologischen Trommelfeuer der neoliberalen Rechten kosten hohe arbeitsrechtliche Standards definitiv nicht Arbeitsplätze. Ganz im Gegenteil. Stabile arbeitsvertragliche Rahmenbedingungen, normativ abgesicherte Ausstiege aus dem Arbeitsmarkt und ein eng geknüpft soziales Netz können gegebenenfalls auch positive Faktoren im Standortwettbewerb sein. Kontrafaktisch wird das Arbeitsrecht redundant als Variable gesehen, die sich den Imperativen des Marktes zu unterwerfen hat, während der Rechtsrahmen des Welthandels sakrosankt bleibt. Die Weltbank als Hohepriester der monetaristischen Gegenreformation dekretiert in ihrem „Doing Business Report“ 2005 unter dem Titel „Hiring and Firing Workers“, dass ein funktionierendes Arbeitsrecht kategorial als Investitionshemmnis anzusehen ist. Der „rigidity of employment“-Index straft jene Länder ab, die „exzessive Arbeitnehmerrechte“ verankert haben. Als „exzessiv“ werden etwa Krankenversicherung für Teilzeitbeschäftigte, ein 20-US\$-Monatseinkommen und eine Wochenarbeitszeit unter 66 Stunden angesehen. So entsteht ein Markt der Arbeitsrechtssysteme, auf dem Hedge-Fonds-Manager auf „regime shopping“-Tour gehen. Wettbewerb auf Arbeitsrechtsmärkten indes kann nur durch eine Reduktion der Arbeitskosten und die Entkopplung von Produktivität und Erwerbseinkommen erfolgen. In dieser Perspektive sind die sich abzeichnenden Perspektiven der Arbeit wenig ermutigend. Faktisch sind 'grosso modo' die OECD-Wachstumsraten der Jahre 1995-2005 um den Preis größerer Ungleichheit und zunehmender Armut erreicht worden. Der neoliberale „Wettbewerbsstaat“, der den Markt als Sinnstiftung in sich versteht und gegengleich die politische Klasse in die Rolle einer parasitären, Sachzwänge verwaltenden Entourage drängt, ist nicht in der Lage, ebenso nachhaltig wie ubiquitär existenzsichernde Einkommen durch Lohnarbeit zu vermitteln. Von knapp 500 Mio EinwohnerInnen der EU sind 2007 etwa 100 Mio einkommensarm. Flexibilisierung der Arbeit, Privatisierung der Ökonomie und Dynamisierung sozialer Ungleichheit werden absehbar das Arbeitsmarktgeschehen prägen. Das Projekt der Deregulierung des Lohnarbeitsgeschehens benötigt eine Flexibilisierung des Arbeitskräfteeinsatzes. Deren Folgen sind paradox. Denn der Prozess der Intensivierung des Arbeitsprozesses führt zu kontraproduktiven psychosozialen Belastungen und

psychosomatischen Beschwerden in sämtlichen Hierarchiestufen der Unternehmen. Abgeschlagenheit, chronifizierte Schmerzen, Konzentrationsprobleme, Stimmungsschwankungen, Nervosität und Schlafstörungen erschweren die Vernutzung der Arbeitsvermögen. „Jobless Growth“ und Massenkündigungen trotz Milliarden Gewinnen in Großunternehmen, die tatsächliche Auflösung der Arbeitszeitregimes in KMUs, Vertrauensarbeitszeiten und zielorientierte Projektarbeit statt fixer Arbeitszeiten erhöhen sukzessive den Druck auf die Arbeitskräfte, destabilisieren Betriebsklima und schaffen eine als umfassend erlebte Unsicherheit am Arbeitsplatz. An dieser Stelle wird der vormals aktive Sozialstaat sukzessive durch einen aktivierenden Workfare-Staat verdrängt. Dieser reduziert Beschäftigungssicherheit (etwa unter dem Schlagwort „Flexicurity“) und intensiviert die kontrollierenden Zugriffe der Arbeitsmarktverwaltung.

Gerade die hegemonial gewordene Flexicurity-Idee steht in einem Spannungsverhältnis zu der Logik kollektiver Arbeitsbeziehungen, die traditionell auf dem Gleitfett sozial- und wohlfahrtsstaatlicher Integrations- und Inklusionsversprechen beruht. Dabei ist die Sphäre der Lohnarbeit und jene sozialstaatlicher Absicherung durch das Mindestabstands- bzw. „less eligibility“-Prinzip beschrieben: Sozialtransfers müssen immer niedriger als Erwerbseinkommen, also „anreizkompatibel“ sein. Auch Gewerkschaften proponieren dieses Verständnis von „Arbeit muss sich lohnen“. Damit ist das aktuelle Regulierungsproblem bereits angezeigt. Denn Niedriglohnbezüge, 3,90.- Euro-Jobs, Langzeit)Arbeitslosigkeit, die Zunahme prekärer Jobs sowie die steigende Zahl der „Working Poor“ unterlaufen das „less-eligibility“-Prinzip. Die Gegenrezepte sind mannigfaltig. Während „linke“ Existenzgeldideen und „rechte“ Bürgergeldprojekte, Negativsteuer- und Sozialdividenden-Modelle, aufeinanderprallen, proponieren EU-Kommission und Teil der politischen Klasse sozial prekarierte Flexicurity-Modelle, die sich als Antwort auf die Änderung der Arbeitsbeziehungen, der Produktionstechniken, betrieblichen Arbeitsorganisation und den wachsenden Druck, neue Absatzmärkte zu erschließen, verstehen. Flexicurity versteht sich hier als Antwort auf die gestiegenen Ansprüche an die Veränderungsbereitschaft und die Anpassungsfähigkeit der ArbeitnehmerInnen im Hinblick nicht nur auf das lebenslange Lernen und die berufliche/geographische Mobilität. Letztlich wird hier Druck auf Löhne und die Beschäftigung von Niedrigqualifizierten ausgeübt – „Arbeit muss billiger werden“, wie dies der deutsche Industrie- und Handelstagesbetriebsmühlenartig wiederholt. Diese Flexicurity-Logik passt durchaus zum Konzept einer bedarfsorientierten arbeitsmarktzentrierten Mindestsicherung mit hohem Sanktionspotential, wie dies die österreichische Bundesregierung gegenwärtig proponiert. Demgegenüber muss es Zweck des Arbeitsrechts bleiben, dem Arbeitsmarkt und der Produktionsverfassung Schranken zu setzen und eben nicht, einen schrankenlosen Markt gegenüber den sozial Exkludierten zu rechtfertigen.

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



**1. Die bisherige Entwicklung des europäischen Arbeitsrechts**

*1.1. Die Gründung der EWG und das Arbeitsrecht*

Das Arbeitsrecht als solches war bei der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vor nunmehr mehr als 50 Jahren kein Thema. Es sollte ein europäischer Binnenmarkt geschaffen werden, auf dem alle Güter und Dienstleistungen grenzüberschreitend angeboten werden können.<sup>2</sup> Die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr stand daher im Vordergrund. Die Sozialpolitik war aber im Vorfeld des Abschlusses der Römer Verträge Gegenstand einer Kontroverse. Frankreich befürchtete, dass seine Unternehmen aufgrund der relativ höheren Arbeitskosten in einen Wettbewerbsnachteil gerieten und trat daher für eine Angleichung sozialpolitischer Regelungen ein. Die deutsche Delegation vertrat jedoch eine gegenteilige Position und erhielt dabei Unterstützung durch zwei Studien. Diese kamen zu dem Schluss, dass keine Notwendigkeit für sozialpolitisches Handeln bestand, um „unfairen Wettbewerb“ hintanzuhalten. Die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen könnten auch durch die Entwicklung des gemeinsamen Marktes hergestellt werden. Es finden sich daher kaum arbeitsrechtliche Vorschriften in den Gründungsverträgen. Lediglich die *Gleichheit des Entgelts für Männer und Frauen* wurde im EGV verankert. Diese Bestimmung erhielt in weiterer Folge jedoch große praktische Bedeutung und wird als wichtigste sozialpolitische Vorschrift des EGV angesehen. Insbesondere die Rechtsprechung des EuGH, die jedem Arbeitnehmer und jeder Arbeitnehmerin ein subjektives Recht auf Lohngleichheit zuerkannte und auch mittelbare Formen der Diskriminierung in den Anwendungsbereich einbezog, trug dazu wesentlich bei. Das nach wie vor große Lohngefälle zwischen Frauen und Männern in der EU und die geringen Fortschritte in der Angleichung sind jedoch auch ein Beispiel für die Grenzen normativer Regelung in manchen Bereichen.

*1.2. Sozialpolitischer Aufschwung und arbeitsrechtliche Mindeststandards*

Die gesellschaftliche Aufbruchstimmung Ende der 60er- und Anfang der 70er-Jahre des vorigen Jahrhunderts fand auch ihre Ausprägung in der EU Politik. 1972 verabschiedete der Ministerrat eine sozialpolitische Erklärung in der – im Vergleich zur bislang rein ökonomisch geprägten Einstellung – geradezu revolutionär verkündet wurde: „Einem energischen Vorgehen im sozialpolitischen Bereich kommt die gleiche Bedeutung zu wie der Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion.“ Zwei Jahre später wurde dann auch das erste *Sozialpolitische Aktionsprogramm* angenommen. Dies alles basierte auf einem Richtungswechsel in den Einstellungen. An die Stelle des Vertrauens darauf,

dass ungehinderte Marktkräfte automatisch zum sozialen Fortschritt führen, trat die Überzeugung, dass der soziale Fortschritt eigenständige Aktivitäten erforderte.<sup>3</sup> Die in den nächsten Jahren erlassenen Rechtsnormen waren auch überaus fortschrittlich. Regelungsgegenstände waren der Schutz der ArbeitnehmerInnen bei Umstrukturierungen und bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin sowie die Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Mit Ausnahme letzterer waren sie „bloß“ darauf ausgerichtet die Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten zu verringern und hatten insoweit den Charakter von *Mindeststandards*. Auch die später verabschiedeten arbeitsrechtlichen Richtlinien waren Mindeststandards.

# Europäisches Arbeitsrecht am Scheideweg

Das Arbeitsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik<sup>1</sup>

Walter Gagawczuk

Nach einer Phase der Stagnation in der europäischen Sozialpolitik sowie der europäischen Integration generell in den Jahren 1981 bis 1985 verlieh Jaques Delors als Präsident der EG-Kommission der sozialen Dimension des Binnenmarktes neuen Schwung. Verabschiedet wurden eine Reihe von Rechtsvorschriften zum technischen Arbeitnehmerschutz und Mutterschutz, zur Arbeitszeit und zu bestimmten Informationspflichten des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin gegenüber den ArbeitnehmerInnen.

Ein weiterer sozialpolitischer Meilenstein war das *Sozialabprotokoll von Maastricht*. Dieses schuf neue Rechtssetzungskompetenzen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und stärkte die Kompetenzen der Sozialpartner. Der Inhalt dieses Protokolls sollte ursprünglich schon 1992 in den EGV aufgenommen werden. Das Vereinigte Königreich verweigerte dies jedoch und deshalb unterzeichneten es nur die übrigen Mitgliedstaaten.<sup>4</sup> Nach dem politischen Machtwechsel in Großbritannien 1998 änderte sich jedoch die Haltung der britischen Regierung und die Vorschriften des Sozialprotokolls wurden im Primärrecht verankert. Auch in dieser Phase – also zwischen 1993 und 2002 – wurden eine Reihe wichtiger Richtlinien erlassen, insbesondere die Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat, die Entsenderichtlinie,

1) Dieser Artikel baut auf dem Beitrag, Das Grünbuch Arbeitsrecht, in *Wagner/Wedl* (Hg), Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht (2007) 197, auf.

2) Dazu: *Oppermann*, *Europarecht*<sup>3</sup> 8 ff, 285 und *Fuchs*, *Die Bilanz des Europäischen Arbeitsrechts*, ZESAR 2004, 5 f mwN.

3) Vgl *Schiek*, *Europäisches Arbeitsrecht*<sup>2</sup> 56.

4) Die unterschiedliche Entwicklung zwischen dem Vereinigten Königreich einerseits und den übrigen Mitgliedstaaten andererseits in der Sozialpolitik wird auch mit „Europa der zwei Geschwindigkeiten“ bezeichnet.



die Teilzeitarbeitsrichtlinie, die Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse, die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung an der Europäischen Gesellschaft, die Antidiskriminierungsrichtlinien und die Richtlinie über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer. Ein Teil dieser Richtlinien ging auf Vereinbarungen der Sozialpartner zurück. Einen neuen Weg beschritt man mit dem Abkommen zur Telearbeit 2002.<sup>5</sup> Die Europäischen Sozialpartner wählten dabei die im EGV vorgesehene Möglichkeit eine Vereinbarung zu treffen und diese nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner – also vorrangig über Kollektivverträge – umzusetzen. Dafür war eine Frist von drei Jahren vorgesehen. Einem Bericht der Sozialpartnerorganisationen zufolge wurde die Vereinbarung bis 2006 auch in den meisten Mitgliedstaaten umgesetzt. Sie beruhte teilweise aber auf einer sehr wackeligen Grundlage. So etwa erfolgte die Umsetzung in Großbritannien und Irland bloß durch rechtlich unverbindliche Verhaltenskodizes.<sup>6</sup>

1.3. Die Verhandlungen zur Leiharbeit als Wendepunkt

Während somit in den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts und am Beginn des aktuellen die Rechtssetzung im Arbeitsrecht auf europäischer Ebene noch durchaus aktiv war, ging diese in den letzten Jahren klar merkbar zurück. Es gab immer weniger Initiativen zu neuen Richtlinien und bereits laufende scheiterten. Ein bezeichnendes Beispiel und möglicherweise auch der Wendepunkt in der Entwicklung waren die Verhandlungen zur Leiharbeitsrichtlinie. Bestrebungen, die drei klassischen Formen der atypischen Beschäftigung, befristete Arbeitsverhältnisse, Teilzeitarbeit und Leiharbeit durch Mindeststandards zu regeln, gehen auf die frühen 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts zurück, aber erste Erfolge dazu gab es erst in den 90er Jahren. Es konnte eine Richtlinie zu Sicherheit und Gesundheitsschutz von ArbeitnehmerInnen mit befristeten Arbeitsverhältnissen und LeiharbeiterInnen<sup>7</sup> verabschiedet werden und später auf Basis von Verhandlungen der europäischen Sozialpartner die Teilzeitarbeitsrichtlinie<sup>8</sup> und die Richtlinie über befristete Arbeitsverträge.<sup>9</sup> 2002 wurde dann auch das bereits oben erwähnte von den europäischen Sozialpartnern ausgehandelte Rahmenabkommen über Telearbeit unterzeichnet. Während also bei Teilzeitarbeit, befristeten Arbeitsverhältnissen und Telearbeit die Verhandlungen zwischen den Sozialpartnern durchaus erfolgreich waren, konnte bei der Leiharbeit keine Einigung erzielt werden. Die im Jahre 2000 begonnenen Verhandlungen wurden etwa ein Jahr später erfolglos abgebrochen. Auch ein neuerlicher Anlauf der Kommission scheiterte trotz intensiver Bemühungen der damals beteiligten Präsidenschaften. Aktuell dürfte auch die überwiegend ablehnende Haltung der neu beigetretenen Mitgliedstaaten gegenüber neuen arbeitsrechtlichen Richtlinien dazu beitra-

gen, dass der Vorschlag nicht wieder aufgegriffen wurde.<sup>10</sup> Er findet sich auch nicht mehr in der sozialpolitischen Agenda 2005-2010.

2. Der aktuelle Stand

2.1. Arbeitszeit

Ähnlich wie bei der Leiharbeit sind auch bei der Arbeitszeit europäische Initiativen in den letzten Jahren gescheitert. Während es bei der Leiharbeit um die Schaffung von Mindeststandards ging, war der Hintergrund für die Diskussion zur bestehenden Arbeitszeitrichtlinie<sup>11</sup> die Judikatur des EuGH. Beginnend mit den Entscheidungen in den Rechtssachen SIMAP und Jaeger urteilte der Europäische Gerichtshof nämlich, dass Bereitschaftsdienste als Arbeitszeiten einzustufen sind. Dies hat zur Folge, dass die überwiegende Mehrheit der Mitgliedstaaten gegen die Richtlinie verstößt. Betroffen sind insbesondere Ärzte und medizinisches Personal in Krankenanstalten. Man war daher bestrebt die einschlägigen Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie zu ändern und die Kommission unterbreitete 2004 einen Vorschlag. Neben einer Neuregelung der Bereitschaftszeiten enthielt dieser auch eine Änderung der sog Opt-Out Klausel. Diese Bestimmung ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen die Vorgaben über die Höchstarbeitszeit nicht einzuhalten und wurde in manchen Mitgliedstaaten sehr großzügig gehandhabt. Damit auf diese Weise die Ziele der Richtlinie nicht weiter unterlaufen werden können, war geplant diese Klausel einzuschränken oder sie generell zu befristen und somit auslaufen zu lassen. Ähnlich wie bei der Leiharbeit waren aber auch hier nach mehr als zwei Jahren die Standpunkte so festgefahren, dass letztlich alle Bemühungen zu einer Einigung scheiterten.

2.2. Grenzüberschreitende Beschäftigung

Das Thema grenzüberschreitende Beschäftigung und Sozialdumping gewinnt seit dem Beitritt der neuen Mitgliedstaaten zunehmend an Bedeutung. Das Lohngefälle ist nämlich derart ausgeprägt, dass bestehende Schutzvorschriften zunehmend unterlaufen werden bzw unter Druck geraten. Einen grenzüberschreitenden Wettbewerb auf Kosten der Arbeitsbedingungen und Löhne zu verhindern und insofern für einen fairen Wettbewerb zu sorgen, ist Ziel der Entsenderichtlinie.<sup>12</sup> Derzufolge haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass grenzüberschreitend entsandten ArbeitnehmerInnen bestimmte Arbeitsbedingungen, wie insbesondere Löhne, Höchstarbeitszeiten, Mindestjahresurlaub und Arbeitnehmerschutz zumindest auf dem Niveau des Ziellandes zu gewähren sind. In der Praxis bleibt dieser Anspruch jedoch aus mehreren Gründen lückenhaft. Ein wesentlicher Grund dafür ist zweifellos die mangelnde bzw schwierige grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Behörden und

5) Rahmenabkommen der Europäischen Sozialpartner (EGB, UNICE, CEEP, UEAPME) vom 16.7.2002 zur Telearbeit auf Grundlage des Art 139 Abs 2 EGV.  
 6) Zur Umsetzung in Österreich siehe den Beitrag von Melzer-Azodanloo.  
 7) Richtlinie 91/383/EWG zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeit-

nehmern mit befristeten Arbeitsverhältnissen oder Leiharbeitnehmern.  
 8) Richtlinie 97/81/EG des Rates zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit.  
 9) Richtlinie 1999/70/EG des Rates zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge.  
 10) Aktuell kündigt die portugiesische Rats-

präsidenschaft noch einen letzten Versuch zur Einigung über den Richtlinienvorschlag an. Sollte dies nicht gelingen, ist geplant den Vorschlag endgültig zurückzuziehen.  
 11) Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.  
 12) Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

## Sparen Sie Ihre wertvolle Zeit, lassen Sie die JUSLINE für sich recherchieren!

Geben Sie einfach mitten aus Ihrer Konferenz die gesuchte Firma oder Liegenschaft per Webformular, E-Mail oder auch Anruf bekannt. Sie erhalten umgehend die entsprechenden Auszüge gemailt oder gelakt. Diesen Service gibt es nur bei JUSLINE.



Firmenbuch-, Gewereregister- und Grundbuchauszüge sowie Meldeauskünfte

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)

JUSLINE ist offizielle Verrechnungsstelle für Grundbuch und Firmenbuch, sowie Service-Provider für das Zentrale Melderegister. Bei den Komfortabfragen (siehe oben) erhalten Sie die Auszüge von Montag bis Donnerstag von 8 Uhr - 17 Uhr und Freitag von 8 Uhr - 16 Uhr umgehend zugesandt, Abfragen an Wochenenden werden innerhalb der ersten beiden Arbeitsstunden des nachfolgenden ersten Werktages bearbeitet.

JUSLINE GmbH, 4690 Schwanenstadt, Tel. 07673-6457 Service for Professionals.

[jusline.at](http://jusline.at)

die nach wie vor sehr beschränkten Möglichkeiten grenzüberschreitender Behördentätigkeit. Dies betrifft insbesondere die Zustellung von amtlichen Schriftstücken, Beweisnahmen und die Vollstreckung von Verwaltungsstrafen. Es besteht folglich ein großer Handlungsbedarf auf europäischer Ebene. Leider war die Kommission hier bisher wenig initiativ und auch in der aktuellen Mitteilung der Kommission zur Entsenderichtlinie<sup>13</sup> ist dazu im Wesentlichen bloß die Einrichtung eines Ausschusses geplant. Viel klarer und eindeutiger ist die Kommission jedoch bei der Verfolgung der Interessen der Unternehmen. Gegen Kontrollen, die die Einhaltung der Arbeitsbedingungen sicherstellen sollen, aber laut Ansicht der Kommission „zu weit gehen“ und gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen, sollen Vertragsverletzungsverfahren beim EuGH eingeleitet werden.

### 2.3. Das Grünbuch Arbeitsrecht

Im Herbst 2006 hat die Europäische Kommission ein Grünbuch mit dem Titel „Ein modernes Arbeitsrecht für die Herausforderung des 21. Jahrhunderts“<sup>14</sup> vorgelegt. Es sollte damit eine öffentliche Debatte über die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts eingeleitet werden. Relativ zentral wird das Thema *atypische Beschäftigung* behandelt. Das Grünbuch verwendet dafür jedoch die positiver klingenden Formulierungen „flexible Beschäftigungsformen“ und „Nichtstandardverträge“. Bezeichnend für das Weltbild der Europäischen Kommission ist, welcher Blickwinkel hier eingenommen wird. Es wird ganz allgemein mit der Notwendigkeit größerer Flexibilität

aufgrund des raschen technischen Fortschritts, des durch die Globalisierung schärfer werdenden Wettbewerbs, der sich wandelnden Bedürfnisse der Verbraucher und das signifikante Anwachsen des Dienstleistungssektors argumentiert und behauptet, dass alternative Arbeitsvertragsmodelle die Fähigkeit der Unternehmer verbessern können, die Kreativität aller ihrer Arbeitskräfte im Hinblick auf größere Wettbewerbsvorteile weiterzuentwickeln. Die Tatsache, dass atypischer Beschäftigung in den meisten Fällen das Bestreben nach „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ und der Motivation, keine Sozialversicherungsbeiträge zahlen zu wollen, zugrunde liegt, wird von den Autoren des Grünbuchs verschleiert und eher beiläufig erwähnt. Ausgangspunkt der Überlegungen sind vielmehr tatsächliche bzw vermeintliche Interessen der Wirtschaft. Das Arbeitsrecht soll an diese angepasst werden. Zwar sollen die ArbeitnehmerInnen dabei nicht den Kürzeren ziehen und ihr Ruf nach mehr Sicherheit gehört werden, die Hauptstoßrichtung ist jedoch eine Durchforstung des bestehenden Arbeitsrechts in Hinblick auf einen höheren Grad an Flexibilität. Der Zweck des Arbeitsrechts als Schutznorm bzw als Ausgleich der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten im Beschäftigungsverhältnis wird hingegen als überholt angesehen.

### 2.4. Die Mitteilung zu Flexicurity

Es gibt aktuell kaum eine Diskussion zum europäischen Arbeitsrecht bei der nicht das Modewort Flexicurity im Mittelpunkt steht. Auch das Grünbuch hat dieses Thema erörtert, ganz zentral ist es jedoch Gegenstand der Mitteilung der Europä-

13) Mitteilung der Kommission vom 13.6.2007, 14) Ein Grünbuch ist ein von der EU-Kommission veröffentlichtes Dokument, das ein Thema abhandelt und eine Debatte dazu in Gang setzen soll.

ischen Kommission mit der Bezeichnung: „Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security“. Hinter dem Schlagwort Flexicurity verbirgt sich eine Politik, die größere *Flexibilität* („Flexibility“) mit größtmöglicher *Sicherheit* („Security“) für alle verbinden soll. Herausforderungen aufgrund von Globalisierung, technischem Fortschritt und geänderten sozialen Rahmenbedingungen sollen damit leichter bewältigt werden können. Als Beispiel wird regelmäßig Dänemark mit niedrigem Kündigungsschutz einerseits und relativ großzügigen Leistungen bei Arbeitslosigkeit bzw. einer aktiven Arbeitsmarktpolitik andererseits angeführt. Flexicurity ist aber kein bestimmtes Modell, sondern eher ein Leitgedanke, der neben Kündigungsschutz und Arbeitslosenunterstützungen viele Themen anspricht. Zu nennen wären insbesondere: Durchlässigkeit zwischen verschiedenen Beschäftigungsarten, Flexibilität bei der Arbeitszeit und bei Löhnen, soziale Absicherung bei atypischen Beschäftigungsverhältnissen, mobilitätshemmende Vertragsklauseln, Weiterbildungsmaßnahmen, Lebenslanges Lernen und Kinderbetreuung.

In der realpolitischen Diskussion wird unter „Flexibility“ aber vorwiegend nur die Flexibilität der Wirtschaft bzw. die Anpassung der ArbeitnehmerInnen an die Flexibilitätserfordernisse der Wirtschaft verstanden. Anforderungen, die sich aus diesem Aspekt für die ArbeitgeberInnen ergeben, wie etwa die Einschränkung mobilitätshemmender Vertragsklauseln und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie, kommen zu kurz. *Ziel ist laut Kommission die Arbeitsmärkte flexibler zu gestalten* und gleichzeitig Beschäftigungssicherheit zu bieten. „Flexicurity stellt einen umfassenden arbeitsmarktpolitischen Ansatz dar, der die Gewährleistung ausreichender Flexibilität in vertraglichen Regelungen – die den Unternehmen und Beschäftigten die Bewältigung des Wandels ermöglicht – verbindet mit der Sicherheit für Arbeitnehmer, auf ihren Arbeitsplätzen zu verbleiben oder rasch neue finden zu können, wobei in den Übergangsphasen ein angemessenes Einkommen gewährleistet sein muss.“<sup>15</sup> In der Mitteilung werden nun verschiedene Flexicurity-Grundsätze vorgestellt und vier typische „Optionen“ für die Mitgliedstaaten aufgezeigt, anhand derer sie ihre eigenen Flexicurity-Strategien entwickeln können. Eine rechtliche Verbindlichkeit oder eine Einheitslösung wird abgelehnt. Die Konzepte der Mitgliedstaaten zu Flexicurity sollen aber in Zukunft in die nationalen Programme zur Umsetzung der Lissabon Strategie für Wachstum und Beschäftigung einfließen.

### 3. Bewertung und Ausblick

#### 3.1. Änderung der Methode oder Abschied von der Politik der Mindeststandards

GegnerInnen verbindlicher europäischer Standards im Arbeitsrecht argumentieren häufig damit, dass das Niveau und die Struktur des Arbeitsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ist und daher eine europäische Einheitslösung nicht angebracht ist. Dabei wird aber übersehen, dass europäische Richtlinien nicht auf eine direkte Harmonisierung ausgerichtet sind. Sie sind nur hinsichtlich des zu

erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den nationalen Gesetzgebern Form und Mittel. Weiters handelt es sich im Bereich des Arbeitsrechts um Mindeststandards. Es sollen – so auch der Auftrag gemäß Art 136 EGV – die Lebens- und Arbeitsbedingungen verbessert werden, um dadurch auf dem Weg des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen. Das Konzept ist auf eine schrittweise Anhebung des Niveaus ausgerichtet ohne in die nationalen Strukturen einzugreifen. Auf diese Art und Weise konnte das europäische Arbeitsrecht, wie oben erörtert, bislang auch durchaus Fortschritte erreichen. In den letzten Jahren ist es jedoch um das Thema verbindliche Richtlinien bzw. Mindeststandards außerordentlich ruhig geworden. Es entsteht der Eindruck, dass diese Instrumente in Vergessenheit geraten sind. Handlungsfelder gäbe es genug, aber offenbar fehlt der politische Wille wesentlicher Akteure. Lücken bestehen etwa beim Kündigungsschutz. Es gibt zwar einige Mindeststandards zum Beendigungsrecht, wie den Kündigungsschutz bei Betriebsübergängen, bei Vorliegen bestimmter Diskriminierungstatbeständen, zum Schutz von Schwangeren, zum Schutz der ArbeitnehmervertreterInnen bei der Ausübung bestimmter Funktionen und zur Sicherstellung der Möglichkeiten den Elternurlaub wahrnehmen zu können. Diese Mindeststandards wirken jedoch bloß punktuell bzw. erfassen nur Teilbereiche. Es existieren keine Bestimmungen, die allgemeine Rahmenbedingungen für Kündigungen bzw. Entlassungen vorsehen, wie insbesondere Kündigungsfristen oder ein allgemeiner Kündigungsschutz. Auch Bestimmungen zur Hintanhaltung von Kündigungen bei Erkrankung oder bei Geltendmachung von Ansprüchen fehlen. Damit erfassen die europäischen Richtlinien aber nur einen verhältnismäßig kleinen Teil der tatsächlichen Kündigungen. Für andere wichtige Bereiche des Arbeitsrechts existieren überhaupt keine Mindeststandards, wie insbesondere Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Pflegebedarf naher Angehöriger oder sonstiger wichtiger Dienstverhinderungsgründe, Anspruch auf Aufwandsentschädigung, Dienstnehmerhaftung und Versetzungsschutz. Andere Bereiche werden nur teilweise abgedeckt. Bei der Arbeitszeit findet etwa die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bzw. die Wahrnehmung von Betreuungspflichten keine Beachtung. Mobilitätshemmende Vertragsklauseln werden nur unzureichend iZm der Freizügigkeit der ArbeitnehmerInnen beschränkt und für Leiharbeit gibt es nur Mindeststandards betreffend Sicherheit und Gesundheitsschutz. Es fehlt – abgesehen von der einschlägigen Judikatur iZm der Arbeitnehmerfreizügigkeit und zu Art 141 EGV – auch eine positivrechtliche Definition des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin. In der Regel verweist das EU-Recht vielmehr auf den nationalen Begriff. Dies entzieht den Mitgliedstaaten nicht vollständig dem gemeinschaftlichen Zugriff; dh sie dürfen den Begriff des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin nicht derart eng definieren, dass der entsprechenden Richtlinie jede Wirksamkeit genommen wird. Der Spielraum für die Mitgliedstaaten wird dadurch aber nur unzureichend eingeschränkt und die Möglichkeit, den Geltungsbereich europäischer Mindeststandards einzuschränken, verbleibt.

15) Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 27. Juni 2007, IP/07/919.

Ulbricht

## Forderungsmanagement

Praxishandbuch für Selbstständige und kleine Unternehmen

2007, 245 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5036-8, € 38,-

- Praxishandbuch für Selbstständige und Kleinunternehmer
- Bausteine für ein erfolgreiches Forderungsmanagement
- Werkzeuge zur Standortbestimmung im Forderungsmanagement
- Checklisten
- Eigene Forderungsbeitreibung oder Outsourcing

Das Werk zeigt schrittweise Wege aus einer aktuellen Liquiditätskrise auf, die durch Forderungsausfälle und verspätete Zahlungen entstanden sind. Einfache Formeln unterstützen bei der aktuellen Standortbestimmung. Die vorgestellten Bausteine zeigen, wie mit einfachen Mitteln ein proaktives Forderungsmanagement aufgebaut und unterhalten werden kann.

Dr. Ellen Ulbricht ist Juristin, Unternehmensberaterin und Referentin sowie Autorin zahlreicher Fachpublikationen.. Seit 2003 steht sie Selbstständigen und KMUs in Deutschland und Österreich als Unternehmensberaterin in allen Fragen des Forderungsmanagements zur Seite.



Der Leitfaden für die Praxis!

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

**VERLAG ÖSTERREICH**

Auch wenn also verbindliche Richtlinien in absehbarer Zeit kaum zu erwarten sind, ist das Thema Arbeitsrecht für die Europäische Kommission keineswegs abgeschrieben. Man wechselt jedoch die Methode. Ähnlich wie bei der Beschäftigungspolitik soll das Arbeitsrecht durch das Aufzeigen von Entwicklungen, Problemen und Handlungsbedarf sowie Best Practice Modellen und Konzepten europaweit koordiniert werden. Durch einen sanften Druck „von oben“ soll so in die Entwicklungen der Mitgliedstaaten lenkend eingegriffen werden. Im Unterschied zur Rechtssetzung durch Mindeststandards ist diese Methode dadurch gekennzeichnet, dass der politische Spielraum für die Kommission größer wird, die Verbindlichkeit geringer ist, aber vor allem die Verknüpfung mit dem Ziel der schrittweisen Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen nicht mehr *vorgegeben* ist.

### 3.2. Änderung des Ziels oder Rückkehr zu den Anfängen

Das Ziel der schrittweisen Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen wird auch nicht mehr *verfolgt*. Als zentrale politische Herausforderung bezeichnet das Grünbuch Arbeitsrecht nunmehr einen flexiblen, integrativen Arbeitsmarkt. „Im Kontext der Globalisierung, der laufenden Umstrukturierung und des Übergangs zu einer wissensbasierten Wirtschaft müssen die europäischen Arbeitsmärkte sowohl integrativer werden als auch besser auf Innovation und Wandel reagieren.“<sup>16</sup> Auch Flexicurity steht unter dem Vorzeichen, Arbeitsmärkte flexibler zu gestalten. Es soll zwar auch gleichzeitig Beschäftigungssicherheit geboten werden, dass

Ziel ist aber klar: Das Arbeitsrecht soll sozialverträglich an die Anforderungen der Wirtschaft angepasst werden. Die europäische Politik versucht aktuell also nicht mehr auf die Arbeitswelt gestaltend einzugreifen, sondern nur mehr auf wirtschaftliche Veränderungen zu reagieren. Damit ist aber Arbeitsrecht kein Instrument der Sozialpolitik mehr, sondern eines der Arbeitsmarktpolitik bzw der Wirtschaftspolitik. Die europäische Kommission muss sich daher auch den Vorwurf gefallen lassen, dass nicht der Mensch im Mittelpunkt steht, sondern die Interessen der Unternehmen. Man geht offenbar von der falschen Vorstellung aus, beides sei deckungsgleich. Bei dem massiven Übergewicht in Brüssel an Lobbyisten aus der Wirtschaft teilweise erklärbar, aber trotzdem und zweifellos nicht richtig.

In gewisser Hinsicht schließt sich jedoch der Kreis. Auch bei der Gründung der Union wurde Sozialpolitik und Arbeitsrecht nur unter wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten gesehen. Während aber bei den Gründungsvätern die Schaffung eines Binnenmarktes im Zentrum der Interessen stand, geht es jetzt tendenziell darum, die europäische Wirtschaft gegenüber anderen Wirtschaftsräumen wettbewerbsfähiger zu machen. Es bleibt zu hoffen, dass das europäische Gesellschafts- bzw Sozialmodell dadurch nicht nachhaltiger Schaden nimmt.

Mag. Walter Gagawczuk, AK-Wien,  
 walter.gagawczuk@akwien.at

16) Grünbuch Arbeitsrecht, Seite 10 oben.



Historisch gesehen waren die Dienstbotenordnungen die Grundlage für die Regelung der Beschäftigung in Privathaushalten, bevor 1920 das Hausgehilfengesetz<sup>1</sup> auf Initiative der Abgeordneten Anna Boschek und Adelheid Popp in Kraft trat. In zahlreichen Dienstbotenordnungen wurde den DienstgeberInnen sogar das Züchtigungsrecht gestattet. DienstbotInnen, die den Dienst eigenmächtig verließen, konnten zwangsweise zur Rückkehr in den Dienst angehalten werden. Bei Rechtsstreitigkeiten waren nicht die Gerichte, sondern die Polizeibehörden zuständig. Ab 1920 kam das Hausgehilfengesetz fürs erste nur in Gemeinden mit mehr als 5.000 Einwohnern zur Anwendung, ab 1926 wurde dessen Gültigkeit auf das gesamte Bundesgebiet ausgedehnt.<sup>2</sup> Gab es in der Dienstbotenordnung eine 24-stündige Verpflichtung zur Arbeitsbereitschaft, so wurde mit dem Hausgehilfengesetz eine tägliche Arbeitszeit von 13 Stunden verankert.<sup>3</sup> Tatsächlich arbeiteten aber die Hälfte der Hausgehilfinnen mehr als 14 Stunden am Tag. Die oft extrem belastenden Arbeitsbedingungen wie lange Arbeitszeiten, häufige Betroffenheit von Gewalt und sexueller Belästigung sowie die fehlende Absicherung bei Arbeitslosigkeit und das damit verbundene Risiko der Obdachlosigkeit fanden auch ihren Ausdruck in den gehäuften Selbstmordversuchen von Hausgehilfinnen.<sup>4</sup> Während des Nationalsozialismus wurde das Hausgehilfengesetz außer Kraft gesetzt, nach 1945 aber wieder wirksam. 1956 kam es zur Eingliederung der Hausgehilfinnen in die Arbeitslosenversicherung.<sup>5</sup>

Erst 1962 wurde das Hausgehilfengesetz wieder novelliert und zwar durch das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz.<sup>6</sup> Dabei wurde der Geltungsbereich auf die Hauswirtschaftlichen juristischer Personen und auf DienstnehmerInnen ausgedehnt, die nicht im Haushalt wohnen. Weiters wurden Höchstarbeitszeiten definiert.<sup>7</sup> Wie noch anhand der derzeit geltenden Rechtsbestimmungen aufgezeigt wird, zieht sich die Schlechterstellung der Hausgehilfinnen im Vergleich zu anderen Beschäftigten wie ein roter Faden durch. Im historischen Zeitverlauf bleibt also der Beschäftigungssektor Privathaushalt durch prekäre Arbeitsbedingungen und geringe Arbeitsbewertung gekennzeichnet.

**Beschäftigung im Privathaushalt im Zeitverlauf**

Während um die Jahrhundertwende und noch in der Zwischenkriegszeit Privathaushalte zu den größten Arbeitgebern für Frauen zählten, ist die Zahl der offiziell dort Beschäftigten mittlerweile sehr gering. 1910 gab es allein in Wien mehr als 100.000 Hausgehilfinnen.<sup>8</sup> Um 1928 gab es in Wien 68.500 Hausgehilfinnen (davon 500 Männer), bei einem registrierten

Stand von 203.000 weiblichen Beschäftigten machte dies ein Drittel aller Frauenarbeitsplätze aus.<sup>9</sup> Die schlechten Arbeitsbedingungen und der ungenügende sozialpolitische Schutz hatte einen kontinuierlichen Rückgang der Hausgehilfinnen zur Folge, sodass 1947 nur mehr rund 15.000 Hausgehilfinnen in Wien beschäftigt waren.<sup>10</sup> 2006 waren österreichweit im Jahresschnitt nur rund 3.300 Personen in Privathaushalten vollversichert angemeldet, weitere 7.100 Personen waren geringfügig beschäftigt. Wenig hat sich am hohen Frauenanteil geändert, der heute bei 90% liegt. Ein Fünftel der offiziell Beschäftigten sind ausländischer Herkunft.<sup>11</sup> Allerdings liegt die nicht registrierte Beschäftigung in Privathaushalten deutlich höher. Die Schätzungen gehen von 60.000 bis 300.000 informell Beschäftigten aus.<sup>12</sup>

# Vom Dienstmädchen zur ausländischen Pflegerin

## Kontinuitäten der Rechtlosigkeit

Ingrid Moritz

In den letzten Jahren sind verstärkte Bemühungen zu erkennen, dieses Beschäftigungsfeld für die ArbeitgeberInnen-Haushalte attraktiver zu gestalten. Dabei spielen der Wunsch nach Pflege und Betreuung zu Hause, die Entlastung von Hausarbeit angesichts der steigenden Erwerbsbeteiligung von Frauen, die Eindämmung von Schwarzarbeit aber auch die unzureichende Wahrnehmung von Kinderbetreuung und Pflege durch die öffentliche Hand eine wichtige Rolle. Von bürgerlich-konservativen Parteien wird auch eine steuerliche Absetzbarkeit von haushaltsbezogenen Dienstleistungen gefordert. Eine solche Maßnahme würde die Anreize für die Inanspruchnahme haushaltsbezogener Dienste erhöhen und hätte neben verteilungspolitisch bedenklichen Effekten auch die Förderung prekärer Beschäftigungen im Privathaushalt zur Folge.

**Aktuelle Rechtsgrundlagen für die Beschäftigung im Haushalt**

Nachstehend sollen die wesentlichsten gesetzlichen Bestimmungen für die Beschäftigung in Privathaushalten dargestellt werden. Kernstück der arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur

1) G über den Dienstvertrag der Hausgehilfen (Hausgehilfengesetz), StGBI 1920/101.  
 2) BGBl 1926/72.  
 3) Heß-Knapp, Vom Hausgehilfengesetz zum „Homeservice“ – ein Gegensatz? in Göhring, Anna Boschek – Erste Gewerkschafterin im Parlament, Schriftenreihe des Instituts zur Erforschung der Geschichte der Gewerkschaften und Arbeiterkammern, Nr 4 (1998), sowie Verband der Hausgehilfinnen, Erzieherinnen und Hausarbeiterinnen Österreichs, Das A-B-C des Hausangestelltenrechts (1932).

4) Im Jahr 1926 haben 6.265 Hausgehilfinnen Selbstmordversuche unternommen und 1.429 Hausgehilfinnen Selbstmord verübt. Einigkeit – Verband der Hausgehilfinnen, Erzieherinnen und Hausarbeiterinnen Österreichs, (1929) 16, 31.  
 5) Broessler, Wilhelmine Moik, Ein Leben für die gewerkschaftliche Frauenpolitik (2006), 101f.  
 6) BGBl 1962/235.  
 7) Höglinger/Berka, Arbeit in Privathaushalten, Alte Probleme in neuer Zeit, Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien (1994) 21.

8) Einigkeit, Bericht des Verbandsvorstandes 34.  
 9) Einigkeit, Bericht des Verbandsvorstandes 22f..  
 10) ÖGB-Bericht 1945/47, 164.  
 11) Budget-, Arbeitsmarkts- und Leistungsbezugsinformationen (BALI) <http://bali.bmwa.gv.at/index.aspx> (11.06.07).  
 12) Hartl/Kreimer, Am Rande des Arbeitsmarktes – Haushaltsnahe Dienstleistungen, in Abteilung Wirtschaftswissenschaft und Statistik der AK Wien (Hg), Materialien zu Wirtschaft und Gesellschaft Nr. 90, November 2004, 7.

Beschäftigung im Privathaushalt ist das Hausgehilfen-Hausangestelltengesetz. Für nur stundenweise geringfügige Beschäftigungen trat 2006 das Dienstleistungsscheckgesetz<sup>13</sup> in Kraft. Per 1.07.2007 wird die sogenannte Rund-Um-Die-Uhr-Betreuung im Hausbetreuungsgesetz geregelt. Als eine Sonderform haushaltsbezogener Beschäftigung sind Au-Pair-Verhältnisse anzusehen. In einem beachtlichen Umfang werden haushaltsbezogene Dienste auch durch Heimhilfen, AltenbetreuerInnen etc erbracht. Diese sind üblicherweise bei Trägervereinen wie Volkshilfe, Caritas, Hilfswerk etc beschäftigt und werden in diesem Beitrag nicht behandelt.

**Das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz (HGAG)**

Die Normalarbeitszeit, die nach dem Arbeitszeitgesetz 40 Stunden wöchentlich beträgt, liegt für Hausgehilfinnen deutlich höher. Jene, die nicht im Haushalt wohnhaft sind, haben eine Normalarbeitszeit von 86 Stunden in zwei Wochen, jene, die im Haushalt aufgenommen sind, eine Normalarbeitszeit von 110 Stunden in zwei Wochen. Damit beginnt auch die Zuschlagspflicht für Mehrarbeitsleistungen erst ab einem höheren Stundenausmaß. Die Entlohnungsbestimmungen sind in den Mindestlohntarifen für die Bundesländer festgelegt. Für nicht in die Hausgemeinschaft aufgenommene ArbeitnehmerInnen gibt es den niedrigsten Bruttostundenlohn in Wien mit € 6,09 (Hausgehilfinnen ohne Kochen vom 1. bis 5. Berufsjahr), den höchsten für die selbe Tätigkeit gibt es in Vorarlberg mit € 7,27 pro Stunde. Besonders niedrig ist die Entlohnung für Beschäftigte, die im Privathaushalt wohnen. Für 55 Stunden wöchentlich erhalten sie zwischen € 538 brutto in Niederösterreich und € 614,30 brutto in Kärnten monatlich. Hinzu kommen noch als Sachleistungen Kost und Logis. Für Tätigkeiten wie Kochen oder Kinder-, Alten- und Krankenbetreuung steigt der Lohn tarif bzw sind Zuschläge vorgesehen. Eine Besonderheit der Beschäftigten in Privathaushalten ist, dass der Urlaubszuschuss in Höhe des zweifachen Monatsentgelts gebührt, somit insgesamt drei Sonderzahlungen im Jahr zustehen. Da private Haushalte vom Wirkungsbereich der Arbeitsinspektion ausgeschlossen sind, können die Arbeitsbedingungen sowie die Wohnverhältnisse nicht geprüft werden.

**Beschäftigung mit dem Dienstleistungsscheck ohne Rechte**

Per 1.01.2006 trat als Sonderform der Beschäftigung in Privathaushalten die Entlohnung mittels Dienstleistungsscheck (DLS) in Kraft. Ein wichtiges Motiv für die Einführung dieser Sonderbestimmungen war es, legale Beschäftigung für einfache haushaltsbezogene Dienstleistungen zu fördern. Im Widerspruch zur EU-Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse,<sup>14</sup> die eine Aneinanderreihung von Befristungen einschränkt, sieht das DLSG eine Aneinanderreihung von Befristungen ohne zahlenmäßige Begrenzung vor. Für jeden Arbeitseinsatz wird eine befristete Beschäftigung vereinbart, welche mit dem Ende des Arbeitstages endet. In den Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf über das DLSG<sup>15</sup> wird die Ausnahme vom Kettenarbeitsverbot mit der besonderen Natur der Hilfstätigkeiten in Haushalten

und den besonderen Rahmenbedingungen der „Branche“ Privathaushalte argumentiert. Es bestehe nur eine lockere Bindung, die sich in der Vereinbarung eines kurzfristigen Arbeitsverhältnisses für jeweils einen Arbeitseinsatz zeigt. Die Vertragspartner würden die Art der Dienstleistung in die Nähe eines Werkes rücken.<sup>16</sup> Die Zulässigkeit der unbegrenzten Aneinanderreihung befristeter Beschäftigungen hat zur Folge, dass wesentliche arbeitsrechtliche Standards wie die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Pflegefreistellung sowie der Kündigungs- und Entlassungsschutz im Fall von Schwangerschaft nicht zur Anwendung kommen. Diese Rechtskonstruktion legt nahe, dass mit dem DLSG Privathaushalte entlastet werden sollen. Im Umkehrschluss verlieren Haushaltshilfen jedoch wesentliche Rechte. Grundlage für das Entgelt sind die Mindestlohntarife nach dem Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, weiters sind die Urlaubersatzleistung sowie aliquote Sonderzahlungen zu inkludieren. Die Beschäftigten im Privathaushalt haben die DLS der Gebietskrankenkasse zu übermitteln, die dann erst das Entgelt auf das Konto der ArbeitnehmerInnen überweist. Damit ist die Einlösung des DLS für Haushaltshilfen wesentlich aufwändiger, als der Kauf von DLS durch die ArbeitgeberInnen in Trafiken. Maximal darf eine Beschäftigung bis zur monatlichen Geringfügigkeitsgrenze mit dem DLS bezahlt werden. Unter Berücksichtigung der Aufschläge für Sonderzahlungen und Urlaubersatzleistung ist eine Beschäftigung bis € 467,34 pro Monat erlaubt. Mit der Übergabe des DLS sind sämtliche Entgeltverpflichtungen und sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen der ArbeitgeberInnen erfüllt, denn der DLS beinhaltet lediglich eine Unfallversicherung. Für ArbeitgeberInnen sind die Abgaben mit 2% vergleichsweise sehr gering. Für die Beschäftigung von Haushaltshilfen betragen die Sozialversicherungsabgaben für ArbeitgeberInnen mit 20,5% mehr als das zehnfache. Bei geringfügiger Beschäftigung besteht für Haushaltshilfen die Möglichkeit zur Selbstversicherung in der Kranken- und Pensionsversicherung zu einem Beitrag von € 48,14 monatlich, wird die Geringfügigkeitsgrenze aufgrund mehrerer geringfügiger Beschäftigungen überschritten, so ist ein Sozialversicherungsbeitrag von 14,2% zu leisten. Die mit dem DLSG intendierte Entlastung der Privathaushalte von ihren Arbeitgeberverpflichtungen zeigt sich auch darin, dass ein erstmaliger Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz für die ArbeitgeberInnen ohne Rechtsfolge bleibt. Bei der erstmaligen Übertretung ist lediglich mit Bescheid zu ermahnen und von einer Strafe abzusehen. Illegal beschäftigte Drittstaatsangehörige müssen hingegen mit einer Ausweisung, im schlimmsten Fall mit einem Aufenthaltsverbot rechnen. Im ersten Jahr der Einführung wurden DLS im Wert von knapp 1 Mio Euro verkauft. Allerdings ist die Tendenz steigend, denn im Zeitraum 1.01.2007 bis 31.07.2007 wurden bereits Dienstleistungsschecks im Wert von rund 900.000 Euro ausgegeben, was hochgerechnet für 2007 1,5 Mio Euro beträgt.<sup>17</sup>

**Arbeitsmarktzugang für MigrantInnen im Privathaushalt**

Für den Bereich der Pflege und Betreuung sowie für die Au-Pair-Tätigkeit in Österreich wurden in der Ausländerbeschäfti-

13) BGBl I 2005/45 idF 2005/114.  
14) RL 99/70/EG, ABl L 175 S 43.

15) 236 MEntw 22. GP.  
16) RV 856 BlgNR 22. GP.

17) Persönliche Auskunft bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau, Kompetenzzentrum Dienstleistungsscheck.

gungsVO Regelungen geschaffen, die es MigrantInnen erleichtern, im Privathaushalt zu arbeiten.

**Au-Pairs aus dem Nicht-EWR-Raum**

Ein Au-Pair-Verhältnis darf mit Personen zwischen 18 und 28 Jahren eingegangen werden. Für längstens ein Jahr können Au-Pairs zum Zweck des Spracherwerbs und um Österreich kennen zu lernen in einem Privathaushalt aufgenommen werden. Für die Verrichtung von Tätigkeiten im Haushalt erhalten sie ein Taschengeld. Ab 1.04.2001 wurden Au-Pair-Kräfte vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen, es muss jedoch beim AMS eine Bewilligung eingeholt werden. Damit wurden auch für Personen aus dem Nicht-EWR-Raum Au-Pair-Verhältnisse möglich. Angesichts des niedrigen Lohnniveaus vieler Herkunftsländer aus dem Nicht-EWR-Raum steht daher oft das Beschäftigungsinteresse im Vordergrund. Umgekehrt ist für viele Haushalte ein Au-Pair-Verhältnis mangels flexibler Angebote eine günstige Form zur Lösung des Kinderbetreuungsbedarfs. Insgesamt gab es im Jahr 2006 rund 1.200 bewilligungspflichtig beschäftigte Au-Pairs in Österreich. Knapp die Hälfte kommt aus der Ukraine, der Slowakei, Georgien und Russland. Mit 16.11.2005 hat der VwGH in einem Erkenntnis festgestellt, dass es sich bei einem Au-Pair-Verhältnis um ein Beschäftigungsverhältnis handelt.<sup>18</sup> Im Sozialrechts-Änderungsgesetz 2007<sup>19</sup> wurde in Folge geregelt, dass die Sachbezüge für Kost und Logis, die Aufwendungen für einen privaten Krankenversicherungsschutz und für die Teilnahme an Sprachkursen und kulturellen Veranstaltungen beitragsfrei gestellt werden. Damit sollen Au-Pairs leichter unter der Geringfügigkeitsgrenze bleiben, wodurch die ArbeitgeberInnen-Haushalte keine Beiträge zur Sozialversicherung leisten müssen.

**Pflegekräfte aus dem Ausland**

Ein erweiterter Arbeitsmarktzugang von MigrantInnen im Privathaushalt wurde mit der Novelle zur AusländerbeschäftigungsVO vom 25.10.2006<sup>20</sup> geschaffen. Damit wird AusländerInnen, die unter die Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit fallen, die Beschäftigung in Österreich eingeschränkt für den Bereich der Pflege und Betreuung in Privathaushalten ermöglicht, sofern dafür eine inländische Einrichtung oder der Privathaushalt selbst der Arbeitgeber ist. Weitere Voraussetzungen sind, dass der Anspruch auf Pflegegeld ab der Stufe 3<sup>21</sup> besteht und das Einkommen über der Geringfügigkeitsgrenze liegt.

**Legalisierung der 24-Stunden-Betreuung zu Hause**

Um illegale Pflegedienste vor Strafsanktionen zu bewahren, wurden mit dem Pflege-Übergangsgesetz vom 22.12.06<sup>22</sup> eine Reihe von Verwaltungsstrafbestimmungen vorübergehend bis 30.06.2007 außer Kraft gesetzt. Diese Amnestie wurde bis Ende 2007 mit der Begründung verlängert, dass es aufgrund der noch nicht zufriedenstellenden Förderung für die 24-Stunden-Betreuung noch keine Anreize gibt von der illegalen Beschäftigung auf legale Formen der Betreuung zu wechseln.<sup>23</sup> Die

„Pflegeamnestie“ erweckt in der Öffentlichkeit den Eindruck, dass illegale Beschäftigungen in der Pflege zu Hause sanktionslos wären. Jedoch sind damit keineswegs sozialversicherungs- oder arbeitsrechtliche Vorschriften außer Kraft gesetzt.

**Erosion arbeitsrechtlicher Standards durch das Hausbetreuungsgesetz**

Mit 6.06.07 wurde im Nationalrat das Hausbetreuungsgesetz<sup>24</sup> beschlossen. Damit wird für die Rund-um-die-Uhr-Betreuung von pflegebedürftigen Personen zu Hause die rechtliche Grundlage mit überlangen Arbeitszeiten geschaffen. Das Hausbetreuungsgesetz darf angewendet werden, wenn die zu betreuende Person Pflegegeld ab der Pflegestufe 3 (bei Demenzerkrankung bereits ab der Pflegestufe 1 und 2) bezieht. Die Arbeitszeit muss mindestens 48 Stunden wöchentlich betragen und darf längstens eine Arbeitsperiode von maximal 14 Tagen mit einer analog langen ununterbrochenen Freizeitphase umfassen. Damit wird für die derzeit gängige Praxis, dass etwa zwei Slowakinnen im 14-Tage-Rhythmus die Pflege einer Person übernehmen, ein rechtlicher Rahmen geschaffen. Maximal darf die Arbeitszeit inklusive Arbeitsbereitschaft in zwei Wochen 128 Stunden betragen. Darüber hinausgehende Arbeitszeiten, die die Betreuungskraft in ihrem Wohnraum oder in näherer häuslicher Umgebung verbringt, gelten nicht als Arbeitszeit. Dies steht im krassen Widerspruch zum Prinzip, dass eine Einschränkung der Freizeit zumindest als Bereitschaftszeit mit entsprechender Entlohnung zu werten ist. Erlaubt sind Tätigkeiten der Haushalts- und Lebensführung, nicht aber jene der Gesundheits- und Krankenpflege, was in der Praxis jedoch nicht überprüfbar ist. Dass die Betreuung auch in selbständiger Tätigkeit ausgeübt werden darf, entbindet die Haushalte von arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen und ermöglicht insbesondere die freie Vereinbarung des Entgelts für die Dienstleistung. Damit werden die derzeit illegal stattfindenden Betreuungs- und Pflegedienste durch Frauen vor allem aus Süd- und Osteuropa legalisiert. Völlig untragbar ist der Umstand, dass zwar auf die 24-Stunden-Betreuung zu Hause eindeutig die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung zutreffen, dies aber offenbar kein Hinderungsgrund war, die selbständige Ausübung dieser Tätigkeit gesetzlich zuzulassen. Mit der VO über das Gewerbe der Personenbetreuung, welche mit 1.07.07 in Kraft getreten ist, wird die Ausübung der Betreuung in Privathaushalten in Form eines Gewerbes geregelt.<sup>25</sup>

**Förderung der Rund-Um-Die-Uhr-Betreuung**

Gleichzeitig mit dem Hausbetreuungsgesetz wurde die Reform des Bundespflegegeldgesetzes im Nationalrat beschlossen, wonach aus Mitteln des Unterstützungsfonds für Menschen mit Behinderung finanzielle Mittel für die 24 Stunden-Betreuung bereitgestellt werden, sofern Anspruch auf Pflegegeld mindestens der Pflegestufe 3 und ein 24-Stunden-Betreuungsbedarf besteht. Weiters wird verlangt, dass die Betreuungskraft entsprechend ausgebildet ist. Die Förderungen gelten sowohl für die unselbständige als auch selbständige Pflege. Auf der Basis von zwei Beschäftigungsverhältnissen wird eine finanzielle

18) VwGH 2003/08/0173.  
19) BGBl I 2007/31.  
20) BGBl II 2006/405.

21) Das entspricht einem Pflegegeld von 421,80 € monatlich für einen Pflegebedarf von mehr als 120 Stunden im Monat.  
22) BGBl I 2006/164.

23) Initiativantrag 227/A 23.GP, 5.06.2007.  
24) BGBl I 2007/33.  
25) BGBl II 2007/152.



Unterstützung in Höhe von insg € 800 monatlich gewährt, für zwei selbständige PflegerInnen ist eine geringere Förderung von insg € 225 monatlich möglich. Die Förderungen gibt es nur, sofern kein verwertbares Vermögen über € 5.000 vorliegt und das monatliche Nettoeinkommen € 2.500 nicht überschreitet.<sup>26</sup> Die Förderung gilt ab 1.07.2007 befristet bis Ende 2007. Nach 2007 soll mit den Ländern ein einheitliches Fördermodell ausgearbeitet werden.

**Resümee: Wiederbelebung der Hausbotengesellschaft statt Ausbau öffentlicher Betreuungsangebote**

Unbezahlte Hausarbeit und Pflege wird in erster Linie von Frauen wahrgenommen. Die Pflege von Angehörigen ist mit 79% vor allem eine weibliche Angelegenheit,<sup>27</sup> ebenso trifft dies auch auf die Kinderbetreuung zu. Gesellschaftliche Veränderungen wie die steigenden Erwerbsbeteiligung von Frauen, die Anhebung des Pensionsalters und demografische Veränderungen haben zur Folge, dass Frauen die Haus- und Betreuungsarbeit im bisherigen Umfang nicht mehr leisten können bzw wollen. Notwendig wäre daher der Ausbau der öffentlichen Angebote im Bereich der Pflege und Kinderbetreuung sowie eine Umverteilung der unbezahlten Arbeit zwischen den Geschlechtern, um diesen gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung zu tragen. Nachdem die finanziellen Mittel für eine qualitativ hochwertige Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Menschen nicht in ausreichendem Umfang zur Verfügung gestellt werden und sich auch die Aufteilung von unbezahlter Arbeit zwischen den Geschlechtern nur in homöopathischen Dosen verändert, sehen sich viele gezwungen, private Lösungen zu organisieren. Beispiele dafür sind, dass etwa für pflegebedürftige Familienangehörige ausländische Pflegerinnen zu leistbaren niedrigen Löhnen eingesetzt werden, Au-Pairs zur Lösung für den Bedarf nach flexibler Kinderbetreuung engagiert werden bzw MigrantInnen zur Entlastung von der Hausarbeit schwarz beschäftigt werden. Die in diesem Beitrag aufgezeigten legislativen Maßnahmen für die Beschäftigung im Privathaushalt zielen darauf ab, die individuell entwickelten Lösungen zur Bewältigung von Haus- und Betreuungsarbeit in einen legalen Rahmen zu bringen. So wird etwa Frauen aus den EU-Erweiterungsstaaten bzw Au-Pairs aus dem Nicht-EWR-Raum ein eingeschränkter Arbeitsmarktzugang eröffnet, wobei erst die niedrigere Entlohnung von Frauen mit Migrationshintergrund diese Dienste für die Haushalte leistbar machen. Die Entlastung der ArbeitgeberInnen-Haushalte von arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen erleichtert dabei die legale Beschäftigung im Privathaushalt. Der Abbau von ArbeitgeberInnenrisiken und -belastungen geht aber einher mit einem Abbau von ArbeitnehmerInnenrechten. In der öffentlichen Debatte wird jedoch die Schlechterstellung der Haushaltshilfen weitgehend ausgeblendet während der Bedarf und die Notwendigkeit leistbarer Dienste für die Privathaushalte ins Zentrum gerückt werden. In den letzten Monaten wurde die öffentlichen Debatte hinsichtlich haushaltsnaher Dienst-

leistungen stark vom Thema der 24-Stunden-Pflege zu Hause geprägt. Dabei geht es darum, die derzeit in Schwarzarbeit angebotenen Betreuungsstrukturen zu legalisieren und für die Betroffenen leistbar zu machen. Dass eine 24-Stunden-Betreuung zu Hause für Mittelschicht- bzw einkommensschwächere Haushalte nicht leistbar sein kann, sofern für die Beschäftigten die gleichen Rechte gelten wie für alle ArbeitnehmerInnen, wird nicht thematisiert. Ein solcher Betreuungsumfang, der de facto einen Betreuungsschlüssel von zwei Personen pro zu pflegende Person erfordert, ist aber nur um den Preis leistbar, dass diese Arbeit zu Dumpinglöhnen und ohne die in Österreich üblichen arbeits- und sozialrechtlichen Standards verrichtet wird.<sup>28</sup> Derzeit sind es in der Regel zwei MigrantInnen, die zu einer täglichen Entlohnung von etwa 50 Euro abwechselnd im Rhythmus von jeweils 14 Tagen die Rund-Um-Die-Uhr-Betreuung übernehmen. Belastende Situationen der Pflege zu Hause wie Kommunikationsschwierigkeiten, psychische und physische Überforderung der BetreuerInnen oder fehlende Qualitätsstandards sind dabei Tabuthemen.<sup>29</sup>

**Verbesserungen im öffentlichen Betreuungsangebot sind notwendig**

Diese unreflektiert positive Haltung zur 24-Stunden-Pflege zu Hause ist daher vor dem Hintergrund zu sehen, dass ausreichend Angebote für eine außerhäusliche Betreuung und Pflege sowie für mobile Dienste fehlen. Eine Alternative zur Pflege zu Hause wäre der Ausbau qualitativ hochwertiger außerhäuslicher Pflege- und Betreuungsangebote sowie mobiler Dienste. Dies hätte den Vorteil, dass Arbeitsplätze mit deutlich besseren Arbeitsbedingungen geschaffen würden und die regulär Beschäftigten, die haushaltsbezogene Dienste verrichten, wie Heimhilfen, AltenbetreuerInnen etc nicht in einen Konkurrenzdruck geraten, der bewirkt, dass ihre arbeitsrechtlichen Standards nach unten nivelliert werden. Mangels ausreichender öffentlicher Angebote sind viele Frauen gezwungen, die Betreuung unentgeltlich selbst zu übernehmen bzw sie greifen auf billige Lösungen aus dem Ausland zurück. Wenn aber die Zuständigkeit für Pflege und Betreuung weiterhin in so hohem Ausmaß im Privatbereich verbleibt, so wird auch eine tatsächliche Gleichstellung von Frauen am Arbeitsmarkt nicht möglich sein. Notwendig ist daher ein Ausbau des Pflege- und Betreuungssektors anstelle einer Förderung prekärer (Frauen-)Beschäftigung im Privathaushalt. Das würde auch positive Beschäftigungsimpulse bringen und reguläre Arbeitsverhältnisse schaffen. Allerdings braucht es dafür eine Finanzierungsstrategie, womit wir wieder bei der Bewertung von Frauenarbeit angelangt sind.

*Mag.<sup>a</sup> phil. Ingrid Moritz ist Leiterin der Abteilung Frauen und Familie der AK Wien; ingrid.moritz@akwien.at*

26) *BM für Soziales und Konsumentenschutz*, RL zur Unterstützung der 24-Stunden-Betreuung gemäß § 21b des BPGG.  
27) *BM für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz*, Bericht des Arbeitskreises für Pflegevorsorge, 2004.

28) Zur Aushöhlung des *Zuckerstätter*, Die Plage Zukunft 2/2007.

Lohnniveaus siehe mit der Pflege,

29) In ihrer noch in Arbeit befindlichen Dissertation befasst sich Almut Bachinger mit der informellen Pflege und Betreuung durch Frauen aus Ost- und Mitteleuropa.



**1. Einleitung**

Arbeiten zu Hause statt im Unternehmen: Vermeidung von hohem Verkehrsaufkommen zu den Stoßzeiten, bessere Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit, Verhinderung der Abwanderung aus strukturschwachen Gebieten, individuell gestaltete Arbeitsumgebung statt Mobbing und Bossing im Betrieb, Wegfall kosten- und platzintensiver Office-Infrastruktur – die Telearbeit scheint und schien eine ideale Lösung für viele Probleme zu bieten. Inwieweit dies alles tatsächlich zutrifft, lässt sich derzeit aufgrund der eher geringen Verbreitung (noch) nicht sagen. Statistisch betrachtet sieht Telearbeit so aus: für 2002 wird die Zahl der vom Telearbeits-Rahmenabkommen betroffenen „employees“ in Europa mit ca 4, 5 Mio angegeben,<sup>1</sup> und in Österreich üben bis zu 140.000 Erwerbstätige zumindest gelegentlich Telearbeit aus. Die Kosten des Telearbeitsplatzes müssen allerdings fast 50% der Telearbeiter/innen selbst tragen. Eine Mikrozensushebung der Statistik Österreich ergab für Männer erheblich höhere Telearbeitsquoten als für Frauen; des Weiteren, dass fast 67% der Telearbeiter/innen einen Hochschulabschluss bzw Abschluss einer höheren Schule aufweisen.<sup>2</sup> Im Einzelnen wird auch tatsächlich die Familienarbeit, insb die Kinderbetreuung oder Pflege, erleichtert – durch den Wegfall zeitraubender Wege vom/zum Arbeitsplatz. Telearbeit bei gleichzeitiger Familienbetreuung ist hingegen eine Illusion.

Der nun folgende Beitrag widmet sich den arbeitsrechtlichen Aspekten dieser mittlerweile auch nicht mehr ganz jungen Arbeitsorganisationsform, die vor allem aufgrund „europäischer“ Rechtsvorhaben und -maßnahmen präsent bleibt.

**2. Zum Begriff „Telearbeit“**

Das Wort Telearbeit erklärt sich durch die Übersetzung des aus dem griechischen stammenden Wortes „tele“ (τηλον oder τηλε), das soviel wie „fern“, „in der Ferne“ oder „in die Ferne“<sup>3</sup> bedeutet, gleichsam von selbst. Dieses stellt für uns kein unbekanntes Fremdwort dar und ist längst fester Bestandteil unserer Alltagssprache. „Fernarbeit“ ist somit zwar eine durchaus korrekte, aber durch die Geläufigkeit des Ausdrucks „Tele-“ eigentlich nicht notwendige Übersetzung, die sich im deutschen Sprachgebrauch auch nicht durchgesetzt hat.<sup>4</sup> Anders im englischsprachigen Raum, wo sich in diesem Kontext neben „telework“ und „telecommuting“ (= Telependeln) auch Begriffe wie etwa „distance work“ oder „remote work“ (= entfernte Arbeit) durchgesetzt haben.<sup>5</sup>

Nun nützen „Selbstständige“ schon seit längerem Teile ihrer Wohnung für ihre Arbeit und der Vertreter/innenberuf ist uns allen geläufig. Üben also alle, die zu Hause oder „im Au-

ßendienst“ einer Beschäftigung nachgehen, Telearbeit im uns interessierenden Zusammenhang aus? Nur bedingt. Das Neue an der Telearbeit war die Idee, „zu“ einem Unternehmen zu gehören, aber ohne „in“ diesem Unternehmen zu arbeiten. Führt die Industrielle Revolution zu einer Trennung von Wohn- und Arbeitsstätte, würde die Telearbeit diese Trennung wieder aufheben. Ermöglichen sollte dies die Informationstechnologie der 80iger Jahre: Computer wurden handlicher und billiger, Texte und Bilder konnten mittlerweile über das Telefon quasi in Echtzeit übertragen werden. Solcherart mit dem Unternehmen verbunden war für viele Tätigkeitsbereiche auch eine Beschäftigung von zu Hause aus in greifbare Nähe gerückt.

Ausgehend von dieser Entwicklung umfasst der Begriff „Te-

# Telearbeit in Österreich – rechtliche Bestandsaufnahme und Ausblicke

Nora Melzer-Azodanloo

learbeit“ nach herrschendem rechtlichem Verständnis grundsätzlich die „Verrichtung von außerbetrieblicher Arbeit mit Hilfe von Informationstechnologie“<sup>6</sup>.

Die Schwierigkeiten mit dieser Definition seien nicht verhehlt: so lässt sie insbesondere die anzuwendende Vertragsform völlig offen; aus arbeitsrechtlicher Sicht sind daher zunächst vor allem Fragen vertragsrechtlicher Natur sowie die damit einhergehenden Abgrenzungen von wesentlicher Bedeutung (s dazu Abschnitte 3.1.1, 3.1.2 dieses Beitrags). Des Weiteren ist unklar, in welcher Weise der Einsatz von IT zu relevieren ist: Muss bei Telearbeit etwa ein Computer für die Tätigkeit „bestimmender“ Faktor sein, oder reicht letztlich auch, dass Beschäftigte – wie mittlerweile gang und gäbe – über Mobiltelefon oder E-Mail unabhängig von ihrem tatsächlichen Arbeitsort für das Unternehmen permanent erreichbar sein können? Eine Antwort aus rechtlicher Sicht kann diesbezüglich immer nur für

1) Siehe Implementation of the European Framework Agreement on Telework, Report by the Social Dialogue Committee (2006), 4.

2) Zu den österreichischen Zahlen und Quellen s BMWA (Hrsg), Status Bericht – Auf dem Weg von Telearbeit zu eWork, 95 ff.

3) Vgl Menge, Enzyklopädisches Wörterbuch der griechischen und deutschen Sprache I<sup>12</sup> (1954); Güthling, Enzyklopädisches Wörterbuch der griechischen und deutschen Sprache II<sup>3</sup> (1958).

4) Verwendung fand der Begriff noch Ende der achtziger Jahre etwa bei Pfarr, Arbeitsrecht: Neue Formen der Solidarität, in Däubler-Gmelin/Adlerstein, Menschengerecht, Arbeitswelt (1986), 253(264).

5) ILO (Hrsg), Conditions of Work Digest, Telework (1990), 3.

6) Pkt 2 Rahmenabkommen über Telearbeit (s dazu unten); vergleichbar schon Melzer-Azodanloo, Tele-Arbeitsrecht (2001), 15; weiters Trost, Der Arbeitnehmer in eigener Wohnung,

ZAS 1991, 191 sowie Egger, Telearbeit – ein neues Phänomen der Arbeitswelt, DRdA 1987, 97, die diese Definition von Müllner, Privatisierung des Arbeitsplatzes – Chancen, Risiken und rechtliche Gestaltbarkeit der Telearbeit (1985), 15 übernahmen; ganz ähnlich die im Rahmen einer Untersuchung von der ILO ausgearbeitete Definition, vgl ILO (Hrsg), Conditions of Work Digest, Telework (1990) 4; s auch Trattner, Was ist Telearbeit?, ASoK 1999, 347.

Einzelbereiche gegeben werden: so verlangt § 67 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) bei Desktoprechnern für die Verpflichtung der Arbeitgeberin zur ergonomischen Gestaltung grundsätzlich keinen bestimmten zeitlichen Umfang der Nutzung, bei Notebooks hingegen einen „regelmäßigen“ Einsatz<sup>7</sup> des Geräts; nach der Definition mancher Kollektivverträge muss die „Kommunikationstechnologie“ überhaupt unverzichtbarer Bestandteil<sup>8</sup> der Arbeit sein, damit die Regelungen zur Telearbeit zur Anwendung kommen. Ein einheitliches Verständnis von „Telearbeit“ findet sich somit im Arbeitsrecht nicht.

Ähnlich schwierig erweist sich der Umgang mit der Bezeichnung für die ausgelagerten Beschäftigten: Der mittlerweile durchaus gut eingebürgerte Ausdruck „Telearbeiter“ bzw. „Telearbeiterin“ ist wiederum wenig ergiebig hinsichtlich des vorliegenden Vertragsverhältnisses und könnte obendrein fälschlicherweise die Zuordnung zu einer bestimmten Arbeitnehmer/innengruppe (Stichwort: Arbeiter/in oder Angestellte/r) suggerieren. Der korrekte, allerdings sperrige Ausdruck für Beschäftigte auf Arbeitsvertragsbasis ist „Telearbeitnehmer/in“.

### 3. Spezifische Rechtsquellen für die Telearbeit?

#### 3.1. Grundlegendes zur Anwendung arbeitsrechtlicher Bestimmungen bei Telearbeit

Schutzobjekt des Arbeitsrechts ist der/die unselbstständige Arbeitnehmer/in (= Dienstnehmer/in), dh Personen, die aufgrund eines Arbeitsvertrages (= Dienstvertrages) ihrer Beschäftigung nachgehen. Grundsätzlich kommen nur diese Beschäftigten in den vollen Genuss arbeitsrechtlicher Absicherung (zB Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsfristen, Mindestbezahlung oder Mitbestimmung im Betrieb). Der Arbeitsvertrag begründet ein typisches schuldrechtliches Austauschverhältnis: als Gegenleistung für die fremdbestimmte Dienstleistung gebührt regelmäßig eine adäquate Entgelt. Von anderen Vertragstypen, die ebenfalls Beschäftigung im weiteren Sinne zum Gegenstand haben (zB freie Arbeitsverträge, Werkverträge), unterscheidet sich der Arbeitsvertrag durch die „persönliche Abhängigkeit“ der Arbeitnehmer/innen: Zu deren Kriterien zählen vor allem die Einordnung in das betriebliche Ordnungsgefüge, wie zB die Bindung hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und der Arbeitsabfolge, und damit zusammenhängend die Weisungsgebundenheit der Arbeitnehmer/innen. Weitere Indizien sind die Kontrolle der Arbeitnehmerin durch die Arbeitgeberin und die disziplinarische Verantwortlichkeit der Arbeitnehmerin.

##### 3.1.1. Telearbeit auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages

In Zusammenhang mit der Telearbeit könnte nun vor allem fraglich sein, ob die Dislokation der Beschäftigung die „Einbindung ins betriebliche Ordnungsgefüge“ derart zu verhindern vermag, dass „Telearbeit“ und „Arbeitsvertrag“ einander über-

haupt ausschließen. Damit kämen für Telearbeit nur die arbeitsrechtlich nicht abgesicherten freien Arbeits- oder Wertverträge zum Tragen. Dem ist jedoch keineswegs so: wie der OGH<sup>9</sup> bereits in den 1960iger Jahren entschieden hat, kann auch bei dislozierter Tätigkeit in der eigenen Wohnung ein Arbeitsvertrag vorliegen, wenn Kriterien wie zeitliche Gebundenheit der Arbeitnehmerin, deren Kontrolle sowie die Höchstpersönlichkeit der Arbeitsverpflichtung vorliegen. Bei der Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit ist das eben genannte Kriterium „Kontrolle durch die Arbeitgeberin“ nicht nur im Sinne einer ständigen Aufsicht der Durchführung der Arbeit zu verstehen, vielmehr kann diese auch im Erfordernis der „Erreichbarkeit“ der Arbeitnehmerin (zB mittels Mobiltelefon zu bestimmten Zeiten) erblickt werden.<sup>10</sup> Ein außerbetrieblicher Arbeitsplatz schließt die Arbeitnehmer/inneneigenschaft somit nicht aus.

Sind die Kriterien des Arbeitsvertrages erfüllt, kommen – grundsätzlich ohne Unterscheidung nach der gewählten Arbeitsorganisationsform – arbeitsrechtliche Sondergesetze wie das Angestelltengesetz bzw die Gewerbeordnung 1859, das Arbeitsverfassungsgesetz oder das ASchG zur Anwendung bzw kollektive Rechtsgestaltungsmittel wie etwa Kollektivverträge und Betriebsvereinbarungen. Spezialregelungen für Telearbeit existieren – von den wenigen in den Abschnitten 3.3.1. und 3.4. dieses Beitrags genannten abgesehen – nicht. Dass bei Telearbeit oftmals trotzdem zusätzliche Schutzmaßnahmen durchgeführt werden (müssen) und dies nicht zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer/innen geht, ist auf die sog Fürsorgepflicht zurückzuführen: Diese generalklauselartig formulierte Verpflichtung des/der Arbeitsgebers/in gewährt einen umfassenden Schutz der Persönlichkeitsrechte der einzelnen Arbeitnehmer/innen (vgl § 1157 ABGB; § 18 AngG). Insbesondere im Bereich des Daten- oder (technischen) Arbeitnehmer/innenschutzes vermag sie mit der raschen Entwicklung der IT Schritt zu halten und jenen Raum auszufüllen, den andere Gestaltungsmittel des Arbeitsverhältnisses nicht erfassen. Und selbst wenn die Rechtstellung der Beteiligten eine Regelung erfahren hat, kann über Berufung auf die Fürsorgepflicht der besonderen Lage des Einzelfalls Rechnung getragen werden.<sup>11</sup>

##### 3.1.2. Telearbeit im Rahmen anderer Vertragsverhältnisse

Wird Telearbeit auf Basis eines Werkvertrages oder eines freien Arbeitsvertrages ausgeführt („selbstständige Telearbeit“), ist die rechtliche Absicherung aufgrund des Fehlens ausdrücklicher Urlaubs-, Entgeltfortzahlungs-, Mindestlohn- oder Beendigungsregelungen bei weitem geringer.<sup>12</sup> Die Schutzdefizite solcher Beschäftigten sind – dies ist allerdings nicht auf das Telearbeitssegment beschränkt – groß. Maßgeblich für die Nichtanwendung des Arbeitsrechts ist stets, ob die Arbeiten auch tatsächlich frei von den Kriterien der persönlichen Abhängigkeit erbracht werden. Aus praktischer Sicht erweist sich insbesondere die völlig freie Zeiteinteilung oftmals als ein wesentliches Indiz hierfür.

7) Näheres zur unterschiedlichen Behandlung von Desktoprechnern und Notebooks bei *Melzer-Azodanloo*, *Tele-Arbeitsrecht* (2001), 91 ff.  
 8) S etwa § 14 *Telekom-KV* (Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen in Telekom-Unternehmen, Stand: 1.1.2007); ausführlich dazu *Löschnigg/Melzer-Azodanloo*, *Telekom-KV* (2003), 165 ff, 222 ff.

9) E v 23.4.1964, 4 Ob 12/64, Arb 7935 = *SozM I A/e*, 535.  
 10) *VwGH* 16. 9. 1997, 93/08/0171, *SVSlg* 41.900 = *ARD* 4895/12/97.  
 11) Ausführlich dazu *Löschnigg*, *Arbeitsrecht*<sup>10</sup> (2003) 6.6.

12) Grundlegend schon *Strasser*, *Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag*, *DRdA* 1992, 93; *Wachter*, *Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts*, *wbl* 1991, 81; aus jüngerer Zeit etwa *Zielina*, *Der freie Dienstvertrag* Typisch atypisch, *juridikum* 2003, 94.

Zu beachten gilt dabei, dass trotz der Titulierung als „freier Dienstvertrag“ etc auch bei außerbetrieblichem Arbeitsort kein „echter“, ungeschützter freier Arbeitsvertrag oder Werkvertrag vorliegt, wenn das Vertragsverhältnis „de facto“ wie ein Arbeitsvertragsverhältnis gelebt wird (zB bei Verpflichtung zur Erreichbarkeit zu bestimmten Zeiten oder zur Verwendung bestimmter Arbeitsmittel bzw Bereitstellung derselben durch den/die Arbeitgeber/in). In solchen Fällen ist von einem verschleierte Arbeitsverhältnis auszugehen, aus dem der/die betroffene Beschäftigte sehr wohl die oben angeführten arbeitsrechtlichen Ansprüche ableiten kann.

### 3.2. Europarechtliche Ebene

#### 3.2.1. Das europäische Telearbeitsrahmenabkommen

Am 16. 7. 2002 schlossen die europäischen Sozialpartner/innen<sup>13</sup> ein Rahmenabkommen über Telearbeit<sup>14</sup> ab. Inhaltlich betrachtet stellt das Abkommen durchaus einen Meilenstein für diese Arbeitsform dar: Pkt 2 definiert Telearbeit und schränkt den Anwendungsbereich grundsätzlich auf Arbeitsvertragsverhältnisse ein. Pkt 3 widmet sich der Freiwilligkeit der Telearbeit unter verschiedenen Gesichtspunkten: So kann Telearbeit bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses wie andere Arbeitsformen ohne Einschränkungen vereinbart werden; der Wechsel von einem konventionellen Arbeitsplatz zu Telearbeit hingegen ist gewissen Restriktionen unterworfen (zB Beendigungsschutz bei Weigerung). Wesentlich ist auch die Festlegung des allgemeinen Prinzips, dass für die Telearbeitnehmer/innen die gleichen Beschäftigungsbedingungen zu herrschen haben wie für vergleichbare „betriebliche“ Arbeitnehmer/innen (Pkt 4). Im Abschnitt „Datenschutz“ (Pkt 5) wird zum einen der Schutz der verwendeten und verarbeiteten Daten angesprochen. Zum anderen „informiert“ der/die Arbeitgeber/in die Beschäftigten auch über allfällige Einschränkungen bei der Benützung der eingesetzten IT und die Konsequenzen der Missachtung dieser Vorgaben. Die Privatsphäre der Telearbeitnehmer/innen wird respektiert und Überwachungssysteme müssen „verhältnismäßig“ sein und den Maßgaben der BildschirmarbeitsRL entsprechen (Pkt 6). Fragen der Ausrüstung, der Haftung und Kosten werden vor Aufnahme der Telearbeit „unmissverständlich“ festgelegt (Pkt 7). Grundsätzlich trägt zudem der/die Arbeitgeber/in die Kosten der für eine „regelmäßige“ Telearbeit erforderlichen Ausrüstung, außer der/die Arbeitnehmer/in verwendet eigene Geräte. Für Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz hat der/die Arbeitgeber/in auch bei Telearbeit nach Maßgabe der RL

89/391/EWG zu sorgen (Pkt 8). Zur Überprüfung derselben wird den Arbeitgeber/innen, den Belegschaftsvertreter/innen und den zuständigen Behörden „Zugang zum Telearbeitsplatz“ eingeräumt. Bei Telearbeit in der Wohnung des/der Beschäftigten bedarf es jedoch einer vorherigen Mitteilung und der Zustimmung des/der Telearbeitnehmers/in. Arbeitsorganisation (Pkt 9), Aus- und Weiterbildung (Pkt 10) und „kollektive Rechte“ (Pkt 11) haben jedenfalls den Standard der „betrieblichen“ Mitarbeiter/innen zu erreichen, teilweise sind sogar zusätzliche Maßnahmen zugunsten der Telearbeitnehmer/innen zu ergreifen (zB zur Vermeidung von Isolation; spezielle Schulungen zum besseren Umgang mit IT).

#### 3.2.2. Die Umsetzung des Telearbeitsabkommens in Österreich

Pkt 12 des Abkommens zufolge wird – anders als die bisherigen Rahmenabkommen (zB jenes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge) – das Telearbeitsabkommen nicht über eine Richtlinie des Rates, sondern von den nationalen Mitgliedsorganisationen der oben genannten Abschlussparteien umgesetzt (vgl FN 13 dieses Beitrags), dh in Österreich vor allem durch den ÖGB und die Wirtschaftskammern. Die Durchführung hat dabei nach den jeweiligen „Verfahren und Gepflogenheiten“ der Sozialpartner/innen zu erfolgen (Art 139 Abs 2 EGV)<sup>15</sup>.

Eine umfassende Umsetzung der Telearbeitsbestimmungen ist mit den Rechtsgestaltungsmitteln der Sozialpartner/innen in Österreich allerdings kaum möglich (und bisher auch nicht abgeschlossen):<sup>16</sup> Zum einen werden nicht alle Arbeitnehmer/innen und Arbeitgeber/innen von diesen erfasst, so etwa Teile des öffentlichen Dienstes<sup>17</sup> oder nicht-organisierte Arbeitgeber/innen<sup>18</sup>; zum anderen aufgrund der „Zersplitterung“ des Kollektivvertragsrechts, denn die ca 1400 österreichischen Kollektivverträge gelten (kurz gefasst) grundsätzlich immer nur branchenweise. Auch ist hinsichtlich einiger Regelungen des Telearbeitsabkommens die Zulässigkeit einer direkten „Übernahme“ in Kollektivverträge fraglich: etwa jener, die den Belegschaftsvertreter/innen „Zugang zum Telearbeitsplatz“ einräumt. Aufgrund des zweiseitig zwingenden Charakters der Betriebsverfassung kann der Kollektivvertrag grundsätzlich keine neuen Mitwirkungsrechte der Belegschaftsvertreter/innen schaffen oder diese erweitern<sup>19</sup>. Die Möglichkeit des Aufsuchens des Telearbeitsplatzes könnte – selbst bei Einholung der Zustimmung des/der Telearbeitnehmers/in – eine derartige Erweiterung darstellen.

Die nach dem Telearbeitsabkommen verpflichtende Gleichbehandlung von betrieblichen und außerbetrieblichen Arbeitneh-

13) BUSINESSEUROPE, früher: UNICE (The Confederation of European Business = Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas); UEAPME (European Association of Craft, Small and Medium-sized Enterprises = Europäische Union des Handwerks und der Klein- und Mittelbetriebe); CEEP (European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises with General Economic Interest = Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft); ETUC (European Trade Union Confederation = Europäischer Gewerkschaftsbund).

14) Allg dazu *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich II, Überblick über Richtlinien, deren Umsetzung bevorsteht, insb

die Antidiskriminierungs-Richtlinien, DRdA 2003, 523; *Röpke*, Europäisches Rahmenabkommen über Telearbeit, DRdA 2002, 440; *Karl*, Europarechtliche Rahmenbedingungen der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitslebens, Juridikum 2003, 82.

15) Näheres dazu etwa *Runggaldier*, Der Europäische Kollektivvertrag: eine Variante gemeinschaftsrechtlicher Normsetzung, DRdA 2006, 4.

16) So Implementation of the European Framework Agreement on Telework, Report by the Social Dialogue Committee (2006), 9; in *BMWA* (Hrsg), Status Bericht, 63 wird wiederum angegeben, dass im August 2003 bereits

80% der Kollektivverträge Regelungen zur Telearbeit enthielten. Über den Umfang der aus dem Abkommen übernommenen Bestimmungen ist damit allerdings nichts ausgesagt (s dazu Abschnitt 3.4. dieses Beitrags).

17) Allerdings finden sich etwa in § 36a BDG und § 5c VB-G seit der Novelle BGBl 176/2004 dienstrechtliche Grundlagen für die Telearbeit.

18) So auch etwa *Schindler*, Zur Umsetzung des EU-Rechts in Österreich II, DRdA 2003, 523.

19) Zu den sog betriebsverfassungsrechtlichen Normen s etwa *Löschnigg*, Arbeitsrecht<sup>10</sup> (2003) 3.3.1.9.1.e.



mer/innen im Bereich der „collective rights“<sup>20</sup> erweist sich insgesamt als sensibel, und tatsächliche Umsetzungsmaßnahmen, insbesondere bei Vorliegen von Vollzeit-Telearbeit (dh der Betrieb wird überhaupt nicht oder nicht regelmäßig aufgesucht), könnten sich zudem als kostenintensiv herausstellen: zu denken ist dabei etwa an die Einführung „geschützter Verbindungen“ für Kontakte zwischen Betrieb, (dislozierten) Betriebsratsmitgliedern und (dislozierten) Arbeitnehmer/innen zum Zwecke der Beratung durch den Betriebsrat. Für eine „elektronisch“ abgewickelte Betriebsratswahl („e-voting“) müssten überhaupt eigene gesetzliche Regelungen eingeführt werden, diese Wahlform ist vom Wortlaut der aktuellen Wahlvorschriften nicht erfasst (vgl § 51 ArbVG).

Angesichts des Fehlens der Möglichkeit einer einheitlichen und umfassenden Umsetzung des Telearbeitsabkommens für alle österreichischen Arbeitnehmer/innen mit den herkömmlichen Rechtsgestaltungsmitteln der Sozialpartner/innen ist eine eigenständige Durchführung durch den Gesetzgeber zu überlegen. Der Umweg über die kollektivvertragliche zu einer gesetzlichen Regelung wäre auch nicht unüblich: Der Kollektivvertrag hat in Österreich einen ganz wesentlichen Anteil an der Fortentwicklung des Arbeitsrechts. Ausgehend von den konkreten Bedürfnissen am Arbeitsmarkt hat er immer wieder eine Vorreiterrolle eingenommen und Weichenstellungen für zukünftige Gesetzesvorhaben getroffen. Nach erfolgreicher Erprobung der Telearbeitsregelungen auf kollektivvertraglicher Ebene könnten diese gleichsam bereits „geprüft“ auf der gesetzlichen Ebene eingeführt werden. Auch diese Materie hätte noch Platz im österreichischen Auffangbecken europarechtlicher Umsetzungen, dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), und Sondertatbestände könnten in den einschlägigen Sondergesetzen wie dem ArbVG Eingang finden.<sup>21</sup>

Ein derartiges „Paket“ sollte wohl nicht nur das Arbeitsrecht betreffen: Diskussionsstoff in verwandten Rechtsgebieten wie dem Sozialversicherungsrecht und dem Steuerrecht bietet beispielsweise die Abgrenzung des versicherten vom unversicherten Bereich bei „Wohnen und Arbeiten unter einem Dach“ im Bereich der Unfallversicherung<sup>22</sup> oder die rechtliche Behandlung von „Mietzahlungen“ der Arbeitgeber/innen an Arbeitnehmer/innen, die die Arbeit in der eigenen Wohnung verrichten, als Arbeitslohn.<sup>23</sup>

### 3.3. Nationales Recht – gesetzliche Ebene

#### 3.3.1. Technischer Arbeitnehmer/innenschutz

Explizite gesetzliche Regelungen für Telearbeit finden sich in den §§ 67 f ASchG: Diese sehen ausdrücklich vor, dass Hard- und Software auch bei Bildschirmarbeitsplätzen außerhalb der Arbeitsstätte dem Stand der Technik und den ergonomischen Anforderungen zu entsprechen haben. Schutzlücken für Te-

learbeitnehmer/innen bestehen hinsichtlich des Einsatzes von Notebooks und jener Arbeitsmittel, die von den Arbeitnehmer/innen selbst einbracht werden, sowie hinsichtlich der sonstigen Arbeitsumgebung (zB Lichtverhältnisse), da die Bildschirmarbeitsplatzbestimmungen in diesen Bereichen nur sehr eingeschränkte Anwendung finden.<sup>24</sup>

#### 3.3.2. Heimarbeiter/in = Telearbeiter/in?

Bei einem eher umfassenden Verständnis von Telearbeit müssen an dieser Stelle auch die Bestimmungen des Heimarbeitsgesetzes (HeimAG) 1960 Erwähnung finden. Dessen Anwendungsbereich umfasst gewisse Gruppen freier Dienstnehmer/innen oder Werkvertragsnehmer/innen, nämlich jene, die ohne Gewerbetreibende zu sein in der eigenen Wohnung oder in einer selbst gewählten Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung eines anderen eine Ware herstellen, bearbeiten, verarbeiten oder verpacken (§ 2 Abs 1 lit a HeimAG).<sup>25</sup> Nun erreicht das Schutzniveau des HeimAG quantitativ und qualitativ zwar nicht das zugunsten von Arbeitnehmer/innen vorgesehene Ausmaß,<sup>26</sup> grundlegende Absicherung bietet es den (regelmäßig beschäftigten) Heimarbeiter/innen allemal (zB Urlaub, Mindestlohn, Entgeltfortzahlung).

Die betreffenden Beschäftigten sind somit keine Arbeitnehmer/innen und arbeiten zu Hause. Warum finden diese Regelungen bei Telearbeit aufgrund freier Arbeits- oder Werkverträge trotzdem kaum Anwendung? Der Grund liegt darin, dass der Begriff „Heimarbeit“ von der Rechtsprechung<sup>27</sup> sehr einschränkend interpretiert wird: er umfasst – unter Bezugnahme auf die Geschichte dieser Arbeitsform – nur manuell-mechanische Tätigkeiten zur Herstellung, Bearbeitung etc von körperlichem Handels- und Handwerksgut. Dienstleistungen, die sich aus aktueller Sicht für Telearbeit eignen, wie etwa Übersetzungen oder Korrespondenz, Auftragsbearbeitung und sonstige administrative Tätigkeiten, aber auch Rechnungswesen, statistische Auswertungen, Telefonmarketing etc sind dagegen nicht erfasst. Zur Verdeutlichung: baut eine Beschäftigte regelmäßig zu Hause in freier Zeiteinteilung Werbegeschenke (zB Kugelschreiber) für ein Unternehmen zusammen, ist sie bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen vom HeimAG erfasst; eine Telefonberaterin, die in gleichem Umfang Dienstleistungen von zu Hause aus erbringt, hat gegenüber dem beschäftigenden Unternehmen keine Ansprüche nach diesen Bestimmungen, da sie keine Waren iSd HeimAG herstellt.

#### 3.4. Nationales Recht – kollektivvertragliche bzw betriebliche Ebene

Während sich auf gesetzlicher Ebene bezüglich Telearbeit kaum eigene Bestimmungen finden, haben die Sozialpartner/innen über die Kollektivverträge für einige Branchen explizite Regelungen geschaffen und setzen damit auf nationaler

20) ZB die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei Belegschaftswahlen („same conditions for participating in and standing for elections to bodies representing workers...“) oder die Kontakte zum Betriebsrat, vgl Pkt 11 des europäischen Telearbeitsabkommen.  
21) Dazu schon *Preiss*, Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitsverfassungsgesetzes, ASoK 1999, 69.

22) S jüngst OGH 22. 12. 2005, 10 Ob S 112/05a, DRdA 2007/10 mit Bespr v *R. Müller*.

23) VwGH 26. 1. 2006, 2002/15/0188, wobl 2006/118 mit Bespr v *Arnold*.

24) Ausführlich dazu *Melzer-Azodanloo*, Telearbeitsrecht (2001), 82 ff.

25) Vgl diesbezüglich für viele *Ritzberger-Moser/Widorn*, Heimarbeitsgesetz 1960 (1995), 16f; *Ritzberger-Moser*, Bestehende und geplante Regelungen für einzelne Berufsgruppen, in Resch, Scheinselbständigkeit (2000),

33(39f); *Tröstl*, Heimarbeit – die ideale Arbeitsform der Zukunft?, DRdA 1992, 25(27).

26) S dazu auch etwa *Ritzberger-Moser*, E-Bespr v 10 Ob S 332/99t, DRdA 2001/30.

27) VwGH 27.10.1972, Slg 8307 A, 435ff; eher gegenteilig jedoch 21 BlgNR VII. GP, 18: Die dortige Erwähnung der Übersetzungen tut der VwGH dahingehend ab, dass Materialien in Bezug auf Interpretation nur dann Bedeutung zukomme, wenn der Wortlaut des Gesetzes nicht klar sei.



## PRÄSENTATION DES JURIDIKUM 02/07

In Kooperation mit dem Institut für Österr. u. Dt. Rechtsgeschichte der JKU Linz

### DISKUSSION

# GENDER MIGRATION SEXARBEIT FRAUENHANDEL

IM ANSCHLUSS:

## KURZ DAVOR IST ES PASSIERT

ein Film von Anja Salomonowitz

Wiener Filmpreis 2006 (Viennale)  
Caligari Filmpreis 2007 (Berlinale)

10. Dezember 2007  
18:30 Uhr

Uni Linz, UniCenter, RepRaum G

### EINLEITUNG

Elisabeth GREIF | Wissenschaftliche Mitarbeiterin am  
Institut für Österr. u. Dt. Rechtsgeschichte, JKU Linz

### DISKUSSION MIT AUTORINNEN DER ZEITSCHRIFT *juridikum*:

Miriam BROUCEK | Studentin der Rechtswissenschaften  
und Philosophie, Universität Wien

Julia PLANITZER | Dissertantin im Bereich  
Menschenhandel, Universität Wien

Emilija MITROVIC | Dozentin HAW Hamburg, Leiterin des  
Projektbüros Arbeitsplatz Prostitution / Deutsche  
Dienstleistungsgewerkschaft ver.di

### INHALTLICHER BEITRAG

Alois BIRKLBAUER | Assistenzprofessor am Institut für  
Strafrechtswissenschaften, JKU Linz

# juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

www.juridikum.at :: www.anjasalomonowitz.com :: www.pool.at

Unterstützt vom Land OÖ, der Stadt Linz und der Österreichischen HochschülerInnenschaft Linz.

Ebene das europäische Telearbeitsrahmenabkommen um (s Abschnitt 3.2. dieses Beitrags).

● Die Kollektivverträge übernehmen dabei allerdings nicht immer den Wortlaut und zuweilen auch nur Teile der Regelungen des Abkommens: So definiert etwa der Telekom-KV in § 14 in eigenständiger Weise, was unter Telearbeit zu verstehen ist. Er orientiert sich an den Vorgaben des Rahmenabkommens, ist aber zumindest in zwei Bereichen enger ausgefallen, da er für das Vorliegen von Telearbeit die Verwendung „neuer Kommunikationstechnologie“ verlangt und ihr Einsatz zudem „bestimmend“ für die Tätigkeit sein muss. In Pkt 2 Rahmenvereinbarung ist hingegen von „Informationstechnologie“ schlechthin die Rede und über den Umfang des Einsatzes derselben wird nichts Näheres ausgeführt.

● Um Unklarheiten über die wesentlichsten Rechte und Pflichten eines Arbeitsverhältnisses zu vermeiden, sieht § 2 AVRAG die Ausstellung des sog Dienstzettels vor. § 14 Telekom-KV konkretisiert und erweitert diese Bestimmung in umfassender Weise mittels eines eigenen „ergänzenden Dienstzettels für Telearbeit“. Eine derartige Vorgangsweise entspricht von ihrer Tendenz her den Vorgaben des Rahmenabkommens. Allerdings bedarf der nach dem Kollektivvertrag vorgesehene Telearbeitsdienstzettel noch einiger Ergänzungen um dem Abkommen umfassend gerecht zu werden: Die Telearbeitnehmer/innen sollten nämlich auch schriftliche Informationen darüber erhalten, welcher Abteilung des Unternehmens sie zugeordnet sind und wer die unmittelbaren

Vorgesetzten sind, an die Fragen beruflicher bzw persönlicher Art gerichtet werden (s Pkt 3 des Abkommens).

Teilweise ermächtigen die Kollektivverträge auch Betriebsvereinbarungen<sup>28</sup> zum Abschluss von Bedingungen der Telearbeit, wodurch die Möglichkeit besteht – im Rahmen der gesetzlichen bzw kollektivvertraglichen Vorgaben – konkrete Bedürfnisse hinsichtlich der Telearbeit betriebsspezifischen Lösungen zuzuführen.

### Fazit:

Das österreichische Arbeitsrecht gewährt Telearbeitenden mit Arbeitsvertrag einen durchaus passablen Basisschutz. Lücken bestehen allerdings trotz ausdrücklicher Regelungen etwa im technischen Arbeitnehmer/innenschutz.

Keinen arbeitsrechtlichen Schutz genießen Telearbeiter/innen, wenn sie auf der Grundlage freier Arbeits- oder Werkverträge beschäftigt werden (Ausnahme: Heimarbeiter/innen nach HeimAG 1960).

Aus rechtspolitischer Sicht wäre die Umsetzung des europäischen Telearbeitsabkommens in Österreich im Gesetzeswege wünschenswert, um alle Arbeitnehmer/innen gleichermaßen von den dort festgelegten Maßnahmen profitieren zu lassen.

*Dr. Nora Melzer-Azodanloo ist Vertragsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Karl-Franzens-Universität Graz; nora.melzer@uni-graz.at*

28) Bei Betriebsvereinbarungen handelt es sich um schriftliche Vereinbarungen, die zwischen Betriebsinhaber/in und zuständigem Belegschaftsorgan (zB Betriebsrat) in Angelegenheiten abgeschlossen werden, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist (vgl § 29 ArbVG).

Ende Mai präsentierten die EuGH-Generalanwälte *Mengozzi* und *Maduro* ihre Schlussplädoyers zur Vereinbarkeit gewerkschaftlicher Kampfmaßnahmen mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes. Damit gehen die Rechtssachen *Laval un Partneri*<sup>1</sup> (auch „Vaxholm-Fall“) und *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union*<sup>2</sup> (auch „Viking-Fall“) in die entscheidende Phase. Auch wenn die Ergebnisse der Schlussanträge vordergründig weitgehend im Sinne der Gewerkschaften ausgefallen sind, liefert eine tiefgreifendere Betrachtung der eingeschlagenen Argumentationsstränge Anlass zu Befürchtungen – und dies keineswegs allein aus Sicht der europäischen ArbeitnehmerInnen.

**Zum „Vaxholm-Fall“**

Die Vorgeschichte ist mittlerweile weitgehend bekannt: Das lettische Unternehmen *Laval* erhielt nach öffentlicher Ausschreibung den Zuschlag zur Durchführung von Bauarbeiten in der schwedischen Stadt Vaxholm. Gemäß der Dienstleistungsfreiheit (Art 49 EGV) ist es – mangels entsprechender Übergangsbestimmungen zwischen Schweden und Lettland im Kontext der Erweiterung – auch schon jetzt dazu berechtigt, diesen Auftrag mit eigenem Personal durchzuführen.<sup>3</sup> Zur Verhinderung von Lohndumping schreibt hierfür die Entsenderichtlinie<sup>4</sup> vor, dass den eingesetzten ArbeitnehmerInnen entweder die gesetzlichen oder allgemein verbindlichen kollektivvertraglichen Mindestlöhne in Schweden zu garantieren sind.<sup>5</sup> Schweden kennt jedoch weder das eine noch das andere, sondern setzt bei der Durchsetzung eines flächendeckenden KV-Niveaus gegenüber jenen Unternehmen, die keiner Kollektivvertragspartei angehören,<sup>6</sup> auf die Durchschlagkraft der Gewerkschaften. Und es steht im vorliegenden Fall zur Diskussion, ob diese Art der Regelung – die sich in einer Blockade des lettischen Unternehmens manifestierte – mit der Entsenderichtlinie sowie dem freien Dienstleistungsverkehr (Art 49 EGV) vereinbar ist.

Generalanwalt *Mengozzi* bejaht es und erteilt dem schwedischen System auch insgesamt seinen Sanktus. Dieses sei nämlich ebenso geeignet, dem Schutzziel der Entsenderichtlinie zu entsprechen.<sup>7</sup> Dabei legt *Mengozzi* auch Wert auf die Feststellung, dass *de facto Laval* in der gleichen Situation wie ein schwedisches Unternehmen sei, das keiner Kollektivvertragspartei angehöre.<sup>8</sup> Die Grenze des Zulässigen wäre nur dann überschritten, wenn Unternehmen aus einem anderen EU-Mitgliedsland grundsätzlich härter angepackt würden als schwedische Unternehmen in der gleichen Situation.

Gleichwohl bedeutet das nach Ansicht *Mengozzis* nicht, dass der schwedische Kollektivvertrag in jeder Hinsicht

– insb über die Lohnregelungen hinaus – aufgezwungen werden dürfe. Neben der Entsenderichtlinie sei dabei auch die einschlägige Rechtsprechung zum freien Dienstleistungsverkehr als Richtschnur heranzuziehen.<sup>9</sup> Insoweit sei es daher etwa nicht gestattet, *Laval* zur Zahlung von kollektivvertraglich geregelten Sozialversicherungsbeiträgen anzuhalten.<sup>10</sup> Ebenso kritisch seien weitere Abgaben zur

# Gewerkschaften, Grundfreiheiten und Generalanwälte

## Zur europäischen Dimension des Arbeitskampfes

Valentin Wedl



Forschungsfinanzierung und Bildungsförderung zu sehen, wie sie der schwedische KV vorgesehen hätte.<sup>11</sup>

**Schönheitsfehler**

Zusammenfassend zeigt *Mengozzi* gewiss großes Bemühen, die gewerkschaftlichen Freiheiten im Rahmen des schwedischen Systems zu legitimieren. Auch seinen Ausführungen zum Stellenwert des Rechts, kollektive Maßnahmen zu ergreifen, als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, kann vom Grundsatz her nur beigespflichtet werden.<sup>12</sup> Gleichwohl hätten – wenn sich der Gerichtshof den Schlussanträgen anschließen sollte – die Gewerkschaften Europas auch einen hohen Preis zu bezahlen.

*Mengozzi* spricht sich nämlich – obwohl vom schwedischen Vorlagegericht gar nicht danach gefragt – für einen dogmatischen Tabubruch aus: und zwar für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Grundfreiheiten bei gewerkschaftlichen Handlungen (sog unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten). Bislang war davon auszugehen, dass Gewerkschaften lediglich im Rahmen einer kollektiven Rechtsgestaltung von den Grundfreiheiten tangiert werden: So ist seit Langem anerkannt, dass etwa kollektivvertragliche Bestimmungen dem Diskriminierungsverbot, der Arbeitnehmerfreizügigkeit bzw der Dienstleistungsfreiheit genügen müssen.<sup>13</sup> Anders beläuft es sich indessen bei einseitigen kollektiven Kampfmaßnahmen: *Mengozzi* irrt daher, wenn er unter aus-



1) EuGH, Rs C-341/05, siehe dazu *Wedl* in *juridikum* 1/06, 12ff. 5) Ebd, Art 3 Abs 1 lit c. 9) Ebd, grundsätzlich zusammenfassend in Rn 151.  
 2) EuGH, Rs C-438/05, siehe dazu *Wedl* in *juridikum* 2/06, 59. 6) Dies wäre in Österreich aufgrund der Pflichtmitgliedschaft heimischer Unternehmen bei der Wirtschaftskammer ausgeschlossen. 10) Ebd, Rn 286ff.  
 3) Vgl EuGH, Rs C-113/98, *Rush Portuguesa*, Slg 1990, I-1417. 7) Schlussanträge GA *Mengozzi* v 23.5.2007 in der Rs C-341/05, Rn 187. 11) Ebd, Rn 294ff.  
 4) RL 96/71/EG, ABl 1997, L 18, 1. 8) Ebd, Rn 193. 12) Ebd, Rn 78.  
 13) EuGH, Rs 36/74, *Walrave*, Slg 1974, 1405, Rn 16f.

drücklichem Verweis auf das *Walrave*-Urteil daran erinnern will, dass der Gerichtshof davon ausgehe, dass „das Diskriminierungsverbot des Art. 49 EG für Privatpersonen bei der Erarbeitung von (Tarif-)Verträgen und dem Abschluss und der *Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte* gilt“.<sup>14</sup> Derartige Unterstellungen bedürfen der Zerlegung:

- Entsprechend dem verwiesenen *Walrave*-Urteil ist im Lichte des Diskriminierungsverbots nicht jedwede private Maßnahme, sondern nur jene relevant, die eine „kollektive Regelung im Arbeits- und Dienstleistungsbereich enthält“: maW muss dafür eben eine *Rechtsnorm* vorliegen. Die Blockademaßnahmen der schwedischen Gewerkschaft sind per se jedoch gerade keine Rechtsnorm, sondern ein Faktum.
- Folgerichtig enthält das *Walrave*-Urteil im Gegensatz zu *Mengozzis* Behauptung überhaupt keinen Hinweis auf die bloße „Erarbeitung“ eines Tarif- bzw Kollektivvertrags. Dies wird überdies auch nicht durch *Mengozzis* pointierte Kursivsetzung betreffend die „Vornahme sonstiger Rechtsgeschäfte“ getragen. Selbst wenn hierunter überhaupt einseitige Rechtsgeschäfte von potentiellen Kollektivvertragspartnern verstanden werden können, so mutet es künstlich an, eine Blockademaßnahme zum Rechtsgeschäft hochzustilisieren. Mit den Blockademaßnahmen selbst sollen ja keine rechtlichen Wirkungen ausgelöst werden, sondern bloß faktischer Druck auf das lettische Unternehmen, seine Unterschrift unter den schwedischen Kollektivvertrag zu setzen.<sup>15</sup>

Also aufgepasst, Signore! Hinsichtlich privater Handlungen hält sich das Gemeinschaftsrecht wohlweislich zurück. Der Gerichtshof hat demfolgend in ähnlichen Fallkonstellationen, in denen insbesondere die Grundfreiheiten mit den Grundrechten zueinander ins Verhältnis gesetzt wurden, stets auf die Zuordnung von Gemeinschaftswidrigkeiten in die „staatliche Sphäre“ abgestellt. Im französischen „Erbeer-Fall“<sup>16</sup> ebenso wie im „Transitforum Austria-Fall“<sup>17</sup> ging es um die Frage des Unterlassens *staatlichen* Handelns (einerseits im Kontext gewaltsamer Maßnahmen französischer Landwirte gegen spanische Erbeer-Importeure, andererseits im Kontext einer Demonstration auf der österreichischen A 13 im Rahmen der Meinungs-, Vereins- und Versammlungsfreiheit). Genauso geht es im „Vaxholm-Fall“ um die mögliche Gemeinschaftswidrigkeit des schwedischen Mitbestimmungsgesetzes, das eine gewerkschaftliche Friedenspflicht nur im Fall eines schwedischen Kollektivvertrags vorgesehen hatte – kurzum es geht um eine rein *staatliche Maßnahme*. Zumal sich die Fragen des schwedischen Vorlagegerichtes ausschließlich darauf bezogen hatten, sollte es den Generalanwalt auch nicht weiter verwundern, dass 15 der 17 am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten die Anwendbarkeit des freien Dienstleistungsverkehrs nicht in Zweifel gezogen hatten.<sup>18</sup>

Keine Frage, das schwedische System zwingt Gewerkschaften in eine besondere Verantwortung. Sie müssen da-

für sorgen, dass der schwedische Mindestlohn – durchaus im Sinne der Entsenderichtlinie – flächendeckend in Schweden zur Anwendung kommt. Die damit „gebotene“ gewerkschaftliche Entschlossenheit mag im vorliegenden Fall auch jenem Grad an kollektiver Gestaltungsmacht nahe kommen, die letztlich auch (gemeinschafts)rechtliche Grenzen heraufbeschwören könnte.

Dies rechtfertigt jedoch immer noch nicht *Mengozzis* Verallgemeinerung, wonach Gewerkschaften grundsätzlich an die Grundfreiheiten gebunden wären. Wie sehr eine derart exzessiv angedachte Unterwerfung der Gewerkschaften zu unbilligen Resultaten zu führen vermag, zeigt bereits der „Viking-Fall“.

### Zum „Viking-Fall“ oder Unheil kommt über die Welt

Der „Viking-Fall“ ist ungleich einfacher gestrickt. Das finnische Passagierfährunternehmen *Viking Line* plante, ein Schiff auf Estland umzuflaggen, um einen günstigeren KV zu erwirken. Dagegen wandten sich die Internationale Transportarbeiter-Föderation (ITF) und die Finnische Seeleutengewerkschaft (Finnish Seamen’s Union) und kündigten Kampfmaßnahmen an. *Viking Line* klagte die Gewerkschaften auf Unterlassung und berief sich insb auf die Niederlassungsfreiheit (Art 43 EGV).

Dreht sich der „Vaxholm-Fall“ um eine äußerst diffizile Fallkonstellation, die gemeinschaftsrechtlich gesehen neue Fragen zur korrekten Umsetzung von Richtlinien, zum Wechselverhältnis von Entsenderichtlinie und freiem Dienstleistungsverkehr oder auch zur Auslegung dessen, was unter „Gleichbehandlung“ von in- und ausländischen Unernehmen im Sinne der Entsenderichtlinie (mit Signalwirkung darüber hinaus) aufgeworfen hat, so liegt im Gegensatz dazu dem „Viking-Fall“ ein herkömmlicher Arbeitskampf in Folge geplanter Betriebsverlagerungen zu Grunde. Und die im „Vaxholm-Fall“ nur am Rande – und wie gezeigt unnötiger Weise – mitgeprüfte Frage der unmittelbaren Bindung autonomen gewerkschaftlichen Handelns an die Grundfreiheiten des Binnenmarktes steht im „Viking-Fall“ im Zentrum. Folglich hatte sich Generalanwalt *Maduro* damit intensiv in seinen Schlussanträgen zu befassen.

Ebenso wie *Mengozi* kommt auch er zum Schluss, dass gegenüber Gewerkschaften die Grundfreiheiten sehr wohl unmittelbar gelten. Während jedoch *Mengozi* unbeschadet dogmatischer Übertreibungen eindeutig bemüht ist, in seinen sich über 300 Randnummern erstreckenden Schlussanträgen eine differenzierte Sicht an den Tag zu legen, erscheinen *Maduros* Ausführungen grundsätzlich aus der Luft gegriffen. Seine Argumentation stützt sich im Kern auf äußerst fragwürdige Effektivitätsüberlegungen, garniert mit einer expliziten Privilegierung von Unternehmen. Mit Ausnahme von unternehmerischem Handeln nämlich, das nach Ansicht *Maduros* vom Markt geregelt würde<sup>19</sup>, müsse jede Tätigkeit von Privaten, „die Dritte effektiv davon ab-

14) Schlussanträge GA *Mengozi*, Rn 159.

15) Vgl zur Abgrenzung von Rechtsgeschäften zu anderen rechtlich relevanten Handlungen nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>13</sup> 2006, 96f.

16) EuGH, Rs C-265/95, Kommission/Frankreich, Slg 1997, I-6959, insb Rn 30.

17) EuGH, Rs C-112/00, Schmidberger, Slg 2003, I-5659, insb Rn 57, 68.

18) So die Schlussanträge GA *Mengozi*, Rn 90.

19) Schlussanträge GA *Maduro* v 23.5.2007 in der Rs C-438/05, Rn 42.

halten kann, ihre Verkehrsfreiheiten auszuüben“ unmittelbar an den Verkehrsfreiheiten gemessen werden.<sup>20</sup>

Was heißt das! Solange eine Vereinigung – sei es eine Gewerkschaft, eine Verbraucherorganisation, eine Bürgerinitiative oder eine politische Partei – zahm und zahmlos bleibt, ist sie frei. Erst ihr Potential, Dritte von etwas abzubringen bzw ihr gesellschaftlicher Einfluss auf unternehmerisches Handeln ruft das Gemeinschaftsrecht auf den Plan. Abgesehen von den unauflösbaren Fragen nach dem erforderlichen Grad des Einflusses, ab dem es gemeinschaftsrechtlich ernst wird, heißt das einmal unbestritten: Mit einem Schlag gelten neue Pflichten für die BürgerInnen Europas. Ihre Freiheiten stoßen fortan auf neue Grenzen, jene des Binnenmarktes.

Damit ist freilich auch nach Ansicht *Maduros* nicht per se die Unzulässigkeit des gewerkschaftlichen Vorgehens gegeben. Es steht jedoch unter erhöhtem Rechtfertigungsdruck. Und bezeichnender Weise scheut *Maduro* auch nicht davor zurück, im Rahmen einer Beurteilung der denkbaren Rechtfertigungskriterien unorthodoxe Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Denn eigentlich müsste er sich im Sinne der tradierten Judikatur zu den Grundfreiheiten mit Fragen zum diskriminierenden bzw beschränkenden Charakter der gewerkschaftlichen Maßnahmen, den denkbaren Rechtfertigungsgründen und allenfalls Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit auseinandersetzen.<sup>21</sup>

*Maduro* hätte dann den grundrechtlich verbürgten Charakter der gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen elaborieren müssen.<sup>22</sup> Und er hätte sich mit der bisherigen Judikatur des Gerichtshofs zum Konflikt von Grundrechten und Grundfreiheiten inklusive der in der Rechtssache *Schmidberger* („Transitforum-Austria-Fall“) etablierten Kollisionsregel ja wenigstens auseinander setzen müssen. Er wäre dann dem *judicial self restraint* des Gerichtshofs in Form des explizit zuerkannten weiten Ermessens der Mitgliedstaaten bei der Konfliktentscheidung von Grundrechten und Grundfreiheiten begegnet.<sup>23</sup> Und er hätte sich darüber hinaus in Schweigen hüllen sollen. Doch keineswegs: *Maduro* mimt vielmehr den Matador, der dem gewerkschaftlichen Stier die rote Muleta mit der Aufschrift „Binnenmarkt“ vor die schnaubenden Nüstern hält. Ohne dogmatische Skrupel beginnt er sodann mit dem Degen zu fuchteln:

Seiner Ansicht nach müssten im Kontext der gebotenen Abwägung von Grundfreiheiten und des Rechts auf kollektive Maßnahmen „Form und Zweck der in Rede stehenden kollektiven Maßnahmen näher geprüft werden“.<sup>24</sup> Diese dürften auch keinesfalls eine Abschottung des Arbeitsmarktes bewirken. Erlaubt sei es zwar, *Viking Line* dazu zu bewegen, die Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen der derzeitigen Mannschaft beizubehalten oder auch Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungsbedingungen von

IWK-Vortragsreihe

**GEISTIGES EIGENTUM**

Konzept: Odin Kröger

Montag, 26. November:

*Ulrich Brand*

Inst. f. Politikwissenschaft, Uni Wien

**Wem gehört die Natur?  
Biopiraterie und die Konflikte  
um geistiges Eigentum**

Montag, 17. Dezember:

*Sabine Nuss*

Rosa-Luxemburg-Stiftung, Berlin

**„Copy me – I want to travel“**

Dienstag, 15. Jänner:

*Christian Schmidt*

Sächsische Akademie der Wissenschaft zu Leipzig

**Der produzierte Geist**

Alle Vorträge finden um 19.00 Uhr im „Depot“,  
Breitegasse 3, 1070 Wien, statt

Eine Veranstaltung des Instituts für Wissenschaft  
und Kunst: <http://www.univie.ac.at/iwk>

Seeleuten überall in der Gemeinschaft zu ergreifen. Werden aber zB Unternehmensverlagerungen innerhalb der Gemeinschaft blockiert, wäre dies wiederum nur zulässig, wenn die Gewerkschaften Standortverlagerungen innerhalb eines Mitgliedstaates nicht günstiger behandelten.<sup>25</sup> Gänzlich die Hände lassen müsse die Gewerkschaft auch von jenen Unternehmen, die nach einer Sitzverlagerung

20) Ebd Rn 43.

21) In diesem Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Dogmatik wurden auch die Vorlagefragen durch das britische Vorlagegericht (Court of Appeal für England und Wales) exegiert.

22) Vgl nur Art 6 Europäische Sozialcharta und Art 13 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte, worin das Recht auf kollektive Kampfmaßnahmen ebenso ausdrücklich

verankert ist wie in Art 28 der EU-Grundrechtecharta. Besonderen Stellenwert genießt ferner Art 11 EMRK zur Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, als deren Ausfluss auch kollektive Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Gewerkschaftsmitglieder anzusehen sind (vgl zB EGMR, Wilson, National Uni-

on of Journalists ua/UK, 2.7.2002, § 42). Vgl dazu aber vor allem auch die umfassenden Ausführungen in den Schlussanträgen v GA *Mengozi*, Rn 63 ff.

23) EuGH, Schmidberger, Rn 82, 89, 93.

24) Vgl Schlussanträge GA *Maduro*, Rn 61 ff.

25) Ebd Rn 65.



IWK-Vortragsreihe

## HANS KELSEN UND DIE EUROPÄISCHE UNION

ERÖRTERUNGEN MODERNER STAATLICHKEIT

Konzept: Tamara Ehs

Donnerstag, 29. November:

*Hauke Brunkhorst* (Universität Flensburg)

### Hans Kelsen als Theoretiker der Völkerrechtsrevolution des 20. Jahrhunderts

Donnerstag, 13. Dezember:

*Thomas Olechowski* (Universität Wien)

### Über Wert und Unwert von Verfassungspräambeln

Donnerstag, 10. Jänner:

*Lars Vinx* (Bilkent Universität Ankara)

### Kelsens Identitätsthese und das Problem der Rechtsstaatlichkeit

Alle Vorträge finden um 18.30 Uhr am IWK, Berggasse 17, 1090 Wien, statt.

Eine Veranstaltung des Instituts für Wissenschaft und Kunst: <http://www.univie.ac.at/iwk>

rechtmäßig ihre Dienstleistungen im ursprünglichen Sitzland erbringen wollen.<sup>26</sup> Schließlich richtet Generalanwalt *Maduro* noch der *ITF* aus, dass sie andere Gewerkschaften nicht dazu zwingen dürfe, sich an kollektiven Maßnahmen zu beteiligen.<sup>27</sup> Spätestens an diesem Punkt hat *Maduro* zum alles entscheidenden Stich angesetzt, nachdem abtrünnigen Gewerkschaften offensichtlich nicht mit dem Ausschluss aus der *ITF* gedroht werden dürfe.

#### Der Gerichtshof als Hoffnungsträger

Über derart skizzierte Grenzl意思 zwischen Zulässigem und Verbotenem könnte nun lange diskutiert werden. Sie werfen unbestritten weit mehr Fragen auf als sie Antworten

zu geben vermögen. Bemerkenswert ist schon die Inkonsistenz der Argumentation selbst: Obwohl es auf die (äußere) *Form* und den (dahinter stehenden) *Zweck* der Maßnahme ankommen solle, dürften sich daraus keine bestimmten *Wirkungen* ergeben!? Was ist ferner an der abschottenden Wirkung einer Maßnahme überhaupt besonders? Auch den gemeinschaftsrechtlich unbedenklichen Blockademaßnahmen auf der A 13 durch das Transitforum Austria lag eine zumindest partielle Abschottung des Binnenmarktes zu Grunde.<sup>28</sup>

Wie lassen sich überhaupt sozialpolitische Ziele gewerkschaftspolitisch umsetzen ohne potentielle Eingriffe in die Bewegungsfreiheiten anderer, wenn wir an die häufigen Streiks italienischer oder französischer Bahnbediensteter denken? Wären letztere auf einen Schlag unzulässig bzw vollzieht Premier *Sarkozy* mit seiner angekündigten Einschränkung des Streikrechts in Frankreich gar nur die Leitideen *Maduros*? Wie kann von einer Gewerkschaft verlangt werden, dass sie Unternehmensverlagerungen von Traiskirchen nach Tattendorf gleichbehandeln – oder genauer genommen „gleichbekämpfen“ – müsse wie jene nach Tschechien? Wie lässt sich ferner die Differenzierung in zulässiger Bekämpfung der Betriebsauslagerung einerseits und unzulässiger Bekämpfung der nachfolgenden Dienstleistungsausübung im früheren Niederlassungsland rechtfertigen? Sie stünde gar im Widerspruch zu den erwähnten Schlussanträgen *Mengozzis* im „Vaxholm-Fall“, worin die schwedischen Gewerkschaftsmaßnahmen, die nur den freien Dienstleistungsverkehr betrafen, sehr wohl vom Grundsatz her als zulässig erachtet wurden. Und weshalb soll es denn unzulässig sein, einem Vereinsmitglied (im Rahmen der *ITF*) mit Ausschluss zu drohen, wenn es die Politik eines Vereins konterkariert?

Derartige Fragen verdeutlichen zu allererst, dass bereits die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten für jedwedes gewerkschaftliche Handeln die Büchse der Pandora ist. Wird sie nach den Vorschlägen der Generalanwälte tatsächlich geöffnet, würden Gewerkschaften über Nacht auch im besseren Fall (*Mengozzi* im „Vaxholm-Fall“) in einen rechtlichen Rahmen mit unsicheren Konturen gezwungen. Im schlechteren Fall (*Maduro* im „Viking-Fall“) wären sie in ein rechtliches Binnenmarktkorsett geschnürt. Streikbereiten Gewerkschaften würde danach hinkünftig nicht nur mit dem Zusperrn des Betriebs etc gedroht werden, sondern möglicher Weise auch mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes. Bleibt nur zu hoffen, dass es diesmal zu guter Letzt auch die Hoffnung in Gestalt des Gerichtshofs noch aus der Büchse schafft und sich über dogmatische Aberrationen hinwegsetzt. Mit den Urteilen ist gegen Jahresende zu rechnen.

*Mag. Valentin Wedl ist Jurist in der Abteilung EU & Internationales der Arbeiterkammer Wien; valentin.wedl@akwien.at*

26) Ebd Rn 67.

27) Ebd, Rn 71 ff.

28) EuGH, Schmidberger, Rn 10 ff.

**1. Prekarität – die neue Normalität?**

Seit kurzem ist ›das Prekariat‹ endlich auch in Politik und Medien angekommen. Nachdem es lange nur ein unsichtbares Schattendasein als ›Nicht-Klasse an sich‹ geführt hat, von sich selbst nichts zu wissen schien, nur in linken Diskursen herum geisterte und hier und da in den französischen Vorstädten auftauchte, ist es nun ans Licht gezerrt worden. Das Prekariat, das sind die ›Abgehängten‹, das ist die ›Unterschicht‹, derer man sich annehmen muss, meint der wohlmeinende Sozialdemokrat. Der weniger Wohlmeinende will davon nichts wissen, eine Unterschicht gebe es nicht und Klassenunterschiede, die gibt es nur bei PISA.

Genutzt hat das Abwiegen wenig. Es lässt sich nicht mehr verdrängen, dass es so etwas wie ein ›Unten‹ in der Gesellschaft gibt, wo sich Prekarität ausbreitet. ›Prekär‹ bedeutet im Lateinischen ›unsicher‹, aber auch ›aus Gnade gewährt‹ – und so fühlt es sich auch an: Wer keinen Job hat erlebt, wie ein soziales Recht auf ein garantiertes Existenzminimum im Rahmen von Hartz IV und Workfare zu einer wohlthätigen, paternalistischen Gewährung von Hilfe umdefiniert wird, die an Wohlverhalten und zu erfüllende Pflichten gebunden wird. Wer einen Job hat, muss dankbar sein, überhaupt einen zu haben, auch wenn das Einkommen kaum zum Leben ausreicht.

Doch prekär meint nicht nur Arbeits- und Lebensverhältnisse ohne existenzsicherndes Einkommen. Es geht auch um die mangelnde Anerkennung der Arbeit und der Person, um betriebliche und soziale Isolierung, die Zerstörung von Sozialkontakten, mangelnden Sozialversicherungsschutz und fehlende Qualifizierungsmöglichkeiten. Besonders schmerzhaft ist die längerfristige Planungsunsicherheit für den eigenen Lebensentwurf, die z.B. die Familiengründung erschwert. Bei MigrantInnen wirkt die Illegalisierung als zusätzliche Entrechtung. Insgesamt bewirkt dies alles eine massive Verunsicherung der individuellen und damit auch kollektiven Handlungsfähigkeit.

Zugegebenermaßen ein Sammelsurium an Dimensionen, aber genau an der unterschiedlichen Kombination dieser Dimensionen, die alle treffen, aber in unterschiedlicher Weise, zeigt sich die Vielfältigkeit von Prekarisierungsprozessen, die je nach Klassenzugehörigkeit, geschlechtlichen, ethnisch, nationalen oder anderen Zuschreibungen ganz unterschiedlich ausfallen und verschieden bearbeitet werden. Jede/r spürt den Druck der Prekarisierung, viele wissen von der Möglichkeit, dass es sie treffen kann – dieses Wissen wird aber noch lange nicht zu einem Verständnis einer allgemeinen, gemeinsamen Lage.

Prekarisierung ist längst kein Problem einiger weniger mehr. Es betrifft illegalisierte migrantische Putzfrauen und Pflegerinnen, Sicherheitskräfte mit weniger als 4 € Stundenlohn, die befristete Kassiererin bei Lidl wie den gut ausgebildeten ostdeutschen Leiharbeiter im Ruhrgebiet oder den (schein)selbständigen Fernfahrer. Aber es betrifft eben auch die (zwang)s mobilen Kurzzeit-Projektarbeiter in der IT-Industrie, freie Journalistinnen, solo-selbständige Kulturschaffende oder Masseur, befristet beschäftigte Sozialarbeiter und Wissenschaftlerinnen, die Bibliothekarin mit 1-€-Job oder das Computer-Proletariat in den Call-Centern: Formen der Flexploitation, der flexiblen Ausbeutung im neoliberalen Kapitalismus.

Der Unsicherheit unterworfen sind auch die Karrieren schlecht oder nicht bezahlter Praktika, Hartz IV-EmpfängerInnen und natürlich alle jene, die schon immer prekär leben mussten, SozialhilfeempfängerInnen, nicht anerkannte FluchtmigrantInnen, Obdachlose.

In Deutschland bspw. arbeiten über 36% der Erwerbstätigen zu Bedingungen des Niedriglohnes (mit weniger als zwei Drittel des Durchschnittseinkommens), davon gehören über 7 Mio. zu den lohnarbeitenden Armen, den *working poor*, die weniger als die Hälfte des Durchschnittseinkommens erhalten – die Hälfte davon ist vollerbwerbstätig. Der Anteil ›regulärer‹ Beschäftigungsformen ist von ehemals über 80% (Mitte der 1970er Jahre) auf weniger als 63% zurück gegangen, große

# Prekarisierung als Kampf um soziale Rechte

Mario Candeias



Bereiche des Niedriglohnes noch nicht eingerechnet, weil sie formal oft der unbefristeten Vollbeschäftigung entsprechen, nur dass man davon eben nicht leben kann. Die Ausbreitung informeller Aktivitäten ohne reguläres Beschäftigungsverhältnis und die Realität jenseits vereinbarter Verträge entziehen sich ohnehin den herkömmlichen statistischen Methoden. In Skandinavien ist der Anteil prekärer Verhältnisse nur halb so hoch wie der offizielle EU-Durchschnitt von 20%, in Südeuropa erreicht er z.T. die 50%-Marke (Griechenland), Österreich bewegt sich am Durchschnitt. Zudem werden schon jetzt über zwei Drittel aller Jobs nur noch befristet vergeben, in Großbritannien oder Spanien bereits zu 90% (Candeias 2004a). Entsprechend verlaufen drei Viertel der Erwerbsverläufe in Deutschland diskontinuierlich, also wechselnd zwischen Arbeit, Phasen der Arbeitslosigkeit, befristeter Beschäftigung, arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen, prekärer Selbstständigkeit, Sozialhilfe, Arbeit etc. Auch in Österreich dominieren in einigen Branchen die prekären Verhältnisse: Arbeit auf Honorarbasis jenseits des Arbeitsrechts wurde in der Architektur zur Normalität, in der Erwachsenenbildung wird der Anteil der abhängig Selbstständigen an allen Beschäftigten auf 90% geschätzt, im Einzelhandel sind mehr als zwei Drittel der Frauen geringfügig beschäftigt und Callcenterbetriebe arbeiten mehrheitlich mit sog. freien Dienstverträgen (Flecker 2007, 29). Zugespitzt könnte man also sagen, das neue Normalarbeitsverhältnis sind die prekären Beschäftigungsverhältnisse.

Im Zuge transnationaler Verlagerung und immer neuen Entlassungswellen sind selbst die fest angestellten Stammbeschäftigten nicht mehr sicher. Waren prekäre Randbelegschaften zunächst erwünschter Flexibilisierungspuffer, schleicht sich bei den Kernbelegschaften ein diffuses Gefühl der Ersetzbarkeit ein, da sich die Externen in kurzer Zeit als mindestens ebenso leistungsfähig und extrem einsatzbereit, als flexibler,

gefügiger und v.a. billiger erweisen. Ihre Präsenz wirkt disziplinierend. Der Druck ist allgegenwärtig. Doch solange keine französischen Verhältnisse herrschen und die Autos in Berlin-Neukölln oder Wien-Rudolfsheim-Fünfhaus nicht brennen, scheint die Verdrängung möglich.

**2. Prekarisierung als Enteignung sozialer Rechte**

Prekarität ist dabei keineswegs ein neuartiges Phänomen, sondern eines, das die Geschichte kapitalistischer Produktionsweise begleitet, immer gegenwärtig, periodisch an Bedeutung gewinnend und nach harten Auseinandersetzungen wieder verlierend. Doch können Arbeiterbewegung und Gewerkschaften im 19. Jh. soziale Rechte erzwingen, die schließlich zu den Anfängen des Sozial- und Wohlfahrtsstaates führen, somit völlige Unsicherheit und ausgeliefert sein an den Markt zurück drängen, Arbeitskraft tendenziell entkommodifizieren, also ihren Warencharakter abschwächen.<sup>1</sup> Ab den 1930er Jahren führten New Deal und Fordismus zu ungeahnten Wohlfahrtsgewinnen und Kanalisierung der Klassenkämpfe in institutionelle Bahnen. Später wurden diese Jahre bis etwa Ende der 1960er Jahre als ›Goldenes Zeitalter‹ (Hobsbawm, Lipietz) bezeichnet. Doch auch in dieser Zeit blieb Unsicherheit für kleinere Teile der Arbeiterklassen in den Industriestaaten, v.a. aber für MigrantInnen, Frauen ganz allgemein sowie für Lohnabhängige, Bauern und Landlose in den Ländern des Südens kennzeichnend.

Dennoch war existentielle Unsicherheit weitgehend zurückgedrängt worden. Es gelang zahlreiche soziale Errungenschaften zu erkämpfen und institutionell Abzusichern. Sie formten und stützten die Herausbildung des sog. Normalarbeitsverhältnisses – d.h. der dauerhaft, vollzeit-beschäftigten, mit umfangreichen sozialen Rechten ausgestatteten, häufig gewerkschaftlich organisierten, ›weißen‹, männlichen ›Arbeitnehmer‹. Die Beschäftigten hatten rechtliche Ansprüche auf Leistungen der Sozialversicherung bei Krankheit, Arbeitslosigkeit und Ausscheiden aus dem Erwerbsleben aufgrund von Alter. Der nationale Sozialstaat garantierte jedem Staatsbürger einen Anspruch auf das Existenzminimum. Ein stetig ausgeweiteter öffentlicher Sektor sicherte kostengünstig wesentliche Bedürfnisse des Alltags – die allgemeinen Reproduktionsbedingungen – von Schule und Ausbildung, über (sozialen) Wohnraum, Kindergärten, Schwimmbäder oder Bibliotheken bis zu öffentlichen Verkehrsmitteln etc. Die abhängig Beschäftigten konnten darüber hinaus ihre vielfältigen Interessen gegenüber dem Unternehmen mit den Mitteln des Arbeitskampfes und kollektiver Organisationen innerhalb eines stark verrechtlichten Systems der industriellen Beziehungen artikulieren und z.T. durchsetzen, also auf Ebene betrieblicher (z.B. Betriebsverfassungsrecht, Arbeitsrecht), überbetrieblicher (Tarifrecht, Koalitionsfreiheit), zivilgesellschaftlicher und politischer Auseinandersetzungen mittels Gewerkschaften und Arbeiterparteien (Wahl- und Staatsbürgerrechte). Allerdings waren sie auch

durch das Recht restringiert, z.B. durch das Eigentumsrecht, das Verbot des politischen Generalstreiks etc.

Immer ging es dabei auch zentral um die Regulation der Arbeitskraft (bzw. ihrer unbezahlten wie bezahlten Aneignung). Der besondere Charakter der Ware Arbeitskraft besteht darin, dass zu ihrer Produktion und Reproduktion nicht-kapitalistisch organisierte Arbeit (zumeist von Frauen), Ruhezeiten etc. benötigt werden und es in fortgeschrittenen Ökonomien tendenziell steigender Qualifikationen bedarf. Es bedarf des Schutzes der Arbeitskraft, will man sie nicht zerstören (und die betroffenen Menschen dann teuer alimentieren müssen). Dies ist von jeher eine der wichtigsten Funktionen des Sozialstaates, von der Arbeiterbewegung in harten Auseinandersetzungen durchgesetzt, als gesellschaftlicher Kompromiss zwischen Kapital und Arbeit nichtsdestoweniger förderlich für die Akkumulation des Kapitals durch Eröffnung neuer Verwertungsbereiche via Massenkonsum und staatlichen Investitionen. Nicht zuletzt hat das ›Auffangen‹ von aus der gesellschaftlichen Produktion herausgeschleuderten Arbeitskräften eine legitimatorische Funktion. Aus oben genannten Gründen ist die Arbeitskraft nur partiell in die Warenform zu zwingen. Es bleibt ein Widerspruch zwischen ihrem Warencharakter und ihren Reproduktionserfordernissen. Die Bewegung dieses Widerspruchs manifestiert sich in Wellen der Kommodifizierung, Dekommodifizierung und Rekommodifizierung. Esping-Andersen (1990, 3) vereinseitigt diesen Widerspruch, wenn er „die Ausweitung sozialer Rechte“ als „Essenz“ staatlicher Sozialpolitik setzt. „Dekommodifizierung“, also die Minderung der Marktabhängigkeit und „Reduzierung des Warencharakter von Bürgern“, sei die unmittelbare Funktion des Sozialstaates. Einmal mehr wird damit die im Fordismus vorherrschende Form von Sozialstaatlichkeit verabsolutiert und ihre andere Seite vernachlässigt. Die Form kann vielmehr als durchaus erfolgreicher Versuch der Verstetigung der Reproduktion individueller Arbeitskraft analysiert werden. „Sozialpolitik ist die staatliche Bearbeitung des Problems der dauerhaften Transformation von Nicht-Lohnarbeitern in Lohnarbeiter. [...] eine Vergesellschaftung durch Lohnarbeit [hat] in der Tat zur Voraussetzung, dass arbeitsmarktinterne Existenzformen staatlich organisiert und sanktioniert werden“ (Lenhardt/Offe 1977, 101). Für den Fordismus schließt dies die Verallgemeinerung von Familienernährer und Hausfrauenehe<sup>2</sup> ein (z.B. durch das Steuerrecht), den paternalistischen Druck der Arbeitsbürokratie und die Beibehaltung des sog. Lohnabstandsgebotes für Sozialhilfe. Die Austarierung zwischen der Schutzfunktion und der Funktion, die Verwertbarkeit von Arbeitskräften wiederherzustellen oder zu verbessern, hängt von den konkreten gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen und sozialpolitischen Kompromissen ab.

Soziale Rechte, die den Schutz wie die Verwertbarkeit von Arbeitskraft garantieren sollen, sind also Gegenstand von Kämpfen im zivilgesellschaftlichen Raum, um die kollektiv

1) Doch schon damals galt dies immer nur für einen mehr oder minder großen Teil der Arbeiterklassen, weniger für bestimmte Berufsgruppen, für Migranten oder Frauen und national bzw. regional unterschiedlich je nach Niveau gesellschaftlicher Integration. Zum Teil wurden diese Phänomene mit dem Entstehen sog. Arbeiteraristokratien verknüpft, die aufgrund ihrer besonderen Stellung im Produk-

tionsprozess ihren Partikularinteressen besser zur Durchsetzung verhelfen konnten (im Extrem sogar mit dem sog. ›Klassenfeind‹ gegen die übrigen Arbeiter paktierten). In der Nachkriegskrise der 1920er Jahre wurde das Problem der Unsicherheit und mangelnden Reproduktionsfähigkeit wieder zu einem der gesamten Arbeiterklassen bzw. sogar der kapitalistischen Gesellschaften insgesamt.

Unterschiedliche Lösungsversuche der Krise führten zum 2. Weltkrieg aus dem der Amerikanismus, den Antonio Gramsci so trefflich Ende der 20er/Anfang der 30er analysierte, als Gewinner hervor ging.

2) Diese ›Reproduktionsarbeiterinnen‹ sind eine sozialstrukturelle Voraussetzung dafür, dass Lohnarbeiter überhaupt als solche fungieren können.



gerungen wird, die in instabile Kompromisse münden, welche im staatlichen Raum temporär fixiert werden durch die spezifische Form des bürgerlichen Rechts. Das Recht kann dabei in Anschluss an Nicos Poulantzas (1978) als besondere Form der Materialisierung und Verdichtung gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse aufgefasst werden. Es gewinnt in seiner besonderen institutionellen Form eine relative Autonomie gegenüber den Dynamiken gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse und ihren Verschiebungen wie auch gegenüber den anderen Instanzen des Staates. Relative Autonomie gewinnt es auch durch die Konstitution von Expertendiskursen und elaborierten Interpretationsgefechten oder Auslegungsweisen, womit wiederum (vermittelt oder auch direkt) auf zivilgesellschaftliche Kämpfe und Diskurse Einfluss genommen wird, z.T. die Terrains und Grenzen der Austragung von Konflikten bestimmt werden. Nur relativ autonom ist es, weil es selbstverständlich auf allen Ebenen angerufen wird, auch in der zivilgesellschaftlichen Auseinandersetzung zwischen unterschiedlichen Gruppen und ihren strategischen Beziehungen zum Staat und als Mittel zur Absicherung oder Verschiebung von Kräfteverhältnissen eingesetzt wird. Das Recht als besonderes gesellschaftliches Verhältnis ist also weder aus den gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen ableitbar, noch entspricht es einer autonomen Instanz, die über diesen Verhältnissen schwebend, das Allgemeininteresse repräsentiert – vielmehr ist die spezifische Wechselwirkung zwischen strukturellen Veränderungen, gesellschaftlichen Auseinandersetzungen, Kompromissbildungen und rechtlichen Formen in den Blick zu nehmen.

Unter dem Druck von Massenarbeitslosigkeit und Transnationalisierung der Produktion – einschließlich Internationalisierung von Eigentumsrechten (intellektuelle Eigentumsrechte und Investitionsschutz, vgl. Candeias 2004, 274ff) – konnten in den vergangenen 25 Jahren Löhne beschnitten und die institutionelle Stellung der Gewerkschaften zurückgedrängt werden. Die strukturelle Gewalt der Arbeitslosigkeit, die sich keineswegs nur auf die unteren Qualifikationsniveaus beschränkt, untergräbt die kollektive Verhandlungsmacht. Allgemein kommt es zur Entstandardisierung, Deformalisierung und Individualisierung von Arbeitsverhältnissen. Die Flexibilisierung betrifft alle Lohnabhängigen, allerdings in unterschiedlicher Weise und auf unterschiedlichem Niveau. Die Konkurrenz um Arbeit entsolidarisiert und führt zur Spaltung zwischen jenen, die noch über einen sicheren Arbeitsplatz verfügen, und einem unsicheren, unter- oder unbeschäftigten Prekariat. Letzteres ist zusätzlich fragmentiert je nach Positionierung innerhalb des Produktionsprozesses sowie entlang geschlechtlich, ethno-nationaler, qualifikatorischer oder generationaler Zuschreibungen. Die Reproduktion dieser Menschen und ihrer Arbeitskraft auf einem bestimmten kulturell-historischen Niveau ist nicht mehr gesichert. Unter neoliberalen Verhältnissen ist ein Kampf um die Neubestimmung sozialer Rechte entbrannt.

Das sog. fordistische Normalarbeitsverhältnis war in ein enges Zwangskorsett verrechtlicher industrieller Beziehungen

und wohlfahrtsstaatlicher Regelungen gebunden, das zugleich einen – in langen gesellschaftlichen Auseinandersetzungen errungenen – Schutz und partielle Dekommodifizierung der Ware Arbeitskraft bot. Die Spaltung und Prekarisierung der Lohnabhängigen verflüssigt diesen Rahmen, verschiebt damit die in den sozialen Rechten materialisierten gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse zugunsten des Kapitals. Dies ist keineswegs gleichbedeutend mit dem Abbau von Rechten als vielmehr mit ihrer Neudefinition und Verschiebung von Terrains – vom Arbeitsamt zu den Sozialgerichten bei massenhaften Hartz-IV-Verfahren,<sup>3</sup> vom Arbeitsrecht zum Vertragsrecht bei den prekären Solo-Selbständigen, vom Sozialrecht zum Strafrecht bei jungen Migranten, vom Tarifrecht zum Betriebsverfassungsgesetz bei betrieblichen Auseinandersetzungen, vom Kollektiv- zum Individualvertrag in Hightech- und Dienstleistungsbranchen (siehe unten). Nationale Wettbewerbsstaaten wollen die Angebotsbedingungen für die Verwertung von Kapital so verbessern, dass Investitionen angelockt werden und ordnen dabei die Sozialpolitik den Erfordernissen der Arbeitsmarktflexibilität bzw. den Zwängen der internationalen Konkurrenz unter – Jessop bezeichnet dies als Reorganisation nationalstaatlicher Politik vom *welfare* zum *workfare state*, in welchem die Einlösung wohlfahrtsstaatlicher Rechte den disziplinierenden Restriktionen der „Workfare-Abhängigkeit“ und des Kostendrucks unterliegen (1997, 73).

Im Zuge des Umbaus des Wohlfahrts- zum Workfare-Staat wird das Recht auf ein staatlich garantiertes armutsfestes Existenzminimum bei Bedürftigkeit relativiert und seine Einlösung an Pflichten gebunden. Deren Ziel ist die Motivation von Arbeit unterhalb der alten ›Normarbeitsverhältnisse‹ – notfalls mit Zwang, etwa durch Verschärfung der Zumutbarkeitskriterien und der Androhung von Leistungskürzungen. Doch der Lohn ist in vielen Bereichen (v.a. bei den sog. einfachen Dienstleistungsberufen) so gering, dass zusätzlich ergänzende Leistungen zum Lebensunterhalt notwendig werden – so kommt es zu einer steigenden Zahl der ›Aufstocker‹, die trotz Arbeit staatliche Unterstützung erhalten, um wenigstens das nicht einmal armutsfeste Existenzminimum zu erreichen, eine staatliche verwaltete Gruppe der *working poor*. Zugleich wird diesen Menschen, die Inanspruchnahme der noch geltenden Rechte durch die Willkür der Arbeitsverwaltungen und den Druck der Unternehmen eingeschränkt: Mehr als die Hälfte der Hartz-IV-Bescheide sind fehlerhaft, doch nur wer sich auskennt und die Zeit hat, immer wieder Widersprüche einzulegen oder zu klagen, kann sein Recht auch durchsetzen. In Betrieben des Niedriglohnes erfolgt die Betonung der Arbeitspflichten bei Dethematisierung der Sozial- und Arbeitsrechte, der Druck soll von vorne herein das Selbstwertgefühl der ArbeiterInnen treffen und potenziellen Widerstand oder ›Aufmüpfigkeit‹ unterbinden. Entsprechend werden Organisationsversuche etwa zur Gründung eines Betriebsrates mit Drohungen und subtilen Strafen, Versetzung etc. beantwortet. Tarifrecht ist hier seiner Bedeutung enthoben – nur noch eine institutionelle Hülle, die

3) Mit der Einführung der Hartz-Reformen (insbesondere dem reduzierten sog. Arbeitslosengeld II) und der Reorganisation der Arbeitsverwaltung sind die Leistungsansprüche der Betroffenen unsicher geworden, zum einen weil die neuen Gesetze Sachverhalte nicht oder nicht eindeutig regeln, Umsetzungsvor-

schriften unklar formuliert sind, zum anderen weil die Arbeitsverwaltungen in der Regel restriktive Auslegungen zur Anwendung kommen lassen bzw. die Betroffenen nicht über ihre Rechte informieren (z.T. auch weil die Angestellten selbst nicht über genaue Kenntnisse verfügen). Wer also seinen Rechtsanspruch

prüfen oder durchsetzen will ist in vielen Fällen auf eine Klage vor den Sozialgerichten verwiesen. In der Folge befasst sich z.B. jedes dritte Verfahren am Sozialgericht Berlin mit einem sog. Hartz-IV-Fall (Süddeutsche Zeitung vom 18.7.07, 19).



zwar gilt, aber leer bleibt, weil der Anspruch individuell kaum eingelöst werden kann. Ergebnis ist die Erosion des sozialen Rechts auf ein existenzsicherndes Einkommen, insbesondere für alleinerziehende Frauen, von denen in Deutschland wie in Großbritannien nahezu 50% weniger als das Existenzminimum zur Verfügung haben.

Auch die vielen hochqualifizierten neuen Selbständigen (Candeias 2008), die in oft diesen Weg als Alternative zur Arbeitslosigkeit gewählt haben, leben in prekären Verhältnissen deutlich unterhalb des Durchschnittseinkommens, abhängig von einer schwankenden Marktnachfrage. Das Arbeiten auf eigene Rechnung gibt ihnen vielleicht ein gutes Gefühl, die Honorare, die sie erhalten, beinhalten jedoch nicht mehr den entsprechenden Sozialversicherungsschutz des Staates. Sie haben keine Ansprüche mehr gegenüber Staat zum Schutze der sozialen Rechte, vielmehr bleibt umgekehrt nur eine Verpflichtung ihrerseits gegenüber dem Staat, nämlich die Zahlung von Steuern, im Voraus. Stark individualisiert stehen ihnen die alten kollektiven Kampfformen gewerkschaftlicher Organisation und des Streiks nicht mehr zur Verfügung. Ihre Arbeitsbedingungen unterliegen einem weniger verrechtlichten System von Bestimmungen (kein Arbeits-, kein Tarifrecht, kein Sozialversicherungsschutz), gleichzeitig sind sie bei der Durchsetzung ihrer Interessen gegenüber AuftraggeberInnen, die in Zahlungsverzug geraten – was regelmäßig der Fall ist – auf vertragsrechtliche Auseinandersetzung beschränkt. Wesentliche soziale Rechte und Errungenschaften der abhängigen Lohnarbeit sind den prekären Solo-Selbständigen verloren gegangen.

Doch die Verunsicherung trifft auch die sog. Normalarbeitsverhältnisse. Unter dem Druck der Globalisierung, von Verlagerungs- und Schließungsdrohungen und vor dem Hintergrund der Verbetrieblung industrieller Beziehungen, stellen Unternehmen nicht nur in Krisenfällen unzählige Anträge auf Abweichungen vom Flächentarifvertrag – Arbeitszeitverlängerung, Lohnsenkungen, Kürzungen von Urlaubs- und Weihnachtsgeld, Abschläge auf Tariferhöhungen für x Jahre etc. – kurz: es geht nicht mehr nur um das Abweichen in Ausnahmefällen, sondern um die nachhaltige Verschiebung der Verteilungsverhältnisse und Anpassung der Arbeitsbedingungen nach ›unten‹. Es kommt zur Erosion ›tariflicher Haltegriffe‹, weil Unternehmen aus dem Flächentarif flüchten oder sog. Öffnungsklauseln interessenpolitische Rückschritte verallgemeinern. So trifft der Druck auf die Tarife nicht länger nur die prekären Randbelegschaften oder klein- und mittelständische Betriebe. Der Angriff erfolgt in den letzten Jahren in den Hochburgen gewerkschaftlicher Organisation, also bei Opel, Daimler oder VW. Der Flächentarif verändert dann seine Funktion: Früher galt er noch als eine Art Mindestnorm, die in betrieblichen Vereinbarungen überschritten werden konnte, eben bei den großen Unternehmen, wo man immer noch etwas drauflegen konnte. Diese Funktion als tarifliche ›Haltelinie‹ hat der Flächentarif inzwischen vielerorts eingebüßt. Flächentarife sind heute eher eine ›Höchstnorm‹, die in der Regel in betrieblichen Vereinbarungen und Bündnissen herunter gehandelt wird. Immer mehr Regelungsbereiche wachsen auf diese Weise der betrieblichen Ebene zu. Unter dem Druck der Abwanderungsdrohung oder der Keule der Wettbewerbsfähigkeit agieren viele Betriebsräte mit dem Rücken an der Wand, machen Konzessionen, die sie in Gegensatz zur Ge-

werkschaftspositionen treiben, um „Schlimmeres zu verhindern“. Einst erworbene soziale Rechte können auf diese Art nicht mehr verteidigt werden.

### 3. Kampf um soziale Rechte und ihre Aneignung

Das Prekariat ist Teil der Klasse der Lohnabhängigen, unterscheidet sich aber durch die mangelnden Bedingungen ihrer Reproduktion der Arbeitskraft und Enteignung einst errungener sozialer Rechte. Sie bilden eine Klassenfraktion mit gemeinsamer, empirisch fassbarer Kollektivlage, die aus spezifischen, verschärften und zugleich flexibilisierten Ausbeutungsverhältnissen sowie entsicherten Lebensverhältnissen durch Einschränkung sozialer Leistungen resultiert und in einem untergeordneten Verhältnis gegenüber anderen Klassen und Klassenfraktionen steht. Sicher: Die individuelle Bearbeitung der Widersprüche überwiegt, die Benachteiligten scheinen unfähig, die „kollektive Natur des Dilemmas anzuerkennen“ (Wacquant 2004, 165), es dominieren soziale Desintegration, Spaltung und Desolidarisierung (Candeias 2007).

Doch auch unter den Prekarisierten bzw. gerade unter ihnen regt sich Widerstand. Immer wieder gelingt es vermeintlich apathischen Gruppen, wie illegalisierten migrantischen Landarbeitern oder Bauarbeitern, Reinigungskräften oder Teilzeitverkäuferinnen, auch transnationalen Konzernen beachtliche Konzessionen abzuringen. Nicht nur mediale oder symbolische Wirkung wird entfaltet, zum Teil werden machtvoll Erfolge auch in der unmittelbaren Verbesserung von Arbeits- und Lebensbedingungen errungen. Die Organisationsformen der Prekären sind vielfältig: Die sog. *living-wage* Kampagnen in den USA seit Beginn der 1990er Jahre haben unter dem Motto ›Let Justice Roll‹ eine Mobilisierung erreicht, die lokale Zusammenhänge wirksam überschreitet: mehr als 80 ArbeiterInnen- und Community-Organisationen schlossen sich zusammen und konnten während der Wahlen zum Kongress 2006 Referenden für Mindestlöhne in sechs Bundesstaaten starten. In Italien haben mittlerweile alle drei großen Gewerkschaftsdachverbände eigene Gewerkschaften von und für Prekäre und nehmen Unternehmen von zwei Seiten in die Zange. In Deutschland finden sich ›Anti-Hartz-Bündnisse‹, Arbeitsloseninitiativen, Initiativen gegen Billiglohn oder zur Organisation in den ›Call-Center-Initiativen‹ oder bei Lidl. Dazu kommen grenzüberschreitende Netzwerke von Hausarbeiterinnen und Migrantinnen wie *Respect*, *Mujeres sin rostro*, die berühmten *Sans-Papiers*, Künstlerinitiativen und autonome Forschungsgruppen von Frauen wie die *Precarias a la deriva* etc.pp. Immer geht es dabei um einen Kampf um soziale Rechte. Eher seltener nimmt er kollektive Formen an, doch auch die gibt es. Sie sind wesentlich, will man auf progressive Möglichkeiten des Umgangs mit den Widersprüchen der Prekarisierung im Sinne einer kollektiven Erweiterung von Handlungsfähigkeit hinweisen. Einige Beispiele:

Die Montagsdemonstrationen waren nur der sichtbare Höhepunkt einer Anti-Hartz-Bewegung, die alte und neue Initiativen von Arbeitslosen und Prekären verbindet. In den Initiativen beraten Betroffene mit Unterstützung von RechtsanwältInnen andere Betroffene welche Rechte man eigentlich hat, wo die Grenzen der Zumutungen eigentlich liegen, die von Seiten der Arbeitsverwaltung gesetzlich noch zulässig sind, wie man einen Widerspruch formuliert oder eine Klageschrift aufsetzt. Tatsächlich erleben die Sozialgerichte seit Einführung der Hartz-



Alice Wagner  
Valentin Wedl (Hg)

**Bilanz und  
Perspektiven zum  
europäischen Recht**  
Eine Nachdenkschrift  
anlässlich 50 Jahre  
Römische Verträge

2007, 536 Seiten, € 59,-  
ISBN: 978-3-7035-1299-5

## Bilanz und Perspektiven zum europäischen Recht

### Eine Nachdenkschrift anlässlich 50 Jahre Römische Verträge

Den 50. Jahrestag der Unterzeichnung der Römischen Verträge hat die AK zum Anlass eines Sammelbandes genommen. In dieser von Alice Wagner und Valentin Wedl herausgegebenen Publikation finden sich Ausführungen von 27 RechtswissenschaftlerInnen aus Österreich, Deutschland und den USA: Alois Birklbauer, Dragana Damjanovic, Nikolaus Dimmel, Georg Eckert, Johann Egger, Walter Gagawczuk, Michael Holoubek, Susanne Kalss, Markus Krajewski, Konrad Lachmayer, Michael Lang, Franz Leidenmühler, Brigitta Lurger, Verena Madner, Peter Mankowski, Gerda Marx, Klaus Mayr, Hans-W. Micklitz, Andreas Th. Müller, Lukas

Oberndorfer, Johannes Peyrl, Johannes Pollak, Michael Reiner, Gert-Peter Reissner, Judith Schacherreiter, Werner Schroeder sowie Alexander Somek nehmen zu Fragen des Europäischen Arbeits-, Sozial-, Verbraucher- und Umweltrechts, zu Erweiterung, Demokratie, und Solidarität, zu Entwicklungen im Bereich des Binnenmarktes und der öffentlichen Dienstleistungen, zu Datenschutz- und Strafrechtsfragen sowie zum Neutralitätsstatus in einer Verteidigungsunion Stellung.

GARANTIERT GUT INFORMIERT  
[www.oegbverlag.at](http://www.oegbverlag.at)

Verlag des Österreichischen Gewerkschaftsbundes GmbH

Fachbuchhandlung  
Rathausstraße 21, 1010 Wien

Telefon: 01/405 49 98-132, Fax: 01/405 49 98-136  
E-Mail: [fachbuchhandlung@oegbverlag.at](mailto:fachbuchhandlung@oegbverlag.at)

Reformen eine Flut von Klagen, die sie kaum noch bewältigen: Nahezu die Hälfte davon wird zugunsten der Betroffenen entschieden, insofern bieten die Sozialgerichte noch einen gewissen Schutz gegen die schlimmsten Entrechtlichungen. Mit anderen Gruppen zusammen werden Blockaden oder andere Aufseherregende Aktionen vor den in Job-Center umgewandelten Arbeits- und Sozialämtern durchgeführt, ziviler Ungehorsam betrieben. Die gezielten Rechtsbrüche sollen auf die alltäglichen Rechtsbrüche von Seiten der Unternehmen und Arbeitsverwaltungen aufmerksam machen. Gefordert werden gleich eine ganze Reihe von Rechten: Schluss mit der Willkür der Verwaltung, ein armutsfestes Existenzminimum, ein Recht statt die Pflicht zur Arbeit, außerdem die Einführung von Mindestlöhnen, von denen man auch leben kann, oder besser noch ein bedingungsloses Grundeinkommen.

In Italien beispielsweise hat sich 1998 die NIDIL (Neue Identität der Arbeit) gegründet, eine Gewerkschaft von und für Prekäre. Sie gehört zum kommunistischen Gewerkschaftsdachverband CGIL und kommt aus der Selbstorganisation und Vernetzung der Neuen Selbständigen – insbesondere von Frauen – und **versucht die verbreitet** individualistische Orientierung zu überwinden, eine gemeinschaftliche Kultur der Kooperation zu entwickeln, um die Bedingungen der Einzelnen zu verbessern, ohne den Wunsch nach weitgehender Selbstbestimmung über die eigene Arbeits- und Lebensweise zu unterminieren. Die NIDIL bietet dabei Zugang zu rechtlicher Unterstützung, zu finanzieller Unterstützung durch günstige Kreditprogramme und Bankenkooperation sowie Übernahme der Bürgschaften, Zugang zu bezahlbarer Sozialversicherung durch Auflage spe-

zieller Polizzen in Zusammenarbeit mit Versicherungen, sowie allgemeine Beratung etwa bei der Erstellung von Business-Plänen, oder das Angebot von Weiterbildung. Zugleich wird die Entrechtlichung der solo-selbständigen »ArbeiterInnen« publik gemacht und ihre Einbeziehung in die Sozialversicherungen und das Tarif- und Arbeitsrecht gefordert. Die NIDIL will auf diese Weise, „gleichermaßen Dienstleitungen bieten als auch Klassenorganisation für atypische ArbeiterInnen sein“ (Choi 2004, 432), die dennoch die Individualität der Selbständigen respektiert. Politik und Protest entwickelt neue Formen – man versteht sich als Teil der globalisierungskritischen Bewegung und macht mit beim Euromayday, den bunten 1.Mai-Paraden gegen Prekarisierung.

Als in den Banlieues 2005 Aufstände ausbrechen und Autos brennen, kommt es auch zu Ansätzen politischer Organisation: Das *Mouvement de l'Immigration et des Banlieues* (MIB) erhält durch die Aufstände erhöhte Aufmerksamkeit und regen Zulauf. Anknüpfungspunkte der Organisation war die gemeinsame Erfahrung als Teil der egalitären französischen Tradition angerufen zu werden und alltäglich das Gegenteil zu erfahren, sowie das grundsätzliche Misstrauen gegenüber staatlichen Institutionen, konkret: die wiederholten, von der Polizei verschuldeten Tötungen mehrerer Jugendlicher, deren offizielle Darstellung von der MIB zurück gewiesen wurde (vgl. Jobard 2004). Gemeinsam wurden Demonstrationen und Blockaden von Autobahnen und Gemeinderatssitzungen organisiert, um die Öffentlichkeit für eine unabhängige Untersuchung und Aufklärung der Vorfälle zu gewinnen. Darüber hinaus werden die in den improvisierten Sozialen Zentren stattfindenden Diskus-

sionen genutzt, um die Debatte über polizeiliche Gewalt auf die eigene Gewalt untereinander, auf das verbreitete Misstrauen im Viertel zu lenken, auf den Machismo; um Ursachen zu benennen, eigene Alltagspraxen in Frage zu stellen, individuelle Lösungsversuche in kollektive Bahnen zu lenken und langfristige Politisierungsprozesse anzustoßen. Der Versuch zielt darauf, Banlieues als öffentliche Räume zu konstituieren statt die ideologische Konstitution sozialer Brennpunkte zu übernehmen. Gefordert werden ein Ende von Diskriminierung und willkürlicher polizeilicher Verfolgung, also die Einhaltung elementarster Bürgerrechte, darüber hinaus ein Recht auf Arbeit, Wohnen und notwendige soziale Dienstleistungen, sowie ein bedingungsloses Grundeinkommen. Über die BewohnerInnen der Banlieues hinaus wird die Realisierung des Egalitarismus eingeklagt, im Sinne einer Umdeutung dieses Grundpfeilers der französischen Republik, als Entideologisierung und Aneignung von ›unten‹. Gewalt wird dabei nicht grundsätzlich abgelehnt als Mittel zur Sichtbarmachung einer entnannten Differenz, von der aus sich überhaupt die universalistische Forderung aufstellen lässt. Doch das ist innerhalb der Bewegung umstritten, schließlich zeigt die Gewalt widersprüchliche Effekte, denn durch die Form ihrer Darstellung in den Medien wird die Organisation unsichtbar und stattdessen das Bild der unzugänglichen ›Brennpunkte‹ verfestigt. „Aber ohne die brennenden Autos hätte uns wahrscheinlich keiner beachtet“, meint ein Mitglied der MIB.

Auch etablierte Gewerkschaften wie die deutsche IG-Metall müssen sich angesichts von Prekarisierung auf veränderte Bedingungen im Kampf um den Erhalt sozialer Rechte umstellen. Trotz positiver wirtschaftlicher Ergebnisse wollen Unternehmen Einsparungen erzwingen und drohen mit Verlagerungen, die in vielen Fällen auch vollzogen werden: so in einem Betrieb in Kiel: dort drohte nach diversen Restrukturierungswellen das Aus. Die Konzernleitung wollte Kosten in Höhe von 200 Mio. Euro einsparen. Zu diesem Zweck sollten unterschiedliche Produktionsbereiche konzentriert, andere aufgegeben bzw. verlagert werden. Fast zwei Drittel der Beschäftigten sollten entlassen werden. Dabei war nur sechs Monate zuvor ein Interessenausgleich zur Standortsicherung zwischen Geschäftsführung und Betriebsrat vertraglich vereinbart worden, der „herbe Zugeständnisse“ von den Beschäftigten abforderte. Nun wurde weitere, noch heftigere Einschnitte gefordert. Eigentumsordnung und Betriebsverfassungsgesetz beschränken jedoch von jeher die Handlungsmöglichkeiten von Gewerkschaften bei drohenden Betriebsschließungen oder Verlagerungen. Im Rahmen des Betriebsverfassungsgesetzes „tritt der Betriebsrat auf den Plan und verhandelt den Interessenausgleich“. Ergebnis ist ein Sozialplan, der über betriebsverfassungsrechtliche Mechanismen abgewickelt wird, ohne Streikrecht, ohne Möglichkeit, die Beschäftigten zu mobilisieren, Gegenwehr zu organisieren. Quasi wird allen Arbeitsverhältnissen nur noch zeitweilige Gültigkeit verliehen: die mühsam ausgehandelten Beschäftigungsgarantien, meist gegen Lohnverzicht und längere Arbeitszeiten, gelten für wenige Jahre und auch nur soweit sich die Lage des Unternehmens nicht verändert haben sollte. Oft haben diese Beschäftigungsgarantien nur ein paar Monate Bestand, trotz der massiven Zugeständnisse (Hauer 2004; Candeias/Röttger 2007). Was heißt dann noch sichere Beschäftigung? Auch unbefristete Jobs werden mehr und mehr prekär.

Im Kieler Fall wussten Betriebsrat und KollegInnen, dass sie auf rein betrieblicher Ebene nichts ausrichten konnten und den Konflikt auf die Tarifebene heben mussten, um ihr Recht in Anspruch zu nehmen, sich gegen die Verlagerungsdrohung zu wehren. Doch gab es immer die gesetzlichen Einschränkungen, die nach Abschluss des Flächentarifvertrages die Friedenspflicht vorgeben wodurch die Gewerkschaften ›außen vor‹ sind und ein Streik ausgeschlossen. In arbeitspolitischen Felder hingegen, die nicht in Tarifverträgen geregelt sind wie etwa die Betriebsschließung bzw. der Personalabbau im Zuge von Verlagerung usw. hindern keine tariflichen Regelungen eine Gewerkschaft daran, firmentariflich einzusteigen. Eine Tarifforderung oder ein Streik, die direkt gegen eine Betriebsschließung oder Verlagerungsentscheidung gerichtet sind, wären aber rechtswidrig, weil sie in verfassungsrechtliche garantierte Unternehmensautonomie eingreifen, sagt die Rechtsprechung. Die Frage der Durchführung der ›Betriebsänderung‹ (inklusive des Zeitpunktes einer Schließung) ist hingegen tariflich regelbar und erstreikbar, wobei die Grenzen nicht klar sind, da es sich hier um zwei konkurrierende Rechtsprinzipien handelt. Parallel zum Arbeitskampf musste also ein Kampf um die rechtlichen Regeln der Verhandlungen im sog. dualen System der Interessenvertretung geführt werden.

Gemeinsam mit den Beschäftigten wurden die Risiken diskutiert und ein Forderungskatalog entwickelt. Ohne Diskussion und Entscheidung der Beschäftigten sollte nichts geschehen. Das produzierte eine Aufbruchsstimmung: „Die Leute empfanden, dass sie endlich mal gefragt wurden“, so der Betriebsrat. In wenigen Wochen hatte die Belegschaft sich organisiert. Der Organisationsgrad konnte von 28 auf 67% erhöht werden. Gefordert wurden eine drastische Verlängerung der Kündigungsfristen (um damit den Zeitpunkt der Schließung deutlich hinaus zu zögern), die Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen nach Entlassung unter Fortzahlung der Vergütung für zwei volle Jahre, sowie Abfindungen in Höhe von zwei bis drei Monatsentgelten pro Beschäftigungsjahr. Das Unternehmen und der Arbeitgeberverband lehnten Tarifverhandlungen jedoch ab. Zur Erzwingung von Verhandlungen stimmten 99% der Beschäftigten für einen Streik, der sechs Wochen dauern sollte. Das hatte Ausstrahlungseffekte: mehr als 7000 KollegInnen anderer Betriebe, unterstützt von sozialen Bewegungen und Kirchen, gingen mit auf die Straße oder vors Tor des Betriebs – eine richtige lokale ArbeiterInnenbewegung. Aus den Aktionen sei ein spontanes Solidaritätsgefühl erwachsen, ausgelöst durch den betrieblichen Impuls sich den Unternehmerentscheidungen nicht einfach so fügen, sondern zu wehren, so der Betriebsrat. Man einigte sich noch vor Entscheidung der Richter über die Zulässigkeit der gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen. „Finanziell hat der Streik im Volumen des ausgehandelten Ergebnisses noch einige Millionen gebracht und das Zusammengehörigkeitsgefühl gestärkt“. Der Ansatz der Beteiligungsorientierung in Verbindung mit Initiierung von betrieblichen Tarifbewegungen erwies sich als effektiv, um aus der gewerkschaftspolitischen Defensive heraus zu gelangen und offensiv soziale Rechte zur Verteidigung der hart erkämpften Errungenschaften der Arbeiterbewegung zu reklamieren. Später wurde die Rechtmäßigkeit der Aktion vom Gericht letztinstanzlich bestätigt – ein Etappensieg, der die Bedingungen zur Abwehr weiterer Angriffe des Kapitals verbessert.



#### 4. (Globale) Soziale Rechte als Kampffeld

Selbstverständlich hat das Recht in Gesellschaften, in denen kapitalistische Produktionsweise herrscht, einen Klassencharakter, aber wie gezeigt einen, der abhängig – wenn auch zugleich relativ autonom – von den Klassenkämpfen und anderen gesellschaftlichen Auseinandersetzungen ist. Das bürgerliche Recht erweist sich dabei als äußerst widersprüchliches: es sichert die Herrschaft der Bourgeoisie, zugleich entfaltet es einen universellen Anspruch, der auch von anderen gesellschaftlichen Gruppen und Klassen potenziell anzueignen ist, um ihre Zwecke zu erfüllen, soziale (und politische) Rechte zu verankern. Das Recht bestimmt und grenzt auf diese Weise die Terrains gesellschaftlicher Auseinandersetzung ein, quasi als Schützengraben im ›Stellungskrieg‹ (Gramsci), zugleich ist es selbst ein Kampffeld dieser Auseinandersetzungen. In der Durchsetzung sozialer Rechte etwa durch soziale Bewegungen und politische Gruppierungen werden Kompromisse in rechtliche Formen gegossen, kodifiziert und habitualisiert. Sie dienen auf Seiten der Herrschenden als Schützengraben gegen weitergehende Ansprüche von Seiten der Subalternen. Doch auch auf Seite letzterer dienen sie ebenso als relativer Schutz gegen Enteignung, ›roll back‹ oder Entleerung sozialer Rechte in Zeiten, in denen die Bewegungen zurückgeht oder geschwächt ist. Darüber hinaus haben ›soziale‹ Rechte ein über die kodifizierte rechtliche Form hinaus gehende bzw. ihr voraus eilende (nicht-kodifizierte) Existenz, insofern sie im Sinne gesellschaftlicher Verkehrsformen im Alltagsverständnis bzw. von sozialen und politischen Gruppen als noch zu realisierender Anspruch angerufen werden (also gegen oder zur Erweiterung geltenden Rechts). Dass viele ›Langzeitnutzer‹ staatlicher Hilfen die Einstellung entwickelt haben, dass ihnen diese Leistungen auch zustehen, begreifen auch viele Linke nur als Moment der Passivierung, ist aber eines der stärksten Mobilisierungsmomente. Soziale Rechte werden – etwa in den Auseinandersetzungen um den *service public* in Frankreich – nicht als passiv empfangene, juristisch vom Staat gewährte, sondern als demokratisch immer wieder aktiv zu realisierende Rechte thematisiert, als Verteidigung und Fortentwicklung einst erkämpfter Errungenschaften.

Mit der Prekarisierung rückt grenzüberschreitend die Enteignung sozialer Rechte als allgemeiner gesellschaftlicher Prozess in den Blickpunkt. Bislang werden die Kämpfe darum jedoch eher unverbunden nebeneinander geführt, zumeist entlang von beruflich, ethnischen, geschlechtlichen oder politischen Segmentationen und zumeist im nationalen Rahmen. Forderungen nach Entprekarisierung zielen aber in unterschiedlichen Bewegungskontexten vermehrt auf verallgemeinerbare soziale bzw. sogar *Globale* Soziale Rechte (Seibert 2003). Um etwa Spaltungen zwischen working poor und arbeitsloser ›Unterklasse‹ zu verhindern, werden Forderungen nach einer Erhöhung des Mindestlohns und stabiler Beschäftigungsverhältnisse mit der Forderung nach einem bedingungslosen Grundeinkommen auf europäischer Ebene verbunden. Eine ganze Reihe zunächst unabhängig voneinander geführter sozialer Kämpfe – von denen hier nur einige wenige benannt wurden – konvergieren. Allerdings erfolgt die Assoziation der Kämpfe und die Formulierung verallgemeinerbarer Forderungen nach – vielleicht sogar globalen, jeden falls nicht mehr allein nationalen – sozialen Rechten nicht automatisch. Dieser Übergang ist ein politisch herzu-

stellender, unermesslich mühsamer, behindert bzw. blockiert durch vielerlei Spaltungen und Kooptation. Doch ergibt sich auch Gemeinsames aus den alltäglichen Kämpfen (dazu Candeias 2007, 2008).

*Dr. rer. pol. Mario Candeias ist Referent für Kapitalismuskritik und Gesellschaftsanalyse – Rosa Luxemburg Stiftung; Mitglied des Berliner Instituts für kritische Theorie (InkriT), Redakteur der Zeitschrift ›Das Argument‹; candeias@rosalux.de*

#### Literatur:

- Candeias, Mario, *Neoliberalismus – Hochtechnologie – Hegemonie. Grundrisse einer transnationalen kapitalistischen Produktions- und Lebensweise*, Berlin-Hamburg 2004
- ders., ›Prekariisierung und Handlungsfähigkeit‹, in: *Das Argument* 256, 46.Jg., 2004a, 398-413
- ders., ›Handlungsfähigkeit durch Widerspruchsorientierung. Kritik der Analysen von und Politiken gegen Prekariisierung‹, in: *Z. Zeitschrift marxistische Erneuerung*, H. 68, Dezember 2006, 8-23
- ders., ›Das ‚unmögliche‘ Prekariat oder das Scheitern an den Widersprüchen pluraler Spaltungen‹, in: *Das Argument* 271, 49.Jg., 2007, 410-67
- ders., ›Die Neuen Selbständigen zwischen Unternehmergeist und Prekarität‹, in: *Prokla* 150, 38.Jg., 2008, [im Erscheinen]
- ders., u. Bernd Röttger, ›Sozialtarifverträge und lokale Arbeiterbewegungen‹, in: H. Geiselberger (Hg.), *Und jetzt? Politik, Protest, Propaganda*, edition Suhrkamp 2500, Frankfurt/M 2007, 88-96
- Choi, Hae-Lin, ›Organisierung der Unorganisierbaren. Bericht aus italienischen Gewerkschaften‹, in: *Das Argument* 256, 46.Jg., 428-39
- Esping-Andersen, Goesta (1990): *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge
- Hauer, Dirk, ›Normale Arbeit anno 2004. Der Trend zu Prekarisierung und Niedriglohn‹, in: *Blätter für dt. u. internat. Politik*, H. 12/2004, 1475-83
- Flecker, Jörg, ›Schwarzer Peter neu gezogen? Flexibilisierung und Weitergabe von Risiken‹, in: *Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis*, Nr. 2, 16. Jg., 2007, 28-34
- Lehnhardt, Gero, u. Claus Offe, ›Staatstheorie und Sozialpolitik‹, in: Chr. V.Ferber, F.X.Kaufmann (Hg.), *Soziologie und Sozialpolitik, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 19, 1977, 98-127
- Marx, Karl, u. Friedrich Engels, *MEW – Marx-Engels-Werke*, Bd. 1-42, Berlin/DDR 1957ff
- Poulantzas, Nicos, *Staatstheorie*, Hamburg 1978
- Seibert, Thomas, ›Jenseits des nationalen Sozialstaats: Weltbürgerliche Solidarität. medico-Thesen zu einem globalen Projekt sozialer Gerechtigkeit‹, bewegungsdiskurs.de/texte/gsr/medico\_thesen.pdf, 2003
- Wacquant, Loïc, Roter Gürtel, ›Schwarzer Gürtel. Rassentrennung, Klassenungleichheit und der Staat in der französischen städtischen Peripherie und im amerikanischen Ghetto‹, in: H.Häußermann, M.Kronauer u. W.Siebel (Hg.), *An den Rändern der Städte*, Frankfurt/M 2004, 148-201



# K4 – Die Strukturformel

Marianne Schulze

Ein Absturz von 43 auf 15%. Das nennt sich massiver Abwärtstrend. Einschneidende Umstrukturierungsmaßnahmen sind dringendst geboten! Am besten über Nacht gleich das ganze System umkrepeln und flankierende Maßnahmen setzen, um den Turnaround nachhaltig vorzubereiten.

Klingt bekannt? Klingt nach Quartalsbericht? Mitnichten. Das sind die jüngsten Daten der RechtsanwältInnenkammer Österreichs zur Zahl der Konzipientinnen bzw eingetragenen Rechtsanwältinnen. Demnach sind 43% der BerufsanwärterInnen Frauen, jedoch nur 15% der RechtsanwältInnen weiblich (Daten der Österreichischen RechtsanwältInnen Kammer: [http://www.oerak.or.at/downloads/Stand\\_RA\\_311206.pdf](http://www.oerak.or.at/downloads/Stand_RA_311206.pdf)).

Während sich über die Ursachen leichter Divergenzen zwischen den AnwärterInnen und AnwältInnen noch trefflich philosophieren ließe, verbietet sich bei einem Absturz von zunächst konstant mehr als 50% Studentinnen auf 43% Anwärterinnen und schließlich auf 15% Anwältinnen das Schönreden.

Auf der Suche nach Erklärungsmustern sticht in Österreich die so bezeichnete K3 Formel ins Auge: Kinder, Küche, Kirche. Sie wird ausschließlich Frauen zugeschrieben und markiert das Territorium, in dem sich Frau bewegen soll: der Kinderbetreuung und -erziehung, der häuslichen Umtriebigkeit samt kulinarischer Versorgung der „Familie“ und all das in den Grenzen, die durch die katholisch-christliche Tradition des Landes vorgegeben sind. Aus diesem Grund ist auch Faktor 2 – die Küche – bei näherer Betrachtung als Synonym für die „heile“, sprich traditionelle eheliche Familie mit Kindern zu interpretieren. Die Abhängigkeit und Verflochtenheit der Parameter zwischen den drei K Faktoren der K3 Formel ist selbstredend.

Diese, die Verbundenheit mit „traditionellen“ Grundwerten markierende Formel wird im Bereich der Rechtsan-

wältInnen nun offensichtlich um ein weiteres K – Konzipientin – erweitert. Dieses K steht, so wie auch die übrigen K-Parameter, in Abhängigkeit und unauflöslicher Verbundenheit mit den vorerwähnten Konstanten von Kinder, Küche und Kirche. Die wechselseitige Abhängigkeit und Verwobenheit der traditionellen Frauenrolle mit dem Berufsbild der Konzipientin führt zur Strukturformel K4.

K4 ist Spiegelbild der Geschlechterverhältnisse in Österreich. Bedingt durch die, im juristischen Umfeld üblicherweise konservativere Grundhaltung, ist die Situation ein klein wenig verschärft, das Gefälle also größer als andernorts.

Erst jüngst hat das, für die Einhaltung von Frauenrechtsstandards gebildete, ExpertInnen-Gremium der UN Frauenrechtskonvention (CEDAW) festgestellt, dass Österreich gesellschaftspolitisch verbesserungsbedürftig ist: „Das Komitee bringt seine besondere Besorgnis über die hartnäckigen Frauenstereotype, besonders von Müttern und BetreuerInnen, zum Ausdruck, welche den sozialen Status von Frauen unterminieren und sich in der Schlechterstellung von Frauen in zahlreichen Bereichen widerspiegelt, darunter auch im Arbeitsmarkt, im Zugang zu entscheidungsbefugten Positionen, im Studium, in Berufsentscheidungen und der deutlichen Trennung von Familien- und Haushaltsaufgaben; diese bilden ein signifikantes Hindernis das Gleichheitsprinzip zwischen Frauen und Männern praktisch zu verwirklichen.“ (Gesamtbericht unter: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/37sess.htm>). Der entsprechende Passus der Konvention das Gleichstellungsprinzip betreffend ist in Österreich in Verfassungsrang.

Wie nun also die Realverfassung, die viele Frauen, darunter auch Konzipientinnen, strukturell an der Erreichung der spartenspezifischen MeisterInnenklasse – hier: Anwältin – hindert,

durchbrechen? Neben den vielen strukturbereinigenden Maßnahmen – viele davon sind in einschlägigen Konventionen, Gesetzen und Richtlinien hinreichend determiniert – geht es vor allem um eines: Die landläufige Meinung, dass viele die „MeisterInnenklasse“ gar nicht erreichen wollen, als Verschleierungstaktik zu enthüllen. Vielfach wird Frauen im öffentlichen Diskurs unterstellt, dass sie selbst eine bestimmte Position aus eigenem Wunsch nicht anstreben – und einige Frauen glauben das in der Zwischenzeit auch selbst, wiewohl es nur auf einige tatsächlich zutrifft. Die allermeisten Frauen unterwerfen ihre Möglichkeiten angesichts der Realverfassung einer Art Selbstzensur: Sie wagen es gar nicht anzudenken, 50% der österreichischen AnwältInnen oder vielleicht sogar mehr zu sein, weil „das geht ja eh nicht.“

Die Durchbrechung dieser „Möglichkeitenszensur“ ist vor allem in der öffentlichen Diskussion dringend geboten, wenn in die K4 Formel Bewegung kommen soll. Die nachhaltige Strukturbereinigung dieser Formel muss so aussehen, dass für alle Menschen die Wahlmöglichkeit zwischen Gesellendasein und MeisterInnenklasse gewährleistet ist und jeder Faktor der Formel für Frauen und Männer als individuelle Entscheidung empfunden wird. Idealerweise sollte die Änderung von Küche, Kinder, Kirche und Konzipientin nicht nur den Ersatz des K-Faktors „Konzipientin“ mit einem R – für Rechtsanwältin – bedeuten. Die Strukturbereinigung sollte auch die Reduktion weiterer Ks mit sich bringen. Also nur die Hälfte der Kinderbetreuungs- und -erziehungsarbeit, zum Beispiel. Auf diese Art könnte dann unter anderem, unter Reduktion eines der drei Ks die Formel K2R für RechtsanwältInnen – Frauen und Männer gleichermaßen – erreicht werden. K2R ist auch ein Fleckenlösungsmittel. Ein Symbol dafür, dass die Chemie auch in den Strukturen stimmen muss.