

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ..... nr 1. 2006

thema 

# Der gläserne Mensch

recht & gesellschaft

Recht und Regeln

Politik und Polygamie

Staat und Staatsbürgerschaft

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · Euro 12,- · ISSN 1019-5394

 VERLAG  
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

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

# Vom Herausgeben einer rechtspolitischen Zeitschrift

Iris Eisenberger/Ronald Faber

„There are two things wrong with all legal writing“, schrieb Yale-Professor *Fred Rodell* 1936: „One, its content and two, its style.“ Der Artikel, der in der *University of Virginia Law Review* erschien und dem dieser Ausspruch entstammt, trägt den entsprechenden programmatischen Titel „Farewell to Law Reviews“.

*Rodell* schwor, nie wieder auch nur eine juristische Fußnote zu schreiben – und hielt sich auch daran. *Rodell* gab seine Mission weiter: Seine SchülerInnen zeichne(te)n verantwortlich für eine ganze Reihe von politischen Wochen- und Monatszeitschriften in den USA, so genannten „journals of opinion“.

Man muss nicht gleich wie *Fred Rodell* dem juristischen Genre als Gattung abschwören, um sich der Erwartungshaltung der eigenen Zunft zu entziehen. In der österreichischen juristischen Zeitschriftenlandschaft genügt dafür schon eine Zeitschrift, die sowohl, was das eigene Selbstverständnis, als auch die (nicht immer wohlge-meinte) Fremdeinschätzung betrifft, als rechtspolitisch angesehen wird.

Eine solche Zeitschrift herauszugeben, ist Herausforderung genug. Der österreichische Zeitschriftenmarkt ist an sich schon klein. In den letzten Jahren war auch hier eine Bewegung vom Allgemeinen zum Verwertbaren zu beobachten: die Anzahl der Vergabe- und Steuerrechtszeitschriften explodiert; Studierendenzeitschriften werfen dann fette Gewinne ab, wenn sie als prüfungsrelevant erachtet werden. Das ist freilich ein Spiegelbild der Entwicklung des juristischen Studiums: Gefragt ist, was im Wettstreit der JuristInnen und WirtschaftlerInnen als

wettbewerbsrelevant gilt, und das ist in aller Regel nur eine (vorgebliche) Wirtschaftskompetenz.

Der Zeitgeist spricht also nicht für eine Zeitschrift wie das *juridikum*. Wird der Anspruch, ein rechtspolitisches Magazin zu sein, ernst genommen, bedarf es besonderer Anstrengung bzw einer hierzulande ungewohnten Zugangsweise der AutorInnen. Schließlich wird Rechtspolitik an den heimischen Universitäten in nach wie vor strenger Trennung von der Rechtswissenschaft kaum gelehrt und gelernt. Dazu kommt das österreichische Spezifikum, dass aufgrund der „kleinräumigen Juristenszene“ (© *Clemens Jabloner*) eine ungeschminkte fachliche Diskussion zu oft an die gläserne Decke der vielen persönlichen Verbundenheiten und Befindlichkeiten stößt, die zwischen der Wissenschaft, den Gerichten, der öffentlichen Verwaltung, der Politik und den Rechtsberufen bestehen. Persönliches und Fachliches leben so in unglücklicher Verstrickung. Eine lebendige Schreib- und Streitkultur, die einem Projekt wie dem *juridikum* einen fruchtbaren Nährboden liefern würde, fördern diese Umstände nicht.

Das Idealbild einer solchen rechtspolitischen Zeitschrift verlangt zuletzt auch ein möglichst breites Spektrum unterschiedlichster Meinungen; all zu leicht besteht die Gefahr, dass sich nur ähnliche welt- und gesellschaftspolitische Vorstellungen zu Wort melden.

Um dieser Zielvorstellung nahe zu kommen, braucht es vor allem eines: Immer neue Ideen der HerausgeberInnen, die die Themen setzen und der AutorInnen, die die entsprechenden Beiträge liefern. In diesem Sinn wird

das *juridikum* ab Heft 1/2006 von einem neuen Team geleitet, das mit seinen Ideen und Schwerpunkten die lebendige Tradition der Zeitschrift fortführen wird. Mit *Matthias C. Kettemann*, *Lukas Oberndorfer*, *Judith Schacherreiter* und *Alexia Stuefer* übernimmt ein Quartett die HerausgeberInnen-schaft, das den *juridikum*-LeserInnen bereits gut bekannt ist.

*Matthias C. Kettemann*, vom Institut für Völkerrecht an der Universität Graz, hat sich mit Beiträgen und Berichten über internationale Themen, von der Pledge of Allegiance über die Lex Schiavo bis zur juristischen (Miss-) Erfolgsgeschichte von Google, zum Stammautor geschrieben. *Lukas Oberndorfer*, vom Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung an der Universität Wien, hat als langjähriges Redaktionsmitglied der Zeitschrift schon bislang die inhaltliche Ausrichtung geprägt und zuletzt den Schwerpunkt über öffentliche Dienstleistungen in Heft 4/2005 gestaltet. Vom selben Institut stammt *Judith Schacherreiter*, die der LeserInnenschaft nicht zuletzt durch die Gestaltung des Schwerpunktes „Recht – Macht – Europa“ in Heft 2/2004 in Erinnerung ist. Komplettiert wird das neue HerausgeberInnen-team von der Rechtsanwaltsanwältin *Alexia Stuefer*, die nicht nur die Tradition der StrafrechtspraktikerInnen bei der Gestaltung der Zeitschrift fortsetzt, sondern – ebenfalls eine *juridikum*-Tradition – Genderthemen ihr besonderes Augenmerk schenken wird.

Wir wünschen den neuen HerausgeberInnen und der Zeitschrift weiterhin viel Erfolg!

# Inhalt

## recht & gesellschaft

<b>Joachim Stern</b>	Grenzen zur Demokratie .....	6
<b>Valentin Wedl</b>	Genehmigen Sie das Recht zu kämpfen, Sire! .....	12
<b>Judith Schacherreiter</b>	Legal culture und europäische Harmonisierung .....	17
<b>Matthias C. Kettemann</b>	Gottesstaat oder Bürgerstaat? .....	22
<b>S. Berchtold/M. Schulze</b>	Polygamie in Österreich und Deutschland .....	25

## thema: der gläserne mensch

<b>Konrad Lachmayer</b>	Vorwort: Überwachung im Informationszeitalter .....	29
<b>Konrad Lachmayer</b>	Demokratischer Überwachungsstaat im rechtsstaatlichen Spannungsfeld .....	30
<b>Dietrich Westphal</b>	Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten .....	34
<b>Gerhard Kunnert</b>	Big Brother in U-Bahn, Bus und Bim .....	42
<b>Wolfgang Wessely</b>	Wohin soll ich mich wenden? .....	51

## rubriken

vor.satz	<b>Iris Eisenberger/Ronald Faber</b> Vom Herausgeben einer rechtspolitischen Zeitschrift .....	1
merk.würdig	<b>Peter Warta</b> Dekonstruktion oder die Liebe zur Paradoxie .....	3
	<b>Matthias C. Kettemann</b> Von Wissen und Werten .....	4
nach.satz	<b>Nina Eckstein</b> Was Stalking mit Frauenpolitik zu tun hat? – Eine kurze Bilanz ..	55
impressum	.....	56

# Dekonstruktion oder die Liebe zur Paradoxie

Dekonstruieren ist ein lateinisches Fremdwort, aber auf eine besondere Art: es ist dem Lateinischen fremd. Keiner der uns bekannten Römer hat es je benutzt. 1:1 übersetzt heißt es „abzubauen“ und das klingt schon reichlich paradox. Aber ohne Paradoxien geht es längst nicht mehr in der Theorie, schon gar nicht in der des Rechts. Denn Recht ist – dekonstruiert – nicht mehr das, was es war. Was wird aus ihm werden, wenn man weiß, was es ist?

Sonja Buckel, Ralph Christensen und Andreas Fischer-Lescano haben soeben ein Buch über „Neue Theorien des Rechts“<sup>1</sup> herausgegeben, in dem dessen Dekonstruktion und die daraus folgenden Paradoxien eine wichtige Rolle spielen. Die traditionelle Rechtswissenschaft und was sie an Rechtsphilosophie, -methodik und -theorie lehrt, lassen die Herausgeber an jenem Platz ruhen, der ihr ohnehin am liebsten ist: im elfenbeinernen Turm. Statt den Konflikt zwischen Naturrechtslehre und Positivismus zum überflüssigsten Male auszubreiten, stellen sie Theoriemodelle vor, die an den juristischen Fakultäten nur ausnahmsweise behandelt werden.

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts verfolgte Hans Kelsen das Ziel, eine Theorie zu entwickeln, die die Jurisprudenz zu einer eigenständigen, unabhängigen und von allen politischen und ideologischen Einflüssen freien Wissenschaft macht. Die Rechtswissenschaft sollte es, was Präzision betrifft, mit der Physik aufnehmen können. Recht, so stellt sich aber heraus, kann ohne die Politik, von der es produziert wird, ohne die Interessen, denen es offen oder verdeckt dient, nicht verstanden werden.

Unter den Kapitelüberschriften „Trennung und Verknüpfung von Recht und Politik“ und „Politik des Rechts“ setzen sich die Autoren (insgesamt 22) mit Berühmtheiten, wie Habermas, Nietzsche, Derrida, Luhmann oder Foucault auseinander, die feministische Rechtstheorie kommt zu Wort, und auch eine neo-ma-

terialistische, die sich erst im Laufe des Texts als neo-marxistisch zu erkennen gibt (auch wenn Marx an Strahlkraft eingebüßt hat, klug ist das schon, was man da lesen kann). Besondere Erwähnung verdienen die „Crits“, die unter dem Sammelnamen Critical Legal Studies in den USA eine bunte Szene mit einer an Fraktale erinnernden Variantenverästelung bilden: Rechtstheorie als Denksport.

Der für mich Schillerndste in diesem Abschnitt ist Giorgio Agamben (Autor des Beitrages: Fabian Steinhauer). Seinen ersten Auftritt in der Öffentlichkeit hatte er als Schauspieler in dem Film: „Il Vangelo secondo Matteo“, (Das Matthäusevangelium) von Pier Paolo Pasolini. Rechtstheorie im ersten Stock ist das Werk Agambens nicht, aber es hat auf faszinierende Weise mit der ebenen Erde zu tun, abgehandelt an der erst so hoffnungsvollen und dann so deprimierenden politischen und damit auch rechtlichen Wende in Südosteuropa. Leitbegriff ist die Janusköpfigkeit jeder Gesellschaftsbildung. Agamben liefert den Gegenentwurf zum Habermas'schen Diskursidealismus.

Der nächste Komplex, „Fragmentierung des Rechts“, beginnt mit der Postmoderne. „Der kognitive Ansatz vergewöhnlicht ... den Widerstreit zwischen formeller und materieller Freiheit...“ Wer das, was mit so einem Satz gemeint ist, nicht schon weiß, bevor er ihn liest, wird es auch nachher nicht wissen. Was passiert konkret, wenn ein Widerstreit vergewöhnlicht wird? Nicht nur in Kronenbergers Einführung in die Rechtstheorien Max Webers, Jean-François Lyotards und Karl-Heinz Ladeurs begegnet der Leser einem Insider-Jargon, der in einem Buch, das sich in erster Linie an interessierte Noch-Outsider wendet, stört. Konkrete Beispiele für das, wovon die Rede ist, wären hilfreich, auch zur Selbstkontrolle, ob die verwendete Sprache wirklich Sinn macht. Vor allem in einem Abschnitt, der vom Verhältnis von Recht und Sprache handelt.

Der „Linguistic Turn“, die Sprachwende, ist tatsächlich die aufregendste Entwicklung in der Rechtstheorie der letzten Jahrzehnte. Die Entdeckung, dass jede Beschäftigung mit Recht eine Beschäftigung mit Sprache ist, also ein Interpretieren und Verstehen von Text und Zeichen, steht zu den althergebrachten Vorstellungen von Normativität und Recht als einem Objekt, das der Wissenschaft als Erkenntnisgegenstand „vorliegt“, in einem Verhältnis ähnlich dem der Relativitätstheorie zur Newton'schen Physik. Wenn alles Wissen vom Recht das Ergebnis von Interpretation ist, dann gilt das natürlich auch für die Ermächtigung des Interpretierenden! Haider weiß das schon, der Verfassungsgerichtshof ist noch perplex. Dabei gehört die Nicht-Anerkennung von Gerichten durch Angeklagte unter Berufung auf politische Argumente international längst zur Routine. Formale Legitimierung allein wird in Interessenkonflikten, deren Kontrahenten keine Ehrfurcht mehr vor den „Herren im Hermelin“, statt dessen aber Macht haben, auch in Rechtsstaaten nicht mehr so selbstverständlich mit Autorität rechnen können.

So scharf gehen es die Beiträge über Sprache und Recht nicht an, aber sie haben es dennoch in sich. Vor allem Forgó und Somek sind da in Wien keine Unbekannten. Sie nutzen den Heimvorteil, auf der guten alten Wiener Rechtstheoretischen Schule aufbauen zu können. Die dort erworbene Denkdisziplin kommt ihnen bei ihrem Projekt, diese Schule aus den Angeln zu heben, zustatten. Schade, aber irgendwie vorhersehbar, dass man sie hat ziehen lassen.

Das Buch schließt mit dem Kapitel „Transnationaler Rechtspluralismus“. Klassisches Völkerrecht, Vereinte Nationen, Organisationen wie die WTO oder die OSZE, die seltsame EU, globale Unternehmen, NGOs: mit den Axiomen etatistisch orientierter Theorien ist diesem vielfältigen In-, Neben und Durcheinander nicht beizukommen. Der Themenkomplex findet sich vielleicht deshalb am Ende des Buches, weil seine theoretische Bewältigung noch am Anfang steht.

Peter Warta

1) *Buckel/Christensen/Fischer- des Rechts*, Stuttgart 2006, ISBN Lescano (Hrsg): *Neue Theorien* 3-8282-0331-0

# Von Wissen und Werten

## Legalität und Legitimität von Fragenkatalogen für Einbürgerungswillige

Binnen weniger Monate haben die beiden deutschen Bundesländer Baden-Württemberg und Hessen, die Niederlande und nun auch Österreich Fragenkataloge für Einbürgerungsprüfungen veröffentlicht und im Wege von Wissens- und Wertetests eine weitere Hürde auf dem Weg zur Staatsbürgerschaft aufgebaut. Manche Multiple-Choice-Fragen entstammen der Landes- und Staatsbürgerkunde (Hessen, Österreich); andere Fragen hingegen stellen eine programmatische Postulation von vorgeblich staatsbürgerschaftsimmanenten Werten dar, zu denen sich Einbürgerungsaspiranten bekennen müssen (Baden-Württemberg, Niederlande). Während die mediale Einschätzung der Maßnahmen zwischen „Immigrantenquiz“ und „Toleranztest“ oszilliert, scheinen die Sinnhaftigkeit und – teilweise – die Rechtmäßigkeit der Fragen zweifelhaft. Stark verdichtet ist entscheidend, welches Wissen ein Staat von Einbürgerungswilligen abprüfen soll und welche Werte er einfordern darf, ohne sich einer unzulässigen Diskriminierung schuldig zu machen. Eine geraffte Analyse der Einbürgerungstests, die sich – obzwar von einer gemeinsamen Intention getragen – wesentlich von einander unterscheiden, erhellt die Problematik.

### Werteprüfung oder Wissenstest

Der vom österreichischen Innenministerium ausgearbeitete Fragenkatalog und seine Varianten aus den Bundesländern thematisieren Geschichte, Kultur und verfassungsrechtliche Grundlagen von Republik und Bundesland. Der Schwierigkeitsgrad reicht auf Bundesebene von quizartigen Fragen („Wie hieß Österreich bei seiner erster urkundlichen Erwähnung? Ostarrichi, Austria oder Australia“) bis hin zu fortgeschrittenen Fragen des Staatsrechts („Wie heißt das Gemeindeamt in einer Stadt mit eigenem Statut? Magistrat, Bezirksrat oder Gemeinderat“). Auch wenn die Sinnhaftigkeit einzelner Fragen mit guten Gründen kritisiert wurde, sind sie rechtlich wenig problemhaft.

Die Niederlande haben eine proaktive Annäherung an die Einbürgerungsproblematik unter Einbeziehung moderner Medien gewählt. Noch in den niederländischen Botschaften und Konsulaten der Herkunftsländer sind Einwanderungswillige verpflichtet, eine DVD mit einer Dokumentation über das Leben in den Niederlanden zu betrachten und einen Test mit landeskundlichen Fragen zu beantworten. Während die Fragen als unproblematisch erachtet werden können – sie thematisieren etwa den Staatsaufbau („Aus wie vielen Provinzen bestehen die Niederlande?“), die Geschichte („Wer war Wilhelm von Oranien?“) sowie die politische Realität der Niederlande („Was ist die Rolle der Königin?“) –, teilt die Dokumentation den Meinungsstrom. Medial eingedickt wurde der Film als „Nackttest“ apostrophiert. Einbürgerungswillige sehen unter anderem zwei Männer, die sich in einem Park küssen, und eine Frau, die mit nacktem Oberkörper an einem Strand liegt. Der Film versteht sich als aufklärerischer Fingerzeig auf die im täglichen Leben in den Niederlanden notwendige Toleranz.

Auf eine umfassende Analyse der Werteinstellungen der Einbürgerungswilligen aspirieren hingegen die in Baden-Württemberg ausgearbeiteten Fragen. Der vom Stuttgarter Innenministerium als „Gesinnungstest“ konzipierte Gesprächsleitfaden lotet die Ansichten von Einbürgerungswilligen zu Themen wie Religionskritik, Terrorismus, Homosexualität und Kindererziehung aus. Eingangs werden Einbürgerungswillige mit der Frage konfrontiert, ob die Wertordnung des Grundgesetzes (Schutz der Menschenwürde, Gewaltmonopol des Staates, Gleichberechtigung von Mann und Frau) den persönlichen Vorstellungen entspricht (Frage 1). In Frage 2 müssen sie ihre Einschätzung der Aussage „Demokratie ist die schlechteste Regierungsform, die wir haben, aber die beste, die es gibt“ offen legen. Vor der Negativfolie des Karikaturenstreits ist Frage 4 des süddeutschen Kataloges als besonders

bedeutsam auszumachen: „Wie stehen Sie zu Kritik an einer Religion? Halten Sie diese für zulässig? Setzen Sie sich damit auseinander?“ Die Ansichten des Bewerbers zum Themengebiet Terrorismus erforscht Frage 23 („Waren die Täter [der Anschläge vom 11. September 2001] in Ihren Augen Terroristen oder Freiheitskämpfer?“). In Frage 29 wird schließlich ihre Einstellung zu sexueller Selbstbestimmung ergründet: „Stellen Sie sich vor, Ihr volljähriger Sohn kommt zu Ihnen und erklärt, er sei homosexuell und möchte gerne mit einem anderen Mann zusammen leben. Wie reagieren Sie?“

Die vom hessischen Innenministerium ausgearbeiteten 100 Fragen für Einbürgerungswillige ähneln vom Grundkonzept den österreichischen, sind aber viel anspruchsvoller gestaltet. Der in neun Kapitel gegliederte Katalog beginnt mit Fragen zu „Deutschland und den Deutschen“. Frage 3 lautet: „Nennen Sie drei deutsche Mittelgebirge!“ Die folgenden Kapitel prüfen unter Überschriften wie „Grundlinien deutscher Geschichte“, „Verfassung und Grundrechte“, „Wahlen, Parteien und Interessenverbände“ und „Parlament, Regierung und Streitkräfte“ weitreichende Kenntnisse ab. In der abschließenden Rubrik „Deutsche Nationalsymbole“ ist die Frage angeführt „Welche Farben hat die deutsche Bundesflagge und wie sind sie angeordnet?“

### Kein Rezept gegen Parallelgesellschaften

Trotz der unterschiedlichen Ansätze – ein Wissenstest in Österreich und – weit diffiziler – in Hessen, ein Wissenstest in Kombination mit einem Werte postulierenden Aufklärungsfilm in den Niederlanden und Wertefragen in Baden-Württemberg – ist vorzuschicken, dass westliche Gesellschaften mit Einbürgerungstests kein neues Rezept gegen die Perpetuierung von Parallelgesellschaften gefunden haben. Dafür sind drei Gründe auszumachen:

*Erstens* stehen die baden-württembergischen und niederländischen Testmodelle in einer Denktradition, die der Auffassung verhaftet ist, bestimmte Werte ließen sich einerseits von der Staatsangehörigkeit ableiten und seien andererseits eine Voraussetzung für deren Verleihung. Die Staatsbürgerschaft alleine kann indes nie Werte begründen und der vielfach beklagten Erosion gerade westlicher Gesellschaften entgegen-

genwirken. Die Leitfäden stellen daher keine legitimen Lösungsvarianten für die Integrationsproblematik dar, sondern scheinen – insbesondere in ihrer baden-württembergischen Ausprägung – getragen von einem Generalverdacht und religiös motivierter Stigmatisierung. Mit einiger Deutlichkeit greift der Gedanke Platz, ein Staat verfüge über eine allseits konsentrierte Wertebasis und könne diese von Einbürgerungswilligen einfordern. In den Fragen kann der Versuch des Oktrois einer Leitkultur gesehen werden, die in dieser liberalen Offenheit wohl nicht auf einem unwidersprochenen gesellschaftlichen Grundkonsens beruht.

*Zweitens* verkennen die Regierungen, die die Fragen in Auftrag gegeben haben, die bestehende Integrationsproblematik. Nicht das Wissen über „drei deutsche Mittelgebirge“, über den Komponisten der Bundeshymne, über die Funktion einer Königin ist entscheidend für ein von gemeinsamer Wertschätzung getragenes Zusammenleben von Staatsangehörigen verschiedener Herkunft in einer offenen, toleranten und chancengleichen Gesellschaft. Vielmehr betreibt und befördert eine sinnvolle Integrationspolitik die nachhaltige Verbesserung der materiellen Lebensbedingungen von Immigrierenden. Der prüfungsorientierte Besuch von Landeskundekursen trägt nicht zu einer gelingenden Integration bei.

*Drittens* wird den Negativverfahren, mit denen sich Immigrierende im Rahmen von Einbürgerungsverfahren regelmäßig konfrontiert sehen, eine weitere vorangestellt, ohne dass sich Erfolge bei der Erkennung von potenziell staatsfeindlichen Ansichten von Einbürgerungswilligen erzielen lassen könnten. Statt dem Staat zu erlauben, sich ein klares Bild von seinen zukünftigen Staatsangehörigen zu zeichnen, schlägt die Wirkung der Fragen um. Sie helfen den auf staatlicher Seite am Verfahren Beteiligten nicht, das Werteverständnis der Einbürgerungswilligen zu erhellen; vielmehr lassen sie die Integrationspolitik der Regierung erkennen, die sie formuliert hat, und zeigen ein Bild der Gesellschaft, aus der die Regierung hervorgegangen ist.

#### **Diskriminierende Ausnahmeregimes**

Nicht nur die integrationspolitische Sinnhaftigkeit der Fragenkataloge ist

enden wollend. Aufgrund der im baden-württembergischen und im niederländischen Einbürgerungstest vorgesehenen Ausnahmeregelung lässt sich selbst ihre Rechtmäßigkeit mit guten Argumenten bestreiten. EU-Staatsbürgerinnen und -bürger sind von der Beantwortung der Fragen ebenso aufgenommen wie Personen aus den USA, Australien, Neuseeland, Kanada, Japan und der Schweiz, Asylsuchende und qualifizierte Arbeitskräfte. Die Betrachtung des Aufklärungsfilmes wird nur bei Einbürgerungswilligen aus mehrheitlich islamischen Staaten vorausgesetzt. Der baden-württembergische Leitfaden ist ebenfalls speziell für Einbürgerungswillige aus den 57 Staaten der Organisation der Islamischen Konferenz (OIC) konzipiert; Personen aus anderen Staaten werden einer derartigen Prüfung nur unterzogen, wenn sie islamischen Glaubens sind oder ihr ernsthaftes Bekenntnis zum Grundgesetz angezweifelt wird.

*Rüdiger Wolfrum*, Direktor des Max-Planck-Institutes für Völkerrecht, hat in einem von der Stadt Heidelberg in Auftrag gegebenen Gutachten über die Rechtmäßigkeit des baden-württembergischen Fragenkataloges dargelegt, dass die unterschiedliche Behandlung der Einbürgerungswilligen diskriminierend sei und gegen die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung verstoße. Diese verpflichtet gem Art 5 lit d) iii) Vertragsstaaten, „ohne Unterschied der Rasse, der Hautfarbe, des nationalen Ursprungs oder des Volkstums“ Gleichheit vor dem Gesetz und insbesondere „das Recht auf die Staatsangehörigkeit“ zu gewährleisten. Art 1 Abs 3 schränkt den sachlichen Anwendungsbereich der Konvention zwar dergestalt ein, dass diese nicht die Rechtsvorschriften der Vertragsstaaten über Einbürgerung berührt, normiert aber als von der Konvention verbotene Gegen Ausnahme den Fall, dass die Vorschriften Angehörige eines bestimmten Staates diskriminieren.

Das Gutachten führt aus, dass durch die „vertiefte Prüfung nur und gerade bei Mitgliedern einer bestimmten Zuwanderungsgruppe“ der „zentrale Zweck“ der Konvention – „vorurteilsbehaftete Ausgrenzung auszuschließen“ – verletzt sei. Selbst die Festlegung der baden-württembergischen Einbürgerungsbehörden, den Gesprächsleitfaden nicht mehr

generell bei Einbürgerungswilligen aus Staaten der OIC anzuwenden, sondern nur in Einzelfällen, in denen Anhaltspunkte für ein fehlendes Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung sprechen, vermag die Rechtswidrigkeit des Ausnahmeregimes nach Völkerrecht nicht zu sanieren: Aus einer formellen Diskriminierung wird eine materielle.

#### **Geist des Misstrauens**

Das im *Huntington*'schen Sinne kulturkämpferische Potenzial des niederländischen Einbürgerungsfilmes und der baden-württembergischen Fragen darf in einer isolierten Betrachtung nicht überbewertet werden. Verstanden indes als Illustration einer sich radikalierenden Kommunikations(un)kultur zwischen dem Westen und den islamischen Ländern sowie als augenfälliger Ausdruck und komplizierende Anreicherung eines grundlegenden kulturellen Konfliktes, der bis in die Tiefenschichten der Gesellschaft Wirkung zeitigt, kommt ihnen eine größere Bedeutung zu.

Die Einführung von Einbürgerungstests und die Veröffentlichung von Fragenkatalogen entheben Staaten nicht der Pflicht, eine nachvollziehbare Staatsbürgerschaftspolitik zu verfolgen, die Integrationsproblematik in ihrer aktuellen Schärfe wahrzunehmen, wirksam gegen die Entstehung von Parallelgesellschaften einzutreten und die in einem multikulturellen und pluralistischen Staat notwendige Toleranz zu fördern. Während europäische Staaten von Einbürgerungswilligen grundlegende Sprachkenntnisse und staatsbürgerliches Wissen dergestalt einfordern dürfen, dass diese zu einer mündigen und kritischen Teilhabe am Staatswesen befähigt sind, ist eine substanzielle Verbesserung der Lebensbedingungen von Immigrierten Voraussetzung für eine gelingende Integration. Die Fragenkataloge sind der falsche Weg. Sie stellen kein Korrektiv für die sich aktualisierende Integrationsproblematik dar; sie sind weiters kein Kurativ für die sich konstituierenden Parallelgesellschaften und fungieren schließlich nicht als Markstein auf dem Weg zu den Werten eines demokratischen Rechtsstaates, der im Geiste der Toleranz und der Tradition der Aufklärung steht.

*Matthias C. Kettmann*

# Grenzen zur Demokratie

## Die Staatsbürgerschaftsrechts-Novelle 2005<sup>1</sup>

Joachim Stern

### 1. Einleitung<sup>2</sup>

Nachdem auf Initiative der Regierung im Frühjahr 2005 das gesamte Fremdenrecht einschneidend verschärft wurde, sollte auch das Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) folgen. Ein im Herbst kurzfristig zur Begutachtung ausgeschickter Ministerialentwurf<sup>3</sup> wurde nach großteils vernichtenden Stellungnahmen in nur wenigen Punkten von offensichtlichen Textmängeln<sup>4</sup> und extremen Härten bereinigt, dafür um andere Verleihungshindernisse ergänzt und nach einem Veto des Bundesrates vom Nationalrat mit Beharrungsbeschluss in Kraft gesetzt. Im Gegensatz zum Fremdenrechtspaket 2005 geschah dies unter einstimmiger Ablehnung durch die Oppositionsparteien. Übergangsfristen wurden keine vorgesehen, zuvor eingebrachte Anträge sind schon nach der neuen Rechtslage zu beurteilen. Ausgenommen davon sind lediglich AntragstellerInnen, denen die Verleihung der Staatsbürgerschaft bereits schriftlich zugesichert wurde (§ 64 a Abs 4).

Schon vor der Novelle war das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht für die AntragstellerInnen europaweit eines der rigorosesten und auch teuersten.<sup>5</sup> Es baut in seinen Grundzügen noch auf dem StbG 1925<sup>6</sup> auf, wobei ab 1960 zahlreiche Änderungen vor-

genommen wurden, die vor allem von zwei Bestrebungen getragen waren. Einerseits von einer schrittweisen Verschärfung der Einbürgerungsbedingungen, andererseits von der Anpassung an internationale Konventionen, die jeweils unter weitest gehender Ausnutzung von Vorbehaltsmöglichkeiten bzw überhaupt unzureichend ratifiziert wurden, wie zuletzt das Europäische Übereinkommen über Staatsangehörigkeit.<sup>7</sup> Während nach dem Zweiten Weltkrieg „Volksdeutschen“ privilegiert die Staatsbürgerschaft verliehen wurde, entzog man durch den Nationalsozialismus Vertriebenen, die oftmals gezwungen waren, eine andere Staatsbürgerschaft anzunehmen, aufgrund des dadurch angeblich geäußerten freiwilligen Bekenntnisses zu einem anderen Staat die österreichische Staatsbürgerschaft.<sup>8</sup> Erst spät und äußerst unzulänglich wurden für sie in gewissen Punkten Erleichterungen für eine Wiedereinbürgerung geschaffen.<sup>9</sup> Anträge der Grünen zur Verbesserung dieser Situation durch Einbeziehung der Nachkommen und EhepartnerInnen der Opfer fanden auch im „Gedankenjahr 2005“ keine Mehrheit.<sup>10</sup>

### 2. *Ius sanguinis* – Ehe vorausgesetzt

Die Tradition der schrittweisen Verschärfung wird durch die Novelle mit

bislang unbekannter Härte fortgesetzt, ohne dass Unzulänglichkeiten des Gesetzes nachhaltig verbessert werden. Am Grundprinzip der Abstammung von einem/r zum Zeitpunkt der Geburt österreichischen StaatsbürgerIn wird festgehalten. Uneheliche Kinder können dabei aber von ihrem Vater die österreichische Staatsbürgerschaft nur ableiten, wenn sie als Minderjährige „legitimiert“<sup>11</sup> werden (§§ 7, 7a). Sonst haben uneheliche, minderjährige Kinder nur dann eine, im Vergleich zu anderen Verleihungsarten etwas günstigere aber ebenfalls entgeltliche, Möglichkeit, die Staatsbürgerschaft über ihren Vater zu erhalten, wenn diesem, nach Anerkenntnis oder gerichtlicher Feststellung der Vaterschaft, auch Pflege und Erziehung zukommen (§ 17). Der dargelegte Zweck dieser Regelung ist die Verhinderung von Missbrauch durch falsche Vaterschaftsanerkennnisse. Diese Gefahr ist aber schon im Hinblick auf die damit verbundenen Familienrechte und -pflichten nicht groß<sup>12</sup> und rechtfertigt nicht, dass auch die Feststellung der Vaterschaft durch ein Gericht nicht ausreicht. Diese Diskriminierung unehelicher Kinder ausländischer Frauen hat nicht zuletzt schwere Folgen in Bezug auf den staatlichen Unterhaltsvorschuss, der nur österreichischen oder staatenlosen Kindern gewährt wird.<sup>13</sup>

### 3. Verleihung zwischen Rechtsanspruch und Ermessen

Neben dem originären Erwerb kann die Staatsbürgerschaft nur nach Erfüllung einer Palette von Bedingungen durch Verleihung zuerkannt werden. Österreich hält dabei grundsätzlich an der Verpflichtung zur Aufgabe der bisherigen Staatsbürgerschaft fest (§ 20), ohne jegliche Rücksicht auf mögliche, damit verbundene Verluste von Rechten im Herkunftsstaat. Auch Kinder sind vom Zwang zur Aufgabe

1) Bundesgesetz mit dem das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 (StbG), das Tilgungsgesetz 1972 und das Gebührengesetz 1957 geändert werden, BGBl I 37/2006.  
2) Für inhaltliche und redaktionelle Hinweise dankt der Autor Gernot Friedl und Lukas Oberndorfer.  
3) 340 MEntw 22. GP.

4) Siehe etwa die Stellungnahme des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramts: 22 SN 340 ME 22. GP.  
5) Ausführlich Davy (Hg), Die Integration von Einwanderern. Rechtliche Regelungen im europäischen Vergleich (2001).  
6) StbG 1925 BGBl 285.  
7) BGBl III 39/2000.

8) Ausführlich Kolonovits/Burger/Wendelin, Staatsbürgerschaft und Vertreibung. Veröffentlichungen der österreichischen Historikerkommission VII (2004).  
9) §§ 58c, 10 Abs 4 Z 2 StbG iF BGBl 521/1993.

10) 708/A 22. GP; StenProtNR 129 22. GP 80.  
11) §§ 161ff ABGB iVm § 23 IPRG.  
12) So auch Brugger/Unterwiesinger, Staatsbürgerschaftsgesetz (1999) 25.  
13) § 2 Abs 1 UVG 1985 BGBl 451 iF BGBl I 112/2003.

der bisherigen Staatsbürgerschaft nicht ausgenommen, obwohl die Regierung ausdrücklich erkannt hat, dass dies dem Kindeswohl widersprechen kann,<sup>14</sup> und sich völkerrechtlich dazu verpflichtet sah, österreichischen Kindern, die eine fremde Staatsangehörigkeit annehmen wollen, nun die Beibehaltung der österreichischen Staatsbürgerschaft zu ermöglichen (§ 28 Abs 1 Z 2). Angemerkt sei, dass die Kinderrechtskonvention, deren maßgebliches Prinzip die Beachtung des Kindeswohls unabhängig von Kriterien wie nationaler oder ethnischer Herkunft ist,<sup>15</sup> von Österreich seit 1992 umzusetzen wäre.

Bei der Einbürgerung wird prinzipiell zwischen einem Rechtsanspruch und einer Ermessensentscheidung unterschieden.<sup>16</sup> Schon bisher mussten aber auch Menschen, die sich auf einen Rechtsanspruch stützten, eine Fülle von zwingenden allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, die durch unbestimmte Begriffe umschrieben wurden. Dazu zählte beispielsweise das Erfordernis an alle Einbürgerungswilligen, dass sie nach ihrem bisherigen Verhalten Gewähr bieten müssen, zur Republik bejahend eingestellt zu sein, und weder eine Gefahr für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit noch für andere, in Art 8 Abs 2 EMRK genannte Interessen darzustellen (§ 10 Abs 1 Z 6). Der Behörde kam so auch bei der Prüfung eines Rechtsanspruchs ein weiter Spielraum zu.

Andererseits musste sich das bislang sog „freie Ermessen“, das bei Verleihungen ohne Rechtsanspruch auszuüben war, schon im Hinblick auf Art 130 Abs 2 B-VG, am Sinne des Gesetzes orientieren und auch nachvollziehbar begründet werden.<sup>17</sup> Der Sinn des Gesetzes wurde aber eigens definiert: Die Behörde hatte sich „unter Bedachtnahme auf das Gesamtverhalten des Fremden von Rücksichten auf das allgemeine Wohl, die öffentlichen Interessen und das Ausmaß der Integration des Frem-

den leiten zu lassen“ (§ 11). Dass dabei, wie in der Literatur zu Recht festgehalten,<sup>18</sup> auch jene Grundprinzipien einbezogen werden müssten, die in für Österreich verbindlichen Konventionen zum Ausdruck kommen, wie etwa der Grundsatz der Vermeidung von Staatenlosigkeit,<sup>19</sup> das Verbot der Diskriminierung von Frauen,<sup>20</sup> aber auch das Gebot der erleichterten Verleihung der Staatsbürgerschaft an Flüchtlinge<sup>21</sup> fand keine Beachtung. Auch die Interessen der AntragstellerInnen wurden im Gesetz nicht erwähnt.

Mit der Novelle sollte nun dieser Begriff der „Integration des Fremden“ näher bestimmt werden. Dazu zählen nach Auffassung des Gesetzgebers „insbesondere die Orientierung des Fremden am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben in Österreich sowie an den Grundwerten eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft“ (§ 11 2. Satz). Näher bestimmt wird durch diese Schlagworte, die in ihrer Einseitigkeit eher an Assimilation als an Integration erinnern, jedoch wenig. Sie sind inhaltlich identisch mit dem seit Jänner in Kraft stehenden § 31 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG),<sup>22</sup> der Fremden ausdrücklich anordnet, ihr Verhalten an diesen „Idealen“ zu orientieren. Aufenthaltsrechtlich bleibt ein Nichtbefolgen allein dieser Bestimmung sanktionslos. Im Staatsbürgerschaftsrecht hingegen führt es zum Ausschluss von der Verleihung. Dabei legt der Gesetzgeber die Vermutung nahe, dass man schon vor Erlassung dieser totalitären Bestimmung, mit der über AusländerInnen ein uneingeschränkter, bis in persönliche Verhaltensweisen reichender Verfügungsanspruch gestellt wird, nicht davon ausgehen konnte, dass Österreich selbst sich an den Grundwerten eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft orientiere, müssten diese Grundwerte doch sonst

schon im Begriff des „gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Lebens in Österreich“ zum Ausdruck kommen und den letzten Teil der Bestimmung überflüssig machen.

Rechtsstaatlich bedenklich ist, dass dieses Konvolut an nicht objektivierbaren Begriffen nun in allen Fällen zwingend zu berücksichtigen ist und ausdrücklich auch bei einem Rechtsanspruch verwendet werden kann um eine Ablehnung zu begründen.<sup>23</sup> Die ohnehin schon dünne Grenze zwischen Bittstellung und durchsetzbarem Recht ist nunmehr gänzlich verwischt. Im Staatsbürgerschaftsverfahren, in dem es eine einzige ordentliche Instanz, nämlich die Landesregierung, gibt, und Berufungen mit dem Kostenrisiko der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof verbunden sind, macht das die Gefahr von Willkür immanent.

#### 4. Ausufern zwingender Ausschlussgründe

Der zu Lasten der AntragstellerInnen ausübbarer Ermessensspielraum scheint nun in jedem Fall unbegrenzt. Zusätzlich wurden Sachverhalte, von denen einige schon bisher unter die allgemein umschriebenen Versagungsgründe subsumiert werden konnten, ausdrücklich als zwingende Verleihungshindernisse festgeschrieben. Der Bundesgesetzgeber scheint hier die Konsequenz aus seinem Misstrauen gegenüber einigen angeblich so einbürgerungsfreundlichen Landesbehörden zu ziehen und zeigt damit, dass auch er den Nachteil unbestimmbarer Gesetzesbegriffe erkennt, allerdings nur, wenn deren Auslegung den eigenen politischen Interessen widersprechen könnte.

Ein gewisses Maß an Unbescholtenheit setzen die meisten Staaten bei den um die Mitbürgerschaft Ansuchenden voraus.<sup>24</sup> So auch Österreich, wobei einst einem vernünftigen Demokratieverständnis gefolgt wurde, und nur solche strafrechtlichen Verurteilungen

14) 1189 BlgNR 22. GP 9.  
15) Art 2 Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993.  
16) Für eine dogmatische Auseinandersetzung zwischen Auslegung unbestimmter Begriffe und Ermessen siehe Hinweise bei Thienel, Staatsbürgerschaft II 1989 165f.

17) Etwa VwGH 16.10.1996, 95/01/0469.  
18) Brugger/Unterwiesing, Staatsbürgerschaftsgesetz 70.  
19) Übereinkommen über die Verminderung von Staatenlosigkeit, BGBl 538/1974.

20) Übereinkommen über die Staatsbürgerschaft der verheirateten Frau, BGBl 238/1968; Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 443/1982.  
21) Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 55/1955.

22) BGBl I 100/2005.  
23) 1189 BlgNR 22. GP 7.  
24) Waldrauch, Die Integration von Einwanderern. Ein Index der rechtlichen Diskriminierung (2001) 437ff.



eine Zuerkennung der Staatsbürgerschaft zwingend verhinderten, die StaatsbürgerInnen vom Wahlrecht ausgeschlossen hätten. So verwies das StbG noch bis 1983<sup>25</sup> ausdrücklich auf die entsprechenden Bestimmungen der Nationalratswahlordnung. Während damals wie auch noch heute das Wahlrecht nur nach einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer mehr als einjährigen unbedingten Freiheitsstrafe wegen einer Vorsatztat entzogen werden kann,<sup>26</sup> wurde der Kreis der die Staatsbürgerschaftsverleihung ausschließenden Straftaten laufend erweitert. Er lag ab 1983 bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten,<sup>27</sup> wurde 1998 auf dreimonatige Verurteilungen ausgedehnt,<sup>28</sup> und geht nun überhaupt so weit, dass bei jeglicher Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe wegen einer Vorsatztat, ob bedingt oder unbedingt, die Staatsbürgerschaft nicht verliehen werden darf (§ 10 Abs 1 Z 2). Die Regierung ging bei dieser massiven Verschärfung „unter Bedachtnahme auf die Möglichkeit einer diversionellen Erledigung oder einer Geldstrafe“ davon aus, dass nur dann eine Freiheitsstrafe verhängt wird, wenn es sich nicht um ein „erstes Bagatelldelikt handelt.“<sup>29</sup>

Dabei wird gänzlich ignoriert, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte, die oft schon bei vermögenslosen InländerInnen strikt sind, dazu neigen, AusländerInnen noch seltener Alternativen zur Freiheitsstrafe zu gewähren.<sup>30</sup> Ausländische Verurteilungen werden österreichischen gleichgestellt, solange sie in einem den Grundsätzen des Art 6 EMRK entsprechenden Verfahren ergangen sind. Dass selbst dann in fremden Staaten aber nach anderen Maßstäben geurteilt werden kann, und auch nicht jede Rechtsordnung Möglichkeiten der Diversion oder Geldstrafe vorsieht, macht diese Gleichstellung äußerst problematisch.

Interessanterweise haben sechs Bundesländer<sup>31</sup> auf ihren Antragsformularen schon bisher eine Unterschrift

unter die undifferenzierte Erklärung verlangt, „weder durch ein inländisches noch durch ein ausländisches Gericht verurteilt worden“<sup>32</sup> zu sein, was zB im Burgenland noch durch ein „jemals“ ergänzt wurde. Das geschah mit Ausnahme Oberösterreichs ohne Hinweis auf das Tilgungsgesetz, das bestimmt, dass Verurteilungen gegenüber niemandem angegeben werden müssen, wenn sie getilgt sind oder einer Auskunftsbeschränkung unterliegen, was bei Strafen unter drei, bei Jugendstrafen unter sechs Monaten der Fall ist.<sup>33</sup>

Seit der Novelle können Staatsbürgerschaftsbehörden von Amts wegen unbeschränkte Strafregisterauskünfte einholen,<sup>34</sup> ebenso wie sie ohne Einschränkungen Daten von anderen Behörden, AMS und Sozialversicherungsträgern erhalten.<sup>35</sup> Dieser einfachgesetzliche Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz steht in Widerspruch zu § 1 Abs 2 Datenschutzgesetz,<sup>36</sup> demzufolge nur für den konkreten Zweck unbedingt erforderliche Daten übermittelt werden dürfen. Abgesehen davon ist der nun vorgesehene Informationsfluss problematisch, weil – wie schon bisher – auch geringfügige Verurteilungen und Verwaltungsstraftaten selbst nach ihrer Tilgung als Zeichen gewertet werden können, dass „der Fremde“ nach seinem bisherigen Verhalten keine Gewähr dafür bietet, zur Republik bejahend eingestellt zu sein und keine Gefahr für die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit oder andere in Art 8 Abs 2 EMRK genannte öffentliche Interessen darzustellen (§ 10 Abs 1 Z 6). Dabei ist unbeachtlich, auf welchem Weg die Informationen der Behörde bekannt werden. Der VwGH hat diese faktische Ausnahme vom Tilgungsgesetz, demzufolge ausdrücklich mit der Tilgung einer Verurteilung alle ihre nachteiligen Folgen erlöschen,<sup>37</sup> damit begründet, dass „das Gesamtverhalten des Einbürgerungswerbers wesentlich durch das sich aus den von ihm begangenen Straftaten ergebende Charakterbild bestimmt“ wird, wobei

nicht auf formelle Gesichtspunkte abgestellt werde.<sup>38</sup> Dabei wird aber das Wesen der Tilgung verkannt, die eben gerade keine Formalität ist, sondern der aufklärerischen Prämisse, dass Menschen veränderbar sind, folgt, und eine diesem Änderungsprozess entgegenstehende, lebenslängliche Brandmarkung verhindern soll.

Abgesehen von der potenziellen Subsumierung unter einen allgemeinen Ausschlussgrund wird im StbG nun zusätzlich auf „bestimmte Tatsachen gemäß § 60 Abs 2“ Fremdenpolizeigesetz (FPG)<sup>39</sup> verwiesen (§ 10 Abs 2 Z 1), deren Vorliegen die Verleihung der Staatsbürgerschaft zwingend verhindert. Bei diesen „bestimmten Tatsachen“ handelt es sich um einen Katalog von Verwaltungsstraftaten und einfachen Verhaltensweisen mit denen ein Aufenthaltsverbot begründet werden kann. Dazu zählt etwa ein schwerwiegender Verstoß gegen die Vorschriften, mit denen die Prostitution geregelt ist, die Ausübung einer Beschäftigung entgegen dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, oder das Eingehen einer Scheinehe. Dabei wird zwar auf die Möglichkeit einer Tilgung hingewiesen. Bei einigen dieser Ausschlussgründe handelt es sich aber nicht um Straftaten, sondern um bloße Verhaltensweisen, die als solche auch nicht getilgt werden können. Ausdrücklich sollen diese Verhaltensweisen ein Einbürgerungshindernis darstellen, „selbst wenn ein Aufenthaltsverbot nicht erlassen werden konnte.“<sup>40</sup>

Ab zweimaliger Begehung stellen nun auch „schwerwiegende Verwaltungsübertretungen mit besonderem Unrechtsgehalt“ absolute Staatsbürgerschaftshindernisse dar. Dazu wird beispielsweise das „unbefugte Anbringen, Entfernen oder Verändern der Lage von Einrichtungen zur Regelung und Sicherung des Verkehrs“ gezählt,<sup>41</sup> wobei ein solches Verhalten in Österreichs südlichstem Bundesland seit Jahrzehnten zum „gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Le-

25) StbG 1965 BGBl 250/1965.

26) § 22 NRWO 1972 BGBl 391/1970; § 22 NRWO 1992 BGBl 471 idF BGBl I 90/2003.

27) § 10 Abs 1 Z 2 StbG idF BGBl 179/1983.

28) § 10 Abs 1 Z 2 StbG idF BGBl I 124/1998.

29) 1189 BlgNR 22. GP 4.

30) *Bundesministerium für Justiz (Hg)*, Straftaten ausländischer Jugendlicher und junger Erwachsener (2005).

31) B, OÖ, S, Stmk, V, W.

32) [www.wien.gv.at/ENB/ENB.cgi](http://www.wien.gv.at/ENB/ENB.cgi) (2.3.2006).

33) § 1 Abs 4, 6 TilgG 1972 BGBl 68 idF BGBl I 19/2005.

34) § 6 Abs 1 Z 7 TilgG.

35) § 39a StbG.

36) Datenschutzgesetz 2000 BGBl I 165 idF 13/2005.

37) § 1 Abs 2 TilgG

38) VwGH 19.9.1990, 90/01/0065.

39) BGBl I 100/2005.

40) 1189 BlgNR 22. GP 5.

41) § 99 Abs 2e StVO iVm § 10 Abs 2 Z 2 StbG.

Maurer/Schrott/Schütz

**AußStrG – Außerstreitgesetz**

Kommentar, 2006, 776 Seiten, geb., 3-7046-3946-X, € 95,-

Der ausführliche Kommentar enthält bereits den Einführungserlaß zum Außerstreitgesetz und alle relevanten Nebengesetze sowie das Außerstreit-Begleitgesetz, das Wohnrechtliche Außerstreit-Begleitgesetz und die neue Verordnung-Brüssel II. Die Änderungen durch die Zivilverfahrens-Novelle 2004, das GIN 2006 und das BRÄG 2006 sind ebenfalls eingearbeitet. Textbausteine und Formulierungshinweise geben Hilfestellung in der Praxis.

**Dr. Ewald Maurer**, Gerichtsvorsteher i. R., war Richter und Mitbegründer sowie Obmannstellvertreter der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht.

**Dr. Robert Schrott**, Gerichtsvorsteher, Familienrichter, ehemaliger Vorsitzender der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht.

**MR Dr. Werner Schütz**, war über 20 Jahre Leiter der Abteilung internationales Familienrecht BM für Justiz.

**Praxisorientiert**

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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

ben“ gehört und neuerdings auch von einem der obersten Staatsorgane unter Einsatz von Körperkraft und medialem Aufsehen vorexerziert wird.

**5. Kampf dem Extremismus**

Von der Staatsbürgerschaft ausgeschlossen ist nun weiters, wer „ein Naheverhältnis zu einer extremistischen oder terroristischen Gruppierung hat und im Hinblick auf deren bestehende Strukturen oder auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld extremistische oder terroristische Aktivitäten derselben nicht ausgeschlossen werden können“ (§ 10 Abs 2 Z 7). Ausdrücklich weist die Regierung darauf hin, dass dadurch selbst dann ein Hinderungsgrund vorliegen soll, „wenn der Staatsbürgerschaftswerber mit keiner konkreten Aktivität in Verbindung gebracht werden kann.“ Ein Naheverhältnis liege auch ohne aktive Mitgliedschaft bei Personen vor, die „... (wenn auch nicht öffentlich) bekennende Sympathisanten, Geldge-

ber oder andere Unterstützer, wie Verteiler von Propagandamaterial“<sup>42</sup> sind. Der Kampf gegen Terrorismus und nicht näher beschriebenen Extremismus wird hier zum Kampf gegen rechtsstaatliche Grundprinzipien, wie die Meinungs- und Versammlungsfreiheit oder den Schutz vor Willkür. Den Verdächtigen wird eine Beweislast aufgebürdet, die aufgrund der hypothetischen Formulierung schon grundsätzlich gar nicht erbracht werden kann. Denn „wie soll der Antragsteller nachweisen, dass eine zukünftige extremistische Aktivität einer Gruppierung, der er gar nicht angehört aber angeblich nahe steht, ausgeschlossen werden kann?“<sup>43</sup>

Eine weitere Voraussetzung für jede Verleihung der Staatsbürgerschaft ist nun auch die Erfüllung der so genannten Integrationsvereinbarung nach § 14 NAG, und zwar auch für AusländerInnen, die aufenthaltsrechtlich eines solchen Nachweises nicht bedürfen, wie beispielsweise EWR-BürgerInnen

(§ 10a). In der Ministerialvorlage waren auch Opfer des Nationalsozialismus noch ausdrücklich nicht davon ausgenommen.

Zusätzlich muss ein Multiple-Choice-Test über Grundkenntnisse der demokratischen Ordnung sowie der Geschichte Österreichs und des jeweiligen Bundeslandes auf dem Niveau des Lehrplans der vierten Klasse Hauptschule bestanden werden. Waren bisher bei der Überprüfung der Deutschkenntnisse die Lebensumstände der AusländerInnen zu berücksichtigen, sind jetzt nur handlungsunfähige, alte oder dauerhaft kranke Menschen von den standardisierten schriftlichen Prüfungen ausgenommen. Ab dem sechsten Lebensjahr haben auch Kinder diese Kenntnisse nachzuweisen, sie gelten aber durch den Besuch einer Volksschule als erbracht. Der Besuch einer Sekundarschule befreit hingegen von der Prüfung nur während der Schulpflicht und wenn der Unterrichtsgegenstand Deutsch im zuletzt ausge-

42) 1189 BlgNR 22. GP 5.

43) *Bauböck*, Zur Novelle des *rechte (Hg)*, Menschenrechtlicher Staatsbürgerschaftsgesetzes in Befund für Österreich 2005, 5. *Österreichische Liga für Menschen-*

## Diwok/Göth Bankwesengesetz

2005, 804 Seiten, geb., 3-7046-0388-0, € 220,-

Der erste Band des auf drei Bände ausgelegten Werkes zum BWG befasst sich mit den Regelungen über die Berechtigung zum Betreiben von Bankgeschäften in Österreich, mit den Eigentümerbestimmungen sowie ausführlich und vollständig mit den Ordnungsnormen. Dabei werden insbesondere auch die komplexen Regelungen über die Unterlegung von Kreditrisiken, Fremdwährungs- und Zinsänderungsrisiken im Bank- und Handelsbuch sowie Großveranlagungen und Beteiligungsrisiken kommentiert. Das Buch wendet sich an den Bankrechtspraktiker und zeigt auch die Nahtstellen zu handels- und steuer- sowie bilanzrechtlichen Fragen auf.

**Dr. Georg Diwok** ist Partner und Rechtsanwalt bei Baker & McKenzie • Kerres & Diwok Rechtsanwälte GmbH in Wien.

**Univ.-Doz. MMag. Dr. Philip Göth** ist Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Partner bei Deloitte Österreich und Deloitte Schweiz.



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

VERLAG  
ÖSTERREICH

stellten Zeugnis positiv benotet wurde. Ansonsten, meint das BMI, könnten die Kinder „selbstverständlich die Prüfung ... ablegen.“<sup>44</sup> Da dies in erster Linie unter 14-jährige betreffen kann, die Prüfungen sich aber am Lehrplan der vierten Klasse Hauptschule orientieren, zeigt das Ministerium dabei ein hohes Maß an Zynismus.

Schon für das Aufenthaltsrecht gilt die Kritik, dass AusländerInnen der Besuch von Kursen vorgeschrieben wird, ohne einen hürdenfreien Zugang zu diesen zu ermöglichen. Für die nun vorgesehenen Prüfungen sind dafür überhaupt keine Kurse vorgesehen. Auch, dass der Lernstoff zu den Prüfungen zugänglich sein muss, wird nicht normiert. Dies legt die Vermutung nahe, dass hier eine Selektion der potentiellen StaatsbürgerInnen nach dem Bildungshintergrund vorgenommen werden soll.

### 6. Was nichts kostet ...

Dafür, dass im StbG auch eine Selektion nach dem ökonomischen Hintergrund stattfindet, bedarf es hingegen keiner Vermutung. Schon bisher musste ausdrücklich „der Lebensunterhalt hinreichend gesichert“ sein, wobei aber eine „unverschuldete“ finanzielle Notlage nicht schaden sollte.<sup>45</sup> Diese Rücksichtnahme wurde gestrichen, alle AntragstellerInnen müssen nun ausnahmslos Beweise über feste und regelmäßige Einkünfte aus Erwerb, Einkommen, gesetzlichen Unterhaltsansprüchen oder Versicherungsleistungen in Höhe der Sozialhilferichtsätze für die letzten drei Jahre vorlegen können. Der Bezug von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften schadet. Dies erscheint insofern als besondere Perfidität, als Drittstaatsangehörige überhaupt erst seit Umsetzung der EG-Richtlinie über die Rechtsstellung langfristiger Aufenthaltsberechtigter<sup>46</sup> im Jänner 2006 einige dieser Leistungen in Anspruch nehmen können. Indirekt soll ihnen die

Möglichkeit dazu nun wieder genommen werden. Als zusätzliche finanzielle Hürde wurden auch die europaweit einzigartig hohen Bundesgebühren für die Verleihung der Staatsbürgerschaft weiter angehoben (§ 14 TP 2 GebG).

Einschneidend verändert wurde weiters das Erfordernis der Wohnsitzfristen. Wurde bisher die durchgehende Meldung eines Hauptwohnsitzes verlangt, wird nun ein *rechtmäßiger und ununterbrochener* Aufenthalt von zumindest zehn Jahren im Bundesgebiet vorausgesetzt, wovon der/die Einbürgerungssuchende aber zumindest fünf Jahre lang eine Niederlassungsbewilligung besessen haben muss (§ 10 Abs 1 Z 1). Das Europäische Übereinkommen über Staatsangehörigkeit gibt den Vertragsstaaten zwar prinzipiell die Möglichkeit, auf den rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen (*lawful and habitual residence*), doch hat Österreich anlässlich der Unterzeichnung des Übereinkommens erklärt, dass darunter

44) 340 MEntw 22. GP 12.  
45) § 10 Abs 1 aF

46) RL 2003/109/EG des Rates v  
25.11.2003, ABI L 16/2004.

47) Erklärung zu Art 6, Art 9  
des Übereinkommens, BGBl III  
38/2000.

nur der Hauptwohnsitz zu verstehen sei.<sup>47</sup> Dieser völkerrechtlich bindenden Erklärung wird nun nicht mehr entsprochen. Fraglich ist auch, inwiefern das Erfordernis der Niederlassungsbewilligung und der damit einhergehende Ausschluss von Menschen mit bloßer Aufenthaltsberechtigung mit dem Vertrag vereinbar sind.

Unter dem Schlagwort der „Angleichung“ wurden die Fristen für vorzeitige Einbürgerungen generell von vier auf sechs Jahre rechtmäßigen und ununterbrochenen Aufenthalts im Inland verlängert (§ 11a Abs 4). Das betrifft etwa EWR-BürgerInnen, wobei diese Verleihmöglichkeit seit der EU-Erweiterung 2004 und dem langfristigen Ausschluss vom Arbeitsmarkt von Angehörigen der neuen Mitgliedstaaten erstmals einen realen Anwendungsbereich abseits vom Zugang zum nationalen Wahlrecht und hoheitlichen Staatsämtern hat. Für EhepartnerInnen von ÖsterreicherInnen muss nun zusätzlich die Ehe mindestens fünf Jahre lang aufrecht sein. Die Verlängerung der Wartezeiten gilt auch für Asylberechtigte, wobei es ausdrücklich nur auf die internationale Verpflichtung zur Erleichterung des Staatsbürgererschaftserwerbs für Flüchtlinge zurückzuführen ist, dass sie nicht überhaupt auf die allgemeinen Verleihbedingungen verwiesen wurden.<sup>48</sup> Das ist hingegen der Fall für „subsidiär Schutzberechtigte“ iSd § 8 AsylG,<sup>49</sup> die sich aber auch nicht niederlassen können, und so

nun frühestens nach 15 Jahren die Möglichkeit haben, die Staatsbürgerschaft zu beantragen, weil dafür nach wie vor der Hauptwohnsitz ausreicht. Sie müssen dabei aber nachweisen können, nachhaltig persönlich und beruflich integriert zu sein (§ 12 Z 1 lit b).

Sämtliche Aufenthaltsfristen werden unterbrochen, sobald der/die AntragstellerIn *insgesamt* mehr als 20% der geforderten Fristen im Ausland verbracht hat. Die Fristen laufen dann ab der letzten Einreise von Neuem. Ausgeschlossen werden so schon beispielsweise Kinder, die ihre Schulferien im Herkunftsland der Eltern verbringen. Schon im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz erscheint problematisch, dass im Gegensatz zum NAG auch keine berücksichtigungswürdigen Gründe für einen Auslandsaufenthalt normiert werden.<sup>50</sup>

## 7. Zwischen Bevölkerung und Volk

Dieser Unterschied zum Aufenthaltsrecht zeigt noch einmal ganz klar die Absicht der Regierungsmehrheit, systematisch Menschen, die langfristig legal in Österreich leben und hier ihren Lebensmittelpunkt haben, anhand kultureller, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher beziehungsweise überhaupt willkürlich gewählter Kriterien von der Staatsbürgerschaft und den mit ihr verbundenen Rechten auszuschließen. Dass es dabei nicht um den vielfach beschworenen Schutz öffent-

licher Interessen geht, zeigt auch ein Vergleich mit den Bestimmungen des FPG. So können, trotz massiver Verschärfung der Rechtslage im Vorjahr, AusländerInnen wesentlich weniger leicht ausgewiesen werden, als Ihnen der Erwerb der Staatsbürgerschaft versagt wird.<sup>51</sup> Der Bundesregierung zufolge bedarf es „weiterer Beobachtung vor dem Abschluss der Integration in die österreichische Rechtsgemeinschaft“,<sup>52</sup> eine Äußerung, die den Objektstatus dieser „Fremden“ klar zum Ausdruck bringt.

Seit dem Urteil des VfGH zum AusländerInnenwahlrecht<sup>53</sup> steht fest, dass die Staatsbürgerschaft die Grenze zur demokratischen Mitbestimmung darstellt. Der Gesetzgeber hat nun erstmals auf die so festgestellte Divergenz zwischen Bevölkerung und Volk reagiert. Er tat dies durch eine nachhaltige Einschränkung der Möglichkeit zur Überschreitung der Grenzen zwischen den beiden Gruppen. Durch die so bewirkte langfristige Vergrößerung der Gruppe der Unterworfenen ohne Mitsprachemöglichkeit nähert sich die Republik ihrerseits in bedenklicher Weise den Grenzen zur Demokratie.

*Mag. Joachim Stern, M.A. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien; joachim.stern@gmx.at.*

48) 1189 BlgNR 22. GP 8; Sten-Prot NR 129 22. GP 83.

49) Asylgesetz 2005 BGBl I 100/2005.

50) Stellungnahme des Verfassungsdienstes des Bundeskanzleramts 22 SN 340 ME 22. GP 7.

51) Nach achtjähriger Niederlassung, nur nach Begehung einer Straftat, wenn der weitere Aufenthalt die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit gefährden würde. Nach zehn Jahren, oder mit dem neu eingeführten Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“, der nach fünf Jahren Niederlassung verlie-

hen werden kann, nur mehr wegen bestimmter schwerer Delikte oder wiederholter Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von über sechs Monaten. Von klein auf im Inland Aufgewachsene nur nach Verurteilung zu einer mehr als zweijährigen Haftstrafe (§§ 55f FPG 2005 BGBl I 100).

52) 1189 BlgNR 22. GP 4.

53) VfSlg 17.264, siehe *Perchnig*, Kein Wahlrecht ohne roten Pass. Das VfGH-Erkenntnis zum Ausländerwahlrecht in Wien (VfGH 30.6.2004, G218/03), *juridikum* 2004/4, 178-181.

# Genehmigen Sie das Recht zu kämpfen, Sire!

## Gewerkschaftliche Arbeitskämpfmaßnahmen vor dem Europäischen Gerichtshof

Valentin Wedl

In der Rechtssache *Laval un Partneri Ltd<sup>1</sup>* (von manchen auch als „Vaxholm-Fall“ bezeichnet) wird sich der EuGH voraussichtlich erstmals zur Zulässigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen im Lichte des Gemeinschaftsrechts äußern.

### 1. Die Vorgeschichte

Im November 2004 ergriff die schwedische Bauarbeitergewerkschaft (Svenska Byggnadsarbetareförbundet) Blockademaßnahmen gegen das lettische Bauunternehmen Laval un Partneri Ltd, das mit dem Bau einer Schule in der schwedischen Stadt Vaxholm öffentlich beauftragt worden war. Die Arbeiten sollten von lettischen BauarbeiterInnen durchgeführt werden. Das Unternehmen weigerte sich jedoch, den nach Schweden entsandten lettischen ArbeitnehmerInnen Löhne auf schwedischem Kollektivvertrags(KV)-Niveau zu bezahlen. Anstelle dessen schloss das Unternehmen zwischenzeitig einen KV nach lettischem Recht ab, der auch und gerade für die Auslandstätigkeiten in Schweden einen Lohn – freilich unter dem schwedischen Niveau – vorsah.

Den Blockademaßnahmen der Bauarbeitergewerkschaft schloss sich in weiterer Folge auch die Elektrikergewerkschaft (Svenska Elektrikerförbundet) im Rahmen einer Solidaritätsaktion (Sympathieaktion) an. Gemeinsam verhinderten die beiden Gewerkschaften die Bautätigkeit durch das lettische Unternehmen.

### 2. Das schwedische KV-System und die Friedenspflicht

So wie in vielen europäischen Ländern werden auch in Schweden Kollektivverträge branchenweise von den Sozial-

partnern abgeschlossen. Jedoch sind nur jene Unternehmen an Kollektivverträge gebunden, die freiwillig Mitglied eines entsprechenden kollektivvertragsfähigen Verbandes sind. Bei Nicht-Mitgliedern ist es zulässig und üblich, gegebenenfalls mit gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen entsprechende individuelle Kollektivverträge zu erzwingen. Dies betrifft neben bestimmten schwedischen Unternehmen vor allem auch Unternehmen, deren Sitz sich – wie im vorliegenden Fall – in einem anderen Mitgliedsland der EU befindet und die im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs nur vorübergehend (auftragsbezogen) über die Grenze arbeiten.

Auch die Umsetzung der Entsenderichtlinie<sup>2</sup> führte zu keiner Neugestaltung des schwedischen Systems, das sich über Jahrzehnte bewährt hat. Nach der Entsenderichtlinie werden vereinfacht gesprochen die Mitgliedstaaten der EU unter anderem dazu angehalten, ihre nationalen – sei es gesetzlichen oder allgemein verbindlichen kollektivvertraglichen – Mindestlöhne den in ihr Land entsandten ArbeitnehmerInnen zu garantieren<sup>3</sup>. In Schweden gibt es aber weder gesetzliche Mindestlohnbestimmungen, noch war es möglich, den KV der betreffenden schwedischen Branche auf die Arbeitsverhältnisse der entsandten lettischen ArbeitnehmerInnen automatisch anzuwenden. Dies hätte im vorliegenden Fall das lettische Unternehmen gegenüber jenen schwedischen Unternehmen benachteiligt, die ebenfalls nicht Mitglied eines kollektivvertragsfähigen Verbandes in Schweden wären. Nicht zuletzt um eine derartige – mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare Ungleichbehandlung<sup>4</sup> – zu vermeiden, wurde die Sicherung des

schwedischen Kollektivvertragsniveaus auch bei entsandten ArbeitnehmerInnen wie ehemals von der gewerkschaftlichen Durchsetzungskraft abhängig gemacht.

Zu beachten ist weiters, dass in Schweden das Arbeitskämpfrecht eingehend geregelt wird. Nach dem Mitbestimmungsgesetz (Medbestämmandelagen) wird das Recht zur Durchführung von Arbeitskämpfmaßnahmen durch die *Friedenspflicht* begrenzt. Sie ist insbesondere dann von der Gewerkschaft zu beachten, wenn das betreffende Arbeitsverhältnis bereits durch einen gültigen Kollektivvertrag geregelt ist. Es ist nach schwedischem Recht ferner verboten, Arbeitskämpfmaßnahmen mit dem Ziel durchzuführen, einen zwischen anderen Parteien geschlossenen Kollektivvertrag zu beseitigen. Allerdings greift nach einer Gesetzesnovelle (der so genannten *Lex Britannia*) dieses Verbot nur, wenn für das betreffende Arbeitsverhältnis das schwedische Mitbestimmungsgesetz *unmittelbar* gilt. Das bedeutet insbesondere, dass bei nur vorübergehenden Entsendungen von ArbeitnehmerInnen nach Schweden keine Friedenspflicht zu beachten ist, selbst wenn ein gültiger KV nach ausländischem Recht abgeschlossen worden ist.

### 3. Der Rechtsstreit

Nachdem die Blockademaßnahmen dem lettischen Unternehmen verunmöglicht hatten, seinen Auftrag auszuführen, klagte es die beteiligten Gewerkschaften auf Unterlassung und Schadenersatz. Laval un Partneri Ltd stützte sich dabei im Wesentlichen auf den freien Dienstleistungsverkehr (Art 49 EG) sowie die Entsenderichtlinie. Das zuständige schwedische Arbeitsgericht (Arbetsdomstolen) beschloss, zur Klärung der gemeinschaftsrechtlichen Fragen den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens (Art 234 EG) einzuschalten.

Dabei geht es zusammenfassend um zwei Aspekte: Der Gerichtshof soll zum einen klären, ob das freie schwedische System zur Erzwingung von KV-Löhnen im Wege von Arbeitskämpfmaßnahmen insbesondere vor dem Hintergrund der Umsetzung der Entsenderichtlinie zulässig ist. Zum zweiten wird vom Gerichtshof zu prüfen sein, ob im Lichte

1) EuGH, Rs C-341/05.

2) Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, 3) Art 3 der Entsenderichtlinie.

Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, S 1 (Entsenderichtlinie).

4) Vgl. EuGH, Rs C-164/99, *Portugaia Construcoes*, Slg 2002, I-787, Rn 34.

der schwedischen Friedenspflicht Arbeitskampfmaßnahmen gegen ein Unternehmen ergriffen werden dürfen, das im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nur vorübergehend Tätigkeiten in Schweden erbringt und überdies mit seinen ArbeitnehmerInnen einen KV-Lohn nach ausländischem Recht vereinbart hat.

#### 4. Rechtliche Beurteilung

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass beide Fragen zu bejahen sind. Letztlich können hierfür vereinfacht im Wesentlichen folgende Erwägungen ins Treffen gebracht werden.

##### 4.1 Die Entsenderichtlinie

Der 5. Erwägungsgrund der Entsenderichtlinie führt einen *fairen Wettbewerb* sowie Maßnahmen, die die *Rechte der Arbeitnehmer* garantieren als Voraussetzungen für die Förderung des staatenübergreifenden Dienstleistungsverkehrs an.

Gemäß Art 3 Entsenderichtlinie sorgen die Mitgliedstaaten deshalb dafür, dass entsendende Unternehmen ihren Arbeitnehmern einen „harten Kern“ jener Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen *garantieren*, die im Gastland festgelegt sind. Dazu zählen gemäß Art 3 Abs 1 lit c auch *Mindestlohnsätze*.

Es ist sohin das *Kernanliegen* der Entsenderichtlinie schlechthin, dass bestimmte arbeitsrechtliche Aspekte keinen Wettbewerbsfaktor im Rahmen des grenzüberschreitenden Wettbewerbs zwischen Dienstleistungsunternehmen darstellen. Die Entsenderichtlinie bestätigt dies durch die Verankerung des sogenannten *Bestimmungslandprinzips*, dessen Wirkung sich auf den Kern von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erstreckt. Diesbezüglich sind also weder die Rechtsordnung des Herkunftslandes<sup>5</sup> des Unternehmens noch die arbeitsrechtlichen Anknüpfungsvoraussetzungen des Internationalen Privatrechts<sup>6</sup> maßgeblich. Es entspricht somit geradezu der Intention der Entsenderichtlinie, dass im vorliegenden Fall das schwedische und nicht das lettische kollektivvertragliche Lohnniveau entscheidend ist.

Wie die Umsetzung dieser gemeinschaftsrechtlichen Anordnung zu erfolgen hat, spricht die Entsenderichtlinie nicht im Detail an. Gemäß Art 5 Abs 1 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten aber *geeignete Maßnahmen* für den Fall der Nichteinhaltung der Entsenderichtlinie vorzusehen. Laut Art 5 Abs 2 Entsenderichtlinie ist darüber hinaus sicher zu stellen, dass auch den *ArbeitnehmervertreterInnen* diesbezüglich *geeignete Verfahren* zur Verfügung stehen. Dabei verfügen die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs über ein weites *Ermessen* bei der Festlegung der Form und der Art und Weise dieser Verfahren.<sup>7</sup>

In diesem Sinne ist auch das schwedische System des Abschlusses von Kollektivverträgen einschließlich des Arbeitskampfes als geeignete Maßnahme bzw. geeignetes Verfahren gem Art 5 der Entsenderichtlinie zu sehen. Das schwedische Tarifvertragssystem ist mit einer Deckungsrate von 92 %<sup>8</sup> anerkanntermaßen eines der erfolgreichsten der Welt. Diese hohe Deckungsrate besteht, obwohl es – so wie etwa in anderen Mitgliedstaaten – keine gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich automatischer oder antragsbezogener Ausdehnung des Geltungsbereichs unter bestimmten Voraussetzungen gibt. Auch die tatsächliche Einhaltung der tariflichen Mindestlohnregelungen ist in Schweden eine der höchsten.

Das angesprochene *Ermessen* der Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Schutzmaßnahmen im Sinne von Art 5 der Entsenderichtlinie kennt indessen nicht nur eine Untergrenze – die praktische Eignung der Maßnahmen – sondern, der Rechtsprechung zu Folge, zudem eine *Obergrenze*: Bei der Ausübung des Ermessens müssen die Mitgliedstaaten nämlich auch die vom EG-Vertrag gewährleistete Dienstleistungsfreiheit berücksichtigen.<sup>9</sup> Damit wird sich vermutlich erstmals ein Anlass für den Gerichtshof eröffnen, die Ausübung genuin gewerkschaftlicher Grundrechte vor dem Hintergrund der wirtschaftsorientierten Grundfreiheiten zu prüfen.

##### 4.2 Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gehören die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Gemeinschaft, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Bei der näheren Beurteilung des Bestandes und der Tragweite von Grundrechten ließ sich der Gerichtshof mangels eines bis dato in Kraft gesetzten Grundrechtskataloges von zwei Rechtserkenntnisquellen leiten: Erstens von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und zweitens von den Hinweisen, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Besondere Bedeutung kommt hierbei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu.<sup>10</sup> Die Leitgedanken dieser Rechtsprechung wurden bereits mit dem Vertrag von Maastricht in die Verträge aufgenommen.<sup>11</sup>

Daraus ergibt sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden können, die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind.<sup>12</sup>

##### 4.3 Gewerkschaftliche Grundrechte

Das gewerkschaftliche Recht, zu streiken bzw. Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, ist in zahlreichen internationalen Dokumenten und völkerrechtlichen Übereinkommen verankert. Besonderes Augenmerk gebührt in diesem Zusammenhang den im folgenden beschriebenen Rechtsquellen:

###### 4.3.1 Art 11 EMRK

Gemäß Art 11 EMRK haben alle Menschen „das Recht, sich friedlich zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen, einschließlich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.“ Art 11 EMRK schützt auch die Ausübung der typischen Vereins- und

5) Auch der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM(2004) 2 endg, sieht gem Art 17 Nr 5 hinsichtlich der Angelegenheiten, die unter die EntsenderRL fallen, eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip vor.

6) Vgl Art 6 des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABI Nr L 266 v 9.10.1980, S 1.

7) EuGH, Rs C-60/03, *Wolff & Müller*, Slg 2004, I-9553, Rn 30.

8) Europäische Kommission, *Industrial Relations in Europe*, 2004, S 30.

9) EuGH, *Wolff & Müller*, aaO, Rn 30 und die dort angeführte Rsp.

10) StRsp beginnend mit EuGH, Rs 29/69, *Stauder*, Slg 1969, 419, Rn 7; Rs 11/70, *Internationale*

*Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125, Rn 3f sowie Rs 4/73, *Nold*, Slg 1974, 491, Rn 13.

11) Art 6 Abs 2 EU.

12) StRsp beginnend mit EuGH, Rs 5/88, *Wachauf*, Slg 1989, 2609, Rn 19.

insbesondere Gewerkschaftsaktivitäten. Arbeitskampfmaßnahmen stellen insofern die vermutlich elementarste aller gewerkschaftlichen Tätigkeiten dar, als sie ein übliches und notwendiges Mittel der Interessendurchsetzung sind. Ohne die Möglichkeit, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, können Gewerkschaften die Interessen ihrer Mitglieder nicht annähernd wirksam schützen. In diesem Sinne anerkennt auch die Rechtsprechung des EGMR die Bedeutung des Streikrechtes als möglichen Ausfluss von Art 11 EMRK. Ein wie auch immer geartetes Streikverbot stellt jedenfalls eine Beschränkung der Möglichkeiten dar, die Interessen der Gewerkschaftsmitglieder zu schützen und greift demnach in die Vereinigungsfreiheit im Sinne von Art 11 Abs 1 EMRK ein.<sup>13</sup>

Im Sinne der Grundrechtsdogmatik stellt sich sogar die Frage, ob die von Laval un Partneri Ltd geforderte Untersagung der Kampfmaßnahmen überhaupt nach Maßgabe des Eingriffsvorbehaltes gemäß Art 11 Abs 2 EMRK zulässig sein könnte. Einschränkungen der Vereinigungsfreiheit sind nur dann möglich, wenn sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, ein legitimes Ziel iSd Art 11 Abs 2 Satz 1 aE verfolgen und in Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig sind. Als legitimes Ziel käme im vorliegenden Fall der notwendige Schutz „der Rechte und Freiheiten anderer“ (Art 11 Abs 2 Satz 1 aE) in Frage.

Nach der Rechtsprechung des EGMR dürften sich derartige Einschränkungen jedoch niemals dahingehend auswirken, dass die Mitglieder der Gewerkschaft dadurch dem echten oder unmittelbaren Risiko ausgesetzt werden, Nachteile zu erleiden oder gegenüber zukünftigen Versuchen von Arbeitgeberseite wehrlos zu sein, die auf eine Verschlechterung der Löhne und Arbeitsbedingungen abzielen.<sup>14</sup>

Für den Ausgangsfall ergibt sich somit, dass ein Verbot von Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber ausländischen DienstleisterInnen unter dem Blickwin-

kel der EMRK zumindest problematisch wäre. Damit wäre der schwedischen Gewerkschaft nämlich die Möglichkeit entzogen, das schwedische Kollektivvertragsniveau flächendeckend in Schweden durchzusetzen. In Hinblick auf die Unterbindung zukünftiger Eingriffsmöglichkeiten durch die Gewerkschaft ist ferner beachtlich, dass Laval un Partneri Ltd bzw deren ArbeitnehmerInnen nach Erbringung der Bauleistungen wieder das Land verlassen (Entsendung im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs). Dadurch verringert sich der Zeithorizont für die schwedische Bauarbeitergewerkschaft, wirksame Maßnahmen ergreifen zu können. Andere Maßnahmen als die des sofortigen Arbeitskampfes wären im vorliegenden Fall aussichtslos. Aus alledem ist zu folgern, dass die Vereinbarkeit eines Arbeitskampfverbots gegenüber ausländischen DienstleisterInnen mit der EMRK im vorliegenden Fall fraglich ist.

#### 4.3.2 Art 6 der Europäischen Sozialcharta (ESC)

Artikel 6 ESC verankert ebenso das Recht zu Arbeitskampfmaßnahmen wie die revidierte ESC, unterzeichnet am 3. Mai 1996 in Straßburg. Die ESC wurde entweder in ihrer ursprünglichen oder in ihrer revidierten Fassung von allen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert.<sup>15</sup>

#### 4.3.3 Art 13 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte

Ähnlich verhält es sich mit Art 13 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte, welcher statuiert: „Das Recht, bei Interessenkonflikten Kollektivmaßnahmen zu ergreifen, schließt, vorbehaltlich der Verpflichtungen aufgrund der einzelstaatlichen Regelungen und der Tarifverträge, das Streikrecht ein“. Die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte wurde von allen Staats- und Regierungschefs der Gemeinschaft mit Ausnahme jenem des Vereinigten Königreichs im Jahre 1989 angenommen. Spätestens

seit Unterzeichnung durch das Vereinigte Königreich im Jahre 1998 ist auch sie als Bestandteil des *acquis communautaire* zu betrachten.<sup>16</sup>

#### 4.3.4 Art 12 und Art 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Art 12 der Charta verankert ausdrücklich das Recht jeder Person, „sich insbesondere im politischen, gewerkschaftlichen und zivilgesellschaftlichen Bereich auf allen Ebenen frei und friedlich mit anderen zu versammeln und frei mit anderen zusammenzuschließen, was das Recht jeder Person umfasst, zum Schutz ihrer Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.“ Art 28 der Charta räumt den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und ihren jeweiligen Organisationen „nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Gepflogenheiten“ das Recht ein, „Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen.“

#### 4.4 Dogmatische Lösungsvarianten

Mit der Integration der Charta der Grundrechte in das Primärrecht ergäbe sich ein Qualitätssprung zur Begründung unmittelbarer gemeinschaftsrechtlich kodifizierter Grundrechte. Aus Arbeitnehmersicht wäre es daher sicherlich wünschenswert, wenn der Gerichtshof bereits in der derzeitigen Zwischenphase der europäischen Rechtsentwicklung die Charta im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung zum wesentlichen Bezugspunkt der Grundrechtsprüfung küren würde.<sup>17</sup> Allerdings bietet auch der in der Rechtsprechung des EuGH etablierte Lösungsweg genügend Raum, um die Vereinbarkeit der gewerkschaftlichen Kampfmaßnahmen mit den Bestimmungen zum freien Dienstleistungsverkehr (Art 49 EG) außer Zweifel zu stellen.

Gemäß Artikel 49 EG sind „Beschränkungen des freien Dienstleistungsver-

13) Vgl zB EGMR, Entscheidung vom 10.1.2002, *UNISON v Vereinigtes Königreich*, Appl Nr 53574/99, S 11.

14) EGMR, *UNISON v Vereinigtes Königreich*, S 12: „... any real or immediate risk of detriment or of being left defenceless against fu-

ture attempts to downgrade pay or conditions“.

15) Siehe [http://www.coe.int/Td/Menschenrechte/Sozialcharta/CSE\\_Tab1Simplif\\_GER.asp](http://www.coe.int/Td/Menschenrechte/Sozialcharta/CSE_Tab1Simplif_GER.asp) (31.1.2006); für Österreich BGBl Nr 460/1969.

16) Wenngleich mit der Maßgabe, dass die Gemeinschaftscharta

per se ebensowenig wie die ESC einklagbare soziale Grundrechte der Gemeinschaft zu vermitteln vermag (vgl Rebhahn in Schwarze, EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art 136, Rn 10f).

17) Die Charta der Grundrechte wurde schon bisher vom Gericht erster Instanz sowie den General-

anwälInnen zumindest als Rechtskenntnisquelle herangezogen (vgl zB EuG, Rs T-67/01, *JCB Service v Kommission*, Slg 2004, II-49, Rn36; Schlussanträge von GA Jacobs in der Rs C-112/00, *Schmidberger*, Slg 2003, I-5659, Rn 101).

kehr innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, ... verboten“. Nach der Rechtsprechung des EuGH fallen darunter grundsätzlich auch mitgliedstaatliche Vorschriften, die die Tätigkeit des Dienstleistungsanbieters „weniger attraktiv machen“. <sup>18</sup> Derartige Vorschriften können jedoch aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Und spätestens in diesem Stadium der Fallprüfung – bei Prüfung der Rechtfertigung – sollte der Gerichtshof im vorliegenden Fall zu Gunsten der kämpfenden GewerkschafterInnen entscheiden. Die einschlägige Vorschrift der *Lex Britannia*, wonach die Friedenspflicht nicht gegenüber ausländischen DienstleisterInnen gilt, die nur vorübergehend in Schweden tätig sind, dient nämlich mehrfachen vom Gerichtshof anerkannten Schutzziele.

Neben dem *Schutz der ArbeitnehmerInnen*<sup>19</sup> und des *fairen Wettbewerbs*<sup>20</sup> dient sie insbesondere auch der *grundrechtlichen Absicherung*<sup>21</sup>, namentlich des Rechts, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen. Abgesehen von der grundsätzlichen Problematik eines entsprechenden Arbeitskampfverbotes im Lichte der EMRK (siehe dazu oben Pkt 4.3.1.) sind diesbezüglich die Urteilerwägungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Schmidberger* von besonderer Bedeutung.

In diesem Rechtsstreit ging es um die Frage, ob die Republik Österreich dadurch gegen die gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen zur Warenverkehrsfreiheit (Art 28 iVm Art 5 EG) verstoßen hat, dass sie die Blockaden des Transit Forums Austria auf der Brenner Autobahn nicht untersagt hatte. In einem derartigen Fall einer *Kollision* von Grundfreiheiten einerseits und der Ausübung anerkannter Grundrechte andererseits ist nach dem Gerichtshof eine Interessensabwägung anhand sämtlicher Umstände des vorliegenden Einzelfalls vorzunehmen.<sup>22</sup> Gleichzeitig wird den Mitgliedstaaten jedoch ausdrücklich ein „*weites Ermessen*“ im Rahmen seiner gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit eingeräumt.<sup>23</sup> Die Grenze seines Ermessens liegt freilich in sei-

## Jede (r) ist fast überall fremd...



...besser gleich  
zebratl  
lesen!

zebratl- Informationen zur Asyl- & Migrationspolitik

**Bestellen Sie unser Fachmagazin jetzt - informieren Sie sich und helfen Sie uns!**

Einzelheft: 4 Euro

Einsteiger-Abo (3 zum Preis von 2 Ausgaben): 8 Euro

Jahres-Abo (5 Ausgaben): 15 Euro

Unsere aktuellste Ausgabe finden Sie unter :  
[www.zebra.or.at/zebratl.html](http://www.zebra.or.at/zebratl.html)

Verein **zebra** Pestalozzistr. 59, 8010 Graz

**0316/ 908070-25**

[www.zebra.or.at](http://www.zebra.or.at)

[sarah.matzinger@zebra.or.at](mailto:sarah.matzinger@zebra.or.at)

ner *missbräuchlichen Ausübung*. In den Worten des Gerichtshofs ist sie solange nicht erreicht, als „die Beschränkungen ... in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel, ... dem Schutz der Grundrechte,“ stehen.<sup>24</sup>

In diesem Zusammenhang führte der Gerichtshof im Urteil *Schmidberger* zahlreiche Aspekte ins Treffen, auf Grund deren sich der zugrunde liegende Sachverhalt ganz erheblich von jenem in der Rechtssache *Kommission/Frankreich* unterschied.<sup>25</sup> In diesem Aufsehen erregenden Verfahren erachtete der Gerichtshof nämlich das jahrelange behördliche Dulden von gewalttätigen Übergriffen auf spanische Obst- und Gemüse-Importeure seitens französischer Landwirte sehr wohl als Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch Frankreich.<sup>26</sup> Übertragen auf den vorliegenden Fall können jedoch gewichtige Aspekte hervorgehoben werden, in denen der gegenständ-

liche Fall – wie auch schon die Rechts-sache *Schmidberger* – erheblich vom Sachverhaltssubstrat in der Rechtssache *Kommission/Frankreich* abweicht:

– Die Arbeitskampfmaßnahmen erfolgen *in Ausübung international anerkannter Grundrechte* sowie *im Rahmen der schwedischen Gesetze*.

– Sie werden nicht mit dem Ziel gesetzt, Dienstleistungsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten der Union von wirtschaftlichen Tätigkeiten in Schweden abzuhalten, sondern einzig darauf gerichtet, den entsandten Arbeitnehmern das *schwedische KV-Niveau zu sichern*, das nicht zuletzt mit der *Entsenderichtlinie* besonders geschützt werden soll.

– Es zählt darüber hinaus zu den gewöhnlichen *unternehmerischen Risiken* einer freien Wirtschaftsordnung, von Arbeitskampfmaßnahmen betroffen zu sein, insbesondere vor dem Hintergrund der besonderen schwedischen Rechtslage.

18) Vgl ua EuGH, Rs C-3/95, *Broede*, Slg 1996, I-6511, Rn 25.

19) Vgl EuGH, *Portugaia Costrucões*, aaO Rn 20 und die dort angeführte Rsp.

20) Vgl zB Urteil Wolff & Müller, aaO, Rn 41.

21) Vgl dazu EuGH, Rs C-112/00, *Schmidberger*, Slg 2003, I-5659, Rn 71 unter Verweis auf die stRsp.

22) EuGH, *Schmidberger*, Rn 81.

23) EuGH, *Schmidberger*, Rn 82.

24) EuGH, *Schmidberger*, Rn 82.

25) EuGH, *Schmidberger*, Rn 84ff.

26) EuGH, Rs C- 265/95, *Kommission v Frankreich*, Slg 1997, I-6959.



Gugerbauer (Hg.)  
**Kartellrecht**

3. Auflage mit CD-Rom, Stand: 1. 3. 2006

ca. 680 Seiten, br., 3-7046-4741-1, € 78,-

Die 3. Auflage des Gesetzbuches Kartellrecht enthält alle für die kartellrechtliche Genehmigung von Mergers & Acquisitions maßgeblichen österreichischen und EG-Vorschriften, insbesondere auch die Neuregelung für Joint Ventures.

**Prof. Dr. Norbert Gugerbauer** ist Rechtsanwalt in Wien und Brüssel ([www.wirtschaftsrecht.at](http://www.wirtschaftsrecht.at)), Honorarprofessor für Wettbewerbsrecht der Universität Linz, Lehrbeauftragter am Institut für Unternehmensrecht der Universität Linz und am Institut für Recht der Wirtschaft der Universität Wien sowie Mitglied der Wettbewerbskommission.

**Mit KartellIG 2005 und  
 komplettem EU-Kartellrecht**



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

– Laval un Partneri Ltd hätte die gewerkschaftlichen Maßnahmen abwenden können, wenn es seinen entsandten Arbeitskräften in Entsprechung der Zielsetzungen der *Entsenderichtlinie* das schwedische KV-Niveau gewährt hätte, worüber *monatelang Verhandlungen* stattgefunden haben.

– Letztlich konnten ebenso wie in der Fallkonstellation in der Rechtsache Schmidberger die zuständigen schwedischen Stellen angesichts ihres zugestandenen *weiten Entscheidungs-ermessens* davon ausgehen, dass ein Verbot von Arbeitskampfmaßnahmen

einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die gewerkschaftlichen Freiheiten bedeutet hätte.<sup>27</sup> Eine Ausweitung der Friedenspflicht bei Vorliegen eines ausländischen KV würde gravierende Folgen für das schwedische Sozial- und Lohnniveau sowie die gewerkschaftlichen Gestaltungsmöglichkeiten vor dem Hintergrund des schwedischen KV-Systems mit sich bringen.

##### 5. Ausblick

Mit der in der Rechtssache *Schmidberger* etablierten und angewandten Kollisionsregel zwischen den wirtschaftsori-

entierten Grundfreiheiten einerseits und den klassischen Grundrechten verdiente sich der EuGH manchen zu Folge endlich das Prädikat „Grundrechtsgerichtshof“<sup>28</sup>. Ob zu Recht, wird nicht zuletzt der Ausgang der Rechtssache *Laval un Partneri Ltd* zeigen. Mit einer Entscheidung ist erwartungsgemäß gegen Ende 2007 zu rechnen.

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

27) Urteil Schmidberger, aaO, Rn 89f.

28) So Schaufler, Freier Warenverkehr und die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, ELR 2003, 276.

# Legal culture und europäische Harmonisierung

Judith Schacherreiter

## 1. Harmonisierungs-enthusiasmus und Regelfixiertheit

Europäische Harmonisierungsbestrebungen haben mittlerweile alle Bereiche des Privatrechts erfasst. Es geht nicht mehr nur um die Harmonisierung bestimmter Sonderrechtsgebiete (wie Konsumentenschutz, Handelsvertreter etc), sondern um die Harmonisierung des gesamten Vertragsrechts, des gesamten Deliktsrechts, ja sogar um die Harmonisierung des Privatrechts schlechthin. Die Flut von Mitteilungen, Aktionsplänen, Resolutionen und wissenschaftlichen Publikationen der letzten Jahre erlaubt es, von einem regelrechten Harmonisierungsenthusiasmus und einer Harmonisierungseuphorie zu sprechen. Wer skeptisch ist, läuft Gefahr, im besten Fall als provinziell, im schlimmsten Fall als Nationalist abgestempelt zu werden. Das Ziel, ein einheitliches europäisches Zivilgesetzbuch zu erarbeiten,<sup>1</sup> ist die vorläufige Spitze dieser Dynamik.

Es scheint, dass es bei all diesen Harmonisierungsbestrebungen im Grunde um das Eine geht: einheitliche Regeln zu schaffen. Damit ist oftmals die Vorstellung verbunden, dass, sobald die Regeln gleich lauten, man auch schon das gleiche Recht hätte. Rechtsharmonisierung ist bei dieser Sichtweise nichts anderes als Regelharmonisierung, wobei unter „Regel“ das verstanden wird, was etwa

in einer Richtlinie oder einer Verordnung geschrieben steht. Die Änderung einer Regel (verstanden als bloße Formulierung) besteht dann schlichtweg in einem entsprechenden Beschluss der zuständigen Organe. Da ein solcher Beschluss primär ein politisches, aber kein rechtliches Problem darstellt, impliziert die Gleichsetzung von Rechts- mit Regelharmonisierung, dass Rechtsharmonisierung nur auf politische, grundsätzlich aber auf keine rechtlichen Grenzen stößt. Aus rechtlicher Perspektive ist Rechtsharmonisierung als Regelharmonisierung grundsätzlich grenzenlos. Das heißt auch, dass das Recht selbst seiner Natur nach Vorhaben wie einem einheitlichen Zivilgesetzbuch grundsätzlich nicht entgegensteht. Die totale Vereinheitlichung des Privatrechts durch einen einheitlichen Kodex mag vielleicht politisch nicht machbar sein, rechtlich ist sie es allemal.

## 2. Legal culture und legal mentalité

Diese Vorstellung basiert auf einer reduktionistischen Sicht von Recht. Sie setzt Recht mit Rechtsnormen gleich. Deshalb ist sie für die rechtlichen Grenzen der Harmonisierung blind. Diese Grenzen liegen nämlich nicht im Normgehalt (verstanden als das, was als Regel formuliert ist), also nicht darin, dass eine Norm des deutschen Rechts „X“ lautet und eine andere Norm des englischen

Rechts „Y“. Das X zum Y zu machen oder das Y zum X oder beides zum Z ist kein rechtliches Problem, sondern schlicht ein gesetzgeberischer Akt.

Die rechtlichen Probleme der Harmonisierung liegen nicht im bloßen Normgehalt, sondern tiefer. Unter anderem sind sie in jenem Bereich angesiedelt, den *Legrand* als „legal culture“ bezeichnet. Freilich gibt es neben den rechtskulturellen Unterschieden auch andere Harmonisierungsbarrieren, etwa die von *Teubner* beschriebenen Unterschiede zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen, mit denen das betroffene Recht gekoppelt ist. Je nach Intensität der Koppelung können diese bei der Harmonisierung eine mehr oder weniger wichtige Rolle spielen.<sup>2</sup> Mein Beitrag beschränkt sich allerdings auf Unterschiede betreffend die „legal culture“ im Sinne von *Legrand*. Diese Unterschiede sind typischerweise für jede Harmonisierung relevant, unabhängig davon, inwieweit das betroffene Rechtsgebiet an andere soziale Systeme gekoppelt ist. „Culture“ ist dabei als ein Referenzrahmen von Werten zu verstehen, in dem interpretierende Gemeinschaften operieren und der für diese Gemeinschaften normative Kraft hat. Dieser Bezugsrahmen nimmt eine Mittelstellung zwischen dem ein, was allen menschlichen Wesen gemein ist, und dem, was das Individuum auszeichnet. Gemeint sind Charakteristika, die nicht universell sind, aber dennoch das Individuum transzendieren. Es geht um kollektive mentale Programme und um „Weltanschauungen“,<sup>3</sup> die sich in den epistemologischen Fundamenten rechtlichen Argumentierens niederschlagen. Der Unterscheidung zwischen civil law und common law kommt in diesem Zusammenhang eine zentrale Bedeutung zu.<sup>4</sup>

## 3. Ein Urteil und zwei Lesarten

Unterschiede in der Rechtskultur und der Rechtsmentalität offenbaren sich freilich nicht in den nackten Regeln, sondern dort, wo rechtlicher Diskurs geführt wird, man könnte auch sagen: dort, wo Recht angewendet wird.

1) So die Study Group on a European Civil Code, www.sgecc.net (Stand per 17. März 2006).

2) *Teubner*, Rechtsirritationen – Zur Koevolution von Rechts-

normen und Produktionsregimes, in *Dux/Welz*, Moral und Recht im Diskurs der Moderne – Zur Legitimation gesellschaftlicher Ordnung (2001) 351.

3) *Legrand*, European legal systems are not converging, *International and Comparative Law Quarterly* 1996, 52 (56).

4) *Legrand*, *IntCompLQ* 60 f; *ders*, *Against a European Civil Code*, *The Modern Law Review* 1999, 40 (45).

Ein Beispiel: Im März des Vorjahres entschied der EuGH in der Sache *Owusu v Jackson*<sup>5</sup> über die Frage, inwieweit die englische Doktrin des *forum non conveniens* im Rahmen des europäischen Prozessrechts angewendet werden darf. Die rechtskulturellen Unterschiede offenbaren sich etwa dann, wenn man vergleicht, wie diese Entscheidung in Deutschland und wie sie in England besprochen wurde. Dieser Vergleich macht das unterschiedliche Vorverständnis sichtbar, mit dem die beiden Rechtskulturen an die Entscheidung herangehen und zeigt außerdem, dass sich verschiedene Rechtssysteme auch durch einen gemeinsamen Spruchkörper nicht notwendigerweise gleichschalten lassen.

Doch beginnen wir mit der Entscheidung *Owusu v Jackson* selbst. Diese erging in einem Vorabentscheidungsverfahren, das durch Vorlage des englischen Court of Appeal eingeleitet worden war. Im Ausgangsrechtsstreit ging es darum, dass der Kläger, Owusu, britischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in England, in Jamaika einen schweren Unfall erlitten hatte. Er war an einer Stelle, an der ihm das Wasser nur bis zur Hüfte reichte, kopfüber ins Meer gesprungen und hatte sich dabei den fünften Halswirbel gebrochen. Nach dem Unfall erhob Owusu Klage gegen den ebenfalls in England ansässigen Jackson. Dieser hatte Owusu in Jamaika ein Ferienhaus mit Zugang zu jenem Privatstrand, an dem der Unfall passiert war, vermietet. Owusu brachte vor, dass der Mietvertrag Jackson implizit auch zur Sicherung dieses Strandes verpflichtet hätte. Weiters richtete sich Owus Klage gegen mehrere jamaikanische Gesellschaften, die den Unglücksstrand verwalteten. Jackson und die beklagten Gesellschaften wendeten ein, die englischen Gerichte seien unzuständig, weil der Rechtsstreit einen engeren Bezug zu Jamaika aufweise und ein Gerichtsstand in Jamaika den Interessen aller Beteiligten und einer geordneten Rechtspflege besser gerecht würde.<sup>6</sup>

Damit beriefen sie sich auf die Doktrin des *forum non conveniens*. Diese Doktrin ist eine Besonderheit des englischen Prozessrechts. Sie räumt den Gerichten im Hinblick auf die Beurteilung ihrer Zuständigkeit einen relativ großen Ermessensspielraum ein. Das englische Prozessrecht benötigt eine solche Doktrin deshalb, weil die internationale Zuständigkeit englischer Gerichte traditionellerweise nur davon abhängt, ob die Klage in England zustellbar ist. Dies kann dazu führen, dass englische Gerichte zuständig sind, obwohl der Streitgegenstand keinerlei oder nur einen sehr schwachen Bezug zu England aufweist. Für diese Fälle ermöglicht es die Doktrin des *forum non conveniens* dem englischen Gericht, seine Zuständigkeit zu Gunsten eines geeigneteren Forums abzulehnen. Maßstäbe für die Ausübung des Ermessens ergeben sich aus Erwägungen der Prozessökonomie und der Prozessgerechtigkeit.<sup>7</sup>

In der Rechtssache *Owusu v Jackson* stellte sich im Hinblick auf die Einrede des *forum non conveniens* folgendes Rechtsproblem: Grundsätzlich unterlag der Rechtsstreit dem EuGVÜ.<sup>8</sup> Das EuGVÜ, mittlerweile umgewandelt in eine Verordnung,<sup>9</sup> regelt die internationale Gerichtszuständigkeit in Zivil- und Handelssachen und ist grundsätzlich immer dann anzuwenden, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat.<sup>10</sup> Art 2 EuGVÜ sieht einen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten vor. Dies war im Fall *Owusu v Jackson* England. Konnten nun die englischen Gerichte die ihnen durch das EuGVÜ zugewiesene Zuständigkeit unter Berufung auf die Doktrin des *forum non conveniens* zu Gunsten jamaikanischer Gerichte ablehnen? Diese Frage legte der Court of Appeal dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Der EuGH antwortete, dass es sich bei Art 2 EuGVÜ um eine zwingende Regelung handle und es den nach dieser Bestimmung zuständigen Gerichten aus Gründen der Rechtssicherheit verwehrt sei, ihre Zuständigkeit unter Verweis auf

die Doktrin des *forum non conveniens* abzulehnen.<sup>11</sup> Der Court of Appeal hatte weiters gefragt, ob, falls der EuGH zum Schluss käme, dass das EuGVÜ die Einrede des *forum non conveniens* nicht zulasse, dies allgemein und in jedem Fall oder nur unter gewissen Umständen gelte. Diese Frage ließ der EuGH unter Verweis auf den Zweck von Vorabentscheidungsverfahren und auf die Kompetenzen, die dem EuGH in einem solchen Verfahren zukommen, ausdrücklich offen.<sup>12</sup>

Was folgt nun aus diesem Urteil? Die Antwort lautet: Die Bedeutung des Urteils hängt davon ab, mit welchem Vorverständnis man die Entscheidung liest. Dies zeigt die Gegenüberstellung der folgenden beiden Entscheidungsbesprechungen. Die erste stammt von *Mankowski*, einem deutschen Rechtsprofessor, und erschien in einer deutschen Zeitschrift.<sup>13</sup> *Mankowskis* Analyse der *Owusu*-Entscheidung veranschaulicht die deutsche – und damit eine für das civil law typische – Lesart. Die zweite Entscheidungsbesprechung stammt von *Fentiman*, einem englischen Anwalt und Reader in Private International Law in Cambridge, und erschien im Cambridge Law Journal.<sup>14</sup> *Fentimans* Kommentar veranschaulicht die englische – und damit die für das common law typische – Lesart.

Beginnen wir mit dem Vertrauteren: *Mankowski* bringt seine Interpretation des EuGH-Urteils in der folgenden Passage auf den Punkt: „Der EuGH wendet sich [...] gegen jede Anwendung der Forum-Non-Conveniens-Doktrin im europäischen Normkontext. [...] Wenn das europäische Regime greift, dann greift es. Und dann greift es so wie es ist. Sonderregelungen für Drittstaatsverhalte (also Sachverhalte, in denen nur ein Drittstaatenbezug den grenzüberschreitenden Bezug herstellt) gibt es nicht. Dies gilt auch im Bezug auf die Doktrin vom *forum non conveniens*.“<sup>15</sup>

Anders liest sich der englische Kommentar, insbesondere die folgende Passage: „The decision leaves important

5) EuGH 01.03.2005, Rs C-281/02, *Owusu v Jackson*.

6) EuGH 01.03.2005, Rs C-281/02, *Owusu v Jackson*, Rz 10 ff.

7) *Cheshire/North, Private International Law*<sup>13</sup> (1999) 333 ff.

8) Brüsseler Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und

die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-

sachen vom 27. September 1968.

9) Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000

über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil-

und Handelssachen.

10) EuGH 13.07.2000, Rs C-412/98, *Group Josi/Universal*, Slg. 2000 I 5925.

11) EuGH 01.03.2005, Rs C-281/02, *Owusu v Jackson*, Rz 37 ff.

12) Ebd., Rz 47 ff.

13) *Mankowski*, Entwicklungen im

Internationalen Privat- und Prozessrecht 2004/2005 (Teil 2), RIW 2005, 561 (564 f).

14) *Fentiman*, English Domicile and the Staying of Actions, Cambridge Law Journal 2005, 303.

15) *Mankowski*, RIW 2005, 561 (564 f).

Schroeder/Kraus

**Europäisches und Österreichisches Lebensmittelrecht**Textsammlung samt Einleitung und Synopse  
Gesetzbuch, Stand: 20.1.2006

772 Seiten, br., 3-7046-4731-4, € 65,-, Abo- und Hörerpreis: € 52,-

- Neue österreichische und europäische Rechtslage
- Umfassende Einführung
- Synoptische Gegenüberstellung LMSVG-LMG 1975 bzw. FIUG
- Konkordanzverzeichnis



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

questions unanswered. *Owusu* concerned an English-domiciled defendant. But suppose the defendant is domiciled in another Member State, and the English court has jurisdiction under Article 5 of the Brussels regime<sup>16</sup>, perhaps over a contractual obligation performed in England (under Article 5(1))? Superficially, the logic of *Owusu* applies equally. But the case is materially different.”<sup>17</sup>

Betrachten wir diese Kommentare nun genauer. Vorweg sei bemerkt, dass bei der Interpretation des EuGH-Urteils freilich auch die „emotionale Beziehung“ zur Doktrin des *forum non conveniens* eine gewichtige Rolle spielen mag. Die Gegenüberstellung der beiden Entscheidungsbesprechungen offenbart aber weit mehr als dies. Sie zeigt die Andersartigkeit der „legal mentalité“ im Sinne von *Legrand*, und zwar insbesondere hinsichtlich der Art des rechtlichen Begründens und hinsichtlich der Bedeutung, die man dem Sachverhalt beimisst.

Der zentrale Aspekt dabei ist, dass sich ein auf systematisierten Kodifikationen beruhendes und ein case law System wesentlich dadurch unterscheiden, dass Ersteres deduktiv und an der abstrakten Norm orientiert, Letzteres hingegen analog, induktiv und am Sachverhalt orientiert operiert.

So setzen etwa Begründungen des OGH (wie auch des deutschen BGH) typischerweise bei der abstrakten Norm an. Dasselbe lernen die Studierenden. Die methodisch korrekte Prüfung, ob ein bestimmter Rechtsanspruch besteht oder nicht, beginnt bei der (kodifizierten) Norm und deren abstrakten Termini. Schritt für Schritt werden diese Termini konkretisiert und schließlich auf den konkreten Fall angewendet. Selbst das Heranziehen von früheren Gerichtsurteilen folgt diesem Prinzip. Eine zentrale Rolle dabei spielt der so genannte Leitsatz. Dessen Semantik entspricht jener einer abstrakten Norm und ermöglicht es daher, den Leitsatz

deduktiv auf einen anderen Sachverhalt anzuwenden. Dies verläuft methodisch so, dass man von einer bestimmten Norm ausgeht und diese dann im Sinne des Leitsatzes interpretiert. Ansatzpunkt bleibt also die Norm selbst. Schließlich wird die dem Leitsatz entsprechende Interpretation auf den Streitgegenständlichen Sachverhalt bezogen bzw. der Sachverhalt unter den Leitsatz subsumiert. Es handelt sich hierbei (abgesehen von der Ableitung des Leitsatzes aus der Entscheidung) durchgängig um einen deduktiven Vorgang.

In einer deduktiv geprägten Rechtskultur besteht das Bedürfnis, auch Entscheidungen des EuGH in Form von abstrakten (d.h. vom konkreten Rechtsstreit abstrahierten) Leitsätzen zu erfassen. Die aus *Mankowksis* Kommentar zitierte Aussage „Der EuGH wendet sich [...] gegen jede Anwendung der Forum-Non-Conveniens-Doktrin im europäischen Normkontext“ wird – in ihrer Allgemeinheit, Abstraktheit und

16) Mit „Brussels regime“ ist das EuGVÜ bzw. die VO 44/2001 gemeint (vgl. Fn 8 und 9).  
 17) *Fentiman*, CLJ2005,303(304).

in ihrem Losgelöstsein vom konkreten Rechtsstreit – genau diesem Bedürfnis gerecht.

Nicht deduktiv, sondern primär analog und induktiv operiert das case law. Ausgangspunkt der rechtlichen Begründung ist nicht eine abstrakte Norm, sondern die Mannigfaltigkeit früherer Entscheidungen. Einer bestimmten hierarchischen Ordnung der Gerichtshöfe folgend sind frühere Entscheidungen, die so genannten „precedents“, für spätere Entscheidungen bindend. Bei der Beurteilung eines Rechtsstreites ist daher zu prüfen, welche früheren Entscheidungen einschlägig sind. Diese Prüfung konzentriert sich auf den Sachverhalt, die „facts“. Die zentrale Frage ist, ob der nunmehr vorliegende Sachverhalt mit dem Sachverhalt einer bestimmten früheren Entscheidung vergleichbar ist. Eine Möglichkeit, sich der Bindungswirkung eines precedents zu entziehen, besteht darin, zu begründen, dass es sich um verschiedene Sachverhalte handelt.<sup>18</sup> Es sind also die facts, die am Anfang und im Zentrum der rechtlichen Begründung stehen. Anknüpfungspunkt ist das konkrete Geschehen, nicht die abstrakte Regel. „You rather start with the facts and the rules emerge from the facts like the head of a rat.“<sup>19</sup>

Der teils analoge, teils induktive, am Sachverhalt ausgerichtete Zugang zeigt sich auch in *Fentimans* Lesart der *Owusu*-Entscheidung. Während die LeserInnen des *Mankowski*-Kommentars überhaupt nichts über den Ausgangsrechtsstreit erfahren, berichtet *Fentiman* schon im ersten Satz, dass der Kläger einen Schwimmunfall in Jamaika erlitten hatte, in der Folge in England klagte usw. Indem er dem konkreten Sachverhalt eine zentrale Stellung einräumt, relativiert er die Bedeutung der EuGH-Entscheidung. Im *Owusu*-Fall war der Wohnsitz des Beklagten Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit. Nur für derartige Fälle, so *Fentiman*, hätte der EuGH die Doktrin des forum non conveniens ausgeschlossen. Das bedeute nicht, dass diese Doktrin im Geltungsbereich des EuGVÜ generell nicht ange-

wendet werden dürfe, seien doch Fälle denkbar, die „materially different“<sup>20</sup> und daher auch anders zu behandeln seien, wie etwa jener Fall, dass der Beklagte seinen Wohnsitz nicht in England sondern in einem Drittstaat hat und daher auch nicht aus Art 2 EuGVÜ in England geklagt wird sondern etwa aus Artikel 5 (1) EuGVÜ, also nur deshalb, weil der Erfüllungsort der strittigen Verpflichtung in England liegt. Ob in diesem Fall englische Gerichte ihre Zuständigkeit als forum non conveniens verneinen können, wurde nach *Fentiman* durch das *Owusu*-Urteil nicht entschieden.

#### 4. Kognitive Strukturen und ihre ideologische Basis

Daraus erhellt, dass die differierende kognitive Herangehensweise an die *Owusu*-Entscheidung nicht nur unterschiedliche Wege der Interpretation mit sich bringt, sondern auch zu abweichenden Ergebnissen führen kann. Die kognitiven Strukturen prägen den Inhalt. Anders gewendet: Der Rechtsgehalt wird durch die kognitiven Strukturen präformiert.

Dies hängt auch damit zusammen, dass mit der deduktiven Entscheidungsfindung einerseits und der analog-induktiven Entscheidungsfindung andererseits unterschiedliche Wertvorstellungen verbunden sind. Die verschiedenen kognitiven Programme basieren auf unterschiedlichen Ideologien, insbesondere auf unterschiedlichen Gerechtigkeitskonzepten.<sup>21</sup>

So spielen für den deduktiven Weg der Rechtserkenntnis Gleichheit vor dem Gesetz und Rechtssicherheit eine wichtige Rolle. Dem entsprechend nimmt die abstrakte Norm eine zentrale Stellung ein. Sie soll in derselben Weise auf alle subsumierbaren Sachverhalte Anwendung finden. Damit ist in gewisser Weise bereits vorab über alle erdenklichen Fälle, die sich in Zukunft ereignen mögen, entschieden. Der analog-induktiven Herangehensweise des common law hingegen liegt ein Gerechtigkeitskonzept zu Grunde, das sich stark am konkreten Fall orientiert.

Es geht darum, eine faire, angemessene und vernünftige Entscheidung für den Einzelfall zu finden. Vor diesem Hintergrund werden Analogien zu früheren Fällen gebildet.<sup>22</sup>

Diese unterschiedlichen Gerechtigkeitskonzepte spiegeln sich auch in den unterschiedlichen Bewertungen des forum non conveniens wieder. So lehnt *Mankowski* diese Doktrin vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit ab.<sup>23</sup> „Rechtssicherheit“ versteht er dabei so, wie sie eben in Rechtssystemen des civil law typischerweise verstanden wird. Mit diesem Maßstab beurteilt, mag die englische Doktrin tatsächlich willkürlich erscheinen. Aus englischer Perspektive hingegen ermöglicht sie es den Gerichten, für den konkreten Einzelfall ein Forum zu bestimmen, das am ehesten den Interessen aller gerecht wird, und damit „justice“ verwirklicht.<sup>24</sup>

#### 5. Harmonisierung und Vielfalt

Wir finden also im civil und im common law zwei verschiedene Zugänge zu Recht, die sich durch unterschiedliche kognitive Strukturen, Wertigkeiten und Gerechtigkeitsvorstellungen auszeichnen. Diese Unterschiede implizieren, dass es nicht nur politische, sondern auch rechtliche Grenzen der europäischen Harmonisierung gibt. Die Grenzen liegen in der unterschiedlichen Rechtskultur und Rechtsmentalität sowie in den damit verbundenen Wertvorstellungen.

Für die Harmonisierung liegt die Bedeutung dieser Unterschiede vor allem darin, dass selbst wenn dieselbe Regel (die eigentlich schon mit der Übersetzung aufhört, dieselbe Regel zu sein) in verschiedenen Rechtssystemen implementiert wird, und selbst wenn dasselbe EuGH-Urteil (das wiederum schon mit der Übersetzung aufhört, dasselbe zu sein) in den Rechtssystemen aller EU-Staaten verbindlich ist, dies noch lange nicht heißt, dass Anwendung und Umsetzung dieser europarechtlichen Vorgaben notwendigerweise auch dieselben Ergebnisse zeitigen. Der Sinngehalt, den man diesen Regelungen und

18) Diese Methode bezeichnet man als „distinguishing“; vgl *Partington*, Introduction to the English Legal System<sup>2</sup> (2000) 54 ff; *Slapper/Kelly*, The English Legal System<sup>7</sup> (2004) 75 ff, 190 f.

19) So *Tony Weir* in seiner Vorlesung „The English Legal System“, Cambridge University, Juli 2005.

20) *Fentiman*, CLJ2005,303(304).

21) *Legrand*, Tackling Incommensurability: The Challenge of European Legal Integration, Vorlesung an der Cambridge University, Juli 2005.

22) *Legrand*, Tackling Incommen-

surability, Vorlesung Cambridge, Juli 2005.

23) *Mankowski*, RIW 2005, 561 (564).

24) *Cheshire/North*, Private International Law<sup>13</sup> 336.

Egon Engin-Deniz

**Markenschutzgesetz***Kommentar zum Markenschutzgesetz und weiteren kennzeichenrechtlichen Bestimmungen*

2005, 1068 Seiten, geb., 3-7046-3570-7, € 118,-

Der Kommentar MSchG stellt Meinungsstand, Lehre und Rechtsprechung unter Berücksichtigung der jüngsten Judikatur dar. Breiter Raum wird auch den neuesten Entwicklungen im **Gemeinschaftsmarkenrecht** und dem **internationalen Markenrecht** gewidmet. Hier haben sich durch die Aufnahme der Vereinigten Staaten von Amerika sowie auch der Europäischen Union zum Madrider Protokoll für die Praxis äußerst wichtige Änderungen ergeben. Besondere Bedeutung für Markeninhaber hat auch die Registrierung von **Top Level-Domains**. Ausführlich werden die Vorschriften zur Registrierung der **Top Level- Domain.eu** dargestellt.

**Dr. Egon Engin-Deniz** ist Partner der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz und leitet die Abteilung gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Dr. Engin-Deniz ist unter anderem Chairman des MARQUES Cyberspace Team, Mitglied der International Trademark Association (INTA) und Staatskommissär von zwei österreichischen Verwertungsgesellschaften.



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

cs12  
 VERLAG  
 ÖSTERREICH

Urteilen beilegt, hängt nämlich davon ab, mit welchem rechtlichen Vorverständnis man sie liest. Das rechtliche Vorverständnis wiederum wird geprägt von den unterschiedlichen kognitiven Programmen, epistemologischen Fundamenten, Werten und Gerechtigkeitsvorstellungen. Diese Unterschiede lassen sich weder durch einen legislativen noch durch einen judikativen Akt beseitigen.

Aber warum sollten sie auch beseitigt werden? Aufgrund welcher Maßstäbe ließe sich überhaupt entscheiden, welchem kognitiven Programm und welchem Gerechtigkeitskonzept der Vorzug zu gegeben ist? Welche der beiden Seiten, civil oder common law, kann sich anmaßen zu behaupten, selbst über das bessere System zu verfügen? *Legrand* wendet sich aus dieser

Überlegung heraus entschieden gegen das Projekt eines europäischen Zivilgesetzbuches. Er sieht in diesem Vorhaben einen blinden Angriff auf Pluralismus und auf die Mannigfaltigkeit der Rechtsdiskurse, einen zivilistisch geprägten Angriff, der die pragmatische und empiristische Struktur des englischen Rechts ignoriert.<sup>25</sup>

Dies soll freilich nicht im Sinne einer Absage an Harmonisierung schlechthin verstanden werden. Ohne Zweifel sollte in bestimmten Politikbereichen (wie etwa im Verbraucherschutz) versucht werden, gemeinsame Mindeststandards zu fixieren. Davon abgesehen ist Harmonisierung aber kein Wert an sich. Rechtskulturelle Unterschiede und die mit ihnen verbundenen unterschiedlichen Wertvorstellungen sollten daher zunächst einmal respektiert wer-

den. Es gibt kein unabhängiges tertium comparationis, an dem sie objektiv gemessen und bewertet werden könnten. Die Unterschiede sollten daher positiv gewendet und als Bereicherung genutzt werden. So könnte es für uns Civil-law-JuristInnen ein Gewinn sein, mit Blick auf das common law unser eigenes Rechtsverständnis, unseren Begriff von Gerechtigkeit und unsere Herangehensweise an Recht und Welt zu hinterfragen und kritisch zu reflektieren.

*Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter ist Assistentin in der Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und Internationales Privatrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien; judith.schacherreiter@univie.ac.at.*

25) *Legrand*, The Modern Law Review 1999, 40 (passim und insb 53 f).

# Gottesstaat oder Bürgerstaat?

Zur Idee der Demokratie vor der Realität des Islam

Matthias C. Kettemann

## 1. Einleitung: Konfliktfelder und Konvergenzen

In einer Zeit neuer Bedrohungslagen wird im öffentlichen Diskurs verstärkt auf bekannte Feindbilder rekurriert. Eine Trias von rezenten politischen Entwicklungen, ihrer Medialisierung und einer unkritischen Rezeption bewirken, dass eine der drei großen Buchreligionen mit irrationalen Aufladungen konfrontiert wird. So sieht sich der Islam insistent mit dem Signum der Extremismusanfälligkeit versehen und dem Makel der Terrorismusgeneigtheit behaftet. Namentlich werden fundamentalistische Auslegungen der islamischen Lehre als Motivations- oder Legitimationshintergrund für Selbstmordattentäterherangezogen. Des Weiteren wird die Religion vielfach als zentrales Hindernis für eine demokratische Entfaltung der islamischen Welt identifiziert, zumal eine große Anzahl von Staaten mit islamischer Mehrheitsbevölkerung nicht demokratisch verfasst ist. Dies verleitet nun Kommentatoren dazu, den Islam neben einer latenten Gewaltverherrlichung auch einer generellen Demokratieunfähigkeit zu zeichnen. Während die Unzulässigkeit des ersteren Argumentes unter Verweis auf den traditionellen Islam und unter Außerachtlassung seiner fundamentalistischen Spielarten augenfällig ist, erweist sich das Verhältnis von Islam und Demokratie als zu vielschichtig, um verabsolutierende Antworten zu geben.

Hilfsweise lassen sich zur Absteckung des Beziehungsraumes von Islam und Demokratie einige grundlegende Fragen formulieren: Widerspricht ein demokratischer Staat dem Wesen des Islam? Oder greift hier vielmehr ein euro-atlantisch geprägtes liberales Säkularitätskonzept Platz, dessen Globalisierung unberechtigt gefordert wird? Kann wissenschaftlich fundiert vorgebracht werden, dass die Mehrheit der islamischen Staaten aus Zufall keine Demokratien westlichen Zuschnitts sind? Und grundlegend: Geht im Islam das Recht auch vom Volk aus – oder nur von Gott? Diese Fragen in Breite wie Tiefe behandeln zu wollen, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Im Folgenden wird daher eine kritische Sichtung der Konvergenzen und Konfliktfelder von Islam und Demokratie vorgenommen und der Versuch geführt, Grundlagen aufzuzeigen, Problemfelder abzustecken und generell zu einer Verwissenschaftlichung der Debatte beizutragen.

Um die Frage zu klären, welche Demokratiemaßstäbe an den Islam anzulegen sind – und im Kern: ob es legitim ist, nur ‚westliche‘ Demokratiekonzeptionen einer derartigen Analyse zugrunde zu legen –, ist eingangs ein kurzer Abriss der Ideengeschichte der Demokratie unumgänglich.

## 2. Die formelle Dimension der Demokratie ...

‚Demokratie‘ ist angesichts der je nach politischer Perspektive unterschied-

lichen Deutungsentwürfe ein umstrittener Terminus. Von Idee wie Begriff gespeist aus Quellen der griechischen Antike, kann das heutige Verständnis von Demokratie unter Rückgriff auf einen prägnanten und prägenden Satz von US-Präsident *Abraham Lincoln* erläutert werden. In seiner Gettysburg Address (1863) beschrieb *Lincoln* Demokratie als „government of the people, by the people, for the people“. Demokratie bedeute mithin, dass die Regierenden aus dem Volk hervorgingen, die Regierung durch das Volk legitimiert und Regierungsgewalt im Interesse des Volkes ausgeübt werde.<sup>1</sup> Anders gewendet und verdichtet: In einer Demokratie geht das Recht vom Volk aus.

Das Volk als Legitimationsquelle für staatliche Herrschaft anzuerkennen, ist Produkt der bürgerlich-liberalen Revolutionen; mit ihnen korrespondiert eine geistesgeschichtliche Erkenntnisarbeit, deren Blüte im Europa der erwachenden Neuzeit auszumachen ist. Der demokratische Paradigmenwechsel findet in der Gegenüberstellung von *Hobbes* und *Rousseau* seinen sinnfälligsten Ausdruck. In Abkehr von *Hobbes*, der, ausgehend von seinem Diktum, dass der Mensch dem Menschen ein Wolf sei, die überragende (und friedenssichernde) Bedeutung der Konzentration von Autorität an einer Stelle vertrat, hob *Rousseau* hervor, dass die Herrschaftsgewalt nicht mehr als „gottgewollte Institution“ begriffen und unhinterfragt hingenommen werden dürfe.<sup>2</sup> In der Demokratietheorie von hervorstechender Bedeutung ist auch *Kant*, der die latente Skepsis gegen heteronome Moralen im Gefolge *Rousseaus* ausformulierte und das individuelle Gewissen unter Wegfall „heteronomer moralischer Autoritäten“ zum Maßstab des Entscheidens erhob.<sup>3</sup>

Ohne die wechselvolle Geschichte der Demokratie in Europa nachzeichnen zu können, lässt sich, fußend auf den Erwägungen *Kants* und *Rousseaus*, eine Verbindungslinie von den philosophischen Grundlagen der Demokratie über ihren politischen Ausdruck durch *Lincoln* bis hin zu ihrer, in Aspekten rückschrittlichen, rechtlichen Festmachung spannen. Während der Demokratiebegriff in der Gettysburg'schen Formung bereits

1) Vgl. *Schultze*, „Demokratie“ in *tikwissenschaft. Theorien, Methoden, Begriffe*<sup>3</sup> (2005).

2) *Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre*<sup>14</sup> (2003) 137.

3) *Zippelius*, *Staatslehre* 137.

modern anmutende, materielle Bezüge aufweist (arg „for the people“), betonten (und betonen) die internationalrechtlichen Verbriefungen (wie Art 21 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und Art 25 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte von 1966) im Wesentlichen formelle Bestandteile der Demokratie.<sup>4</sup> Der Kerngehalt der Verbriefungen beschränkt sich auf das Abhalten von Wahlen. Eindeutige materielle Demokratiemaxime lassen sich indes nicht ableiten.<sup>5</sup>

### 3. ... und ihre ‚materielle‘ Renaissance

Während vor dem Ende des Kalten Krieges keine materiellen Mindestanforderungen an demokratische Regime international konsentiert waren und die konfrontative internationale Lage aus bestehenden Verbriefungen von demokratiebezogenen Rechten nur formelle Mindestanforderungen abzuleiten gestattete, kann mit Blick auf die wachsende Bedeutung der demokratischen Legitimiertheit von Regierungen zulässigerweise behauptet werden, dass sich seit Beginn des letzten Jahrzehnts des 20. Jahrhunderts eine *Materialisierung* des Demokratiebegriffs vollzogen hat. Diese Entwicklung erfuhr in der Relativierung der ‚Blindheit‘ der internationalen Rechtsordnung gegenüber nationalen Verfassungsstrukturen eine Parallele.

Die Vereinten Nationen (VN) sind Vorreiter dieser Entwicklung. Seit einer richtungsweisenden Resolution im Jahr 1988<sup>6</sup> haben VN-Gremien in regelmäßigen Abständen verschiedene (materielle) Aspekte der Demokratie und anverwandte Themen<sup>7</sup> betont und Staaten aufgefordert, demokratische Strukturen

zu stärken.<sup>8</sup> Da dieses Bekenntnis zur Demokratie durch Erklärungen vielfältiger internationaler Organisationen bestätigt wurde,<sup>9</sup> liegt der Schluss nahe, dass Demokratie in ihrer Ausprägung der Ableitbarkeit der Legitimation der Regierung vom Willen der Bevölkerung international die einzig anerkannte Staatsform geworden ist.

Wenngleich die Demokratie mit der Weltmenschrechtskonferenz von Wien 1993 um eine menschenrechtliche Dimension erweitert wurde, vermag dies gerade in Hinblick auf das nicht immer spannungsfreie Verhältnis bestimmter Rechtsschulen des Islam zu Menschenrechten nur wenige argumentative Angelpunkte bieten. Zu einer Zeit, in der die Entwicklung demokratischer Mitbestimmung zum völkergewohnheitsrechtlichen Menschenrecht in der auf Rechtsüberzeugung getragenen Übung der westlichen Staatenmehrheit angelegt ist,<sup>10</sup> sind entsprechende Entwicklungen in der islamischen Welt noch nicht absehbar. Insbesondere gegen die Entwicklung eines Menschenrechtes auf Demokratie werden noch Vorbehalte formuliert.

### 4. ‚Westliche‘ Demokratie als universeller Wert?

Rezente Dokumente belegen das Bekenntnis der VN zu einer differenzierten Demokratie (Demokratisierung). Im Schlussdokument des Weltgipfels 2005<sup>11</sup> bestätigten die teilnehmenden Staaten die Allgemeingültigkeit der Demokratie, führten aber im Folgenden aus: „dass Demokratien zwar gemeinsame Merkmale aufweisen, es jedoch kein einheitliches Demokratiemodell gibt und dass Demokratie nicht einem Land oder einer Region gehört.“<sup>12</sup> Vorherhand befürworteten die VN mithin

keine ausdrückliche Orientierung an westlichen Demokratiekonzepten; indes entfließen den im Vorigen angesprochenen demokratierelevanten Resolutionen von VN-Gremien materielle wie formelle Kernelemente eines, wiewohl nie explizit als solches bezeichneten, internationalen Demokratiekonzeptes. Dieser allgemein anerkannte Kernbestand der Demokratie, dessen Missachtung die Anerkennung eines Staates als demokratisch abschneidet, ist – erneut unter Verweis auf *Lincolns* Gettysburg Address – in drei Kategorien fassbar: 1. tatsächliche Ableitung des Staatswillens vom Volk (government „of the people“); 2. Sicherstellung der Einhaltung von Menschenrechten und der *rule of law* („for the people“); 3. Verwirklichung des Rechts auf Partizipation („by the people“).

Entwicklungen in jüngerer Zeit haben zu einer verfeinernden, werthaltigeren Ausgestaltung des internationalen Demokratiebegriffs geführt.<sup>13</sup> Wohl auch in Reaktion auf Kritik an einem tatsächlichen oder wahrgenommenen Eurozentrismus werden in der internationalen Debatte die regionenspezifischen Dimensionen von Demokratie hervorgehoben. Allein: das Wesen des Begriffs bleibt unverändert: Ein Staat ist demokratisch verfasst, wenn sein Recht vom Volk ausgeht. Dass dies in religiös geprägten Staaten Problemfelder öffnet, wird gleich aufzuzeigen sein.

### 5. Gottesstaat und Bürgerstaat

Prononciert islamische Staaten werden oft simplifizierend als *Gottesstaaten* bezeichnet. Wird unter diesem Begriff ein Staat verstanden, dessen Legitimation sich nicht von den Bürgern herleiten lässt, sondern vielmehr auf den schon von *Kant* kritisierten heteronomen

4) Während der Ausschuss des Zivilpaktes (HRC) in seinem General Comment Nr 25 (VN Dok. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, 25/57, 1) bestätigte, dass Art 25 „lies at the core of democratic government based on the consent of the people,“ entwickelte er in seinen Entscheidungen keine materielle Dimension der Demokratie, sondern führte lediglich aus, dass Wahlen, um Art 25 IPBPR zu genügen, „free and multi-party“ sein müssen.

5) *Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary<sup>2</sup> (2004) 566.

6) Resolution der VN-Generalversammlung 43/157 (1988).

7) Hier sind insb zu nennen: Good Governance, die Beachtung von Menschenrechten, der Kampf gegen die Korruption, die Verringerung der Kindersterblichkeit und die Erhöhung der Alphabetisierungsrate.

8) Vgl für einen gedrängten Überblick: <http://www.ohchr.org/english/issues/democracy/index.htm> (14.1.2006).

9) Vgl nur die ausführliche Kompilation entsprechender Erklärungen, Resolutionen und Dokumente mit unterschiedlicher Bindungswirkung: OHCHR, Compilation of documents or texts adopted and used by various intergovernmental, international, regional and subregional organizations aimed at promoting democracy, [http://www.ohchr.org/english/law/compilation\\_democracy/index.htm](http://www.ohchr.org/english/law/compilation_democracy/index.htm) (14.1.2006).

10) Vgl *Nowak*, CCPR Commentary 565, FN 3. Grundlegend auch *Franck*, The Emerging Right to

Democratic Governance, American Journal of International Law 86 (1992) 46 ff (53).

11) Ergebnis des Weltgipfels 2005, VN Dok. A/RES/60/1 vom 24.10.2005, 135, in der Voraussetzung des Deutschen Übersetzungsdienstes.

12) Hervorhebungen durch den Verfasser.

13) Vgl dazu *Busia*, Is Democracy of Universal Application? in *Häfelein/Haller/Schindler*, Menschenrechte. Föderalismus. Demokratie (1979) 55-63.



Moralen beruht, muss dessen demokratische Konstitution zweifelhaft bleiben. Solange das Recht von Gott (oder einer anderen, vom Volk verschiedenen sozialen Autorität) ausgeht, lässt sich ein *Bürgerstaat* nicht verwirklichen. Gerade die politische Entwicklung in Europa der Neuzeit hat gezeigt, dass sich das Konzept der Rückführbarkeit des Staatswillens auf den Bürger erst in bewusster Abwendung von (und oft im Kampf gegen) Legitimationsschemata religiöser Natur entwickeln kann. Der ‚Herrscher von *Gottes* Gnaden‘ war eben ein solcher, und kein demokratisch legitimer. Einer Institution wie dem iranischen Wächterrat, der in zentralen Belangen als Oberleitungsorgan ohne demokratische Legitimation entscheidet,<sup>14</sup> kann in einem demokratischen System kein Platz zugebilligt werden.

## 6. Zwischen Laizität und Säkularismus

Fraglich ist indes, ob islamische Staatsstrukturen ohne Neufestlegung der Stellung des Islam in der Gesellschaft ‚demokratisiert‘ werden können. Dieser Entwicklung ist eine Säkularisierung vorausgesetzt. Angesichts der Neigung des Islam zur Identifikation von Staat und Religion<sup>15</sup> erweist sich diese Forderung nach ‚Verweltlichung‘ für islamische Staaten gleichwohl als besonders diffizil. *Küng*, der sich vehement gegen das generalisierende „Klischee“ wendet, „der Islam setze Staat und Religion gleich“,<sup>16</sup> verweist erklärend auf die Entwicklungsgeschichte des Islam. Während sich nämlich im ursprünglichen Christentum keine Lehre vom Staat ausgebildete,<sup>17</sup> war Muhammad angesichts des herrschenden „politischen

Vakuums“ und der „lange anhaltenden Stammeskongflikte“ als „religiöse Autorität gezwungen, politisch tätig zu werden, das heißt: ein Gemeinwesen aufzubauen und als ‚Staatsmann‘ zu fungieren.“<sup>18</sup>

Wissen um die historische Entwicklung des Islam erlaubt gewiss einen schärferen Blick auf die Problematik seiner Säkularisierung. Dennoch ist dem Einbruch des Religiösen in den Staat entgegenzutreten. Mit berechtigter Bestimmtheit lässt sich sagen, dass nur ein im Kern säkularer Staat in der Lage ist, Demokratie im Sinne einer Zurückführung des Staatswillens auf die Bürger und ihre autonomen Moralen sicherzustellen. Solange (berechtigte) Kritik an Staatsstrukturen mit Häresie gleichgesetzt und negiert bzw. unterdrückt und verfolgt wird, trifft *Küings* Schlussfolgerung, dass die Säkularität des Staates „dem Wesen ... des Islam keineswegs [widerspricht]“<sup>19</sup> zwar zu, scheint aber vor dem Hintergrund der bestehenden staatsrechtlichen Realitäten in einzelnen islamischen Staaten nur bedingt in praxi eine Plausibilisierung zu erfahren. Diese Diastase zwischen Dogmatik und Lebenswirklichkeit zu erkennen, ist bedeutsam; sie zu überwinden, dringlich.

Mit einiger Berechtigung kann argumentiert werden, dass das Demokratieverständnis bestimmter explizit theokratischer Interpretationen des Islam eine Abweichung vom urislamischen Vorbild darstellt. Eine kritische Analyse der islamischen Primärquellen und ihrer Auslegung führt zu dem Ergebnis, dass dem Islam als Religion die Demokratiefähigkeit nicht abgesprochen werden kann. So wird im Koran in mehreren Stellen Bezug auf die Vor-

teile konsensueller Entscheidungsmechanismen genommen.<sup>20</sup> Eine Gesamtschau der staatsrechtlichen Realitäten bestimmter islamisch geprägter Länder führt zu dem Schluss, dass gerade in der Instrumentalisierung des Islam als Legitimationsbasis für autokratische Herrschaftsstrukturen und als Argument gegen eine verstärkte Befähigung der Zivilgesellschaft ein politisches Grundproblem liegt.

## 7. Zusammenfassung

Demokratie ist ein vielschichtiger Begriff, dessen Zusammenspiel mit islamischen Grundwerten eine breit abgestützte historische Einhegung erfordert, damit legitime Kritik an der mangelnden demokratischen Verfasstheit bestimmter Staaten nicht in Polemik umschlägt.

Abschließend ist festzustellen, dass Staaten mit ausgeprägteren demokratischen Traditionen in der Verantwortung stehen, einen offenen Demokratiedialog mit der islamischen Welt zu führen, der von einer Achtung der genuin eigenen historischen und sozioreligiösen Entwicklungsgeschichte islamischer Staaten getragen ist. Indes darf Respekt nicht mit Kulturrelativismus verwechselt werden. Die Aussage des Schlussdokumentes des Weltgipfels der Vereinten Nationen vom September 2005 ist in ihrer Klarheit bestechend: „Wir betonen, dass Demokratie, Entwicklung und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten einander bedingen und sich gegenseitig stärken.“<sup>21</sup>

*Matthias C. Kettemann ist  
Mitherausgeber des Juridikum;  
matthias.kettemann@  
edu.uni-graz.at.*

14) ZB über die Zulassung von Wahlwerbbern.

15) *Küng*, Der Islam. Geschichte, Gegenwart, Zukunft<sup>2</sup> (2004) 699.

16) *Küng*, Islam 688; vgl. auch Kapitel IV.

17) Zur Veranschaulichung der bewussten Differenzierung zwischen dem weltlichen Reich und der geistigen Welt führt *Küng*, Islam 693, den in Markus 12:17 wiedergegebenen Ausspruch Jesu an: „Gebt dem Kaiser, was des Kaisers, und Gott, was Gottes ist.“

18) *Küng*, Islam 695.

19) *Küng*, Islam 700. Im Folgenden analysiert der Autor die Gefahren des islamischen Fundamentalismus einerseits, andererseits aber jene des säkularistischen Fundamentalismus und plädiert statt einer „aggressiven säkularistische[n] Staatsideolo-

gie“ für pragmatische Lösungen des Spannungsfeldes Staat und Religion (742 ff (750)).

20) Verschiedentlich werden Suren 27:34, 42:38 und 60:12 genannt.

21) Ergebnis des Weltgipfels 2005, VN Dok. A/RES/60/1 vom 24.10.2005, 135.

# Polygamie in Österreich und Deutschland

Stephanie Berchtold/Marianne Schulze

Die Krawalle in den dicht bevölkerten Vorstädten von Paris im Herbst 2005 haben neben anderen sozialen Brennpunkten auch die Debatte über die – kulturelle und rechtliche – Zulässigkeit von Mehrfachehen wieder angeheizt. In einigen Diskussionen wurden die beengten Wohnverhältnisse der Jugendlichen in den Banlieues für die Unruhen mitverantwortlich gemacht. Diese wurden vielfach direkt auf die polygam lebenden Familien zurückgeführt, die – so das Argument – antisozial seien, auch weil die Kinder ohne Autoritäten, in einem aggressiven und latent gewalttätigen Umfeld aufwachsen. GegnerInnen dieser Sichtweise befanden die Anschuldigungen für absurd und skandalös und orteten die altbekannte Suche nach dem Sündenbock.<sup>1</sup>

Polygame Ehen sind in ganz Europa verboten. Durch die Immigration aus islamisch geprägten Ländern, in denen Polygamie zugelassen ist, entstehen nun eine Reihe von rechtlichen Fragen: Werden polygame Ehen, die nach dem Personalstatut der Ehegatten rechtmäßig geschlossen wurden, in Europa – speziell in Österreich und Deutschland – anerkannt?

Auf diese Fragen, sowie – kursorisch – auf die Hintergründe polygamer Lebensformen und ihre Grundlagen im Koran soll im Folgenden eingegangen werden. Abschließend wird ein aktueller Fall aus der Bundesrepublik Deutschland besprochen, der die skizzierten Probleme plastisch darstellt.

## 1. Definition

Polygamie bedeutet Mehrehe. In patriarchalischen Kulturen wird sie auch als „Vielweiberei“ bezeichnet. Zu unterscheiden sind *Polygynie* und *Polyandrie*. *Polygynie*, auf die im Weiteren eingegangen wird, ist die am meisten verbreitete Form; sie gestattet einem Mann mehr als nur eine Frau zu heiraten. Wenn es einer Frau gestattet ist, mehrere Männer zu heiraten, nennt man das *Polyandrie*.<sup>2</sup> Die Konsequenzen der Einkind-Politik in Asien, v.a. der Volksrepublik China, könnten zu einem Anstieg der Polyandrie führen. Der in europäischen Gesetzestexten verwendete Begriff *Bigamie* bedeutet Doppelhe.

## 2. Hintergründe

Zunächst ist festzuhalten, dass – obwohl Polygamie im europäischen Kontext vielfach als „muslimisches“ Thema wahrgenommen wird – es auch polygame Lebensweisen beispielsweise im christlichen Umfeld gibt: exemplarisch genannt seien die MormonInnen, die im US-Bundesstaat Utah – rechtswidrig – polygam leben.<sup>3</sup>

Im Islam finden sich die Grundlagen für Polygynie in zwei Suren des Korans. In Sure 4,3 wird die Anzahl der Frauen, die ein Mann heiraten darf, festgelegt: „Und wenn ihr fürchtet, in Sachen der (euer Obhut anvertrauten weiblichen) Waisen nicht recht zu tun, dann heiratet, was euch an Frauen gut ansteht (oder: beliebt), (ein jeder) zwei, drei oder vier. Und wenn ihr fürchtet, (so viele) nicht

gerecht zu (be)handeln, dann (nur) eine, oder was ihr (an Sklavinnen) besitzt! So könnt ihr am ehesten vermeiden, unrecht zu tun.“<sup>4</sup> Auffallend ist die zunächst eingeführte Beschränkung auf vier Frauen, die hernach jedoch auf eine unbegrenzte Zahl ausgeweitet wird.

Auf die in Sure 4,3 erwähnte „gerechte Behandlung“ wird in der Sure 4,129 nochmals ausdrücklich eingegangen: „Und ihr werdet die Frauen (die ihr zu gleicher Zeit als Ehefrauen habt) nicht (wirklich) gerecht behandeln können, ihr mögt noch so sehr darauf aus sein [...]“<sup>5</sup> Der Maßstab für die Zulässigkeit von Polygynie ist daher die Gewährleistung, alle Frauen gleich zu behandeln. Laut Interpretation kann eine Nichtbefolgung seitens des Mannes zu einer halbseitigen Lähmung im Jenseits führen.

Nach Meinung zahlreicher ExpertInnen<sup>6</sup> ist das islamische Ideal die Ehe. Die Polygamie ist demnach nur eine Notlösung, womöglich auch eine Rechtfertigung für den Lebenswandel des Propheten Muhammad, der bis zu 15 Frauen gehabt haben soll.<sup>7</sup>

Befürwortende muslimische Theologen argumentieren mit dem „stärkeren sexuellen Trieb des Mannes“, den eine einzige Frau – insbesondere in Zeiten von Wochenbett und Menstruation – nicht immer befriedigen könne.<sup>8</sup> Weiters wird mit der zahlenmäßigen Überlegenheit von Frauen argumentiert, für die es nach Ansicht mancher Gelehrter keine andere Lösung als die Mehrfachehe gibt.<sup>9</sup> Die Polyandrie hingegen wird im Koran nicht erwähnt.

In manchen islamischen Ländern wurde die Polygamie abgeschafft (zB Türkei, Tunesien), in anderen Ländern wiederum ist der Zugang durch eine richterliche Genehmigung erschwert und in Ermangelung einer solchen unter Strafe gestellt (zB Irak). So ist mitunter vor Gericht der finanzielle Nachweis zu erbringen, dass mehrere Frauen erhalten werden können. In Fällen, in denen die erste Ehefrau einen „Mangel“, wie zB Sterilität, Krankheit, Unfähigkeit und Unwillen zum ehelichen Verkehr oder Geisteskrankheit hat, kann um Geneh-

1) Siehe beispielsweise „Mini- (3.2.2006).

ster sieht Polygamie als Ursache für Krawalle“, Spiegel Online, 2) Duden, Das Fremdwörterbuch (2005), 616-617.

16. November 2005, <http://www.spiegel.de/politik/ausland/0,1518,385303,00.htm>

3) Siehe generell zu Polygamie und speziell zu MormonInnen und Polygamie: Altman/Ginat, Poly-

gamous families in contemporary society (1996).

4) Schmied, Familienkonflikte zwischen Scharia und Bürgerlichem Recht (1999), 54.

5) *Ibid.*

6) So zB der indische Theologe Ashgar Ali Engineer.

7) Schirrmacher, Frauen und die Scharia (2004), 112.

8) Schirrmacher, Frauen 119.

9) Schirrmacher, Frauen 120.

migung für eine weitere Verhehlung angesucht werden.<sup>10</sup> Trotz des Verbotes gilt die Polygamie in einigen Ländern, va im ländlichen Bereich, als noch sehr weit verbreitet.

### 3. Nationale Rechtslage in Österreich und Deutschland

Sowohl die österreichische als auch die deutsche Rechtsordnung gehen vom Grundsatz der Einehe<sup>11</sup> aus. Die Mehrehe wird jedoch regelmäßig im Bereich des Kindschafts- und Sozialrechts durch Zuerkennung von Unterhaltsansprüchen anerkannt.<sup>12</sup> Die Polygamie ist in beiden Ländern sowohl strafrechtlich verboten, wie auch zivilrechtlich unzulässig.<sup>13</sup> Die deutsche Regelung ist strenger, da das Verbot verfassungsrechtlich normiert ist – Art 6 (1) Grundgesetz (GG).<sup>14</sup> Analog dazu gilt in Deutschland ein Verbot für Mehrfachpartnerschaften nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG).

Gemäß § 44 ABGB gehen in Österreich „zwei Personen verschiedenen Geschlechts“ die Ehe ein. Laut *F. Bydlinski*<sup>15</sup> begründet sich die Verankerung der Monogamie auf der klaren Zurechnung der Fürsorge für mögliche Kinder und der Sicherung der Ehechancen auch wirtschaftlich schwächerer GeschlechtsgenossInnen. Gemäß § 1306 BGB darf eine Ehe nicht geschlossen werden, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder Lebensgemeinschaft besteht. Diese Bestimmung ist zweiseitig ausgestaltet. Einerseits verbietet sie die Eheschließung einer verheirateten deutschen Person und andererseits auch die Eheschließung einer deutschen Person mit einer verheirateten ausländischen Person.<sup>16</sup>

Nachdem die nationalen Rechtslagen eindeutig sind, stellt sich im Weiteren die Frage, wie Mehrehen rechtlich behandelt werden, wenn Menschen, die gemäß ihrem Ursprungsland rechtmäßig polygam leben, nach Österreich oder Deutschland immigrieren, bzw wie Personen, die ein anderes als das öster-

reichische oder deutsche Personalstatut besitzen, behandelt werden, wenn diese in Österreich bzw Deutschland polygam leben wollen.

### 4. Ordre public

Gemäß § 17 Abs 1 IPRG bzw. Art 13 Abs 1 EGBGB sind die Voraussetzungen für eine Eheschließung für jeden der Verlobten nach dem Recht des Staates, dem er angehört zu beurteilen. Somit müsste grundsätzlich eine Zweitehe eines Mannes, der einem islamischen Staat angehört und bereits mit einer Deutschen oder Österreicherin verheiratet ist, mit einer Frau, die ebenfalls einem islamischen Staat angehört, nach dem Recht seines Herkunftsstaates behandelt werden und daher rechtskräftig sein. Nimmt man § 17 Abs 1 IPRG und Art 13 Abs 1 EGBGB als Grundlage, so ist das Personalstatut der Eheschließenden maßgebend und das Personalstatut des ersten Ehepartners/der ersten Ehepartnerin ist für die Wirksamkeit der Zweitehe daher unbedeutend.<sup>17</sup> Die Beachtung des *ordre public* des internationalen Privatrechts führt jedoch zu einem anderen Resultat.

Der *ordre public* (§ 6 IPRG, Art 6 EGBGB) ist eine Generalklausel, eine allgemeine Ermächtigung des Gerichts, ausnahmsweise nicht am fremden Recht anzuknüpfen, wenn dessen Anwendung mit Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung im Widerspruch stehen würde. Der *ordre public* ist, da er nach den zum Zeitpunkt des Urteils maßgeblichen Wertvorstellungen definiert wird, Änderungen unterworfen. *Verschraegen*<sup>18</sup> hält fest, dass der *ordre public* eine systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen darstellt. Daher solle vom § 6 IPRG nur sparsamster Gebrauch gemacht werden. Schutzobjekt des *ordre public* sind primär die Wertvorstellungen der österreichischen Rechtsordnung, nicht nur materielle Normen. Dem liegt auch die Annahme einer hinreichenden Inlandsbeziehung zugrunde: diese wird als feh-

lend angesehen, wenn eine Auslandsheirat vorliegt. Laut *Verschraegen*<sup>19</sup> kann ein solcher hinreichender Bezug zum Inland jedoch durch den ständigen Aufenthalt der Eheleute in Österreich hergestellt werden.

Der *ordre public* ist auch Grundlage für die in der deutschen Lehre vertretene Meinung, dass das Eingehen einer polygamen Ehe durch Personen, die nicht dem deutschen Personalstatut unterliegen, unzulässig ist. Begründet wird dies mit Art 6 EGBGB – *ordre public* – dessen Maßstab auf Art 6 GG basiert. Aufbauend darauf gibt es auch die Ansicht, dass durch das Tätigwerden eines deutschen Standesbeamten/einer Standesbeamtin das inländische materielle Verbot der Mehrehe sonderangeknüpft wird.<sup>20</sup>

### 5. Europäische Menschenrechtskonvention

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), die in Österreich in Verfassungsrang steht und daher direkt anwendbar ist, reflektiert den gesamteuropäischen Konsensus des Prinzips der Einehe. Die Kommission, wiewohl Art 12 EMRK – Recht der freien Wahl des Ehegatten/der Ehegattin – als Normierung der Monogamie ausgelegt wird, überließ es den Nationalstaaten, ob im Ausland geschlossene polygame Ehen anerkannt werden oder nicht.<sup>21</sup>

### 6. Internationale Menschenrechtsstandards

Die Gremien der Vereinten Nationen sehen die polygame Ehe als mit der Würde und der Gleichheit von Frauen unvereinbar an.<sup>22</sup> Gemäß Art 23 Abs 2 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) haben Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Das *Human Rights Committee*, das den Pakt interpretiert, stellte im Zusammenhang mit der generellen

10) *Schirmmacher*, Frauen 118.  
11) *Baumgartner*, Familienrecht und Gewissensfreiheit in Österreich, ÖJZ 2000, 781.

12) *Voltz*, Menschenrechte und ordre public im Internationalen Privatrecht (2002), 364 und *Verschraegen* in *Rummel*, Kommentar II/63 Rz 3 zu § 6.

13) Siehe § 192 öStGB, § 172 dStGB, sowie § 44 ABGB und § 1306 BGB.

14) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.

15) *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), 381f.

16) *Voltz*, Menschenrechte 363.

17) *Ibid.*

18) Siehe *Verschraegen* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB II/63 (2004) Rz 1 zu § 6 IPRG.

19) *Verschraegen* in *Rummel*, Kommentar II/63 Rz 3 zu § 6 IPRG.

20) *Voltz*, Menschenrechte 364.

21) Siehe zB EGMR, *Bibi v United Kingdom*, Application No 19628/92, 29. Juni 1992.

22) *Voltz*, Menschenrechte 365.

## Zeder Mediengesetz

Stand: Novelle 2005, 180 Seiten, br., 3-7046-4737-3, € 35,-

Mit 1. Juli 2005 ist die bisher umfangreichste Novelle des seit 1982 geltenden Mediengesetzes in Kraft getreten. Das MedienG ist nun ausdrücklich auf elektronische Medien anwendbar.

Die Textausgabe soll die Anwendung und das Verständnis der neu gefassten Bestimmungen erleichtern. Die Änderungen des Gesetzestextes sind durch Unterstreichung gekennzeichnet. Im Anschluss an die geänderten Bestimmungen sind die relevanten Materialien – unter Angabe der Seite und daher zitierfähig – abgedruckt. Einleitend wird ein kurzer Überblick über die Neuerungen gegeben.



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

**VERLAG  
ÖSTERREICH**

Gleichheitsklausel des Pakts (Art 3) fest, dass die Gleichbehandlung in Bezug auf das Recht auf Ehe mit Polygamie unvereinbar ist. „Polygamie“, so das *Human Rights Committee* „ist mit der Würde von Frauen unvereinbar. Es ist eine unzulässige Diskriminierung von Frauen.“<sup>23</sup>

Die postulierte Eheschließungsfreiheit ist nicht so einfach mit dem Polygamieverbot in Einklang zu bringen; „hier kann der Schutzbereich der Norm nicht schon unter Hinweis auf ein einheitliches monogames Eheverständnis bestimmt werden.“<sup>24</sup> Da zum Zeitpunkt der Ratifikation des Pakts in vielen Staaten bereits ein Polygamieverbot in Geltung war, wird angenommen, dass der Pakt weder zu einer Aufhebung dieses Verbots noch zu einer Unvereinbarkeit mit dem Pakt führt.<sup>25</sup>

Ähnlich – oder fast gleichlautend – wie das *Human Rights Committee* meint auch das *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW)*: „Polygamie verletzt die Gleichheit der Frauen gegenüber Männern.“<sup>26</sup>

### 7. Familienzusammenführung

Regelungen bezüglich der Einreise von Familienangehörigen gestatten diesen, ihren bereits ansässigen nächsten Verwandten nachzureisen. Es gibt jedoch keine international verbindliche Definition des Begriffes „nahe Verwandte.“ Auf Grundlage der EU-Richtlinie zur Familienzusammenführung<sup>27</sup> sind lediglich EhepartnerInnen und deren Kinder zur Nachreise berechtigt, davon ausgenommen sind – nach einheitlichem europäischen Standard – mögliche Zweitfrauen.

### 8. Aufenthaltstitel für Zweitfrau

Laut einer Entscheidung<sup>28</sup> des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz darf die Zweitfrau eines Irakers in Deutschland eine Aufenthaltsbewilligung verlangen. Die Zweitfrau hatte den bereits seit 1977 verheirateten Mann 1990 im Irak geehelicht. Er war 1996 als Konventionsflüchtling in Deutschland anerkannt worden; beide Ehefrauen reisten ihm 1999 nach. Das Gericht beurteilte die Situation der Klägerin als Lebenspartnerin – nicht als Ehefrau – und stellte fest, dass Sozialhilfebestimmungen, die für atypische Fälle vorgesehen sind, in dieser Causa anzuwenden sind, da es für die Klägerin während eines Zeitraums von fünf Jahren nicht möglich war, ein gültiges irakisches Reisedokument beizubringen, um zurückzureisen. Auch sei eine Ausweisung aus der

23) Human Rights Committee, General Comment No. 28: Art 3 (The equality of rights between men and women), para. 24.

24) Voltz, Menschenrechte 365.  
25) *Ibid.*

26) Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, General Recommendation No. 21: Equality in marriage and family relations, para. 14.

27) Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung. Siehe dazu auch die Stellungnahme des United Nation High Commissioner for Refugees (UNHCR): UNHCR

unzufrieden mit neuen EU-Regelungen zur Familienzusammenführung, 23.9.2003, <http://unhcr.de/pdf/559.pdf> (10.3.2006).

28) Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, 10 A 11717/03. OVG.

Bundesrepublik nach fünf Jahren – auf Grund der erfolgten Etablierung und Verfestigung – unzumutbar. Der Senat betonte die Unverhältnismäßigkeit einer möglichen Herauslösung aus dem Familienverband, die eine Trennung nach sich ziehen würde.

### 9. Pro und Contra

Im feministischen Diskurs über polygame Lebensformen sind zwei Komplexe auseinander zuhalten: die Frage der Zulässigkeit der Mehrehe an sich und der Umgang mit bereits bestehenden polygamen Ehen.

Frauenrechtsgruppen und andere KritikerInnen lehnen Polygamie auf Grund der sexistischen, destruktiven und gleichheitsfeindlichen Tendenz, vor allem jedoch auf Grund der inhärent subordinierten Stellung sämtlicher Ehefrauen ab. Wiewohl all dies auch auf monogame Beziehungen – gleich welchen Kulturkreises – zutreffen kann, wirkt die strukturelle Verfestigung der Polygamie den Bemühungen, gelebte Gleichstellung in einer Gesellschaft zu verankern, am augenscheinlichsten entgegen. Als patriarchales Gebilde, in dem der Mann als Oberhaupt über allen seinen Ehefrauen thronet, steht die Polygamie der Veränderung von Genderrollen massiv entgegen und unterstützt die Unterordnung von Frauen im privat-familiären wie im öffentlich-politischen Bereich.

Das Leben in einer polygamen Familie bedeutet für die Ehefrauen in vielen Fällen sklavinnenähnliche Lebensverhältnisse, so beginnt eine Mehrfachehe oftmals mit dem zwangsweisen „Verkauf“ der Frau.<sup>29</sup> In weiterer Folge sind Eifersucht, Rivalitäten und Aggressionen vielfach Familienalltag. Ein besonderes Problem – gerade auch unter den prekären Bedingungen unter denen ImmigrantInnen zumeist leben müssen – sind beengte Wohnverhältnisse. So haben Frauen einer polygamen Familie in Afrika traditionell Anspruch auf separate Wohnsitze; ein Bedarf, der in der finanziell angespannten Einwanderungsphase für gewöhnlich nicht erfüllt werden kann. Das völlige Fehlen jeglicher Privatsphäre und die permanente

Platznot führen zu einem stark erhöhten Aggressionspotenzial, sowohl bei Erwachsenen als auch bei Kindern.<sup>30</sup>

Der zweite Fragenkomplex polygamer Lebensformen beschäftigt sich mit bereits existierenden Mehrfachehen und dem Umgang mit diesen. Insbesondere im Kontext von Immigration: dem Anspruch, eine mögliche „Anpassung“ an westeuropäische Wertvorstellungen zu fordern, steht dabei das Dilemma der damit verbundenen Familientrennung gegenüber. Schlussendlich wird hierbei – bei allen grundsätzlichen Zweifeln an der Freiwilligkeit der Eingehung einer Mehrfachehe – in die Privatsphäre und die Autonomie der Betroffenen eingegriffen. Die Autonomie, die der Entscheidungen zugrunde liegt, kann aufgrund von kulturellem Druck und sozioökonomischen Erwägungen natürlich auch eine unechte Wahl darstellen; so kann es sein, dass eine Frau vor die Wahl gestellt wird, sich bedrückenden Familienverhältnissen unterzuordnen.<sup>31</sup>

Regelungen, die auf die Anpassung an westeuropäische Standards zielen, erhöhen nicht nur den Druck auf Frauen, sie machen sie oftmals auch zu Doppelpfaffen: ein Beispiel ist die französische „Loi Pasqua“, die 1993 erlassen wurde. Sie wurde auch auf bereits integrierte Familie rückwirkend angewandt: Diese wurden vor die Wahl gestellt entweder die – finanziell oft unmögliche – Rückkehr ins Ursprungsland anzutreten oder eine Scheidung der Ehe zwischen dem Mann und der Zweitfrau zu beantragen. Unter dem Vorwand feministischer Anliegen und dem Postulat der Geschlechtergleichheit hat die französische Regierung die (konservativen) Interessen ihrer Antiimmigrationspolitik durchgesetzt.<sup>32</sup>

Unter Berufung auf die unter MormonInnen gelebte Polygamie befürwortet *James M. Donovan*<sup>33</sup> die Mehrfachehe. Er bezieht sich dabei – als Antithese zur Monogamie – vor allem auf die sinnstiftende Funktion der Familie, für deren Bildung die polygame Lebensform besser geeignet sei. Die Rolle von Konkubinen und Mätressen zeige beispielsweise die gesellschaftliche Toleranz – und Akzeptanz – sowie mögli-

cherweise die Erwartung, dass Männer außerhalb ihrer ehelichen Beziehung die sexuelle Mannigfaltigkeit suchen. Der Unterschied liegt laut *Donovan* darin, dass bei Eingehen einer Ehe seitens des Mannes auch Verantwortung für möglichen Nachwuchs übernommen wird, ein Element das bei rein sexuell motivierten außerehelichen Beziehungen wegfällt. Mit dem Verweis, dass manche Frauen freiwillig polygam leben, ordnet *Donovan* kritische Beurteilungen der MormonInnenkultur durch westliche KritikerInnen als „westlich“ und „imperialistisch“ ein.<sup>34</sup> Die Tatsache, dass es jeder Ehefrau frei stehe, sich scheiden zu lassen, ist für *Donovan* ein weiterer Beweis für die Freiwilligkeit des Eingehens der polygamen Lebensform. Seiner Ansicht nach ist die subjektive Gefühlslage der Frau dafür entscheidend, ob sie sich degradiert fühlt – oder auch nicht.

Wie auch das Urteil des Oberverwaltungsgerichts in Rheinland-Pfalz aufzeigt, ist für bereits bestehende polygame Familien, die in ein strikt monogames Umfeld immigrieren, eine limitierte Anerkennung, die die finanzielle Absicherung der Betroffenen gewährleistet, unumgänglich. Die weiterführende Lösung der mit polygamen Lebensformen verbundenen Herausforderungen ist – genauso wie die Frage der Sicherstellung von gelebter Geschlechtergleichheit im Sinne einer möglicherweise aus freien Stücken eingegangenen Mehrfachehe – schlussendlich eine politische. Es bleibt abzuwarten, ob sich in jenen Ländern, von denen bekannt ist, dass auf Grund systematischer Diskriminierung – und auch Misshandlung – Millionen Frauen fehlen<sup>35</sup>, wie zB in Indien und der Volksrepublik China, die Polyandrie weiter entwickelt.

*Stephanie Berchtold studiert Rechtswissenschaften an der Universität Wien; stephanie.berchtold@univie.ac.at. Mag<sup>a</sup>. Marianne Schulze, LL.M. ist Redaktionsmitglied des juridikum; marianne.schulze@gmx.at.*

29) *Starr/Brilmayer*, Family Separation as a Violation of International Law, 21 Berkeley Journal of International Law (BJIL) 2003, 218.

30) *Ibid*, 213-287.

31) *Ibid*, 214.

32) *Ibid*, 214.

33) *Donovan*, Rock-Salting the Slippery Slope: Why Same-Sex

Marriage is not a Commitment to Polygamous Marriage, 29 Northern Kentucky University Law Review, 521.

34) *Ibid*.

35) Siehe zB *Dubner/Levitt*, The Search for 100 Million Missing Women, 24.5.2005, <http://slate.msn.com/id/2119402> (10.3.2006).

## Überwachung im Informationszeitalter

Konrad Lachmayer

Die Herausforderungen des Datenschutzes nehmen im Informationszeitalter zu. Die Fragestellungen und Probleme mit dem Umgang staatlicher Datenerfassung und -verwaltung werden komplexer. Zu diesen Entwicklungen sollen die folgenden Beiträge unterschiedliche Perspektiven eröffnen. Auf allgemeinen und konkreten Ebenen werden punktuelle Einblicke in die vielfältigen Möglichkeiten staatlicher Überwachung gewährt.

Der Beitrag von *Konrad Lachmayer* widmet sich den allgemein-staatlichen Tendenzen in Richtung Überwachungsstaat. Der Schritt von zunehmender staatlicher Datenerfassung hin zu ausgedehnter Überwachung ist nicht groß. Der Fortschritt der Technik, zunehmende Sicherheitsbedürfnisse und gesellschaftliche Akzeptanz fördern die Entwicklungen hin zu einem demokratischen Überwachungsstaat. Demgegenüber stehen rechtsstaatliche und menschenrechtliche Begrenzungen von Überwachung, die im Überblick problematisiert werden.

Auf europäischer Ebene hat der Beschluss der Richtlinie, mit der die Speicherung von Verkehrsdaten von Telefon und Internet geregelt wird, Aufsehen erregt. Den damit verbundenen rechtlichen Grundlagen und Fragestellungen widmet sich ein Beitrag von *Dietrich Westphal*. Aus kritischer Perspektive nähert er sich der EU-Richtlinie und prüft diese vor allem im Hinblick auf Grundrechtskonformität. Terrorismus und organisierte Kriminalität werden zur Legitimation für undeterminierte und nicht notwendige Grundrechtseingriffe.

Auch in Österreich wurden Fragen des Datenschutzes im Bereich der zunehmenden (staatlichen) Videoüberwachung

Thema der öffentlichen Diskussion. Den brisanten Fragestellungen im Zusammenhang mit Videoüberwachung im öffentlichen Personennahverkehr nimmt sich *Gerhard Kunert* an. Aufgezeigt werden dabei zum einen Hintergründe der öffentlichen Diskussion, zum anderen Probleme der datenschutzrechtlichen Bewertung der Videoüberwachung im öffentlichen Raum.

Abschließend widmet sich der Beitrag von *Wolfgang Wessely* Fragen des Rechtsschutzes im Sicherheitspolizei- und Militärbefugnisrecht. Es bedarf im Rahmen des Rechtsschutzes eines Gegengewichts zu den in den anderen Beiträgen dargestellten Erweiterungen von Befugnissen. Dabei zeigt die Analyse *Wesselys* die problematische Komplexität der Rechtsschutzbestimmungen auf, die sich als „Spielwiese für Experten“ entpuppt.

Im Zusammenhang mit den beschriebenen Entwicklungen werden immer wieder Sicherheit und Freiheit als Gegensatz dargestellt. Dabei erscheint es aber notwendig – wie *Westphal* abschließend festhält – eine „angemessene Balance von Sicherheit und Freiheit“ zu schaffen, „die deren komplementärem Verhältnis Rechnung trägt“. Beide Perspektiven sind Grundpfeiler westlicher Demokratien, die in geeigneter Weise miteinander zu verbinden sind. Ohne Sicherheit kann Demokratie nicht aufrechterhalten werden, ohne Freiheit allerdings auch nicht. Ein gegenseitiges Ausmanövrieren beider Kriterien zerstört aber das bestehende Gleichgewicht und führt dazu, dass weder Freiheit noch Sicherheit gewährleistet werden können.

**1. Ausgangssituation: Staatliche Datenerfassung**

Wie auch im privaten Bereich ist der Staat im öffentlichen Bereich<sup>2</sup> zunehmend mit der automationsunterstützten Erfassung von personenbezogenen Daten beschäftigt. Diese fallen in den unterschiedlichsten staatlichen Bereichen an, sei es in ordnungsstaatlichen Strukturen, wie dem Sicherheitspolizei- oder Kriminalpolizeirecht,<sup>3</sup> oder in leistungsstaatlichen Bereichen, wie etwa der Gesundheitsvorsorge oder der Schulverwaltung<sup>4</sup>. Der Staat ermittelt und verarbeitet personenbezogene Daten in zunehmendem Ausmaß. Dies spiegelt sich in der Schaffung neuer und der Automatisierung alter Register, so wie zB im Gewerbe-recht oder dem Verkehrsrecht wider.<sup>5</sup> Das Erfassen der Daten wird dabei im öffentlichen Bereich zum einen hoheitlich vorgeschrieben, zum anderen etwa durch Anreizmodelle mit persönlichen Vorteilen des Betroffenen gefördert.<sup>6</sup>

Die Besonderheit automationsunterstützter Datenverarbeitung ist nicht nur der schnellere Zugriff auf personenbezogene Daten, sondern vor allem auch die Möglichkeit der Verknüpfung verschiedener Daten, die aus den unterschiedlichen Gründen erfasst wurden. Das Zusammenwirken der Behörden bedarf dabei einer besonderen rechtlichen Grundlage<sup>7</sup> und erfolgt nicht auf Ebene der Amtshilfe.<sup>8</sup> Bei Gesamtbetrachtung der vom Staat in den unterschiedlichsten Bereichen erfassten personenbezogenen Daten, die sich aus den vielfältigen Bürger-Behörden Kontakten ergibt, erweisen sich diese als beeindruckend.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich der „öffentliche Bereich“ vom „privaten Bereich“ durch unzählige Mischformen an staatlich beliehenen Privatorganisationen und einer privat erscheinenden Staatsorganisation zunehmend nicht exakt abgrenzen lässt, aber auch in diesen Bereichen personenbezogenen Daten erfasst werden. Auch auf die in diesen Bereichen auftretenden personenbezogenen Daten kann sich der Staat mittelbar Zugang verschaffen.

Dazu kommt, dass der Staat beginnt, sich punktuellen Zugriff auf zusätzliche Informationen von Privaten zu verschaffen: Dies ist im Besonderen im Bereich des Sicherheits- und Kriminalpolizeirechts auffällig, wo der Staat in Form der Sicherheitsbehörden private Videoaufzeichnung (bei „freiwilliger“ Herausgabe) einsetzen kann<sup>9</sup> oder aber auch im Zusammenhang mit Telefonüberwachung von Privaten

(Telekommunikationsdienstbetreibern) Daten über andere Private erhält.<sup>10</sup>

Ausgangspunkt der Betrachtung ist also ein erhöhtes staatliches Erfassen und damit im Zusammenhang stehendes Verarbeiten von personenbezogenen Daten, das auch mit dem Zugriff des Staates auf von Privaten erfasste Daten vermehrt wird. Diese Entwicklungslinie scheint sich – auch in einer Zukunftsperspektive – nicht zu ändern. Im Gegenteil,

# Demokratischer Überwachungsstaat<sup>1</sup> im rechtsstaatlichen Spannungsfeld

Konrad Lachmayer

der Trend zur Erfassung personenbezogener Daten wird sich noch in einem verstärkten Maße fortsetzen. Dies aus vielfältigen Gründen: die Datenerfassungsmengen steigen ständig an, so dass eine größere Menge an staatlicher Datenspeicherung und -verarbeitung möglich ist; es werden neue personenbezogene Daten gefunden, die einer möglichen Speicherung zugeführt werden können – in diesem Zusammenhang ist an die Weiterentwicklungen der biometrischen Daten und der DNA-Analyse zu denken; überdies ist der Prozess der Umstellung auf eine automationsunterstützte Verwaltung noch lange nicht abgeschlossen und sind die Möglichkeiten des eGovernment noch nicht ausgeschöpft.<sup>11</sup> Darüber hinaus ist mit einer weiteren und zunehmenden Digitalisierung der Gesellschaft und des persönlichen Alltags des Einzelnen zu rechnen, womit weitere personenbezogene Daten entstehen, die für den Staat – wie nun näher zu zeigen sein wird – interessant werden können.

1) Zu den Entwicklungen in Österreich siehe *Funk*, Schutzzonen und Bildaufzeichnung – Sicherheits-Placebo oder Dammbbruch zum Überwachungsstaat?, in: ÖJK (Hrsg), Sicherheit im öffentlichen Raum (2006) 10; *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003).  
 2) Zur Differenzierung siehe § 5 Abs 2 DSG: „Auftraggeber des öffentlichen Bereichs sind alle Auftraggeber, 1. die in Formen des öffentlichen Rechts eingerichtet sind, insbesondere auch als Organ einer Gebietskörperschaft, oder 2. soweit sie trotz ihrer Einrichtung in Formen des Privatrechts in Vollziehung der Gesetze tätig sind.“  
 3) So der Ermittlungsdienst (§ 52ff SPG) und der Erkennungsdienst (§§ 64ff SPG) des Sicherheitspolizeigesetzes oder die Über-

wachung des Fernmeldeverkehrs (§§ 149a ff StPO) oder die optische und akustische Überwachung von Personen unter Verwendung technischer Mittel (§§ 149d ff StPO) der Strafprozessordnung.  
 4) Siehe das „Elektronisches Verwaltungssystem“ der Sozialversicherung (§§ 31a ff ASVG) oder etwa die Bildungsdokumentationsverordnung des BMBWK (BGBl II 2003/499).  
 5) Siehe etwa das zentrale Führerscheine-register gem § 17 FSG oder das Gewerbe-register gem § 365 ff GewO.  
 6) Man denke etwa an Fahrradcodierungen durch die Sicherheitsbehörden oder den Behindertenpass, siehe auch www.help.gv.at.  
 7) Für das Sicherheitspolizeirecht findet sich eine solche etwa im § 53 Abs 3 SPG. Überdies hält § 53 Abs 4 SPG lapidar fest: „Abgesehen

von den Fällen der Abs 2 bis 3b sind die Sicherheitsbehörden für Zwecke des Abs 1 berechtigt, personenbezogene Daten aus allen anderen verfügbaren Quellen durch Einsatz geeigneter Mittel, insbesondere durch Zugriff auf allgemein zugängliche Daten, zu ermitteln und weiterzuverarbeiten.“  
 8) Siehe zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Amtshilfe *Wiederin*, Art 22 B-VG, in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Komm, 1. Lfg (1999) Rz 51.  
 9) § 53 Abs 5 SPG; siehe auch RV 1188, 22. GP.  
 10) § 53 Abs 3a SPG.  
 11) Siehe dazu etwa zahlreiche Beiträge in *Schweighofer* ua (Hrsg), Effizienz von e-Lösungen in Staat und Gesellschaft. Akutelle Fragen der Rechtsinformatik. IRIS 2005 (2005).

## 2. Von der staatlichen Datenerfassung zur staatlichen Überwachung ...

Die staatliche Erfassung von Daten alleine bedeutet allerdings noch nicht die staatliche Überwachung der Gesellschaft bzw des Einzelnen. Trotz alledem stehen diese zwei Facetten staatlicher Tätigkeit in untrennbarem Zusammenhang. Während staatliche Datenerfassung aus unterschiedlichsten Gründen erfolgen kann und sich nicht auf eine bestimmte Art der Datenerfassung bezieht, meint Überwachung – und somit auch staatliche Überwachung – eine ständige Kontrolle durch Beobachtung oder genaue Verfolgung, was jemand tut.<sup>12</sup>

Zusätzlich wird staatliche Überwachung auf bestimmte Zwecke staatlicher Datenerfassung fokussiert: staatliche Überwachung ist somit nicht Selbstzweck, sondern auf bestimmte Bereiche bezogen. Primärer Anknüpfungspunkt der Überwachung ist im Zusammenhang mit potentiellen, sich realisierenden oder realisierten Gefahren zu sehen, deren Eintritt durch die Überwachung verhindert werden soll. Die staatliche Überwachungstätigkeit kann sich dabei auf unterschiedliche staatliche Gefahrenabwehr von Sicherheitspolizei über Verkehrspolizei bis hin zur Fremdenpolizei beziehen. Überwachung ist aber auch von der Finanzverwaltung – zur Verhinderung von Missbrauch – über Bankenkontrolle bis hin zu allen anderen Bereichen der Verwaltung möglich.

Der Unterschied zwischen „einfacher“ staatlicher Datenerfassung und staatlicher Überwachung besteht grundsätzlich in der zeitlichen Dimension. Während staatliche Datenerfassung punktuell Daten der Einzelnen erfasst, werden im Überwachungsfall laufend Daten ermittelt. Damit können Missbrauch verhindert, Gefahren abgewehrt oder Konformität garantiert werden.

Aufgrund der unterschiedlichen staatlichen Datenerfassungsmöglichkeiten existieren für den Staat auch verschiedene Möglichkeiten, um das Verhalten des Einzelnen zu überwachen. Dabei bestehen neben den direkten Observationsmöglichkeiten nach SPG, StPO und MBG<sup>13</sup> auch unterschiedliche indirekte Möglichkeiten, die Einstellungen, Gewohnheiten, Interessen, Beziehungen usw des Einzelnen zu überwachen. Die – anfangs beschriebene – vorhandene Datenfülle und die unterschiedlichen staatlichen Datenerfassungssysteme ergeben – wenn dies für den Staat von Interesse ist – eine Fülle an staatlichen Überwachungsmöglichkeiten zur laufenden Kontrolle.

Zwischen staatlicher Überwachung im Einzelfall bei besonderem Verdacht aufgrund sachlicher Gründe bzw berechtigtem Zweifel und einem Überwachungsstaat, also der systematischen Überwachung der Gesellschaft, ist zu unterscheiden. Während erstgenannter Fall schon bestimmte konkrete Anhaltspunkte voraussetzt, um eine Überwachung

durchführen zu können, wird im Überwachungsstaat für dessen Ziele grundsätzlich überwacht. Überwachung wird damit zu einem generellen Mittel, das nicht erst bei Vorliegen konkreter Problemstellungen eingesetzt wird, sondern bereits vorab, alle betrifft. Um den Perspektivenwechsel zu veranschaulichen, sei auf die Einführung der öffentlichen Videoüberwachung bei sog Kriminalitätsbrennpunkten<sup>14</sup> oder auf die Section Control<sup>15</sup> im Verkehrsbereich verwiesen. Während vor deren Einführung erst dann, wenn eine gerichtlich strafbare Handlung erfolgte, die Verfolgung einsetzte, wird nun vorab jeder potentiell verdächtigt und überwacht. Ebenso bei der Section Control: wurde früher nur jener „geblitzt“<sup>16</sup>, der zu schnell gefahren ist, erfasst die Section Control nun jeden, der möglicherweise zu schnell fahren wird. Damit ist allerdings der Schritt zum Überwachungsstaat gemacht.

Alles Weitere ist eine graduelle bzw quantitative Frage. Der qualitative Schritt zur von Verdachtsmomenten unabhängigen Überwachung ist aber bereits vorgenommen. Mögliche weitere Qualitätssprünge des Überwachungsstaates würden sodann in einer weiteren Verknüpfung der einzelnen voneinander unabhängigen Überwachungen liegen, sowie in der Zulässigkeit genereller Überwachungen ohne konkrete Gefahr. Wird bisher etwa im Zusammenhang mit der Section Control darauf abgestellt, dass besonders häufig Verwaltungsübertretungen bzw Unfälle am jeweiligen Ort stattfinden, würde eine generelle Einführung der Section Control im hochrangigen Straßennetz eine Verdünnung des Zwecks bzw der Sinnhaftigkeit bedeuten und wäre eine massive Ausweitung der Überwachung damit verbunden.<sup>17</sup> In der Verwendung von Daten der Section Control, die bekanntlich zum Zwecke der Verkehrspolizei und Verkehrssicherheit erfasst werden, für weitere Zwecke, etwa der Strafverfolgung oder sicherheitspolizeiliche Prävention, liegen weitere Schritte zum Überwachungsstaat.

Als Merkmale des Überwachungsstaates können daher zusammengefasst werden, dass eine generelle Überwachung von Personen stattfindet, dass vielfältige Zwecke für diese Überwachung herangezogen werden können und diese Zwecke einen geringen Determinierungsgrad haben.

## 3. Der Sicherheitsstaat als Legitimation

Zentrale Entwicklung ist die Ergänzung des postmodernen demokratischen Staates als Leistungs- und Regulierungsstaat in Form des Sicherheitsstaates. Der Sicherheitsstaat richtet die Perspektive auf den staatslegitimatorischen Zweck der Sicherheit.<sup>18</sup> Es ist Aufgabe des Staates Sicherheit herzustellen.<sup>19</sup> Damit ist aber implizit vor allem auf das Gegenteil von Sicherheit Bezug genommen: die Gefahr bzw die Bedrohung. Ein Sicherheitsstaat, also die staatliche Ausrichtung auf Sicherheit, ist nämlich nur dann notwendig, wenn die (relativ zu errei-

12) So *Dudenredaktion* (Hrsg), Duden X: Bedeutungswörterbuch<sup>3</sup> (2002), Stichwort: überwachen.

13) § 53 f SPG; § 149d ff StPO; § 22 MBG.

14) Siehe dazu etwa *Hauer/Keplinger*, SPG Kommentar<sup>3</sup> (2005) 615 f.

15) *Kunnert*, Die abschnittsbezogene Geschwindigkeitsüberwachung (Section Control) aus datenschutzrechtlicher Sicht, ZVR 2006, 78.

16) Also durch analoge Radargeräte die Geschwindigkeit gemessen und nur jene fotografiert, die zu schnell gefahren sind.

17) Ähnlich ist die Aufgabe der erweiterten Gefahrenforschung gem § 21 Abs 3 SPG bereits jetzt als eine derartige qualitative Ausweitung zu verstehen.

18) Sicherheit verstanden als öffentliche Sicherheit mit bestimmten Rechtsgütern (Staat, Person, Eigentum), die geschützt werden sollen; siehe *Hauer*, Ruhe, Ordnung und Sicherheit (2000) 171 ff.

19) *Gusy*, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe. Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit“, DÖV 1996, 573.



chende)<sup>20</sup> Sicherheit entweder nicht besteht oder der Eindruck einer potentiellen Bedrohung bestehender Sicherheit entsteht, die es vorweg zu verteidigen gilt. Der Sicherheitsstaat stellt die Anstrengungen zur Verstärkung, Erhöhung, Herstellung oder Vermittlung von Sicherheit in den Mittelpunkt. Der Sicherheitsstaat ist also verknüpft mit einem gesellschaftlichen (oder staatlichen) Bedürfnis nach Sicherheit, das weitere Maßnahmen erfordert, um diese herzustellen. Da sich aber Sicherheit – aus Perspektive potentieller (!) Bedrohungen – ohnedies nicht herstellen lässt, ist es immer möglich, diese Ausrichtung beizubehalten, um weitere bzw neue staatliche Maßnahmen zur Erhöhung der Sicherheit zu ergreifen.<sup>21</sup>

Der Schritt vom Sicherheitsstaat zum Überwachungsstaat ist im Informationszeitalter<sup>22</sup> systemkonsequent. Durch das Bedürfnis, Sicherheit zu steigern und der gleichzeitig bestehenden Unmöglichkeit, dieses Ziel zu erreichen, ist der steigende Einsatz von Mitteln zu Zwecken der Sicherheit zu erwarten. Im Informationszeitalter, in dem Informationen als personenbezogene Daten eine immer wichtigere Rolle spielen, wird die Gefahrenabwehr zunehmend auf informationeller Ebene durchgeführt.

Weitere Schritte zum Überwachungsstaat sind damit vorgezeichnet. Die damit verbundenen technischen Möglichkeiten sind noch lange nicht ausgeschöpft. Die Erstellung von Bewegungsprofilen mit Ortung von Mobiltelefonen, die Feststellung von Gewohnheiten mit Bankkontodaten und die Feststellung von Kontaktdaten mit Email sind heute schon möglich. All diese Bereiche werden weiter technisiert und ermöglichen in Zukunft noch schnelleren, genaueren und weitergehenden Zugriff auf personenbezogene Daten.<sup>23</sup>

#### 4. Menschenrechtliche und rechtsstaatliche Bedenken

Die staatliche Einschränkung von Privatsphäre und Privatautonomie, verstanden als Freiheit vom Staat, wird primär durch

grund- und menschenrechtliche Garantien und die damit verbundenen Rechtssetzungsmechanismen gewährleistet.<sup>24</sup> Unterschiedlichste Grundrechte, vor allem aber das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) und das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG), sind davon betroffen.<sup>25</sup>

Dabei zeigt sich, dass der Staat in diese Grundrechte eingreifen darf, solange der Gesetzgeber zu den entsprechenden staatlichen Handlungen ermächtigt und diese als verhältnismäßig qualifiziert werden können.<sup>26</sup> Der Einzelne kann sodann gegen unterschiedliche staatliche Akte, die in die genannten Grundrechte eingreifen, unterschiedliche Rechtsschutzverfahren ausschöpfen.<sup>27</sup> Dadurch kommt es auch indirekt zu einer Kontrolle der gesetzgeberischen Ermächtigungsakte. Der Gesetzesvorbehalt führt zum einen zur Explizierung der überwachenden Staatstätigkeiten, zum anderen aber auch zur Einschränkung der genannten Grundrechte durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Die Möglichkeiten der Grundrechtsbeschränkung werden allerdings durch die Verhältnismäßigkeitsprüfung nochmals eingeschränkt.

In Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung soll kurz erwähnt werden, dass trotz der einschränkenden Funktion der Verhältnismäßigkeitsprüfung technische Entwicklungen auf diese einen Einfluss zu haben scheinen. Konkret ist im Zusammenhang mit automationsunterstützten Datenerfassungssystemen die Frage, ob man diese als gelindestes Mittel bezeichnen kann bzw soll, bereits entschieden. Die Technisierung der Gesellschaft wird nicht durch eine Begrenzung automationsunterstützter Systeme verhindert.<sup>28</sup> Typischerweise wird die Wahl nicht zwischen automationsunterstützter und nicht automationsunterstützter Verwaltung getroffen, sondern werden innerhalb automationsunterstützter Verwaltung unterschiedliche Modelle geprüft.<sup>29</sup>

Die primäre Entscheidung zur Erfassung und Verwendung personenbezogener Daten wird in einer Demokratie von der (parlamentarischen) Mehrheit beschlossen. Die Mehrheit

20) Es gilt darauf hinzuweisen, dass Sicherheit einerseits als abstraktes Ziel, als Ausrichtung gesehen werden kann, aber in ihren Erreichungsszenarien immer nur eine relative Sicherheit herstellen kann. Dabei ist festzuhalten, dass zwar eine gewisse Basis an Sicherheit in westlich-europäischen Staaten hergestellt werden kann, zusätzliche Investitionen aber mit zunehmenden Ressourcen und immer steigender (Un)Proportionalität betroffen sind, um kleinere Sicherheitszuwächse zu erreichen. Weltweit betrachtet kann schon das Herstellen einer Basis an Sicherheit die vorhandenen Ressourcen übersteigen bzw sind bestimmte unsichere gesellschaftliche Prozesse generell nicht durch Ressourceneinsatz zu verhindern.  
21) Dabei ist es wichtig festzuhalten, dass Überwachung vor allem repressive Effekte zeitigt, also der Aufklärung von gerichtlich strafbaren Handlungen dient und die präventiven Zwecke in vielen Fällen nicht eintreten bzw zu Verlagerungen führen, also nicht vor der Kamera stattfinden. Dieser (Verlagerungs-)Effekt führt sodann aber wieder zu einer Forderung nach mehr Überwachung.  
22) *Castells, The Information Age: Economy, Society, Culture: Volume I: The Rise of the Network Society*<sup>2</sup> (2000) 28 ff.

23) Die Einspeisung von Gesundheitsdaten in eCards ist ebenso eine Entwicklung in diese Richtung.  
24) Siehe zur Problematik von Freiheit und Sicherheit etwa *Schulze-Fielitz*, Nach dem 11. September: An den Leistungsgrenzen eines verfassungsstaatlichen Polizeirechts?, in: *Horn* (Hrsg), *Recht im Pluralismus*, FS Glaeser (2003) 407; *Callies*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, *DVBl* 2003, 1096; *Zöllner*, Liberty Dies by Inches: German Counter-Terrorism Measures and Human Rights, *German Law Journal* 2004, 469.  
25) Zu denken ist aber auch an das Fernmeldegeheimnis oder an den Schutz des Hausrechts. Siehe *Berka*, *Grundrechte* (1999) 278 ff.  
26) *Grabenwarter*, *EMRK*<sup>2</sup> (2005) 194 ff; *Wiederin*, Art 8 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, *BVR Kommentar*, 5. Lfg (2002) Rz 63, 116, 127.  
27) Vgl zur problematischen Konstruktion des Rechtsschutzbeauftragten *Wiederin*, *Privatsphäre*, 225 f, 241; aA etwa *Vogl*, *Der Rechtschutzbeauftragte in Österreich* (2004) 28, 121.

28) Siehe allerdings die Rsp des BVerfG zum „Großen Lauschangriff“: 1 BvR 2378/98 v 3. 3. 2004.  
29) Siehe dazu deutlich die Diskussion um Straßenmautsysteme oder Section Control. Es wird nicht überlegt, konventionelle Mautsysteme vorzusehen, bei denen Mautposten das System aufrechterhalten und der Einzelne durch Einwurf seine Maut bezahlt. Im Gegenteil, Automationsunterstützung wird zwingend vorausgesetzt. Die verbleibende Frage ist nur noch die Ausgestaltung des Systems. So ist auch die Zukunft automationsunterstützter Verkehrsüberwachung vorgezeichnet. Siehe dazu *Kunnert*, *ZVR* 2006, 78 ff. Es stellt sich nur die Frage, wie diese umgesetzt wird und nicht ob diese erweitert wird. Andere Ansichten erwecken den Anschein (zumindest technischer) Rückschrittlichkeit und führen zu Befremden. Bei einer grundrechtlichen Abwägung sollte aber die Möglichkeit der Durchführung auf manuelle oder analoge Weise von staatlichen Handlungen auch im Spektrum des Möglichen vorhanden bleiben. Auch wenn damit ein Mehraufwand verbunden ist (sind die automationsunterstützten Varianten immer effizienter?), sollten diese Optionen nicht gänzlich außer Betracht bleiben.

kann die Entscheidung über die staatliche Datenerfassung treffen und die Mehrheit tut dies auch;<sup>30</sup> dies nicht nur im Zusammenhang mit zunehmender staatlicher Datenerfassung sondern auch im Hinblick auf die staatliche Überwachung von Menschen. Demokratische Entscheidungen, also der Mehrheit, verstärken die Möglichkeiten (vor allem) der Sicherheitsbehörden.

Diesem demokratischen Entscheidungsprozess stehen neben den menschenrechtlichen Erwägungen auch rechtsschutzstaatliche Überlegungen entgegen. Die Gewährleistung der Bindung der Polizeiverwaltung an die Gesetze und die Möglichkeiten des Rechtsschutzes des Einzelnen stehen dabei im Vordergrund. Bei der Begrenzung der Möglichkeiten der Sicherheitsbehörden im Bereich der Überwachung von verdächtigen Menschen ist zum einen zu beachten, unter welchen Umständen die Sicherheitsbehörden Menschen als verdächtig qualifizieren, also wann die Subsumtion unter zulässige Tatbestände erfolgt, und zum anderen wie verhindert wird, dass ohne Zulässigkeit die Überwachungsmöglichkeiten durch die Sicherheitsbehörden genutzt werden, wenn kein Verdacht besteht.

In diesem Zusammenhang sind Fragen wie: „Wird der Kontrolleur kontrolliert?“ zu beantworten. Dabei müssen sich interne und externe Kontrolle ergänzen. Ein Mindestmaß an Transparenz muss entstehen, ohne die jegliche Form der Überwachung missbrauchsgefährdet bleibt. Bei interner Kontrolle sind klare Verantwortungszusammenhänge erforderlich und die Information höherer hierarchischer Ebene zwingend erforderlich. Es darf nicht die Möglichkeit geben, sich darauf auszuweichen, vom „Missbrauch nichts gewusst zu haben“. Externe Kontrolle, wie sie in Österreich in Form des Rechtsschutzbeauftragten gefeiert wird, ist als ungenügend abzulehnen. Der einzelne Rechtsschutzbeauftragte ist weder in der Lage umfassende Kontrolle auszuüben, noch ist der Maßstab einer einzelnen Person ausreichend, um effektive Kontrolle auszuüben. Dafür ist von vornherein, die Einrichtung eines Kollegialorgans, das mit unterschiedlichen Interessen besetzt ist, notwendig. Neben struktureller staatlicher „Selbstkontrolle“ ist überdies der individuelle Rechtsschutz entscheidend.<sup>31</sup>

Hinsichtlich des Rechtsschutzes stellt sich zum einen die Frage, ob und wie der Einzelne davon erfährt, dass er überwacht wird. Hier tritt sodann die Problematik auf, dass ein potentiell Verdächtiger nicht ex ante über eine Überwachung informiert werden kann. Umso wichtiger erscheint daher eine zwingende ex post Information von Überwachten, denen of-

fen gelegt wird, inwieweit und auch in welchem Zusammenhang die Überwachung stattgefunden hat.

Die immer weitergehende Entwicklung geheimstaatlicher Strukturen<sup>32</sup> führt zu einer Gefährdung des Rechtsstaats an sich und fördert Missbrauch und staatliche Informationsübergriffe, die unbemerkt den verfassungsgesetzlichen Zulässigkeitskriterien widersprechen. Es ist daher von zentraler Bedeutung, dass diesen Maßnahmen mit einer effektiven Kontrolle und Transparenz staatlicher Handlungen gegengesteuert wird. Die diesbezüglichen Möglichkeiten sind nicht so unmöglich, wie es auf den ersten Moment scheint und bisher nicht in den Blickwinkel der Diskussion gerückt wurde. Dabei sind diese noch lange nicht ausgeschöpft und erweiterbar. Je weiter sich das Wissen und die Information über staatliche Handlungen, die nach außen an den Einzelnen gerichtet sind, in das intern Staatliche zurückzieht, umso mehr wird dadurch der Rechtsstaat bedroht und der Überwachungsstaat zu einem Polizeistaat.<sup>33</sup>

Auch wenn die Problematik und Diskussion um den Rechtsstaat im Zusammenhang mit Überwachungen im Vordergrund steht, sind in weiter gedachten Szenarien auch potentielle Bedrohungen für die Demokratie möglich. Der demokratische Überwachungsstaat kann dazu führen, dass die Überwachungsverwaltung an Eigendynamik gewinnt.<sup>34</sup>

## 5. Schlussbemerkung

Die zunehmenden Überwachungen in einem demokratischen Rechtsstaat sind im Kontext der sich verändernden gesellschaftlichen Wertungen zu betrachten, die diese Entwicklungen fördern. Damit verbundene technische Entwicklungen verstärken den Trend zu einem demokratischen Überwachungsstaat. Die verfassungsrechtlichen Grenzen eines solchen Staates sollten dabei aber unabhängig von den ausgeübten Überwachungstechniken und der gesellschaftliche Akzeptanz dieser bleiben.

Die Einhaltung von Grenzen im demokratischen Überwachungsstaat hängt an einem Zusammenspiel von Transparenz, Verantwortung, Öffentlichkeit und Kontrolle. Werden diese nicht mehr gewährleistet und durch eine andere Zielsetzung (Sicherheitsstaat) überlagert, ist letztlich nicht nur der Rechtsstaat, sondern auch die Demokratie gefährdet.

*Dr. Konrad Lachmayer ist Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien; konrad.lachmayer@univie.ac.at.*

30) Siehe die Darstellung im ersten Teil des Beitrages.

31) Siehe Art 13 EMRK.

32) Siehe zur verdeckten Ermittlung § 54 SPG.  
33) Zum Polizeistaat als eine Form des totalitären Staates siehe Zippelius, Allgemeine Staatslehre<sup>14</sup> (2003) 294ff.

34) Dabei sei an den griechischen Abhörskandal hinsichtlich der Überwachung höchster Staatsorgane erinnert; siehe dazu: Die Presse, Politiker von USA abgehört?, 3.2.2006.

**1. Entstehungsgeschichte**

a) Die neue EU-Richtlinie zur obligatorischen Speicherung von Verkehrsdaten auf Vorrat<sup>2</sup> betrifft alle Unionsbürger, die ein Telefon bzw. das Internet benutzen<sup>3</sup>. Sie soll staatlichen Sicherheitsbehörden erstmals<sup>4</sup> den verdachtsunabhängigen<sup>5</sup> Zugriff auf elektronische Kommunikationsspuren ermöglichen, wie sie etwa in Form von Telefonnummern und IP-Adressen entstehen. Der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung liegt zwar nur eine relativ kurze, aber umso aufregendere Entstehungsgeschichte zugrunde:

Vor dem unmittelbaren Hintergrund der Terroranschläge von London<sup>6</sup> und unter argumentativen Rekurs auf die Gefahren durch Terrorismus sowie Schwerestrafkriminalität gelang es der tatkräftigen britischen wie auch der nicht weniger eifrigen österreichischen Ratspräsidentschaft, eine Verabschiedung der Richtlinie in Rekordzeit zu organisieren – wohl selten ist bislang ein europäisches Rechtsetzungsverfahren im Wege der Mitentscheidung schneller abgeschlossen worden<sup>7</sup>.

Zunächst sah es allerdings nicht so gut aus für die Einführung unionsweit geltender, einheitlicher Mindestspeicherungspflichten für Telekommunikationsverkehrsdaten. Denn der von Frankreich, Irland, Schweden und Großbritannien bereits im Frühjahr 2004 unter dem frischen Eindruck der Madrider Zuganschlüsse<sup>8</sup> eingebrachte Entwurf eines Rahmenbeschlusses<sup>9</sup> auf der Grundlage der Art 31 und 34 EU-Vertrag traf auf mannigfachen Widerstand nicht zuletzt aus dem Europäischen Parlament<sup>10</sup>. Selbst der juristische Dienst des Rates sprach sich schon aus kompetenzrechtlichen Gründen dagegen aus, weil eine tragfähige Rechtsgrundlage im Rahmen der Dritten Säule für ein derartiges, alleine vom Rat zu verabschiedendes Instrument nicht ersichtlich sei<sup>11</sup>. Die rechtsaktsförmige Statuierung bestimmter zu speichernder Datentypen und einheitlicher Speicherfristen könne vielmehr nur durch einen von Parlament und Rat erlassenen Rechtsakt der Ersten Säule erfolgen. Im Rahmen der Ersten Säule bestünden mit der Richtlinie

2002/58/EG bereits Regelungen über den Umgang mit Verkehrsdaten, die durch elektronische Kommunikationsvorgänge generiert werden.

Dieser Rechtsauffassung folgte schließlich auch die Europäische Kommission und legte am 21. September 2005 einen auf Art 95 EG-Vertrag gestützten Richtlinienentwurf<sup>12</sup> vor. Hiernach sollen die Anbieter von Telekommunikations- und Internetdiensten durch die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet

# Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung von Verkehrsdaten

Neues aus Brüssel zum Verhältnis von Sicherheit und Datenschutz in der Informationsgesellschaft

Dietrich Westphal<sup>1</sup>

werden, in erheblichem Umfang Verkehrsdaten auf Vorrat für die Sicherheitsbehörden zu speichern, ohne dass entsprechende Verdachtsmomente im Hinblick auf die Betroffenen vorzuliegen hätten.

Nicht wenigen Mitgliedern des Europäischen Parlaments ging der Kommissionsvorschlag in entscheidenden Punkten zu weit. Nach intensiven Beratungen legte der Berichterstatter des federführenden Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE), *Alexander Alvaro*, daher einen Ent-

1) Die folgenden Ausführungen geben ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder.

2) Richtlinie 2006/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlicher elektronischer Kommunikationsdienste verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. der EU v 13.04.2006, L 105, 54. Im Folgenden sind Artikel ohne nähere Bezeichnung solche der Richtlinie.

3) Vgl. *Stefan Krempl*, Datenspeicherung: 450 Millionen Menschen im Fadenkreuz, 12.12.2005, <http://www.sueddeutsche.de/computer/artikel/93/66027/print.html> (15.12.2005), der meint, fortan müsse sich „jeder der 450 Millionen Bürger Europas im Sinne der neuen Vorschrift als potenzieller Straftäter oder Terrorist begreifen“. Ähnlich drastisch *Sabine Leutheusser-Schnarrenberger* (FDP), Plenarprotokoll 16/19 v 16.02.2006, 1419: „es wird künftig auch nach dem jetzt gefundenen Kompromiss das Kommunikationsverhalten von mehr als 450

Millionen Bürgerinnen und Bürger in der Europäischen Union anlasslos und verdachtsunabhängig überwacht“.

4) Daher spricht die *Artikel 29-Gruppe der obersten Datenschützer aus den EU-Mitgliedstaaten* in ihrer Stellungnahme v 21.10.2005 zum Richtlinienvorschlag der Kommission von einer „historischen Entscheidung“, [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2005/wp113\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2005/wp113_de.pdf) (09.04.2006), 4.

5) Zu punktuellen, verdachtsabhängigen staatlichen Überwachungsmaßnahmen siehe – für Deutschland – insbesondere die §§ 100g, 100h und 100i dStPO. In Österreich ergeben sich derartige Befugnisse aus den §§ 149a-c öStPO und aus § 53 Abs 3 lit a) öSPG.

6) 7. Juli 2005.

7) Der Zeitraum zwischen der Vorstellung des Richtlinienentwurfs durch die Kommission und der maßgeblichen Lesung durch das Europäische Parlament betrug weniger als 3 Monate (21.09.-14.12.2005); sodann erfolgte die Annahme durch den Rat nach lediglich weiteren 2 Monaten (21.02.2006). Zu den Einzelheiten

sogleich. Kritisch zum „massiven Druck des Rates“ *Alvaro*, 14.12.2005, <http://europa.fdp.de/meldung.php?id=17771&BackURL=/index.php> (09.04.2006).

8) 11. März 2004.

9) Ratsdokument 8958/04 v 28.04.2004.

10) Kritik des EP-Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und innere Sicherheit v 18.04.2005; erste Ablehnung des Rahmenbeschluss-Entwurfs durch EP-Beschluss v 7.06.2005, siehe *Krempl*, EU-Parlament stimmt gegen Vorratsspeicherung von Telefon- und Internetdaten, 07.06.2005, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/60363> (09.04.2006). Die endgültige Zurückweisung erfolgte durch Beschluss v 27.09.2005, näher *Krempl*, EU-Parlament lehnt Plan des EU-Rates zur Vorratsdatenspeicherung endgültig ab, 27.09.2005, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/64333> (07.11.2005).

11) Gutachten des juristischen Dienstes des Rates v 05.04.2005, Dok-Nr 7688/05, 2, 7 ff.

12) KOM 2005 (438) endg.

wurf vor, der zahlreiche Änderungsanträge enthielt<sup>13</sup>. Diese verlangten unter anderem eine Reduzierung der Zahl der zu speichernden Datentypen, die Beschränkung des Speicherezweckes auf die Prävention und Verfolgung ausschließlich bestimmter, vorab festgelegter schwerer Straftaten sowie die Absenkung der Speicherfristen auf drei Monate.

Um dennoch eine Verabschiedung der Richtlinie durch das Europäische Parlament zu erreichen, einigten sich die Führer der beiden großen Fraktionen – ohne Beteiligung des LIBE-Ausschusses – mit dem Rat der Justiz- und Innenminister sowie der britischen Ratspräsidentschaft auf einen Kompromiss. Die hierin enthaltenen Lösungen vor allem zu den Speicherfristen und den zu speichernden Datentypen ging allerdings deutlich über das Votum des LIBE-Ausschusses hinaus. Der den Kompromiss inkorporierende Richtlinienvorschlag wurde am 2. Dezember 2005 vom Rat vorgelegt und sodann bereits am 14. Dezember 2005 mit deutlicher Mehrheit der Stimmen der christ- und sozialdemokratischen Mitglieder des Europaparlaments bereits in erster Lesung angenommen<sup>14</sup>. Schließlich führte die österreichische Ratspräsidentschaft den zur Annahme der Richtlinie erforderlichen förmlichen Mehrheitsbeschluss des Rates der Justiz- und Innenminister am 21. Februar 2006 herbei.

b) Zuvor hatte der Deutsche Bundestag mit Beschluss vom 16. Februar 2006 den Weg für eine Zustimmung der Bundesregierung zur Richtlinie im Ministerrat freigemacht, indem er mit den Stimmen der großen Koalition – nach heftiger Diskussion<sup>15</sup> – den Entschließungsantrag der Regierungsfractionen „Speicherung mit Augenmaß – Effektive Strafverfolgung und Grundrechtswahrung“<sup>16</sup> annahm<sup>17</sup>. Dass Deutschland<sup>18</sup> die Einführung einer europaweiten Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung unterstützt, verstand sich allerdings nicht von selbst, hatte sich der Bundestag doch noch im Februar 2005 gegen eine entsprechende Änderung des TKG ausgesprochen<sup>19</sup>. Auch stimmte die Opposition im Bundestag am 16. Februar 2006 gegen den Entschließungsantrag der Großen Koalition<sup>20</sup>.

c) Ebenso wenig harmonisiert die von Europaparlament und Rat verabschiedete Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung mit den meisten Stellungnahmen aus Kreisen der Zivilgesellschaft, der Wirtschaft und des Datenschutzes. Kritisiert wurde unter anderem das Fehlen valider Belege für die Notwendigkeit einer unionsweiten, verdachtsunabhängigen und obliga-

torischen Vorratsdatenspeicherung<sup>21</sup>, der starke „Eingriff in das Leben praktisch jedes europäischen Bürgers“<sup>22</sup> durch die angestrebten pauschalen Überwachungsmaßnahmen sowie die dadurch verursachten massiven Kosten<sup>23</sup>.

## 2. Struktur, Schwerpunkte und Begrifflichkeiten

a) Die als gemeinschaftsrechtliches Instrument konzipierte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates beginnt mit einem ausführlichen nichtoperativen Teil, der insgesamt 25 Erwägungsgründe umfasst. Gleich zu Anfang rekurriert der Gemeinschaftsgesetzgeber auf das vorhandene EU-Datenschutzrecht und stellt die neue Richtlinie als logische Fortentwicklung insbesondere der Richtlinie 2002/58/EG dar. Die letztgenannte Richtlinie enthalte nämlich Regelungen für die Verarbeitung von Verkehrsdaten und erlaube mit Art 15 Beschränkungen der von ihr in den Art 5, 6 und 9 statuierten Rechte und Pflichten. Da im Rahmen der Vorratsdatenspeicherung rechtliche und technische Unterschiede zwischen einigen mitgliedstaatlichen Regelungen zu Hindernissen für die Verwirklichung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation führten, sei ein harmonisierender Gemeinschaftsrechtsakt angezeigt. Zudem handele es sich bei Verkehrsdaten nachgewiesener Maßen um ein wertvolles Mittel zur Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität, wie diverse Erklärungen des Rates Justiz und Inneres sowie des Europäischen Rates bereits mehrfach betont hätten. Daher habe die Richtlinie auch im Lichte des Art 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) Bestand. Im Übrigen beachte die Richtlinie das Subsidiaritätsprinzip, wahre die mit der Grundrechtecharta anerkannten Grundrechte und Grundsätze, sei verhältnismäßig und spare Inhaltsdaten ausdrücklich von der Speicherpflicht aus.

b) Der operative Teil der Richtlinie umfasst 17 Artikel. Die wichtigsten Regelungen finden sich in den Art 1, 3, 4, 5 und 6.

### aa) Art 1: Gegenstand und Anwendungsbereich

Ausweislich Art 1 Abs 1 soll die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung der divergierenden mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung „sicherstellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfol-

13) Votum v 24.11.2005, s. Datenschutz-Berater, 12/2005, 11.

14) Kurze Wiedergabe der Argumentation der Befürworter im Datenschutz-Berater, 2/2006, 4. Zu dem Abstimmungsergebnis *Krempf*, EU-Parlament beschließt massive Überwachung der Telekommunikation, 14.12.2005, <http://heise.de/newsticker/meldung/print/67358> (14.12.2005). Kritik kam vor allem von den Vertretern der Grünen, der Liberalen sowie der Linken („Dambruch des Datenschutzes“), vgl Spiegel Online, Verbindungsdaten: EU-Parlament billigt Speicherung, 14.12.2005, <http://spiegel.de/netzwelt/politik/0,1518,390358,00.html> (14.12.2005).

15) Plenarprotokoll 16/19, 1417-1430.

16) BT-Drs. 16/545.

17) Der Bundesrat sprach sich in seiner Plenarsitzung v 25.11.2005 mehrheitlich für eine Datenspeicherung von mindestens 12 Mona-

ten aus und wollte zudem Daten über fehlgeschlagene Verbindungsversuche oder aus dem Stand-by-Betrieb vernetzter Geräte einbezogen wissen, vgl Meldung im Datenschutz-Berater m.w.N., 12/2005, 11.

18) Für den Österreichischen Nationalrat ist dagegen eine Befassung mit der Richtlinie weniger vordringlich. Wie aus dem Büro von Justizministerin *Karin Gastingner* (BZÖ) verlautet, sei die Richtlinie momentan noch im Übersetzungsstadium, d.h. sie ist bislang noch nicht offiziell veröffentlicht, so *Erich Moechel*, Überwachung, 10.04.2006, <http://futurezone.orf.at/it/stories/101686> (10.04.2006).

19) Beschluss des Deutschen Bundestages v 17.02.2005.

20) Vgl Beschlussanträge der Opposition, BT-Drs. 16/128 (FDP) und 16/237 (Bündnis 90/DIE GRÜNEN).

21) Etwa *Krempf*, EU will keine Studie zur

Vorratsdatenspeicherung durchführen, 02.02.2006, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/69165> (03.02.2006); Peter Schaar, zitiert nach Monika Ermert, Analysen zur Vorratsspeicherung von TK-Verbindungsdaten stehen noch aus, 14.12.2005, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/67348> (14.12.2006).

22) *Artikel 29-Gruppe*, Jahresbericht 2005, [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/privacy/workinggroup/annual\\_reports\\_de.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/annual_reports_de.htm) (22.02.2006).

23) Statt vieler die Aussage des Generalsekretärs der österreichischen Internet-Provider, *Kurt Einzinger*: „Die erreichbaren Effekte stehen in keinem Verhältnis zu den hohen Kosten“, zitiert nach *Erich Moechel*, Überwachung, 10.04.2006, <http://futurezone.orf.at/it/stories/101686> (10.04.2006).

gung von *schweren Straftaten*, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem *nationalen* Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen<sup>24</sup>. Im Vergleich zum Richtlinienvorschlag der Kommission fallen zwei Dinge besonders auf. Erstens fehlt nunmehr die auf die „schweren Straftaten“ bezogene, präzisierend wirkende Formulierung „wie Terrorismus und organisierter Kriminalität“<sup>25</sup>. Zweitens kam der Halbsatz „wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden“ hinzu.

Art 1 Abs 2 stellt klar, dass die Richtlinie für „Verkehrs- und Standortdaten sowohl von juristischen als auch von natürlichen Personen“ gilt, jedoch keinesfalls die Speicherung von Inhaltsdaten legitimiert.

*bb) Art 3: Vorratsspeicherungspflicht*

Art 3 Abs 1 hält die EU-Mitgliedstaaten in Abweichung von der Richtlinie 2002/58/EG dazu an, „durch entsprechende Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die in Art 5 genannten Daten, soweit sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit im Zuge der Bereitstellung der betreffenden Kommunikationsdienste von Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreibern eines öffentlichen Kommunikationsnetzes erzeugt oder verarbeitet werden, gemäß den Bestimmungen der Richtlinie auf Vorrat gespeichert werden“. Nähere „Anforderungen an die Vorratsdatenspeicherung“ normiert Art 8. Hiernach haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Daten „so gespeichert werden, dass sie und alle sonstigen damit zusammenhängenden erforderlichen Informationen unverzüglich an die zuständigen Behörden auf deren Anfrage hin weitergeleitet werden können“.

Art 3 Abs 2 stellt nunmehr klar, dass die Richtlinie als solche nicht zur Vorratsspeicherung von Daten verpflichtet, die „im Zusammenhang mit erfolglosen Anrufversuchen“ generiert worden sind. Nur soweit diese Daten gemäß mitgliedstaatlichen Rechts von den Telekommunikations- und Internetdiensteanbietern gespeichert werden, unterfallen sie der Vorratsspeicherungspflicht nach Art 3 Abs 1. Mit diesem Kompromiss wird einer wichtigen Forderung der deutschen Bundesregierung entsprochen, die sich gegen die Einbeziehung von erfolglosen Anrufversuchen in die Speicherungspflicht ausgesprochen hatte<sup>26</sup>.

*cc) Art 4: Zugang zu Daten*

Von erheblicher Relevanz ist die Frage, welche staatliche Stellen unter welchen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln Zugriff auf die gespeicherten Daten erhalten. Die Richtlinie hat mit Art 4 auf eine inhaltlich und verfahrensrechtlich harmonisierende Regelung verzichtet und stattdessen den Mitgliedstaaten weitreichende Umsetzungsspielräume zuge-

standen. Art 4 Satz 1 fordert zum einen, dass die gespeicherten Daten „nur in bestimmten Fällen an die zuständigen Behörden weitergegeben werden“ dürfen. Wann solche Fälle vorliegen, wird von der Richtlinie nicht vorgegeben<sup>27</sup>. Zum anderen müssen nach Satz 2 die Mitgliedstaaten bei der rechtlichen Umsetzung „die einschlägigen Bestimmungen des Rechts der Europäischen Union oder des Völkerrechts“ sowie die „Anforderungen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit“ beachten.

*dd) Art 5: Datenkategorien, die auf Vorrat zu speichern sind*

Das Zentrum der Richtlinie bildet der voluminöse Art 5. Dessen Abs 1 stellt nicht nur klar, wie die Artikel-Überschrift verkürzend suggeriert, welche „Datenkategorien“ von den durch mitgliedstaatliches Recht verpflichteten Unternehmen auf Vorrat gespeichert werden müssen. Vielmehr enthält die Norm nunmehr auch eine abschließende Aufzählung der *Datentypen*, welche unter die Vorratsspeicherungspflicht fallen. Demgegenüber wollte der ursprüngliche Richtlinienentwurf der Kommission letztere – entscheidende – Auflistung der Datentypen in einen „Annex“ verbannen und der Kommission zudem über das sog. Komitologieverfahren das Recht einräumen, die Liste ohne verpflichtende Mitentscheidung des Europaparlaments zu verändern<sup>28</sup>.

Gemäß Art 5 Abs 1 lit a) bis f) sind folgende *Datenkategorien* auf Vorrat zu speichern: „zur Rückverfolgung und Identifizierung der Quelle einer Nachricht benötigte Daten“; „zur Identifizierung des Adressaten einer Nachricht benötigte Daten“; „zur Bestimmung von Datum, Uhrzeit und Dauer einer Nachrichtenübermittlung benötigte Daten“; „zur Bestimmung der Art einer Nachrichtenübermittlung benötigte Daten“; „zur Bestimmung der Endeinrichtung oder der vorgegebenen Endeinrichtung von Benutzern benötigte Daten“; „zur Bestimmung des Standorts mobiler Geräte benötigte Daten“.

Jeder der genannten Datenkategorien ordnet Art 5 Abs 1 diejenigen *Datentypen* zu, welche der Speicherpflicht unterfallen. Hierbei handelt es sich erstens um sog. Verkehrsdaten einschließlich der Standortdaten<sup>29</sup>, die etwa beim Telefonieren, Faxen, Versenden von SMS bzw. MMS, Mailen, Surfen, Chatten usw. anfallen<sup>30</sup>. Verkehrsdaten – mitunter auch als Verbindungsdaten bezeichnet – sind also Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. Art 2 Abs 2 lit a) bezieht zweitens noch alle mit Verkehrs- und Standortdaten „in Zusammenhang stehende Daten, die zur Feststellung eines Teilnehmers oder Benutzers erforderlich sind“, ein. Angesichts dessen verwundert es kaum, dass die Aufzählung der von Art

24) Hervorhebungen hinzugefügt.

25) Art 1 Abs 1 aE, KOM 2005 (438) endg.

26) Entschließungsantrag der Regierungsfractionen, BT-Drs. 16/545, 2. Diese Position entspricht auch Forderungen aus Wirtschafts- und Datenschutzkreisen, vgl etwa *BDI/BIT-KOM/vatm*, Anforderungen der Industrie an die Diskussion über eine europaweit verpflichtende Speicherung von Kommunikationsdaten („Vorratsdatenspeicherung“); *Artikel 29-Gruppe* (FN 4), 5 ff.

27) Demgegenüber konnte man der Formulierung Artikel 3 Abs 2 des Richtlinienvorschlags der Kommission v 21.09.2005 immerhin noch entnehmen, dass der Zugriff mit dem Speicherungszweck („Verhütung, Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten wie Terrorismus und organisierter Kriminalität“) in einem – wenn auch nicht näher definierten – Zusammenhang zu stehen habe.

28) Art 4, 5 und 6 in Verbindung mit dem Annex des Richtlinienvorschlags der Kommis-

sion v 21.09.2005. Näher dazu Synopse des Bundesbeauftragten für den Datenschutz, Punkt 5, [http://www.bfdi.bund.de/cln\\_029/nn\\_533578/SharedDocs/Publikationen/Synopse\\_2005\\_10\\_14.html](http://www.bfdi.bund.de/cln_029/nn_533578/SharedDocs/Publikationen/Synopse_2005_10_14.html) (09.04.2006).

29) Zu Verkehrsdaten Art 6 Richtlinie 2002/58/EG, zu Standortdaten Art 9 Richtlinie 2002/58/EG.

30) Nähere Begriffsbestimmungen enthält Art 2 Abs 2 lit a) bis f).

5 Abs 1 genannten Datentypen außergewöhnlich umfangreich ausfällt. Als Beispiele genannt seien hier die Telefonnummern (Festnetz, Mobilfunk, IP-Telefonie), Faxnummern, Name und Anschrift des Teilnehmers bzw. registrierten Benutzers, IP-Adressen, der in Anspruch genommene Telefon- bzw. Internetdienst, IMSI und IMEI, Datum, Uhrzeit, Dauer der Verbindung, Standortkennung (Cell-ID) bei Beginn der Verbindung.

Am Ende des zentralen Art 5 steht Abs 2, wonach „keinerlei Daten, die Aufschluss über den Inhalt einer Kommunikation geben, auf Vorrat gespeichert werden“ dürfen. Diese Regelung wiederholt und verstärkt die gleichsinnige Aussage von Art 1 Abs 2 Satz 2.

Demgegenüber kann die neue, etwas versteckte Vorschrift des Art 15 Abs 3 zu einer zeitlichen Hinauszögerung der sich aus Art 3 in Verbindung mit Art 5 Abs 1 ergebenden Speicherpflicht im Hinblick auf „Kommunikationsdaten betreffend Internetzugang, Internet-Telefonie und Internet-E-Mail“ führen, soweit ein Mitgliedstaat unter den dort festgelegten Voraussetzungen die Anwendung der Richtlinie bis maximal 36 Monate nach deren Annahme aufschiebt und dies offiziell erklärt.

ee) Art 6: Speicherungsfristen

Vergleichsweise dürr, aber nicht weniger wichtig ist Art 6. Diese Bestimmung widmet sich der höchst umstrittenen Frage, wie lange die Verkehrsdaten mindestens zu speichern sind und wie lange diese Speicherung maximal anhalten darf. Die von Art 6 gegebene knappe Antwort erscheint klar: Die Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass „die in Artikel 5 angegebenen Datenkategorien für einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Kommunikation auf Vorrat gespeichert werden“. Damit bleibt Art 6 teilweise unter dem Vorschlag der Kommission, der jedenfalls für den Bereich der Festnetz- und Mobilfunktelefonie eine feste Speicherfrist von einem Jahr vorsah<sup>31</sup>.

Nimmt man jedoch auch Art 12 in den Blick, so wird klar, dass mit Art 6 das letzte Wort noch nicht gesprochen ist. Denn nach Art 12 Abs 1 Satz 1 kann ein „Mitgliedstaat, in dem besondere Umstände die Verlängerung der maximalen Speicherungsfrist nach Artikel 6 für einen begrenzten Zeitraum rechtfertigen, die notwendigen Maßnahmen ergreifen“, soweit er bestimmte Notifizierungspflichten beachtet (Satz 2) und die Maßnahme von der Kommission nach einer binnenmarktzentrierten Prüfung gebilligt wird (Abs 2). Allerdings verzichtet Art 12 darauf, näher zu definieren, was unter „besonderen Umständen“ zu verstehen ist. Auch fehlt es an einer

Regelung, die festlegt, wie lange die Speicherfrist über die maximale Zweijahresfrist des Art 6 hinaus höchstens verlängert werden darf.

3. Kritische Würdigung

Zwar fällt positiv auf, dass die nunmehr verabschiedete Richtlinie auf das Komitologieverfahren verzichtet, was der enormen politischen Bedeutung der Vorratsdatenspeicherung gerecht wird und dementsprechend die Mitwirkung des Europaparlaments bei jeder Änderung sichert. Ebenfalls zu begrüßen ist, dass es die Mitgliedstaaten bei sechs Monaten belassen können und – zumindest im Grundsatz – die „maximale Speicherfrist“ 2 Jahre beträgt<sup>32</sup>.

Jedoch drängen kompetenzrechtliche und datenschutzrechtliche Erwägungen auf Kritik an der Richtlinie als solcher bzw. an bestimmten Regelungen derselben. Auch unterliegt die Art und Weise, wie die Brüsseler Richtlinie zustande gebracht wurde, Bedenken (Stichwort „Policy Laundering“).

a) Zweifelhafte Rechtsgrundlage

Sowohl im Ministerrat<sup>33</sup> wie auch im Bundestag<sup>34</sup> wurden bis zuletzt Zweifel daran geäußert, dass Art 95 EG-Vertrag eine adäquate Rechtsgrundlage für die verabschiedete Richtlinie darstellt. Zwar lässt sich zugunsten des gewählten Vorgehens anführen, dass die Richtlinie eine der weiteren Verwirklichung des Binnenmarktes dienende Harmonisierungsmaßnahme darstelle. Nur wäre das nicht die ganze Wahrheit, denn die Richtlinie bezweckt zumindest ‚auch‘ die Bekämpfung von Terror und Verbrechen. Nimmt man die Richtlinie beim Wort, so zeigt sich, dass der letztgenannte Zweck ihr *primärer*<sup>35</sup> – wenn nicht sogar einziger – Zweck ist. Denn nach Art 1 Abs 1 ist die Harmonisierung nur Mittel zum Zweck. Sie erfolgt allein, „um sicherzustellen, dass die Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen“. Das aber rechtfertigt die Heranziehung von Artikel 95 EG-Vertrag keineswegs<sup>36</sup>. Denn hierfür kommt es entscheidend darauf an, dass der auf dieser Basis erlassene Rechtsakt tatsächlich die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern soll<sup>37</sup>.

Es trifft zwar zu, dass ein statt der Richtlinie – auf Grundlage der Art 31 und 34 EU-Vertrag – erlassener Rahmenbeschluss die vom sekundären Gemeinschaftsrecht (Richtlinie 2002/58/EG) vorgegebenen Verpflichtungen der Diensteanbieter inhaltlich verändern würde; de lege lata stünde dem wohl Art 47 EU-Vertrag entgegen<sup>38</sup>. Dies ließe sich jedoch möglicherweise

31) Art 7 Satz 1, KOM (2005) 438 endg.  
 32) Sicherlich kann der Vergleich von Richtlinien vorschlag (KOM [2005] 438 endg.) und verabschiedeter Richtlinie noch zu anderen positiven Bemerkungen veranlassen, wie etwa der, dass sich die Richtlinie – wie gesehen – auf die Speicherung der Standortkennung (Cell-ID) „bei Beginn der Verbindung“ beschränkt. Die Richtlinie grundsätzlich bejahende Erwägungen finden sich etwa im Entschließungsantrag der Regierungsfractionen (FN 16), 2-4, und in den Reden v Günter Krings (CDU/CSU), Plenarprotokoll 16/19, 1420-1422, Peter Dankert (SPD), Plenarprotokoll 16/19, 1428-

1429, sowie Alfred Hartenbach, Plenarprotokoll 16/19, 1425-1427.  
 33) Vor allem die irische Regierung hat bis zuletzt Art 95 EG-Vertrag abgelehnt, vgl *Krempf*, Vorratsdatenspeicherung: „Schwerer Eingriff ins Privatleben der Europäer, 22.02.2006, <http://heise.de.newsticker/meldung/print/69948> (24.02.2006); *Krempf*, EU-Parlament beschließt massive Überwachung der Telekommunikation, 14.12.2005, <http://heise.de.newsticker/meldung/print/67358> (14.12.2005).  
 34) *Krings* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 16/19, 1421; beipflichtend *Jerzy Montag* (Bündnis 90/DIE GRÜNEN), ebd.

35) Ebenso Entschließungsantrag der Regierungsfractionen, BT-Drs. 16/545, 5.  
 36) Gleichsinnig *Siegfried Kauder* (CDU/CSU), Plenarprotokoll 16/19, 1429-1430.  
 37) EuGH, Urteile v 20.05.2003, Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01 – ORF, Rn 41, v 05.10.2000, Rs. C-376/98 – Deutschland / Parlament und Rat, Rn 85, und v 10.12.2002, Rs. C-491/01 – Tobacco, Rn 60.  
 38) Vgl Juristischer Dienst des Rates (FN 11) sowie *Alvaro*-Report v 14.04.2005, EP-Dokument Prov 2004/0813 (CNS).

auf zwei Wegen vermeiden: Zum einen dadurch, dass sowohl eine Richtlinie wie auch ein Rahmenbeschluss verabschiedet würden. Die Richtlinie beträfe dann die binnenmarktbezogene Verpflichtung der Unternehmen zur Vorratsspeicherung der Daten, die Definition der zu speichernden Daten und die Speicherfristen, während der dazu parallel erlassene Rahmenbeschluss den zweckgebundenen Zugang staatlicher Stellen zu den gespeicherten Daten und deren gegenseitigen, länderübergreifenden Austausch<sup>39</sup> erfasste<sup>40</sup>. Zum anderen wäre – de lege ferenda – zu erwägen, das sekundäre *Gemeinschaftsrecht* der ersten Säule im Bereich der Vorratsspeicherung zu modifizieren. Denkbar ist nämlich, die Richtlinie 2002/58/EG um eine Ausnahmeregel bzw. Öffnungsklausel zu ergänzen, die vorsieht, dass – soweit es um die Bekämpfung von Terrorismus und anderen schweren Verbrechen, also nicht um die ökonomisch ausgerichtete Regulierung des Marktverhaltens geht – auch ein Rechtsinstrument zur Einführung der Vorratsspeicherung gemäß den Bestimmungen der *Dritten Säule* zu erlassen sei. An dieser Stelle zeigt sich einmal mehr, dass die derzeit noch geltende Säulenstruktur des Unionsrechts in Fällen säulenübergreifender Materien nicht selten schwierige Kompetenzfragen aufwirft<sup>41</sup>. Eine Auflösung der Säulenstruktur, wie sie der sich im Ratifikationsverfahren befindlichen Verfassungsvertrag<sup>42</sup> jedenfalls im Grundsatz vorsieht, behöbe dieses Problem.

#### b) Datenschutzrechtliche Problemzonen

Auch aus datenschutzrechtlicher Sicht unterliegt die verabschiedete Richtlinie zur Vorratsspeicherung Zweifeln. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der durch die Richtlinie bewirkte Eingriff<sup>43</sup> in das Recht auf Achtung des Privatlebens<sup>44</sup> gerechtfertigt<sup>45</sup> sein kann. Das setzt zunächst voraus, dass die Richtlinie zur Erreichung der von ihr verfolgten Zwecke geeignet und erforderlich ist. Der durch sie verursachte Eingriff muss aber auch in einem engeren Sinne verhältnismäßig sein, was die angemessene Inklusion datenschutzrechtlicher Schutzvorkehrungen erfordert<sup>46</sup>.

#### (1) Geeignet und erforderlich?

Bereits die technische Durchführbarkeit der mit der Richtlinie bezweckten Vorratsspeicherung erscheint fraglich. So gibt ein vom Europaparlament veröffentlichtes Papier<sup>47</sup> zu bedenken, dass das Volumen der zu speichernden Daten insbesondere aus dem Internetbereich eine angemessene Analyse dieser Daten unmöglich mache<sup>48</sup>. Mit herkömmlicher Technologie dürfte die Durchsuchung des voraussichtlichen Datenvolumens von etwa 20.000 bis 40.000 Terabytes zwischen 50 und 100 Jahre in Anspruch nehmen<sup>49</sup>.

Des Weiteren besteht hinreichend Anlass daran zu zweifeln, dass die mit der Richtlinie bezweckte generelle und obligatorische Vorratsspeicherung zur Bekämpfung von Terror und Verbrechen notwendig ist. Zum einen stehen mildere Mittel wie das in den USA statt einer Vorratsspeicherung eingesetzte quick-freeze-Verfahren<sup>50</sup> zur Verfügung<sup>51</sup>. Zum anderen fehlen bislang aussagekräftige, d.h. über eine reine Kasuistik hinausgehende Nachweise, die die Erforderlichkeit einer solchen Vorratsspeicherung belegen<sup>52</sup> und verweigert die Kommission nach wie vor die Durchführen von Verträglichkeitsstudien<sup>53</sup>. Zu Recht weisen BDI, BITKOM und vatm in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich die Kommission verpflichtet habe, eine solide „Rechtsfolgenabschätzung durchzuführen, bevor sie konkrete Regeln verabschiedet; indem die Kommission dies unterlässt, blieben ihre Versprechen nach „besserer Rechtssetzung“ hier nur eine „Worthülse“<sup>54</sup>.

#### (2) Angemessen?

Aber selbst wenn man mit Europaparlament und Rat – unter Berücksichtigung der politischen Einschätzungsprärogativen dieser Institutionen – davon ausgeht, dass es einer europaweiten Vorratsspeicherungspflicht bedarf, verbleiben aus folgenden Gründen Zweifel an der Angemessenheit der Richtlinie:

Erstens enthält Art 1 Abs 1 der Richtlinie keine Definition dessen, was unter „schweren Straftaten“ zu verstehen

39) Im Sinne einer justiziellen Kooperation in Strafsachen.

40) So im Ergebnis der *Alvaro*-Report (FN 38).  
41) Erste Ansätze einer kompetenzrechtlichen Klärung nun in EuG, Urteil v 21.09.2005, Rs. T-306/01 und T-305/01 – Yusuf et Al Barakaat International Foundation / Rat und Kommission, insb. Rn 122 ff.

42) Vertrag über eine Verfassung für Europa, Fassung v 28.10.2004, [http://europa.eu.int/constitution/download/print\\_de.pdf](http://europa.eu.int/constitution/download/print_de.pdf) (09.04.2006).

43) *Jörg Tauss* (SPD) spricht gar von einem „Anschlag auf Bürgerrechte und auf Datenschutz in Europa“, Plenarprotokoll 16/19, 1424.

44) Art 6 Abs 2 EU-Vertrag in Verbindung mit Art 8 Abs 1 EMRK. Siehe auch Art 8 Abs 1 EU-Grundrechtecharta. Zum Verständnis von Art 8 Abs 1 EMRK als Grundrecht auf den Schutz personenbezogener Daten s etwa EuGH, Urteil v 20.05.2003, C-465/00, C-138/01 und C-139/01 – ORF, Rn 68 ff, und *European Data Protection Supervisor (EDPS)*, Stellungnahme v 2609.2005, Rn 9 f, [http://europa.eu.int/lex/lex/LexUriServ/site/de/oj/2005/c\\_298/c\\_29820051129de00010012.pdf](http://europa.eu.int/lex/lex/LexUriServ/site/de/oj/2005/c_298/c_29820051129de00010012.pdf) (09.04.2005).

45) Art 8 Abs 2 EMRK. Zur Überprüfung der Richtlinie anhand von Art 6 Abs 2 EU-Vertrag i.V.m. Art 8 EMRK vgl auch EDPS (FN 44), Rn 8 ff; Art 29-Gruppe der obersten Datenschützer aus den EU-Mitgliedstaaten, Stellungnahme v 09.11.2004, 2 ff, [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp99\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp99_de.pdf) (09.04.2006).

46) Ausführlich zur Frage der Verhältnismäßigkeit: *Patrick Breyer*, Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland, Berlin 2005, 133 ff.

47) *Alvaro*-Report v 14.04.2005, EP-Dokument Prov 2004/0813 (CNS).

48) Ähnlich skeptisch *Thilo Weichert*, Interview, Telepolis, 02.03.2006, <http://www.heise.de/tp/r4/html/result.xhtml?url=/tp/r4/artikel/22/22161/1.html&words=Tauschb%F6rsen> (09.04.2006): „Quick Freeze lässt sich real umsetzen – die Vorratsspeicherung voraussichtlich nicht“.

49) Vgl auch *Montag* (Bündnis 90/DIE GRÜNEN), Plenarprotokoll 16/19, 1423, nach dem allein für die Bundesrepublik Deutschland pro Tag 639.000 Disketten voll geschrieben werden müssten.

50) ‚Einfrieren‘ von Daten im Verdachtsfall, d.h. die Speicherung wird von den TK-Anbietern bzw. Providern aktiviert, wenn das entsprechende behördliche Begehren richterlich genehmigt oder kraft Gesetzes erlaubt ist. Dieses Konzept wurde in die Cybercrime-Konvention aufgenommen und als „fast freeze – quick thaw“ bezeichnet, vgl Art 29-Gruppe (FN 45), 2 f.

51) *Leutheusser-Schnarrenberger* (FDP), Plenarprotokoll 16/19, 1419; *Artikel 29-Gruppe* (FN 4), 6; *Weichert* (FN 48); Organisationen und Verbände der Zivilgesellschaft, zitiert nach *Krempf*, Zivilgesellschaft sagt Ja zur Vorratsspeicherung, 07.02.2005, <http://heise.de/newsticker/meldung/print/69273> (08.02.2005); kritisch *Hartenbach*, Plenarprotokoll 16/19, 1426, demzufolge das quick freeze-Verfahren „viele Fälle überhaupt nicht erfassen“ würde.

52) *Schaar* (FN 21). Ähnlich bereits EDPS (FN 44), Rn 22; BDI/BITKOM/vatm (FN 26), 2 f.; *Artikel 29-Gruppe* (FN 45), 2.

53) *Krempf* (FN 21).

54) *BDI/BITKOM/vatm* (FN 26), 3.

ist; auch fehlt es – mittlerweile – an einer präzisierenden Klausel<sup>55</sup>. Stattdessen soll jeder einzelne EU-Mitgliedstaat bestimmen können, was unter „schweren Straftaten“ zu verstehen ist. Damit beraubt sich der Gemeinschaftsgesetzgeber der Möglichkeit, zumindest ansatzweise für ein unionsweites einheitliches Verständnis von „schweren Straftaten“ zu sorgen und verfehlt so das vorgebrachte Ziel der Harmonisierung. Durch den vorbeschriebenen Verzicht auf eine präzisierende Klausel rückt zudem das Hauptargument für die europaweite Verpflichtung zur Vorratsdatenspeicherung, nämlich die Terrorismusbekämpfung, zu stark aus dem Blickfeld des operativen Teils der Richtlinie. Aus all diesen Gründen scheint ferner das rechtsstaatliche Gebot der Normklarheit nicht hinreichend gewährleistet, was umso schwerer wiegt, als das fragliche Begriffspaar für den Zugriff auf die sensiblen Daten gleichsam Schlüsselfunktion besitzt. Erste Anzeichen dafür, dass Mitgliedstaaten diese begriffliche Unschärfe zu Lasten des Datenschutzes ausnutzen könnten, sind bereits erkennbar. So hat die deutsche Bundesregierung bekundet, dass sie das Begriffspaar „schwere Straftaten“ vermittels der Formulierung „erhebliche oder mittels Telekommunikation begangene Straftaten“ ins nationale Recht transformieren will<sup>56</sup>. Damit würde auch die Bekämpfung von Straftaten möglich, die nichts mehr mit Terrorismus und organisierter Kriminalität zu tun haben und wohl eher zu der Kategorie der ‚minderschweren‘ Straftaten zu zählen sind<sup>57</sup>. Es ist im Übrigen mit großen Fragezeichen zu versehen, ob diese ‚großzügige‘ Form der Transformation der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, einen möglichst grundrechtsschonenden und damit verhältnismäßigen Umsetzungspfad zu wählen<sup>58</sup>, gerecht wird. Dem wäre ein Katalog schwerer Straftaten in Anlehnung an den Katalog des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl deutlich mehr gerecht geworden und hätte zudem das Gebot der Normklarheit beachtet<sup>59</sup>.

Eine vergleichbare Problematik stellt sich – zweitens – im Hinblick auf Art 4 der Richtlinie. Denn diese Vorschrift spricht den Mitgliedstaaten ebenfalls erhebliche Umsetzungsspielräume zu, und zwar in Bezug auf die Bestimmung der für den Zugriff auf die gespeicherten Daten „zuständigen nationalen Behörden“ sowie hinsichtlich der Festlegung der insoweit zu beachtenden Bedingungen und Verfahren. Die gewählten Formulierungen sind derart unpräzise, dass im Ergebnis insbesondere der Kreis der zugriffsberechtigten Behörden europaweit sehr unterschiedlich ausfallen dürfte<sup>60</sup>. Harmonisierung zu Gunsten der betroffenen, europaweit agierenden Unternehmen sieht anders aus. Aus datenschutzrechtlicher Sicht zu begrüßen wäre es auch, wenn jeder behördliche Zu-

griff auf die Daten durch eine unabhängige, möglichst richterliche Instanz genehmigt werden müsste<sup>61</sup>.

Drittens erfasst die Speicherpflicht der Richtlinie derart viele Datenkategorien und -typen, dass die Nutzung entsprechender Datensammlungen umfassende Profilbildungen ermöglichen dürfte. Insbesondere Data-Mining-Techniken werden die Sicherheitsbehörden in die Lage versetzen, die gigantischen Datenreservoirs auf Verknüpfungen zwischen Kommunikationspartnern hin zu untersuchen. Somit wird wohl „potenziell vollständig rekonstruierbar, wer wann mit wem und wie lange kommuniziert und zum Beispiel auch, wer sich wann im Internet aufgehalten hat“<sup>62</sup>. Ebenfalls problematisch erscheint, dass die nach der Richtlinie mögliche Speicherung der aufgerufenen Internetseiten einer Inhaltsüberwachung zumindest nahe kommt<sup>63</sup>.

Viertens ist zu bemängeln, dass die von Art 6 vorgesehene Maximalspeicherfrist von 2 Jahren entgegen dem Wortlaut („höchstens“) nur eine ‚Mogelpackung‘ darstellt, da gemäß Art 12 Absätze 1 und 2 erhebliche Abweichungen möglich sind. Zum einen erscheint Art 12 Abs 1 Satz 1 insoweit wenig normklar, als er keinerlei Anhaltspunkte dafür liefert, was unter den „besonderen Umständen“ zu verstehen ist, die ein Mitgliedstaat gelten machen kann, um längere Speicherfristen vorzusehen. Zum anderen teilt die Vorschrift nicht mit, wie lange die Verlängerungsfrist maximal sein darf; sie muss lediglich zum Zeitpunkt der Notifizierung vom betreffenden Mitgliedstaat festgelegt, also „begrenzt“ sein. Aus diesen Gründen ist anzunehmen, dass die Richtlinie auch insoweit ihr Ziel, divergierende mitgliedstaatliche Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung zu harmonisieren, verfehlen und ggf. zu ihrer Verletzung ‚einladen‘ wird. Darauf deuten bereits erste Entwicklungen in der Rechtspraxis hin<sup>64</sup>.

Zu fordern ist – fünftens – eine strengere Zweckbindung. Die gespeicherten Daten müssen vor einer zweckfremden Verwendung auch durch die sie speichernden Privatunternehmen besser geschützt werden. Dies kann dadurch geschehen, dass die für die Datenverarbeitung verwendeten Systeme von den Systemen, die für die geschäftlichen Zwecke der Unternehmer vorgesehen sind, logisch separiert und durch strenge Sicherheitsvorkehrungen (wie etwa Verschlüsselung) abgeschirmt werden<sup>65</sup>. Gemessen daran erscheint die Regelung in Art 7 lit b) und c) noch verbesserungsfähig.

Schließlich wäre die Inkorporierung einer sog. „Sunset-Clause“ sinnvoll. Damit kann vorgesehen werden, dass die Richtlinie – zum Beispiel – fünf Jahre nach ihrer Implementierung im Verfahren nach Art 251 EG-Vertrag bestätigt werden müsste, weil sie andernfalls ihre Rechtswirksamkeit verlöre<sup>66</sup>. Eine solche Regelung ließe sich argumentativ dafür verwen-

55) „[W]ie Terrorismus und organisierte Kriminalität“, so noch Art 1 Abs 1 aE, KOM 2005 (438) endg.

56) Entschließungsantrag der Regierungsfractionen (FN 16), 5.

57) Beispiele nennen Weichert (FN 48): „Verfolgung von sog. Urheberrechtsverstößen“ und Bettina Winsemann, Schnellstraße zum Auskunftsanspruch, Telepolis, 16.02.2006, <http://www.heise.de/tp/r4/html/result.xhtml?url=/tp/r4/artikel/22/22057/1.html&worts=Schnellstra%DFe> (23.02.2006): Belei-

digung, Verleumdung, üble Nachrede.

58) Urteil v 18.07.2005, 2 BvR 2236/04, Rn 89 ff – Europäisches Haftbefehlsgesetz.

59) So ein Änderungsantrag von Alvaro, Comparative Table, Version v 18.10.2005, AM 17.

60) Deutlich normklarer war wiederum der Änderungsvorschlag von Alvaro (FN 59), AM 18.

61) So ein Vorschlag der Artikel 29-Gruppe (FN 4), 8.

62) Krempl (FN 14).

63) BDI/BITKOM/vatm (FN 26), 5.

64) Polen hat bereits eine Speicherfrist von bis zu 15 Jahren angekündigt, Teresa Kuchler, Arguments continue on eve of data retention D-day, EU-Observer, 13.12.2005, [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com) (13.12.2005).

65) So Artikel 29-Gruppe (FN 4), 10. Zuletzt dies., Stellungnahme v 25.03.2006, 3, [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp119\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp119_en.pdf) (22.04.2006).

66) So der Änderungsvorschlag von Alvaro (FN 59), AM 36.



den, erhebliche Zweifel an der verfassungsrechtlichen Angemessenheit der Richtlinie abzumildern.

c) *Policy Laundering*

Betrachtet man rückblickend die Entwicklungsstränge, welche auf die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung hinführen, fällt nicht zuletzt eines auf: Mit dieser Richtlinie haben die Staats- und Regierungschefs der EU-Mitgliedstaaten – mit Hilfe der großen Fraktionen des Europaparlaments – vorgeblich eine sicherheitspolitische ‚Wunderwaffe‘ geschaffen, die selbst in den USA nicht zu finden ist. Aber auch in bedeutenden Mitgliedstaaten der EU wie Großbritannien, Schweden und Deutschland gelang es den Regierungen nicht, ihre Parlamente und Bevölkerungen von der Notwendigkeit vergleichbarer Überwachungsinstrumente zu überzeugen. Der Verdacht liegt deshalb nahe, dass – wie in anderen Fällen auch<sup>67</sup> – die Regierungen den „Umweg über Europa“<sup>68</sup> genommen haben<sup>69</sup>. Das hat zudem den Vorteil, dass sie Kritik durch Verweis auf „Brüssel“ zumindest fürs Erste entgehen können. Den Parlamenten in den Mitgliedstaaten bleibt in der Regel nichts anderes übrig, als die Brüsseler Direktiven entgegen zu nehmen und umzusetzen<sup>70</sup>.

Für derartige Vorgehensweisen und Rechtfertigungsstrategien hat sich in der Politikwissenschaft der Begriff „Politikwäsche“ durchgesetzt („Policy Laundering“), welchen vor allem Bürgerrechtler sowie Datenschützer begierig aufgenommen haben. Begünstigt wird Policy Laundering in der EU durch ein strukturelles Problem des politischen Integrationsprozesses: Öffentliche Debatten, die die Bevölkerungen bewegen und damit politische Prozesse maßgeblich beeinflussen können, spielen sich derzeit noch im Wesentlichen in nationalen Sphären ab; an einer europäischen Öffentlichkeit und damit an genuin europäischen Debatten fehlt es nach wie vor.

4. **Ausblick**

Die Deutsche Bundesregierung plant, bald den Entwurf eines Artikelgesetzes zur Umsetzung der Richtlinie vorzulegen, dessen Regelungen sich in das für Mitte 2007 angekündigte „harmonische Gesamtsystem der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen einfügen“. Dabei werde es hinsichtlich der Speicherungsdauer und erfassten Datentypen keine über die

Mindestanforderungen der Richtlinie hinausgehenden Pflichten geben<sup>71</sup>. Schon jetzt ist absehbar, dass die Richtlinie von den EU-Mitgliedstaaten in völlig unterschiedlichen Zeitplänen und mit divergierender Regulationsintensität umgesetzt werden wird. Ähnlich wie Deutschland will sich Österreich Zeit lassen, während Frankreich die Richtlinie bereits durch Dekret umgesetzt und dabei eine einjährige Speicherungsfrist festgelegt hat<sup>72</sup>.

Dies hat die französische Providervereinigung AFA auf den Plan gerufen und dazu veranlasst, eine Verfassungsklage gegen das Dekret vorzubereiten<sup>73</sup>. Auch in Deutschland erscheinen verfassungsgerichtliche Auseinandersetzungen um die Vorratsdatenspeicherung nicht ausgeschlossen<sup>74</sup>. Denkbar wären zum Beispiel Verfassungsbeschwerden gegen das Vorgaben der Richtlinie rigide transformierende (neue) Telekommunikationsgesetz. Damit könnte das Bundesverfassungsgericht unter Umständen gezwungen werden, die Vorgaben der Richtlinie zumindest inzidenter auf ihre Grundrechtskonformität, d.h. insbesondere Verhältnismäßigkeit zu überprüfen. Dass das deutsche Verfassungsgericht davor nicht zurückschreckt, hat es in seinem Urteil zum Europäischen Haftbefehlgesetz bewiesen. Auf den Tisch käme so die Frage, ob der Deutsche Bundestag in angemessener, also grundrechtsschonender Weise die Richtlinie umgesetzt hat. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass nach deutschen Plänen die Datenabfrage auch im Hinblick auf „mittels Telekommunikation begangener Straftaten“ möglich sein soll, eher unwahrscheinlich.

Auch dem EuGH in seiner Funktion als europäisches Verfassungsgericht dürfte die Richtlinie in Zukunft Arbeit bereiten. Denn Irlands Justizminister hat bereits angekündigt, dass sein Land aus kompetenzrechtlichen Gründen die Richtlinie angreifen wolle<sup>75</sup>. Käme es zu einer derartigen Klage gegen Parlament und Rat, so ist mit Spannung zu erwarten, wie intensiv der EuGH die Richtlinie am Maßstab datenschutzrechtlicher Grundsätze des Sekundär- wie auch Primärrechts prüft, insbesondere wie er insoweit Art 8 EMRK handhabt.

Sobald Datensammlungen in der Welt sind – dies belegt die Erfahrung – wecken sie Begehrlichkeiten seitens des Staates wie auch seitens Privater. Es steht zu befürchten, dass zu einem späteren Zeitpunkt die Richtlinie geändert wird und es

67) *Krempf*, CFP: Zivilgesellschaft startet Projekt gegen „Politikwäsche“, 14.04.2005, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/58551> (09.04.2006), nennt neben der Vorratsdatenspeicherung die Einführung von Biometriepässen; *Sybille Laurischk*, MdB der FDP, kommt im Hinblick auf die Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung zu folgender Feststellung: „Was in Berlin nicht durchsetzbar war, wird jetzt in Brüssel auf den Weg gebracht“, <http://www.laurischk.de/presse.php?id=8534> (09.04.2006).  
68) *Schaar*, Die Zukunft des Fernmeldegeheimnisses in Europa und in Deutschland, Vortrag v 22.11.2005, 11, [http://www.bfdi.bund.de/cln\\_029/nn\\_530308/SharedDocs/VortraegeUndArbeitspapiere/20051122VortragSchaar,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/20051122VortragSchaar.pdf](http://www.bfdi.bund.de/cln_029/nn_530308/SharedDocs/VortraegeUndArbeitspapiere/20051122VortragSchaar,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/20051122VortragSchaar.pdf) (09.04.2006).

69) Heftige Kritik bei *Alvaro*, 14.12.2005, <http://europa.fdp.de/meldung.php?id=17771&BackURL=/index.php> (09.04.2006): „Mit Abstimmungen wie der heutigen schaffen wir ein Präjudiz, dass der Rat dem Parlament nur zurufen muss ‚Spring!‘ und das Parlament noch fragt ‚Wie hoch?‘. ... Rot und Schwarz sind letztendlich nur noch willfährige Steigbügelhalter der Mitgliedstaaten“.  
70) *Schaar* (FN 68), 11.  
71) Entschließungsantrag der Regierungsfractionen (FN 16), 5. Zur geplanten extensionen wenn nicht gar unzulässigen Interpretation der „schweren Straftaten“ oben sub 3. b) (2).  
72) Vgl. *Erich Moechel*, Überwachung, 10.04.2006, <http://futurezone.orf.at/it/stories/101686/> (10.04.2006) – Österreich plane, für Telefonie-Verkehrsdaten eine einjährige Speicherdauer frühestens im Sommer 2007 gesetzlich zu verankern. Für die Internet-Daten habe Österreich mit anderen EU-Mit-

gliedstaaten entsprechend Art 15 Abs 3 eine Übergangsfrist von 18 Monaten ausgehandelt; *Krempf*, Frankreich erlässt eine Verordnung zur einjährigen TK-Vorratsdatenspeicherung, 30.03.2006, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/71472> (09.04.2006). Zu Polen oben sub 3. b) (2).  
73) *Krempf* (FN 72).  
74) Die BT-Fraktion v Bündnis 90/DIE GRÜNEN hat bereits ihre Meinung öffentlich gemacht, dass das Urteil des BVerfG v 02.03.2006 (2 BvR 2099/04) zum Schutz von TK-Verbindungsdaten durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung die EU-Richtlinie in Frage stelle, PM Nr. 0298 v 02.03.2006.  
75) Vgl übereinstimmend *Montag* und *Hartenbach*, Plenarprotokoll 16/19, 1425 bzw. 1426; *Teresa Küchler*, Arguments continue on eve of data retention D-day, EU-Observer, 13.12.2005, [www.euobserver.com](http://www.euobserver.com) (13.12.2005).



**RAT.  
INFO.  
SERVICE.  
RECHT.**

## ALLES WAS SIE INTERESSIERT im Internetportal der AK Wien

- 24-Stunden-Arbeitsrechtsberatung ■ Wirtschafts- und Sozialstatistik online ■ AK Onlineratgeber und Servicerechner ■ Beruf und Familie ■ Bildung ■ Wohnen ■ Konsumentenschutz ■ AK FÜR SIE ■ AK Broschüren und Publikationen

[wien.arbeiterkammer.at](http://wien.arbeiterkammer.at)



DIE KANN WAS.

für den Zugriff auf die gespeicherten Daten keines Bezuges zu „schweren Straftaten“ mehr bedarf, sondern sie für die Verfolgung und Verhütung nahezu jeglicher Verbrechen – wenn nicht sogar Vergehen – genutzt werden dürfen. Beispielhaft seien hier die Musikindustrie sowie die USA erwähnt. Die USA haben bereits Anfang März 2006 ihr Interesse daran zum Ausdruck gebracht, „die einzelnen Mitgliedstaaten zu ersuchen, die auf der Basis der vor kurzem angenommenen Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung gesammelten Daten auch für sie zugänglich zu machen“<sup>76</sup>.

All dies zeigt: Zurückhaltung aus Respekt vor freiheits-schützenden Bürgerrechten scheint zwar ‚out‘ zu sein, stattdessen zählt jeder Zentimeter angeblichen Sicherheitsgewinns. Es bleibt dennoch zu hoffen, dass folgende Erkenntnis nicht verloren geht: Auch in der modernen Informationsge-

sellschaft bildet die Möglichkeit zur unbeobachteten Kommunikation eine essentielle Basis für den freien Austausch von Meinungen und Informationen; nach wie lebt die freiheitliche demokratische Gesellschaft davon<sup>77</sup>. Das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen<sup>78</sup>, muss daher zumindest im Kern erhalten bleiben, auch nach dem 11. September 2001. Nur so ist eine angemessene Balance von Sicherheit und Freiheit möglich, die deren komplementärem<sup>79</sup> Verhältnis Rechnung trägt.

*Ass. iur. Dietrich Westphal, M.Jur. (Oxford); Referent beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI), Bonn; westphald@gmail.com.*

76) Zitiert nach *Krempf*, USA wollen Zugriff auf TK-Verbindungsdaten der EU, 08.04.2006, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/print/71831> (09.04.2005).  
77) *Schaar* (FN 68), 16.

78) BVerfGE 61, 1 (43). Zur Wichtigkeit des Schutzes der Privatheit höchstpersönlicher Daten in der Informationsgesellschaft ausdrücklich *Christine Hohmann-Dennhardt*, Freiräume – Zum Schutz der Privatheit, NJW 2006, 545, insb. 546-548.

79) Näher *Udo Di Fabio*, Das Spannungsfeld von rechtsstaatlichen Freiheiten und innerer Sicherheit, Vortrag v 30.01.2006, 3, [http://www.kas.de/db\\_files/dokumente/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_7919\\_1.pdf](http://www.kas.de/db_files/dokumente/7_dokument_dok_pdf_7919_1.pdf) (09.04.2006).

**1. Technische und andere Hintergründe**

*1.1 Überwachung „alt“*

Zumindest für die Fahrgäste der Wiener U-Bahn ist das Thema „Videoüberwachung“, welcher sich dieser Beitrag primär widmet, an sich nicht neu. Schon seit der Inbetriebnahme der Wiener U-Bahn werden im Wesentlichen die U-Bahnsteige und die zu/von diesen hin/weg führenden Rolltreppen mittels deutlich sichtbarer Fixkameras mit fester Brennweite überwacht. Die Zahl dieser Kameras soll Medienberichten zufolge bei rd 1000 liegen.<sup>1</sup> Die so erfassten Bilder werden sowohl auf die Monitore in den Räumen der jeweiligen Stationsaufsicht als auch an die zentrale U-Bahn-Leitstelle übertragen. Letztere kann bei Bedarf – bspw bei Auslösung eines Alarms – auf sämtliche Kameras in den Stationen zugreifen.<sup>2</sup> Eine Aufzeichnung der übertragenen Bilder erfolgte bis dato nicht.<sup>3</sup> Das primäre Ziel der Rolltreppen- und Bahnsteigüberwachung besteht in der Gewährleistung der Betriebssicherheit. Der internationale Vergleich zeigt, dass sich dieses „Sicherheitssystem“ bewährt hat.<sup>4</sup>

*1.2 Überwachung „neu“*

Seit dem Jahr 2005 verkehren auf den Wiener Linien versuchsweise vier U-Bahn- und Straßenbahnzüge,<sup>5</sup> die mit (bis zu 24) digitalen Videokameras ausgerüstet sind. Es handelt sich dabei um sog „Kuppelkameras“ (auch: „Dome-Kameras“) mit sehr hoher Bildauflösung. Auf den ersten Blick erinnern sie an kleine Deckenleuchten, die man allenfalls mit Notbeleuchtungskörpern assoziieren könnte. Nur bei genauem Hinsehen werden hinter den Verkleidungen Kameralinsen erkennbar. Die von den Kuppelkameras erfassten Bilder werden nicht auf Monitore übertragen, sondern samt genauer Uhrzeit auf einem im jeweiligen Zug eingebauten digitalen Datenträger (Festplatte) in verschlüsselter Form gespeichert. Eine Betrachtung in Echtzeit durch Fahrer oder sonstiges Personal ist nicht möglich. Erst nach Rückkehr in die Remise kann die Festplatte von geschultem Personal ausgebaut, mit Hilfe spezieller Software gesichtet und auf ein anderes Trägermedium (CD, DVD) überspielt werden. Nach (derzeit) 48 Stunden (möglich: 72 Stunden) werden die jeweils ältesten Daten überschrieben, und damit de facto gelöscht (sog „Ringspeicher-Modell“).<sup>6</sup> Auf den Umstand der Videoüberwachung im jeweiligen Zug werden die Fahrgäste mittels Türaufklebern hingewiesen. Über die skizzierte Überwachung des Zuginneren hinaus ist in Aussicht genommen, sämtliche neu zu errichtenden U-Bahnstationen mit leistungsfähigen Videoüberwachungssystemen

auszurüsten. Diese dürften im Gegensatz zu den heute auf Bahnsteigen im Einsatz befindlichen Kameras auch über eine Fernsteuerung bewegt werden können und mit Objektiven mit variabler Brennweite („Zoomobjektive“) ausgestattet sein. Auch eine Aufzeichnung des von diesen Kameras erfassten Geschehens wird erwogen.<sup>7</sup> Das Hauptaugenmerk dieser Untersuchung liegt auf der Überwachung mittels Aufzeichnung in den Zügen.

# Big Brother in U-Bahn, Bus und Bim

## Videoaufzeichnung in öffentlichen Verkehrsmitteln aus datenschutzrechtlicher Sicht

Gerhard Kunnert\*

*1.3 Videoüberwachung und Zeitgeist*

Der vorerst versuchsweise Einsatz des Instruments der Videoaufzeichnung in Zügen der Wiener Linien kann in gewisser Weise als Spätfolge der Terroranschläge vom 11. September 2001 auf das World Trade Center in New York begriffen werden. Letztere haben Videoüberwachungssystemen für öffentliche und private Räume bzw Verkehrsanlagen (engl Closed Circuit Television, CCTV) zu einem wahren Boom verholfen.<sup>8</sup> Dass die inzwischen digitalisierte Überwachungstechnik auf nachhaltiges Interesse auch der Sicherheitsbehörden stoßen würde, war zu erwarten. Eine nicht geringe Rolle spiel(t)e hier auch die Erwartung eines Effizienzgewinnes, mit dessen Hilfe sich der aus Sparzwängen resultierende Personalabbau kompensieren ließe. Es lag daher aus Sicht der Polizei nahe, Forderungen nach erweiterten rechtlichen Befugnissen zu erheben, uzw mit dem Ziel, die neue Technik möglichst uneingeschränkt ausschöpfen zu können. In den deutschen Bundesländern gelang es den Sicherheitsbehörden, bereits im Jahre 2002 eine erste Welle von entsprechenden „legistischen Anpassungen“ der Polizeigesetze durchzusetzen.<sup>9</sup>

\*) Der Beitrag spiegelt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wider.  
 1) Vgl „Die Presse“, 20.12.2004, 8.  
 2) Auskunft des sicherheitstechnischen Dienstes der Wiener Linien, zitiert nach <http://futurezone.orf.at>, 18.3.2004 („Die Überwachungspolitik in der U-Bahn“).  
 3) Vgl Quellen in FN 1 und FN 2.  
 4) Vgl Rathauskorrespondenz v 26.7.2005: „Rieder: Wiener Linien sind bei Sicherheit die Nummer 1“.  
 5) Es handelt sich um einen „alten“ U-Bahn-

zug („Silberpfeil“), einen neuen („V-Zug“) sowie zwei Beiwagen zu Straßenbahnzügen; vgl „Die Presse“, 3.8.2005, 10 („Ab Samstag sind die U-Bahn-Kameras scharf“).  
 6) Vgl zu allem die diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen in DSK 21.6.2005, K507.515-021/0004-DVR/2005.  
 7) Vgl Rathauskorrespondenz v 26.7.2005 (FN 4); „Die Presse“ 3.8.2005, 10 (FN 5).  
 8) Die Umsätze für CCTV-Anlagen sollen Schätzungen zufolge bis zum Jahre 2008 weltweit auf 10,61 Mrd Dollar ansteigen (vgl

<http://futurezone.orf.at>, 6.8.2002 („Boom bei Überwachungskameras“).  
 9) Vgl statt vieler § 15a (Datenerhebung durch den offenen Einsatz optisch-technischer Mittel) Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (PolG NRW) idF der Bek v 25. 7. 2003, zuletzt geändert durch Art III Landeskostenänderungsgesetz v 5. 4. 2005 (GV NRW S 408) bzw diesbezügliche Medienberichte <http://futurezone.orf.at>, 17.7.2002 („Landesweite Videoüberwachung in NRW“).

Motiviert durch die bundesdeutsche Entwicklung<sup>10</sup> und inspiriert von Beispielen wie *va London*<sup>11</sup> (4 Mio Überwachungskameras im öffentlichen Raum)<sup>12</sup> begann man, sich gegen Ende 2002 auch im österreichischen Innenministerium intensiver mit dem Thema Videoüberwachung zu befassen und im Rahmen einer Arbeitsgruppe über gesetzliche Änderungswünsche nachzudenken.<sup>13</sup> Parallel dazu war man bemüht, durch entsprechende „Medienarbeit“ die „öffentliche Meinung“ für ein Mehr an Überwachung zu gewinnen. Als ein vermeintlich besonders gewichtiges Argument wurde von den Sicherheitsbehörden ins Treffen geführt, dass ihnen das Instrument der Videoaufzeichnung nur in spezifischen Gefahrensituationen zur Verfügung stehe, wohingegen Private und andere Verwaltungsbehörden ohne weiteres das Geschehen in und um ihre Gebäude aufzeichnen dürften.<sup>14</sup> Wiewohl diese Argumentation als Verkennung der Rechtslage bezeichnet werden musste,<sup>15</sup> blieb ihr der Erfolg letztlich nicht versagt. Vor allem infolge der Terroranschläge auf die Madrider Vorstadtzüge im März 2004 erhielten die oben genannten Ambitionen des Innenministeriums neuen Auftrieb.<sup>16</sup> Im Zuge der Novelle 2005 zum Sicherheitspolizeigesetz (SPG) konnte die Polizei einen erheblichen Zuwachs an Befugnissen zur Videoaufzeichnung im öffentlichen Raum lukrieren.<sup>17</sup> Und als Nachwirkung der Anschläge auf die Londoner U-Bahn im Juli 2005 konnten die Sicherheitsbehörden schließlich einen weiteren videospezifischen „Machtzuwachs“ im Rahmen der SPG-Novelle 2006 verbuchen.<sup>18</sup>

#### 1.4 Die Wiener Linien als unfreiwillige „Hilfspolizei“?

Schon während der Vorbereitung der SPG-Novelle 2005 rückten die Wiener Linien in das Blickfeld des Überwachungsinteresses der Sicherheitsbehörden. Hinzu trat der Umstand, dass die ab 2005 ausgelieferten „V-Züge“ der Firma Siemens mit inkludierter Videoüberwachung angeboten wurden. Vor dem Hintergrund der sich insofern bietenden neuen technischen Möglichkeiten stellten die Sicherheitsbehörden gemeinsam mit den Wiener Linien ab 2004 praktische Untersuchungen mit dem Ziel an, einen möglichst „unbürokratischen“ Zugriff auf das Videomaterial aus den U-Bahnzügen für sicherheitspolizeiliche

Zwecke zu gewährleisten. Das ging bis hin zur Konzipierung von „Anforderungsformularen“.

Nach außen hin gaben sich die Wiener Linien selbst zunächst noch zurückhaltend. So meinte deren Pressesprecher Ehrenguber im Dezember 2004 zu Videoaufzeichnungen durch Stationskameras lapidar: „Wer soll sich das ganze Material anschauen?“<sup>19</sup> Im Februar 2005 überlegte das Innenministerium dann erstmals öffentlich, die Kamerasysteme der Wiener Linien für polizeiliche Zwecke zu nützen und eröffnete, dass es bereits im Jänner 2005 erste diesbezügliche Sondierungen mit der Stadt Wien (als mittelbarer Eigentümer der Wiener Linien) gegeben habe. Man wolle nun auch die rechtlichen Voraussetzungen für die Kooperation zwischen Polizei und Wiener Linien schaffen.<sup>20</sup> Letztere reagierten auf den verstärkten Druck mit dem Ruf nach „klaren Spielregeln“ für den polizeilichen Zugriff. Auch verwies man darauf, dass „unsere Fahrgäste ein Recht auf ihre Privatsphäre haben“. Und „eine totale Überwachung werde es sicher nicht geben“.<sup>21</sup> Um die rechtlichen Unsicherheiten zu klären, brachten die Wiener Linien schließlich Anfang März 2005 zwei Registrierungsanträge beim Datenverarbeitungsregister betreffend „Videoüberwachung in einzelnen Fahrzeugen“ im Probebetrieb bis Juni 2006 ein. Als Zweck der zugrunde liegenden Datenanwendung wurde im ersten der beiden Anträge die Eindämmung von Vandalismusschäden sowie Erhöhung des Schutzes von MitarbeiterInnen und Fahrgästen“ genannt.<sup>22</sup> Im zeitgleich vorgelegten zweiten Antrag wurde neben dem MitarbeiterInnen- und Fahrgastschutz *va* auf die „Weitergabe von Bilddaten an die Exekutive“ im Kontext von „Fremdschäden“ (gemeint Delikte gegen Fahrgäste und die Allgemeinheit) abgestellt.<sup>23</sup> Mit diesem zweiten Antrag sollte bei der Datenschutzkommission (DSK) die „rechtliche Machbarkeit“ der angesprochenen polizeilichen Zugriffswünsche ausgelotet werden. Im März 2005 besiegelten Innenministerium und Stadt Wien eine „Sicherheitspartnerschaft für Wien“, die dezidiert auch auf die Thematik der Videoüberwachung in Zügen der Wiener Linien Bezug nahm.<sup>24</sup> Erklärtes Ziel dabei sei es, „den Drogenhandel in Straßenbahnen und U-Bahnen bzw in den Stationen wesentlich zu erschweren“.<sup>25</sup> Die Oppositions-

10) Vgl in diesem Sinne ÖfS 2003 H 1-2, 6 (9) („Elektronische Augen“).  
 11) Vgl <http://futurezone.orf.at>, 21.11.2002 („Strasser lässt Videoüberwachung prüfen“); ebenda 13.3.2003 („Strasser will CCTV-Regeln lockern“).  
 12) Vgl <http://news.independent.co.uk>, 12.4.2004 („Big Brother Britain“).  
 13) Vgl <http://futurezone.orf.at>, 15.1.03 („160.000 Kameras überwachen Österreich“); ebenda 27.12.2003 („Strasser plant stärkere Videoüberwachung“); „Die Presse“, 16.1.2003, 24 („Videoüberwachung: ‚Big Brother‘ erobert Österreich“).  
 14) Vgl „Die Presse“, 16.1.2003, 24 (FN 13).  
 15) Vgl in diesem Kontext etwa BGH U 25.4.1995, VI ZR 272/94 = RDV 1996 H 1, 26f (zur Frage der Videoüberwachung eines öffentlichen Weges durch einen Privaten zum Schutz seines Grundstücks vor Verunreinigungen); weiters OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y (zur privaten und geheimen Videoüberwachung eines Hauseingangs).

16) Vgl *Bitzan*, Video und Überwachung: Mühsamer Kleinkrieg gegen den Terror, „Die Presse“, 17.3.2004, 2.  
 17) Vgl § 54 Abs 4b und Abs 6 SPG BGBl I 1991/566 idF BGBl I 2004/151.  
 18) Vgl §§ 53 Abs 5, 54 Abs 4 und 7 SPG idF BGBl I 2005/158.  
 19) „Die Presse“, 20.12.2004, 8 („Wiener Linien verzichten auf ‚Big Brother‘-Video in U-Bahn“).  
 20) Vgl *Nowak/Fritzl/Stöger*, „Videoüberwachung: Massive Ausweitung“, „Die Presse“, 2.2.2005, 10.  
 21) Vgl „Die Presse“, 15.2.2005, 9 („Wiener Linien: Skepsis bei Videoüberwachung“).  
 22) Vgl die Meldung der Wiener Linien GmbH & Co KG beim Datenverarbeitungsregister (DVR), eingegangen am 2.3.2005, verbessert durch Stellungnahme v 23.5.2005, betreffend Datenanwendung DVR 00992739/021 – Videoüberwachung in einzelnen Fahrzeugen der Wiener Linien GmbH & Co KG zum Zwecke der Eindämmung von Vandalismusschäden sowie Erhöhung des Schutzes von Mitarbei-

terInnen und Fahrgästen im Probebetrieb bis 30.7.2006.  
 23) Vgl die Meldung der Wiener Linien GmbH & Co KG beim Datenverarbeitungsregister (DVR), eingegangen am 2.3.2005, ergänzt am 3.5.2005, betreffend Datenanwendung DVR 00992739 – Videoüberwachung in einzelnen Fahrzeugen der Wiener Linien GmbH & Co KG zum Zwecke der Erhöhung des Schutzes von MitarbeiterInnen und Fahrgästen im Probebetrieb bis 30.7.2006/Fremdschäden / Weitergabe der Bilddaten an die Exekutive, zitiert nach DSK 16.9.2005, K507.515-022/0006-DVR/2005.  
 24) Vgl OTS0110 5 II 0469 NRK0020 WI Mi, 30. März 2005: Häupl-Prokop: Sicherheitspartnerschaft für Wien; APA0232 5 CI 0437 II Mi, 30. März 2005: „Bund und Wien starten Sicherheitspartnerschaft“. Wien.at – Heft 7/2005, Beilage „Thema“ -Sicherheit in Wien, Seite 3; „Die Presse“, 31.3.2005, 14 („Videoüberwachung kommt auch in der Straßenbahn“).  
 25) Zitiert nach APA0232 5 CI 0437 II Mi, 30. März 2005 (FN 24).

parteien im Wiener Landtag (mit einer Ausnahme)<sup>26</sup> quittierten dies mit ausdrücklicher Zustimmung.<sup>27</sup>

Während die DSK den Probetrieb auf Basis des ersten Antrages im Juni 2005 genehmigte,<sup>28</sup> wies sie die Registrierung der zweiten Meldung im September darauf aus formalen Gründen ab.<sup>29</sup> Aus den Begründungen der beiden Bescheide geht aber klar hervor, dass zwar eine Übermittlung von Videoaufzeichnungen an die Kriminalpolizei als Ausfluss der Ausübung des jedermann nach § 86 Strafprozessordnung (StPO) zustehenden Anzeigerechts in Betracht käme, keinesfalls aber eine Übermittlung für sicherheitspolizeiliche Zwecke auf Aufforderung der Behörde. Auch die SPG-Novelle 2006, welche ua darauf abzielte, dieses Manko zu kompensieren, hat daran im Übrigen nichts geändert. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass die Wiener Linien die ursprünglichen Türaufkleber auf den videoüberwachten Zügen durch neue ersetzt haben. Diese trugen in der ersten Version neben einem Piktogramm (weiße Videokamera auf grünem Grund) die Aufschrift „Hier wird für Ihre Sicherheit videoüberwacht“.<sup>30</sup> So als ob den Wiener Linien erst im Nachhinein voll bewusst geworden wäre, dass die damit verbundene Suggestion einer sicherheitspolizeilichen Zielrichtung mangels einschlägiger Befugnisse die Fahrgäste in die Irre zu führen drohte, wurden die Türaufschriften mittlerweile überklebt. Der nunmehrige Wortlaut: „Hier wird videoüberwacht“. Von einer näheren Auseinandersetzung mit der Problematik der Zulässigkeit der Übermittlung bzw Weiterverwendung von Videoaufzeichnungen der Wiener Linien an/ durch Dritte muss hier aus Raumgründen abgesehen werden.

## 2. Zur (grund)rechtlichen Relevanz der Videoüberwachung

Mit dem Begriff „Big Brother“ titulierte man heute jede besondere und nachhaltige private oder staatliche Beeinträchtigung der (primär menschlichen) Privatsphäre. Letztere wird auf „europäischer“ Ebene durch Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (MRK) gewährleistet und ist in Österreich ausdrücklich als Grundrecht in § 1 Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) verankert. Beide zitierte Bestimmungen stehen im Verfassungsrang und bilden insofern den einschlägigen Maßstab für den „einfachen“ Gesetzgeber (dh auch den „Polizeigesetz“-Geber) und die gesamte Vollziehung. Im Unterschied zur Gewährleistung des Art 8 MRK, welcher primär als klassischer, staatsgerichteter Abwehrensanspruch zu verstehen ist, wirkt das Datenschutzgrundrecht auch zwischen Privaten (sog Drittwirkung)<sup>31</sup>. Aus diesem Grunde, aber auch wegen des sich aus dem Wortlaut des § 1 DSG 2000 ergebenden differenzierteren Prüfmaßstabes konzentrieren sich die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen auf das Datenschutzgrundrecht.

Um überhaupt von einer „Beeinträchtigung“ oder – mit den verba legalia des DSG 2000 ausgedrückt – „Beschränkung“

eines Grundrechts sprechen zu können, muss der zu beurteilende Lebenssachverhalt innerhalb des sog Gewährleistungsbereiches des bezüglichen Grundrechts liegen. Mit Gewährleistungsbereich, auch „Schutzbereich“ genannt, wird jene Sphäre individueller Freiheit von Personen (im Datenschutzkontext: „Betroffenen“) umschrieben, die dem staatlichen Zugriff grundsätzlich entzogen ist bzw vor einem solchen geschützt werden soll.<sup>32</sup> Der Schutzbereich des Datenschutzgrundrechts ist in § 1 Abs 1 DSG 2000 umschrieben: „Jedermann hat, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens, Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.“

Aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmung lassen sich vier Voraussetzungen herauslesen, die erfüllt sein müssen, damit ein Sachverhalt dem Schutzbereich des Datenschutzgrundrechts unterfällt: 1. müssen „personenbezogene Daten“ betroffen sein, 2. müssen diese Daten – abstrakt gesehen – einem Geheimhaltungsanspruch zugänglich sein, 3. muss an den Daten ein subjektives Geheimhaltungsinteresse des/der Betroffenen bestehen und 4. muss Letzteres zudem auch objektiv schutzwürdig sein. Trifft einer der genannten Fälle nicht zu, liegt automatisch keine Beschränkung des Datenschutzgrundrechts oder – spezifischer formuliert – kein „Informationseingriff“<sup>33</sup> vor.

### 2.1 Keine Privatsphäre im öffentlichen Raum?

Im Fall der Videoüberwachung öffentlicher Verkehrsmittel scheint bei oberflächlicher Betrachtung jedenfalls die zweite Voraussetzung nicht erfüllt bzw erfüllbar. Was soll die Fortbewegung mit einem von vielen anderen Menschen gleichzeitig benutzten öffentlichen Verkehrsmittel mit Datenschutz bzw Privatsphäre zu tun haben? Gerade an einer solchen Fragestellung manifestiert sich ein durchaus weit verbreiteter Irrtum. Dieser besteht darin, zu glauben, ein im öffentlichen Raum gezeigtes Verhalten eines Individuums sei einem Anspruch auf „Geheimhaltung“ bzw „Privatsphäre“ von vornherein nicht zugänglich. Das Gegenteil trifft zu. Nach der Spruchpraxis der DSK ist der sich aus § 1 Abs 1 DSG 2000 ergebende Anspruch auf Geheimhaltung keineswegs auf den innersten Kreis einer privaten, der Öffentlichkeit verborgenen Lebensgestaltung beschränkt. Vielmehr umfasst dieser Anspruch auch Äußerungen der privaten Lebensgestaltung, die sich in einer öffentlichen oder teilöffentlichen Sphäre abspielen.<sup>34</sup> Wer also aus seinen „eigenen vier Wänden“ hinaus in den öffentlichen Raum tritt, verliert nicht schon deshalb seinen Geheimhaltungsanspruch in Bezug auf das in diesem öffentlichen Raum gesetzte Verhalten. Vielmehr

26) Nur die „Grünen“ zeigten sich kritisch; vgl OTS0088 5 II 0173 GKR0001 WI Mo, 01. Aug 2005: „Grüne Wien: Datenschutz für alle muss wirksam durchgesetzt werden“.  
27) OTS0149 5 II 0323 VPR0001 CI Mi, 30. März 2005: „VP-Ulm zu Sicherheitspartnerschaft: Wiener SPÖ ist endlich aufgewacht!“.  
28) DSK 21.6.2005, K507.515-021/0004-DVR/2005.

29) DSK 16.9.2005, K507.515-022/0006-DVR/2005.  
30) Vgl „Die Presse“, 5.8.2005, 9 („Chaos um Videoüberwachung in der U-Bahn“); <http://wien.orf.at/stories/50010>, 6.8.2005 („Videoaufzeichnung in U-Bahn gestartet“).  
31) Die Drittwirkung ergibt sich aus § 1 Abs 5 DSG 2000; s auch RV 1613 BlgNR 20. GP, 35; Dohr/Pollirer/Weiss, DSG<sup>2</sup> (2002) § 1 Anm 29.

32) Vgl Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 241 ff; dens, Lehrbuch Verfassungsrecht (2005) Rz 1277 f.  
33) Vgl zum Begriff Berka, Grundrechte (FN 32) Rz 466; weiters VfSlg 12.228/1989; VwGH 30.4.2003, 2001/03/0036.  
34) Vgl DSK 13.6.1991, 120.285 = ZfVBDat 1997/2.

M. Gumpoldsberger/Baumann (Hg.)  
Duursma/Duursma-Kepplinger

# UWG

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

2006, 1.320 Seiten, geb., 3-7046-3941-9, € 138,-

- praxisorientierte, übersichtliche Kommentierung des UWG
- Herausarbeitung der wesentlichen Judikaturlinien
- Hinweise auf das wettbewerbsrechtliche Schrifttum erleichtern die Vertiefung von Streitfragen
- RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments über unlautere Geschäftspraktiken zwischen Unternehmern und Verbrauchern bereits berücksichtigt

Die Autoren sind Experten im Bereich Wettbewerbsrecht der Kanzlei SAXINGER CHALUPSKY WEBER & PARTNER.



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



kommt es auf den Einzelfall<sup>35</sup> bzw das Naheverhältnis<sup>36</sup> einer bestimmten Information zur Privatsphäre des Betroffenen an. So macht es einen wesentlichen Unterschied, ob jemand sich selbst bewusst in der Öffentlichkeit „inszeniert“, indem er bspw als Straßenkünstler oder Politiker aktiv wird und insbesondere mediale Aufmerksamkeit zu gewinnen trachtet, oder ob jemand sich „unauffällig“ „in der Masse“ bewegt.

Trifft er in der Masse auf einzelne, mit ihm persönlich bekannte Personen, die auf ihn aufmerksam werden, liegt Letzteren gegenüber selbstverständlich kein „geheimes Datum“ iSd § 1 DSG 2000 vor. Umgekehrt wird aber die Kenntnisnahme der Aufenthaltsort an einem bestimmten öffentlichen Ort zu einer bestimmten Zeit durch den eigenen Bekanntenkreis nicht schon zu einer allgemein verfügbaren oder „veröffentlichten“ Information iSd § 1 Abs 1 Satz 2 Fall 1 DSG 2000. Dem steht der „relative Geheimnisbegriff“<sup>37</sup> des DSG 2000 entgegen. Es ist für die Anwendbarkeit des § 1 DSG 2000 eben keine „absolute“ Geheimhaltung gefordert. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich insgesamt zweifelsfrei, dass auch die Tatsache der Nutzung eines bestimmten öffentlichen Verkehrsmittels zu einem bestimmten Zeitpunkt und das dabei gezeigte äußere Verhalten einem Geheimhaltungsanspruch grundsätzlich zugänglich sind.

## 2.2 Personenbezug und Schutzwürdigkeit?

Zu diskutieren verbleiben nun noch die übrigen drei Kriterien, die für die Bejahung des Eingreifens der Schutzwirkung des Datenschutzgrundrechts erfüllt sein müssen. Fraglich könnte sein, ob es sich bei den vorhin genannten Informationen (Ort, Zeit der Nutzung des Verkehrsmittels etc) überhaupt um „personenbezogene“ Daten iSd § 1 DSG 2000 handelt, insbesondere im Falle deren Erfassung, Übertragung und Aufzeichnung durch Videoüberwachungssysteme in der Verfügungsgewalt Dritter. Die Beantwortung dieser Frage führt über § 4 Z 1 DSG 2000. Dieser definiert „personenbezogene Daten“ als Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist. Der Terminus „Angaben“ ist nach der hA sehr weit zu verstehen. Darunter fallen neben Namen, Geburtsdaten oder körperlichen Merkmalen auch Aussagen über das allgemeine Verhalten einer Person, deren Gewohnheiten, Freizeit- und Reiseverhalten etc. Kein Zweifel besteht nach der hA zudem daran, dass auch fotografische oder Film- bzw Videoaufnahmen von Personen als „Daten“ iSd § 1 bzw des § 4 Z 1 DSG 2000 in Betracht kommen.<sup>38</sup>

Von einer iSd § 4 Z 1 DSG 2000 „bestimmten“ Identität kann gesprochen werden, wenn Letztere vom Datenverwen-

35) So auch die Erläuterungen zu § 1 DSG 2000 in der RV 1613 BlgNR 20. GP, 34 (vorletzter Absatz).

36) Vgl in diesem Sinne die Erläuterungen zu § 1 DSG 1978 im AB 1024 BlgNR 14. GP, 4, wonach es von der Beurteilung des Naheverhältnisses der einzelnen, konkreten Information zur Privatsphäre abhängen soll, ob die

Garantie der Geheimhaltung gegeben ist.

37) Umkehrschluss aus § 1 Abs 1 Satz 2 Fall 1. Fall DSG 2000; vgl weiters OGH 3. 9. 2002, 11 Os 109/01.

38) Siehe auch Erwägungsgründe 14 und 16 der RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 24. 10. 1995 AB L 281, 31 (32) zum Schutz natürlicher Per-

sonen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr; weiters VwGH 29. 3. 2004, 98/01/0213; DSK 1.2.2005, 120.832/0002-DSK/2005; 21. 6. 2005, K503.4250-090/0003-DVR/2005 und K507.515-021/0004-DVR/2005; *Dohr/Pollner/Weiss* (FN 31) § 4 Anm 2 Abs 1.

der (Auftraggeber) anhand von Identifikationsmerkmalen wie Name, Geburtsdatum, genauer Adresse, Kontonummer uä festgestellt werden kann.<sup>39</sup> Für die „Bestimmbarkeit“ reicht es hingegen aus, wenn die Möglichkeit einer nachträglichen Zuordnung zu einer bestimmten Person unter Zuhilfenahme zusätzlicher Informationen (bspw Personsbeschreibung, Fahndungsfoto, codierte Liste) besteht. Ob der Verwender der Daten selbst über alle für eine nachträgliche Zuordnung zu einer bestimmten Person erforderlichen Informationen verfügt oder dabei auf eine (rechtlich zulässige)<sup>40</sup> Unterstützung Dritter angewiesen ist/wäre, ist für die Subsumierbarkeit unter den Begriff des personenbezogenen Datums irrelevant. Übertragen auf die Videoüberwachung folgt daraus, dass jedenfalls in Bezug auf Bilder von Personen, deren Gesichter erkennbar sind oder die bspw aufgrund ihrer charakteristischen Körperhaltung oder Kleidung (potentiell) identifiziert bzw wieder gefunden werden können, von personenbezogenen Daten iSd DSG 2000 auszugehen ist.<sup>41</sup>

Ob Bilder bloß übertragen oder auch gespeichert werden, macht dabei zunächst keinen Unterschied. Vor dem Hintergrund des hier diskutierten Ausgangssachverhalts (Stichwort: Ringspeicher) ist an dieser Stelle überdies zu betonen, dass es nur auf die Möglichkeit der (nachträglichen) Identifizierung ankommt, nicht aber darauf, dass eine solche tatsächlich stattfindet.<sup>42</sup>

Ergänzend sei noch kurz auf den Aspekt des subjektiven Geheimhaltungsinteresses und dessen objektive Schutzwürdigkeit eingegangen. Dass ein Durchschnittsbürger idR – salopp formuliert – „kein gesteigertes Interesse“ daran hat, dass sein Mobilitätsverhalten, das gerade in der Großstadt untrennbar mit der Benützung (auch) öffentlicher Verkehrsmittel verknüpft ist, penibel mittels Videokameras erfasst und aufgezeichnet und damit nachverfolgbar gemacht wird, bedarf wohl keiner besonderen Begründung. Die objektive Schutzwürdigkeit von in der Öffentlichkeit gezeigtem menschlichem Verhalten gegenüber behördlicher oder privater Überwachung lässt sich wiederum aus einer Reihe von gesetzlichen Schutzbestimmungen ableiten. Verwiesen sei hier bspw auf § 54 Abs 5 bis 7 SPG, wo abschließend jene Situationen normiert werden, in denen zu Zwecken der Überwachung öffentlicher bzw öffentlich zugänglicher Orte personenbezogene Daten va völlig unverdächtiger Anwesender mittels Videokamera aufgezeichnet werden dürfen. Es sind dies – vereinfacht – einmal große Menschenansammlungen, bei denen ihrer Art nach zu erwarten ist, dass gefährliche Angriffe auf Leben, Gesundheit oder Eigentum zu erwarten sind (Abs 5; Bsp: gewaltbereite Extremisten infiltrieren eine friedliche Großdemonstration und beginnen zu randalieren) sowie sog „Kriminalitätsbrennpunkte“ (Abs 6) und das unmittelbare Umfeld von Konferenzräumlichkeiten, die von besonders gefährdeten Teilnehmern frequentiert werden (Abs 7). Bestünde

keine objektive Schutzwürdigkeit an der Geheimhaltung von in der Öffentlichkeit gezeigtem Verhalten, bedürfte es der zitierten ausdrücklichen Ermächtigungen gar nicht.

### 2.3 Rechtsanspruch, nicht gefilmt zu werden?

Als Ergebnis der bisherigen Analyse ist festzuhalten, dass anlässlich der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel gezeigtes menschliches Verhalten, einschließlich der örtlichen und zeitlichen Begleitumstände, sehr wohl vom Schutzbereich des Datenschutzgrundrechts erfasst wird. Positiv und „videospezifisch“ formuliert kann man sagen, dass § 1 Abs 1 DSG 2000 jedermann im Prinzip einen grundrechtlichen Anspruch darauf einräumt, dass sein in der Öffentlichkeit gezeigtes Verhalten nicht „videoaufgezeichnet“ wird. Damit ist aber nicht gesagt, dass es nicht spezifische Situationen bzw Gründe geben kann, die eine ausnahmsweise Abweichung von diesem Grundsatz erlauben (dazu näher unten vor und nach FN 57).

### 3. Videoüberwachung als Informationseingriff?

Zu fragen ist nun danach, ob und inwieweit der Einsatz von Videoüberwachungssystemen in öffentlichen Verkehrsmitteln als Beschränkung des Datenschutzgrundrechts, dh einen Informationseingriff, darstellt. Ursprünglich wurde gewaltfreien, sog „schlicht-hoheitlichen“ (staatlichen) Maßnahmen wie bspw dem „bloßen“ Fotografieren von Demonstranten durch die Polizei von der Rsp keine Eingriffsqualität zugebilligt.<sup>43</sup> Gerade aus der Perspektive des Datenschutzgrundrechts kann eine solche Sichtweise heute nicht mehr nachvollzogen werden. Informationseingriffe, gegen die das Datenschutzgrundrecht va schützen soll, ereignen sich typischerweise vielfach, ohne dass der/die Betroffene überhaupt Kenntnis davon erlangt (geheime Observation, heimliche Datenweitergabe an Dritte etc). Heute steht aber außer Zweifel, dass § 1 Abs 1 DSG 2000 den Betroffenen einen weit reichenden „Schutz vor Ermittlung“<sup>44</sup> gewährt. Schon die bloße Kenntnisnahme einer Information durch den Staat oder (wegen der Drittwirkung auch) einen Privaten kann daher – je nach Fall – schon für das Vorliegen eines Informationseingriffs ausreichen.<sup>45</sup> Was bereits im Kontext der Erörterung des Datenbegriffs festgehalten wurde, gilt sinngemäß auch auf der Ebene der Klärung der Eingriffsqualität: Nicht ankommen kann es dabei nämlich darauf, dass es insbesondere im Falle der Erstellung von Videoaufzeichnungen in jedem Fall zu einer Identifikation der betroffenen Personen kommt bzw eine solche überhaupt versucht wird.<sup>46</sup> Es reicht die Möglichkeit einer solchen (nachträglichen) Identifizierung.

#### 3.1 Videoüberwachung ist nicht gleich Videoüberwachung

Trotzdem, nicht jede Videoüberwachung besitzt automatisch Eingriffsqualität im vorstehenden Sinne. So scheint die blo-

39) Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss* (FN 31) § 4 Anm 2 Abs 2.

40) Stehen dem Dateninhaber keine rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Identifizierung offen, liegen sog indirekt personenbezogene Daten vor. Vgl dazu auch RV 1613 BlgNR 20. GP, 36 f.

41) In dieser Richtung auch OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y.

42) Vgl DSK 21. 6. 2005, K503.425-090/0003-DVR/2005 und K507.515-021/0004-DVR/2005.

43) Vgl bspw VfSlg 11.935/1989.

44) Vgl BlgNR 20. GP, 34; VfSlg 12.880/1991; 16.369/2001; DSK (implizit): 8. 3. 2002, K120.777/003-DSK/2002; (explizit): 5.4.2002, K120.766/004; 7. 6. 2005, K120.963/0010-DSK/2005; 21. 6. 2005, K121.009/0010-DSK/2005; weiters *Dohr/Pollirer/Weiss* (FN31) § 1 Anm 2.

45) Vgl VfSlg 12.228/1989; 12.689/91; (zu Art 8 MRK): EGMR U 28. 1. 2003 – Peck/ Vereinigtes Königreich – BeschwNr 44647/98

Rn 59 ff = ÖJZ 2004/20 (MRK).

46) Vgl DSK 21. 6. 2005 K507.515 – 021/0004-DVR/2005; OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y. Nicht nachvollziehbar dagegen die Feststellung *Königs*, Videoüberwachung (2001) 73, 77, der im Kontext des Art 8 MRK meint, dass eine Videoüberwachung, bei der die gefilmten Personen nicht identifiziert werden, keinen Eingriff darstelle.

ße Bildübertragung auf Monitore, wie dies heute mittels gut sichtbarer Bahnsteig-Fixkameras in der U-Bahn erfolgt, einer Beobachtung durch unmittelbar am Bahnsteig anwesende menschliche Aufsichtsorgane durchaus vergleichbar. Schon infolge der begrenzten Leistungsfähigkeit des menschlichen Gehirns, ist ein menschliches Aufsichtsorgan genötigt, sich bei der Überwachung auf die Wahrnehmung „abweichenden“ bzw. „auffälligen“ Verhaltens zu beschränken. Wer nicht weiter auffällt, wird praktisch gar nicht „registriert“ oder zumindest sofort vergessen. Ob nun ein Monitorbild überwacht wird oder eine unmittelbar wahrgenommene Realität, macht dabei keinen Unterschied. Wird man an einem öffentlichen Ort von anderen, sichtbar Anwesenden direkt wahrgenommen, kann man sich Letzteren gegenüber in Bezug auf die bloße Wahrnehmung der eigenen Person naturgemäß nicht auf irgendwelche Geheimhaltungsinteressen berufen. Es fehlt gegenüber den anwesenden Personen schon an der Geheimheit des Datums iSd § 1 Abs 1 DSG 2000. Unter Zugrundelegung eines transparenten Kontrollsystems wie es derzeit (noch) hinsichtlich der Bahnsteigkameras in den U-Bahnen gehandhabt wird, bei dem der Fahrgast idR sogar an den Räumen der Stationsaufsicht vorbeigeht und den ihn Überwachenden selbst beobachten kann, und wo es auch keine Aufzeichnungen gibt, scheint daher die Schwelle eines Informationseingriffs noch gar nicht erreicht.

### 3.2 Vom „verlängerten Auge“ zur Eingriffshandlung

Die Situation ändert sich jedoch schlagartig, wenn Funktionalitäten hinzutreten, die eindeutig über eine herkömmliche menschliche Überwachungsleistung hinausgehen. Dies ist jedenfalls beim Einsatz von Kameras mit Tele- bzw. Zoomobjektiven oder Aufzeichnungsgeräten der Fall. Mit ersteren kann unter Ausnutzung der damit erzielbaren „Vergrößerungsfunktion“ der Schritt von der Überwachung zur gezielten Observation besonders wirksam vollzogen werden (Bsp: gezielter Blick in den Einkaufskorb eines Passanten). Hinzu kommt, dass der Rückgriff auf Telebrennweiten eine Montage der Kameras in größerer Entfernung und damit außerhalb des Wahrnehmungsbereiches der Überwachten erlaubt. Damit rückt die Überwachungsmaßnahme – vorsichtig formuliert – in die Nähe einer geheimen bzw. verdeckten Maßnahme.

Die Videoaufzeichnung wiederum bedeutet, dass auch all das, was ein menschlicher Überwacher gar nicht bewusst wahrnehmen bzw. mangels Relevanz aus seiner subjektiven Sicht „ausblenden“ würde, ermittelt und dokumentiert wird und potentiell weit reichenden Auswertungsmöglichkeiten offen steht. Die rein menschliche Überwachung durch ein Aufsichtsorgan, das sich im Anlassfall Notizen oder Aufnahmen macht, kann daher nicht einer Überwachungssituation gleichgehalten werden, die menschliche Monitorüberwachung mit begleitender Aufzeichnung kombiniert.<sup>47</sup> Aus den dargelegten Erwägungen kann zusammenfassend der Schluss gezogen werden, dass einer Videoüberwachung mit Aufzeichnung in jedem Fall und dem

Einsatz von Zoom- bzw. Teleobjektiven – auch ohne Aufzeichnung des Geschehens – in Abhängigkeit von der jeweiligen technischen Leistungsfähigkeit Eingriffsqualität zugesprochen werden muss.

### 4. Nicht jeder Eingriff führt zur Verletzung

Auch der Einsatz von Zoomkameras und/oder Aufzeichnungsgeräten im öffentlichen Raum bedeutet nicht automatisch eine Verletzung der Datenschutzgrundrechte der solcherart Überwachten. Das Grundrecht auf Datenschutz ist nämlich nicht absolut gewährt, sondern steht unter einem sog materiellen Eingriffsvorbehalt<sup>48</sup> (vgl § 1 Abs 2 DSG 2000). Letzterer umschreibt die Bedingungen, unter welchen das Grundrecht zulässigerweise beschränkt werden darf. Für das Datenschutzgrundrecht sind die Bedingungen für staatliche (iS von behördliche) und private Eingriffe unterschiedlich ausgestaltet. Der Hauptunterschied besteht – stark vereinfacht – darin, dass Eingriffe durch behördliche Auftraggeber für ihre Zulässigkeit einer zumindest impliziten gesetzlichen Grundlage bedürfen, wohingegen sich private Auftraggeber primär auf ihr überwiegendes berechtigtes Interesse berufen können. Mit (datenschutzrechtlicher) „Auftraggeber“ ist hier jene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft [...] <sup>49</sup> bzw deren Organe gemeint, die die Entscheidung für die Verarbeitung personenbezogener Daten treffen. Nur wenn die Bedingungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 für zulässige Eingriffe in das Grundrecht nicht eingehalten werden, kommt es zu dessen Verletzung.

Die Wiener Linien GmbH & Co KG sind seit Juni 1999 als eigenständige Aktiengesellschaft im Firmenbuch eingetragen und rein privatwirtschaftlich tätig.<sup>50</sup> Berührungspunkte zu behördlichen Aufgaben bestehen ausschließlich im Kontext der dienstrechtlichen Stellung eines Gutteils des Personals der Wiener Linien. Letzteren wurden nämlich Beamte der Gemeinde Wien zur Dienstleistung zugewiesen.<sup>51</sup> Auf die fehlende Befugnis zur Wahrnehmung sicherheits- oder kriminalpolizeilicher Befugnisse wurde bereits an anderer Stelle hingewiesen.<sup>52</sup> Aus dem Gesagten folgt, dass die Wiener Linien ein Privater iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 sind und zugleich dem „privaten Bereich“ iSd § 5 Abs 3 leg cit zuzurechnen sind. Letzteres hat vor allem Konsequenzen für den Rechtsschutz: Beschwerden gegen Datenschutzverletzungen (mit Ausnahme des Auskunftsrechts nach § 26 DSG 2000) müssen an das Landesgericht für Zivilrechtssachen adressiert werden.<sup>53</sup>

### 5. Videoaufzeichnung als „Datenanwendung“?

Während die grundrechtliche Gewährleistung des § 1 DSG 2000 unabhängig von der technischen Form der Verwendung personenbezogener Daten eingreift, kommen die detaillierteren Zulässigkeitsregelungen des 2. Abschnitts des DSG 2000 (vgl §§ 7 ff iVm § 6) grundsätzlich nur zum Tragen, wenn ein Fall der zumindest teilweise automationsunterstützten Datenanwendung vorliegt.<sup>54</sup> Letzteres trifft im vorliegenden Fall zu

47) Dies verkennt etwa *Funk*, Videoüberwachung an öffentlichen Orten – verfassungsrechtliche und gesetzliche Grundlagen, ÖGZ 2005 H 4, 8 bei FN 6. Zutreffend die Unterschiede zwischen einer Beobachtung mit bloßem Auge und einer solchen mittels Videoaufzeichnung herausarbeitend dagegen OGH

19.12.2005, 8 Ob 108/05y.

48) Zum Begriff *Berka*, Lehrbuch (FN 32) Rz 1292 f.

49) Zur genauen Reichweite des datenschutzrechtlichen Auftraggeberbegriffs siehe § 4 Z 4 DSG 2000.

50) Firmenbuchnummer FN 181593z.

51) Vgl dazu Wiener Stadtwerke – Zuweisungsgesetz LGBl 1999/17 idF GBl 2001/101.

52) Vgl oben nach FN 28.

53) Vgl § 32 Abs 1 iVm § 5 DSG 2000.

54) Dies ergibt sich aus § 4 Z 7 iVm § 7 Abs 1 DSG 2000.



(Stichwort: „Ringspeicher“). Auf die bezüglichen Sachverhaltsdarlegungen am Beginn des Beitrags sei verwiesen.<sup>55</sup>

**6. Videobilder als sensible Daten?**

Die Spezifik der Datenermittlung mittels bildgebender Verfahren liegt darin, dass – eine entsprechende Bildqualität vorausgesetzt – neben offenkundigen Informationen über den körperlichen Zustand (fehlende Gliedmaßen, Gehhilfen) auch Hinweise auf die „seelische“ Gesundheit der Betroffenen (Bsp deprimierter Gesichtsausdruck, verkrampfte Körperhaltung) oder auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe erfasst und dokumentiert werden können. Datenschutzrechtlich gesehen geht also Videoüberwachung potentiell stets mit der Ermittlung sog „sensibler Daten“ iSd § 4 Z 2 DSGVO 2000 einher.<sup>56</sup> Aus der besonderen Schutzwürdigkeit dieser Daten ergeben sich für die rechtliche Prüfung der Zulässigkeit von Videoaufzeichnungen deutlich erhöhte Anforderungen (vgl § 9 DSGVO 2000).

**7. Konsequenz für den Prüfmaßstab?**

Damit eine Videoüberwachung mit Aufzeichnung durch einen Privaten datenschutzrechtlich zulässig ist, muss sie zusammenfassend folgende Bedingungen erfüllen: 1. Zweck und Inhalt der Datenanwendung müssen von den rechtlichen Befugnissen des Auftraggebers gedeckt sein, 2. die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen müssen gewahrt werden, 3. die Grundrechtsbeschränkung muss verhältnismäßig sein und 4. die allgemeinen Datenschutzgrundsätze müssen eingehalten werden.<sup>57</sup>

*7.1 Videoüberwachung wozu?*

In ihrer ersten von zwei Registermeldungen betreffend Videoüberwachung in Fahrzeugen vom März 2005<sup>58</sup> haben die Wiener Linien als Zwecke die Erhöhung der Sicherheit ihrer Mitarbeiter sowie der Fahrgäste und die Eindämmung von Vandalismusschäden angeführt. Auf den ersten Blick könnte man nun meinen, dass sich eine abstrakte rechtliche Befugnis der Wiener Linien zur Ermittlung personenbezogener Daten mit Blick auf die Verfolgung von Vandalismusschäden schon aus dem Recht auf Eigentum ergeben müsse. Tatsächlich wird eine solche dahingehend anzunehmen sein, dass auf frischer Tat erappte Verdächtige zur Bekanntgabe ihrer Identität zum Zweck der Anzeigerstattung bzw der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgefordert werden dürfen. Nicht unmittelbar einsichtig erscheint es demgegenüber, aus dem Eigentumsrecht bzw der bloßen Möglichkeit dessen Verletzung eine Befugnis zur Erhebung personenbezogener Daten auch gegenüber Unbeteiligten bzw im Verhältnis zur Gesamtmenge der Fahrgäste abzuleiten. Dies wäre wohl eine unverhältnismäßige Überdehnung des Eigentumsrechts. Ähnliches gilt für den Zweck des Mitarbeiterschutzes. Aus der Fürsorgepflicht der Wiener Linien als Arbeitgeber auf eine Legitimation zur anlasslosen Ermittlung personenbezogener Daten der Gesamt-

heit der Fahrgäste zu schließen, ginge eindeutig zu weit. Zum Thema „Schutz der Fahrgäste“ ist wiederum anzumerken, dass sich die Zuständigkeiten der Wiener Linien als Eisenbahnunternehmen diesbezüglich im Wesentlichen auf die Gewährleistung der Betriebssicherheit konzentrieren. Weder aus letzterer Aufgabe iVm dem Eisenbahngesetz<sup>59</sup> noch aus dem „Beförderungsvertrag“ mit den Fahrgästen kann eine spezifische Befugnis zur Erhebung personenbezogener Daten abgeleitet werden. Eine Ausnahme könnte sich allenfalls im Kontext der Inanspruchnahme der subsidiären Festnahmebefugnis durch Eisenbahnaufsichtsorgane bei einer eisenbahnrechtlichen Verwaltungsübertretung gem § 45 Abs 3 leg cit ergeben. Zur Kriminalitätsbekämpfung in öffentlichen Verkehrsmitteln kann wieder auf das bereits oben (nach FN 28) Gesagte verwiesen werden. Zusammenfassend zeigt sich somit, dass es genau genommen schon an der allgemeinen rechtlichen Befugnis der Wiener Linien im Hinblick auf den Inhalt der in Frage stehenden Datenanwendung (Videoaufzeichnung aller Fahrgäste) fehlt.<sup>60</sup>

*7.2 Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Fahrgäste gewahrt oder ignoriert?*

Würde man das Vorliegen einer allgemeinen rechtlichen Befugnis der Wiener Linien zur „flächendeckenden“ Erhebung von Bilddaten ihrer Fahrgäste bejahen, wäre in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob dabei die schutzwürdigen Interessen Letzterer gewahrt werden könnten. Vor dem Hintergrund des potentiell sensiblen Charakters der Videoaufzeichnungen hat diese Prüfung anhand § 9 DSGVO 2000 zu erfolgen. Dieser enthält eine abschließende Liste jener Bedingungen, unter denen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung sensibler Daten nicht verletzt sind. Auf Basis des vorliegenden Sachverhalts erscheinen zunächst die Ziffern 1 (der Betroffene hat die Daten offenkundig selbst öffentlich gemacht), 3 (die Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung ergibt sich aus gesetzlichen Vorschriften, soweit diese der Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses dienen), 6 (der Betroffene hat seine Zustimmung zur Verwendung der Daten ausdrücklich erteilt, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist) und 9 (die Verwendung ist zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen des Auftraggebers vor einer Behörde notwendig und die Daten wurden rechtmäßig ermittelt) des § 9 leg cit einer näheren Prüfung würdig.

Zu § 9 Z 1 DSGVO 2000 ist an die bereits an anderer Stelle getroffene Feststellung zu erinnern, wonach in der Öffentlichkeit gezeigtes Verhalten nicht mit „allgemein verfügbaren“ bzw „veröffentlichten“ Daten gleichgesetzt werden darf.<sup>61</sup> Für § 9 Z 3 wiederum darf auf die obigen Ausführungen zur Reichweite der allgemeinen rechtlichen Befugnisse der Wiener Linien verwiesen werden.<sup>62</sup> Darüber hinausgehende Sondertatbestände sind ebenfalls nicht ersichtlich. In Bezug auf § 9 Z 6 bedarf es zunächst der Klärung des Begriffs der „Zustimmung“. Als sol-

55) Vgl oben nach FN 5.

56) Dies hat auch die Rsp längst erkannt. Vgl wieder BGH U 25.4.1995, VI ZR 272/94 (FN 15) und DSK 21.6.2005, K507.515-021/0004-DVR/2005.

57) Vgl § 1 Abs 2, § 4 Z 7, § 7 Abs 1 iVm § 9 und § 7 Abs 3 iVm § 6 DSGVO 2000.

58) Vgl wieder FN 22.

59) Vgl Eisenbahngesetz 1957 BGBl 1957/60 idF BGBl I 2005/163.

60) Nicht ganz schlüssig dagegen die Argumentation der DSK in ihrem Registrierungsbescheid v 21.6.2005 (FN 28), wo sie lediglich das Verhältnis von Befugnis und Zwecken

anspricht, nicht aber auf das Verhältnis von Befugnis und Inhalt der Datenanwendung eingeht.

61) Vgl oben bei FN 37.

62) Vgl oben nach FN 28.

Solé  
**Das Verfahren vor dem Kartellgericht**

2006, ca. 500 Seiten, br. 3-7046-4729-2, € 68,-

Das österreichische Kartellrecht hat durch das neue KartG 2005 eine grundlegende Neugestaltung erfahren, die insb im Bereich der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechtes auch umfassend verfahrensrechtliche Aspekte, vor allem bei der Rechtsdurchsetzung, betrifft. Auch das Verfahren zur Anmeldung von Zusammenschlüssen wurde neu geregelt.

Bereits davor hat das neue AußStrG 2003 eine umfassende Kodifizierung und Änderung des auch vom Kartellgericht anzuwendenden Verfahrensrechtes gebracht.

**Dr. Elfriede Solé** ist seit 2002 Richterin des Oberlandesgerichtes Wien als Kartellrichterin sowie Mitglied des insolvenz- und firmenbuchrechtlichen Senates des Oberlandesgerichtes Wien. Sie ist stellvertretende Vorsitzende der Telekom-Control-Kommission.



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



che definiert § 4 Z 14 DSGVO 2000 die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Der Rückgriff auf das Instrument der Zustimmung scheidet im hier diskutierten Fall aus mehreren Gründen. Wie die Wiener Linien, so verfügen auch die meisten anderen terrestrischen öffentlichen Verkehrsmittelanbieter jeweils über eine Monopolstellung im ihrem Einzugsgebiet. Die Fahrgäste haben insofern keine Wahlfreiheit, weshalb es einer allfällig erteilten Zustimmung schon an der erforderlichen Freiwilligkeit mangeln wird. Zudem erschiene die Einholung der nach § 9 Z 6 DSGVO 2000 geforderten „ausdrücklichen“ Zustimmungserklärung praktisch undurchführbar. Selbst wenn die genannten Argumente nicht zuträfen, würde die Praktikabilität der Zustimmungslösung an der gesetzlich garantierten jederzeitigen Widerrufbarkeit der Zustimmung scheitern.

Zu § 9 Z 9 DSGVO 2000 ist schließlich zu bemerken, dass hier primär an Fallkonstellationen gedacht ist, in denen eine Prozesspartei (bspw eine Versicherung als beklagte Partei) bereits über sensible Daten (medizinische Gutachten) der anderen Prozesspartei (bspw des Geschädigten als Kläger) verfügt und mit Hilfe dieser ihre Rechtsposition (keine Zahlungspflicht) verteidigt. In diesem Lichte erscheint § 9 Z 9 leg cit kein tauglicher Ansatzpunkt für eine Ableitung selbständiger Datenermittlungsbefugnisse. Im Ergebnis scheint eine routi-

nemäßige Videoaufzeichnung in öffentlichen Verkehrsmitteln unter keinen der Ermächtigungstatbestände des § 9 DSGVO 2000 subsumierbar.

**7.3 Verhältnismäßigkeit gewahrt?**

Folgt man den im Vorabschnitt angestellten Überlegungen, erübrigte sich eigentlich die zusätzliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Der Vollständigkeit halber soll aber auch dieser Schritt unternommen werden. Zuzufolge der von der Rsp entwickelten Kriterien ist hier nach Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit in Relation zur Eingriffsintensität (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) zu fragen.<sup>63</sup>

Schon auf der Stufe der Eignung begegnen dem Instrument der Videoaufzeichnung erhebliche Bedenken. In Bezug auf Vandalismusschäden ist empirisch erwiesen, dass gerade hier die meisten Straftäter vor der Tatausführung typischerweise keine rationale Abwägung von Handlungsalternativen vornehmen.<sup>64</sup> Gegenüber Tätern, die aus einer emotionalen Bewegung heraus (frustrierter Fußballfan) oder unter Alkohol- bzw Drogeneinfluss aktiv werden, sind Abschreckungseffekte („Prävention“) durch Videoaufzeichnungen kaum zu erwarten. Dies umso weniger, als die Kameras – wie im Falle des Probebetriebs der Wiener Linien – auch für den nüchternen Fahrgast nicht ohne weiteres als solche erkennbar sind. Rational vorgehende Sachbeschädiger können wiederum der

63) Vgl zB (legitimes Ziel): VfSlg 12.228/1989; 16.369/2001; 16.986/2003; (Verhältnismäßigkeit): VfSlg 12.166/1989, 16.149/2001; VfGH 15. 12. 2005, B 1590/03; (Erforderlichkeit): VfSlg; 12.880/1991; 16.150/2001; 16.150/2001; weiters Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>6</sup> (2005) Rz 716 ff; Berka, Lehrbuch (FN 32) Rz 1300 ff.

64) Vgl dazu Müller, Zur Kriminologie der Videoüberwachung, MSchrKrim 2002 H 1, 34.

Überwachung leicht ihre „Wirksamkeit“ nehmen, indem sie sich bspw vermummten. Unabhängige, in Großbritannien in den 1990er Jahren durchgeführte Feldstudien haben gezeigt, dass echte präventive Effekte durch Videoüberwachung gar nicht oder nur in sehr engen Grenzen erzielbar sind.<sup>65</sup> Umgekehrt zeigte sich, dass Sicherheitsbehörden im Interesse der Rechtfertigung der hohen Kosten für Videoüberwachungssysteme gegenüber der Öffentlichkeit zu einer selektiven Veröffentlichungspraxis betreffend Resultate neigen (dh bspw nur positive Teilergebnisse oder Resultate nach zu kurzer Beobachtungszeit).<sup>66</sup> Von der Frage präventiver Effekte zu unterscheiden ist jene des Aufwandes für die nachträgliche Zuordnung von Vandalismusschäden zu bestimmten Personen auf einer Videoaufzeichnung (Sichtung durch Personal) sowie die der Chance einer anschließenden erfolgreichen Ausforschung der Täter. Hier können sich zusätzliche Datenschutzprobleme stellen (zB Veröffentlichung von Bildmaterial Verdächtiger in den Medien?!).

Zu den Zwecken der Erhöhung der Sicherheit von Mitarbeitern und Fahrgästen ist – abgesehen von der fehlenden Kompetenz der Wiener Linien zur sicherheitspolizeilichen Gefahrenabwehr – zu bedenken, dass die Videoaufzeichnung per se weder alkoholisierte Randalierer oder Verbalaggressoren zu bremsen imstande ist. Ohne eine Überwachung in Echtzeit und eine an die Bedrohung anknüpfende, sofortige Reaktion durch physisches Einschreiten von Organen kann keine wirkliche Sicherheit gegen physische bzw kriminelle Bedrohungen hergestellt werden.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Videoaufzeichnung sei erwähnt, dass die Wiener Linien für die Jahre 2003 und 2004 Reparaturkosten in Höhe von insgesamt ca 200.000 Euro für rd 500 Fälle anführen.<sup>67</sup> Die Plausibilität dieser Angaben kann an dieser Stelle nicht weiter diskutiert werden. Grundsätzlich sei aber angemerkt, dass die Schadenssumme auch in Relation zur Betriebsgröße der Wiener Linien und der Gesamtzahl der beförderten Fahrgäste (740 Mio im Jahr 2005)<sup>68</sup> gesetzt werden muss. Weiters ist danach zu fragen, welche gelinderen Mittel als Alternative zur flächendeckenden Videoaufzeichnung zur Verfügung stehen. Zu denken ist hier einmal an eine möglichst robuste Gestaltung der Inneneinrichtung (keine blütenweißen Wände etc), die hilft, Schäden zu minimieren. Auch regelmäßige Schwerpunktkontrollen durch Aufsichtsorgane bzw Polizei scheinen Erfolg versprechend.<sup>69</sup> Die allgemeine Kriminalität in den Wiener Linien ist im Übrigen zweifelsohne gewissen Schwankungen unterworfen, liegt aber im internationalen Vergleich sehr niedrig. Im Extremfall (besondere Häufung von Straftaten auf einer Linie) erschiene bestenfalls eine temporäre Videoüberwachung – allerdings durch die Polizeibehörden und gestützt auf das SPG – diskussionswürdig. Unabhängig von der in Zweifel stehenden Eignung der Videoaufzeichnung kann in dieser insgesamt jedenfalls nicht das gelindeste Mittel erblickt werden.

#### 7.4 Allgemeine Datenschutzgrundsätze

Last but not least soll ein Blick auf die erwähnten allgemeinen Datenschutzgrundsätze geworfen werden. Diese sind in § 6 DSGVO 2000 verankert. Im gegebenen Kontext von Interesse scheint insbesondere der Grundsatz der Zweckbindung (vgl § 6 Abs 1 Z 2 leg cit). Danach dürfen Daten nur für festgelegte, eindeutige und rechtmäßige Zwecke ermittelt werden. Stellt man nun etwa auf den Zweck der „Vandalismusprävention“ ab, so liegt das Problem darin, dass von vornherein nur ein Bruchteil der aufgezeichneten Daten überhaupt in einem konkreten Bezug zu Sachbeschädigungen steht. Mit anderen Worten: Am Beginn der Datenermittlung fehlt es an einem konkreten Zusammenhang mit einer bestimmten Sachbeschädigung bzw Straftat. Der Zweck „Vorbeugung gegen Sachbeschädigungen“ stellt insofern keinen „festgelegten, eindeutigen“ Zweck einer Datenverwendung dar.

#### 8. Ergebnis: Massenweise „Datenschutzverletzte“ und Big Brother Award

Eine Videoüberwachung durch die Wiener Linien, welche über die bloße Bildübertragung samt Monitorbeobachtung hinaus routinemäßig und anlasslos bzw undifferenziert das Verhalten sämtlicher Fahrgäste mittels Aufzeichnungsgeräten dokumentiert, stellt – nicht zuletzt mit Blick auf die damit unvermeidlich einhergehende Einbeziehung auch sensibler Daten – zweifelsohne einen massiven Eingriff in das Grundrecht der Betroffenen auf Datenschutz dar. Ein spezifischer Rechtfertigungsgrund iSd § 9 DSGVO 2000, wie er im Falle sensibler Daten erforderlich wäre, ist nicht ersichtlich. Schon deshalb hätte die DSK den Probebetrieb im Grunde untersagen müssen.<sup>70</sup> Davon abgesehen vermag die von den Wiener Linien als Rechtfertigung ins Treffen geführte abschreckende Wirkung der Bildaufzeichnung gegenüber potentiellen Sachbeschädigern aus empirischen und sachlogischen Gründen nicht zu überzeugen. Die Wahrnehmung der Aufgabe der Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in und um öffentliche Verkehrsmittel als solche liegt von vornherein außerhalb der Befugnis der Wiener Linien. Schließlich ist zu bedenken, dass eine „bloße“ Dokumentation des Geschehens kein wirksames Instrument gegen akute Bedrohungen darstellen kann. Die genannten Faktoren, insbesondere die enorme Zahl der Betroffenen, legen zudem den Schluss nahe, dass das Mittel „Videoüberwachung mit Aufzeichnung in öffentlichen Verkehrsmitteln“ in keinem angemessenen Verhältnis zu den damit verfolgten Zwecken bzw erzielbaren Ergebnissen steht. Im Ergebnis verletzt daher die Videoaufzeichnung in den betreffenden Zügen der Wiener Linien das Grundrecht der Fahrgäste auf Datenschutz. Über den österreichischen Big Brother Award 2005 durften sich die Wiener Linien daher nicht wundern.<sup>71</sup>

*Dr. Gerhard Kunnert ist Jurist in Wien;  
Gerhard-Kunnert@chello.at.*

65) Ebenda, 39 ff.

66) Ebenda, 37 f.

67) Quelle: Wiener Linien, zitiert nach DSK 21.6.2005, K507.515-021/0004-DVR/2005.

68) Vgl Wiener Stadtwerke – 24 Stunden für Wien Nr 177/März 2006, 3.

69) Vgl dazu Kurier, 13.10.2004, 10 („Wiens U-Bahnen sind wieder sicherer. Mehr Polizeipräsenz und Schwerpunktkontrollen ließen Zahl der Strafdelikte sinken“); „Die Presse“, 27.1.2005, 11 („Entwarnung bei Kriminalität im Untergrund“).

70) Die DSK hat in ihrem Registrierungsbescheid v 21.6.2005 (FN 67) § 9 DSGVO 2000 gar nicht angewendet.

71) Vgl <http://www.bigbrotherawards.at/> 2005/Preistraeger.

**1. Problemaufriss**

Das Sicherheitspolizei- und das Militärbefugnisrecht zählen mittlerweile – nach einem jahrzehntelangen stiefmütterlichen Dasein (sei es, dass man im Bereich des Sicherheitspolizeirechts angesichts überkommener partieller Regelungen und der sehr allgemein gehaltenen Ermächtigung des Art II § 4 Abs 2 V-ÜG 1929 keinen weitergehenden Regelungsbedarf sah, sei es, dass erhebliche Teile des Rechts der militärischen Landesverteidigung als einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich erachtet wurden) – ohne Übertreibung zu jenen Materien mit der größten Rechtsschutzdichte. Zu den zentralen Errungenschaften zählt in beiden Fällen zweifellos die Ausdehnung der Überprüfungsbefugnis der Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern (UVS) auch auf Akte schlichten Polizeihandelns und damit die weitgehende Zurückdrängung der Bedeutung der Frage, ob einer bestimmten polizeilichen Maßnahme die Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zugrunde liegt oder nicht<sup>1</sup>. Nicht weniger als vier verschiedene Beschwerdetypen stellt der Gesetzgeber dem Betroffenen gegen nicht bescheid- oder verordnungsförmige Amtshandlungen im Rahmen der Sicherheitsverwaltung (§§ 88 ff SPG) zur Wahrung seiner Rechte zur Verfügung, nicht weniger als vier aber auch hinsichtlich solcher in Angelegenheiten der militärischen Landesverteidigung (§§ 54 f MBG, § 4 WG 2001)<sup>2</sup>.

Kein Verhalten staatlicher Organe scheint von ihnen nicht erfasst zu werden, keines gleichsam mehr durch den Rost zu fallen, keines mehr zu bestehen, gegen das keine Abhilfemöglichkeit geboten würde. Das Angebot ist reichlich und bleibt es – könnte man zufrieden meinen – nur am Betroffenen, aus diesem nach Bedarf auszuwählen. Ja, er müsste sich glücklich schätzen, der Rechtsschutz suchende Bürger. Damit wäre der vorliegende Beitrag zweifelsfrei beendet, wäre es nicht gerade die Auswahl der im jeweiligen Fall „passenden“ Rechtsschutzschiene, die Frage nach dem „Wohin“, die sich bisweilen alles andere als einfach darstellt. Der bei einer ersten unbefangenen Lektüre vermittelte Anschein eines dem Rechtsschutz suchenden Bürger zur Hand gegebenen homogenen, unbürokratischen und weitgehend formfreien Instrumentariums trägt: Sowohl im Vorfeld der Beschwerden als auch in den einzelnen Beschwerdeverfahren selbst zu klärende Fragen von höchster Komplexität fordern ebenso wie Ungereimtheiten im Gesetz vom Interpretieren, vom Beschwerdeführer wie von der Behörde, mitunter (um mit den Worten des VfGH<sup>3</sup> zu sprechen) außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksportaufgaben.

Nirgends scheint dies deutlicher zu Tage zu treten und damit besser darstellbar, als an jenen Fällen, in denen als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (AuvBZ) zu beurteilende oder auch nur ein schlichtes Polizeihandeln darstellende Amtshandlungen

datenschutzrechtliche Bezüge aufweisen. Derartiges stellt keinesfalls eine Seltenheit dar, sondern reicht die Bandbreite insoweit möglicher Fallkonstellationen von der zwangsweisen Abnahme von Papieren zur Klärung der Identität (zB § 44 AsylG 2006) über die – offene oder verdeckte – Anfertigung von Lichtbildern (zB §§ 54 und 64 SPG) bis hin zu einem auch personenbezogene Daten einschließenden

# Wohin soll ich mich wenden?

## Wege und Irrwege des datenschutzrechtlichen Rechtsschutzes im Sicherheitspolizei- und Militärbefugnisrecht

Wolfgang Wessely



Auskunftsverlangen nach § 34 SPG bzw §§ 7 und 21 MBG. Diese Bandbreite bedingt es aber auch, dass Fragen nach den in diesen Fällen offen stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten keinesfalls nur von rein theoretischem, sondern (und das mag prima facie durchaus überraschen) von erheblichem praktischem Interesse sind.

Ausgangspunkt des Streifzugs des Rechtsschutz suchenden Bürgers muss naturgemäß das Gesetz selbst sein, sein Wortlaut, seine Systematik, seine Intention. Ein Unterfangen, das – wie ein erster Blick in die keinesfalls deckungsgleichen Regelungsregime des SPG auf der einen und des MBG auf der anderen Seite zeigt – durchaus Spannung und Abenteuer zu versprechen scheint.

**2. Das Regime des SPG**

Wendet man sich also zunächst dem Rechtsschutzregime des SPG zu, so erkennen die UVS nicht nur über die Rechtmäßigkeit von AuvBZ (§ 88 Abs 1 SPG)<sup>4</sup>, sondern zufolge § 88 Abs 2 SPG auch über jene sog schlichten Polizeihandelns, sodass im Ergebnis – von bescheid- oder verordnungsförmigen Akten abgesehen – grds jedes *Verwaltungshandeln* im Bereich der Sicherheitsverwaltung der nachprüfenden Kontrolle auf seine Rechtmäßigkeit durch die UVS unterliegt. Dabei ist nach hM weder der Beschwerdeführer gehalten, jenes Recht, in dem er sich verletzt zu sein erachtet, zu benennen, noch wäre der UVS durch eine solche Benennung in seiner Prüfbefugnis bzw -verpflichtung eingeschränkt. Vielmehr hat er



1) EBRV 148 BlgNR 18. GP 53.

2) Beschwerdemöglichkeiten an die Volksanwaltschaft nach Art 148a Abs 1 B-VG nicht eingerechnet.

3) ZB VfSlg13.740/1994.

4) Dieser Bestimmung kommt keine eigenständige normative, sondern ausschließliche deklarative Bedeutung zu (die Befugnis des

UVS besteht bereits unmittelbar aufgrund des Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG; vgl VwGH 24.2.1995, 94/02/0500). IdS auch *N.Raschauer/Wessely*, MBG Anm 3 zu § 54.

die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Handlung von sich aus *in jede Richtung zu prüfen*<sup>5</sup>, mithin grds auch auf ihre Vereinbarkeit mit Regelungen datenschutzrechtlicher Natur<sup>6</sup>. Eine Bestätigung fand diese umfassende Prüfbefugnis und -verpflichtung der UVS dabei nicht nur in § 88 Abs 5 SPG (wonach er in jenen Fällen, in denen sich Fragen nach der Rechtmäßigkeit der Verwendung personenbezogener Daten nach den Bestimmungen des 4. Teiles stellten, nach § 14 Abs 3 DSGVO eine Vorfragenentscheidung der Datenschutzkommission [DSK] einzuholen hatte), sondern auch in der erklärten Intention des Gesetzgebers, auch hinsichtlich behaupteter Verstöße gegen die Bestimmungen des 4. Teils des SPG im Interesse der Bürger keine ausschließliche Zuständigkeit der DSK statuieren zu wollen<sup>7</sup>. Durchaus vergleichbar dem im Zuge des Verwaltungsreformgesetzes 2001 ins Rampenlicht gerückten „One-stop-shop-Prinzips“ sollte dem Betroffenen daher gleichsam *eine* Stelle als Ansprechpartner zur Verfügung stehen, an die er sich bei behaupteten Rechtsverletzungen (welcher Art auch immer) wenden konnte; das mit einer Erhebung des im Einzelfall „unrichtigen“ Rechtsmittels verbundene Risiko<sup>8</sup> sollte ihm damit offenbar erspart bleiben. Wenig konsequent hielt der Gesetzgeber allerdings gleichzeitig an einer Beschwerdemöglichkeit und damit einer korrespondierenden Prüfbefugnis der DSK auch im Bereich der Sicherheitsverwaltung – ausgenommen Beurteilungen der Rechtmäßigkeit von Akten nach dem 3. Teil des SPG – fest, Doppelgleisigkeiten im Rechtsschutz wohl durchaus in Kauf nehmend.

Dass sich die aus dem Gesagten ableitbare Hoffnung des Gesetzgebers, dem Betroffenen gleichsam unkompliziert den Weg zu seinem Recht zu öffnen, nicht erfüllt hat, ist bekannt: Während der VfGH<sup>9</sup> eine Zuständigkeit der UVS nach § 88 Abs 2 SPG (durchaus der Intention des Gesetzgebers entsprechend) auch in jenen Fällen bejahte, in denen sich die Beschwerde in der Behauptung der Verletzungen von „Bestimmungen über den Datenschutz“ erschöpfte, lehnte der VwGH<sup>10</sup> bzw lehnten Stimmen in der Lehre<sup>11</sup> – unter Hinweis auf den subsidiären Charakter des § 88 Abs 2 AVG bzw aus Spezialitätserwägungen – eine Zuständigkeit der UVS nach § 88 Abs 2 SPG ab, soweit hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzung die Anrufung der DSK nach § 14 DSG 1978 möglich war. Fragen der Vereinbarkeit behördlichen Handelns

mit Bestimmungen datenschutzrechtlicher Natur waren daher vom UVS nur mehr dann vorzunehmen, wenn dieses Handeln in der Ausübung einer Befugnis des 3. Teils des SPG bestand. Konnte solcherart für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Anfertigung von Lichtbildern (§§ 54 und 64 SPG) wohl problemlos eine Zuständigkeit der DSK konstatiert werden, schien die übrigen eingangs genannten Fälle betreffend eine eindeutige Zuordnung nicht möglich. Ob etwa die Ermittlung personenbezogener Daten im Zuge eines Auskunftsverlangens dem 3. (§ 34 SPG) oder dem 4. Teil (§ 54 Abs 1 SPG) zuzurechnen war, konnte ebenso nicht eindeutig beantwortet werden, wie die Frage, ob die Beschwerdemöglichkeit nach § 90 SPG aus Subsidiaritätsüberlegungen auch die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde nach § 88 Abs 1 SPG ausschloss<sup>12</sup>.

Sich dieser Judikaturdivergenz wohl bewusst, unterzog der Gesetzgeber der *SPG-Novelle 1999*, BGBl I 1999/146 – ohne allerdings seine dahinter stehenden Überlegungen preis zu geben<sup>13</sup> – die Umschreibung der Zuständigkeit der DSK einer Neufassung: Gegenstand ihrer Prüfung sollten fortan alle Akte schlichten Polizeihandelns im Rahmen der Sicherheitsverwaltung sein, Prüfungsmaßstab die Bestimmungen des DSG<sup>14</sup>. Klar zuordenbar war fortan die Prüfbefugnis der UVS, soweit die Erhebung personenbezogener Daten durch AuvBZ erfolgt (zB § 44 AsylG 2006). Die Frage des Verhältnisses der Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG auf der einen und jener nach § 90 SPG auf der anderen Seite blieb demgegenüber – nicht zuletzt auch angesichts der Beibehaltung des § 88 Abs 5 SPG – weiterhin offen. Mehr noch: Infolge Neufassung der Umschreibung des Prüfungsmaßstabes des § 90 SPG war die Problematik um die Zuständigkeit der DSK und damit indirekt auch jene der UVS um eine Facette reicher geworden. Wollte der Gesetzgeber wirklich nur die Prüfung der Vereinbarkeit schlichten Polizeihandelns mit den Bestimmungen des DSG bei der DSK aufgehoben wissen, wohingegen jene mit den diversen in den einzelnen MaterienGesetzen des Sicherheitsverwaltungsrechts enthaltenen (Sonder-) Datenverarbeitungsbestimmungen (einschließlich denen des 4. Teils des SPG)<sup>15</sup> ausschließlich den UVS obliegen sollte? Oder waren letztere gleichsam in das DSG und damit in den Prüfungsmaßstab der DSK hineinzulesen? Mag die enge, im Ergebnis nicht auflösbare Verflechtung zwischen Bestimmungen des allgemeinen Datenverarbeitungsrechts (mithin des DSG 2000) auf der ei-

5) Vgl VfSlg 14.436/1996; VwGH 25.9.1996, 96/01/0286; 9.9.1997, 96/06/0096; 15.9.1997, 94/10/0027; 23.9.1998, 97/01/0407. N. Raschauer/Wessely, MBG Anm 3.b. zu § 54.  
6) Ausdrücklich idS VfSlg 14.887/1997.  
7) EBRV 148 BlgNR 18. GP 53.  
8) Zu denken ist in erster Linie daran, dass der Beschwerdeführer sowohl im Fall einer Zurück- oder Abweisung der Beschwerde als auch im Fall deren Zurückziehung als unterliegende Partei nach Maßgabe des § 79a AVG Kostenersatzpflichtig wird. Die Umdeutung einer Beschwerde an den UVS in eine solche an die DSK und damit ein Vorgehen des UVS nach § 6 AVG scheint nicht in Betracht zu kommen (idS VwGH 19.1.2001, 2000/19/0131; 7.10.2003, 2002/01/0278).  
9) VfSlg 14.887/1997.  
10) VwGH 17.2.1999, 98/01/0297.

11) Vgl zur Rechtslage vor der SPG-Novelle 2002 Hauer/Keplinger, Sicherheitspolizeigesetz<sup>2</sup> Anm B.13. zu § 88 SPG mwN.  
12) Spezialitätserwägungen führen diesfalls zu keinem eindeutigen Ergebnis: Orientiert man sich im Vergleich an der Qualität der Amtshandlung, ginge die Maßnahmenbeschwerde vor (AuvBZ stellen nur einen Teil aller Amtshandlungen dar), orientiert man sich am Prüfungsmaßstab, ginge die Beschwerde an die DSK vor (Prüfungsmaßstab der Maßnahmenbeschwerde ist die gesamte Rechtsordnung, jener der Beschwerde an die DSK im besten Fall Bestimmungen datenschutzrechtlicher Natur).  
13) Der VwGH (24.3.2004, 98/12/0515) schloss aus der Einleitung zum AB (2023 BlgNR 20. GP 1), wonach das SPG „in verschiedenen Bereichen einer Klarstellung oder einer Anpassung an geänderte rechtliche oder

tatsächliche Verhältnisse“ bedürfe, allerdings, dass sich an der bis dahin geltenden Rechtslage nichts ändern sollte.  
14) Mag wohl ursprünglich das DSG 1978 gemeint gewesen sein, war der Verweis aufgrund der Übergangsbestimmung des § 61 Abs 7 DSG 2000 gleichwohl bereits mit Inkrafttreten der Novelle als ein solcher auf das am selben Tag in Kraft getretene DSG 2000 – genauer: auf dessen § 31 – zu verstehen (zu dieser Übergangsbestimmung vgl VwGH 9.7.2002, 2000/01/0423; Dohr/Pollirer/Weiss, Datenschutzrecht<sup>2</sup> Anm 13 zu § 61 DSG 2000).  
15) Nicht vollends klar ist, ob § 90 SPG dem § 13 Abs 1 DSG 1978 als *lex specialis* für den gesamten Bereich der Sicherheitsverwaltung vorging oder nur jenen der Sicherheitspolizei betrifft (idS im Ergebnis VwGH 17.2.1999, 98/01/0297, insoweit in sich widersprüchlich VwGH 24.3.2004, 98/12/0515).

nen und diversen Sonder-Datenverarbeitungsbestimmungen auf der anderen Seite<sup>16</sup> letztgenanntem Ansatz das Wort reden, dürfte die Intention des Gesetzgebers gleichwohl eher dem erstgenannten entsprochen haben<sup>17</sup>. Von der Prüfbefugnis der DSK ausgenommen waren damit jegliche behördliche Akte (mithin AuvBZ ebenso wie solche schlichten Polizeihandeln) auf ihre Vereinbarkeit mit anderen Regelungen als jenen des DSGVO. Ob freilich die Unterlassung des Hinweises auf den amtlichen Charakter der Befragung ausschließlich im Lichte des § 54 Abs 1 SPG und damit vom UVS zu beurteilen war oder – nach Inkrafttreten des DSGVO 2000 – auch sub titulo „Treu und Glauben“ von der DSK am Gebot des § 6 Abs 1 Z 1 DSGVO 2000<sup>18</sup> gemessen werden durften, blieb ebenso dunkel wie die Bedeutung der Anordnung des § 51 Abs 2 SPG im gegenständlichen Zusammenhang. Doppelzuständigkeiten schienen insoweit ebenso vertretbar<sup>19</sup> wie die Zuordnung der Sache zur einen oder anderen Behörde.

Das bisher letzte Kapitel im hier interessierenden Zusammenhang schlug der Gesetzgeber mit der *SPG-Novelle 2002*, BGBl I 2002/104 auf. Erklärtes Ziel der Novelle war es nicht nur, die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des SPG an das DSGVO 2000 anzupassen, sondern auch Verbesserungen und Klarstellungen einzelner Datenrechtsregelungen vorzunehmen<sup>20</sup>. Die Freude über diese Ankündigung und die Aufhebung der für die bis dahin bestehenden Unklarheiten mitverantwortlichen Bestimmung des § 88 Abs 5 SPG verfloß freilich schnell. Wie bereits 1999 hüllte sich auch der Gesetzgeber der SPG-Novelle 2002 hinsichtlich dieser Änderung in vornehmtes Schweigen<sup>21</sup>. Abermals überließ es dem Interpreten – dem Beschwerdeführer wie der Behörde – gleichsam nach Manier von Auguren bzw Haruspices<sup>22</sup> aus mehrdeutigen Änderungen auf seine, der Novelle zugrunde liegende Intention zu schließen. Unweigerlich stellte sich solcherart im Wesentlichen die Frage nach der Aussagekraft der Aufhebung des § 88 Abs 5 SPG im gegenständlichen Zusammenhang. Sie lediglich als – für Fragen des Rechtsschutzsystems des SPG wenig aussagekräftige – Anpassung an das DSGVO 2000 zu verstehen<sup>23</sup>, schien dabei ebenso legitim, wie sie als Klarstellung iSd oben dargestellten und dem Gesetzgeber wohl bekannten Rsp des VwGH und damit der Exklusivität der Beschwerde nach §§ 88 Abs 2 auf der einen und 90 SPG auf der anderen Seite zu lesen<sup>24</sup>. Es bestand damit kein ernstes Problem, aus der Änderung das „herauszuinterpretieren“, was man zuvor „hineininterpretiert“ hatte. Auf der Suche nach der zuständigen Behörde war damit freilich nicht viel gewonnen.

Dementsprechend ernüchternd fällt im Ergebnis auch die an dieser Stelle zu ziehende Zwischenbilanz aus. Zumindest

bestehe nunmehr – so wäre zu konstatieren – insoweit Klarheit über die Zuständigkeitsverteilung, als die Prüfung der Rechtmäßigkeit von AuvBZ auf ihre Rechtmäßigkeit *ausschließlich und in jeder Hinsicht* bei den UVS konzentriert sei – eine trügerische Klarheit freilich, hält man sich vor Augen, dass gerade die Frage, ob einer bestimmten behördlichen Maßnahme die Ausübung eines AuvBZ zugrunde lag oder nicht, bisweilen nur schwer und nach Durchführung mitunter umfangreicher Ermittlungen und diffiziler Erwägungen beantwortet werden kann<sup>25</sup>. Nicht von ungefähr dehnte der Gesetzgeber die Prüfbefugnis der UVS in § 88 Abs 2 SPG auch auf Akte schlichten Polizeihandeln aus, nicht von ungefähr geht aber auch die Rsp davon aus, dass der Verwaltungsakt grds im Lichte sowohl des Abs 1 als auch des Abs 2 zu prüfen ist, ohne dass es einer entsprechenden Festlegung in der Beschwerde oder im Bescheid bedarf<sup>26</sup>. Auf dem Umweg über die Umschreibung der Zuständigkeit der DSK in § 90 SPG halten die genannten Abgrenzungsprobleme wieder Einzug in das Rechtssystem des SPG und treffen mit den oben umschriebenen Ungereimtheiten zusammen. Weitgehend auf der Strecke bleibt im Ergebnis der Rechtsschutz suchende Bürger, sich im gegenständlichen Bereich einem Rechtssystem gegenüber sehend, das allenfalls noch als Spielwiese für Experten erhalten kann. Mit der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers der Urfassung des SPG, dem Bürger gleichsam ein homogenes, unbürokratisches und weitgehend formfreies Rechtsschutzinstrumentarium zur Verfügung zu stellen, hat das nicht mehr viel zu tun.

### 3. Das Regime des MBG

Ein wenig desillusioniert schweift der Blick weiter ins MBG. In wesentlichen Teilen, insbesondere im Bereich des Rechtsschutzes an das SPG angelehnt, erkennen die UVS auch hier nicht nur über die Rechtmäßigkeit von AuvBZ (§ 54 Abs 1 MBG), sondern zufolge § 54 Abs 2 SPG auch über jene sog schlichten Polizeihandeln im Zusammenhang mit der Besorgung von Angelegenheiten der militärischen Landesverteidigung<sup>27</sup>. Bereits an dieser Stelle erfährt die Prüfbefugnis des UVS allerdings eine nicht unerhebliche Einschränkung. Steht dem Betroffenen nämlich die Anrufung der *Bundesheer-Beschwerdekommision* nach § 4 WG 2001 offen<sup>28</sup>, besteht eine Zuständigkeit der UVS nicht. Dem Konstrukt des SPG entsprechend, werden die genannten Beschwerdemöglichkeiten auch im MBG durch eine solche an die DSK flankiert, sodass sich in gleichartiger Weise auch hier unweigerlich die Frage nach dem Verhältnis dieser Rechtsschutzinstrumente zueinander stellt. Da wie dort scheint es mit guten Gründen

16) Vgl schon zu § 90 SPG idF der SPG-Novelle 1999 *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeiengesetz<sup>2</sup> Anm B.4. zu § 90 SPG.  
 17) Dafür spricht nicht nur die Art und Weise der Neufassung (nämlich der Entfall des Hinweises auf den 4. Teil des SPG), sondern auch ein Vergleich mit der einige Zeit später erlassenen Bestimmung des § 55 MBG.  
 18) Vgl dazu *Dohr/Pollirer/Weiss*, Datenschutzrecht<sup>2</sup> Anm 4 zu § 6 DSGVO 2000.  
 19) IdS wohl *Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeiengesetz<sup>2</sup> Anm B.4. zu § 90 SPG.  
 20) Vgl dazu EBRV 1138 BlgNR 21.GP 15.  
 21) Den EBRV (1138 BlgNR 21.GP) ist nicht

einmal im Ansatz zu entnehmen, was den Gesetzgeber zu den hier interessierenden Änderungen bewogen hat.  
 22) Auguren hatten die Aufgabe, die Zukunft aus dem Flug der Vögel herauszulesen, Haruspices Gleichartiges aus den Innereien von Opfertieren.  
 23) Dem DSGVO 2000 ist eine dem § 14 Abs 3 DSGVO 1978 entsprechende Regelung fremd.  
 24) Vorsichtig in diese Richtung VwGH 7.10.2003, 2002/01/0278.  
 25) Zum insoweit zentralen Merkmal der Normativität vgl statt aller *B.Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> Rz 1034 ff.

26) IdS VwGH 16.6.1999, 98/01/0172; vgl auch *N. Raschauer/Wessely*, MBG Anm 6.b. zu § 54.  
 27) Von der Prüfbefugnis umfasst sind daher auch nicht in Vollziehung des MBG gesetzte Handlungen (*N. Raschauer/Wessely*, MBG Anm 4.a. zu § 54).  
 28) Dieses Recht steht nach § 12 Abs 1 ADV dem Soldaten zu, soweit es sich um ihn betreffende Mängel und Übelstände im militärischen Dienstbereich, insbesondere über erlittenes Unrecht oder Eingriffe in seine dienstlichen Befugnisse handelt.

vertretbar, der Beschwerde nach § 55 MBG – sei es aus Subsidiaritätsüberlegungen<sup>29</sup>, sei es aus Spezialitätsüberlegungen – jene nach § 54 Abs 2 MBG nachgehen zu lassen; da wie dort ist dies aber keinesfalls zwingend.

Beachtung verdient an die Stelle freilich die doch erheblich von § 90 SPG abweichende Umschreibung der Prüfbefugnis der DSK. Z zufolge § 55 MBG entscheidet diese über Beschwerden wegen Verletzung von Rechten durch eine Datenverwendung entgegen den Bestimmungen des MBG und des DSGVO 2000, ausgenommen die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Datenermittlung durch die Ausübung von Befugnissen im Wachdienst nach §§ 7 bis 14 MBG. Maßgeblich ist also weder die Qualifikation der Amtshandlung als AuvBZ oder schlichtes Polizeihandeln noch die Frage, ob es sich bei einem auftretenden datenschutzrechtlichen Problem um ein solches des „allgemeinen Datenverarbeitungsrechts“, also des DSGVO 2000, oder eines von Sonder-Datenverarbeitungsbestimmungen des MBG handelt. Ausschließlich die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Datenermittlung durch die Ausübung von Befugnissen im Wachdienst nach den §§ 7 bis 14 MBG ist von ihrer Zuständigkeit ausgenommen. Was der Gesetzgeber des SPG nicht bieten kann, nämlich eine an klare Anhaltspunkte anknüpfende Aufgabenverteilung zwischen UVS und DSK, scheint ihm hier weitgehend gelungen: Diffizile Abgrenzungsprobleme wie im Bereich des SPG bestehen hier nicht.

Gleichwohl wäre es zu schön, wäre das Konzept gänzlich ohne Tücken. Zugeständenermaßen bleiben diese aber in ihren praktischen Auswirkungen bei weitem hinter jenen des SPG zurück; sie betreffen lediglich die Behandlung des Auskunftsverlangens. Dass die Zuordnung der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Auskunftsverlangen zu den UVS bzw zur DSK davon abhängen soll, ob dieses im Rahmen des Wachdienstes (§ 7 MBG) oder im Bereich der militärischen Nachrichtendienste gestellt wird, ist zwar nicht nachvollziehbar, tut jedoch der Klarheit der Aufgabenverteilung keinen Abbruch. Als auch unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt problematisch erweist sich allerdings die aufgrund der Konstruktion (konkret aufgrund der Anknüpfung des § 55 MBG an die Befugnisse der §§ 7 bis 14 MBG) zur Klärung der Zuständigkeit unabdingbare Differenzierung zwischen (der DSK zur Prüfung zugeteilten und unter § 3 Abs 1 MBG<sup>30</sup> zu subsumierenden) schlichten Auskunftsersuchen und (den UVS zur Prüfung überantworteten) Auskunftsverlangen iSd § 7 MBG<sup>31</sup>. Nicht nur, dass zwischen diesen Handlungen kein qualitativer Unterschied besteht – in beiden Fällen handelt es sich um schlichtes Polizeihandeln<sup>32</sup>, einmal gestützt auf § 3 Abs 1 MBG, einmal gestützt auf § 7 MBG – würde ein derartiges Differenzierungsgebot an praktische Grenzen stoßen. Wodurch sich das Auskunftsverlangen praktisch vom schlichten Auskunftsersuchen unterscheiden soll, ist nämlich nicht ersichtlich. In Wahrheit – und das ist an dieser Stelle

einzuräumen – handelt es sich freilich weniger um ein Problem des an sich durchaus praktikablen Rechtsschutzsystems, sondern vielmehr um ein solches einer Sinn und Zweck nur schwer erkennen lassenden Überreglementierung, dem ohne Verlust an Klarheit und Rechtsstaatlichkeit durch ersatzlose Behebung dieser Befugnis begegnet werden könnte.

#### 4. Schluss

An dieser Stelle würde der Rechtsschutz suchende Bürger durchaus mit Recht einwenden, dass es für den Gesetzgeber wohl Vordringlicheres zu tun gäbe, als diese Ungereimtheit zu bereinigen. Dabei würde er von seinen Erlebnissen im Irrgarten des sicherheitspolizeilichen Rechtsschutzes berichten, von Regelungen, derer man – wie die Rsp zur Urfassung zeigt – mit Interpretationsmethoden herkömmlicher Art nicht wirklich Herr werden kann und die selbst nach wiederholtem Studium nichts von ihrem rätselhaften, geheimnisvollen Flair einbüßen. Er würde davon berichten, wie riskant es sein kann, sich überhaupt in den Irrgarten hineinzubegeben, und dabei an die hohen, im Fall einer Fehlbeurteilung der Zuständigkeit anfallenden Kosten denken.

Nun mag es das Problem – im Großen gesehen – bis zu einem gewissen Grad entschärfen, dass es sich bei Beschwerden nach §§ 88 bzw 90 SPG nicht unbedingt um Massenerscheinungen handelt. Für den einzelnen Betroffenen ist das aber ein schwacher Trost. Erachtet man schon die Aufteilung des Rechtsschutzes auf mehrere Behörden als unausweichlich, so ist die Zuständigkeit der einzelnen Behörden und damit deren Abgrenzung nach objektiven Kriterien exakt, klar und eindeutig zu treffen<sup>33</sup> – eine Anforderung, der das System des SPG im hier interessierenden Zusammenhang wohl kaum gerecht werden dürfte. Es ist aber auch ein Gebot der Fairness dem Rechtsschutz suchenden Bürger gegenüber und wohl auch ein solches des Rechtsstaatsprinzips, nicht schon den Zugang zu einer inhaltlichen Prüfung des Anliegens so zu gestalten, dass die Frage nach dem „Wohin“ wenn überhaupt nur nach diffizilen Abwägungen und mit dem verbleibenden nicht unerheblichen Risiko einer Fehleinschätzung beantwortet werden kann. Dass exaktere und praktikablere Lösungen möglich sind, hat der Gesetzgeber im MBG vorexerziert. Bleibt zu hoffen, dass die nächste, eine Klarstellung einzelner Datenrechtsregelungen zum Ziel habende Novelle des SPG Licht ins Dunkel bringt. Vielleicht böte aber auch die Einführung einer Landes-Verwaltungsgerichtsbarkeit die Chance, die Doppelgleisigkeit des Rechtsschutzes im SPG und damit die oben dargelegten Probleme im Interesse von Bürger und Behörden zu beseitigen.

*Dr. Wolfgang Wessely ist Mitglied des Unabhängigen Verwaltungssenates Niederösterreich; Wolfgang.Wessely@blackbox.at*

29) Vgl N. Raschauer/Wessely, MBG Anm 4.a. zu § 54.

30) Nach dieser Bestimmung dürfen militärische Organe und Dienststellen zur Erfüllung von Aufgaben der militärischen Landesverteidigung unter angemessener Bedachtnahme auf andere öffentliche Interessen alle Mittel einsetzen, die nicht in die Rechte einer Person eingreifen.

31) Nach dieser Bestimmung dürfen militärische Organe im Wachdienst von jenen Personen Auskünfte einholen, von denen anzunehmen ist, sie könnten sachdienliche Hinweise für die Wahrnehmung des Wachdienstes geben, wobei die Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt zur Durchsetzung dieser Befugnis ist unzulässig ist.

32) IdS N. Raschauer/Wessely, MBG Anm 4 zu § 7; aM Hauer/Keplinger, Sicherheitspolizeigesetz<sup>3</sup> Anm B.2. zu § 34 SPG, denen zufolge das Auskunftsverlangen einen Akt unmittelbarer behördlicher Befehlsgewalt darstellen soll.

33) Vgl Mayer, B-VG<sup>3</sup> Anm II.2. zu Art 83 B-VG mwN.

# Was Stalking mit Frauenpolitik zu tun hat? – Eine kurze Bilanz

Nina Eckstein

*Stalking* kommt aus der Jägersprache und bezeichnet das Anpirschen und Anschleichen an das Wild während der Jagd. Der Begriff wird allerdings seit längerem auch im Zusammenhang mit dem permanenten Nachstellen und Verfolgen von Personen verwendet. Öffentliches Interesse erweckten vor allem „begeisterte“ Fans, die ihre prominenten Opfer auf Schritt und Tritt verfolgen und so in den Wahnsinn treiben.

Viel häufiger sind allerdings jene Fälle von Stalking, in denen Frauen betroffen sind und unter dem oft jahrelangen Psychoterror ihrer ehemaligen Partner leiden, die das Ende der Beziehung nicht akzeptieren wollen oder von zurückgewiesenen Verehrern tyrannisiert werden. Diese Fälle von Stalking wurden oft nicht ernst genommen. Nicht selten war frau mit der Auffassung konfrontiert, dass es sich um ein Kavaliersdelikt handle, bei dem man(n) schon einmal beide Augen zudrücken müsse. Man(n) wisse doch, dass allzu leidenschaftliche Verehrer gelegentlich übers Ziel hinausschießen. Außerdem ist allgemein bekannt, dass Frauen *Nein* sagen und eigentlich *Ja* meinen. Die betroffenen Frauen werden in diesem Zusammenhang auch gerne als übersensibel und hysterisch bezeichnet. Und selbst wenn doch die Auffassung vertreten wurde, man(n) müsse etwas dagegen tun, gab es so gut wie keine rechtliche Handhabe, um den Betroffenen helfen zu können.

Wenn es nach dem Willen der Justizministerin geht, soll sich das nun ändern. Demnächst wird im Nationalrat das so genannte *Anti-Stalking-Gesetz* beschlossen. Konkret soll im Strafbuch ein zusätzlicher Paragraph eingefügt werden. Unter der Überschrift „*Beeinträchtigung der Lebensführung*“ stellt Stalking hinkünftig einen Straftatbestand dar. Bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe fasst aus, wer *durch sein Verhalten die Lebensführung des Opfers*

*unzumutbar beeinträchtigt*. Darunter fallen sowohl das ständige Nachstellen und Auflauern des Opfers sowie andere Versuche mit dem Opfer gegen dessen Willen in Kontakt zu treten.

Auf den ersten Blick erscheint die Initiative der Justizministerin begrüßenswert und zeugt im Gegensatz zur derzeitigen Frauenministerin, die vorwiegend durch noble Zurückhaltung auffällt, freilich von mehr Engagement in Hinblick auf frauenspezifische Belange. Doch eine gewisse Skepsis besteht, denn abzuwarten bleibt, wie die Anwendung und Umsetzung des neuen Paragraphen in der Praxis sein wird. Zu beobachten ist, nach welchen Kriterien Richter und Richterinnen beispielsweise entscheiden, ob und wann ein bestimmtes Verhalten die Lebensführung des Opfers tatsächlich unzumutbar beeinträchtigt. Auch bleibt abzuwarten, in welchem Umfang die Opfer zu Wort kommen und ihr Martyrium darstellen können, ohne gleich mit Aussagen à la „*Sie hätten schon deutlicher sagen müssen, dass sie das nicht wollen*“ oder „*Ein bisschen sind sie auch selbst schuld*“, konfrontiert zu sein.

Positiv anzumerken ist, dass durch den Vorstoß der Justizministerin die Probleme vieler Frauen wieder etwas mehr ins Rampenlicht gerückt werden. Umso stärker fällt daher in diesem Zusammenhang die nicht existente Frauenpolitik der Bundesregierung auf.

Nachdem in letzter Zeit besonders viel erinnert wurde und ein Jubiläum das nächste jagte – siehe das bis zum Erbreechen erinnerte Gedanken-/Gedenkjahr – soll auch einmal von anderer Seite erinnert werden, was denn in den letzten Jahren seitens der Bundesregierung in Hinblick auf Frauen und frauenpolitische Maßnahmen getan wurde? Gerne erinnert sich frau dabei an den Herrn Frauenministerin, der als Tierarzt die Tiere verstand und sich daher auch mit

den Frauen auskannte. Gleich zu Beginn seiner frauenpolitischen Karriere glänzte er mit „guten Ideen“, indem er z.B. die Männerabteilung schuf, in der all jene Männer Zuflucht finden konnten, die mit der fortschreitenden Emanzipation der Frauen so ihre Probleme hatten und sich in ihrem Unbehagen sonst unverstanden fühlten. Auch an die Einführung des Kindergeldes sei erinnert, welches den Frauen ermöglichen sollte, wieder das zu sein, was ihre wahre Bestimmung ist – das Dasein als Mutter und Hausfrau. Aber auch die gegenwärtige Frauenministerin „beeindruckte“ durchaus mit originellen Ideen. Im Gedächtnis ist selbstverständlich noch die, von ihr selbst sowie von der gesamten Bundesregierung gepriesene, einmalige Anerkennungsprämie für jene Frauen, die nach Kriegsende am Wiederaufbau der 2. Republik maßgeblich beteiligt waren. Und weil ja die Frauenministerin und ihre Bundesregierung ziemlich klare Vorstellungen davon haben, welche Frauen anzuerkennen sind und welche nicht, wurde flugs das Vorliegen von Mutterschaft zu einem bestimmten Stichtag als Voraussetzung für die Ausbezahlung einer solchen Prämie eingeführt. Dieses Kriterium erfüllte dann leider doch eine beträchtliche Anzahl von Frauen nicht und ging daher leer aus. Einmal mehr verdeutlichte die Frauenministerin damit, welche Frauen sie im Sinn hat, wenn sie frauenpolitische (?) Akzente setzt. Die kinderlosen und berufstätigen Frauen waren ihr und der gesamten Regierung von Anfang an ein Dorn im Auge. Zu dieser „Zurück-an-den-Herd-Politik“ passt daher auch gut, dass die Abtreibungsdebatte wieder eröffnet wurde. Unter dem Deckmäntelchen „*Ein paar Dinge wird man(n) doch andenken dürfen*“ soll die hart erkämpfte Fristenlösung sukzessive ausgehöhlt werden. Auch die radikalen Abtreibungsgegner gewinnen, dank Unterstützung klerikaler und



politischer Kreise, immer stärker an Boden und sind in der Öffentlichkeit wieder häufiger am Wort. Für Frauen hat dies zur Konsequenz, dass sie immer öfter unter Rechtfertigungszwang geraten, wenn sie sich entschließen, eine Abtreibung vornehmen zu lassen.

Nachdem die Bundesregierung selbst immer gerne Bilanz zieht und die Frauenministerin anlässlich des Internationalen Frauentages am 8. März zu einer Pressekonferenz geladen hat-

te um in Sachen Frauengleichstellung positive Bilanz zu ziehen, wollen wir nicht nachstehen und ebenfalls Bilanz ziehen: Obwohl der Entwurf des *Anti-Stalking-Gesetzes* durchaus lobenswert ist, muss der Frauenministerin sowie der gesamten Bundesregierung in Sachen Frauenpolitik trotzdem ein klares Nicht Genügend erteilt werden. Zu hoffen ist, dass dies im Gedächtnis bleibt, wenn frau im Herbst in der Wahlzelle steht.

Thema Heft 2/2006

## Lateinamerika und Europa – Rechtskulturen im Dialog

### Präsentation des juridikum 2/06

22. Juni 2006, 19.00 Uhr

Dachgeschoss des Wiener Juridicum  
Schottenbastei 10–16, 1010 Wien

- **Ass.-Prof. Mag. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Holzeithner:**  
„Latino/a Critical Theory“  
und europäisches Gleichheitsdenken
- **Ao. Univ.-Prof. Dr<sup>in</sup>. Eva Maria Maier:**  
Die Theologie der Befreiung – ein  
lateinamerikanisches Menschenrechtsprojekt  
mit europäischen Wurzeln?
- **Ao. Univ. Prof. DDr. Nikolaus Dimmel:**  
Die EU als historischer Block? –  
Europäische Machtpolitik in den  
internationalen Beziehungen
- **Ao. Univ.-Prof. Dr. René Kuppe:**  
Verfassungsrecht und Interkulturalität in  
Lateinamerika

Die AutorInnen stellen ihre Beiträge zum Thema des  
juridikum 02/2006: „Lateinamerika und Europa – Rechtskulturen  
im Dialog“ vor und diskutieren diese.

Im Anschluss an die Präsentation werden Getränke gereicht.

Thema Heft 3/2006

## Kinder und Justiz

Thema Heft 4/2006

## Recht und Psychoanalyse

## Impressum

### juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat  
<http://www.juridikum.at>

### HerausgeberInnen

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

### Medieninhaber und Verleger:

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

**Preis:** Jahresabonnement: Euro 38,-,  
Studierendenabonnement: Euro 27,-,  
Förderabonnement Euro: 56,-,  
Einzelheft: Euro 12,-  
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)  
Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Univ.-Ass.  
Dr. Daniel Ennöckl, ao. Univ.-Prof. Dr. Christian  
Hiebaum, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Hödl,  
Matthias C. Kettemann, Dr. Roland Kier,  
Univ.-Ass. Dr. Konrad Lachmayer, Dr<sup>in</sup>. Nora  
Melzer-Azodanloo, MMag<sup>a</sup>. Doris Obereder,  
Mag. Lukas Oberndorfer, Mag. Michael Reiter,  
Mag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter, Mag<sup>a</sup>. Marianne  
Schulze, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek,  
RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer, Mag. Thomas  
Sperlich, Mag<sup>a</sup>. Alexia Stuefer, Univ.-Prof. Dr.  
Ewald Wiederin, RAA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Maria Windhager

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Stephanie Berchtold, Nina Eckstein,  
Iris Eisenberger, Ronald Faber, Matthias  
C. Kettemann, Gerhard Kunnert, Konrad  
Lachmayer, Judith Schacherreiter, Marianne  
Schulze, Joachim Stern, Peter Warta, Valentin  
Wedl, Wolfgang Wessely, Dietrich Westphal

### Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

### Layout und Satz:

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

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

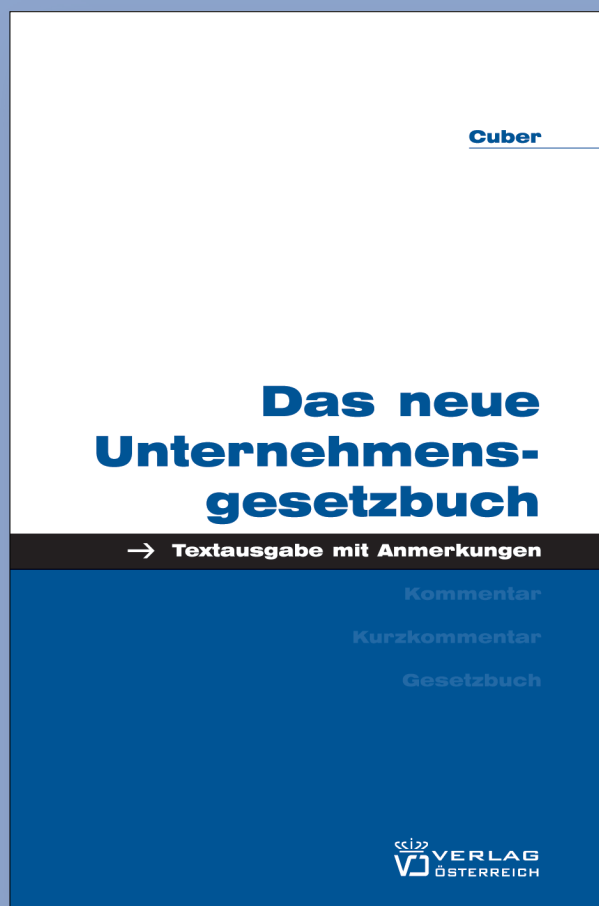
Univ.-Ass<sup>in</sup>. Mag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. Judith Schacherreiter  
Institut für Europarecht, Internationales Recht  
und Rechtsvergleichung  
Juridische Fakultät der Universität Wien  
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien  
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351  
[judith.schacherreiter@univie.ac.at](mailto:judith.schacherreiter@univie.ac.at)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

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

*Cuber*

# Das neue Unternehmensgesetzbuch

2006, 388 Seiten, br., 3-7046-4869-8, € 38,-



Durch das **Handelsrechts-Änderungsgesetz** (HaRÄG) wird das Handelsrecht grundlegend geändert, modernisiert und das Handelsgesetzbuch in **Unternehmensgesetzbuch** umbenannt. Schwerpunkt der Reform liegt in der Schaffung eines **einheitlichen Unternehmerbegriffes**. Das Buch beinhaltet den Gesetzestext des UGB einschließlich der Gesetzesmaterialien sowie die Änderungen der Nebengesetze.

Die **optische Hervorhebung** der Gesetzesänderungen erleichtert die praktische Verwendung der Textsammlung.

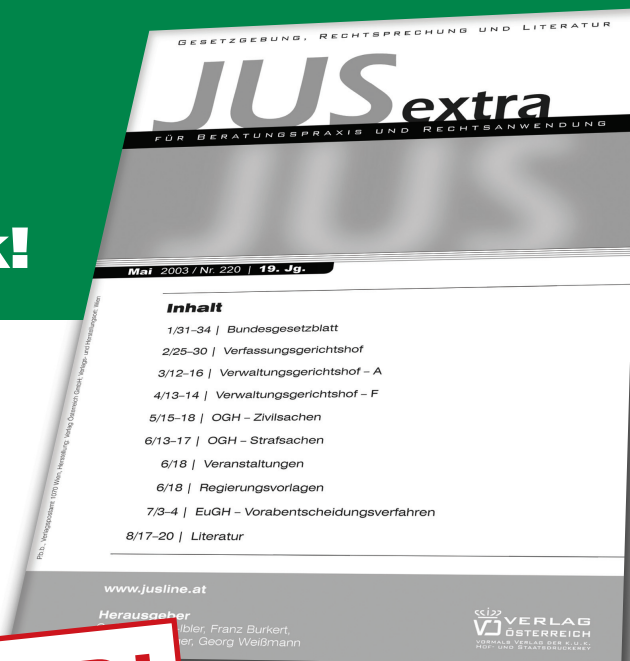
**Dr. Eva-Maria Cuber** ist Mitarbeiterin einer Rechtsanwaltskanzlei, Fachvortragende und Autorin einschlägiger Publikationen.

# JUS extra

**Monat für Monat  
alles auf einen Blick!**

- von Experten monatlich auf 32 Seiten übersichtlich zusammengefasst
- Loseblattausgabe
- Ablage nach Teilgebieten in Ringbuchordnern

**BESTSELLER!**



## **Die aktuelle Information über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur:**

- Bundesgesetzblatt
- Regierungsvorlagen
- Verfassungsgerichtshof
- Verwaltungsgerichtshof - Administrativ
- Verwaltungsgerichtshof - Finanz
- OGH - Zivilsachen
- OGH - Strafsachen
- EuGH - Vorabentscheidungsverfahren
- Literatur mit Auswertung der führenden Fachzeitschriften

## **Unser Topangebot:**

**Bestellen Sie jetzt Ihr Jahresabo, und Sie erhalten**

- *JUS extra* für ein Jahr um nur € 89,-\*

\*(Preise zzgl. Versand)

Jahresbezug (11 Ausgaben) EUR 89,-  
Schnupper-Abo (3 Ausgaben) EUR 6,90

Jetzt bestellen ☎ (01) 610 77 - 136  
oder bestellen@voe.at

 **VERLAG  
ÖSTERREICH**

Mayerhofer

# Das österreichische Strafrecht

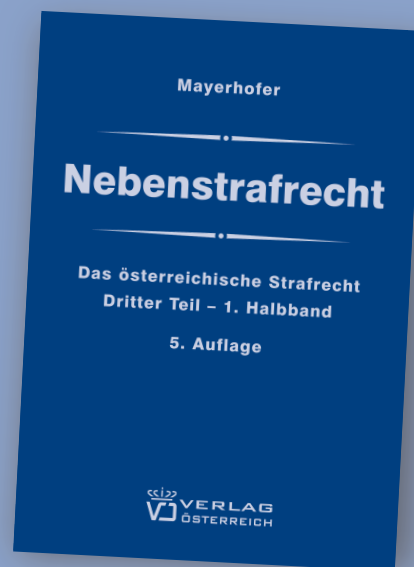
Der Standardkommentar zum Strafrecht neu aktualisiert

## Nebenstrafrecht

Dritter Teil, (2 Bände), 5., überarbeitete Auflage, 2005, 1.472 Seiten, geb., 3-7046-4722-5, € 250,-

Das Buch ist für die Auffindung der gesuchten verfahrensrechtlichen Nebengesetze ein unverzichtbarer und nützlicher Behelf. Durch seine Vollständigkeit steht es außer Konkurrenz zu ähnlichen Werken.

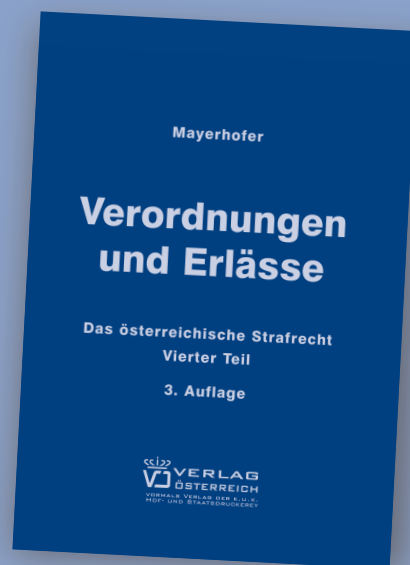
Der Schwerpunkt dieser Gesetzesausgabe liegt bei der Entscheidungssammlung. Vorrangiges Anliegen ist es, die in der Rechtsprechung erarbeiteten Lösungen, insbesondere anhand der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes und der Oberlandesgerichte, umfassend darzustellen.



## Verordnungen und Erlässe

Vierter Teil, 3., überarbeitete Auflage, 1. Nachtrag, 2005, ca. 1.700 Seiten, 2 Mappen, Loseblattsammlung, 3-7046-4098-0, Gesamtwerk mit 1. Nachtrag € 248,-

Die Loseblattsammlung enthält alle für den in Strafsachen tätigen Praktiker relevanten Erlässe, Verordnungen und Kundmachungen. Der Wert des Bandes liegt in der Veröffentlichung sonst nicht oder nur schwer zugänglicher Rechtsquellen, die einerseits die historische Rechtsentwicklung aufzeigen und andererseits für die tägliche Praxis von Wert sind.



## Strafgesetzbuch

Erster Teil, 5., überarbeitete Auflage, 2000, 1.140 Seiten, geb., 3-7046-1441-6, € 216,57

## Strafprozessordnung

Zweiter Teil, 5. Auflage, 2 Bände, 2004, 1.452 Seiten, geb., 3-7046-4249-5, € 240,-