

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat · · · · · nr 1.2002

thema 

im wilden net

recht & gesellschaft

Asylrecht

Pflichtverteidigung

Wer hat Angst vor dem VfGH?

Beihilferecht und Rundfunkfinanzierung

Aufstieg oder Fall der Internationalen Rechtsordnung?

P. b. b. · Verlagspostamt 1030 · OZZ032221 · Euro 8,- · ISSN 1019-5394

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

Für Context herausgegeben von

• • • • • Birgit Feldner · Alexander Somek · Richard Soyer · Maria Windhager

Inhalt

recht & gesellschaft

Roland Kier	Abschaffung oder Reform der österreichischen Pflichtverteidigung?	3
Markus Burgstaller	United We Stand v Divided We Fall	9
Eva-Maria Michel/Bärbel Altes	Europäisches Beihilferecht und Rundfunkfinanzierung – Kein Ende in Sicht?	13
Andreas Lepschi	Überleben als Asylwerber in Österreich (?)	18
Clemens Klingan	Die „kleine“ Abänderung des § 4 Abs. 2 AsylG	20
Eberhart Theuer	Wer hat Angst vor dem VfGH?	22
rezension	Eberhart Theuer Ruhe, Ordnung, Sicherheit?	24
rezension	Christoph Welser Eine sprachwissenschaftliche Intervention	26
Marianne Schulze	Chop sui generis	27
Michael Waibel	Sommerkurs Humanitäres Völkerrecht	29

thema: im wilden net

Birgit Feldner/Nikolaus Forgó	im wilden net	32
Alexander Beyer/Janina Heisz/ Katja Hercher/Sven Tschoepe	Moderner Staat – Moderne Gesetzesveröffentlichung? Vorschlag eines Bundesgesetzblattgesetzes für Deutschland	34
Thomas Hoeren	Internationales Zivilverfahrensrecht und Internet	39
Lawrence Lessig	Information im Gemeingebrauch	43
Martin Rost	Zur gesellschaftlichen Funktion des Datenschutzes	49

rubriken

vorsatz	Birgit Feldner Skillling me softly: von den Aufgaben einer Universität	1
merk.würdig	Kurzmeldungen	2
nach.satz	Iris Kugler Stolz	52
impressum	12

Skilling me softly: von den Aufgaben einer Universität

Birgit Feldner

Obwohl auf jeder Karrieremesse und in jedem Handbuch für erfolgreiche Bewerbungen betont wird, dass für ein erfolgreiches Bestehen am Arbeitsmarkt überfachliche Qualifikationen unerlässlich sind, finden Soft Skills in der juristischen Ausbildung nur peripher Platz.

Nach einem Gesetzesentwurf, den Abgeordnete der SPD und des Bündnisses 90/Die Grünen im Herbst 2001 ausgearbeitet haben, soll sich dies im Rahmen der deutschen Ausbildung ändern: Der Entwurf kritisiert am derzeitigen Ausbildungssystem u. a.,

▸ dass die Rechtsberatung und die Rechtsgestaltung eine zu geringe Rolle spielen,

▸ dass für die Praxis wichtige Rechtsgebiete und Anwendungstechniken vernachlässigt werden und die Ausbildung unzureichend auf den Anwaltsberuf und auf eine Tätigkeit in der Wirtschaft vorbereitet,

▸ dass sich die Juristenausbildung zu wenig auf die Methodik und das Grundsätzliche konzentriert.

Es wird festgehalten, dass „für die erfolgreiche Arbeit in juristischen Berufen nicht nur die Prüfungsergebnisse, sondern in zunehmendem Maße auch nichtjuristische Fähigkeiten entscheiden“.

Der Entwurf schlägt daher vor, „insbesondere auch die soziale Kompetenz und – teilweise deckungsgleich – interdisziplinäre Schlüsselqualifikationen wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streit-schlichtung, Mediation, Vernehmungslehre, Kommunikationsfähigkeit und Teamfähigkeit“ zu fördern. Es sei vor allem die Aufgabe der Universitäten, solche Fähigkeiten und Fertigkeiten durch geeignete Veranstaltungen und Maßnahmen zu fördern.

Dass die Studierenden selbst den Wunsch hegen, sich fachübergreifende Qualifikationen zuzueignen, zeigt sich an der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät etwa in der Beliebtheit des Wahlfachkorbs „Mediation und an-

dere Formen alternativer Konfliktbeilegung“; oder im Engagement, mit dem Lehrveranstaltungen wie die „Schreibwerkstatt“ oder die „Einführung in das wissenschaftliche Arbeiten“ besucht werden.

Auch die Teilnahme Wiener Studierender bei den unterschiedlichen Moot Courts basiert auf dem Interesse, sich Soft Skills anzueignen und anzuwenden. Die Teilnahme der Fakultät an internationalen Wettbewerben ist höchst erfolgreich: Regelmäßig zählen die Wienerinnen und Wiener zu den Preisträgern. Ausschlaggebend sind neben dem juristischen Argumentieren in Schriftsätzen und persönlicher Präsentation (zumeist in Fremdsprachen) die internationale Orientierung und nicht zuletzt das Arbeiten in der Gruppe.

Gerade weil der Mediation einerseits und den Moot Courts andererseits so viel Interesse entgegengebracht wird: Was liegt näher als eine wünschenswerte Kombination? Es sollten nicht nur gerichtliche Prozesse fingiert werden, die sich internationalen oder europarechtlichen oder menschenrechtlichen Problemstellungen widmen, sondern auch solche Verfahren, die nicht vor Gericht ausgetragen werden, sondern die Befassung eines Gerichts zu vermeiden suchen: Es sollte das Verhandeln in internationalen Konflikten geübt werden. Das Verhandeln sowohl als beteiligte Partei als auch das Verhandeln als zur Streitbeilegung herangezogene dritte Person.

Die Wiener Fakultät als Austragungsort solcher Verhandlungssessionen wäre ein reizvoller Gedanke: Nicht nur wegen der Tradition, in Wien Friedensgespräche zu führen und internationale Organisationen zu beherbergen, sondern auch wegen der aktuellen politischen Situation (Stichwort Teme-lin), der ein wissenschaftliches und didaktisches Gegengewicht an der Fakultät gut anstünde. Neben dem Erarbeiten von Argumentationslinien und Verhandlungstaktiken würde ein solcher „Negotiation-Contest“ die Möglichkeit

zum interdisziplinären und internationalen Austausch bieten: Die teilnehmenden Teams sollten sich dementsprechend nicht nur aus JuristInnen zusammensetzen, sondern Studierende mehrerer Fachrichtungen umfassen (Geschichte, Politikwissenschaften, Publizistik, Dolmetsch, Sprachwissenschaften etc).

Auch wären solche Verhandlungsrunden geeignet, die Idee der universitäts wieder ins Blicklicht zu rücken (was zurzeit schon deshalb besonders erstrebenswert ist, weil sich die medizinische Fakultät von der Universität Wien abspaltet und damit eine seit Beginn der Wiener Universität bestehende Einheit aufgelöst wird) und von den Einrichtungen der Fachhochschulen abzugrenzen.

Ein ähnliches internationales und interdisziplinäres Projekt wurde in Deutschland etwa von Andreas Görden initiiert, der Dutzende europäische Studentinnen und Studenten versammelte, um einen gemeinsamen Entwurf für eine europäische Verfassung auszuarbeiten.

Eine Ausbildung der Studierenden auch in Soft Skills muss Hand in Hand gehen mit dem Bestreben, wieder mehr Wissenschaftlichkeit in die juristische Ausbildung zu bringen (was auch der oben genannte deutsche Gesetzesvorschlag intendiert) und damit den Grundsätzen einer universitären Ausbildung gerecht zu werden. Um die im Gesetzesvorschlag aufgezeigten Desiderata zu erfüllen, wäre es notwendig, Bereiche zu forcieren wie etwa

- Rhetorik und Präsentationstechnik
- wissenschaftliches Schreiben (Verfassen von Aufsätzen und Gutachten)
- Verfassen journalistischer Texte mit wissenschaftlichem Inhalt
- Erstellen, Übersetzen und Prüfen von Verträgen
- redaktionelles Arbeiten
- Verhandlungsführung
- Vernehmungstechnik etc etc.

Daneben ist ein breites Lehrangebot in den Grundlagenfächern Rechtsge-

schichte, Rechtsphilosophie, -soziologie, -theorie und Methodenlehre unerlässlich. Auch müssen die theoretischen Grundlagen stärker in die Lehre der Hauptfächer integriert werden – übrigens eines der Erfolgsgeheimnisse der amerikanischen Law Schools, die eben einen solchen Unterricht in den Hauptfächern (hierorts als „Theorie“ gebrandmarkt) mit einer guten „Clinic“ verbinden, in der die Skills trainiert werden.

Rhetorik- und Schreibunterricht wird aus einem unbegabten keinen brillanten Redner machen können: Einem entsprechenden Unterricht wird es aber gelingen, aus einem unbegabten einen ganz passablen Redner zu machen und aus einer guten Autorin eine ausgezeichnete – ein Schritt in Richtung der allseits geforderten Praxisrelevanz des Studiums.

Die Universität Mannheim hat übrigens soeben eine Professur auch für Rhetorik eingerichtet und mit Ulrich Falk aus Frankfurt besetzt (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rhetorik und Europäische Rechtsgeschichte). – Ein weiteres Beispiel für den Innovationsgeist von RechtshistorikerInnen: Sowohl Ulrich Falk als auch Andreas Görge kommen aus dem Bereich der Rechtsgeschichte.

Die Geburt als Schadenfall

Frankreich. In den vergangenen Monaten hatten sich in Frankreich Politik und Gerichte mit der ärztlichen Haftung für pränatale Diagnostik auseinander zu setzen. Kernpunkt war dabei die Frage, ob ein behindertes Kind an sich einen materiellen Schaden darstellen kann, für den ein Ersatzanspruch zusteht.

Die Debatte begann mit der „Peruche-Entscheidung“ im Jahr 2000. Die Mutter war während der Schwangerschaft an Röteln erkrankt. Der behandelnde Gynäkologe erkannte die dadurch eingetretene Behinderung des ungeborenen Kindes jedoch nicht, weshalb sich die Mutter im Vertrauen auf diese Diagnose entschloss, die Schwangerschaft nicht abzubrechen. Der heute 18-jährige Nicolas Peruche kam blind, fast taub und geistig schwerst behindert zur Welt.

Als die Eltern daraufhin Klage auf Schadenersatz einbrachten, entschied das Gericht, dass ihnen durch die falsche Diagnose die Möglichkeit einer Abtreibung genommen worden sei. Deshalb hätten die Ärzte nicht nur an die Eltern, sondern auch an das Kind selbst Entschädigung zu leisten. Das Urteil, in dem vom „Schaden, geboren zu werden“ die Rede ist, wurde im November 2000 vom Obersten Gerichtshof Frankreichs bestätigt.

Das Urteil wurde im November des letzten Jahres als Präzedenzfall einer weiteren Entscheidung zugrunde gelegt. Ein französisches Kassationsgericht sprach einem mongoloiden Kind Schadenersatz zu, dessen Behinderung die Ärzte während der Schwangerschaft nicht rechtzeitig erkannten. Wäre dies geschehen, hätte sich die Mutter für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden.

Die Urteile lösten in Frankreich scharfe Kritik von Seiten der Behindertenverbände aus. Denn anders als in der deutschen Rspr wurden nicht die Eltern (infolge des erhöhten Pflege- und Unterhaltsaufwandes) als geschädigt angesehen, sondern auch das behinderte Kind selbst. Während das deutsche BVerfG die Menschenwürde absolut sieht und daraus folgt, dass ein Mensch niemals, auch nicht mittelbar, Schaden sein kann, wertet der Oberste Gerichtshof Frankreichs die eigene Existenz als ersatzfähigen Schaden.

Dadurch, so die Kritik, entstehe nicht nur eine Diskriminierung von Behinderten, sondern werde ein Zwang zur präventiven Abtreibung geschaffen.

Bedenken gegen diese Judikatur der Cour de Cassation kam aber auch von juristischer Seite. Bis zuletzt hatte die Oberstaatsanwaltschaft zu verhindern versucht, dass das Leben des am Down-Syndrom leidenden Kindes als Schaden definiert würde. Es sei gefährlich, wenn die Justiz ein neues Recht einführe, „das Recht, nicht geboren zu werden“. Und das oberste französische Verwaltungsgericht kritisierte, dass ein Schadenersatzanspruch des Kindes unterstelle, dass die Mutter gleichsam eine Pflicht habe, nach der Diagnose die Schwangerschaft abzubrechen. Am Ende dieser Gedankenkette stünde, so der Conseil d'Etat, dann eine Klage des Kindes gegen seine Mutter, weil sie nicht abgetrieben hat.

Die entscheidende Wende brachte jedoch schließlich die Reaktion der Versicherungen. Diese erhöhten unmittelbar nach der Bestätigung der Entscheidungen durch die oberste Instanz die Prämien für Gynäkologen um ein Vielfaches. Da sich die betroffenen ÄrztInnen außer Stande sahen, diese Erhöhungen zu bezahlen, weigerten sie sich, weiterhin pränatale Ultraschall-Untersuchungen vorzunehmen. Fast alle Krankenhäuser und Kliniken Frankreichs beteiligten sich ab Dezember 2001 am unbefristeten Ultraschallstreik.

Im Januar dieses Jahres wurde daraufhin das französische Parlament aktiv: Es möchte die Haftung der Ärzte wegen Kunstfehler bei der Schwangerschaftsdiagnostik einschränken. Im Gesetzesentwurf, der noch von Senat gebilligt werden muss, heißt es wörtlich, dass niemand behaupten kann, geschädigt worden zu sein, nur weil er geboren wurde. Eltern behinderter Kinder können zwar weiterhin Regressforderungen stellen, wenn ein Arzt bei der Vorsorgeuntersuchung offensichtliche Anzeichen einer Behinderung übersieht oder die Behinderung bei der Geburt selbst verursacht. Dem behinderten Kind selbst wird aber die Möglichkeit genommen, mit der Begründung, es hätte nicht geboren werden dürfen, Klage einzubringen.

Daniel Ennöckl

Abschaffung oder Reform der österreichischen Pflichtverteidigung?

Eine Problembetrachtung aus englischer Perspektive

Roland Kier

Die aktuelle Fachdiskussion um die Reform des österreichischen Strafverfahrens, wie sie im gegenwärtigen Ministerialentwurf eines Strafprozessänderungsgesetzes (GZ 578.017/10-II.3/2001) ihre Grundlage findet, übersieht scheinbar unmerklich eine wesentliche „Neuerung“, die umso mehr dem praktizierenden Strafverteidiger ins Auge stechen muss. Es handelt sich dabei um die geplante Abschaffung der erst jüngst durch das StPÄG 1993¹ in die StPO eingefügten „Pflichtverteidigung“ gemäß § 42 Abs 2 StPO und deren Integrierung in die bereits vorhandene Verfahrenshilfeverteidigung des § 41 Abs 2 StPO (§ 64 des Entwurfs).

Das BMJ begründet diesen Schritt im Wesentlichen damit, „weil es sich im System der Verfahrenshilfe als Fremdkörper erwiesen und in der Praxis den Nachteil mit sich gebracht hat, dass in vielen Fällen ein Verteidigerwechsel stattfinden muss, weil manche Rechtsanwaltskammern aus administrativen Gründen nicht in der Lage sind, dieselbe Person als ‚Pflicht- und als ‚Verfahrenshilfeverteidiger‘ zu bestellen. Auch der angestrebte Zweck des Instituts, junge, engagierte Rechtsanwälte vermehrt für Vertretungen in Strafsachen zu gewinnen, wurde in nennenswertem Ausmaß nicht erreicht“.²

Ziel dieses Beitrags ist es nun, in kurz gefasster Form unter Gegenüber-

stellung der englischen Rechtslage aufzuzeigen, weshalb der vom Ministerium gewählte Weg der Abschaffung der Pflichtverteidigung der denkbar ungeeignetste zur Erreichung einer effizienten Pflicht-/Verfahrenshilfeverteidigung ist und weshalb die Erreichung des oben angestrebten Zweckes, „junge, engagierte Rechtsanwälte vermehrt für Vertretungen in Strafsachen zu gewinnen“ durch die Institution der Pflichtverteidigung wie sie aus der Novelle 1993 hervorgegangen ist, von vornherein unmöglich war.

Englische

Pflicht-/Verfahrenshilfeverteidigung

Bereits ab der Verhängung der Verwahrungshaft bzw. schon ab der ersten Minute in der Polizeistation kommt dem Verdächtigen in England das Recht zu, die private Unterredung mit einem Anwalt zu fordern und auf die Ausübung desselben von den Sicherheitsbehörden hingewiesen zu werden (Sec. 58 P.A.C.E. 1984). Zur Ausübung dieses Rechts darf er sich dabei grundsätzlich nur eines solicitor (Wahlverteidiger) (Sec. 122 M.C.A. 1980) oder eines duty solicitor (Pflichtverteidiger) bedienen (Reg. 7 Legal Advice and Assistance (Scope) Regulations 1989), wobei im Zusammenhang darauf hinzuweisen ist, dass dem englischen Strafverfahren

die Institution der notwendigen Verteidigung, also des Anwaltszwanges fremd ist. Da der Mehrheit der Verdächtigen zu diesem frühen Verfahrenszeitpunkt weder ein Wahlverteidiger bekannt ist, noch sie diesen finanzieren könnten, wurden durch den Legal Aid Act 1982 auf nationaler Basis so genannte *duty solicitor schemes* eingeführt.

Dabei unterscheidet man zwei Spielarten: Einerseits versteht man darunter jene Einrichtungen, die Festgenommenen und in der Folge in Verwahrungshaft gehaltenen Personen eben jene erste rechtliche Beratung in den Polizeistationen ermöglichen sollen (*Police Duty Solicitor Schemes*). Andererseits versteht man darunter aber auch jene Institutionen, die Beschuldigten bei ihrem ersten Erscheinen vor den Magistrates Courts, also in der im Normalfall 24 Stunden nach Festnahme stattfindenden ersten Haftverhandlung beratend und vertretend zur Seite stehen (*Court Duty Solicitor Schemes*). Voraussetzung ist in beiden Fällen, dass der Betroffene bislang rechtlich unvertreten ist. Von ihrem Aufbau her sind die Duty Solicitor Schemes also nichts anderes als eine Art Notfallsverfahrenshilfe, bei der ortsansässige Professionalisten im Wege eines Rotations- oder Bereitschaftsdienstes³ zu freiwilligen Dienstleistungen herangezogen werden.

Allerdings steht es nicht jedem Solicitor offen, an dieser Art der Rechtshilfe zu partizipieren. Die Legal Aid Board Duty Solicitor Arrangements 1997 idF Legal Aid Board Duty Solicitor (Amendment) Arrangements 1998⁴ sehen diesbezüglich nämlich vor, dass jeder Duty Solicitor strenge Voraussetzungen zu erfüllen hat, die seine praktische Erfahrung auf dem Gebiete der Strafverteidigung betreffen. So wird verpflichtend verlangt, dass jeder Interessierte einen Antrag auf Teilnahme an das lokale *Duty Solicitor Committee* stellen muss (Arr. 31). Hierbei hat er unter anderem folgende Voraussetzungen zu erfüllen: Jeder Bewerber muss nachweisen, dass er regelmäßig auf dem Gebiet der

¹ BGBl 1993/526.

² Ministerialentwurf eines Strafprozessänderungsgesetzes (GZ 578.017/10-II.3/2001), 2. Teil, Erläuterungen, zu § 65.

³ Im wesentlichen werden *rota* und *panel schemes* unterschieden. Bei ersteren erfolgt die Zuteilung der

Strafsachen auf die einzelnen Verteidiger im Vorhinein, was dazu führt, dass diese sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Bereitschaft (bis zu 24 h täglich) zu halten haben. Diese werden vor allem in städtischen Gebieten angewandt. Daneben gibt es aber in ländlicheren Ge-

bieten auch jene Methode, bei Eintritt des „Ernstfalls“ alle auf einer Liste stehenden Anwälte nacheinander zu kontaktieren, bis ein zur Verfügung stehender gefunden wird, *White, The English Legal System in Action*, 1999, 106.

⁴ Diese nichtgesetzlichen Regelungen, die ähnlich einer Satzung der Anwaltskammer (*Law Society*) sind, sehen den administrativen Aufbau der *Duty Solicitor Schemes* vor, siehe dazu im Detail *White, English Legal System*, 134.

Strafverteidigung tätig ist und in concreto innerhalb der letzten zwölf Monate „comprehensive experience of criminal defence work including advocacy in Crown or magistrates' courts“ sammeln konnte (Arr. 32 [1][f][i][ii]). Des Weiteren hat sich das *Committee* zu vergewissern, ob der Antragswerber die notwendigen Fähigkeiten aufweist, um für eine Mehrzahl an Klienten in begrenzter Zeit ohne vorherige Vorbereitung eine qualifizierte Beratung und Vertretung zu gewährleisten. Außerdem muss es auch davon überzeugt sein, dass die Kenntnisse des Solicitor auf dem Gebiete des Straf- und Strafprozessrechts ausreichend sind und dieser einen *advocacy training course* (Verhalten und Plädoyer in der Streitverhandlung) nachweisen kann, es sei denn, dass sich dieser Nachweis aufgrund von „substantial experience“ erübrigt (Arr. 32 [2][3]). Die strafrechtliche Verurteilung eines Antragsstellers, wie auch dessen Verurteilung vor dem Disziplinarausschuss der Law Society oder jeder andere berechtigte Grund, vor allem aber der Wegfall der oben angeführten Voraussetzungen kann zum Ausschluss von der Pflichtverteidigerliste bzw. der Verweigerung der Aufnahme in diese führen (Arr. 32 [4] iVm Arr. 42). In Folge seines Antrags muss sich der Solicitor noch einem abschließenden Interview unterziehen, bevor das *Local Committee* innerhalb von 60 Tagen seine Entscheidung trifft (Arr. 34 iVm 35). Wenn man demzufolge nicht vom lokalen Komitee in die Duty-Solicitor-Liste aufgenommen wurde, kann man dagegen ein Rechtsmittel an den regionalen Ausschuss erheben (Arr. 37 [1]). Sollte man allerdings als Pflichtverteidiger akzeptiert werden, hat man sich alle fünf Jahre einer erneuten Überprüfung und erneuten Fortbildungskursen zu unterziehen, die seine fortwährende Befähigung im vorhin aufgezeigten Sinne bestätigen sollen (Arr. 39 iVm 40). Wenn sich der Pflichtverteidiger durch einen Konzipienten vertreten lässt, so hat auch dieser, wenn auch reduzierte,

Voraussetzungen zu erfüllen (Arr. 45). Durch all diese strikten und sehr detaillierten Vorschriften soll zweifelsohne die Qualität der rechtlichen Vertretung garantiert werden.⁵

Die Aufgaben des englischen „Pflichtverteidigers“ umfassen neben der rechtlichen Beratung in der Verwahrungshaft (Arr. 50 [1][a]) auch die Vertretung des Beschuldigten vor und während seines ersten Erscheinens vor dem Magistrates' Court, wo in einfach gelagerten Fällen und bei geringfügigen Vergehen sofort eine Verhandlung in Form eines *summary trial* (einer Art Schnellverfahren) oder aber eben eine Verhandlung über die Notwendigkeit der weiteren U-Haft stattfinden kann. Im Falle aber, dass es zu keiner schnellen Erledigung bzw. einer Verhängung der U-Haft kommt oder aber der Beschuldigte ganz einfach weitere Vertretung im Vor- oder auch Hauptverfahren wünscht, wird der vorerst bestellte Duty Solicitor beim Magistrates Court *Criminal Legal Aid* beantragen (Arr. 50 [2][a] iVm [d]). Von der Gewährung dieser Verfahrenshilfe wird es in der Folge abhängen, ob der Duty Solicitor den mutmaßlichen Rechtsbrecher auch während des weiteren Prozesses vertreten wird oder nicht. Das liegt daran, dass es dem Verteidiger unter den derzeit geltenden Schemes verboten ist, für einen bereits einmal durch einen solchen vertretenen ein weiteres Mal die Pflichtverteidigung zu übernehmen (Arr. 51 [2]). Dadurch soll verhindert werden, dass durch mehrmalige „Pflichtverteidigung“ die schwierigeren Voraussetzungen der normalen Verfahrenshilfe unterlaufen werden. Erwähnt werden muss in diesem Zusammenhang, dass Art. 49 nicht nur das jederzeitige und freie Wahl- und Wechselrecht des Beschuldigten hinsichtlich der Person seines Pflichtverteidigers, sondern auch die Verpflichtung des Rechtsvertreters, seinen Mandanten hinsichtlich dieses Wahlrechts zu belehren, vorsieht.

Der Vorteil der englischen „Pflichtverteidigung“ liegt für den Beschuldigten darin, dass sie unabhängig von der persönlichen Einkommens- und Vermögenssituation und ohne eventuelle finanzielle Beitragsverpflichtungen gewährt wird. Auch hängt sie nicht von der Frage der wirklichen Notwendigkeit im Anlassverfahren ab. Das wiederum unterscheidet sie von der englischen Verfahrenshilfe, welche im Wesentlichen unter den dem § 41 Abs 2 StPO fast identen Voraussetzungen gewährt wird. Die Gewährung des Ansuchens selbst hat im Normalfall die Wirkung, dass derselbe Solicitor, der den Beschuldigten möglicherweise bereits ab der polizeilichen Verwahrungshaft vertreten hat, nun weiter unter veränderten Besoldungsbestimmungen die Vertretung desselben in der Rechtssache übernimmt. Der große und offensichtliche Vorteil dieser Regelung liegt wohl darin, dass dieser Anwalt mit dem Fall mittlerweile bestens vertraut ist und daher eine bessere Verteidigung bieten kann als ein in diesem Stadium neu Berufener. Daneben deckt die englische Verfahrenshilfe auch die anfallenden Kosten des eventuell erforderlichen *Counsel* (Barrister) zur Vertretung in der Hauptverhandlung.⁶

Wie im Falle der „Pflichtverteidigung“ ist es auch im Bereich der „Verfahrenshilfe“ der englischen Rechtspraxis schon seit geraumer Zeit ein besonderes Anliegen, qualitativ hochwertige Rechtsvertretungen zu garantieren. So wurden seit Mitte der 80er Jahre immer wieder Forderungen erhoben, dass es für den gesamten Bereich der „staatlich finanzierten Rechtshilfe“ (sowohl zivil- als auch strafrechtlich) notwendig wäre, dass in den jeweiligen Bereichen öffentliche Gelder nur für wirklich gerechtfertigte Leistungen ausgegeben würden.⁷ Dies gipfelte schließlich in Vorschlägen des Legal Aid Board, spezielle *Franchising*-Verträge an jene Rechtsanwaltskanzleien (Solicitors) auszugeben, die sich bereit erklärten die vom Board geforderten

⁵ Die Einführung dieser „Qualitätsmaßstäbe“ wurde bereits im Vorfeld von Seiten der Anwaltschaft begrüßt, würde doch dadurch anerkannt, „that the role of duty solicitor demands special skills“, Johnston, „Court duty solicitors“, Legal Action Group Bulletin, May, 1992, 11, die einen breiten Überblick über die Praxis der Pflichtverteidigung in England gibt.

⁶ Zum besseren Verständnis ist auszuführen, dass der Anwaltsstand in England aus historischen Gründen seit ca. dem 13. Jahrhundert zweigeteilt ist. Auf der einen Seite stehen die *Solicitors*, denen in erster Linie rechtsberatende Tätigkeiten zukommen, wohingegen die *Barristers* als reine Prozessanwälte agieren, im Detail siehe dazu Kier, Prozessuale

Zwangs- und Sicherungsmittel gegen die Person des Beschuldigten im österreichischen und englischen Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verteidigerstellung im Vorverfahren, Dissertation, Universität Graz, 2001, 15 ff.

⁷ Siehe zu den zahlreichen Forderungen nach Qualitätskontrolle der Rechtsberatung und -vertretung, Zander, Cases and Materials on the English Legal System, 7th ed., 1996, 455 ff.

Qualitätsstandards einzuhalten. Obwohl das neue System anfangs auf wenig Gegenliebe stieß,⁸ konnte es sich dennoch durchsetzen.

Grundsätzlich funktioniert die neue Franchise-Methode so, dass jede Kanzlei zuallererst berechtigt ist, um einen derartigen Vertrag anzusuchen.⁹ Vertragspartner ist dabei heute, nach der Abschaffung des Legal Aid Board, die so genannte *Legal Services Commission*,¹⁰ die durch den Access to Justice Act 1999 ins Leben gerufen wurde und mit 1. April 2000 ihre Arbeit aufgenommen hat (Sec. 1 A.J.A. 1999). Allerdings sollte nur um Verträge in jenen Arbeitskategorien angesucht werden, in welchen die betreffenden Anwälte oder Kanzleigemeinschaften über einen ausreichenden Grad an Erfahrung und Spezialwissen verfügen, um in der Folge den jeweils unterschiedlichen Qualitätsanforderungen gewachsen zu sein.¹¹ Zu Beginn des Aufnahmeverfahrens müssen die zukünftigen Franchisenehmer zusammen mit ihrem Antrag eine so genannte „Self-Assessment Audit Check-List“ ausfüllen, in der sie zu dokumentieren haben, dass sie die Kriterien erfüllen. Diese Angaben werden daraufhin in mehreren Stufen genauestens überprüft und führen schlussendlich zur Aufnahme oder Ablehnung des Antragsstellers. Die konkreten Voraussetzungen sind breit gestreut. Sie reichen von weit reichenden, zwingenden Vorschriften bezüglich der Kanzleiorganisation,¹² der Führung einer Haftpflichtversicherung, der Ausbildung von Berufsanwärtern und anderer Kanzleimitarbeiter, der Erstellung von

detaillierten Finanz- und Budgetplänen,¹³ der innerkanzleilichen Überwachung der Qualitätsstandards der geleisteten Arbeit bis hin zu verpflichtender ständiger Fortbildung der einzelnen Mitarbeiter.¹⁴ Nach Zuerkennung eines Franchise-Vertrages muss sich die betreffende Rechtsanwalts-gemeinschaft zudem jährlich wiederkehrenden Überprüfungen unterziehen und dadurch die fortwährende Einhaltung dieser Qualitätsmaßstäbe garantieren. Widrigenfalls kann es zur Kündigung des Vertrages von Seiten des Franchisegebers kommen.¹⁵

Der wesentliche Unterschied zwischen diesen Anforderungen des Franchise-Systems und den Voraussetzungen für die Zulassung zur Pflichtverteidigung liegt darin, dass es jedem englischen Solicitor auch ohne einen Franchising-Vertrag möglich ist, Verfahrenshilfeverteidigungen durchzuführen, wohingegen die Regelungen der Legal Aid Board Duty Solicitor Arrangements 1997 verpflichtende Zulassungserfordernisse für die Pflichtverteidigung darstellen. Allerdings wird er dann nach dem niedrigeren „Non-Franchisees“-Tarif bezahlt, was sich in der Gesamtsumme der vielen fast ausschließlich auf Verfahrenshilfe spezialisierten Kanzleien aufgrund der hohen Anzahl an Fällen oft ganz gewaltig zu Buche schlägt. Dies stellt für fast alle „Strafkanzleien“ (aber auch für fast alle in anderen Rechtshilfegebieten tätigen) einen gehörigen Anreiz dar, sich den Aufwand der vielfältigen Bestimmungen anzutun, wie mir von kompetenter Stelle versichert wurde.¹⁶

Schließlich steht man auch auf der Insel in einem gehörigen Wettbewerb.

Reform der österreichischen Pflicht-/Verfahrenshilfeverteidigung

Stellt man nun der soeben dargestellten englischen Rechtslage die Institution der Pflichtverteidigung nach dem StPÄG 1993, aber auch die der älteren Verfahrenshilfe österreichischen Rechts gegenüber, so werden mehrere Tatsachen offensichtlich. Während man in Österreich scheinbar die Auffassung teilt, dass die Vertretung von Beschuldigten im strafrechtlichen Vor- und auch Hauptverfahren nur die Ablegung der Anwaltsprüfung und den Willen, sich in der betreffenden Liste der Rechtsanwaltskammer eintragen zu lassen (im Falle der Verfahrenshilfe nicht einmal diesen) voraussetzt, sieht man in England viel spezifischere Erfordernisse für diese anwaltlichen Tätigkeitsbereiche vor. Wie oben ersichtlich, muss sich der englische Rechtsanwalt einer Vielzahl von Überprüfungen unterziehen, die seine fortwährende Befähigung und Praxis auf dem Gebiet der Strafverteidigung belegen sollen. Diese Fähigkeiten werden auch in immer wiederkehrenden Abständen kontrolliert und stellen die unverzichtbaren qualitativen Mindestanforderungen zur Teilnahme an den *Duty Solicitor Schemes* dar.

Demgegenüber gestaltet sich der österreichische Zugang zu diesem juristischen Beschäftigungsfeld durch die unkomplizierte Eintragung in die Pflichtverteidigerliste als ein weitgehend freier. Dies führt nun, wie bereits Hanak/Karazman – Morawetz/Stangl in ihrer Studie

⁸ Es wurde aufgrund der Vielzahl an anfänglichen Vorschläge befürchtet, dass eine Zweiteilung der Anwälte in Franchisenehmer und Nicht-Franchisenehmer zu einer „reduction in public access to legal services and the restrictions on consumer choice“ führen würde, Baldwin, „Franchising Legal Aid“, *Justice of the Peace*, September 23, 1989, 603.
⁹ Siehe dazu im Detail *Legal Services Commission*, Legal Aid Franchise Quality Assurance Standard, 4th ed., April 2000, 2, 9 ff, wo auch darauf verwiesen wird, dass neben den Solicitors auch so genannte Non-Profit-Organisationen um einen derartigen Vertrag ansuchen können, solange sie nur die notwendigen Erfordernisse erfüllen.

¹⁰ Diese ist ebenfalls für die Ausbezahlung der Rechtsanwalts-honorare nach Zuerkennung von

Legal Aid durch die Magistrate verantwortlich.

¹¹ Momentan gibt es fünfzehn unterschiedliche Kategorien, z. B.: *Actions against the police, Crime, Family, Employment etc.*, *Legal Services Commission*, Legal Aid Franchise Quality Assurance Standard, 9.

¹² Zwingend vorgeschrieben sind neben unzähligen anderen Dingen z. B.: die Bestellung eines *Franchise Representative* als Kontaktperson zwischen Legal Services Commission und Kanzlei, die Verfolgung einer *equal opportunities and Non-Discrimination policy* innerhalb der Kanzlei, die Erstellung eines detaillierten, mittelfristigen Arbeits- und Zielekatalogs, die Darlegung der Auswahlkriterien bei der Aufnahme von Kanzleimitarbeitern etc., *Legal Services Commission*, Legal Aid Franchise Quality Assurance Standard, 27 ff.

¹³ Hierbei geht es nicht darum, die erwirtschafteten Profite der einzelnen Kanzleien, sondern vielmehr deren Kostenmanagement offen zu legen. Schließlich sollen die fließenden öffentlichen Gelder nicht dazu dienen, die Misswirtschaft einzelner Anwaltszusammenschlüsse zu finanzieren, *Legal Services Commission*, Legal Aid Franchise Quality Assurance Standard, 39.

¹⁴ Darunter versteht man, dass für jede beantragte Franchise-kategorie zumindest ein *Supervisor* vorhanden sein muss, um die in diesem Zusammenhang geleistete Verfahrenshilfe zu kontrollieren. Den Supervisor selbst treffen je nach Rechtsgebiet unterschiedliche Voraussetzungen, z. B. muss er auf dem Gebiet der Strafverteidigung innerhalb der letzten fünf Jahre einschlägige Erfahrung und in genau festgelegtem

Ausmaß ständige Fortbildung in diesem Rechtsgebiet (Kurse, Abonnement einschlägiger Zeitschriften etc.) vorweisen können, siehe im Detail *Legal Services Commission*, Legal Aid Franchise Quality Assurance Standard, 40 ff.

¹⁵ Siehe dazu sehr detailliert *Legal Services Commission*, Legal Aid Franchise Quality Assurance Standard, 73 ff, 85.

¹⁶ In diesem Zusammenhang verweise ich auf ein von mir am 25. April 2000 persönlich geführtes Gespräch mit Mitarbeitern der Legal Services Commission, Abteilung Cambridge, worin mir mitgeteilt wurde, dass mittlerweile ca. 98% aller englischen Kanzleien Franchisenehmer geworden sind.

aus dem Jahre 1998 aufgezeigt haben, dazu, dass sich beispielsweise im ersten Jahr des Wirksamwerdens des StPÄG 1993 170 Rechtsanwälte 2200 Haftverhandlungstermine teilen konnten, wohingegen man im Jahre 1997 nur mehr 1750 Haftprüfungen auf bereits 330 Vertreter zugewiesen hatte.¹⁷ Für das Jahr 2000 sind laut Auskunft der Rechtsanwaltskammer Wien sogar nur noch 1664 Bestellungen bei einer Anzahl von nunmehr ca. 450 Anwälten in der Statistik aufscheinend. Daraus folgt, will man den Worten der in der Studie befragten Wiener Rechtsanwälte Glauben schenken, dass angesichts der proportional zur Verteidigerzahl relativ geringen Anzahl an Pflichtverteidigungsfällen, „die Potentiale einer effizienten Verteidigung nicht“ ausgenützt werden können, „wenn man nur selten Pflichtverteidigungen macht“.¹⁸ Das liege vor allem daran, dass die Hauptchancen erfolgreicher Pflichtverteidigung eher im Bereich informeller Kontakte und einer guten Gesprächsbasis lägen, was wiederum eine häufige Anwesenheit in den Gerichten (im speziellen Fall im Landesgericht für Strafsachen Wien) voraussetzt. Abgesehen von der Frage der Notwendigkeit dieser zwanglosen sozialen Ebenen erscheint es aber auf den ersten Blick äußerst verwunderlich, dass man überhaupt alle aus freiem Entschluss in die Liste eingetragenen Rechtsanwälte zur Vertretung in Fällen zulässt, die gerade aufgrund ihrer besonderen Dringlichkeit und oft extrem kurzen Vorbereitungs-möglichkeiten ein weitaus höheres Maß an aktuell verfügbarer Straf(prozess)rechtskenntnis und vor allem -praxis voraussetzen als beispielsweise längerfristig angelegte Verfahrenshilfeverteidigungen. In der Folge müssen aufgrund des derzeit (noch) geltenden Systems die Erfolgchancen für den Beschuldigten aber auch generell die Qualität der dargebotenen anwaltlichen Leistungen leiden. Dies muss freilich umso mehr gelten als der betroffene Anwalt in seiner sonstigen Arbeitspraxis wenig bis gar nichts mit strafrechtlichen Problemen zu tun hat. Die alleinige Ablegung der Rechtsanwaltsprüfung mit ihrem zugegebenermaßen vorhandenen Straf-

rechtsteil kann diesbezüglich wohl kein Garant für die Qualität der ernst genommenen (!) Vertretung des U-Häftlings sein. Dies vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass ein Vergleich der österreichischen mit der englischen Anwaltsausbildung keinerlei größeres Fachwissen unserer heimischen Professionalisten garantiert.¹⁹

Obwohl es nun auch nicht als Argument herangezogen werden kann, dass erfolgreiche Pflichtverteidigung ständig gepflegte Kontakte zu Richtern und Staatsanwälten voraussetzt – was zweifelsohne so ist –, so muss es nun doch ganz einfach seltsam anmuten, dass es jedem in die Liste des Oberlandesgerichtes (§ 39 StPO) eingetragenen Rechtsanwalt zusteht, sich durch bloße Meldung und ohne weiteren Nachweis der speziellen Kompetenz in Strafsachen für die Vertretung von Untersuchungsgefangenen bei deren erster Haftverhandlung zu verdingen. Der Einsatz von in ihrem Hauptbeschäftigungsfeld spezialisierten „Zivilanwälten“ beispielsweise, welche sich durch diese Beschäftigung ein kleines gesichertes Zubrot im Ausmaß von ATS 2.500,- (§ 393 Abs 3 StPO) verdienen wollen und sich dann in vielen Fällen darüber hinaus von Anwärtern, welche sich erfahrungsgemäß im Normalfall ebenfalls äußerst selten mit Strafrechtsfällen befassen, vertreten lassen, muss ganz einfach befremden. Diese Erkenntnis leitet sich als logische Konsequenz aus der oben angeführten Statistik her, wonach nicht in realistischer Weise angenommen werden kann, dass, wie es eben Sinn der Novelle 1993 gewesen wäre, 450 Wiener Anwälte ein Interesse an einer Spezialisierung im Bereich der Strafverteidigung gehabt haben können. Ein Blick in die tägliche Praxis erhärtet diese Tatsache.

Wenn man nun, wie es in diesem Beitrag dezidiert geschehen soll, auch für die österreichische Pflicht-/Verfahrenshilfeverteidigung die Einführung qualitativer Mindeststandards, beispielsweise durch den verpflichtenden Nachweis ständiger strafrechtlicher Fortbildung und Praxis unter nachprüfender Kontrolle beispielsweise

der Rechtsanwaltskammern, fordern möchte, muss jedem klar sein, dass dieser Mehraufwand und die gesteigerte Leistungsbereitschaft der Anwaltschaft nur unter der Voraussetzung direkter und leistungsgerechter Entlohnung erfolgen kann.

Die englische Rechtspraxis geht bei der Bezahlung ihrer Pflichtverteidigungen nach den Remuneration Rates vom April 1996 vor und bezahlt einzelfallbezogen und nach vorgegebenen Tarifen je erbrachter Leistung. Durchschnittlich werden von der Legal Services Commission in etwa 100–200 Pfund (ungefähr 160,38–320,77 Euro) für die Beratung vor den Polizeibehörden und die anschließende Vertretung in der ersten Haftverhandlung an die Solicitors ausbezahlt.²⁰ Dementsprechend könnte man also für die Pflichtverteidigung in Österreich einen Satz um die 370,- Euro als Leitbild vorsehen, um den nunmehr gesteigerten Qualifizierungsaufwand und die mit Sicherheit verbesserte Verteidigungsqualität entsprechend zu würdigen. Eine Staffelung nach Verfahrensart und -volumen erscheint in diesem Zusammenhang ebenfalls denkbar. Dies schließlich würde dazu führen, gerade jungen Berufseinsteigern die Spezialisierung in diesem Bereich zu ermöglichen, sich eine zukünftige Klientel aufzubauen und dabei wirtschaftlich überleben zu können. Unter Einhaltung der oben beschriebenen Mindestanfordernisse würde auch die Vertretung durch junge Anwälte zu keinerlei Qualitätseinbußen führen. Es bleibt in diesem Punkt festzuhalten und besonders zu betonen, dass der hier gemachte Vorschlag genau konträr zu der schon von *Brandstetter* kritisierten, bei Einführung des StPÄG 1993 verlautbarten Auffassung der RAK Wien, „insbesondere junge Kollegen“ für die Pflichtverteidigung einzusetzen, ist. Damals wurde dieses Rundschreiben „in vielen Fällen als Freibrief dafür verstanden, eben die jüngsten und im Strafrecht unerfahrensten Konzipienten als Verteidiger in diese Haftverhandlungen zu schicken, was mitunter zu Peinlichkeiten führt“.²¹ Gerade das würde aber bei Einführung der „englischen“ Reformansätze verhindert.

17 Hanak/Karazman – Morawetz/Stangl, „Die Praxis der Untersuchungshaft im Jahr 1996 – Eine empirische Studie zur regionalen Anwendung des Haftrechts in Österreich und zur Auswirkung der Haft-

rechtsreform durch das Strafprozessänderungsgesetz 1993“, Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien, 1998, 130 f.

18 Hanak/Karazman – Morawetz/Stangl, Untersuchungshaft, 131.

19 Im Detail siehe Kier, Prozessuale Zwangs- und Sicherungsmittel, 131 ff.

20 Dies ergab sich aus zwei am 10. und 11. Mai 2000 persönlich geführten Gesprächen mit Mitarbeitern der Legal Services Commission und des Crown Court Office, Cambridge.

21 *Brandstetter*, ÖJZ 1994, 583, 584.

Sicherlich würde die oben genannte Verpflichtung der § 42 (2) StPO-Verteidiger zur Fortbildung zu einer eindeutigen Verbesserung der anwaltlichen Leistungen führen. Die ebenfalls geforderte Anhebung der Entlohnung würde dann noch das Ihre dazu beitragen, dass die Leistungsbereitschaft und die Motivation der Rechtsvertreter um einiges gesteigert würde. Dennoch kann dies allein noch nicht ausreichen, wenn man davon ausgeht, dass das bestehende Zuteilungssystem der Rechtsanwaltskammern die garantierte „Versorgung“ aller auf der Liste eingetragenen Rechtsanwälte mit Pflichtverteidigungen vorsieht. Auch eine im oben genannten Sinne erstellte Liste würde noch immer bedeuten, dass auch nunmehr besser qualifizierte und besser bezahlte Professionalisten mit der ständigen Zuteilung rechnen dürfen, unabhängig davon wie motiviert oder unmotiviert, wie geschickt oder ungeschickt sie an die jeweilige (Haft-)Sache herangehen. Neben der Anhebung der Entlohnung kann somit nur eines zum wirklich motivierten Einsatz von Strafverteidigern führen: Konkurrenz. In logischer Konsequenz muss daher auch für den Bereich der Pflicht-/Verfahrenshilfeverteidigung das freie Verteidigerwahlrecht des Beschuldigten gefordert werden.

Wengleich dem aktuellen Ministerialentwurf dazu gratuliert werden muss, endlich die völlig sinnlose Zweiteilung in Pflicht- und Verfahrenshilfeverteidigung aufheben und dem Beschuldigten somit nur einen einzigen Rechtsbeistand zur Seite geben zu wollen, so muss doch ganz klar gesagt werden, dass eine wirklich effiziente Verteidigung von finanziell mittellosen Menschen eben nur unter der Voraussetzung direkter Entlohnung vonstatten gehen kann. Wenn man nämlich auf der einen Seite eine Qualitätsverbesserung der anwaltlichen Leistungen als wünschenswert empfindet und auf der anderen Seite auch das freie Wahlrecht des Beschuldigten als dazu erforderlich ansieht, dann wird verständlich, dass auch der motivierte Strafverteidiger, der unter diesem neuen System nun einmal öfter gewählt werden

wird, ein berechtigtes Interesse an einer angemessenen Entlohnung seiner Dienste haben wird.

Sieht man also die Steigerung der Qualität als etwas notwendiges an, so erscheint es als Gebot der Logik, den derart beschäftigten Standesangehörigen nicht im Sinne der momentan vorhandenen Pauschalvergütung des Bundes, welchen die Rechtsanwaltskammern zur Finanzierung ihrer Pensionsmodelle verwenden, auf eine in ferner Zukunft liegende Pensionsberechtigung zu vertrösten, sondern ihm vielmehr, wie es das englische Modell vorsieht, eine direkte Entlohnung dieser Tätigkeit zukommen zu lassen. In diesem Sinne ist *Miklau* eindeutig Recht zu geben, wenn er unter gleichzeitiger Erkenntnis der Notwendigkeit eines freien Verteidigerwahlrechts in der Verfahrenshilfe, meint:

„Eine solche Einzelentlohnung empfiehlt sich auch aus grundsätzlich psychologischen Überlegungen: Sowohl der Verteidiger als auch der Beschuldigte haben im derzeitigen System der Verfahrenshilfe das Gefühl, dass „umsonst gearbeitet wird“ (...). Da der freie Beruf des Rechtsanwalts auf dem Prinzip der Einzelentlohnung von Leistungen (wenn auch zum Teil in pauschalierter Form) beruht, wäre auf die Dauer nicht einzusehen, warum die Verfahrenshilfe von dieser Konstituante des Anwaltsberufes ausgenommen sein sollte.“²²

Auch wenn weiters *Schuppich* der Auffassung war, dass „kein Rechtsanwalt so kurzfristig ist, den durch Armenvertretung verdienten Pensionsbeitrag nicht als Gegenleistung des Staates anzuerkennen und anzunehmen, es wäre eine staatliche Einzelentlohnung für ihn und die Anwaltschaft vorteilhafter“²³ und auch wenn § 1 DSt die Vernachlässigung der anwaltlichen Pflichten als Disziplinarverletzung pönalisiert,²⁴ so muss doch die tägliche Rechtspraxis in eindeutiger Weise erkennen lassen, dass eben nur die direkte und einzelfallbezogene Honorierung dieser Tätigkeit zu einer Anhebung der advokatorischen Motivation führen kann. Wenn nämlich die Bestellung zum Verfahrenshelfer neben den ansonsten anfallenden Rechts-sachen über den Betroffenen mehr oder weniger vorhersehbar „hereinbricht“ und ihn damit möglicherweise neben

einer stärkeren Arbeitsbelastung auch in terminliche Kollisionen bringt, muss jedem klar sein, wem jener seine verstärkte Aufmerksamkeit widmen wird.²⁵ Schließlich erweist es sich ganz einfach als wirtschaftliche Notwendigkeit, vor allem seinem (direkt) zahlenden Publikum jene Leistung zu erbringen, die eine Rückkehr zu seiner Kanzlei garantieren werden. Vor allem jungen Berufseinsteigern wird nur dadurch überhaupt erst der Aufbau ihres Unternehmens ermöglicht. Umso mehr stimmt dieser Schluss, wenn man davon ausgeht, dass unter der momentanen Rechtslage ja wirklich jeder Anwalt, auch wenn er ansonsten mit Strafrecht überhaupt nichts zu tun hat, zur strafrechtlichen Verfahrenshilfe herangezogen wird. Dem Zivil- und Wirtschaftsrechtler kann ja schon aus rein ökonomischen Überlegungen heraus nicht viel an der ausgezeichneten, motivierten und dadurch zeitaufwendigen Verteidigung eines mittellosen mutmaßlichen Straftäters gelegen sein, weil diesem ja nicht einmal die beste diesbezügliche Presse bei der Erweiterung seiner Klientel hilfreich sein kann. In der Praxis äußert sich das dann vor allem darin, dass sich jeder dieser Standesvertreter, insofern er es sich finanziell leisten kann, substituieren lässt. Für all jene Personen, die sich von ihrer Verpflichtung nicht „freikaufen“ können, bleibt dann nur mehr, die Sache notgedrungen selbst in die Hand zu nehmen. Dass sich deren Freude und Einsatz in Grenzen hält, ist unter diesen Umständen nur allzu nachvollziehbar und führt unter dem Strich mit Sicherheit zu suboptimalen Ergebnissen.

Wenn man dem entgegenhält, dass für die Verfahrenshilfe ja Pensionsanwartschaften erworben werden und es folglich „kurzsichtig“ wäre, eine direkte Honorierung, welche ja nur die Anhebung der selbst zu leistenden Pensionsbeiträge zur Folge hätte, zu fordern,²⁶ so muss klargestellt werden, dass unter einer wirklichkeitsnahen Betrachtung auch dem Professionalisten der Spatz in der Hand näher als die Taube am Dach sein muss. Die Erhaltung seiner Kanzlei und die damit verbundenen Kosten bilden erst den Grundstein für

²² *Miklau*, „Die Reform des strafprozessualen Vorverfahrens und die Strafverteidigung“, in *Schuppich/Soyer*, Vorverfahren und Verteidigungsrechte, 1992, 32.

²³ *Schuppich*, „Zu Straßburg eine Chance?“, *AnwBl* 1972, 97.

²⁴ *Feil/Wennig*, *Anwaltsrecht*, 2. Aufl., Anm 501 ff zu § 1 DSt.

²⁵ Siehe dazu auch *Fuchs*, „Der Einfluß der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das österreichische Straf- und Strafverfahrensrecht“, *ZStW* 1988, 444, 461.

²⁶ *Schuppich*, *AnwBl* 1972, 97.

die in vielen Jahrzehnten anstehende Altersversorgung. Ohne Unternehmen – keine Pension. Unter diesen Umständen erscheint es sehr unwahrscheinlich, dass beispielsweise der junge (aber mit Sicherheit auch der ältere) Anwalt mit der gleichen Motivation und Begeisterung, die er für eine erfolgreiche Wahlvertretung aufbringen muss, auch an die Verfahrenshilfevertretung herangehen wird. In diesem Sinne wird wohl viel eher *Tipold* Glauben geschenkt werden müssen, wenn er meint, dass „eine Honorierung im Einzelfall die Leistungsbereitschaft“ erhöht, „der Anreiz in Österreich hingegen gering“ sei, – „da der Genuss der Altersversorgung unsicher ist und in ferner Zukunft liegt“.²⁷

In England hat man die antriebshemmende Wirkung indirekter Bezahlung scheinbar immer schon erkannt und deshalb das überaus großzügige Entlohnungssystem in der *Legal Aid Work* eingeführt. Die Vertretung der Beschuldigten auch nach der ersten Haftverhandlung soll dort, so ist es aus der oben dargestellten Rechtslage eindeutig ersichtlich, nur jenen Rechtsvertretern zukommen, die durch das Wissen um eine leistungsgerechte Bezahlung auch jene Entschlossenheit mitbringen, welche für eine erfolgreiche „Armenvertretung“ notwendig erscheint. Dabei sind Summen von durchschnittlich 850 bis 3.500 Euro (bei späterem Einsatz von Barristers sogar Spitzen von bis zu 29.000 Euro),²⁸ welche der englische Staat pro Verfahrenshilfevertretung ausbezahlt, sicher ein gewaltiger Anreiz. Wenngleich grundsätzlich kein Anwalt in England verpflichtet ist, Verfahrenshilfe zu leisten, da er ja in Folge des oben erwähnten freien Wahlrechts de facto nur der „Wahlverteidiger“ des Beschuldigten, für dessen Honorarverpflichtung eben der Staat, wenngleich in anderen Entlohnungskategorien, aufzukommen hat, ist, besteht doch für jeden der derart Gewählten die Möglichkeit, sich den Qualitätsanforderungen in Form des Franchising-Vertrages zu unterwerfen. Eine Verpflichtung zum Abschluss eines derartigen Kontrakts besteht aber nicht. Die oben angeführte höhere Entlohnung im Zusammenhang mit einem deutlichen Wettbewerbsvorteils, welchen die „Quali-

tätsstandardauszeichnung“ in Form eines Abzeichens der Franchisenehmer zusätzlich bringt, ist auch der Grund, weshalb in England bereits 98% aller Anwaltszusammenschlüsse sich dem Vertragssystem unterworfen haben. Die damit verbundene Qualitätsverbesserung muss, wie oben bereits erwähnt, auch für Österreich zur Diskussion stehen, wenngleich meines Erachtens die englische Wahlmöglichkeit hierzulande ausgeklammert bleiben müsste, da sie offensichtlich ein Schlupfloch für „Qualitätsverweigerer“ bieten würde. Wenn schon Verbesserung, dann muss sie für all jene gelten, die sich dem neuen System der Verfahrenshilfe freiwillig unterwerfen möchten.

Resümee

Wenn der aktuelle Ministerialentwurf also die Pflichtverteidigung abschaffen und diese in die Verfahrenshilfe integrieren möchte, so ist der Begründung des Ministeriums insoweit Recht zu geben, als ein Verteidigerwechsel aufgrund der administrativen Probleme der Rechtsanwaltskammern, aber vor allem aufgrund des bereits zwischen Anwalt und Mandanten geschaffenen Vertrauensverhältnisses und des bereits vorhandenen Aktenwissens, welches bei einem Wechsel verloren ginge, nicht zweckvoll ist. Gleichzeitig muss aber zur Begründung, wonach die Pflichtverteidigung ihr Ziel, junge, engagierte Rechtsanwälte vermehrt für Vertretungen im Strafverfahren zu gewinnen, in nennenswertem Ausmaß nicht erreicht hat, ausgeführt werden, dass die Erreichung dieses Zieles schon aufgrund der gesetzlichen Gestaltung dieses Instituts durch das StPÄG 1993 völlig unmöglich war.

Durch den oben bereits angeführten freien Zugang zur Pflichtverteidigerliste und der daraus resultierenden Minderbeschäftigung der involvierten Anwälte ist bis zum heutigen Tag eine Spezialisierung junger Anwälte auf das Strafrecht aus dieser Perspektive völlig unmöglich. Dies ergibt sich zweifellos aus der Tatsache, dass im Normalfall eine Pflichtverteidigung maximal in die Verfahrenshilfevertretung dieser Person führen wird, welche aber ihrerseits nicht direkt entlohnt wird. Da der junge

Anwalt aber eben nur eine minimale Anzahl an Pflichtverteidigungen zugeteilt bekommt, ist eine (zumindest anfängliche) wirtschaftliche Absicherung aus dieser Tätigkeit nicht durchzusetzen.

Ausweg aus dieser Problematik kann vor allem vor dem Hintergrund sozialer Gerechtigkeit gegenüber mittellosen Beschuldigten aber mit Sicherheit nicht in der Übertragung dieser Tätigkeit in die „unbezahlte“ Verfahrenshilfe sein, da diese mit der unweigerlich geringen Motivation der Rechtsanwälte einhergeht.

Vor dem Hintergrund der englischen Rechtslage werden damit in teilweiser Übereinstimmung mit *Miklau* folgende Forderungen für eine Reform des Strafverfahrens erhoben:

► Einführung verpflichtender Qualitätsanforderungen in der nunmehr freiwilligen Pflicht-/Verfahrenshilfevertretung, die in einer ständigen „Auffrischung“ des sachspezifischen Rechtswissens bestehen muss. Daraus resultierende Spezialisierung auf „Strafverteidigung“ sowie auf andere Gebiete der Verfahrenshilfe.

► Direkte, einzelfallbezogene und wirtschaftlich vertretbare Entlohnung zur Steigerung der anwaltlichen Motivation und Leistungsbereitschaft. Dadurch Entfall der derzeit geltenden Pauschalvergütungsregelungen.

► Langfristige Übergangsregelungen von den aktuellen Kammerpensionsmodellen zur vollkommenen Privatvorsorge der Rechtsanwälte.

► Übernahme des englischen Franchise-Systems zur Gewährleistung der Qualitätsüberprüfung; Ablehnung der Aufteilung des Anwaltsstandes in „franchised“ und „non franchised solicitors“, weil dadurch ein bezahltes Schlupfloch für „Qualitätsverweigerer“ offen bleiben würde.

► Freies Verteidigerwahl- und -wechselrecht des Beschuldigten während des gesamten Verfahrens zur Steigerung der anwaltlichen Motivation durch Konkurrenzdruck. Einheit in der Person des Pflicht- und Verfahrenshilfeverteidigers.

Dr. Roland Kier ist Rechtsanwaltsanwärter in Wien.

²⁷ *Tipold*, Die Beistellung des Verteidigers im Strafverfahren, 1993, 200.

²⁸ Dies ergab sich aus zwei am 10. und 11. Mai 2000 persönlich geführten Gesprächen mit Mitarbei-

tern der Legal Services Commission und des Crown Court Office, Cambridge.

United We Stand v Divided We Fall

Aufstieg oder Fall der Internationalen Rechtsordnung?

Markus Burgstaller

Einblick

New York. „Sept. 11 was the 254th day of the year, which is just a way of saying that most of 2001 passed in the way that most years pass. The high points and the low points of those first 253 days look much like the high and low points of most years, only seen from a very great distance.“¹

Frankfurt. „14. Dez. 2001. ‚Der 11. September‘ ist das Wort des Jahres 2001. Das gab die Gesellschaft für deutsche Sprache (GfdS) am Freitag in Wiesbaden bekannt. Auch die nächsten drei Wörter, die das Jahr geprägt haben, beziehen sich auf die Anschläge in den USA: ‚Anti-Terror-Krieg‘, ‚Milzbrandattacke‘ und ‚Schläfer‘.“²

Peking. „The 9.11 terrorist attacks on the United States have produced a profound impact on world and Chinese economy alike. Economic recession has expanded from a few developed countries, especially the United States, to more and more countries and economic entities throughout the world.“³

„The terrorist attack of 11 September has had atrocious effects not only at the human, psychological and political level. It is also having shattering consequences for international law. It is subverting some important legal categories, thereby imposing the need to rethink them, on the one hand, and to lay emphasis on general principles, on the other.“⁴

Wie diese Zeilen veranschaulichen, dürfte es mittlerweile publizistische Allgemeinweisheit geworden sein, die Ereignisse des 11. September zwar als in vielerlei Hinsicht folgenreich anzusehen, doch die unmittelbare Reak-

tion, dass sich an diesem Tag die Welt schlagartig völlig verändert habe, ist aus heutiger Sicht wohl etwas überzogen, vielmehr scheinen sich die Wogen des anfänglichen Sturmes des Entsetzens etwas geglättet zu haben, was einen nun nüchternen Blick auf die Konsequenzen ermöglicht. Im Folgenden sollen die Folgen des „11. September“ auf die Internationale Rechtsordnung demnach nicht schlechterdings im Vordergrund der Betrachtung stehen, sondern es soll der Versuch unternommen werden, eine breiter angelegte, jedoch aufgrund des gegebenen Rahmens, kurze Bestandsdiagnose dieser Ordnung zu geben.

Ein erster Blick

Die internationale Rechtsordnung ist eingebettet in zumindest zwei, auf den ersten Blick entgegengesetzte Prozesse. Einerseits konstatieren wir einen globalen Integrationsprozess, der sich unter anderem in universaler Akzeptanz internationaler Normen zeigt, andererseits einen Fragmentationsprozess, der unter anderem auch internationale Normen in Frage stellt. Als Beispiele für ersteren können die von den USA im Gefolge des Angriffs gebildete „Allianz gegen den Terror“, in der klassische Freunde wie England, nichtklassische wie Frankreich oder Deutschland, Exfeinde wie Russland und Herausforderer wie China versammelt sind, oder, als Ausdruck einer Akzeptanz von Menschenrechten, das Kriegsverbrechertribunal für das ehemalige Jugoslawien genannt werden. Die mittlerweile institutionalisierten Proteste

der so genannten Globalisierungsgegner, beginnend mit jenen anlässlich der Ministerialkonferenz der Welthandelsorganisation im November 1999 in Seattle, mögen als Beispiele für zweiten gelten.

Selbst wenn in Analysen hinsichtlich der Reaktionen auf den „11. September“ mancherorts das Comeback des westfälischen Systems der Nationalstaaten gefeiert oder beklagt wurde und wird, so kann dies doch nicht als ein Signal verstanden werden, das den Anfang vom Ende des globalen Integrationsprozesses manifestiert.⁵ Im klassischen westfälischen System ist es Aufgabe des internationalen Rechtes, die Beziehungen zwischen unabhängigen Staaten zu regeln, deren Willen sich in Verträgen oder in Gewohnheitsrecht manifestiert. Folglich ist eine enge Grenzziehung zwischen internationalem und innerstaatlichem Recht sowie zwischen öffentlichem und privatem Recht möglich. Völkerrecht, i. e. internationales öffentliches Recht (vgl. „public international law“) regelt zwischenstaatliche Beziehungen, während internationales Privatrecht (vgl. „private international law“) die grenzüberschreitenden Aktivitäten zwischen privaten Entitäten regelt. Die eingangs beschriebenen Integrations- und Fragmentationsprozesse haben nun einen Verlust an Präzision dieser Unterscheidungen und eine Diversifikation der Akteure und Foren des internationalen Meinungsfindungs- und Entscheidungsprozesses zur Folge, wodurch es angebracht erscheint, den Fokus internationaler Normen nicht mehr (nur?) auf zwischenstaatliche Regelungen zu beschränken. In Hinblick auf diese Konstellation stellt sich die immanente Frage, ob diese Prozesse ein Mehr oder ein Weniger an internationalem Recht, oder provokanter, den Aufstieg oder Fall der internationalen Rechtsordnung bedeuten.⁶

Ein zweiter Blick

„Much of this exponential expansion [of international law, MB] is of recent – post-1945 – origin. At a purely func-

1 <http://www.nytimes.com/2001/12/31/opinion/31MON1.html>, <2. Januar 2002>.

2 <http://www.faz.net/IN/INtemplates/faznet/default.asp?tpl=uptoday/content.asp&doc={F8E37895-EEF7-4DFD-85CA-AFCE2>

C17A07C}&rub={9E7BDE69-469E-11D4-AE7B-0008C7F31E1E} <2. Januar 2002>.

3 [http://www.bjreview.com.cn/bjreview/EN/200201/Topical-\(M\).htm](http://www.bjreview.com.cn/bjreview/EN/200201/Topical-(M).htm) <2. Januar 2002>.

4 Cassese, Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law, http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-cassese.html <2. Januar 2002>.

5 Vgl. statt vieler nur Zizek, *Afghanistan ist auch nur Wahn*, Frankfurter

Allgemeine Sonntagszeitung, Nr. 1, 28 (6. Januar 2002).

6 Vgl. Weiss, *Lecture: The Robert L. Levine Distinguished Lecture Series: The Rise or the Fall of International Law?*, 69 *Fordham L. Rev.* 345 f (2000).

tional level, the expansion results from an immense increase in the number and diversity of organizations and conferences engaged in law-making. It is also a consequence of the greater potential for conflict between state interests, generated by the accelerated growth and reach of those interests which has resulted from the voracious new capabilities created by modern science and technology.⁷

Angesichts der Tatsache, dass mit dem globalen Integrationsprozess ein Mehr an grenzüberschreitenden Aktivitäten beschrieben werden soll, ist die Feststellung eines Mehr an internationalem Recht, wie es scheint, banal; Gewinn bringender dürfte die Frage sein, wie sich dieses Mehr zeigt und, darauf aufbauend, die Frage, inwiefern sich diese Manifestation internationaler Normen als relevant und geeignet erweist, ein Regulativ für die Probleme unserer Zeit darzustellen. Franck gibt in seiner oben zitierten Diagnose bereits die Richtung für die Beantwortung der ersten Frage an. Tatsächlich ist wohl neben der Entwicklung vom internationalem Wirtschaftsrecht zu internationalen Menschenrechten der wichtigste Aspekt der jüngsten Entwicklung des internationalen Rechtes seine Institutionalisierung, die sich insbesondere in der Einrichtung internationaler Gerichtshöfe zeigt, auch wenn diese, wie am Beispiel des Internationalen Strafgerichtshof unschwer zu erkennen ist, (noch) häufig Anerkennungsprobleme aufweisen. Die Funktionalisierung internationalen Rechts kann durchaus als Ausdruck eines postmodernen Pragmatismus gesehen werden: „Pragmatism is the credo of international institutions. It explains why they come into being and how they evolve over time. Institutions represent the concrete manifestations of the normative aspirations of law in the international system. As such, their expansion is the expansion of the domain of the international itself.“⁸

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die eingangs erwähnten Integrations- und Fragmentationsprozesse nicht als Gegensatz, sondern vielmehr als Ausdruck eines

gemeinsamen Prozesses gedacht werden können und vielleicht sogar sollen; und zwar in dem Sinne, als dass der globale Integrationsprozess sich als eine Funktion von „chaotic currents of change“⁹ darstellt, als fragmentarischer und diskontinuierlicher Prozess, ein fortlaufend sich änderndes Repertoire von Antworten. Wenn nun im Gefolge der postmodernen, genauer Lyotard'schen Absage der Möglichkeit von Metanarrativen die Institutionalisierung und Bürokratisierung internationalen Rechts tatsächlich das westfälische Paradigma der Nationalstaaten abgelöst hat, so stellt sich die Frage, ob diese postmoderne Ordnung eine höhere Problemlösungskompetenz als jene nationalstaatliche aufweist. Oder ob nicht vielmehr ein Ansatz, der sich zwar institutionalisiert, aber nicht weiß wozu, ein Ansatz ohne jede Ideale, der sich die Beliebigkeit zum Credo macht, der etwa internationalen Menschenrechtsschutz nicht *per se* gut heißt, als das Ende jeglicher aufklärerischer Bestrebung einer internationalen Rechtsordnung, die diesen Namen verdient, zu gelten hat. Ist mit der Globalisierung etwa ein Mehr an *inter-nationaler* Aktivität verbunden, jedoch mit dem Wegfall der des zweiten Teiles, der *Nation*, der Wegfall des Gesamten, des *internationalen* Rechtes?

Nein. Im Gegenteil, die Absage an Metanarrative birgt sogar die Chance in sich, internationales Recht tatsächlich zur Entfaltung zu bringen. Barbara Stark zeigt diesen Weg interessanterweise genau an einer Stelle auf, wo man ihn vielleicht nicht erwarten würde:¹⁰ In Hinblick auf internationale Menschenrechte etwa bedeutet die Absage an die Auffassung des *per se* Guten kein Auftreten einer Leerstelle, sondern die Möglichkeit der konkreten, kontextualen Anwendung. So ist die Frage etwa nicht, wie Frauen ihre Menschenrechte im Rahmen eines implizierten Kontextes einer freien marktwirtschaftlichen Demokratie realisieren können, nicht wie Menschenrechte Mittel zur Gleichberechtigung sein können, sondern wie Menschenrechte zur Verfolgung der jeweils eigenen Ziele eingesetzt werden können. Der Paradig-

menwechsel findet statt, indem der Fokus weg von Definitionen von Gleichheit hin zu Fragen politischer Strategie geht, *i. e.* wie in ganz spezifischen Situationen Rechte zur Verfolgung von Zielen eingesetzt werden können. Im Kontext des internationalen Wirtschaftsrechts hat die Unmöglichkeit von Metanarrativen das Aufzeigen der Annahme der Homogenität, auf welcher große Teile des Wirtschaftsrechts beruhen, zur Folge. Ferner stellt es die großen Entwicklungsprojekte der Siebziger und Achtziger Jahre fundamental in Frage und bevorzugt kleinere, lokal kontrollierte Projekte, die viel eher einen positiven Effekt erzielen.

Schließlich führt die Unmöglichkeit von Metanarrativen dazu, den Ballast der Theoriebildung durch ein „story-telling“ zu ersetzen, die für die Problemerkennung, für eine Menschenrechtskultur förderlich ist, wie Richard Rorty zu bedenken gibt: „[A] better sort of answer [than philosophy] is the sort of long, sad, sentimental story which begins, ‚because this is what it is like to be in her situation – to be far from home, among strangers,‘ . . . such stories, repeated and varied over the centuries, have induced us, the safe, rich, powerful people, to tolerate, and even to cherish, powerless people – people whose appearance or habits or beliefs at first seemed an insult to our own moral identity, our sense of the limits of permissible human variation.“¹¹

Während demnach eine klassische, westfälische Perspektive internationalen Rechts dazu tendiert, die Kategorien wie „Nützlichkeit“ oder „Fortschritt“ nicht weiter zu hinterfragen, da diese Kategorien selbst elementare Bestandteile dieser Perspektive sind, ermöglicht eine postmoderne Perspektive, diese Kategorien aufzubrechen und damit den Weg für eine situationsbezogene Betrachtung freizulegen. Das Paradoxon, dass eine postmoderne Perspektive „nützlicher“ sein kann als die klassische, welche diese Maxime für sich explizit beansprucht, fußt auf der anomalen Position der Menschenrechte in der traditionellen Sichtweise und auf der Tatsache, dass diese Anomalien und strukturellen Züge in

7 T. M. Franck, *Fairness in International Law and International Institutions* 6 (1995).

8 Rajagopal, *From Resistance to Renewal: The Third World, Social Movements, and the Expansion of Interna-*

tional Institutions, 41 *Harvard ILJ* 29 (2000).

9 D. Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change* 44 (1989).

10 Vgl. Stark, *Women and Globalization: The Failure and Postmodern Possibilities of International Law*, 33 *Vand. J. Transnat'l L.* 550 f (2000).

11 Rorty, *Human Rights, Rationality, and Sentimentality in: On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures* 134–34 (S. Shute/S. Hurley eds., 1993).

der klassischen Perspektive verdeckt oder gar verdrängt werden, in einer postmodernen Perspektive jedoch zugänglich gemacht werden: „Rather than assuming that the growth of human rights machinery or body of law is in itself ‚good,‘ postmodern international law recognizes ever-shifting sites of ongoing political struggle, always demanding, ‚Good for whom?‘ And, ‚who is being forgotten?‘“¹²

Wenn es demnach so ist, dass eine postmoderne Perspektive – vorausgesetzt, dass eine solche sich tatsächlich durchsetzen hat können – nicht den Untergang der internationalen Rechtsordnung bedeutet, sondern eher durch eine Abkehr vom klassischen westfälischen System eine solche erst wirklich zur Entfaltung kommen lässt, dann würde das vielerorts konstatierte Wiedererstarken des Nationalstaates sowie die parallele simple Moralisierungstendenz¹³, die als Wiederauferstehung von schon verloren gedachten Metanarrativen gedeutet werden kann, im Gefolge der Ereignisse des „11. September“ einen Rückfall in das System des klassischen internationalen Rechts bedeuten.

Versagen postmoderne Erklärungsansätze etwa bei den wichtigsten Fragen, sind sie lediglich ein Wohlstandsderivat, intellektueller Auswuchs der Wall Street, oder gar nur ein kopfloses Prada-Gucci-Hybrid? Die Frage ist daher sowohl eine nach der Krisenfestigkeit dieses Ansatzes als auch eine nach der Qualität der Veränderung der Gegebenheiten durch diese Ereignisse und deren Reaktionen.

Rückblick

Im gegebenen Rahmen ist eine diesbezügliche, detaillierte Analyse der völkerrechtlichen Problematik(en) nicht möglich, weshalb hier nur ein, für die gegenwärtige Fragestellung bedeutender Aspekt behandelt werden soll, und zwar die Frage welchen Beitrag das internationale (Sicherheits-)Recht, insbesonde-

re das Recht auf Selbstverteidigung für die Krisenbewältigung in Fallkonstellationen wie den erwähnten zu leisten im Stande war und ist. Denn es drängt sich für den Betrachter die berechnete Frage auf, ob sich die angedeutete Abkehr vom klassischen westfälischen System und der damit einhergehende Aufstieg der internationalen Rechtsordnung in Krisensituationen als Illusion erweist. Dies auch insbesondere deshalb, weil die internationale Sicherheitsarchitektur *prima facie* stärker als andere Rechtsgebiete der internationalen Rechtsordnung auf ein System der Nationalstaaten aufbaut. Denn als Ausnahme zu dem in Art. 2 Z. 4 Satzung der Vereinten Nationen normierten Gewaltverbot bestimmt Art. 51 S. 1 *leg cit*: „Keine Bestimmung der vorliegenden Satzung beeinträchtigt das Naturrecht [vgl. im englischen Originaltext: ‚inherent right‘] individueller oder kollektiver Selbstverteidigung, wenn ein Angriff mit Waffengewalt gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen erfolgt, bis der Sicherheitsrat die zur Aufrechterhaltung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat.“¹⁴ Dieses „Naturrecht“ der Selbstverteidigung steht darüber hinaus im Spannungsverhältnis zu den Art. 39 ff der Satzung der Vereinten Nationen, die die Befassung des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen im Falle einer Bedrohung des Friedens, eines Friedensbruchs oder einer Angriffshandlung vorsieht, um Empfehlungen zu erteilen oder Maßnahmen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit zu ergreifen. In diesem Rahmen sind folgende Bedingungen für die Ausübung des Rechts auf Selbstverteidigung wesentlich: Die ergriffenen Maßnahmen müssen „instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation“¹⁵ sein, sie dürfen nur auf die Abwehr des Angriffs eines Staates, des Aggressor-Staates gerichtet sein, sie müssen verhältnismäßig sein, sie müs-

sen beendet werden, wenn der Angriff beendet ist und die Zivilbevölkerung ist zu schützen.¹⁶

Während es nun in der Präambel der Resolution 1368 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen vom 12. September 2001 heißt: [. . .] „Recognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter“, definiert para. 1 dieser Resolution – widersprüchlich zur Präambel – die terroristischen Akte als „threat to international peace and security“,¹⁷ also nicht als Angriff mit Waffengewalt, der Voraussetzung für die Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes gemäß Art 51 der Satzung der Vereinten Nationen ist. Unmissverständlich, weil eindeutig die Stellungnahme der NATO: „The Council agreed that if it is determined that this attack was directed from abroad against the United States, it shall be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty, which states that an armed attack against one or more of the Allies in Europe or North America shall be considered an attack against them all.“¹⁸ Es scheint demnach so zu sein, als würde – entgegen der völkerrechtlichen Norm – ein Angriff einer terroristischen Organisation wie jener eines Staates qualifiziert worden zu sein. Eine Verantwortlichkeit eines Staates könnte nur dann angenommen werden, wenn die terroristischen Akte einem Staat zugerechnet werden. Eine Zurechnung könnte etwa erfolgen, wenn die terroristischen Akte eine Ermächtigung im Recht eines Staates finden, wenn sie gemäß den Instruktionen oder unter der Anleitung oder Kontrolle eines Staates erfolgt sind, wenn sie bei Fehlen einer Regierung als Regierungsakte zu verstehen sind, oder wenn sie im Zuge einer „aufständischen Bewegung“ („insurrectional movement“) erfolgt sind.¹⁹ Für keinen der vier Fälle gibt es überzeugende Anhaltspunkte.²⁰ Eine Zurechnung

¹² Stark (Anm. 10), 10, 565 f und 567 f.

¹³ Erinnert sei an die polemische Polarisierung durch die amerikanische Regierung im Allgemeinen, und an die Gegenüberstellung des „seelenlosen“ Osama Bin Laden (sind dies etwa alle Nicht-Alliierten der USA?) und der eigenen „Greatest Nation“.

¹⁴ Satzung der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, BGBl. 1956/120 idF BGBl. 1965/294, 1968/258 und BGBl. 1973/633.

¹⁵ Nach der so genannten *Webs-ter-Formel*, die zurückgeht auf den *Caroline-Fall* im Jahre 1842.

¹⁶ Vgl. statt vieler Cassese (Anm. 4).

¹⁷ S/Res/1368 (2001), <http://www.un.org/Docs/scres/2001/res1368e.pdf> <17. Januar 2002>. Vgl. auch die Formulierung der Sicherheitsresolution vom 28. September 2001, S/Res/1373 (2001), <http://www.un.org/Docs/scres/2001/res1373e.pdf> <17. Januar 2002>.

¹⁸ NATO Press Release 124 (2001) vom 12. September 2001, <http://www.nato.int/docu/pr/2001/p01-124e.htm> <17. Januar 2002>.

¹⁹ Vgl. dazu im Detail Art. 5, 8–10 *Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, adopted by the International Law Commission at its fifty-third session (2001), http://www.un.org/law/ilc/texts/State_responsibility_responsibilityfra.htm <17. Januar 2002>.

²⁰ Vgl. Gaya, *In what Sense was there an „Armed Attack“?*, http://www.ejil.org/forum_WTC/ny-gaja.html <17. Januar 2002>.

der terroristischen Akte zu einem Staat über die Figur eines *de facto* Organs müsste eine derart nahe Verbindung der Taliban zu den terroristischen Gruppen nachweisen.²¹ Eine Zurechnung der terroristischen Akte zu einem Staat erscheint demnach zumindest fraglich. Doch selbst wenn man eine derartige Zurechnung bejaht, so bleibt dennoch die Frage, ob dies ohne den Beigeschmack einer Aushöhlung internationalen Rechts möglich ist. Sind wir, wenn wir bei einem Angriff wie jenem des 11. September das Selbstverteidigungsrecht des Angegriffenen bejahen, nicht der internationalen Sicherheitsarchitektur beraubt? Sind wir dem *bellum omnium contra omnes* etwa noch nicht entkommen?

Das Problem dieser Fragestellung ist, dass sie veranschaulicht, dass die Diskussion ob der Legalität und Legitimität der Reaktion des Angegriffenen weitgehend einer Anthropologie verhaftet ist, die schlechterdings fragt „Was ist der Mensch?“. Aus diesem Blickwinkel könnte tatsächlich die Bewältigung des Konfliktes auf die Frage „Krieg oder Frieden“ zugespitzt werden, was zwar schlagzeilenfördernd, aber der sachlichen Auseinandersetzung nicht dienlich ist. Befreit man sich aber von dieser Anthropologie und stellt die Frage „Was können wir versuchen, aus uns zu machen?“ so wird eine Sichtweise ermöglicht, die der Problematik wohl eher gerecht wird. Das aber, was wir aus uns *machen* können, hängt wiederum davon ab, was wir aus uns *machen können* – in der doppelten Bedeutung dessen, was wir technisch *vollbringen* und was wir sinnvollerweise *wollen* können. Eine Antwort können wir nur erhalten, wenn wir stets von neuem die Frage stellen: Wer wir – und in welcher Lage wir – *sind*.²² Mit Hilfe dieses Zugangs kann die tatsächliche Reaktion des Angegriffenen, seiner Verbündeten und des Weltsicherheitsrates eher verstanden werden, da diese Züge dieser Sichtweise hat.

Es bleibt die Frage, welchen Beitrag nun die internationale Rechtsordnung zur Lösung dieses Konfliktes beigetragen hat und beiträgt, sieht man von der oben kurz angesprochenen Problematik nach der Zulässigkeit der Ausübung des Selbstverteidigungsrechts ab. Zu diesem Zweck mag es nützlich sein, sich den Rahmen der internationalen Rechtsordnung zu vergegenwärtigen und sich zu fragen, ob dieser wohl die Konfliktbewältigung beeinflusst hat. Folgende Prinzipien sind zu nennen:²³

- 1) Bewaffnete Gewalt ist möglichst weitgehend zu vermeiden,
- 2) Menschenrechte sind zu respektieren,
- 3) die Zivilbevölkerung ist zu schützen,
- 4) die Streitbeilegung ist in einem multilateralen Rahmen anzustreben, d. h. unilaterale Akte sind nach Möglichkeit hintanzuhalten,
- 5) die mutmaßlichen Täter sind vor ein Gericht zu stellen.

Die Beantwortung der Frage mag dem Leser selbst überlassen werden.

Ausblick

Die von den USA und der „internationalen Gemeinschaft“ praktizierten Krisenbewältigungsmechanismen scheinen mE weder auf ein Zusammenbrechen der internationalen Rechtsordnung noch auf ein sichtbares Wiedererstarken des klassischen westfälischen Systems der Nationalstaaten hinzuweisen. Vielmehr ist die internationale Rechtsordnung ein fragiles System, welches sich jedoch, wie vielerorts konstatiert wird, in einer post-ontologischen Phase befindet. Die hier vorgeschlagene Sichtweise eines postmodernen Pragmatismus würde einen Beitrag zu größerer Stabilität dieser Ordnung leisten.

Dr. Markus Burgstaller LL. M. (N. Y. U.) ist Völkerrechtsexperte und absolviert momentan seine Gerichtspraxis.

Impressum

juridikum

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

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

Medieninhaber und Verleger:

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

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

Erscheinungsweise: vierteljährlich

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

AutorInnen dieser Ausgabe:

Dr. Bärbel Altes, Alexander Bayer, LL. M., Dr. Markus Burgstaller, LL. M., Mag. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Janina Heisz, LL. M., Katja Hercher, LL. M., Prof. Dr. Thomas Hoeren, Dr. Roland Kier, Dr. Clemens Klingan, Mag^a. Iris Kugler, Mag. Andreas Lepschi, Prof. Lawrence Lessig, Eva-Maria Michel, Martin Rost, Marianne Schulze, Mag. Eberhart Theuer, Sven Tschoepe, LL. M., Michael Waibel, Mag. Christoph Welsch

Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz: Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

Druck: Berger, 3580 Horn

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

²¹ Die Zurechnung bejaht etwa Gaya (Anm. 20). Dagegen verneint etwa eine Ermächtigung zur Anwendung des Art. 51 der Satzung der Vereinten Nationen durch die genannten Sicherheitsresolutions Stahn, *Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001): What They Say and What They Do Not Say*, http://www.ejil.org/forum_WTC/

ny-stahn.pdf <17. Januar 2002>. Vgl. zur Diskussion auch *ASIL Insights: Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon*, <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm> <17. Januar 2002>.

²² Vgl. dazu R. Rorty, *Philosophie & Die Zukunft* (2000).

²³ Vgl. Cassese (Anm. 4).

Europäisches Beihilferecht und Rundfunkfinanzierung – Kein Ende in Sicht?

Eva-Maria Michel/Bärbel Altes

Im Juli 1993 wandte sich der portugiesische Sender Sociedade Independente de Comunicação (SIC) an die Kommission und machte geltend, dass die Finanzierung von Radio Televisão Portuguesa (RTP) das Beihilferecht verletze. Dieser Beschwerde folgten Verfahren gegen die Gebührenfinanzierung der Spartenkanäle *Phoenix/Kinderkanal* und *News24*. Auch gegen die Finanzausstattung des französischen, italienischen, griechischen, irischen, spanischen und österreichischen öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind vergleichbare Beschwerden anhängig.¹ Im Kern geht es stets um den gleichen Vorwurf. Die angegriffenen Rundfunksysteme, der jeweils zu erfüllende Auftrag und die Art und Weise seiner Finanzierung weisen in den betroffenen Mitgliedstaaten indes zum Teil nicht unwesentliche Unterschiede auf.²

Beihilfetatbestand

Prüfungsmaßstab ist zunächst der als Präventivverbot mit Genehmigungsvorbehalt konzipierte Beihilfetatbestand (Art. 87 Abs. 1 EG). Weder diese

noch eine andere Vorschrift des EG-Vertrages enthält eine *Definition* staatlicher Beihilfen. Die Rechtsprechung hat jedoch die einzelnen Kriterien näher ausgestaltet.³ Der Begriff der Beihilfe wird danach *extensiv* verstanden. Erfasst werden nicht nur positive Zahlungen, sondern auch der Verzicht auf finanzielle Lasten, die ein Unternehmen ansonsten zu tragen hätte.⁴ Auf die Form oder Absicht kommt es nicht an; entscheidend allein ist die *Wirkung*. Die Mittelgewährung muss den Empfänger in eine gegenüber seinen Wettbewerbern *vorteilhaftere* Lage versetzen.⁵ Die Zuwendung muss eine *staatliche* oder *aus staatlichen Mitteln* gewährte Beihilfe sein. Die Alternativformulierung zeigt, dass es ohne Bedeutung ist, ob der Staat selbst eine Beihilfe *unmittelbar* zuwendet oder ob er sich hierzu einer zwischengeschalteten Institution bedient, die auch privatrechtlich organisiert sein kann. Dass die staatliche Zurechenbarkeit eine Belastung des *staatlichen* Haushaltes erfordert, hat das Urteil des EuGH i. S. *PreussenElektra* im März 2001⁶ un-

missverständlich bestätigt. Weiteres, wenn auch ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist, dass die Beihilfe bei dem Empfänger eine *Begünstigung* im Vergleich zu seinen Wettbewerbern hervorrufen muss.⁷ Eine solche ist *nicht* anzunehmen, wenn der Empfangsleistung eine entsprechende *Gegenleistung* gegenübersteht. Bleibt letztere wertmäßig hinter der Beihilfe zurück, so begründet die *Überkompensation* in dieser Höhe ihrerseits eine Beihilfe.⁸ Seit dem Urteil des EuGH i. S. *Ferring* vom November 2001⁹ steht fest, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i. S. d. Art. 86 Abs. 2 EG, für die ein Unternehmen staatlicherseits in Höhe der mit der Erfüllung dieser Dienstleistungen verbundenen Kosten entschädigt wird, die erforderliche begünstigende Wirkung entfallen lassen.¹⁰ Ferner darf die Mittelgewährung lediglich einem Unternehmen oder abgrenzbaren Kreis von Unternehmen zuteil kommen. Das Merkmal der sog. *Selektivität*, das vor allem die Beihilfegewährung von allgemeinen wirtschaftslenkenden staatlichen Maßnahmen abgrenzen soll,¹¹ bedarf vorliegend keiner Vertiefung. Schließlich muss die Beihilfe den Empfänger derart begünstigen, dass damit eine *Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels* einhergeht, die geeignet ist, den *Wettbewerb zu verzerren*. Beide Merkmale werden grundsätzlich *weit* verstanden.¹² Sie spielen in Beihilfeverfahren regelmäßig keine allzu große Rolle.

Ausnahme- bzw.

Rechtfertigungsmöglichkeiten

Ist der Tatbestand erfüllt, prüft die Kommission das Vorliegen einer etwaigen *Ausnahme*, zunächst gem. Art. 87 Abs. 2 und 3 EG. An dieser Stelle von

1 Zu laufenden Verfahren s. bereits Kommission, XXIX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1999, S. 94 ff; ausführlich allgemein zu der Problematik s. Ruttig, Der Einfluss des EG-Beihilferechts auf die Gebührenfinanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, Frankfurt/M 2001.

2 Im Einzelnen s. hierzu beispielsweise: Holzner, Rundfunkrecht in Europa, Tübingen 1996.

3 Grundsätzlich EuGH, Rs. 30/59 (*Stenkolenmijnen/Hohe Behörde*) Slg. 1961, I; Slg. 1974, 709 (*Italien/Kommission*), Slg. 1994, I-877, Rs. C-387/92 (*Banco Exterior de España*).

4 EuGH (*Banco Exterior de España*), aO; EuGH, Slg. 1998, I-7907, Rs. C-2007/97 (*Econtrade*).

5 EuGH (*Italien/Kommission*), aO

6 EuGH, Rs. C-379/98, Urt. v. 13. 3. 2001 (*PreussenElektra/Schleswig*);

s. ferner bereits EuGH, Slg. 1993, I-6185 (*Kirsammer/Hack*); Slg. 1993, I-887 (*Slovan Neptun*); Slg. 1998, I-2629, Rs. 52-54/97 (*Vescido*).

7 EuGH (*Stenkolenmijnen/Hohe Behörde*), aO, S. 536.

8 EuGH, Slg. 1980, 1205 [1228], Rs. 61/79 (*Denkavit*).

9 EuGH, Urt. v. 22.11.2001, Rs C-53/00, (*Ferring SA./Agence centrale des organismes de sécurité sociale [ACOSS]*).

10 EuGH, Slg. 1985, 531 [550], Rs. 240/83 (*Altöl*); Kommission, XXIII. Wettbewerbsbericht 1993, Rn 389, 421; s. demgegenüber die Entscheidung des GEI vom 10. 5. 2000, Rs. T-46/97 (*SIC*), die nahe zu legen scheint, dass dieser Aspekt erst auf der sog. Rechtfertigungsebene relevant wird (vgl. Presseerklärung IP/96, 882 und (nicht veröffentlicht) Urteil *Auxilio estatal NN 141/95 – Financiamento dos canais públicos de televisão* vom 10. 2. 1997.

11 Vgl. Mitteilung der Kommission bezüglich der Anwendung des Beihilferechts im Bereich der Besteuerung von Maßnahmen, ABl. 1998 Nr C 9384/3; in Bezug auf diese Mitteilung hat die Kommission entschieden, dass die Verbesserung der Möglichkeiten der Filmproduzenten zur effektiven Reduzierung von Steuern keine allgemeine Maßnahme, sondern eine Beihilfe darstellt (Urt. v. 25. 11. 1998 (*Steuernaartregelen/Nr N 486/97 – Nederland [Steuern voor speelfilmproductie]*)).

12 Vgl. z. B. Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes, ABl. Nr C 372/45 vom 9. 12. 1997, dort Rn 1.

Relevanz ist insoweit grundsätzlich¹³ allein Art. 87 Abs. 3 lit. d EG. Erst seit einigen Jahren hat die Kommission begonnen, eine Entscheidungspraxis mit Blick auf kulturell motivierte Beihilfen zu entwickeln.¹⁴ Anders als bei *Filmförderprogrammen*¹⁵ erachtet sie die sog. *Kulturausnahmeklausel* im Fall der Rundfunkfinanzierung regelmäßig jedoch als *nicht* gegeben. Danach verbleibt nur Art. 86 Abs. 2 EG. Rechtsdogmatisch ist die Vorschrift als *Bereichsausnahme* konzipiert. Die Prüfung ihrer Voraussetzungen müsste danach am Anfang stehen. Sind diese nämlich erfüllt, so finden die Wettbewerbsvorschriften schon keine Anwendung. Die sich demgegenüber bei der Bejahung zunächst des Tatbestandes stellende Frage einer etwaigen Notifizierungspflicht (Art. 88 EG) bliebe von vornherein außen vor.¹⁶ In ihrer jüngeren Entscheidungspraxis erachtet die Kommission die Vorschrift jedoch als mögliche *Rechtfertigung*.¹⁷ Obgleich Art. 86 Abs. 2 EG als Ausnahmenvorschrift *restriktiv* zu verstehen ist, bevorzugen die Gerichte in den letzten Jahren eine großzügigere Auslegung: Danach reicht aus, dass die Anwendung der Wettbewerbsregelung dazu führen würde, dem Unternehmen die Erfüllung seiner Aufgaben zu *erschweren* bzw. es diesem unmöglich machen würde, die Dienstleistung in *derselben Art und Weise* oder *im selben Umfang* auch ohne die Beihilfe zu erbringen.¹⁸ Bei der Beurteilung der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten ist schließlich das durch den *Vertrag von Amsterdam* in das Primärrecht aufgenommene Protokoll Nr. 23 heranzuziehen. Es ist ein *integrativer*, verbindlicher Bestandteil des Vertrages i. S. d. Art. 311 EG. Mit seiner Einführung wird der öffentlich-rechtliche

Rundfunk erstmals und ausdrücklich primärrechtlich erwähnt und gewürdigt. Zum Ausdruck kommt hier ein grundlegender paneuropäischer Konsens über die Rolle und Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks.¹⁹

Entscheidungspraxis der Kommission

Bei der Beschwerde von SIC kannte der Vertrag das Amsterdamer Protokoll noch nicht. Auf dieses wäre es nach Auffassung der Kommission bei ihrer Entscheidung vom 2. 10. 1996 aber wohl auch nicht angekommen. Sie kam nämlich zu dem Ergebnis, dass schon der Beihilfetatbestand nicht erfüllt sei. RTP hatte eine Reihe von konkreten Verpflichtungen (etwa ein portugiesischsprachiges Programm in den ehemaligen Kolonien anzubieten, ein audio-visuelles Archiv zu unterhalten, öffentliche Theater mitzufinanzieren etc.) als Leistungen im allgemeinen Interesse zu erbringen. Diesen Aufgaben waren jeweils spezifische Kosten zugeordnet. In Höhe dieser Kosten erhielt RTP im Gegenzug staatliche Zahlungen. Nach Auffassung der Kommission entschädigten die öffentlichen Gelder adäquat und transparent RTP für die infolge der Erfüllung der Aufgaben entstandenen Kosten. Es fehlte mithin an der *begünstigenden Wirkung*. Auf die gegen die Entscheidung gerichtete Klage erklärte das GEI im Frühjahr 2000 die Kommissionsentscheidung für nichtig.²⁰ Das Urteil hat allein *verfahrensrechtliche* Erwägungen zum Gegenstand. Ein *obiter dictum* könnte jedoch dahingehend zu verstehen sein, dass die Frage, ob die Mittel lediglich diejenigen Kosten ausgleichen, die RTP in Erfüllung seiner Aufgaben entstanden sind, al-

lein auf der *Rechtfertigungsebene* relevant werde.²¹ Seither geht auch die Kommission davon aus, dass im Falle der Rundfunkfinanzierung regelmäßig eine Begünstigung vorliegt. Die Beziehung zwischen den gewährten Mitteln und den geleisteten Programmangeboten verlagert und beschränkt sie auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG. Das bis dato praktizierte Prüfungsvorgehen steht indes der gefestigten Tatbestandsdogmatik und nun auch dem *Ferring-Urteil* diametral entgegen.

Die nachfolgenden RTP-Entscheidungen betrafen *Phoenix/Kinderkanal* (Februar 1999) sowie *News24* (September 1999).²² Sie sind im Wesentlichen gleich aufgebaut. Die Kommission erachtete die Gebührenfinanzierung als staatliche Beihilfe. Das Merkmal der staatlichen Herkunft problematisierte sie nicht. Um die staatliche Zurechnung zu bejahen, begnügte sie sich damit, dass die Rundfunkteilnehmer die Gebühren nicht freiwillig, sondern aufgrund rechtlicher Vorgaben entrichteten. Ebenso wenig stellte sie die begünstigende Wirkung in Frage. Anders als in der RTP-Entscheidung ging sie nun davon aus, dass *jegliche* staatliche Maßnahme, die dazu geeignet sei, ein Unternehmen in eine gegenüber seinen Wettbewerbern vorteilhaftere Situation zu versetzen, als Beihilfe zu erachten sei. Eine andere Bewertung komme allerdings, so die Kommission, in Betracht, wenn der etwaige Ausgleich als Ergebnis einer *Ausschreibung* ermittelt worden sei. Sie hat hier offenbar die Vorstellung, dass ein solches Verfahren Garant für entsprechende Marktpreise sei, die wiederum den Beihilfevorwurf entfallen ließen. Damit interpretiert sie gleichsam ein

13 Die französische Regierung hatte sich allerdings in dem gegen sie wegen der Finanzierung von *France2* und *France3* anhängigen Verfahren auch auf die gem. Art. 87 Abs. 3 lit. c EG zulässigen sog. *Umstrukturierungsbeihilfen* berufen (ABl. C 340/57 vom 27. 11. 1999).

14 Entscheidung Nr. N 494/98 – Österreich (*Erlebnis-Salzbergwerk Hallstatt*) vom 22. 12. 1998 (nicht veröffentlicht); Entscheidung vom 10. 6. 1998 (*Coopérative d'exportation du livre français* [CELF]), ABl. 1999 Nr. L 44/37; Entscheidung vom 3. 6. 1980, Nr. 3/98 – Frankreich (*Soutien à production cinématographique*); Ent-

scheidung vom 21. 4. 1990, Nr. 4/98 – Deutschland (Änderung der Filmförderung); Entscheidung vom 21. 1. 1998 (*Société française de production*), ABl. 1998 Nr. L 205/68.

15 Jüngst und ausführlich hierzu „Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu bestimmten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Kinofilmen und anderen audiovisuellen Werken“ vom 26. 9. 2001, KOM (2001) 534 endg.

16 Der EuGH hat das Erfordernis einer Anmeldung gem. Art. 88 Abs. 3

EG bestätigt, selbst wenn der Tatbestand des Art. 86 Abs. 2 EG erfüllt ist, Rs. C-332/98, Urte. v. 22. 6. 2000 (*Frankreich/Kommission*) (CELF).

17 Ausführlich hierzu auch die *Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk C (2001) 3063* vom 17. 10. 2001, Rn 28 ff (im Folgenden: „Mitteilung“).

18 EuGH, Slg. 1993, I-2533 [Rn 14] (*Corbeau*); RdE 1998, 62 [Rn 59]; (*Kommission/Frankreich*), Slg. 1997, I-5815 [Rn 59]; (*Kommission/Niederlande*), Slg. 1997, I-5699; (*Kommission/Italien*), Slg. 1997, I-5789;

(*Kommission/Spanien*), Slg. 1997, I-5852.

19 S. ferner: ABl. Nr. C 30/1 vom 5. 2. 1999; ABl. Nr. C 196/1 vom 12. 7. 2000.

20 GEI, Urte. v. 10. 5. 2000, Rs. T-46/97 (*SIC/Kommission*).

21 GEI, (*SIC/Kommission*), aO, Rn 84. 22 Vgl. Pressemitteilung der Kommission IP/99/132 und die (nicht veröffentlichte) Entscheidung NN 70/98 – Deutschland (*Kinderkanal und Phoenix*) vom 24. 2. 1999; Kommission, Beihilfe Nr. NN 88/98 – Vereinigtes Königreich und Pressemitteilung der Kommission IP/99/706 vom 29. 9. 1999.

weiteres Merkmal in den Tatbestand hinein. Ist dieses nicht erfüllt, so geht dies zu Lasten des betroffenen Mitgliedstaates. Die Kommission konstruiert somit eine widerlegbare Vermutung mit der Folge der Beweislastumkehr, die Art. 87 Abs. 1 EG nicht kennt. Abgesehen davon, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu entscheiden, wie sie die Erfüllung des Rundfunkauftrages organisieren und es beispielsweise nach deutschem Recht nicht vorstellbar wäre, insoweit ein Vergabeverfahren zu initiieren, ist der Ansatz der Kommission auch in anderer Hinsicht bedenklich. Hier wird mittelbar eine wenn nicht Verpflichtung, so doch jedenfalls gleichsam Obliegenheit zur Ausschreibung statuiert, die mit dem geltenden Vergaberecht nicht übereinstimmt.²³ Nachdem die Kommission, wiederum ohne vertiefte Auseinandersetzung, des Weiteren eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels und eine Wettbewerbsverfälschung bejaht hatte, wandte sie sich möglichen Ausnahmetatbeständen zu. Art. 87 Abs. 3 lit. d EG erachtete sie als nicht einschlägig. Unter dem Begriff „Kultur“ sei das zu verstehen, was die Allgemeinheit hierunter verstehe. Ohne Rückgriff auf Art. 151 EG (vgl. auch Art. 3 q EG) und die Beschäftigung dessen, was die Bundesrepublik als betroffener Mitgliedstaat seinerseits als Kultur erachtet,²⁴ entschied sie, dass *Phoenix* eher darauf abziele, demokratische Belange und der *Kinderkanal* eher darauf abziele, erzieherische Belange zu erfüllen, als Kultur zu fördern. Im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EG verzichtete die Kommission zutreffend darauf zu thematisieren, ob die Spartenkanäle Teil des deutschen *Grundversorgungsauftrages* sind oder nicht. Vielmehr beschränkte sie sich darauf zu prüfen, ob Deutschland seine Kompetenz, den Auftrag zu definieren und für eine entsprechende Finanzierung zu sorgen, *missbraucht* habe. Dies sei nicht der Fall. Auch sei

der Auftrag im Ergebnis ausreichend definiert und ARD und ZDF als Verpflichtung übertragen. Ausführlich erörterte sie, ob die aufgewandten Gebührenbeträge tatsächlich für die Angebote notwendig seien. Hierbei spielte eine Rolle, dass der Ereignis- und Dokumentationskanal sowie der Kindersender keinerlei Werbung enthalten und der Markt entsprechende Programme nicht anbieten würde. Hinsichtlich der Kosten bezog sich die Kommission auf die unabhängige Expertenkommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF).²⁵ Sie würdige, dass die KEF die Finanzbedarfsanmeldungen von ARD und ZDF nicht ohne weiteres akzeptiert, sondern diese aus Gründen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gekürzt hatte. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs in einem Gemeinschaftsinteresse zuwiderlaufenden Ausmaß konnte die Kommission nicht feststellen.

Auch bei der *News24*-Entscheidung diskutierte die Kommission richtigerweise nicht den Auftrag; auch hier sah sie jedoch in der Gebührenfinanzierung eine staatliche Beihilfe und sah davon ab, die Frage der Begünstigung zu problematisieren. Auch hier verwarf sie das Eingreifen der Kulturausnahmeklausel. Auch hier deklinierte sie Art. 86 Abs. 2 EG im Einzelnen durch und erachtete die Voraussetzungen als gegeben.

Erneut hieß es, die Gebührenfinanzierung sei erforderlich, da *News24* keine Werbung enthalte. Auch habe die BBC keinerlei zusätzlichen finanziellen Mittel erhalten, um den Nachrichtenkanal anzubieten. Die Entscheidung enthält jedoch abweichend von den Ausführungen des *Phoenix/Kinderkanal*-Verfahrens, eine Art *obiter dictum*: Danach „bedauert“ die Kommission, dass die britische Regierung versäumt habe, die „staatliche Beihilfe“ im Vorfeld gem. Art. 88 Abs. 3 EG zu *notifizieren*.

Würdigung

So sehr die Entscheidungen im Ergebnis zu begrüßen waren, so wenig waren sie doch in einigen Teilen dogmatisch nachvollziehbar. Dies betrifft vor allem die (fehlende) Auseinandersetzung mit dem Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG. Bereits vor der *PreussenElektra*-Entscheidung²⁶ war bekannt, dass das Merkmal der staatlichen Herkunft der Mittel eine Belastung des *staatlichen* Haushaltes verlangt. Nicht überzeugend ist, dass die Kommission neuerdings das *Air France*-Urteil²⁷ herangezogen hat, um die Einschlägigkeit des *PreussenElektra*-Urteils zu „widerlegen“. An einer mittelgewährenden dem Staat zurechenbaren Zwischeninstanz fehlt es bei der Rundfunkgebührenfinanzierung. Erfreuliche Klarheit hat das *PreussenElektra*-Urteil zu folgendem Punkt gebracht: Die staatliche Zurechnung kann nicht schon damit begründet werden, dass die Rundfunkteilnehmer die Gebühren aufgrund rechtlicher Vorgaben entrichten *müssen*. Der EuGH führt aus, dass der Umstand, dass die Mittelzuwendung auf einem Gesetz beruht, der Regelung *nicht* den Charakter einer staatlichen Beihilfe verleihen könne.²⁸ Kritisch ist schließlich, wie die Kommission mit dem Merkmal der *Begünstigung* umgeht. Hatte sie hieran noch den Tatbestand im RTP-Verfahren scheitern lassen, so ist die Verlagerung der Auseinandersetzung auf die Rechtfertigungsebene bei den Entscheidungen i. S. *Phoenix/Kinderkanal* und *News24* nicht überzeugend. Zwar mag auf den ersten Blick das *obiter dictum* des SIC-Urteils dies fordern. Abgesehen davon, dass das Gericht Erster Instanz seinerseits eine Diskussion oder gar Begründung für diesen Ansatz vermissen lässt, widerspricht dieses Herangehen vorangegangener und jüngster Rechtsprechung des EuGH.²⁹ Dem Gebührenaufkommen steht das jeweiligen Angebot (Rundfunkprogramme, sonstige Mediendienste, Unterhaltung von Klang-

²³ So sieht die Richtlinie 52/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18. 6. 1992, geändert durch Richtlinie 97/52/EG vom 13. 10. 1997 (ABl. 1997 Nr. L 328, S. 1) ausdrücklich eine entsprechende Programmausnahme zugunsten von Rundfunkveranstaltern vor (Art. 18 lit. b); zu der Problematik s. ausführlich Bartosch, „Schnittstel-

len zwischen öffentlicher Auftragsvergabe und europäischem Beihilferecht“, WuW 2001, 673.

²⁴ S. hierzu auch jüngst die Mitteilung, aO, Rn 26.

²⁵ Zu Befugnissen und Aufgaben der KEF s. §§ 1 ff des deutschen Rundfunkfinanzierungsvertrags.

²⁶ EuGH (*PreussenElektra*), aO, Rn 58; ausführlich zur Auseinandersetzung der einschlägigen Recht-

sprechung GA Jacobs, der in seinen Schlussanträgen vom 26. 10. 2000 i. E. den Tatbestand ebenfalls verneint (s. u. a. Rn 108 ff [114 ff], 133, 150 ff, 164).

²⁷ GEI, Rs. T-358/98 (*Air France*), Slg. 1996, 2109.

²⁸ EuGH, (*PreussenElektra*), aO, Rn 61.

²⁹ EuGH, Slg. 1985, 531 [550], Rs. 240/83 (*Altöl*); EuGH, Ur. v. 22. 11. 2001, Rs. C-53/00 (*Ferring SA./ Agence centrale des organismes de sécurité sociale [ACOSS]*), s. auch noch Kommission, XXIII. Wettbewerbsbericht 1993, Rn 389, 421.

körpern u. ä.) gegenüber. Hierin liegt die Gegenleistung, die eine Begünstigung entfallen lässt.³⁰ Eine aktuelle Parallele findet sich in der Beurteilung der *Filmförderung*. Wenn *Gebührengelder* öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalt zur Filmförderung beitragen, gesellt sich zu der vorgelagerten Frage, ob die Rundfunkanstalten in Gestalt von *Gebührengeldern* Beihilfen empfangen, die weitere Frage, ob die Rundfunkanstalten ihrerseits in dem Ausmaß ihrer *Filmförderungsbeiträge* Beihilfen *gewähren*. Abgesehen davon, dass hierbei zunächst zu klären wäre, ob Rundfunkanstalten überhaupt als dem staatlichen Sektor zurechenbare Stellen qualifiziert werden können, stellt sich erneut die Frage der Begünstigung. Im Gegenzug zu den aufgewandten *Gebührenmitteln* folgt – beispielsweise in der Bundesrepublik – zugunsten der Rundfunkanstalten ein (Fernseh-)Rechteanfall für eine bestimmte Zeit. In der „Kinomitteilung“ der Kommission findet sich immerhin die Aussage, dass eine staatliche Beihilfe dann nicht anzunehmen sei, wenn Fernsehveranstalter gesetzlich zu Investitionen in audiovisuelle Produktionen verpflichtet sind und sich diese Investitionen für die Fernsehveranstalter „wieder auszahlen“. ³¹ Dogmatisch zumindest unklar ist allerdings die nachfolgende Aussage, wonach die Frage, ob solche gesetzlichen Verpflichtungen als staatliche Beihilfe unzulässig sind, von der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung nach *PreussenElektra* abhängen soll. Dies kann nur dahingehend verstanden werden, dass die Kommission sich offen hält, *neben* dem – zutreffend gewürdigten – Tatbestandsmerkmal der *Begünstigung* unter

Umständen *zusätzlich* das (vorgelagerte) Tatbestandsmerkmal der staatlichen Herkunft zu verneinen. Die Inbezugnahme überhaupt des *PreussenElektra-Urteils* ist immerhin ein gewisser Fortschritt. Bedauerlicherweise enthält auch die Mitteilung keine endgültig befriedigende Auseinandersetzung mit dem Beihilfetatbestand. Das *PreussenElektra-Urteil* findet mit keiner Silbe Erwähnung.³² Hierzu verlautbarte die Kommission, dass die Prüfung etwaiger Konsequenzen des Urteils noch nicht abgeschlossen sei.³³ Anders als noch die Entwurfsfassung beschränkt sich die Mitteilung allerdings nicht mehr nur auf die seit den Entscheidungen *Phoenix/Kinderkanal*, *News24* bekannte Auffassung. Vielmehr erachtet sie nunmehr die *Gebührenfinanzierung* als ein *aliud* gegenüber der Finanzierung aus dem Staatshaushalt.³⁴ Dass die Kommission jedenfalls nicht mehr gleichsam automatisch unterstellt, dass die (Gebühren)Finanzierung den Tatbestand der Beihilfe erfüllt, folgt auch daraus, dass es nunmehr heißt, dass es insoweit „selbstverständlich“ einer Überprüfung „im Einzelfall“ bedürfe und „nicht zuletzt von der Art der jeweiligen Finanzierung“ abhängt.³⁵

Relevant ist die Tatbestandsmäßigkeit nicht nur für eine etwaige Notifizierungspflicht gem. Art. 88 EG,³⁶ sondern auch mit Blick auf die Frage, ob die sog. *Transparenzrichtlinie*³⁷ bzw. die jeweilige nationale Umsetzung auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk Anwendung findet. Die dort vorgeschriebene „getrennte Buchführungspflicht“ gilt nämlich nur für Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

(i. S.d. Art. 86 Abs. 2 EG) erbringen und „staatliche Beihilfen“ erhalten (Art. 2 Abs. 1 lit. d der *Transparenzrichtlinie*).³⁸

Das Herangehen der Kommission stößt aber auch auf der sog. *Rechtfertigungsebene* zum Teil auf Bedenken. So heißt es zwar sowohl in den Entscheidungen i. S. *Phoenix/Kinderkanal* und *News24*³⁹ als auch in der Mitteilung, dass das *Amsterdamer Protokoll* bei der *Verhältnismäßigkeitsprüfung* zu berücksichtigen sei. Nicht zu erkennen ist jedoch, dass die Kommission dem *Mehrwert*, der dem *Protokoll* gegenüber dem zugrunde liegenden Art. 86 Abs. 2 EG zukommt, hinreichend Rechnung trägt. Letztere Vorschrift endet mit einer Schranke dahingehend, dass die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden darf, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwider läuft. Demgegenüber enthält das *Protokoll* einen Zusatz, der nach deutschem Verfassungsverständnis als „Schranken-Schranke“ zu qualifizieren wäre: Danach ist bei der Prüfung der Schranke wiederum den Erfordernissen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags Rechnung zu tragen. Die Kommission erachtet diesen Zusatz als eine „Selbstverständlichkeit“. Dann fragt sich allerdings, warum die Mitgliedstaaten den letzten Halbsatz in den *Protokolltext* aufgenommen haben. Nach gängiger juristischer Auslegungsmethode ist an sich davon auszugehen, dass die rechtsetzende Instanz davon Abstand nimmt, obsoletes zu regeln.

Die Mitteilung erkennt die Kompetenz der Mitgliedstaaten an, u. a. die Art und Weise der Finanzierung festzulegen. Jedoch drängt sich der Eindruck

30 Irrelevant in diesem Zusammenhang ist, dass nach deutschem Verfassungsverständnis die Rundfunkgebühr keine Gegenleistung für die Leistung der Rundfunkprogramme ist, sondern der Finanzierung der Gesamtveranstaltung Rundfunk dient (BVerfGE, Urt. v. 27. 7. 1971; sog. 2. Rundfunkurteil [Umsatzsteuerurteil], BVerfGE 31, 414).

31 AO, S. 9.

32 Entsprechend vehement war auch die Kritik im Vorfeld ausgefallen, sowohl seitens einer Vielzahl der Mitgliedstaaten als auch der öffentlichen-rechtlichen Rundfunkanstalten, s. beispielsweise epd medien Nr 58, S. 20; Nr 59, S. 22.

33 S. hierzu auch die Antwort von Herrn Monti im Namen der Kommissi-

sion vom 10. 9. 2001, auf die schriftliche Anfrage E-1367/01 des MdEP Bernhard Rapkay. Dem Vernehmen nach steht hinter dem fehlenden Eingehen auf die *PreussenElektra*-Entscheidung eine interne Meinungsverschiedenheit, wonach der Juristische Dienst, anders als die GD Wettbewerb, das Urteil als für die Rundfunkfinanzierung durchaus relevant erachtet.

34 Mitteilung zur Rundfunkfinanzierung, aO, Rn 17 Satz 3.

35 Mitteilung zur Rundfunkfinanzierung, aO, Rn 17a. E.

36 Ggf. würde jedoch eine – grundsätzlich nicht notifizierungspflichtige – sog. Altbeihilfe (Art. 88 Abs. 1 EG) vorliegen, etwa im Fall des deutschen Gebührensystems, das vor Inkrafttre-

ten des E(W)G-Vertrages bereits existierte. Das Vereinigte Königreich, Belgien, Dänemark und Schweden haben einzelne Vorhaben der betreffenden öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten notifiziert (Presseerklärung [DN: IP/01/1429] vom 17. 10. 2001).

37 Richtlinie 2000/52/EG der Kommission vom 26. 7. 2000 zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABl. L 193/75 vom 29. 7. 2000.

38 Die Anwendung scheidet im Übrigen auch in den Fällen, in denen eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt ausschließlich *innerhalb* des Rahmens ihres öffentlich-rechtlichen

Rundfunkauftrages tätig ist (Art. 2 Abs. 1 lit. e der *Transparenzrichtlinie*) sowie, wenn – unterstellt es lägen „staatliche Beihilfen“ vor – diese im Rahmen eines „offenen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahrens“ festgesetzt würden (Art. 4 Abs. 2 lit. c) der *Transparenzrichtlinie*).

39 1999 war zwar der Vertrag von Amsterdam noch nicht in Kraft getreten, das *Protokoll* Nr 23 über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten war jedoch schon bekannt.

eines gewissen Misstrauens gegenüber dem Modell der sog. *Mischfinanzierung* auf. So wird unterstellt, dass Rundfunkanstalten, die neben Gebühren auch Einnahmen aus Werbung/Sponsoring generieren, zu wettbewerbswidrigen Verhalten neigen könnten.⁴⁰ Für den deutschen Markt sprechen die Zahlen eine deutliche Sprache: Danach sind die sog. Tausend-Kontaktpreise der kommerziellen Anbieter in der Zeit, in der auch ARD und ZDF werben dürfen (17–20 Uhr werktags) auffallend niedrig, um dann in der *prime-time* signifikant anzuziehen. Von *dumping*-Praktiken seitens der öffentlich-rechtlichen Anbieter kann hier keine Rede sein.

Zu begrüßen ist, dass die Kommission keinen Zweifel mehr daran lässt, dass sie die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten respektiert, den Rundfunkauftrag zu definieren. Hierzu gehört auch die Entscheidung, ob dieser beispielsweise einen Sportkanal oder *online*-Angebote mit umfasst.⁴¹ Der Auftrag, so die Kommission, „sollte“ allerdings „so präzise wie möglich“ definiert werden.⁴² Hier wird es dann wieder spannend: Den Grad der Präzisionsdichte festzulegen muss, als Teil der nationalen Rundfunkordnung, wiederum Sache der Mitgliedstaaten sein. Dies hat die Kommission bei einer Anhörung im September 2001 bestätigt. Insoweit sind also einzelstaatliche Unterschiede zu respektieren. Während beispielsweise Portugal oder auch Frankreich den dort betrauten öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zum Teil genaue Aufgaben vorschreiben, entspricht dies nicht dem deutschen Verständnis. In jahrzehntelanger Rechtsprechung hat das BVerfG den dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk obliegenden Auftrag entwickelt und ausgestaltet.⁴³ Danach ist dieser Begriff *entwicklungsoffen* und *dynamisch* zu verstehen. Nichts anderes würde der Lebenswirklichkeit gerecht: So, wie sich die Technik, inhaltliche Strömungen und Nutzerverhalten in einer lebendigen

Gesellschaft wandeln, so muss ein Rundfunk, der zugleich die wesentlichen Tendenzen der Gesellschaft abbildet und mitgestaltet, entsprechenden Veränderungen gegenüber offen sein. Eine gesetzlich fixierte Festschreibung einzelner Aufgaben würde sich hiermit nicht vertragen. Insoweit ist zu begrüßen, dass die Mitteilung, anders als ihr Entwurf, auf eine entsprechende Forderung verzichtet.

Die Mitteilung will den rechtsunterworfenen Eckpunkte an die Hand geben, die die Beurteilung öffentlich-rechtlicher Rundfunkfinanzierung durch die Kommission transparenter und vorhersehbarer machen. Sie will damit zu mehr *Rechtssicherheit* beitragen. An diesem Anspruch wird sie sich messen lassen müssen. Der Ansatz kommt allerdings insoweit dem Versuch einer Quadratur des Kreises nahe als die Mitteilung selbst zu Recht immer wieder darauf hinweist, dass es letztlich auf die Einzelfallkonstellation ankommt. Zu unterschiedlich sind die in den Mitgliedstaaten gewachsenen Rundfunksysteme, um sie über einen beihilferechtlichen Leisten schlagen zu können. So lange es keine einschlägigen Grundsatzurteile der Europäischen Gerichte gibt, ist daher nicht auszuschließen, dass sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten weiterhin beihilferechtlichen Prüfungen unterziehen müssen. Hier bleibt zu hoffen, dass sich die Kommission von einer bisher eher politisch motivierten Entscheidungspraxis zu einer juristisch sauberen Prüfung der Vorschriften, vor allem schon des Beihilfetatbestandes, bewegt. Einige der gegenwärtigen Probleme würden sich dadurch lösen.

Eva-Maria Michel ist Justiziarin des Westdeutschen Rundfunks Köln (WDR).

Dr. Bärbel Altes ist Rechtsanwältin und Mitarbeiterin im Justizariat des WDR.

⁴⁰ Mitteilung, aO, Rn 59.

⁴¹ Ausdrücklich hinsichtlich sog. Neuer Dienste nun Mitteilung, aO, Rn 35 (s. auch schon Rn 12).

⁴² Mitteilung, aO, Rn 38.

⁴³ Erstmals: BVerfG, UrT. v. 22. 1. 1961

(I. Rundfunkurteil [Adenauer-Fernsehen]), BVerfGE 12, 205;

ausdrücklich: BVerfG, UrT. v. 4. 11.

1986 (4. Rundfunkurteil [Niedersäch-

sisches Landesrundfunkgesetz])

BVerfGE 73, 118; BVerfG, UrT. v. 24. 3.

1984 [Baden-Württemberg Be-

schluss]), BVerfGE 74, 297; BVerfG,

UrT. v. 5. 2. 1991 (6. Rundfunkurteil

[WDR-Gesetz/Landesrundfunkgesetz

Nordrhein Westfalen]), BVerfGE 83,

238; BVerfG, UrT. v. 6. 10. 1992

(7. Rundfunkurteil [Hessen 3-Be-

schluss]), BVerfGE 87, 181.

Vartian

Privatfernsehrecht

Kurzkommentar zum PrTV-G

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Mit dem am 1. August 2001 in Kraft getretenen Privatfernsehgesetz wurden die gesetzlichen Grundlagen für die Veranstaltung von analogem und digitalem terrestrischen Fernsehen durch andere Veranstalter als den ORF geschaffen. Der **Kurzkommentar** enthält die erste ausführliche Textbearbeitung des **Privatfernsehgesetzes** sowie Textausgaben des **KommAustria-Gesetzes**, des **Rundfunkgesetzes**, des **Fernseh-Exklusivrechtgesetzes**, des **Zugangskontrollgesetzes**, des **Fernsignalgesetzes**, der VO der Bundesregierung über Ereignisse von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung und KommAustria: Erhebung der Reichweiten und Versorgungsgrade gemäß § 11 Abs. 2 und 3 PrTV-G.

252 Seiten, broschiert, € 55,-,
3-7046-3670-3

Verlag Österreich

vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH

1037 Wien, Rennweg 16

Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589

e-mail: order@verlagoesterreich.at

Internet: www.verlagoesterreich.at

Überleben als Asylwerber in Österreich (?)

Andreas Lepschi

Im Jahr 2000 wurden lt. Statistik des Bundesministerium für Inneres 18284 Asylanträge gestellt. Mit Stichtag 31. 12. 2000 erhielten 2953 AsylwerberInnen Leistungen der sog. Bundesbetreuung, die in Form von Unterbringung, Verpflegung und Krankenhilfe gewährt wird. Statistiken über die durchschnittliche Dauer der einem Asylwerber gewährten Bundesbetreuung gibt es nicht, dementsprechend auch nicht darüber, wie hoch der Prozentsatz der AsylwerberInnen ist, die diese Form der Unterstützung erhalten. Schätzungen zufolge wird aber nur etwa ein Drittel aller AsylwerberInnen in die Bundesbetreuung aufgenommen.

Der Grund für diese katastrophale Situation liegt nicht am Mangel unterstützungswürdiger AsylwerberInnen, sondern an der unverständlich restriktiven Vollziehung des Bundesbetreuungsgesetzes in Kombination mit dem legislativem Defizit.

Das Bundesbetreuungsgesetz (BBtrG, BGBl 1991/405) bestimmt vorerst durchaus im Geiste eines großflächigen Existenzschutzes, dass der Bund die Betreuung hilfsbedürftiger AsylwerberInnen übernimmt. Diese Betreuung umfasst Unterbringung, Verpflegung, Krankenhilfe sowie sonstige notwendige Betreuungsmaßnahmen (§ 1 Abs. 1 BBtrG).

Hilfsbedürftig ist, wer den Lebensbedarf einschließlich der Unterbringung für sich und die mit ihm in Familiengemeinschaft lebenden unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht oder nicht ausreichend aus eigenen Kräften und Mitteln beschaffen kann (§ 2 Abs. 1 BBtrG).

Mithilfe von Verordnungen und intransparenten Weisungen wird jedoch einer großen Zahl an AsylwerberInnen trotz des Vorliegens von Mittellosigkeit de facto die Unterstützung verweigert. So reichen u. a. der bloße Verdacht einer strafbaren Handlung, ein nicht oder nicht ausreichender Identitätsnachweis, oder die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates des Europarates aus, um überlebensnotwendige Leistungen völlig zu versagen. Dies auch dann, wenn glaubhaft ist, dass die Ausstellung eines Dokumentes niemals erfolgt ist, eine Mitnahme zum Fluchtzeitpunkt nicht möglich war, oder in einem Europaratsstaat politische Verfolgung signifikant vorkommt. Nicht selten kommt es in solchen Fällen später zu einer Asylgewährung. Willkürlich werden Personen im laufenden Verfahren aus der Bundesbetreuung entlassen, oder aber über heftige Interventionen von NGOs aufgenommen.

In Wien, wo die meisten AsylwerberInnen leben, sind sie ex lege vom Bezug der Sozialhilfe ausgeschlossen (§ 7a Abs. 4 WSHG). Der Zugang zu Erwerbsarbeit ist formalrechtlich durch das Ausländerbeschäftigungsgesetz vorgesehen, scheidet jedoch in der Praxis an der Bundeshöchstzahlregelung und der Vermittlungshierarchie (§ 4b Abs. 1 Z 9 AuslBG). AsylwerberInnen werden daher auch nicht in die Lage versetzt, ihre Mittellosigkeit aus eigenem zu überwinden.

Die Folgen dieser verfehlten Asylpolitik sind verheerend. Die karitativen Organisationen können den Ansturm der vom Staat unversorgten, hilfsbedürftigen AsylwerberInnen längst nicht mehr bewältigen. Viele Personen müssen der Obdachlosigkeit preisgegeben werden. Selbst die Versorgung kranker AsylwerberInnen ist keineswegs sichergestellt.

Der betreffende Asylwerber hat keine Möglichkeit, die Kriterien für die staatliche Zuwendung im konkreten Fall in rechtsstaatlicher Weise überprüfen zu lassen. Gem. § 1 Abs. 3 BBtrG besteht nämlich kein Rechtsanspruch auf Leistungen der Bundesbetreuung. Diese Bestimmung ist verfassungsrechtlich bedenklich. Bei den Leistungen der Bundesbetreuung handelt es sich um existenzielle, in die Grundrechtssphäre reichende Daseinsvorsor-

ge. Ein Unterfall des Kompetenztatbestandes Armenwesen, Art. 12 B-VG, demnach die Zugehörigkeit der Materie zum öffentlichen Recht, liegt nahe. Der Gesetzgeber hat diese sensible Materie nach Ansicht des Verfassers systemwidrig der Privatwirtschaftsverwaltung zugeordnet und daher dem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz gänzlich entzogen.

In letzter Zeit wurde vereinzelt im Wege der Verfahrenshilfe zur Erzwingung dieser Leistungen der Zivilrechtsweg beschritten. Aufgrund des fehlenden Rechtsanspruchs gibt es auch dabei Schwierigkeiten mit der Durchsetzung der lebensnotwendigen Ansprüche. Rechtskräftige Entscheidungen liegen noch nicht vor.

Die Vorgangsweise des Bundesministeriums für Inneres gerät dabei in Konflikt mit gesetzlichen Bestimmungen, die zum Teil im Verfassungsrang stehen.

Es ist auf Art 2, Recht auf Leben, und Art 3 EMRK, Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung, zu verweisen. Schutzgut des Art 3 MRK ist u. a. die Menschenwürde und eine sich daraus ergebende Verpflichtung für den Mitgliedsstaat, existenzbedrohende Armut ausnahmslos hintanzuhalten (s. Frowein/Peukert, Kommentar zur EMRK, 2. Auflage, S. 56).

Art 21 Genfer Flüchtlingskonvention legt fest, dass die Vertragsstaaten Flüchtlingen, die sich rechtmäßig in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge gleiche Behandlung wie ihren Staatsbürgern gewähren.

Art 13 Abs. 1 der europäischen Sozialcharta verpflichtet die Vertragsparteien sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt, und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der sozialen Sicherheit verschaffen kann, ausreichende Unterstützung gewährt wird und im Falle der Erkrankung die Betreuung, die seine Lage erfordert.

Artikel 34 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union geht von einem Recht auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung für Personen, die sich legal in der Union aufhalten, aus.

Zitieren möchte ich eine überzeugende Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichtes (BGE 121 I 367 E2b, S. 371), welches ein Grundrecht auf

Existenzsicherung als Menschenrecht mit folgenden Worten anerkennt: „Die Möglichkeit, elementarste menschliche Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung, Obdach und grundlegende medizinische Hilfe zu befriedigen, ist die Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt.“

Diese Gesetzeslage wird von den Verantwortlichen, sprich der zuständigen Abteilung des Bundesministerium für Inneres, negiert. Der grundlegende Irrtum dabei ist, dass es bei der Vergabe existentieller Leistungen an mittellose AsylwerberInnen *keinen Spielraum für Restriktionen geben darf*. Hier versagen auch die immer wieder ins Treffen geführten Argumente, wonach man dem Asylmissbrauch vorbeugen müsse, die budgetäre Situation keine Verbesserungen zulasse, oder der Asylantrag nach Ansicht der die Bundesbetreuung vollziehenden Abteilung III/14 nicht aussichtsreich sei. Das zuletzt genannte Argument verknüpft in unseliger Weise die Beurteilung eines möglichen Verfahrensausgangs, zu dem die betreffende Abteilung obendrein unzuständig ist, mit der Frage materieller Unterstützung eines im Verfahren rechtmäßig aufhältigen Asylwerbers. Wer diese Existenzmittel nicht gewährt, stellt die Existenzmöglichkeit des betreffenden Asylwerbers überhaupt in Frage. Asylverfahren sind in Österreich in der Regel mehrjährig, was die Konsequenz des Entzuges dieser Leistungen verdeutlicht.

Österreich geht einen Weg abseits der meisten EU-Staaten, die überlebensnotwendige Leistungen an AsylwerberInnen großflächig gewähren. Das UNHCR kritisierte anlässlich einer

Präsentation der Studie „reception standards for asylum seekers in the european union“, dass die österreichische Bundesbetreuung einem Gnadenrecht gleichkommt, die Kriterien für die Aufnahme willkürlich und nicht nachvollziehbar sind. Anders als in den meisten Staaten gibt es keinen Rechtsanspruch auf Bundesbetreuung. Ohne Anspruch auf Versorgung kann aber kein faires Asylverfahren durchgeführt werden.

Den verantwortlichen Stellen ist bekannt, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaften am 03.04.01 einen Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern vorgelegt hat. Dieser detaillierte Entwurf hält unter Kapitel III, Materielle Aufnahmebedingungen – das sind Vorschriften, die in allen Phasen des Verfahrens *zu gewährleisten sind* (Information, Dokumente, Bewegungsfreiheit, Unterkunft, Verpflegung, Kleidung, Leistungen zur Deckung des täglichen Bedarfs, Einheit der Familie, medizinische Versorgung, schulische Betreuung Minderjähriger) – in aller Klarheit fest, dass ein Ausschluss bestimmter Gruppen von AsylwerberInnen von sämtlichen materiellen Aufnahmebedingungen kaum mit der angestrebten Sicherung menschenwürdiger Lebensbedingungen zu vereinbaren wäre. Österreich untergräbt durch seinen Umgang mit AsylwerberInnen die immer wieder behauptete Tradition, als Zufluchts- und Zukunftsort für Verfolgte zu gelten.

Mag. Andreas Lepschi arbeitet im Referat für Flüchtlinge und Migrationsfragen der Caritas Österreich.

Verlag Österreich
Akademie

**Dr. Wolfgang Berger,
ADir RegR
Johann Hinterleitner,
Dr. Johannes Ruddy**

Vereins- richtlinien 2001

Montag, 22. April 2002,
13–18 Uhr,
Hotel De France, Wien

Bitte senden Sie unverbindlich das
Detailprogramm an:

Name und Anschrift

**Univ.-Prof. Mag. Dr.
Otto Taucher**

Erbschafts- und Schenkungssteuer

Donnerstag, 25. April 2002,
9.00–17.00 Uhr
Hotel Stefanie, Wien

Information und Anmeldung:
Verlag Österreich Akademie
Telefon:
01-610 77-510
Fax:
01-610 77-602
e-mail:
akademie@verlagoesterreich.at

Die „kleine“ Abänderung des § 4 Abs. 2 AsylG

Clemens Klingan

Im Sommer des vergangenen Jahres entschloss sich der österreichische Gesetzgeber, erneut eine (kleine) Novellierung des Asylgesetzes vorzunehmen.¹ Besonders der zweite Satz des novellierten § 4 Abs. 3, welcher Drittstaatssicherheit ausschließt, sofern ein „Sachverhalt einem bestehenden Rechtsakt des Rates der Europäischen Union entspricht“, stieß innerhalb der „Asylszene“ sowohl mangels Bestimmtheit als auch mangels Verständlichkeit auf Kopfschütteln. Ich möchte mich hier jedoch nicht mit dieser Bestimmung, sondern mit der scheinbar unbedeutenderen Novellierung des § 4 Abs. 2 auseinandersetzen. Dieser Bestimmung wurde nach „Schutz im sicheren Drittstaat . . . besteht . . . wenn . . . ein Verfahren zur Einräumung der Rechtsstellung eines Flüchtlings . . . offen steht“ die Wortfolge: „oder im Wege über andere Staaten gesichert ist (Asylverfahren)“ hinzugefügt.²

Zunächst ist einmal die sprachliche Holprigkeit der Bestimmung zu kritisieren. Dies wurde offensichtlich auch dem Gesetzgeber bewusst, sodass er sich veranlasst sah, in Klammer gesetzt klarzustellen, dass er mit „im Wege über andere Staaten gesichert“ ein Asylverfahren meinte. Die Novellierung hat sohin sicherlich nicht zu einer besseren Verständlichkeit der Bestimmung beigetragen, sondern macht diese vielmehr noch unleserlicher als dies ohnehin bereits der Fall war. Es braucht wohl auch nicht näher ausgeführt werden, dass eine derart komplizierte Bestimmung das Rechtsverständnis eines (häufig) unvertrete-

nen Asylwerbers regelmäßig überfordert.³

Der unmittelbare Grund für die Novellierung des ersten Satzes des § 4 Abs. 2 war das Erkenntnis des VwGH vom 06.03.2001,⁴ mit welchem das Höchstgericht auch unter Verweis auf Davy⁵ und Marx⁶ aussprach, dass nach dem Wortlaut des (alten) § 4 Abs. 2 AsylG im Drittstaat eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Asylantrag erfolgen müsse. Nunmehr verfügen aber alle „östlichen“ Nachbarländer Österreichs (Slowenien, Ungarn, Slowakei und Tschechien), über Drittstaatsregelungen in deren Asylgesetzen.⁷ Diese Nachbarländer hätten zufolge obigen Judikats nur für sicher erklärt werden können, wenn im konkreten Einzelfall die Anwendung der (dortigen) Drittstaatsregelung ausgeschlossen hätte werden können. Der österreichische Gesetzgeber entschloss sich daher – sozusagen in Umgehung dieser Rechtssprechung – zu einer erneuten Novellierung dieser verunglückten Bestimmung.

In den Erläuterungen zur entsprechenden Regierungsvorlage wird zunächst auf das erwähnte Erkenntnis des VwGH Bezug genommen und weiters ausgeführt, der Entwurf entspreche dem „Verständnis der Drittstaatssicherheit der übrigen EU-Mitgliedsstaaten sowie der den Beitrittsländern bei der Umschreibung des EU-Acquis hiezu nahe gelegten Sicht“. Drittstaatssicherheit liege nach wie vor nur dann vor, „wenn dem Betroffenen letztlich eine inhaltliche Überprüfung seines Asylantrages gesichert ist“.⁸

Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass dem EU-Acquis „Drittstaatsverfahren im Drittstaat“, soweit überschaubar, nicht zu entnehmen sind. Der Kommissionsentwurf für eine Richtlinie betreffend „Mindeststandards im Verfahren zur An- und Aberkennung von Flüchtlingen“⁹ sieht vielmehr in den Art. 21 und 22 die Annahme von Drittstaatssicherheit an die Erfüllung gewisser im Anhang I aufgezählter Kriterien geknüpft. Dieser Anhang I spricht jedoch immer nur vom „Asylverfahren“ bzw. „Asylantrag“ niemals von Drittstaatsverfahren. Auch die erläuternden Bemerkungen zur Richtlinie geben keinen Hinweis auf die Zulässigkeit derartiger Regelungen.¹⁰

Welche Auswirkungen könnte nun die Novellierung des § 4 Abs. 2 auf die österreichische Asylpraxis haben? Im Wesentlichen deutet die erwähnte Passage der Erläuterungen zur Regierungsvorlage, „letztlich eine inhaltliche Überprüfung“, schon an, in welche Richtung es gehen dürfte. Österreichische Asylbehörden werden nunmehr nicht nur die relevante Gesetzeslage (Asylgesetz, Fremden-gesetz, Verfahrensbestimmungen etc.) samt Verfahrenspraxis im Drittstaat, sondern auch im allfälligen Viert- und Fünftstaat, eventuell sogar weiter bis zu jenem Staat, der am Ende der Kette vor dem Herkunftsland steht, zu überprüfen haben, um ja nicht selbst in eine inhaltliche Überprüfung der Fluchtgründe eintreten zu müssen.

Nehmen wir das Beispiel eines tschechischen Flüchtlings, der angibt, über die Ukraine, Rumänien und Ungarn nach Österreich geflüchtet zu sein. Aufgrund der Drittstaatsregelung des ungarischen Asylgesetzes müsste Österreich in Erwägung ziehen, dass Ungarn in Anwendung derselben den Flüchtling weiter nach Rumänien zurückschieben würde. Österreich wäre aufgrund dieser Annahme sodann jedoch verpflichtet, sich ebenso genau wie zuvor mit der ungarischen Gesetzeslage und Praxis auch mit

1 BGBl. I Nr. 82/2001.

2 § 4 Abs. 2 AsylG: „Schutz im sicheren Drittstaat besteht für Fremde, wenn ihnen in einem Staat, in dem sie nicht gemäß § 57 Abs. 1 oder 2 FrG bedroht sind, ein Verfahren zur Einräumung der Rechtsstellung eines Flüchtlings nach der Genfer Flüchtlingskonvention offen steht oder im Wege über andere Staaten gesichert ist (Asyl-

verfahren), sie während dieses Verfahrens in diesem Staat zum Aufenthalt berechtigt sind und wenn sie dort Schutz vor Abschiebung in den Herkunftsstaat – auch im Wege über andere Staaten – haben, sofern sie in diesem gemäß § 57 Abs. 1 FrG bedroht sind.“

3 Vgl. auch Öhlinger, Verfassungsrecht, 3. Auflage, S. 60; in diesem Sinn auch VfGH, 24.06.1998, G 31/98.

4 Vgl. VwGH 06.03.2001, 99/01/0450.

5 Ecolex 1997, 823.

6 Marx, Handbuch zur Asyl- und Flüchtlingsanerkennung, § 39.9, 10 und § 40.3.

7 Gesetz Nr. 61-291/99 (slowen. AsylG), vgl. Art. 2 u. 37; Gesetz Nr. 89/97 idF von Gesetz 38/01 (ungar. AsylG), vgl. §§ 2 lit. e u. 4 Abs. 1 lit. c; Gesetz Nr. 283/95 (slow. AsylG),

vgl. § 8 Abs. 1; Gesetz Nr. 325/99 idF von Gesetz Nr. 2/02 (tsch. AsylG), vgl. Art. 2 Abs. 2 u. 16 Abs. 1 lit. e.

8 Vgl. BlgNR 21. GP, RV 669.

9 COM 578 vom 20. 9. 2000; vgl. aber auch Kälin in Asyl 4/01, S 4/5.

10 Erläuternde Bemerkungen zu Art. 21, 22 COM 578 vom 20.09.2000.

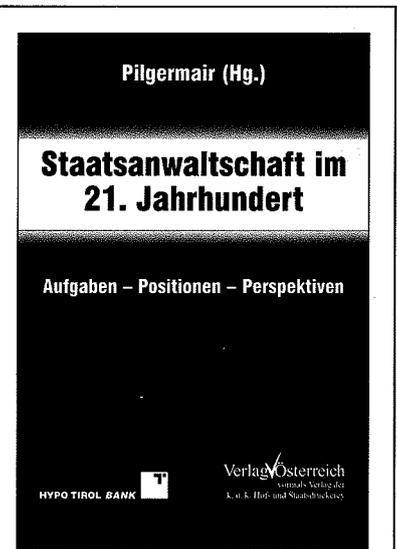
der Rumäniens auseinander zu setzen. Denn Drittstaatssicherheit liegt nicht vor, wenn sich der vermeintlich sichere Drittstaat auf die Drittstaatssicherheit eines unsicheren Staates beruft.¹¹ Kämen die österreichischen Asylbehörden allenfalls zum Ergebnis, Rumänien würde den Standards des § 4 AsylG entsprechen und wäre daher als sicher einzustufen, so wäre weiters zu überprüfen, ob nunmehr auch das rumänische Asylgesetz eine Drittstaatsregelung kennt und ob diese auch zur Anwendung gelangen würde. Die österreichischen Asylbehörden würden dabei zur Feststellung gelangen, dass das rumänische Asylgesetz ebenfalls eine Drittstaatsregelung aufweist¹² und könnten im konkreten Fall wohl kaum deren Anwendung ausschließen. Der „Schwarze Peter“ wäre dann wohl bei den ukrainischen Behörden, die schlussendlich („letztlich“) ein inhaltliches Asylverfahren durchzuführen hätten. Hier wiederum müssten die österreichischen Behörden erheben, ob die Ukraine dem Flüchtling auch effektiv die im § 4 Abs. 2 AsylG vorgesehenen Mindestrechte gewährt, um als sicher eingestuft zu werden.¹³

Wie die bisherige Praxis zu den Drittstaatsverfahren mit Slowenien, Ungarn, Slowakei und Tschechien gezeigt hat, waren schon die nur auf die Gesetzeslage im Drittstaat begrenzten Verfahren von enormem Erhebungsaufwand (Rechtslage und Praxis) gekennzeichnet.¹⁴ Dieser Überprüfungsrahmen wird bei Sachverhalten wie dem eben geschilderten bis zu verdreifacht – wobei die Spitze des Eisberges betreffend die Anzahl der durchreisten Länder hier noch bei weitem nicht erreicht ist – und führt sohin zu einer weiteren Belastung der ohnehin bereits chronisch überlasteten österreichischen Asylbehörden. Zwangsläufig können solche Verfahren nur zu weiteren Verfahrensverzögerungen führen. Die Tatsache, dass in zahlreichen Verfahren der wahre Fluchtweg nicht eruierbar ist, kann daran nur wenig ändern.

Der VwGH hat im eingangs erwähnten „Anlasserkennntnis“ auch bestätigt, dass das in § 4 AsylG verwirklichte Konzept, auf die inhaltliche Prüfung des Asylantrags im Drittstaat abstellt und „kein Einfallstor für Kettenabschiebungen sein soll“.¹⁵ Gerade hierfür schafft der Gesetzgeber nunmehr jedoch die Voraussetzungen. Wie die bisherigen Drittstaatsverfahren gezeigt haben, ist derzeit in keinem der „östlichen“ Nachbarländer ein Mindeststandard iSd § 4 AsylG gegeben.¹⁶ Erfahrungsgemäß hebt sich dieser Standard des Verfahrens in Ländern wie Rumänien, Moldawien oder Ukraine nicht wirklich. Dennoch soll diesen Ländern nunmehr offensichtlich ein wesentlicher Teil der „Last“ der Asylverfahren auferlegt werden. Auch vom Standpunkt der Solidarität gegenüber diesen Staaten, die aufgrund ihrer schwierigen wirtschaftlichen Lage schon Probleme haben, einen bescheidenen Wohlstand für die eigene Bevölkerung aufzubauen, erscheint diese Vorgangsweise Österreichs bedenklich. Nicht zuletzt stellt es auch für den Flüchtling eine ernüchternde Situation dar, die Verfolgungsgefahr in seiner Heimat mit dem Existenzkampf im Fluchtland eingetauscht zu haben.

Die mittlerweile mehr als vierjährige Erfahrung mit dem AsylG 1997 hat gezeigt, dass sich die Drittstaatsverfahren als äußerst aufwändig, jedoch wenig effektiv im Sinne der „österreichischen Unzuständigkeit“ für die inhaltliche Überprüfung der Fluchtgründe erwiesen haben. Mit der auf eine Regierungsvorlage zurückgehenden Novellierung des § 4 Abs. 2 hat der Gesetzgeber zu einer weiteren Verkomplizierung des Verfahrens beigetragen, die dem mehrfach gerade von Seiten des BMI geäußerten (Wunsch)Ziel einer Verfahrensbeschleunigung nicht wirklich dienlich sein dürfte.

Dr. Clemens Klingan arbeitet im Referat für Flüchtlinge und Migrationsfragen der Caritas Österreich.



- Umfassende Darstellung der Institution Staatsanwaltschaft
- Positionen und Aufgabenbereiche
- Aktuelle Reform des Strafprozessualen Vorverfahrens eingehend diskutiert
- Programmatische Perspektiven und rechtspolitische Impulse
- Aus der Sicht des Staatsanwaltes, Richters, Verteidigers, Legisten und Professors

**452 Seiten, broschiert,
€ 50,-, 3-7046-3553-7**

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH
1037 Wien, Rennweg 16
Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at
Internet: www.verlagoesterreich.at

¹¹ BVerfGE 94, 49; Rohrböck, Kommentar zum AsylG, S. 116.

¹² Gesetz Nr. 102/00, vgl. Art. 10 u. 11.

¹³ VwGH, 24.02.2000, 99/20/0246.

¹⁴ Vgl. UBAS 209.212/16-11/04/99, 207.245/0-VII/19/99 u. v. a.

¹⁵ VwGH, 06.03.2001, 99/01/0450.

¹⁶ Vgl. zu Slowenien VwGH, 15.03.2001, 99/20/0352 (alte Geset-

zeslage), UBAS, 212.584/13-VII/19/00; zu Ungarn VwGH, 11.10.2000,

99/01/0408, 22.05.2001, 2000/01/0226 (alle alte Gesetzesla-

ge); zu Slowakei VwGH, 24.02.2000,

99/20/0246; zu Tschechien, VwGH, 11.10.2000, 99/01/0408, UBAS,

213.907/0-X/28/99 (alle alte Geset-

zeslage).

Wer hat Angst vor dem VfGH?

von Eberhart Theuer

Der Umstand, dass über Verfassungsfragen im Bereich der Justiz teilweise der OGH und nicht der VfGH letztinstanzlich entscheidet, sichert Österreich einen Außenseiterposten im internationalen Vergleich.¹ Besonders auf dem Gebiet des Strafrechts hat dieser Mangel schon zu zahlreichen Diskussionen und Reformvorschlägen geführt² und wird von vielen als Hauptgrund für die häufigen Verurteilungen der Republik in Straßburg angesehen. In Strafsachen kommt außerdem verschärfend hinzu, dass (sieht man von der Möglichkeit der Wahrungsbeschwerde ab) teilweise lediglich LG und OLG letztinstanzlich Verfassungsrecht auslegen (sollten).³ Auch der EU-„Weisenbericht“ nahm auf diese Unzulänglichkeit des österreichischen Rechtssystems Bezug.⁴

Ein kurzer Blick ins benachbarte Ausland zeigt, dass es auch anders geht. Das deutsche Grundgesetz normiert, was sachlich geboten scheint: Wer sich „durch die öffentliche Gewalt“, also auch durch Gerichtsurteile, in seinen Grundrechten verletzt sieht, kann als außerordentlichen Rechtsbehelf Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht erheben (Art 93 Nr 4a GG).⁵ Voraussetzung ist, dass der ordentliche (sog fachgerichtliche) Rechtsweg erschöpft ist (§ 90 Abs 2 BVerfGG⁶) – eine Konstruktion, die an das Verhältnis der nationalen Gerichte zum EGMR erinnert. Diese Subsidiari-

tät ist ein Teil des Themenbereichs Verhältnis der Gerichte („Fachgerichte“) zum BVerfG, ein Gebiet, das auch für den österreichischen Beobachter besonders interessant ist. Der Beschwerdeführer muss alle ihm zumutbaren prozessualen Mittel ergriffen haben, die eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung erwarten ließen (BVerfGE 70, 185; 74, 113; 81, 27). Das BVerfG interpretiert hier weit: Bei einstweiligen Verfügungen ist das Hauptsacheverfahren abzuwarten, wenn dies im Einzelfall für den Betroffenen zumutbar ist und genügend Möglichkeiten bietet, der Grundrechtsverletzung abzuweichen (BVerfGE 86, 22).

Über die Annahme der Verfassungsbeschwerde entscheiden zunächst Dreierausschüsse der beiden Senate des BVerfG. Die Beschwerde ist anzunehmen, wenn ihr „grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung“ zukommt oder diese zur Durchsetzung von Grundrechten notwendig ist (§ 93a Abs 2 BVerfGG). Wenn die Beschwerde offensichtlich begründet ist, weil das BVerfG in dieser Frage bereits entschieden hat, ist es dem Dreierausschuss auch möglich, der Beschwerde stattzugeben, was ebenso wie die Ablehnung Einstimmigkeit erfordert. Nach Annahme durch den Dreierausschuss kann der Senat die Annahme der Beschwerde jedenfalls noch immer ablehnen.⁷

Das Verhältnis des BVerfG zu den Fachgerichten ist auch auf der Ebene des Prüfungsumfangs relevant.⁸ Es ist allgemein anerkannt, dass das BVerfG weder Superrevisionsgericht noch Supertatsacheninstanz ist.⁹ Das BVerfG prüft nicht die einfachgesetzliche Richtigkeit von Urteilen, sondern eben nur deren Verfassungsmäßigkeit.¹⁰ Dass letzteres freilich regelmäßig auf ersteres ausstrahlt, ergibt sich aus der Natur der Sache, besonders, wenn es um die Frage geht, ob Generalklauseln grundrechtskonform ausgelegt (BVerfGE 7, 198; 32, 373; 62, 230) oder die Grenzen der Rechts- und Gesetzesbindung durch Lückenfüllung überschritten werden (BVerfGE 34, 269; 65, 182). Um die Worte der früh entwickelten „Heck'schen Formel“ – benannt nach dem Verfassungsrichter, der sie verkündete – zu gebrauchen: Auslegungsfehler werden dann, nachgeprüft, wenn sie „auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Reichweite und Wirkkraft der Grundrechte“ beruhen oder „das Entscheidungsergebnis selbst die Grundrechte verletzt“.¹¹ Die Auslegung einfachen Rechts wird auch über das aus dem Gleichheitssatz (Art 3 Abs 1 GG) entwickelte Willkürverbot kontrolliert (im Ergebnis eine Prüfung auf Grund von Gerechtigkeitsgesichtspunkten), ein Umstand, der nach Ansicht mancher das BVerfG gefährlich nahe an ein Revisionsgericht bringt.¹²

Bemerkenswert hinsichtlich des Problemkreises ist jenes Institut, das in der bundesdeutschen Literatur meist unter dem Schlagwort Kontrolldichte abgehandelt wird. Dabei setzt das BVerfG die Schwere des Grundrechtseingriffs in Verhältnis zum Maß an Prüfung der Verfassungsmäßigkeit: Je massiver jene, umso

1 Vgl den kurzen Überblick bei *Christian Tomuschat*, Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in *Peter Badura/Horst Dreier*, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd 1 (2001), 266–68 mwN.

2 Letztens etwa durch *Birgit Feldner*, Verstärkte Senate beim Obersten Gerichtshof (2001), 127–31 mwN bei FN 482; *Richard Soyer*, Kritik und offene Gesellschaft, *juridikum* 2000, 130 und ausführlicher durch *Reinhard Moos* in seinem Gutachten für den ÖJT: *Moos*, Polizei und Strafrecht 14. ÖJT Bd IV/1 (2000) 142–44; 146 mwN.

3 Die Grundrechtsbeschwerde an den OGH bietet hier nur teilweise Abhilfe.

4 S. *Soyer*, *juridikum* 2000, 129.

5 S. als Überblick: *Christoph Gusy*, Die Verfassungsbeschwerde, in *Badura/Dreier*, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd 1 (2001), 641–71; *Thomas Kreuder*, Praxisfragen zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde, NJW 2001, 1243–48; *Peter Häberle*, Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, JÖR 1997, 89–135; *Hans-Uwe Erichsen*, Die Verfassungsbeschwerde, Jura 1991, 585–88, 638–43 und Jura 1992, 142–49, jeweils mwN.

6 Art 94 Abs 2 S 2 GG ermächtigt zu dieser einfachgesetzlichen Bestimmung.

7 Näheres s. *Robert Uerpmann*, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in *Badura/Dreier*, FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht Bd 1 (2001), 673–93. Der Zielsetzung, die Arbeitsbelastung des BVerfG zu reduzieren, dürfte das Annahmeverfahren nicht gerecht geworden sein, zumal eher eine Verschiebung der Belastung von den Senaten zu den Dreierausschüssen zu beobachten ist (*Gusy*, FN 5, 643 f u 666–68; kritisch auch beispielsweise *Bernhard Schlink*, Zugangshürden im Verfassungsbeschwerdeverfahren, NJW 1984, 89).

8 Ausführlich dazu letztens *Martin Düwel*, Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfas-

sungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen (2000; zugl Diss FU Berlin 1999).

9 Vgl *Häberle*, FN 5, 123–4; *Gerd Sturm* in *Michael Sachs*, GG Kommentar² (München 1999) Rz 16 zu Art 93; S. auch BVerfGE 7, 198 (207); 21, 209 (216).

10 Die sog „Verletzung spezifischen Verfassungsrechts“ (BVerfGE 1, 418; ua), ein durchaus schillernder Begriff.

11 BVerfGE 18, 85 (92f); vgl auch BVerfGE 30, 108; 89, 1 (10); Zu weiteren Formeln, wie der „Schumann Formel“, s. *Gusy*, FN 5, 663–66.

12 *Häberle*, FN 5, 125; *Erichsen*, FN 5 1991, 148 f.

genauer diese.¹³ In diesem Sinne werden etwa, wie oft betont wird,¹⁴ strafrechtliche Eingriffe und Justizgrundrechte im Allgemeinen besonders genau geprüft, wodurch eine „weitreichende und konkrete Auslegungs- wie Pannenkorrektur stattfindet.“¹⁵ Die „Intensitätstheorie“ überzeugt aus pragmatischer Sicht: Wirklich wichtige Fälle und schwere Grundrechtsverletzungen werden korrigiert, während in harmloseren Sachen den Fachgerichten nicht hineingeredet wird. Mindestens ebenso überzeugend sind aber die grundsätzlichen und dogmatischen Argumente dagegen: Leichte Grundrechtsverletzungen werden im Ergebnis den Fachgerichten durchgehen gelassen. Der Wortlaut des GG gibt zu derlei keinen Anlass. Er differenziert nicht nach Intensität des Eingriffs, knüpft daran keine unterschiedlichen Rechtsfolgen.

Eine Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile in Österreich einzuführen ist hoch an der Zeit und die deutsche Variante wäre zumindest diskutabel. Zudem bietet sie umfassenden Schutz gegen alle Maßnahmen staatlicher Gewalt. Die umfangreiche Literatur zu diesem Institut,¹⁶ in der dessen Schwächen und Probleme ausführlich dargelegt werden, böte jedenfalls eine gute Basis für zukünftige Debatten.

Manche in Österreich plagt freilich die – nur mehr historisch zu erklärende – Angst, es würde dadurch mit den drei Höchstgerichten Schluss gemacht und der VfGH zum einzigen Höchstgericht erhoben. Boshaft könnte man entgegenhalten, was denn so schlimm daran wäre, wenn jenes Gericht, das über die Auslegung des höchstrangigen Rechts entscheidet, auch das höchstrangige Gericht wäre. Aber so weit muss es gar nicht kommen. Es würde schon genügen, wenn die bestehenden Defizite ausgeglichen und die drei Höchstgerichte wirklich gleichgestellt würden. Denn derzeit ist der OGH kompetenzmäßig gegenüber dem VfGH bevorzugt. Ersterer entscheidet über die Auslegung von Straf-, Zivil- und Teilen des Verfassungsrechts, doch der VfGH darf in weiten Bereichen nicht über Verfas-

sungsrecht judizieren. Die deutsche Regelung erhellte jedenfalls, dass man keinen Abschied von der Idee mehrerer gleichwertiger Höchstgerichte zu nehmen braucht, um eine lückenlose Individual-Verfassungsbeschwerde einzuführen. Der VfGH wäre nicht das höchste Höchstgericht, sondern nur jenes Höchstgericht, das über ranghöchstes Recht entscheidet.

Neben diesen systematischen Argumenten sollte freilich das Inhaltliche im Mittelpunkt stehen: Nur eine auch gegen Gerichtsurteile zulässige Verfassungsbeschwerde bietet den notwendigen Rechtsschutz, dient der Klärung von Verfassungsfragen und trägt zur Sensibilisierung sowie Bewusstseinsbildung für Grundrechte bei – sowohl in der Allgemeinheit als auch bei juristischen Entscheidungsträgern.¹⁷

Den Vorbehalten zur Gleichstellung des VfGH scheint Moos in seinem vergleichsweise subtileren (auf das Strafrecht bezogenen) Vorschlag Rechnung zu tragen, wonach der VfGH gegebenenfalls die Verfassungswidrigkeit lediglich feststellen soll und das weitere Verfahren sich an § 363a StPO orientiert.¹⁸ Dies illustriert, dass es an Alternativen zum derzeitigen System nicht mangelt. Vielleicht fördern die notwendigen rechtsvergleichenden Forschungen zu diesem Thema ja noch weitere brauchbare Lösungsansätze zu Tage, vielleicht auch solche, die eine Neuregelung ermöglichen, welche jene unseres Nachbarn sogar übertrifft.

Noch lautet für Österreich der traurige Befund: Über Verfassungsfragen entscheidet der Verfassungsgerichtshof, der Oberste Gerichtshof, oder das (Ober)landesgericht. Zu hoffen bleibt, dass auch bei uns bald das Selbstverständliche gilt:

Über Verfassungsfragen entscheidet der Verfassungsgerichtshof der Verfassungsgerichtshof der Verfassungsgerichtshof.

Mag. Eberhart Theuer ist Dozent an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

¹³ Vgl etwa BVerfGE 35, 202 (219); 60, 79 (91); 76, 1 (51); 83, 130 (145); 98, 365 (389); leicht einschränkend BVerfGE 82, 272 (280f).

¹⁴ Häberle, FN 5, 123 f; Erichsen, FN 5 1991, 149; Sturm in Sachs, FN 9, Rz 17 jeweils mwN.

¹⁵ Sturm in Sachs, FN 9, Rz 17 mwN.

¹⁶ Vgl nur die Nachweise bei Gusy, FN 5 und Düwel, FN 8.

¹⁷ Vgl Gusy, FN 5, 644–56.

¹⁸ Also an dem Verfahren, das Platz greift, wenn der EGMR eine Konventionsverletzung durch ein Strafurteil festgestellt hat. Näheres Moos, FN 2, 142–144 u 146.

Zankl

E-Commerce-Gesetz

Kommentar und Handbuch

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

- Umfassende Einleitung und Stellungnahme zu verschiedenen Aspekten elektronischer Informations-, Kommunikations- und Transaktionstechnologien
- Kommentierung des E-Commerce-Gesetzes
- Einführung zu verschiedenen Erscheinungsformen und Querverbindungen des E-Commerce
- Anhang mit Literaturnachweisen und Judikaturexzerpten zum gesamten E-Commerce- und Internetrecht

548 Seiten, broschiert,

€ 72,-, 3-7046-3685-1

Verlag Österreich

vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH
1037 Wien, Rennweg 16

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

Ruhe, Ordnung, Sicherheit?

Andreas Hauer: *Ruhe, Ordnung, Sicherheit. Eine Studie zu den Aufgaben der Polizei in Österreich*. Springer: Wien New York 2000; XX u 493 S geheftet; 68 Euro (935,70 öS), 67 Euro (BRD) ISBN 3-211-83444-3.

Andreas Hauer, a. o. Univ.-Prof. am Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre der Universität Linz, hat in seiner Habilitationsschrift, die offenbar weitgehend unverändert in Buchform erschien, die schwierige Aufgabe unternommen, die Begriffe „Ruhe, Ordnung, Sicherheit“ in der gesamten Rechtsordnung aufzuspüren und auszuloten. Ohne die spezifischen Zusammenhänge, in denen diese Begriffe stehen zu vernachlässigen, ist ihm an einer Typologisierung, einem Entwickeln einer allgemeinen Auslegung gelegen.

Damit zählt das Buch neben *Ewald Wiederin*, Einführung in das Sicherheitspolizeirecht (1998), *Reinhard Moos*, Polizei und Strafprozess (2000) und *Andreas Hauer/Rudolf Keplinger*, SPG Kommentar² (2001) zu jenen vier Ausnahmewerken österreichischer Rechtsliteratur, die sich umfassend mit Polizeirecht beschäftigen. Über Polizeirecht geht die Arbeit allerdings nicht nur begrifflich hinaus: Grundlegende Fragen des Rechtsstaates werden behandelt, die Aufnahme in die Buchreihe „Forschungen aus Staat und Recht“ (Bd 131) ist somit mehr als gerechtfertigt.

Wer sich unter den Schlagworten „Ruhe, Ordnung, Sicherheit“ eine rechtspolitische Kritik des österreichischen Staates in diese Richtung erwartet, wird indes enttäuscht. Allein dogmatischen Fragestellungen ist Hauers Buch gewidmet. Warnungen vor den Gefahren des Polizeistaats, der stets aufs Neue vor der Tür des Rechtsstaates steht, sucht man hier vergebens. Im Gegenteil: Fast schon politisch unkorrekt scheinen Hauers Einlassungen zur semantischen Bedeutung des Begriffs „Polizeistaat“ (402–6), den er als missverständlich zu entlarven versucht. Mag die begrifflich-semantische Analyse Hauers durchaus nachvollziehbar sein, so gewinnt der Leser doch den

Eindruck, als könne sich der Autor mit dem Gedanken schlecht anfreunden, dass der Terminus „Polizei“ in semantischer Verschmelzung mit dem „Staat“ zu einer derart negativen Konnotation führt.

Der formale Aufbau des Buches – in VIII Hauptstücke gegliedert – ist übersichtlich und eingängig. Werden anfangs die verschiedenen Zusammenhänge, in denen Ruhe, Ordnung und Sicherheit vorkommen, betrachtet (Hauptstück I) und erste Näherungen an die Wortbedeutung unternommen (Hauptstück II), so liefert das III. Hauptstück die wesentliche historische Grundlegung für die weitere Untersuchung. Diese gliedert sich im Folgenden in vier Teilbereiche: Ruhe, Ordnung und Sicherheit als Kompetenztatbestände (Hauptstück IV); als Grundrechtsvorbehalte (Hauptstück V); als Polizeivorbehalte im Europarecht (Hauptstück VI) und im Verwaltungsrecht (Hauptstück VII). Abschließend werden noch Überlegungen zum Polizeibegriff und – bereits erwähnt – zur Begrifflichkeit des Polizeistaates angestellt (VIII). In Anhang I finden sich der Erlass über die Grundzüge und jener über den Wirkungsbereich der Polizeibehörden aus dem Jahre 1850 respektive 1851 abgedruckt, Anhang II bringt die Verordnung zur Einrichtung einer Bundespolizeibehörde in Linz aus 1927 (BGBl 96).

Das umfangreiche Schrifttumsverzeichnis am Ende des Buches nennt, neben den üblichen bibliographischen Angaben, erfreulicherweise nicht nur den Verlag (bei ausländischer Literatur durchaus hilfreich), sondern auch den Vornamen des Autors – oder jenen der Autorin, wie erst dann ersichtlich wird. Ein ausführlicher Index beschließt das Werk.

Eine Wohltat für den Leser, der eine lange, manchmal fordernde, aber auch

schöne Wanderung durch die Seiten des Buches beendet hat, ist die Zusammenfassung: So wie die lohnende Aussicht vom Gipfel aus den zurückgelegten Weg ins Blickfeld rückt, bringt Hauer abstract die wichtigsten Thesen und Ergebnisse der Untersuchung auf engem Raum.

Dass sich Hauer auch mit den Polizeivorbehalten des Europarechts beschäftigt (279–292) ist kennzeichnend für den umfassenden Ansatz der Untersuchung, der, für einen Öffentlichrechtler nicht immer selbstverständlich, auch strafrechtliche Zusammenhänge einbezieht. Das Schwergewicht liegt aber auf den Themen Kompetenzverteilung und Verwaltungsrecht.

Hauer weist nach, dass Ruhe, Ordnung und Sicherheit in dieser Dreierkombination weit weniger häufig im gesetzten Recht vorkommen, als die Begriffe einzeln oder paarweise (Ruhe und Ordnung; Ordnung und Sicherheit, etc.). Dies ist ihm Argument dafür, der klassisch erscheinenden Begriffstrias grundsätzlich keinen von der Wortbedeutung losgelöstem Inhalt zuzusprechen, sondern vielmehr jeden Begriff einzeln zu ermitteln. „Die Gesamtbedeutung der Begriffshäufung ‚Ruhe, Ordnung und Sicherheit‘ ergibt sich so dann von selbst“ (36).

Durch eine verstehende „Zusammenschau von gesicherten Detailauslegungsergebnissen zu den Polizeibegriffen in verschiedensten konkreten Regelungszusammenhängen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der – vorderhand bloß einzelfallbezogenen – Thesen der Rechtsprechung und der ebenso punktuellen und verstreuten . . . Literaturmeinungen“ (37) kommt Hauer zu „Standarddefinitionen“ von Ruhe, Ordnung und Sicherheit (39–41)¹ und nimmt damit vorweg, was sich dem Leser argumentativ erst in nachfolgenden Kapiteln (v. a. II, III, IV u VII) erschließen wird. Dies hat insofern seine Berechtigung, als der Leser frühzeitig informiert ist, worum es geht.

Öffentliche Sicherheit sei, so Hauer, die Sicherheit des Menschen, seines Lebens, seiner körperlichen Integrität, Gesundheit und Ehre, sowie seiner Sachgüter und die Sicherheit des Staates, mitunter auch der gesamten (öffentlich-rechtlichen) Rechtsordnung (39). „Öf-

¹ Die methodologische Vorgehensweise wird beispielhaft in FN 253 (37) illustriert.

fentliche Ordnung kann einmal ein Inbegriff ungeschriebener, gleichwohl rechtlich relevanter Regeln sein⁴. Jener Regeln, „deren Beachtung nach allgemeiner Auffassung unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen ist“², wobei der Gesetzgeber die Ordnung manchmal „einschränkend auf bestimmte Lebenszusammenhänge“ (zB Gericht, Gasthaus) bezieht (40). Daneben kann aber auch die „geschriebene“ öffentlich-rechtliche Rechtsordnung³, insofern sie nicht bereits Teil der öffentlichen Sicherheit ist“ gemeint sein, oder auch beide der Ordnungen zusammen. Somit erfährt die Ordnung drei Standardbedeutungen, während die Sicherheit nur in zwei Varianten auftritt. Der Ruhe billigt Hauer keinen über die anderen zwei Begriffe hinausgehenden Inhalt zu (40 f).

Diese Standardbedeutungen seien grundsätzlich anzuwenden und nur dann zu modifizieren, wenn gute Argumente dafür sprechen (38).

Hinsichtlich Ruhe, Ordnung und Sicherheit als Kompetenztatbestände sieht Hauer aufgrund der spezifischen Systematik eine gesonderte Begrifflichkeit angezeigt. Überzeugend legt er dar, dass sich die bisherige Lehre zu sehr an den Kompetenzbegriffen orientierte, wenn es um die Auslegung der Polizeitrias im Verwaltungsrecht ging (298–303).

In Bereichen außerhalb der Kompetenzartikel zieht Hauer eine Abweichung von der Standardbedeutung gar nicht erst ernsthaft in Erwägung, sondern weist dahingehende Argumente als rechtspolitisch motiviert zurück.⁴ Dies, verbunden mit dem recht umfassenden Verständnis der Standarddefinition von Ruhe, Ordnung und Sicherheit führt, wie Hauer selbst am Beispiel des Staatsbürgerschaftsrechts demonstriert, zu einem recht konservativen Ergebnis, das aber insofern zeitgemäß ist. So wäre nach Hauers Ansicht die

Gefahr des Verstoßes gegen welche Verwaltungsnorm auch immer (und sei es das Parkometergesetz) ausreichend, die Einbürgerung gem § 10 Abs 1 Z 6 StbG zu versagen (305–15).⁵

Die Vernachlässigung vornehmlich teleologischer Aspekte, die gegen eine Standardbedeutung der drei behandelten Begriffe sprechen könnten, hat dann auch in anderen Bereichen zumindest rechtspolitisch ein wenig skurril anmutende Folgen: Der Assistenzinsatz des Bundesheeres könnte nach Hauer etwa gegebenfalls ebenso zu Parkplatzüberwachung, oder für die Einhaltung von Naturschutzbestimmungen (ein von Hauer selbst gewähltes Beispiel) herangezogen werden (358–361).

Auch der Anwendungsbereich des § 126 StGB wird durch Hauers Sicherheitsbegriff (im Einklang mit der neueren Judikatur des OGH) ausgeweitet: Gitter von Tiergärten (Schutz vor gefährlichen Tieren), selbst Straßenlaternen fallen darunter, letztere dienen immerhin der Sicherheit des Verkehrs sowie der „Kriminalitätsvorsorge im weiteren Sinne“ (263–264). Die Begründung dieser Auslegung ist äußerst überzeugend vorgebracht, und man muss ihr zugute halten, dass für sie auch der Gesetzeszweck spricht, wie Hauer selbst erwähnt (364). Sie wird sicher ihren Niederschlag in zukünftigen Publikationen finden.

Ähnliche Überlegungen, wie die zur Polizeitrias angestellten, leiten Hauer auch bei der näheren Determinierung der Begriffe „Sicherheitspolizei“ (229–237). Auch hier wird einer einschränkenden, kompetenzorientierten Interpretation, sowie den heute üblichen Zuordnungen „allgemeine Sicherheitspolizei – Verwaltungspolizei“ eine Absage erteilt und ein umfassendes Begriffsverständnis propagiert. Sicherheitspolizei sei „allgemeine Sicherheitspolizei“ einschließlich Verwaltungspolizei, Verwaltungspolizei nichts anderes als spezielle Sicherheitspolizei, nämlich

die Sicherheitspolizeien der besonderen Verwaltungsgebiete (231). Für die Auslegung der Gesetzestermini „Sicherheitspolizei“ respektive „sicherheitspolizeilich“ sei bei Normen älteren Datums eher von der umfassenden, bei neueren Gesetzen von der kompetenzgeleiteten Bedeutung auszugehen (391 f).

Hauers Werk beeindruckt durch die gelungene Symbiose allgemeiner und spezieller Dogmatik, die Fülle der verarbeiteten Normen und die Gabe, Pfade durch das Dickicht zu weisen. Der umfangreiche Fußnotenapparat ist hier hilfreich. Da er nicht bloß Belegstellen, sondern auch interessante Ausführungen enthält, ist seine Lektüre dem Leser nachdrücklich anzuraten. Die drei Früchte, die Hauer der Rechtswissenschaft durch sein Werk im Vorwort verheißt – bessere Auslegung im Einzelfall, Einordnung des Details im Ganzen und die Chance auf eine klarere Gesetzesprache – hat es sicherlich getragen. Hauer versteht es, die schillernen Begriffe der Polizeitrias auszulegen, als wäre ihre Bedeutung nie zweifelhaft gewesen.⁶

Darüber hinaus ist das Buch in ansprechendem, elegantem Stil geschrieben – nicht eben häufig bei juristischer Prosa – der auch schöne alte Wörter wie „dünnen“ und „lucide“ trägt. Nicht zuletzt diesem Stil ist es zu verdanken, dass der Leser das Interesse nie verliert.

Schade nur, dass die Steuerzahler, denen der Autor für die Ruhe, Ordnung und Sicherheit dankt, in der er die Arbeit verfassen konnte, sich das ihnen zugedachte Buch zumeist nicht werden leisten können – mittlerweile rund 936 öS –, von der nicht Steuer, aber neuerdings „Gebühren“ zahlenden Gruppe der Studenten ganz abgesehen.⁶

Allen an innerer Verwaltung, allen an Grundfragen des Polizeirechts Interessierten sei Hauers Werk empfohlen.

Eberhart Theuer

2 Im Original kursiv. Vgl auch 382 f u hinsichtlich „Sonderordnungen“ 387–90.

3 Im Original kursiv.

4 Vgl zB 360 f, insb FN 380.

5 Immerhin kommt er für das Fremdenrecht wegen Art 8 MRK zu einem anderen Ergebnis, ohne aber

eine Einschränkung seiner gewählten Interpretation der Polizeitrias zu akzeptieren (330–37; zur aktuellen Rechtslage FN 48, 332).

6 Im Jahr 2000 lag der Preis noch um über 100 öS niedriger. Dann wurde, offenbar anlässlich der Euro-Umstellung, erhöht.

Eine sprachwissenschaftliche Intervention

Eine Rezension zu A. Pollak/R. Wodak: *Der ausgebliebene Skandal. Diskurshistorische Untersuchung eines Wiener Gerichtsurteils* (Czernin Verlag, Wien 2001, 160 Seiten, 15 Euro)

„Ein Rechtsfall, ein Richter, ein Urteil – und kein Skandal. Auf den ersten Blick ist das nicht der Stoff, aus dem spannende Geschichten gemacht werden. Der Eindruck täuscht. Das Thema des Rechtsstreites ist ein heißes: Es geht um die Definition dessen, was ‚typisch nationalsozialistisch‘ ist und in diesem Zusammenhang um die Frage, inwieweit Rassismus, Xenophobie und Biologismus wesentliche Bestandteile des Nationalsozialismus darstellen. Hinzu kommt: Der über den vorliegenden Rechtsfall entscheidende Richter Ernest Maurer ist weder unbekannt, noch unbestritten und der von ihm gefällte Urteilsspruch inhaltlich und argumentativ brisant. Mehr noch: Das erstaunliche am vorliegenden Fall ist gerade die Tatsache, dass es nie in der breiteren Öffentlichkeit diskutiert wurde.“, so der Einleitungstext zum Buch „Der ausgebliebene Skandal“.

Die Sprachwissenschaftler Alexander Pollak und Ruth Wodak untersuchen mithilfe eines diskursanalytischen Methodeninstrumentariums, ob aus Inhalt, Argumentation und Terminologie einer Urteilsbegründung Hinweise auf eine mögliche politisch-ideologische Befangenheit des FP-nahen Medienrichters Ernest Maurer abzuleiten sind. Sie betonen, dass es nicht Ziel ihres Gutachtens sei, spezifische juristische Erkenntnisse über das untersuchte Urteil zu fördern, es solle vielmehr eine rein sprachwissenschaftliche Expertise

eines Urteilstextes von Ernest Maurer vorgenommen werden. Um nicht dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, in ein laufendes Verfahren zu intervenieren, wurde dabei auf eine länger zurückliegende Entscheidung Maurers zurückgegriffen: 1986 wurden auf dem Bundeskongress der Vereinten Grünen Österreichs (VGÖ) Flugblätter verteilt, in denen einem Funktionär vorgeworfen wurde, er pflege die Tradition von anno nazimal und trete für Rassenreinheit, Erbgesundheit und gegen die Integration von Ausländern ein. Der Betroffene fühlte sich dadurch in seiner Ehre verletzt. Mit dem im Buch untersuchten Urteil wurde dem Klagebegehren teilweise stattgegeben. Es hätte wohl nicht des vorliegenden Gutachtens bedurft, um bei einigen Passagen der von Ernest Maurer verfassten Gerichtsentscheidung stutzig zu werden: „Das Eintreten für Rassenreinheit, Erbgesundheit und gegen die Integration von Ausländern ist per se betrachtet nicht ehrenrührig“ so der Richter in seiner Urteilsbegründung.

Die Analyse von Pollak und Wodak über den Urteilstext lässt an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig: Zu erkennen sei eine „Verharmlosung von rassistischen und biologistischen Theorien“ und eine „positive Beurteilung von Aspekten der NS-Zeit durch Richter Maurer“, so die Autoren. Sie kommen zum Ergebnis, dass Ernest Maurer in der untersuchten Urteilsbegründung

nicht jene politische und ideologische Unbefangenheit und im Speziellen nicht jene Distanz zu NS-Ideologemen aufweise, die von einem Richter, der sich mit politischen Fragen auseinandersetzt, zu erwarten sei.

Die linguistische Analyse eines Gerichtsurteils stellt in Österreich eine mehr als ungewöhnliche Vorgangsweise dar. Auch wenn die Arbeit von Pollak und Wodak durch ihre strenge Wissenschaftlichkeit besticht, bleibt – zumindest beim juristischen – Leser ein schaler Beigeschmack. Denn es steht außer Frage, dass das vorliegende Gutachten eine Art sprachwissenschaftliche Intervention in den Bereich der Gerichtsbarkeit darstellt, zumal der Auftrag zu dieser Arbeit durch den SPÖ-Abgeordneten Jarolim zweifellos auch politisch motiviert war. Das mag gerade angesichts der Erfahrungen rund um die zuletzt geführte VfGH-Debatte nicht unproblematisch sein. Die Österreichische Richtervereinigung regierte unter anderem wohl auch aus diesem Grund äußerst kritisch auf das Gutachten. Die Grenzziehung zwischen einer Vorgangsweise, die darauf abzielt, in laufende Verfahren einzugreifen und Druck auf Richter und Staatsanwälte auszuüben, und einem begründeten Hinterfragen bestimmter gerichtlicher Vorgangsweisen oder Personen ist nicht immer leicht vorzunehmen. Dennoch ist die Gerichtsbarkeit Teil und Ausdruck eines gesamtgesellschaftlichen Systems und muss somit auch zum Gegenstand einer begründeten und fundierten öffentlichen Erörterung gemacht werden. Und für diesen Diskurs stellt das Buch „Der ausgebliebene Skandal“ gerade für Juristen einen, wenn auch streitbaren, so doch sehr interessanten und zum Nachdenken anregenden Beitrag dar.

Christoph Welser

Chop sui generis¹

Marianne Schulze

Hong Kong ist von Großbritannien an China zurückgegeben worden. FALSCH. Hong Kong ist eine chinesische Stadt. FALSCH. Hong Kong ist in den Schoß der Mutter China zurückgekehrt. FALSCH.

Den Status dieser vormals britischen Kronkolonie (RICHTIG!) zu definieren ist nicht nur schwer, es scheint fast unmöglich. Letzteres vor allem dann, wenn man vor Ort mit Menschen der verschiedensten politischen Richtungen das Gespräch über die Zeit „davor“ und „danach“ sucht. Da meint dann ein hochrangiger Mitarbeiter eines Ministeriums – von dem man selbstverständlich eine Pro-China Einstellung erwartet – plötzlich, dass Hong Kong von China getrennt zu sehen sei. Ein anderer Gesprächspartner – der sehr welt-offen und moderat wirkt – braust überraschend auf, weil man doch nicht behaupten könnte, dass Hong Kong jemals „britisch“ gewesen wäre. Wie also soll man Hong Kong – möglichst politisch korrekt – umschreiben?

Chop sui generis ist wohl die treffendste Bezeichnung für diese kapitalistische, englisch beeinflusste, aber undemokratische, absolut unchinesische Stadt im kommunistischen China. *Sui generis* ist nicht nur die Bevölkerung dieser fernöstlichen Metropole, *sui generis* ist auch der Mietvertrag, der am 30. Juni 1997 ablief und die Rückgabe des Landes aus britischer in chinesische Herrschaft erforderlich machte. Die Interpretation des Mietvertrags – und vor allem der Modus der Übergabe des „Bestandobjekts“ – hat nicht nur die Mieter und Vermieter (je nach Sichtweise Großbritannien bzw. China) zu speienden Diplomatie-Drachen mutieren lassen. Es hat auch und vor allem die Bevölkerung der Region in Unruhe versetzt. Wobei hier nicht so sehr an jene Personen gedacht ist, die die weltweit höchste Dichte an Rolls Royce möglich machen, sondern an jene ca. 4 Millionen Menschen, die aus vielerlei Gründen aus China kommend in

Hong Kong Zuflucht gefunden haben, manche zum Beispiel vor Chinas Kulturrevolution (1966–69). Ihre Ängste blieben vielfach ungehört, als sich die Bevölkerung im Gefolge der 1984 abgeschlossenen *Joint Declaration (JD)* zwischen China und Großbritannien auf „die Übergabe“ politisch wie mental vorzubereiten begann.

Ein Journalist hat die Schwierigkeiten der Übergabe mit einem Vergleich umrissen: „es ist, als ob man Microsoft mit Apple fusioniert und man gibt dir fünf Jahre, bis alles perfekt funktionieren muss“. China hat in der JD zugesagt, die Grundstrukturen Hong Kongs 50 Jahre zu erhalten. In dieser Zeit wird Hong Kong eine spezielle Sonderverwaltungszone bleiben und „ein hohes Maß an Autonomie“ genießen. Bereits vor dem Abschluss der JD hatte Deng Xiaoping den „großen Plan“ vorgegeben: „ein Land – zwei Systeme“. Das Konzept, das weitestgehende Autonomie nach Innen garantieren soll, während die Außenpolitik fest in der Hand der chinesischen Führung liegt, hat in der Phase vor dem 30. Juni 1997 geradezu mystische Bedeutung erlangt: OptimistInnen wie PessimistInnen haben es für ihre Zwecke verwendet. Unter heftigem diplomatischem Tauziehen wurde die JD in ein „Grundgesetz“ (*Basic Law*), auch „Miniverfassung“ genannt, gegossen, welches den BewohnerInnen Hong Kongs jenes Maß an Kontinuität erhalten soll, das notwendig erscheint, wenn eine Gemeinschaft westlicher Prägung in eine Gemeinschaft kommunistisch-chinesischer Prägung eingegliedert werden soll.

Obwohl Hong Kong sehr westlich war und ist, so ist es keinesfalls westlich-demokratisch. Die Kolonialherren (sämtliche Gouverneure waren Männer!) haben – wie sie auch in Einzelfällen selbstkritisch feststellen – die Einführung von Demokratie, vor allem von Direktwahlen, verabsäumt. Die Gründe dafür sind mannigfaltig, liegen aber vor

allem in faktischen – politischen und sozialen – Problemen, wie einer stetigen Flut von Flüchtlingen, mit deren Versorgung die Regierung alle Hände voll zu tun hatte. Im Vorfeld der Übergabe hat vor allem der letzte britische Gouverneur, Christopher Patten, versucht, Hong Kong demokratischere Strukturen zu verleihen. Er ist bei diesem Versuch nicht nur am zähen Widerstand der Führung in Beijing gescheitert. Die Menschen in Hong Kong kennen Wahlen und all das Brimborium nicht und empfinden es als irritierend bis störend. Im Vordergrund steht für sie die eigene Freiheit und die Möglichkeit – wirtschaftlich – vorwärts zu kommen. „As long as you can make money“ – solange ist nach ihrem Dafürhalten die Welt in Ordnung. Die persönliche Freiheit ist den Menschen enorm wichtig, sie wird jedoch strikt von demokratischen Instrumenten getrennt.

Umgekehrt kann man nicht behaupten, dass die Bevölkerung überhaupt kein Interesse an den politischen Vorgängen rundherum hätte. Im Gefolge der Niederschlagung der Studentenproteste am Platz des himmlischen Friedens 1989 kam es zu großen Demonstrationen in Hong Kong. Auch der Beschluss des *Basic Law* durch den chinesischen Volkskongress wurde von Protesten begleitet, in denen sich die Sorge um die Grundfreiheiten widerspiegelte. Das Medium für Meinungsäußerung ist in Hong Kong das Radio – es gibt zahllose Stationen mit „call in Programmen“ bei denen die Hörerinnen und Hörer anrufen und ihre Ansichten darlegen. Nach Meinung von Politikwissenschaftlern kann die Bedeutung dieser Einrichtung gar nicht hoch genug eingeschätzt werden.

(S)election

Der Legislativrat für Hong Kong setzt sich aus 20 direkt gewählten, 30 durch Standesorganisationen gewählten und 10 durch Wahlausschuss bestimmten Mitgliedern zusammen.² Der „Chief Executive“, derzeit Tung Chee-hwa, wird von 800 Personen, überwiegend Standesvertretern, (aus)gewählt. Wie man den jüngsten Berichten³ entnehmen kann, ist die Wieder(aus)wahl von Tung Chee-hwa so gut wie fix. Tung, Ei-

¹ Dieser Erfahrungsbericht entstand nach einem Praktikum beim Hong Kong Human Rights Monitor im Sommer 2001, der vor allem der

Erstellung eines Berichts über Religionsfreiheit gewidmet war. Die Bezeichnung „chop sui generis“ ist dem Buch „East and West“ des letzten

britischen Gouverneurs für Hong Kong, Christopher Patten, entnommen.

² Annex II of the Basic Law.

³ Anstatt vieler: „The people's choice“, *The Economist*, 22.12.2001, 74.

gentümer einer Reederei, hatte, nachdem er in wirtschaftliche Turbulenzen geschlittert war, von chinesischer Seite großzügige wirtschaftliche Unterstützung erfahren. Er ist in Hong Kong äußerst unpopulär, da er zu wenig Profil zeigt und als zu Beijing-orientiert gilt. Die chinesische Führung ist sich dieses Mankos durchaus bewusst; im Spätsommer gab es sogar kurzzeitige Versuche, Tungs Ablöse vorzubereiten. Schlussendlich wird Tung jedoch „wiederbestellt“ werden, da sein vorzeitiger Abgang bedeuten würde, dass er von vornherein eine Fehlbesetzung war – ein Eindruck, der von der Führung in Beijing, schon allein um das Gesicht zu wahren, vermieden werden muss.

Semi-Autonomie

Wie hat sich also das große Schreckgespenst der chinesischen Herrschaft in Hong Kong nach 1997 entwickelt? Es ist zwar nicht gespenstisch ruhig geworden, aber es spukt um einiges weniger, als gemeinhin befürchtet worden war. Die Semi-Autonomie hat ihren ersten großen Testfall im vergangenen Jahr erlebt. Die buddhistisch- taoistische Sekte „Falun Gong“ wurde im Juli 1999 in China wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung verboten. Zuvor hatten sich über 10.000 AnhängerInnen von Falun Gong in unmittelbarer Nähe der Privatresidenzen der chinesischen Führung einen Tag lang hingesetzt und – nichts getan, außer still gegen die Verhaftung von „führenden Falun Gong Praktizierenden“ (laut Falun Gong gibt es innerhalb der „Bewegung“ keine Hierarchie) zu protestieren. Die historischen Tatsachen – chinesische Regime sind schon mehrmals von religiösen Kleingruppen überworfene worden – und die Tatsache, dass Falun Gong damals nach Schätzungen mehr als doppelt so viele Mitglieder hatte wie die Kommunistische Partei Chinas, haben die chinesische Führung in Alarmbereitschaft versetzt.

Während in China die gnadenlose Verfolgung der Falun Gong ihren Lauf nahm, verhielt sich die Regierung in Hong Kong zunächst sehr ruhig. Ende 1999 wurde jedoch bekannt, dass es Falun Gong unmöglich gemacht worden war, die im Eigentum der Regierung befindliche Stadthalle anzumie-

ten. In einer Fragestunde im Legislativrat wurde dann der Chief Executive am 8. Februar 2000 zu den Vorfällen befragt. Der meinte, dass Falun Gong den „Wesenszug eines teuflischen Kults“ habe.⁴ Da sich die Falun Gong AnhängerInnen in Hong Kong nichts zuschulden kommen lassen hatten, war der Vorwurf, dass die Politik zu stark nach Beijing ausgerichtet ist, bestätigt.

Chinese screw

Die Verfolgung der Falun Gong AnhängerInnen weckt für jene, die vor der Kulturrevolution geflüchtet sind, lang verdrängte Albträume auf. Die chinesische Interpretation von Rechtsstaatlichkeit, die als Schraubenzwinge umschrieben wird, wird allzu deutlich: Drakonische Strafen werden über Nacht eingeführt, um die Fehlgeleiteten wieder auf den rechten Weg zu führen. Es herrscht „rule by law“ anstatt „rule of law“. Gleichzeitig werden die Gesetze so scharf formuliert, dass man nachher ein wenig milder sein kann, um dann zu behaupten, dass alles „eh nicht so harsch exekutiert wird“. Falun Gong zeigt jedoch nicht nur diese Facette Chinas deutlich auf, es ist auch ein Exempel für die Inhaltsleere Chinas. Denn Falun Gong ist alles, was das moderne China nicht ist: keine Korruption, keine „Marktorientierung“ und trotzdem viel (spiritueller) Inhalt. Die Frage, was nach Marx und Lenin kommt, wird ja von der Führung beharrlich umgangen.

Auch wenn Falun Gong als großes Menschenrechtsthema entdeckt worden ist, so sollte man sich davor hüten, dies als Chinas größte Sorge zu sehen. Da gibt es unzählige Dörfer, in denen Menschen ohne jegliche medizinische oder sonstige Betreuung an Aids sterben. Ihr einziger „Schutz“ ist eine Militärsperre vor dem Dorf – um lästige JournalistInnen vom Eindringen abzuhalten. Die Zahl der Erkrankten kann nur schwer geschätzt werden, Tatsache ist, dass die Hygiene bei Blutabnahmen jahrelang völlig vernachlässigt worden ist.

Die Wasserprobleme Chinas wurden und werden mit der Errichtung von Staudämmen unter Kontrolle gebracht, die tausende Menschen zum Umzug zwingen – in Gebiete, in denen es im

Schnitt über 40° Celsius hat und ein „normales“ Leben fast unmöglich wird.

Kapitalismus

Während am Festland also mit diesen Katastrophen gekämpft wird, bleiben die Menschen in Hong Kong ihrem Ziel treu und das lautet „make money“. Ein nicht unwesentlicher Faktor im Streben nach Geld ist das Prinzip von Konfuzius „Menschen glücklich zu machen und Menschen aus dem Ausland anzu ziehen“. Das Ausland wird dabei vor allem als Wirtschaftsfaktor gesehen und die Einhaltung der Menschenrechte dient weniger den Menschen in Hong Kong als dem Wirtschaftsstandort. „Selbstverständlich gibt es Religionsfreiheit und all die anderen Menschenrechte, Hong Kong würde sonst seinen Ruf als Wirtschaftsmetropole verlieren“, meint ein Vertreter der Regierung. Der Hinweis, dass nur ein Bruchteil der Bevölkerung (es sind wahrscheinlich nicht mehr als 10%) mit dem großen „Moneybusiness“ beschäftigt ist, wird mit viel Erstaunen gehört, es wird einem sogar zugebilligt, dass das Argument „Religionsfreiheit zur Sicherung des Wirtschaftsstandortes“ für den überwiegenden Teil der Bevölkerung keine Bedeutung hat.

Alltagsleben

Der Großteil der Bevölkerung Hong Kongs möchte „weiter kommen“. Die Menschen arbeiten schwer und viel, vor allem jene, die ihren Kindern eine gute Ausbildung, d. h. Internat in Großbritannien und College in Übersee, finanzieren wollen. Die Betreuung der Kinder wird in vielen Fällen von philippinischen Frauen übernommen. Mehr als 200.000 arbeiten für schlechte Bezahlung und wenig Rechte in Hong Kong Haushalten. Am Sonntag haben sie frei und prägen das Stadtbild – Straßen werden abgesperrt und man trifft sich – auf Pappkartons sitzend – zum Plausch mit Freundinnen.⁵ Die Philippinas stellen die größte Minderheit Hong Kongs dar und werden durchwegs respektiert. Die Frage, ob Menschen in Hong Kong rassistischer sind als anderswo, wird von Neuankömmlingen regelmäßig gestellt, wenn man in Geschäften nie drankommt oder sonst harsch behandelt wird. „Nein“, lautet

4 Legislative Council, Official Record of Proceedings, page 3109, <http://www.legco.gov.hk>.

5 S dazu auch: „An anthropology of happiness“ – The Filipina sisterhood, The Economist, 22.12.2001, 70.

die deutliche Antwort, auch wenn das manchmal schwer nachzuvollziehen ist. Die Chinesen sind zum einen unglaublich zurückhaltend und haben zum anderen kaum Möglichkeiten, sich mit „Fremden“ auseinander zu setzen. Dadurch entsteht eine Ignoranz, die Fremde als ausgrenzend und bisweilen diskriminierend empfinden. Ein Erzkommunist bildete die Ausnahme, da er meinte, dass gewisse Dinge nur Menschen mit gelber Hautfarbe und dunklen Augen verstehen können – er hatte sich auf die Verfolgung von katholischen Priestern in China bezogen.

Taifunerfahrung

Wenn in den Eingangshallen der großen Büro- und Geschäftshäuser weiße Tafeln stehen, dann sind diese zu beachten. Zumeist steht eine Zahl drauf und darüber steht „Taifun Warnung Nummer . . .“. Im Büro angelangt wird einem jede Menge Arbeit mit auf den Weg nach Hause gegeben und empfohlen, Vorräte für mindestens drei Tage einzukaufen. Das tut man dann geflissentlich und fährt heim. Da die Mietpreise in Hong Kong exorbitant hoch sind, wohnt man auf einer „billigen Insel“ und spürt auf der Fähre bereits die Vorboten des sich ankündigenden Taifuns. Zuhause angekommen ist der Fernseher die Ultimative Informationsquelle: im Eck des Bildschirms wird die Taifunwarnstufe angezeigt. Mit viel Wasser und Wind geht ein Taifun in ein bis zwei Tagen vorbei, während die Region zum Stillstand kommt. Sollte der Taifun durch Zufall an einem Freitagnachmittag enden, so stört das in Hong Kong niemanden, zur Besprechung um 17:00 sind alle vollzählig anwesend – durchgerüttelt von der Fähre und durchnässt, aber das ist egal, Hauptsache es kann gearbeitet werden.

In Hong Kong lernt man, dass Menschenrechte und Demokratie trennbar sind und es im Grunde nur darum geht, ob man „für“ oder „gegen“ China ist. Man lernt auch, dass Kröten vor der Tür, Echsen im Waschbecken und Wanzen in den Wänden eine Selbstverständlichkeit sind. Im Übrigen gibt man Christopher Patten Recht: Hong Kong ist *Chop sui generis* – und das sagt man nicht nur, weil Pattens Lieblingsbäckerei direkt neben dem Menschenrechtsbüro angesiedelt ist.

Marianne Schulze ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.

Sommerkurs Humanitäres Völkerrecht

Michael Waibel

Im Juli 2001 nahm ich am XIX. Warsaw Summer Course On International Humanitarian Law teil. Seit 1981 wird dieses Seminar gemeinsam vom IKRK und dem Polnischen Roten Kreuz veranstaltet (mit Unterbrechungen wegen der Verhängung des Kriegsrechts 1982 und 1983). Während des Kalten Krieges war es der ideale Ort für ein Treffen junger Juristen aus Nordamerika und Europa. 2001 waren 39 ausgewählte Teilnehmer aus 27 verschiedenen Nationen dabei. Von bekannten Völkerrechts-Professoren und engagierten Delegierten des IKRK wurden wir umfassend in das humanitäre Völkerrecht eingeführt. Das tägliche Programm umfasste jeweils drei Stunden am Vor- und Nachmittag, wobei jede Unterrichtseinheit aus einem Vorlesungsteil, einer Fallstudie in Gruppen und einer Diskussion bestand. Dabei deckten wir ein breites Spektrum an Themen ab, zum Beispiel: Schutz von Zivilisten, nicht-internationale bewaffnete Konflikte, Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht, Flüchtlinge und bewaffnete Konflikte. Jeder Vortragende nahm sich – oftmals auch nach Abschluss des offiziellen Teils – Zeit, um auf die Fragen der Studierenden einzugehen. Auch außerhalb des Klassenzimmers haben wir viel voneinander gelernt und zwölf Tage in einer sehr internationalen Atmosphäre genossen. Das akademische Programm wurde durch verschiedene Exkursionen abgerundet (Warschau, Konzentrationslager Majdanek).

Am Ende war der Abschied nicht leicht. Jede(r) einzelne von uns hat schöne Erinnerungen und einiges an Wissen mit nach Hause genommen. Im normalen Studienbetrieb wird dieses faszinierende Gebiet zwangsläufig oft nur gestreift. Wer sich intensiver mit humanitärem Völkerrecht beschäftigen möchte, dem kann ich diesen Sommerkurs besonders empfehlen!

Even Wars have Limits

Fundamental Principles of International Humanitarian Law

International Humanitarian Law (IHL) is a set of norms applicable in times of armed conflict designed to protect people who are not, or no longer, participating in hostilities, as well as to limit the means and methods of warfare.¹ It is part of public international law and divides into two branches: (i) *Geneva Law* (Red Cross Law), which aims at protecting the defenseless and (ii) *Hague Law*, which establishes limits to the conduct of military operations. Another important distinction exists between *jus in bello* and *jus ad bellum*: Whereas IHL as *jus in bello* seeks to mitigate suffering by ensuring a minimum humanitarian standard, *jus ad bellum* addresses the legality of military action under international law. IHL is “realistic” law, as it “makes no claim that it can put an end to the scourge of war”

(Jean Pictet). Instead, IHL seeks to provide adequate solutions when humanitarian exigencies and military objectives clash. It aspires to guarantee the survival and protection of human dignity even in times of war.

The precursors of present-day IHL existed in many cultures and typically originated in religious values and military philosophies or major literary works (e. g. Sun Tsu: *The Art of War*). Some ideas of IHL already flourished in the Medieval Ages (principle of chivalry). Two men played an essential role in the development of contemporary humanitarian law: Henry Dunant (*A Memory of Solferino*) and General Dufour, chairperson of the 1864 Diplomatic Conference which adopted the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in

¹ Cf. “International rules, established by treaties or custom, which are specifically intended to solve humanitarian problems directly arising from internation-

al or non-international armed conflicts and which, for humanitarian reasons, limit the right of parties to a conflict to use the methods and means of warfare

of their choice or protect persons and property that are, or may be, affected by conflict.” (ICRC).

the Field. Another important step forward was the *Lieber Code*, a warfare manual during the American Civil War. In recent decades, human rights and the changing nature of armed conflicts have had a profound impact on IHL.²

Sources of International Humanitarian Law

The international community responded to WW II, above all to its disastrous effects on civilians,³ by amending IHL treaties. The Four Geneva Conventions [GCs] were adopted in 1949: I. Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, II. Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, III. Treatment of Prisoners of War; IV. Protection of Civilian Persons in time of War. In 1977, the Additional Protocols extended the scope of the Four GCs to include fighting colonial domination, alien occupation and racist regimes. Additionally, Protocol II addressed the important non-international armed conflict.⁴ Today 189 states are party to the GCs of 1949; there is a tendency towards universal acceptance of the Additional Protocols.⁵

Basic Principles of International Humanitarian Law⁶

The Martens Clause⁷ and the Principle of Humanity

Von Martens, the Russian delegate to The Hague Peace Conference in 1899, laid down the following famous passage in the preamble to the Second Hague Convention respecting the Laws and Customs of War on Land: "Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in *cases not included* in the Regulations adopted by them, populations and belligerents *remain under the protection* and empire of the *principles of international law*, as they result from the *usages* established between civilized nations, from the laws of

humanity and the requirements of the *public conscience*."

The Martens Clause contains the premise to preserve – even in war – a certain minimum of human dignity. Von Martens argued in favor of a general clause acting as a sort of safety net. Acts not expressly forbidden are therefore still subject to a test of basic humanity. Never must there be unlimited discretion for any military commander. This rule is nowadays recognized as customary international law.

The Martens Clause was repeatedly included in other 20th century treaties (cf. preamble to Protocol II). In addition, it played a major role in the Nuremberg Trials: The court established that the this norm was far more than a solemn declaration; rather does the Martens Clause frame the usages between civilized nations, the laws of humanity and the public conscience as a legal measuring rod in the absence of express norms of IHL. In the words of the ICJ judge Weeramantry, it contains "in its short phraseology the entire philosophy of the law of war." The same considerations of humanity left considerable traces in Article 3 common to the Four GCs. It was introduced due to the Spanish Civil War as a minimum humanitarian standard, applicable in internal armed conflicts; for this reason Article 3 has frequently been referred to as a mini-convention within the broader framework of the Four GCs.

The *principle of humanity* states that a soldier's aim is to disable other combatants in order to reach a defined military objective. Indiscriminate attacks or attacks against civilians or civilian targets are strictly prohibited.

Principle of Distinction⁸

In the 18th century, Jean-Jacques Rousseau formulated the following principle: "Since the object of war is to destroy the enemy State, it is *legitimate* to kill the latter's defenders as long as they are

carrying arms; but as soon as they lay them down and surrender, they cease to be enemies or agents of the enemy, and again become mere men, and it is no longer legitimate to take their lives." Article 18 of the Lieber Code (1863) reiterates this basic principle.

The *principle of distinction* imposes an obligation on all commanders to draw a strict line between *combatants* (members of armed forces) and everyone else. The use of force is allowed only against combatants, and only as long as there is resistance. Persons placed *hors de combats* because of sickness, injury etc. are no longer a legitimate objective of military operations. Article 43 (2) of Protocol I defines "combatant" as follows: "Members of armed forces of a party to a conflict . . . have the *right to participate directly in hostilities*." A combatant may fight other combatants, even kill them, and will not be held personally responsible for his acts. Armed forces are characterized by a chain of command combined with a disciplinary system and legitimized through internal legislation.

Article 44 (3) of Protocol I stipulates "combatants are *obliged to distinguish themselves from the civilian population* - while they are engaged in an attack or in a military operation preparatory to an attack." Combatants are entitled to special protection as prisoners of war (POWs) upon capture (Article 4, GC III). Any person not belonging to the armed forces – also in the case of doubt – is considered a civilian. (Article 52, P I). All acts of violence against civilians or civilian property,⁹ whether committed in offense or defense, are prohibited.

Military Necessity and the Principle of Proportionality¹⁰

Article 35 of Protocol I affirms that "the right of the parties to the conflict to choose methods and *means of warfare* is *not unlimited*". Article 35 (2) establishes that "it is prohibited to employ weapons, projectiles and materials and

2 "Human Rights and International Humanitarian Law" (Prof Meron), 19th Warsaw Summer Course [IHL-W], July 9 2001.

3 In WW I the ratio of combatants to civilians killed was 10 : 1, in WW II 1 : 1. The death toll among civilians was even higher in the Corea (84%) and Kosovo War (98%).

4 Hostilities break out between armed forces or organized groups within the territory of a single state.

5 Protocol I has been ratified by 159, P.II by 151 States; not by the USA, Sri Lanka or Afghanistan.

6 Cf. Summary of IHL, IRR, 1978, pp. 248–239.

7 Ticehurst, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict",

IRRC, 1997, pp. 125–134; "Grundprinzipien des Kriegsrechts", NZZ, July 9 1999.

8 "Combatant Status and Protection of Prisoners of War" (Dr Calame), IHL-W, July 4.

9 Anything that is not a military objective, i.e. which by its nature, location, purpose or use does not effectively contribute to military action

and whose total or party destruction or neutralization would not offer a definite military advantage in the circumstances ruling at the time.

10 "Protection of the Civilian Persons against the effects of hostilities" (Mj Bourgon), IHL-W, July 5.

methods of warfare of a nature to cause *superfluous injury* or *unnecessary suffering*." The U. S. Air Force Law of War Manual defines military necessity as follows: "Measures of regulated force not forbidden by international law which are indispensable for securing the prompt submission of the enemy, with the least possible expenditure of economic and human resources." The *principle of military necessity* therefore states that (i) the use of military force must be controlled (ii) only used when necessary (iii) is not to be used more than necessary.

The fact that IHL makes allowance for military purposes might seem not to be "humanitarian" at all.

Firstly, it is important to bear in mind that IHL developed when war was still a completely legal instrument of foreign policy. Secondly, IHL is only the confluence of diverging interests, a feasible and realistic compromise between the aims of war (as states still want to retain the use of force as *ultima ratio*) and the principles of humanity.

The underlying *principle of proportionality* aims at striking a balance between the two conflicting interests of military necessity and the requirements of humanity. The advantage of accomplishing a certain military objective must strongly outweigh any possible collateral damage. Due to a strong influx from human rights law, the balance between military necessity and humanity is now tilting in favor of the latter: The humanitarian principle has become the dominant one.

Chivalry

Any combatant is obliged to act "courteously" toward his opponent; it is prohibited to act in a treacherous way (Article 37, P I).

Implementation and Enforcement of IHL¹¹

Article 1 common to the four GCs states the obligation "to respect and ensure respect . . . in all circumstances." Traditional methods of enforcement include belligerent reprisals, protecting powers¹² and fact-finding. In addition, parties to the GCs must "enact any legislation necessary to provide *effective penal sanctions* for persons committing, or ordering to be committed, any of the *grave breaches*. The conventions define certain conducts as 'grave breaches' and requires States to exercise universal criminal jurisdiction."¹³ Accordingly, criminal jurisdiction is extended to the whole community of states under the principle of universal law (*Weltrechtsprinzip*). Criminal proceedings must be brought against the suspect or he must be extradited provided that a *prima facie* case has been initiated (principle of *aut dedere aut judicare*). At the international level, there are complementary fora for criminal jurisdiction.¹⁴

Outlook

Today we live in a highly interdependent world, which cannot exist without common values shared by all. Compliance with IHL and HR is essential for the well-being of the individual and the peaceful coexistence of states. Yet it is an established fact that some areas of the world remain outside the globalization system. Today, most armed conflicts are civil wars and predominantly take place in poor countries. Poverty and violence seem to correlate. For this reason the strikingly unequal distribution of wealth poses serious threats to stability and peace. Not everyone benefits from (economic) globalization. As Max Frisch once

noted, "Die Reichen werden reicher und die Armen zahlreicher".

The year 1999 marked the 50th anniversary of the Four GCs. They have established rules governing the conduct of hostilities and reaffirmed the principle of immunity of the civilian population. We need not look far to observe that IHL principles are violated on a daily basis; still, these legal instruments *have* saved lives, frequently mitigated suffering and often preserved some respect for human dignity.

There is tension between humanitarian principles and wartime behavior. Promoting these universal standards is thus going to be a task for decades to come, until armed conflicts can be averted altogether. Gaining due recognition for those fundamental principles in every part of the world, is undoubtedly an arduous, albeit highly important task which requires unwavering determination.¹⁵ Every step taken in the direction of a more humane world order deserve credit. In today's global village, the structure of the international community conceived in Westphalia in 1648 seems somewhat odd. The true sovereign of the modern world is the individual human being, this *global* citizen, who deserves protection under the umbrella of both international and national law. Our mission is thus to construe, in the words of chief prosecutor Jackson at the Nuremberg Trials, "a world structure according to the principles of the rule of law."

Michael Waibel ist Student der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.

¹¹ "The Criminal Repression of Violations of IHL" (Prof Kritsiotis), IHL-W, July 11.

¹² A (neutral) State not taking part in the conflict, mandated by one of the parties to the conflict (with the agreement of the other party) to protect its humanitarian interests.

¹³ Jurisdiction by a state having possession of the accused to try and punish without regard to the geographic and time location of the physical events alleged to constitute a crime, and to the nationality of the accused or victim.

¹⁴ Cf. 1946 Nuremberg Charter; 1993 UN Statute of the ICTY; 1998 Rome Statute of the International Criminal Court; "Judging genocide", The Economist, June 16 2001; "Crimes without frontiers", FT, July 7 2001; "Africans Need the Laws and Courts to Punish Their Warlords", Int Herald Tribune,

August 21 2001; "Wo die Welt zu ihrem Recht kommt", DIE ZEIT, 32/01; "Nürnberg soll kein Einzelfall bleiben", NZZ, July 11 1998.

¹⁵ Delegate Gaillard, IHL-W, July 3; Schindler, "Significance of the Geneva Conventions for the Contemporary World", IRRIC, p. 715-729.



im wilden net

Im letzten Jahr wurde eine Novelle des Bundesgesetzblattgesetzes geplant. Sie sah vor, § 7 des Gesetzes über das Bundesgesetzblattgesetz (BGBlG) zu ändern. Bis dahin war in § 7 gestanden, dass das Rechtsinformationssystem des Bundes seine Daten unentgeltlich im Internet bereitzustellen hat. Die Unentgeltlichkeit sollte dadurch ersetzt werden, dass dem Bundeskanzler im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Justiz die Kompetenz zugesprochen worden wäre, ein angemessenes Entgelt für die Nutzung zu erheben. Wie nicht anders zu erwarten, war dieser Vorschlag, von dem es im Entwurf geheißen hat, er habe keine wesentlichen finanziellen Auswirkungen, sehr umstritten. Er wurde auch nicht Gesetz. Stattdessen wurde die Debatte in Befolgung einer typisch österreichischen Vorgangsweise – der Herstellung eines Pseudokonsenses – dadurch scheinbar gelöst, dass die geplante Verordnungsermächtigung ebenso entfiel wie das Wörtchen „unentgeltlich“ in § 7 Abs 2 des Gesetzes.

Nicht nur bei der Veröffentlichung von Rechtsnormen, auch bei deren Anwendung spielt das Internet mittlerweile eine dominierende Rolle: Gem. § 14 (2) des unlängst novellierten OGHG hat die Erfassung und Aufbereitung der Entscheidungen des OGH im Rahmen einer allgemein zugänglichen Datenbank (Entscheidungsdokumentation Justiz-JUDOK) zu erfolgen, in die gem. § 15 (1) Entscheidungen des OGH (Volltexte), die sich nicht in der bloß formellen Behandlung einer Rechtssache erschöpfen, sowie aufbereitete Entscheidungen (Rechtssätze) und andere Texte aufzunehmen sind. Einsichtnahme in die Entscheidungsdokumentation gewährt das Evidenzbüro gem. § 15a (2) durch Erteilung anonymisierter Ausdrücke gegen Kostenersatz.

Die für die Entscheidungsdokumentation erstellten Daten sind gem. § 15a (1) nach Maßgabe der technischen und dokumentalistischen Möglichkeiten im Internet bereitzustellen.

Die gedruckten amtlichen Entscheidungssammlungen des OGH in Zivilsachen (SZ) und Strafsachen (SSt) gehören hiemit der Vergangenheit an. Die Frage der Konservierbarkeit der Daten der Entscheidungsdokumentation Justiz ist eine spannende – übrigens auch die des Recherchierens: In den Entscheidungen des OGH finden sich nun häufig Zitate wie das folgende, das der Entscheidung 7 Ob 229/01d vom 17. 10. 2001 entnommen ist: „An dieser Rechtsprechung hat der Oberste Gerichtshof in zahlreichen weiteren Entscheidungen festgehalten (vgl RIS-Justiz RS0004841, RS0008461 und RS0005236 . . .).“ Erst wenn man die Zahlen-/Nummern-Kombination RS0004841 als Suchbegriff in der Justiz-Abfragemaske unter www.ris.bka.gv.at eingibt, erhält man ein Dokument, das die Geschäftszahlen der Vorentscheidungen (hier 1 Ob 532/90; 1 Ob 607/91; 8 Ob 522/93; 3 Ob 2204/96f und 5 Ob 139/00b) und deren Rechtssätze enthält.

Man kann sich daher in Österreich nicht auf den Lorbeeren ausruhen, die von wenigen (Friedrich Lachmayer muss hier vor allem und allen erwähnt werden) erarbeitet wurden. Der Status quo einer gut entwickelten Rechtsinformationsinfrastruktur und einiger gesetzlicher Grundlagen dafür ist variabel; gefährdet, Gegenstand populistischer Aktionismen zu werden. Die normativen Rahmenbedingungen sind nach wie vor politisch umstritten und stellen Unternehmen wie Bürger vor schwer kalkulierbare Planungsrisiken. Es soll daher hier zunächst versucht werden, einen Entwurf eines Bundesgesetzblattgesetzes für einen Staat, der über ein solches nicht verfügt, Deutschland, in der Hoffnung vorzustellen, (auch) für die österreichische Debatte Anstöße geben zu können.

Die weiteren Beiträge zum Thema „im wilden net“ stammen von Autoren, die im Jahre 2001 an der von Juridicum Online (www.juridicum.at) und dem Universitäts-

lehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation (www.informationsrecht.at) organisierten Tagung Chaos Control (www.chaoscontrol.at) als Referenten teilgenommen haben. Die Personen brauchen hier nicht länger vorgestellt zu werden: Lawrence Lessig ist der wahrscheinlich einflussreichste amerikanische Autor zu Fragen des Informationsrechts der letzten Jahre, Thomas Hoeren eine der bekanntesten Stimmen im deutschsprachigen Raum. Martin Rost ist an unterschiedlichen Initiativen erfolgreich beteiligt, die auf datenschutztechnische Probleme nicht nur juristische, sondern auch technische und soziale Antworten suchen. Dies ist in einem Staat wie Österreich, der sich zwar eines neuen Datenschutzgesetzes erfreut, das zweifellos hohe Standards setzt, aber dann – auch sehr österreichisch – über ein (höchstes) Kontrollorgan verfügt, das es erst im März 2001 für nötig gehalten hat, ans Netz zu gehen und auf seiner Website (www.bka.gv.at/datenschutz) im Jahr 2002 als aktuellste datenschutzrechtliche Generalinformation den Datenschutzbericht 1997 anbietet, bitter nötig.

Die Themen sind auf den ersten Blick weit gestreut. Es geht um Fragen des Internationalen Zivilprozessrechts (Hoeren), des amerikanischen und internationalen Urheberrechts (Lessig), des Datenschutzes (Rost) und der Rechtsinformationspolitik (Beyer/Heisz/Hercher/Tschoepe).

Gemeinsam aber ist den Texten eine scheinbar einfache und alte Fragestellung als Ausgangspunkt: Wie steuert das Recht technologische Entwicklungen und was sind deren soziale Folgen?

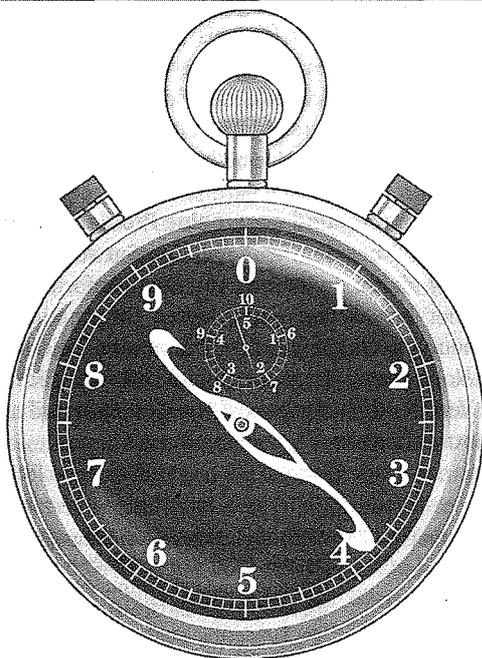
Diese Frage hören Juristinnen und Juristen selten und sie hören sie selten gerne – bei all den Beteuerungen, es sei nicht wahr, dass das Internet ein rechtsfreier Raum sei, in den permanenten Klagen über die Informationsflut oder die mangelhafte Qualität der Informationen, in dem Gerangel um Aufmerksamkeit bei (Scheinfragen) des E-Commerce und in den hektischen Bemühungen eines fungiblen Gesetzgebers, möglichst alles, was sich im Internet bewegt, mit einer generellen Norm zu erschlagen.

Die Texte laden daher ein, einige Grundfragen des Internet und seiner Regulierung neu zu stellen, einige Scheingewissheiten zu relativieren und theoretische Grundannahmen zu hinterfragen. In Kürze zusammenfassen und ironisieren lässt sich der Anspruch dieses Themas vielleicht mit dem Benjamin Franklin zugeschriebenen Ausspruch: „One of the greatest tragedies of life is the murder of a beautiful theory by a gang of brutal facts.“

Birgit Feldner
Nikolaus Forgó

jusline-pro

■ one-stop-shopping
for professionals ■



- Urteilsdatenbank aller Höchstgerichte
- Bundesrecht
- Literaturverzeichnis
- Dokumentenlieferdienst
- Österreichischer Amtskalender
- Sachverständigenverzeichnis
- online-Meldeanfrage
- Firmenbuch
- Grundbuch
- Vertragsmuster

Sparen Sie Zeit: **www.jusline-pro.at**

I. Einleitung

Warum wird in einer österreichischen Zeitschrift ein deutscher Gesetzesentwurf vorgestellt, dessen Materie in Österreich schon weitgehend geregelt ist?

Erstens, weil das österreichische Gesetz für den vorliegenden Gesetzesentwurf die Grundlage gebildet hat; zweitens, weil der Entwurf über die Regelungen seines österreichischen Pendant hinausgeht, indem es die technische Entwicklung und die damit erweiterten Möglichkeiten mit einbezieht.

In Deutschland wurde die Verkündung von Gesetzen und Rechtsverordnungen im Bundesgesetzblatt durch Artikel 82 Abs. 1 Grundgesetz verfassungsrechtlich verankert. Die Existenz und das Erscheinen dieses Verkündungsblattes ist ein Verfassungsgebot. Trotzdem hat es der Gesetzgeber immer wieder versäumt, detaillierte Regelungen für die Veröffentlichung von Gesetzestexten zu treffen. Die bestehenden Regelungen² behandeln mehr die Frage, „wo“ und nicht „wie“ die Veröffentlichungen vorzunehmen sind.

Historisch betrachtet beruht die heutige Gliederung des Bundesgesetzblattes bzw. seines Vorgängers sowie die Einführung des Bundesanzeigers nur auf legislativen Bekanntgaben von 1921 und 1951.³ Während die Stoffteilung derweil gesetzlich geregelt wurde, fehlt eine ausführliche Regelung über die Verkündungsform.

Die neue Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) holt dies nicht zufrieden stellend nach. Sie berücksichtigt die aktuellen technischen Möglichkeiten nicht. Gerade diese aber haben Österreich und Schweiz dazu veranlasst, detaillierte Regelungen zu treffen.

1. Gesetzliche Regelung in Österreich

Nach § 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgesetzblatt⁴ ist es zulässig, Bundesgesetzblätter auch auf andere technische Art zur Verfügung zu stellen. Die Möglichkeit, die elektronische Form als Vereinfachung der Informationsbeschaffung für den Bürger zwingend zu regeln, wurde jedoch versäumt. Mit dem online verfügbaren Rechtssystem (RIS)⁵ stellt das Bundeskanzleramt die Bundesgesetzblätter seit 1983 zur Verfügung. Auch die Entscheidungen der wichtigsten Gerichte des Landes sind abrufbar. Dies entspricht weitgehend der Zielvorstellung, dem Bürger durch Technik den Zugang zu rechtlichen Informationsquellen zu vereinfachen und für eine Grundversorgung an „Recht“ zu sorgen.

2. Gesetzliche Regelung in der Schweiz

In der Schweiz ist am 1. Juli 1998 die Verordnung über die elektronische Publikation von Rechtsdaten in Kraft getreten.

Gesetze wirken für die Bürger verpflichtend, wenn sie nach schweizerischem Recht fünf Tage vor Inkrafttreten in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts veröffentlicht werden. Weitere rechtliche Dokumente und die Amtliche Sammlung werden nach Sachgebieten geordnet in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts veröffentlicht. Diese Systematische Sammlung soll nach Artikel 1 Abs. 1 der Verordnung auch elektronisch publiziert werden.⁶

3. Situation in Deutschland

In Deutschland ist die Situation anders. Zwar sind fast alle rechtlichen Dokumente online verfügbar, es bedarf jedoch einer längeren Orientierungsphase, um sich im Dschungel der Anbieter zurechtzufinden. Bundesgesetze werden neben unvollständigen Angeboten von Privatpersonen (z. B. www.dejure.org) von der Bundesregierung zur Verfügung gestellt (www.staat-modern.de). Der erste Teil des Bundesgesetzblattes sowie der Bundesanzeiger werden von dem

Moderner Staat – Moderne Gesetzes- veröffentlichung?¹

Vorschlag eines Bundesgesetzblattgesetzes für Deutschland

Alexander Beyer/Janina Heisz/
Katja Hercher/Sven Tschoepe



Bundesanzeigerverlag seit kurzem im Netz zugänglich gemacht (www.bundesanzeiger.de). Während die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts online verfügbar sind (www.bundesverfassungsgericht.de), verweist der Bundesgerichtshof mit dem Hinweis „wie derzeit in Deutschland üblich“ im Rahmen seines Internetauftritts auf private Anbieter (www.bundesgerichtshof.de). Hinzu tritt das kostenpflichtige Angebot der juris GmbH, das nicht als Informationsquelle für den „Normalbürger“ konzipiert ist.

II. Zielvorgaben und allgemeine Problemstellungen

Erstens soll mit dem vorliegenden Entwurf der zunehmend umfassenderen Bedeutung von Rechtsinformationssystemen in einer inzwischen entwickelten Informationsgesellschaft Rechnung getragen werden. Die zweite Zielrichtung liegt in der Normierung der bisher lediglich bruchstückhaft geregelten Veröffentlichungspraxis⁷ von Gesetzen und amtlichen Bekanntmachungen.

1 Stand aller Internetquellen: 30. September 2001. Die AutorInnen danken Dr. Nikolaus Forgó für die wertvollen Anregungen und seine Hilfe bei der Erstellung dieses Artikels.

2 Im Verteidigungs- oder Spannungsfall nach Artikel 80a GG gilt das Gesetz über vereinfachte Verkündungen und Bekanntgaben vom 18. Juli 1975 (BGBl. I S. 1919); Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30. Januar 1950 (BGBl. I S. 23).

3 Severin, Das Bundesgesetzblatt. Eine staatsrechtliche Untersuchung, Bonn 1962, 37.

4 BGBl. Nr. 660/1996.

5 <http://www.ris.bka.gv.at>.

6 Vgl. Holenstein, Alles gratis? Grund- und Mehrwertrechtsinformation im Netz, JurPC Web-Dok. 67/2001, Abs. 1–30.

7 Siehe die im ersten Abschnitt zitierten Gesetze und Verordnungen wie das Gesetz über die Ver-

kündung von Rechtsverordnungen vom 30. Januar 1950 (S. FN 2), das Gesetz über vereinfachte Verkündung und Bekanntmachung vom 18. Juli 1975 (S. FN 2) sowie die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien vom 26. Juli 2000; letztere veröffentlicht unter www.staat-modern.de.

1. Die zwei wesentlichen Ziele

Insbesondere vom ersten Ziel können und sollen alle Teile der Gesellschaft profitieren: Dem Bürger wird mit dem umfassenden und aktuellen Rechtsinformationssystem die Möglichkeit gegeben, sich möglichst einfach und weitestgehend kostenfrei über den Inhalt der veröffentlichten Normen und amtlichen Bekanntmachungen zu informieren. Den „professionellen“ Nutzern wird eine zuverlässige Arbeitsgrundlage zur Verfügung gestellt. Das zweite Ziel des Gesetzesentwurf besteht darin, dass sich die Gesetze und amtlichen Dokumente durch Aktualität auszeichnen. Eine Gesetzes- und Veröffentlichungsdatenbank, die dies nicht leisten kann, hat keinen Nutzen.

2. Verfassungsrechtliche Einordnung

Der Gesetzgeber kommt der in Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG normierten Verpflichtung zur Verkündung von Gesetzen bislang durch die Veröffentlichung der Normen in ihrer Reinform im Bundesgesetzblatt nach. Das Bundesgesetzblatt zeichnet sich daher durch eine stark eingeschränkte Handhabbarkeit aus. So fehlt es an der Veröffentlichung von konsolidierten Gesetzestexten.

Für Bürger ist die Veröffentlichung des reinen Wortlauts der Gesetzesänderung regelmäßig wertlos, für Juristen nur bedingt von Nutzen. Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber bei der Verkündung von Gesetzen und amtlichen Bekanntmachungen nicht zu mehr verpflichtet ist. Es könnte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. HS GG, der das Recht auf Informationsfreiheit gewährleistet, ein rechtlicher Anspruch auf die zu veröffentlichenden Informationen gefolgert werden. Schließlich geht eine funktionierende Demokratie von der Leitidee des informierten Bürgers aus.⁸ Konkret ist mit dem vorliegenden Entwurf die Frage nach einer über den Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG hinausgehenden Verpflichtung des Staates verbunden, seinen Bürgern die Möglichkeit der Unterrichtung über legislatorische Akte aus allgemein zugänglichen Quellen zu ermöglichen. Nach unserer Ansicht muss der Zugang zu diesen Dokumenten ohne Zuhilfenahme zusätzlicher Hilfsmittel möglich sein.

3. Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Regelung

Die Fülle der in Deutschland bereits zugänglichen elektronischen Gesetzesveröffentlichungen ist überwältigend. Diesen Publikationen ist jedoch eines gemein: Der Nutzer bleibt im Unklaren über die Authentizität der Information. Hierbei handelt es sich jedoch um ein zentrales Kriterium, das insbesondere bei der Arbeit mit Gesetzestexten unerlässlich ist. Dieser Missstand soll mit vorliegendem Entwurf beseitigt werden.

4. Ökonomische Kriterien der Umsetzung

Den Verfassern ist bewusst, dass die mit dem vorliegenden Entwurf normierte Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer umfassenderen Veröffentlichung von Gesetzen und amtlichen Bekanntmachungen die Grenzen der Leistungsfähigkeit des Staates berührt und diese möglicherweise sogar überschritten werden. Die mit dem Entwurf an den Gesetzgeber gestellte Forderung hat daher nur eine Chance auf Realisierung, wenn zugleich Vorschläge zur ökonomischen Umset-

zung erfolgen. Die Verfasser gehen davon aus, dass zwar in erster Linie der Staat bei der Veröffentlichung von Gesetzen und amtlichen Bekanntmachungen mehr zu leisten hat, dass die Realisierung der vorgeschlagenen Veröffentlichungspraxis aber auch durch Private erfolgen kann. Die angesprochenen Unternehmen werden jedoch nur interessiert sein, wenn ein Engagement für sie sinnvoll ist.

III. Der Gesetzesentwurf eines Bundesgesetzblattgesetzes

Entwurf eines Bundesgesetzblattgesetzes (BGBLG)

Inhaltsverzeichnis:

Präambel

Erster Teil: Allgemeine Vorschriften

§ 1 Zuständigkeit und Verkündungsform

§ 2 Inhalt des Bundesgesetzblattes

§ 3 Form der Veröffentlichung von Gesetzen und Verordnungen

§ 4 Geltungsbereich

§ 5 Kollisionsregelung

Zweiter Teil: Gedruckte Fassung des Bundesgesetzblattes

§ 6 Verleger

§ 7 Bezugskosten

§ 8 Notstandsregelung

Dritter Teil: Elektronische Gesetzesveröffentlichung

§ 9 Datenbankregelung

§ 10 Erweiterter Inhalt, elektronische Signatur

§ 11 Besondere Anforderungen

§ 12 Zugang, Veröffentlichung

§ 13 Erstellung der konsolidierten Gesetzesfassung

§ 14 Datensicherheit

Vierter Teil: Schluss- und Übergangsvorschriften

§ 15 Inkrafttreten

Präambel

Dieses Gesetz dient der Verwirklichung eines allgemeinen sowie gemeinfreien Zugangs zu Gesetzen und Gesetzesmaterialien in einer Informationsgesellschaft.

Erster Teil: Allgemeine Vorschriften

§ 1 Zuständigkeit und Verkündungsform

(1) Das Bundesministerium für Justiz gibt ein „Bundesgesetzblatt für die Bundesrepublik Deutschland“ in deutscher Sprache heraus.

(2) ¹Publikationsmedien sind:

1. die Papierform sowie
2. die elektronische Form.

²Beide Formen müssen in einer für Sehbehinderte wahrnehmbaren Form zugänglich gemacht werden.

§ 2 Inhalt des Bundesgesetzblattes

(1) Teil I des Bundesgesetzblattes enthält Bundesgesetze, den Tenor von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, mit dem die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes festgestellt wurde sowie die Ergebnisse von Volksentscheidungen nach Art. 29 Abs. 2 S. 1 GG soweit sie nicht in Bundesgesetzblatt Teil II zu veröffentlichen sind.

(2) Teil II des Bundesgesetzblattes enthält

1. völkerrechtliche Übereinkünfte und die zu ihrer Inkraftsetzung oder Durchsetzung erlassenen Rechtsvorschriften sowie damit zusammenhängende Bekanntmachungen,
2. Zolltarifvorschriften.

(3) Teil III des Bundesgesetzblattes enthält die Verordnungen des Bundes, wie es sich aus dem Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen (Fassung vom 25. August 1998) ergibt.

⁸ Leßmann, Datenbanken – Zugang zu urheberrechtlich geschütztem Material in einer Informationsgesellschaft, Frankfurt am Main 1999, 65.

(4) Es ist ein Teil IV des Bundesgesetzblattes zu schaffen, der den bisherigen Teil III enthält, sowie eine Übersicht über das geltende Bundesrecht in der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes geltenden Fassung und die nicht mehr anwendbaren bundesrechtlichen Vorschriften.

§ 3 Form der Veröffentlichung von Gesetzen und Verordnungen

(1) Gesetze und Verordnungen, die nach diesem Gesetz verkündet werden, sind mit einem amtlichen Namen, einer amtlichen Abkürzung, dem Tag des Inkrafttretens sowie aller folgenden Änderungen und, wenn das Gesetz den Umfang von zehn Artikeln bzw. Paragraphen überschreitet, einem Inhaltsverzeichnis zu versehen.

(2) ¹Die Artikel und Paragraphen in Gesetzen und Verordnungen sind mit einer amtlichen Überschrift sowie Satznummerierungen zu versehen. ²Sofern ein Artikel oder Paragraph mehrere Absätze enthält, sind diesen arabische Ziffern in vorangestellten Klammern zuzuweisen. ³Bei Aufzählungen sind auf der ersten Gliederungsebene arabische Ziffern, auf der zweiten Gliederungsebene kleine lateinische Buchstaben zu verwenden.

§ 4 Geltungsbereich

Alle im Bundesgesetzblatt verkündeten Regelungen gelten, soweit sie nichts anderes bestimmen, für das gesamte Bundesgebiet.

§ 5 Rangverhältnis der Fassungen und Kollisionsregelung

(1) ¹Grundlage jeglicher Gesetzesveröffentlichung bildet die vom Bundespräsidenten ausgefertigte Fassung, die im Bundesarchiv aufzubewahren ist. ²Grundlage der übrigen nach diesem Gesetz zu veröffentlichenden Gegenstände bilden deren jeweilige Originaldokumente.

(2) ¹Bei Abweichungen zwischen der gedruckten und der elektronischen Veröffentlichung gilt die gedruckte Form. ²Bei begründeten Zweifeln an der Authentizität der gedruckten Fassung gilt die in Absatz 1 genannte Fassung.

(3) Schreibfehler in der Verkündung, ferner Verstöße gegen § 3 dieses Gesetzes werden durch Kundmachung der für die Verkündung zuständigen Stelle in dem Teil des Bundesgesetzblattes, in dem der jeweilige Fehler unterlaufen ist, berichtigt.

Zweiter Teil: Gedruckte Fassung des Bundesgesetzblattes

§ 6 Verleger

Die gedruckte Fassung des Bundesgesetzblattes wird von der Bundesanzeiger Verlagsges. m. b. H. erstellt.

§ 7 Bezugskosten

Das Bundesgesetzblatt ist zum Selbstkostenpreis zur Verfügung zu stellen.

§ 8 Notstandsregelung

Im Falle des Notstands gem. Art. 81 und 115a GG sind die in § 2 genannten Inhalte in einer noch verfügbaren überregionalen Tageszeitung zu veröffentlichen.

Dritter Teil: Elektronische Gesetzesveröffentlichung

§ 9 Datenbankregelung

(1) Die elektronische Gesetzesveröffentlichung erfolgt durch das Bundesministerium der Justiz in Form einer Datenbank des Bundes (Gesetzesdatenbank des Bundes).

(2) Alle in der Gesetzesdatenbank des Bundes veröffentlichten Dokumente werden in einer Form bekannt gemacht, die durch gängige Computersoftware lesbar und einer elektronischen Verknüpfung zugänglich ist.

§ 10 Erweiterter Inhalt, elektronische Signatur

(1) Zusätzlich zu den in § 2 genannten Teilen enthält die Gesetzesdatenbank des Bundes die in den folgenden Bestimmungen genannten Teile:

1. Teil V der Gesetzesdatenbank des Bundes besteht aus der bereinigten Fassung der in § 2 Absätze 1 und 2 genannten Regelungen (konsolidierte Fassung); die Überschriften der Artikel und Paragraphen werden in einem gesonderten Sachverzeichnis zusammengefasst; dieses Sachverzeichnis enthält Verknüpfungen zu den jeweiligen Bestimmungen in allen Teilen der Datenbank und ist Bestandteil der konsolidierten Gesetzesfassung;

2. Teil VI der Gesetzesdatenbank des Bundes enthält die Drucksachen des Bundestages, des Bundesrates und der Bundesregierung, den Tatbestand sowie die Urteilsgründe der in § 2 Absatz 1 genannten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sowie das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Näheres regelt eine Verordnung, die insbesondere die technischen Anforderungen des Zugangs und der Darstellung der einzelnen Dokumente bestimmt.

(2) Die konsolidierte Fassung ist binnen eines Monats ab Inkrafttreten einer Regelung zu veröffentlichen.

(3) ¹Die veröffentlichten Dokumente sind mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz vom 16.05.2001 zu versehen. ²Diese Signatur ist in regelmäßigen Abständen nachzusignieren. ³Näheres regelt eine Verordnung.

§ 11 Besondere Anforderungen

(1) Die in § 2 genannten Regelungen werden mit Jahrgang der gedruckten Fassung des Bundesgesetzblattes sowie deren Seitenzahlen und -umbrüchen veröffentlicht.

(2) ¹Die jeweils letzten Veränderungen innerhalb der konsolidierten Fassung werden in geeigneter Weise hervorgehoben. ²Nach Neuerstellung einer konsolidierten Fassung werden die vorherigen konsolidierten Fassungen weiterhin vorgehalten.

(3) Die konsolidierte Fassung weist auf bevorstehende, bereits veröffentlichte Regelungsänderungen hin.

§ 12 Zugang, Veröffentlichung

(1) ¹Die Gesetzesdatenbank des Bundes ist im Internet grundsätzlich kostenlos verfügbar. ²Dies gilt nicht für die gewerbliche Nutzung. Näheres regelt die Verordnung über die Erstellung und die gewerbliche Nutzung der Gesetzesdatenbank des Bundes.

(2) Einmal jährlich erfolgt die Veröffentlichung der Gesetzesdatenbank des Bundes durch das Bundesministerium für Justiz auf einem dauerhaften Datenträger zum Selbstkostenpreis.

§ 13 Erstellung der konsolidierten Gesetzesfassung

(1) Die Erstellung der konsolidierten Gesetzesfassung erfolgt durch das Bundesministerium für Justiz.

(2) ¹Das Bundesministerium kann die Erstellung der konsolidierten Fassung im Wege eines europaweiten Vergabeverfahrens nach Maßgabe der jeweils geltenden Vergabeverordnung einem oder mehreren Verlagen übertragen. ²Die Vergabe erfolgt zeitlich begrenzt unter Berücksichtigung der Wettbewerbssituation, die in Zeitabschnitten von zwei Jahren überprüft wird. ³Näheres regelt die Verordnung über die Erstellung und die gewerbliche Nutzung der Gesetzesdatenbank des Bundes.

(3) ¹Der oder die Verlage, die den Zuschlag erhalten, verpflichten sich, dem Bundesministerium für Justiz kostenlos die jeweils gültige konsolidierte Fassung zur Veröffentlichung in der Gesetzesdatenbank des Bundes zur Verfügung zu stellen. ²Darüber hinaus können die Verlage die jeweils konsolidierte Fassung für eigene wirtschaftliche Zwecke nutzen.

§ 14 Datensicherheit

¹Das Bundesministerium für Justiz ist verpflichtet, die Gesetzesdatenbank des Bundes nach dem neuesten Stand der Technik unter Beachtung wirtschaftlich angemessener Kosten anzubieten. ²Hierzu zählt insbesondere die Verwendung von nichtproprietärer Software.

Vierter Teil: Schluss- und Übergangsvorschriften

§ 15 Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am XX.YY.ZZZZ in Kraft.

IV. Besprechung und Analyse

1. Besprechung der allgemeinen Erwägungsgründe

Der Gesetzesentwurf ist geprägt von der Zielsetzung des allgemeinen und gemeinfreien Zugangs zu Akten von Legislative und Judikative. Interessierten soll es unabhängig von körperlichen Voraussetzungen oder finanziellen Grundlagen ermöglicht werden, auf die gewünschten Rechtsinformationen jederzeit zuzugreifen.

Die Bestimmungen des Gesetzesentwurfs sind auch vom Ziel geprägt, die Transparenz nationaler Rechtsnormen und deren Beziehung zu den europäischen Regelungen zu fördern.

Die Komplexität der mehrstufigen Rechtsnormanwendung innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten belegt Notwendigkeit und Chancen, die Informationstechnologien gezielt zur Offenlegung dieser Rechtszusammenhänge nutzbar zu machen.

2. Funktion und Aufgaben des Bundesgesetzblattgesetz-Entwurfs

Der BGBIG-E schließt die in Deutschland existierende Gesetzeslücke bzgl. Voraussetzungen und Umfang der Verkündung von Bundesgesetzen, weiteren Akten der Legislative sowie der Veröffentlichung von Volksabstimmungsergebnissen und besonders bedeutsamen Gerichtsentscheidungen. Er betont zunächst in § 5 Abs. 1 den Grundsatz der Rückführbarkeit aller Gegenstände der Veröffentlichung auf ihre Urversionen. Der Entwurf schöpft die informationstechnischen Möglichkeiten aus, ordnet jedoch in § 5 Abs. 2 S. 1 den Vorrang der Papier- vor der elektronischen Form in Kollisionsfällen an. Mehrere Gründe rechtfertigen diese Wertentscheidung. Vorrangig spiegelt die Bestimmung die höhere Verlässlichkeit der Papierform wider, die sich aus der besseren Vorhaltbarkeit und der Möglichkeit einer gesicherten Archivierung von Papier ableitet.

Der letztgenannte Aspekt kann am Verfahren der vom Bundespräsidenten ausgefertigten Urschriften von Bundesgesetzen verdeutlicht werden. Diese werden nach etwa dreimonatiger Aufbewahrung bei der im Bundesjustizministerium ansässigen Gesetzblattredaktion zur Erteilung des Druckauftrags gemäß § 60 GGO an die Hauptstelle des Bundesarchivs weitergeleitet. Dort werden sie in klimakontrollierten Magazinen verwahrt, die nur Befugten zugänglich sind bzw. nach Dienstschluss scharf geschlossen werden. Diese Sicherungsoptionen qualifizieren Papier, trotz der grundsätzlich bestehenden Gefahr des Zerfalls, als die gegenüber elektronischen Daten beständigere Form. Hinzu kommt, dass auch bei Einhaltung der im Entwurf vorgesehenen Sicherungsvorkehrungen für die Gesetzesdatenbank die Gefahr einer bewussten oder versehentlichen Datenveränderung nicht restlos ausgeschlossen werden kann.

Auch Praktikabilitätsabwägungen unterstützen schließlich den gewählten Vorrang der Papierform gegenüber der elektronischen Fassung. So erlaubt es diese Entscheidung im Rahmen eines schrittweisen Vorgehens, die Erfahrungen mit den elektronischen Signaturen abzuwarten und auszuwerten. Dies entspricht einer angemessenen kritischen Haltung gegenüber den Einsatzformen technischer Entwicklungen.

3. Die technische Umsetzung

Die Gewährleistung eines gemeinfreien Zugangs erfordert im Hinblick auf die elektronische Veröffentlichung von Gesetzen und amtlichen Werken eine Beschäftigung mit Möglichkeiten der elektronischen Darstellung von Texten. Die Verwendung bestimmter Software durch den Bürger darf den Zugang zu Rechtsinformationen nicht behindern.

a) § 9 Abs. 2 verlangt, dass die Dokumente so bekannt gegeben werden sollen, dass sie zum einen durch gängige Computersoftware lesbar und zum anderen einer elektronischen Verknüpfung zugänglich sein sollen.

Die Lesbarkeit durch gängige Computerprogramme soll durch den Einsatz von nicht proprietären Dateiformaten bei

der Darstellung der Dokumente gewährleistet werden. Proprietäre Formate würden den Bürger zwingen, bestimmte Software zu verwenden. Dieses würde der staatlichen Aufgabe der Gewährleistung des freien Zugangs zu Informationen widersprechen.

Die Verlinkbarkeit ist wichtig, um die zusätzlichen Angebote in der Gesetzesdatenbank, die in § 10 Abs. 1 beschrieben werden, zu verwirklichen. Außerdem erleichtert die Verlinkbarkeit die Recherche und die Übersichtlichkeit innerhalb eines Dokumentes. Das Erfordernis von Inhaltsverzeichnissen und amtlichen Überschriften gibt dem Gesetz eine logische Dokumentenstruktur, die auch der Verlinkung zugänglich ist.

Die weite Formulierung des § 9 Abs. 2 ermöglicht den Einsatz neuer, nicht proprietärer Dateiformate. So bietet sich bereits jetzt der Einsatz von XML an. XML wird den Einsatz bei der Suche nach bestimmten Begriffen innerhalb der Gesetzesdatenbank wesentlich erleichtern. Die vorgesehene Strukturierung der Gesetzestexte erleichtert der Einsatz von XML ebenfalls.

b) Es ist nicht notwendig, dass die Dokumente auch auf dem das Bundesgesetzblatt bereitstellenden Rechner gespeichert sind. Ein entsprechender Link auf eine andere Seite reicht für die Bereitstellung aus. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich vor allem wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung und der hiermit einhergehenden Verantwortlichkeit für legislatorische Akte. Das Bundesjustizministerium muss bei einer Verlinkung keine Garantie für die Authentizität fremder Dokumente übernehmen.

§ 10 Abs. 3 verlangt die elektronische Signatur der Dokumente. Hiermit wird die Authentizität eines elektronischen Dokumentes gewährleistet. Das elektronische Bundesgesetzblatt kann damit immer wieder auf eine Quelle, die verlässlich ist, zurückgeführt werden. Anders als beim Bundesverfassungsgericht, das seine Dokumente versteckt signiert,⁹ soll im Bundesgesetzblatt eine sofort erkennbare Signatur verwendet werden. Wichtig für das Signieren ist, dass der Staat offene Signaturstandards verwendet – vor allem sollte der Staat die von ihm geschaffenen Interoperabilitätsstandards für elektronische Signaturen bei der Verwendung seiner Signatureinheiten berücksichtigen.¹⁰ Damit wird ein bürgerfreundlicher Umgang mit den Signaturen unabhängig von den technischen Voraussetzungen, die der Bürger verwendet, gewährleistet.

c) Besondere technische Anforderungen sind zu berücksichtigen, wenn es um die Erfüllung von § 1 Abs. 2 S. 2 geht – die Wahrnehmbarmachung des Bundesgesetzblattes für Sehbehinderte. Im Rahmen der Papierform ist vor allem die Veröffentlichung in Blindenschrift, der Braille, angedacht. Denkbar ist auch eine akustische Version des Bundesgesetzblattes, dieses ist aber nur in einem angemessenen Kostenrahmen möglich.

Anders ist die Lage bei der Wahrnehmbarmachung des Bundesgesetzblattes in seiner elektronischen Form. Der Einsatz von Computern für Blinde und Sehbehinderte erfordert spezielle Soft- und Hardware.¹¹ Diese Software muss als übliche Software im Sinne des § 9 Abs. 2 gesehen werden. Bei der Herstellung der Dokumente ist auf Elemente zu verzichten, die eine Wahrnehmung für Blinde erschweren würde.

⁹ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/texte/deutsch/impressum/sicherheit.html> Abs. Nr. 3.

¹⁰ Hierzu: <http://www.presse-text.com/open.php?pte=010909003&chan=ht>.

¹¹ Einen Eindruck gewährt zum Beispiel das Angebot unter <http://www.audiodata.de/d/produkte/index.html>.

d) § 11 Abs. 1 verlangt, dass die elektronische Form in der selben Weise zitiert werden muss, wie die Papierform, indem die Seitenzahlen und Seitenumbrüche übernommen werden. Diese Voraussetzung trägt dem Umstand Rechnung, dass die Papierform immer noch die akzeptiertere Variante ist. Eine solche Regelung erlaubt ein problemloses „Springen“ zwischen beiden Veröffentlichungsformen. Zwar gibt es den Standard ISO 690-2¹² für das Zitieren von elektronischen Dokumenten – dieser versagt jedoch bei der Zitierung einzelner Textabschnitte innerhalb eines Dokumentes.

4. Die praktische Umsetzung

Aus den §§ 7, 9 und insbesondere aus § 12 lässt sich eine der zentralen Wertentscheidungen bezüglich des Zugangs zu jeglicher Form der Veröffentlichung von Gesetzen und amtlichen Bekanntmachungen entnehmen: Dieser muss für jede private und akademische Nutzung frei sein, die gewerbliche Nutzung kann und soll aber kostenpflichtig sein. Ausgehend von der erweiterten Verpflichtung des Staates aus Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG wurde in § 9 Abs. 1 statuiert, dass es grundsätzlich Aufgabe der öffentlichen Hand ist, die Gesetzesdatenbank des Bundes zu erstellen und der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen.

Da diese Verpflichtung den Grenzbereich der Leistungsfähigkeit des Staates berührt, muss für ihn die Möglichkeit bestehen, Private mit seiner Aufgabe aus den §§ 9, 13 zu betrauen. Anreiz für ein Engagement der Wirtschaft kann in der Einräumung zeitlich begrenzter Exklusivverwertungsrechte für gewerbliche Nutzung der veröffentlichten Gesetze und amtlichen Bekanntmachungen liegen.

a) Nach § 5 UrhG¹³ genießen Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlässe und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze zu Entscheidungen keinen urheberrechtlichen Schutz. Jegliches amtliche Werk, das von einer mit der Erfüllung öffentlicher und hoheitlicher Aufgaben betrauten Stelle stammt,¹⁴ ist gemeinfrei.¹⁵ Wie verträgt sich dies mit dem Ziel der Einräumung von Exklusivrechten als ökonomischem Anreiz der Gesetzesveröffentlichung durch Private?

Die Lösung liegt darin, dass die zu veröffentlichenden Regelungen, insbesondere wegen der in §§ 10 und 11 normierten Veröffentlichungsform, gegenüber einem amtlichen Werk i. S. d. § 5 Abs. 1 UrhG ein Mehr darstellen. Es handelt sich um eine Datenbank, die den Voraussetzungen der §§ 87a ff UrhG unterfällt. Eine solche Datenbank ist eine Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch und methodisch angeordnet und einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich sind und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erfordert. Zwar ist in der Literatur umstritten, ob und inwieweit § 5 UrhG auch auf verwandte Schutzrechte und damit insbesondere auf den Schutz von Datenbanken

Anwendung findet,¹⁶ gleichwohl wird anerkannt, dass die Gesetz- und Verordnungsblätter des Bundes und der Länder bereits in ihrer jetzigen Veröffentlichungsform und die Urteilsammlungen der oberen Bundesgerichte zweifelsfrei als Datenbanken i. S. d. § 87a UrhG zu qualifizieren sind.¹⁷ Die Verfasser folgen der herrschenden Auffassung, dass § 5 Abs. 1 UrhG wegen des Ausnahmecharakters des sog. Schutzrechts sui generis des Datenbankherstellers¹⁸ insoweit keine Anwendung findet und damit die Einräumung exklusiver Verwertungsrechte möglich ist.¹⁹ Es verbleibt noch zu erwähnen, dass es sich bei der Gesetzesdatenbank des Bundes nicht um ein Datenbankwerk nach § 4 UrhG handelt.

b) Es stellt sich nun die Frage, welche weiteren Voraussetzungen für eine öffentliche Vergabe an Private vorliegen müssen. Hierbei ist zu beachten, dass Adressatenkreis der Exklusivrechte der §§ 87a ff UrhG der sog. Datenbankhersteller ist. Datenbankhersteller ist nach der Legaldefinition des § 87a Abs. 2 UrhG, wer die Investitionen in die Beschaffung, Überprüfung, Darstellung oder Änderung der Datenbank vorgenommen hat. Erwägungsgrund 41 der Datenbankrichtlinie bestimmt den Herstellerbegriff weiter gehend dahin, dass es sich um die Person handelt, welcher die Initiative zur Erstellung und Pflege einer Datenbank ergreift und das Investitionsrisiko trägt.²⁰ Vor diesem Hintergrund erklärt sich die Formulierung in § 9 Abs. 1 und insbesondere in § 13 Abs. 1, wonach die elektronische Gesetzesveröffentlichung in Form der Datenbank des Bundes durch das Bundesministerium der Justiz erfolgt. Damit ist sichergestellt, dass letztlich das Bundesministerium der Justiz Hersteller der Datenbank ist und demzufolge auch Inhaber der Verwertungsrechte.

c) Die exklusive Nutzung dieser Rechte können und sollen jedoch an Private vergeben werden. Hierfür sieht der Gesetzesentwurf ein europaweites Vergabeverfahren vor; vgl. § 13 Abs. 2. Diese Verpflichtung zur Einhaltung der Vergabebestimmungen gründet sich auf das Haushaltsrecht.

V. Fazit

Der vorgestellte BGBLG-Entwurf hat detaillierte und zeitgemäße Regelung zum „wie“ der Veröffentlichung von Gesetzen erarbeitet. Ob und in welchem Umfang die aufgezeigten Möglichkeiten in konkrete Regelwerke Eingang finden werden, bleibt abzuwarten. Künftige Gesetzesveröffentlichungen müssen jedenfalls den erweiterten technischen Möglichkeiten und dem gewandelten Informationsanspruch der Bevölkerung gerecht werden.

Alexander Beyer, LL. M., Dr. jur. Janina Heisz, LL. M., Katja Hercher, LL. M., und Sven Tschoepe, LL. M., sind Absolventen des Ergänzungsstudiengangs Rechtsinformatik, European Legal Informatics Study Programme (EULISP).

12 <http://www.nlc-bnc.ca/iso/tc46sc9/standard/690-2e.htm>.

13 Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965, BGBl. I S. 1273.

14 *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht⁹, Köln 1998, § 5 Rn. 1.

15 *Nicolini/Ahlberg*, Urheberrechtsgesetz², München 2000, § 5 Rn. 19.

16 *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht⁹, § 5 Rn. 9.

17 *Fromm/Nordemann*, ebd.

18 *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht⁹, vor §§ 87a-e Rn. 1.

19 Siehe auch *Nicolini/Ahlberg*, a. a. O. § 5 Rn. 22.

20 *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht⁹, §§ 87a Rn. 11.



„Gebt mir einen festen Standpunkt und ich werde die Erde bewegen“ – dieses Diktum des Archimedes gilt auch und erst recht für das Internet-Recht. Denn für On-

line-Dienste gelten die territorialen Grenzen der nationalstaatlich geprägten Rechtsordnungen nicht.² Eine Homepage lässt sich von irgendeinem Server von irgendeinem Fleck dieser Welt aus zum Abruf anbieten, ohne dass der Standort des Servers auf die Zugriffsmöglichkeiten Einfluss hätte. Es können daher virtuelle Rechtsoasen im Internet entstehen, karibische Inseln werden zum Ausgangspunkt von „junk mails“ oder zum Handelsplatz für verbotene Arzneimittel. Auch für österreichische Anbieter stellt sich die Frage, ob sie bei ihrer Online-Präsenz nur das österreichische Recht zu beachten haben oder die unterschiedlichen Regelungen in der Schweiz oder in Deutschland wegen der dort vorhandenen Abrufmöglichkeiten mit berücksichtigen müssen. Die Aporien werden am deutlichsten in einer neueren Entscheidung des Tribunal de Grande Instance de Paris, wonach Yahoo in den USA verpflichtet ist, technische Vorkehrungen zu schaffen, die den Zugang zu Internetseiten mit rechtsradikalem Inhalt für französische Nutzer unmöglich machen.³

Problematisch ist in allen Fällen die Dimension des Internationalen Zivilverfahrensrechts (IZVR). Das IZVR bestimmt, ob ein streitiger Sachverhalt einen Inlandsbezug hat, der es rechtfertigt, den Rechtsstreit vor inländischen Gerichten zu entscheiden – also in welchen Fällen ein nationales Gericht zuständig ist (internationale Gerichtszuständigkeit)⁴ und regelt ferner die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile im Inland. Anders als das Internationale Privatrecht⁵ betrifft es somit unmittelbar nur verfahrensrechtliche Fragen. Das IZVR kann jedoch mittelbar auch das vom angerufenen Gericht anzuwendende Sachrecht und damit auch die Sachentscheidung des Gerichts beeinflussen: Denn das anwendbare Kollisionsrecht und dadurch wiederum das anwendbare Sachrecht hängen von der internationalen Zuständigkeit ab. Bei einer Mehrzahl potentieller Gerichtsstände kann der Kläger durch eine geschickte Auswahl des Gerichtes über das anwendbare Kollisionsrecht des Forums die zur Streitentscheidung maßgeblichen Sachnormen bestimmen („Forum Shopping“).

Bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Parteien mit Sitz in verschiedenen Staaten wirft insbesondere die Bestimmung der internationalen Gerichtszuständigkeit Probleme auf. Die dabei potentiell in Betracht kommenden Zuständigkeiten reichen von derjenigen des Gerichtes am Serverstandort bis hin

zu der Zuständigkeit der Gerichte an allen Abruforten. Die für die Off-line Welt entwickelten Zuständigkeitsregeln bieten oftmals keine befriedigende Lösung im Online Bereich und bergen vielfach die Gefahr eines nicht kalkulierbaren Gerichtsstandsrisikos. Dies gilt umso mehr, als die Zuständigkeitsregeln national divergieren und eine internationale Vereinheitlichung in naher Zukunft nicht zu erwarten ist.⁶

I. Zuständigkeit bei Immaterialgüterrechtsverletzungen

Zunächst ist zu klären, ob und wann ein Gericht örtlich zuständig ist. Dabei ist zwischen rein nationalen Sachverhalten und solchen mit grenzüberschreitendem Gehalt zu differenzieren.

Internationales Zivilverfahrensrecht und Internet

A bird eye's view¹

Thomas Hoeren

1. Innerdeutsche Fälle

Vorab sei mir verziehen, dass ich als deutscher Rechtswissenschaftler mich nur zu Fragen des innerdeutschen Zivilprozessrechts äußere. Auch wenn ich mich sehr für das österreichische Recht interessiere, gebietet es der Respekt vor einer fremden Rechtsordnung, sich als Auswärtiger Voten dazu zu enthalten. Für – die im Weiteren thematisierten – innerdeutsche Fälle gelten die Regeln der deutschen Zivilprozessordnung. Nach § 12 ZPO ist am Wohnsitz des Beklagten (nicht des Klägers) Klage zu erheben (sog. Allgemeiner Gerichtsstand). In deliktischen Fällen – etwa bei der Verletzung von Urheber-, Marken- oder Persönlichkeitsrechten – kann wahlweise auch am Tatort geklagt werden. Dies ist der Handlungsort – Standort des Servers⁷ – oder der Erfolgsort. Unterschiedliche Auffassungen bestehen hinsichtlich der Bestimmung des Erfolgsortes. Einige Gerichte stellen auf jeden Ort ab, an dem eine Homepage abgerufen werden kann, und kommen damit zu einer deutschlandweiten Zuständigkeit aller Gerichte nach Wahl des Klägers. Anwälte können dies gut ausnutzen, um je nach den Besonderheiten eines Gerichts und seiner Judikatur das „richtige“ Gericht auszuwählen. Andere wollen die Zuständigkeit am Erfolgsort dadurch be-

¹ Die folgenden Überlegungen geben nur einen kurzen Teil der Gedanken wieder, die der Verf. bei der (vom Wiener Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation und Juridicum Online organisierten) Tagung „Chaos Control“ im Sommer 2001 zu Grundfragen des Internetrechts darzulegen versuchte. Die Fußnoten beschränken sich auf Belege, die zum Verständnis des Textes unbedingt notwendig sind; der Stand entspricht dem Vortragszeitraum (Sommer 2001).

² Vgl. hierzu Hoeren, WM 1996, 2006; Osthaus, AfP 2001, 13.

³ Tribunal de Grande Instance de Paris, Urt. v. 20. November 2000, K & R 2001, 63 m. Anm. Hartmann.

⁴ Grundsätzlich bestimmt jeder Staat autonom, wann seine Gerichte international zuständig sind. Sofern jedoch multi- oder bilaterale Abkommen über die internationale Gerichtszuständigkeit getroffen wurden, gehen diese dem nationalen Prozessrecht zur internationalen Zuständigkeit vor.

⁵ Das Internationale Privatrecht (IPR) hat die Aufgabe, bei einem Lebenssachverhalt mit Auslandsbezug das für diesen Sachverhalt anwendbare Recht zu bestimmen. Dabei wird versucht, von mehreren möglichen Rechtsordnungen diejenige anzuwenden, mit welcher der Sachverhalt die räumlich engste Verbindung aufweist. Es geht also immer um die Vorfrage, welches nationale Recht (unter Einschluss des IPR der fraglichen

Rechtsordnung) im Einzelfall am besten angewandt werden kann.

⁶ Zwar schafft insoweit das EuGVÜ und ab März 2002 die Nachfolge-Regelung der EuGV VO auf europäischer Ebene einen harmonisierten Rechtsrahmen innerhalb der EU, aber die Anstrengungen zur Verabschiedung globaler Zuständigkeitsregeln im Rahmen eines Haager Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens für Zivil- und Handelssachen sind bisher von eher mäßigem Erfolg.

⁷ Streitig; andere stellen (auch) auf den Wohnsitz des Schädigers ab; siehe Koch, CR 1999, 124; Manowski, RabelsZ 1999, 257, 262; Pichler, in: Hoeren/Sieber (Hg.), Multimediarechtshandbuch 31/121.

schränken, dass sie darauf abstellen, ob eine Homepage am Gerichtsort bestimmungsgemäß abgerufen werden kann.⁸ Prozessuale Besonderheiten gelten für das Urheberrecht sowie das Wettbewerbsrecht. Nach § 104 UrhG gilt für alle Urheberrechtsstreitigkeiten ausschließlich der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten. Viele Bundesländer haben von der Ermächtigung des § 105 UrhG Gebrauch gemacht und ein bestimmtes Amts- oder Landgericht zentral für die Entscheidung von Urhebersachen kompetent erklärt. Ausschließliche Zuständigkeiten sind ferner im UWG geregelt (§ 24) und den Gerichten zugewiesen, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung hat (§ 24 Abs. 1) oder die Handlung begangen worden ist (§ 24 Abs. 2). Die Regeln ähneln insofern denen der ZPO. Allerdings geht die Rechtsprechung hinsichtlich des Tatortes im Wettbewerbsrecht davon aus, dass auf die tatsächlichen Auswirkungen der streitgegenständlichen Werbung im Gerichtsbezirk abzustellen ist.⁹

2. Internationale Zuständigkeit

Die Regeln der ZPO werden analog auch zur Klärung der internationalen Zuständigkeit herangezogen. Insbesondere das Tatortprinzip des § 32 ZPO kommt entsprechend zur Anwendung. Eine Anwendung der ZPO kommt jedoch nur hinsichtlich der Fälle in Betracht, in denen die internationale Zuständigkeit im Hinblick auf einen außerhalb der EU wohnhaften Beklagten zu bestimmen ist.¹⁰

a) EuGVÜ und VO

Hat der Beklagte seinen Wohnsitz innerhalb der EU, gilt für die Frage der Zuständigkeit noch für einige Monate das einleitend skizzierte EUGVÜ. Dieses wird zum 1. März 2002 ersetzt durch die oben bereits erwähnte EU-Verordnung.¹¹ Das EuGVÜ und die neue Verordnung gehen einheitlich davon aus, dass am Wohnsitz des Beklagten (Art. 2) oder wahlweise am Tatort geklagt werden kann. Für den Tatort wird auf den Ort abgestellt „where the harmful event occurred or may occur“ (Art. 5 Nr. 3). Handlungs- und Erfolgsort entscheiden hierüber; der Kläger hat insofern die Wahl. Der Erfolgsort wird jedoch seitens der Gerichte – ebenso wie bei § 32 ZPO – danach bestimmt, ob an einem Ort eine Homepage nicht nur zufällig abgerufen werden kann.¹² Hinsichtlich der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ist zu beachten, dass nach der Shevill-Entscheidung des EuGH¹³ ausschließlich am Handlungsort der gesamte Schaden geltend gemacht werden kann. An den Erfolgsorten lässt sich nur der im jeweiligen Staat eingetretene Teilschaden (wie auch immer dieser territorial berechnet werden soll) geltend machen.

Bei Immaterialrechtsgütern kommen als zuständigkeitsbegründender Tatort i. S. d. Art. 5 Nr. 3 EuGV VO nur solche Orte in Betracht, an denen zumindest ein Teilakt einer dem Rechtsinhaber ausschließlich zugeordneten Nutzungs- oder Verwertungshandlung begangen worden ist.¹⁴ Ob eine zuständigkeitsbegründende Tathandlung im Inland begangen worden ist, bestimmt das angerufene Gericht nach dem Recht, das durch das Internationale Privatrecht des Forumstaates zur Anwendung berufen ist. Dies ist regelmäßig das Recht des Schutzlandes (lex loci protectionis), also die Immaterialgüterrechtsordnung des Staates, für dessen Gebiet Schutz begehrt wird.¹⁵ Wenn etwa ein deutsches Gericht wegen der Internet-Abrufbarkeit von urheberrechtlich geschütztem Material in der BRD angerufen wird, bestimmt es seine Zuständigkeit aus Art. 5 Nr. 3 EuGV VO danach, ob diese Abrufbarkeit (in Deutschland) eine Verletzungshandlung nach dem deutschen Urheberrechtsgesetz darstellt. Ob eine zuständigkeitsbegründende Tathandlung im Inland begangen worden ist, bestimmt sich also nach dem materiellen Immaterialgüterrecht des Landes, für dessen Gebiet Immaterialgüterrechtsschutz beansprucht wird und damit regelmäßig nach inländischem Recht. Für die Verwendung von immaterialgüterrechtlich geschütztem Material im Internet bedeutet dies, dass das materielle Recht des Schutzlandes darüber entscheidet, ob die Abrufbarkeit (auf seinem Territorium) allein ausreichend ist, eine Verletzungshandlung und damit eine Gerichtspflichtigkeit des Handelnden im Schutzland nach Art. 5 Nr. 3 EuGV VO zu begründen.

In der EU erfasst Art. 3 der neuen Urheberrechtsrichtlinie¹⁶ explizit die „öffentliche Zugänglichmachung“ von geschütztem Material in der Weise, dass dieses „Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist“ und definiert damit das zum-Abruf-bereithalten und auch die Abrufbarkeit im Internet als erlaubnispflichtige Handlung. Für eine solche Auslegung spricht auch Erwägungsgrund 25 der Richtlinie, wonach Art. 3 das Recht umfasst, geschützte Inhalte „im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen“.¹⁷

Im Bereich der gewerblichen Schutzrechte (insbesondere Marken- und Patentrecht) stellt sich ebenfalls die Frage, ob die Abrufbarkeit einer im Inland markenrechtlich geschützten Domain oder – mit Blick auf die USA – die Online-Verwendung einer im Inland patentierten implementierten Geschäftsmethode allein ausreicht, um dort eine Verletzungshandlung und damit Tatort-Gerichtszuständigkeit zu begründen.

Für die Verwendung eines in Deutschland markenrechtlich geschützten Begriffes als Domain unter dem Top-Level

⁸ Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 4. April 1997–34 O 191/96, WM 1997, 1444.

⁹ LG Potsdam, Urteil vom 4. Juli 2001, MMR 2001, 833. Siehe BGH, GRUR 1971, 153 – Tampax; WRP 1977, 487.

¹⁰ Für den Kontakt zu Beklagten aus der Schweiz ist noch das Lugano-Übereinkommen vom 16. September 1988 zu beachten, das sich aber vom EuGVÜ nicht sonderlich unterscheidet.

¹¹ Council Regulation (EC) No. 44 (2001) of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

¹² So auch Schack, MMR 2000, 135, 138.

¹³ EuGH, Rs. C-68/93, Slg. 1995, I 417. Siehe dazu auch Mankowski, RabelsZ 1999, 257, 274 f.

¹⁴ Da Immaterialgüterrechte (anders als Sachenrechte) real nirgends zu belegen sind, kann es keinen vom Handlungsort verschiedenen Erfolgsort geben. Maßgeblich ist allein, wo in die dem Rechtsinhaber ausschließlich zugeordneten Handlungsbefugnisse eingegriffen wird.

¹⁵ Diese weltweit anerkannte Kollisionsnorm folgt aus dem Territorialitätsprinzip, wonach ein Immaterialgüterrecht nur für das Territorium des gewährenden Staates Geltung beanspruchen kann. Nur dort kann es auch verletzt werden. D. h., ein nach dem deutschen UrhG gewährtes Urheberrecht kann auch nur durch eine Handlung in der BRD verletzt werden. Das Schutzlandprinzip ist i. Ü. in Art. 5 II RBÜ kodifiziert.

¹⁶ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

¹⁷ Selbst wenn man das „making available right“ nur in dem Staat, von dem aus das Material ins Netz gestellt wird, als verletzt ansieht, würde man doch über eine Zurechnung weiterer Vervielfältigungshandlungen der Internetnutzer (browsing, RAM Kopie und vor allem Downloads) zu einer Tathandlung im Abrufstaat gelangen.

„com“ durch ein US Unternehmen hat das KG Berlin¹⁸ die Abrufbarkeit in der BRD allein als ausreichend erachtet, um seine Zuständigkeit für die vom deutschen Markenrechtsinhaber eingereichte Verletzungsklage zu bejahen.

In der Literatur gibt es allerdings auch Stimmen, die zur Bejahung eines inländischen Tatortes einen weiteren Inlandsbezug als die rein technisch bedingte Abrufbarkeit im Inland verlangen¹⁹ – inwieweit sich solche Ansätze durchsetzen, bleibt abzuwarten.

Für Unternehmen, die im Rahmen ihres Internetauftritts immaterialgüterrechtlich geschütztes Material verwenden, führt die besondere Tatortzuständigkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGV VO zu beunruhigenden Ergebnissen: Sie laufen Gefahr, sofern ein Dritter eigene Rechte an diesem Material geltend macht, an jedem Abrufort innerhalb der EU wegen der Verwendung dieses Materials auf Schadensersatz²⁰ und insbesondere Unterlassung verklagt zu werden.

Der mit dieser Konzeption verbundene fliegende Gerichtsstand ist schwer zu handhaben. Denn deutsche Gerichte sind danach für die Entscheidungen zahlreicher Internet-Streitigkeiten zuständig, ohne die Zuständigkeit – wie angloamerikanische Gerichte – wegen „forum non conveniens“ ablehnen zu können.²¹ Das Problem gerade der deutschen Regeln zum internationalen Zivilverfahrensrecht liegt damit nicht in der Aufdrängung, sondern in der fehlenden Möglichkeit einer Abdrängung einer internationalen Zuständigkeit. Allerdings entwickeln sich inzwischen auch Tendenzen dahingehend, die Zuständigkeitsregeln eng auszulegen. So war es lange Zeit möglich, sog. Torpedo Claims vor Brüsseler Instanzgerichten zu lancieren; eine solche Klage des vermeintlichen Rechtsverletzers, gerichtet auf negative Feststellung der Rechtsverletzung, hätte zur Zuständigkeit Brüsseler Gerichte geführt und andere Gerichtsstände in Europa nach dem Gedanken „lis pendens“ ausgeschlossen. Dem hat das Brüsseler Appellationsgericht in seiner Entscheidung vom 20. Februar 2001 ein Ende gesetzt, in der das Gericht betont, dass Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ nicht für negative Feststellungsklagen gelte.²²

b) Die Konvention von Den Haag

Neuerdings wird das Problem in der Diskussion rund um die Verabschiedung einer Den Haag Konvention für die internationale Zuständigkeit und Anerkennung von Zivilurteilen diskutiert. Im September 1999 verabschiedete eine Arbeitsgruppe einen ersten Entwurf für eine solche Konvention. Dieser wurde im Juni 2001 erstmals im Rahmen einer Diplomatischen Konferenz diskutiert.²³ Vor Ende 2002 wird nicht mit dem zweiten Teil der Diplomatischen Konferenz gerechnet.

Wie sonst auch war hierin der Beklagtenwohnsitz als allgemeiner Gerichtsstand vorgesehen (Art. 3). Nach Art. 10 soll bei Delikten hauptsächlich am Handlungsort geklagt werden.

Am Erfolgsort besteht eine Zuständigkeit nur solange, wie der Beklagte nicht geltend macht, dass für ihn eine Berührung mit dem Erfolgsort unvorhersehbar war. Auch soll am Erfolgsort – in Anlehnung an die Shevill-Entscheidung des EuGH – nur der jeweils dort angefallene Schaden geltend gemacht werden können; der volle Schaden kann nur am Handlungsort eingeklagt werden. Ferner besteht die Möglichkeit, in Anwendung der forum non conveniens-Lehre die Zuständigkeit abzudrängen (Art. 22). Die USA möchten darüber hinaus für den elektronischen Handel noch eine Regelung, wonach die Deliktzuständigkeit nicht gilt, wenn der Beklagte geeignete Maßnahmen getroffen hat, um zu vermeiden, dass er in diesem Staat einer Tätigkeit nachgeht oder eine Tätigkeit auf ihn ausrichtet (Art. 10 Abs. 3).

Für große Proteste, vor allem in den USA, sorgte die Einführung eines ausschließlichen Gerichtsstandes am Registerort bei der Klärung der Nichtigkeit und Verletzung von Immaterialgüterrechten (Art. 12 [4] des Entwurfs). Hintergrund des Entwurfs ist die Situation in Großbritannien und Australien, wo Nichtigkeit und Verletzung von Immaterialgüterrechten einheitlich durch ein Spezialgericht geklärt werden. Zu Recht wird aber bemängelt, dass diese Regelung Marken kraft Verkehrsgeltung nicht umfassen könne, da diese nicht bei einem Markenamt registriert werden. Wenig hilfreich ist auch der Verweis im Entwurf darauf, dass die Zuständigkeit am Registergericht nicht zum Tragen kommt, wenn das Bestehen des Schutzrechts nur eine Vorfrage sei (Art. 12 [6]). Denn nach der Common Law Tradition ist z. B. das Bestehen eines Schutzrechts nicht nur eine Vorfrage, wenn es um die Verletzung des Rechtes geht.²⁴ Abgelehnt wird auch eine Anwendung dieser Regelung auf urheberrechtliche Sachverhalte, da es insofern nicht um ein Schutzrecht mit Registrierungspflicht handelt.

II. Zuständigkeit bei Verträgen

Anders als im Deliktsrecht ist im Vertragsrecht eine Rechtswahl der Parteien denkbar. § 38 Abs. 1 ZPO lässt eine Gerichtsstandvereinbarung zu, wenn die Vertragsparteien Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind. Ferner kann die Zuständigkeit vereinbart werden, wenn eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat (§ 38 Abs. 2 ZPO). Mit Verbrauchern ist eine Gerichtsstandvereinbarung nicht zulässig. Diese Regeln gelten entsprechend auch für die Frage der internationalen Zuständigkeit. Art. 17 Abs. 1 EuGVÜ lässt eine Gerichtsstandvereinbarung zu, wenn diese schriftlich oder mündlich mit schriftlicher Bestätigung oder in einer zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheit entsprechenden Form abgeschlossen worden ist. Zulässig sind solche Verträge auch mit Verbrauchern (anders als nach der ZPO). Zum Schutz der Verbraucher kommt aber das Schriftformerfordernis zum Tragen, das nur dann erfüllt wird, wenn zumindest ein der klassischen Schriftform

¹⁸ KG Berlin, Urteil vom 25.03.1997-5 U 659/97, siehe CR 1997 (S. 685) – hier wurde die Zuständigkeit auf den insoweit inhaltsgleichen § 32 ZPO gestützt. Zur Bejahung des inländischen Tatortes reichte dem Gericht eine bestimmungsgemäße Abrufbarkeit im Inland.

¹⁹ Siehe z. B. Koch „Internationale Gerichtsbarkeit und Internet“, CR 1999 (S. 121). Oft wird ein Verhalten, das in irgendeiner Form auf den Forumstaat ausgerichtet ist, verlangt.

²⁰ Wobei jedoch nur der in dem jeweiligen Abrufstaat entstandene Schaden eingeklagt werden kann.

²¹ Vgl. auch den „special circumstances“-Test im japanischen Recht z. B. in D. Kono v. Taro Kono.

²² Vgl. <http://www.infozclear.com/EN/downloads/wipr6.pdf>.

²³ Die Ergebnisse der Beratungen finden sich auf der Website der Haager Konferenz; <http://www.hcch.net>.

²⁴ Siehe Report of the Experts on the Intellectual Property Aspects of the Future Convention, Preliminary Document No. 13 vom April 2001, April 2001, S. 6.

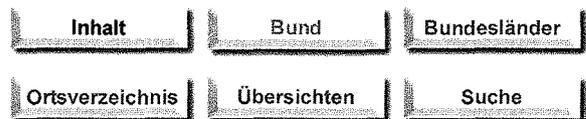
gleichwertiger Übereilungsschutz gesichert ist. Außerdem ist zu beachten, dass für den Abschluss von Distanzgeschäften mit Verbrauchern besondere Gerichtsstände gelten (Art. 13 Abs. 1 Nr. 3), die auch nicht im Vorhinein abdingbar sind (Art. 15). Dieser besondere Gerichtsstand wird noch in der neuen EU-Verordnung verschärft, wonach es für einen Gerichtsstand am Sitz des Verbrauchers ausreichen soll, wenn ein Verkäufer „directs . . . activities to that Member State“ (Art. 15 [1] lit. c).

Auf internationaler Ebene ist die EU-Tendenz zum Schutz des Verbrauchers kritisiert worden, insbesondere von den USA im Rahmen der Verhandlungen für das Haager-Zuständigkeitsübereinkommen. Nach Art. 7 Abs. 1 des Haager Entwurfs sind die Gerichte des Staates zuständig, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat. Das Klagebegehren muss jedoch mit einem Vertrag in Zusammenhang stehen, die der Nicht-Verbraucher in diesem Staat vorgenommen oder auf diesen Staat ausgerichtet hat (Art. 7 Abs. 2). Zum Schutz von Unternehmen im E-Commerce-Bereich schränkt Art. 7 Abs. 3 diesen Verbraucher-Gerichtsstand wieder ein. Hiernach wird eine Tätigkeit nicht als auf einen Staat ausgerichtet angesehen, wenn der Nicht-Verbraucher nachweist, dass er angemessene Maßnahmen getroffen hat, um Vertragsabschlüsse mit Verbrauchern, die in diesem Staat ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, zu verhindern.

III. Vollstreckung

Die Probleme kulminieren schließlich im Bereich der Vollstreckung. Selbst wenn es gelingt, einen ausländischen Verletzer vor einem Gericht zu verklagen und eine Sachentscheidung zu erwirken, muss diese auch vollstreckt werden können. Im Rahmen des EuGVÜ ist dies regelmäßig kein Problem, auch wenn sich die Vollstreckung in manchen europäischen Staaten (z. B. in Italien oder in Belgien) zeitlich schwierig gestalten kann. Außerhalb Europas ist eine Vollstreckung jedoch nur nach Maßgabe bilateraler Vollstreckungsübereinkommen gewährleistet, die oft nicht bestehen. So kann sich ein „Pirat“ guten Mutes eine ausländische „Vollstreckungsoase“ als Standort seines Servers aussuchen, um von dort aus die ganze Welt z. B. mit marken- und urheberrechtsverletzenden Raubkopien zu beliefern. Hier rächt sich die nationalstaatliche Wurzel des Rechts; hier wird das Internet de facto zum rechtsfreien Raum, der alle Juristen Lügen straft.

Prof. Dr. Thomas Hoeren leitet die zivilrechtliche Abteilung des Instituts für Informationsrecht, Telekommunikationsrecht und Medienrecht der Universität Münster in Deutschland. In Österreich lehrt er im Rahmen des Universitätslehrgangs für Informationsrecht und Rechtsinformation.



Das online-Lexikon der Behörden und Institutionen Österreichs

Informieren Sie sich online über die Bundes-, Landes- und Gemeindebehörden und die zuständigen Beamten und Vertragsbediensteten:

- Bundesregierung, 9 Landesregierungen, 2.359 Gemeinden
- 25.000 öffentlichen Stellen und Institutionen
- 150.000 Personen
- Adressen, Telefon, Fax, E-Mail und Internet

Die online-Version des Österreichischen Amtskalenders besticht durch hohen Bedienungskomfort, zahlreiche Suchfunktionen und durch ein beeindruckendes Preis-/Leistungsverhältnis. Überzeugen Sie sich selbst:

www.amtskalender.com

Zahlreiche Funktionen, wie Volltextrecherche, Namenssuche Wort-/Indexlisten und übersichtliche Menüs unterstützen die Suche. Im Ortsteil kann zusätzlich nach Gemeindenamen, Postleitzahl und Gemeindekennziffer gesucht werden.

Österreichische Amtskalender – als Buch, auf CD-ROM oder jetzt neu: online



Die Internetrevolution endete genauso überraschend, wie sie begonnen hatte. Niemand hatte die Explosion von Innovation und Kreativität erwartet, die das Netzwerk verursachte, wenige hatten geglaubt, dass es so schnell und so endgültig zusammenbrechen würde, wie dies der Fall war. Das Phänomen wirkt wie eine Sternschnuppe, die unangekündigt die Dunkelheit erhellt, um dann genauso unerwartet wieder zu verschwinden.

Doch weder das Auftauchen noch das Verschwinden dieser Revolution ist schwer zu verstehen. Die Schwierigkeit liegt darin, zu akzeptieren, was eine genaue Beobachtung zeigt: Wiewohl das Internet in den USA entstand, beruhte sein Erfolg auf Ideen, die weit weg zu sein scheinen von den modernen amerikanischen Idealen von Eigentum und Marktfreiheit. Wie Professor Carol Rose von der Yale Law School es treffend ausdrückt, sind Amerikaner von der Idee überzeugt, die Welt sei bestmöglich organisiert, wenn sie unter Privateigentümern aufgeteilt würde und wenn der Markt die Verteilung der Ressourcen perfekt regelte. Das Internet aber war erfolgreich, weil essenzielle Ressourcen nicht unter Privateigentümern verteilt waren. Kernressourcen blieben im Gemeingebrauch. Es war dieser Gemeingebrauch, der den enormen Erfolg ermöglichte. Es ist die Einengung dieses Gemeingebrauchs, der seinen Untergang verursachen wird.

Die Gemeinfreiheit war Teil der Architektur des ursprünglichen Netzwerkes. Sein Design sicherte ein Recht auf dezentrale Innovation. Dieses gemeinschaftliche Recht auf Innovation erzeugte die Vielfalt an Kreativität, die das Netz innerhalb, aber stärker noch außerhalb der USA, erlebte. Das Potenzial einer unentgeltlich nutzbaren und freien Plattform für Handel und Innovation ist dann von größtem Nutzen, wenn die Alternativen der wirklichen Welt weder frei noch offen sind.

Entscheidungsträger – insbesondere außerhalb der USA – müssen die Wichtigkeit des architektonischen Designs für die Innovation und Kreativität des ursprünglichen Netzes verstehen. Das Potenzial des Internet hat gerade erst begonnen realisiert zu werden, insbesondere außerhalb der USA. Jedoch verstärken sich alte Formen des Denkens wieder innerhalb der USA und wollen sein Design ändern. Änderungen im ursprünglichen Wesen des Internet werden das Potenzial des Netzes überall bedrohen, indem sie die Gelegenheit für Innovation und Kreativität behindern. Genau in dem Moment, in dem die Veränderung einen wirklichen und bedeutungsvollen Effekt entwickeln könnte, gelingt es einer Gegenrevolution, das Potenzial des Netzwerks auszuhöhlen.

Die Motivation für diese Gegenrevolution ist so alt wie Revolutionen selbst. Wie Machiavelli lange vor dem Internet beschrieben hat, schafft Innovation Feinde; all jene, die vom alten Regime profitiert haben, während nur geringe Unterstützung von jenen kommt, die vom neuen profitieren würden. So ist es auch heute. Diejenigen, die vom alten Regime profitierten, sind vom Internet bedroht; dieser Text stellt dar, wie sie reagieren. Jene, die vom neuen Regime profitieren würden, sind noch nicht stark genug, um es gegen das alte zu verteidigen; ob sie je stark genug sein werden, ist fraglich. Die Antwort auf diese Frage fällt bisher negativ aus.

Die neutrale Zone

Gemeingut ist eine Ressource, zu der jeder in einer Gemeinschaft gleichen Zugang hat. Es ist eine Ressource, die nicht in relevanter Weise kontrolliert wird. Privates oder staatliches Eigentum ist eine kontrollierte Ressource, Nutzungen sind nur in der vom Eigentümer zugelassenen Form erlaubt. Gemeingut ist nicht Gegenstand einer derartigen Kontrolle. Neutrale oder für jeden gleiche Beschränkungen können Anwendung finden (zB Eintrittsgeld in einen Park), aber es gibt keine Beschränkungen durch einen Eigentümer. Gemeingut ist insoweit „freie“ Ressource.

Gemeingüter sind Einrichtungen jeder Kultur. Sie sind besonders wichtig für Kulturen außerhalb der USA. Elionor Ostrom, Professor für Politikwissenschaften, hat große Anstrengungen unternommen, ihre Bedeutung in einer großen

Information im Gemeingebrauch

Lawrence Lessig

Bandbreite von globalen Kontexten zu zeigen. In der US-amerikanischen intellektuellen Kultur aber wird ein Gemeingut als mangelhafte Ressource behandelt – Gegenstand einer Tragödie, wie der Biologe Garrett Hardin bekannterweise nachgewiesen hat; es bietet einen nur imperfekten Anreiz, Ressourcen zu erschließen und zu konsumieren. Wo immer Gemeingut existiert, besteht das Ansinnen, es zu beseitigen: Gemeingüter sind entbehrliche Überbleibsel einer vergangenen Zeit, die am besten entfernt werden.

Für die meisten Ressourcen macht dieser Vorbehalt gegen Gemeingüter Sinn. Es ist zwar durchaus zutreffend, dass Individuen einen Anreiz erfahren, gemeinfrei gehaltene Ressourcen aufzubauchen und dadurch zu zerstören. Aber bei manchen Ressourcen ist dieser Vorbehalt unberechtigt. Manche Ressourcen sind nicht Gegenstand der Tragödie der Gemeingüter, da sie offensichtlich nicht erschöpft werden können (ganz egal, wie sehr wir die Quelle von Einsteins Relativitätstheorie nutzen oder eine Kopie von Robert Frosts Gedicht „New Hampshire“, bleiben diese Ressourcen bestehen). Bei diesen Ressourcen besteht die Herausforderung darin, die Verfügungsfreiheit über sie herbeizuführen anstatt ihre Erschöpfung zu vermeiden. Da die Probleme der freien Verfügung (über Ressourcen) sich sehr von den Problemen der Erschöpfung (von Ressourcen) unterscheiden, führt die Verwechslung von beidem zu fehlgeleiteten Regelungen.

Diese Fehlleitung ist besonders folgenschwer, wenn man das Internet betrachtet. In seinem Kern ist das Internet Design, das ohne klare Kenntnis seiner Folgen entwickelt wurde – ein Design, das neuartig war unter großen Computern und Kommunikationsnetzwerken. Dieses Design, das mit dem „end-to-end“ Argument durch die Netzwerkentwickler Jerome Saltzer, David Clark, and David Reed bezeichnet werden kann, beeinflusst, wo „Intelligenz“ im Netzwerk lokali-

siert wird. Traditionelle Computerkommunikationssysteme positionierten Intelligenz und damit Kontrolle im Netzwerk selbst. Netzwerke waren „intelligent“, sie wurden von Menschen entwickelt, die glaubten, sie wüssten über jede mögliche Einsatzmöglichkeit des Netzwerkes Bescheid.

Das Internet entstand zu einer Zeit, in der eine neue Philosophie in der Computerwissenschaft entstand. Sie erwartete, dass die Netzwerkdesigner keine klare Vorstellung von all den Nutzungsmöglichkeiten des Netzwerkes haben würden. Sie riet daher zu einem Design, das so wenig Intelligenz wie möglich in das Netzwerk selbst legte, um es frei dafür zu machen, an seinem Ende beliebige Applikationen zu ermöglichen.

Die Motivation für dieses neue Design war Flexibilität. Die Konsequenz war Innovation. Da Entwickler keine Erlaubnis der Netzwerkeigentümer benötigten, um eine neue Applikation oder einen Inhalt durch das Netzwerk verfügbar zu machen, waren Entwickler deutlich freier als früher, neue Verbindungsmöglichkeiten zu schaffen. Technisch erreichte das Netzwerk dieses Design, indem es sich einzig darauf konzentrierte, Datenpakete zu versenden, ohne einen Gedanken an deren Inhalt oder deren Eigentümer zu verschwenden. Auch kümmert sich das Netzwerk nicht weiter darum, ob alle Pakete den Weg zu ihrem gewünschten Empfänger finden. Das Netzwerk „bemüht sich“; alles, was mehr erfordert, ist Sache der Applikationen an beiden Enden der Verbindung. Wie ein effizientes Postunternehmen leitet das Netzwerk die Daten einfach weiter.

Indem das Internet die Möglichkeit verweigerte, das Netzwerk für eine bestimmte einzelne Applikation oder eine bestimmte Dienstleistung zu optimieren, hielt es die Möglichkeit von neuen Innovationen offen. Das World Wide Web ist das vielleicht beste Beispiel. Das Web war die Erfindung von Tim Berners-Lee im CERN Laboratorium in Genf. Berners-Lee wollte es Usern eines Netzwerkes ermöglichen, leichten Zugang zu Dokumenten zu erlangen, die anderswo im Netzwerk gespeichert waren. Er entwickelte daher eine Anzahl von Protokollen, um Hypertextlinks zwischen Dokumenten im Netzwerk zu ermöglichen. Wegen der end-to-end Architektur des Internets konnten diese Protokolle auf die ursprünglichen Internetprotokolle gesetzt werden. Das bedeutete, dass das Internet wachsen konnte, um das Web (mit-)einzuschließen. Wenn das Netzwerk weniger end-to-end orientiert gewesen wäre – etwa, indem das Design verändert worden wäre, um Telefonie zu befördern, wie es in den 80ern von vielen gewünscht worden war – wäre das Web nicht möglich gewesen.

Das end-to-end Design ist das Herz des Internet. Wenn wir uns das Netzwerk als ein Gebilde von Schichten denken, dann wurde das end-to-end Design durch eine Zahl von Protokollen auf mittlerer Protokollebene beeinflusst – die wir die logische oder Code-Ebene nennen können. Unterhalb der Codeebene liegt die physikalische Ebene (die Computer und die Kabel, die sie verbinden), und darüber befinden sich Inhaltsebenen (die Anwendungen, die über das Internet genutzt und verteilt werden). Nicht alle diese Schichten wurden als Gemeingüter organisiert. Und viel des über des Internet verteilten Inhalts ist urheberrechtlich geschützt. Er ist ebenfalls nicht „frei“ für jedermann im Sinne eines Gemeinguts.

Die Codeebene des Internets hingegen war als Gemeingut organisiert. Aufgrund dessen kontrolliert niemand Inno-

vationmöglichkeiten auf dieser Ebene. Individuen kontrollieren die physikalischen Schichten, indem sie entscheiden, ob eine Maschine oder ein Netzwerk ans Internet angeschlossen wird. Aber wenn sie einmal verbunden sind, bleiben die Ressourcen für die Innovation des Netzwerkes – wenigstens nach der ursprünglichen Konzeption des Internet – frei.

Kein anderes großes Netzwerk der Geschichte ließ die Codeebene in dieser Form frei. Während des Großteils der Geschichte von Telefonmonopolen wurde die Erlaubnis, die Telefonieplattform innovativ zu verändern, rigoros kontrolliert. In den USA gelang es AT&T im Jahr 1956, die Kommunikationskommission (U. S. Federal Communications Commission) davon zu überzeugen, die Verwendung einer Plastikschale zu unterbinden, deren Zweck es war, Geräusche vom Telefonmikrofon fern zu halten: mit der Argumentation, nur AT&T habe das Recht auf Innovation im Telefonnetzwerk.

Das Internet wäre vielleicht ein obskures Hilfsmittel von regierungsunterstützten Wissenschaftlern geblieben, wenn Telefongesellschaften diese Linie durchgehalten hätten. Das Internet hätte niemals „abheben“ können, wenn normale Menschen nicht in der Lage gewesen wären, sich mit dem Netzwerk über Internet Service Provider (ISPs) unter Verwendung der bereits existierenden Telefonkabel zu verbinden. Ein solches Recht war jedoch nicht von Anfang an selbstverständlich. Vielmehr spielt hier ein wichtiges Ereignis in der Geschichte der Regulierung eine Rolle. Gerade in der Zeit, in der das Internet wuchs, entstand in den Telekommunikationsunternehmen ein neues Regulierungsparadigma. Bis in die frühen 80-er Jahre war das Telefoniemonopol frei darin, seine Kabel in der Weise zu kontrollieren, die es wünschte. Aber schon in den 60ern, deutlich schärfer noch in den 80ern, begann die Regierung, die Telefonieunternehmen zu zwingen, sich neutral zu verhalten. Erstens, indem verlangt wurde, dass die Telekomunternehmen ihren Kunden erlauben müssten, das verwendete Equipment selbst auszusuchen; zweitens, indem sie gezwungen wurden, auch Dritten den Zugang zu ihren Netzwerken zu gewähren.

Solche Forderungen an Telekommonopole wurden selten gestellt. In Europa und weltweit wurde es Telekommonopolisten gestattet, Kontrolle über die Nutzung ihres Netzwerkes auszuüben. Keine Zugangsmöglichkeit fungierte als Garantie für Wettbewerb. Und folgerichtig entstand auch kein Wettbewerb unter diesen Monopolen. Erst als die USA im Jahr 1984 das Monopol AT&T zerschlugen, hatten die dadurch neu entstehenden Unternehmen keine Freiheit mehr, andere Nutzungen ihrer Kabel zu diskriminieren. Als ISPs Zugang zu den lokalen Telefonnetzen verlangten, um ihren Kunden Zugang zum Internet zu verschaffen, musste dieser Zugang unter gleichen Bedingungen gewährt werden. Dies ermöglichte einen scharfen Wettbewerb im Bereich des Internetzugangs. Im Endeffekt garantierte der Wettbewerb die Herstellung eines end-to-end Designs auf der physikalischen Schicht des Telefonnetzes, wodurch es möglich wurde, darauf ein weiteres end-to-end Design aufzubauen.

Die Innovationen wurden auf eine physikalische Infrastruktur aufgebaut, die – aufgrund von Regulierung – Eigenschaften aufwies, die denen eines Gemeinguts ähnelten. Die Regulierung des Telefonsystems garantierte, dass das System das Internet als aufsteigenden Wettbewerber nicht diskriminieren durfte. Und das Internet selbst war – dank seines end-to-end designs – so strukturiert, dass keine bestimmte

Applikation oder Nutzungsweise andere Innovationen behindern oder diskriminieren konnte. Neutralität existierte auf der physikalischen Schicht ebenso wie auf der des Codes des Internet.

Und ebenso existierte als Grundsatz die Neutralität auf der Inhaltsebene des Internet. Wie beschrieben, beinhaltet die Contentebene alle Inhalte, die über das Netzwerk ausgetauscht werden – Webseiten, MP3s, E-Mails, Videoübertragungen – ebenso wie Anwendungsprogramme, die im Netzwerk laufen oder dieses mit Inhalten versorgen. Diese Programme sind von den Protokollen der Codeschicht (TCP/IP, auch die Protokolle des WWW) verschieden. Die letztgenannten Protokolle sind Gemeingut.

Der Code oberhalb dieser Ebene ist nicht Gemeingut. Er ist stattdessen entweder proprietär oder nicht. Der proprietäre Teil beinhaltet die bekannten Microsoft Betriebssysteme und Webserver ebenso wie Programme anderer Softwareunternehmen. Der nicht proprietäre Teil inkludiert open source Software, insbesondere das Linux (oder GNU/Linux) Betriebssystem, den Apache Webserver wie auch viele andere Verbindungsprogramme, die das Netz zum Arbeiten bringen.

Der nicht proprietäre Code erzeugt Gemeingut auf der Ebene der Inhaltsschicht. Die Gemeingüter sind hier nicht nur die spezifische Ressource, die ein bestimmtes Programm zur Verfügung stellen mag – zum Beispiel die Funktionalität eines Betriebssystems oder eines Webserver. Das Gemeingut beinhaltet auch den Sourcecode dieser Software, der von anderen eingesehen und verändert werden kann. Open source und freie Software müssen mit dem Source Code vertrieben werden, der Source Code muss für andere frei zugänglich und veränderbar sein. Dieser Gemeingebrauch auf der Inhaltsebene bedeutet, dass andere Open Source Software nehmen und darauf neue freie Software aufbauen können. Das bedeutet auch, dass der offene Source Code nicht verborgen und gegen einen Wettbewerber eingesetzt werden kann. Open Code kann durch spätere Nutzer immer weiter verändert werden – er ist daher dazu bestimmt, sich neutral zu späteren Nutzungen zu verhalten. Es gibt keinen „Eigentümer“ eines Open Source Software Projekts.

Dadurch wiederum – parallel zum end-to-end Design auf der Codeschicht – dezentralisiert Open Source Software Innovation. Sie hält eine Plattform neutral. Die Neutralität inspiriert Entwickler, für diese Plattform zu programmieren, weil sie nicht befürchten müssen, dass sich die Plattform in einem unerwünschten Sinne verändern wird. Offener Code garantiert daher ein Gemeingut für Innovation auf der Inhaltsebene.

Eine Innovationsmaschine

Das ursprüngliche Internet, wie es der Gesellschaft zugänglich gemacht wurde, enthielt kontrollierte und freie Elemente auf jeder Schicht des Netzwerkes. Auf der Ebene des reinen Codes war das Netzwerk gemeinfrei. Das end-to-end Design stellte sicher, dass kein Eigentümer eines Teilnetzwerkes Kontrolle über das Ganze ausüben konnte. Auf der physikalischen Ebene – Computer und Kabel, welche diese vernetzten – wurde zwar im Grundsatz kontrolliert, aber auch hier waren bestimmte Aspekte gemeinfrei. Man hatte das Recht, eine Maschine ans Netz zu hängen oder nicht, aber die Telefongesellschaften hatten kein Recht, bestimmte Nutzungsarten ihres Netzwerkes zu diskriminieren. Auf der Inhaltsebene wur-

den viele Ressourcen kontrolliert. Aber eine entscheidende Bandbreite von für das Netz essentiell wichtiger Software blieb gemeinfrei. Entweder durch Open Source Software oder durch eine kostenlose Lizenz war garantiert, dass diese Ressourcen nicht alleinig kontrolliert werden konnten.

Die Balance zwischen Freiheit und Kontrolle verursachte eine beispiellose Explosion von Innovation. Die Macht und das Recht auf Innovation war im Kern dezentralisiert. Das Internet mag eine amerikanische Erfindung gewesen sein, aber Entwickler aus der ganzen Welt konnten auf dieser Plattform aufbauen. Und bezeichnenderweise stammen daher einige der wichtigsten Entwicklungen von „Outsidern“.

So wurde zum Beispiel die wichtigste Technologie für den Zugang zum und das Surfen im Netz, das World Wide Web, nicht von Unternehmen entwickelt, die sich auf Netzwerkzugang spezialisiert hatten, wie AOL oder CompuServe. Das Web wurde von einem Wissenschaftler in einem Schweizer Laboratorium entwickelt, der als Erster sein Potenzial erkannte und dann für dessen Umsetzung kämpfte. Es waren auch nicht die etablierten E-Mail Provider, die die Idee webbasierender E-Mail entwickelten. Dies war die Erfindung eines US-Immigranten indischer Herkunft, Sabeer Bhatia, und die Idee ermöglichte die Entstehung einer der weltweit am schnellsten wachsenden Gemeinschaften der Geschichte: Hotmail.

Und es waren nicht traditionelle Netzwerkprovider oder Telefongesellschaften, die die Technologien zum Onlinechatten entwickelten. Der erste (community-based operierende) Chatdienst im Netz wurde von einem Israeli entwickelt. Sein Dienst (ISQ) konnte sich explosionsartig verbreiten (und dann für 400 Millionen \$ verkauft werden), weil das Netzwerk für eine derartige Innovation offen war.

Die Revolution im Buchhandel schließlich, die Amazon durch eine Technologie ausgelöst hat, die individuelle Vorlieben der Kunden registriert und diesen entsprechende Vorschläge macht, wurde weit weg von traditionellen Verlagshäusern entwickelt. Durch Analyse eines breiten Querschnitts von Daten über Käufe von Kunden, unter Verwendung einer vom MIT entwickelten Software, kann Amazon vorhersagen, wofür sich ein spezieller Kunde wahrscheinlich interessiert. Amazon kann daraufhin dem Kunden gezielt das anbieten, was er wahrscheinlich möchte. Entsprechende Empfehlungen fördern daher Umsätze ohne hohe Kosten für Anzeigenkampagnen oder sonstige Werbemaßnahmen. Buchhändler wie Amazon sind damit in der Lage, sich gegen traditionelle Buchhändler durchzusetzen, was Amazons rasches Wachstum in Asien und Europa teilweise erklären könnte.

Diese Innovationen sind auf der Ebene von Internetdiensten angesiedelt. Viel folgenreicher waren Entwicklungen im Bereich des Inhalts. Das Internet hat nicht nur Erfindungen inspiriert, es hat auch das Publizieren in einer Weise gefördert, die in der traditionellen Welt des Verlagswesens nicht möglich war. Von gemeinschaftlichen Datenbanken mit Informationen über CDs oder Kinofilme bis zu Onlinearchiven mit Lyrik finden sich Beispiele einer Form von Kreativität, die möglich war, weil das Recht auf Innovation nicht kontrolliert wurde.

Wiederum sind die Beispiele nicht auf die USA beschränkt. Opendemocracy.org ist ein in London beheimatetes, auf Webbasis funktionierendes Forum zum Zwecke der Debatte und des Meinungsaustauschs über Fragen der De-

mokratie in der ganzen Welt. Es verspricht, das erste internationale Forum des Gedankenaustauschs über Demokratie- und Regulierungsideen zu werden. Ein derartiges Forum konnte nur entstehen, weil keine Koordination unter den internationalen Teilnehmern notwendig war. Und es kann gehen, weil die Debatte zu geringen Kosten möglich ist.

Die Geschichte sollte uns eine Lehre sein. Jede bedeutende Innovation im Internet entstand außerhalb der Bereiche traditioneller Anbieter. Das Neue entspringt entfernt vom Alten. Das lehrt uns die Notwendigkeit, die Plattform für Innovationen offen zu halten. Aber leider ist diese Plattform nunmehr unter Druck geraten. Jede technologische Veränderung schafft Sieger und Verlierer. Die Verlierer haben ein Interesse daran, die Änderung zu verhindern, sofern sie das können. Das ist eine Lehre, die uns Machiavelli gelehrt hat. Die gleiche Erfahrung machen wir gerade mit dem Internet. Die innovativen Gemeingüter des Internet bedrohen wichtige und machtvollere Interessen aus Vor-Internet-Zeiten. Während der letzten fünf Jahre haben die Vertreter dieser Interessen mobil gemacht, um eine Konterrevolution zu beginnen, die nun globale Auswirkungen zeigt.

Die Gegenbewegung macht Druck sowohl auf der Ebene der physikalischen wie auf der inhaltlichen Schicht des Netzwerkes. Die entstehenden Veränderungen haben Auswirkungen auf Wachstum und Innovationsoffenheit, die das Internet ausmachen. Je-

der Entscheidungsträger, der ein Interesse am weiteren Wachstum des Internet hat, sollte gegenüber Veränderungen, die es bedrohen, skeptisch sein. Breit angelegte Innovation mag den Profit bestimmter etablierter Interessengruppen bedrohen, aber der soziale Nutzen, der aus dem weiteren unvorhersehbaren und unkontrollierbaren Wachstum entstehen wird, wird die individuellen, privaten Verluste bei weitem übersteigen – das gilt insbesondere für Staaten, die gerade erst anfangen, in großem Stil ans Netz zu gehen.

Ausschluss der Gemeingüter

Das Internet hob ab auf Grundlage von Telefonkabeln. Verbindungen mit geringer Bandbreite, mit Analogmodems hergestellt, ermöglichten die Verbindung von Millionen von Computern durch tausende ISPs. Lokale Diensteanbieter mussten ISPs Zugang zu lokalen Kabeln gewähren, es war ihnen nicht erlaubt, Internetnutzungen zu diskriminieren. Daher war die physische Plattform, die das Internet trägt, durch Regulierung gezwungen, neutral zu bleiben. Dieser Zwang hatte bedeutsame Folgen: Basierend auf Telefonkabeln konnte eine neue Industrie entstehen, unabhängig von den Zielen und Wünschen der Telefongesellschaften.

Sobald sich das Internet in Richtung Breitband entwickelt, ändert sich dies: Die dominierende Breitbandtechnologie in den USA ist derzeit das Fernsehkabel. Fernsehkabel

stehen unter anderen regulatorischen Rahmenbedingungen. Fernsehkabelnetzbetreiber haben im Allgemeinen keine Verpflichtung, Zugang zu ihrem Equipment zu ermöglichen, sie sind nicht verpflichtet, die Dienste, die sie anbieten, diskriminierungsfrei anzubieten. Fernsehkabelnetzbetreiber sind daher berechtigt, Unterschiede in den Internetanwendungen, die sie zulassen, zu machen.

In Konsequenz haben die Kabelanbieter begonnen, Druck auszuüben, um andere Grundsätze für die Codeebene des Netzwerkes zu etablieren. Kabelgesellschaften haben Technologien entwickelt, die ihnen Diskriminierungen ermöglichen. Cisco, zum Beispiel, entwickelte Router, mit denen es Kabelgesellschaften möglich ist, im Vorhinein festzulegen, welche Inhalte schnell und welche langsam übertragen werden. Durch diese und weitere Technologien werden Kabelgesellschaften in die Lage versetzt werden, Macht über die Inhalte und die Anwendungen auszuüben.

Diese Kontrolle hat in den USA bereits begonnen. Internet Service Provider, die auch Kabeldienstleistungen anbieten, haben ihre Macht, bestimmte Applikationen aus dem Netzwerk zu verbannen (in concreto die, die eine Peer to Peer Übertragung ermöglichen), bereits genutzt. Sie haben bestimmte Inhalte ausgeschlossen (zB Werbeeinschaltungen von Mitbewerbern), wenn und sofern sie mit ihrem eigenen Businessmodell nicht korrespondierten. Das Paradigma dieser Provider ist das Modell des Kabelfernsehens: die Kontrolle des Zugangs und des Inhalts.

Die europäische Erfahrung unterscheidet sich, zumal die Vorstellungen, die Kontrolle zu verstärken, auf ihrem Weg über den Atlantik schwächer werden. Die Versorgung mit Breitbandkabeln in Europa ist beschränkt. Im Jahr 2000 gab es weniger als 25 Breitbandverbindungen pro hundert Einwohner in Deutschland; die USA überschritten diesen Wert um das Zehnfache (Südkorea um das Vierzigfache). Aber die ursprüngliche Haltung der Europäischen Union war es, den Wettbewerb in der Telekommunikation zu fördern, um die Internetversorgung zu verbessern.

Die ersten Schritte in Europa spiegeln die ursprüngliche amerikanische Politik der Neutralität wider. Wie in den USA entsteht aber auch in Europa zunehmend eine Gegenbewegung. Auch hier beginnt die Idee, dass Netzwerkeigentümer Kontrolle über die Codeschicht (und damit auch über den Inhalt) ausüben sollen, Anklang zu finden.

In dem Ausmaß, in dem das Breitbandkabel für den Internetzugang wichtiger wird, werden sich die Bedingungen für Innovationen, wie sie im ursprünglichen Netzwerk existierten, ändern. Dieses Netzwerk wird, anstelle der Intelligenz an den Verbindungsenden anzusiedeln, dazu übergehen, die Intelligenz in stärkerem Maße im Netzwerk selbst zu lokalisieren. Und in dem Ausmaß, in dem das geschieht, wird das Netzwerk die Möglichkeiten strategischen Handelns zum Zwecke der Beförderung bestimmter Technologien gegenüber anderen ausweiten. Einem wesentlichen Zweck der technischen Neutralität auf der Codeebene wird damit geschadet und die Möglichkeiten, Innovation einschränken, werden größer.

Noch viel dramatischer ist der Druck der Inhaltsschicht auf die Codeschicht. Dieser Druck zeigt sich in zwei Formen. Erstens gibt es geradezu eine Explosion an Patenten und Patentrecht im Zusammenhang mit Software. Zweitens steigt das Maß an Kontrolle, das Träger von Urheberrechten auf die Verbreitung ihrer Inhalte ausüben.

Die Veränderungen im Patentrecht sind schwierig zu erklären, ihre Konsequenzen leicht zu sehen. Vor 20 Jahren begann das US-amerikanische Patentamt, Patente für Softwareerfindungen zu gewähren. Ende der 90er ließen die Gerichte, die die Patentierungen kontrollierten, diese Praxis endgültig zu und erweiterten den Patentschutz auch auf Fälle von „Geschäftsmethoden“. (Die Europäische Union hingegen hatte ursprünglich gegenüber Softwarepatenten eine deutlich skeptischere Einstellung. Der US-amerikanische Druck aber wird die EU früher oder später zu einer Angleichung ihrer Politik mit der der USA bewegen.)

Im Prinzip sind Patente dazu da, Innovation zu fördern. Jedoch bei Formen aufeinander folgender und komplementär verlaufender Innovationen gibt es so gut wie keinen Beweis, dass Patente diese fördern, vielmehr spricht einiges dafür, dass sie schaden. Wie jede Regulierung belasten Patente den innovativen Prozess finanziell gleichsam wie eine Steuer. Wie bei jeder Steuer sind manche (große Firmen eher als kleine, US-amerikanische eher als ausländische) Unternehmen eher in der Lage, diese zu bezahlen als andere. Open Source Software Projekte sind besonders stark von dieser Patentrechtsexplosion bedroht, da sie weniger gut in der Lage sind, adäquate Patentnutzungsvereinbarungen zu treffen.

Die dramatischsten Einschränkungen für Innovationen stammen aus den Händen der Träger von Urheberrechten. Urheberrecht ist dazu da, Künstlern die Kontrolle über ihre Werke für einen limitierten Zeitraum zu ermöglichen. Der Zweck liegt darin, Trägern von Urheberrechten einen ausreichenden Anreiz zu bieten, neue Werke zu schaffen. Aber Urhebergesetze stammen aus einer Zeit lange vor dem Internet. Und ihr Effekt im Bereich des Internet war, dass die Kontrolle über Innovation von den Entwicklern zu einer begrenzten Zahl weniger Berufener transferiert wurde.

Das deutlichste Beispiel für diesen Effekt ist Onlinemusik. Im Jahr 2000 kontrollierten fünf Gesellschaften 84% des weltweiten Musikhandels. Die Gründe für diese Konzentration sind mannigfaltig – unter anderem zu nennen sind die hohen Kosten für Marketing und Werbung. Der Effekt der Monopolisierung auf die Entwicklung des Musikschaffens ist groß: Es gibt sehr wenige Künstler, die in der Lage sind, mit ihrer Arbeit Geld zu verdienen und die wenigen, die dies tun, können es wegen des massenhaften Marketingeinsatzes der Plattenindustrie. Das Internet hatte das Potenzial, diese Realität zu verändern: einerseits, weil die Kosten des Vertriebs so niedrig sind, andererseits, weil das Netz auch das Potenzial schuf, die Werbekosten signifikant zu reduzieren. Die Kosten für Musik konnten sinken und die Einkünfte der Künstler steigen.

Vor fünf Jahren begann dieser Markt zu wachsen. Eine große Zahl von Onlinemusik Anbietern begann im Wettbewerb, neue, innovative Vertriebsformen zu entwickeln. Einige vertrieben MP3s gegen Entgelt (eMusic.com), manche entwickelten Technologien, um Kunden leichteren Zugang zu ihrer Musik zu ermöglichen (MP3.com), und manche erleichterten es Normalnutzern, ihre Musik mit anderen zu teilen (Napster).

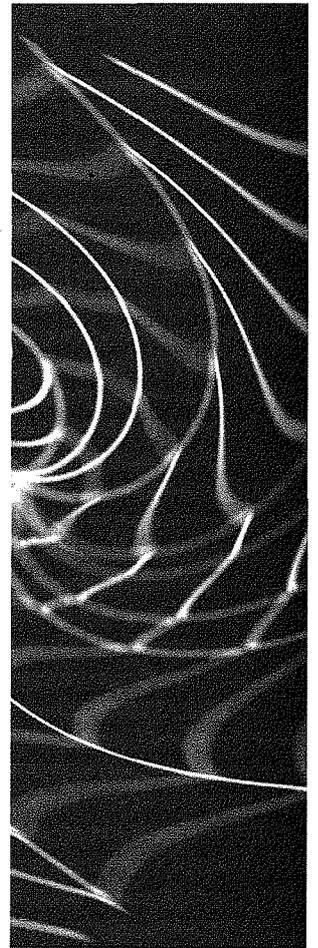
Aber genauso schnell wie diese Unternehmen wuchsen, gelang es den Anwälten der etablierten Medienunternehmen, sie wieder zu beseitigen. Die Anwälte argumentierten, dass Urheberrechte den Rechteinhabern das exklusive Recht gewährten, zu kontrollieren, wie die Produkte, an denen ein Urheberrecht bestünde, genützt würden. Die amerikanischen Gerichte stimmten dem zu.

Um den richtigen Zusammenhang dieser Diskussion herzustellen, sollten wir uns das letzte Beispiel einer technologischen Veränderung ansehen, das eine neue Art des Vertriebs von Inhalten ermöglichte: Kabelfernsehen, das passenderweise als erstes Napster bezeichnet wurde. Eigentümer von Kabelfernsehensystemen stellten im Prinzip eine Antenne auf und „stahlen“ terrestrisch übertragene Sendungen, um sie ihren Kunden zu verkaufen. Als die Gerichte angerufen wurden, den „Diebstahl“ zu unterbinden, lehnten sie dies ab. Zweimal entschied der Supreme Court, dass eine derartige Nutzung fremden urheberrechtlich geschützten Materials fremde Urheberrechte nicht verletze.

Als der Kongress schließlich das Urheberrechtsgesetz änderte, fand er eine wichtige und illustrative Balance: Träger von Urheberrechten erhielten Anspruch auf Kompensation für die Nutzung ihrer Inhalte in Kabelnetzwerken, gleichzeitig erhielten Kabelgesellschaften das Recht, urheberrechtlich geschütztes Material zu verbreiten. Der Grund dieser Balance ist einfach auszumachen: Träger von Urheberrechten haben zweifellos ein Recht auf Entgelt für ihre Arbeit. Aber das Recht auf Entgelt darf nicht zu einem Recht auf Kontrolle über Innovation transformiert werden. Anstatt Trägern von Urheberrechten ein Vetorecht im Hinblick auf einen bestimmten Gebrauch ihres Werks zuzubilligen, stellte der Kongress sicher, dass Träger von Urheberrechten zwar bezahlt werden, nicht aber das Recht erhalten sollen, eine bestimmte neue Nutzungsart ihrer Arbeit zu verhindern und damit Kontrollmacht auszuüben: Kompensation ja, Kontrolle nein.

Dieselbe Lösung hätte durch den Kongress im Hinblick auf Onlinemusik gefunden werden können: Aber diesmal zögerten die Gerichte nicht, die Kontrolle der Urheberberechtigten auszudehnen. Die monopolisierten Verwerter der Urheberrechte konnten dadurch die Entwicklung eines konkurrierenden Vertriebsmodells verhindern. Und der Kongress hatte keine Motivation, zwingendes Recht zu schaffen. Die Strategie der Musikindustrie war einfach genug: Es ging darum, neue, in Wettbewerb stehende Vertriebsformen zu eliminieren und sie durch ein Modell des Musikvertriebs im Netz zu ersetzen, das mit den bisherigen Formen eher vergleichbar war.

Dieser Trend wurde durch Maßnahmen des Kongresses unterstützt: 1998 verabschiedete der Kongress den Digital Millennium Copyright Act (DMCA), welcher Technologien verbietet, die dazu dienen können, Technologien zum Schutz von Urheberrechten zu umgehen und der einen starken Anreiz für Internet Service Provider schuf, alles Material von ih-



ren Seiten zu verbannen, das möglicherweise eine Verletzung von Urheberrechten darstellen könnte.

An der Oberfläche scheinen beide Veränderungen sinnvoll zu sein. Technologien zum Schutz von Urheberrechten sind mit Schlössern vergleichbar. Welches Recht hat irgendjemand, ein Schloss zu brechen? Und Internet Service Provider sind in der besten Position sicherzustellen, dass Urheberrechtsverletzungen auf ihren Websites nicht geschehen. Warum sollten keine Anreize geschaffen werden, urheberrechtswidriges Material zu entfernen?

Intuitionen führen hier aber in die Irre. Eine Technologie zum Schutz von Urheberrechten ist nichts anderes als ein Code, der den Zugang zu urheberrechtlich geschütztem Material kontrolliert. Der Code kann den Zugang restriktiver und zweifellos weniger subtil limitieren als dies das Urheberrecht kann. Daher ist das Bestreben, Urheberrechtsschutzsysteme zu umgehen, häufig nichts anderes als das Ergebnis des Bestrebens, sich zulässige Nutzungen des geschützten Materials zu ermöglichen. Aber der DMCA verbietet solche Technologien unterschiedslos und unabhängig von ihrem Effekt.

Noch verstörender ist, dass der DMCA derartige Technologien weltweit verbietet. Als zB der russische Programmierer Dimity Sklyarov ein Programm schrieb, mit dem Adobes E-Book Technologie umgangen werden konnte und dadurch entweder Nutzer in die Lage versetzt wurden, E-Books von einer Maschine auf eine andere zu kopieren oder es Blinden ermöglicht wurde, sich erworbene E-Books durch diese Technologie laut vorlesen zu lassen, war dies in dem Land, in dem das Programm geschrieben wurde, legal. Als es durch sein Unternehmen in den USA verkauft wurde, wurde es illegal. Als er selbst in die USA kam, um über das Programm zu sprechen, nahm ihn das FBI fest. Heute droht ihm eine fünfundzwanzigjährige Freiheitsstrafe dafür, ein Computerprogramm geschrieben zu haben, das sowohl für zulässige wie für urheberrechtlich unzulässige Verwendungsweisen geeignet war.

Gleichartige Schwierigkeiten sind mit jener Bestimmung aufgetaucht, die für ISPs Anreize schafft, urheberrechtlich unzulässiges Material zu entfernen. Sobald ein ISP informiert wird, dass Material in seinem Angebot Urheberrecht verletzt, kann er eine Haftung vermeiden, indem er das Material entfernt. Da er keinerlei Anreiz hat, sich dem Haftungsrisiko auszusetzen, ist das normale Ergebnis einer derartigen Meldung das Entfernen des Materials durch den ISP. Unternehmen missbrauchen diese Bestimmung zunehmend dafür, gegen sie gerichtete Kritik mundtot zu machen. Im August berief sich zB ein britisches pharmazeutisches Unternehmen auf den DMCA um einen ISP dazu zu bringen, eine Website von Tierschützern vom Netz zu nehmen, die das Unternehmen kritisierte. Der betroffene ISP stellte zwar fest „es ist ganz klar, dass das britische Unternehmen sie nur zum Schweigen bringen will“, aber ISPs haben keinerlei Anreize, derartigen Ansinnen zu widerstehen.

Einige glauben, diese Form amerikanischer Konfliktregulierung würde nur Amerikaner direkt betreffen. Aber da amerikanische Gerichte zunehmend ihre eigene Zuständigkeit behaupten und da über die WIPO ähnliche gesetzliche Maß-

nahmen weltweit vorangetrieben werden, werden die Effekte derartiger Kontrolle weltweit spürbar sein. Es gibt kein lokales Problem, wenn es um die Zerstörung grundsätzlicher Prinzipien des Internet geht.

Alle diese Fälle haben ein gemeinsames Muster: Durch das Ziel, Trägern von Urheberrechten perfekte Kontrolle über ihre Inhalte zu geben, geben wir diesen auch die Macht, sich vor Innovationen zu schützen, die existierende Geschäftsmodelle bedrohen könnten. Das Recht wird zu einem Werkzeug, das sicherstellt, dass neue Erfindungen alte nicht ersetzen – stattdessen sollte aber der Zweck von Urheber- und Patentrecht vielmehr darin liegen, wie es die US-amerikanische Verfassung fordert, „den Fortschritt der Wissenschaft und die schönen Künste zu fördern.“

Die Auswirkungen dieser Veränderungen werden weltweit spürbar sein, und vielleicht sogar am stärksten außerhalb der USA. Dadurch dass die Veränderungen die Open Source Software Bewegung schwächen, werden solche Staaten die größten Verlierer sein, die am stärksten von einer offenen und freien Plattform gewinnen könnten. Das betrifft Entwicklungsländer und Staaten, die diese kritische Architektur von Kontrolle nicht einzelnen privaten Gesellschaften überlassen wollen. Und in dem Ausmaß, in dem Inhalt stärker kontrolliert wird, werden Staaten, die von einem scharfen Wettbewerb in der Produktion und Verteilung von Inhalt profitieren würden, verlieren. Eine Explosion der Möglichkeiten, MP3s zu vertreiben, würde unmittelbar Innovation im Vertrieb von Telefonie und von Videoinhalten nach sich ziehen. Eine Kostenreduktion in diesen Bereichen würde jenen Staaten dramatisch nützen, die noch unter einer schlechten technischen Infrastruktur leiden.

Entscheidungssträger in der ganzen Welt müssen erkennen, dass die durch diese Gegenrevolution am besten geschützten Interessen nicht ihre eigenen sind; dass Widerstand gegen diese Veränderungen die durch das Internet geschaffenen Optionen sichern könnte. Und – vor allem – sollten sie skeptisch gegenüber politischen Rufen nach dem Recht sein, das jene in die Lage versetzt, dem Internet zu trotzen, die durch seine Innovationen am stärksten bedroht sind.

Das Internet verspricht der Welt – und vor allem den Schwächsten in der Welt – die schnellstmögliche und dramatische Überwindung von Wachstumsbarrieren. Die Verwirklichung dieses Versprechens hängt von einem Netzwerk ab, das für Innovationen offen ist. Diese Offenheit ist abhängig von einer Politik, die die Geschichte des Internet versteht.

Aus dem Amerikanischen übersetzt von Nikolaus Forgó unter Mithilfe von Kerstin Radermacher.

*Lawrence Lessig ist Universitätsprofessor an der Stanford Universität. Er ist der Autor von *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in the Connected World* (Random House, 2001) und *Code and Other Laws of Cyberspace* (Basic Books, 1999).*



Die alljährlich in Kiel stattfindende Sommerakademie gilt als ein Stelldichein der deutschsprachigen etablierten Datenschutzzene. 2001 stand das Treffen unter dem geradezu überschwänglich anmutenden Motto „Datenschutz als Wettbewerbsvorteil“, mit dem an die Wirtschaft gerichteten Untertitel: „Privacy sells“. So ganz wollten maßgebliche Wirtschaftsvertreter in ihren Referaten dieser These dann zwar nicht folgen, doch die Datenschützer vertraten überzeugt den Standpunkt, wonach erst ein wirkungsvoller Datenschutz dafür sorgen könne, dass endlich der schon so lange angekündigte Durchbruch im e-commerce tatsächlich gelingen könne. Die führenden Datenschützer waren offensichtlich im Begriff, sich der Wirtschaft mehr als bislang zu öffnen, nachdem es ihnen im Laufe der 1990er Jahre bereits gelungen war, sich von traditionellen Technikstürmern in Co-Konstrukteure datenschutzgerechter – oder besser noch: datenschutzbefördernder – Technik („Privacy-Enhancing-Technologies“ [PET]) zu verwandeln. Gut zwei Wochen nach der Sommerakademie geschahen dann die Anschläge des 11. September 2001 in den USA, denen Anfang Januar 2002 das Inkrafttreten(!) des von Otto Schily umgehend auf den Weg gebrachten „Antiterrorpakets II“ folgte. Das Heruntersetzen der Schwellen zur Überwachung von Verkehrsdaten sowie die Möglichkeit zu einer recht umstandslos ingangsetzbaren Rasterfahndung versetzte dem seit etwa einem Jahrzehnt anhaltenden Aufschwung des Datenschutzes einen gehörigen Dämpfer. Den schwungvollen Projekten des „Neuen Datenschutzes“ (vgl. Bäumler 1998) folgt seit dem eine Phase der „Neuen Nachdenklichkeit“, in der angesichts des politisch wieder schärferen Windes Fragen an Datenschützer gestellt werden, die als längst beantwortet galten: Welche Funktion hat Datenschutz eigentlich inne?

Ein Blick in die Datenschutz-Literatur offenbart, dass es zwar eine unüberschaubare Menge an juristischen, politischen und technischen Texten zum Datenschutz gibt, jedoch keine entwickelte Geschichte oder gar Soziologie des Datenschutzes. Wenn es an solcher Art diskursiv-reflektierter Textsorten mangelt, laufen Akteure Gefahr, sich selbst schlicht das Zeugnis der unbeirrbar guten Moral eines Bürgeranwalts ausstellen zu müssen und dabei taktisch zu regredieren, indem sich das eigene Handeln (wieder) horizontverengend danach richtet, ob man es in der Sache mit einem Verbündeten oder Verräter zu tun hat. Es fehlt an einer allgemeinen Datenschutztheorie, die Reflexionen über das Arrangieren von Gewissheiten und Ungewissheit auch jenseits von bloß moralischen oder nur politischen Bekenntnissen anzustellen erlaubt, ohne dass deshalb von Akteuren befürchtet werden muss, den seit den 1970er Jahren stetig gewonnenen handlungsleitenden Halt zu verlieren. Nachfolgend sollen einige allgemeine soziologische Überlegungen zum Datenschutz präsentiert werden.

Datenschutz stellt, das sei zunächst noch ohne theoretische Deckung behauptet, Kommunikationen, an denen Organisationen beteiligt sind, unter Bedingungen. Datenschutz ist keine Vorkehrung zur Formung der Kommunikationen unter face-to-face-Anwesenden – es sei denn, dass man eine Mischung aus Diskretion, Takt und Toleranz bzw. Schweigen und Taktieren als ein auf Interaktionssystem ausstrahlendes Derivat eines gesellschaftlich um sich greifenden Datenschutzes

betrachten möchte. Und Datenschutz überformt auch nicht unmittelbar die Formen der Kommunikation der gesellschaftlichen Subsysteme Ökonomie, Politik, Recht und Wissenschaft. (S. dazu wegbereitend Luhmann 1987 und einführend Kiss 1990 sowie vertiefend Luhmann 1997, Baecker 1999 und Kieserling 1999.) Konkret betreffen die gesetzlich kodifizierten Datenschutzregelungen z. B. den Arbeitnehmer- oder den Patientendatenschutz oder sind Bestandteile von Ständeordnungen oder Regelungen von Amtsgeheimnissen. Diese spezifischen Datenschutzregelungen nehmen die Kommunikationen in den Blick, in die Arbeitnehmer, Patienten und Klienten, Kunden und Petenten eingebunden sind, die sowohl Mitglieder spezifischer Organisationen als auch Bürger betreffen.

Als ein etabliertes Thema tritt Datenschutz erst überaus spät innerhalb der Entwicklung einer modernen Gesellschaft in den Blick. Um die Modernität von Datenschutz zu verstehen, muss kurz die systemtheoretische Lesart der Evolution sozialer Systeme, die in drei gut unterscheidbaren Stufen vollzogen wurde, angesprochen werden. In der ersten Stufe spricht man von segmentär strukturierten Systemen, unter

Zur gesellschaftlichen Funktion des Datenschutzes

Martin Rost

denen man sich konkret Gemeinschaften in Form von Familien, Clans, Stämmen vorstellen kann. Daran anschließend und daneben entstanden stratifizierte Systeme, zu denen man bspw. Organisationen wie Adelshöfe, Armeen, Klöster, Burgen, Universitäten, Gilden und Zünfte zählen kann. Parallel zur Entwicklung und Nutzung des Buchdrucks zeichnete sich darüber hinaus und erstmals in Europa die Herausbildung funktional-differenzierter Systeme ab, unter denen man die gesellschaftlichen Subsysteme Politik, Recht, Wirtschaft und Wissenschaft versteht (vgl. Luhmann 1997: 412 ff). Diese gesellschaftlichen Subsysteme übernehmen zunehmend zentrale gesellschaftliche Funktionen, etwa Zugriffe auf Ressourcen, auf politisch bindende Entscheidungen oder auf die Darstellung wahrheitsfähiger Beobachtungen, die bis dahin in einer weniger leistungsfähigen, eigensinnigen Form von Organisationen erbracht wurden. Man spricht deshalb von funktionaler Differenzierung, weil die einzelnen gesellschaftlichen Subsysteme hochspezialisiert diese Funktionen erbringen, ohne deshalb auf Hierarchisierungen untereinander oder im Zugriff auf Personen angewiesen zu sein.

Mit der Herausbildung dieser gesellschaftlichen Subsysteme kommt es zu einem Neuarrangement der Zugriffe von Organisationen auf ihr Personal. Personen können, mit dem Verzicht auf exklusive Vollinklusionen in nur wenige Organisationen, so wie es in stratifizierten Zeiten vielfach der Fall war, an vielen Organisationen zugleich angekoppelt sein. Möglich wird das, weil anstelle von Stand und traditionell abgesicherten Gewissheiten, Geld und Rechtssicherheit, zunächst noch schwach aber tendenziell doch zunehmend, für gesellschaftliche Inklusion sorgen.

Dass Organisationen in einer funktional-differenzierten Umgebung das Personal in der Regel nicht mehr vollinkludieren, liegt daran, dass dafür die Informationsverarbeitungskapazitäten von Organisationen nicht hinreichen. Denn organisatorische Vollinklusion bedeutet zugleich die Exklusion von Gesellschaft und den Bedarf nach einer dies kompensierenden Vollversorgung des Personals. Derartig patriarchale Kompensationsversuche kamen trotzdem noch vereinzelt und letztlich mit wenig Erfolg bis ins 20. Jahrhundert hinein vor. Es ist aber praktisch zudem nicht mehr möglich, für jede Ankoppelung an andere Organisationen noch eine jeweils organisationsinterne Form zu finden, die sich für das spezifische Ziel der Organisation hätte sinnvoll einsetzen lassen. Das wäre beides, zugespitzt formuliert, einer Abbildung von Gesellschaft noch einmal in Organisation gleichgekommen. Ideologisch schien dafür auch kein genereller Bedarf mehr zu bestehen, da man allgemein zunehmend auf die übergreifend-integrierenden Ordnungsleistungen des Marktes und des liberalen Staates vertraute.

Allerdings verbesserte sich die Informationsverarbeitungskapazität von Organisationen sukzessive mit zunehmender Nutzung zunächst der Drucktechnik. Das Schreiben von Büchern und Aufsätzen für Periodika, die sich an die Allgemeinheit richteten, trainierte zunächst einen Formulierungsstil, der zunehmend vom konkreten Kontext, in dem ein Autor oder ein Leser steht, absehen musste. Diese Abstraktion ging einher mit spezifischen Standardisierungen der schriftlichen Kommunikation in Organisationen: Formulare, Paginierungen, Register, Indizes, Karteikarten, technische Zeichnungen, Blaupausen, Bedienungsanleitungen und später dann vor allem Fotografien effektivierten die Informationsverarbeitung zunehmend (vgl. Goody 1990; Giesecke 1998). Die Informationsverarbeitung blieb im operativen Vollzug noch weitgehend auf gut abgestimmte menschliche Kopfarbeit angewiesen, die aber immerhin schon ausreichte, um bspw. komplexe Steuersysteme zu verwalten oder Straftäter über die Stadtgrenzen hinaus zu ermitteln. Datenschutzaspekte werden als solche nur sporadisch, man denke hier an das Patientengeheimnis, und allgemein begrifflich noch unsicher in der Literatur angesprochen. Ein erster expliziter Bedarf für Datenschutz, formuliert als „the individual's right to be let alone“ (vgl. Warren/Brandeis 1890) entsteht als Reaktion auf Probleme einer beliebigen Verwendung von Prominentenfotos in Zeitungen.

Mit dem breiten Einsatz elektronischer Datenverarbeitung zu Beginn der 1970er Jahre in den Organisationen nahm die Informationsverarbeitungskapazität dann ein weiteres Mal drastisch zu. Dieser breite Einsatz führte zum anhaltenden Ausbau der Prozessorleistungen, des Speicherplatzes, der Software-Techniken und insgesamt zum Ausbau des Informatik-Know-hows. Den (finanzstarken) Pionieren aus dem privaten Bereich oder den gesondert befugten Datenverarbeitern aus dem öffentlichen Bereich wurde es dadurch möglich, in einem bis dahin unbekanntem Ausmaße ihrer organisationsexternen Umwelt eine organisationsintern spezifische Form zu geben. Es wurde deutlich, welche Möglichkeiten zur maschinellen Auswertung von Datenbeständen gegeben sind, deren Umsetzung ihren Höhepunkt in der Rasterfahndung Mitte der 1970er Jahre fand. Anfang der 1970er Jahre entstanden die ersten Gutachten zur Ausformung eines spezifischen Datenschutzrechtes (vgl. Steinmüller 1971).

Für eine nochmalige Steigerung in Ausmaß und Qualität der technisch gestützten Informationsverarbeitung, die die Machtdifferenz zwischen Organisationen und ihrer Umwelt ein weiteres Mal vergrößerte, sorgte die Nutzung von Computernetzen, insbesondere die des Internet. War bis dahin die Informationsverarbeitung maschinell gestützt, tritt mit dem Internet die Automation der maschinellen Verarbeitung ein. Die organisationsinterne Formung organisationsexterner Umwelt ist seitdem sogar verselbstständigt operativ anlegbar, die Personal Agents und Robots sind ein sinnfälliger Ausdruck dieser Entwicklung hin zu einer auf die Spitze getriebenen Industrialisierung der Gesellschaft. Schriftlichkeit ist nun direkt operativ geworden, das zweidimensionale Papier wird im digitalen Medium fortan um eine dritte Dimension erweitert, Texte (oder Programme) werden maschinisiert beobachtet. Zu den Kulturfertigkeiten des Lesens, Rechnens und Schreibens tritt die des Programmierens. Durch diese Technisierung der *Informationsverarbeitung*, die der weitgehend vollzogenen Industrialisierung im Bereich der *Energieverarbeitung* nachfolgt, sollte gerade bei gesellschaftsanalytischen Ansprüchen deshalb statt vom Ende der Industrialisierung vielmehr von der *Vollindustrialisierung* der Gesellschaft die Rede sein: „Die Industriegesellschaft wird nicht von einer Informationsgesellschaft abgelöst, sondern die Industrialisierung wird auf die inhaltlichen Bereiche Information und Kommunikation ausgedehnt.“ (Kubicek/Klump 2000: 9).

Im Ergebnis fungiert nunmehr das Internet als ein Industrialisierungsagent für all diejenigen Organisationen, die an ihren ausgewiesenen Arbeitsstellen mit „Informationsverarbeitung“ explizit als Produkt befasst sind (speziell für das Wissenschaftssystem diskutiert in: Rost 1998). Organisationen in aller Welt merken diese Entwicklung bspw. anhand ihrer drängenden Call-Center-Probleme, sie müssen Unmengen an internen und externen kommunikativen Störungen (Anfragen nach Informationen, Annahme/Herausschicken von Aufträgen, Leisten/Annehmen von Zahlungen, Ressourcenverwaltung . . .) taxieren und einer effizienten Informationsverarbeitung zuführen. Der Königsweg zur Lösung dieser Probleme, die meist von außen angestoßen wurde, ist der klassische industrielle: Er führt über eine . . .

- ▶ Abstraktion von Verfahrensabläufen, z. B. in technisch zugespitzter in Form von UML (Unified Modeling Language);
- ▶ interne Differenzierung, die sich als Arbeitsteilung bzw. Veränderung der immer anspruchsvoller werdenden Arbeitsplatzbeschreibungen in immer komplizierter werdenden Geschäftsverteilungsplänen niederschlägt;
- ▶ Nutzung von technischen Basisinnovationen (konkret z. B. E-Mail und Web, Gruppenkalender);
- ▶ Standardisierung kommunikativer Einheiten (etwa über Unified Messaging konkret eingebunden zunächst über die Quasistandards eines Monopolisten, absehbar jedoch über XML (Extensible Markup Language) als einem Universalmedium zur Datenstrukturierung bzw. mit speziellem Bezug zu Datenschutz als „Platform for Privacy Preferences Project“ (P3P, <http://www.w3.org/P3P/>) und
- ▶ umfangreiche Ressourcenverwaltung auf der Basis von Datenbanken (etwa in Form von Troubleshooting-Systemen sowie Content-/Dokument-Management-Systemen mit Data-Mining-Techniken).

Im Zuge einer derartig um sich greifenden Industrialisierung der Informationsverarbeitung in Organisationen kommt es tendenziell zu einer Restratifizierung der Gesellschaft, weil

der inhärente funktionale Impuls von Organisationen, die Umwelt der Organisation, allein aus Verwaltungs- und Transferkostensparnisgründen, der organisationsinternen Struktur entsprechend zu entwerfen, wieder gute Chancen auf Realisierung hat. Ohne Vorkehrungen zu treffen, die die bestehenden starken Machtdifferenzen, die sich schon allein aus den unterschiedlichen Kapazitäten zur Informationsverarbeitung ergeben, einschränken, gerät das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dessen Durchsetzung und Sicherung das Ziel von Datenschutzregelungen ist, ernsthaft in Gefahr.

Dem Datenschutz als einer spezifischen gesellschaftlichen Form der Kommunikation, die von Datenschutzinstitutionen und einer nicht organisierten virtuellen Bürgerbewegung getragen wird, fällt in dieser Situation die Funktion zu, dafür zu sorgen, dass die gesellschaftlichen Struktur- bzw. Leistungsgewinne, die sich im Zuge der sozialen Evolution durch funktionale Differenzierung einstellen, durch zunehmende Restratifizierungszumutungen seitens der Organisationen nicht wieder verloren gehen. Die Kommunikation von Datenschutz fungiert somit vor allem als „Systemdatenschutz“ im weiten Sinne, sie hat die (darf man sagen „kommunikationsökologische“?) Funktion inne, dass die in der sozialen Evolution differenzierten sozialen Strukturen nicht aufgrund des latent imperialistisch-stratifizierenden Impulses von Organisationen eingeebnet werden. Ein erfolgreich agierender Datenschutz operiert deshalb sowohl als Entropiewächter, der vor gesellschaftlicher Entdifferenzierung schützt, als auch als Modernisierungsagent, der weitere Strukturdifferenzen einzieht. Datenschutz wird verlässlich immer dann politisch thematisiert, wenn sich fundamentalistische Bestrebungen zeigen, etwa in Bezug auf den Ausbau einer präventiven Strafverfolgung, die einhergeht mit einer unausgewogenen Beschneidung von bis dahin als unabweisbar geltenden Bürgerrechten, einem Aufbürden global schlecht zu kompensierenden ökonomischer Belastungen oder einem Errichten von Tabubereichen, die selbst für Intellektuelle nur unter Risiko für einen öffentlichen Diskurs zugänglich sind.

Funktionale Differenzierung bedeutet für Individuen eine weitgehend kontingente Wahl einnehmbarer Rollen. Eine Restratifizierung dagegen, die dem Individuum immer schon ein bestimmtes, aus der Organisationsfunktion ableitbares, abgestimmtes Rollenset zuweist – in einer Abgestimmtheit von Zuweisungen mag psychisch oder auch logisch durchaus ein Reiz bestehen –, in dem differenzierte Rollen als entdifferenziert gebündelt sind, steht dem entgegen. Unter den Bedingungen der vollständigen Technisierung und weit gehender Automatisierung sämtlicher gesellschaftlich relevanter Kommunikationen muss deshalb aus Datenschutzsicht die kontingente Wahl verschiedener Rollen und gegebenenfalls deren Aushandlung ebenfalls technisch unterstützt werden. Das bedeutet für jede Form digitalisierter Kommunikation eine Technik bereitzustellen, die generell einer Verkettung von differenzierten Kommunikationen entgegenwirkt. Diese Nichtverkettbarkeit individueller Kommunikationen ist in der nicht-technisierten sozialen Wirklichkeit einer funktional-differenzierten Gesellschaft unter den Bedingungen einer, außerhalb von Organisationen und trauten Gemeinschaften, vielfach ohnehin vorliegenden, sozial vertrauten Anonymität gegeben – und zwar historisch erstmals dort! Insofern gilt technisch auf eine Anonymitätsumgebung zurückgreifen zu können als Bedingung dafür, dass auch im Internet die von der funktionalen Differenzierung geforderten flexi-

blen Rollenmanagements überhaupt möglich werden. Wie solch eine Umgebung, die starke Anonymität bietet, aussehen kann, wird derzeit beispielsweise im Projekt *AN.ON* (Anonymität online, <http://www.anon-online.de>) studiert. Sobald technisch gestützte Anonymität als selbstverständliche Infrastruktur zur Verfügung steht, können *computer-gestützte Identitätsmanagementsysteme* wirklich sinnvoll zum Einsatz kommen (vgl. Köhntopp 2002). Mit deren Hilfe übernehmen Personen einen aktiv-gestaltenden Part der Steuerung, in welchen Situationen sie wem gegenüber welche Daten in welchem Umfang über sich offenbaren. Im Ergebnis werden gegenseitige Rollenerwartungen dadurch erbarmungslos explizit. Von den Nutzern wird somit ein hohes Maß an Bewusstheit, Wissen und Urteilsvermögen für die Verschiedenheit unterschiedlicher Kommunikationssituationen abverlangt. Technisch von besonderer Bedeutung sind dabei die so genannten *Convertible Credentials* (umrechenbare Beglaubigungen), durch die sich Autorisierungen, die ein Nutzer unter einem Pseudonym erworben hat, auf andere seiner Pseudonyme übertragen lassen, ohne dass sie auf die anderen Nutzer transferiert werden können. Mit Hilfe derselben Credentials unter verschiedenen Pseudonymen kann einer Verkettbarkeit entgegengewirkt werden.

Eine derart radikale Zuwendung zu einer spezifisch ausgebildeten Sicherheits- und Datenschutztechnik scheint derzeit der Königsweg zu sein, um die evolutionären Vorteile einer funktional-differenzierten Gesellschaft auch in Zeiten einer durchindustrialisierten Gesellschaft nutzen zu können.

Martin Rost ist Soziologe und Mitarbeiter des Unabhängigen Landesentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein.

Literatur

- Baecker, Dirk: Organisation als System, Frankfurt am Main, 1999.
 Bäumler, Helmut: Der neue Datenschutz; in: Bäumler, Helmut: Der neue Datenschutz – Datenschutz in der Informationsgesellschaft von morgen, Luchterhand, Neuwied, 1998: 1–10.
 Giesecke, Michael: Der Buchdruck in der frühen Neuzeit: eine historische Fallstudie über die Durchsetzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien, 1. Auflage, Frankfurt am Main, 1998.
 Goody, Jack: Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft, 1. Auflage, Frankfurt am Main, 1990.
 Kieserling, Andre: Kommunikation unter Anwesenden. Studien über Interaktionssysteme, Frankfurt am Main, 1999.
 Kiss, Gabor: Grundzüge und Entwicklung der Luhmannschen Systemtheorie, 2. Auflage, Stuttgart, 1990.
 Köhntopp, Marit: Privacy Enhancing Technologies; in: Roßnagel, Alexander: Handbuch des Datenschutzrechts, im Erscheinen, 2002.
 Kubicek, Herbert/Klump, Dieter: Editorial; in: Kubicek/Braczyk/Klump/Roßnagel: Global@home – Jahrbuch Telekommunikation und Gesellschaft, Heidelberg, 2000.
 Luhmann, Niklas: Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1. Auflage, Frankfurt am Main, 1987.
 Luhmann, Niklas: Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1. Auflage, Frankfurt am Main, 1997.
 Rost, Martin: Zur Industrialisierung wissenschaftlicher Kommunikation; in: Hartmann, Frank (Hrsg.): Informationsgesellschaft. Sozialwissenschaftliche Aspekte, Band 3, Wien: Forum Sozialforschung Schriftenreihe, 1998: 123–136, http://www.netzservice.de/Home/mar/mr_iwk.html.
 Steinmüller, Wilhelm: Grundfragen des Datenschutzes, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Deutscher Bundestag – 6. Wahlperiode – Drucksache 6/3826 Anlage 1., 1971.
 Warren/Brandeis: The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. IV, Dezember 15, 1890, No. 5.

Stolz

Iris Kugler

Während für manche die Distanzierung von diversen „Ismen“ einfach zum guten Ton gehört, ist dies bei dem individuellen Gefühl des Stolzes ganz und gar nicht so. Doch ist es nicht das Wesen – gerade dieses Gefühls –, sich grenzüberschreitend vereinnahmend auszubreiten über andere und anderes hinweg?

So scheint's kein Widerspruch, wenn auch durchaus sozialdemokratischen oder grünen PolitikerInnen der Sager gelingt: „Ich bin stolz ÖsterreicherIn zu sein.“ Unnötig zu erwähnen, dass dieselben Personen den Satz: Ich bin eine NationalistIn niemals über die Lippen bringen würden. Doch wo ist der Unterschied?

Stolz ist ein Gefühl für die Privatsphäre, für das Eigene oder für dort, wo das Eigene einen Anteil hat. Sobald es kein Eigenes mehr gibt, kann der Stolz für Außenstehende als eine Art Phantomschmerz wahrgenommen werden.

„Ich bin stolz ÖsterreicherIn zu sein.“ Auf was hinauf? Weil sich zufällig zwei HinterwäldlerInnen am richtigen Ort unverhütet begattet haben? Oder wegen der hübschen Ringstraßenbauten? Oder auf die Komponisten (Frauen gab's ja so gut wie nicht in diesem Metier)? Logisch und konsequent ist es, wenn der Komponist stolz ist auf sein hübsches Stück: Das ist ok, er hat es ja geschaffen. Aber wo ist die Grundlage für den Stolz jener, die ihn nicht mal persönlich gekannt haben, sodass sie sagen könnten: Ich hab mit ihm Schach gespielt oder Fußball und dann war er so gut drauf, dass er den Donauwalzer komponiert hat.

Grund zur Freude liegt allemal vor, wenn ein Schaffensprozess von Erfolg gekrönt ist. Die Umwelt darf sich mitfreuen, aber darf sie Stolz zeigen?

Wieso sind HahnenkammbesucherInnen stolz auf die AbfahrerInnen? Wieso ist es ein großer Erfolg für Österreich, wenn es um eine kleine Gruppe von Personen geht, die sich vermittlels Skiern rasch einen Hang hinunterbewegen kann? Von all jenen

Gruppierungen die sich immer wieder zu elft zusammenfinden, um einem Ball nachzujagen, ganz zu schweigen. Vollkommen legitim ist es, sich für diese Gruppen zu freuen – als Ausdruck des Mitgefühls. Aber reicht ein Bundesadler und eine Fahne unter denen das ganz Spektakel stattfindet, damit auch die Unwürdigsten noch in ihrem Stolzgefühl legitimiert sind, nur weil „wir“ das Rennen, das Fußballspiel etc gewonnen haben.

Das große Gefühl hat eine Kehrseite: Die Überlegenheit der siegreichen ÖsterreicherInnen über all jene KanadierInnen, FinnInnen, SchwedInnen oder AmerikanerInnen, die zwar am Wettbewerb teilgenommen, aber nicht gewonnen haben. Dieses Gefühl der Überlegenheit breitet sich dann über alle ÖsterreicherInnen gegenüber allen KanadierInnen, FinnInnen, SchwedInnen oder AmerikanerInnen aus, weil die ja alle verloren haben.

Wieso wirft Haider Adamovich anlässlich des Ortstafelerkenntnisses vor, unpatriotisch zu sein? Ein Richter hat unparteiisch zu sein – insbesondere dann, wenn es um die Rechte von hier im Land lebenden Minderheiten geht, wäre der Patriotismus eines Richters vollkommen fehl am Platz. Freilich lässt der Vorwurf Haiders erahnen, was der Landeshauptmann unter Objektivierung und der Unparteilichkeit eines Richters versteht: Patriotismus oder Liebe und Stolz zum Vaterland.

Wen dieses hehre Gefühl nicht erreicht und erfüllt, ist ein VerräterIn, gehört nicht dazu, ist eigentlich unmenschlich, weil von diesem schönen menschlichen Gefühl unerreicht. Wer sich in seinen Handlungen nicht vom „Stolz aufs Vaterland“, vom Patriotismus leiten lässt, hat keine wahren Prinzipien. Der Stolz ist also der Joker, der andere Werte wie Gerechtigkeit, Menschenrechte, Unparteilichkeit, Gleichheit aller vor dem Gesetz aussticht. Wer so Großes zu fühlen in der Lage ist, für den hält die Geschichte wohl auch noch Großes bereit, auch wenn sich die eigene Realität in amphibi-

schen Niederungen abspielt. Dann ist auch vieles gerechtfertigt: Denn es passiert ja im Namen dieser Hülsen wie Ehre, Vaterlandsliebe, Stolz etc.

Aber es sind leere Hülsen, die das Individuum nicht wirklich nähren und sein Selbst nicht wirklich stärken. Wie die Lüge einer Droge verspricht auch der Stolz auf die Verdienste anderer ein besseres Sein im Hier und Jetzt, und verhindert diese Art von Stolz auch eine Konfrontation mit der Eigenverantwortung. Nämlich der Verpflichtung jedes Individuums seinen Talenten und Begabungen gegenüber, diese auf die Welt hin zu entwerfen und zu verwirklichen. Die Mehrheit tut das nicht – die ist stolz, weil Österreich gewonnen hat (Fußball, Tischtennis, Wahlen, Volksbegehren oä).

Müssen sich Menschen in Ruanda ob ihres kriegerischen Regimes schämen, nur weil sie das Pech hatten, in eine Welt hineingeboren worden zu sein, die von Europa aus betrachtet als dritte bezeichnet wird und berechtigt dies hier Lebende, sich diesen Menschen gegenüber stolz zu fühlen?

Wohl nicht. Viel eher wäre es an der Zeit, diesen Dünkel ob seiner Gefährlichkeit, weil grenzverletzenden Wirkung, zu hinterfragen. Es ist kein persönlicher Verdienst, reicher oder schöner zu sein, mit Ahnen und Genen Glück gehabt zu haben, in einem bestimmten Land zu leben, mit irgendwem verwandt zu sein, etc.

Mit Elfriede Hammerls Worten, deren Kolumne in Zeiten wie diesen immer wieder mal Artikeln Platz machen muss, die durchaus von überhöhten Gefühlen getragen werden: „Ahnen sind Zufall, Nationalität ist ein Konstrukt, und das kulturelle Erbe gehört allen. Wie wir möglichst viele – zum Beispiel durch eine entsprechende (Bildungs-)Politik – in die Lage versetzen können, vom kulturellen Erbe zu profitieren, darüber lässt sich diskutieren. Über die Berechtigung von nationalem Dünkel dagegen nicht.“

Jurbooks

Die Fachbuchhandlung

1010 Wien, Wollzeile 16
zwischen Rechtsanwaltskammer
und Handelsgericht

Das Angebot der ersten Adresse für alle Juristen:

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

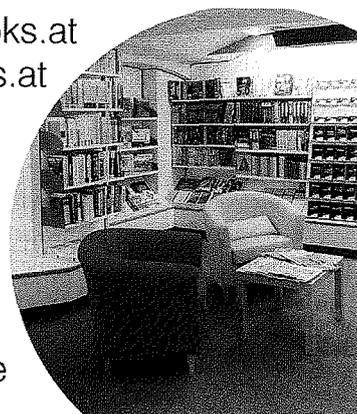
Lesebereich mit Clubatmosphäre
und internationalen juristischen
Magazinen.

Montag bis Freitag 9–18 Uhr
Samstag 9–14 Uhr

Bestellservice:

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

Expres-Zustellung
Wien: 3 Stunden,
andere Bundes-
länder: 1 bis 2 Tage



Jurbooks.at

Recht & Steuern

Die erste Adresse für online-Bestellungen! – Hier finden Sie über 2.500 Titel nationaler und internationaler Verlage zu allen Rechtsbereichen und noch viel mehr:

Allgemeines Recht

Öffentliches Recht

Strafrecht

Zivilrecht

Handels- und Wirtschaftsrecht

Steuer- und Abgabenrecht

Arbeits- und Sozialrecht

Internationales und Europa-Recht

Sichern Sie sich Ihren Informationsvorsprung mit der **Express Zustellung** der online-Buchhandlung mit dem umfangreichsten juristischen Lager:

Wien: 3 Stunden, andere Bundesländer: 1–2 Tage

Suche im Online-Katalog – www.jurbooks.at!

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Themen im Jahr 2002:

Nummer 2/2002: Implosion der Bürgerrechte

Nummer 3/2002: Triumph des Privatrechts

Nummer 4/2002: New Justice

HerausgeberInnen:

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

Das Redaktionsteam:

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

jusline.at
Direkt zu Ihrem Recht

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

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

.....

Ich bestelle das juridikum: (Seite einfach kopieren, ausfüllen und absenden!)

Jahresabonnement	zum Preis von à Euro 29,-
StudentInnenabonnement*)	zum Preis von à Euro 20,-
Förderabonnement	zum Preis von à Euro 50,-

Es gelten die AGB des Verlag Österreich, Preisangaben inkl. MwSt, exkl. Euro 8,- Porto und Versandkosten (Inland).

*) Nur gültig bei Übersendung einer Inskriptionsbestätigung.

Telefax: (01) 610 77-589

Verlag Österreich GmbH – Vertrieb
Rennweg 16
A-1030 Wien

Absender

Name/Kanzlei

Kontaktperson

Straße

PLZ/Ort

Telefon

Datum/Unterschrift