

nr 1/2012

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Zugang zum Recht

recht & gesellschaft

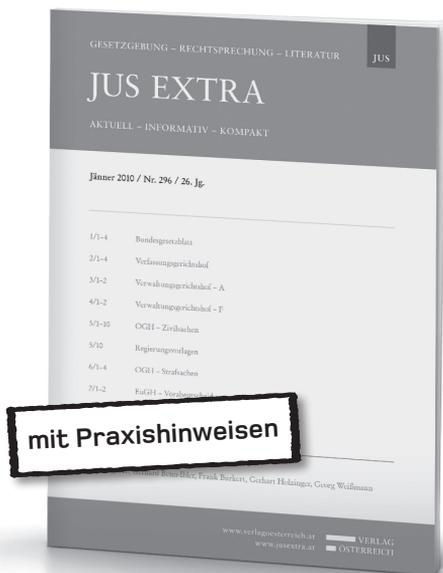
Grundsätzliches zum Streikrecht
Foreign Law in the Third Space

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl
und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Monat für Monat alles auf einen Blick!



Jahresabo JUS Extra
(11 Hefte) € 134,-

Jahresabo JUS Extra
für Studierende
(11 Hefte) € 79,-

Probeabo JUS Extra
(3 Hefte) € 13,-

Versandkostenfrei im neuen Webshop
bestellen und Sachpreise im Wert von
über € 2.000,- gewinnen!
www.verlagoesterreich.at

Inhalt

Die Zeitschrift „JUS Extra“ bietet in Form einer Loseblattausgabe monatliche Information über die aktuelle Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur. Führende Experten garantieren die fachkundige Aufbereitung der neuen Bundesgesetzblätter, der aktuellen Erkenntnisse des OGH (Zivil- und Strafsachen), des VfGH und des VwGH (Finanz- und Administrativrecht) in Leitsatzform, der EuGH-Vorabentscheidungsverfahren sowie der Neuerscheinungen im Buch- und Zeitschriftenbereich. Die Ablage erfolgt nach Teilgebieten in Ringbuchordnern.

Herausgeber

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident des Rechtsanwaltskammertages
Dkfm. Dr. Franz Burkert
Präsident der Kammer der Wirtschaftstreuhänder i.R.
SC Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger
Präsident des Verfassungsgerichtshofes
Dr. Georg Weißmann
Präsident der Notariatskammer i.R.

Internet

www.jusextra.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl. USt, zzgl. Versandkosten (Österreich: Probeabo € 4,90, Jahresabo/Studentenabo € 15,-; Ausland: Probeabo € 13,90, Jahresabo/Studentenabo € 25,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH

Die Demokratisierung Europas durch transnationale Bewegungen

Clemens Kaupa

Der Kampf gegen die Ratifizierung von ACTA ist wahrscheinlich eine der wichtigsten und definitiv schon jetzt eine der erfolgreichsten europäischen zivilgesellschaftlichen Kampagnen der letzten Jahre. ACTA – das Anti-Counterfeiting Trade Agreement – ist ein unter dem Dach der WTO¹ geschlossenes internationales Abkommen zur Verschärfung der Durchsetzungsansprüche von Immaterialgüterrechten, das laut KritikerInnen die Freiheit im Internet bedroht und effektiv eine private Internetsensur ermöglicht.² Generell ist die Bewegung zum Schutz von Freiheit und gegen Kriminalisierung im Internet – Stichwort PiratInnenparteien – eine der beachtenswertesten und dynamischsten sozialen Bewegungen der letzten Jahre. Sie konnte Menschen außerhalb traditioneller politischer Organisationsstrukturen mobilisieren und ist in der Lage, das Internet als Organisationsmittel schlagkräftig zu nutzen.

In den ACTA-Protesten ist neben diesen wichtigen Faktoren auch die Rolle des Europäischen Parlaments besonders beachtenswert. Denn das Parlament spielte eine wichtige Rolle als Forum und als Verstärker der Proteste auf europäischer Ebene. Überhaupt war es instrumentell darin, ACTA zu dem Skandal zu machen, der es heute ist. So machte das Parlament etwa ab 2010 Druck auf die Kommission, über alle Stadien der geheim geführten Verhandlungen informiert zu werden.³

Obwohl das EP von den konservativen und rechten Gruppen und der liberalen Fraktion dominiert wird (gemeinsam fast 60% der Sitze), stellt es mittlerweile dennoch den mit Abstand bedeutendsten Ankerpunkt auch für progressive Kampagnen in Europa dar. Zwei Dynamiken scheinen eine wichtige Rolle darin zu spielen, dass das Parlament zum bedeutenden Forum der ACTA-Kampagne wurde. Versteht man erstens das Parlament als politischen Akteur, der seinen Einfluss gegenüber den anderen europäischen Institutionen verteidigen oder ausdehnen will, so bietet die ACTA-Kampagne dem Parlament

1 Handelsübereinkommen zur Bekämpfung von Produkt- und Markenpiraterie, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/de/11/st12/st12196.de11.pdf> (21.2.2012).

2 Siehe etwa Mayer, Act on Acta now if you care about democracy and free speech, *The Guardian* (3.2.2012), <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/feb/03/act-acta-democracy-free-speech?INTCMP=ILCNETTXT3487> (21.2.2012).

3 Krempl, EU-Parlament fordert Einschränkung des Anti-Piraterie-Abkommens ACTA, heise online (10.3.2010), <http://www.heise.de/newsticker/meldung/EU-Parlament-fordert-Einschraenkung-des-Anti-Piraterie-Abkommens-ACTA-950871.html> (21.2.2012).

die Möglichkeit, sich gegenüber der Kommission und dem Rat zu behaupten und Einfluss zu gewinnen. Da die Geheimverhandlungen der Kommission Kontroll- und Mitentscheidungsrechte des Parlaments beschneiden, fühlt sich das Parlament als Institution nachteilig betroffen. Dementsprechend wurde die frühzeitige Kritik an ACTA nicht nur von den linken, sondern auch den konservativen Fraktionen mitgetragen.⁴ Zweitens ist das Parlament mit seinen über 750 Abgeordneten, die sich um ihre persönliche politische Anerkennung und jene ihrer Institution bemühen, gegenüber Anliegen von mobilisierungsfähigen öffentlichen Kampagnen besonders offen. Damit ist das Parlament auf europäischer Ebene die für zivilgesellschaftliche Bewegungen zugänglichste Institution. Das frühzeitige Engagement des Parlaments und die nationalen ACTA-Proteste verstärkten einander, und der national aufgebaute Druck konnte im Parlament fokussiert und auf europäische Ebene gehoben werden. Die wachsende europäische Dimension der Bewegung gab wiederum den nationalen Protestbewegungen Legitimität.

Aus der Perspektive dieser politischen Dynamik müsste neu formuliert werden, was Demokratie im europäischen Kontext eigentlich bedeutet. Es stimmt natürlich, dass das Parlament nach wie vor nicht in allen Bereichen mitentscheidet und dass ihm insbesondere ein Initiativrecht für Gesetzesvorschläge fehlt. Aus diesen Gründen ist es nicht völlig unplausibel, nach wie vor ein europäisches „Demokratiedefizit“ zu konstatieren. Jedoch ist diese Sicht zu sehr an einem formalen und nationalen Demokratieverständnis orientiert. Die ACTA-Proteste zeigen demgegenüber, dass eine Demokratisierung Europas über die nationalen Systeme hinweg möglicherweise nur als dynamischer Prozess verstanden werden kann. Sieht man eine demokratische Zivilgesellschaft als politische Praxis, so manifestieren die ACTA-Proteste genau eine solche. Ihre Dynamik stellt dar, was europäische Demokratie sein könnte: sich über die nationalen Grenzen verständigende Bewegungen, die sich zu europäischen Anliegen mit und durch das Europäische Parlament verbinden und verbünden.

Das demokratische und einigende Potential zu erkennen, das eine solidarische europäische Protestbewegung entwickeln kann ist gerade in Hinblick auf die gegenwärtige, düstere Krisenpolitik entscheidend: die Krisen„hilfe“ für Griechenland, der „Six-Pack“ und der Fiskalpakt stellen ein brutales Gegeneinanderspielen der Mitgliedstaaten unter Beimengung dumpfer Nationalismen („Schummelgriechen“) zu einem autoritär-neoliberalen Giftcocktail dar.⁵ Der ökonomische Super-GAU, den die Austeritätspolitik etwa in Griechenland angerichtet hat ist jedoch nicht das einzige Kollateralschaden: vielmehr stellt Merkels Daumenschrauben-Politik, die ein ideologisch und ökonomisch umstrit-

4 Ebenda.

5 Zur Kritik siehe etwa *Fisahn*, Autoritäre Krisenlösung – der neue Weg der Europäischen Union? *juridikum* (2011), 445; *Oberndorfer*, Hegemoniekrise in Europa – Auf dem Weg zu einem autoritären Wettbewerbsetatismus?, in *Forschungsgruppe „Staatsprojekt Europa“* (Hg), *Die EU in der Krise – Zwischen autoritärem Etatismus und europäischem Frühling* (im Erscheinen).

tenes Projekt an allen Bedenken und allen Institutionen vorbei in den EU-Rechtsbestand gezwungen hat die Antithese eines europäischen Demokratieprojekts dar.

Im Engagement gegen die Austeritätspolitik, die blind für die von ihr angerichtete ökonomische Zerstörung ist, muss klarerweise die europäische Ebene strategisch einbezogen werden. Auch hierbei stellt das Europäische Parlament ein wichtiges Forum und einen wichtigen Akteur für eine progressive Strategie dar. Denn das Parlament hat sich schon frühzeitig – wiederum vielfach fraktionsübergreifend⁶ – für eine ausgeglichene Krisenpolitik eingesetzt und insbesondere für eine schlagkräftigere Regulierung des Finanzmarktes stark gemacht.

Die Kampagne gegen die brutale Austeritätspolitik ist erst dabei, jene grenzüberschreitende Solidarität und Kooperation zu finden, welche die ACTA-Kampagne schon jetzt auszeichnet. Beide Bewegungen zeigen jedoch die Möglichkeiten progressiver Politik im europäischen Mehrebenensystem deutlich auf. Dabei stellt das Europäische Parlament nicht das einzige und möglicherweise nicht das entscheidende, aber doch ein besonders wichtiges Forum für zivilgesellschaftliche Anliegen dar. Zivilgesellschaftliche Praxis in Form der ACTA- und der Austeritäts-Proteste muss daher als die reale Chance für eine europäische Demokratisierung gesehen werden.

MMag. Clemens Kaupa, LL.M. (Harvard) ist Assistent am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung und Mitherausgeber des *juridikum*; clemens.kaupa@univie.ac.at

⁶ EU verschärft Regeln für Hedge-Fonds, euractiv.de (26.10.2010), <http://www.euractiv.de/finanzen-und-wachstum/artikel/eu-verscharft-regeln-fr-hedge-fonds-003842> (21.2.2012).

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 1 Die Demokratisierung Europas durch transnationale Bewegungen
Clemens Kaupa

merk.würdig

- 6 Richtungsweisend – nur wohin?
Die Judikatur des VfGH zu E-Voting
Eva Pentz
- 10 Revanche mit Platzverweis
Zur Kriminalisierung von Obdachlosigkeit in Ungarn
Andreas Koob
- 14 Wo soll Vint Cerf sein Pferd unterstellen?
Zur Debatte um das Recht auf Internet-Zugang
Matthias C. Kettemann
- 17 Wird das Kaufrecht nun europäisch? Gedanken zum vorliegenden Entwurf
Simon Laimer
- 20 Patient_innen(grund)rechte – Eine gesundheitspolitische Notwendigkeit?
Ein Streifzug aus Anlass einer Podiumsdiskussion
Verena Stühlinger

recht & gesellschaft

- 23 3,65 oder 5,5 %, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum
„Metaller_innen-Oktobersstreik“ 2011
Martin Risak
- 32 Foreign Law in the Third Space
Pierre Legrand

thema

- 44 Vorwort: Zugang zum Recht
Ronald Frühwirth / Joachim Stern / Caroline Voithofer
- 53 Vor dem Gesetz
Was Menschen vom Gang zum Gericht abhält
Günther Ortman
- 65 Barrieren der Mobilisierung von Arbeitsrecht – Oder: Lässt sich Fairness erzwingen?
Eva Kocher
- 76 Dolmetschung als Ausdruck staatlicher Fürsorgepflicht – neue Impulse durch die
RL 2010/64/EU
Mira Kadrić
- 86 Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht
Caroline Voithofer
- 97 Rechtsstatsachen zum Zugang zum Recht im frühen 19. Jahrhundert
Monika Niedermayr

nach.satz

108 Weil nicht sein darf, was nicht sein soll ...

Oder: Höchstgericht versäumt Chance zur Beseitigung von Diskriminierung

Doris Einwallner

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

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl und Joachim Stern

Medieninhaber und Verleger:Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Ingrid Faber
i.faber@verlagoesterreich.at**Preis:**Jahresabonnement: Euro 58,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdiener: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich**Redaktion:**

Miriam Broucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Elisabeth Hörtlehner, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner

Wissenschaftlicher Beirat:

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

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

Autor_innen dieser Ausgabe:

Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Mira Kadrić, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Eva Kocher, Andreas Koob, Simon Laimer, Pierre Legrand, Monika Niedermayr, Günther Ortmann, Eva Pentz, Martin Risak, Joachim Stern, Verena Stühlinger, Caroline Voithofer

Offenlegung

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

Layout und Satz: b+r satzstudio, graz

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Richtungsweisend – nur wohin?

Die Judikatur des VfGH zu E-Voting

Eva Pentz

Die politische Bilanz der elektronischen Stimmabgabe bei der ÖH-Wahl 2009: Nur 2161 abgegebene elektronische Stimmen und damit weniger als 1% der Wahlberechtigten, die E-Voting in Anspruch nahmen¹; Kosten von ca € 650 pro E-Voting-Stimme²; zahlreiche Fehler und Pannen vor und nach der Wahl³; eine historisch niedrige Wahlbeteiligung von 25,7% und ein nachhaltig beschädigter Ruf des Prestige-projekts des damaligen ÖVP-Wissenschaftsministers Hahn, das eigentlich ein Test-durchlauf für den späteren Einsatz von E-Voting bei Landes- oder Bundeswahlen sein sollte.

Gut 2,5 Jahre und zahlreiche Einsprüche, Berufungen und Beschwerden später gilt es angesichts der kürzlich ergangenen VfGH-Erkenntnisse zu E-Voting auch eine rechtliche Bilanz des Versuchs der Etablierung einer Internet-Wahlmöglichkeit in Österreich zu ziehen. VfGH-Präsident Holzinger sieht in den Erkenntnissen gar eine „richtungsweisende Entscheidung“ für andere Wahlen. E-Voting sei angesichts der rechtlichen Anforderungen an ein Wahlsystem beim derzeitigen Stand der Technologie schwer bis unmöglich durchzuführen.⁴ Doch wie deutlich spiegelt sich dies auch in den Erkenntnissen wieder?

E-Voting vor dem VfGH

Bereits vor der ÖH-Wahl 2009 mehrten sich die Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit von E-Voting: Das freie, geheime und persönliche Wahlrecht schien gefährdet, die Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit der Wahl nicht gegeben, das Grundrecht auf Datenschutz verletzt. Versuche, diese Bedenken bereits im Vorfeld der Wahl vor den VfGH zu bringen scheiterten an der Zulässigkeit.⁵

1 Parl Anfragebeantwortung 2562/AB XXIV. GP.

2 *Pühringer*, Notwendigkeit oder Freundschaftspflege? Ministerien geben Millionen für Berater aus, *Format*, 14.2.2010.

3 Vgl *Marx*, E-Voting bei den ÖH-Wahlen 2009, in *Hauser* (Hg), *Jahrbuch Hochschulrecht* 2010, 389 ff.

4 *Futurezone.at*, Verfassungsgerichtshof hebt E-Voting auf v 21.12.2011, <http://futurezone.at/netzpolitik/6499-verfassungsgerichtshof-hebt-e-voting-auf.php> (1.2.2012).

5 VfGH 25.6.2009, V28/09-V29/09 ua; VfGH 23.2.2010, V89/09; VfGH 10.12.2009, G165/09 u V39/09.

Erst der langwierige Weg dreier ÖH-Fraktionen über Einsprüche an einzelnen Universitäten gegen die Wahl der Universitätsvertretung nach § 45 Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftsgesetz (HSG) führten nach Ausschöpfung des Instanzenzugs schließlich zu einer Auseinandersetzung des VfGH mit E-Voting: Dieser leitete aufgrund der Beschwerden der wahlwerbenden Gruppen von Amts wegen ein Verordnungsprüfungsverfahren über Teile der Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftswahlordnung 2005 (HSWO) ein, und hob diese als gesetzwidrig auf.⁶ In der Begründung führte der VfGH aus, dass bei E-Voting durch ein geeignetes Verfahren die Wahrung des Wahlgeheimnisses, die Unverfälschtheit des ausgefüllten Stimmzettels, die Geheimhaltung der Wahldaten während der Übertragung sowie die Möglichkeit der Wahlkommissionen, alle ihr in diesem Gesetz übertragenen Aufgaben auch hinsichtlich der elektronischen Stimmabgabe durchführen zu können, gewährleistet sein müsse. Die im HSG festgelegten Wahlgrundsätze der allgemeinen, gleichen, geheimen und persönlichen Wahl seien zumindest im gleichen Ausmaß wie bei der Briefwahl zu garantieren. Gerade durch die erhöhte Fehler- und Manipulationsgefahr der elektronischen Wahl müsse das Handeln der Wahlbehörde durch die HSWO so determiniert sein, dass die Durchführung von E-Voting sowohl für den Einzelnen nachvollziehbar als auch für die Wahlbehörde überprüfbar sei. In der HSWO werde jedoch nicht hinreichend geregelt, in welcher Weise, mit welchen Mitteln und anhand welcher Kriterien die Wahlkommission ihre Aufgaben erfüllen könne, insb hinsichtlich einer Überprüfung der Wahlhandlung des Ergebnisses auf mögliche Softwarefehler oder Wahlmanipulationen – und zwar ohne sich dafür besonderer Sachverständiger bedienen zu müssen. Denn dies sei eine der Schwachstellen von E-Voting: Im Unterschied zur Papierwahl bedürfe es technischen Sachverständes, um sich von einer Einhaltung der Wahlgrundsätze zu überzeugen. Dieses Vorwissen sei bei den meisten WählerInnen nicht vorhanden. Zudem sei keine transparente, der interessierten Öffentlichkeit im Ergebnis zugängliche Einsichtnahme in das verwendete System vorgesehen, sodass für die WählerInnen unklar bleibe, ob die Wahlgrundsätze erfüllt und die abgegebene Stimme unverfälscht erfasst wurden. Der Verordnungsgeber müsse daher selbst festlegen, wie den Wahlgrundsätzen bei E-Voting entsprochen werden könne und welches technische System bei E-Voting zum Einsatz komme, damit sichergestellt werden könne, dass das verwendete System den Anforderungen an eine zuverlässige Nachprüfbarkeit des Wahlergebnisses genügt. Eine Zertifizierung durch Sachverständige – von denen es in Österreich in diesem Bereich übrigens nur vier gibt – könne die staatliche Gewährleistung der Einhaltung der Wahlgrundsätze durch die Wahlkommission nicht ersetzen. Außerdem entsprach auch die in der HSWO vorgesehene Stimmabgabe in der Woche vor der Papierwahl nicht dem HSG. In der Folge hob der VfGH wegen Anwendung einer gesetzeswidrigen Verordnung die Bescheide der An-

6 VfGH 13.12.2011, V85/11 ua.

lassfälle über die Wahlen von insgesamt acht Universitätsvertretungen sowie einen Bescheid der Datenschutzkommission auf.⁷

Ein zwiespältiges Ergebnis

Die Entscheidung des VfGH ist sehr zu begrüßen, enthält sie doch die notwendige Feststellung, dass der Einsatz von E-Voting bei der Wahl 2009 auch aus rechtlicher Sicht ein Fiasko war: Mangels des nötigen technischen Sachverständes (den übrigens auch studierte InformatikerInnen nicht aufbrachten) war es den Wahlkommissionsmitgliedern unmöglich zu überprüfen, ob die Durchführung von E-Voting den Grundsätzen einer demokratischen Wahl entsprach, ob Manipulationen oder Programmfehler vorlagen, oder ob überhaupt jene 183.000 Zeilen⁸ unverständlichen Quellcodes, in die die Wahlkommissionsmitgliedern an einem einzigen Tag Einsicht nehmen konnten, auch tatsächlich auf den versiegelten Servern des Bundesrechenzentrums liefen. Einzelne WählerInnen hatten keine Möglichkeit, sich von der Grundfunktionalität des Systems zu überzeugen, geschweige denn sicherzustellen, dass ihre Stimmen tatsächlich (richtig) gezählt wurden.

Doch trotz der eklatanten Mängel von E-Voting hob der VfGH nur die Bestimmungen der HSWO auf, und ließ die Bestimmungen des HSG zu E-Voting unberührt: Verfassungswidrigkeit liege nicht vor. Denn es sei aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht notwendig, Wahlen in Organe der nichtterritorialen Selbstverwaltung nach denselben Grundsätzen zu regeln, die bundesverfassungsgesetzlich für staatliche und kommunale Wahlen gelten. Das HSG enthalte auch eine verfassungsrechtlich hinreichend präzise Regelung in Bezug auf Umfang und Grenzen der datenschutzrechtlichen Befugnisse der Wahlkommissionen. Das HSG sehe zudem auch hinreichende Vorkehrungen zur Nachprüfbarkeit von E-Voting unter Beiziehung von technischen Sachverständigen vor. Dies ist im Ergebnis wenig überzeugend. Konkret entsteht ein unlösbarer Konflikt: Zwar wäre die elektronische Wahl bei Selbstverwaltungskörpern unter gewissen Voraussetzungen, insb bei einer Überprüfbarkeit der Wahl mit besonderem technischen Sachverständ, theoretisch zulässig; gleichzeitig sind aber die vom VfGH bemängelten Eigenheiten von E-Voting (wie die erhöhte Anfälligkeit für Programmierfehlern und Manipulationen) systemimmanent und werden bei zukünftigen elektronischen Wahlsystemen schon wegen deren grundsätzlicher Natur ebenso bestehen; die postulierten Anforderungen an eine Wahlordnung (die Notwendigkeit einer weitgehenden Nachprüfungs- und Nachvollziehbarkeitsmöglichkeit der Wahlkommissionen und der WählerInnen auch ohne spezielles Vorwissen, die transparente Einsicht in das System, die Nachprüf-

7 VfGH 13.12.2011, B1149/10 ua, B898/10, B1214/10.

8 Sokolov, E-Voting ist nicht unbedingt geheim, v 18.5.2009, <http://www.heise.de/ct/artikel/E-Voting-ist-in-oesterreich-nicht-unbedingt-geheim-301592.html> (1.2.2012).

barkeit der Stimmabgabe und das in der Wahlordnung festzulegenden Verfahren bzw technische System) sind – berechtigterweise – so hoch, dass sie aus rechtlicher und praktischer Perspektive unerfüllbar sind. Gesteht man aber ohnehin zu, dass die im HSG vorgegebenen Vorkehrungen zur Überwachung und Nachprüfung von E-Voting in der Praxis nicht realisierbar sind, so wäre es nur konsequent, auch Teile des HSG als unzureichend zu erkennen – und mangels Nachprüfbarkeit und Nachvollziehbarkeit die Verfassungswidrigkeit von E-Voting festzustellen.

Mag^a Eva Pentz, BA, ist Juristin in Wien und war als Beschwerdeführerin an den E-Voting-Verfahren beteiligt.
epentz@gmx.at

Revanche mit Platzverweis

Zur Kriminalisierung von Obdachlosigkeit in Ungarn

Andreas Koob

In Ungarn ist Obdachlosigkeit per Gesetz zur Ordnungswidrigkeit erklärt worden. Die Kriminalisierung von Armut ist eine der repressiven Maßnahmen der regierenden Rechtspopulisten, durch die nicht zuletzt Budapest sich stark verändert. Mit neuen Gesetzen wird in Ungarn der institutionelle Umgang mit Obdachlosigkeit zum Topos rigider Ordnungspolitik. Denn wer auf der Straße schläft, wird polizeilich verwarnt. Wird dieselbe Person innerhalb eines halben Jahres noch einmal aufgegriffen, droht eine Strafe von bis zu 490 Euro. Seit Dezember 2011 gilt Obdachlosigkeit in Ungarn als Ordnungswidrigkeit. Ungarische Arbeiter_innen verdienen nach Angaben des Zentralamts für Statistik im Monat etwa 320 Euro netto. Die Begleichung der Strafe ist unmöglich, was für die Wohnungslosen Ersatzhaft bedeutet. Zudem verbietet das Gesetz das *Containern*, das Suchen von Verwertbarem im Abfall.

Verantwortlich für diese neue Ordnungspolitik ist die rechtspopulistische Fidesz-KDNP. Sie stellt seit Herbst 2010 den Budapester Oberbürgermeister und daneben 19 der 23 Bezirksbürgermeister. *Law and order* scheint für sie als Credo kommunaler Politik en vogue. Budapest reiht sich ein in einen stadtpolitischen Trend, sogenannte *incivilities*¹ zu ahnden: Als unannehmlich gilt etwa die Sichtbarkeit von Obdachlosen, denn sie unterläuft damit eine potentiell erwünschte Vorstellung von Raum oder auch Gesellschaft². Im Streben nach Aufwertung stört eine solche irritierende Konnotation des Raums und wird zum Objekt ausgeweiteter Sicherheitsmaßnahmen. „Die Politik der ‚Zero Tolerance‘ und insbesondere die mit ihr verbundene Rhetorik fußt auf der Dramatisierung von ursprünglich strafrechtlich nicht relevanten ‚social and physical disorder‘-Erscheinungen. Bettler [etwa] werden zum Risiko für Nachbarschaften hochstilisiert [...]“³. Diese Dramatisierung schreibt sich im kontrollpolitischen Alltag fort, sodass die Definiton und Ahndung von Devianz äußerst niederschwellig ansetzt.⁴ Die räumliche Bannung von Obdachlosen ist dabei beispielhaft für eine „intensiviert[e] [...]“

1 Vgl. *Klimke*, Wach- und Schließgesellschaft Deutschland – Sicherheitsmentalitäten in der Spätmoderne (2008) 61 ff.

2 Vgl. Ebd. 60.

3 *Schmidt-Semisch/Wehrheim*, Exkludierende Toleranz. Oder der halbierte Erfolg der „akzeptierenden Drogenarbeit, Widersprüche (2007) 76.

4 Vgl. Ebd. 77.

ordnungspolitische Administration des öffentlichen Raums.“⁵ Die Absicht der Disziplinierung tritt dabei zurück gegenüber dem Kalkül der Kontrolle. Universelle Normen verlieren damit an Geltung gegenüber partikularen und situativen Normalitäten, es geht nicht um die Disziplinierung eines universellen Charakters, sondern um jeweilige situative Performanz. Als Manifestationen dieses Wandels können etwa „urbane Raumsegmente“⁶ der aufgewerteten Stadt gelten – mit ihren spezifischen Handlungsfeldern und partikularen Kodizes. „Das neoliberale Projekt kann [dabei] auf bereits bestehende revanchistische Strukturen und Ideologeme zurückgreifen, weitet nun aber das Feld der Diskriminierung und Ausgrenzung erheblich aus.“⁷

Ein solches Regime von Ordnung und Sauberkeit bekommt mit der Implementierung der neuen ungarischen Gesetze seinen plastischen Zuschnitt, besonders drastisch etwa in Budapests achtem Bezirk, wo eine spezielle Polizeieinheit mit den Vorgaben betraut ist. Liberale ungarische Medien veröffentlichen Fotos, die zeigen, wie alte Obdachlose samt klapprigem Rollator abgeführt werden. Die Maßgaben markieren eine expressive und universelle Punitivität, anders als die subtile Verdrängung durch klassische Musik an deutschen Bahnhöfen oder die beliebte Unterscheidung zwischen *undeserving* und *deserving poor*, die das rigide Konzept spätmoderner Sicherheitspolitik vermeintlich sanft kaschieren.

Von hunderten internierten Obdachlosen gehen die Budapester Aktivist_innen von „Die Stadt ist für alle“ aus, nur für den vergangenen Oktober nur im achten Bezirk. Der lokale Bürgermeister hatte schon im März eigeninitiativ jene Maßnahmen beschlossen, die nun im gesamten Land gelten.

Obdachlosigkeit und *Containern* sind Indizes eines prekärer werdenden Alltags zunehmend breiterer gesellschaftlicher Schichten. Durch die Sparmaßnahmen, die das hohe Staatsdefizit reduzieren sollen, haben sich die Lebensbedingungen seit 2008 rapide verschlechtert. Armut trägt dabei nicht mehr nur *relative* Züge. „Die Stadt ist für Alle“ schätzt die Zahl der Obdachlosen in Budapest auf mindestens 8000 Personen, für höchstens 4500 gebe es derzeit Übernachtungsmöglichkeiten. Auch für die Unterkünfte gelten neue Maßgaben. Laut der Aktivist_innengruppe ist in zwei von drei neu geschaffenen Einrichtungen rund um die Uhr Polizei präsent.⁸ Die Zuständigkeit für die Wohnungslosen scheint sich zu verändern. Dem Innenministerium kommt eine immer größere Bedeutung zu, so ist es nun für die Einrichtung der neuen Unterkünfte zuständig. Die Initiative „Neuer Ansatz“, in der sich kritische Sozialarbeiter_innen organisieren, zitiert Bezirksbürgermeister Kocsis: „Es gibt keine Obdachlosenfrage. Es sind nur polizeiliche Fragen. Wenn wir die Obdachlosen nicht verdrängen, verdrängen sie die Bürger

5 Ronneberger, Die revanchistische Stadt, in Dinges/Sack, Unsichere Großstädte? (2000) 322.

6 Wehrheim, Großstadt zwischen Ambivalenz und Überwachung, in Gertsing/et al, Die sichere Stadt (2003) 27.

7 Ebd 331.

8 Koob, Zu arm für Rechte, Jungle World vom 15.12.2011.

aus dem achten Bezirk.“⁹ Noch augenscheinlicher vermag Gesellschaftspolitik wohl nicht in Sicherheitspolitik zu entweichen. Aber dieser Kurs löst heftige Kritik aus: „Die Regierung muss Armut bekämpfen, nicht die Armen“, sagen die Protestierenden. Unter dessen wird nicht nur das Leben auf der Straße kriminalisiert, sondern auch der Protest dagegen. Der Sozialarbeiter Norbert Ferencz von der Gruppe „Neuer Ansatz“ wurde am 3. November zu drei Jahren Haft auf Bewährung verurteilt, weil er zu einer Kundgebung aufgerufen hatte, bei der mehrere Teilnehmer_innen demonstrativ in der Öffentlichkeit *containert* haben. Ein Gericht stufte den Aufruf als Landfriedensbruch ein.¹⁰ Für Protestierende und Wohnungslose verhält sich die Situation analog: Sie gelten als unerwünscht-heterogen im Stadtbild. Die der Großstadt eingeschriebene Ambivalenz¹¹ steht im Kontext dieser Ordnungspolitik zur Disposition.

Noch 2010 konnten sich die Wohnungslosen etwa über den Lüftungsschächten der Metro einrichten, im europäischen Vergleich sogar mit großer Akzeptanz. Abgelöst wurde diese Praxis von einem Kontinuum der Marginalisierung, das mit der Bannung aus Unterführungen begann. Unter den Obdachlosen sind Roma überrepräsentiert, ein Umstand, der den sozialchauvinistischen Tendenzen ein weiteres Etikett anheftet: Das des ethnisierten Ausschlusses. Dieser erscheint den allgemeinen Budapester Aufwertungsbestrebungen inhärent, und verleiht wohl auch dem revanchistischen Element der Maßnahmen hohe Dynamik. “The present discourse about city reconstruction strongly operates with the tropes of ‘developing’ or ‘modernizing’ Budapest and building a ‘European’ metropolis often builds [sic!] on the image of cleanliness and order. Such discourse plays a crucial role in legitimizing the eviction of the Roma population from central neighborhoods of the capital.”¹² Im Modernisierungsdiskurs gelte Ungarn rückschrittig gegenüber dem *westlichen* Europa, gleichzeitig würde diese vermeintliche Rückschrittigkeit auf die ungarischen Roma projiziert, so Dosa¹³.

In seinen sozialchauvinistischen Zügen werden antiziganistische Vorurteile mitunter breit adressiert, so etwa an die vermeintlichen *undeserving poor*. Lokalisierbar wird das insbesondere in Gentrifizierungstendenzen.¹⁴ So auch im achten Bezirk: Teile nicht sanierter Wohnviertel wurden vor Jahren abgerissen und wichen einem Shopping-, Büro- und Wohnkomplex. Der dort neu geschaffene Wohnraum ist für die ehemaligen langjährigen Anwohner_innen trotz Ausgleichszahlung nicht bezahlbar. Der homogen-normierte Mall-Charakter dieser Projekte scheint nun auch das neue *Gesetz der Straße*

9 Vortragsnotiz von Vertreter_innen der Gruppe „Neuer Ansatz“ am 21.11.2011 an der Evangelischen Hochschule, Berlin.

10 DBSH Bundesverband, Ungarn: Sozialarbeiter soll für berufliches Engagement ins Gefängnis – Europaweiter Protest, <http://dbsh-hamburg.de/2011/11/ungarischer-sozialarbeiter-wegen-beruflichen-engagements-fur-klientinnen-vor-straengericht/> (8.11.2011).

11 *Wehrheim*, Ambivalenz, 27 ff.

12 *Dosa*, *The cultivated West, the Second-class and the Roma at the Bottom of the Slope* (2009) 49.

13 Vgl Ebd 12.

14 Vgl Ebd 48 ff.

zu sein, für das die Politik die Hausordnung liefert. Die jährliche Parade des Pride-Festivals im Jahr 2011 als zunächst polizeilich verbotenes Verkehrshindernis, alternative Kulturprojekte, die ihre Arbeit aufgeben müssen, flankieren als Ereignisse die Kriminalisierung von Obdachlosigkeit: Die Emergenz des städtischen, „unipurpose corridor“¹⁵ ist in ihrer Ausschließlichkeit noch nicht abgesteckt. Die Parameter dafür wirken eng und revanchistisch gesetzt. Dabei ist „Großstadt [...] eigentlich der Ort, an dem man lernen kann, mit Differenz umzugehen – nur muss man ihr dafür begegnen.“¹⁶

Andreas Koob (B.A.) studierte Soziologie in Bremen und Budapest, gegenwärtig Student im Master „Historische Urbanistik“ am Center for Metropolitan Studies der TU Berlin, daneben freier Autor und Journalist; andreaskoob@gmail.com

15 Underhill, Call of the Mal, (2004) 41, zitiert nach Wehrheim, Shopping Malls (2007) 287.

16 Wehrheim, Ambivalenz, 29.

Wo soll Vint Cerf sein Pferd unterstellen?

Zur Debatte um das Recht auf Internet-Zugang

Matthias C. Kettemann

Das Jahr 2011 begann schlecht für jene, die ein Menschenrecht auf Internetzugang verfechten. Am 4. Jänner veröffentlichte Vint Cerf, als einer der technischen Vordenker des Internet eine angesehene Figur in der Internet Community, einen klar betitelten Kommentar in den New York Times: „Internet Access Is Not a Human Right“.

Technologie, so Googles „Chief Internet Evangelist“ Cerf, schaffe Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten. Das Telefon wie der Computer ermöglichten das Eintreten in einen größeren Diskursraum. In diesem Licht stelle Technologie den Zugang zu Menschenrechten sicher, sei aber kein Recht an sich. Vint Cerf versuchte dies mithilfe eines historischen Beispiels nachzuweisen: „[At] one time if you didn't have a horse it was hard to make a living. But the important right in that case was the right to make a living, not the right to a horse. Today, if I were granted a right to have a horse, I'm not sure where I would put it.“ Dieser Ansatz – wie auch der Titel, dass es kein Recht auf Internetzugang gebe – ist aus zumindest zwei Gründen rechtlich unterkomplex und rechtspolitisch wenig hilfreich.

Rechtlich unterkomplex ist eine generelle Ablehnung eines Rechtes auf Internetzugang, weil sie nationale und internationale Verbriefungen verwischt. Manche Staaten – darunter Estland, Frankreich und Finnland – haben auf nationaler Ebene ein Recht auf Zugang zum Internet geschaffen, indem sie Zugangsanbieter verpflichtet haben, gewisse Mindestbandbreiten auch in ruralen Gegenden zu garantieren. Doch selbst in Ländern, in denen kein formales Recht auf Internetzugang besteht, kann ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf eine kommunikative Grundversorgung (auch) aus Menschenrechten (hier insbesondere Teilhaberechte an dem demokratischen Meinungsbildungsprozess) und aus Staatszielbestimmungen abgeleitet werden.

Rechtlich unterkomplex ist eine Ablehnung von Internetzugang als Menschenrecht weiters, weil sie zwei getrennte Aspekte von „Zugang“ verwischt: die physische Dimension des Internetzugangs und den Zugang zu Online-Inhalten. Denn neben der Konnektivität bestehen auch menschenrechtliche Ansprüche, die ein im Wesentlichen ungefiltertes Internet sichern. Dies bedeutet natürlich nicht, dass staatliches Filtern in jedem Fall menschenrechtlich problematisch ist. Vielmehr ist die Entfernung mancher Inhalte aus dem Netz, etwa Aufrufe zu Genozid oder Hassrede, sogar menschenrechtlich geboten. Entscheidend ist aber, dass Internetzugang im Lichte der wachsenden staatlichen Mög-

lichkeiten zur Filterung von Internet-Inhalten immer auch eine inhaltliche Dimension mitumfasst.

Rechtspolitisch weit hilfreicher als Cerfs Ansatz ist dagegen jeder von Frank La Rue, dem Sonderberichterstatler der Vereinten Nationen für Meinungsäußerungsfreiheit, den er in seinem vielbeachteten Bericht von 2011 vorstellte: Das Internet, schrieb La Rue, sei ein essentielles „tool“ geworden, um andere Menschenrechte zu realisieren. Dieses Bekenntnis ist nicht neu. Schon im Rahmen der Weltgipfel zur Informationsgesellschaft 2003 und 2005 bekannte sich die Staatengemeinschaft (besonders im „Bekenntnis von Tunis“) klar zu den Menschenrechten: „We reaffirm the universality, indivisibility, interdependence and interrelation of all human rights and fundamental freedoms, including the right to development, as enshrined in the Vienna Declaration.“ (Abs 3).

Ist Internetzugang also ein Menschenrecht, das umfassend und überall gewährleistet sein muss? Natürlich ist das Recht auf Zugang kein absolutes Recht, das keine Ausnahmen kennt (wie etwa das Folterverbot) und ohne Verzögerung sofort gewährleistet werden muss. Wie auch die Meinungsäußerungsfreiheit kann das Recht auf Zugang beschränkt werden, wenn dies zur Erreichung bestimmter, legitimer Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist und die Ausnahme eine Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht. Darüber hinaus ist Internet-Zugang nicht absolut in dem Sinne, als dass dieser ohne Rücksicht auf nationale Politiken umzusetzen wäre.

In der Tat hat das Recht auf Internet-Zugang konzeptuelle Ähnlichkeiten mit dem Recht auf Gesundheit. Nach Art 2 (1) des Internationalen Paktes für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte verpflichten sich die Vertragsstaaten, „einzeln und durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, insbesondere wirtschaftlicher und technischer Art, unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten Maßnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln [...] die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen.“

Das Recht auf Internet-Zugang, hier in seiner Konnektivitätsdimension, nimmt also auch die internationale Entwicklungszusammenarbeit in die Pflicht. Wichtige Elemente bei der Umsetzung des Rechtes auf Zugang sind neben der internationalen Kooperation die progressive Verwirklichung und die Nichtdiskriminierung in der Umsetzung (Art 2 (2) IPWSKR).

Was lehrt uns die Diskussion über ein Menschenrecht auf Internet-Zugang? Sinnvoller als neue Rechte auszurufen ist es, bestehende Menschenrechte auf das Internet anzuwenden. Dies haben unterschiedliche Gruppen, wie die Internet Rights and Principles Coalition mit ihrer Charter of Internet Rights and Principles versucht. Sie waren dabei nicht alleine: 2011 ging als Jahr der „Internet-Prinzipien“ in die Geschichte ein. Staaten (wie die USA), Staatengruppen (wie Indien, Brasilien und Südamerika), internationale und intergouvernementale Organisationen und nichtstaatliche Akteure schlugen 2011 Strategien, Prinzipien, Pakte und Erklärungen zur prinzipienbasierten Ordnung des In-

ternet vor, die zwar inhaltlich weit divergierten, aber doch einen gemeinsamen Nenner hatten: dem Völkerrecht entfließende Normen auf das Internet und dessen Regulierung anzuwenden, um in drei großen Regelungsbereichen – Wirtschaft, Sicherheit, Menschenrechte – mit unterschiedlichen Gewichtungen mehr Klarheit de lege lata zu schaffen und dem Internetvölkerrecht eine inhaltliche Richtung vorzugeben.

Trotz Geltung des gesamten Menschenrechtskorpus für Sachverhalte mit Internetbezug ziehen die neuen technologischen Möglichkeiten offene menschenrechtliche Fragen nach sich. Darunter: Inwieweit unterscheiden sich DDoS-Attacken von Sit-ins? Wenn ein Anbieter eines sozialen Netzwerkes dieses zu einem quasi-öffentlichen Raum macht, verliert er dann das Recht UserInnen auszuschließen, die Meinungen vertreten, die nicht im Mainstream liegen: Meinungen, die in den Worten des EGMR in seinem Maßstäbe setzenden *Handyside*-Urteil von 1976 „offend, shock or disturb“? Welche menschenrechtlichen Pflichten haben Internet Service-Provider? Wer schützt diese vor unzulässigen staatlichen Indienstnahmen als Überwachungsorgane?

In Lichte dieser offenen Fragen ist es nur zu begrüßen, dass Vint Cerf eine Debatte über Menschenrechte im Internet (und ein Recht auf das Internet) losgetreten hat. Dies garantierte, dass 2012 so begann wie 2011 endete: mit lebhaften Diskussionen über die Rolle von prinzipienbasierten (werteorientierten) Ansätzen an die Internet Governance. Die Fortschreibung dieser Ansätze und die Substantiierung der Prinzipien, nach denen das Internet in Zukunft reguliert werden soll, sind rechtspolitisch wünschenswert.

Dieser Prozess, den auch das Juridikum kritisch begleitet hat, wird 2012 weitergehen. Nach dem Jahr der Formulierung von Prinzipien 2011 wird 2012 das Jahr ihrer Operationalisierung werden. Nicht der Vorschlag neuer, sich teils überlappender, teils widersprechender normativer Instrumente ist zielführend, sondern die Ausformulierung und Annahme der am besten geeigneten. Der organisatorische Rahmen wäre gegeben: In seiner nächsten Sitzung wird sich der UN-Menschenrechtsrat der Rolle der Meinungsäußerungsfreiheit im Internet als Katalysator zur Implementierung anderer Menschenrechte widmen. Später im Jahr thematisieren das Internet Governance Forum 2012 und die Konferenz der Internationalen Telekommunikations-Union im Dezember 2012 die Zukunft von prinzipienbasierten Ansätzen an die Internet Governance.

Vint Cerf kann übrigens beruhigt sein: Nur weil er ein „Recht auf ein Pferd“ hat, muss er sich nicht Sorgen darüber machen, wo er es unterstellen kann. Ein Recht braucht erfahrungsgemäß wenig Platz. Doch auch ein Pferd selbst ist in Zeiten des Internet kein Problem: Der Autor dieser Zeilen empfiehlt Ebay.

Wird das Kaufrecht nun europäisch? Gedanken zum vorliegenden Entwurf

Simon Laimer

Die Europäische Kommission hat, gestützt auf Art 114 AEUV,¹ einen Verordnungsvorschlag „über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (VO-E) vorgelegt.² Als Zweck ist deshalb die Verbesserung der Voraussetzungen für das Funktionieren des Binnenmarktes zu bemühen.³ In den ErwGr wird angeführt, dass die unterschiedlichen zwingenden Verbraucher_innenschutzvorschriften der Mitgliedstaaten (MS) juristische Hindernisse für den freien Warenverkehr mit sich brächten und die Rechtsunterschiede aufgrund hoher Transaktionskosten sowohl beim Verbraucher_innen- als auch beim Handelskauf zu wirtschaftlichen Hemmnissen führten.⁴ Studien zufolge schöpften Unternehmen darum das Potenzial des EU-Binnenmarktes nicht aus.⁵ Mit einem einheitlichen Kaufrecht könne eine Kostenreduktion (va bei Rechtsberatung) von ca 15.000 € pro Unternehmen und Ziel-MS erreicht werden,⁶ was freilich eine hinreichende inhaltliche Qualität des Instruments voraussetzt.

Wer hat es entworfen?

Die EU-Kommission veröffentlichte 2001 eine Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht⁷ und schlug zwei Jahre später mit einem Aktionsplan⁸ die Erstellung eines Gemeinsamen Referenzrahmens vor, womit ein Konsortium⁹ aus Wissenschaftler_innen-gruppen¹⁰ betraut wurde. Der sodann publizierte *Draft Common Frame of Reference*

1 Reich/Micklitz, EWS 2011, 114; kritisch Basedow, EuZW 2012, 1.

2 KOM (2011) 635 endg; MPI Homburg, RabelsZ 75 (2011) Rz 41.

3 EuGH 5.10.2000, Rs C-376/98 (Deutschland/EU-Parlament, Rat) NJW 2000, 3701 (Rn 83 ff); EuGH 2.5.2006, Rs C-436/03 (EU-Parlament/Kommission, Rat) Slg 2006 I-3733.

4 Staudenmeyer, NJW 2011, 3495 f.

5 Für Ö: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/sales_law_austria_de.pdf (27.1.2012).

6 Entschließung des EU-Parlaments v 8.6.11, 2011/2013(INI) lit J. Nach der vorangegangenen Machbarkeitsstudie könnten sogar 25.000 € pro Staat und bei Export in die gesamte EU 310.000 € gespart werden, Schulze/Stuyck, *Towards a European Contract Law* (2011) 217. Vgl Graf v. Westphalen, ZIP 2011, 1990.

7 KOM (2001) 398 endg.

8 KOM (2003) 68 endg, zum weiteren Vorgehen KOM (2004) 651 endg.

9 Prisching, ZfRV 2007, 13 f.

10 „Study Group on a European Civil Code“ sowie „Acquis Group“, v. Bar, FS Henrich (2000) 1; McGuire, ZfRV 2006, 163. Jansen/Zimmermann, JZ 2007, 1113.

(DCFR)¹¹ sollte von einer – leider mehrheitlich mit Wissenschaftler_innen, die bereits an dessen Erarbeitung beteiligt waren, besetzten¹² – Expert_innengruppe¹³ überarbeitet werden, die nach einer weiteren Konsultation¹⁴ eine Machbarkeitsstudie erstellte.¹⁵ Darauf fußt im Wesentlichen der Text des Kommissionsvorschlags,¹⁶ der aus einer einleitenden Verordnung besteht, die den Anwendungsbereich, die Vereinbarung zur Wahl des Instruments und dessen Verhältnis zum IPR regelt,¹⁷ während die 186 Artikel des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEK) im Anh I des VO-E angesiedelt sind. Das GEK soll das erste „Aufgabengebiet“ für das European Law Institute sein.¹⁸ Politische Reaktionen auf den VO-E fallen unterschiedlich aus: So haben ö Interessenvertreter_innen eine ablehnende Haltung eingenommen,¹⁹ während sich die deutsche BundesRAK nachdrücklich für den Vorschlag ausgesprochen hat.²⁰ Der ö Bundesrat und der deutsche Bundestag, wie auch der belgische Senat und das britische Unterhaus, haben gar von der Subsidiaritätsrüge²¹ Gebrauch gemacht.²²

Welchen Anwendungsbereich soll es haben?

Das GEK erfasst Kaufverträge über bewegliche, körperliche Gegenstände sowie digitale Inhalte und Werklieferungsverträge, aber auch – als „verbundene Dienstleistungen“ – bestimmte gleichzeitig abgeschlossene Werkverträge, nicht aber typengemischte und mit einem Verbraucher_innenkredit verbundene Verträge. Der Normenkomplex ist autonom auszulegen und innerhalb des Regelungsbereichs liegende Lücken sind ohne Rückgriff auf das nationale Recht zu schließen. Divergierende Auslegungen sind mit Hilfe des nicht uneingeschränkt geeigneten – Schieds- und Drittstaatengerichten nicht zugänglichen – Verfahrens nach Art 267 AEUV zu vermeiden.²³ Der Entwurf schweigt zu teilw praktisch wichtigen Gegenständen wie etwa Aufrechnung, Stellvertretung, Abtretung und sonstige Fälle des Parteiwechsels, Gläubiger_innen- und Schuldner_innenmehrheit, Gesetzes- und Sittenwidrigkeit, oder Eigentumslage im Rückabwicklungssta-

11 *V. Bar/Clive* (Hg), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (2009). Kritisch etwa *Eidenmüller ua*, JZ 2008, 529. S Laimer, JBl 2008, 605.

12 An der gewünschten Objektivität zweifelnd auch *Doralt*, AcP 211 (2011) 5.

13 Abl EU L 105/109 (Mitglieder: IP/11/523). *Leible*, EuZW 2010, 401, 481.

14 KOM (2010) 348 endg. *Reding*, ZEuP 2011, 1. Zur Europa 2020-Strategie KOM (2010) 2020 endg.

15 *Lehmann*, GPR 2011, 218.

16 So der zuständige Referatsleiter der EU-Kommission *Staudenmeyer*, NJW 2011, 3493.

17 *Stürner*, GPR 2011, 236; *Mankowski*, IHR 2012, 2 f.

18 *Schulte-Nölke*, ZGS 2011, 337.

19 So etwa die WKÖ in einer Stellungnahme v 13.12.11, daneben auch die ÖNK, während die AK schon im Vorfeld zum Grünbuch 2010 (Fn 14) ein zurückhaltendes Positionspapier veröffentlicht hatte.

20 <http://www.brak.de/fuer-journalisten/pressemitteilungen-archiv/2011/presseerklaerung-18-2011/> (27.1.2012).

21 Art 6 Protokoll Nr 2 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Abl EU C 306/150.

22 Verfahrensstand: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20110635.do> (27.1.2012).

23 *Reich*, ZfRV 2011, 201.

dium.²⁴ Solche externen Lücken erfordern den Rückgriff auf das nach IPR berufene nationale Recht.²⁵ Erfasst sind nur grenzübergreifende Verbraucher_innenverträge und Verträge zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sowie KMU und größeren Unternehmen. Die MS dürfen jedoch die Anwendung des GEK auf Handelsverträge und auf innerstaatliche Verträge ausdehnen, was für das Erreichen einer Vereinfachung und der angepeilten Kosteneffekte unabdingbar sein dürfte.²⁶ Das GEK steht fakultativ neben den nationalen Vertragsrechten, sodass es von den Parteien – ausdrücklich und getrennt vom Verbraucher_innenvertrag samt eines standardisierten Infoblatts sowie nachträglicher Bestätigung – vereinbart werden muss.²⁷ Die Wahl des GEK soll als impliziter Ausschluss des UN-Kaufrechts auszulegen sein.²⁸

Was bringt es inhaltlich mit sich?

Dem von der EU-Kommission intendierten praxisorientierten Stil²⁹ stehen Generalklauseln (zB Art 2, 3, 23 Abs 2, 176 GEK) und ausfüllungsbedürftige Begriffe (zB „grundlegender“ Irrtum, Art 48 Abs 1a GEK) gegenüber, was der Rechtssicherheit nicht dienlich ist, nachdem klärende Rsp nicht vorliegt und eine Orientierung an EuGH-Erkenntnissen an fehlender Regelungsidentität scheitern kann. Dem GEK wird jedoch ein hohes Verbraucher_innenschutzniveau zugestanden.³⁰ So entfällt für die Verbraucher_innen zB die von der VerbrKauf-Ril vorgesehene Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe, ferner sind Rechte auf spezifische Erfüllung, Zurückbehaltung und Schadenersatz geregelt. Verzugszinsen von 2% über dem EZB-Refinanzierungszinssatz schulden Verbraucher_innen erst 30 Tage nach Mitteilung durch die Verkäufer_innen.³¹

In einer ersten Grobeinschätzung kann das GEK als interessantes wissenschaftliches, aber noch nicht beschlussreifes Projekt bezeichnet werden, das sorgfältiger inhaltlicher Prüfung und in manchen Bereichen, zB bei den Rückabwicklungsregelungen nach Vertragsbeendigung,³² einer nicht weiterhin unter Zeitdruck vorgenommenen Überarbeitung bedarf, wenn es die angestrebte praktische Bedeutung erlangen will.

Dr. Simon Laimer, LL.M., ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht/Europäisches, Vergleichendes und Internationales Privatrecht an der Universität Innsbruck; Simon.Laimer@uibk.ac.at

24 *Lörcher/Petersen*, NJW-aktuell 45 (2011) 16.

25 *Gebauer*, GPR 2011, 234 f.

26 *Leible*, EuZW 2011, 810.

27 *Leupold*, MMR 2011, 702. *Doralt*, AcP 211 (2011) 14 ff.

28 ErwGr 25 VO-E.

29 *Staudenmayer*, NJW 2011, 3496.

30 *Graf v. Westphalen*, BB 22 (2011) I. Die fehlende Prüfung der Berechtigung der Regeln kritisiert *Zimmermann*, JBl 2012, 16 f.

31 Zum AGB-Recht *Graf v. Westphalen*, ZIP 2011, 1985.

32 *Zimmermann*, JBl 2012, 12 f. Vgl *Laimer*, ZEuP 2012, 47.

Patient_innen(grund)rechte – Eine gesundheitspolitische Notwendigkeit?

Ein Streifzug aus Anlass einer Podiumsdiskussion

Verena Stühlinger

Am 31. Mai 2011 lud die European Law Students' Association (elsa) zu einer Podiumsdiskussion an der Universität Innsbruck zum Thema „Patient_innen_en(grund)rechte – Eine gesundheitspolitische Notwendigkeit?“. Es diskutierten Univ.-Prof. Heinz Barta von der Universität Innsbruck (Institut für Zivilrecht), Univ.-Prof. Benjamin Kneihls von der Universität Salzburg (Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht) sowie Kammeramtsdirektor Günter Atzl von der Tiroler Ärzt_innenkammer. Die Diskussion wurde von Caroline Voithofer, Universität Innsbruck (Institut für Zivilrecht), moderiert und bietet den Anlass für die folgenden rechtspolitischen Überlegungen.

Patient_innen(grund)rechte finden sich im österreichischen Recht sowohl im öffentlichen- als auch im Privatrecht und ergeben sich direkt oder indirekt aus diversen gesetzlichen Grundlagen.¹ Dies hängt wohl in erster Linie mit der zersplitterten Kompetenzverteilung im Gesundheitsbereich zusammen.² Die Diskussionsteilnehmer_innen waren sich einig, dass dieser „Fleckerlteppich“ eine unbefriedigende und unzureichende Absicherung darstellt und derzeit keine Verbesserung ansteht. Darüber, wie die derzeitige Rechtslage verbessert werden könnte, herrschte Uneinigkeit. Barta betonte dringenden Handlungsbedarf für eine umfassende und einheitliche verfassungsrechtliche Verankerung von Patient_innen(grund)rechten. Kneihls hielt dem entgegen, dass das Verfassungsrecht nicht geeignet wäre, „Probleme der Gesellschaft“ zu lösen. Dazu wäre vielmehr das Zivilrecht berufen. Möglicherweise ließe sich mehr Klarheit durch eine umfassende gesetzliche Regelung des Behandlungsvertrages schaffen wie sie *Aigner* bereits im Jahr 2000 angedacht hat³ und wie sie aktuell in Deutschland im Rahmen einer Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs geplant ist.⁴

1 Vgl *Memmer*, Rechte und Pflichten – Patient und Behandler, in *Aigner/Kletecka/Kletecka-Pulker/Memmer* (Hrsg), Handbuch Medizinrecht (2011), I/30 oder *Aigner*, Zur Situation der Patientenrechte in Österreich Bestandsaufnahme und Perspektiven, RdM 2000, 77.

2 Art 10 Abs 1 Z 12, Art 12 Abs 1 Z 1 sowie Art 15 B-VG idF BGBl I Nr 1/2012.

3 *Aigner*, RdM 2000, 77.

4 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten (Patientenrechtsgesetz), abrufbar unter: <http://www.bmg.bund.de/ministerium/presse/pressemitteilungen/2012-01/patientenrechte-werden-greifbar.html> (5.2.2012).

Im Laufe der Diskussion wurden auch sog „Opting-out“ Lösungen im Gesundheitswesen diskutiert⁵. Hier wird so lange eine (stillschweigende) Einwilligung seitens der Patient_innen angenommen, solange diese nicht explizit widersprechen. Derartige Lösungen sind rechtlich problematisch, weil sie ein Stillschweigen als Zustimmung interpretieren. Zudem setzen diese eine umfassende Information der Bevölkerung voraus, die jedoch in den meisten Fällen völlig unzureichend oder gar nicht stattfindet. Eine derartige Widerspruchslösung ist derzeit in Österreich ua im Bereich der Organentnahme von Verstorbenen zum Zwecke der Transplantation gesetzlich verankert⁶ und wird auch in Zusammenhang mit der Erfassung von Gesundheitsdaten in der Elektronischen Gesundheitsakte (ELGA) avisiert.

Im Bereich der Organentnahme von Verstorbenen existiert in Europa derzeit keine einheitliche Lösung. In einigen Ländern gilt die Widerspruchs- bzw Informationslösung, in anderen Ländern das Zustimmungsprinzip.⁷ Es wäre laut Barta rechtlich äußerst bedenklich, wenn einem/einer in Österreich verunglückten, sich auf der Durchreise befindlichen Südeuropäer_in nach einer Obduktion ohne weiteres Organe zur Transplantation entnommen werden – ohne dass dieser über die österreichische Widerspruchslösung im Transplantationsrecht informiert ist.

Im Hinblick auf die elektronische Erfassung von Gesundheitsdaten hat die Europäische Kommission im Januar 2012 den Entwurf für eine EU-weit einheitliche Datenschutz-Verordnung präsentiert.⁸ Sie sieht im Hinblick auf die Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten vor, dass die/der für die Verarbeitung Verantwortliche die Beweislast dafür trägt, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verarbeitung erteilt hat.⁹ Eine bloß vermutete stillschweigende Zustimmung zur Erfassung der Gesundheitsdaten wie sie nach der Opting-out Lösung derzeit in Österreich vorgesehen ist, wird hierfür voraussichtlich nicht ausreichen. Eine Opting-out Lösung erscheint ohnehin bereits auf Grund geltender Bestimmungen verfassungsrechtlich bedenklich.¹⁰ Auch die Diskussionsteilnehmer_innen waren sich einig, dass brennende verfassungsrechtliche Fragestellungen – insbesondere zu Umfang und Inhalt der zu speichernden Daten – offen sind und vor einer breiteren Öffentlichkeit diskutiert werden müssen.

Fehlende Transparenz ist in Zusammenhang mit Patient_innen(grund)rechten immer wieder ein Thema, können doch nur informierte Patient_innen selbstbestimmt agieren. Die Diskussionsteilnehmer_innen waren sich einig darüber, dass die Transparenz der-

5 „Opting-out“ Lösungen werden auch als Widerspruchslösung bezeichnet.

6 § 62a KaKuG idF BGBl I Nr 69/2011.

7 Eine Übersicht der derzeit in Europa geltenden Regelungen ist über die Website des BM für Auswärtige Angelegenheiten abrufbar: http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/bmeia/media/AOes/1869_europ_ische_ro_bez_glich_organentnahmen.pdf (3.2.2012).

8 http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_11_de.pdf (3.2.2012).

9 FN 8, Art 7 Abs 1 sowie Art 81.

10 *DiePresse online* vom 1.2.2012: „Gutachten: ELGA-Entwurf nicht verfassungskonform“ unter Bezugnahme auf ein von Univ.-Prof. Dr. Heinz Mayer im Auftrag der Ärzt_inn_e_n_kammer erstelltes Gutachten.

zeit vor allem im Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung¹¹ zu wünschen übrig lässt – so verläuft etwa die Mittelvergabe aus den Patient_innenentschädigungsfonds völlig intransparent und fehlen verfahrensrechtliche Garantien. International wird die in Österreich fehlende Information der Patient_innen über Behandlungsqualität und -alternativen in verschiedenen Krankenhäusern bemängelt. Zwar wurde in Österreich mit der letzten Novelle des KaKuG für die Sonderfächer Augenheilkunde und Optometrie, Orthopädie und orthopädische Chirurgie sowie Neurochirurgie die Pflicht zur Veröffentlichung einer Warteliste bei einer Wartezeit von über vier Wochen¹² eingeführt. Ein umfassender Anbieter_innenkatalog, aus dem Patient_innen Daten über die Behandlungsqualität entnehmen können, fehlt jedoch in Österreich.¹³

Patient_innen können ihre Rechte nur wahrnehmen und Verbesserungen fordern, wenn die Rechte klar normiert und sie über diese umfassend informiert sind. Die Politik, aber auch das akademische Umfeld ist aufgefordert, Klarheit und Transparenz zu schaffen und die Bevölkerung umfassender zu informieren. Bereiche wie die Transplantationsmedizin zeigen, dass in einem zunehmend vernetzten Europa europäische Lösungen die einzig sinnvolle Strategie darstellen.¹⁴ Nur so wird es künftig möglich sein, angesichts zunehmender Mittelknappheit im Gesundheitswesen sowie neuer Herausforderungen wie der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung samt grenzüberschreitendem Datenaustausch oder der individualisierten Medizin einen hohen Standard an Patient_innen(grund)rechten zu gewährleisten.

Dr.ⁱⁿ Verena Stühlinger, LL.M. ist Senior Scientist am Department für Public Health und Health Technology Assessment der Privaten Universität für Gesundheitswissenschaften (UMIT) in Hall in Tirol. Zu ihren Arbeitsschwerpunkten zählen Medizin- und Gesundheitsrecht, sowie Ethik und Recht im Gesundheitswesen; verena.stuehlinger@umit.at

11 Respektive die Patient_innenanwaltschaften, der Patient_innenentschädigungsfonds bzw die bei den Ärzt_innenkammern eingerichteten Schiedsstellen.

12 § 5a Abs 2 KaKuG.

13 *Björnberg*, der Direktor des Euro Health Consumer Index stellt für das Jahr 2009 fest: „Österreich hat gut entwickelte Patientenrechte und Zugang zu Gesundheitsinformationen. Rechtlich kann man aktive Entscheidungen treffen – aber es gibt schlechte Konsumenteninformation über die Pflegealternativen und Krankenhäuser. Warum gibt es keinen Anbieterkatalog, um die Österreicher über die beste Qualität zu informieren? Dies fehlt vielleicht, um Österreich wieder zurück an die Spitze zu bringen.“ <http://www.healthpowerhouse.com/files/Austria.pdf> (5.2.2012).

14 Basierend auf der Rechtsprechung des EuGH geben nun zwar europäische Rechtsakte gewisse Standards vor. Vorerst beschränken sich diese allerdings vornehmlich auf den Zugang zu Gesundheitsdienstleistungen und die damit einhergehende Verrechnungsmöglichkeit. Für eine detaillierte Abhandlung relevanter Rechtsakte auf europäischer Ebene: *Baumann*, Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, *SozSi* 2011, 183 sowie *Kaupä*, PatientInnenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, *RdM* 2009/43; aktuell: RL 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, *ABl* Nr L 88 vom 4.4.2011, 45; für eine Rechtsprechungsübersicht: *Felix*, Auswirkungen der Gesundheitsdienstleistungsrichtlinie(n), *RdA* 2010, 383.

3,65 oder 5,5 %, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller_innen-Oktoberstreik“ 2011

Martin Risak

1. Hintergrund

Der Streik ist **Kristallisationspunkt** des Arbeitsrechts, er war der **Katalysator** für dessen Entstehen als eigenes Rechtsgebiet und ist weiterhin dessen wesentliche **Besonderheit**. Durch den Streik wird Arbeitgeber_innen vor Augen geführt, wie angewiesen diese auf die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer_innen sind – enthalten diese den Arbeitgeber_innen ihre Arbeitsleistung vor, so kommt es zu Produktionsausfällen und Arbeitgeber_innen werden bei deren Fortdauern schnell in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht.

Das Streikrecht als Teil des Arbeitskampfrechts gibt nun die Antwort auf die Frage, welchen faktischen Druck die Arbeitenden zur Durchsetzung ihrer Forderungen aufbauen dürfen. Im Unterschied zu sonstigen Durchsetzungsmechanismen, soll durch Arbeitskämpfe meist rechtspolitischen Forderungen Nachdruck verliehen werden. Es geht um die Schaffung neuer Normen und nicht um die Realisierung bestehender Ansprüche. Es handelt sich somit nicht um Rechtsstreitigkeiten, sondern um sogenannte Regelungsstreitigkeiten. Kein anderes Rechtsgebiet kennt eine derartige Rechtsfigur.

Eine weitere Besonderheit des Arbeitsrechts spiegelt sich ebenfalls im Streik und den sonstigen Formen des Arbeitskampfes wieder: dessen **kollektiver Bezug** – der Arbeitskampf ist eine kollektive Maßnahme, das heißt er betrifft die Arbeitnehmer_innen als Gesamtheit und steht zumeist mit der kollektiven Verhandlung von Arbeitsbedingungen, der Aushandlung von Kollektivverträgen in einem Zusammenhang, wie der Metallder_innenstreik, auf den der Titel dieses Beitrages Bezug nimmt, eindrucksvoll belegt. Aus rechtlicher Sicht wirft der Streik unter anderem folgende zwei Kernfragen auf: (1) Gibt es ein Grundrecht auf Streik? (2) Was sind die Auswirkungen auf das individuelle Arbeitsverhältnis, insbesondere: Kann man wegen einer Streikteilnahme gekündigt oder gar entlassen werden?

Diese beiden Fragen sollen nun am Beispiel eines aktuellen Falles, nämlich des „Metallder_innenstreiks“ im Oktober 2011 behandelt werden, der gewerkschaftlichen Forderung einer kollektivvertraglichen Entgelterhöhung um 5,5% Nachdruck verleihen sollte.

2. Der Metaller_innen-Streik am 14. Oktober 2011

Konkret war im Rahmen der Herbstlohnrunde die Höhe der Ist-Lohnerhöhung für die etwa 165.000 Beschäftigten der Metallindustrie und der Bergwerke strittig: Die Arbeitnehmer_innenseite, die Produktionsgewerkschaft PRO-GE forderte 5,5%, die Arbeitgeber_innenseite, der Fachverband Bergbau-Stahl, bot durchschnittlich 3,65% und eine Einmalzahlung an.¹ In Folge dessen kam es am Freitag 14. Oktober 2011 zu Warnstreiks in rund 200 Betrieben, woran rund 100.000 Arbeitnehmer_innen beteiligt gewesen sein sollen.² Bemerkenswert ist, dass nicht nur offiziell gestreikt wurde, sondern – dies entspricht der österreichischen Arbeitskampftradition, die die enge Verbindung von Betriebsrat und Gewerkschaft widerspiegelt – Betriebsversammlungen abgehalten wurden, die gleicherweise die Arbeit unterbrechen.³

Im Ergebnis ist der Konflikt dann nicht wie in anderen Staaten durch Schlichtung oder Mediation, sondern in österreichischer sozialpartnerschaftlicher Tradition beigelegt worden: Auf Druck der Präsidenten des ÖGB und der WKÖ wurden am dem heißen Freitag folgenden Wochenende zwischen den Konfliktparteien an einem geheim gehaltenen Ort Sondierungsgespräche aufgenommen⁴, die in einer Wiederaufnahme der Verhandlungen und nach einem 14-Stunden-Verhandlungsmarathon in einem Gehaltsabschluss am Dienstag früh von durchschnittlich 4,2% mündeten.⁵

Es überrascht nicht, dass sich Arbeitgeber_innen- und Arbeitnehmer_inneninteressenvertretungen im Vorfeld und auch während dieses Arbeitskampfes in Stellung gebracht haben und ihre kontroversen Ansichten zum Streik vortrugen. Davon sollen zur Illustration nur die beiden im Rahmen dieses Beitrages zu behandelnden Themen herausgegriffen werden: Die grundrechtliche Absicherung sowie die Beendigung des Arbeitsverhältnisses wegen einer Streikteilnahme.

In einer Stellungnahme von René Schindler, dem Bundessekretär der **Produktionsgewerkschaft PRO-GE**⁶ liest man: *„Das Streikrecht ist nicht nur durch die österreichische Verfassung und die Menschenrechtskonvention abgesichert, sondern auch durch zahlreiche internationale Pakte und nun auch im EU-Vertrag. Niemand, der an einem Arbeitskampf teilnimmt, darf deswegen benachteiligt werden. Wenn Arbeitskämpfe drohen, tauchen in Österreichs Medien immer wieder irreführende und veraltete Meldun-*

Überarbeitete und insb um Fußnoten erweiterte Fassung eines im Rahmen des Berufungsverfahrens zur Nachfolge von Prof. Runggaldier an der Wirtschaftsuniversität Wien am 15.11.2011 gehaltenen Vortrages. Der Autor wurde bei der Vorbereitung durch ein Marie Curie International Outgoing Fellowship im Rahmen des 7. EG-Rahmenprogrammes unterstützt.

1 Der Standard, 17.10.2011, 1.

2 Zahlen lt der gewerkschaftlichen Website www.streik.at (30.1.2012).

3 Siehe dazu Jabornegg, Zur Abgrenzung der Betriebsversammlung und Streik, FS Bauer/Maier/Petrag (2004) 3; krit dazu Risak, in Tomandl, ArbVG § 42 Rz 11.

4 Der Standard 17.10.2011, 1.

5 Der Standard 19.1.2011, 2.

6 http://www.proge.at/servlet/ContentServer?pagename=P01/Page/Index&n=P01_2.4.a&cid=1286887264624 (30.1.2012); ähnlich auf www.streik.at.

gen auf: Wer streikt, breche seinen Arbeitsvertrag, verletze die Arbeitspflicht, und ähnliches. Das war vor 30 Jahren in der Tat die Haltung einiger Rechtswissenschaftler, ist aber inzwischen längst überholt.“

Ganz anders klingt dies im Informationsblatt der **Wirtschaftskammern Österreichs**⁷: „Die Teilnahme eines Arbeitnehmers an einem Streik stellt arbeitsrechtlich grundsätzlich einen Bruch des Arbeitsvertrages dar. Mit der vertragswidrigen Arbeitsniederlegung werden in der Regel die einschlägigen Entlassungsgründe von Gewerbeordnung und Angestelltengesetz verwirklicht (unbefugtes Verlassen der Arbeit bzw. beharrliche Pflichtenvernachlässigung). Fraglich könnte allerdings sein, ob dem am Streik teilnehmenden Arbeitnehmer der Verstoß gegen den Arbeitsvertrag auch vorwerfbar ist. Es genügt zwar leichte Fahrlässigkeit, ein Irrtum über die Rechtslage kann aber im Einzelfall entschuldbar sein (streikende Arbeitnehmer sind oft in der Überzeugung, in Ausübung eines Rechtes zu handeln).“

Welche dieser beiden diametral gegenüberstehenden Rechtsansichten ist nun richtig? Es ist offensichtlich, dass sich die Arbeitgeber_innen auf die sogenannte **Trennungsthese** berufen, die besagt, dass die kollektive Gesamtaktion Streik und die individuelle Teilnahme daran rechtlich getrennt zu beurteilen sind. Die allfällige Rechtmäßigkeit des Streiks ändere demnach nichts an der Rechtswidrigkeit der Unterlassung der Arbeitsleistung. Die von den Gewerkschaften vertretene **Einheitsthese** geht hingegen von einer einheitlichen Beurteilung aus, sodass die individuelle Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik nicht sanktioniert werden darf.⁸

Warum ist eine Klärung dieser Fragen so wichtig? Der soeben veröffentlichte Bericht der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), der „World of Work Report 2011“⁹, sieht ein hohes Risiko sozialer Unzufriedenheit und sozialer Unruhen gerade in den entwickelten Volkswirtschaften. Das Arbeitskampfrecht legt die Spielregeln zur Austragung kollektiver Konflikte im Arbeitsleben fest, worauf sich beide Konfliktparteien einstellen können. Damit können Eskalationen vermieden werden und die Sozialpartner können sich auf die inhaltlichen Fragen konzentrieren. Über die rechtlichen Hintergrundfragen wie „Darf man streiken?“ und „Darf man wegen der Streikteilnahme gekündigt oder gar entlassen werden?“ sollte eigentlich Klarheit herrschen.

3. Frage 1: Gibt es ein grundsätzliches Streikrecht?

Da jedoch die beiden Seiten des Arbeitsverhältnisses – oder anders ausgedrückt „Kapital und Arbeit“ – in unterschiedlicher Weise von einer klaren Regelung profitieren und

7 http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=450179&dstdid=7228 (30.1.2012).

8 Zu den Begriffen siehe *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ (2011) Rz 11/051; *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag – Zum Verhältnis von kollektivem Kampf und individualrechtlicher Bindung (2008) 55.

9 Download unter http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_166021.pdf (30.1.2012).

dabei schwierige Abwägungen getroffen werden müssen, verwundert es nicht, dass bislang keine europäische Rechtsordnung ein kodifiziertes Streikrecht zustande gebracht hat. Auch in Österreich wird lediglich in Randbereichen punktuell auf Streik oder Aussperrung Bezug genommen. So im Arbeitslosenversicherungsgesetz, im Ausländerbeschäftigungsgesetz und im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – gemein ist diesen Bestimmungen eine **Neutralität des Staates** bei Arbeitskämpfen, nach der keiner der beiden Kampfgegner_innen bevorzugt werden soll.¹⁰

Die wesentlichen Fragen der Zulässigkeit, der Organisation und der Teilnahme an einem Arbeitskampf sowie die rechtlichen Auswirkungen auf das individuelle Arbeitsverhältnis haben hingegen **keine gesetzliche Regelung** erfahren. Da tatsächlich nur wenige Arbeitskämpfe stattfinden (die Streikstatistik des ÖGB weist für 2005–2009 keinen einzigen Streik aus¹¹), hat sich auch **kein Richterrecht** herausgebildet, wie dies bspw in Deutschland der Fall ist.¹² In der Lehre sind die wesentlichen Fragen äußerst umstritten. Es lässt sich damit festhalten, dass in diesem Bereich **große Rechtsunsicherheit** besteht. Insbesondere ist fraglich, welche Bedeutung bestimmte internationale Entwicklungen, die sogleich kurz nachgezeichnet werden, für das österreichische Streikrecht haben.

Was sind nun diese internationalen Rechtsquellen und wie regeln diese den Streik? Im Grundsatz wird das Streikrecht als Teil der Koalitionsfreiheit gesehen, dh des Rechts der Arbeitnehmer_innen und der Arbeitgeber_innen sich zusammenzuschließen und auf die kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen hinzuwirken. Als wesentlicher Aspekt dieser kollektiven Verhandlungen wird dabei auch das Ausüben von Druck zur Durchsetzung der jeweiligen Forderungen in Form des Arbeitskampfes gesehen. Diese Verbindung heben einige Rechtsquellen ausdrücklich hervor:

3.1. Europäische Sozialcharta

So wird in Art 6 Abs 4 der revidierten Europäischen Sozialcharta (ESC) aus 1999 der Streik als **wesentlicher Aspekt zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen** angeführt – Österreich hat diesen Absatz bei der Ratifikation im Mai 2011 nicht in die Liste der zu erfüllenden Inhalte aufgenommen¹³, wie übrigens schon die gleichlautende Regelung der Stammfassung der ESC im Jahr 1969. Die diesbezügliche geradezu unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführte Diskussion zur Ratifikation betreffend das Streikrecht ist in den Materialien¹⁴ folgendermaßen wiedergegeben und

10 Siehe dazu bspw *Risak/Born/Holter*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Arbeitskampf in Österreich und Deutschland, in *Schweiger/Brandl*, Der Kampf um Arbeit (2010) 148.

11 *Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte* (Hsg), Wirtschafts- und Sozialstatistisches Taschenbuch 2011 (2011) 339; online <http://www1.arbeiterkammer.at/taschenbuch/tbi2011/streikstatistik.html> (30.1.2012).

12 Siehe bspw *Preis*, Arbeitsrecht II² (2009) § 117; *Risak/Born/Holter*, in *Schweiger/Brandl*, Der Kampf um Arbeit 156.

13 BGBl III 2011/112.

14 Erl zum Staatsvertrag 1068 BlgNR 24. GP 7.

suggeriert einen unsicheren Rechtszustand: „Die Arbeitnehmerseite hat sich für die Ratifikation des Artikels 6 Absatz 4 ausgesprochen. Da jedoch die Arbeitgeberseite der Ratifikation nicht zustimmen konnte, hat das Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz vorgeschlagen, eine Arbeitsgruppe mit dem Ziel einzurichten, weitere Bestimmungen, insbesondere alle Hard Core Bestimmungen der revidierten, Charta zu ratifizieren.“

3.2. Europäische Grundrechtecharta

Auch die im Primärrechtsrang stehende Europäische Grundrechtecharta (GRC) enthält unter dem Titel IV „Solidarität“ in Art 28 nicht nur ein Recht der Arbeitnehmer_innen und Arbeitgeber_innen bzw deren Interessenvertretungen, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln, sondern auch bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen. So klar diese Regelung auch ist, so hat sie doch die Schwäche, dass der dort niedergelegte Grundrechtsschutz auf den **Bereich des Unionsrechts beschränkt** ist – für rein innerstaatliche Sachverhalte ist sie hingegen ohne Relevanz.¹⁵ Diskutiert könnte hier eine innerstaatliche Anwendbarkeit aufgrund des Gleichheitssatzes werden.¹⁶ Von Interesse ist, dass ein Recht auf Kollektivmaßnahmen bereits vor Wirksamwerden der Grundrechtecharta vom **EuGH** insbesondere in den Rs *Viking*¹⁷ und *Laval*¹⁸ anerkannt wurde, dieses jedoch mit Grundfreiheiten, vor allem der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abgewogen wurde. Dies wurde in der Literatur bereits mehr als ausführlich behandelt, weshalb dieser Aspekt hier ausgespart werden soll.¹⁹

3.3. Europäische Menschenrechtskonvention

Von eindeutiger Relevanz für innerstaatliche Sachverhalte – und um diese handelt es sich wohl in den meisten Fällen des Arbeitskampfes – ist die Rsp des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) betreffend Art 11 EMRK, welcher die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit schützt. Danach hat jede Person das Recht, sich

15 Weichselbaum, Grundrechte, Grundfreiheiten und der Vertrag von Lissabon, DRdA 2011, 103 (104); *Rebbahn* in ZellKomm² (2011) § 1151 ABGB Rz 246.

16 So VfGH G 42/99 und G 135/99 zur Nachsicht vom Befähigungsnachweis für Ausländer auf Grund des EU-Rechts; anders die Rechtslage in Deutschland, *Schröder*, Grundkurs Europarecht² (2011) 202.

17 EuGH 11.12.2007, C 438/05.

18 EuGH 23.5.2007, C 341/05.

19 Siehe dazu *Burger*, Das Ende des Streikrechts – Grundrechte versus Marktfreiheiten (2011) mZN sowie *Buckell/Oberndorfer*, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle *Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg* aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie in: *Fischer-Lescano/Rödl/Schmid*, Europäische Gesellschaftsverfassung (2009) 277–296.

frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten. Der EGMR hat in seiner Rsp eine bedeutende Entwicklung vollzogen und betont ausdrücklich, dass die EMRK ein „*living instrument*“ sei, das im Lichte der gegenwärtigen faktischen Bedingungen zu interpretieren ist, wobei insbesondere die Entwicklungen des internationalen Rechts zu berücksichtigen sind.²⁰ Die letzten wesentlichen Schritte der Judikatur, die übrigens allesamt zu die Türkei betreffenden Sachverhalten ergangen ist, sollen hier kurz skizziert werden:

- Schritt 1: Der EGMR leitet aus dem Recht zur Gründung und zum Beitritt zu einer Gewerkschaft (der Koalitionsfreiheit) auch das – in der EMRK nicht ausdrücklich erwähnte – Recht auf Kollektivverhandlungen ab.²¹ Begründet wird dies aus der Überlegung, dass bei der Interpretation der EMRK auch andere internationale Rechtsquellen (insb auch die bereits erwähnte ESC sowie die GRC) zu berücksichtigen seien. Diese zeichnen die Entwicklung der gemeinsamen Basis in modernen Gesellschaften nach und sehen allesamt das Recht auf Kollektivverhandlungen als wesentlichen Ausfluss der Koalitionsfreiheit an.
- Schritt 2: Anknüpfend an seine noch vorsichtig formulierte Rechtsprechung aus den 70er Jahren, in der der EGMR noch eine Wahlfreiheit der Staaten annahm, welche kollektiven Betätigungsrechte Gewerkschaften eingeräumt werden müssen²², vertritt der Gerichtshof nunmehr, dass die Organisation und die Teilnahme an einem Streik von der Koalitionsfreiheit umfasst ist.²³ Schon die Sanktionierung einer eintägigen Arbeitsniederlegung durch eine bloße „Verwarnung“ stellt eine unverhältnismäßige Einschränkung des Rechts auf kollektive Maßnahmen dar.²⁴

Aus diesen Entscheidungen lässt sich wohl eindeutig ableiten, dass, da die EMRK in Österreich als Verfassungsrecht generell transformiert wurde, auf verfassungsrechtlicher Ebene ein **Recht auf kollektive Maßnahmen einschließlich des Streiks** besteht.²⁵ Dies wird jedoch weiterhin in einigen 2011 in Neuauflage erschienenen **Lehrbüchern** bestritten: *Jabornegg/Resch*²⁶ vertreten wie bisher, dass Art 11 EMRK keine verfassungsrechtliche Absicherung eines Rechts auf Streik biete. *Tomandl/Schrammel*²⁷ refe-

20 EGMR 21.3.2009, 68959/01, (Gewerkschaft) *Enerji Yapi-Sol Sen*, Rz 146.

21 EGMR, *Enerji Yapi-Sol Sen*, Rz 146.

22 Siehe als Ausgangspunkt EGMR 6.2.1976, 5589/72, *Schmidt und Dahlström gegen Schweden*, Rz 36 sowie dann als letzte Entscheidung in der Rsp-Linie EGMR 10.1.2002, 53574/99, *Unison gegen Vereinigtes Königreich*, ÖJZ-MRK 2003/14, 276 und dazu *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag 149.

23 EGMR *Enerji Yapi-Yol Sen gegen Türkei*.

24 EGMR 27.3.2007, 6615/03, *Karacay gegen Türkei*; 15.12.2009, 30946/04, *Kaya und Seyhan gegen Türkei*; EGMR 13.7.2010, 33322/07, *Cerikli gegen Türkei*.

25 So insb *Wedl*, Kein Streik ohne Grundrecht!, *juridikum* 2010, 58; *ders.*, Neues aus der Judikatur des EGMR zu gewerkschaftlichen Grundrechten, DRdA 2009, 458; aber auch *Burger*, Ende des Streikrechts 114. Zu einer Ableitung aus dem Internationalen (UN-)Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (BGBl 1978/590) siehe *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag 155

26 Arbeitsrecht⁴ (2011) Rz 1035.

27 Arbeitsrecht 2⁷ (2011) 360.

rieren zwar die EGMR-Rsp, halten aber im selben Atemzug daran fest, dass damit noch keine allgemeine Anerkennung des Streikrechts verbunden sei. *Löschnigg*²⁸ und *Marhold/Friedrich*²⁹ vertreten hingegen zutreffend, dass der EGMR nun auch ein Streikrecht anerkenne.

Vor diesem Hintergrund der zögerlichen literarischen Rezeption der neueren internationalen Entwicklungen überrascht es nicht, dass – wie bereits erwähnt – Österreich im Mai 2011 bei der **Ratifikation der revidierten Europäischen Sozialcharta** die Bestimmung, die ein Streikrecht ausdrücklich anerkennen würde, ausgenommen hat. Damit wird weiterhin ein unsicherer Rechtszustand suggeriert, der jedoch mE zumindest hinsichtlich des Grundsatzes nicht mehr besteht.

Mit der Einräumung eines grundsätzlichen Streikrechts ist jedoch nur ein „**Zwischensieg**“ erzielt. Die Wirkungen dieses Grundrechts sind hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Privaten (Schlagwort: mittelbare oder unmittelbare Drittwirkung?) unklar. Außerdem sind die Grenzen des Streikrechts (vor allem Fragen der Verhältnismäßigkeit aber auch bspw des Unterstützungstreiks) vor allem wegen des Mangels an einschlägigem Normenmaterial und auch an Rsp ungeklärt. Ein „Feinschliff“ des Grundrechtes auf Arbeitskampf würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen und muss deshalb einer späteren Publikation vorbehalten bleiben.

4. Frage 2: Darf der Arbeitsvertrag wegen Streiks beendet werden?

Die weiterhin bestehende Unsicherheit setzt sich bei der Beantwortung der Frage der Auswirkungen der Streikteilnahme auf das individuelle Arbeitsverhältnis fort. Diese soll hier für eine Kernfrage – nämlich der **Beendigung wegen der Streikteilnahme** – beleuchtet werden.

In Österreich wird von der wohl weiterhin herrschenden Lehre die bereits erwähnte **Trennungsthese** vertreten: Das österreichische Recht verbiete weder den Arbeitskampf, noch privilegiere es ihn – die Arbeitsrechtsordnung werde deshalb durch den Arbeitskampf nicht außer Kraft gesetzt, sodass die möglichen Rechtsfolgen eines nach allgemeinen Vorschriften rechtswidrigen Verhaltens durchaus eintreten (können) und insofern zugleich Bestandteil des Risikos der am Arbeitskampf Beteiligten sind. Dieses sog „System der natürlichen Kampffreiheit“ hat zur Folge, dass bei der rechtlichen Beurteilung ganz grundsätzlich zwischen der kollektiven Gesamttaktion des Arbeitskampfes und der individuellen Kampfteilnahme zu unterscheiden ist. Die Rechtmäßigkeit der Gesamttaktion hat deshalb keineswegs die individualrechtliche Rechtmäßigkeit der Teilnahme am Arbeitskampf zur Folge.³⁰ Zur Konsequenz hat diese Ansicht, dass die Un-

28 Arbeitsrecht¹¹ (2011) Rz 11/009.

29 Österreichisches Arbeitsrecht² (2011) 497.

30 So bspw *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht⁴ Rz 1040; *Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht², 507; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht²⁷, 360, 362.

terlassung der Arbeitsleistung im Zuge der Streikteilnahme eine rechtswidrige Vertragsverletzung darstellt und den/die Arbeitgeber_in jedenfalls zur Entlassung berechtigt. Eingeräumt wird aber, dass ein Rechtsirrtum betreffend die Zulässigkeit der Arbeitsniederlegung das Vorliegen eines Entlassungsgrundes ausschließen könne.³¹ Diese getrennte Beurteilung von Individualarbeitsverhältnis und Kollektivmaßnahme ist übrigens in Europa einzigartig.³²

Diese wohl weiterhin von der Mehrzahl der Autor_innen vertretene Trennungsthese ist jedoch **nicht aufrecht zu erhalten**, worauf in der Lehrbuchliteratur lediglich *Löschnigg* kurz hinweist.³³ Er hält fest, dass als Folge der internationalen Anerkennung eines Streikrechts als Grundrecht ein Recht zur vorzeitigen Lösung der Arbeitgeber_innen nicht mehr vertreten werden kann. Dies ist zutreffend, da die grundrechtlichen Wertungen über die Generalklauseln des Zivilrechts zumindest mittelbare Wirkungen auch im Privatrecht haben.

Sieht der EGMR schon eine Verwarnung wegen der eintägigen Arbeitsniederlegung auf Grund einer Teilnahme an einer von einer Gewerkschaft organisierten kollektiven Aktion als nicht mit Art 11 EMRK vereinbar an, so muss dies im Wege eines Größenschlusses umso mehr für die vorzeitige Beendigung als Sanktion gelten. Dogmatisch ist dieses Ergebnis dadurch zu erzielen, dass die Entlassungsgründe der „beharrlichen Dienstpflichtverletzung“ in der GewO 1859 bzw im AngG in verfassungskonformer Interpretation **teleologisch zu reduzieren** sind.³⁴

Auch eine grundsätzlich begründungsfreie **Kündigung** kann wegen einer Streikteilnahme nicht ausgesprochen werden, da diese aus einem von der Rechtsordnung **verpönten Motiv** erfolgen würde. Sieht man wie der EGMR die Streikteilnahme als Ausfluss des Koalitionsrechts als zulässig an, so kann eine Kündigung wegen des verpönten Motivs der Mitgliedschaft des/der Arbeitenden zu Gewerkschaften bzw seine/ihre Tätigkeit in Gewerkschaften (gem § 105 Abs 3 lit a und b ArbVG) binnen zwei Wochen beim Arbeits- und Sozialgericht angefochten werden. Diese Anfechtungsmöglichkeit geht der Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB als *lex specialis* vor. Außerhalb des Geltungsbereiches des allgemeinen Kündigungsschutzes (insb in Kleinstbetrieben mit weniger als fünf Arbeitnehmer_innen) ist eine derartige Kündigung wegen Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB rechtsunwirksam.

31 *Jabornegg/Resch*, Arbeitsrecht⁴ Rz 1040.

32 *Rebbahn*, Der Arbeitskampf bei weitgehend gesetzlicher Regelung der Arbeitsbedingungen, DRdA 2004, 399.

33 Arbeitsrecht³¹, Rz 11/052, 11/053. Siehe auch *Rebbahn* in *ZellKomm*² § 1151 ABGB Rz 246, 261 und insb *Wedl*, *juridikum* 2010, 58; *ders*, DRdA 2009, 458.

34 Siehe als Alternative dazu dass die Streikteilnahme ein „rechtsmäßiger Hinderungsgrund“ iSd Entlassungsbestimmungen sei *Mair*, Arbeitskampf und Arbeitsvertrag 176 sowie *Schindler*, Rechtsfragen des Streiks unter besonderer Berücksichtigung der Entgeltfortzahlung, in *Resch*, Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (2004) 65 (78).

5. Ergebnis

Kehren wir nun zu den eingangs im Zusammenhang mit dem Metaller_innen-Oktoberstreik 2011 aufgeworfenen Fragen zurück:

Frage 1 – Gibt es ein **verfassungsmäßig gewährleistetes Recht auf Streik**? Ja, dieses lässt sich jedenfalls aus Art 11 EMRK im Lichte der jüngeren Rsp des EGMR ableiten – seine Wirkungen und insb Grenzen sind jedoch unklar. Da es nicht zu erwarten ist, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich tätig werden wird, sind wir als Rechtswissenschaftler_innen gefordert, innerhalb dieser neuen Rahmenbedingungen eine zeitgemäße Dogmatik des Arbeitskampfrechts zu entwickeln, welche in einem weiteren Schritt der Rsp wesentliche Argumente für allfällige Entscheidungen bieten kann.

Frage 2 – Kann der **Arbeitsvertrag wegen der Arbeitskampfteilnahme beendet** werden? Nein, dieses Ergebnis ist durch eine verfassungskonforme Interpretation der einschlägigen Bestimmungen zu lösen: Die Entlassung zulässigerweise streikender Arbeitnehmer_innen ist auf Grund der teleologischen Reduktion der Entlassungsgründe unzulässig; eine Kündigung kann in einem betriebsratspflichtigen Betrieb angefochten werden, außerhalb des Geltungsbereichs der Betriebsverfassung ist diese gem § 879 Abs 1 ABGB sittenwidrig und damit rechtsunwirksam.

Foreign Law in the Third Space

Pierre Legrand

In this text, I explore a central protocol governing the articulation of knowledge within the field of comparative legal studies. Specifically, I focus on the fabrication of the ‘interface’ allowing the comparatist to structure his interaction with the foreign laws with which he desires to engage after having forged the view (readily stigmatized by formalists) that they could hold a significant and indeed crucial measure of intellectual and normative relevance for academics, lawyers, and judges operating locally – not, to be sure, as binding law, but either as apposite information or persuasive authority.¹ I find it important to mention that the perpetration of the ‘interface’ by the comparatist intervenes against his constant appreciation that no law can be re-presented except through the mediation of indicative signifiers and therefore against his ‘construction’ or, more accurately, his ‘invention’ of foreign law. (Etymologically, ‘invention’ helpfully attests to the fact that the comparatist at once finds and creates foreign law, that he simultaneously discovers and configures it. In effect, what the comparatist names ‘foreign law’ in his report is what he inscribes as such, in words that he himself chooses and sentences that he himself crafts, having garnered ‘data’ from his necessarily selective aggregation out of the published information, his inevitably partial apprehension out of the amassed documentation, and his inescapably differential understanding out of the analyzed passages.² In the process, the comparatist readily depends on the views of individuals whom he is willing to regard as local experts – although it is far from clear how he judges a local author to be a reliable repository of knowledge in an area in which he himself, being from elsewhere, often cannot act as an authoritative source. Having found what he deems trustworthy texts, it is rare indeed that the comparatist pursues the chain of authority very far. In his urge to use material rather than verify it, he usually fails to seek a ‘first knower’, that is, he *satisfices*. The fact that so many statements are left uninves-

I presented a version of this argument at the University of Vienna on 7 November 2011 under the auspices of the Interdisciplinary Association of Comparative and Private International Law. I am very grateful to Ilse Koza for inviting my allocation, suggesting the publication of this required disquisition on the identification of the violence of identification marking comparison-at-law, and offering editorial assistance. I strive to use original texts. Unless otherwise indicated, translations are mine.

- 1 Viewed from a local vantage point, foreign law arguably does not qualify as ‘law’. Cf. Peter Goodrich, ‘*Interstitium and Non-Law*’, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Elgar, 2012).
- 2 Cf. Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 5th ed. (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990) at 302: ‘It is enough to say that one understands *otherwise, if one understands at all*’ [‘*Es genügt zu sagen, daß man anders versteht, wenn man überhaupt versteht*’] (emphasis original).

tigated in a context where the main material for comparative writing is other writing compels one to ask whether one ought not to be talking about the comparatist holding a belief about foreign law rather than knowledge of it. Be that as it may, it should be obvious that the comparatist's avouchments regarding foreign law are framed as the outcome of adventitious and messy tactics. One important implication, of course, is that the comparatist is not at all extraneous to the intervention that consists in stating foreign law. Arguably, the foreign law that he avers is, in the end, *his* narration of foreign law and therefore *his* foreign law – which means, incidentally, that that law is not nearly as 'foreign' to the comparatist as is customarily assumed.³)

To return to the elaboration of the comparatist's 'commonality' across the laws under his gaze, it is little exaggeration to speak of it as a primordial comparative motion. Indeed, one can hold that one fashions oneself as a comparatist not only by rejecting the fixity of localized and (purportedly) homogenized understandings of the legal, though not denying each law's unique force and assurance, but by marking an 'intersecting' semantic location which is neither one nor the other, an enunciative site contesting the territories of both, an expressive glocalization *besides*. Throughout my argument, I track an elementary illustration as I assume a comparison written in English featuring the inscription of an 'assemblage' between 'Schuld' in the Austrian law of divorce ('Scheidungsrecht') and 'fault' in the Californian law of divorce through, say, the (non-unilateralist) notion of 'transgression'. It will be apparent that I am postulating a comparatist who is aware that his proposed 'commonality' ought not to be framed only in the language of one of the laws being addressed, that his 'comparison [...] must not be

3 As the comparatist transports himself away from himself towards foreign law, as he puts himself outside himself, as foreign law becomes the medium of his expansion, he creates a space of co-existence, an interior, a solidarity, a sphere of intimacy embracing foreign law. In Peter Sloterdijk's language, the comparatist's exoteric mission resolves itself as 'an act of sphere-formation': Peter Sloterdijk, *Sphären*, vol. I: *Blasen* (Frankfurt: Suhrkamp, 1998) at 14 ['eine Sphärenbildung']. This situation, which has nothing to do with 'a merely dominating control by a subject over a manipulable object mass' (*Id.* at 40 ['(einer) bloß herrschaftliche(n) Verfügung eines Subjekts über eine manipulierbare Objekt-Masse']), involves the foreign law-text 'awaken[ing] to its destiny' of being ascribed a meaning through a breathing-in of interpretive life (*Id.* at 35 ['zu seiner Bestimmung (...) erwach(en)']). There takes place an arousal of the text to animated life such that it can be seen 'as a canal for breathing by an inspirator' (*Id.* at 39 ['(als ein) Kanal für Einblasungen durch einen Inspirator'] [emphasis original]). But a mutuality is at work since the foreign law-text also institutes the comparatist. In other words, 'a reciprocal, synchronously interchanging relationship between the two breath poles [the breather and the one breathed on] comes into effect as soon as the infusion of the breath of life into the [text] is complete' (*Id.* at 40 ['so tritt doch, sobald die Eingießung des Lebensatems in [den Text] vollzogen ist, eine reziproke, synchron hin und her gespannte Beziehung zwischen den beiden Polen der Hauchung (dem Hauchenden und dem Angehauchten) in Funktion']). In effect, then, 'there cannot possibly be such a sharp ontological asymmetry between the inspirator and the inspired' (*Ibid.* ['zwischen dem Inspirator und dem Inspirierten (kann) unmöglich ein so scharfes ontologisches Gefälle herrschen']). Think of 'a relationship of pneumatic reciprocity' (*Id.* at 41 ['ein Verhältnis pneumatischer Gegenseitigkeit']), of a 'pneumatic pact' (*Id.* at 44 ['pneumatische(r) Pak(t)']). Note that the 'intimacy of roundness' is addressed in Gaston Bachelard, *La Poétique de l'espace* (Paris: Presses Universitaires de France, 2011 [1957]) at 20 ['intimité de la rondeur'], as remarked by Sloterdijk, *supra* at [7]. Aspects of the Sloterdijkian idea of 'a hollow-bodied sculpture awaiting significant further use' (*Id.* at 33 ['eine Hohlkörperplastik, auf die eine signifikante Weiterverwendung wartet']) can already be discerned in Gadamer as he writes of the interpretive 're-awakening of the text's meaning': *supra*, note 2 at 390 ['Wiedererweckung des Textsinnes'].

conducted in the language of just one of the parties',⁴ that a comparative endeavour cannot resort to this kind of predatory approach and impose words, definitions, or categories on others that do not concern them – which, as regards my example, excludes that the comparison should be unfolding either out of the term '*Schuld*' or after the word 'fault' since these strategies would signify an unwarranted infliction of one law on the other. Observe that the mobilization of the notion of 'transgression' to articulate the 'commonality' is emphatically the work of the comparatist himself. On the basis of his understanding of the foreign laws that he is studying, which can never reach beyond the verge of the law,⁵ and in order 'to supplement, to substitute, and therefore to represent, to replace, to put an *Ersatz* in the place of that which the [comparison] inhibits or forbids' – that is, the foregrounding of only one of the laws – it is he who will have concluded that this form affords an optimal interpretive yield.⁶ His response is, unproblematically, contestable. For instance, one could maintain that 'transgression' effects an undue repression of one of the laws that the comparatist is bringing into play, into the play of language, into the play of the world.

Without further ado, I want to defend the claim that the Austrian and Californian laws are different from each other. They are different laws featuring different histories, different politics, different philosophies, different epistemologies, in sum, different cultures. Thus, they exist in different languages and their interpretive experiences or representations of 'the world' are therefore different.⁷ In effect, *the co-presence of more than one law – which means that there is not one law only anymore – must assume difference between them*,⁸ an insight which can be traced at least to Leibniz's argument for the inevitability of differential co-presence: 'By virtue of imperceptible variations, he wrote (in French, as it happens), two individual things cannot be perfectly similar'.⁹

4 Isabelle Stengers, 'Comparison As a Matter of Concern', (2011) 17 *Common Knowledge* 48 at 56.

5 On the question of vergency, see Pierre Legrand, 'The Verge of Foreign Law – With Derrida', (2010) 1 *Romanian Journal of Comparative Law* 73.

6 Jacques Derrida, *La Carte postale* (Paris: Flammarion, 1980) at 420 [*'suppléer, substituer et donc représenter, remplacer, mettre un Ersatz à la place de ce que la (comparaison) inhibe ou interdit'*] (emphasis original).

7 My contention is that there are different accesses to 'the world', a strictly epistemological assertion. I eschew the ontological dispute (is there 'the world?') though not without remarking that if there is 'the world' that exists irrespective of anyone's access or non-access to it, that is, if there is 'the world' that exists 'out of mind', it would have to be located beyond any possible ascription of meaning by the mind. Indeed, how could the mind make sense of anything which, *ex hypothesi*, would exist out of it?

8 I draw on Jacques Derrida, *Memoires*, 2d ed., transl. by Cecile Lindsay (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989 [1988]) at 15. The English translation was released before the French text and is more specific, hence this reference.

9 [G.W. Leibniz], *Nouveaux essais sur l'entendement*, in *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, ed. by C.J. Gerhardt, vol. V (Hildesheim: G. Olms, 1960 [1764]) at 49 [*'en vertu des variations insensibles, deux choses individuelles ne sauroient estre parfaitement semblables'*]. This text was written in 1704. An earlier formulation of the idea, also in French, is in [G.W. Leibniz], *Discours de métaphysique*, in *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, ed. by C.J. Gerhardt, vol. IV (Hildesheim: G. Olms, 1960 [1686]) §9 at 433: '[I]t is not true that two substances resemble each other completely' [*'il n'est pas vray que deux substances se ressemblent entierement'*].

Often labelled ‘Leibniz’s Law’, this statement stands for the proposition that only indiscernibles are identical or, if you will, that the diverse is necessarily ‘other than’ (or that distinct entities are never exact replicas of one another, that is, if we have X and Y, X is at least minimally something that exists as not-Y). Alfred North Whitehead famously extended Leibniz’s formulation to contend that ‘[n]o two occasions can have identical actual worlds’ – his claim being that no matter how faithfully situation B purports to mimic situation A, the fact is that when B comes along A has already taken place, which entails that event B features as one of its constitutive elements the pastness of event A and therefore, if on that ground alone, differs from event A.¹⁰ In other words, Austrian and Californian laws are separated by a differend, which is *what there is*. This differend is the very ‘there-iness’ of those laws-in-co-presence.¹¹ As such, it is ‘irreducible’.¹² It is the matter of fact: ‘In the beginning, difference; there is what happens, there is what has already taken place, *there*’.¹³

Importantly, the immanence I address is not found only within human awareness and is thus not to be approached strictly in terms of the psychological texture of the comparatist’s ‘own’ understanding. Rather, the differend acts as an interpellation in advance of any concern, appropriation, construction, and deployment by a comparatist as he undertakes to conduct his archeological probing and unconcealment of the foreign laws under examination (the governing precept being that ‘the way of access to the present necessarily takes the form of an archeology’).¹⁴ To be sure, such work of excavation, elicitation, and rendition intervenes *performatively* in the sense that the comparatist, as he targets his alertness towards the differend between laws – and, correlatively, towards the singularity of each law – as he enters the fray *qua* enabler of meaning purporting to bring the foreign laws into meaningful existence, as he registers specific captures and framings of those laws, always already enacts his ‘own’ re-presentation. Yet, it remains that the comparatist comes *to* the differend, which is not a figment of his imagination. Again, it is very much the comparatist himself who frames the comparable despite the incommensurability across laws that he faces. For example, what ‘commonality’ is asserted through the idea of ‘transgression’ remains the speculative outcome of the comparatist’s own translations/transactions. It is, then, the comparatist himself – and only him – who is forcing the Austrian and Californian laws to talk to each other, to engage in a *negotiation* with each other in a context where, at the outset, they have nothing to

10 Alfred N. Whitehead, *Process and Reality* (New York: Free Press, 1978 [1929]) at 210.

11 I borrow the word ‘differend’ from the English translation of Jean-François Lyotard, *The Differend*, transl. by Georges Van Den Abbeele (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988 [1984]).

12 Jacques Derrida, *Limited Inc* (Paris: Galilée, 1990) at 253 [‘irréductible’].

13 Jacques Derrida, ‘Deux mots pour Joyce’, in *Ulysse gramophone* (Paris: Galilée, 1987 [1984]) at 44 [‘*Au commencement la différence, voilà ce qui se passe, voilà ce qui a déjà eu lieu, là*’] (emphasis original). Though Derrida wrote his text in French, it initially appeared in English.

14 Giorgio Agamben, ‘Che cos’è il contemporaneo?’, in *Nudità* (Rome: Nottetempo, 2009 [2006]) at 29 [‘*la via d’accesso al presente ha necessariamente la forma di un’archeologia*’].

say to each other lest each law rehearse its own story in a language that the other can only imagine itself understanding. Not unlike Jacques Derrida,¹⁵ I use the word ‘negotiation’ rather than ‘dialogue’ because the Austrian and Californian laws are not speaking a common language: the Greek prefix ‘*dia*’ suggests the idea of ‘running through’, and here nothing is ‘running through’ since each law is uttering a monologue.¹⁶ But, as Charlotte Girard perspicuously observes, provided the comparatist can talk about more than one law, he can proceed to compare them without delay, that is, he can engage at once in the delineation of the ‘commonality’.¹⁷ The idea that a method, ‘the most effective and most durable anxiety reducing device’,¹⁸ would have to be followed in order to validate a given comparison or, worse, that a given method would have to be applied to the exclusion of all others, need not detain one except as a demonstration of the pervasive ‘theo-technical thought’ still informing orthodox comparative legal studies largely under the influence of the seemingly insatiable German homiletic yearning for a dystopian world where epistemological certainty would reign.¹⁹ Instead of manifesting itself through method (which, in any event, would fail to afford the objectivity vaunted by method’s infatuates since any method is but someone’s method),²⁰ as the outcome of a consecution of precepts, comparison emerges through experience – or ‘flair’²¹ – which the comparatist incessantly adjusts along the way, unceasingly seeking to make it more *just*. The absence of *ὁδοσ*, of *odos*, involves the much higher levels of self-consciousness that come with the comparatist’s assumption of responsibility, with his *response* to the foreign – at once aggressive and companionate, sustaining and unstable, an intimate bond through the defamiliarization of the commonplace. Yet, in order to organize comparability, it remains that the comparatist must do violence to the laws in co-presence by compelling them into a ‘commensuration’ which will inevitably be informed by his tacit fore-understanding and thus, to that extent at least, refract his own power.²² The comparatist’s perspective is indeed framed by his facticity, that is, by his ‘thrownness’ or by that into which (tradition, language, law... culture!) he has been ‘thrown’ in a given place at a given time – such that certain possibilities are

15 See Jacques Derrida (with Pierre-Jean Labarrière), *Altérités* (Paris: Osiris, 1986) at 85. The passage is Derrida’s.

16 Cf. Martin Heidegger, *Unterwegs zur Sprache* (Stuttgart: G. Neske, 1959) at 265: ‘[L]anguage is monologue’ [*die Sprache ist Monolog*] (emphasis original).

17 Charlotte Girard, ‘L’énigme du lieu commun’, in Pierre Legrand (ed.), *Comparer les droits, résolument* (Paris: Presses Universitaires de France, 2009) at 316: ‘If we can speak of it, we can compare’ [*si nous pouvons en parler, nous pouvons comparer*] (emphasis original).

18 George Devereux, *From Anxiety to Method* (The Hague: Mouton, 1967) at 97.

19 Sloterdijk, *supra*, note 3 at 38 [*‘theo-technische(s) Denken*’].

20 Derrida insists that ‘any method [...] implies a kind of historicity’: Jacques Derrida, ‘La Langue et le discours de la méthode’, (1983) 3 *Recherches sur la philosophie et le langage* 35 at 36 [*‘toute méthode (...) implique une espèce d’historicité*’]. For an excellent critique of method and of its disputable enlistment as epistemological alibi, see Simone Glanert, ‘Method?’, in P.G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (Cheltenham: Elgar, 2012).

21 Jacques Derrida, *De la grammatologie* (Paris: Editions de Minuit, 1967) at 233 [*‘flair*’].

22 See Wendy N. Espeland and Mitchell L. Stevens, ‘Commensuration As a Social Process’, (1998) 24 *Annual Review of Sociology* 313 at 332.

open to him and others foreclosed.²³ (It is a matter of great significance, for example, that the comparatist – or the individual determining to claim such status for herself – should have been instituted into French law through many years of alienation in a French law school.) The comparatist’s ‘commonality’, then, will indeed arrange and display itself as autobiography, that is, as an act of *life-writing*.²⁴ Consider Borges’s striking metaphorical expression of the ineliminability of the self’s inscription: ‘A man sets himself the task of drawing the world. As the years pass, he peoples a space with images of provinces, kingdoms, mountains, bays, ships, islands, fishes, rooms, instruments, stars, horses, and individuals. A short time before he dies, he discovers that that patient labyrinth of lines traces the image of his face’.²⁵ The ‘commonality’ I am discussing is thus, in effect, but a semblance of ‘commonality’. In order to delineate a so-called ‘commonality’, the comparatist operates through a process of prelation of information about the laws he is analyzing which allows him to ascribe formal similarity across the differend: he retains some data, which he channels into his new ‘common’ form, and he discards other, which allows him to preserve his ‘common’ form.²⁶ Properly speaking, therefore, through this organized subsumption, on account of this mock ‘fusion of horizons’ that will afford him the desired comparative opportunity,²⁷ the comparatist performs an exercise in formulaic reductionism – a manifestation of coercion vis-à-vis the laws under examination which demands to be acknowledged, if only because of its ethical implications. In fact, one could talk about ‘the ethics of the “and yet”’: one is not entitled to do violence to the foreign, *and yet* one must produce an ‘interface’ in order to allow for a comparative intervention.²⁸

I argue that while the fabrication of this ‘commonality’ is key to the unfolding of the comparison, the comparatist must, *as a necessary endeavour*, proceed beyond it forthwith. Indeed, all that the formulation of a ‘common’ feature by the comparatist-at-law

23 The notion of ‘thrownness’ (*Geworfenheit*) is Heidegger’s. For instance, see Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, 18th ed. (Tübingen: M. Niemeyer, 2001 [1927]) at 383, who refers to the self ‘being dependent on a “world”’, [being] lost in the “they”’ [*angewiesen auf eine “Welt”/in das Man verloren*].

24 Derrida further observes how ‘[i]n a minimal autobiographical trait can be gathered the greatest potentiality of historical, theoretical, linguistic, philosophical culture’: Jacques Derrida, “This Strange Institution Called Literature”, in *Acts of Literature*, ed. by Derek Attridge (London: Routledge, 1992) at 43. This text is the transcript of an interview with Derrida which took place in 1989. Cf. Devereux, *supra*, note 18 at 148: ‘All research is [...] self-relevant and represents more or less indirect introspection’.

25 Jorge Luis Borges, *El hacedor* (Madrid: Alianza Editorial, 2009 [1960]) at 128 [*Un hombre se propone la tarea de dibujar el mundo. A lo largo de los años puebla un espacio con imágenes de provincias, de reinos, de montañas, de bahías, de naves, de islas, de peces, de habitaciones, de instrumentos, de astros, de caballos y de personas. Poco antes de morir, descubre que ese paciente laberinto de líneas traza la imagen de su cara*]. Cf. Samuel Beckett, *The Unnamable*, in *The Grove Centenary Edition*, ed. by Paul Auster, vol. II (New York: Grove Press, 2006 [1958]) at 365-66: ‘I on whom all dangles, better still, about whom, much better, all turns’. This novel was initially written in French and subsequently re-written in English by Beckett himself.

26 Espeland and Stevens, *supra*, note 22 at 317.

27 The idea of ‘fusion of horizons’, of Hegelian inspiration, is in Gadamer, *supra*, note 2, *passim* [*Horizontverschmelzung*].

28 Jane Gallop, *The Deaths of the Author* (Durham: Duke University Press, 2011) at 72.

can be allowed to do is mark the requisite installation of a (constructed) ‘connector’ across the differend. To be sure, this ‘connector’ acts as the indispensable point of entry (or ‘*Sprengpunkt*’) allowing the comparative enterprise to materialize. However, if the comparatist permitted the ‘connector’ to do more work than that, the laws being compared would have their singularity and the differend that distinguishes them from each other effaced for the sake of a generalization which would then rapidly act as a hegemonic and totalizing dissimulation of what there is rather than as a disclosure of it. Through the ‘commonality’, the comparatist is, in effect, fostering a relation between his self-in-the-law and the other-in-the-law which is but a non-relation or a disrelation (something like a state ‘0’ of relation).²⁹ Since it is as inherently precarious as it is forced, the ‘constitut[ion]’ or ‘stabiliz[ation]’ of a ‘commonality’ must be seen as revealing a persistent tension and therefore as an ever-‘provisional’, rather than a once-and-for-all, mapping.³⁰ Again, I acknowledge that the ‘commonality’ at issue requires to make its necessity felt in order to provide a plausible launching pad into the comparison. Yet, it must accept its prompt displacement. Paradoxically, if you will, the ‘commonality’ has to be in place, but there can only be so much place for it. Swiftly continuing away from the edified ‘commonality’, the comparatist’s engagement with foreign law requires him assiduously to abide by the recommendation of Rudolf Bultmann, one of Martin Heidegger’s colleagues and influential disciples, who advocates ‘listening to [the] claim [of the text]’.³¹ Mobilizing heightened epistemological vigilance, the comparison must heed the foreign law’s ‘speaking-to-us’ that calls for the comparatist’s critical insights to show the laws being scrutinized recognition and respect to the fullest extent of their singularity, to abide by the differend.

—

The fabrication of the transitional ‘commonality’ that I have been sketching involves a *thirthing* of legal knowledge.³² Think of the ‘commonality’ as a third space staging the differend between the more-than-one laws being brought ‘not-together’ by the comparatist’s ‘suturing’. I am not talking, of course, of a space which can be physically entered or left, but, metaphorically, of a space of contention and contestation, a translational space where local meanings are dismantled or deconstructed. Note that the third space – in my example, the demarcation of a third area of meaning by the comparatist-at-law

29 Cf. Whitehead, *supra*, note 10 at 228: ‘What are ordinarily termed “relations” are abstractions from contrasts’.

30 Jacques Derrida, *Politique et amitié*, ed. by Michael Sprinker (Paris: Galilée, 2011 [1993]) at 112 [‘*constitu(tion) / stabilis(ation) / provisoire*’].

31 Rudolf Bultmann, ‘Das Problem der Hermeneutik’, in *Glauben und Verstehen*, vol. II (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952 [1950]) at 228 [‘*Zuspruch*’].

32 In many respects, I follow Edward W. Soja, *Thirdspace* (Oxford: Blackwell, 1996) at 61 and *passim*, who fulsomely acknowledges his debt to Henri Lefebvre, *La Production de l’espace* (Paris: Anthropos, 1974). See also Homi Bhabha, ‘The Third Space’, in Jonathan Rutherford (ed.), *Identity* (London: Lawrence & Wishart, 1990) at 207-21.

through the notion of ‘transgression’ – is distinguishable from the laws being compared while not being equivalent to a composite of them. In the third space, there takes place an articulation projecting meaning beyond any signification obtaining in the situated laws themselves. The third space can properly be regarded as effectuating an othering of those laws beyond any simple logic of exclusion or inclusion of them. In effect, the third space introduces another other to the comparison-at-law (when it comes to comparison, one plus one makes three). Indeed, emerging beyond any antecedent information, beyond any ‘either/or’ or ‘both/and’ scenario (‘transgression’ is neither ‘*Schuld*’ nor ‘fault’ and it is not ‘*Schuld*’-and-‘fault’), the third space promotes a reconstitution which not only disrupts each law’s (locally) assumed totalization, but acts as a powerful locus of meaning productivity. In the third space, new knowledge is fabricated. It is therefore important not to think of the third space as a dialectical arrangement *à la* Hegel, which would be much too strongly predicated on ideal temporal sequencing and on the no less ideal unfolding of the thesis/antithesis/synthesis scheme suggesting the termination of a process. Instead, what we have in the third space is a *heterothesis*.

Despite its specificity, it is important that the heterothesis being constructed out of preceding laws should generate a certain continuity of knowledge with those laws themselves. To that extent, then, the third space must be seen as an ordering which is, appropriately, not fully autonomous. It interrupts local knowledge through a re-inscription of *it as other*. It is the local laws’ host, but it is also hostage to them. Thus, the ‘commonality’ is informed by the trace of each foreign law, which means that it acts as an iteration of the local laws, that it repeats their singularity differentially.³³ (Later, as the comparatist will be deploying his account of the laws he is studying, he will find himself re-iterating this iteration.) Although the ‘commonality’ is other than the laws it embodies, its illeity is therefore also *of* them in the sense that it cannot be isolated from them any more than the present moment can be detached from the past. In fact, this consonance is an antidote to an ‘anything-goes’ comparison and helps to ensure that comparatists-at-law do not confuse the epistemological openness or hospitality characteristic of the third space with anarchy.³⁴

33 The motif of repetition-as-transformation is central to Derrida’s oeuvre. Using the lemma ‘iter’ that he derives from the Sanskrit ‘*itara*’ meaning ‘other’, Derrida coins the word ‘iterability’, a neologism connoting both ‘reiteration’ and ‘alterity’, that is, repeatability with a difference, which means that renewal of expression does not cancel singularity. See Jacques Derrida, *Marges* (Paris: Editions de Minuit, 1972) at 375. Again, Borges is helpful. Thus, Pierre Menard’s ‘admirable ambition was to produce a number of pages which coincided — word for word and line for line — with those of Miguel de Cervantes’. In the event, ‘[t]he Cervantes text and the Menard text are verbally identical, but the second is almost infinitely richer’: Jorge Luis Borges, ‘Pierre Menard, autor del Quijote’, in *Ficciones* (Madrid: Alianza Editorial, 1999 [1944] at 47 and 52, respectively [‘*Su admirable ambición era producir unas páginas que coincidirían – palabra por palabra y línea por línea – con las de Miguel de Cervantes? El texto de Cervantes y el de Menard son verbalmente idénticos, pero el segundo es casi infinitamente más rico*’].

34 Thus, the ‘interface’ is more akin to a ‘crossing of all [...] origins’ than to a ‘destruction [...] of all origin’. Somewhat paradoxically, the two statements were written by the same author within two years of each other: Roland Barthes, *S/Z*, in *Oeuvres complètes*, 2d ed. by Eric Marty, vol. III (Paris: Editions du Seuil, 2002 [1970]) at 263 [‘*croisement de toutes (...) origines*’]; ‘La Mort de l’auteur’, in *Oeuvres complètes*, 2d ed. by Eric Marty, vol. III (Paris: Editions

But the third space does not resolve the differend. Think of a French translation of *Hamlet*: whatever there is in the third space can neither be the original Shakespeare in XVIth-century English nor a French piece of literature. Within the third space, one indeed remains ‘confronted with at least two divergent systems of belongings that cannot be reconciled’.³⁵ Irrespective of what a word like ‘transgression’ may suggest on a superficial reading, the ‘negotiation of incommensurable differences’ that intervenes in the third space – a ‘negoti[ation] with the non-negotiable’ – ultimately fails to engender an economy of the same.³⁶ Not only is it the fact, therefore, that no idea of ‘transgression’ can overcome the differend, but the staging of the third space generates additional difference. While it purports to ‘bracket’ the differend between the localized laws, the third space finds itself effectively acting as a multiplier of difference. The result of intercultural tension, the third space becomes the source of further intercultural tension. In my illustration, a third-space notion such as ‘transgression’ can therefore helpfully be called ‘transdifferential’.³⁷ Consider, for instance, the differences between ‘*Schuld*’ and ‘transgression’ (if only because ‘transgression’ contains at least ‘echoes’ of ‘fault’, which ‘*Schuld*’ does not) and between ‘fault’ and ‘transgression’ (which contains at least ‘echoes’ of ‘*Schuld*’, which ‘fault’ does not)³⁸ – or, to return to the translation of *Hamlet*, the differences between *Hamlet* and the translation, on the one hand, and between the translation and French literature, on the other. Accordingly, the comparison requires comparatists-at-law to think *trialectically*. Observe that although the structure of power unfolding within the trialectic may prove difficult to read, it is never erased. Indeed, the comparatist-at-law’s ‘intervention in the here and now’ through the edification of a third space cannot be an innocuous act.³⁹

The identification of the foreign laws within the comparatist’s purview and their realignment according to what he deems them to have in ‘common’ is an intervention allowing for a deconstruction of the metaphysical opposition purportedly demarcating life and death. While not present as such within the ‘commonality’, the laws being compared are not simply absent either. Neither alive nor dead, at once alive and dead, the foreign laws *survive*.⁴⁰ Their revenance manifests itself on account of their traces ‘haunt-

du Seuil, 2002 [1968]) at 40 [‘*destruction de (...) toute origine*’]. For discussion, see Gallop, *supra*, note 28 at 32-33.

35 Britta Kalscheuer, ‘Encounters in the Third Space’, in Karin Ikas and Gerhard Wagner (eds), *Communicating in the Third Space* (London: Routledge, 2009) at 42.

36 Homi K. Bhabha, *The Location of Culture* (London: Routledge, 1994) at 218; Jacques Derrida, *Etats d’âme de la psychanalyse* (Paris: Galilée, 2000) at 83 [‘*négoci(ation) (du) non-négociable*’], respectively.

37 For an introduction to ‘transdifferencence’, see Helmbrecht Breinig and Klaus Lösch, ‘Transdifferencence’, (2006) 13 *Journal for the Study of British Cultures* 105. The authors insist that ‘[transdifferencence] fills an important gap by not pointing in the direction of an overcoming of difference’: *id.* at 106.

38 *Id.* at 112, where the authors emphasize the fact that the transdifferential term ‘contains at least echoes of the other’s voice’.

39 Bhabha, *supra*, note 36 at 7.

40 The idea of ‘survival’ is prominent throughout Derrida’s work. For example, see Jacques Derrida, ‘Living On’, transl. by James Hulbert, in Harold Bloom *et al.*, *Deconstruction and Criticism* (New York: Continuum, 2004) at 62-142.

ing' the 'commonality',⁴¹ the designation of which can therefore never be fully distinguished from an act of mourning. Because neither law is fully present as that 'commonality' (each law is at once more than that and less than that, each law is, inexhaustibly, *other* than that – the 'commonality' thus being structurally either deficient or excessive), the erection of the 'common' necessarily happens towards the foreign laws in play as artifice, act of fiction, montage or bricolage,⁴² but also, which I want to accentuate, as an act of violence, a countersignature.

In this regard, I claim that every signatory, even a countersignatory (perhaps *especially* a countersignatory), must show exigent loyalty to the texts being read and ensure that he does not expropriate and appropriate them in ways that suggest the grip of brute teleology. Interpretation cannot evade or renounce the contents of the text. For example, it must have the patience to generate an appreciation in terms not dictated by current ideological concerns: '[T]he reading [...] cannot legitimately transgress the text towards something other than itself',⁴³ for *there is the law of the text* and '[n]ot to shirk this law is thus to do everything not to betray, not to betray both the law and the other'.⁴⁴ In the illustration I develop here, 'transgression' is precisely the transgression that must be avoided as much as possible. As I have indicated, this configuration needs to be supplanted through a comparison disposing itself as differential, that is, a comparison responding to the differend — the abyss — across laws,⁴⁵ that is, assuming re-

Though Derrida wrote his text in French, this English version represents its initial publication in 1979. The essay later appeared in French as Jacques Derrida, 'Survivre', in *Parages* (Paris: Galilée, 1986) at 117-218.

- 41 Spectrality is a key Derridean motif. For one thing, a text, any text, is always already inscribed within a consecution. Derrida refers to 'a quasi-logic of the ghost that one ought to substitute, because it is stronger, to an ontological logic of presence': Jacques Derrida, *Force de loi* (Paris: Galilée, 1994) at 68 [*'une quasi-logique du fantôme qu'il faudrait substituer, parce qu'elle est plus forte qu'elle, à une logique ontologique de la présence'*]. The transcript of Derrida's well-known opening address at Cardozo Law School's conference on 'Deconstruction and the Possibility of Justice' delivered in October 1989, this text initially appeared, along with its English translation, as Jacques Derrida, 'Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"', transl. by Mary Quaintance, (1990) 11 *Cardozo Law Review* 919. On what Derrida styles his '*hauntology*' [Jacques Derrida, *Spectres de Marx* (Paris: Galilée, 1993) at 31 ('hauntologie') (emphasis original)] and on the relevance of this notion for comparative legal studies, see Pierre Legrand, 'Siting Foreign Law: How Derrida Can Help', (2011) 21 *Duke Journal of Comparative and International Law* 595.
- 42 The ideas of 'deficiency' and 'excess' allude to José Ortega y Gasset, 'La reviviscencia de los cuadros', in *Obras completas*, 2d ed., vol. VIII (Madrid: Alianza Editorial, 1994 [1946]) at 493, who, writing about the limits of translation, uses the Spanish words '*deficiente*' and '*exuberante*'. The point regarding 'fiction' is excellently argued in Raluca Bercea, 'Toute comparaison des droits est une fiction', in Pierre Legrand (ed.), *Comparer les droits, résolution* (Paris: Presses Universitaires de France, 2009).
- 43 Derrida, *supra*, note 21 at 227 [*'la lecture (...) ne peut légitimement transgresser le texte vers autre chose que lui'*].
- 44 Jacques Derrida, 'Countersignature', transl. by Mairéad Hanrahan, (2004) 27/2 *Paragraph* 7 at 29 [*'Ne pas se dérober à cette loi, c'est donc tout faire pour ne pas trahir, pour ne pas trahir et la loi et l'autre'*]. I have modified the translation. As of 1 January 2012, this text, initially written in French in 2000, remains unpublished in its original version. I am grateful to Leslie Hill for supplying me with the French essay.
- 45 The abyss across languages has been noted by poets like Rilke and Celan. Cf. Rainer Maria Rilke, *Rilke Briefe*, ed. by Rilke-Archiv in Weimar, vol. I (Frankfurt: Insel, 1950 [1902]) at 41: 'And there stand those stupid languages, helpless as two bridges that go over the same river side by side but are separated from each other by an abyss. It is a mere bagatelle, an accident, and yet it separates...' [*'Und da stehen nun diese dummen Sprachen hilflos wie zwei Brücken, die nebeneinander über denselben Fluß gehen, aber durch einen Abgrund voneinander getrennt sind. Es ist*

sponsibility vis-à-vis the singularity of each law. Allowing for the emergence of a ‘commonality’, this response is possibilizing what remains, in effect, impossible – which is the composition of a *commonality*.⁴⁶

Any comparatist who is at all concerned with ethical responsibility, and thus with the debt, with what one owes the other (including the other law-text), with *justice*, has in fact little choice in the matter for one is simply not entitled to attempt an effacement of the differend across laws through a dissimulation of the singularity of each law. *What would be the comparatist’s warrant?* Indeed, the comparatist’s abiding task is to bear witness to the differend across laws and to the foreign laws’ singularity. It is this ‘[thought] [that] conditions *respect* for the other[-in-the-law] as *what he is*: other. Without this acknowledgment, which is not a knowledge, let us say without this “letting-be” of a being (other) as something existing outside me in the essence of what he is (first and foremost in his otherness), no ethics would be possible’.⁴⁷ And this commitment cannot just be about ‘making room’ for otherness, but demands acknowledging the very structuring of one’s comparative intervention by otherness which, in the end, ‘subsists, [...] persists[,] [which] is the hard bone on which reason breaks its teeth. [There is] what might be called the incurable *otherness* from which *oneness* must always suffer’.⁴⁸ (Meanwhile, given the structuring role that the comparatist occupies through his invention of foreign law, there is also, to paraphrase Machado, the incurable *oneness* from which *otherness* must always suffer – which means that the act of mourning, as it digests the other, fails, in the end, to abide by the other’s infinite otherness.)

—

I have sought to advance two principal claims. First, I have argued that the bringing of local legal knowledge into the public phenomenality of the ‘commonality’ must be seen for the coercive intervention that it is. Even the most allegedly faithful ‘interface’ constitutes a response — and a responsibility — involving an act of violence, that is, some-

*nur eine Bagatelle, ein Zufall, und es trennt doch ...’]. In this letter written from Paris, Rilke was commenting on the impossibility of communicating with Rodin on the occasion of his visit to him. The word ‘abyss’ (‘Abgrund’) also appears in Celan’s correspondence with specific reference to the separation between languages: James K. Lyon, *Paul Celan and Martin Heidegger* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2006 [1960]) at 37.*

46 Cf. Jacques Derrida, *L’Autre cap* (Paris: Editions de Minuit, 1991) at 43.

47 Jacques Derrida, ‘Violence et métaphysique’, in *L’Ecriture et la différence* (Paris: Le Seuil, 1967 [1964]) at 202 [‘(cette pensée) conditionne le respect de l’autre comme ce qu’il est: autre. Sans cette reconnaissance qui n’est pas une connaissance, disons sans ce “laisser-être” d’un étant (autrui) comme existant hors de moi dans l’essence de ce qu’il est (d’abord dans son altérité), aucune éthique ne serait possible’] (emphasis original).

48 Antonio Machado, ‘Juan de Mairena – Sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo’, in *Poesía y prosa*, ed. by Oreste Macrí, vol. IV: *Prosas completas (1936-39)* (Madrid: Espasa-Calpe, [1989]) at 1917 [‘subsiste, persiste; es el hueso duro de roer en que la razón se deja los dientes. (...) como si dijéramos en la incurable otredad que padece lo uno’] (emphasis original). For a discussion of the ineliminability of the self/other dynamic with specific reference to Derrida’s thought, see Pierre Legrand, ‘Jacques in the Book (On Apophasis)’, (2011) 23 *Law and Literature* 282.

thing like an infidelity.⁴⁹ Because the ‘commonality’ exists in a suspended relation to meaning – since the fashioning of the third space suspends its readership⁵⁰ – the invisibilization of the comparatist must be invisibilized. Secondly, I have contended that no thirding of knowledge can overcome either the fact of the differend across laws or that of the singularity of the foreign law, that no resignification can ever be total. Indeed, no thirding of knowledge ought to seek to achieve a complete disjointure with local knowledge since this strategy would oblige the comparatist to accept the kind of falsification that goes much beyond the distortion required by any anterior solicitation from the foreign justifying his intervention. As it seeks to address the unsaturable demands of the differend and of singularity, strictly speaking, then, as a matter of duty to the integrity of the comparative inquiry, the ‘interface’ or ‘commonality’ should, on account of its catachrestic character, be written *sous rature*. Not at all a fly in the formal ointment, this inscription would point to the personal, passionate, and prejudiced attributes of any comparison-at-law, to what, in sum, makes comparative legal studies comparative legal studies.

Pierre Legrand is Professor of Law and Director of Postgraduate Studies in Globalization and Legal Pluralism at the Sorbonne, Paris; Board of Visitors Distinguished Visiting Professor, University of San Diego Law School; Senior Fellow, University of Melbourne Law School; and Visiting Professor, Faculty of Law, National University of Singapore.

49 Derrida speaks of an ‘unfaithful fidelity’: Jacques Derrida, *Points de suspension* (Paris: Galilée, 1991 [1990]) at 331 [‘*fidélité infidèle*’].

50 See Derrida, *supra*, note 24 at 48.

Thema: Zugang zum Recht

Vorwort

Ronald Frühwirth/Joachim Stern/Caroline Voithofer

„Im Mittelpunkt aller unserer Arbeiten in der österreichischen Justiz steht der bessere Zugang zum Recht für die rechtssuchende Bevölkerung.“¹ So beginnt die Publikation der Beiträge einer parlamentarischen Enquete zum Thema „Zugang zum Recht“ des Jahres 1978.² Der freie und gleiche Zugang zum Recht stand von den 1960er bis zu den frühen 1980er Jahren in Deutschland und Österreich rechtssoziologisch und politisch im Zentrum der Aufmerksamkeit.³ Auf der aktuellen (rechts)politischen Tagesordnung steht hingegen ein anderes Thema, das in Konflikt mit dem Ziel eines freien und gleichen Zugangs zum Recht gerät: Einsparungen. Der Schwerpunkt dieses Hefts will daher einige Voraussetzungen für einen freien und gleichen Zugang zum Recht in Erinnerung rufen. In der Rechtssoziologie spricht man in diesem Zusammenhang von einer „Konfliktpyramide“ oder einem „Konflikttrichter“.⁴ Die Grundgesamtheit bilden alle in einer Gesellschaft auftretenden Konflikte. Ein Teil davon ist rechtlich artikuliert oder artikulierbar.⁵ Davon wird ein Teil von den Betroffenen selbst gelöst. Ein anderer Teil der Konflikte wird durch das Hinzuziehen Dritter und davon wiederum ein Teil durch Gerichte und/oder Verwaltungsbehörden entschieden. In welcher Teilmenge sich ein Konflikt wiederfindet, wird von zahlreichen, sich wechselseitig beeinflussenden, sozialen und rechtlichen Fakto-

1 *BMJ* (Hg), Enquete „Verbesserter Zugang zum Recht“ abgehalten am 23. Jänner 1978 im Bundesministerium für Justiz (1978) I.

2 Im darauf folgenden Jahr stand auch die Richter_innenwoche unter diesem Schwerpunktthema: *BMJ* (Hg), Verbesserter Zugang zum Recht. Vorträge gehalten bei der Richterwoche 1979 in Badgastein (1979).

3 *Röhl*, Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch (1987) 482.

4 *Röhl*, Rechtssoziologie 482–484.

5 In den Tatbeständen spiegeln sich bereits Wertungen wider, welche Konflikte rechtlich anerkannt und damit geregelt sind. Die nächste norminhärente Wertung besteht darin, ob subjektives oder objektives Recht verankert wurde. Abgerundet wird dieses System zumeist durch das Prozessrecht. Am deutlichsten zeigen sich die inhärenten Wertungen in den Beweislastverteilungen.

ren⁶ bestimmt, von denen der Heftschwerpunkt einige in den Blick nimmt und sich auf die gerichtlichen Verfahren konzentriert.

1. Zugang und Barrieren

„Im dienstlichen Verkehr mit Parteien sind die Formen der gebotenen Höflichkeit zu wahren; den Parteien ist mit Ruhe zu begegnen und innerhalb der zulässigen Grenzen, soweit es die Rücksicht auf die Rechte anderer Parteien gestattet, hilfsbereit entgegenzukommen; der Geschäftsgang ist derart zu gestalten, daß nach Möglichkeit den Bedürfnissen der Parteien und der Wirtschaft Rechnung getragen wird.“ Diese Verhaltensgrundsätze postuliert § 52 Abs 1 der Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz unter der Überschrift „Verkehr mit Parteien“.⁷ Und dieser „Verkehr mit Parteien“ ist es, der den wesentlichen Kern der Tätigkeit der Gerichte ausmacht. Im Rechtsstaat sollen die Gerichte eine friedensstiftende und ausgleichschaffende Funktion zwischen den, wie es im Amtsdeutsch heißt, „streitverfangenen“ Personen und für die Gesellschaft an sich erfüllen. Dieser Aufgabe können Gerichte nur nachkommen, wenn sie für die Rechtssuchenden zugänglich sind. Dabei geht es um Fragen, wie die Rechtsadressat_inn_en vor Gericht gelangen und wie sie ihr Recht dort durchsetzen können.

Ein möglicher – aber kostenintensiver und in Hinblick auf die Undurchsichtigkeit des österreichischen anwaltlichen Tarifrechts auch kostenriskanter – Weg führt die Rechtssuchenden zu einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt. Dort können sie unabhängige Rechtsberatung erhalten, die eine Erläuterung der rechtlichen Möglichkeiten, aber wohl auch eine Einschätzung der faktischen Aussichten und Darstellung der Kosten, Mühen und Folgen eines Rechtsstreits umfassen soll. Damit verbundene finanzielle Hürden versucht der Staat abzuschwächen, indem er bei Gefahr der „Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts“ *Verfahrenshilfe* gewährt (§§ 63ff ZPO, § 61 StPO).

Der oder die Rechtsschutzsuchende muss allerdings zunächst wissen, dass es Verfahrenshilfe gibt, hat das Gericht aufzusuchen, dort den Fall mit allen rechtlichen und tatsächlichen Implikationen zu schildern und darauf zu hoffen, dass die „beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint“ (§ 63 Abs 1 ZPO). Bei einer Ablehnung der Verfahrenshilfe besteht im Zivilrecht grundsätzlich die Möglichkeit der einmaligen Überprüfung durch ein übergeordnetes Gericht. Angelegenheiten der Verfahrenshilfe können aber nicht zum OGH herangetragen werden (vgl § 528 Abs 2 Z 4 ZPO), und vor VwGH und VfGH steht gegen eine Versagung keinerlei Überprüfungsmechanismus zur Verfügung. Dabei ist

6 Röhl ortet zumindest zehn solcher Faktoren, Röhl, Rechtssoziologie 483; vgl etwa auch: Broda, Eröffnung, in BMJ (Hg), Enquete, 2 f; Rebbinder, Rechtssoziologie⁶ (2007) 137–158; Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung (2011) 209–225; Struck, Rechtssoziologie. Grundlagen und Strukturen (2011), 187–200.

7 BGBl 1951/264.

schon aus grundrechtlicher Sicht (dazu sogleich unten) zu kritisieren, dass es im österreichischen Verwaltungsrecht erst vor den Höchstgerichten, wo ein Neuerungsverbot gilt und nur mehr Rechtsfragen erörtert werden können, möglich ist, kostenlose anwaltliche Unterstützung zu bekommen.⁸ Nicht nur der Zugang, auch die Ausgestaltung der Verfahrenshilfe bleibt aber in einigen Punkten unbefriedigend. Dass generell die von den Rechtsanwaltskammern bestellten Anwäl_tinn_en nicht direkt für ihre Leistungen entlohnt werden, keine Zuteilung nach Spezialgebieten erfolgt und es nur ein sehr eingeschränktes Auswahlrecht gibt, hat Auswirkungen auf die Effektivität der Tätigkeit.⁹ Gerade am achtseitigen Verfahrenshilfeformular des VfGH¹⁰ zeigt sich, dass schon die Begründung eines Antrags auf Verfahrenshilfe Fachwissen voraussetzt. Im Zivilrecht wird dies teilweise abgefangen. Die kostenlosen Rechtsauskünfte im Rahmen des *Amts-tags*, bei denen solche Anträge auch protokolliert werden können, genießen wohl den höchsten Bekanntheitsgrad als Brücke des Zugangs zum Recht. Neben Sparmaßen, die diese Einrichtung zunehmend beschneiden,¹¹ gibt es seitens der Justiz seit jeher Bedenken wegen der Schwierigkeit der Abgrenzung von erlaubter Rechtsauskunft zu „verpöner“ Rechtsberatung.¹² Das führt dazu, dass sich die Jurist_inn_en auf den Zweck der „gezielte[n] Erfassung und Kanalisierung des mündlichen Parteienbringens“¹³ beschränken. Dadurch sollen der Anschein der Befangenheit und mögliche Amtshaftungsansprüche vermieden werden. Beratungsleistungen für finanziell schwächere Personen werden damit zunehmend ausgelagert. Während im Bereich des Arbeitsrechts die Rechtsberatung der Arbeiterkammern und im Bereich der Antidiskriminierung durch die Gleichbehandlungsanwaltschaft und deren Regionalbüros unterstützende Institutionen gesetzlich vorgesehen sind, findet sich in vielen anderen Bereichen anstelle von Beratungsansprüchen freiwilliges Engagement von NGOs, das fast immer unzureichend öffentlich finanziert ist.

Mitunter wird durch Rechtsschutzversicherungen ein Teil der Kostenbarriere abgefedert. Dabei sprechen empirische Untersuchungen dafür, dass der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung bereits ein gewisses Maß an Rechtskenntnis voraussetzt und klassenspezifische Unterschiede zusätzlich festschreibt, da idR nur bereits Vermögende eine Rechtsschutzversicherung abschließen bzw. abschließen können.¹⁴

8 Zutreffend kritisch dazu bereits *Thienel*, Das Verfahren der Verwaltungssenats² (1992) 156; Ausnahmen bilden lediglich die äußerst restriktiv praktizierten Antragsmöglichkeiten im Verwaltungsstrafverfahren vor den UVS gem § 51a VStG und Finanzstrafverfahren vor den UFS dar (§ 77 Abs 3 FinStrG).

9 Vgl zu diesen Argumenten schon *Pochieser*, Pflicht und Neigung, *juridikum* 5/1991, 15; siehe jüngst rechtsvergleichend *European Union Agency for Fundamental Rights*, Access to justice in Europe: an overview of challenges and opportunities (2010).

10 http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/downloads/VH-Formular_PDF.pdf (1.2.2011).

11 Vgl *Scheiber*, Budgetbegleitgesetz 2011: Kalte Dusche für Justiz und Rechtsberufe, *juridikum* 2010, 6.

12 Vgl etwa *Ciresa/Widerin/Hofmeister*, „Amtstag real“, *AnwBl* 1994, 415.

13 Vgl etwa *Kodek* in *Fasching*, ZPO², § 439 ZPO, Rz 3 unter Hinweis auf § 54 Geo.

14 Vgl *Blankenburg/Fiedler*, Die Rechtsschutzversicherung und der steigende Geschäftsanfall der Gerichte (1981); *Röhl*, Rechtssoziologie 495 f mwN; *Jagodzinski/Raiser/Riebl*, Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung (1994);

Eine grundlegende Zugangsbarriere zum Recht ist fehlende Rechtskenntnis. Diese ließe sich bereits in der Schule vermitteln. Daran hätte ein flächendeckendes Netz an leicht erreichbaren, kompetenten und leistbaren Rechtsberatungseinrichtungen anzuknüpfen. In welchem Ausmaß welche Beratungseinrichtung aufgesucht wird, wer die Ratsuchenden sind und wer von Beratung und Vertretung ausgeschlossen ist, müsste in Österreich ebenso wie die Verfahrenshilfe dringend umfassend empirisch untersucht werden.

Als Anstoß für eine solche Analyse beginnt der Schwerpunkt mit dem Beitrag von *Günther Ortman*n in der Postmoderne. *Ortman*n beschäftigt die Frage, was Menschen vom Gang zum Gericht abhält. Und die Gründe reichen von Kosten-Nutzen-Erwägungen, über ein generelles Unbehagen am Recht bis hin zum Gefühl seiner Unzugänglichkeit, hervorgerufen durch einen furchteinflößenden, oder abschreckend und distanziert wirkenden bürokratischen Apparat sowie durch die Verwendung einer unverständlichen Sprache. *Ortman*n unternimmt in seinem Beitrag einen Streifzug durch Ökonomie, law & literature, Systemtheorie, Organisationstheorie uvm. Kurz: sein Beitrag aus der Außenperspektive ist für Jurist_inn_en eine Fundgrube an Ideen, die das eigene Umfeld anders erscheinen lassen als vor der Lektüre.

Eva Kocher setzt sich in ihrem Beitrag unter Fokussierung arbeitsrechtlicher Konflikte in Deutschland mit der Frage auseinander, ob und wie sich Fairness erzwingen lässt. Dabei gelangt sie über eine Beschreibung der Barrieren gerichtlicher Rechtsdurchsetzung zu einer Darstellung der außergerichtlichen Möglichkeiten. Schließlich steht eine gerichtliche Auseinandersetzung in der Regel am Ende der Entwicklung der Verrechtlichung eines Konfliktes. Seit geraumer Zeit gibt es im Arbeitsrecht Möglichkeiten einer von Einzelfällen ausgehenden, aber darüber hinausgehenden Konfliktaustragung auf abstrakterer Ebene durch Einbeziehung kollektivarbeitsrechtlicher Institutionen wie Betriebsräten und Gewerkschaften. Auf diese Weise kann zumindest ansatzweise Waffengleichheit hergestellt und können Betroffene von der Furcht der Konsequenzen einer gerichtlichen Auseinandersetzung befreit werden. Dies allerdings unter dem Aspekt, dass das jeweils auszufechtende Interesse ein überindividuelles Ausmaß erreicht. Anders sieht es also nach wie vor auch im Arbeitsrecht mit Individualansprüchen, etwa bei Kündigungsanfechtungen, aus. Im Beitrag werden für diesen Bereich außergerichtliche (betriebliche) Konfliktlösungsmöglichkeiten sowie deren Nutzen und Gefahren dargestellt.

2. „Rechte, die praktisch und wirksam sind“ – Zugang zum Recht als Menschenrecht und staatliche Fürsorgepflicht

Als menschenrechtliche Leitentscheidung in Fragen des effektiven Zugangs zum Recht kann das Urteil des EGMR im Fall *Airey* gesehen werden. Aus der in Art 6 Abs 1 EMRK

Rehbinder, Rechtssoziologie⁶ 137 Rz 153 mwN. Lohnenswert wäre in diesem Zusammenhang ein Blick auf die versicherbaren Risiken und die Kosten für die Versicherung.

definierten Garantie eines *fairen Verfahrens* leitete der Gerichtshof 1979 ab, dass unabhängig von einer anwaltlichen Vertretungspflicht stets der Frage nachgegangen werden müsse, ob Parteien in Hinblick auf die Komplexität des Verfahrens und ihre individuelle Situation – vor allem Ausbildung, Sprach- und Rechtskundigkeit sowie finanzielle Ressourcen – in der Lage seien, ihren Fall selbst effektiv zu präsentieren und ihre Interessen im Verfahren durchzusetzen. Der EGMR leitete dies daraus ab, dass die Konvention „keine theoretischen oder illusorischen Rechte, sondern Rechte, die praktisch und wirksam seien“, garantiere.¹⁵ In weiteren Entscheidungen baute der EGMR diesen Ansatz vor allem unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit aus und stellte ausdrücklich einen notwendigen falls kostenlosen Anspruch auf kompetente Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin, der oder die beauftragt ist, die Rechte der Partei zu schützen, fest.¹⁶ Damit stellte der EGMR klar, dass abseits des ausdrücklich verankerten Anspruchs für Strafverfahren in Art 6 Abs 3 lit c EMRK Verfahrenshilfe kein Gnadenakt ist, sondern ein grundrechtlicher Leistungsanspruch, der nunmehr auch europarechtlich explizit Niederschlag gefunden hat. So hebt Art 47 der Grundrechtecharta (GRC) nicht nur alle Ansprüche im – immer breiter werdenden – Anwendungsbereich des Europarechts auf ein Niveau mit Ansprüchen nach Art 6 Abs 1 EMRK, sondern legt in Abs 3 ausdrücklich fest: „Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe [der bundesdeutsche Ausdruck für Verfahrenshilfe, Anm.] bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.“

Trotz dieser grundrechtlichen Verstärkung des Rechtsschutzes ist innerstaatlich in Fragen des Zugangs zum Recht gerade in letzter Zeit ein bemerkenswerter argumentativer Rückzug des VfGH in den Gleichheitssatz zu diagnostizieren. Während der EuGH unter Rezeption der Rechtsprechung des EGMR und aus dem Blickwinkel des effektiven Zugangs zu einem wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf 2010 einen Anspruch auf Verfahrenshilfe von juristischen Personen herausarbeitete,¹⁷ kam der VfGH ein Jahr später zu einem ähnlichen Ergebnis.¹⁸ Mit den im Verfahren aufgeworfenen Fragen des Art 6 EMRK beschäftigte sich der VfGH aber nicht und stellte bloß fest: „Auch wenn eine Ungleichbehandlung zwischen juristischen und natürlichen Personen in der Gewährung von Verfahrenshilfe weithin unbedenklich erscheint – dienen doch die Vorschriften über die Verfahrenshilfe der Durchsetzung der Rechte des Menschen auch im Falle der Einkommens- und Vermögenslosigkeit –, so ist der Ausschluss juristischer

15 „... not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective ...“ EGMR U 9.10.1979, *Airey*, Nr 6289/73, Rz 24.

16 EGMR U 16.7.2002, *P., C. und S.*, Nr 56547/00, Rz 99; siehe insb auch EGMR U 15.2.2005, *Steel und Morris*, Nr 68416/01.

17 EuGH 22.12.2010, C-279/09, *DEB*.

18 Durch Art 15 Z 3 BudgetbegleitG 2009, BGBl I 2009/52, war die Verfahrenshilfe auf natürliche Personen beschränkt worden.

Personen schlechthin von der Verfahrenshilfe mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar.“¹⁹

Das dogmatische Problem, dass dieser Argumentationsansatz ins Leere geht, so sich die Gesetzgebung entschließen sollte, auch für natürliche Personen die Verfahrenshilfe zu beseitigen, zeigt sich am jüngst ergangenen Erkenntnis zu Kopierkosten bei Gericht.²⁰ Unter dem Schlagwort der Budgetsanierung waren diese teils mit einer als interne „Anmerkung“ bezeichneten, nicht kundgemachten Verordnung, auf einen Euro je angefangener Seite erhöht worden, auf 50 Cent für von der Partei selbst hergestellte Kopien oder Ablichtungen. Nach Ansicht des VfGH widersprach diese Vorschreibung von Gebühren für die Anfertigung von Kopien durch Parteien, die keine Gerichtsinfrastruktur in Anspruch nehmen, dem Gleichheitsgrundsatz. Wie mit der dringenderen Frage nach den Auswirkungen von Kopierkosten auf den Zugang zum Recht für Personen umzugehen ist, die nicht über eigene Scanner, Fotoapparate und Computer sowie entsprechendes Know-How zur Anfertigung von Kopien verfügen und daher Gerichtsinfrastruktur in Anspruch nehmen *müssen*, blieb unbeantwortet.²¹ Dabei verdienen drei Nebenaspekte des Erkenntnisses Aufmerksamkeit: die mangelnde Verpflichtung zur Veröffentlichung von Weisungen und Erlässen, die das Recht auf Anfechtung von Verordnungen und damit den Zugang zum Recht substantiell unterminieren; die Verweigerung der von der *Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen* beantragten Stellung als *Amicus Curiae* oder Nebenintervenientin im Verfahren,²² die symptomatisch für die enge Auffassung von subjektiven Rechten ist;²³ sowie die Praxis des VfGH, durch Fristsetzung bei der Aufhebung die Geltendmachung von Grundrechten und damit den Zugang zu diesen zu verunmöglichen.²⁴

Der Rückzug des VfGH in den Gleichheitssatz ist umso bemerkenswerter, als der Gerichtshof „schon“ in den 1980er Jahren ausdrücklich betont hat, sich der Rechtsprechung des EGMR angeschlossen zu haben, wonach – in der Formulierung des VfGH – die EMRK bestimmt ist, „Rechte zu gewährleisten, die konkret sind und Wirksamkeit entfalten“.²⁵ Zwar fehlt in der österreichischen Verfassung eine generelle Garantie des Zugangs zum Recht abseits von Art 6 EMRK – das „Recht auf den gesetzlichen Richter“ des Art 83 Abs 2 B-VG wird noch immer bloß als formelle Zuständigkeitsgarantie

19 VfGH 5.10.2011, G 26/10 ua.

20 VfGH 13.12.2011, G85/11 ua, V77/11 ua.

21 Dies ist umso merkwürdiger, als der VfGH wiederholt explizit festgestellt hat, dass Rechtsanwält_in_n für die Verwendung eines kanzleieigenen Kopiergeräts lediglich 20 Cent pro Seite verrechnen können: VfGH 29.11.2011, U 927/10, 2.5.2011, U1085/10 uam.

22 Beschluss VfGH 1.12.2011 G 85/11 ua, V 77/11 ua.

23 Dazu aus europarechtlicher Sicht überzeugend *Giera*, Individualrechte aus Unionsrecht. Notwendigkeit einer neuen Rechtsform?, in *Schmid/Tiefenthaler/Wallnöfer/Wimmer* (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2011) 183.

24 Siehe ausführlich *Lachmayer*, Rechtsschutz vs Rechtsbereinigung. Überlegungen zur Anlassfallwirkung von Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2006, 673.

25 VfSlg 10.291/1984, unter Verweis auf VfSlg 9.535/1982.

verstanden und nicht als materielles Recht.²⁶ Dennoch hat der VfGH seit den 1950er Jahren in seiner Judikatur zum Rechtsstaatsprinzip teils auch dogmatisch bemerkenswerte Rechtssätze aufgestellt, wonach Rechtsschutzeinrichtungen ihrer Zweckbestimmung nach ein bestimmtes Maß an faktischer Effektivität für Rechtsschutzwerber_innen aufweisen müssen.²⁷ Die ähnlich gelagerte Rspr zum Recht auf einen wirksamen innerstaatlichen Rechtsbehelf des Art 13 EMRK, der „in Praxis und Recht“ den Rechtsschutzsuchenden effektiv zur Verfügung stehen muss,²⁸ macht klar, dass es sich – wie *Matscher* schon 1986 festhielt – bei der Effektivität „um ein rechtssoziologisches Kriterium, das rechtliche und faktische Elemente enthält“ handelt.²⁹ Die grundrechtliche Prüfung setzt damit empirische Methoden voraus und macht diese zu einem integralen Bestandteil einer rechtsdogmatischen Analyse. Angesichts der vor allem im öffentlichen Recht bestehenden Methodenleere und Vernachlässigung dieser Aspekte in der Ausbildung³⁰ kann zumindest ein Teil der bestehenden Defizite erklärt werden. Während der VfGH 2009 durch einen bloßen Blick ins Gesetz meinte feststellen zu können, dass Asylsuchende Rechtsberater_innen konsultieren könnten, somit für sie auch ohne Verfahrenshilfe ein Zugang zu einem Rechtsbehelf gewährt sei und dabei ignorierte, dass die Rechtsberater_innen faktisch kaum zur Verfügung standen,³¹ leitete der EGMR aus Art 13 EMRK, abseits der Anwendbarkeit von Art 6 EMRK, einen Anspruch auf ein effektives Verfahrenhilfesystem ab, insbesondere wenn vulnerable Personen – wie im konkreten Fall Asylsuchende – betroffen sind. Eine Verletzung dieses Rechts erblickte er in Griechenland darin, dass auch faktisch kein System mit ausreichend qualifizierten Rechtsanwält_inn_en zur Verfügung stand.³² Wie der VfGH mit den in nahezu jeder Hinsicht schwer defizitären neu geschaffenen Rechtsberatungsmechanismen im Fremdenpolizei- und Asylrecht umgehen wird, bleibt daher kritisch zu beobachten.³³ Ähnlich unterdeterminiert wie für Rechtsberater_innen im Asyl- und Fremdenrecht stellt sich der aktuelle Gesetzesrahmen für Dolmetscher_innen dar. Hier ergibt sich eine staatliche Verpflichtung zu aktivem Handeln, und zwar insbesondere im Bereich der strafgerichtlichen Verfahren durch die Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren. *Mira Kadrić* beschäftigt sich in ihrem Beitrag – etwa unter Hinweis auf die Vorgänge rund um die im Zuge der sogenannten „Operation Spring“ durchgeführten Strafprozesse – mit den Problemen defizi-

26 Siehe bloß *Öblinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) 432ff.

27 VfSlg 11.196/1986 uam; siehe zuletzt *Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009, 111.

28 „... effective in practice as well as in law ...“, etwa EGMR U 5.2.2002, *Čonka*, Nr 51564/99, Rz 75 uam.

29 *Matscher*, Der Rechtsmittelbegriff der EMRK, in FS Kralik (1986) 257 (267).

30 Zu den Studienplänen vgl *Voithofer*, Rechtssoziologie, -tatsachenforschung und -philosophie in der österreichischen Jurist_inn_en_ausbildung. Eine Bestandsaufnahme, juridikum 2010, 287.

31 VfSlg 18.809/2009.

32 EGMR U (GK) 21.1.2011, *M.S.S.*, Nr 30696/09, Rz 319.

33 Siehe dazu umfassend *Stern*, Rechtsberatung und Rechtsvertretung im Asylverfahren, facultas.wuv/Nomos (im Erscheinen).

tärer Dolmetschleistungen als Hindernis für den Zugang zum Recht für der deutschen (Amts)Sprache nicht mächtige Personen. *Kadrić* macht konkrete, in der gerichtlichen Praxis schon jetzt bei entsprechendem Willen leicht umsetzbare Verbesserungsvorschläge und hofft angesichts der Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie auf die Entwicklung eines Problembewusstseins in Justiz und Gesetzgebung.

3. Allgemeinverständlichkeit und Greifbarkeit des Rechts

Wirksamer Zugang zum Recht bedarf nicht nur der Möglichkeit, unabhängige und kompetente Rechtsberatung zu erhalten. Wenngleich der – in Österreich grundsätzlich vorbildliche – kostenlose elektronische Zugang zu Gesetzestexten und Gerichtsentscheidungen mittlerweile eine rechtsstaatliche und demokratische Selbstverständlichkeit darstellt,³⁴ ist zugleich offenkundig, dass ein Blick in das Gesetz nicht einmal für mit dem Recht und seiner Sprache vertraute Personen ausreicht, um eine Einschätzung des Ausgangs eines Rechtsstreits treffen zu können. Die Beantwortung einer immer größer werdenden Zahl von Rechtsfragen bedarf der Heranziehung von Kommentaren, Lehrmeinungen und insbesondere der Auswertung von Judikatur. Angesichts der – über den jeweils zu entscheidenden Einzelfall hinausgehenden – Bedeutung (höchst)gerichtlicher Rechtsprechung für künftige Rechtsstreitigkeiten und der von einer Entscheidung des OGH ausgehenden faktischen Bindungswirkung der Untergerichte stellt sich *Caroline Voithofer* in ihrem Artikel der Frage, ob Gerichtsgebrauch Recht schaffen kann und weist auf den vom Gerichtsgebrauch ausgehenden Disziplinierungsmechanismus innerhalb der Justiz hin.

Nachdem der Schwerpunkt in der Postmoderne begonnen hat, schließt ihn *Monika Niedermayr* mit einem rechtshistorischen Blick ins 19. Jahrhundert. *Niedermayr* zeigt, welche Aussagen sich über den Zugang zum Recht in dieser Zeit ableiten lassen. Sie stützt sich dabei auf Auswertungen von Akten der Obersten Justizstelle aus 1814 bis 1844 sowie auf den historischen Rechtsrahmen. Sie stellt die Schwierigkeiten und Möglichkeiten der Untertan_inn_en in der Zeit kurz nach Inkrafttreten des ABGB sowohl in Hinblick auf die Erreichbarkeit von Gerichtsgebäuden, als auch etwa durch Anrufung des Monarchen dar. In ihrem Beitrag wird deutlich, dass der Zugang zum Recht nicht erst durch die Rechtssoziolog_inn_en in den 1960er Jahren zum rechtspolitischen Thema wurde.

Die zunehmende Spezialisierung des rechtlichen Diskurses führt dazu, dass das Recht weniger verständlich und weniger greifbar wird. Der Zugang zum Recht führt dabei nicht bloß über die Gerichte. Fragen der außergerichtlichen Streitlösung, des Vorhandenseins und der Finanzierung solcher Möglichkeiten werden zunehmend virulent.

³⁴ Vgl auch die Entscheidungen des EGMR auf Zugang zu Gerichtsentscheidungen, insb EGMR U 21.9.2006, *Moser*, Nr 12.643/02.

Auch im gerichtlichen Bereich finden sich mit Fragen der Gerichtsgebühren, der Prozesskostenhilfe und der Begebung von Vertreter_inne_n, Verteidiger_inne_n, Dolmetscher_inne_n und anderen Mittelspersonen, der Erstattung von Verteidigungskosten bei Freisprüchen, der Reformierung oder Gestaltung des Amtstags, von Gerichtsschließungen und mit der Einrichtung von Verwaltungsgerichten wichtige zu erörternde Themen. Der vorliegende Schwerpunkt will daran erinnern, dass der freie und gleiche Zugang zum Recht nicht nur rechtspolitisches Ziel, sondern demokratische und grundrechtliche Pflicht des Staates ist. Diesen Fragen wird das Juridikum auch künftig Aufmerksamkeit schenken.

Mag. Ronald Frühwirth ist juristischer Mitarbeiter in einer Anwaltskanzlei in Graz und Mitherausgeber des Juridikum; r.fruhewirth@kocher-bucher.at

Dr. Joachim Stern, MA, ist derzeit Lehrbeauftragter am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien, freiberuflicher Rechtswissenschaftler sowie Mitherausgeber des Juridikum; joachim.stern@univie.ac.at

MMag^a Drⁱⁿ Caroline Voithofer ist Universitätsassistentin am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck und Redaktionsmitglied des Juridikum; caroline.voithofer@uibk.ac.at

Vor dem Gesetz

Was Menschen vom Gang zum Gericht abhält

Günther Ortmann

Es ist, versteht sich, auch von Interesse, was Menschen zum Gang vor's Gericht *bewegt*. Bekanntlich sind die Gerichte schwer überlastet. Prozesshanseln sind keine seltene Spezies. In letzter Zeit aber sind es immer öfter schlecht gemachte Gesetze, welche die Leute dazu nötigen, vor Gericht zu ziehen. Seit der deutschen Arbeitsmarktreform 2005 (Hartz IV) hat es allein am größten deutschen, dem Berliner Sozialgericht 86.000 Klagen nur zu Hartz IV gegeben, allein 2009 mit 26.700 neuen Fällen, viermal so viele wie im Jahr 2005.¹ Dafür gibt es nach Auffassung seiner Präsidentin, Sabine Schudoma, vor allem diesen Grund: „Der Gesetzgeber hat das alles mit der heißen Nadel gestrickt.“² Sozialgerichtsverfahren sind überdies in der Regel kostenfrei. Im Folgenden aber geht es um die entgegengesetzte Frage: Was hält die Menschen davon ab, vor Gericht zu ziehen?

1. Kosten, Nutzen, Chancen, Risiken, Ignoranz und Selbstverständlichkeit

Für Ökonom_innen gibt es, wie man weiß, eine *prima facie* einfache Antwort: Eine Kosten-Nutzen-Kalkulation, einschließlich einer Berücksichtigung der Prozessrisiken³ in Form von Eintrittswahrscheinlichkeiten – Stichwort: Erwartungsnutzen – gibt den Ausschlag bei der Entscheidung für oder gegen den Gang zum Gericht. Der Begriff der Kosten und der des Nutzens können dabei weit gefasst werden. Psychische Kosten und Nutzen können mitgerechnet werden.

Diese Antwort ist in ihrer ganzen Schlichtheit, das eben macht ihre Stärke aus, deshalb ziemlich realitätsmächtig, weil ihr Kosten- und ihr Nutzenbegriff sehr allgemein und nahezu leer sind – weil, positiv formuliert, alles Mögliche darunter subsumierbar ist. Die Wut über vermeintliche oder tatsächliche Polizeiwillkür, der Ärger über das Kleingedruckte in Versicherungsverträgen, die Zeit und die Nerven, die ein Prozess kostet, die Angst vor der Übermacht von Inkasso-Büros und die Sorge, vor Gericht nicht Recht

1 Mitteilung des Landtagsabgeordneten Dieter Dombrowski; <http://www.dieter-dombrowski.de/index.php?ka=18sha=18sprintit=18idx=18176> (11.1.2012).

2 Ebd.

3 „Vor Gericht und auf hoher See ...“.

zu bekommen, können als Kosten in Anschlag gebracht werden, die Hoffnung auf Erfolg, die Genugtuung, Recht zu bekommen, das Triumphgefühl oder der gestillte Rachedurst bei einem Sieg als Nutzen, Bedenken wegen einer Befangenheit des Gerichts, wegen Mängeln der Beweislage oder sonstwie mangelnder Erfolgsaussichten als Risiken.⁴ Mit Kleists Michael Kohlhaas, jenem Pferdehändler, der sich gegen das Unrecht, das ihm angetan wurde, wie nach der Devise zur Wehr setzt: „fiat iustitia et pereat mundi“ („Es werde Gerechtigkeit, und gehe darüber die Welt zu Grunde“), wäre die ökonomische Theorie schnell fertig (und erweise dabei allerdings die Problematik der Entleerung des Nutzenbegriffs daran, dass sie Kohlhaas als rationalen Entscheider porträtieren müsste, eine verrückte Tautologie): Kohlhaas, das ist halt ein Typ, der keine Kosten scheut, weil ihm sein Begehren der Gerechtigkeit über alles geht, im ökonomischen Fachjargon: in seine Nutzenfunktion mit einem Gewicht von „unendlich“ eingeht, was auch alle Risikobedenken überstimmt. In der Nacht der Ökonomie sind alle Kühe schwarz und fressen nichts als Nutzengras: Antigone, die dem ungeschriebenen göttlichen Gesetz folgte und das menschengemachte verletzte, indem sie ihren toten Bruder Polyneikes bestattete, die von Kreon dazu verurteilt wurde, lebendig begraben zu werden und sich schließlich selbst tötete; Marthe Rull, der es bei Kleist gar nicht um den zerbrochenen Krug, sondern um die zerscherbte Unschuld ihrer Tochter geht⁵; *Lance Corporal* Harold Dawson⁶, dem es, so der deutsche Filmtitel, „Eine Frage der Ehre“ war, vor Gericht, *durch* das Gericht Recht (und die gerechte Strafe!) zu bekommen, als er gemeinsam mit *Private First Class* Loudon Downey wegen Mordes und unwürdigen Verhaltens angeklagt und vor ein Militärgericht gestellt wurde – sie alle nur Wiederkäufer des Nutzens?

Fügt man dem noch die Einsicht der jüngeren Informations- und Institutionenökonomik hinzu, dass die menschliche Rationalität begrenzt, Informationen unvollständig und asymmetrisch verteilt, Suchkosten aber hoch sind, dann lässt sich zwanglos auch aus Ignoranz erklären, warum Viele es lieber vermeiden, vor Gericht zu gehen. Die Leute kennen ihre Rechte nicht besonders gut, und sie kennen sich mit den Prozeduren, Kosten und Nutzen, Chancen und Risiken des Gangs zum Gericht nicht aus, und scheuen das Risiko dann mangels besseren Wissens.

Und das ist, in mancher Hinsicht, ein Glück. Die Überlastung der Gerichte würde sonst sprunghaft zunehmen. Nichtwissen hat, wie Heinrich Popitz⁷ in einer ebenso geistreichen wie empirisch-nüchternen Analyse dargetan hat, eine beachtliche Präventivwirkung: Die weitaus meisten Normbrüche und Gesetzesverstöße bleiben unentdeckt

4 Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat seit 1995 nicht einmal drei, seit 2008 weniger als zwei Prozent der Verfassungsbeschwerden stattgegeben. <http://www.bverfg.de/organisation/gb2010/A.IV-2.html> (11.1.2012). Das dürfte durchaus vom Gang zu diesem Gericht abhalten.

5 *Vismann*, *Medien der Rechtsprechung* (2011) 38 ff.

6 Aus Rob Reiners Film „A few good men“.

7 *Popitz*, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*. Dunkelziffer, Norm und Strafe (1968).

und/oder ungeahndet, und anders ginge es auch nicht, weil wir sonst ein Volk von Polizist_innen, Anwalt_innen, Richter_innen und Gefängniswärter_innen würden. Popitz bewegt sich im Bereich des Strafrechts, aber auch im Zivilrecht dürfte die Präventivwirkung des Nichtwissens erheblich sein und einen Run auf die Gerichte vereiteln.

Unauffällig ferner, aber meines Erachtens bei Weitem unterschätzt, besonders von Ökonom_innen: Die Leute haben eine starke Neigung, für selbstverständlich zu halten, was (ihnen) geschieht. Selbstverständlichkeit, die Abwesenheit der Reflexion, der Mangel an Neigung, Gewohnheit, kultureller Übung oder Fähigkeit, die Dinge in Frage zu stellen und gegebenenfalls von Gerichten klären zu lassen, wirkt wie eine warme, weiche Hülle, die die Menschen davon abhält, vor Gericht zu ziehen: lebensweltliche Gewissheiten *sensu* Husserl und Blumenberg, Gepflogenheiten, die Wittgenstein so wichtig fand, Denkgewohnheiten à la Thorstein Veblen.⁸ All das, wohlgemerkt, kann die ökonomische Theorie als subjektive Rationalitätsschranken behandeln und unverdrossen postulieren: *Innerhalb dieses Rahmens* entscheiden und handeln die Leute rational im Sinne einer Abwägung von Kosten und Nutzen, von Chancen und Risiken. So kann man es sehen und braucht es nicht zu bestreiten, aber an den angeführten Beispielen, Antigone, Kohlhaas, Marthe Rull, Harold Dawson, lässt sich ermesen, was da alles ausgeblendet wird.

Gehen wir also ein wenig über diese flache und schiefe Ebene hinaus, dann geraten wir schnell an Abgründe der Rechtsprechung – an Paradoxien des Rechts, Unwägbarkeiten, Unentscheidbarkeiten, Begründungszirkel, -regresse, -dogmen und -fiktionen, Selbstbezüglichkeit und sodann an ein Unbehagen am Recht, eine Entfremdung oder gar, dem noch vorausliegend, eine ursprüngliche Fremdheit (zu letzterer siehe Abschnitt 2), die zusammengenommen ein tieferes Verständnis für die Neigung erlauben, Gerichte zu meiden.

Man kann, das jedenfalls versuche ich jetzt anhand einiger Figuren und Denkfiguren – ohne Anspruch auf Chronologie, Vollständigkeit und Systematik –, den Problemkomplex in zwei komplementäre Teilkomplexe zerlegen: zum einen Begründungsprobleme (Abschnitt 3), zum anderen resultierende Probleme der Kompensation der Begründungsmängel, der Fiktion/Ergänzung/Erfüllung/Ersetzung mangelhafter Begründungen (Abschnitt 4). Die These ist, grob gesprochen: Die Leute meiden Gerichte, weil sie den Begründungen des Rechts und der Rechtsprechung nicht über den Weg trauen und/oder weil die Fiktionen/Kompensationen/Ergänzungen/Ersetzungen nicht überzeugen und/oder weil letztere ihrerseits abschreckende Wirkung haben (Abschnitt 5).

Und: Es gibt gegenüber dem Recht und der Rechtsprechung eine ursprüngliche Fremdheit. Davon handelt, in meiner Lesart, der vielleicht berühmteste Text Franz Kafkas.

⁸ Thorstein B. Veblen, Begründer der älteren Institutionenökonomik, berühmt für sein Werk „The Theory of the Leisure Class“ (1898; deutsch: „Theorie der feinen Leute“) mit dem wichtigen Konzept eines „demonstrativen Konsums“.

2. „Vor dem Gesetz“⁹

„Vor dem Gesetz erscheinen“ – nicht zufällig heißt es oft: „erscheinen zu müssen“ –, darin wird „Gesetz“ als Synekdoche eingesetzt, als Metapher für das Gericht oder den/die Richter_in; für den/die Vertreter_in oder Hüter_in des Gesetzes. Es gehört zur List und Hinterlist Kafkas, dass er die Sache wörtlich nimmt – oder vielmehr *gibt*. Der Mann vom Lande steht vor einer buchstäblichen Tür, vor einem buchstäblichen Türhüter. Der aber verbietet dem Mann vom Lande einzutreten – aber er tut es, indem er ihn dazu auffordert: „Wenn es dich so lockt, versuche doch, trotz meines Verbots hineinzugehen. Merke aber: Ich bin mächtig.“ Der Mann vom Lande wagt daher sein Leben lang nicht, in das Gesetz einzutreten, das sich ihm und dem/der Leser_in als ein Gehäuse – ein Schloss? Eine Trutzburg? Ein Verließ? – dar- und entgegenstellt. Er zögert. Er vertagt die Entscheidung. Er schiebt sie hinaus, nur um am Ende, da er klein und alt geworden ist, vom Türhüter zu erfahren: „dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.“ Das war ein Gesetz, in das der Mann erst *noch nicht* und dann *nicht mehr* eintreten konnte, weil die Eröffnung, die Tür des Gesetzes habe (ihm) die ganze Zeit offen gestanden, mit ihrer Schließung einhergeht.¹⁰

Wenn wir den Türhüter beim Wort nehmen – aber was diese Worte bedeuten, bleibt eben rätselhaft –, dann hat er die Tür am Anfang *tatsächlich* offengehalten, sie aber für (noch) geschlossen *erklärt*, während er sie am Ende für offen erklärt, aber tatsächlich schließt. Er hat den Mann vom Lande in ein Spiel der Differenz zwischen Sprechen und Handeln verstrickt, in dem der Mann sich hoffnungslos verfangen hat. Dabei war Macht im Spiel: „Merke aber: Ich bin mächtig. Und ich bin nur der unterste Türhüter. Von Saal zu Saal stehn aber Türhüter, einer mächtiger als der andere. Schon den Anblick des dritten kann nicht einmal ich mehr ertragen.“ Zum Spiel der Differenz zwischen Sprechen und Handeln gehört es, dass, wer die Macht hat, das Sprechen um so wirksamer als Handeln einsetzen kann: als Verbot etwa, wie hier, oder als Drohung für den Fall der Verletzung des Verbots. Weil solche Sprechakte nicht eine Wirklichkeit *beschreiben*, sondern sie *hervorbringen*, heißen sie in der Sprechakttheorie seit John Austin¹¹ performative Sprechakte.

Dieses Gesetz, und im Geiste der Erzählung Kafkas dürfen wir, müssen wir, verallgemeinern: *das* Gesetz ist auf geheimnisvolle Weise unzugänglich. Es ist, das folgt dann mit kafkaesker Logik, diese Unzugänglichkeit, die Menschen vom Gang zum Gericht abhält. Die Erzählung ist, sagt Jacques Derrida in *Préjugés*¹², „[...] die Karte dieser verbotenen Strecke: keine Route, keine Methode, kein Weg, um zum Gesetz Zugang zu fin-

9 Das ist der Titel des Textes in: *Franz Kafka: Ein Landarzt und andere Drucke zu Lebzeiten*. Ges. Werke in zwölf Bänden, nach d. krit. Ausg. hrsg. von H.-G. Koch I (1994) 211 f.

10 *Ortmann*, Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung (2003) 189 ff.

11 Deutsch Austin: Zur Theorie der Sprechakte (How to do things with words, 2002²).

12 *Derrida*, *Préjugés*. Vor dem Gesetz (1992).

den“. Kein Zugang, kein Gang zum Gesetz. Sein erschreckender *double-bind* lautet: „Das Gesetz ist verboten.“¹³ Es rührt von bedrohlicher Macht her. Es flößt Angst ein. Sich außerhalb des Gesetzes zu stellen, mag gefährlich sein. Aber eintreten? Sehr ungewiss scheint, ob man je lebendig wieder herauskommt.

Derrida¹⁴ hat Kafkas Text im Kontext mit Kant und Freud gelesen. Wenn man der Kant-Reverenz noch Nietzsches Diktum¹⁵ hinzugesellt – „[...] der kategorische Imperativ riecht nach Grausamkeit“, und „[...] die moralische Begriffswelt ‚Schuld‘, ‚Gewissen‘, ‚Pflicht‘ [...] (hat) einen gewissen Geruch von Blut und Folter niemals wieder ganz eingeblüht“ –, dann mag, mit Blick auf Gesetz *und Moral*, die Rede von einer ursprünglichen Fremdheit nicht mehr ganz so fremd anmuten. Und auch Freud hat ja die Moral, in *Das Unbehagen in der Kultur*,¹⁶ phylogenetisch auf Angst – immerhin: nicht *nur* auf Angst, sondern auch auf Liebe – zurückgeführt, Angst vor einer strafenden Instanz, vor äußerer und sodann innerer Aggression, mit dem Über-Ich als innerem, verinnerlichten Aggressor. Bei Kafka bleibt nicht zuletzt mysteriös, ob man es mit dem Gesetz der Moral oder des Rechts zu tun hat, und es kann offen bleiben, weil die Tür zum Gesetz so oder so geschlossen wird.

Freud wiederum steht in unübersehbarer Nähe zu Hobbes, und das bringt uns wieder eindeutig zum Recht. „Homo homini lupus“, darin stimmen beide überein. Und dass Hobbes' Lösung für das resultierende Problem – „bellum omnium contra omnes“ –, der per Gesellschaftsvertrag eingesetzte Souverän, die Gestalt des Leviathan angenommen hat, der extrem furchteinflößende Züge trägt, ist hinlänglich bekannt. Dem möchte man nicht im Dunkeln begegnen, und nicht vor Gericht. Ich zitiere aus Kapitel XVIII des *Leviathan*, „Von den Rechten von Souveränen durch Einsetzung“ nur einige Überschriften, um der Rede von der Unzugänglichkeit und Fremdheit des Gesetzes Nachdruck zu verleihen:¹⁷

- „Die Untertanen können die Regierungsform nicht ändern“
- „Die souveräne Macht kann nicht verwirkt werden“
- „Die Handlungen des Souveräns können vom Untertan nicht mit Recht angeklagt werden“
- „Ihm steht auch das Recht auf richterliche Gewalt und auf die Entscheidung von Streitfragen zu“

Nun versteht sich von selbst, dass Jurist_innen und Demokratietheoretiker_innen einwenden werden: Das ist nicht, wie heute das Recht, die Rechtsprechung und das demokratische Gemeinwesen konstruiert sind und funktionieren. In der Tat, und man könn-

13 Derrida, *Préjugés* 67.

14 Derrida, *Préjugés* 44 ff.

15 Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral*. Eine Streitschrift, in Colli/Montinari (Hg), *Nietzsche Sämtliche Werke*. Kritische Studienausgabe V (1993) 245–412.

16 Freud, *Das Unbehagen in der Kultur*. Studienausgabe IX (1982) 191–270.

17 Hobbes, *Leviathan* (1996) 146 ff; im Original in Versalien.

te noch Vieles hinzufügen: Hobbes' Figur des kriegerischen Naturzustandes ist ein „Mythologem“,¹⁸ und nicht einmal als solches besonders überzeugend. Die Einsetzung des Leviathan ist eine Ursprungslegende, die mit ihrem *auctoritas non veritas facit legem* von der radikalen Begründungslosigkeit der Gesetzgebung ausgeht und unverhohlen dafür votiert, die Inszenierung der souveränen Macht in den Dienst der Maskierung eben dieser Begründungslosigkeit zu stellen.¹⁹ Damit aber ist, genau genommen, schon der Übergang zu jenem Umgang mit den Kalamitäten der Begründung des Rechts gemacht, auf den ich erst im übernächsten Abschnitt zu sprechen komme. Zuvor werfe ich einen kurzen Blick auf die Begründungsprobleme selbst.

3. Begründungsprobleme: Paradoxie des Ursprungs; Münchhausen-Trilemma; Unentscheidbarkeit

Nicht soll gesagt sein, die Probleme, die Geltung von Recht zu begründen, motivierten *direkt* eine Abstinenz gegenüber Gerichten. Das hieße doch wohl, das Sensorium für das Beben der Fundamente zu überschätzen. Wohl aber wecken die Maßnahmen der Befestigung oder der Verdeckung Unbehagen, wie ich im 4. und 5. Abschnitt argumentieren möchte.

Ist es recht oder unrecht, Recht und Unrecht zu unterscheiden? Diese Frage, die Niklas Luhmann immer wieder gestellt hat,²⁰ markiert die Paradoxie des Anfangs des Rechts. Die Frage lässt sich erst beantworten, wenn Recht und Unrecht bereits als Unterscheidung etabliert sind.²¹ Man kann von hier aus sehr wohl eine Denkfigur entwickeln, die auch Luhmann nahe war: die eines *nachträglich* Einholens zunächst unbegründeter, unbegründbarer Voraussetzungen, hier: der Voraussetzung, dass es recht sei, Recht und Unrecht zu unterscheiden – einer nachträglichen Bewährung dieser Unterscheidung in der Rechts- und überhaupt einer sozialen Praxis, die damit operiert. Das aber impliziert eine Selbstbezüglichkeit des Rechts und eine nie ganz abstellbare, niemals zu Ende gehende Vor-Läufigkeit, die noch stets ein Unbehagen genährt haben. Luhmann hat später²² die Denkfigur der reflexiven Mechanismen durch die der „rekursiven Bezugnahme rechtlicher Operationen auf rechtliche Operationen“²³ und eines zirkularen Verhältnisses von (zB Rechts-) Operationen und Strukturen ersetzt. Rekursivität und Selbstreferentialität aber, und schärfer noch: Selbstbegründung des Rechts in Form solcher Rekursivität, das alles war und wirkte niemals ganz erdbebensicher.

18 *Därman*, Figuren des Politischen (2009) 80.

19 *Därman*, Figuren 95.

20 Bereits: *Luhmann*, Reflexive Mechanismen, in *ders.*, Soziologische Aufklärung I (1974) und zB *ders.*, Das Recht der Gesellschaft (1993), 75.

21 So auch, mit anderen Konsequenzen: *Derrida*, Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autoritäten (1991) 21 ff.

22 *Luhmann*, Recht 26 Fn 34, 37, 41, 57 und passim.

23 *Luhmann*, Recht 57.

Man kann dem noch zweierlei hinzufügen: Hans Alberts Münchhausen-Trilemma²⁴ jedweder Begründung – jede Begründung landet entweder in einem infiniten Regress oder in einem Zirkel oder muss dogmatisch abgebrochen werden – und das Theorem der Unentscheidbarkeit, sei es in der von Förster/Luhmann-Version,²⁵ sei es in der Fassung Jacques Derridas.²⁶ Angesichts dieser Begründungslücken lässt sich erst recht ein Zittern der Entscheidungsträger_innen ahnen – ein Zittern, in dem sich zwar nicht nur, aber auch das Vibrieren eines (Begründungs-)Systems fortpflanzt, das auf derart wackeligen Füßen steht.

4. Heilung der Begründungsmängel? Fiktionen, Kompensationen, Supplemente

In der Frage, ob sich die Begründungsmängel beheben lassen, gibt es bekanntlich nicht nur Skeptiker_innen. Selbst wenn man aber sein Heil in ethischer, etwa diskursethischer Vergewisserung oder gar Letztbegründung auf den Wegen eines herrschaftsfreien Diskurses sucht, wie Jürgen Habermas und Karl-Otto Apel, bleibt es ja bei einer tektonischen Verwerfung in den Fundamenten, nämlich in Gestalt der unhintergehbaren Differenz zwischen idealen und realen Diskursen um die Begründung von Normen. Deswegen muss man den Anspruch auf Begründung nicht aufgeben. Auch kann man den Grund oder die Gründe anderswo suchen als in unabweisbaren sprachphilosophischen Einsichten, etwa, mit Derrida und auf der Linie von Emmanuel Levinas, im „Anspruch des Anderen“, in seiner Bedürftigkeit und Not²⁷. Dann aber gewinnt man erst recht allenfalls, wie Judith Butler es einmal,²⁸ einem Oxymoron nahekommend, genannt hat, „kontingente Grundlagen“ und muss mit Derrida konzedieren: „Die Gerechtigkeit bleibt *im Kommen*“,²⁹ soll heißen: Nie ist sie vollendet, und nie zu vollenden.

Selbst wenn man an solchen Fundierungs- oder doch Klärungsansprüchen der Ethik und sodann des Rechts festhält, wird man daher den alltäglichen Bedarf des Rechts und der Rechtsprechung nach Klammern, Kitt und Korsettstangen, nach Fiktionen und Fassaden, nach Ergänzung und Ersetzung, nach Inszenierung und immer neuer, machtwehrter Performanz, nach Zeremonien und Ritualen nicht leicht abweisen können. Daher folgt nun ein Blick erstens auf einen Autor, der darin, genauer in *Verfahren*, die vor allem *damit* aufwarten können, sein heilloses Heil sucht: Niklas Luhmann, zweitens auf

24 Hans Albert hat in: Traktat über kritische Vernunft (1991⁵) gezeigt, dass es keine streng genommen hinreichenden Begründungen gibt, weil jedwede Begründung in ein Trilemma gerät. Die drei Hörner des Trilemmas sind: infiniten Regress (Gründe für Gründe etc. *ad infinitum*), zirkuläre Begründung und dogmatischer Abbruch der Begründerei.

25 „Entscheidungen gibt es, wenn etwas prinzipiell Unentscheidbares [...] vorliegt“; Luhmann, Recht 308. Gemeint ist: Entscheidungen sind gerade dann und gerade deshalb nötig, wenn, insofern und weil perfekte Gründe *fehlen*.

26 Derrida, Gesetzeskraft 49 ff; Ortman, Regel 138 ff.

27 Vgl dazu Waldenfels/Därmann (Hrsg): Der Anspruch des Anderen, 1998.

28 Butler, Kontingente Grundlagen: Der Feminismus und die Frage der ‚Postmoderne‘, in Benhabib/Butler/Cornell/Fraser, Der Streit um Differenz. Feminismus der Gegenwart (1993).

29 Derrida, Gesetzeskraft 56.

eine Autorin, die es nach der Seite der „Medien der Rechtsprechung“ ausbuchstabiert (ohne indes einem luhmannianischen Skeptizismus das Wort zu reden): Cornelia Vis-mann.

Luhmanns Formel von der „Legitimation durch Verfahren“ galt ja zunächst und zuvörderst *rechtlich geordneten* Verfahren.³⁰ Sie, das ist seine Pointe, sorgen für Legitimation, und zwar nicht etwa dadurch, dass Kritiker_innen im Laufe des Verfahrens *inhaltlich* hinzulernen und eine innere Bindung an die darin zur Geltung gebrachten Werte und Normen entwickeln, sondern dadurch, dass ihnen die Möglichkeit genommen wird, im Laufe des Verfahrens, vor allem aber danach, Resonanz für ihre Widerworte zu finden – das gilt für die im Gerichtsprozess, bei der Wahl, im Gesetzgebungsverfahren oder bei Entscheidungsprozessen der Verwaltung Beteiligten, besonders für die dabei Unterlegenen. Das ist, wie man sieht, eine extrem kühle, allzu kühle Art der Analyse. *Legitimationsbeschaffung* funktioniert *durch* soziale, kommunikative *Isolation von Widerspruch*, mit Albert O. Hirschman³¹ müsste man sagen: nicht via *exit*, nicht via *voice*, sondern via kommunikativer Isolation der Stimme, die daher kein Gehör mehr finden kann. Luhmann, der ausgebildeter Jurist war, haben besonders Gerichtsverfahren vor Augen gestanden. Das Problem ist, dass seine Analyse nicht das Unterscheidungsvermögen aufbringt, ja, ausdrücklich darauf verzichtet, das nötig wäre, um zwischen der Stimme eines Querulanten und, sagen wir, der eines Contergan-Opfers zu unterscheiden, das gegen die Firma Chemie Grünenthal klagt. Das macht die Analyse nicht falsch – tat-sächlich zeugt sie ja gerade in ihrer funktionalistischen Kühle von großem Scharfsinn. Es ist ja ein ganz schöner Schlag ins Kontor so mancher juristischer Selbstgefälligkeit, die tat-sächliche Funktion von Gerichtsprozessen nicht, jedenfalls nicht primär, als Wahrheitsfindung, als Erarbeitung richtiger – und gar: gerechter – Entscheidungen zu bestimmen, sondern als Herstellung von Verbindlichkeit trotz notwendigerweise verbleibender Zweifel. Eben *weil*, inhaltlich gesehen, Kontingenz und Kritik verbleiben, Überzeugungsdefizite, abweichende Meinungen, und daher Einreden, Widerspruch und Drastischeres wie Protest, Auflehnung, Revolte, Rache drohen, ist es, funktional gesehen, so nötig, Verbindlichkeit herzustellen. Der funktional erforderliche Lernprozess der Beteiligten bezieht sich also für Luhmann³² nicht auf die Inhalte der Werte, der Normen, gar der Moral, sondern terminiert in Akzeptanz. „Natürlich bedeutet dies nicht,“ so erläutert der alte Fuchs in einer Antwort an seine Kritiker_innen, „dass Argumente faktisch folgenlos sind, belanglos sind, gleichsam nur als interaktionelles Zeremoniell um des Dabeiseins willen aufgeführt werden.“³³ Es brauche beides, argumentativ *und* via Verfahren institutionell gestützte Interaktion, und jedwede Interaktion bleibe auf

30 Dieser und der folgende Absatz sind, geringfügig modifiziert, entnommen aus: *Ortmann*, Organisation und Moral. Die dunkle Seite (2010) 200-202. Dort Näheres zur Luhmann-Kritik.

31 *Hirschman*, Exit, voice and loyalty. Responses to decline in firms, organizations, and states (1970).

32 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (1997^a) 32 f.

33 *Luhmann*, Legitimation 5.

Moralität angewiesen. Klar ist aber, und darin kann man ihm durchaus noch folgen, dass Luhmann Argumentation und Begründung für weit über- und verfahrenstechnische Akzeptanzabsicherung für weit unterschätzt hält. „Die Interaktionsform des Verfahrens hat“, sagt er zunächst noch recht vorsichtig, „*nicht nur* die Funktion, brauchbare Entscheidungsgesichtspunkte herauszufiltern; sie dient auch ganz unmittelbar der Konfliktdämpfung, der Schwächung und Zermürbung der Beteiligten“ *et cetera*.³⁴ Unübersehbar ist aber seine Geringschätzung der ersteren und sein ganz einäugiges Interesse, um nicht zu sagen: Wohlwollen, für die letztere Funktion. Allzu kühl nenne ich diese Analyse, weil die Einsicht in die Notwendigkeit eines Zusammenspiels beider³⁵ im Weiteren fast ohne Rest verloren geht, Lippenbekenntnis bleibt, und weil nun aber eine inhaltlich *restlos* entleerte Verbindlichkeit/Akzeptanz den Begriff der Legitimität und den der Legitimation im selben Maße entleeren müsste. Legitimation fiele dann mit erfolgreicher sozialer Isolation aller Illegitimitätsbehauptungen *in eins*. Ganz so weit will Luhmann denn doch nicht gehen. An einer Stelle³⁶ schränkt er ein, es gehe bei Legitimität um Hinnahme inhaltlich noch unbestimmter Entscheidungen nur „*innerhalb gewisser Toleranzgrenzen*“ – über die er dann allerdings kein weiteres Wort mehr verliert. Vielleicht, weil an diesem Rand seiner Aufmerksamkeit nun doch inhaltliche Gründe auftauchen müssten? Gesichtspunkte wie Wahrheit, Gerechtigkeit oder auch nur Billigkeit? Mein Punkt ist, dass solche Gesichtspunkte im Sozialen, in der Praxis der Akteur_innen, nicht nur „nicht belanglos“ sind, wie Luhmann ja verbal konzidiert, sondern eine Analyse, die ganz von ihnen abstrahiert, sich ganz aufs Funktionieren konzentriert, Theorieschnitte an ihrem Gegenstand macht, der „Interaktionsform des Verfahrens“, wie Brechts Herr Keuner an jenem Lorbeerbaum, den er zu einer Kugel schneiden sollte und solange zurechtstutzte, bis die Form schön rund, aber auch sehr klein war – so dass der Gärtner ihn enttäuscht fragte: „Gut, das ist die Kugel, aber wo ist der Lorbeer?“ Hier etwa: Gut, das ist die Akzeptanz und Verbindlichkeit des Rechts, Einreden sind „abgeschnitten“, aber wo bleibt die Wahrheit, oder wenigstens die Argumentation, oder gar: die Gerechtigkeit?

Man muss also sehen, dass Luhmanns Aversion gegen Werte, und besonders gegen moralische Werte, ihn zu einem Legitimationsbegriff hat greifen lassen, der nicht nur nicht Rechtfertigung und Begründung meint, sondern geradezu im „Verzicht auf ‚Gründe‘“ terminiert, und dass Luhmann³⁷ darin gerade eine seiner Stärken erblickt. Legitimation ist für ihn schlicht und positiv die „[...] Übernahme bindender Entscheidungen in die eigene Entscheidungsstruktur.“³⁸ Dann allerdings ist „Legitimation durch Verfahren“ keine furoremachende Formel mehr, eher schon eine grandiose, an Carl

34 Luhmann, Legitimation 4. Hervorhebung G.O.

35 Luhmann, Legitimation 5.

36 Luhmann, Legitimation 28.

37 Luhmann, Legitimation 4.

38 Luhmann, Legitimation VII f.

Schmitt³⁹ gemahnende Tautologie, weil den Verfahren eine solche Bindewirkung ja gerade als Definitionsmerkmal zugeschrieben wird. „Verfahren sind [...] soziale Systeme, die eine spezifische Funktion erfüllen, nämlich eine einmalige verbindliche Entscheidung zu erarbeiten [...].“⁴⁰ So, wie bei Schmitt *irgendeiner* Ordnung der Vorzug vor dem Chaos gegeben wird,⁴¹ so gibt Luhmann dem Funktionieren der Systeme theoretisch, aber nicht nur theoretisch, sondern eben auch performativ, den Vorzug ohne Rücksicht auf eine auf Werte gegründete Legitimation.

Das Letztere also muss man nicht teilen und kann doch akzeptieren, dass Verfahren diese Funktion haben – und dass sie dazu im Maße ihrer Anfälligkeit für Zweifel und Widerspruch auf argumentative, aber eben auch auf rituelle, zeremonielle, dramaturgische, theatrale, mediale und sonstwie performative Additiva, Bekräftigungen und Inszenierungen angewiesen sind, einschließlich unverzichtbarer Fiktionen (im Sinne eines Als Ob⁴², zB: „im Namen des Volkes“, Waffengleichheit, Öffentlichkeitsideal etc.).

Den Medien der Rechtsprechung hat erst Cornelia Vismann⁴³ (2011) jene Aufmerksamkeit und Sorgfalt gewidmet, die ihr im Lichte der Luhmannschen Insistenz auf Verfahren, ferner aber auch der Einsichten Foucaults in die Architektur und die Verfahren der Disziplin gebühren. Sie bedient sich dabei in Anlehnung an Foucault des Konzepts des Dispositivs, um das Ensmble „[...] an Redeweisen, Techniken, Strategien und Institutionen einer Rechtsmacht“⁴⁴ zu erfassen. Mit Blick auf die Rechtsprechung unterscheidet sie deren theatrales und ihr agonales Dispositiv: Rechtsprechung als Drama, Schauspiel, Aufführung einerseits, als Kampf andererseits. Beide decken sich nicht, denn im Kampf gibt es nicht nur gespielte Sieger_innen und Verlierer_innen: „Die Entscheidungen, die auf das Justiztheater folgen, unterscheiden es vom bloßen Theater.“⁴⁵

5. Abschreckende Wirkung

Luhmann, Foucault, Vismann: diese Drei stehen hier exemplarisch für Fiktionen, Kompensationen und Supplemente hinreichender Begründung *und* zugleich für Komplexe von Gründen, welche die Menschen vom Gang zum Gericht abhalten – weil diese „Ersatzvornahmen“ nicht ganz überzeugen und/oder ihrerseits Angst machen.

1. Luhmann segelt hart am Wind des Dezisionismus, *vulgo*: der Willkür jedweden Urteilens.⁴⁶ Dass jene Verfahren, die für Legitimation sorgen sollen, im Kern die

39 S. zB Schmitt, Politische Theologie(1985⁴).

40 Luhmann, Legitimation 41.

41 s zB Schmitt, Theologie.

42 Ortmann, Als Ob, 2004.

43 Vismann, Medien.

44 Vismann, Akten. Medientechnik und Recht (2000) 13 Anm 5.

45 Vismann, Medien 72.

46 Wirtz, Entscheidung. Niklas Luhmann und Carl Schmitt, in Koschorke/Vismann (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie. Kulturtheoretische Analysen zum Werk von Niklas Luhmann (1999) 175–197; Ortmann, Kür und Willkür. Jenseits der Unentscheidbarkeit, in Scherzberg et al (Hrg), Kluges Entscheiden (2006) 167–194.

Funktion haben, Widerspruch zum Verstummen zu bringen oder zu bewirken, dass er ungehört oder wirkungslos verhallt, diese Taubstummen-Logik seiner Verfahren dürfte im Verein mit jener Dosis Willkür und der Unübersichtlichkeit der Verfahren ihre abschreckende Wirkung nicht verfehlen. Diese Unübersichtlichkeit erstreckt sich längst auf die grassierende Überproduktion von Recht, auf die außerstaatliche Produktion von Recht in *private governance regimes* und die resultierende Rechtsentfremdung.⁴⁷ Es resultiert nicht zuletzt eine Atrophie der Rituale und Zeremonien. Ihre Beschwörungs- und Ermächtigungskraft schwindet, und mit ihr die performative Kraft der unverzichtbaren Als-Ob-Konstruktionen.

2. Mit Foucault⁴⁸ kann man sehen, dass die oben angedeutete genealogische Abkunft des Rechts von Macht und Gewalt die alltägliche Gerichtspraxis in der Form von Architekturen und Verfahren der Disziplin – Stichworte: Gerichtsgebäude, Verfahren des Überwachens und Strafens, des Prüfens und (Ver-)Urteilens – nach wie vor prägt. Das ist geeignet, Angst zu machen und denen Steine in den Weg zu legen, die erwägen, vor Gericht zu gehen.
3. Cornelia Vismann eröffnet uns den Blick auf die überaus vielfältigen medialen Einrichtungen und Dimensionen all dessen und darauf, dass sowohl das theatralische als auch das agonale, das Kampf- Dispositiv der Rechtsprechung geeignet ist, vom Gang zum Gericht abzuhalten: Die theatralische Darstellung führt – nach Art eines Schauspiels, mit dem Gericht als Bühne, auf der die Rollen verteilt sind und, zum Beispiel, die Tat symbolisch wiederaufgeführt wird – Drohpotenziale und „Folterwerkzeuge“ vor. Im Kampf dagegen drohen Duelle, Verletzungen, Niederlagen und Tod. Die Medien der Rechtsprechung aber tun, was ihr Name sagt – sie vermitteln all dies, sind seine Mittel und Mitte: Akten und Protokolle, die Stimme vor Gericht, die Schriften, das Gehör, das Reden und das Schweigen, das Nachspielen und das Vorführen, die Schranken und Korridore, Fernsehübertragungen und Videobilder.

Wie genau man darauf schauen und wie subtil man es bedenken kann, dafür mag hier die detaillierte, von Foucault und Hannah Arendt inspirierte Studie über den „Tisch des Gerichts“ stehen, die Vismann⁴⁹ vorgelegt hat:

„Der Tisch ... wirkt im Recht unmittelbar praktisch. Ist er aufgestellt, schafft er eine erste Barriere, welche eine Differenz zwischen denen markiert, die Recht brechen, und denen, die Recht sprechen. Der Tisch trifft die fundamentale Unterscheidung in das Personal *des* Gerichts und die Personen *vor* dem Gericht. Er schafft damit eine bestimmte Asymmetrie. Nicht länger stehen sich zwei widerstreitende Seiten gegenüber. Ein drit-

47 Teubner/Zumbansen, Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in ZfRS 2000, 189–215.

48 Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses (1977).

49 Vismann, Medien 164 ff.

ter kommt hinzu, der über den Parteien steht, der seine Autorität aus einer anderen Quelle bezieht als einer unmittelbaren Ungerechtigkeitserfahrung.“⁵⁰

Dieser Tisch schafft Distanz, verweist die Parteien auf ihren Platz, verbindet und trennt, erhöht und erniedrigt, und was „auf den Tisch kommt“, das „markiert den symbolischen Raum, in dem das Recht agiert.“⁵¹

Vor diesen Tisch zu treten, der seine Abkunft vom Thron nicht recht verleugnen kann, und alles auf den Tisch zu legen: das ist nicht jedermanns Sache. Und auch Frau Marthe Rull, die anfangs noch gerufen hatte: „Ihr krugzertrümmerndes Gesindel, ihr! Ihr sollt mir büßen, ihr!“ war gegen Ende nicht mehr gut zu sprechen auf den Herrn an diesem Tisch: „Ei, solch ein blitzverfluchter Richter, das!“

Prof. Dr. Günther Ortmann ist Organisationstheoretiker und Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre an der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg. Zuletzt erschienen: *Organisation und Moral* (2010); *Kunst des Entscheidens* (2011); *Organisationen regeln. Die Wirkmacht korporativer Akteure* (2012, hrsg zus mit S. Duschek ua); ortmann@hsu-hh.de

50 *Vismann*, Medien 164.

51 *Vismann*, Medien 167.

Barrieren der Mobilisierung von Arbeitsrecht – Oder: Lässt sich Fairness erzwingen?

Eva Kocher

Die Frage der Effektivität, der Rechtsdurchsetzung bzw des „Enforcement“ begleitet das Arbeits- und Verbraucher_innenrecht seit jeher. Sie ist eine wichtige Motivation für rechtssoziologische Forschung über den Zugang zum Recht. Es geht dabei immer um die Frage, wie der rechtliche und institutionelle Rahmen gestaltet werden muss, damit Recht nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der Rechtswirklichkeit bestehen, also „durchgesetzt“ werden kann. In der Vergangenheit hat frau sich dabei schwerpunktmäßig mit der Effektivierung des Zugangs zum gerichtlichen Rechtsschutz beschäftigt. Heute wird der Blick zunehmend auf die betriebliche Rechtsmobilisierung gerichtet; dabei sind Instrumente zu betrachten, mit denen Unternehmen wirksam zu einem arbeitsrechtlichen „compliance“-Management gebracht werden könnten.

1. Barrieren der gerichtlichen Durchsetzung von Arbeitsrecht

In vielen Aspekten weisen die Probleme des Rechtsschutzes im Arbeitsrecht Parallelen zum Verbraucherrechtsschutz auf – und dieser stand bereits bei den „Access to Justice“-Untersuchungen der 1970er Jahre im Mittelpunkt des Forschungsinteresses. Damals wurde mit Hilfe von empirischen und komparativen Studien untersucht, welche „Barrieren“ der gerichtlichen Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche entgegen stehen, inwiefern diese Barrieren systematisch bestimmte Typen von Konflikten und Rechtsstreitigkeiten herausfiltern und mit welchen Instrumenten dem begegnet werden könnte.¹

Beim Verbraucher_innen- wie beim Arbeitsrechtsschutz kommen zu allgemeinen Barrieren des Rechtsschutzes (Zeit, Kosten und andere Ressourcen) noch die typischen Hindernisse der Rechtsdurchsetzung privater und einzelner Bürger_innen gegen Unternehmen und andere Organisationen hinzu: Ein Gerichtsverfahren ist ohnehin ein „Professionenspiel“ mit formalisierter Kommunikation, das entsprechende emotionale Entfremdungserlebnisse mit sich bringt.² Im Arbeits- und Verbraucherrecht treffen nun dazu unternehmerische *repeat player*, die über Erfahrungen im Umgang mit Recht und

1 Überblick über Forschungsstand bei Kocher, Effektive Mobilisierung (2009) 8.

2 Zur dahinter stehenden rechtlichen Logik Kocher, Funktionen der Rechtsprechung (2007).

soziale Nähe zur Rechtsberatung und Rechtsschutzinstitutionen verfügen, Erfolgsaussichten von Entscheidungen einschätzen und so insgesamt strategisch mit Recht umgehen können, auf *one-shotter*, denen diese Fähigkeiten in aller Regel fehlen.³ Dies bestätigte *Hirsh* jüngst für den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz in den USA: Je größer die Erfahrung eines Unternehmens mit Gerichtsverfahren sei, desto weniger wahrscheinlich sei ein negativer Ausgang für das Unternehmen.⁴ Und dann sind typischerweise die Interessen noch „diffus“ oder „breitgestreut“ in dem Sinn, dass das materielle Interesse für die einzelne gering ist und der Einsatz von Ressourcen für die Rechtsdurchsetzung ökonomisch nicht rational erscheinen mag – während dieselbe Streitigkeit für das Unternehmen wegen der potenziellen Breitenwirkung große ökonomische Bedeutung annehmen kann.⁵

Im Arbeitsverhältnis kommen Probleme des Rechtsschutzes in Machtverhältnissen hinzu. So weist der Rechtsschutz im Arbeitsverhältnis ähnliche Merkmale auf wie der Rechtsschutz in „sozialen Nahbeziehungen“: Er wird in der Regel erst zum Ende der (Rechts-)Beziehung aktiviert. Gerichtliche Streitigkeiten finden meist außerhalb eines bestehenden Arbeitsverhältnisses statt und beschäftigen sich mit Fragen des Kündigungsschutzes, Betriebsrenten oder Rechten abgelehnter Bewerber_innen.⁶ Die Geltendmachung eines Rechtsanspruchs wird eben in der Regel solange vermieden, wie ein starkes Interesse an der Aufrechterhaltung der sozialen Beziehung besteht.⁷ In der Erwerbsarbeit ergibt sich das Beschäftigteninteresse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses zum einen aus einem „Ungleichgewicht“ – die Exit-Optionen werden von den Beschäftigten jedenfalls auf den meisten Arbeitsmärkten nicht als akzeptable Alternative angesehen.⁸ Zum anderen wird hier die Berufung auf Rechtsansprüche offensichtlich auch als Bedrohung des Beschäftigungsverhältnisses antizipiert. Hierfür dürften andere Gründe maßgeblich sein als in Streitigkeiten in der Familie oder im Mietverhältnis; die Bedrohungslage rührt hier aus einer Furcht vor Repressalien oder aus dem Machtungleichgewicht der persönlichen Abhängigkeit:⁹ Die Beschäftigten dürften befürchten, bei späteren „Ermessensentscheidungen“ des Unternehmens das Nachsehen zu haben, kurz: unfair behandelt zu werden.¹⁰

3 *Galanter*, Why the 'haves' come out ahead: Speculations on the limits of legal change, *Law & Society Review* 1974, 95.

4 *Hirsh*, Settling for Less? *Law & Society Review* 2008, 239.

5 Für ein aktuelles Beispiel aus der Praxis siehe Pressemitteilung des *LAG Baden-Württemberg* vom 20.7.2011, <http://www.justiz-bw.de/servlet/PB/menu/1270144/index.html> (10.2.2012) betreffend das Prozessverhalten von IBM in massenhaft geführten Betriebsrentenprozessen.

6 Für eine neuere Statistik siehe *Grotmann-Höfling*, Die Arbeitsgerichtsbarkeit 2010 im Lichte der Statistik, *AuR* 2011, 433 ff.

7 *Blankenburg*, Mobilisierung des Rechts (1995) 38, 42.

8 Zu den Hintergründen dieser erzwungenen Betriebsbindung siehe jetzt wieder instruktiv *Knuth*, Widersprüchliche Dynamiken im deutschen Arbeitsmarkt, *WSI-Mitteilungen*, 2011, 580.

9 Zum arbeitsrechtlichen Begriff der persönlichen Abhängigkeit im deutschen Recht siehe zB *Preis* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*¹¹ (2011) § 611 BGB, Rn 44 ff.

10 Der Durchsetzung des Maßregelungsverbots (für das deutsche Recht § 612a BGB) begegnen dieselben Durchsetzungsbarrieren.

2. Effektive Rechtsmobilisierung und die Bedeutung betrieblicher Konfliktlösungsstrukturen

Wie lassen sich diese Barrieren nun überwinden? In den „Access to Justice“-Untersuchungen der 1970er Jahre waren hierfür in drei „Wellen“ eine Reihe von rechtspolitischen Vorschlägen und Konzepten entwickelt worden, die heute noch auf der Tagesordnung stehen und in der Diskussion immer wiederkehren. Neben der Bereitstellung öffentlicher Rechtsberatungshilfen werden Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes und der Alternativen Konfliktlösung vorgeschlagen. Auch in den Debatten um die Durchsetzung der Geschlechtergleichbehandlung beim Entgelt steht zB das Instrument der repräsentativen Klage (Verbands- oder Behördenklage) bis heute im Mittelpunkt der Überlegungen.¹¹ Instrumente der behördlichen Durchsetzung stellen den *one-shot-tern* ebenfalls einen *repeat player* zur Seite, der dem unternehmerischen Akteur angemessen begegnen kann und zum strategischen Handeln in der Lage ist.

Von den Barrieren der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung sollte allerdings nicht auf ein grundsätzliches Defizit der arbeitsrechtlichen Rechtsverwirklichung (kurz-)geschlossen werden. Denn Recht kann auf andere Art und Weise „verwirklicht“ werden als durch gerichtliche Durchsetzung. Bis zum Gerichtsverfahren werden eine ganze Reihe von Stufen der Verrechtlichung des Konflikts durchlaufen, deren erste bereits darin besteht, dass Recht und Rechtsansprüche in einem Konflikt thematisiert werden. Für das Arbeitsrecht wäre also zu fragen, inwieweit entsprechende Ansprüche tatsächlich in einem betrieblichen Konflikt thematisiert und damit „mobilisiert“ werden (können): Das Recht stellt in innerbetrieblichen Verhandlungen (Mikropolitik) eine Ressource dar, die bei einem konkreten Anliegen gegebenenfalls gegen andere Ressourcen getauscht wird.¹² Wenn auf diese Weise der Schatten des Rechts in der betrieblichen Wirklichkeit sichtbar wird, ist das Recht wirksam geworden.

2.1. Betriebliche Konfliktlösung und Interessendurchsetzung

Einer rechtlichen Regelung der betrieblichen Konfliktlösung stehen im deutschen Arbeitsrecht viele Hindernisse entgegen. So fehlt es zunächst den Betriebsräten an rechtlichen Kompetenzen bei der Durchsetzung von Individualansprüchen; allenfalls bei unternehmensseitiger Einrichtung von Beschwerdemechanismen können sich Mitwir-

11 Kocher, Effektive Mobilisierung (2009); Fuchs/Konstanzky/Liebscher/Bergbahn, Rechtsmobilisierung für Lohn-
gleichheit: Der Einfluss rechtlicher und diskursiver Bedingungen in der Schweiz, Deutschland und Österreich im
Vergleich, KJ 2009, 253; Fuchs, Strategische Prozessführung, Tarifverhandlungen und Antidiskriminierungsbehör-
den – verschiedene Wege zur Lohngleichheit? femina politica 2010, 102; Kocher, Gesetzesentwurf für eine Verbands-
klage im Arbeitsrecht (2002).

12 Bradtke/Fischer/Hübner/Schramm/Zachert, Personalpolitische Wirkungen von Arbeitsrechtsreformen, WSI-Mittei-
lungen 2004, 138.

kungsrechte ergeben.¹³ Vorschläge, in den Betrieben selbst Konfliktlösungsverfahren zu institutionalisieren¹⁴, stoßen zudem an die Grenze des § 101 ArbGG (Arbeitsgerichts-gesetz), wonach vorgerichtliche Güte- oder Schlichtungsstellen nur dann zulässig sind, wenn sie keine Entscheidungsbefugnis haben. Die identitätsstiftende Bedeutung des gerichtlichen „Güterverfahrens“ für die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit (der erste Termin vor dem Arbeitsgericht dient ausschließlich der Schlichtung durch den/die Vorsitzende/n Richter/in) prägt sogar die Auseinandersetzung um die Förderung der gerichtsnahen Mediation. Dabei gibt es gute Gründe für diese gesetzliche Zurückhaltung. Alternative betriebliche Konfliktlösungsverfahren bringen nicht nur Gerechtigkeitschancen¹⁵, sondern auch Gefahren der faktischen Abdingbarkeit von Recht¹⁶ mit sich, die nicht gering geschätzt werden sollten. Angesichts der Bedeutung der Frage für die Effektivität des Arbeitsrechts sollte dies aber kein Grund sein, hier nicht tiefer zu bohren. Ohnehin unterliegen die Aufgaben der Betriebsräte einem Wandel: Wo keine formalen und abstrakten Weisungen vorliegen, gibt es weniger Möglichkeiten unmittelbar einzugreifen¹⁷ – während gleichzeitig auf der anderen Seite individualisierte Konflikte auch nach einer geeigneten kollektiven Behandlung rufen¹⁸.

Dazu kommt, dass jedenfalls einige große deutsche Unternehmen mittlerweile an der Entwicklung von Konfliktlösungsmanagement-Systemen arbeiten¹⁹ – auch nach Vorbildern aus dem US-amerikanischen Recht, wo es mit open-door-policies, Mediation, Ombudsmen oder „peer-review“ Anhörungen die unterschiedlichsten Typen betrieblicher Verfahren gibt²⁰. Und von der tariflichen Rechtsetzung bis in die Gesetzgebung hinein sind sogar mittlerweile regulatorische Tendenzen ersichtlich, die betriebliche Durchsetzung für Individualansprüche nicht nur der Eigentätigkeit der Unternehmen zu überlassen. Dies erfolgt vor allem durch die Normierung individueller Informationsrechte, Verhandlungspflichten und Verhandlungsansprüche. Als Beispiele aus dem deutschen Recht

13 Vgl BAG 21.7.2009, BAGE 131, 225.

14 *Grotmann-Höfling*, ZfRSoz 18 (1997), 205 ff schlägt eine Betriebliche Einigungsstelle (BEST) anstelle des arbeitsgerichtlichen Güterverfahrens vor; vgl auch schon *Grunsky*, Die Schlichtung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten und die Rolle der Gerichte, NJW 1978, 1833.

15 *Mahony/Klaas*, Comparative dispute resolution in the workplace, Journal of Labour Research 2008, 251; *Estlund*, Rebuilding the law of the workplace in an era of self-regulation, Columbia Law Review 2005, 338.

16 *Estlund*, Between Rights and Contract, University of Pennsylvania Law Review 155/2006, 379 ff.

17 *Möhring-Hesse*, Wie Rechtsbrechern zu ihrem Recht verhelfen? Arbeitsrecht unter den Bedingungen subjektiver Arbeit, KJ 2007, 347, 350.

18 *Tietel/Kunkel*, Reflexiv-strategische Beratung (2011); siehe Rezension von Goldschmidt auf Gegenblende 12/2011, <http://www.gegenblende.de/12-2011/+co++078fa012-f65b-11e0-7b2c-001ec9b03e44> (10.2.2012); siehe auch *Stone*, From Widgets to Digits: Employment Regulation for the Changing Workplace (2004) 201; *Estlund*, Columbia Law Review 2005, 365, die sich der Frage stellen, wie die kollektiven Akteure den zunehmend schwankenden Zugehörigkeiten von Beschäftigten zum Unternehmen begegnen können.

19 Für ein Beispiel siehe *Briem*, Professionelles Konfliktmanagement für innerbetriebliche Konflikte, ZKM 2011, 146; zum Einsatz in betrieblichem Konflikt zwischen Arbeitgeber_in und Betriebsrat vgl *Ripke/Trocha*, Das Hexenwerk ist das Normale, ZKM 2011, 124.

20 *Mahony/Klaas*, Journal of Labour Research 2008, 253 ; 259; *Estlund*, University of Pennsylvania Law Review 155/2006, 333 ff; *Stone*, From Widgets to Digits, 212 ff.

seien § 8 Abs 3 TzBfG (Teilzeit- und Befristungsgesetz)²¹, §§ 81, 82 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz) oder die Interpretation des „Betrieblichen Eingliederungsmanagements“ (BEM, geregelt in § 84 Abs 2 Sozialgesetzbuch IX) als verlaufs- und ergebnisoffener, kommunikativer Suchprozess²² genannt. Kollektivvereinbarungen regeln außer regelmäßigen Mitarbeitergesprächen zB im Bereich der Weiterbildung meist nicht allein materielle Rechte, sondern sehen auch Gesprächsverpflichtungen und andere Verfahren vor.²³ Umso bedauerlicher ist, dass es kaum empirische Forschungen und Erkenntnisse zur betrieblichen Praxis gibt.

2.2. Die Bedeutung des „Rechtsbewusstseins“

Immerhin lassen sich in negativer Hinsicht vorsichtige Vermutungen darüber anstellen, welche Barrieren der Rechtsdurchsetzung bei den formellen und informellen Verfahrensweisen der betrieblichen Konfliktlösung zu überwinden wären.

Hierfür bieten die Untersuchungen zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung im Kündigungsschutz durchaus Material. Für Deutschland hatte das Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Privatrecht Ende der 1970er Jahre die Wahrnehmung des Kündigungsschutzes untersucht; das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut der Hans-Böckler-Stiftung (WSI) erneuerte und vertiefte dies in seinen Untersuchungen zum Kündigungsschutz in den Jahren 2005–2008.²⁴ All diese Untersuchungen bestätigten die Annahme, dass es allgemein wirkende Barrieren der Rechtsdurchsetzung für Beschäftigte gebe: Es geht immer nur eine Minderheit von Gekündigten gegen die Kündigung vor.²⁵ Auch für die Durchsetzung der Geschlechtergleichbehandlung konnte eine knappe Durchsicht von anhängigen Verfahren zeigen, dass zum Verbot der Geschlechtsdiskriminierung keineswegs im zu erwartenden Maß arbeitsgerichtlich mobilisiert worden war.²⁶

21 Leider hat sich die Rechtsprechung bei der Konkretisierung geeigneter Sanktionen oder anderer Rechtsfolgen der Verletzung von Verhandlungsrechten noch als hilflos erwiesen, wenn es nicht gerade um eine mögliche indirekte Effektivierung außerhalb des Kündigungsschutzes ging (vgl genauer *Kocher*, Gestaltungs- und Verhandlungsrechte von Beschäftigten, WSI-Mitteilungen 2007, 434).

22 BAG 10.12.2009, NZA 2010, 398; *Kobte*, Das betriebliche Eingliederungsmanagement – Ein doppelter Suchprozess, WSI-Mitteilungen 2010, 374 ff; *Nebe*, (Re-)Integration von Arbeitnehmern: Stufenweise Wiedereingliederung und Betriebliches Eingliederungsmanagement – ein neues Kooperationsverhältnis, DB 2008, 1801, 1804.

23 *Seifert/Busse*, Tarifliche und betriebliche Regelungen zur beruflichen Weiterbildung. Eine explorative Studie – Gutachten für das Bundesministerium für Bildung und Forschung, (2009); vgl auch *Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens*, Der Weg in die Zukunft (2004) 260 f.

24 *Höland/Kahl/Zeibig*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. Eine empirische Praxisuntersuchung aus Sicht des arbeitsgerichtlichen Verfahrens (2007); siehe auch *Falke/Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt (1997).

25 Zwar hatte sich die Klagequote gegen Kündigungen von ca 8% Ende der 1970er Jahre auf ca 15% erhöht. Die Gründe hierfür sind allerdings wohl eher in der verschlechterten Konjunktur- und Beschäftigungslage zu suchen als in veränderten Bedingungen der Rechtsdurchsetzung (*Höland/Kahl/Zeibig*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz, 28; 75).

26 *Fuchs/Konstatzky/Liebscher/Bergbahn*, KJ 2009, 253.

In den Untersuchungen zum Kündigungsschutz waren das Kostenrisiko, die Zeitdauer des Verfahrens oder die Unkenntnis über das Vorgehen in arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzkonflikten offensichtlich nur von geringer Bedeutung für die zögerliche Klagebereitschaft.²⁷ Als wichtige Variable der Klagebereitschaft erwies sich jedoch durchgehend, wie groß Distanz und Misstrauen gegenüber dem gerichtlichen Verfahren und seinem Gerechtigkeitsversprechen waren.²⁸ Gerade im arbeitsrechtlichen Rechtsschutz scheint das „Rechtsbewusstsein“ der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von großer Bedeutung für die Mobilisierung von Recht zu sein. Und in diesem Aspekt sind die Erkenntnisse aus den Untersuchungen zum Kündigungsschutz durchaus auf Konflikte im „lebenden Arbeitsverhältnis“ übertragbar. Denn das „Rechtsbewusstsein“ ist nicht notwendig von den Problemen des Machtverhältnisses und des Ungleichgewichts abhängig, sondern bezieht sich generell auf das Vertrauen in Rechtsschutzinstitutionen.

Insofern gibt es allerdings Hinweise darauf, dass es für das Arbeitsrecht nicht nur auf das Rechtsbewusstsein der jeweils betroffenen Rechtsinhaber_innen ankommt, sondern auch darauf, wie das jeweilige soziale Umfeld die Legitimität eines Anliegens bewertet („social working“²⁹). Die Interpretation rechtlicher Regeln durch das soziale Umfeld ist nicht nur häufig eine andere als die des Gesetzgebers³⁰ – sie wird darüber hinaus dadurch beeinflusst, ob das jeweilige Interesse gesellschaftliche und/oder betriebliche Legitimität genießt³¹. Denn Menschen harmonisieren ihre Sicht der Welt mit ihrer Sicht auf das Recht. Meinungen über sexuelle Belästigung sowie der soziale Status haben nach einer US-amerikanischen empirischen Untersuchung zum Beispiel Einfluss darauf, ob Arbeitnehmer_innen sexualisierte Witze und Bemerkungen als Belästigung definieren.³² Soziale Normen und die Wahrnehmung von Legitimität sind für die Umsetzung in der Regel wichtiger als Kosten-Nutzen-Überlegungen. So ist zB festgestellt worden, dass für die Frage, ob jemand zum Whistleblower wird, Empörung ein wichtigerer Faktor ist als Effizienz-Überlegungen.³³

Auf die Legitimitätsvorstellungen des sozialen Umfelds eines Beschäftigungsverhältnis-

27 Falke/Höland/Rhode/Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland Band I und II (1981) 367 ff. Dementsprechend spielten auch die Forderungen der ersten „Access to Justice“-Welle für eine Verbesserung der Rechtsberatung und -vertretung wirtschaftlich und sozial schwacher Personen in der arbeitsrechtlichen Debatte eine geringe Rolle.

28 Falke/Höland/Rhode/Zimmermann Band I und II, 367 ff; vgl Höland/Kahl/Zeibig, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz, 28 ff; 57 ff.

29 Zum Begriff Griffiths, The social working of anti-discrimination law in Loenen/Rodrigues (Hrsg), Non-discrimination law: comparative perspectives (1999) 313 ff.

30 Griffiths, Anti-discrimination law, 313 ff.

31 Parker, The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement, Law & Society Review 40/2006, 593. Siehe neuerdings auch Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland (2011).

32 Tinkler, „People Are Too Quick to Take Offense“: The Effects of Legal Information and Beliefs on Definitions of Sexual Harassment, Law & Social Inquiry 2008, 417; Kocher/Pfarr, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht (1998).

33 Feldman/Lobel, Decentralized enforcement in organizations: An experimental approach, Regulation & Governance 2008, 165 ff.

ses haben jedoch das jeweilige Unternehmen und seine Betriebspolitik großen Einfluss. So sinkt der Einfluss der Meinungen und des soziales Status für die Definition sexueller Belästigung je nach bekanntem unternehmerischem Umgang mit Belästigung.³⁴ Dies ist letztlich nur eine Bestätigung dessen, wovon die betriebswirtschaftliche Personallehre ohnehin ausgeht: Das Unternehmen kann das Wertesystem der Beschäftigten bezogen auf ihre Arbeitstätigkeit und Arbeitsumwelt beeinflussen – jedes Unternehmen praktiziert dies wohl mehr oder weniger bewusst.

2.3. Die institutionellen Voraussetzungen der Rechtstreue eines Unternehmens

Für die Rechtsdurchsetzung spielt es damit eine große Rolle, wie der betriebliche Rahmen der Konfliktlösung institutionell gestaltet ist. Ein- und dieselbe rechtliche Regelung kann unterschiedliche „Rechtspraktiken“ produzieren, dh unterschiedliche Durchführungsstile und informelle Routinen³⁵, die sich je nach Einstellungen, Verhaltensweisen und Interessenpolitik aller Beteiligten typisieren lassen³⁶. Rechtsgehorsam und die systematische Gewährleistung von Normtreue durch Organisationen beruht auf institutionellen Voraussetzungen, und für diese bedarf es jeweils einer organisatorischen Struktur im Unternehmen, die den Respekt vor arbeitsrechtlichen Regelungen in personalpolitische Instrumente integriert und übersetzt.³⁷

Die Erkenntnisse von der Bedeutung des unternehmerischen institutionellen Handelns haben in der arbeitsrechtssoziologischen Forschung genau wie in der Rechtspraxis zu einem Perspektivenwechsel geführt: Insbesondere die WSI-Untersuchung zum Kündigungsschutz (Untersuchung „Regulierung des Arbeitsmarktes“, REGAM) nahm explizit die Unternehmen in Blick, als sie danach fragte, welchen Einfluss der Kündigungsschutz auf das Einstellungs- und Entlassungsverhalten der Betriebe habe, bzw wie und durch welche Mechanismen das arbeitsrechtliche Regelungswerk über den Kündigungsschutz die Personalentscheidungen von Unternehmen tatsächlich determiniere.³⁸ Dabei konnte die Annahme, dass die Festschreibungen materiellen Arbeitsrechts keineswegs selbstverständlich Rechtsbefolgung durch Unternehmen nach sich ziehen, bestätigt werden. Auch vereinzelte Erfahrungen mit arbeitsgerichtlichen Verfahren scheinen weder

34 *Tinkler*, Law & Social Inquiry 2008, 417.

35 *Parker*, Law & Society Review 40/2006, 593.

36 Zwei Beispiele: *Barnes/Burke*, The diffusion of rights: From law on the books to organizational rights practices, Law & Society Review 2006, 493, 494, 506 ff einerseits und *Bradtko/Fischer/Hübner/Schramm/Zachert*, WSI-Mitteilungen 2004, 142 f andererseits. Siehe auch *Bauer/Herberg*, Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen, NZA 2011, 713 ff.

37 *Barnes/Burke*, Law & Society Review 2006, 495; zur Bedeutung der Funktionsweise der betriebsinternen Arbeitsmärkte *Bradtko/Fischer/Hübner/Schramm/Zachert*, WSI-Mitteilungen 2004, 142 f; zur Bedeutung betriebsorganisatorischer Gelegenheitsstrukturen an einem Beispiel *Wotschack*, Zeit für Lebenslanges Lernen, WSI-Mitteilungen 2011, 541.

38 *Pfarr/Ullmann/Bradtko/Schneider/Kimmich/Bothfeld*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen (2005).

notwendig noch nachhaltig größere Rechtstreue, bessere Kenntnisse oder höhere Befolgungsbereitschaft nach sich zu ziehen.³⁹

Das ist nicht sonderlich überraschend; schließlich greift ja Arbeitsrecht gerade deshalb in die Privatautonomie der Beteiligten ein, weil wegen des Machtverhältnisses Arbeitnehmer_innen ansonsten ihre Interessen nicht durchsetzen könnten. Systemtheoretische Überlegungen über die unterschiedlichen Systemcodes von Wirtschaftssystem und Rechtssystem sowie empirische Untersuchungen zur Regulierung durch Recht im Bereich der Wirtschaft vermögen zusätzlich zu begründen, inwiefern ein Unternehmen sich in seinem Handeln jedenfalls nicht selbstverständlich und in erster Linie an rechtlichen Maßstäben orientieren wird.⁴⁰ Das Recht macht nur einen Ausschnitt aus den Umweltbedingungen aus, an denen sich unternehmerisches Handeln orientiert.⁴¹

In der betriebswirtschaftlichen Literatur wird unter dem Stichwort „Compliance“ zunehmend diskutiert, welche Managementsysteme und unternehmerischen Organisationsformen Rechtstreue von Unternehmen fördern könnten. Dabei geht es zwar in der Regel um die Prävention strafrechtlicher Rechtsverstöße, also um die Betrugs- und Korruptionsbekämpfung; für die Durchsetzung des Arbeitsrechts als Gegenstand von Compliance-Politiken und damit die Integration in den unternehmerischen Ablauf bieten sie aber geeignete Ansatzpunkte.⁴²

Auch die deutsche Gesetzgebung spricht mittlerweile die Arbeitgeber_innen bewusster als Akteur_innen der arbeitsrechtlichen Rechtsumsetzung an, indem zunehmend ausdrückliche Pflichtenprogramme für die Unternehmen festgeschrieben werden. Ein Beispiel aus dem deutschen Recht sind die §§ 12, 13 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz), die ein Pflichtenprogramm für Arbeitgeber_innen enthalten, dessen Einhaltung zur Prävention von Diskriminierung beitragen soll.⁴³ Aber auch hier fragt sich: Wie kann gewährleistet werden, dass diese Pflichten selbst dort eingehalten werden, wo ein Unternehmen nicht bereits von sich aus entsprechende betriebliche Politiken fördert?

3. Unabhängige Akteur_innen der Rechtsdurchsetzung im Betrieb?

Die Rolle von betrieblichen Interessenvertretungen der Beschäftigten (Betriebsräte, Gewerkschaften) bei der betrieblichen Rechtsdurchsetzung kann wohl kaum überschätzt werden: Immer wieder wurde festgestellt, dass die Gewährleistung rechtskonformer Ar-

39 Barnes/Burke, *Law & Society Review* 2006, 494.

40 Vgl. Mayntz, *Soziale Dynamik und politische Steuerung: theoretische und methodologische Überlegungen* (1997).

41 Bradtke/Fischer/Hübner/Schramm/Zachert, *WSI-Mitteilungen* 2004, 142 f.

42 Zur Übertragung von Compliance-Konzepten auf das Arbeitsrecht auch *Estlund*, *Columbia Law Review* 2005, 320; *Mengel*, *Compliance und Arbeitsrecht* (2009).

43 Es ist sicher kein Zufall, wenn als Instrumente zur Verwirklichung solcher Pflichten dieselben Instrumente diskutiert werden, die aus der Compliance-Debatte bekannt sind (zB Ethik-Richtlinien; siehe *Schneider/Sittard*, *Ethikrichtlinien als Präventivmaßnahmen* i. S. des § 12 AGG? *NZA* 2007, 654 ff).

beits- und Beschäftigungsbedingungen mit der Existenz von Betriebsräten und der Geltung von Tarifverträgen positiv korreliert. Allerdings: Das betriebsrätliche Engagement für den Individualrechtsschutz stößt in Deutschland an die erwähnten rechtlichen Grenzen.

3.1. Beratungs-Dienstleistungen

Es gibt darüber hinaus gesetzliche Vorbilder für eine Einbeziehung externer Akteure in betriebliche Verhandlungen. Eine solche „verfahrensrechtliche Innovation“⁴⁴ findet sich zum Beispiel beim „Betrieblichen Eingliederungsmanagement“ (BEM), wo die Rehabilitationsträger und Integrationsämter nicht nur finanzielle und andere Hilfe leisten, sondern in den betrieblichen Suchprozess selbst einzubeziehen sind (§ 84 Abs 2 dritter und vierter Satz sowie Abs 3 Sozialgesetzbuch IX; zum Prozess siehe bereits oben unter 2.1.). Im Bereich der Weiterbildung hat sich erwiesen, dass die Wahrscheinlichkeit der Rechtsmobilisierung steigt, wenn (tariflich eingerichtete oder öffentlich geförderte) Weiterbildungsagenturen und Beratungsangebote bereit stehen.⁴⁵

Vor diesem Hintergrund war in Deutschland bereits im Zusammenhang mit den Arbeitsmarktreformen 2002 darüber nachgedacht worden, Arbeits- und Beschäftigungsberatung als neue Dienstleistung für die Bundesagentur für Arbeit zu verankern. Dies ist eine der vielen Ideen, die damals nicht verwirklicht wurden. Im Zusammenhang mit einer möglichen Neuorientierung in Richtung einer Arbeitsversicherung könnte aber neu über solche Modelle nachgedacht werden.⁴⁶

3.2. Verbraucher_innenmärkte und Arbeitsrecht

Ein ganz anderer Ansatz beschäftigt sich mit der möglichen Rolle von ethisch bewussten Güter- und Dienstleistungsmärkten. Hier könnten externe Akteur_innen wie Verbraucher_innen oder Wettbewerber_innen für die Wirksamkeit des Arbeitsrechts eintreten.⁴⁷ Auch aus einer Mobilisierung von Geschäftspartner_innen könnten sich Chancen ergeben, insbesondere in einer Zulieferkette, wo wechselseitige Abhängigkeiten unter den Unternehmen zur Rechtsdurchsetzung eingesetzt werden (können).⁴⁸ Selbst die Etablierung von „Sozialstandards“ bei der öffentlichen Vergabe ist letztlich nichts anderes als eine Variation dieser Überlegung, in der staatliche Auftraggeber_in-

44 *Kobte*, WSI-Mitteilungen 2010, 374 ff.

45 Zur Nutzung solcher Dienstleistungen siehe *Alewell/Hauff*, Outsourcing von Personalfunktionen und die Konsequenzen für die betriebliche Mitbestimmung, WSI-Mitteilungen 2008, 492 ff.

46 *Schmid*, Übergänge am Arbeitsmarkt (2011); *Bosch*, In Qualifizierung investieren – ein Weiterbildungsfonds für Deutschland (2011); siehe schon *Pfarr*, Arbeits- und Sozialrecht - Eine bürokratische Beschäftigungsbremse? WSI-Mitteilungen 2005, 454 („effektiver arbeitsrechtlicher Beratungsservice“).

47 *ZB van Wezel Stone*, From Widgets to Digits 230 ff.

48 *Estlund*, Columbia Law Review 2005, 367.

nen gleichzeitig als Kund_innen und als Repräsentant_innen gesellschaftlicher Interessen agieren.⁴⁹

Der mögliche Entzug tatsächlicher gesellschaftlicher Akzeptanz wird zunehmend auch von Unternehmen als Risiko erkannt. Seitens der deutschen und europäischen Politik werden Politiken zur „Corporate Social Responsibility“ (CSR) unterstützt und gefördert.⁵⁰ Im Rahmen ihrer Nachhaltigkeitsstrategie hat die deutsche Bundesregierung im Jahre 2010 einen „Aktionsplan CSR“ entwickelt.⁵¹ Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen sind in diesem Zusammenhang des Menschenrechtsschutzes ebenfalls zum Thema geworden. Schon seit längerem bezieht die Frage nach der unternehmerischen Verantwortung für die Menschenrechte auch Arbeitsrechte ein.⁵²

CSR-Konzepte teilen allerdings das Problem aller freiwilligen Selbstverpflichtungen, mit denen versucht wird, soziale Standards über Mechanismen des Wettbewerbs durchzusetzen.⁵³ Diese Politiken können suggerieren, der Respekt vor dem Recht sei etwas „freiwilliges“, über das Unternehmen eigene Definitions- und Dispositionsbefugnis hätten.⁵⁴ Der Respekt vor dem Arbeitsrecht, der mittelbar nach einem solchen organisatorischen Rahmen verlangt, ist jedoch keineswegs Ausdruck besonderer „gesellschaftlicher Verantwortung“ eines Unternehmens – freiwillig mag allenfalls die Verpflichtung auf einen bestimmten organisatorisch-institutionellen Rahmen (zB im Rahmen von Compliance-Systemen) sein.

Zudem bedarf es eines rechtlichen Rahmens für die Wirksamkeit marktbezogener Instrumente. Dazu gehören Mindeststandards und eine genauere Festlegung, unter welchen Voraussetzungen mit „gesellschaftlicher Verantwortung“ geworben werden darf.⁵⁵ Dazu gehört aber auch die Möglichkeit der Markt-Öffentlichkeit, sich über die Einhaltung von Standards zu informieren. Gesetzliche Offenlegungspflichten in Bezug auf Arbeits- und Sozialbedingungen erscheinen hierfür unabdingbar.⁵⁶ Transparenz kann dazu

49 Siehe für die USA auch *Estlund*, Columbia Law Review 2005, 363.

50 Zuletzt *EU-Kommission*, Mitteilung „Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)“, KOM(2011) 681 endg.

51 Siehe http://www.bmas.de/portal/48966/property=pdf/a398_csr_aktionsplan.pdf (10.2.2012).

52 Vgl zuletzt Ruggie-Report on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises vom 21. März 2011: Guiding Principles on Business and Human Rights (vom UN-Menschenrechtsrat im Juni 2011 verabschiedet).

53 Beispiele: Nationaler Pakt für Ausbildung und Fachkräftenachwuchs in Deutschland von 2004, <http://www.pakt-fuer-ausbildung.de> (10.2.2012). „Vereinbarung zwischen der Bundesregierung und den Spitzenverbänden der deutschen Wirtschaft zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft“ von 2001 (veröffentlicht in *Pfarr (Hrsg)*, Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft (2001)).

54 Vgl zu den Gefahren *Kocher*, Corporate Social Responsibility – Instrumente zur Gestaltung transnationaler Arbeitsbeziehungen, WSI-Mitteilungen 2008, 198 ff; *Kocher*, Corporate Social Responsibility: Eine gelungene Inszenierung? KJ 2010, 29 ff.

55 Dazu schon *Kocher*, KJ 2010, 29 ff.

56 Zur aktuellen Diskussion auf europäischer Ebene siehe Europäische Kommission, „Summary Report of the responses“ zur öffentlichen Konsultation „Offenlegung von Informationen nicht-finanzieller Art durch Unternehmen“ (2011); Europäisches Parlament, Entschließung zur „sozialen Verantwortung von Unternehmen: eine neue Partnerschaft“ (2006/2133(INI), Punkt 5); *ECCJ*, Principles and Pathways. Legal Opportunities to Improve Europe's Corporate Accountability Framework (2010).

beitragen, Kontrolle, politische Skandalisierung und Thematisierung von Missständen zu ermöglichen; gleichzeitig können gesellschaftliche Verhaltenserwartungen an die Unternehmen kommuniziert werden.

4. Ausblick

Auch die Internationale Arbeitsorganisation (International Labour Organisation, ILO) hat die Rechtsdurchsetzung für das nationale und internationale Arbeitsrecht zu einem ihrer Arbeitsschwerpunkte gemacht. Nachdem bereits 1998 mit der Erklärung über Kernarbeitsnormen ein Schritt zu einer solchen Schwerpunktsetzung unternommen wurde⁵⁷, wurden 2008 in der „Declaration on Social Justice for a Fair Globalization“ vier weitere Konventionen zur Priorität erhoben – die „Governance-Konventionen“, die sich mit der tatsächlichen Durchsetzung des Arbeitsrechts beschäftigen⁵⁸.

Die betriebliche Rechtsdurchsetzung stellt dabei eine Black Box dar. Es mangelt an empirischen Daten darüber, wie sie tatsächlich funktioniert und wie sie verbessert werden könnte. Es lässt sich lediglich vermuten, dass hier ähnliche Barrieren wirken wie in anderen Rechtsschutzverfahren und dass insbesondere Beschäftigte geringes Rechtsbewusstsein und geringes Vertrauen in die Fairness entsprechender Verfahren mitbringen.

Aber wie lässt sich Fairness erzwingen? Dazu bedarf es geeigneter Akteur_innen – und dabei ist auch an die externe öffentliche Beratung oder die Mobilisierung gesellschaftlicher Verantwortung der Verbraucher_innen zu denken. Für beides fehlt es aber noch an einem geeigneten und allgemeinen gesetzlichen Rahmen.

Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Eva Kocher lehrt Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht sowie Zivilverfahrensrecht an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder), Deutschland; kocher@europa-uni.de

57 Ausführlich und kritisch dazu *Alston*, Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime, *European Journal of International Law*, 15/2004, 457 ff.

58 C-81 über Arbeitsaufsicht (1947) sowie C-129 über Arbeitsaufsicht in der Landwirtschaft (1969), dazu C-122 über Beschäftigungspolitik (1964) und C-144 über dreigliedrige Beratungen zur Förderung der Durchführung internationaler Arbeitsnormen (1976).

Dolmetschung als Ausdruck staatlicher Fürsorgepflicht – neue Impulse durch die RL 2010/64/EU

Mira Kadrić

Es ist noch nicht lange her, da wurden gehörlose Kinder in Sonderschulen geschickt. Nach heutigem Verständnis war dieser Zugang schlicht diskriminierend, und doch hat er einen Kern, der für das gegenständliche Thema, das Gerichts- und Behördendolmetschen, von Bedeutung ist. Tatsächlich lässt sich für eine Person kaum ein größeres Hindernis im Alltagsleben denken als die Unkenntnis der Sprache, die die Mehrheit der Menschen in ihrer Umgebung spricht. Diese mangelnde Sprachkenntnis bereitet Schwierigkeiten beim Einkaufen, erschwert den Zugang zur Bildung genauso wie zum Recht und bedeutet geringere Lebensqualität und weniger Entwicklungsmöglichkeiten. Wer immer im fremdsprachigen Ausland einen Verkehrsunfall erleidet, einem Internetbetrug zum Opfer fällt oder eine verwaltungsrechtliche Genehmigung benötigt, wird sich rechtliche Schritte drei Mal überlegen, zu groß ist die Barriere, die die fremde Sprache – neben der abweichenden Rechtsordnung und den unbekanntem Gebräuchen – bildet.

1. Defizitäre Dolmetschung als Hindernis für den Zugang zum Recht

In der Rechtswissenschaft und in der Rechtsprechung kommt der Sprache eine vergleichsweise große Bedeutung zu. Die Unkenntnis der Amtssprache erschwert den Zugang zum Recht a priori erheblich; dieser Nachteil lässt sich, wie noch zu zeigen sein wird, selbst durch Beiziehung einer Rechtsvertretung oder einer Dolmetscherin nicht ohne weiteres aufwiegen. Dazu kommt, dass der „Startnachteil“, den Fremdsprachige im Rechtssystem haben, erst vor kurzem stärker ins Bewusstsein von Gesellschaft und Rechtsberufen getreten ist. Die späte verfassungsrechtliche Anerkennung der Gebärdensprache in der Bundesverfassung im Jahr 2005 ist einer von vielen Belegen dafür. Ein anderes Beispiel wäre die viele Jahre unreflektiert vorgenommene Bestellung von Dolmetschenden für Personen arabischer oder afrikanischer Herkunft. Ohne Bedachtnahme auf die Vielzahl der in diesen Herkunftsgebieten vertretenen unterschiedlichen Sprachen wurde zumeist entweder wahllos eine dieser Sprachen, für die eine Dolmetscherin oder ein Dolmetscher verfügbar war, gewählt, oder gleich auf die Weltsprachen

Englisch oder Französisch ausgewichen. Dabei wurde keine Rücksicht darauf genommen, dass viele Menschen afrikanischer Herkunft einfache Alltagssituationen auf Englisch regeln können, dass ihre Englischkenntnisse aber oft nicht ausreichen, um in einem folgenschweren Gerichtsverfahren eine faire Chance auf Verständigung zu haben.

1.1. Qualitativ defizitäre Dolmetschungen

Nachdem sowohl in Anwaltschaft als auch Justiz das Unbehagen bei der Gerichtsdolmetschung gerade für Menschen afrikanischer Muttersprachen bereits über Jahre angewachsen war, brachte die so genannte „Operation Spring“ um die Jahrtausendwende die Problematik in das Licht einer breiten Öffentlichkeit. Nachdem bei einem Großeinsatz der Polizei in Wien 1999 mehr als 100 Personen als mutmaßliche Drogendealer verhaftet worden waren, beauftragte die Polizei einen von den deutschen Sicherheitsbehörden empfohlenen Dolmetscher für Ibo. Dieser sollte selbst die ihm maßgeblichen Passagen aus Videüberwachungen und aus abgehörten Telefonaten auswählen und diese von ihm ausgesonderten Stellen des reichen Audio- und Videomaterials ins Deutsche übersetzen. Dem Dolmetscher wurde auch die Tätigkeit eines technischen Sachverständigen übertragen, indem er ua die Zuordnung der aufgenommenen Stimmen zu den einzelnen Verdächtigen vornehmen sollte. Trotz Zweifeln an der Richtigkeit seiner Übersetzungen und Zuordnungen wurde der Dolmetscher auch in zahlreichen Hauptverhandlungen am Landesgericht für Strafsachen Wien bestellt. Erst in den Berufungsverfahren wurde geklärt, dass der Dolmetscher entscheidende Stellen der Beweisaufnahme falsch übersetzt hatte, teilweise offenbar in Folge mangelnder Kenntnisse der von einzelnen Verdächtigen verwendeten Sprachen.¹ Im Zusammenhang mit der Feststellung der Sprachkompetenz der Fremdsprachigen legt nun die neue EU-Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren den Staaten neue Verpflichtungen auf. Gemäß Art 2 Abs 4 der RL haben künftig die Staaten ein Verfahren oder einen Mechanismus einzurichten, um festzustellen, ob verdächtige oder beschuldigte Personen die Amtssprache verstehen oder ob sie eine (und damit wohl auch gemeint: welche) Dolmetschung benötigen. Hier besteht für Österreich ein Anpassungsbedarf im Sinne der Schaffung eines Verfahrens zur genaueren Prüfung der Sprachkundigkeit.²

Mit der Operation Spring ist jedenfalls eine Sensibilisierung der österreichischen Gerichtsbarkeit in Dolmetschfragen eingeleitet worden. Im Jahr 2006 veranstalteten Jus-

1 *Bischof*, Operation Spring. Die Einführung des großen Lausch- und Spähangriffes in Österreich aus Verteidigersicht, AnwBl 2006, 12.

2 *Rabussay*, Das Recht auf Übersetzungshilfe vor dem Hintergrund der RL 2010/64/EU und des Budgetbegleitgesetzes 2011, RZ 2011, 265f und 271.

tizministerium und RichterInnenvereinigung gemeinsam eine internationale Enquete zum Gerichtsdolmetschen.³ Seit damals sind Seminare zum Gerichtsdolmetschen Teil der richterlichen Aus- und Fortbildung geworden. So können Richterinnen und Richter etwa Kriterien kennenlernen, aus denen sich auch für Laien Rückschlüsse auf die Qualifikation des/der Dolmetschenden bzw die Qualität der Dolmetschung ziehen lassen.⁴

1.2. Quantitativ defizitäre Dolmetschungen

Ungeachtet dieser Bemühungen wird aber die Bedeutung der vermittelten Kommunikation noch immer nicht in ihrer ganzen Breite erfasst. Zum besseren Verständnis ein Blick in die Praxis der österreichischen Strafgerichte: Denken wir an den Fall eines fremdsprachigen Angeklagten. Für das Gericht stellt sich zum einen die Frage, welche Aktenteile schriftlich übersetzt werden oder dem Verdächtigen zumindest mündlich in geraffter Weise zur Kenntnis gebracht werden sollen. Zum anderen geht es darum, in welchem Ausmaß bei Gerichtsterminen, insbesondere in der Hauptverhandlung, gedolmetscht wird. Gespräche mit der Anwält_innen- und Richter_innenschaft zeigen, dass schriftliche Übersetzungen nur in sehr eingeschränktem Ausmaß erfolgen; wenn überhaupt, dann werden zumeist nur Anklageschriften oder Urteile vollständig schriftlich übertragen. In der Hauptverhandlung ist es Praxis, die fremdsprachige Aussage der Angeklagten in die deutsche Amtssprache dolmetschen zu lassen. Umgekehrt werden auf Deutsch getätigte Zeugenaussagen fremdsprachigen Angeklagten häufig gar nicht und wenn, dann nur in – meist von Dolmetschenden bestimmter – Zusammenfassung zur Kenntnis gebracht.⁵ Dabei wird an Österreichs Gerichten so gut wie ausnahmslos mit Konsekutivdolmetschung gearbeitet – zuerst spricht also die fremdsprachige Person, danach folgt die Dolmetschung, sodass sich die Verhandlungszeit insgesamt verlängert. Die Simultandolmetschung, die zugleich mit dem Originaltext erfolgt (klassisch über Kabinen oder mittels mobiler Geräte, sog „Flüsterkoffer“⁶, die flexibel eingesetzt werden können, oder auch durch einfaches Flüstern ohne technische Hilfsmittel) bedeutet quantitativ ein Mehr an Kommunikation. Sie kann nur in Form der Flüsterdolmetschung⁷ zum Einsatz kommen, da Österreichs Gerichte bisher weder mit Dolmetschka-

3 Vgl näher zur Enquete und ihren Ergebnissen *Scheiber*, Dolmetschen bei Gerichten und Behörden, RZ 2006, 262.

4 Mehr zu solchen Kriterien bei *Scheiber*, RZ 2006, 262.

5 Die gesamte Hauptverhandlung wird fremdsprachigen Angeklagten nur in 29% aller Strafverfahren gedolmetscht; weiteres Zahlenmaterial zum Umfang der Dolmetschung bei *Kadrić*, Sichtbare Gerechtigkeit in gedolmetschten Verhandlungen, *juridikum* 2004, 195.

6 Dabei handelt es sich um ein tragbares Set aus Mikrofon und Funkkopfhörern. Die dolmetschende Person wählt für sich eine günstige Sitz- oder Stehposition im Gerichtssaal, von der aus sie alle Prozessbeteiligten hören und ihre Mimik und Gestik gut sehen kann, und spricht leise in ein Mikrofon, ohne die Prozessbeteiligten dadurch zu stören. Die Prozessbeteiligten sind mit Funkkopfhörern ausgestattet und bekommen so die Dolmetschung simultan geliefert.

7 Beim Flüsterdolmetschen nimmt die Dolmetscherin neben der fremdsprachigen Person Platz und dolmetscht flüsternd den Verhandlungsverlauf; es handelt sich also um eine Simultandolmetschung, die keinen besonderen (finanziellen) Mehraufwand verursacht.

binen ausgestattet sind noch über Flüsterkoffer verfügen, und zwar auch nicht für bedeutende Verfahren wie etwa Geschworenenverfahren. Bestimmte Verhandlungsschnitte werden so gut wie nie gedolmetscht; so etwa das Schlussplädoyer des Verteidigers bzw der Verteidigerin. Die floskelhafte Frage des Gerichts an Angeklagte, ob sie den Worten der Verteidigung etwas hinzufügen wollen, wird so zur Farce.

Vielfach fehlt Datenmaterial zur Quantität und Qualität von Dolmetschungen – Beobachtungen der Praxis und Gespräche mit Vertreterinnen und Vertretern aus Justiz und Anwalt_innenschaft machen aber deutlich, dass quantitativ sehr wenig gedolmetscht wird, wenn fremdsprachige Angeklagte anwaltlich vertreten sind. Die Idee, dass die Rechte der fremdsprachigen Angeklagten durch die Bestellung oder das Vorhandensein einer Verteidigung ohnedies gewahrt sind, ist freilich ein Trugschluss.

2. Unionsrecht und die Umsetzung in Österreich

Der zentrale Anspruch, den aus grundrechtlicher Sicht Art 6 EMRK und nunmehr im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch Art 47 Grundrechtecharta in einem breiteren Anwendungsbereich an die Ausgestaltung des gerichtlichen (Straf)Verfahrens stellt, ist die Fairness des Verfahrens. Das bedeutet ganz allgemein das Recht, umfassend zu verstehen und sich äußern und mitteilen zu können. Wo Fremdsprachige beteiligt sind, können diese Rechte nur durch eine umfassende Dolmetschung gesichert werden. An einem Beispiel erörtert bedeutet dies: Wenn in einem Strafverfahren wegen Körperverletzung der/dem fremdsprachigen Angeklagten die Aussage der Zeug_innen nur gerafft übertragen wird, dann sieht das in der Praxis sinngemäß etwa so aus: „Der Zeuge hat ausgesagt, dass Sie betrunken waren und ihm im Streit eine volle Bierflasche nachgeworfen haben.“ Die vielen Details einer Zeugenaussage fallen unter den Tisch, dem Außenstehenden werden sie oft unerheblich erscheinen. Der Angeklagte, der vor Ort war, kann aber vielleicht gerade an Hand von solch nebensächlich erscheinenden Details die Glaubwürdigkeit des Zeugen erschüttern bzw Widersprüche aufzeigen, etwa wenn der Zeuge die Kleidung des Angeklagten in einer Nebenbemerkung falsch wiedergibt oder eine Uhrzeit fallen lässt, für die der Angeklagte ein Alibi hätte. Dem Angeklagten werden diese Verteidigungsmöglichkeiten aber genommen, wenn ihm Zeugenaussagen nicht in vollem Umfang gedolmetscht werden. Dasselbe gilt für Übersetzungen aus den Akten: Der/die Angeklagte kann wichtige Umstände für seine/ihre Verteidigung nicht nur bzw oftmals gerade nicht aus der Anklageschrift gewinnen, sondern regelmäßig aus anderen Aktenteilen, etwa einem Einsatzbericht der Polizei. Und überall dort, wo es um die Geschehnisse zur Tatzeit geht, hilft die anwaltliche Vertretung wenig. Dem Verteidiger werden viele Details einer Zeugenaussage genau so unbedeutend erscheinen wie dem Gericht, nur der involvierte Angeklagte kann Widersprüche und für ihn Entlastendes erkennen. Dazu kommt, dass das Fragerecht der/des Angeklagten nur dann in seiner Substanz besteht, wenn dem/der Angeklagten die Aussagen eines Zeugen bzw

einer Zeugin möglichst umfassend übertragen werden. Werden nur Bruchteile der Zeugenaussage gedolmetscht oder nur Bruchteile des Aktes übersetzt, dann wird das Frage-recht des/der Angeklagten in seinem Kern ausgehöhlt.

2.1. Der lange Weg zur RL 2010/64/EU

Ein Umdenken hat auch eingesetzt, was die Kontakte eines/r fremdsprachigen Verfahrens-beteiligten mit seiner/ihrer Rechtsvertretung betrifft. Das moderne Verständnis, das sich auch in der RL 2010/64/EU niederschlägt, geht zumindest für den Bereich des Strafverfahrens in die Richtung, dass der Staat fremdsprachigen Verdächtigen Dolmetschleistungen für den Kontakt mit der Rechtsvertretung kostenlos zur Verfügung stellen muss, und zwar nicht nur im Falle der Amts- oder Verfahrenshilfeverteidigung, sondern auch bei der Wahlverteidigung. Erst ein solches Verständnis gewährleistet Fremdsprachigen den gleichen Zugang zum Recht wie Personen, die der Amtssprache kundig sind. Ein faires Verfahren lässt sich ohne sichergestellte Kommunikation zwischen verdächtigter Person und ihrer Verteidigung auch im Vorfeld eines Gerichtstermins kaum herstellen. In einer weiteren Frage zwingt die RL 2010/64/EU zu einem Umdenken und zu legislativer Anpassung: Auch in Fällen der Wahlverteidigung sind künftig die maßgeblichen Aktenteile in die Sprache der fremdsprachigen Verdächtigen zu übersetzen.⁸ Eine solche Auslegung scheint auch im Sinne der Waffengleichheit zwischen öffentlicher Anklage und Verteidigung geboten – beide Seiten sollten den gesamten Akteninhalt kennen und verstehen können. Was hier beispielhaft am gerichtlichen Strafverfahren dargestellt wurde, lässt sich auch auf andere Bereiche der Gerichtsbarkeit sowie auf verwaltungsbehördliche Verfahren übertragen.

Die Arbeiten zum Gerichts- und Behördendolmetschen auf Unionsebene haben sich im letzten Jahrzehnt dynamisch und intensiv gestaltet. Der breite Diskussionsprozess, den die Kommission mit Vertretern der Rechts- und Translationswissenschaft und praktizierenden Dolmetschenden sowie Vertreterinnen und Vertretern der Rechtsberufe über Jahre führte, ist beispielhaft für die umsichtige Vorbereitung eines Legislativprozesses.⁹ Nach drei internationalen Konferenzen zwischen 2001 und 2004¹⁰ und gleich mehreren Gesetzesinitiativen der Kommission sowie einzelner Mitgliedstaaten erließen Rat und Parlament schließlich vor mehr als einem Jahr die RL 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, die von den Mitgliedstaaten bis Oktober 2013 umzusetzen ist. Es handelt sich um den ersten Rechtsakt, den die

⁸ Rabussay, RZ 2011, 267.

⁹ Vgl zu den Vorarbeiten näher Kadrić/Scheiber, Ausgangspunkt Tampere: Unterwegs zum europäischen Strafprozess, *juridikum* 2004, 207.

¹⁰ Hertog (Hrsg), *Aequitas: Access to Justice across Language and Culture in the EU* (2001); Hertog, *Language as a human right: the challenges for legal interpreting*, in Garzone/Viezzi (Hrsg), *Interpreting in the 21st Century* (2002), 145-157; Hertog (Hrsg), *Aequalitas: Equal Access to Justice across Language and Culture in the EU* (2003).

Union unter dem Lissaboner Vertrag mit seinen neuen Unionskompetenzen im Strafrechtsbereich erlassen hat – allein dies zeigt, welchen Stellenwert der Unionsgesetzgeber der Dolmetschung für die Qualität der Strafverfahren beimisst. Die Erwägungen arbeiten die Bedeutung der Dolmetschung heraus, indem sie auf die Unionsarbeiten seit dem Gipfel des Europäischen Rates von Tampere 1999 hinweisen und insbesondere an EMRK und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anknüpfen. Der Rechtsakt bildet einen erfrischenden Wendepunkt zu den vielen restriktiven Gesetzgebungsakten seit 9/11, wenn er in den Erwägungen 17 ff Gedanken zum Schutz der Rechte fremdsprachiger Angeklagter auf einfache und klare Weise ausführt.¹¹

Die Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten, allen fremdsprachigen Beschuldigten und Verdächtigen während eines Strafverfahrens qualitativ ausreichende Dolmetschleistungen zur Verfügung zu stellen, und zwar nicht nur in der Hauptverhandlung, sondern auch für alle Zwischenverhandlungen, polizeilichen Vernehmungen und die Verständigung mit ihrem Rechtsbeistand (Art 2 der Richtlinie). Außerdem wird ein Recht auf schriftliche Übersetzung aller zur Verteidigung wesentlichen Unterlagen geschaffen, zu denen durch ausdrückliche Erwähnung jedenfalls alle Anordnungen freiheitsbeschränkender Maßnahmen, Anklageschriften und Urteile zählen. Ein Verzicht auf dieses Recht ist nur unter besonderen Kautelen möglich (Art 3 der Richtlinie). Dort wo die Richtlinie auf die Qualität der Dolmetschleistungen und Übersetzungen (Art 5) und die Weiterbildung der Justizbediensteten in Dolmetschfragen (Art 6) eingeht, greift sie auch Gedanken auf, die dem Bericht des *Reflexion Forum on Multilingualism and Interpreter Training* entstammen, einer ExpertInnengruppe, die Anfang 2008 von den damaligen Kommissaren für Justiz und Inneres bzw Mehrsprachigkeit, Frattini und Orban, zur Vorbereitung eines Positionspapiers zum Behördendolmetschen in der Europäischen Union eingesetzt wurde. Ergebnis der Arbeiten dieses *Reflexion Forum* war eine 2008 veröffentlichte Empfehlung an die Mitgliedstaaten, die einen Europäischen Referenzrahmen für ein Qualifikations- und Ausbildungsprofil für Gerichts- und Behördendolmetschende enthält. Dieser Referenzrahmen soll helfen, die Ausbildung dieser Dolmetschenden in den Mitgliedstaaten zu vereinheitlichen und dazu beitragen, dass in der gesamten Union hinreichend qualifizierte Dolmetschende in allen benötigten Sprachen zur Verfügung stehen.

11 Vgl etwa Erwägung 19: „Für die Verständigung zwischen verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand sollten Dolmetschleistungen gemäß dieser Richtlinie zur Verfügung gestellt werden. Verdächtige oder beschuldigte Personen sollten unter anderem imstande sein, ihrem Rechtsbeistand ihre eigene Version des Sachverhalts zu schildern, auf Aussagen hinzuweisen, denen sie nicht zustimmen, und ihren Rechtsbeistand über Sachverhalte in Kenntnis zu setzen, die zu ihrer Verteidigung vorgebracht werden sollten.“ Oder in Erwägung 26: „Wird die Qualität der Dolmetschleistungen als für die Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren unzureichend betrachtet, sollten die zuständigen Behörden die Möglichkeit haben, den bestellten Dolmetscher zu ersetzen.“ Bzw Erwägung 27: „Die Fürsorgepflicht für verdächtige oder beschuldigte Personen, die sich in einer potenziell schwachen Position befinden, insbesondere weil sie körperliche Gebrechen haben, die ihre Fähigkeit beeinträchtigen, sich effektiv zu verständigen, ist Grundlage einer fairen Justiz. (...)“

Keinen Eingang in die Richtlinie hat entgegen den Wünschen der Kommission die verpflichtende Audio- und Videoaufzeichnung gedolmetschter Verhandlungen oder Vernehmungen gefunden, die in ersten Entwürfen enthalten war.¹² Sinnvoll wäre die Einführung der Audio- oder Videoaufzeichnung nichtsdestotrotz, zumal die Richtlinie in Art 2 Abs 5 vorsieht, dass die Möglichkeit zur Beanstandung der Qualität von Dolmetschleistungen bestehen muss und die einfachste und wohl einzig effektive Form der Nachprüfbarkeit der Dolmetschung in einer Audio-/Videoaufzeichnung besteht. Studien zeigen freilich einen (nicht ganz nachvollziehbaren) Widerstand der Richterinnen und Richter gegen Aufzeichnungen.¹³ Am Landesgericht Korneuburg und bei der neu eingerichteten Zentralen Staatsanwaltschaft zur Verfolgung von Wirtschaftsstrafsachen und Korruption wird die generelle Aufzeichnung von Hauptverhandlungen bzw staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen mit Erfolg praktiziert – sichert sie doch auch die Richterinnen und Richter und Staatsanwältinnen und Staatsanwälte gegen unberechtigte Vorwürfe ab.

Schließlich garantiert die Richtlinie hör- und sprachgeschädigten Personen angemessene Unterstützung (Art 2 Abs 3). In Österreich erfuhr diese Personengruppe erst in den letzten Jahren eine Gleichstellung durch die verfassungsrechtliche Anerkennung der Gebärdensprache im Jahr 2005 und diverse gesetzliche Anpassungen, etwa im Straf- und Zivilverfahrensrecht. Es geht dabei um den Zugang zum Recht für eine große Bevölkerungsgruppe; aus Platzgründen kann hier auf die Gebärdensprache nicht im Detail eingegangen werden. Grundsätzlich ist die Gebärdensprache aber allen Lautsprachen, die von der Amtssprache abweichen, gleichzuhalten. Gehörlosen oder hörbeeinträchtigten Menschen kommen daher dieselben Rechte zu wie allen anderen hier als fremdsprachig bezeichneten Verfahrensbeteiligten.

2.2. Umsetzungsbedarf der RL 2010/64/EU in Österreich

Gleich nach Erlassung der Richtlinie hat die österreichische Gesetzgebung in Vernachlässigung der europäischen und österreichischen Diskussion einen Schritt zurück gemacht. Mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 (BGBl I Nr 2010/111) wurden die gesetzlichen Anforderungen an die Qualität der Dolmetschung im Strafverfahren gänzlich eliminiert. Mussten die Strafgerichte bis Juni 2011 gem § 126 Abs 2 StPO aF primär gerichtlich beedete und zertifizierte (also geprüfte und in die gerichtliche Liste eingetragene) Dolmetschende beiziehen, so sind seit 1.7.2011 primär vom Justizministerium oder der Justizbetreuungsagentur entsandte Dolmetschende zu verwenden (§ 126 Abs 2a StPO). Für diese bereitgestellten Dolmetschenden verzichtet das Gesetz auf jegliches

12 Näher dazu *Kadrić/Scheiber*, *juridikum* 2004, 207.

13 Vgl *Kadrić*, Dolmetschen und EMRK, in *BMJ* (Hrsg) *Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens*. RichterInnenwoche 2010, 255–266.

Qualitätskriterium, was der neuen EU-Richtlinie zuwiderlaufen könnte.¹⁴ Nach erster Prüfung erfordert die RL 2010/64/EU wohl eine ganze Reihe von Anpassungen der österreichischen Strafrechtsordnung:¹⁵ Neben dem schon erwähnten Verfahren zur Feststellung der Sprachkenntnisse der Verdächtigen, der Sicherstellung einer qualifizierten Dolmetschung auch für außergerichtliche Besprechungen der Verdächtigen mit ihrer (Wahl)Verteidigung und der schriftlichen Übersetzung wichtiger Aktenstücke auch im Falle der Wahlverteidigung muss künftig auch der Anspruch der Verdächtigen auf qualifizierte Dolmetschleistungen bei kriminalpolizeilichen Vernehmungen gesetzlich abgesichert werden. Diesem letzteren Anspruch, den die Richtlinie schafft, kommt für Österreich besondere Bedeutung zu. Während die Strafgerichte bereits bisher ganz überwiegend gerichtlich beidete und zertifizierte Dolmetschende beizogen, bildet die Dolmetschsituation bei polizeilichen Vernehmungen im Rahmen des Strafverfahrens die Achillesferse der Dolmetschung für fremdsprachige Verdächtige. Die in einer Studie¹⁶ getätigten Angaben von Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten, zu einem hohen Prozentsatz mit qualifizierten, zertifizierten Dolmetschenden zu arbeiten, stehen nämlich in Widerspruch zu jüngsten Erhebungen unter 200 zertifizierten Dolmetschenden sowie zur Auswertung von Gerichtsakten. Letztere ergaben unter anderem, dass im Raum Wien nur in 14% der polizeilichen Vernehmungen zertifizierte Dolmetschende beigezogen werden. In der großen Mehrzahl der Fälle kommen nicht zertifizierte Dolmetschende zum Einsatz. Vielfach dolmetschen auch Angehörige und Bekannte der fremdsprachigen Person sowie Polizeibeamtinnen und -beamte selbst.¹⁷

3. Schlusswort

Eine qualitativ oder quantitativ defizitäre Dolmetschung ist ein schweres Hindernis für den Zugang zum Recht, im Strafverfahren genauso wie in einem familienrechtlichen Verfahren oder im regelmäßig existenziell bedeutsamen Asylverfahren,¹⁸ aber auch in einem sozialversicherungs- oder gewerberechtlichen Verfahren. Die Maßstäbe, die im Dolmetschbereich von Internationalen Gerichten seit den Nürnberger Prozessen gesetzt wurden und heute etwa beim EuGH in Luxemburg oder beim ICTY in Den Haag bestehen, können für die Masse der Verwaltungs- und Gerichtsverfahren nicht eins zu eins

14 In diesem Sinne *Rabussay*, RZ 2011, 270, und *Scheiber*, Budgetbegleitgesetz 2011: Kalte Dusche für Justiz und Rechtsberufe, *juridikum* 2011, 6 (7).

15 *Rabussay*, RZ 2011, 271.

16 Im Rahmen einer weiter gehenden Studie wurden aus dem Polizeibereich 237 Beamtinnen und Beamte aus ganz Österreich zur Rekrutierung von Dolmetschenden befragt. Mehr dazu bei *Kadrić*, „Polizei. Macht. Menschen. Rechte.“ Rekrutierung von Polizeidolmetschenden im Lichte empirischer Forschung, in *Abrens/Albl-Mikasa* (Hrsg), Festschrift für Sylvia Kalina (im Druck).

17 Studien zum Polizeidolmetschen in Deutschland bringen ähnliche Ergebnisse. Vgl dazu *Stanek*, Dolmetschen bei der Polizei. Zur Problematik des Einsatzes unqualifizierter Dolmetscher (2011),.

18 Zum Asylverfahren vgl *Pöllabauer*, „I don't understand your English, Miss“: Dolmetschen bei Asylanörungen (2005).

umgesetzt werden. Selbstverständlich werden Behörden und Gerichte beim Mitteleinsatz oft abwägen müssen; doch manches ließe sich kostengünstig oder ohne Mehrkosten bewerkstelligen. Durch einen breiteren Einsatz des Flüsterdolmetschens könnte eine umfassende Dolmetschung in vielen Verfahren ohne Mehrkosten hergestellt werden. Für bedeutende Verfahren wie Geschworenenverfahren oder Verfahren im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität wären wohl Simultandolmetschungen über Dolmetschkabinen die einzig zeitgemäße Lösung. Die entsprechende Ausstattung jeweils eines großen Verhandlungssaals an den österreichischen Landesgerichten sollte eine auch in Sparzeiten mögliche langfristige Investition sein. Darüber hinaus gibt es auch kostengünstigere Dolmetschanlagen, etwa die erwähnten „Flüsterkoffer“.

Was die Qualität der Dolmetschungen betrifft, so hat sich das österreichische Listenwesen der gerichtlich beideten und zertifizierten Dolmetschenden wohl bewährt. Für viele benötigte Sprachen fehlen aber nach wie vor ausgebildete Dolmetschende; hier wäre die Einrichtung universitärer Lehrgänge mit einer sprachübergreifenden Dolmetschausbildung ein Gebot der Stunde. Ein Zusammenwirken von Bund, Ländern und Gemeinden bei der Einrichtung solcher Lehrgänge wäre naheliegend; die so qualifizierten Dolmetschenden werden nicht nur von Gerichten und Behörden, sondern auch im Bildungs- und Gesundheitswesen dringend benötigt (für Elternsprechtage, Spitalsambulanzen etc). Die Schaffung solcher Ausbildungen stünde im Einklang mit den europäischen Entwicklungen des letzten Jahrzehnts. Sowohl Europarat als auch Europäische Union haben sich in den letzten zehn Jahren intensiv mit der Frage der Dolmetschung im öffentlichen Raum auseinandergesetzt. Das Gerichts- und Behördendolmetschen nimmt neben der Dolmetschung im Bildungs- und Gesundheitswesen einen prominenten Platz in den einschlägigen Arbeiten ein.

Die RL 2010/64/EU sendet ein wichtiges Signal an die Justizsysteme, sich die Bedeutung der Dolmetschung bewusst zu machen. Die Richtlinie schafft Mindestanforderungen für gerichtliche Strafverfahren, deren Umsetzung zumindest auch für andere Verwaltungs- und Rechtsprechungsbereiche zu wünschen wäre, die für Menschen existenzielle Bedeutung haben, etwa für Asylverfahren. Für Österreich wäre im Sinne eines gleichen Zugangs zum Recht auch für Menschen, die der deutschen Amtssprache nicht (ausreichend) kundig sind, eine rasche, vollständige und möglichst breite Umsetzung der Richtlinie wünschenswert, was eine neuerliche Umgestaltung der mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 geschaffenen Regelungen des Strafprozessrechts erfordern dürfte. Mit diesen Anpassungen sollte eine weitere Sensibilisierung der Rechtsberufe, aber auch der bei den Gerichten tätigen Beamtinnen und Beamten, für Dolmetsch- und – weiter gedacht – Kommunikationsfragen einhergehen. Einen Schwerpunkt sollte die intensive Beschäftigung mit dem lange vernachlässigten Gebärdensprachdolmetschen bilden. Nur mittelfristig wird sich der Bedarf nach Dolmetschenden für seltenere Sprachen decken lassen; dazu müssten erst Ausbildungslehrgänge geschaffen werden. Für Sprachen, in denen ausreichend Dolmetschende vorhanden sind, sollte gesetzlich gesichert werden,

dass Gerichte und Behörden ausschließlich qualifizierte Dolmetschende beiziehen dürfen. Eine effiziente Möglichkeit der Überprüfung der Qualität von Dolmetschung wäre die generelle Audio- oder Videoaufzeichnung gedolmetschter Verhandlungen und Vernehmungen. Sie würde neben der Protokollfunktion die Leistungen der qualifizierten Dolmetschenden dokumentieren und könnte nicht ausreichend qualifizierte Personen davon abhalten, Behörden- und Gerichtsaufträge anzunehmen.

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Mira Kadrić lehrt und forscht am Zentrum für Translationswissenschaft der Universität Wien und ist Autorin des Standardwerks *Dolmetschen bei Gericht*. Sie verfügt auch über langjährige Praxis als Gerichtsdolmetscherin; mira.kadric-scheiber@univie.ac.at

Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht

Caroline Voithofer¹

Eine Voraussetzung für einen offenen Zugang zum Recht ist es, dass alle Rechtsadressat_innen die Möglichkeit haben, sich über „ihr Recht“ zu informieren – sich also Rechtskenntnis und Anspruchswissen² verschaffen können.³ In diesem Beitrag erinnere ich zu Beginn daran, dass das ABGB auch durch § 12 ABGB – sein Wortlaut schließt die generelle Wirkung von Gerichtsentscheidungen aus – den Zugang zum Privatrecht sichern wollte. Das Gesetz war primär als Informationsquelle für die Bürgerinnen und Bürger gedacht. Es schuf aber auch Rechtssicherheit und diente der Gewaltenteilung und Herrschaftssicherung. Im Anschluss an die kurze historische Betrachtung beschäftige ich mich mit der Frage, ob Gerichtsgebrauch eine Rechtsquelle sein und somit entgegen § 12 ABGB generelle normative Kraft besitzen kann. Erwähnt werden dabei die Wirkungen des Gerichtsgebrauchs auf Rechtsanwendung und -beratung sowie die Vorlageverpflichtung nationaler Gerichte an den EuGH. Danach behandle ich mögliche Konsequenzen auf die Rechtskenntnis der Normadressat_innen. Diese Überlegungen führe ich abschließend in rechtspolitische Forderungen zusammen.

1. ABGB: Ein Gesetz für die Bürger_innen?

Der Rechtsadressat_innenkreis umfasste primär die Bürger_innen.⁴ Martini wollte ein Volksgesetzbuch schaffen⁵ und daher war der Gesetzestext erstmalig in der Sprache der Bürger_innen – nämlich in Deutsch – verfasst. Was uns heute als Selbstverständlichkeit

1 Für wertvolle Kritik habe ich allen voran Prof Heinz Barta zu danken. Zudem danke ich meinen Kolleg_innen vom Innsbrucker Zivilrechts-Assistent_innen-Jour-Fixe: Evelyn Gallmetzer, Simon Laimer, Mandeep Lakhan, Awaalom Daniel Moussa und Özlem Taban.

2 Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung (2011) 212 f.

3 Diesem Beitrag liegt zunächst ein primär setzungsorientierter Rechtsbegriff zugrunde. Wäre es ein wirksamkeitsorientierter, so wäre Rechtskenntnis nicht möglich. Zur Unterscheidung: *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts (2002).

4 Der Begriff der Bürger_innen ist im Sinne § 33 ABGB um „Fremde“ zu erweitern. Er ist also nicht deckungsgleich mit dem Begriff der Staatsbürger_innen.

5 Barta, Martini Colloquium. Begrüßung und Einführung, in Barta/Palme/Ingenhaeff, Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998 (1999) 33; Lässer, Martinis Rechtsphilosophie und das österreichische Privatrecht (2008) 133.

erscheint, war im 18. Jahrhundert eine wesentliche Neuerung, die den geänderten Rechtsadressatinnenkreis zum Ausdruck bringt.⁶ Das neue Recht richtete sich nicht mehr primär an den Rechtsstab, sondern unmittelbar an die Bürgerinnen. Im Kundmachungspatent hieß es dazu in Abs 1:

„[...] daß die bürgerlichen Gesetze, um den Bürgern volle Beruhigung über den gesicherten Genuß ihrer Privatrechte zu verschaffen, nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit, sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner bestimmt, in einer ihnen verständlichen Sprache bekannt gemacht, und durch eine ordentliche Sammlung in stetem Andenken erhalten werden sollen [...].“

Der Gesetzestext sollte allgemeinverständlich und möglichst vielen zugänglich sein.⁷ Mit einem Blick ins Gesetzbuch sollten die Rechtsadressatinnen ihre Rechte und Pflichten feststellen und sich dadurch rechtskonform verhalten können. § 12 ABGB bestimmte, dass „richterliche Aussprüche nie die Kraft eines Gesetzes“ haben und nicht „auf andere Fälle oder auf andere Personen [...] ausgedehnt werden“ dürfen. Durch Gerichtsentscheidungen sollten lediglich individuelle und keine generellen Normen geschaffen werden. Die Bestimmung betont für sich allein und verstärkt im Zusammenwirken mit der authentischen Interpretation des § 8 ABGB⁸ die Gewaltenteilung. Nur dem Monarchen/der Monarchin⁹ stand die Gesetzgebungskompetenz zu. Den Bürgerinnen andererseits wurde Rechtssicherheit geboten. Im Gegenzug für die Rechtssicherheit wurde und wird von ihnen nach wie vor gemäß § 2 ABGB Rechtskenntnis erwartet.¹⁰ Niemand sollte sich mit Rechtsunkenntnis ab Kundmachung entschuldigen können. Für die Rechtsadressatinnen waren nur jene Rechtswirkungen maßgeblich, die im Zeitpunkt ihrer rechtlich relevanten Handlungen in Geltung waren. Der Monarch/die Monarchin begrenzte die eigene Willkür durch das Rückwirkungsverbot des § 5 ABGB. In diesem System wird § 10 ABGB verständlich, der „Gewohnheiten“ nur dann für berücksichtigungswert erklärt, wenn ein Gesetz sich darauf beruft. Unabhängig von der Frage, ob durch § 10 ABGB Gewohnheitsrecht generell ausgeschlossen wurde, war dem ABGB bereits 1811 die Möglichkeit mitgegeben, durch Gerichtsgebrauch generelle Normen zu schaffen. Der berühmte § 7 ABGB¹¹ mit seinen Möglichkeiten der Analogie

6 Zur unterschiedlichen Meinung von Martini und Zeiler in dieser Frage: *Barta*, Martini 39 und *derselbe*, Karl Anton von Martinis bleibende Bedeutung für die österreichische und europäische Rechtswissenschaft, in *Barta/Pallaver*, Karl Anton von Martini. Ein österreichischer Jurist, Rechtslehrer, Justiz- und Bildungsreformer im Dienste des Naturrechts (2007) 87 f.

7 Zu Martinis legistischen Maximen: *Barta*, Martini 26-29; *Lässer*, Martinis Rechtsphilosophie 132-136.

8 „Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. [...]“, idF JGS 946/1811.

9 Heute kommt diese Rolle Nationalrat oder Landtag zu (vgl Art 24, 95 B-VG).

10 Ein Rechtsirrtum kann dennoch in manchen Fällen beachtlich sein. So etwa die aus Rechtsirrtum gezahlte Nichtschuld nach § 1431 ABGB. Dazu: *Gschmitzer*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (1966) 18. Jüngst: OGH 26.4.2011, 8 Oba 21/11p, wbl 2011 446.

11 Zur Auseinandersetzung um § 7 ABGB etwa: *Barta*, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken² II (2004) 723-730 mwN.

bis zur Entscheidung nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen, musste über längere Zeiträume hinweg unweigerlich zu Gerichtsgebrauch führen.¹²

2. Rechtsquelle, Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch¹³

Bei der Frage, ob (höchst)gerichtlichen Entscheidungen generelle Wirkung zukommen kann, geht es um ihren möglichen Rechtsquellencharakter.¹⁴ Oder anders formuliert: Kann Gerichtsgebrauch Recht schaffen?¹⁵ Daran scheiden sich die „rechtsdogmatischen Geister“ seit Generationen.¹⁶ Eine Klärung der Begriffe „Rechtsquelle“, „Gerichtsgebrauch“ und „Gewohnheitsrecht“ scheint unverzichtbar, bevor es darum geht, Wirkungen des Gerichtsgebrauchs auf die Rechtskenntnis zu behandeln.

Die *Rechtsquellenlehre* beschäftigt sich mit der Frage, wie generelle Rechtsnormen entstehen.¹⁷ Gesetztes, staatliches Recht ist mittlerweile als Rechtsquelle unbestritten, sofern es nicht „[...] der Gerechtigkeit in unerträglichem Maße widerspricht [...]“.¹⁸ Dass daneben *Gewohnheitsrecht* als Rechtsquelle in Frage kommt, wird von manchen deswegen bestritten, weil es die österreichische Bundesverfassung nicht ausdrücklich als Rechtsquelle anführt.¹⁹ *Gschnitzer* konnte aber die dagegen angeführten Argumente überzeugend entkräften, sodass hier der Verweis auf seine Ausführungen genügen kann.²⁰ Wenn es eine Einigung darüber gibt, dass sowohl das staatlich gesetzte Recht und das Gewohnheitsrecht derselben Quelle – nämlich dem darauf ausgerichteten Gemeinwillen – entstammen, wird die Diskussion im Grundsätzlichen obsolet und das

12 Vgl dazu *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 20: „Der Gesetzgeber überschätzt seine Macht, wenn er das Gewohnheitsrecht beseitigen will. Versuche in diese Richtung – so auch § 10 – sind immer gescheitert; sie konnten höchstens die Bildung von Gewohnheitsrecht erschweren.“

13 Eine ausführliche Erörterung der in diesem Unterkapitel nur berührten Fragenkreise nimmt sich die Autorin für einen anderen Beitrag vor.

14 *F. Bydlinski*, Methodenlehre² (1991) 501; *derselbe* in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000) § 12 ABGB Rz 1; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ I (2011) § 12 ABGB Rz 1.

15 *Gschnitzer*, Schafft Gerichtsgebrauch Recht? in FS zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes 1850–1950 (1950) 41–54, zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Franz Gschnitzer Lesebuch (1993) 467–482. Hinter dieser Frage verbirgt sich letztlich nicht weniger als ein Streit um Rechtsbegriffe und die daran weiter anknüpfende Frage, an welche Normen ein Gericht bei seiner Entscheidung gebunden ist. *Gschnitzer* merkte dazu treffend an: „[...] vieles, was Gesetz wird, wird deshalb noch nicht Recht; so wie vieles, was Recht ist, sich in den Gesetzen nicht findet.“ *Gschnitzer*, Gerichtsgebrauch zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Lesebuch 468.

16 Vgl etwa *Gschnitzer*, Gerichtsgebrauch zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Lesebuch 467.

17 *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 17; *Barta*, Zivilrecht² II 736.

18 *Kaufmann*, Rechtsphilosophie² (1997) 137. Dabei handelt es sich um die sogenannte Radbruchsche Formel (vgl. *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in SJZ (1946) 105 ff).

19 So etwa: *Walter*, Die Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand, in ÖJZ (1963) 225–232. *Jestaedt*, Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur – Rechtsprechung von Grenzorganen aus Sicht der Reinen Rechtslehre, in Jabloner (Hg), Wirken und Wirkungen höchstrichterlicher Judikatur. Symposium zum 60. Geburtstag von Heinz Mayer (2007) 17 ff.

20 *Gschnitzer*, Gerichtsgebrauch; *derselbe*, Allgemeiner Teil 19 f; *derselbe*, Gibt es noch Gewohnheitsrecht? in Verhandlungen des 3. Österreichischen Juristentages 1967 II zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Lesebuch 24–43.

Augenmerk kann auf die Frage gerichtet werden, wie sich dieser Gemeinwille auszudrücken hat, damit er zur Rechtsquelle wird. Im Falle von staatlich gesetztem Recht findet sich die Antwort darauf im formellen Verfassungsrecht. Gewohnheitsrecht entsteht – und ist dann zugleich Rechtsquelle – wenn eine Gemeinschaft eine langandauernde Übung in dem Bewusstsein befolgt, dass damit eine verbindliche Rechtsregel verwirklicht wird.²¹ Die rechtsschöpfende Gemeinschaft hinter dem gesetzten staatlichen Recht und hinter dem Gewohnheitsrecht ist dann dieselbe, wenn das Recht – im Sinne des Art 1 zweiter Satz B-VG – vom Volk ausgeht. Nichtkodifizierte Rechtsbräuche – wie das Wandern auf Waldwegen ohne einverlebte Wegeservitut – sind damit zumeist unbestritten.

Stärker legitimationsbedürftig ist die Behauptung, dass auch durch *Gerichtsgebrauch* Gewohnheitsrecht entstehen kann. In diesem Fall würde auf den ersten Blick das Recht nicht vom Volk, sondern von den Gerichten ausgehen und die Gewaltenteilung durchbrochen.²² *Gschnitzer* löst die Frage dadurch, dass er an den Gerichtsgebrauch erhöhte Anforderungen stellt, bevor er ihn als Gewohnheitsrecht anerkennt.²³ Der Gerichtsgebrauch muss demnach stetig sein und damit das Vertrauen erzeugen, dass gleichartige Fälle nach derselben Regel entschieden werden. Er muss sich allgemein durchgesetzt haben.²⁴ Dabei schreibt *Gschnitzer* der Lehre die Verantwortung zu, Widersprüche gegen einen sich etablierenden Gerichtsgebrauch zu erheben. Als Wirkung von mehreren Entscheidungen, die gleichgelagerte Fälle nach derselben Regel entscheiden, bildet sich auch die darauf gerichtete Rechtsüberzeugung bei den Rechtsadressat_inn_en aus. Erst wenn sich die Rechtsüberzeugung beim Souverän – dem Volk – ausgebildet hat, wird ein Gerichtsgebrauch zu Gewohnheitsrecht. Gerichtsgebräuche sind heute die häufigste Form von innerstaatlichem Gewohnheitsrecht.²⁵ Sowohl zu *Gschnitzers* Zeiten als auch heute finden sich noch zahlreiche Stimmen, die dem Gerichtsgebrauch den Rechtsquellencharakter kategorisch absprechen.²⁶ Ihnen allen ist immer noch mit *Gschnitzer* ent-

21 *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 20; *Barta*, Zivilrecht² II 742 f; *F. Bydliński*, Methodenlehre² 215.

22 *Barta*, Zivilrecht² II 743. Unproblematisch im Sinne der Legitimation durch die Normunterworfenen erscheinen jene Fälle, in denen Gerichte eine in der Bevölkerung bestehende Gewohnheit in ihren Entscheidungen festschreiben und damit anerkennen (vgl. *Ehrlich*, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (1907)). Als nur ein Beispiel unter vielen kann man den nach wie vor gesetzlich nicht geregelten Eigentumsvorbehalt nennen. An dem Beispiel wird deutlich, dass die Frage, welcher Gerichtsgebrauch Gewohnheitsrecht selbst erzeugt und welcher bloß Gewohnheitsrecht, das unabhängig von der Rspr in der Bevölkerung entstanden ist, anerkennt, durch Einzeluntersuchungen belegt werden müsste.

23 *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 21.

24 Damit wäre wohl auch der Kundmachung genüge getan. Eine allgemeine Rechtsüberzeugung braucht keine Kundmachung im BGBl. Zur Gebotenheit der Publikation von OGH-Entscheidungen im Internet: *Thiele*, Die Publikation von Gerichtsentscheidungen im Internet, in RZ 1999, 215–218.

25 Vgl. *Barta*, Zivilrecht² II 741 f mwN.

26 Etwa: *Pisko* in Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I 1/1 (1933) § 12 ABGB 175; *Walter*, Gewohnheit 225–232; *F. Bydliński*, Methoden² 502 f; und ident *derselbe* in Rummel, Kommentar I³ § 12 ABGB Rz 1, 3; *Domej*, Höchstergerichtliche Rechtsprechung im Zivilrecht, in Jabloner, Wirken 68; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 12 ABGB; in diesem Sinn wohl auch: *Stefula*, Rechtsnatur, Verbindlichkeit und Zulässigkeit nichtlegislativer Tabellen, in JRP 2002, 146–154; abgeschwächt: *P. Bydliński* in KBB, Kurzkomentar³ § 12 ABGB.

gegen zu halten: „[...] wie will man dann die durch Gerichtsgebrauch eingetretene Fortbildung unseres gesetzten Rechts erklären?“²⁷ Dabei mangelt es nicht an Antwortversuchen. Sie sind aber – soweit überblickbar – alle unbefriedigend geblieben. Die Unterscheidung zwischen Rechtsentstehungs- und Rechtserkenntnisquelle sowie das Einführen einer subsidiären Geltung von Präjudizen sind Versuche, durch das Einführen neuer Begriffe, das Problem zu beseitigen. Dass die Ausgangsfrage unbeantwortet bleibt, davon mögen einige direkte Zitate zeugen:

„Faktisch wurden jedenfalls ganze Rechtsinstitute durch die Rspr, häufig in Zusammenarbeit mit der Rechtswissenschaft, geformt [...].“²⁸

„Nach hA²⁹ ist der unleugbare Einfluß der Präjudizien dagegen ein bloß rechtssoziologisch interessantes Faktum; eine ‚Rechtsgewohnheit‘ mit Bedeutung für die Entscheidungsprozesse [...].“³⁰

„Die praktische Bedeutung zumal höchstgerichtlicher Judikatur für gleich gelagerte Rechtsfragen [...] kann allerdings nicht hoch genug eingeschätzt werden.“³¹

„Wenig problematisch ist etwa die Verbindlichkeit einer ständigen Judikatur des OGH; weit heikler die Bindung an eine einzelne unveröffentlichte Entscheidung eines Gerichts erster Instanz [...].“³²

„Kann den Ergebnissen der Rechtsprechung in einem auf Kodifikation und Gewaltentrennung beruhenden Rechtssystem kontinentaleuropäischer Tradition nicht der Rang einer dem Gesetz gleichwertigen Rechtsquelle eingeräumt werden, kommt gleichwohl der Rechtsprechung, insbesondere jener des Höchstgerichtes, eine große praktische Bedeutung zu.“³³

Der Gerichtsgebrauch sei bloßes Faktum mit großer praktischer Bedeutung und mit Verbindlichkeit ausgestattet, sofern er dem OGH zuzurechnen ist und der Gerichtsgebrauch formte „ganze Rechtsinstitute“. Die normative Wirkung des Gerichtsgebrauchs kann inhaltlich daher als unbestritten angesehen werden, solange sie nicht als solche benannt wird, sondern von faktischen Wirkungen gesprochen wird. Lediglich die Bezeichnung als Rechtsquelle, Recht oder Norm wird von manchen kategorisch abgelehnt.³⁴ Davon zeugt auch, dass die Haftung von Anwälten, Anwältinnen und sonstigen in der Rechtsberatung tätigen Personen, wenn sie die aktuelle OGH-Rechtsprechung

27 *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 21.

28 *F. Bydliński*, Methodenlehre² 502; beinahe wortgleich in Rummel, Kommentar³ I § 12 ABGB Rz 2.

29 Welche Ansicht herrschend sein soll, bleibt dabei die offene Frage.

30 *F. Bydliński* in Rummel, Kommentar³ I § 12 ABGB Rz 2. Bereits beinahe ident *derselbe*, Methodenlehre² 503.

31 *P. Bydliński* in KBB, Kurzkomentar³ § 12 ABGB Rz 1.

32 *P. Bydliński* in KBB, Kurzkomentar³ § 12 ABGB Rz 2.

33 *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 12 ABGB Rz 2. Nur kurz sei daran erinnert, dass auch das österreichische Recht „erst“ seit dem 18./19. Jahrhundert umfassend kodifiziert wurde, sodass das historische Argument nur bedingt greifen kann.

34 Für die tiefgehende Auseinandersetzung mit den jeweils vorgebrachten Argumenten scheint mir ein eigener Beitrag erforderlich zu sein.

nicht kennen, anerkannt wird, obwohl auch sie erst durch die Rechtsprechung abgesichert wurde.³⁵

F. Bydlinski hat zudem zugebilligt, dass durch Gerichtsgebrauch „ganze Rechtsinstitute [...] geformt“ wurden.³⁶ Es handelt sich dabei um praktisch so bedeutende Rechtsinstitute wie den Eigentumsvorbehalt, die Besitzeinweisung oder die culpa in contrahendo. Aber nicht nur, wenn keine gesetzlichen Regelungen vorhanden sind, sondern auch *contra legem* wirkt die Rechtsprechung generell und rechtsbildend. So bei der nur teilweisen Anwendung der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB auf Behandlungsverträge.³⁷ Dass die richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* ausgeschlossen sei,³⁸ bleibt daher eine Behauptung, die sich mit der Realität nicht verträgt.

Zu erwähnen ist auch die Vorlageverpflichtung des OGH an den EuGH gemäß Art 267 AEUV sowie an die Bindung der nationalen Gerichte an gewisse *EuGH-Entscheidungen*. Dass innerstaatliche Gerichte an EuGH-Entscheidungen, die Richtlinien auslegen, gebunden sind, wenn diese Auslegung eine entscheidungserhebliche Vorfrage darstellt oder die Frage erneut dem EuGH vorlegen müssen, scheint auch von jenen angenommen zu werden, die Gerichtsgebrauch als Rechtsquelle ablehnen.³⁹ „Urteile des EuGH, die alle Gerichte der Mitgliedsstaaten auch für andere Fälle binden, schaffen objektives Recht [...]“. ⁴⁰ Dazu wird nicht einmal gefordert, dass sich ein Gerichtsgebrauch etabliert hätte. EuGH-Entscheidungen wird also Gesetzeskraft zuerkannt, hingegen nicht dem Gerichtsgebrauch nationaler Gerichte.

Gerichtliche Entscheidungen sind zunächst individuelle Normen und solange auch mit § 12 ABGB vereinbar. In jeder einzelnen Gerichtsentscheidung werden generelle Normen entsprechend § 6 und § 7 ABGB angewendet und ausgelegt.⁴¹ Das Auslegungsergebnis fließt wiederum in Lehre und Rechtsprechung ein.⁴² Aus zunächst legitimationsbedürftigen Ansichten wird durch ihre Übernahme in Kommentare, kommentierte Gesetzesausgaben, Entscheidungssammlungen und andere Gerichtsentscheidungen Wissen. Im Fall des Vorliegens einer Lücke und ihrer Schließung im Sinn des § 7 ABGB ist

35 F. Bydlinski in Rummel, Kommentar³ I § 12 ABGB Rz 5 mwN; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 12 ABGB Rz 3 mwN.

36 F. Bydlinski, Methodenlehre² 502; beinahe wortgleich *derselbe* in Rummel Kommentar³ I § 12 ABGB Rz 2. Siehe Gschmitzer, Gerichtsgebrauch zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Lesebuch 471 f.

37 Vgl Barta, Zivilrecht² II 696 f mwN.

38 Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 12 ABGB Rz 9.

39 P. Bydlinski, in KBB, Kurzkomentar³ § 12 ABGB Rz 4; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 12 ABGB Rz 14. Umfassend: Dobler, Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in Roth/Hilpold, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten (2008) 509–559 mwN. Aus rechtssoziologischer Sicht: Röhl, Vorlagepflicht als Auslegungsverbote, <http://www.ruhr-uni-bochum.de/rszolog/daten/pdf/Roehl%20-%20Vorlagepflichten%20als%20Auslegungsverbote.pdf> (15.2.2012).

40 Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ I § 12 ABGB Rz 14.

41 Barta, Zivilrecht² II 742 f.

42 Als nur ein Beispiel von vielen möglichen, sei hier die Entwicklung der sogenannten „Prozentwertmethode“ für die Berechnung des Unterhalts bei aufrechter Ehe erwähnt. Aus dem reinen Wortlaut des § 94 ABGB lässt sich keine Prozentmethode ableiten. In allen aktuellen Kommentaren zu § 94 ABGB ist die Berechnung von Unterhaltsansprüchen hingegen nach dieser Methode angeführt.

gar keine statuierte Regel vorhanden. Dabei ist die entstehende individuelle Norm zunächst eine Ausnahme, die durch Lehre und Rechtsprechung langsam zur Regel wird.⁴³ Durch die Berücksichtigung in der Auslegung wird die Entscheidung – oder zumindest der aus ihr abgeleitete Rechtssatz – reaktualisiert und damit bestätigt. Den Entscheidungen kommt damit die Wirkung einer generellen Norm zu. Rechtsdogmatisch werden sie aber erst dann und entgegen § 12 ABGB zur generellen Norm, wenn sie sich in Form eines Gerichtsgebrauchs als Rechtsquelle zu Gewohnheitsrecht – wie oben beschrieben – verfestigt haben.⁴⁴ Das einzig Unsichere daran ist der Zeitpunkt, wann ein Gerichtsgebrauch zu Gewohnheitsrecht wird.⁴⁵ Diskurstheoretisch formuliert, kommt der Rechtsprechung als Teil des juristischen Spezialdiskurses die Definitionsmacht über „das Recht“ zu.⁴⁶ Mit dieser Sicht geht einher, dass es keine universelle Wahrheit, sondern höchstens „diskursive Wahrheiten“ gibt.⁴⁷ Als wahr gilt, was von den Diskursteilnehmenden als wahr anerkannt wird. Aussagen haben lediglich innerhalb des Diskurses, in dem sie geäußert – und dessen diskursiven Regeln sie entsprechen⁴⁸ – und auch aufgenommen werden, eine Wahrheitsvermutung für sich.⁴⁹ In der Rechtswissenschaft wirken die diskursiven Wahrheiten – in Form der ständigen Rechtsprechung und herrschenden Meinung – nicht nur innerhalb des Spezialdiskurses, sondern sie beeinflussen ganz konkret das Leben der Rechtsadressat_inn_en, weil sie mit Hilfe der Exekutive durchsetzbar sind. Die einzelne Gerichtsentscheidung ist für die Parteien des Verfahrens bindend. Für diese Parteien ist es unwichtig, ob der Gerichtsgebrauch bereits zum Gewohnheitsrecht geworden ist oder (noch) nicht.⁵⁰ Sie tragen jedoch ihrerseits dazu bei,

43 In anderem Zusammenhang: *Ortmann*, Regel und Ausnahme. Paradoxien sozialer Ordnung (2003).

44 *Gschnitzer*, Gewohnheitsrecht zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Lesebuch 668; *Barta*, Zivilrecht² II 742 f.

45 *Gschnitzer*, Allgemeiner Teil 20.

46 Zudem wirkt der juristische Spezialdiskurs bewusstseinsbildend, wenn seine Begriffe in die Alltagssprache einfließen. *Degen*, Ist das Recht männlich? in Bundesministerin für Frauenangelegenheiten, Frauen und Recht. Eine Dokumentation der Enquete der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und des Bundesministers für Justiz vom 18. und 19. Oktober 1993 (1994) 46 f.

47 *S. Jäger*, Kritische Diskursanalyse. Eine Einführung⁵ (2009) 129, 215 und 223.

48 *Foucault*, Was ist Kritik? (1992) 33. Die diskursiven Regeln stehen nicht außerhalb, sondern sind Bestandteil des Diskurses. Um in einem Diskurs gehört zu werden, müssen dessen Regeln gekannt und eingehalten werden. Dazu: *Wranal/Langer*, An den Rändern der Diskurse. Jenseits der Unterscheidung diskursiver und nicht-diskursiver Praktiken, FQS 2007, 8 (2) 16.

„Es ist immer möglich, dass man im Raum eines wilden Außen die Wahrheit sagt; aber im Wahren ist man nur, wenn man den Regeln einer diskursiven ‚Polizei‘ gehorcht, die man in jedem seiner Diskurse reaktivieren muss.“; *Foucault*, Die Ordnung des Diskurses. Mit einem Essay von Ralf Konersmann (1991) 25.

49 Bezogen auf das Recht, lässt sich wieder auf *Gschnitzer* zurückgreifen: „Daß eine Auslegung, die einmal richtig war, im Laufe der Zeit unrichtig werden kann; aber auch umgekehrt – wohlgemerkt bei gleicher Gesetzeslage“ [...] An die Stelle einer absoluten tritt damit eine zeitlich bedingte relative Richtigkeit!“ (*Gschnitzer*, Gerichtsgebrauch zitiert nach Barta/Kohlegger/Stadlmayer, Lesebuch 475)

50 *Ehrenzweig* formulierte dazu: „Die Kraft des Gerichtsgebrauches ist eine andere als die des Gesetzes; sie ist geringer und sie ist größer.“ Geringer ist sie, weil der einzelne Richter/die einzelne Richterin nicht an sie gebunden ist. Größer ist sie, „[...] weil die Kraft des Gesetzes selbst, seine Wirksamkeit und seine Bedeutung davon abhängt, ob und wie sie angewendet wird: denn nach der behördlichen Praxis, nicht unmittelbar nach dem Gesetze und nicht nach den Meinungen der Schriftsteller richtet die Bevölkerung ihr Verhalten ein.“ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/1² (1951) 62 f.

dass Gewohnheitsrecht entsteht, weil sie die Entscheidung als Recht anerkennen (müssen).

3. Gerichtsgebrauch & Zugang zum Recht

Für die Bürger_innen entsteht dadurch Rechtsunsicherheit, dass der Zeitpunkt, wann aus Gerichtsgebrauch Gewohnheitsrecht wird, im Vorhinein nicht festzumachen ist. Diese Unsicherheit wird aber dadurch verringert, dass die Rechtsprechung Gerichtsgebrauch bereits regelmäßig befolgt, bevor er sich zu Gewohnheitsrecht verfestigt hat und bevor er rechtsdogmatisch als generelle Norm anerkannt ist. Gerade durch dieses Befolgen entsteht der Gerichtsgebrauch. Dieser Mechanismus wird in der Rechtsdogmatik erkannt und der Auslegung durch die Höchstgerichte zumindest eine gewisse Richtigkeitsvermutung zugeschrieben.⁵¹ Das tatsächliche Befolgen von Gerichtsgebrauch durch die Richter_innen lässt sich als *Disziplinierungsmechanismus*⁵² begreifen. Der zwingende Blick wird durch die juristischen Methoden erzeugt. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Tatbestand erfüllt ist, reicht es regelmäßig nicht aus, sich am Gesetzestext zu orientieren, sondern es wird ganz selbstverständlich in den einschlägigen Kommentaren, kommentierten Gesetzesausgaben und Entscheidungssammlungen nachgelesen. Die normierende Sanktion und die Prüfung fallen zusammen, wenn die getroffene Entscheidung angefochten wird. Die wesentliche Frage, nicht nur für die Parteien des Rechtsstreits, sondern auch für die/den erstinstanzlichen Richter_in lautet: Wird die Entscheidung durch die Instanz bestätigt oder aufgehoben?⁵³ Die Wesentlichkeit zeigt sich etwa an den für die Parteien großteils unverständlichen Entscheidungsbegründungen. Aus dem Verwenden von Abkürzungen und Verweisen auf Literatur und Judikatur lässt sich schließen, dass die Begründung nicht in erster Linie dafür sorgen soll, dass die Partei die sie unmittelbar betreffende Entscheidung versteht, sondern dass die Entscheidung nach innen – im Sinn von nach innen im juristischen Spezialdiskurs – legitimiert wird. Hier greift § 8 OGHG: Wenn die Entscheidung bis zum OGH bekämpft wird, sie aber in ihrer Begründung der stRsp des OGH entspricht, so hat ein verstärkter Senat zu entscheiden, wenn von dieser Rsp abgewichen – also die diskursive Wahrheit geändert – werden soll.⁵⁴ Der/die erstinstanzliche Richter_in erfährt durch seine/ihre Geschäfts-

51 F. Bydlinski anerkannte theoretisch diese Funktion und benannte sie als Abkürzungs- und Vereinfachungsfunktion. F. Bydlinski in Rummel, Kommentar I³ § 12 ABGB Rz 3. Ihm folgend: Posch in Schwimann/Kodek, ABGB I³ § 12 ABGB Rz 2.

52 Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses² (1977) 221-250.

53 Dazu: Ebrenzweig, System² 62 f.

54 Domej geht von einer partiellen materiellen Derogation von § 12 ABGB durch § 8 OGHG aus. Domej, Rechtsprechung 68. Hinzuweisen ist auch auf § 502 ZPO Abs 1: „Gegen das Urteil des Berufungsgerichts ist die Revision nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist.“ idF BGBl I 52/2009.

stelle, ob das eigene Urteil und die Urteilsbegründung die Prüfung durch die Instanz bestanden hat.⁵⁵ Dieses Ergebnis beeinflusst dann ähnlich gelagerte Fälle, die der/die Richter_in später entscheidet. Sein/Ihr Blick ist infolge dessen noch stärker diszipliniert als zuvor. Über diesen Disziplinierungsmechanismus wird nachvollziehbar, warum Gerichtsgebrauch entsteht und auch tatsächlich durch die Richter_innen bereits zu einem Zeitpunkt befolgt wird, zu dem noch nicht von verfestigtem Gewohnheitsrecht gesprochen werden kann.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der bloße Blick in ein Gesetzbuch nicht mehr ausreicht, um die Frage zu beantworten, welche Rechte und Pflichten einem Rechtsadressaten oder/einer Rechtsadressatin zukommen.⁵⁶ Dadurch werden Martinis Gedanke des „Volksgesetzbuchs“ und auch der Wortlaut von § 12 ABGB durchbrochen. Überspitzt formuliert, lässt sich sagen, dass sich die Rechtskenntnis der Bürger_innen nicht mehr allein am Gesetzestext ausrichten darf. Es ist für sie nicht ersichtlich, wann sie dem Gesetzestext vertrauen dürfen und wann er durch Gerichtsgebrauch unrichtig – da nicht mehr durchsetzbar – geworden ist. Bürger_innen sind damit auf Übersetzer_innen – in Form von ausgebildeten Jurist_innen – angewiesen, die ihnen ihre Rechte und Pflichten erklären und den Zugang zum Recht vermitteln.

4. Rechtspolitische Forderungen

„Die Rechtsprechung verändert das Recht allmählich in unermüdlicher Kleinarbeit.“⁵⁷ Darauf gilt es rechtspolitisch zu reagieren und jede Illusion, wonach Gerichtsgebrauch keine generellen Normen schaffen kann, aufzugeben. § 12 ABGB kann vor dem skizzierten Hintergrund als „law in books“⁵⁸ bezeichnet werden und wäre entsprechend im Wortlaut anzupassen.⁵⁹ Damit wird nicht zugleich die Gewaltentrennung aufgegeben, denn Gewohnheitsrecht und die generelle normative Kraft von Gerichtsgebrauch entsteht erst über lange Zeit. Folgt man der Ansicht *Gschnitzers*,⁶⁰ so entsteht Gewohnheitsrecht erst, wenn sich die Rechtsüberzeugung bei der Gemeinschaft – also dem Souverän gemäß Art 1 B-VG – durchgesetzt hat. Die Gewaltenteilung bleibt damit in einer Zeitraumbetrachtung aufrecht.

Aufgrund des skizzierten Disziplinierungsmechanismus innerhalb der Justiz, muss die Lehre entstehenden Gerichtsgebrauch – und deswegen die Rechtsprechung allgemein –

55 Zudem kann die unbegründete Nichtberücksichtigung der st OGH Rspr durch die untere Instanz Amtshaftungsansprüche begründen.

56 Hinzu kommt, dass die Rechtssprache von der der Bürger_innen weit entfernt ist. Ausführlich dazu: *Voithofer, Sprachbewußtsein & ABGB*, in Barta et al, 1811–2011: 200 Jahre ABGB Kontinuität und Wandel (im Erscheinen).

57 *Ehrenzweig*, System² 63.

58 *Pound*, Law in books and law in action, American Law Review 1920, 12–36.

59 Er könnte etwa lauten: Abs 1 „Die in besonderen Rechtsstreitigkeiten gefällten gerichtlichen Entscheidungen haben nicht die Kraft eines Gesetzes, sie können auf andere Fälle oder auf andere Personen nicht ausgedehnt werden.“ Abs 2 „Gerichtsgebrauch, der zu Gewohnheitsrecht geworden ist, kommt Gesetzeskraft zu.“

60 Auch *Barta*, Zivilrecht² II 742 f.

besonders stark im Blick behalten und sich bei verfehlten Entscheidungen sofort erheben. So kann das Entstehen von Gewohnheitsrecht durch Gerichtsgebrauch durch starke Stimmen in der Lehre verhindert werden.⁶¹

Kann die Rechtskenntnis nicht mehr ausschließlich über die Gesetzestexte erreicht werden, muss dafür gesorgt werden, dass ein sich etablierender Gerichtsgebrauch zugänglich und nachvollziehbar ist. Erste Schritte in diese Richtung sind über das RIS gemacht. Doch ist bisher nicht untersucht, inwieweit den Bürger_inn_en überhaupt bewusst ist, dass „ihr Recht“ nicht in Gesetzbüchern steht und Gerichtsentscheidungen im RIS zugänglich sind.⁶² Hier ist rechtssoziologische und -tatsächliche Forschung gefordert. Das RIS wäre auf seine Allgemeinverständlichkeit hin zu prüfen und allenfalls anzupassen. Bei der Auswahl veröffentlichter Entscheidungen der unteren Instanzen⁶³ käme es darauf an, möglichst alle Entscheidungen zugänglich zu machen, die sich nicht durch reine Wortlautinterpretation von Gesetzestexten den Rechtsadressat_innen erschließen.

Es könnten auch alternative Wege angedacht werden, die Kenntnis der Bürger_innen über den Inhalt der Entscheidungen zu erhöhen. Was spricht etwa dagegen, dass es mehr Gerichtsreporte im öffentlich-rechtlichen Fernsehen gibt, die „Standard-Fälle“⁶⁴ behandeln und auf diese Weise die Rechtskenntnis mit Unterhaltungswert erhöhen? Die Öffentlichkeit von Verhandlungen könnte auch – mit Zustimmung der Parteien – durch das Nutzen von Live-Stream-Übertragungen erhöht werden.

Auch die Legistik ist gefordert. Gewohnheitsrecht sollte – dem Kundmachungspatent des ABGB entsprechend – zumindest in seinen Grundzügen kodifiziert werden, damit die Bürger_innen einen Anhaltspunkt haben, wo ihre Suche nach Gerichtsgebrauch ansetzen kann. Wie soll sich ein_e Bürger_in über die Haftungsvoraussetzungen der culpa in contrahendo informieren können, ohne etwa ein Lehrbuch zum Schuldrecht in die Hand zu nehmen? Wie soll er/sie wissen können, für welche Schäden gehaftet wird? Hier hat der österreichische Gesetzgeber – im Unterschied zum deutschen⁶⁵ – Nachholbedarf. Ebenso sollte die Gesetzgebung auf Rechtsprechungstendenzen contra legem reagieren. So wäre es an der Zeit, einen gesetzlichen Rahmen für Behandlungsverträge

61 Obwohl im Kern anderer Ansicht, stützt Walter dieses Argument: „Eine vielfach denkfaule Dogmatik unterstützt freilich diese Entwicklung, wenn sie – statt sich in mühevoller Arbeit der Lösung von Rechtsproblemen zu widmen – diese Probleme als gelöst ansieht, wenn es dazu eine gerichtliche Entscheidung gibt.“ *Walter*, Demokratie – Probleme ihrer Verwirklichung, in Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher (Hg), *Verfassung in Zeiten des Wandels* (2001) 48.

62 *Thiele*, Publikation 215-218.

63 Die Entscheidungen des OGH müssen gemäß § 15 Abs 1 Z 1 OGHG idF BGBl I 95/2001 ohnedies veröffentlicht werden.

64 Vergleichbar den bestehenden ORF-Sendungen „Am Schauplatz Gericht“ oder „Bürgeranwalt“.

65 Im Rahmen der Schuldrechtsreform wurden ins BGB gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitute – wie etwa der Eigentumsvorbehalt, die culpa in contrahendo oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage – aufgenommen. Dazu: *Dauner-Lieb*, Kodifikation von Richterrecht, in Ernst (Hg), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform* (2001) 305–328.

zu schaffen und zur Frage der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB klar Stellung zu beziehen. Tut der Gesetzgeber das nicht, überlässt er den Gerichten die Möglichkeit, durch Gerichtsgebrauch über längere Zeit Gewohnheitsrecht zu schaffen. Jede höchstgerichtliche Entscheidung, die in der Auslegung zum Schluss kommt, eine Lücke zu schließen, sollte zu einer Reaktion des Gesetzgebers führen. Reagiert der Gesetzgeber nicht, kann sich das Gericht durch dieses Unterlassen darin bestätigt fühlen, dem Willen des Gesetzgebers entsprechend entschieden zu haben. Diese Annahme ist in einem Rechtsstaat problematisch, weil Richter_innen demokratisch nicht legitimiert sind.

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

Rechtstatsachen zum Zugang zum Recht im frühen 19. Jahrhundert

Monika Niedermayr

Einführung

Mein Interesse am Thema „Zugang zum Recht“ wurde im Jahr 1988 durch ein zivilrechtliches Seminar geweckt, in dem ich mich mit dem deutschen Beratungshilfegesetz¹ und dem Rechtsberatungsgesetz² auseinandersetzte. Dies mündete schließlich 1990 in meiner rechtstatsächlich angelegten Dissertation mit dem Thema „Kostenlose Rechtsberatung ausserhalb gerichtlicher Verfahren. Theoretische Modelle und ihre Verwirklichung durch Tiroler Rechtsberatungsinstitutionen.“ Mittlerweile liegt mein Interessen- und Arbeitsschwerpunkt in der neueren Privatrechtsgeschichte, vor allem bei der frühen Judikatur zum 1812 in Kraft getretenen ABGB.³ Auch hier stellen sich die Fragen nach dem Zugang zum Recht für rechtsuchende Bürger_innen, allerdings zu einer Zeit, in der der heutige Rechtsstaat noch lange nicht (voll) entwickelt war.⁴ Rechtstatsachen für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts liefern die Revisionsakten der Obersten Justizstelle des Tyrolisch-Vorarlbergischen Senats 1814–1844. Dieser Aktenbestand befindet sich in 198 Kartons im Österreichischen Staatsarchiv.⁵ Ratsprotokolle sind die von den Hofräten (Referenten)⁶ persönlich verfassten Entscheidungsentwürfe zu Revisionen in Zivilrechtsangelegenheiten, samt den Dekreten an die Unterinstanz, das Tyrolisch-Vorarlbergische Appellationsgericht in Innsbruck. In meinem Beitrag stelle ich eine Auswahl

1 Beratungshilfegesetz idF BGBl I 898/2011.

2 RBerG, RGBl I 1478/1935. Das Rechtsberatungsgesetz (bis 1962 *Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung* genannt) regelte bis zum 30.6.2008 die gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten. Danach durften neben den klassischen Juristenberufen nur solche Personen fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig besorgen, denen eine entsprechende behördliche Erlaubnis erteilt worden war. Andere Personen durften beispielsweise die Bezeichnung Rechtsbeistand nicht führen oder kein Inkassounternehmen betreiben. Seit dem 1.7.2008 gilt anstelle des RBerG das Rechtsdienstleistungsgesetz.

3 Das OENB-Jubiläumfondsprojekt „Ratsprotokolle der Obersten Justizstelle“ gibt Einblick in die Auseinandersetzung mit dieser Materie. Ausgewählte Ratsprotokolle werden in mehreren Bänden veröffentlicht, von denen bislang sechs erschienen sind: Band I (2003), Band II (2004), Band III (2006), Band IV (2008), Band V (2010), herausgegeben von *Niedermayr/Faistenberger*; Band VI (2011), herausgegeben von *Oberhammer*.

4 Siehe dazu *Mathe/Ogris* (Hg), *Die Habsburgermonarchie auf dem Wege zum Rechtsstaat?* ÖAW Rechtshistorisches Symposium (2010).

5 Allgemeines Verwaltungsarchiv (AVA), Justiz, Oberste Justizstelle (OJSt), Justizsenate „Tiroler Senat“ 1814–1844, Faszikel XVII Revisionen, beginnend mit Karton 113. AT-OeStA/AVA Justiz OJStJS TS. Siehe: Richtlinien für die Verzeichnung von Archivgut im Österreichischen Staatsarchiv <http://oesta.gv.at/DocView.axd?CobId=32406> (8.2.2012).

6 Einige Funktionsbezeichnungen in diesem Text sind deshalb in der männlichen Form gehalten, weil Frauen der Zugang zu diesen Funktionen verwehrt war.

an Aspekten aus diesen Akten vor, die über den Zugang zum Recht Aufschluss geben. Alle referierten Sachverhalte ereigneten sich in den Provinzen Tirol und Vorarlberg. Besonders hervorzuheben ist hierbei, dass mit den Ratsprotokollen auch die Entscheidungsgründe vorliegen, die nach den damals geltenden Gerichtsordnungen⁷ nur in Ausnahmefällen an die Parteien herausgegeben werden mussten, also grundsätzlich in der Registratur der OJSt verschlossen blieben. Gesetzliche Grundlage für das Führen eines Ratsprotokolls bietet die Gerichtsinstruktion 1785.⁸

1. Räumliche Erreichbarkeit

Ein Kriterium für einen guten Zugang zum Recht ist die räumliche Erreichbarkeit jener Einrichtungen, welche die Bürger_innen bei der Lösung ihrer rechtlichen Angelegenheiten unterstützen.⁹

Tirol und Vorarlberg zeigen im beginnenden 19. Jahrhundert eine hohe Dichte erster Instanzen. Im „Ausweis über die gemischten Gerichte in Tyrol und Vorarlberg“¹⁰ scheinen insgesamt 106 Gerichte auf, gegliedert in 54 landesfürstliche und 52 Patrimonialgerichte (54/52).¹¹

Diese für heutige Verhältnisse große Dichte von Gerichten lässt sich auch mit § 2 des Gubernial-Circulars vom 17. Juli 1816/16232 erklären. Zur Lage eines (Patrimonial) Gerichts war Folgendes normiert: „[...] daß keine Gemeinde in eine über vier Stunden Weges betragenden Entfernungen vom Sitze des Gerichts zu stehen komme. Sollte dies in manchem Gerichte, der örtlichen Verhältnisse wegen, nicht erreicht werden können; so müßte das Gericht wenigstens sich zur Schlichtung der Geschäfte so entfernterer Gemeinden öfter im Jahre in selbe verfügen.“¹² Für weiter als 4 Stunden Fußmarsch entfernt gelegene Gemeinden wurde also bereits 1816 ein „fahrender Amts- oder Gerichtstag“ verfügt, der als Modellversuch „Mobiler Beratungsverband – Mobiles Bürgerservice (MBS)“ vom Land Tirol im Jahr 1984 wieder aufgenommen, schlussendlich aber wegen Mittelknappheit nach sieben erfolgreichen Jahren trotz hoher Akzeptanz seitens der Bevölkerung wieder eingestellt wurde.¹³

7 Allgemeine Gerichtsordnung (AGO) JGS 1781/13; in Tirol und Vorarlberg galt die Westgalizische Gerichtsordnung 1796 (WGGO), JGS 1797/329 (siehe Provisorisches Justizeinrichtungssedikt im Lande Tyrol, Provinzialgesetzsammlung (ProvGS) von Tirol und Vorarlberg 1814 I 369 ff, JGS 1817/ 1267). Die ABGB-Einführung in Tirol erfolgt durch JGS 1817/1127.

8 JGS 1785/464.

9 Anlässlich der jüngsten Diskussion um eine weitere Zusammenlegung von Bezirksgerichten wird dieser Aspekt auch wieder von den Kritiker_innen als Argument für eine Verschlechterung des Zugangs zum Recht angeführt, siehe zB <http://text.derstandard.at/1326502905544/Sparparket-Karl-will-Bezirksgerichte-zusammenlegen> (5.2.2012).

10 In Gemäßheit des allerhöchsten Patents vom 14. März ProvGS von Tyrol und Vorarlberg 1817 II/2165/LI.

11 Kreiseinteilung: für den Kreis Oberinntal 4/5, Unterinntal 11/6, Pußertal 8/7, An der Etsch 7/16, Trient 10/11, Rovereto 8/6, Vorarlberg 6/1. Die Karte der Gerichtsorte Tirols erstellte dankenswerterweise *Verena Schumacher* unter Zuhilfenahme des Tirol-Atlas. Unterstreichungen weisen auf Patrimonialgerichtssitze hin.

12 ProvGS 1816 III/2 LII, 339.

13 *Niedermayr*, Rechtsberatung 105.

Gubernium und an die OJSt. Er könne am südöstlichen Rande des Trentino¹⁶ und damals auch der Monarchiegrenze, in einem im Winter durch Lawinen komplett abgeschlossenen Talkessel als Patrimonialgerichtsherr in eigener Sache gegen seine Untertan_innen keine Gerichtsbarkeit ausüben. „Das Thal Primör ist rund um von hohen Bergen umschlossen, u. hat nur gegen Feltre hin eine Oeffnung für einen Bergstrom. Es ist daher von den andern Sitzen anderer Gerichte weit entfernt, u. nach seiner geographischen Lage neiget es sich vielmehr zu Italien als zu Tirol. Die beiden nächsten tirolischen Gerichte sind das gräflich-wolkensteinische Patrimonialgericht Ivano zu Strigno, in einer Entfernung von 10 starken Stunden auf der einen und das landesfürstliche Landgericht Cavalese in einer Entfernung von 12 Glockenstunden auf der andern Seite. Der Weg zu beiden führt über hohe Gebirge durch Fußsteige u. Saumerschläge, und mit beiden ist die Kommunikazion im Winter manchmal durch Monate gesperrt. Der Graf Welsperg ist sehr oft in der Lage, gegen seine Gerichtsinsassen wegen Grund- und Pachtzinsen, und wegen seines Bergwerks und Eisenhandels die richterliche Hülfe anrufen zu müssen. Wenn er sie nun bei einem jener 2 Gerichte belangt, so entstehen schon aus der weiten Entfernung des Gerichts für den Beklagten Theil so große Kosten, daß sie seine Schuld selbst gewöhnlich oder doch oft übersteigen würde.“¹⁷

Der Graf schildert die Umstände weiter drastisch: Ein zweiter, unabhängiger Richter stehe nicht zur Verfügung, das Ausweichen auf die benachbarten Gerichte *Ivano/Strigno* oder *Cavalese* sei wegen der Wegzeiten von über zehn Stunden, der Beschwerlichkeit der Pfade und der Schneehöhe über Monate hindurch unmöglich. Er selbst erleide Schäden am Vermögen, denn es bestehe ein bekannter Unterschied in den Sitten der deutschen und italienischen Tiroler_innen. Erstere zahlten gewöhnlich aus freien Stücken, was sie schuldig wären; letztere immer nur nach der Anwendung gerichtlicher Zwangsmittel. Insbesondere müsse *Graf von Welsperg* selbst oft gegen seine Gerichtsinsassen wegen rückständiger Pacht- und anderer Zinsen, und wegen seines Bergwerks und Eisenhandels richterliche Hilfe suchen. Auch komme es zum Stillstand der Kriminalrechtspflege. Häftlinge könnten nicht fristgerecht überstellt werden und würden durch ihr gesetzwidriges Verweilen im Tale dieses sittlich gefährden.

Der Patrimonialgerichtsinhaber unterbreitet zur Lösung des Problems mehrere Vorschläge: Für Kriminaluntersuchungen könne der Patrimonialrichter selbst bevollmächtigt werden. Komplizierter sei die Frage der Zivilgerichtsbarkeit: Da die Delegation des

auch bei hoher Schneelage von der Val Sugana aus. Trotz moderner Straßen lassen sich die hier gebotenen zT dramatischen Schilderungen der Unerreichbarkeit in Winterszeiten gut nachvollziehen. Die Straße schlängelt sich heute noch eng und kurvig an Felswänden vorbei. Nach dem Ausweis über die gemischten Gerichte in Tirol und Vorarlberg, ProvGS 1817 IV/1 171 ff, wie solche vom 1. Mai 1817 an, in Gemäßheit des allerhöchsten Patents vom 14. März 1817 zu bestehen haben, und über die ihren Bezirken zugewiesenen Gemeinden und Ortschaften, gehören in diesen Bezirk: Fiera nebst den Fraktionen Tonadigo, Mezzana, Transaqua, Armancio, Pieve, Siron, Imer, Masi, Sagron und Mis, Canal S. Bovo, Anerivo, Prade, Cauria.

¹⁶ Nahe Feltre.

¹⁷ *Niedermayr*, Stillstand der Rechtspflege, Ratsprotokolle V 104 f.

nächstgelegenen Gerichts wegen der unzumutbaren Wegstrecke nicht in Frage komme, könne entweder *Graf von Welsperg* auf seine Patrimonialgerichtsbarkeit verzichten – ein auf Grund der vier Jahrhunderte währenden Familientradition geradezu unvorstellbarer Vorschlag in den Augen der Familie –, oder der Patrimonialrichter werde unter strengen Bedingungen mit besonderen Befugnissen ausgestattet und seine Unabhängigkeit vom Dinasten garantiert. *Von Welsperg* sähe natürlich am liebsten, wenn der Kaiser einen eigenen, landesfürstlich beamteten Richter aufstellen und besolden würde.

Von Welspergs Bitte um Abhilfe gelangt bis an den Kaiser. Er beauftragt durch Signierung des Antrags die OJSt mit der Erstellung eines umfänglichen Gutachtens. Es darf angesichts der schlussendlich von der OJSt dem Kaiser vorgeschlagenen Vorgangsweise bezweifelt werden, ob sich die Hofräte der Härte der Alpenwinter bewusst waren. Allerdings führen die Gegenstimmen gewichtige Argumente an: Der Patrimonialrichter von Primör soll in zivilen Klagsachen des Dinasten gegen seine Untertan_innen keine besonderen Befugnisse erhalten, denn dies widerspreche allerhöchst festgesetzten allgemeinen Grundsätzen der Rechtspflege. Kaiser Franz I. unterschreibt persönlich das Handbillet an die OJSt. Seine Anweisung ist gefärbt vom Sparstift und fällt bedingt aus: Nur falls kein anderes, zweckmäßigeres und besseres Mittel gefunden werden kann, und so lange keine Beschwerden gegen die „Gerechtigkeitspflege“ vorliegen. Die hier von der OJSt angeführten „allgemeinen Grundsätze der Rechtspflege“ meinen ganz klar den Unbefangenheitsgrundsatz „Nemo iudex in sua causa“, weniger die Erreichbarkeit des Gerichts für die Rechtssuchenden.

2. Armenfonds

Feststellen lässt sich aus der Fülle der Sachverhalte¹⁸ auch, dass nicht nur wohlhabende Bürger_innen den Weg zu Gericht gegangen sind, sondern auch finanziell sehr schlecht gestellte Personen geklagt haben.

Besonders eindringlich werden die Verhältnisse der Dienstmagd *Agathe Späth*¹⁹ aus dem Landgerichtskreis Bregenz geschildert, die am 19.10.1842 auf einer Weide in Schlosshofen Bucheckern und Eicheln sammelte.²⁰ Der Grundstückspächter *Joseph Vögel* trifft sie dabei an; es kommt zu einem Wortgefecht. In weiterer Folge verprügelt *Vögel* die Frau mit einem Stock und schlägt sie dadurch in die Flucht. *Agathe Späths* Haarkamm zerbricht, sie selbst erleidet schwere Körperverletzungen, wird arbeitsunfähig und klagt auf Heilungs- und Verpflegungskosten, Schmerzensgeld und auf Entschädigung für entgangenen Verdienst und Verunstaltung. Lediglich die beiden letzten gestellten Ansprüche sind Inhalt der Entscheidung der OJSt. *Agathe Späth* wird als keifendes

18 Bis Jänner 2012 wurden ca 700 Sachverhalte transkribiert.

19 *Niedermayr*, Die verprügelte Bauernmagd [1844], Ratsprotokolle III 245 ff.

20 Ihr Alter wird im Übrigen nie erwähnt.

Weib geschildert, das kein eigenes Zuhause hat und zum Ausheilen der Verletzungen bei verschiedenen Leuten unterkommen muss. Hier zeigt sich auch menschliches Mitleid von Nachbar_innen und (ehemaligen) Arbeitgeber_innen. Von irgendwelchen familiären Bindungen und davon abzuleitenden Rechten *Agathe Späths* ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen. Sie gehört offensichtlich dem nicht ansässigen²¹ Personenkreis an, der von der Hand in den Mund lebt, die einen ehemaligen Amtmann auf Schadenersatz klagt, weil er sie verprügelt habe, und die von der OJSt eine nicht unbeträchtliche Summe zugesprochen erhält.²²

Unterstützung für den Zugang zum Recht erlangten finanziell schlecht gestellte Personen, wenn sie von der Gemeinde ein Armutszeugnis ausgestellt erhielten, aus dem Armenfonds (Armenrecht²³ = Verfahrenshilfe).²⁴ Dieser Fonds wurde zum Teil aus den Strafen gespeist, welche die Rechtsanwälte zu zahlen hatten, wenn sie Verfahren unnötig in die Länge zogen oder sonstige Schritte setzten, die nicht der Beschleunigung dienten. „Wann Advokaten sich in ihren Satzschriften einer übertriebenen Ausdehnung anmassen, verschiedener Ränke, und Aufzüge bedienen, die Rechtshändel zu verwirren suchen, die gesetzmässige Vorschriften vernachlässigen, den an sie ergehenden Aufträgen keine Folge leisten, und also verursachen, dass die Justiz leide, so sollen die Landrechte, denen die Advokaten in ihren Amtsgeschäften mit Pflicht und Gehorsam untergeben sind, wider selbe mit mehrerer Strenge fürgehen, es nicht bloß bei Verweisen, und geringer Mässigung ihres Verdienstes bewenden lassen, sondern ihnen auch die Zurückstellung des erhaltenen *Deserviti* an ihre Parteien, und die Vergütung aller Unkosten, und Ausgaben auftragen, von ihnen ergiebige Geldstrafen eintreiben, in wichtigen Vergehungen sie nach Umständen mit Arreste belegen; gegen jene endlich, bei denen derlei Bestrafungen nichts fruchten, die Anzeige dem Appellationsgerichte zu dem Ende machen, damit selben die Advokatur niedergeleget werde.“²⁵

Arme waren in gerichtlichen Angelegenheiten auch vom Postporto befreit²⁶ und erhielten ex officio-Vertreter.²⁷ Letzterer konnte von der Gegenpartei, wenn diese zum Ersatz der Kosten verurteilt wurde, seinen Advokaten-Verdienst fordern.²⁸

3. Petitionsrecht und Kabinettsjustiz

Zugang zum Recht erhielten die Untertan_innen nicht nur durch die relativ gute Erreichbarkeit der Gerichte, auch das Petitionsrecht sollte diesen gewähren. Zumindest

21 § 43 ProvGS 1839/LXXXIX, 569ff.

22 *Niedermayr*, Bauernmagd 245 f.

23 Siehe JGS 1837/171.

24 Siehe die Bestimmungen aus dem StGB 1803 § 9 II. Teil; sowie JGS 1812/987; JGS 1816/1259; JGS 1817/1339.

25 JGS 1785/497 c).

26 Hofdekrete JGS 1783/186; JGS 1789/1048.

27 JGS 1791/133i.

28 JGS 1784/321.

setzten viele Bürger_innen ihre ganze Hoffnung darauf, durch dieses Institut auch schon rechtskräftig entschiedene Urteile zu ihren Gunsten abgeändert zu bekommen.

Kaiser Franz handhabte dieses Instrument der Untertan_innennähe großzügig. „Viele suchten auch durch die Gnade des Kaisers zu erreichen, was ihnen nur ein Gericht zuerkennen konnte. So kam es, dass in jeder Woche durchschnittlich bei achtzig Personen Audienz hatten.“²⁹ Man konnte nicht nur bei den wöchentlichen Audienzen Bittschriften persönlich überreichen. Alle Postämter waren angewiesen, an den Kaiser adressierte Schreiben dem kaiserlichen Kabinett zu übermitteln. Nach deren Prüfung wurden die Gesuche an die entsprechenden Hofstellen weitergeleitet, bei Vorliegen von Umständen, „[...] welche dem Bittenden entweder einer Gnade würdig zu machen schienen, welche einen Zweifel gegen die Unbefangenheit der Behörden erweckten [...]“, signierte (bezeichnete) der Monarch die Petition, „[...] dh er schrieb mit eigener Hand an eine Ecke desselben den Namen des Präsidenten jener Hofstelle, in deren Ressort der Gegenstand gehörte.“³⁰ Folge dieser Bezeichnung war, dass erst nach Bericht an den Kaiser in der Sache amtsgehandelt werden durfte und die von der betreffenden Hofstelle beabsichtigte Erledigung von ihm genehmigt werden musste. „Diese ziemlich häufigen a.h. [= allerhöchsten] Signaturen mussten daher nicht allein Geschäftsverzögerungen, sondern auch Kraftlähmung der Behörden [...] zur Folge haben.“³¹ *Beidtel* beschreibt, dass die systemmäßigen Kompetenzschränken der Hofstellen durch die Einräumung des ausgedehnten und schier uferlosen Petitionsrechts vom Kaiser noch weiter beschränkt wurden.³² Mit der an die Signatur geknüpften Berichtspflicht war gleichzeitig auch eine Überwachung der Hofstellen verbunden, damit diese ihren Wirkungskreis nicht überschreiten.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch folgende Frage: Mischte sich der Kaiser in die Rechtsprechung der OJSt aktiv ein? Gab es Kabinetttjustiz in Zivilrechtsangelegenheiten? Dies muss – soweit aus den Akten ersichtlich – ganz klar verneint werden. Bittschriften wurden ohne inhaltliche Vorgabe an die OJSt zur Bearbeitung weitergeleitet. Die Ergebnisse derartiger Petitionen in Zivilrechtsangelegenheiten fallen eindeutig aus: In den meisten Fällen hatte die OJSt bereits als Revisionsinstanz in der beanstandeten Angelegenheit Recht gesprochen. Wohlerworbene Rechte aus rechtskräftigen Urteilen sollten nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen selbstverständlich geschützt werden, also kam es nie zur Abänderung im Sinne der Antragsteller_innen. Dies sprach sich aber interessanterweise in der Bevölkerung nicht herum, die Hoffnung auf die „clementia des allermildtätigsten Herrschers“ stirbt offenbar zuletzt.³³

29 *Beidtel*, Geschichte der Österreichischen Staatsverwaltung 1740–1848 I (1896) 9.

30 *Beidtel*, Geschichte 28.

31 *Beidtel*, Geschichte 29.

32 *Beidtel*, Geschichte 28.

33 Anschaulich die Sprache: „Der unten gefertigte untertänigste Bittsteller hatte am 17. Dezember 1822/3 die hohe Gunst Eurer geheiligten Majestät ein von ihm gestelltes Bittgesuch zu überreichen mit Originaldokumenten und mit

Die Beispiele zeugen von der empfundenen Not und der großen Hoffnung, welche die Bittsteller_innen in den Kaiser setzten: *Simon Suppenmosser* „[...] von Kufstein beschwert sich, durch den Advokaten Boigl, und den Landrichter Maurer wäre ihm rücksichtlich seines Vermögens ein Schaden von 5000 fl zugegangen, ohne die Umstände zu beweisen, wie dieß geschehen seyen könnte, oder sollte et lege dieser höchst unförmliche Rekurs. – Ein solcher Rekurs dürfte allerdings verdienen, schlechtweg zurück, und der Rekurrent zur Ordnung gewiesen zu werden; und wahrscheinlich ist er ohne allen Grund; jedoch keinem Unterthanen den Weg seiner allfälligen Beschwerden nicht zu sperren, und mit voller Zuversicht eine weitere gesetzliche Verfügung veranlassen zu können, glaub ich, diese Hofrekurs Beschwerde sey dem A. G. zu Innsbruck zur Untersuchung und Erstattung eines umständlichen, und belegten gutächtlichen Berichts anzuschließen.“³⁴ Das Appellationsgericht wurde neuerlich zur Berichterstattung in dieser Angelegenheit aufgefordert.

Anton Prindl Fuchsens Sohn aus Percha³⁵ wies eindringlich darauf hin, dass er sich am Rande des Unglücks befand, aber es ereilte ihn ein ähnliches Schicksal wie die andern Bittsteller: Er „[...] stellet in einem zu Wien verfaßten den 18. July 1826. datirten Bittgesuche vor, er hätte von seinen Brüdern in Tyrol Johann und Peter das in einigen Schuldbriefen enthaltene Vermögen übernehmen müssen. Die *Capitals* Zahlung sey seit sehr vielen Jahren nicht erfolgt und er habe auch die Zinsen nicht erhalten außer wenigen Gulden. Er befand sich oft auch am Rande des Unglücks, wie gegenwärtig wegen der Ungerechtigkeit seiner Brüder, die gegen ihn undankbar sind: Er könne auf dem Wege des Rechtes nichts erlangen und es fehlen ihm die Mittel. Darum habe er den Wanderstab ergriffen, kamm bis zum Trohn des gerechtesten *Monarchen* u bittet um Untersuchung seiner Sache, ihm zur Bezahlung der Rückstände zu verhelfen und um Unterstützung.“ Der Antragsteller legt eine acht Forderungen beinhaltende Tabelle vor, die er gegen seine Brüder zu haben meine, und „[...] Unterzeichneter bittet gehorsamst um Unterstützung seiner Forderung etc.“³⁶

Er wird folgendermaßen auf den Rechtsweg verwiesen: „Dieses mit 10 Beylagen versehene Bittgesuch dem k.k. N.O. *App.G.* mit dem Auftrage zuzufertigen den Bittsteller mit der Bitte um Verfügung und Abhilfe gegen die vorgeblichen Beschwerden und

neuen starken Gründen, damit durch besondere Gnade ihm die Revision gestattet werde, in einem Prozess der Dita Valentino Isidoro Salvadori gegen ihn (angestrengt), zufolge dessen er durch zwei Urtheilssprüche für sachfällig erklärt wurde, ungerechterweise seine Mühle zu verlieren. Seit dem verflossenen 28. Jänner 1824, schmachtend aus höchster Bedürftigkeit, in der er sich in Wien befindet, ruft er von neuem um die höchste Gunst Eurer Heiligen Majestät, noch eine Bittschrift zu präsentieren, um den Ausgang der ersten zu finden, schließlich, ohne noch ein Reskript zu sehen ein drittes Mal bittstellig zu werden, um die allzu ersehnte Gnade, gerechten und starken Gründe um der willen, die in der Bittschrift, abgefasst am 17. Dez. 1823, aufgesetzt sind. Er hofft, ganz gewiss kann die Revision nicht verweigert werden. Der untertänigste Diener und Untertan Bortolo Cornali Müller“: *Niedermayr*, Hoffnungsloses Hoffen – „Die Form ist die Mutter der Freiheit“, Ratsprotokolle II 107 ff.

34 *Niedermayr*, Ratsprotokolle I 123 f.

35 Gemeinde im Pustertal, 5 km östlich von Bruneck.

36 Fasc XVII P 94 [1826].

Schuldner an die gesetzliche Ordnung zuweisen, die zehen Beilagen aber demselben zugleich zurückstellen zu laßen, und die Einleitung zu veranlaßen, daß die Zurückstellung durch seine *competente* Behörde in Tyrol mittelst Ersuchschreibens zweckmäßig geschehe, falls er hier in Wien nicht angetroffen werden sollte.“

Auch der überaus besorgte Vater *Dr. Anton Sorsi* fand kein Gehör. Der Vater brachte eine Hofbeschwerde ein „[...] wegen des seiner Tochter ertheilten Eheconsenses. In den an die vereinte Hofkanzlei gerichteten, u. von selber Eurer Majestät anher übergebene Gesuche kommt nichts weiter vor, als daß Rekurrent das Äusserste anwenden müsse, um s. Tochter vor dem gänzlichen Untergange zu retten.“³⁷

Der Landrichter von Salurn hatte der noch minderjährigen Tochter *Sorsis*, ohne den Vater zu hören, den richterlichen Konsens gemäß § 268 ABGB³⁸ zur Eheschließung erteilt. Offenbar hatte der Vater die Zustimmung zur Eheschließung mit *Nikolaus Tussetti* grundlos verweigert, woraufhin die Tochter, deren Namen wir nicht einmal erfahren, gem § 52 ABGB³⁹ richterliche Hilfe suchte. Ihr Vater wurde wiederholt aufgefordert seine Weigerungsgründe darzulegen, kam dem aber von Mai bis Dezember nicht nach. Die Erledigung des Gesuchs erfolgte knapp und bündig: Der Landrichter hätte zwar sehr wohl den Guldenstand des Bräutigams erheben und dem Vater mitteilen sollen, der Vater habe aber bis dato keinen einzigen Weigerungsgrund namhaft gemacht, die Trauung habe zudem gewiss schon stattgefunden; also wurde *Dr. Sorsis* Antrag nicht stattgegeben.

4. Winkelschreiber und Agenten

In Zuge des Petitionsrechts, durch das nach Vorstellung der Parteien auch bereits rechtskräftig entschiedene Sachverhalte wieder „aufgenommen“ werden sollten, florierte ein Winkelschreiber- und Agentenwesen.⁴⁰ (Halbgebildete) Juristen offerierten Ratsuchenden ihre Dienste und brachten neben Petitionen auch gerne rechtswidrige Revisionen gegen gleichlautende unterinstanzliche Urteile ein, und erleichterten für ihre dubiosen Tätigkeiten unsichere Hilfesuchende um deren letzten Kreuzer.⁴¹

Ein Beispiel für eine Rüge dieser Zustände durch die OJSt zeigt Fasc XVII P 36: „Zu *Pergine* [Trentino] giebt es keine berechtigte Advokaten; Winkelschreiber aber fehlen dort ohne Zweifel so wenig, als bei andern italien. Gerichten. Man hat dem tirol. App.

37 Fasc XVII S 120 [1826].

38 „Ein Vormund, welcher sich durch eine Verordnung des vormundschaftlichen Gerichtes beschwert zu seyn erachtet, soll die Beschwerde zuerst bey dem nähmlichen Gerichte, und nur, wenn diese fruchtlos war, den Recurs bey dem höheren Gerichte anbringen.“ (idF JGS 1811/946)

39 „Wird einem Minderjährigen oder Pflegebefohlenen die Einwilligung zur Ehe versagt, und halten sich die Ehewerber dadurch beschwert; so haben sie das Recht, die Hülfe des ordentlichen Richters anzusuchen.“ (idF JGS 1811/946)

40 Grundlegend dazu: *Sprung*, Ein Verein als Winkelschreiber? *AnwBl* 1980, 271 ff.

41 Zu dieser Problematik siehe *Niedermayr*, Mehl aus der Mühlauer Mühle 104 und *Niedermayr*, Hoffnungsloses Hoffen 107 ff; beide in *Niedermayr*, Ratsprotokolle II 2.

Ght schon wiederholt erinnert, daß schriftliche Rechtsschriften ohne Unterschrift von Rechtsfreunden nirgends anzunehmen seyn, da den Partheyen immer bevorsteht, ihr Anbringen mündlich zu machen. Diese Vorschrift wollte ich hier wiederholen, mit dem Beisatze: es soll der offenbar sehr unwissende Verfasser der klägerischen Appellations- und Revisionschriften ausgeforschet, u. gegen ihn das Amt gehandelt werden.“

Die Bestrafung von Winkelschreibern war nach Hofdekret vom 7 April 1781/ 11⁴² und Hofdekret vom 16. Febr. 1792/ 258 lit b⁴³ auch den Gerichtsstellen aufgetragen.

5. Herausgabe der Entscheidungsgründe an die Parteien

Untrennbar mit der Frage des Zugangs zum Recht ist mE auch der Umstand verknüpft, inwieweit Parteien Zugang, dh Kenntnisse von den Entscheidungsgründen hatten, die ihren Urteilen zu Grunde lagen. Hier unterscheidet sich die damalige Rechtslage gewaltig von der heutigen: Die Beweggründe der letzten Instanz wurden grundsätzlich nicht an die Parteien weitergeleitet.⁴⁴ Es gab ja keine weiteren (ordentlichen) Rechtsmittel mehr. Nur wenn sie einen Antrag darauf richtete, erhielt die Partei die Beweggründe manchmal – nicht immer – auszugsweise ausgefolgt.

„Die Worte des 251.§. der GO drucken die Absicht des Gesetzes klar aus daß die Parthey die Beweggründe des Urtheils in so lange begehren könne, als der weitere Rechtsweg offen ist, und nur der Richter sie längstens drey Tage nach zugestelltem Urtheile hinausgeben müsse; daher die in dem Gesetze bestimmte Frist von drey Tagen nur dem Richter zur Hinausgebung, nicht die Parthey zur Anbegehrung betreffe.“⁴⁵

Es gibt nur sehr vereinzelte Parteianträge, nach denen der Referent im Referat jene Passagen anzeichnete, welche auszufolgen waren.⁴⁶ Hier lässt sich in der Judikatur keine einheitliche Vorgangsweise erkennen.

42 JGS 1781/11: „Es solle keine Bittschrift, Beschwerde, oder Anbringen von dem Landvolke angenommen werden, wenn es nicht von dem für die Unterthanen eigends bestellten, aus dem landesfürstlichen *Aerario* besoldeten eigenen Agenten, der sie unentgeltlich zu vertreten hat, unterschrieben ist, und falls dennoch eine dergleichen von dem Unterthansagenten nicht unterschriebene Bittschrift zu *Sr. Mjest.* Händen kommen, und von Denselben an die Hofstelle gegeben werden, oder auch unmittelbar bei der Hofstelle in Vorschein kommen sollte, solle von der Hofstelle darauf gar kein Bedacht genommen werden.

Ubrigens solle von den Landesstellen auf die Winkelschreiber genaue Obacht getragen, und selbe bei Vertretung ihres treibenden Unfugs mit gehöriger Ahndung, und nach Umständen mit verdienter geschärfter Bestrafung behandelt werden.“

43 JGS 1792/253 b: „Um die Winkelschreiber hindanzuhalten, welche nur Uneinigkeiten stiften, den Unterthanen Geld ablocken, und sie in nachtheilige Streitigkeiten verwickeln, sollen auch die Justizbehörden sich auf das Genaueste angelegen halten, keine Bittschrift, in welcher nicht der Namen und Aufenthaltsort des Verfassers erscheint, anzunehmen; auf die Winkelschreiber die genaueste Aufmerksamkeit zu tragen, und sie mit den in den Gesezen bestimmten Strafen unnachsichtlich zu belegen.“

44 JGS 1782/87c: „Der Parthey stehe in so lange zu, die Hinausgebung der Beweggründe des Urtheilsanzuverlangen, in so lange nach dem Gesetze ein weiterer Rechtszug offen ist.“

45 JGS 1783/135.

46 Beispielsweise Fasc XVII P 19, W 28 und W 69.

Resümee

„Kein europäischer Staat besaß in der 2. Hälfte des 19. Jh. so zahlreiche Institutionen des Rechtsschutzes wie Österreich. Der in der Dezemberverfassung von 1867 angenommene breite Katalog von Grundrechten hatte in europäischen Grundgesetzen nirgendwo eine Entsprechung. Eine Ausnahme in Europa war die 1869 erfolgte Gründung des Reichsgerichts, das über die Beschwerden der Bürger über die Verletzung ihrer im Grundgesetz gewährten Rechte erkennen sollte. Der 1867 ausgearbeiteten Verfassung Österreichs lagen die Grundsätze eines Rechtsstaates zugrunde, dessen Idee im Frankfurter und Kremsierer Verfassungsentwurf zum ersten Mal ihren Ausdruck gefunden hatte. Die österreichische Monarchie war also der erste liberale Rechtsstaat in Europa.“⁴⁷ Die wichtigsten Prinzipien dieses konstitutionalistischen Rechtsstaates waren: Überordnung des Grundgesetzes über die einfachen Gesetze, Teilung in gesetzgebende, vollziehende und richterliche Gewalt, Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Gerichte, Bürgerrechtskatalog und Regelungen zum Schutz der Bürgerrechte.⁴⁸ – Inwieweit dies bereits in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vorgelebt wurde und den Weg für den Rechtsstaat ebnete, versuchte ich in diesem Beitrag primär anhand von Beispielen aus der Judikatur darzustellen.

Der Blick auf die Zivilrechtsjudikatur 1814–1844 macht erkennbar, dass sich Klassenjustiz und Machtsprüche in diesem Bereich nicht ausnehmen lassen. Trotz noch nicht vollzogener Gewaltenteilung zeigt sich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts – wohl unter dem Einfluss des Naturrechts –, dass der Gesetzgeber den Zugang zum Recht bewusst gepflegt und Maßnahmen zu dessen Verbesserung gesetzt hat.

A.o. Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Monika Niedermayr lehrt am Institut für Zivilrecht an der Universität Innsbruck. Ihr Forschungsschwerpunkt liegt in der Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, primär bei der ersten Judikatur nach Inkrafttreten des ABGB; monika.niedermayr@uibk.ac.at

47 Dziadzio, Die Rolle der höchsten Gerichtshöfe auf den Weg der Habsburgermonarchie zum Rechtsstaat. Beispiele aus der Rechtsprechung, in *Mathe/Ogris* (Hg), Habsburgermonarchie 72.

48 Dziadzio, Gerichtshöfe 91.

Weil nicht sein darf, was nicht sein soll ...

Oder: Höchstgericht versäumt Chance zur Beseitigung von Diskriminierung

Doris Einwallner

Ist es diskriminierend, dass lesbischen Paaren die gemeinsame Obsorge nicht offen steht? Würden heterosexuelle Paare diskriminiert, wenn lesbische Paare diese Möglichkeit hätten? Basiert Elternschaft ausschließlich auf biologischer Abstammung? Einmal ja, zweimal nein? Falsch, wenn es nach dem Obersten Gerichtshof (OGH) geht, der den Antrag eines lesbischen Paares auf Bewilligung der gemeinsamen Obsorge mit Beschluss vom 30.11.2011, 7Ob124/11b, abgewiesen hat. Die beiden Frauen leben seit vielen Jahren in einer stabilen Beziehung. Als der Wunsch nach einem gemeinsamen Kind entstand, wandten sie sich an eine dänische Klinik, die letztlich erfolgreich eine Insemination durchführte. Neun Monate später kam der kleine Max (Name durch Autorin geändert) zur Welt. Die Vaterschaft des anonymen Samenspenders ist gesetzlich ausgeschlossen. Max hat somit keinen Vater, aber er hat zwei Mütter, eine biologische und eine soziale, die ihre Elternfunktion gemeinsam wahrnehmen und auch die Obsorge für Max gerne gemeinsam ausüben würden. Nach § 167 ABGB ist dafür eine schriftliche Vereinbarung der im gemeinsamen Haushalt lebenden Eltern notwendig. Das Gericht hat diese Vereinbarung auf Antrag zu genehmigen, wenn sie dem Kindeswohl entspricht. Im Fall der beiden Frauen wurde der Antrag jedoch in erster und zweiter Instanz abgewiesen, ehe er schließlich vor dem OGH landete, der zur Frage der gemeinsamen Obsorge eines lesbischen Paares zuletzt im Jahr 2002 eine – negative – Entscheidung getroffen hatte (vgl 7Ob144/02f).

Wie schon im Jahr 2002 verwies der Gerichtshof zunächst wenig überraschend auf die geltende Rechtslage. Demnach sei die gemeinsame Obsorge nur für leibliche Eltern (und damit nur für heterosexuelle Paare) vorgesehen, nicht aber für einen leiblichen Elternteil gemeinsam mit einem Pflegeelternteil (zB der Lebensgefährtin der leiblichen Mutter). Eine analoge Anwendung des § 167 ABGB scheidet aus, weil keine planwidrige Lücke vorliege. Der Gesetzgeber habe zuletzt im EPG unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass er „in der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft nicht das Modell leiblicher Eltern erblicke“. Dies müsse „umsomehr für gleichgeschlechtliche Partner gelten, die nicht institutionell verbunden sind“, wie die Antragstellerinnen.

Statt nun aber dieses – diskriminierende – Konzept des Gesetzgebers einer kritischen Prüfung zu unterziehen, hat der OGH die Gelegenheit nicht nur ungenutzt verstreichen

lassen, sondern vielmehr alles daran gesetzt, die darin zum Ausdruck kommende, heterosexistische Normativität auch noch zu verteidigen. Im Ergebnis liefert er damit eine Entscheidung, die für alle Regenbogenfamilien extrem enttäuschend und verfassungsrechtlich bedenklich ist, sowie im Verhältnis zu einem nur wenige Monate älteren Beschluss des OGH vom 22.3.2011, 3 Ob 147/10d, inkonsequent und rückschrittlich erscheint.

Noch im März 2011 hatte der OGH nämlich – freilich durch einen anderen Senat – mit einem Beschluss zum Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) aufhören und hoffen lassen. Das Höchstgericht hatte den „Antrag zweier Frauen auf gerichtliche Protokollierung der Zustimmung einer Partnerin zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung der anderen unter Verwendung des Samens eines Dritten“ zu prüfen. Der Antrag war von den unteren Instanzen, jeweils unter Hinweis auf § 2 Abs 1 FMedG, zurück- bzw. abgewiesen worden. Diese Bestimmung lässt die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder in einer Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zu. Anders ausgedrückt, lesbischen Paaren oder alleinstehenden Frauen ist die Fortpflanzung mit Hilfe der modernen Medizin nach § 2 Abs 1 FMedG in Österreich verboten.

Dies sei jedoch verfassungswidrig, wie der OGH in eben jenem Beschluss konstatierte. Das Gericht beantragte daher die Aufhebung der Wortfolge „von Personen verschiedenen Geschlechts“ beim Verfassungsgerichtshof (VfGH); die Entscheidung darüber ist noch ausständig. Wie der 3. Senat des OGH ausführte, hege er gerade vor dem Hintergrund aktueller Judikatur des EGMR verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 2 Abs 1 FMedG, „soweit dadurch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung für eine in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebende Frau ausgeschlossen und dieser aufgrund ihrer sexuellen Orientierung die Möglichkeit genommen wird, einen Kinderwunsch zu erfüllen“. Unterliege doch der „von Ehepartnern oder Lebensgefährten gefasste Entschluss, ein Kind zu bekommen und sich hierzu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen, dem Schutzbereich des Art 8 EMRK“ (VfGH vom 14.10.1999, G91/98, 116/98). Weiters zähle das Recht, „ein Kind zu bekommen und sich zur Erfüllung des Kinderwunsches die Errungenschaft der Fortpflanzungsmedizin zunutze zu machen, zu den von Art 8 EMRK geschützten Rechten“ (EGMR vom 1.4.2010, 57813/00, S.H. ua gegen Österreich). Der Wunsch nach einem Kind stelle demnach einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder der Identität eines Individuums dar. Im Verfahren Schalk und Kopf gegen Österreich habe der EGMR der „rapiden Evolution des gesellschaftlichen Verhaltens gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren in vielen Mitgliedstaaten“ Rechnung getragen und ausgesprochen, dass Paare gleichen Geschlechts ebenso wie Paare verschiedenen Geschlechts in der Lage sind, stabile, bindende Beziehungen einzugehen, sodass diese ebenfalls als „Familie“ im Verständnis des Art 8 EMRK zu qualifizieren sind. Kinder würden entweder durch Geburt oder Adoption Teil einer Familienbeziehung. Aber nicht nur die auf Vertrag beruhende Verbin-

dung, auch die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin könnten eine auf natürlicher Fortpflanzung beruhende Familienbeziehung ersetzen (vgl OGH ebendort). Konsequenterweise kann das nur bedeuten, dass in solchen Fällen beide Partnerinnen als Eltern anzuerkennen sind und ihnen auch die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge einzuräumen ist. Nein, sagt dazu der 7. Senat des OGH. Aus dem Beschluss zu 3 Ob 147/10d sei für den vorliegenden Fall nichts zu gewinnen. Die Insemination sei in Dänemark erfolgt und auch ein gemeinsamer Entschluss des Paares zur Insemination könne an der geltenden Rechtslage in Österreich nichts ändern. Wirklich nachvollziehbar ist diese Argumentation jedoch nicht. Die beiden Frauen hatten ja gerade auch auf die Verfassungswidrigkeit ebendieser Rechtslage hingewiesen. Von einer Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung der beiden Frauen könne jedoch keine Rede sein, so der OGH. Sei doch auch „verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten die gemeinsame Obsorge für ein Kind, das nicht von beiden abstammt, in gleicher Weise versagt“.

Dieser Vergleich hinkt allerdings deutlich, stimmt er doch nur soweit, als eine Partnerin ein Kind aus einer früheren Beziehung in eine neue Partnerschaft *mitbringt*. Dann mag auch die Bezeichnung der Partnerin als Pflege- oder Stiefmutter angebracht sein. Das ist aber gerade nicht der Fall, den der OGH hier zu prüfen hatte. Vielmehr geht es um die Beziehung der beiden Frauen zueinander und ihrem – mit Hilfe medizinisch unterstützter Fortpflanzung – aus dieser Beziehung abstammenden Kind. Richtigerweise ist daher der Vergleich mit einem (unverheirateten) heterosexuellen Paar zu ziehen, das zur Erfüllung des Kinderwunsches ebenfalls auf die Mittel medizinisch unterstützter Fortpflanzung zurückgreifen musste.

In beiden Fällen ist die Vaterschaft des Samenspenders gesetzlich ausgeschlossen. Im Fall des heterosexuellen Paares gilt allerdings statt dessen der Partner – *obwohl das Kind biologisch nicht von ihm abstammt* – als zweiter Elternteil des Kindes. Die Möglichkeit der gemeinsamen Obsorge besteht. Im Fall des lesbischen Paares gilt die Partnerin – *gerade weil das Kind biologisch nicht von ihr abstammt* – nicht als zweiter Elternteil. Die gemeinsame Obsorge ist nicht möglich. Somit ist aber evident, dass diese rechtliche Ungleichbehandlung ausschließlich auf dem Geschlecht bzw der sexuellen Orientierung der beiden Frauen beruht. Die Ungleichbehandlung bloß aufgrund der sexuellen Orientierung bzw des Geschlechtes ist jedoch verfassungsrechtlich unzulässig. Statt dies einzugestehen, hat sich der OGH bedauerlicherweise zu einer geradezu zynisch anmutenden Argumentation verleiten lassen, indem er ausführt, dass es, „wollte man gleichgeschlechtlich orientierten Lebenspartnern die gemeinsame Obsorge für das leibliche Kind eines der beiden einräumen, weil es ihnen aus biologischen Gründen jedenfalls unmöglich ist, leibliche Eltern eines gemeinsamen Kindes zu sein, heterosexuelle Paare benachteiligen würde, denen diese Möglichkeit zwar theoretisch offen steht, ein gemeinsamer Kinderwunsch aber versagt bleibt“. Meint der OGH wirklich, dass der unerfüllte Kinderwunsch eines heterosexuellen Paares die dargestellte Ungleichbehand-

lung eines lesbischen Paares sachlich rechtfertigen könnte? Sehen sich nicht gerade gleichgeschlechtliche Paare ungleich häufiger mit einem unerfüllten Kinderwunsch konfrontiert und hat nicht gerade auch dieser Umstand den 3. Senat des OGH dazu veranlasst, die Verfassungsmäßigkeit des § 2 FMedG idgF in Frage zu stellen?

Die Entscheidung hinterlässt, nicht zuletzt aufgrund solcher Argumente, ein schales Gefühl. Es stellt sich die Frage nach dem Können und Wollen und warum der OGH sich so gar nicht für das Wohl des kleinen Max interessiert hat, um den es hier letztlich geht und der ja wohl unbestritten das Recht auf seine Familie hat. Es wäre schön gewesen, wenn der OGH die Gelegenheit genutzt und den – eigentlich zuständigen – VfGH mit der Sache befasst hätte, statt eine offensichtlich diskriminierende Rechtslage wieder auf Jahre einzuzementieren.

Mag^a Doris Einwallner ist Rechtsanwältin in Wien und Redaktionsmitglied des juridikum. Sie war als Vertreterin der Antragstellerinnen am besprochenen Verfahren beteiligt; office@einwallner.com

Heinrich/Ehrke-Rabel Basiswissen Steuerrecht 2011/2012



6. Auflage
307 Seiten, broschiert
978-3-7046-5680-3
€ 32,-

Versandkostenfrei im neuen Webshop
bestellen und Sachpreise im Wert von
über € 2.000,- gewinnen!
www.verlagoesterreich.at

Das Lehrbuch gibt einen praxisbezogenen Überblick über das unternehmensbezogene Steuerrecht. Es richtet sich an Studierende sämtlicher Studienrichtungen an Universitäten und Fachhochschulen, in denen das Steuerrecht Bestandteil der Ausbildung ist. Durch die jährliche Erscheinungsweise ist das Buch immer auf dem neuesten Stand!

Univ.-Prof. MMag. Dr. Johannes Heinrich ist Professor an der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt.

Univ.-Prof. Mag. Dr. Tina Ehrke-Rabel leitet das Institut für Finanzrecht der Karl-Franzens-Universität Graz und ist Partnerin der BDO Graz GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft.

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

**VERLAG
ÖSTERREICH**

Human Rights

VIENNA MASTER OF ARTS



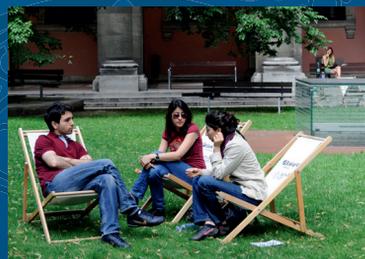
Experience the fascinating world of human rights!

Study in an international, transdisciplinary and practice-oriented environment at Vienna University where we provide you with scientific knowledge and the practical skills to work as a human rights expert in different professional environments.

SHORT FACTS

SCIENTIFIC DIRECTOR	Prof. Manfred Nowak
ACADEMIC DEGREE	Master of Arts (MA)
DURATION	2 years
UNITS	120 ECTS
LANGUAGE	English
TUITION FEE	€ 19,980 (for 2 yrs.)
START	October 2012

APPLY
NOW!



Die juristische Fachzeitschrift, die nicht dem Mainstream folgt!



Seit mehr als zwanzig Jahren ist das *juridikum* die Fachzeitschrift, die rechtliche Fragen in ihrem gesellschaftlichen und politischen Kontext beleuchtet. Diesem kritischen Anspruch folgend verbindet das *juridikum* theoretische und praktische Perspektiven. Dabei widmet sich die Rubrik „recht & gesellschaft“ aktuellen Themen wie etwa Fremdenrecht, Geschlechterverhältnissen, Polizei- und Strafrecht, sozialen Fragen und menschenrechtlichen Aspekten. Mit dem „thema“ hat jede Ausgabe zusätzlich einen inhaltlichen Schwerpunkt.

Die Aktualität der Beiträge, ihre Praxisrelevanz und Interdisziplinarität machen das *juridikum* zu einer abwechslungsreichen, anspruchsvollen und anregenden Lektüre. Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich im hochwertigen Taschenbuchformat.

Jahresabo (4 Hefte) € 58,-

Jahresabo (4 Hefte) für Studierende,
Zivil- und Präsenzdiener € 25,-

Probeabo (2 Hefte) € 11,-

HerausgeberInnen

Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl,
Joachim Stern

Internet

www.juridikum.at

Probeabos können bis zwei Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen diese in ein Jahres-Abo über. Alle Preise in Euro inkl. USt, zzgl. Versandkosten (Österreich: Probeabo: € 3,90, Jahresabo € 12,-; Ausland: Probeabo € 9,90, Jahresabo € 20,-)

Tel.: +43-1-680 14-0
Fax: +43-1-680 14-140

order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

VERLAG
ÖSTERREICH