

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ..... nr 1. 2007

thema 

# Urheber rechts debatten

recht & gesellschaft

Dammbau und Völkerrecht

Missverstehen der Arzthaftung

Fremdenrecht und Terrorismus

Plea Bargaining bei Völkermord

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

 VERLAG  
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

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

# Der Sprache ihre Kritik Der Kritik ihren Platz

Matthias C. Kettemann

In „Recht in Österreich“, einer allgemein gehaltenen Einführung in die Rechtswissenschaften, führt *Welan* im Gefolge von *Wittgenstein* zum Verhältnis von Recht, Politik und Sprache aus, dass Politik „in großen Sprachspielen mit ernststen Folgen“ zu Recht wird. Veränderungen der Gesellschaft ohne Gewalt können nur „durch Sprechen und Sprache“ realisiert werden. Dennoch ist die Ausübung von Gewalt, besser: Macht, eng mit dem Gebrauch der Sprache verbunden. Diese Interdependenz von Diskurs und Herrschaft tritt in Begriffen wie „Kollateralsprache“ (die Sprache als Opfer des Krieges) zu Tage und substantiiert sich in der Vermachtung und Kommodifizierung der Sprache. Wie in Österreich mit Sprache Politik gemacht und Unrecht perpetuiert wird, hat unlängst der Kärntner Verkehrslandesrat *Dörfler* mit seiner Gegenüberstellung des rechtsstaatlichen Baugesetzes mit dem nationalsozialistisch vorbelasteten Begriff des „gesunden Volksempfindens“ gezeigt.

In der Sprache konstituiert und durch sie konstruiert sich das, was wir als Realität wahrnehmen. *Wittgensteins* Diktum, wonach die „Grenzen meiner Sprache“ die „Grenzen meiner Welt“ sind, hat mit *Orwells* „1984“ einen literarischen Niederschlag gefunden: Was nicht gesprochen werden kann, kann nicht gedacht werden. Abgeschwächt und positiviert: Wie gesprochen wird, wird auch gedacht und diskutiert, wird Recht gesetzt, wird ge- und verteilt und ge- und verurteilt. Für die Sprache des Dritten Reiches („Lingua Tertii Imperii“) hat dies *Klemperer* in seinem gleichnamigen Werk beeindruckend aufgezeigt. Zugleich ist die Sprache der Dynamo des Rechts; sie ist das Arbeitsmittel und -material der Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler – und als solches nur mangelhaft erforscht. Auf der geleisteten Erkenntnisarbeit der Sprachphilosophie aufbauend, ist eine verstärkte rechtsdogmatische und rechtspolitische Aufarbeitung des Wechselspiels von Sprache und Recht dringend geboten, namentlich aus zwei Gründen:

*Erstens* determiniert die Sprache des Rechts die Alltagssprache. Gesetze führen neue Begriffe ein und lassen andere entfallen. Ein Blick auf die als österreichisches „Wort“ bzw. „Unwort des Jahres“ auserkorenen Begriffe erhellt die Relevanz des Rechtsdiskurses. „Pensionsharmonisierung“ (Wort des Jahres 2004), „Hacklerregelung“ (Wort 2003), „Besitzstandswahrer“ (Unwort 2003), „soziale Treffsicherheit“ (Unwort 2001) und „Nulldefizit“ (Wort 2001) wurden allesamt im Rahmen von Gesetzgebungsprozessen popularisiert. Hervorzuheben ist auch, dass gerade in Bezug auf sensible Themen mit (umstrittenen) Worten Politik gemacht und in Folge Recht geschaffen wird. Davon zeugen die Unwörter der Jahre 2005 („Negativzuwanderung“), 2001 („nichtaufenthaltsverfestigt“) und 1999 („Schübling“).

*Zweitens* wird Recht, zumal von der im Wesentlichen positivistisch orientierten österreichischen Rechtswissenschaft, vielfach als objektiv vorgegebener Analysegegenstand wahrgenommen und nicht in seiner (sprachlichen) Relativität erkannt und gelehrt.

Vor dieser doppelten Herausforderung – der Bewusstmachung erstens, dass die Rechtssprache als Fachsprache die Umgangssprache speist, und zweitens der Erkenntnis, dass Sprache nicht objektiv vorgegeben, sondern gestaltbar ist – erschließt sich die Bedeutung einer wissenschaftlichen Ergründung der wechselseitigen Abhängigkeit von Recht und Sprache. Gleichwohl sind Disziplinen wie juristische Semantik und Rechtslinguistik in Österreich unterrepräsentiert. Hier sind in Forschung und Lehre (wie auch in der juristischen Publizistik) Akzente zu setzen. Rechtsphilosophische Vorarbeiten, die mit *Warta* die „aufregendste Entwicklung in der Rechtstheorie der letzten Jahrzehnte“ darstellen, können fruchtbar gemacht werden (juridikum 1/2006, 3). Im Kern gilt es auch in den Rechtswissenschaften, den „linguistic turn“, die Sprachwende, nachzuvollziehen, in dessen Rahmen

die Vorstellung von Recht als passivem Objekt wissenschaftlicher Erkenntnis hinterfragt wurde.

Durch die Erhöhung des Sprachbewusstseins im Rahmen der Lehre vermag ein sprachkritischer Diskurs der Rechtslernenden geschaffen werden, der nicht affirmativ geprägt ist; das gelehrte Vokabular soll vielmehr zu einer kritischen Würdigung der eingesetzten Begriffe befähigen. Ziel dieses Prozesses sind die Erkenntnis der herrschenden Sprachpraxis als Sprachpraxis der Herrschenden und die Vermittlung des intellektuellen Rüstzeuges, um ideologischen Einbrüchen in die Sprache argumentativ entgegenzutreten.

Um kompetent, kohärent und konsistent die juristische Dimension sprachlicher Debatten beleuchten zu können, ist eine fundierte linguistisch-juristische Ausbildung vonnöten. Diese muss dazu befähigen, Diskurse bis auf die Metaebene zu durchschauen und verwendete Begriffe auf die ihnen zugrunde liegende Ideologie zu untersuchen. Eine Emanzipation von Denken und Reden in vorgegebenen Schemata ist dieser Erkenntnis vorausgesetzt; hinterfragende Sprachanalyse und kritische Begriffsreflexion müssen neben Gesetz und Lehrmeinung zum Werkzeug der Rechtslernenden werden. Es spricht einiges dafür, dass ein um reflektierende Sprachausbildung bereichertes Studium der Rechtswissenschaften dazu beitragen mag, dem Steuerungsversagen des Rechts in der sich verkomplizierenden Welt von morgen entgegenzuwirken. Die Zeit der Sprachwende ist gekommen. Weiters die Zeit, die Jury zur Wahl des „Österreichischen Wortes des Jahres“, die derzeit einen allgemeinen Sprachwissenschaftler, eine Germanistin, einen Germanisten, zwei Anglisten, einen Slawisten und einen Romanisten vereint, um Vertreterinnen und Vertreter der Rechtswissenschaft zu erweitern.

Den juristischen Gehalt der im Wege der Sprache konstituierten Wirklichkeit kritisch zu reflektieren und entsprechenden Reflexionen Platz zu bieten, wird auch 2007 das vorrangige Ziel des bestehenden HerausgeberInnenkollegiums des *juridikum* bleiben. Schließlich gilt in Anlehnung an und in Abwandlung von *Gottfried Keller*: Sprache macht Leute. Und Juristinnen und Juristen machen Sprache. Kritik an ihr ist nötig denn je.

# Inhalt

## recht & gesellschaft

<b>Brian-Ch. Schmidt</b>	Das absolute Folterverbot – und seine Relativierungen .....	5
<b>Christina Binder</b>	Völkerrecht und Staudammbauten: das Ilisu-Projekt .....	10
<b>Romana Schweiger</b>	Ist Plea Bargaining ein geeignetes Instrument für die Aufarbeitung von Völkermordvorwürfen? .....	16
<b>I. Reiter/C. Rothländer</b>	Ausbürgerung, Teil II .....	21
<b>Alfred Grof</b>	Übersetzungsprobleme und Fragezeichen .....	26
<b>Petra Sußner</b>	Fremden-Recht im „Kampf gegen den Terror“ .....	29

## thema: urheberrechtsdebatten

<b>Ines Rössl</b>	Vorwort .....	34
<b>Paul Stepan</b>	Ökonomie des Urheberrechts .....	35
<b>Eberhard Ortland</b>	Urheberrecht contra Kunstfreiheit .....	40
<b>Catrin Pekari</b>	Digital Rights Management – Technologische Selbsthilfe oder das Ende der Nutzerrechte? .....	45
<b>Julia Küng</b>	Der freiere Umgang mit kreativen Inhalten durch CC-Lizenzierung .....	50
<b>Ines Rössl</b>	Halbherzig gibt es kein Entrinnen .....	54

## rubriken

vor.satz	<b>Matthias C. Kettemann</b> Der Sprache ihre Kritik – Der Kritik ihren Platz .....	1
merk.würdig	<b>Ronald Frühwirth</b> Betteln: Ein Grundrecht als Ärgernis .....	3
nach.satz	<b>Doris Einwallner</b> Was heißt denn hier Anbahnung? .....	56
impresum	.....	4

# Betteln: Ein Grundrecht als Ärgernis

Ronald Frühwirth

In regelmäßigen Abständen werden ein paar auf den Knien in der Innenstadt bettelnde Menschen zum Politikum – zuletzt wieder in Graz. Dabei ist sogenanntes aggressives Betteln bereits durch das Steiermärkische Landes-Sicherheitsgesetz (StLSG) sowie die Verordnung der Landeshauptstadt Graz gegen unerwünschte Formen der Bettelei verboten. Gemäß § 3a Abs 1 StLSG begehrt, „wer in aufdringlicher Weise, wie durch Anfassen, unaufgefordertes Begleiten und Beschimpfen, um Geld oder geldwerte Sachen bittelt“, eine Verwaltungsübertretung. Die Stadt Fürstenfeld hat nun darüber hinausgehend eine ortspolizeiliche Verordnung erlassen, die auch das sogenannte passive oder stille Betteln verbietet. Ähnliches wird in Graz zumindest angedacht. Kann Betteln verboten werden?

*Bindzus/Lange* (Ist Betteln rechtswidrig? JuS 1996, 482-486) haben sich aufgrund ähnlicher Verordnungen deutscher Städte mit der Rechtmäßigkeit des Bettelns beschäftigt und anhand eines historischen Abrisses aufgezeigt, dass Betteln ein Phänomen ist, womit sich Gesellschaft und Recht ständig auseinandersetzen mussten. Im Hochmittelalter war Betteln nicht nur erlaubt, sondern das Geben von Almosen vielmehr geboten. Unter Einfluss der Scholastiker war die kirchliche Almosenlehre weit verbreitet. Das Almosengeben war eine Möglichkeit, Buße für begangene Sünden zu tun. Später nahm das Betteln in den Städten Ausmaße an, wonach Bettler zu Tausenden die Landstraßen bevölkerten und die Städte überschwemmen. Bezeichnenderweise werden als Gründe hierfür die infolge von Preissteige-

rungen anwachsende Zahl an Menschen in großer Armut und die zunehmende Mobilität durch den Ausbau des Verkehrswesens genannt – Gründe, die an Aktualität nichts eingebüßt haben. Mit Beginn der Neuzeit ging man allmählich repressiv gegen Bettler vor. Dieser Wandel hatte vor allem damit zu tun, dass die Almosenlehre im Zuge des reformatorischen Denkens verworfen worden war und die Auffassung Verbreitung fand, dass Nächstenliebe es nicht gebiete, Almosen zu geben, sondern das Betteln zu beseitigen. Auch dies ist ein immer wieder genanntes Argument in der aktuellen Diskussion. Nachdem zu Zeiten des Merkantilismus Bettler und Kleinkriminelle in Zuchthäuser gesperrt worden waren, nicht zuletzt um als billige Arbeitskräfte zu dienen, wurde Betteln im 19. Jahrhundert in Deutschland zur Straftat erklärt, was es bis zum Jahr 1974 (!) blieb.

Ein generelles Bettelverbot beeinträchtigt jedenfalls das durch Art 8 EMRK gewährleistete Recht auf Privatleben, sowie das allgemeine aus § 16 ABGB ableitbare Persönlichkeitsrecht. Das Recht auf Privatleben beinhaltet nach der Rechtsprechung des EGMR die freie Gestaltung der Lebensführung. Dazu zählt auch die – wenn auch durch widrige Umstände – gefasste Entscheidung, auf der Straße um Geld zu betteln. Die Sozialgesetzgebung soll verhindern, dass es Menschen wirtschaftlich so schlecht ergehen kann. Wenn die Sozialpolitik aber versagt, kann nicht in einem Akt von Paternalismus dem durch alle Netze Gefallenen das Betteln mit dem Argument verboten werden, ihn vor dieser unwürdigen Tätigkeit be-

wahren zu müssen. Die Judikatur und Gesetzgebung zu Art 8 EMRK und verwandten Rechten geht vielmehr in die Richtung, die Privatautonomie im Sinne eines selbstbestimmten Lebens und der Verwirklichung individueller Lebensanschauungen zu stärken – dies auch in weltanschaulich bzw sozialpolitisch umstrittenen Materien wie etwa antizipierten Verfügungen über Behandlungsabbrüche.

Eine Schranke erfährt das selbstbestimmte Leben in der Achtung des Persönlichkeitsrechts und des Privatlebens anderer, sowie im Rechtsgut der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Derartige Einschränkungen müssen dann aber zur Erreichung des gesetzlich ausgedrückten legitimen Zieles erforderlich und angemessen sein. Aus diesem Grund mag ein Verbot von aggressivem Betteln gerechtfertigt erscheinen, wenn es Ausmaße annimmt, die einen das örtliche Gemeinschaftsleben störenden Missstand iSd Art 118 Abs 6 B-VG darstellen. Ein vom konkreten Einzelfall losgelöstes generelles Bettelverbot – vor allem auch das passive, stille Betteln umfassend – stellt aber einen durch nichts zu rechtfertigenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen dar.

Schwierig erweist sich die Durchsetzung eines Bettelverbotes. Da Betteln erfahrungsgemäß nie zur Gänze verhindert werden kann, stellt sich die Frage, inwiefern eine Durchsetzung des Verbotes durch Verhängung von Geldstrafen gegenüber vermögenslosen Personen erfolgreich sein kann. Letztlich ergäben sich zwei Konsequenzen: Entweder wird das Bettelverbot in der Regel durch Ersatzfreiheitsstrafen seine Durchsetzung finden, oder das Verbot findet überhaupt keine Anwendung, woraufhin – wie schon in der Vergangenheit – der Ruf nach schärferen, sprich strafrechtlichen, Bestimmungen lauter würde. Beide Konsequenzen wären zur Bekämpfung eines von manchen als solches empfundenen Ärgernisses völlig unverhältnismäßig.

Übereifrigen Kommunalpolitikern sei daher die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes von Baden-Württemberg vom 24.07.1998 zur ZI 1 S 2630/97 über die Nichtigkeitsklärung eines generellen Bettelverbotes für die Stadt Stuttgart nahe gelegt. Darin heißt es: „Die Anwesenheit auf dem

Bürgersteig sitzender Menschen, die in Not geraten sind und an das Mitleid und an die Hilfsbereitschaft von Passanten appellieren, müsse von der Gemeinschaft jedenfalls in Zonen des öffentlichen Straßenverkehrs als eine Erscheinungsform des Zusammenlebens hingenommen werden und könne folglich nicht generell als ein sozial

abträglicher und damit polizeiwidriger Zustand gewertet werden.“

*Ronald Frühwirth studiert Rechtswissenschaften in Graz und ist als juristischer Mitarbeiter in der Kanzlei Kocher & Bucher tätig; r.fruehwirth@kocher-law.at*

Thema Heft 2/2007  
**Migration – Sexarbeit – Frauenhandel**

Thema Heft 3/2007  
**Arbeit geben – Arbeit nehmen**

## Hefrückschau

Die *juridikum*-Themen seit 2001

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

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

## Impressum

### juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat  
[www.juridikum.at](http://www.juridikum.at)

### HerausgeberInnen

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

### Medieninhaber und Verleger:

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

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

**Preis:** Jahresabonnement: Euro 45,-, Studierendenaabonement: Euro 27,-, Förderabonnement Euro: 56,-, Einzelheft: Euro 14,-  
 exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)  
 Erscheinungsweise: vierteljährlich

### Redaktion:

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

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Christina Binder, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Alfred Grof, Matthias C. Kettemann, Julia Küng, Eberhard Ortland, Catrin Pekari, Ilse Reiter, Ines Rössl, Christiane Rothländer, Brian-Christopher Schmidt, Romana Schweiger, Paul Stepan, Petra Sußner

### 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  
[j.schacherreiter@juridikum.at](mailto:j.schacherreiter@juridikum.at)  
 RA<sup>in</sup> Dr<sup>in</sup>. Alexia Stuefer:  
[a.stuefer@juridikum.at](mailto:a.stuefer@juridikum.at)  
 Mag. Matthias C. Kettemann:  
[m.kettemann@juridikum.at](mailto:m.kettemann@juridikum.at)  
 Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:  
[l.oberndorfer@juridikum.at](mailto:l.oberndorfer@juridikum.at)

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

# Das absolute Folterverbot – und seine Relativierungen<sup>1</sup>

Brian-Christopher Schmidt

Manfred Nowak hat es nicht leicht. Der Leiter des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte in Wien ist seit 2004 UN-Sonderberichterstatter für Folter und steht somit an vorderster Front im Kampf für die Durchsetzung des internationalen Folterverbots.<sup>2</sup> Er übt diesen Posten in einer Zeit aus, in der ein anderer Konflikt diese Durchsetzung vermehrt erschwert: der „Krieg gegen den Terrorismus“. Angesichts dieser „neuen Bedrohung“ hat es einen gewissen Wandel in so manchen theoretischen Überlegungen gegeben.<sup>3</sup> So stellte sich die US-Regierung relativ offen gegen einen Gesetzesentwurf, der das Verbot von Folter bundesrechtlich absichern sollte, und sträubt sich ebenso gegen die Schutzwirkung der Genfer Konvention für „illegal combatants“.<sup>4</sup> Aber auch abseits der Terrorismusdebatte wird die Frage mit gestärktem Selbstbewusstsein gestellt: Kann Folter gerechtfertigt sein, wenn absolut geschützte Rechtsgüter unter massiver Bedrohung stehen?

Auf den Punkt brachte dies schon 1993 das *Ticking Bomb*-Szenario des Soziologen Niklas Luhmann. In diesem Gedankenexperiment wird eine Stadt von einem terroristischen Anschlag bedroht. Der Angreifer ist bereits in Haft, verweigert aber jede Kooperation, und für die handelnden Beamten erscheint

Folter als einzige Möglichkeit, die Bewohner der Stadt vor einem qualvollen Tod zu bewahren.<sup>5</sup> Internationale Abkommen (und in Deutschland das Grundgesetz, auf welches Luhmann seine Abhandlung bezog) stellen sich klar gegen eine Rechtfertigung der Folter, egal in welchen Szenarien. Entstanden als Antwort auf die Gräueltaten des Zweiten Weltkriegs, gilt das absolute Folterverbot als eine der Grundlagen des Schutzes der Menschenwürde. Dennoch lässt sich kaum leugnen, dass die Frage der Relativierung des Verbots im Falle gravierender Bedrohung von Menschenleben in Bezug auf unsere Annahmen von Legalität und Moral von einiger Brisanz ist.

Ich möchte hier zunächst eine gewisse Einsicht in die internationale Rechtslage bieten und die betreffenden Bestimmungen der UN-Übereinkommen wie auch der EMRK vorstellen. Nach einer Klärung der Besonderheiten der deutschen Rechtslage wende ich mich der dortigen Diskussion zu. In Deutschland sorgte eine Neukommentierung von Art 1 des deutschen Grundgesetzes (GG) durch Matthias Herdegen<sup>6</sup> für Aufsehen und Aufregung. Schon Jahre zuvor lieferte Winfried Brugger beachtliche Arbeiten zur möglichen Rechtfertigung der Folter.<sup>7</sup> Schließen möchte ich mit den Betrachtungen von Ralf Poscher, einem deutschen Rechtssoziologen, das Verhältnis von Recht und Moral in dieser Frage zu beleuchten.<sup>8</sup>

tungen von Ralf Poscher, einem deutschen Rechtssoziologen, das Verhältnis von Recht und Moral in dieser Frage zu beleuchten.<sup>8</sup>

## Das absolute Verbot der Folter

Das internationale Folterverbot entstammt zunächst der UN-Menschenrechtserklärung: „Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.“ Im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte wird dies in Art 7 wiederholt. International anerkannt als Kernbestimmung zum Schutz der Menschenwürde, gilt das Folterverbot auch als allgemein zwingendes, internationales Recht.<sup>9</sup>

Als klassisches Problem des internationalen Rechts ergibt sich auch hier wieder die Durchsetzung. Schon bald nach der Festlegung des Folterverbots stand die Staatengemeinschaft vor dem Problem, dass dieses effektiv nicht sanktioniert wurde. Folter stand in Regimes Südamerikas, aber auch beispielsweise im Algerienkrieg, wo sie von Frankreich eingesetzt wurde, an der Tagesordnung. Zum Zweck einer besseren Gewährleistung wurde in der UN-Konvention gegen Folter die Kommission gegen Folter geschaffen. In der gleichen Konvention wurde das Folterverbot auch erneut konkretisiert. Vor allem wurde explizit festgehalten: „Außergewöhnliche Umstände, gleich welcher Art, (...) dürfen nicht als Rechtfertigung für Folter geltend gemacht werden“ (Art 2 Abs 2). Eine Relativierung des Folterverbotes wurde schon kurz nach dem 11. September 2001, als derartige Überlegungen laut wurden, von der Staatengemeinschaft in einem Zusatzprotokoll erneut explizit ausgeschlossen.<sup>10</sup>

Auch die EMRK beinhaltet in Art 3 ein Folterverbot. Schon 1950 wurden hier ebenfalls jegliche Relativierungen unterbunden, durch einen Umkehr-

1) Herzlicher Dank gilt Prof. Dr<sup>n</sup> Elisabeth Holzleithner. Ohne sie wäre dieser Artikel nicht möglich gewesen.

2) Siehe den Bericht zu seiner Tätigkeit: Nowak, Der mühsame Kampf gegen Folter, *juridikum* 2006/2, 60-64.

3) Als Beispiel sei hier die Idee der „torture warrants“ von Alan Der-

showitz genannt. Er fordert Gerichtsbeschlüsse nach dem Vorbild von Durchsuchungsbefehlen, um Folter rechtsstaatlich zu kontrollieren. *Dershowitz*, *Shouting Fire: Civil Liberties in a Turbulent Age* (2002).

4) *Thornburgh*, *Gitmo. How to fix it*, *Time Europe* v 10.6.2006, 34.

5) *Luhmann*, *Gibt es in unserer*

*Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* (1993).

6) *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz* (2004), Art 1.

7) *Brugger*, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, *JZ* 2000, 166; und schon zuvor: *Darf der Staat ausnahmsweise foltern?*, *Der Staat* 1996, 67-97.

8) *Poscher*, *Menschenwürde als Tabu*, *FAZ* v 2.6.2004.

9) *Nowak*, *CCPR-Kommentar* (2005), 158f.

10) *Optional Protocol to the Convention Against Torture (OPCAT)* v 2002.

schluss: Bei allen anderen Schutzbestimmungen der EMRK gibt es Ausnahmeregelungen, etwa das des „finalen Rettungsschusses“ bei Tötungen oder die Ausnahme von Wehr- und Wehrersatzdienst vom Verbot der Zwangsarbeit. Einzig beim Folterverbot gewährt die EMRK keinerlei Ausnahmen. Gem Art 15 Abs 2 ist das Folterverbot der EMRK auch notstandsfest.

Das Folterverbot ist also die einzige menschenrechtliche Bestimmung, die nach ihrer Formulierung absolut, ohne jede Relativierung gelten soll. Diese scharfe Regelung bedürfte auch einer griffigen Definition. Zunächst fällt hierzu der Verbotsbereich sehr weit aus. Denn in der Konvention gegen Folter ist „andere unmenschliche, grausame oder erniedrigende Behandlung“ ebenfalls verboten, in der EMRK sind diese anderen Behandlungsformen sogar dem Folterverbot gleichgestellt. Diese Zusatzbestimmungen bilden quasi einen Randbereich, der auch der Folter nur ähnliche Vorgehensweisen verbietet.

#### Keine Definition von Folter

Dennoch scheint das Fehlen einer Definition einer der Schwachpunkte der internationalen Abkommen. In der UN-Menschenrechtserklärung und der EMRK fehlt sie vollkommen. Die Konvention gegen Folter definiert sie wiederum in mehreren Schritten. Folter bedeutet gem Art 1 das Zufügen „großer körperlicher oder seelischer Schmerzen“. Zusätzlich muss dieses Zufügen vorsätzlich<sup>11</sup> geschehen und mit einer gewissen Finalität<sup>12</sup> (etwa Aussageerpressung) verbunden sein. Um vom Ausschuss gegen Folter verfolgbar zu sein und im Sinn der Konvention als Folter zu gelten, muss dieses Handeln mit durch einer mit Hoheitsgewalt handelnden Person durchgeführt, veranlasst oder geduldet werden.<sup>13</sup>

Ausgenommen sind aber wiederum, schon aus der Definition, „Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind“ (Art 1 Abs 1 aE). Die Illegalität

von Folter ist also unbestritten, aber ob etwas Folter ist, soll von seiner Legalität abhängen. Diese Formel kann wohl nur als Rekurrenzen auf etablierte Mittel des Strafvollzugs verstanden werden, womit etwa das psychische Leid eines Gefängnisinsassen von der Folterdefinition ausgeschlossen werden soll. Für die Klärung der Frage, was nun Folter ist, hilft dies freilich nicht. Also darf spätestens ab diesem Punkt diese Definition getrost als Leerformel gesehen werden. Von den objektiven Voraussetzungen (vorsätzliches und mit staatlicher Gewalt ermöglichtes oder geduldetes Handeln) abgesehen, wird keine verlässliche Größe zur Bestimmung von Folter geliefert. Angesichts der zahllosen Varianten, die Folter hervorgebracht hat, scheint eine juristisch verwertbare Definition kaum möglich.

Der EGMR scheint von einem ähnlichen Standpunkt auszugehen. Er ist es, der zumindest in Bezug auf die EMRK die Worthülse „Folter“ mit Fallbeispielen füllt. Dabei geht der EGMR wie die herrschende Lehre von einem hierarchischen („vertikalen“) System aus,<sup>14</sup> das bei Erniedrigung beginnt und über unmenschliche Behandlung bis zur Folter als letzte Steigerung führt. So stellten laut dem Urteil der EGMR im Fall *Irland gegen das Vereinigte Königreich* (1978) die „Fünf Techniken“<sup>15</sup>, die von britischen Behörden beim Verhör von IRA-Mitgliedern angewandt wurden, keine Folter, sondern lediglich grausame und unmenschliche Behandlung dar.<sup>16</sup> Die Europäische Kommission für Menschenrechte sah diese Vorgangsweise hingegen bereits als Folter an, auch unter Hinweis auf die psychischen Leiden.<sup>17</sup>

Folter wurde vom EGMR selten konstatiert, etwa im Fall *Selmouni v France*. Der Kläger wurde nach seiner Gefangennahme wiederholt von Polizisten körperlich schwer misshandelt<sup>18</sup> und massiv gedemütigt. Er wurde unter anderem gezwungen vor einer ihm fremden Frau zu knien, der die Polizisten erklärten, sie würde jetzt „jemanden singen hören“. Ein Beamter urinierte auf ihn.<sup>19</sup> Das Gericht stellte

fest, dass die physische und psychische Intensität dieser Behandlung „schweres Leiden“, wie es in der Definition der UN-Konvention genannt wird, darstellt, und diese Vorgehensweise somit auch im Rahmen der EMRK<sup>20</sup> als Folter anzusehen sei.<sup>21</sup>

Es zeichnet sich also erneut deutlich ab, dass auch die Judikatur keine klare Definition von Folter zu liefern mag. Im Fall *Selmouni* ging der EGMR so weit zu erklären, der Begriff und dessen stigmatisierender Charakter könnten in Zukunft auch extensiver ausgelegt werden, wenn dies für den Schutz der Menschenrechte notwendig sei.<sup>22</sup> Das internationale Recht scheint also zu schwanken zwischen einem vom Wortverständnis und einem vom politischen Zweck der Regelung abhängigen Folterbegriff. Davon unabhängig lässt sich aber feststellen, dass der Verbotsbereich jedenfalls eher weiter gefasst ist, da unmenschliche, erniedrigende oder sonstige grausame Behandlung ja in jedem Fall, auch wenn sie noch nicht Folter sind, unter das strenge Verbote der EMRK fallen.

#### Folter, die Würde des Menschen und das deutsche Grundgesetz

Für die deutsche Rechtslage sind aber nicht nur die internationalen Abkommen, sondern auch das Grundgesetz von grundlegender Bedeutung. Dessen erster Satz – „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ – ist die direkte Grundlage für den Würdeschutz. Wie auch die UN-Menschenrechtserklärung ist das GG eine direkte Antwort auf die Gräueltaten des zweiten Weltkrieges und eine programmatische Aufgabe an zukünftige Regierungen. Diese Schutz-aufgabe wird zumeist auch als Folterverbot ausgelegt. Häufigstes Argument für die direkte Verknüpfung von Würdeschutz und Folterverbot ist die absolute Verdinglichung der Person in der Folter. Der Mensch verkommt zum „Träger von Wissen“, und dies sei exakt, wogegen sich das Grundgesetz in seiner Formulierung stellt.

*Matthias Herdegen* geht in seiner Neukommentierung des GG im renom-

11) *Nowak*, CCPR 160.

12) *Ibid*, 160.

13) *Ibid*, 136.

14) *Evans*, *Getting to Grips with Torture*, in ICLQ 51 (2002), 365.

15) Schlaf- und Nahrungsentzug, 1978, I/2.

Beeinträchtigung durch Lärm, 17) *Nowak*, CCPR 159.

Stoffsäcke über dem Kopf, Verharren in Stresspositionen. 18) EGMR, *Selmouni v France* (25803/94), 1999, 11ff.

16) EGMR, *Ireland v UK* (5310/71), 19) *Ibid*, 24.

20) *Ibid*, 97.

21) *Ibid*, 105.

22) *Ibid*, 101.



**Blawg Austria**  
Juristisches Tagebuch

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

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

mierten *Maunz/Dürig*-Kommentar von der bisher herrschenden Lehre ab. Er hält am Schutz der Würde zwar vordergründig fest, geht aber von einem „aktualisierten Würdeanspruch“ aus, der die konkrete Situation berücksichtigen soll. Ein Entführer oder ein Terrorist hätten demnach einen verringerten Anspruch auf Schutz ihrer Würde und gewisse Maßnahmen, die eigentlich die Menschenwürde berührten, könnten gerechtfertigt werden.<sup>23</sup> Ob Umstände denkbar seien, in denen auch Folter gerechtfertigt sein könnte, klärt *Herdegen* nicht restlos. So behauptet er, „die Androhung oder Zufügung körperlichen Übels [oder] die sonstige Überwindung willentlicher Steuerung“<sup>24</sup> zur Rettung von Rechtsgütern sei möglicherweise gerechtfertigt. *Herdegen* selbst meint aber, ein Umgehen des Folterverbots „ließe von einem völlig abwägungsunabhängigen, Würdekern’wenigübrig.“<sup>25</sup> Wie die Zufügung körperlichen Übels zur Überwindung willentlicher Steuerung aussehen soll, die gleichzeitig weder Folter noch sonstige unmenschliche Behandlung ist, lässt er offen. *Herdegen* beantwortet die Frage, ob Handlungen wie Folter die Menschenwürde unabhängig von der dahinter stehenden Motivation Würdeverletzungen darstellen, nicht endgültig.<sup>26</sup> Er verweist darauf, dass der EGMR noch nicht über Foltermaßnahmen ausschließlich zum direkten Schutz von Menschenleben zu entscheiden gehabt hätte, und seine Judikatur sehr wohl auf den angestrebten Zweck abgestellt hätte.<sup>27</sup> Fraglich bleibt freilich, ob ein „aktualisierter Würdeanspruch“ nicht per se die Würde berührt

und somit mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.<sup>28</sup> Denn zu behaupten, nur ein „Würdekern“ sei noch unantastbar steht deutlich gegen die gesetzliche Formulierung, wonach „die Würde“ selbst unantastbar sein soll.

#### **Winfried Brugger und die Relativierung des Absoluten**

Allen scheinbar eindeutigen Bestimmungen aus dem internationalen Recht wie im Grundgesetz zum Trotz fordert *Winfried Brugger* wiederholt eine Rechtfertigung der Folter, auch nach der geltenden Rechtslage.<sup>29</sup> Er geht von *Luhmanns* Szenario aus, in dem ein Terrorist mit einer Bombe eine Stadt bedroht und unerfüllbare Forderungen stellt. Er wird gefasst, weigert sich aber das Versteck der Bombe Preis zu geben, eine Evakuierung scheint ausgeschlossen. Den Beamten erscheint Folter als der einzige Weg, den Standort der Bombe in Erfahrung zu bringen und die Bewohner der Stadt zu retten.<sup>30</sup>

*Brugger* sieht die Absolutheit des Schutzes der Menschenwürde und das daraus resultierende absolute Verbot der Folter als verfehlt.<sup>31</sup> Zumindest wenn es um den Schutz des Lebens geht, müsse die Folter einer Rechtfertigung zugänglich sein, auch wenn dies heißt, die Würde des einen gegen jene der anderen abzuwägen.<sup>32</sup> Die fehlende Relativierung des Folterverbots stelle eine Wertungslücke dar, da sie der eindeutigen Bewertung ähnlich gelagerter Fälle entgegenstehe. Dieser Widerspruch müsse durch Interpretation gelöst werden, um einer der Wertungen Vorrang zu geben.<sup>33</sup>

Er vergleicht die Situation zur Verdeutlichung mit dem finalen Rettungsschuss. Eine gezielte Tötung durch Sicherheitsbeamte ist gerechtfertigt, so sie zum Schutz einer Unschuldigen vollzogen wird. Hier wird zwar ein Leben gegen ein anderes abgewogen, der Angreifer muss sich aber zumuten lassen, dass sein Leben geopfert wird, da er die Bedrohung bewusst geschaffen hat.<sup>34</sup> *Brugger* stellt den Modellfall des *Ticking Bomb*-Szenarios als eine vergleichbare Situation dar. Der Terrorist hält durch sein Schweigen seinen Angriff aufrecht. Solange er die Möglichkeit eines Rücktritts vom Angriff nicht wahrnimmt, könne man ihm den Schutz durch das Folterverbot nicht zukommen lassen. Dieses stehe seinem Zweck nach nur hilflosen Personen zu, und ein Terrorist, der die Möglichkeit zur Aufgabe hat, ist nicht hilflos.<sup>35</sup> Die Würde des Angreifers sei genauso gegen das Leben und die Würde der potentiellen Opfer eines Anschlags abzuwägen, da es ohne Leben auch keine Würde gäbe.<sup>36</sup> So sei eine Anwendung von Folter mit dem Würdeschutz des Grundgesetzes zu vereinbaren.<sup>37</sup>

*Brugger* behauptet auch entgegen der Rechtssprechung des EGMR<sup>38</sup>, das internationale Folterverbot wende sich in dieser Absolutheit „vorrangig gegen autoritäre und politische Systeme, deren Repressionsinstrumente traditionell die Anwendung von Folter umfasst haben.“<sup>39</sup> Gehe die Bedrohung der Würde (mit der Bedrohung des Lebens als Träger der Würde) einseitig von einem privaten Aggressor aus, solle hier ebenso eine Abwägung

23) *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, GG, Art 1, Rz 46.

24) *Ibid*, Rz 45.

25) *Ibid*, Rz 46.

26) *Ibid*, Rz 90.

27) *Ibid*, Rz 46.

28) So etwa *Böckenförde*, Die

Würde des Menschen war un-

antastbar, FAZ v 3.9.2003.

29) *Brugger*, JZ 2000, 173.

30) *Ibid*, 169

31) *Brugger*, Das andere Auge,

FAZ v 10.3.2003, 8.

32) *Ibid*, 6.

33) *Brugger*, JZ 2000, 167.

34) *Ibid*, 169.

35) *Ibid*, 169.

36) *Brugger*, FAZ v 10.3.2003, 8.

37) *Brugger*, JZ 2000, 171.

38) EGMR, *Selmouni v France*, 101.

39) *Brugger*, FAZ v 10.3.2003, 8.

stattfinden.<sup>40</sup> So gelangt *Brugger* zur Möglichkeit einer Rechtfertigung der Folter auch nach der aktuellen Rechtslage, wenngleich er eine legislative Klärung fordert.<sup>41</sup> Geht man mit ihm von einer Rechtfertigung aus<sup>42</sup> so bietet *Brugger* auch sogleich eine passende Regelung. „Diese soll acht Merkmale umfassen: eine (1) klare, (2) unmittelbare, (3) erhebliche Gefahr für (4) das Leben oder die körperliche Integrität einer Person durch (5) einen identifizierbaren Aggressor, der (6) gleichzeitig die einzige Person ist, die zur Gefahrenbeseitigung in der Lage und (7) dazu auch verpflichtet ist. (8) Die Anwendung körperlichen Zwangs ist das einzig Erfolg versprechende Mittel.“<sup>43</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, soll Folter gerechtfertigt sein. *Brugger* geht dabei in einer Argumentation selbst den unumgänglichen Schritt weiter. Denn wenn eine Maßnahme gerechtfertigt ist, so ist sie Beamten geboten wenn sie notwendig ist, um die staatliche Schutzaufgabe wahrzunehmen.<sup>44</sup> Mehr noch, er schließt auf einen subjektiv-rechtlichen Anspruch des Bedrohten, in seinem Interesse zu foltern.<sup>45</sup>

Doch diese Umkehrung bringt die handelnden Beamten plötzlich in eine neue Drucksituation. Ein Polizist müsste sich immer fragen, ob der Fall nicht doch unter die Rechtfertigung fiele und er somit zur Folter verpflichtet wäre. Einer Polizistin, die foltert, um auf Nummer Sicher zu gehen, könnte diese Tat nicht vorgeworfen werden kann, wenn sie darauf vertraut hat, dass die Situation drastisch genug sei. Diese Ermessensspielräume, die durch eine Rechtfertigung den handelnden Beamten nicht nur eingeräumt, sondern auch zugemutet werden, führen fast unweigerlich zum Verlust der Kontrolle über eine Anwendung von Folter.<sup>46</sup> Diese „slippery slope“-Problematik ist altbekannt. Nachdem etwa in Israel per Gesetz moderater physischer Druck“ bei Verhören erlaubt wurde, stieg die Zahl der Anwendungen drastisch an. Dies führte so weit, dass das israelische Ver-

fassungsgericht diese Regelung mit der Begründung, eine Regelung, die Folter ermögliche, sei verfassungswidrig, aufhob.<sup>47</sup>

*Herdegen* weist dieses Problem in der Argumentation aber zurück. In einem funktionierenden Rechtsstaat dürfe die Gefahr von Missbrauch nicht gegen eine gesetzliche Regelung sprechen.<sup>48</sup> Zwar ist die Intention dieser Aussage verständlich. Dennoch müssen in die Abschätzung der Folgen einer Regelung immer auch die Wahrscheinlichkeit und die Risiken von Missbrauch eingebracht werden. Und das israelische Beispiel hat gezeigt, was bereits im Vorfeld befürchtet worden war: Die vermeintlich enge gesetzliche Regelung wurde zu einem Deckmantel für Folter. Jede gesetzliche Regelung, die Anwendung von Folter nicht explizit verbietet, läuft offensichtlich Gefahr, solche Praktiken ausufern zu lassen.

#### „Menschenwürde als Tabu“

Als Gegenmaßnahme scheint nur ein absolutes Folterverbot zu funktionieren. Dies bringt der Rechtssoziologe *Ralf Poscher* recht überzeugend auf den Punkt. Er beschreibt das Folterverbots als rechtstaatliches Tabu, das innerhalb der Gesellschaft quasi vorrationalen Status hat.<sup>49</sup> Es kann nicht relativiert werden, muss aber im Extremfall von einem Individuum gebrochen werden, das bereit ist, mit den Folgen zu leben. Diese Folgen bedeuten in erster Linie die vollen rechtsstaatlichen Sanktionen, die immer aufrechterhalten werden müssen, um das Bestehen der Regelung nicht zu gefährden. *Poscher* meint auch, nur so könne die Ignoranz, auf die *Bruggers* Ausführungen zunächst trafen, erklärt werden.<sup>50</sup> Diese Ignoranz, die Behandlung als Tabu ist aber nicht schlechtweg irrational. Betrachtet man nämlich die Folgen, das wiederholte Ausufern von Folter, zeigt sich auch eine Zweckrationalität.<sup>51</sup> Denn nur das Folterverbot in seiner Absolutheit gewährt eine Beschränkung der Anwendungsfälle auf das absolut – weil dann tatsächlich

moralisch gebotene – notwendige Minimum.<sup>52</sup>

#### Das absolute Folterverbot als das kleinere Übel

Dass *Brugger* Rechtssicherheit für Beamte in einer moralischen Zwickmühle fordert, ist löblich.<sup>53</sup> De lege lata ist aber eindeutig festgelegt, dass eine Beamtin nicht zur Folter als Zwangsmaßnahme greifen darf. Scheint es ihr moralisch dennoch geboten, so muss sie das Risiko eines Prozesses auf sich nehmen. Wie *Poscher* beobachtet hat, kann nur dieser Druck strafrechtlicher Verfolgung sicherstellen, dass Folter nicht ausufert. *Bruggers* Modell hingegen hätte zur Folge, dass ein Beamter in solcher Lage Fehlverhalten vorgeworfen würde, wenn er nicht foltert.<sup>54</sup>

Entgegen *Herdegen*<sup>55</sup> glaube ich, dass die geringe Wahrscheinlichkeit für einen Fall, in dem Folter Leben retten könnte, sehr wohl ein taugliches Argument darstellt. So wird *Brugger* nicht müde, Entführungsfälle anzuführen, in denen Folter aus Sicht der Beamten eine Option zur Rettung des Opfers dargestellt hätte,<sup>56</sup> allen voran den berühmten Fall *von Metzler*, wo der Vizepräsident der Frankfurter Polizei, *Wolfgang Daschner*, anordnete, dem Entführer die Zufügung von Schmerzen anzudrohen, da er sich dadurch die Rettung des jungen *Jakob von Metzler* erhoffte.<sup>57</sup> Gleichzeitig verschweigt *Brugger* konsequent, dass in keinem seiner Beispielsfälle Folter durch die Polizei tatsächlich ein Leben hätte retten können, da die Opfer bereits vor der Festnahme ihrer Entführer tot waren.<sup>58</sup> Dass außerdem die hartnäckige Aussageverweigerung dieser Mörder damit zu tun hatte, dass eine Rettung ihrer Opfer eben nicht mehr möglich war, und die einzige wahrheitsgetreue Aussage, die sie liefern konnten, ein Mordgeständnis war, scheint mir selbstverständlich. *Brugger* vermag also nicht einen Fall tatsächlicher Anwendbarkeit seines Modells zu liefern.

40) *Brugger*, JZ 2000, 170.

41) *Ibid*, 173.

42) *Ibid*, 173.

43) *Brugger*, FAZ v 10.3.2003, 8.

44) *Brugger*, JZ 2000, 170.

45) *Ibid*, 171.

46) *Poscher*, FAZ v 2.6.2004, 8.

47) *Ibid*, 8.

48) *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, GG Art 1, Rz 46.

49) *Poscher*, FAZ v 2.6.2004, 8.

50) *Ibid*, 8.

51) *Ibid*, 8.

52) *Ibid*, 8.

53) *Brugger*, FAZ v 10.3.2003, 8.

54) *Brugger*, JZ 2000, 170.

55) *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, GG, Art 1, Rz 46.

56) *Brugger*, JZ 2000, 167.

57) *Brugger*, FAZ v 10.3.2003, 8.

58) Die Fälle: *von Metzler* (<http://www.welt.de/data/2003/07/28/142293.html>, (30.11.2006)) und *Hintze* (<http://www.welt.de/data/1999/06/02/631224.html> (30.11.2006)).

# Ausschreibung



MARGARETHA  
LUPAC  
STIFTUNG

für Parlamentarismus  
und Demokratie

Die **Margaretha-Lupac-Stiftung für Parlamentarismus und Demokratie** schreibt den  
**Wissenschaftspreis 2007**  
zum Thema **Entwicklungen im politischen System Österreichs**  
unter **Berücksichtigung der europäischen Dimension**  
aus.

Der mit € 15.000,- dotierte Preis kann auf bis zu 3 Bewerberinnen/Bewerber aufgeteilt werden. Die näheren Details sowie die Teilnahmebedingungen entnehmen Sie bitte den Erläuterungen zur Ausschreibung und der Richtlinie.

**Einreichtermin: 31. März 2007** (Poststempel)

Eingeladen sind Wissenschaftlerinnen/Wissenschaftler bzw. Dissertantinnen/Dissertanten sowie Organisationen/Institutionen und Personengemeinschaften, insbesondere aus den Bereichen Politologie, Rechtswissenschaften, Geschichte, Publizistik und Kommunikationswissenschaften sowie Philosophie.

Informationen und Bewerbungsunterlagen für die Ausschreibung erhalten Sie unter: Margaretha-Lupac-Stiftung für Parlamentarismus und Demokratie, Dr.-Karl-Renner-Ring 3, 1017 Wien, Tel.: + 43 (0) 1 40110 2572, E-Mail: lupacstiftung@parlament.gv.at oder unter [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at)

Vor allem in Anbetracht der wiederholten Ausuferungen bei der Anwendung von Folter scheint diese Gefahr ungleich größer und realistischer als die Szenarien, die den Rechtfertigungsüberlegungen zu Grunde liegen. Zwar mag *Herdegen* Recht haben, die Annahme einer rein modalen Würdeverletzung würde moralisch nicht immer absolutüberzeugen.<sup>59</sup> Aber pragmatisch

(zweckrational) gesehen ist das Risiko einer Lockerung des Folterverbots zu groß,<sup>60</sup> als dass sie durch abstrakte Modelle gerechtfertigt werden könnte. Als moralische Letztbegründung mag dies nicht überzeugen, aber um diese geht es meiner Einsicht nach – wie so oft im juristischen Diskurs – nicht wirklich. Es scheint jedenfalls so, als dürfe hier, was moralisch im Einzelfall

vielleicht richtig erscheint, nicht einer rechtsstaatlichen Verallgemeinerung zugeführt werden.

*Brian-Christopher Schmidt*  
studiert Rechtswissenschaften in Wien;  
[a0348977@unet.univie.ac.at](mailto:a0348977@unet.univie.ac.at)

59) *Herdegen* in *Maunz/Dürig*, GG, Art 1, Rz 46.  
60) *Poscher*, FAZ v 2.6.2004, 8.

# Völkerrecht und Staudammbauten: das Ilisu-Projekt

Christina Binder

## 1. Einleitung

Der geplante Ilisu-Staudamm liegt im Südosten der Türkei, 65 km flussaufwärts der syrischen und irakischen Grenze. Er ist Teil eines riesigen Infrastrukturprojekts: des „*Güneydogu Anadolu Projesi/*Great Anatolian Project“ (GAP), das insgesamt 22 Staudämme und 19 Wasserkraftwerke zur Energiegewinnung und Bewässerung umfasst.<sup>1</sup> Geplant ist, den Tigris auf einer Gesamtfläche von 313 km<sup>2</sup> aufzustauen. Das Ilisu-Projekt, an dem auch ein Firmenkonsortium österreichischer, deutscher und Schweizer Unternehmen unter Leitung der österreichischen VA Tech Hydro (Andritz AG) führend beteiligt ist, wird von Menschenrechts- und Umweltschutzorganisationen ebenso wie von lokalen Gruppen der Zivilgesellschaft massiv kritisiert.

Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, inwieweit das Völkerrecht den Projektplänen der Türkei Grenzen setzt. Beeinträchtigt die Wassernutzung des Tigris durch die Türkei die Flussunterliegerstaaten Irak und Syrien unzulä-

sigerweise? Inwieweit entsprechen die durch den Bau notwendig werdenden Umsiedlungen und Enteignungen von etwa 50.000 Personen den Standards des internationalen Menschenrechtsschutzes? Ist die Beeinträchtigung der Biodiversität der Region im Fall eines Staudammbaus eine Verletzung des internationalen Umweltrechts? Und verstößt die weitgehende Überflutung der über 10.000 Jahre alten Kulturstadt Hasankeyf gegen Bestimmungen des internationalen Kulturgüterschutzes?

## 2. Internationales Wasserrecht

Die Nutzung des Tigris durch die Türkei hat im Fall der Realisierung des Ilisu-Staudammprojekts massive Auswirkungen auf die Wassernutzung des Irak und Syriens. So ist davon auszugehen, dass sich sowohl die Wassermenge, die beide Staaten erreicht, verringert, als auch die Qualität des Wassers durch den Dammbau verschlechtert.<sup>2</sup> Das Völkerrecht steckt den Rahmen für die Beziehung zwischen Flussoberliegerstaaten (Türkei) und Flussunterliegerstaaten

(Irak, Syrien), der auf das Ilisu-Staudammprojekt wie folgt Anwendung findet.

### 2.1 Relevante Verträge

Die Türkei hat die entsprechenden multilateralen Verträge (vor allem die Konvention der Vereinten Nationen (VN) über die nichtschiffahrtsmäßige Nutzung internationaler Wasserwege<sup>3</sup>) nicht ratifiziert. Die bilateralen Abkommen der Türkei mit Irak und Syrien aus den Jahren 1946 und 1987 enthalten nur vage formulierte Informations- und Konsultationspflichten.<sup>4</sup> Deswegen ist zur Beurteilung des Projekts vor allem Völkergewohnheitsrecht heranzuziehen.

### 2.2 Standards des Völkergewohnheitsrechts<sup>5</sup>

Nach Völkergewohnheitsrecht<sup>6</sup> muss die Türkei im Fall des Staudammbaus die Interessen der anderen betroffenen Staaten (im konkreten Fall des Irak und Syriens) an der Nutzung des Tigris entsprechend berücksichtigen.

#### 2.2.1 Verfahrenspflichten

Hierfür etabliert das Völkerrecht zunächst einen verfahrensrechtlichen Rahmen, indem es Informations-, Konsultations- und Verhandlungspflichten fixiert. Zunächst hätte die Türkei Irak und Syrien schon in der Planungsphase über das in Aussicht genommene Projekt umfassend informieren müssen. Zur Frage, ob diese Pflichten erfüllt wurden, bestehen widersprüchliche Angaben.<sup>7</sup> Machen Irak und Syrien geltend, dass ihnen erheblicher Schaden durch das geplante Projekt droht – so wie das im vorliegenden Fall geschehen ist<sup>8</sup> –, so ist in entsprechende Konsultationen einzutreten, mit dem

1) Vgl. GAP, Southeastern Anatolia Project Regional Development Association, „What is GAP?“, [http://www.gap.gov.tr/gap\\_eng.php?sayfa=English/Ggbilgi/gnedir.html](http://www.gap.gov.tr/gap_eng.php?sayfa=English/Ggbilgi/gnedir.html) (7.1.2007).

2) Vgl. *Wasserforschungsinstitut der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich*, Independent Review of the Environmental Impacts Assessment Report (EIAR) 2005 on the Future Ilisu Dam (Turkey), 20. 2. 2006, [www.eca-watch.at/downloads/D8.%20EAWAG\\_Ilisu\\_02.2006.pdf](http://www.eca-watch.at/downloads/D8.%20EAWAG_Ilisu_02.2006.pdf), 4ff (11.1.2007).

3) VN Generalversammlung, Resolution 51/229, 21. 5. 1997, [http://internationalwaterlaw.org/IntIDocs/Watercourse\\_status.htm](http://internationalwaterlaw.org/IntIDocs/Watercourse_status.htm) (8.1.2007) (im Folgenden: Konvention). Die Konvention ist noch nicht in Kraft getreten.

4) Treaty of Friendship and Neighbourly Relations Between Iraq and Turkey and the Attached Protocol No 1 Relative to the Regulation of the Waters of the Tigris and Euphrates and of their Tributaries, 29. 3. 1946, in Kraft seit 10. 5. 1948 (im Folgenden: Freundschaftsvertrag).

5) Die entsprechenden Pflichten können etwa aus dem Prinzip der guten Nachbarschaftlichkeit abgeleitet werden, das in Art 74 der UN Charter verankert ist; ebenso aus den *dicta* des Internationalen Gerichtshofs (IGH) im Korfu-Kanal Fall. (IGH, 9.4.1949, *Corfu Channel-Case, Vereinigtes Königreich v Albanien*, 1949 *ICJ Reports* 4 (22)0). Vgl. weiters den Schiedsspruch im *Lac Lanoux-Fall, Frankreich v Spanien*, 16.11.1957, 24 *ILR* 1957, 101.

6) Vgl. in diesem Sinn *Hafner*, The Optimum Utilization Principle

and the Non-Navigational Uses of Drainage Basins, 45 *Austrian Journal of Public and International Law (ZÖR)* 1993, 113 (119ff).

7) Die Türkei erklärt, die Information sei weitergegeben worden, die irakische Regierung verneint dies (Vgl. *Häfliker*, Irak protestiert gegen Ilisu Staudamm, *NZZ* v 5. 11. 2006).

8) Vgl. Pressemitteilung, Iraks Wasserminister protestiert gegen geplanten Staudammbau, *Der Standard* v 31.10.2006, 4.

Ziel, einen angemessenen Interessensausgleich zu finden. Schließlich trifft die betroffenen Staaten eine Verhandlungspflicht.

Prinzipiell binden die erwähnten völkergewohnheitsrechtlichen Standards die betroffenen Staaten. Zu untersuchen wäre allenfalls, ob die Türkei als „*persistent objector*“ die Anwendung der daraus resultierenden Pflichten auf sich ausgeschlossen hat, indem sie sich ihrer Anwendung dauernd und beharrlich widersetzt. Tatsächlich hatte die Türkei in der VN-Generalversammlung gegen die Annahme der Konvention über die nichtschiffahrtmäßige Nutzung internationaler Wasserwege gestimmt, die inhaltlich ähnliche Pflichten normiert.<sup>9</sup> Die oben genannten bilateralen Abkommen mit dem Irak und Syrien enthalten jedoch – wenn auch vage – Informations- und Konsultationspflichten.<sup>10</sup> Die Akzeptanz derselben ist unvereinbar mit der Rolle als „*persistent objector*“, weswegen sich die Türkei der Anwendung der einschlägigen völkergewohnheitsrechtlichen Standards auf den Ilisu-Staudamm nicht entziehen kann.

Ob die Türkei durch Nichteinhaltung der verfahrensrechtlichen Pflichten im Fall des Ilisu-Staudammprojekts Völkergewohnheitsrecht verletzt hat, ist eine Sachverhaltsfrage und letztlich in einem Beweisverfahren zu klären. Aus der Ferne kann dies kaum festgestellt werden, da widersprüchliche Angaben gemacht werden und an offizielle Informationen nur schwer heranzukommen ist.

#### 2.2.2 Materiellrechtlicher Rahmen

Von der verfahrensrechtlichen ist die materiellrechtliche Beurteilung zu unterscheiden: ob ein allfälliger Staudamm durch die Türkei eine übermäßige Nutzung ist und die Interessen des Irak und Syriens so sehr beeinträchtigt, dass er eine Völkerrechtsverletzung darstellt. Dabei ist der Maßstab des „*equitable use*“ heranzuziehen.<sup>11</sup> Eine Interessensabwägung ist vorzunehmen, die den Nutzen der Türkei durch den Staudamm gegen die Intensität der Beeinträchtigung des Irak und Syriens abwägt.

## juridikum-Seminar

zum Thema

### Critical Legal Studies

At the end of the day, all law is politics –  
Denkansätze einer kritischen Rechtswissenschaft

**Wann:**

21. April 2007, 10:00 Uhr bis ca. 17:00 Uhr

**Wo:**

Republikanischer Club, Rockhgasse 1, 1010 Wien

**Preis:**

Für Studierende, Zivil-, Präsenzdienler und Nicht-Erwerbstätige:

Euro 4,00

Für erwerbstätige AbonentInnen:

Euro 9,00

Für erwerbstätige Nicht-AbonentInnen:

Euro 19,00

**Anmeldung:**

judith.schacherreiter@univie.ac.at

**Weitere Informationen:**

www.juridikum.at

Unterschiedliche Kriterien sind bei dieser Beurteilung von Bedeutung: So etwa die bisherige Nutzung des Wasserlaufs; geographische und hydrologische Aspekte; das Klima (besteht etwa durch die Nutzung die Gefahr von Dürren?); die Abhängigkeit der Bevölkerung vom Wasser des Wasserlaufs; die Vermeidung substanzieller Schäden für einen anderen Staat; der Umweltschutz.<sup>12</sup> Zusätzlich ist hinsichtlich der heranzuziehenden Kriterien immer noch auf den konkreten Fall abzustellen.

Im Fall des Ilisu-Staudamms wäre auf Basis dieser Kriterien ein Interessensausgleich anzustreben, der die legitimen Interessen der anderen Staaten angemessen berücksichtigt. Es ist in diesem Fall vor allem zu beachten, dass Euphrat und Tigris für die Unterliegerstaaten zum Teil die einzige Wasserquelle darstellen.<sup>13</sup> Dem von der Türkei vorgebrachten Argument der „optimalen Nutzung“ (der türkischen Nutzung wäre der Vorzug zu geben, da sie das zur Verfügung stehende Wasser bestmöglich nützt; vor allem im Ver-

gleich zu der Nutzung durch die anderen Staaten) ist dabei nicht zu folgen, da es im Völkergewohnheitsrecht kaum nachweisbar ist.<sup>14</sup> Zudem ist es prinzipiell schwer, so unterschiedliche Nutzungsarten wie einen Staudamm und Bewässerungsprojekte (Irak, Syrien) gegeneinander abzuwägen. Wiederum ist es ohne entsprechende Detailinformationen schwierig zu beurteilen, ob der Ilisu-Staudamm eine übermäßige Nutzung darstellt.

#### 2.3 Lösungsvorschläge

Um festzustellen, ob die Türkei den Tigris im Rahmen des Ilisu-Staudammprojekts übermäßig nützt, böte sich etwa die Unterwerfung unter eine internationale Streitschlichtungsinstanz an. Die Parteien könnten sich beispielsweise auf ein Schiedsverfahren einigen. Der Internationale Gerichtshof (IGH) kommt zur Streitschlichtung kaum in Betracht, da sich weder die Türkei noch Irak oder Syrien seiner Gerichtsbarkeit unterworfen haben. Allenfalls könnte eine *ad hoc* Unterwerfung durch die betroffenen

9) Vgl Art 11ff der Konvention.  
10) So etwa Art 5 des Protokolls Nr 1 v 1946 zum Freundschaftsvertrag .

11) Vgl diesbezüglich *Hafner*, ZÖR 1993, 119ff.

12) Vgl etwa Art V der 1966 von der International Law Association an-

genommenen Helsinki Rules; ausführlich *Hafner*, ZÖR 1993, 120ff.  
13) *Brill*, Die Türkei auf dem Weg zur „Wassergroßmacht“, 5 ÖMZ

2006, 547 (550).

14) In diesem Sinn *Hafner*, ZÖR 1993, 136.

# Release-Fest

des

## juridikum 1/2007

23. März 2007 • 20:00 Uhr

# werkzeugH

Schönbrunner Straße 61 • 1050 Wien

<http://www.werkzeugh.at>

- Kulinarium
- Heftpräsentation
- Kulturintervention

Staaten gemäß Art 36 Abs 1 IGH-Statut im konkreten Fall erwogen werden.<sup>15</sup>

Fest steht, dass sich die Kontrolle der Türkei über das Wasser durch den Staudamm-erbau erheblich erhöht. *Pro futuro* erschiene es entsprechend sinnvoll, die Nutzung des Wassers des Tigris bindend festzulegen. So könnten sich die beteiligten Staaten (Türkei, Irak und Syrien) darauf einigen, einen entsprechenden Vertrag zu schließen (der etwa eine Mindestabflussmenge an Wasser garantiert) bzw eine gemeinsame Institution zu schaffen, die als Gesprächsplattform zwischen den betroffenen Staaten dient.

Dies würde die Ungleichgewichtigkeit der Beziehungen zwischen dem Flussoberliegerstaat (Türkei) und den Flussunterliegerstaaten (Syrien/Irak) zumindest etwas ausgleichen und damit die Abhängigkeit des Irak und Syriens von der Wassernutzung durch die Türkei verringern.<sup>16</sup>

### 3. Internationaler Menschenrechtsschutz<sup>17</sup>

Im Fall des Staudammbaus sind – wie oben erwähnt – etwa 50.000 Personen von Umsiedlungen oder Landverlust betroffen.<sup>18</sup> Gemäß des 2005 erneuerten

Umsiedlungsplans der türkischen Regierung (*Resettlement Action Plan*, RAP) sollen diese enteignet und in neuen Dörfern oder bereits existierenden Städten wieder angesiedelt, beziehungsweise für ihre Ansprüche entschädigt werden.<sup>19</sup>

#### 3.1 Menschenrechtliche Standards

Es obliegt Menschenrechtsschutzorganen wie dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festzustellen, ob es sich bei Umsiedlungen, wie sie im Rahmen des Ilisu-Staudammprojekts geplant sind, um legitime Eingriffe in Menschenrechte im öffentlichen Interesse handelt, die der Einzelne hinzunehmen hat; oder ob die Eingriffe – als zu weitgehend und unverhältnismäßig – Menschenrechtsverletzungen darstellen.<sup>20</sup> Die relevanten Verträge – insbesondere die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), der internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) und der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) wurden von der Türkei ratifiziert und sind für diese somit völkerrechtlich verbindlich.<sup>21</sup> Einschlägige Rechte sind insbesondere das Recht auf Eigentum (Art 1 1. ZP zur EMRK), welches Eigentum gegen staatliche Eingriffe schützt, die nicht einen Mindeststandard erfüllen;<sup>22</sup> das Recht auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK; Art 17 IPBPR); das Recht auf angemessene Unterbringung (*right to housing*) und einen angemessenen Lebensstandard (enthalten in Art 11 IPWSKR); das Recht auf eine wirksame Beschwerde beziehungsweise auf ein angemessenes Verfahren im Fall von Eingriffen in Rechte (Art 6, 13 EMRK; Art 2(3), 14 IPBPR); und das

15) Eine Befassung des IGH erfolgte hingegen jüngst im Fall des Río Uruguay. Am 4. Mai 2006 klagte Argentinien Uruguay wegen Verschmutzung des Flusses durch eine Zellulosefabrik, der Uruguay eine Betriebsstättengenehmigung gegeben habe, ohne Argentinien zuvor konsultiert zu haben. Allerdings hat der IGH es abgelehnt, provisorische Maßnahmen zu erlassen, da der Beweis einer möglichen Schädigung fehle (IGH, 13.7.2006, *Pulp Mills on River Uruguay, Argentinien v Uruguay*, <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iau/iauframe.htm> (2.1.2007)).

16) In diesem Sinn *Hafner*, ZÖR 1993, 146.

17) Die vorliegende Bewertung beruht in weiten Zügen auf *Amnesty International Österreich*, Human Rights Aspects of the Construction of the Ilisu Dam and Hydroelectric Power Plant Project in Turkey, April 2006, [http://www.eca-watch.at/downloads/D1.%20Amnesty%20International\\_IlisuRAP\\_final.pdf](http://www.eca-watch.at/downloads/D1.%20Amnesty%20International_IlisuRAP_final.pdf) (4.1.2007); und auf *Cernea*, Comments on the Resettlement Action Plan for the Ilisu Dam and HEPP Project, 23.2.2006, [http://www.eca-watch.at/downloads/D20.%20Ilisu%20RAP\\_Prof.Cernea%2002.2006.pdf](http://www.eca-watch.at/downloads/D20.%20Ilisu%20RAP_Prof.Cernea%2002.2006.pdf) (4.1.2007).

18) Die Zahlenangaben, wie viele Personen betroffen sind, variiert je nach Quelle. *Cernea* geht von mehr als 54.000 Betroffenen aus (Vgl *ibid*, 4).

19) Vgl *Republic of Turkey, Ministry of Energy and Natural Resources*, Ilisu Dam and HEPP Project. Update of Resettlement Action Plan, Juli 2005, <http://www.ilisu-wasserkraftwerk.com/page.php?modul=HTMLPages&pid=51> (7.1.2007).

20) Zur den Prüfungskriterien des EGMR vgl *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup> (2005) 192ff, 365ff. Vgl auch EGMR, 23. 9. 1998, *Aka v Türkei*, Reports 1998-VI, para 44.

21) Die Türkei hat im Mai 1954 die EMRK und ihr erstes Zusatzprotokoll ratifiziert (<http://www.coe.int> (6.1.2007)); im September 2003 den IPWSKR und den IPBPR (<http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/index.htm> (6.1.2007)).

22) Eine völkerrechtskonforme Enteignung muss dem öffentlichen Wohl dienen, darf nicht diskriminierend sein, die Betroffenen müssen adäquat entschädigt werden und das Enteignungsverfahren muss fair sein. Vgl im Detail, *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention 358ff.

Diskriminierungsverbot, das eine unterschiedliche Behandlung bestimmter Gruppen (zB religiöser, ethnischer, sprachlicher Minderheiten) ohne sachliche Rechtfertigung (Art 14 EMRK, Art 2(1), 26 IPBPR) verbietet.

### 3.2 Bewertung des im Jahr 2005 aktualisierten Umsiedlungsplans der Türkei

Der von der Türkei 2005 vorgestellte aktualisierte Umsiedlungsplan enthält gewisse Verbesserungen zum ursprünglichen Plan aus 1999. Kritisiert wird jedoch auch der neue Plan in Bezug auf den auf Enteignungen anwendbaren gesetzlichen Rahmen, zB bezüglich Entschädigung<sup>23</sup> ebenso wie für seine ungenügenden politischen und organisatorischen Rahmenbedingungen.<sup>24</sup> Auch der Mangel an effektiven und fairen Beschwerdeverfahren<sup>25</sup> und die unzureichende Information und Einbeziehung der betroffenen Bevölkerung wird releviert.<sup>26</sup> Es erscheint dementsprechend zweifelhaft, ob der aktualisierte Umsiedlungsplan den gängigen internationalen Menschenrechtsstandards entspricht.

### 3.3 Konsequenzen einer allfälligen Völkerrechtswidrigkeit

Allfällige Menschenrechtsverletzungen, die durch die geplanten Umsiedlungen verursacht werden, könnten von den betroffenen Personen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen vor internationalen Institutionen beanstandet werden. Dabei bietet sich insbesondere der EGMR an.<sup>27</sup> Der Menschenrechtsausschuss des IPBPR hat nämlich – trotz der hohen moralischen und politischen Überzeugungskraft seiner „views“ – keine Kompetenz, bindende Entscheidungen zu treffen.<sup>28</sup> Zudem hat die Türkei das Fakultativprotokoll, welches

auch Individualbeschwerden zulässt, zwar unterschrieben aber nicht ratifiziert.<sup>29</sup> Der IPWSKR sieht keine individuelle Beschwerdemöglichkeit vor. Zudem sind die staatlichen Verpflichtungen im Pakt schwächer formuliert und lassen den Staaten mehr Spielraum bei der Umsetzung als vergleichbare Menschenrechtsschutzinstrumente, die bürgerliche und politische Rechte normieren.<sup>30</sup> Der EGMR hingegen kann von Einzelpersonen, die eine Verletzung ihrer Rechte geltend machen, nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges angerufen werden<sup>31</sup> und hat die Kompetenz, bindende Entscheidungen zu treffen.<sup>32</sup> Tatsächlich hat der EGMR bei Enteignungen im Fall vorangegangener Staudambauten entsprechende Verletzungen des Rechts auf Eigentum (Art 1 1. ZP zur EMRK) durch die Türkei, etwa wegen verzögerter Entschädigung<sup>33</sup> oder wegen der Gesamtumstände der Enteignung, bereits festgestellt.<sup>34</sup> Einigermassen unbefriedigend ist allerdings, dass die Rechtsverletzung erst *ex post*, also nach dem Staudambau, erkannt wird.

## 4. Internationales Umweltrecht

Umweltorganisationen wie der Naturschutzbund Deutschland (NABU), der WWF und WEED (Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung)<sup>35</sup> kritisieren die irreversiblen Folgen, die der Ilisu-Staudamm für die Biodiversität des Gebiets hätte. Vogelschutzgebiete würden zerstört werden und die Flutungen würde vielen Tierarten ihren natürlichen Lebensraum nehmen. Auch vom Aussterben bedrohte Bestände – wie der Habichtsadler oder die Euphrat Weichschildkröte – wären akut gefährdet.

### 4.1. Die Biodiversitätskonvention

Der völkerrechtliche Rahmen wird hier insbesondere von der VN-Biodiversi-

tätskonvention gesteckt, die auch 1997 von der Türkei ratifiziert wurde.<sup>36</sup>

Die Biodiversitätskonvention normiert etwa, dass Staaten nationale Strategien entwickeln sollen, um den Schutz und die nachhaltige Nutzung ihrer biologischen Vielfalt zu fördern (Art 6). Auch sollen Staaten ihre biologischen Ressourcen mit dem Ziel der nachhaltigen Erhaltung regulieren und verwalten (Art 8c). Für den Schutz bedrohter Arten sind weiters entsprechende gesetzliche oder andere Maßnahmen zu treffen (Art 8k). Allerdings lassen die in der Konvention normierten staatlichen Verpflichtungen den Staaten einen weiten Bewertungsspielraum: sie sollen nur „as far as possible and as appropriate“ die entsprechenden Maßnahmen treffen.<sup>37</sup> Die Türkei hätte demzufolge wohl Raum zu argumentieren, dass es weder möglich noch angemessen sei, die Biodiversität der Ilisu-Region zu wahren, da Erwägungen wie die Energieversorgung der Bevölkerung vorgingen. Weiters ist auch das in der Konvention vorgesehene Überwachungssystem einigermaßen schwach ausgeprägt. Die Konvention sieht lediglich Berichte der betroffenen Staaten an die Konferenz der Vertragsparteien vor.<sup>38</sup>

### 4.2 Verpflichtende Umweltverträglichkeitsprüfung

Eine Umweltverträglichkeitsprüfung geplanter Projekte mit entsprechender Bewertung der Auswirkungen derselben dient der Minimalisierung der negativen Auswirkungen von Projekten wie Dammbau auf die Umwelt. Einschlägige internationale Abkommen – das Protokoll für strategische Umweltprüfungen (SEA-Protokoll)<sup>39</sup>; bzw das Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden

23) Amnesty International Österreich, Human Rights Aspects 8f; Cernea, Comments on the Resettlement Action Plan 19ff.

24) Vgl Amnesty International Österreich, Human Rights Aspects 9f; Cernea, Comments on the Resettlement Action Plan 14ff, 20.

25) *Ibid* 12.

26) Vgl Amnesty International Österreich, Human Rights Aspects 13f.

27) Mit der Ratifikation der EMRK hat die Türkei automatisch die Zuständigkeit des EGMR akzeptiert.

28) Vgl Nowak, CCPR Commentary<sup>2</sup> (2002) XXII.

29) UN OHCHR, Status of ratifications of the principal international human rights treaties, Stand v 16.6.2006, <http://www.ohchr.org/english/bodies/docs/Ratification-Status.pdf> (6.1.2007).

30) Vgl die unterschiedliche Formulierung von Art 2 IPWSKR und Art 2 IPBPR hinsichtlich der Staatenverpflichtungen.

31) Für die Zulässigkeitskriterien vgl Art 34, 35 EMRK.

32) Art 46 EMRK.

33) Vgl etwa EGMR, 9. 7. 1997, *Akkus v Türkei*, Reports 1997-IV; EGMR, 30.1.2001, *Özen v Türkei*, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=10098982&skin=hudoc-en> (15.1.2007).

34) Vgl EGMR, *Aka v Türkei*.

35) *Anonym*, Kein Kredit für umstrittenen Ilisu-Staudamm in der Türkei, Umweltjournal v 3. 10. 2006, [http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/Afa\\_geldfinanz/11145.php](http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/Afa_geldfinanz/11145.php) (11.1.2007).

36) VN-Biodiversitätskonventi-

on 1992, <http://www.biodiv.org/world/parties.asp> (11.1.2007).

37) Vgl Art 6(b), 7, 8 Biodiversitätskonvention.

38) Art 26 Biodiversitätskonvention.

39) 2003 VN-ECE Protokoll für strategische Umweltprüfungen (SEA-Protokoll), [http://www.unece.org/env/eia/sea\\_protocol.htm](http://www.unece.org/env/eia/sea_protocol.htm) (11.1.2007).

Rahmen (Espoo-Übereinkommen)<sup>40</sup> – wurden indes nicht von der Türkei ratifiziert und sind dementsprechend nicht anwendbar. Die Türkei hat allerdings (unverbindliche) Standards wie die Weltbankrichtlinien (Operational Policies, OP) als anwendbaren Referenzrahmen anerkannt.<sup>41</sup> Diese (OP 4.01, *Environmental Assessment*, OP 4.04 *Natural Habitats* (paras 4-6))<sup>42</sup> normieren eine Umweltverträglichkeitsprüfung geplanter Projekte mit entsprechender Bewertung der Auswirkungen derselben. Weiters wird eine Minimalisierung der entstehenden Schäden gefordert (OP 4.04, para 5).

Es liegt eine von der Türkei in Auftrag gegebene Umweltverträglichkeitsprüfung aus dem Jahr 2005 vor.<sup>43</sup> Unabhängige Gutachten kritisieren jedoch, dass der vom Ilisu-Konsortium in Auftrag gegebene *Environmental Impact Assessment Report* (EIAR) unvollständige Informationen und unzureichendes Datenmaterial enthalte und teilweise widersprüchlich sei.<sup>44</sup>

Im Rahmen der Weltbank gibt es seit der Etablierung des *World Bank Inspection Panel* 1993,<sup>45</sup> an das sich betroffene Gruppen von Individuen oder NGOs wenden können,<sup>46</sup> eine Möglichkeit, die Einhaltung der von der Weltbank gesetzten Standards bei einzelnen Projekten zu überprüfen.<sup>47</sup> Die Weltbank beteiligt sich jedoch nicht am Ilisu- Staudammprojekt. Es läge dementsprechend auch an nationalen Kontrollbanken, ihre Ex-

portkreditgarantien von der Einhaltung vergleichbarer Standards wie jenen der Weltbank abhängig zu machen.

## 5. Internationaler Kulturgüterschutz

Im Fall des Staudammbaus würde die 10.000 Jahre alte Stadt Hasankeyf weitgehend überflutet.<sup>48</sup> Auch eine Abtragung und Wiedererrichtung oberhalb ihres ursprünglichen Standorts – so wie dies von den türkischen Behörden vorgesehen ist –<sup>49</sup> könnte die Stadt nur unvollständig rekonstruieren.<sup>50</sup>

### 5.1. Kulturrechtliche Standards

Einschlägig ist hier vor allem das UNESCO-Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturerbes der Welt (UNESCO-Übereinkommen) aus dem Jahr 1972. Dieses wurde von der Türkei 1983 ratifiziert.<sup>51</sup> Das UNESCO-Übereinkommen normiert, dass Städte und Monumente mit außergewöhnlichem universellem Wert für die Menschheit dem „Komitee für das Erbe der Welt“ zur Aufnahme in die Liste des Weltkulturerbes vorgeschlagen werden sollen (Art 11 Abs 1). Eine Aufnahme in die Liste des Weltkulturerbes bedeutet, dass jeder Staat sich verpflichtet, Erfassung, Schutz und Erhaltung des kulturellen (und natürlichen) Erbes zu übernehmen und effektive (rechtliche, wissenschaftliche, technische, Verwaltungs- und Finanz-) Maßnahmen zu ergreifen, sowie den Schutz, die Erhaltung

und die Revitalisierung dieses Erbes zu gewährleisten.<sup>52</sup> Staaten müssen über die Maßnahmen berichten, die sie in Anwendung des Abkommens unternehmen haben.<sup>53</sup> Zudem veröffentlicht das UNESCO-Komitee für den Erhalt des Erbes der Welt eine Liste der (unter anderem) von Entwicklungs- und anderen Großprojekten bedrohten Projekte.<sup>54</sup> Durch diese Publizität kann ein gewisser (politischer/internationaler) Druck auf einen Staat ausgeübt werden, der sein Kulturerbe gefährdet. Wenn es auch unrealistisch ist, dass ein Staudamm dadurch verhindert wird, stehen doch Staaten unter gewissem Zugzwang, Beeinträchtigungen des kulturellen Erbes so klein wie möglich zu halten.

### 5.2. Der Fall von Hasankeyf

Im Fall Hasankeyfs kommt das zuvor skizzierte Instrumentarium des UNESCO-Übereinkommens jedoch nicht zur Anwendung. Die Türkei hat Hasankeyf nämlich nicht für die Aufnahme in die Liste des Weltkulturerbes vorgeschlagen.<sup>55</sup> Dies, obwohl die in Art 1 des UNESCO-Übereinkommens gegebene Definition des „kulturellen Erbes“ auf Hasankeyf passt und auch die von der UNESCO etablierten Auswahlkriterien eine Nominierung der Stadt nahe legen würden.<sup>56</sup>

Allenfalls ließe sich eine gewisse Verpflichtung der Türkei zum Kulturgüterschutz aus der Ratifikation des UNESCO-Übereinkommens als sol-

40) 1991 VN-ECE Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (Espoo-Übereinkommen), <http://www.unece.org/env/eia/> (11.1.2007).

41) *Ilisu Consortium*, Ilisu Dam and HEPP, Environmental Impact Assessment Report, 31.7.2005, Executive Summary 1, <http://www.ilisu-wasserkraftwerk.com/page.php?modul=HTMLPages&pid=46> (11.1.2007).

42) World Bank, OP 4.01, *Environmental Assessment*, Jänner 1999, <http://wbln0018.worldbank.org/Institutional/Manuals/OpManual.nsf/toc2/9367A2A9D9DAEED38525672C007D0972?OpenDocument>; World Bank, OP 4.04, *Natural Habitats*, August 2004, <http://wbln0018.worldbank.org/Institutional/Manuals/OpManual.nsf/whatnewvirt/71432937FA0B753F8525672C007D07AA?OpenDocument> (11.1.2007).

43) *Ilisu Consortium*, Environmental Impact Assessment Report.

44) Vgl etwa das Gutachten des *Wasserforschungsinstituts der Eidgenössischen Technischen Hochschule*, 4ff.

45) International Bank for Reconstruction and Development, International Development Association, 22.9.1993, Resolution No 93-10 IBRD, Resolution No 93-6 IDA, The World Bank Inspection Panel.

46) *Ebda*, para 12. Siehe generell World Bank Inspection Panel, <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTINSPECTION/PANEL/0,,menuPK:64129249~pagePK:64132081~piPK:64132052~theSitePK:380794,00.html> (10.1.2007).

47) Für Details, *Alfredsson/Ring* (Hrsg), *The Inspection Panel of the World Bank. A Different Complaints Procedure* (2001).

48) Vgl *National University of Ireland/Kurdish Human Rights Project*, *The Cultural and Environmental Impact of Large Dams in Southeast Turkey*, Fact Finding Mission Report, Februar 2005, <http://www.eca-watch.at/downloads/D4.%20Cultural%20and%20Environmental%20Impact%20of%20Large%20Dams.pdf>, 67-89 (10.1.2007).

49) Nach Informationen des Konsortiums sollen 100 Millionen Dollar dafür zur Verfügung gestellt werden, <http://www.ilisu-wasserkraftwerk.com/page.php?modul=HTMLPages&pid=8> (10.1.2007).

50) Vgl dazu *Bern Declaration, ECA Watch and Weed*, Notes on the Feasibility of the Archaeological Salvage Plan, Review of the EIAR of the Ilisu Dam and HEPP, Februar 2006, [http://www.eca-watch.at/downloads/D5.%20Notes\\_Arch\\_Salv.%2002.2006.pdf](http://www.eca-watch.at/downloads/D5.%20Notes_Arch_Salv.%2002.2006.pdf) (10.1.2007).

51) Vgl Ratifikationsliste des UNESCO-Übereinkommens, <http://whc.unesco.org/en/statesparties/> (12.1.2007).

52) Art 4, 5 UNESCO-Übereinkommen.

53) Art 29 UNESCO-Übereinkommen.

54) Art 11 Abs 4 UNESCO-Übereinkommen. Vgl weiters die *UNESCO Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention*, WHC/05.2, 2.2.2005, paras 177ff, <http://whc.unesco.org/archive/opguide05-en.pdf> (10.1.2007).

55) Vgl die Liste des Weltkulturerbes, UNESCO, <http://whc.unesco.org/en/list/> (10.1.2007).

56) Vgl UNESCO, *World Heritage, Criteria for Selection*, <http://whc.unesco.org/pg.cfm?cid=146> (10.1.2007).

Potz/Moser-Zoundjiekpon/Wieshaider (Hg.)  
**Gesetzbuch Kulturrecht**

Stand: 1. 11. 2006, 322 Seiten, mit CD-Rom, br., 987-3-7046-4964-5,  
 € 35,-, Abo- und Hörerscheinpreis € 28,-

Das Buch beinhaltet die erste Sammlung der relevanten Vorschriften aus dem Fach Kulturrecht, wie es seit dem Wintersemester 1999/2000 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien gelehrt wird. Der Inhalt umfasst folgende Bereiche: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Europarecht, Organisationsrecht, Förderungsrecht, Kulturgüterschutz und Restitutionsrecht, Urheberrecht und Medienrecht, Arbeitsrecht, Sozialrecht, Steuerrecht, Strafrecht, Veranstaltungsrecht, Bildungsrecht.

**Univ.-Prof. Dr. Richard Potz**, Vorstand des Instituts für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien

**Dr. Birgit S. Moser-Zoundjiekpon**, Leiterin der Rechtsabteilung im Erzbischöflichen Amt für Unterricht und Erziehung der Erzdiözese Wien und Assistentin am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien

**Dr. Wolfgang Wieshaider**, Univ.-Ass. am Institut für Rechtsphilosophie, Religions- und Kulturrecht der Universität Wien



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

ches ableiten. Es könnte argumentiert werden, dass sich die Türkei durch die Ratifikation zum Kulturgüterschutz bekannt hat. Dies unabhängig davon, ob eine gewisse Stätte als Weltkulturerbe gelistet ist. So wird auch in Art 12 des UNESCO-Übereinkommens ausdrücklich betont, dass eine Nicht-Aufnahme in die Liste des Weltkulturerbes nicht bedeutet, dass die relevante Stätte keine universelle Bedeutung habe. Insgesamt ist jedoch davon auszugehen, dass aus dem UNESCO-Übereinkommen zum Schutz des Weltkulturerbes nur geringe Verpflichtungen der Türkei betreffend Hasankeyf abgeleitet werden können.

#### 6. Zusammenfassung

Die völkerrechtliche Analyse zeigt, dass das Ilisu-Staudammprojekt problematisch ist. Es ist fraglich, ob die Wassernutzung der Türkei im Rahmen des Staudammprojekts die Interessen der anderen betroffenen Staaten (des

Irak und Syriens) ausreichend berücksichtigt. Weiters erscheint zweifelhaft, ob die von der türkischen Regierung in Aussicht genommenen Umsiedlungen internationalen Menschenrechtsstandards entsprechen.

Aus der Sicht des internationalen Umweltrechts und des internationalen Kulturgüterschutzes können zwar nur weniger eindeutige Verpflichtungen der Türkei abgeleitet werden. Die entsprechenden Normen sind entweder zu weit gefasst formuliert oder im konkreten Fall nicht anwendbar. Dementsprechend führt ein Dammbau in diesen Bereichen wohl zu keiner Verletzung bindender internationaler Standards, auch wenn er aus umwelt- und kulturpolitischer Perspektive zu hinterfragen ist.

Fest steht, dass das Projekt erhebliches Konfliktpotential bietet. So liegt der geplante Ilisu-Staudamm im vorrangig von der kurdischen Bevölkerung be-

wohnten Gebiet, das zudem Krisengebiet ist.<sup>57</sup> Auch mit dem Irak und Syrien drohen im Fall einer Realisierung des Projekts Konflikte. Die Türkei gewinnt durch den Staudammbau erheblich an Kontrolle über das Wasser, von dem es ohnedies in der Region zu wenig gibt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Türkei dies als Machtinstrument einsetzt, um ihr Wasser im Austausch gegen Öl anzubieten.<sup>58</sup> Dadurch droht das Ilisu-Staudammprojekt die ohnedies krisengeschüttelte Region noch weiter zu destabilisieren.

*MMag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. Christina Binder, E.MA, ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien und Redaktionsmitglied des juridikum; christina.binder@univie.ac.at*

57) Vgl Brill, ÖMZ 2006, 551.

58) Vgl *ibid* 554.

# Ist Plea Bargaining ein geeignetes Instrument für die Aufarbeitung von Völkermordvorwürfen?

Erfahrungen des Tribunals für das ehemalige Jugoslawien<sup>1</sup>

Romana Schweiger

## 1. Einleitung

Unter *plea bargaining*<sup>2</sup> versteht man Übereinkünfte zwischen Anklagebehörde und Verteidigung, in denen dem Angeklagten im Gegenzug für ein Schuldbekennnis eine mildere Strafe zugesagt wird. Solche Vereinbarungen, die ihren Ursprung im amerikanischen Strafverfahren haben, werden im Internationalen Tribunal für das ehemalige Jugoslawien (ICTY)<sup>3</sup> als ein Mittel zur effizienten Erledigung komplexer Fälle eingesetzt. Die Suche nach dem geeignetsten Verfahren für die gerichtliche Aufarbeitung schwerster Menschenrechtsverletzungen stellte eine besondere Herausforderung für das ICTY dar. Das Gericht schmiedete aus verschiedenen nationalen Verfahrenselementen Regeln, die geeignet sein sollen, komplexeste Sachverhalte zu rekonstruieren, die den modernen *fair-trial*-Standards entsprechen und die für Juristen aus verschiedensten Rechtskreisen anwendbar sind. Durch die grundsätzlich adversarische (dh vom Handeln der Parteien bestimmte) Ausrichtung des Verfahrens vor dem

ICTY ist *plea bargaining* mit dessen Prozessgrundsätzen gut zu vereinbaren und bringt eine bedeutende Zeit- und Kostenersparnis. Doch ist dieses Instrument auch mit dem Mandat eines internationalen Gerichts vereinbar, das Straflosigkeit nach schwersten Menschenrechtsverletzungen zu vermeiden hat? Vermindern Vereinbarungen zwischen ICTY-Anklägerin und Angeklagtem nicht die Glaubwürdigkeit des Tribunals so sehr, dass es keinen wesentlichen Beitrag mehr zur Aussöhnung im ehemaligen Jugoslawien leisten kann? Sollte es Praxis eines Gerichts der Vereinten Nationen sein, so schwerwiegende Vorwürfe wie Völkermord im Tausch für ein Schuldbekennnis zu weniger schwerwiegenden Verbrechen zurückzuziehen?

Die Kontroverse zwischen zwei Rechtskulturen um die Eignung von Absprachen zwischen Anklage und Verteidigung in Strafverfahren bekommt gerade wenn es um die Verfolgung von Menschenrechtsverletzungen geht – und angesichts der Mission des ICTY – eine besondere Schärfe.

## 2. Plea bargaining als ein Element des adversarischen Strafverfahrens

Das Verfahrensrecht des ICTY ist in dessen Statut und in den *Rules of Procedure and Evidence* (im Folgenden: *Rules*) geregelt. Die *Rules* wurden von den Richtern des Tribunals selbst erlassen und novelliert.<sup>4</sup> Das Verfahren ist – stark beeinflusst vom Prozessmodell der Vereinigten Staaten – adversarisch nach dem Vorbild des *common law* geprägt. Die *Completion Strategy* (Zeitplan, der vorsieht, dass das ICTY bis 2010/11 seine Aktivitäten beenden sollte) verstärkte den Trend, die ICTY-Prozesse möglichst zu beschleunigen und brachte eine Hinwendung zur kontinentaleuropäischen *civil-law*-Tradition.<sup>5</sup> Dennoch dominieren in der daraus resultierenden Mischform noch deutlich die *common-law*-Elemente.

Das ICTY-Verfahren unterscheidet sich vom amerikanischen Strafverfahren wesentlich dadurch, dass es keine Laienrichter und daher auch keine festen Beweisregeln gibt. Zentraler Akteur des Verfahrens ist die Anklägerin. Sie entscheidet, wen sie anklagt (Opportunitätsprinzip), ermittelt den Fall gegen den Angeklagten (*prosecution case*) und präsentiert diesen vor Gericht. Die Verteidigung setzt dem *prosecution case* ihren Fall (*defense case*) entgegen. Ein – durch das Fehlen eines Prozessaktes – relativ passiver Dreirichterssenat entscheidet, ob die Verfahrensregeln eingehalten wurden und wiegt die Fälle der Anklage und der Verteidigung gegeneinander ab.

Wie im angloamerikanischen Verfahren steht die richterliche Bestätigung des *indictments*, das die einzelnen Vorwürfe (*charges*) aus der Sicht der Anklagebehörde enthält, am eigentlichen Beginn des Strafverfahrens. Die rechtliche Qualifikation des Anklägers im *indictment* ist für die Richter bindend. Wenn der Angeklagte nach seiner Verhaftung dem

1) Der Text ist eine adaptierte Version des Vortrages „The Truth and Practicality of Trade-Off: Plea Agreements in the ICTY and in Bosnia-Herzegovina“ vom 1.4.2006 im Rahmen der Konferenz „The philosophical heritage, historical contingency and moral universality: Reception of the ICTY in ex-Yugoslavia“, Ecole Normale Supérieure, Paris.

2) Zur Vermeidung von Missver-

ständnissen werden in diesem Text durchgehend die englischen Begriffe verwendet. Dadurch soll unterstrichen werden, dass ein *guilty plea* im angloamerikanischen Strafverfahren des *common law* eine andere Funktion und Wirkung hat, als ein Geständnis in unserem Strafprozess. Ebenso hat ein *indictment* einen anderen Charakter als eine Anklageschrift des österreichischen Strafverfahrens.

In Österreich werden Verständigungen zwischen Staatsanwaltschaft und Anklage als „Absprachen im Strafrecht“ diskutiert: vgl zB *Tipold*, Absprachen im Strafprozess, Archivum Iuridicum Cracoviense, Vol XXI-XXXII, 1998-1999, 169; *Leitner*, Finanzstrafrecht 2002. Absprachen/Vergleiche im Abgaben- und Finanzstrafrecht (2003).

3) International Criminal Tribunal

for the Former Yugoslavia (ICTY), gegründet durch Sicherheitsratsresolution 827 vom 25.5.1993, an die das Statut des Tribunals („ICTY Statut“) angehängt ist.

4) ICTY Statut Artikel 15; Rules of Procedure and Evidence (IT/32/Rev.38) idF 13.6.2006 („Rules“).

5) *Ambos*, International Criminal Procedure: „Adversarial“, „Inquisitorial“ or „Mixed“, 3 Intl Crim L Rev 2003, 1.

VERLAG ÖSTERREICH

UNHCR (Hg.)  
**Europäische Asylpolitik**  
 Grundwerk mit 4. Lieferung, 1.554 Seiten, Loseblattsammlung  
 3-7046-3962-1, € 184,-



- Grundlagen, Asyl, Migration und Terrorismus
- Systematisierung der für den Flüchtlingsschutz einschlägigen EU-Dokumente, (derzeit in Verhandlung stehende Kommissionsvorschläge, bereits vom Rat der EU verabschiedete Rechtsakte, politische Diskussionspapiere)
- Dokumente durch Stellungnahmen von UNHCR ergänzt
- handliches Werk für den Praktiker

**Anja Klug** und **Dr. Christoph Pinter** sind Mitarbeiter der Rechtsabteilung UNHCR in Berlin und Wien.

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

VERLAG ÖSTERREICH

Gericht vorgeführt wird, werden die Anschuldigungen gegen ihn verlesen und er wird aufgefordert, ein *plea of guilty* oder *not guilty* abzugeben.<sup>6</sup> Diese Verantwortung determiniert den weiteren Gang des Verfahrens. Ein *plea of guilty* hat im Strafverfahren der *common-law*-Tradition eine andere Funktion als ein Geständnis im *civil-law*-Verfahren: Der Angeklagte anerkennt damit den Strafanspruch dem Grunde nach.<sup>7</sup> Da nach angloamerikanischem Verständnis ein Strafverfahren ein Streben nach Konfliktlösung ist, müssen die Parteien entgegengesetzte Verfahrensziele verfolgen. Die Konsequenz eines Anerkenntnisses des Strafanspruches ist, dass die Beweisaufnahme zur Feststellung der Schuld in der Hauptverhandlung entfällt und direkt zur Verhandlung über die Strafzumessung übergegangen wird. Ungleich den Verfahrensordnungen des *civil law*, steht im *common law* nicht die materielle Wahrheitssuche als Prozessziel im Vor-

dergrund, sondern die Einhaltung technischer Regeln des fairen Wettkampfes.<sup>8</sup>

*Plea bargaining* hat seine Wurzeln in der US-amerikanischen Form des adversarischen Strafverfahrens. Abmachungen zwischen Anklage und Verteidigung können – je nach den Dispositionsmöglichkeiten der Anklagebehörde – sehr unterschiedlich sein. Ein Geständnis wird auch in kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen als wesentlicher Milderungsgrund anerkannt. Zwei Elemente des *common-law*-Verfahrensrechts – das Ermessen des Anklägers bei der Entscheidung, gegen wen Anklage erhoben wird, und die Bindung des Richters an die rechtliche Beurteilung im *indictment* – stärken die Rolle der amerikanischen Anklagebehörde wesentlich. Sie führen dazu, dass der Verteidigung ein umfassenderes Angebot gemacht werden kann. Im Gegenzug für ein *guilty plea* können sogar einzelne Punkte des *indictments* zurückgenommen oder deren rechtliche

Qualifizierung geändert werden. Abmachungen, bei denen der Angeklagte zu einzelnen Vorwürfen des *indictments* ein *guilty plea* abgibt und im Gegenzug die restlichen Anschuldigungen von der Anklagebehörde zurückgenommen werden, bezeichnet man als *charge bargaining*. *Sentencing bargaining* hingegen sind weniger weitgehende Absprachen, bei denen der Angeklagte alle Vorwürfe anerkennt und die Anklagebehörde im Gegenzug einen geringeren Strafrahmen beantragt.

Jüngste Reformen nationaler Strafprozessordnungen brachten häufig den Einbau von Elementen anderer Rechtstraditionen mit sich. Beispielsweise enthält die 2004 erlassene Strafprozessordnung Bosniens und Herzegowinas (BiH) zwar adversarische Züge, lässt jedoch Grundsätze wie das Legalitätsprinzip bestehen.<sup>9</sup> Diese Strafprozessordnung sieht das – im Artikel 231 ausdrücklich als solches bezeichnete – Instrument des *plea bar-*

6) ICTY Statut Artikel 20 (3).

7) Weigend, Absprachen im ausländischen Strafverfahren (1990) 35.

8) *Tochilovksy*, Rules of Procedure for the International Criminal Court: Problems to Address in the Light of the Experience of the Ad

Hoc Tribunals, 46 Netherlands Intl L Rev 1999, 343 (354).

9) Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina, „Official

Gazette“ of Bosnia and Herzegovina, BH 36/03; siehe auch OSCE Trial Monitoring Report, December 2004, 1.

gaining vor. Die Bestimmung erlaubt es der Anklagebehörde Zugeständnisse über das Strafausmaß zu machen, nicht jedoch einzelne Anklagepunkte fallen zu lassen. Ein solches *sentencing bargaining* mag ein Mittelweg sein, der auch mit vom *civil law* geprägten Rechtsordnungen vereinbar ist.

### 3. Die Entwicklung des *plea bargaining* im ICTY

Die *common-law*-Ausrichtung des ICTY-Verfahrens bildete den Rahmen, in dem sich die Praxis des *plea bargainings*, das ursprünglich nicht in den *Rules* vorgesehen war, entwickeln konnte. Die Voraussetzungen für ein gültiges *plea of guilty* wurden erst in Folge der Erfahrungen im Fall gegen *Dražen Erdemović*<sup>10</sup> festgelegt. *Erdemović* bekannte sich zu den Taten, wendete jedoch ein, dass er im Befehlsnotstand gehandelt hatte. Die *Appeals Chamber* hob das Urteil erster Instanz auf, weil es das dem Schuldanspruch zugrunde liegende Anerkenntnis *Erdemovićs* nicht als gültig erachtete. In Folge wurden die Voraussetzungen für die Gültigkeit eines Schuldeingeständnisses in den *Rules* festgeschrieben. Ein wirksames Schulbekenntnis muss freiwillig und in Kenntnis seiner Bedeutung und Wirkung abgegeben werden, es darf nicht zweideutig sein und muss sich auf eine hinreichende Beweisgrundlage stützen.<sup>11</sup>

Nach Einführung dieser Regel kam es in fünf weiteren Fällen zu Verständigungen zwischen der Anklägerin und der Verteidigung,<sup>12</sup> bevor 2001 die *plea bargaining*-Praxis explizit in den *Rules* kodifiziert wurde. Wenn sich die Parteien darauf einigen, dass sich der Angeklagte zu einem oder mehreren Anklagepunkten schuldig bekennt, kann die Anklägerin nunmehr im Gegenzug beantragen, dass das *indictment* entsprechend abgeändert wird und/oder einen speziellen Strafraum vorschlagen bzw. zusagen, keine Einwände geltend

zu machen, wenn die Verteidigung einen bestimmten Strafraum beantragt. Die Richter, denen das Abkommen offen zu legen ist, haben festzustellen, ob das Schulbekenntnis gültig ist. Sie sind nicht an das Abkommen gebunden.<sup>13</sup> Bei einem *guilty plea* entfällt die Hauptverhandlung und es wird eine Verhandlung zur Festsetzung der Strafe anberaumt, in der nur für die Strafzumessung relevante Beweise aufgenommen werden.

Zu einer speziellen Form des *plea bargainings* kam es kürzlich in der Schwesterinstitution des ICTY, dem Internationalen Tribunal für Ruanda (ICTR)<sup>14</sup> im Fall des wegen Völkermordes angeklagten ehemaligen Chefs der Teeindustrie Ruandas *Michel Bagaragaza*.<sup>15</sup> Die Anklagebehörde hatte der Verteidigung zugesagt, dass sie im Gegenzug für *Bagaragazas* Kooperation mit dem Tribunal beantragen würde, dass sein Verfahren nach Norwegen transferiert werden soll. Diese Absprache stützte sich auf *Rule 11bis*, die den Transfer von Verfahren gegen mittel- und niederrangige Angeklagte an die nationale Justiz erlaubt. Sowohl die Kammer erster als auch zweiter Instanz wiesen diesen Antrag jedoch zurück, da in den norwegischen Strafgesetzen das Verbrechen des Völkermordes nicht existiert und *Bagaragaza* wegen eines qualifizierten Tötungsdelikts verfolgt worden wäre. Der Fall zeigt, wie innovativ die Anklagebehörde ihre jeweiligen Möglichkeiten nützen kann, um die Kooperation des Angeklagten zu erreichen.

### 4. *Plea agreements* in der Praxis des ICTY

In nationalen Rechtssystemen entstand *plea bargaining* durch die wachsende Komplexität des Beweisrechts.<sup>16</sup> Im ICTY-Verfahren gibt es zwar keine detaillierten Beweisregelungen, doch sind die Fälle des Tribunals ihrem Wesen nach besonders komplex. Da die

Anklägerin etwa den Beweis erbringen muss, dass Verbrechen im Rahmen eines ausgedehnten oder systematischen Angriffs begangen wurden, ist in den Verfahren regelmäßig eine Vielzahl von Tatorten anzuführen, zu denen jeweils eine große Anzahl von Zeugen auftreten muss.<sup>17</sup> Gerade durch die adversarische Struktur des ICTY-Verfahrens, in der die Zeugenaussage als bevorzugtes Beweismittel gilt, stellte sich die Rekonstruktion von umfassenden Fakten als sehr langwierig dar. Solche Verfahren im stark verkürzten konsensualen Weg zu lösen, ist eine pragmatische Antwort auf die Erwartungshaltung der internationalen Gemeinschaft, das Tribunal solle mit möglichst geringen Mitteln schnelle und greifbare Ergebnisse produzieren.

Durch die geänderte Politik der Anklagebehörde, sich ausschließlich auf die Strafverfolgung von höchstrangigen Personen (*leadership cases*) zu konzentrieren, stellt sich in den Verfahren das besondere Problem, die Führungsrolle des Angeklagten bei der Begehung des Verbrechens zu beweisen. Dies kann am besten durch Aussagen von Zeugen erreicht werden, die selbst in das Verbrechen involviert waren und genau über die (manchmal nur de facto bestehende) Befehlskette Auskunft geben können. Wesentlicher Anreiz, *plea agreements* abzuschließen, ist, dass für die Anklagebehörde eine Zusammenarbeit mit ehemaligen Funktionären oft die einzige Möglichkeit ist, ausreichend Beweismittel zu erlangen.<sup>18</sup> Mit dem Ziel, die Verurteilung höchstrangiger Verantwortlicher zu erreichen, können nieder-rangigen Angeklagten *plea agreements* angeboten werden.

Ein Beispiel ist die Vorgehensweise der Anklagebehörde bei der Verfolgung von Verbrechen, die im Rahmen des Massakers von Srebrenica begangen wurden. Die in der Republika Srpska gelegene Stadt, die – obwohl sie 1993 von den Vereinten Nationen zur *Safe Area*

10) *Prosecutor v Drazen Erdemović* (IT-96-22), Appeals Judgment, 7.10.1997; *Bohlander*, *Plea Bargaining before the ICTY*, in May et al. (Hrsg.), *Essays on ICTY Procedure and Evidence in the Honour of Gabrielle Kirk McDonald* (2001), 151 (153).

11) *Rule 62bis* angenommen am 12.11.1997, novelliert am 10.7. und am 4.12.1998.

12) *Prosecutor v Drazen Erdemović* (IT-96-22); *Prosecutor v Goran Jelisić* (IT-95-10); *Prosecutor v Stevan Todorović* (IT-95-9/1); *Prosecutor v Duško Sikirić et al* (IT-95-8).

13) *Rule 62ter* angenommen am 13.12.2001.

14) *Resolution 955* des Sicherheitsrates vom 8.11.1994.

15) *Prosecutor v Michel Bagaragaza*, Decision on the Prosecution Motion for Referral to the Kingdom of Norway (ICTR-2005-86-R11bis) 19. Mai 2006; und Decision on *Rule 11bis Appeal* (ICTR-2005-86-AR-11bis), 30.8. 2006.

16) *Combs*, *Chopping a Plea to Genocide: The Plea Bargaining of International Crimes*, 151 *Univ Pennsylvania L Rev* 2002, 1 (12).

17) *Nice/Vallières-Roland*, *Procedural Innovations in War Crimes Trials*, 3 *J Intl Crim Justice* 2005, 354 (358).

18) *Tieger/Shin*, *Plea Agreements in the ICTY. Purpose, Effects and Propriety*, 3 *J Intl Crim Justice* 2005, 666 (668).

VERLAG ÖSTERREICH

Pleischl/Soyer (Hg.)  
**Strafrecht**  
 Gesetzbuch, 8. Auflage, Stand 1.1.2007  
 682 Seiten, br., 978-3-7046-5005-4, € 22,50,  
 Abo- und Hörerpreis € 18,-

mit folgenden Neuerungen:

- Strafrechtsänderungsgesetz 2006
- Betrugsbekämpfungsgesetz 2006
- Strafprozessreformgesetz als Anhang



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

**VERLAG ÖSTERREICH**

erklärt worden war – im Juni 1995 von Streitkräften der serbischen Armee Bosniens (VRS) eingenommen wurde, erlangte durch die darauf folgenden Vertreibungen und Exekutierungen von muslimischen Bosniaken traurige Bekanntheit<sup>19</sup>. Obwohl die juristische Aufarbeitung des Srebrenica-Komplexes von sehr wesentlicher Bedeutung für das Ansehen des ICTY – vor allem in BiH – ist, wurden auch in diesen Verfahren *plea agreements* eingesetzt. In den Fällen von *Momir Nikolić* und *Dragan Obrenović* wurden im Austausch für ein *guilty plea* sogar die Vorwürfe des Völkermordes bzw. der Komplizenschaft zum Völkermord fallen gelassen.<sup>20</sup> *Momir Nikolić*, Hilfsmajor und Chef des Geheim- und Sicherheitsdienstes der VRS-Brigade von Bratunac, bekannte sich zum Vorwurf der Verfolgung (*persecution*) als Verbrechen gegen die Menschlichkeit und sagte zu, in anderen Verfahren des Srebrenica-Komplexes mit der Ankla-

gebehörde zu kooperieren. Daraufhin wurden alle anderen Anschuldigungen einschließlich der des Völkermordes zurückgelegt. Das Urteil gegen *Nikolić* ist dadurch, dass die Kammer wesentlich über den von der Anklage vorgeschlagenen Strafrahmen hinausging, eine Abkehr der positiven Haltung des Tribunals gegenüber solchen Abmachungen. Die Kammer erster Instanz äußerte sich sehr kritisch über den Einsatz von *plea agreements* bei der Verfolgung schwerwiegender Verbrechen. Sie stellte fest, dass im Fall *Nikolić* die Anklagebehörde trotz der Zurücknahme zahlreicher Anschuldigungen den dem *indictment* zugrundeliegenden Sachverhalt nicht modifizierte. Daraus schloss sie, dass *persecution* das gesamte ursprünglich angeklagte kriminelle Verhalten *Nikolićs* abdecken würde.<sup>21</sup> Diese Folgerung ist verwirrend, da nur der Tatbestand des Völkermordes den spezifischen Vorsatz beinhaltet, eine nationale, ethnische, rassische oder religiöse

Gruppe, in diesem Fall bosnische Muslime, ganz oder teilweise zu zerstören.

Ob für Völkermord schuldig gesprochen wird, hat gerade in Srebrenica-Fällen besondere politische Bedeutung. Dass bisher nur in einem Fall, nämlich dem des VRS-Generals *Radislav Krstić*, ein rechtskräftiger Schuldspruch für Völkermord gefällt wurde, hat das Ansehen des Tribunals in Bosnien maßgeblich gemindert. Präzise Feststellungen über den Unrechtsgehalt der Tat und die Schuld des Täters haben eine viel wesentlichere und langfristige Bedeutung, als die aus dem *plea bargaining* häufig resultierende geringe Strafzumessung. Der Beitrag, den das ICTY zur Geschichtsschreibung leistet, wird durch den Handel mit Anklagepunkten wesentlich gemindert. Es ist zutreffend, dass historische Fakten nur Nebenprodukte eines Strafverfahrens sein können<sup>22</sup> und dass selbst *plea agreements* einen Beitrag zur Rekonstruktion von

19) *Binder/Schweiger*, Judicial Mechanisms for Addressing Massive Human Rights Violations: The Case of Srebrenica, 3 J of Int L of

Peace and Armed Conflict 2006, 196 (197).

20) *Prosecutor v Momir Nikolić* Sentencing Judgment (IT-02-60/1-S) vom 2.12.2002, para 51. *Prosecutor v Dragan Obrenović* (IT-02-60).

21) *Prosecutor v Momir Nikolić*, 22) *Tieger/Shin*, Plea Agreements, 670.

historischen Ereignissen leisten können, indem sie die Perspektive der Täter beleuchten. *Plea bargaining* könnte sogar zu mehr Verantwortlichkeit führen, wenn der Verlust, in dem einen Fall einen umfassenden Schuldspruch zu fällen, durch den Gewinn von wesentlichen Informationen für einen anderen Fall aufgewogen wird. In diesem Sinne könnte die Anklagebehörde niederrangigen Tätern *plea agreements* anbieten, um in Verfahren gegen höchstrangige Angeklagte Beweismaterial zu erhalten. Im Srebrenica-Komplex wurden die Aussagen von *Momir Nikolić* und *Dragan Obrenović* im Verfahren gegen *Vidoje Blagojević* und *Dragan Jokić*<sup>23</sup> verwendet. Dies entsprach nicht ganz der Idee niederrangigen Angeklagten *plea agreements* anzubieten, um ihre Aussagen gegen höherrangige Angeklagte verwenden zu können, denn *Nikolić* war zwar *Blagojević* untergeordnet, *Obrenović* war *Jokić* jedoch im Rang übergeordnet.<sup>24</sup> Bei keiner dieser Personen handelte es sich aber um höchste Machthaber. Doch ging es um das schwerste Verbrechen in der Zuständigkeit des ICTY. *Nikolić*, *Obrenović* und *Blagojević* waren wegen Völkermordes angeklagt. Dafür, dass diese Anschuldigungen bei *Nikolić* und *Obrenović* gegen *persecution* eingetauscht wurden, erhielt die Anklagebehörde insgesamt 20 Stunden lange Aussagen von den beiden Insider-Zeugen im Verfahren gegen *Blagojević* und *Jokić*. *Obrenović* wurde sein reumütiges Geständnis und seine Kooperationsbereitschaft besonders angerechnet, im Gegensatz dazu wurde sowohl das Geständnis von *Nikolić* als auch seine Aussage im *Blagojević*-Fall als ausweichend und von geringer Glaubwürdigkeit bezeichnet.<sup>25</sup> *Blagojević* konnte ebenso wie *Krstić* nicht für Völkermord indirekter Begehungsweise (*committing*), sondern nur in der abgeleiteten Begehungsweise *aiding and abetting* schuldig gesprochen werden. Die Aussagen von Zeugen, mit denen zuvor ein *plea agreement* abgeschlossen wurde, werden auch im – gegenwärtig im Stadium der Hauptverhandlung befindlichen – Sre-

brenica-Fall gegen *Popović* und sechs weitere Mitangeklagte Bedeutung erlangen.

Das am 27.9.2006 in erster Instanz ergangene Urteil gegen *Momčilo Krajišnik* hätte sich ebenso auf wesentliche Insider-Informationen von der vormals mit ihm in einem *indictment* angeklagten *Biljana Plavšić* stützen können. *Krajišnik* und *Plavšić*, beide ehemalige (de facto) Mitglieder der Präsidentschaft der Republika Srpska, wurde im ursprünglichen *indictment* auch Völkermord vorgeworfen. *Plavšić* hatte sich in einem *plea agreement* zu *persecution* schuldig bekannt und wurde zu 11 Jahren Haft verurteilt. Dieses Übereinkommen wurde vor allem wegen der hohen Position der Angeklagten als zu milde kritisiert. Für die Anklagebehörde war die Weigerung *Plavšićs*, gegen andere Angeklagte auszusagen, besonders problematisch. Im *Krajišnik*-Prozess ordnete die Kammer schließlich an, *Plavšić* für eine Zeugenaussage vorzuführen. Obwohl das Tribunal annahm, dass der objektive Tatbestand des Völkermordes erfüllt sei, konnte der spezifische Vorsatz nicht nachgewiesen und *Krajišnik* für dieses Verbrechen nicht schuldig gesprochen werden.

Die Ergebnisse, die die *plea-bargaining*-Praxis im ICTY lieferte, sind ernüchternd. Der Verlust einer Aufarbeitung von Fakten in einem Gerichtsverfahren, in dem den Vorwürfen umfassend nachgegangen und den Opfern die Möglichkeit gegeben wird, als Zeugen gehört zu werden, wurde nur zu einem geringen Maße durch den Wert der erworbenen Kooperation aufgewogen. Mit der Zielsetzung einer Institution, die vom Sicherheitsrat das Mandat erhielt, internationale Verbrechen nicht ungestraft zu lassen, ist es kaum vereinbar, dass so schwere Anklagepunkte wie Völkermord zurückgelegt werden. Im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (ICC) findet sich für den Umgang mit *guilty pleas* eine Kompromisslösung zwischen *common-law*- und *civil-law*-Tradition. Nach einem Schuldanerkenntnis ist ein verkürztes Verfahren vorgesehen, es liegt jedoch

im Ermessen der Richter, noch weitere Zeugenaussagen zu hören bzw. das *plea* als nicht gültig zu werten und ein volles Verfahren durchzuführen.<sup>26</sup>

## 5. Schlussbemerkungen

*Plea agreements* im ICTY wurden durch die adversarische Struktur des Verfahrens ermöglicht. Sie sind eine pragmatische Lösung, um mit der enormen Arbeitsbelastung des Gerichts fertig zu werden und für die Anklagebehörde ein wichtiges Mittel, Kooperation zu erreichen und schwer zugängliche Informationen zu erhalten. Obwohl sich die Anklagebehörde in wichtigen Völkermord-Fällen auf diese Insider-Informationen stützen konnte, gelang es ihr nicht, dem Täter den für dieses Verbrechen (in direkter Begehungsweise) nötigen Vorsatz nachzuweisen. Der Preis, den das Tribunal für diese Informationen zahlt, ist jedoch sehr hoch. Vor allem in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens kann die an die kontinentaleuropäische Rechtstradition gewöhnte Bevölkerung einen Handel mit so schwerwiegenden Schuldvorwürfen schwer nachvollziehen. Das ICTY wurde gegründet, um durch Gerechtigkeit einen wesentlichen Beitrag zur Wiederversöhnung zu leisten, und ist damit Teil des Friedensprojekts in der westlichen Balkanregion. Beim *plea bargaining* kommt es nicht zur Aufarbeitung schwerster Verbrechen in einem Gerichtsverfahren. Dadurch kann das ICTY nur mehr in reduzierter Form zum Karthasis- und Wahrheitsfindungsprozess beitragen. In diesem Sinn hielt der deutsche Richter Wolfgang Schomburg in seiner *Dissenting Opinion* zum Urteil im *plea-bargaining*-Fall von Miroslav Deronjić: „There is no peace without justice; there is no justice without truth, meaning the entire truth and nothing but the truth.“<sup>27</sup>

Univ. Ass<sup>in</sup>. Dr<sup>in</sup>. Romana Schweiger ist Assistentin am Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Wien (Ordinariat Prof. Höpfel); [romana.schweiger@univie.ac.at](mailto:romana.schweiger@univie.ac.at)

23) *Prosecutor v Vidoje Blagojević and Dragan Jokić* (IT-02-60-T), Judgment, T.Ch. I, 17.1. 2005.

24) *Gallagher*, The Second Srebrenica Trial: *Prosecutor v Vidoje*

*Blagojević and Dragan Jokić*, 18 Leiden J Intl L 2005, 523 (527).

25) *Prosecutor v Momir Nikolić*, Sentencing Judgment (IT-02-60/1-S) vom 2.12.2002, para

156; *Gallagher*, The Second Srebrenica Trial, 527.

26) Rome Statute of the International Criminal Court (UN Doc A/CONF.183/9), 17.6.1998, Art 65.

27) *Prosecutor v Miroslav Deronjić* (IT-02-61), Sentencing Judgment, 30.3.2004, Dissenting Opinion Judge Schomburg, para 6.

# Ausbürgerung

Politisch motivierter Staatsbürgerschafts-  
verlust im Austrofaschismus...  
(Teil II: Die Wiener Ausbürgerungspraxis)

Ilse Reiter/Christiane Rothländer\*

Am 23. September 1933 erließ die Bundes-Polizeidirektion (BPD) in Wien knapp fünf Wochen nach Inkrafttreten der Ausbürgerungsverordnung vom 16. August 1933 (BGBl 369/1933) die ersten Ausbürgerungsbescheide, die ausschließlich Mitglieder der NSDAP betrafen, die an der Organisation bzw Durchführung der Terroranschläge vom Juni 1933 beteiligt gewesen waren. Gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen nationalsozialistischen AnhängerInnen und ihren politischen GegnerInnen waren ab 1923 zum Bestandteil der Politik der österreichischen NSDAP geworden.<sup>1</sup> Jedoch lösten ab Frühjahr 1933 gezielt geplante Anschläge den von *Gerhard Botz* als „Zusammenstoß“-Terrorismus<sup>2</sup> bezeichneten gewaltsamen Aktivismus der vergangenen Jahre ab. Bereits im Mai wurden erste kleinere Sprengstoffanschläge durchgeführt, die den Auftakt für die Terrorwelle im Sommer 1933 bildeten. Am 11. Juni verübte der deutsche Nationalsozialist *Werner Freiherr von Alvensleben* zusammen mit österreichischen Parteianhängern ein Revolverattentat auf den Innsbrucker Landesrat und Heimwehrführer *Anton Steidle*. Im Verlauf der folgenden 19 Tage wurden im Zuge der ersten großen Terrorwelle der NSDAP vier Personen getötet und 48 zum Teil schwer verletzt. Am 12. Juni 1933 setzte im gesamten Bundesgebiet der Großangriff der NSDAP mit gewalttätigen Demonstrationen, Mordanschlägen, Böller-, Tränengas- und Spreng-

stoffattentaten ein. In Wien begannen die Krawalle in der Wiener Innenstadt, breiteten sich danach auf einzelne Vororte aus und erreichten einen ersten Höhepunkt, als im 12. Bezirk zwei Nationalsozialisten eine Bombe in das Geschäft des jüdischen Juweliers *Norbert Futterweit* warfen. Der Juwelier und ein Passant starben, neun Personen wurden zum Teil schwer verletzt. Eine weitere Bombe wurde im Kaffeehaus in der Produktenbörse in der Leopoldstadt entdeckt; diese konnte jedoch entschärft werden. In der Nacht kam es zu weiteren Terroranschlägen, im 4. Bezirk wurde das jüdische Kaufhaus HAK durch eine Bombe völlig zerstört. Ein weiterer schwerer Terroranschlag auf eine Gruppe christlich-sozialer Turner in Krems durch zwei Nationalsozialisten führte schließlich am 19. Juni 1933 zum Verbot der NSDAP und des Steirischen Heimatschutzes. Daraufhin setzte eine Massenflucht österreichischer NationalsozialistInnen nach Deutschland ein und die inzwischen nach München verlegte Landesleitung der österreichischen NSDAP begann in Bayern mit der Organisation der „Österreichischen Legion“, einem militärischen Verband geflüchteter österreichischer NationalsozialistInnen. Wenige Tage nach den Anschlägen hatte die Wiener Polizei zwar die Anschläge restlos aufgeklärt und einen Teil der Täter verhaftet, jedoch war der Großteil der unmittelbaren Terroristen längst über die deutsche Grenze verschwunden.

Dem Erlass der Ausbürgerungsverordnung am 16. August 1933, der tief in die bestehende Rechtsordnung eingriff, wurde seitens der Medien kaum Aufmerksamkeit geschenkt: Die „Neue Freie Presse“ druckte die Verordnung am 17. August 1933 ebenso kommentarlos ab, wie die „Arbeiter-Zeitung“ oder die „Reichspost“.<sup>3</sup> Erst am Tag darauf setzte sich die Arbeiter-Zeitung<sup>4</sup> eingehender mit der Verordnung auseinander. Sie stellte zwar fest, dass diese Maßnahmen „tief in Rechtsverhältnisse eingreifen, die teils in Verfassung und Gesetzen verankert sind, teils geradezu zu den Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung gehören“, jedoch sei aufgrund „der Selbstverteidigung, die der deutsche Nationalsozialismus der österreichischen Republik aufgezungen hat, (...) die vorübergehende Anwendung ungewöhnlicher Mittel ein unter Umständen unvermeidlicher Notbehelf“. Die Verordnung sei somit „begreiflich“, da „die Regierung in einer außerordentlichen Lage, in der Abwehr eines skrupellosen Gegners, dessen Gefährlichkeit eben erst durch die Enthüllung der Verbindungen zwischen den österreichischen Nazi und den deutschen Behörden klargelegt wurde“, zu außergewöhnlichen Maßnahmen greifen müsse.

## Die administrative Durchführung der Ausbürgerungen

In die Durchführung der Ausbürgerungsverfahren<sup>5</sup> waren zahlreiche Behörden und Dienststellen eingebunden, was oftmals zu einer Verschleppung der Verfahren und einem enormen bürokratischen Aufwand führte. Zumeist stellte das Staatspolizeiliche Büro der Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit (GföS) bei der Wiener BPD den Antrag auf Einleitung des Ausbürgerungsverfahrens, nachdem die unbefugte Ausreise bzw ein österreichfeindliches Verhalten der betroffenen Person festgestellt worden war. Die Durchführung des Ausbürgerungsverfahrens fiel dabei in die Zuständigkeit des „Büros für Organisation und Kontrolle“ (BfO), das wiederum bei den jeweiligen Stadt-

\* Teil II wurde von *Christiane Rothländer* verfasst. Teil I erschien in Heft 4/2006, 173-176.

1) Vgl dazu *Botz*, Gewalt in der Politik (1983); *Jagschitz*, Der

2) *Botz*, Gewalt 111.

3) Neue Freie Presse, Arbeiter-

4) Arbeiter-Zeitung v 18.8.1933, 2.

5) Alle im Text erwähnten Ausbürgerungsverfahren betreffen, falls nicht anders angegeben, die im Wiener Stadt- und Landesar-

chiv (WStLA) in der Magistratsabteilung 116, A 37 aufbewahrten, alphabetisch geordneten Ausbürgerungsakten der Wiener Bundes-Polizeidirektion.

hauptmannschaften den Antrag stellte, die zuständigen Bezirks-Polizeikommissariate mit den erforderlichen Nachforschungen zu betrauen. Diese erstatteten nach Abschluss der Erhebungen ihre Berichte an das BfO, das entweder weitere Ermittlungen durchführen ließ oder bei ausreichender Beweislage den Ausbürgerungsbescheid abfasste und an das Präsidium der Bundes-Polizeidirektion (BPD) weiterleitete. Nach Unterzeichnung durch den Polizeipräsidenten wurde der Bescheid an der Amtstafel angeschlagen und trat – falls kein Einspruch dagegen erhoben wurde – nach 14 Tagen in Rechtskraft.

Vor allem zu Beginn wies die Durchführungspraxis der Ausbürgerungsverfahren durch die BPD Wien zahlreiche Verfahrensmängel auf, da diverse juristische Fragen nicht geklärt waren. Unklarheiten ergaben sich über den Stichtag der Ausreise und die Frage nach der Ausbürgerung von Minderjährigen. Ebenso lagen in vielen Fällen keinerlei Beweise vor, dass sich die betreffenden Personen tatsächlich in Deutschland befanden und die Ausbürgerungen erfolgten in zahlreichen Fällen ohne ausreichende Beweisgrundlage bloß auf Grund von Vermutungen und Verdachtsmomenten bzw. wurden rückwirkend auch auf Personen, die vor dem 16. August 1933 nach Deutschland geflüchtet waren, angewendet.

#### **Die Ausbürgerung der NSDAP-AnhängerInnen**

Insgesamt wurde seitens der BPD Wien gegen 134 im Jahr 1933 geflüchtete NationalsozialistInnen ein Ausbürgerungsverfahren eingeleitet. Davon betroffen waren zunächst 16 unmittelbar an den Wiener Terroranschlägen im Juni 1933 beteiligte NS-Terroristen, denen die österreichische Bundesbürgerschaft ebenso entzogen wurde, wie etwa dem SS-Sturmbannführer *Anton Ziegler*, einem der Gründerväter der österreichischen SS, den SA-Führern *Rudolf May* und *Kurt Barisani*, die gemeinsam mit *Hermann Reschny* nach Deutschland geflüchtet waren, wo sie mit dem sofortigen Aufbau der „Österreichischen Legion“ begannen.

Ebenfalls geflüchtet war *Richard Kaaserer*, Führer der 52. SS-Standarte in Niederösterreich, der in Deutschland die Sammlung der österreichischen SS-Männer übernahm. 1934 flüchtete der Wiener Gauleiter *Alfred Eduard Frauenfeld* gemeinsam mit seinem Stellvertreter, dem ehemaligen Landtagsabgeordneten, *Josef Neumann* über die deutsche Grenze. Der wohl prominenteste Wiener Ausbürgerungsfall betraf den ehemaligen Vizekanzler und Parteivorsitzenden des Landbundes, *Franz Winkler*, der 1934 nach Deutschland ging und 1936 die österreichische Bundesbürgerschaft verlor. Ausgebürgert wurden mit *Josef Fitzthum*, *Franz Augsberger*, *Herbert Obwurzer*, *Friedrich Scholz* und dem Steirer *Sylvester Stadler* die fünf späteren österreichischen Divisionskommandanten der Waffen-SS. Bis 1938 leitete die BPD Wien gegen insgesamt 801 nach Deutschland geflüchtete Personen ein Ausbürgerungsverfahren ein, von denen 531 aus Österreich ausgebürgert wurden.

Während der überwiegende Teil der NSDAP-AnhängerInnen einzeln bzw. in kleinen Gruppen Österreich verließ, fand im Jänner 1934 eine organisierte Massenflucht aus den Lagern des österreichischen Arbeitsdienstes statt. Ausgangspunkt dafür waren die Lager des „Österreichischer Arbeitsdienstes“ (ÖAD) und des „Studentischen Arbeitsdienstes“, die zwar offiziell unter dem Motto der Arbeitsplatzbeschaffung gegründet worden waren, jedoch nach dem Parteiverbot als Tarnorganisationen der illegalen NSDAP dienten, hinter deren Kulissen gleichzeitig eine breit angelegte Betrugsaffäre ablief. Als die Situation für den ÖAD immer prekärer wurde, flüchteten in der Nacht von 9. auf den 10. Jänner 1934 144 Mitglieder des burgenländischen Arbeitsdienstlagers in Strem über die ungarische Grenze. 31 Arbeitsdienstler wurden in der Folgezeit von der BPD Wien aus Österreich ausgebürgert, wobei sich die Durchführung der Verfahren zT überaus konfus gestaltete und die Verfahren oft jahrelang anhängig blieben. Dies hing vor allem mit Kompetenzproblemen zusammen,

da offensichtlich nicht abgeklärt worden war, ob die Arbeitsdienstlager als letzter Wohnort zu gelten hatten und dadurch sowohl die einzelnen Bezirkshauptmannschaften als auch die BPD Wien die Verfahren durchführten – oder eben auch nicht durchführten. So wurde ein geflüchtetes Mitglied des Arbeitsdienstes gleich von zwei Behörden ausgebürgert.<sup>6</sup>

Waren bis zum Juliputsch 1934 117 nach Deutschland geflüchtete Personen von der BPD Wien ausgebürgert worden, so stieg die Zahl nach dem Juliputsch 1934 massiv an, wobei von den 324 zwischen Juli 1934 und Ende 1935 ausgebürgerten Nationalsozialisten jedoch nur 20 Ausbürgerungen auf Juliputschisten entfielen. Nicht ausgebürgert wurde etwa der Führer des Juliputsches *Fridolin Glass* und auch gegen *Johann Kaiblinger*, einen weiteren maßgeblichen Drahtzieher des Putsches, konnten bis zum „Anschluss“ keinerlei Beweise für einen Aufenthalt in Deutschland erbracht werden, während *Franz Kamba* nur auf massiven Druck der GföS im Juni 1937, beinahe drei Jahre nach seiner Flucht die österreichische Bundesbürgerschaft aberkannt wurde.

#### **Die Ausbürgerung der linken Oppositionellen**

Das erste Verfahren gegen einen linken Oppositionellen wurde Anfang Februar 1934 gegen den im November 1933 nach Moskau geflüchteten Generalsekretär der KPÖ, *Johann Kopenig*, aufgrund einer – laut BPD Wien – „hochverräterischen“ Rede über die politische Situation in Österreich eingeleitet. Am 30. März 1934 erging der Ausbürgerungsbescheid gegen *Kopenig*. Am gleichen Tag wurden mit den sozialdemokratischen Nationalratsabgeordneten *Otto Bauer*, *Julius Deutsch*, *Berthold König* und am 30. April 1934 mit *Karl Heinz* den Spitzen der österreichischen Sozialdemokratie die Bundesbürgerschaft aberkannt. Ebenfalls am 30. März 1934 verlor der Journalist und Sekretär der Sozialistischen Internationale in Zürich *Adolf Sturmthal* die österreichische Staatsangehörigkeit. Von den insgesamt 67 Ausbürgerungen gegen SozialdemokratInnen und Kommuni-

6) WStLA, M.Ab. 116, A 37: *Rudolf Schwarz*.

Faber

**Vermögensrestitution im öffentlichen Recht**

2007, 280 Seiten, br., 978-3-7046-4991-1, € 39,-

Dieses Buch behandelt die Restitution von entzogenem Vermögen, das sich nach 1945 in der Hand der Republik Österreich befand. Umfassend untersucht werden die Rechtsüberleitung und die Vermögensnachfolge der Republik Österreich nach dem Deutschen Reich sowie die Regeln, nach denen der Staat das in der NS Zeit entzogene Vermögen an private Geschädigte - aber auch an sich selbst - zurückgab. Das Buch enthält auch eine (verfassungsrechtliche) Bewertung der heute so umstrittenen Antragsfristen, die die Geltendmachung von Restitutionsansprüchen durch die Geschädigten zeitlich beschränkte. Die Kenntnis dieser Materie ist für die aktuellen Restitutionsverfahren nach dem Entschädigungsfondsgesetz von 2001 unerlässlich.

**Dr. Ronald Faber, LL.M.** (Yale) ist verfassungsrechtlicher Mitarbeiter am Verfassungsgerichtshof. Er leitete ein Forschungsprojekt über die Finanzverwaltung und die Rückstellung entzogenen Vermögens für die Österreichische Historikerkommission.



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

stInnen entfielen 29 auf das Jahr 1934. Als Begründung für die „im Auslande“ eingenommene „österreichfeindliche Haltung“ von *Bauer, Deutsch, König* und *Heinz* wurde ihre Zugehörigkeit zum „Auslandsbüro österreichischer Sozialdemokraten“<sup>7</sup> in Brünn angeführt, welches „die Aufgabe hat, die Verbindung mit österreichischen Sozialdemokraten herzustellen und die illegale Tätigkeit der Sozialdemokratischen Partei Österreichs fortzusetzen“. Weiters wurde ihnen zur Last gelegt, „an den Vorbereitungen zu den umstürzlerischen Unternehmungen des Republikanischen Schutzbundes in besonderem Maße Anteil genommen zu haben“. Für die erste Phase der Ausbürgerung der linken Oppositionellen lässt sich ein ähnlich rechtswidriges Vorgehen der Behörden wie zu Beginn der Ausbürgerung gegen die nationalsozialistischen Flüchtlinge feststellen. Ganz

offensichtlich war zu diesem Zeitpunkt von höherer Stelle ein rasches Durchgreifen ohne Rücksicht auf die Beweislage angeordnet worden.

Die quantitativ niedrige Zahl an ausgebürgerten linken Oppositionellen war nicht allein durch die weitaus geringere Flüchtlingszahl bedingt, sondern insbesondere auch dadurch, dass sich die Ausbürgerung dieser Gruppe erheblich schwieriger gestaltete als die der NationalsozialistInnen. Linke Oppositionelle konnten nämlich nicht aufgrund einer unbefugten Ausreise ausgebürgert werden, da eine spezielle Ausreisebewilligung nur für Deutschland vorgeschrieben war. Somit musste bzw sollte der Beweis erbracht werden, dass sich die Flüchtlinge im Ausland offenkundig in österreichfeindlicher Weise betätigten, was natürlich wesentlich schwieriger zu bewerkstelligen war.

**Die (Nicht-)Ausbürgerung von Frauen**

Zwischen 1933 und 1938 wurde von der BPD Wien gegen 30 Frauen und 572 Männer die Aberkennung der österreichischen Staatsbürgerschaft durchgeführt. Der Prozentsatz der durch die Wiener Behörden ausgebürgerten Frauen macht somit 5,5 Prozent aus. Die geringe Zahl von Ausbürgerungsverfahren gegen Frauen verschleierte jedoch die tatsächliche Zahl jener Frauen, die zwischen 1933 und 1938 Österreich verließen. In Betracht gezogen werden müssen hierbei va die besonderen familienrechtlichen Bestimmungen. Gravierend wirkte sich im Zusammenhang mit der Ausbürgerungsthematik nämlich die Wohnsitzfolgepflicht nach ABGB aus, infolge der Frauen problemlos eine Ausreisebewilligung erteilt wurde, um ihren bereits nach Deutschland geflüchteten Männern folgen zu können. Gleich-

7) Vgl auf *Marschalek*, Unter-  
 grund und Exil. Österreichs Sozi-  
 alisten zwischen 1934 und 1945  
 (1990); *Stadler*, Opfer verlorener

zeitig kann aufgrund der nicht zu Ende geführten Verfahren festgestellt werden, dass Frauen nur in den seltensten Fällen von den Behörden überhaupt als politische AkteurInnen in Betracht gezogen wurden. Frauen erhielten trotz anhängiger Gerichtsverfahren aufgrund ihrer illegalen politischen Betätigung unüberprüft Ausreisewilligungen, sie reisten nach Deutschland, schrieben von dort provozierende Karten politischen Inhalts an die Polizeikommissariate, ohne ausgebürgert zu werden, „unpolitische“ Töchter wurden von jungen Männern zur Reise nach Deutschland „verführt“ oder sollten dorthin „entführt“ werden. Keine einzige Ausbürgerung gegen eine Nationalsozialistin wurde aufgrund österreichfeindlichen Verhaltens ausgesprochen. In mehreren Fällen war den Frauen eine Ausreisewilligung erteilt worden, die sich daraufhin in Deutschland in regierungsfeindlicher Weise betätigten. Da eine Ausbürgerung aufgrund unbefugter Ausreise nicht möglich war, wurden alle Fälle seitens der BPD Wien eingestellt. Im Gegensatz dazu wurden mit *Agnes Deutsch*, *Leopoldine Münichreiter* und *Klementine Kastner* drei linke Oppositionelle wegen österreichfeindlicher Betätigung aus Österreich ausgebürgert.

### Juliabkommen 1936

Fast vollständig zum Erliegen kamen die Ausbürgerungen nach dem bilateralen Abkommen vom 11. Juli 1936<sup>8</sup> zwischen der österreichischen Regierung und dem Hitler-Regime, das Deutschland weitreichende Zugeständnisse einräumte. Im sog. „Gentlemen“-Agreement, dem geheimen Teil des Abkommens, wurde auch die Frage der Ausreisemöglichkeiten für österreichische BundesbürgerInnen nach Deutschland neu geregelt. So führte ab nun weder die unbefugte Ausreise nach Deutschland noch die Mitgliedschaft in

einer nationalsozialistischen Organisation im Deutschen Reich zum Verlust der österreichischen Staatsangehörigkeit. Als Ausbürgerungstatbestand blieb hingegen die Zugehörigkeit zur „Österreichischen Legion“ oder einer anderen militärischen Formation bestehen. Nach dem Juliabkommen wurde der Großteil der noch anhängigen Ausbürgerungsverfahren ruhend gestellt, während die Zahl der Ausbürgerung von linken Oppositionellen wieder deutlich anstieg.

### Quantitative Auswertung

Insgesamt wurden 897 Ausbürgerungsverfahren von der BPD Wien eingeleitet und 602 Ausbürgerungen durchgeführt. Als Datengrundlage für die quantitative Auswertung der Wiener Ausbürgerungsfälle wurde zunächst das nach dem Juliabkommen 1936<sup>9</sup> erstellte gedruckte Ausbürgerungsverzeichnis<sup>10</sup> herangezogen, das auf der Grundlage der ersten 15 Ausbürgerungslisten die bis 18. Oktober 1936 aus Österreich ausgebürgerten Personen umfasst. Dieses wurde um die nachfolgenden Listen 16 und 17 ergänzt. Nach Durchsicht der Ausbürgerungsakten der Wiener BPD stellte sich das gedruckte Verzeichnis jedoch aufgrund der zahlreichen Fehler als ausgesprochen problematisch heraus und machte die Erfassung aller Einzelakten notwendig. Denn zum einen wurden auch nach Erstellung der Liste 17 am 14. Jänner 1938 weitere in keiner Liste erfasste Ausbürgerungen durchgeführt, zum anderen fehlen sowohl im gedruckten Verzeichnis als auch in den Ausbürgerungslisten 18 Wiener Ausbürgerungsfälle, wodurch 3% nur aus den Einzelakten erschließbar sind. Diese betreffen ua auch so prominente Persönlichkeiten wie den NSDAP-Anwalt *Georg Ettingshausen*, nach dem „Anschluss“ Leiter des NS-Rechtswahrerbundes, oder *Adolf Sturmthal*, den Sekretär der sozialis-

tischen Internationale in Zürich. Weiters wurden von den 26 aufgehobenen Verfahren 11 Personen nicht aus dem gedruckten Verzeichnis gestrichen und auch hinsichtlich der Altersangaben, Wohnorte und insbesondere Berufsangaben weist das Verzeichnis zahlreiche Fehler auf. Zum Teil wurde im Verzeichnis der erlernte Beruf, zum Teil der zuletzt ausgeübte Beruf angeführt. So weist das Verzeichnis im Falle des SA-Sturmbannführers *Alfons Erle* dessen Beruf als „Privatbeamter“ auf. Erle war jedoch bis 1932 Hauptmann im österreichischen Bundesheer, bis er als politisch unzuverlässige Person entlassen wurde. Ab Februar 1932 gehörte er dem Stab der SA-Gruppe Österreich an und war ab September 1932 als „Privatbeamter“ für die Landesleitung der österreichischen NSDAP in Linz tätig. Nach seiner Flucht nach Deutschland übernahm er als SA-Brigadeführer eine führende Position innerhalb der „Österreichischen Legion“. Berücksichtigt werden muss weiters, dass zwei Personengruppen infolge der rechtlichen Bestimmungen fast vollständig fehlen, die einen erheblichen Teil der EmigrantInnen ausmachten, nämlich Frauen und Minderjährige.

Somit lässt sich das tatsächliche Ausmaß der durchgeführten Ausbürgerungen nur über die Einzelakten erschließen: Das gedruckte Verzeichnis aus dem Jahre 1936 enthält 10.052 ausgebürgerte Personen, die um die Listen 16 (143 Personen) und 17 (55 Personen) und Wien betreffend um weitere 18 Personen, die entweder im Verzeichnis fehlen oder nach dem 14. Jänner 1938 ausgebürgert wurden, ergänzt werden. Von den Wiener Ausbürgerungen wurden 26 Bescheide aufgehoben, davon verblieben jedoch elf Personen weiterhin im Verzeichnis.

Hinsichtlich der parteipolitischen Zugehörigkeit, die ebenfalls weder

8) Vgl. *Volsanksy*, Pakt auf Zeit. Das Deutsch-Österreichische Juli-Abkommen 1936 (2001) insb 185-200.

9) *Meixner* geht in seinem Artikel, „11.000 ausgebürgerte illegale Nazis aus Österreich zwischen 1933 und 1938“ (2005), [www.lbihs.at/Meixner/IllegaleNazis.pdf](http://www.lbihs.at/Meixner/IllegaleNazis.pdf) (21.12.2006), aufgrund eines in der Innsbrucker Universitätsbibliothek aufbewahrten Ausbürgerungsverzeichnisses, dem ein

mit 1939 datiertes Schreiben des Tiroler Gaupressesamtsleiter *Franz Pisecky* angeheftet ist, fälschlicherweise davon aus, dass das Verzeichnis aus dem Jahre 1939 stammt. Tatsächlich wurde das Verzeichnis im Zuge des Juliabkommens 1936 erstellt und enthält aus diesem Grund auch nur die Ausbürgerungslisten 1-15, also die bis 18. Oktober 1936 durchgeführten Ausbürgerungen. Weiters wurde das Verzeichnis

natürlich nicht aufgrund „der Intention, die ‚Namen von österreichischen Nationalsozialisten‘ aufzulisten“, wie *Meixner* irrtümlicherweise annimmt, von nationalsozialistischer Seite erstellt. Aufgrund dieser Fehlinterpretation der Quelle kommt *Meixner* auch zu der unhaltbaren Hypothese, dass die im Ausbürgerungsverzeichnis angeführten Mitglieder der kommunistischen und sozialdemokratischen Partei irrtümlicher Weise

im Verzeichnis belassen wurden, was – so der Autor weiter – „darauf hindeutet, dass das Verzeichnis rasch und ohne Gegenkontrolle erstellt wurde“. Dem ist freilich nicht so.

10) Österreichisches Staatsarchiv/AdR/02/ZEST Nr. 42, Ausbürgerungsverzeichnis der Listen 1-15.

Torggler (Hg.)

**Schiedsgerichtsbarkeit**

2007, 538 Seiten, br., 978-3-7046-4759-7, € 65,-

Dreißig hervorragende Spezialisten und angesehene Praktiker des Schiedswesens aus Deutschland, Österreich und der Schweiz behandeln alle Stadien des Schiedsverfahrens und der ihm vor- und nachgelagerten Phasen ebenso wie besondere Aspekte des materiellen und des Verfahrensrechts in übersichtlicher und auf einander abgestimmter Form. Da in Schiedsklauseln häufig die Anwendung der Schiedsregeln institutioneller Schiedsgerichte vereinbart wird, werden auch die Schiedsordnungen der in diesen Ländern wie auch weltweit bedeutendsten Schiedsinstitutionen vorgestellt und erläutert.

**Hon. Prof. DDr. Hellwig Torggler, LL.M (SMU)** ist Rechtsanwalt und Partner bei Torggler Rechtsanwälte und hauptsächlich in den Bereichen der Schiedsgerichtsbarkeit, des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts tätig.



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

VERLAG  
 ÖSTERREICH

im Ausbürgerungsverzeichnis noch auf den Listen 16 und 17 angeführt ist, entfallen von den 602 in Wien durchgeführten Ausbürgerungen 513 auf nach Deutschland geflüchtete NationalsozialistInnen (88,21%) und 67 auf die linke Opposition (11,13%). Der Großteil, nämlich 388 Verfahren (64,45%), wurden zwischen 1934 und 1935 durchgeführt.<sup>11</sup> 531 ausgebürgerte AnhängerInnen der NSDAP (64%) wurden wegen unbefugter Ausreise ausgebürgert, hinzukommen noch rund 4% die sowohl aufgrund unbefugter Ausreise als auch österreichfeindlichen Verhaltens ausgebürgert wurden. Hinsichtlich der Altersstruktur lässt sich aufgrund der Wiener Ausbürgerungsakten feststellen, dass mehr als die Hälfte (51,16%) der nach Deutschland geflüchteten Ausgebürgerten zwischen 21 und 30 Jahre alt war. Weitere 30,81 Prozent entfallen auf die 31- bis 40-Jährigen, während die 51 bis 70-Jährigen nur einen Prozentsatz von knapp

unter 3% ausmachen. Demgegenüber liegt die Altersstruktur der linken Oppositionellen wesentlich höher: Nur 17% waren zum Zeitpunkt ihrer Ausbürgerung zwischen 21-30 Jahre alt, im Gegensatz zu 31% der 31- bis 40-jährigen und 16% der 41- bis 50-jährigen Ausgebürgerten. Bezüglich des Personenstandes waren über 55% der nach Deutschland geflüchteten Personen ledig und 32,58% verheiratet, während 67,16% der linken Oppositionellen verheiratet und nur 13% ledig waren. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der weitaus überwiegende Anteil der aus Wien ausgebürgerten Personen auf nach Deutschland geflüchtete ledige Männer im Alter zwischen 21 und 30 Jahren entfiel, denen aufgrund unbefugter Ausreise zwischen 1934 und 1935 die österreichische Staatsangehörigkeit aberkannt wurde.

Das letzte Ausbürgerungsverfahren der BPD Wien wurde am 9. Februar 1938 gegen einen in die Österreichische Le-

gion eingetretenen Nationalsozialisten eingeleitet und im Zuge dessen bei der Staatspolizei die Anfrage gestellt, ob „mit Rücksicht auf die inzwischen erlassene Amnestie das Ausbürgerungsverfahren durchgeführt werden soll“. Die Antwort der Staatspolizei erfolgte am 7. April 1938: „Die Einleitung des Ausbürgerungsverfahrens (...) erübrigt sich mit Rücksicht auf die geänderten Verhältnisse.“<sup>12</sup>

*Mag<sup>a</sup>. Dr<sup>in</sup>. phil. Christiane Rothländer, Historikerin, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin u.a. am Forschungsprojekt „Politisch motivierte Ausbürgerungen in Wien 1933-1938“ (Leitung: ao. Univ.-Prof. Dr<sup>in</sup>. Ilse Reiter-Zatloukal, Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien); christiane.rothlaender@univie.ac.at*

11) NSDAP: 1933 (53 Personen), PÖ/KPÖ: 1934 (29), 1935 (9), datum, bei 5 Personen die Partei- 1934 (131), 1935 (216), 1936 (10), 1937 (19). Bei 15 Zugehörigkeit unbekannt. (104), 1937 (10), 1938 (1), SDA- Personen ist das Ausbürgerungs-

12) WStLA, M.Abt. 116, A 37: Franz Fuchs.

# Übersetzungsprobleme und Fragezeichen

## Zur Haftung des Arztes für den erhöhten Unterhaltsaufwand von Eltern eines behindert geborenen Kindes

Alfred Grof

### 1. Missverständnisse in der Öffentlichkeit – wo bleibt der Gesetzgeber?

Im Zusammenhang mit seinem bereits vom 7.3.2006 stammenden (und daher zum Zeitpunkt der harschen Kritik durch die Medien im vergangenen Sommer auch keineswegs mehr „jüngsten“) Urteil zur Geschäftszahl 5 Ob 165/05 h, in dem die Ersatzpflicht des behandelnden Arztes für den inadäquaten finanziellen Mehraufwand, den der Unterhalt und die Sorgspflicht für ein behindertes Kind verursachen, bejaht wurde<sup>1</sup>, hat man dem Obersten Gerichtshof insbesondere seitens nichtjuristischer Kommentatoren – im Ergebnis zu Unrecht – unterstellt, dass er ein solches Kind als „Schadensfall“ bezeichnet habe<sup>2</sup>. Jedenfalls diese Aussage trifft nicht zu, im Gegenteil: Gerade eine derartige Apostrophierung hat der OGH nicht nur peinlichst vermieden, sondern sogar explizit in Abrede gestellt.

Den einzigen echten Vorwurf, den man dem Höchstgericht hier machen kann, ist eine gewisse (vornehmlich aus Dogmenhörigkeit resultierende; su) Ungeschicklichkeit bei der Translation seiner Fachsprache in eine gängige, dh nicht nur an Juristen gerichtete Lesart. Denn mit „Schadenersatzrecht“ wird von den Rechtsgelehrten seit der Antike ein in sich abgeschlossener Teil des Zivilrechts, wobei Letzteres – gleichsam um eine Stufe höher (neben dem öffent-

lichen Recht) – wiederum einen separaten Bereich innerhalb der Gesamtrechtsordnung bildet, bezeichnet. Um also Sachverhalte beurteilen, dh „Fälle“ nach einer bestimmten dogmatischen Struktur lösen zu können, müssen sie in einem ersten Schritt dem passenden Rechtsgebiet zugeordnet werden. In dem in Rede stehenden Fall war in erster Linie die Frage zu lösen, wer den gemessen an einer durchschnittlichen „Normalsituation“ überproportionalen finanziellen Mehraufwand für die Pflege und den Unterhalt des Kindes zu tragen hat, nämlich, weil insoweit (Sozial-) Versicherungsleistungen ausscheiden, die kraft Gesetzes prinzipiell dazu verpflichteten Eltern oder ausnahmsweise – zufolge eines besonderen Verpflichtungsgrundes – jemand anderer? Im Ergebnis ist der OGH zur Auffassung gelangt, dass hier in Gestalt des ärztlichen Behandlungsvertrages tatsächlich ein spezifischer Haftungsgrund vorliegt, der es den Eltern ermöglicht, den ihnen aus dem finanziellen Mehraufwand entstehe Schaden – und nur um diese Frage ging es – (ganz oder teilweise) auf einen Außenstehenden überzuwälzen. Rechtstechnisch ist die Sache nicht anders zu behandeln als Rentenzahlungen bei Körperverletzung mit Dauerfolgen nach einem Verkehrsunfall oder ein Vermögensschaden infolge fehlerhafter Investition durch einen Anlageberater.

Grund für die Ausgleichszahlung ist also jeweils ein Schaden im Vermögen, unabhängig von der konkreten Ursache.

Freilich hätte gerade der vorliegende Anlass den Anstoß dafür bilden können, eine andere, neue Begriffsbildung vorzunehmen (wie etwa das Konsumentenschutzrecht einen verselbständigten Teil des Zivilrechts bildet), ohne dass dies dogmatisch Substantielles ändern würde – eine solche Vorgangsweise wäre in gewissen Fällen durchaus sinn- und pietätvoll und wurde im OGH vielleicht auch überlegt, letztlich aber wohl zu Gunsten der Einheitlichkeit verworfen. Wer sauber zwischen dem Grund für den Ersatz – Schaden als rechtsdogmatischen Begriff – und dem Anlass hierfür – Verkehrsunfall, Behinderung, etc – zu trennen weiß, wird kaum versucht sein, daran wirklich Anstoß zu nehmen oder gar behaupten, der OGH habe ein behindertes Kind als Schadensfall titulierte<sup>3</sup>.

Die vorliegende Entscheidung des OGH enthält – vom Spezifikum der Intensivierung der ärztlichen Aufklärungspflicht abgesehen – im Übrigen nur wenig Neues, stützt sie sich doch (wenngleich dies vielleicht zu wenig deutlich zum Ausdruck kommt) zum einen ausdrücklich auf ein Grundsatzurteil aus dem Jahr 1999<sup>4</sup>, in dem zur vorliegenden zentralen Problematik der Haftung für den vermehrten Unterhaltsaufwand eines behindert geborenen Kindes schon sehr ausführlich Stellung genommen wurde, das aber mittlerweile in den Augen der Öffentlichkeit schon wieder in Vergessenheit geraten sein dürfte, und zum anderen – wie auch schon die Vorentscheidung – auf Judikate aus Deutschland, die vollinhaltlich übernommen wurden. Dass gerade ein Höchstgericht seine einmal geäußerte Meinung wieder ändert, ist (schon aus Gründen der Rechtssicherheit) äußerst selten; in Bezug auf Änderungswünsche wäre jetzt vielmehr der Gesetzgeber – und damit die Politik – am Zug<sup>5</sup>, an der diese bald zehnjährige Diskussion aber scheinbar spurlos vorübergegangen ist!

1) Abrufbar unter <http://ris.bka.gv.at>. ein Schadensfall“, Kirchenzeitung der Diözese Linz v 20.7.2006, 9;

2) Vgl „Das schadhafte Leben der Emilia R.“, Die Furche v 2.8.2006; „Gibt es ein Recht auf Unvollkommenheit? Warum ein behindertes Kind niemals eine Schadensquelle sein kann“, Die Presse v 25.7.2006; „Behinderte

3) Die journalistische Sorgfalt würde es zudem gebieten, vor

dem unreflektierten Aufstellen solcher Behauptungen besser zu recherchieren und bereits bei einem Zweifelsfall die Versuchung, einen sog „reißerischen Aufmacher“ zu produzieren, angesichts der Verantwortung, die öffentliche Meinungsbildung nicht fahrlässig negativ zu beeinflussen, erst gar

4) Vgl OGH v 25.5.1999, 1 Ob 91/99 k.

5) Vgl in diesem Sinne zur Rechtslage in Frankreich: EGMR v 6.10.2005, 1513 u. 11810/03 (= newsletter 2005, 233 ff).

VERLAG ÖSTERREICH

Hinteregger  
**Familienrecht**  
 3. Auflage  
 2005, 206 Seiten, br., 978-3-7046-4517-3, € 20,-

- Umfassende Darstellung des Ehe- und Kindschaftsrechts
- Problemorientiert und praxisnah
- Ausführliche Judikatur- und Literaturhinweise
- Außerstreitgesetz sowie Familien- und Erbrechts- Änderungsgesetz 2004 eingearbeitet

**Univ.-Prof. Dr. Monika Hinteregger,**  
 Karl-Franzens-Universität Graz



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

VERLAG ÖSTERREICH

## 2. Rechtsethische Aspekte

Bedenklich stimmt in diesem Zusammenhang aber, dass der OGH die zwischenzeitlich geäußerte Kritik an seiner Auffassung in dieser Entscheidung (scheinbar, wenngleich) ausdrücklich als bloß „rechtsethische“ Argumentation abtut. Eine derartige, nominalistisch<sup>6</sup> anmutende Haltung führt nämlich im Endeffekt zu dem Grundübel, dass unter Huldigung an einen intellektuell bequemen Formaljurismus die Begriffe „Recht“ (als normtechnischer) und „Gerechtigkeit“ (als philosophischer Begriff) wechselseitig darauf reduziert werden, dass sie außer derselben grammatischen Wurzel nichts mehr gemein zu haben scheinen. Dann hätte man aber überspitzt formuliert jede Entscheidung als auch gerecht zu akzeptieren, wenn sie bloß von der zuständigen („kompetenten“) Stelle in einem ordnungsgemäßen Verfahren zu

Stande gekommen ist, und zwar prinzipiell ungeachtet ihres Inhalts – man fühlt sich so unwillkürlich an die Zeiten schlimmsten Missbrauchs sogenannter wertneutraler Formalverfassungen erinnert. Tatsächlich entspricht es aber sowohl dem Geist als auch dem materiellen Gehalt der gegenwärtigen österreichischen Verfassung, dass rechtspolitische Wertentscheidungen – wie sie zB in den einzelnen Grundrechten und in ihrer Gesamtheit im Sinne eines beweglichen Systems zu einem bestimmten Zeitpunkt (nämlich vor dem Hintergrund, dass die einfachgesetzliche Positivierung der Ausbalancierung der Wertungen<sup>7</sup> in den für das Zivilrecht typischen Fällen kontradiktorischer Ansprüche [= Drittwirkung der Grundrechte] nie abgeschlossen ist, sondern vielmehr einem permanenten Wandel unterliegt) inhaltlich zum Ausdruck kommen – selbstverständlich

hinzutretend<sup>8</sup> zum einfachen Gesetz alle Vollzugsorgane unmittelbar binden und diese daher (im untechnischen Sinn) „rechtsethische bzw vorpositivistische“ Argumente natürlich auch, wenn nicht sogar vorrangig zu berücksichtigen haben. Dies tut der OGH im Übrigen in der vorliegenden Entscheidung tatsächlich ohnehin, wenn er auf Grund der Sonderkonstellation einer überproportionalen Unterhaltsverpflichtung – und insofern subjektiv wertend – zu einem Ersatzanspruch aus dem Behandlungsvertrag kommt.

## 3. Offene Fragen

Wesentliche Fragen bleiben trotz der nachfolgenden Entscheidung des OGH vom 14.9.2006, 6 Ob 101/06f, mit der die Arzthaftung wieder insoweit relativiert wurde, als kein Anspruch auf Ersatz des aus der Geburt eines Kindes nach einer

6) Zur Nominalismus- vs Platonismus- (bzw Aristotelischen εἶδος-) Diskussion vgl *Küng in Speck* (Hrsg), *Handbuch wissenschaftstheoretischer Begriffe II* (1980).  
 7) Wie zB hinsichtlich des Rechts auf Leben, wo immer wieder die Frage der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs und der Euthanasie virulent werden, wie zB, wenn jüngst sogar die Anglikanische Kirche der Britischen Church says“; The Independent Ethikkommission denkbare Möglichkeiten der Euthanasie von absehbar schwerst behinderten Frühgeborenen unterbreitet (vgl *The Times v 13.11.2006: „Sick babies can be left to die, 23-week premature baby ban“*), eine nur vor dem Hintergrund des Empirismus verstehbare Geisteshaltung.  
 8) Bzw als Wertmaßstab diesem mit Blick auf den Stufenbau der Rechtsordnung sogar übergeordnet.

**Jurbooks**  
1010 Wien, Wollzeile 16

Am kürzesten Weg zwischen  
Innenstadt und Justizzentrum

Die erste Adresse für  
alle juristischen Bücher

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

Montag bis Freitag 9-19 Uhr

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

**www.jurbooks.at**

ungewollten, nämlich trotz einer Vasektomie (Samenleiterunterbrechung) resultierenden Schwangerschaft entstandenen finanziellen Mehraufwandes besteht, weiterhin offen:

- Wenn das Kind selbst keinen Ersatzanspruch hat, sondern nur dessen Eltern, was ist dann nach deren Tod? Freilich könnte der Unterhaltsanspruch dann auf allfällige andere Unterhaltsverpflichtete übergehen, aber wäre es – abgesehen von dem Fall, dass es solche nicht gibt – nicht sinnvoller, anstelle dieser „Umwegskonstruktion“ dann unmittelbar dem Kind selbst den Ersatzanspruch zuzugestehen, denn in Wahrheit liegt ja auch der Unterhaltsverpflichtung der Eltern sein (vergleichsweise höherer) Anspruch auf angemessene Versorgung zu Grunde. Wenn der Schaden aber in einem konkreten Mehraufwand besteht, ist er dem Geschädigten nach Wegfall der spezifischen (stellvertretenden) Unterhaltspflicht seiner Eltern eben unmittelbar auf Grund allgemeiner Schadenersatzregelungen zu ersetzen<sup>9</sup>.

- Letztlich entscheidet im Zusammenhang mit der „medizinischen Indikation“ wieder ein Arzt über Leben oder Tod. Ist ein derartiges „Sachverständigen-gutachten“, bei dem es nicht bloß um die Feststellung von Fakten, sondern im Kern um die Beurteilung von Hypothesen geht, auch wirklich objektivierbar?

- Steigt angesichts der Pflicht der Ärzte, sich auf dem jeweils letzten Stand der Technik und Forschung zu halten bzw sich diese anzueignen nicht der Druck auf die Wissenschaft, möglichst keine neuen Ergebnisse mehr zu produzieren bzw diese zu unterdrücken oder zumindest einem breiteren Publikum vorzuenthalten (wie beim sog „Alternativtreibstoff“-Syndrom im Zusammenhang mit der Ölkrise)?

- Bei einer derart umfangreichen Haftung des Arztes aus dem Behandlungsvertrag<sup>10</sup>: Wie lange wird es dauern, bis mit den Ärzten von vornherein nur mehr schriftliche und von vornherein jegliche Haftung ausschließende Behandlungsverträge abgeschlossen wer-

den können? Besteht dann aber überhaupt noch eine Möglichkeit der Rücksichtnahme auf die psychische Situation von Patienten bei ernsthaften Erkrankungen? Oder nimmt sich doch eine (Sozial-)Versicherung dieses Problems an?

Alles in allem hat man somit den Eindruck, dass durch diese Folgeentscheidung der bereits 1999 ins Rollen gebrachte Schneeball langsam lawinenartige Ausmaße anzunehmen beginnt, wobei als Kernfrage resultiert, ob bzw wie lange man die Lösung dieses Problemfeldes noch der autonomen richterlichen Rechtsfortbildung überlässt oder ob bzw wann sich endlich der Gesetzgeber<sup>11</sup> und damit die Politik bemüht fühlt, regelnd einzugreifen<sup>12</sup>.

*Hofrat Dr. Alfred Grof ist Mitglied und Kammervorsitzender des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich;  
alfred.grof@ooe.gv.at*

9) Dem wird ja wohl niemand ernsthaft entgegenhalten, dass das Kind gleichsam zum Ausgleich für einen fehlenden unmittelbaren Ersatzanspruch (anstelle eines Schwangerschaftsabbruches) immerhin in den Genuss seines Lebens gekommen ist.

10) Vgl demgegenüber OGH v 14.9.2006, 6 Ob 101/06f.

11) Wie zB in Frankreich (s.o., FN 5).

12) Wobei man bei der Lektüre des in Rede stehenden Urteils vor sieben Jahren – und in der Folge neuerlich mit 6 Ob 101/06f v 14.9.2006 – eine Neuregelung durch den Gesetzgeber deutlich merkt, dass der OGH wie schon bevorzugen würde.

# Fremden-Recht im „Kampf gegen den Terror“

Ein Einblick in den fremdenrechtlichen  
Terrorismusbegriff der USA und Österreichs

Petra Sußner

## 1. Einleitung

Nicht erst seit den jüngsten Wahlen zum Kongress ist die Anti-Terror Politik der USA wieder in das Blickfeld der Öffentlichkeit geraten. Spätestens seit dem Fremdenrechtspaket 2005 werden Fremde in Österreich mit Terrorismus in Verbindung gebracht. Die folgende Auseinandersetzung befasst sich mit der fremdenrechtlichen Definition von terroristischer Betätigung bzw terroristischem Zusammenschluss in den USA und stellt diesen die dementsprechende österreichische Rechtslage gegenüber. Gerade im Bereich der US-amerikanischen Bestimmungen wird der Fokus auf kritische Reaktionen aus der Rechtsliteratur gelegt, der Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen oder ihres Zusammenspiels mit anderen fremdenrechtlichen Normen kann jedoch aus Platzgründen an dieser Stelle nicht nachgegangen werden. Soweit die Rechtsordnungen einander nicht nur gegenübergestellt, sondern auch miteinander verglichen werden, geschieht das unter der Annahme, dass unterschiedliche rechtliche Lösungen immer auch auf soziale Bedürfnisse und politische Ausrichtungen zurückzuführen sind.

## 2. Die Rechtslage in den USA

### 2.1 Der USA Patriot Act

Als Herzstück der aktuellen US-amerikanischen Anti-Terror Politik gilt nach wie vor der unmittelbar nach

den Anschlägen vom 11.9.2001 (9/11-Anschläge) erlassene USA PATRIOT Act (Patriot Act). Von der Bush Regierung bereits im Oktober 2001 vorgelegt, wurde er im selben Monat vom Kongress verabschiedet. KritikerInnen beschreiben die Diskussion um dieses über 160 Seiten umfassende Gesetzeswerk als eine von ausgewählten Kongress- und Regierungsmitgliedern hinter verschlossenen Türen geführte. Beratungs- und Ausschussberichte existieren tatsächlich nicht.<sup>1</sup>

Die mehreren hundert Bestimmungen des Patriot Act haben bestehende US-amerikanische Gesetzeswerke novelliert, im Bereich Fremdenrecht bezogen sich diese in erster Linie auf den Immigration and Nationality Act (INA). Gegenstand dieser Abhandlung ist § 411 Patriot Act der den § 1182 INA novelliert hat und definiert, welche Sachverhalte als Tatbestände mit Terrorismusbezug zu sehen sind.

### 2.2 Das Zusammenspiel von politischen Ambitionen und Gewaltakten

Konkret definiert § 411 Patriot Act, welche Handlungen bzw Zusammenschlüsse eine terroristische Aktivität, eine terroristische Organisation oder die Beteiligung an einer terroristischen Aktivität darstellen. Bei der Erfüllung eines dieser Tatbestände durch einen Fremden/eine Fremde gilt diese Person als „inadmissible alien“, und ihr kann prinzipiell weder ein Einrei-

setitel gewährt werden noch wird ihr Aufenthalt in den USA zugelassen.<sup>2</sup> Ausgenommen sind in diesem Zusammenhang Fälle, in denen der/die AußenministerIn in Kooperation mit dem/der JustizministerIn beschließt, dass eine konkrete Handlung keine terroristische Betätigung der oben genannten Art darstellt.<sup>3</sup> Fundamentaler und zentraler Kritikpunkt innerhalb der US amerikanischen Rechtsliteratur ist die Lockerung des traditionellen Zusammenspiels von politischen Ambitionen und Gewaltakten innerhalb dieser Tatbestände.<sup>4</sup> Tatsächlich fordert der INA das kumulative Zusammenspiel dieser Komponenten nicht mehr zwingend, wie die folgenden Ausführungen zeigen sollen.

### 2.3 Die terroristische Aktivität

Grundlage der genannten Tatbestände ist die terroristische Aktivität. Um eine solche zu verwirklichen, bedarf es der Erfüllung eines Spezialtatbestandes wie beispielsweise der Luftpiraterie, der erpresserischen Entführung oder des Waffengebrauchs, der nach den Gesetzen der USA oder irgendeines anderen Staates strafbar ist bzw wäre, wäre er dort verwirklicht worden. Zur Rechtsfolge führen auch die Androhung, der Versuch oder die „conspiracy“ ein solches Delikt zu verwirklichen<sup>5</sup>, wobei der Begriff „conspiracy“ mit den aus dem österreichischen Strafrecht bekannten Vorbereitungshandlungen gleichzusetzen ist.

Als besonders augenfällige Ausformung der Lockerung des Zusammenspiels von Gewaltakten und politischen Ambitionen wird die Verwirklichung einer terroristischen Aktivität durch simplen Waffengebrauch wahrgenommen. Von der Tatbestandsmäßigkeit ausgenommen sind nämlich lediglich Fälle, in denen „for mere personal gain“ gehandelt wurde. Die Vielzahl von Sachverhalten, die unter diesen Tatbestand subsumierbar sind und die daraus resultierende potentielle Miterfassung von Handlungen ohne Terrorismusbezug stießen innerhalb der US-amerikanischen Rechtsliteratur auf Kritik. So

1) *McClintock*, A year of loss, Reexamining Civil Liberties since September 11, Lawyers Committee for Human Rights, Washington DC 2002, 16.  
2) Vgl § 1182(a)(3)(B) letzter Satz INA.  
3) Vgl § 1182 (a)(3)(B)(ii) INA.  
4) Vgl zB *Taylor Saito*, Whose Liberty? Whose Security? The

USA PATRIOT Act in the Context of COINTELPRO and the Unlawful Repression of Political Dissent, 81 Or.L.Rev. 2002, 1051.  
5) Vgl Section 1182 (a)(3)(B)(iii) (V) INA.

äußert sich beispielsweise die Bürgerrechtsanwältin *Chang*: „‘Terroristische Betätigung’ wird im Allgemeinen als vorsätzliche, politisch motivierte Gewalt gegen Zivilisten aufgefasst. In § 411 [Patriot Act, Anm] jedoch wird dieser Begriff bis zur Unkenntlichkeit ausgeweitet, so dass er nun jedes Verbrechen einschließt, bei dem ‘(aus einem anderen Grund als dem des persönlichen Vorteils) eine Waffe oder ein gefährlicher Gegenstand’ eingesetzt wird. Nach dieser weitgefassten Definition kann jeder Nicht-Staatsbürger, der in der Hitze eines Streits oder bei einem Verbrechen aus Leidenschaft zu einem Messer oder einer behelfsmäßigen Waffe greift, als Terrorist abgeschoben werden.“<sup>6</sup>

#### 2.4 Die Beteiligung an einer terroristischen Aktivität

Über die Tatbestandsmäßigkeit von Versuch, Drohung und Vorbereitungshandlungen hinaus normiert § 1182 (a)(3)(B)(iv) INA die Beteiligung an einer terroristischen Aktivität als eigenständigen Tatbestand. Der Beteiligungsbegriff darf in diesem Zusammenhang nicht im Sinn der österreichischen Strafrechtsordnung verstanden werden, vielmehr handelt es sich um ein Konglomerat von Tatbeständen, die im Verständnis des StGB als Beteiligungs-, Unterstützungs-, Versuchs- oder sogar als Vorbereitungshandlungen zu werten wären. Als Beispiele sind die Sammlung oder Bereitstellung von finanziellen Ressourcen, die Bestimmung oder die Sammlung von Informationen über potentielle Angriffsziele zu nennen.<sup>7</sup>

Ein Abgrenzungskriterium zwischen terroristischer Aktivität und Beteiligung an einer terroristischen Aktivität ist die innere Tatbestandsseite. Während die Begehung einer terroristischen Aktivität nur vorsätzlich denkbar ist, führt im Bereich der Beteiligung auch die fahrlässige Unkenntnis über den Terrorismusbezug einer Aktivität oder einer Organisation unter Umständen zur Rechtsfolge.<sup>8</sup>

Auch im Bereich der Beteiligung an einer terroristischen Aktivität wurde hinsichtlich der potentiellen Miterfassung von Sachverhalten ohne Terroris-

musbezug Kritik geübt: „However, the new definition of engaging in a terrorist activity may lead to inadmissibility of those who inadvertently contributed funds to an organization that ostensibly held humanitarian or legitimate political goals, but cannot meet the potentially high burdens of disproving their culpability.“<sup>9</sup>

#### 2.5 Die terroristische Organisation

Schlussendlich erfuhr auch die Regelung der terroristischen Organisation im INA eine Novellierung durch § 411 Patriot Act; zwei neue Formen der terroristischen Organisation wurden geschaffen:

Einerseits obliegt es dem/der Außenminister/Außenministerin und dem/der Justizminister/Justizministerin im Zusammenwirken eine Organisation als terroristisch einzustufen. Diese Möglichkeit besteht, wenn die beiden zu dem Schluss kommen, dass eine Organisation terroristische Aktivitäten betreibt, sich an selbigen beteiligt oder materielle Unterstützung für geplante terroristische Aktivitäten zur Verfügung stellt. Eine solche Entscheidung muss im *Federal Register* publiziert werden.<sup>10</sup>

Andererseits gelten Organisationen nunmehr auch ohne ausdrückliche Qualifikation bzw. Publikation derselben ex lege als terroristisch, falls sie aus mindestens zwei Personen bestehen, die sich im Sinne des INA terroristisch betätigen. Das Erfordernis eines besonderen Grades an Organisiertheit besteht nicht.<sup>11</sup>

Die Gefahr der Miterfassung von Zusammenschlüssen ohne Terrorismusbezug ist auch an dieser Stelle gegeben. Einerseits erweisen sich die Organisationsformen durch ihren Verweis auf die weit gefassten oben erläuterten Tatbestände als wenig determiniert und andererseits ist der Organisationsbegriff hinsichtlich Organisationsgrad, Ausrichtung oder Zurechnung kaum geklärt.

### 3. Die Rechtslage in Österreich

#### 3.1 Das österreichische Fremdenrechtspaket 2005

In Österreich wurde der Terrorismusbegriff mit dem am 1.1.2006 in Kraft

getretenen Fremdenrechtspaket 2005 Bestandteil des Fremdenrechts. Als zentrale Bestimmungen sind die §§ 21 und 60 FPG zu nennen. Hervorzuheben ist, dass das FPG im Gegensatz zum INA nur teilweise mit originären Terrorismusbegriffen arbeitet, teilweise wird auf Begrifflichkeiten des StGB verwiesen.

Konkret normiert § 21 Abs 5 Z 7 FPG, dass öffentliche Interessen insbesondere gegen die Erteilung eines Sichtvermerks sprechen, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Fremde (...) einer terroristischen Vereinigung (§ 278b StGB) angehört oder angehört hat.“ Z 9 leg cit normiert weiters, dass öffentliche Interessen einer Visumserteilung entgegenstehen, wenn „der Fremde öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Taten von vergleichbarem Gewicht billigt oder dafür wirbt.“ In beiden Fällen handelt es sich um relative Sichtvermerksverweigerungsgründe, sprich die Behörden haben im Rahmen einer Ermessensentscheidung öffentliche Interessen gegen die Interessen des/der Betroffenen abzuwägen.

§ 60 Abs 2 Z 12 und 14 FPG sehen vor, dass unter denselben Voraussetzungen und auf Basis einer Interessenabwägung ein Aufenthaltsverbot erlassen werden kann. Da § 60 Abs 2 FPG Z 12 und 14 im Wortlaut mit den Z 7 und 9 des § 21 Abs 5 FPG identisch sind, werden in der Folge nur Letztere analysiert. Untenstehendes gilt jedoch für § 60 Abs 2 Z 12 und 14 FPG in gleicher Weise.

#### 3.2 Strafrechtliche Bezüge

Durch den Verweis des FPG auf das StGB wird der strafrechtliche Begriff der terroristischen Vereinigung zum Maßstab für die Ermessenshandlungen der fremdenpolizeilichen Behörden. Zum Verständnis der genannten FPG-Bestimmungen ist es daher unerlässlich, einen Blick auf das Strafrecht zu werfen. Der Auseinandersetzung mit dem StGB ist vorzuschicken, dass

6) *Chang*, Das Ende der Bürgerrechte? Die freiheitsfeindlichen Antiterrorgesetze der USA nach dem 11. September (2004) 71.

7) Vgl Section 1182(3)(B)(vi)(I-VI) INA.  
8) Vgl Section 1182 (3)(B)(iv), (v) und (vi) INA.

9) *Taylor*, Immigration Enforcement Post-September 11: Safeguarding the Civil Rights of Middle Eastern-American and Immigrant

Communities, 17 Geo. Immigr. L.J. (2002), 63.  
10) *Ibid.*  
11) *Ibid.*

VERLAG ÖSTERREICH

Muzak/Pinter (Hg.)  
**Fremden- und Asylrecht**  
 Stand: 1. 11. 2006, (9. Nachtrag, 10. Lieferung)  
 160 Seiten, Loseblattsammlung, 978-3-7046-0545-0, € 26,-

- Mit dem Fremdenrechtspaket 2006 inklusive aller Durchführungsverordnungen
- Alle wesentlichen Verordnungen des Bundes
- Alle wesentlichen EU-Normen

**Dr. Gerhard Muzak** ist außerordentlicher Universitätsprofessor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

**Dr. Christoph Pinter** ist Mitarbeiter der Rechtsabteilung UNHCR in Wien.



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

VERLAG ÖSTERREICH

die Tatbestände der terroristischen Straftat, der terroristischen Vereinigung und der Terrorismusfinanzierung in Erfüllung internationaler Vorgaben mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002 (StRÄG 2002) Bestandteil des StGB wurden,<sup>12</sup> wodurch ihre Interpretation vielfach auf Maßstäben des internationalen Rechts zu beruhen hat. Insbesondere der Rahmenbeschluss des Rates vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung (RB Terrorismusbekämpfung) ist maßgebend, da sich die Formulierungen des StGB vielfach an ihm orientieren. Dieser Rahmenbeschluss ist als eine der Reaktionen der EU auf die 9/11-Anschläge zu werten und zielte auf die Harmonisierung der strafrechtlichen Bestimmungen in den Mitgliedsstaaten ab.

Der Definition in § 278b Abs 3 StGB zufolge ist eine terroristische Vereinigung ein auf längere Zeit angelegter

Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, der darauf ausgerichtet ist, dass von einem oder mehreren Mitgliedern dieser Vereinigung eine oder mehrere terroristische Straftaten ausgeführt werden.

### 3.3 Exkurs: Die terroristische Straftat

Wie die terroristische Aktivität im INA ist auch der Begriff der terroristischen Straftat, der in § 278c StGB geregelt wird, das Herzstück der Tatbestände mit Terrorismusbezug. Insofern ist an dieser Stelle eine überblicksartige Auseinandersetzung mit § 278c StGB unerlässlich. Bei terroristischen Straftaten handelt es sich um vorsätzliche, strafbare Tathandlungen wie Mord, erpresserische Entführung oder vorsätzliche Gemeingefährdungsdelikte. Diese Delikte müssen sowohl in objektiver, als auch in subjektiver Hinsicht auf qualifi-

zierte Weise begangen werden. Die objektive Komponente wird gem § 278c Abs 1 StGB durch die Eignung der Tathandlung erfüllt, „eine schwere oder längere Zeit anhaltende Störung des öffentlichen Lebens oder eine schwere Schädigung des Wirtschaftslebens herbeizuführen.“ Diese Eignung muss vom Vorsatz des Täters/der Täterin umfasst sein, weiters muss – zur Erfüllung der subjektiven Komponente der Vorsatz, „die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern, öffentliche Stellen oder eine internationale Organisation zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation ernsthaft zu erschüttern oder zu zerstören“, vorliegen. Sondern bedarf es auf objektiver Ebene nicht des tatsächlichen Eintritts

12) Vgl. Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union vom 13.6.2002 zur Terrorismusbekämpfung, ABl L164 vom 22.6.2002, 3; Gemeinsame Maßnahme vom 21.12.1998 betreffend die Strafbarkeit der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in den Mitgliedstaaten der EU, ABl L 351 vom 29.12.1998; Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus, BGBl III 2002/202; Resolution des UN-Sicherheitsrates 1373; Übereinkommen der UN gegen die grenzüberschreitende Kriminalität vom 15.11.2000; Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl I 2002/134.

der terroristischen Eignung. Auf subjektiver Tatbestandsebene reicht mangels gesonderter Regelung gem § 5 Abs 2 StGB der Eventualvorsatz aus.

§ 278c Abs 3 StGB enthält schlussendlich in dem Sinn eine Negativdefinition<sup>13</sup>, als eine Tat dann nicht als terroristische Straftat gilt, wenn sie auf die (Wieder)herstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist. Nicht nur die unpräzise Ausgestaltung dieser Negativdefinition, sondern auch ihre politische Dimension wurde nach Erlassung des StrRÄG 2002 kritisiert.<sup>14</sup> Kritik im letzteren Sinn wurde etwa von *Wessely* geäußert: „Es bedarf wohl keiner großen Phantasie, jene Fälle anzusprechen, in denen diese Beurteilung in jede Richtung ausgehen kann: Ob Aktivitäten palästinensischer, kurdischer, tschetschenischer oder irakischer oder innerhalb der Mitgliedstaaten nordirischer, korsischer oder baskischer Gruppierungen als diesen Zielen verpflichtet und daher iSd Gesetzes als nicht terroristisch zu betrachten sind, ist eine Frage der politischen Überzeugung, hinsichtlich derer von Einhelligkeit in zahlreichen Fällen wohl keine Rede sein kann.“<sup>15</sup>

#### 3.4 Die terroristische Vereinigung

Auf die Begehung einer oder mehrerer terroristischer Straftaten muss eine Vereinigung ausgerichtet sein, um als terroristisch zu gelten. Liegen Tatsachen vor, die für eine gegenwärtige oder vergangene Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung sprechen, besteht gemäß § 21 Abs 5 Z 7 FPG die gesetzliche Annahme, dass öffentliche Interessen einer Sichtvermerkerteilung entgegenstehen. Aufgrund des Verweises auf das StGB, ist dieses auch als Anhaltspunkt für die Frage heranzuziehen, wann von einer solchen Zugehörigkeit gesprochen werden kann. Der für das Bestehen einer terroristischen Vereinigung erforderliche Organisationsgrad ergibt sich aus § 278 StGB, der

die kriminelle Vereinigung definiert.<sup>16</sup> Demnach ist ein spontaner Zusammenschluss ausreichend, er muss lediglich auf längere Zeit angelegt sein und nicht bloß zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens erfolgen. Weiters ist es nicht erforderlich, dass die Straftat(en) gemeinsam begangen werden.<sup>17</sup> Über die Beteiligung iSd § 12 StGB hinaus ist auf objektiver Ebene jegliche Unterstützungshandlung einer terroristischen Vereinigung strafbar, ein konkreter Niederschlag der Unterstützung in den terroristischen Aktivitäten der Organisation ist nicht erforderlich.<sup>18</sup> Demgegenüber ist auf subjektiver Tatbestandsebene Wissentlichkeit gefordert. Wie *Wessely* bereits für den strafrechtlichen Bereich anmerkt, wird diese jedoch aufgrund der häufigen Medienpräsenz von terroristischen Organisationen idR anzunehmen sein.<sup>19</sup> Darüber hinaus tritt dieses subjektive Kriterium im FPG in den Hintergrund, da lediglich gefordert ist, dass bestimmte Tatsachen für eine solche Zugehörigkeit sprechen und nicht der volle Beweis der Tatbestandsmäßigkeit des § 278b StGB gefordert wird.

#### 3.5 Die terroristischen Taten

Neben der mutmaßlichen Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung normiert § 21 Abs 5 Z 9 weiter, dass öffentliche Interessen insbesondere gegen die Erteilung eines Sichtvermerks sprechen, wenn der/die Fremde in der Öffentlichkeit, einer Versammlung oder in Schriften terroristische Taten billigt oder dafür wirbt. Da es sich beim FPG um ein „junges Gesetz“ handelt, existiert noch keine Judikatur, die an dieser Stelle Aufschluss über den Begriff der terroristischen Taten geben könnte. Das FPG selbst spricht in § 21 Abs 5 Z 9 von Taten, die mit einem Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit gleichzusetzen sind.

Die Materialien zur Regierungsvorlage führen dazu aus, dass es um Fäl-

le geht, „wo Grund zur Annahme besteht, der Fremde (...) würde (...) auf Grund seiner Zugehörigkeit zu einer (...) terroristischen Vereinigung (...) die innere oder äußere Sicherheit der Republik Österreich gefährden.“ Weiter wird erläutert: „Die Versagung der Ausstellung eines Visums kann auch dann erfolgen, wenn bestimmte Tatsachen eine solche Zugehörigkeit rechtfertigen oder solche Tatsachen eine Gefährdung der nationalen Sicherheit, wie etwa durch öffentlichen Aufruf zur Gewalt, rechtfertigen.“ Eine explizite Nennung der terroristischen Taten erfolgte nicht. Offenbar nahm der Gesetzgeber an, dass die Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung iSd StGB mit einer Gefährdung der nationalen Sicherheit einhergeht, wollte sich allerdings nicht darauf festlegen und äußerte daher explizit, dass auch die Annahme der Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung für die Versagung eines Visums ausreichend sein kann.

Zur Klärung des Begriffs der nationalen Sicherheit wird auf das B-VG wie auch die EMRK verwiesen. Im B-VG taucht der Begriff in den Art 52 a Abs 2 und 148 b Abs 2 auf und ist der Regelung in der EMRK nachgebildet.<sup>20</sup> Aus deren Auslegungspraxis ist herauszulesen, dass die nationale Sicherheit erst bei einem erheblichen Grad der Gefährdung von sicherheitspolizeilichen oder militärischen Interessen in Betracht kommt, etwa bei der Gefährdung demokratischer oder rechtsstaatlicher Systeme oder der Instrumentarien, die diese Systeme schützen sollen.<sup>21</sup>

Es lässt sich sagen, dass es sich bei den terroristischen Taten nach dem Willen des Gesetzgebers offenbar um Taten mit hohem Gefährdungspotential handelt, die mit Taten vergleichbar sind, deren Strafbarkeit sich unmittelbar auf das Völkerrecht stützt. Dieser hohe Maßstab wird allerdings dadurch abgeschwächt, dass die betroffene Person diese Taten lediglich öffentlich gebilligt oder beworben haben muss.

13) An dieser Stelle wird der da nicht ein an sich strafloses Rechtsansicht von *Wessely* in Verhalten sanktionslos gestellt *Wessely*, Zu den neuen Terroris- mustatbeständen des StGB, ÖJZ 2004, 829f gefolgt, dass es sich im § 278 c Abs 3 StGB um eine Nega- tivdefinition handelt und nicht um einen Strafausschließungsgrund,

Kurzkommentar (2002) 739.

17) *Ibid*, 733.

18) Vgl *Wessely*, ÖJZ 2004, 832.

19) *Ibid*.

20) *Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, 2. Halbbd. (1999), Art 52a RN 13, 11f.

Halbbd. (1999), Art 52a RN 13, 11.

21) *Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, 2. Halbbd. (1999), Art 52a RN 13, 11f.

Relativ klar sind Fälle, in denen diese Bewerbung oder Billigung innerhalb einer Versammlung oder in Schriften erfolgt ist. Der Begriff der Öffentlichkeit ist weniger eindeutig, wenn man/frau bedenkt, dass es EGMR und VfGH bisher nicht gelungen ist, eine allgemeingültige Definition der Privatsphäre zu finden, umso mehr als die traditionelle Trennung von öffentlicher und privater Sphäre nicht mehr tauglich ist.<sup>22</sup>

Es bleibt also abzuwarten, ob und wie diese Bestimmungen in der Praxis Anwendung finden und welche Judikatur sich dazu entwickelt.

#### 4. Schlussfolgerungen

Setzt man/frau die Terrorismusbegriffe des INA und des FPG miteinander in Verbindung, kristallisieren sich wenige Gemeinsamkeiten und einige Unterschiede heraus. Beide Bestimmungen zielen darauf ab, Personen, die eine potentielle terroristische Bedrohung darstellen, die Einreise zu verweigern respektive ihren Aufenthalt im jeweiligen Staat zu beenden.

Eine grundsätzliche Unterscheidung findet sich in der Reichweite der gesetzlichen Definitionen. Begründet wird das insb durch die unterschiedliche Konzeption der jeweiligen „Herzstücke“: Der terroristischen Straftat und der terroristischen Aktivität. Zwar wird im FPG nicht direkt auf die terroristische Straftat verwiesen, doch wird sie durch den Verweis auf die terroristische Vereinigung indirekt zu dessen Bestandteil. Während der INA eine taxativ aufgezählte Anzahl an Straftaten, wie auch deren Versuch, Androhung und Vorbereitung zur terroristischen Aktivität erklärt, verlangt § 278 c StGB, der ebenso auf einer taxativen Aufzählung von strafbaren Delikten aufbaut, zusätzlich auf objektiver Tatbestandsebene die terroristische Eignung und auf subjektiver Ebene zumindest den *dolus eventualis* diese Elemente zu erfüllen. Die Frage, wann

Sachverhalte nicht als tatbestandsmäßig anzusehen sind, wird durch die beiden Gesetze ebenfalls unterschiedlich beantwortet. So enthält das StGB selbst eine Negativdefinition, die zwar einige politische Schwierigkeiten (vgl die Kritik von *Wessely*) mit sich bringt, sich jedoch aus dem Gesetz ergibt. Der INA gestaltet diese Frage grundsätzlich politisch, da es der/dem AußenministerIn im Zusammenwirken mit der/dem JustizministerIn überlassen wird, ohne gesetzlich vorgegebene Kriterien zu entscheiden, ob einzelne Sachverhalte unter die besprochenen Tatbestände zu subsumieren sind.

Erwähnenswert ist, dass Vorbereitungshandlungen in beiden Fällen zur Rechtsfolge führen; § 1182 INA klärt das explizit, im Bereich des FPG ergibt sich diese Konsequenz aus dem Verweis auf die terroristische Vereinigung. Eine weitere grundlegende Unterscheidung liegt in der Frage der inneren Tatbestandsseite. Im Fall des FPG ist es zwar denkbar, dass einer Person im Rahmen der Ermessensentscheidung ein Sichtvermerk verweigert wird, weil sie mit einer terroristischen Vereinigung (auch fahrlässig) in Berührung gekommen ist. Der Verweis auf die Zugehörigkeit zu einer terroristischen Vereinigung, die nach dem StGB nur wissentlich erfolgen kann, lässt aber nicht darauf schließen, dass eine solche Entscheidung dem gesetzgeberischen Willen entsprechen würde.

Auch die Konzeption der terroristischen Organisation bzw der terroristischen Vereinigung lässt wesentliche Unterschiede erkennen. So hat der österreichische Gesetzgeber im FPG auf die relativ klar determinierte Regelung des StGB verwiesen. Nach dem INA hingegen ist die Qualifikation einer terroristischen Organisation durch die Kompetenz von AußenministerIn und JustizministerIn einerseits eine grundsätzlich politischen Entscheidung, die andererseits in der gesetzlich gere-

gelten Variante ziemlich weit gefasst scheint.

Ausgehend von diesen Unterschieden kann festgestellt werden, dass die im US-amerikanischen Raum kritisierte Lockerung des Zusammenhangs von politischen Ambitionen und Gewalttaten offenbar im Bereich des Fremdenrechtspakets nicht beabsichtigt war. In einem einzigen Punkt geht das FPG in diesem Zusammenhang „weiter“ als der INA, nämlich bei der Billigung oder Bewerbung von terroristischen Taten. Bei einem umfassenden Blick auf den gesamten § 1182 INA wird jedoch klar, dass auch solche Fälle eine Person zum „inadmissible alien“ iSd INA werden lassen können.<sup>23</sup>

Es lässt sich somit sagen, dass das Beispiel des Fremdenrechts abermals deutlich den Schock der USA über die 9/11-Anschläge zeigt. Die Definitionen von terroristischer Betätigung im INA schießen über die des FPG hinaus und sind von der nach den Anschlägen vorherrschenden Panik gekennzeichnet. Dieser Eindruck ist mit den Schilderungen des intransparenten und überstürzten Entstehungsprozesses stimmig. Ob und welche Reaktionen in Österreich nach einem vergleichbaren Anschlag zu erwarten wären, bleibt ungewiss, allerdings ist damit zu rechnen, dass durch die starke Einbindung in die EU und die EMRK ein derart weit gefasster Terrorismusbegriffs nicht Bestand hätte.

*Mag<sup>a</sup>. Petra Sußner hat eine Diplomarbeit zum Thema „Terrorismusbekämpfung und Liberalismus. Fremdenrechtliche Normen des Patriot Act im Licht der einfach- und verfassungsgesetzlichen Rechtslage in Österreich“ geschrieben. Zur Zeit ist sie als Juristin in der Flüchtlingshilfe tätig und recherchiert für ihre Dissertation; petra.sussner@gmx.at*

22) Vgl *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat. Sicherheitspolizeiliche und nachrichtendienstliche Datenermittlung (2003) 22 ff.

23) Vgl zB § 1182 (a)(3)(B)(i) (IV)(bb) INA.

betreut von Ines Rössl<sup>1</sup>

# Vorwort

Ines Rössl

Das Urheberrecht und die darum kreisenden Auseinandersetzungen liegen derzeit – gerade außerhalb des akademischen Feldes – durchaus hoch im Kurs. Ihnen haftet bisweilen sogar ein modischer Beigeschmack an. Die Popularität kommt allerdings nicht von ungefähr, sondern ist eine Widerspiegelung von Lebensrealitäten: Die Kritiken am traditionellen Urheberrecht werden insbesondere in jenen soziokulturellen Sphären laut, in denen das Konsumieren und Produzieren von immateriellen Gütern eine bedeutende Rolle für das eigene Selbstverständnis und oft auch den eigenen Lebensunterhalt spielt. Das Etikett „Wohlstandskinder“ trifft auf sie ebenso zu wie die Beobachtung, dass es sich vielfach um Neue Selbständige in prekären Arbeitsverhältnissen handelt. Auf den ersten Blick scheinen Informationsfreiheit, kreative Vielfalt und demokratischer Wildwuchs kollektiven Wissens diesen kapitalistisch geschulten IndividualistInnen linker Prägung ein unmittelbareres Anliegen zu sein als materielle Sicherheit und Gleichheit. Auf den zweiten Blick ermöglichen gerade die Debatten über das Urheberrecht eine entromantisierende Perspektive auf Kreativarbeit: Schließlich geht es dabei auch um jeweils branchenspezifische Machtverhältnisse und Abhängigkeiten, Gefälle in der Profitverteilung und die Frage der finanziellen Absicherung von KünstlerInnen und WissensarbeiterInnen.

Entzündet haben sich die Diskussionen um das Urheberrecht insbesondere aufgrund der kostengünstig und ohne Qualitätsverlust möglichen Reproduzierbarkeit digitaler Güter sowie deren leichter Verbreitung über das Internet (siehe zB Musiktäuschbörsen). Die Furcht der Content-Industrie vor Umsatzeinbußen führte zur Entwicklung von technischen Schutzmaßnahmen, um ungesollte Verwendungen eines Produkts zu verhindern. Das so genannte „Digital Rights Management“ steht im Zentrum der Frage, inwieweit die neuen Technologien nicht nur das Versprechen eines freieren und demokratischeren Zugangs zu immateriellen Gütern in sich tragen, sondern im Gegenteil sogar ein Mehr an Kontrolle ermöglichen. Der Rolle von „Nutzerrechten“ im Kontext der Wechselbeziehung zwischen Recht und Technologie widmet sich *Catrin Pekari* in ihrem Beitrag.

Die Konzentration der gegenwärtigen Debatten auf digitale Güter darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz der UrheberInnen

und der Allgemein zugänglichkeit von Werken, damit auf deren Basis Neues geschaffen werden kann, auch „herkömmliche“ Kunstwerke betrifft. *Eberhard Ortland* betrachtet das Urheberrecht aus Sicht der Kunstfreiheit. Inwiefern ermöglicht oder behindert das Urheberrecht künstlerische Tätigkeit? Wie weit geht beispielsweise die Kontrolle des/der UrheberIn bei Bearbeitungen oder sonstigen Verwendungen eines Werkes (man denke nur an die unzähligen „Recycling-Phänomene“ zeitgenössischer Musikkultur oder an Text- und Bild-Collagen)?

Es wird schnell deutlich, dass die Diskurse um das Urheberrecht weit verzweigt sind und auf unterschiedlichste Disziplinen Bezug nehmen. Insbesondere ökonomische Argumentationen sind in Hinblick auf den legitimen Umfang von UrheberInnenrechten äußerst beliebt. *Paul Stepan* unternimmt eine Einführung in die „Ökonomie des Urheberrechts“ und bringt Licht in zentrale volkswirtschaftliche Begriffe, die in den Urheberrechtsdebatten immer wieder auftauchen. Anhand der Theorieentwicklung zeigt sich zudem, dass das Feld auch aus ökonomischer Sicht nicht unumstritten ist.

Die in Magazinen, wissenschaftlichen Beiträgen und Internet-Plattformen ausgetragenen Diskussionen rund um das Urheberrecht sind häufig von einem betont rechtspolitischen Ansatz getragen. Die Bandbreite der Alternativvorschläge ist weit und reicht von einer Ausweitung der freien Werknutzung bis zu einer völligen Abschaffung des traditionellen Urheberrechts. Und dann gibt es bereits jetzt die „alternativen Inseln“ namens Creative Commons, Open Source, Freie Software etc. Diesen haftet bisweilen der Nimbus an, sie würden das Urheberrecht aushebeln und auf den Kopf stellen. Tatsächlich handelt es sich aber um Lizenzierungsmodelle auf Basis des traditionellen Urheberrechts. *Julia Küng* stellt die österreichischen Creative Commons Lizenzen im Detail vor, erklärt ihren Nutzen und die unterschiedlichen Vertragsmodalitäten.

Am Ende dieses Streifzugs durch die Urheberrechtsdebatten wirft *Ines Rössl* in einer Rezension eines kürzlich erschienenen Buchs von *Sabine Nuss* („*Copyright & Copyriot*“ *Aneignungskonflikte um geistiges Eigentum im informationellen Kapitalismus*) einen kurzen Blick auf eine eigentumstheoretisch inspirierte „Kritik der Kritiken am geistigen Eigentum“ (Nuss 2006: 202).

1) Dieser Heft-Schwerpunkt ist der Unterstützung von vielen Seiten zu verdanken. Insbesondere möchte ich an dieser Stelle *Alexander Ostleitner* für unzählige Diskussionen, *Lukas Oberndorfer* für den Hinweis auf das Buch von *Sabine Nuss* und *Florian Philipitsch* für ein äußerst aufschlussreiches Gespräch danken.

*„Copyright is a monopoly and produces all the effects which the general voice of mankind attributes to monopoly....the effect of a monopoly is to make articles scarce, to make them dear, and to make them bad.... It is good that authors be remunerated; and the least exceptional way of remunerating them is by a monopoly. Yet monopoly is an evil; for the sake of good, we must submit to evil; but the evil ought not to last a day longer than is necessary for the purpose of securing the good.“*  
(Macaulay, zitiert aus Hadfield, 1992, 29-30).

Vorab zwei Anmerkungen zur Verschiedenheit disziplinärer Zugänge. Während JuristInnen, vor allem in Europa, im Urheberrecht weit mehr sehen als nur gewerblichen Rechtsschutz, so beschränkt sich der Großteil der Beiträge aus der Ökonomie und auch aus „Law and Economics“ meist auf diese Funktion. Aus diesem Grund sind die Unterschiede zwischen dem anglo-amerikanischen und dem europäischen Recht aus ökonomischer Sicht nicht von ähnlich großer Bedeutung wie für JuristInnen. Nichtsdestotrotz möchte ich anmerken, dass die Beschäftigung mit Immaterialgütern aus ökonomischer Sicht eine angloamerikanische Domäne ist und sich daher auch die meisten empirischen Ergebnisse auf diesen Raum beziehen.

Das Interesse von ÖkonomInnen für Patente und Urheberrecht geht bereits einige Jahrhunderte zurück, wenngleich es sich nicht um eine kontinuierlich ausgeübte Subdisziplin oder eine „Bindestrich-Ökonomie“ handelte, sondern vielmehr um punktuelle Bemerkungen zu juristischen oder technischen Veränderungen. Machlup und Penrose (1950) haben diese frühe Debatte, die in vielen Argumenten der heutigen gleicht, in Hinblick auf Patente zusammengefasst. Bis in die frühen 1980er Jahre erschienen immer wieder Artikel, die sich des Themas annahmen, zur Herausbildung eines Forschungsschwerpunktes kam es aber dennoch nicht. Als zentrale Meilensteine sind hier vor allem die Artikel von Arnold Plant (1934) und A. J. Arrow (1962) hervorzuheben, wobei sich Arrow dabei nur am Rande auf das Urheberrecht bezieht, der Artikel aber indirekt große Bedeutung erlangte. In den 1980er Jahren, mit der massenhaften Ausbreitung von privaten Kopiermöglichkeiten (Drucker, Kopierer, VHS, Kassetten...) kam es zu einem ersten Schub an ökonomischer Literatur zum Urheberrecht. In der Mitte der 1990er Jahre löste die Digitalisierung von Information einen zweiten Schub aus, der seit der Einführung von Napster 1999 und anderen P2P-Tauschbörsen nicht mehr abreißen zu wollen scheint.

Warum die Digitalisierung einen derartigen Schub der Forschung in Gang gesetzt hat, hängt mit der Veränderung des Gutscharakters von Information im Allgemeinen zusammen. Bislang galt Information zwar als „öffentliches Gut“ (Arrow 1962), das heißt als Gut, das im Konsum nicht rival ist und von dem KonsumentInnen nicht ausgeschlossen werden können. Tatsächlich war es aber vielmehr ein „club good“, also ein Gut, das zwar im Konsum nicht rival ist, von dem Konsumierende aber ausgeschlossen werden konnten. Die Digitalisierung im Allgemeinen und Napster im Besonderen haben letztlich die Transformation von einem

„club good“ zu einem öffentlichen Gut vollzogen. Daraus entspringen verschiedene Forschungsfragen: Erstens – eine Frage, die in der Ökonomie des Urheberrechts seit langem interessiert – nach der Auswirkung neuer Kopiertechnologien auf ökonomische Größen und besonders auf die soziale Wohlfahrt. Literatur zu dieser Fragestellung wird unter der Subsparte „Economics of Copying“ subsumiert. Zweitens die Frage nach neuen Businessmodellen, die auf Grund der veränderten Technologien möglich wurden. Und zu guter Letzt die Frage nach dem Einkommen der RechteeignerInnen.

Ein weiterer wesentlicher Teilbereich ist der „Law and Economics“-Ansatz, der nach Landes und Posner (1989)

# Ökonomie des Urheberrechts

## Ein Überblick

Paul Stepan



als „Economics of Copyright“ bezeichnet wird und sich mit den ökonomischen Auswirkungen des Urheberrechts auseinandersetzt. Darüber hinaus gibt es auch noch andere Betätigungsfelder, wie beispielsweise die Fokussierung auf Verwertungsgesellschaften, Literatur zu internationalem Handel oder auch entwicklungsökonomische Ansätze. Im vorliegenden Artikel werde ich mich auf die beiden großen Teilbereiche, Economics of Copying und Economics of Copyright beschränken, da ein kompletter Überblick über die Ökonomie des Urheberrechts den vorgegebenen Rahmen sprengen würde.

### 1. Allgemeines

An dieser Stelle möchte ich für LeserInnen ohne ökonomische Vorbildung in groben Zügen die ökonomische Denkweise skizzieren und in aller Kürze einige Grundbegriffe erläutern.

#### Marktversagen

Für Marktversagen gibt es eine Reihe von Gründen, beispielsweise Trittbrettfahren, öffentliche Güter, „option demand“, externe Effekte, meritorische Güter, Monopole etc. Im Falle von Information handelt es sich um öffentliche Güter bzw um die Trittbrettfahrerproblematik. Durch die Nichtausschließbarkeit, die öffentlichen Gütern anhaftet, ist es möglich, dass jene, die sich nicht an den Entstehungskosten beteiligen, dennoch im vollen Umfang das Gut konsumieren. Terrestrischer Rundfunk, Straßenbeleuchtung, Leuchttürme, Landesverteidigung etc sind klassische Bei-

spiele dafür. Aus diesem Grund werden viele dieser Güter öffentlich bereit gestellt und über Steuereinnahmen (also Zwangsbeiträge) finanziert. Ebenso verhält es sich mit Information. Musik wird nicht weniger, wenn sie von mehreren Menschen gleichzeitig gehört wird, im Gegenteil, oft steigt ihr Wert sogar (siehe Netzwerkexternalitäten). Dh in dem Moment, wo ein Musikstück geschrieben, von MusikerInnen einstudiert und ein Konzertraum bereit gestellt wurde (also direkt vor dem Konzert), macht es ökonomisch keinen Sinn, Individuen von der Veranstaltung auszuschließen, solange es noch Plätze gibt. Ein solcher Ausschluss wäre sogar wohlfahrtsökonomisch ineffizient, und somit wäre auch das Ausschließen von TrittbrettfahrerInnen ineffizient.

Nachdem die, in der Diktion der „Chicago School“<sup>1</sup>, „first best solution“, also eine reine Marktlösung, aus oben genannten Gründen nicht erreicht werden kann, wird nach einer „second best solution“ gesucht. An diesem Punkt gibt es im Wesentlichen zwei Möglichkeiten. Erstens: Inhalte werden öffentlich finanziert und ihre Nutzung ist frei. Zweitens: Es werden rechtliche Rahmenbedingungen geschaffen, um eine künstliche Verknappung zu ermöglichen und die Verteilung den bekannten Marktmechanismen zu überantworten. Shavell und Ypersele (2001) haben gezeigt, dass ein optionales System, in dem zwischen öffentlicher Finanzierung und Schutzrechten gewählt werden kann, pareto-besser ist als ausschließlicher Rechtsschutz.

*Monopol und monopolistischer Wettbewerb*

Beide Strategien für sich alleine haben Vor- und Nachteile. Bei der öffentlichen Finanzierung gibt es das Problem, dass es nicht möglich ist, einen „fairen“ Preis zu identifizieren und somit die kreative Leistung auch nicht entsprechend honoriert bzw. remuneriert werden kann. Bei der Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen, also dem Urheberrecht, wird wiederum ein Marktversagen, bedingt durch Trittbrettfahren, durch ein anderes ersetzt, nämlich durch Monopolisierung. Das Besondere an dieser Art der Monopolisierung ist, dass es sich zum einen um ein temporär abgegrenztes Monopol handelt und zum anderen, dass trotz der rechtlichen Monopolisierung ein Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist. Kompositionen, Bücher, Filme, etc. stehen zueinander in Konkurrenz und sind, wenn auch nicht vollständig, substituierbar. In diesem Fall spricht man von monopolistischem Wettbewerb. Die Funktion des Urheberrechts dabei ist es, Anreize für kreative Arbeit zu schaffen, damit sie auf einem künstlich verknappten Markt reüssieren kann. Das Urheberrecht ist ein Privileg, das dem Urheber oder der Urheberin ein temporäres Monopol einräumt und zwar mit dem Ziel, die Entwicklungskosten amortisieren zu können.

*Anreizfunktion*

Die Anreizfunktion ist eines der grundsätzlichen ökonomischen Argumente, die für das Urheberrecht sprechen.

Durch die temporäre Monopolisierung werden Möglichkeiten geschaffen, durch Innovation Einkommen zu erzielen. Ob dem Urheberrecht eine Anreizfunktion auch tatsächlich inhärent ist oder nicht, darüber scheiden sich die Geister. Arnold Plant (1934) zweifelte in dem ersten Artikel, der strukturiert eine Ökonomie des Urheberrechts skizzierte, diese Funktion heftig an. Boldrin and Levine (2002, 2005) bezweifeln generell die Sinnhaftigkeit einer zusätzlichen Anreizfunktion und verweisen auf Vertragsfreiheit und den „first movers' advantage“<sup>2</sup>. Eine extreme Gegenposition dazu nehmen vor allem Landes und Posner (1989, 2002, 2003 und Landes 2002), aber auch Hui und Png (2002) ein. Das Gros der AutorInnen bestätigt die Notwendigkeit der durch das Urheberrecht geschaffenen Anreize ohne dabei aber die sozialen Kosten aus den Augen zu verlieren. Generell gilt die Formel: so kurz wie möglich, aber so lange wie nötig.

*Trittbrettfahren und Monopolisierung*

Nachdem der Markt von selbst nicht zu einer optimalen Position findet und das Urheberrecht eine Intervention in denselben darstellt, ist es auch klar, dass der ökonomische Zugang zum Urheberrecht grundsätzlich von Skepsis getragen ist. Information ist, wie oben erwähnt, ein öffentliches Gut. Die Eigenschaften von öffentlichen Gütern (Nicht-rivalität im Konsum und Nichtausschließbarkeit) führen zu Marktversagen. Um dieses durch TrittbrettfahrerInnen herbeigeführte Marktversagen zu bekämpfen, muss in den Markt interveniert werden und zwar mit Hilfe eines Rechts. Dieses Recht führt seinerseits wieder zu Marktversagen. Das neu entstandene Marktversagen gründet sich auf der Monopolisierung von Information, die durch die rechtliche Grundlage geschaffen wurde. Daraus ist auch leicht zu erkennen, wo sich der Konflikt zwischen BefürworterInnen und GegnerInnen (und allen Positionen zwischen den beiden Polen) des Urheberrechts aufspannt. Zum einen gibt es die politische Diskussion zwischen privaten Interessen und öffentlichem Interesse und zum anderen die ökonomische Diskussion, welches der beiden Marktversagen das größere Übel verursacht. Das Ungewöhnliche an der Diskussion ist, dass die üblichen ideologischen Zuordnungen, im Unterschied zu der Diskussion über „normale“ Eigentumsrechte, nicht greifen. So gibt es NeoklassikerInnen, die gegen jede Art von Urheberrecht – und also wohl definierten Eigentumsrechten – eintreten, und alternative ÖkonomInnen, die sich für ein starkes Urheberrecht aussprechen.

**2. Economics of Copying<sup>3</sup>**

Economics of Copying gewann im vergangenen Jahrhundert eine immer größere Bedeutung, was schließlich um die Jahrtausendwende einen wahren Boom auslöste. Je einfacher und zugänglicher Kopiervorgänge wurden, desto mehr begannen ÖkonomInnen, sich mit dem Feld auseinander zu

1) „Chicago School“ steht in der Ökonomie oft als Chiffre für eine sehr eindeutige neoklassische Ausrichtung.  
 2) „First movers' advantage“ ist der Vorteil den ErfinderInnen genießen, da sie gegenüber der Konkurrenz einen Zeitvorsprung haben.

Das ist vorallem bei Gütern, die eine aufwändige Entwicklung haben aber leicht vervielfältigbar sind.  
 3) Manche Teile der Abschnitte 2 und 3 sind in einer ähnlichen Version in Englischer Sprache in folgendem wesentlich umfangreicheren

Buchbeitrag nachzulesen: Christian Handke, Paul Stepan und Ruth Towse (2007), 'Development of the Economics of Copyright', in Josef Drexl (Hrsg), Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham: Edward Elgar (im Erscheinen).

setzen. Economics of Copying setzen sich konkret mit der Beziehung zwischen den Fixkosten, die aus der Entwicklung resultieren und den marginalen Kosten der Vervielfältigung auseinander (O'Hare 1985; Pething 1988). Den folgenden Abschnitt möchte ich daher chronologisch aufrollen und dort beginnen, wo dem Thema zum ersten Mal größere Aufmerksamkeit zuteil wurde.

*Urheberrecht und Vielfalt*

Novos und Waldmann (1984) nahmen an, dass potenzielle KonsumentInnen keinen Unterschied zwischen einer legalen und einer illegalen Kopie machen, und testeten, ob illegales Kopieren sich auf das Produktionsniveau und den Konsum auswirkt. Sie kamen zu dem Ergebnis, dass zwar Effekte auf das Produktionsniveau nachweisbar sind, auf den Konsum hingegen nicht. Ein weiterer einschneidender Artikel unterschied in langfristige und kurzfristige Folgen: Johnson (1985) zeigte, dass es kurzfristig einen Rückgang in der Nachfrage gibt, langfristig aber die Frage nach Diversität und Pluralismus gestellt werden muss. Eine Diskussion, die durch das Aufkommen von Napster und anderen P2P-Netzwerken auf indirektem Wege wieder heftig aufflammte.

*„Indirect Appropriability“ und Netzwerkeffekte*

In den 1980er Jahren gewannen Kopiermaschinen auch für Privatpersonen und Studierende an Bedeutung. Ganz wesentlich kamen sie auf Universitäten zum Einsatz und wurden dort sowohl von Lehrenden als auch von Studierenden zur Vervielfältigung von Lehrmaterial benutzt. Stanley Liebowitz (1985) befasste sich in diesem Kontext mit den daraus erwachsenden Schwierigkeiten für akademische Zeitschriften. Er zeigte, dass die Verluste der Verlage, die durch illegales Kopieren entstanden, durch Preisdiskriminierung wieder kompensiert werden konnten. Durch die Kopiermöglichkeiten waren die Zeitschriften für Bibliotheken und Institutionen wichtiger geworden, und gleichzeitig benötigten sie eine kleinere Anzahl an Exemplaren. Die Verlage setzten für Bibliotheken und Institutionen einen wesentlich höheren Preis fest als für Privatpersonen. Dadurch bezahlten die Institutionen einerseits indirekt für die Verluste, die durch das Kopieren entstanden waren, und andererseits auch den gestiegenen Wert, den ein einzelnes Heft für die Bibliotheken hatte. Liebowitz wies in seinem Artikel nach, dass den Verlagen durch diese Strategie zumindest kein finanzieller Nachteil erwächst. Bekannt wurde dieses Phänomen unter dem Titel „indirect appropriability“. Darauf aufbauend, ergänzte Stanley Besen (1986), dass nicht lizenziertes Kopieren zu den unterschiedlichsten Ergebnissen führen kann. Der tatsächliche Output ist von zwei Faktoren abhängig: Vom Kostenverhältnis zwischen legalen und illegalen Kopien und von der Preispolitik der Produktionsfirmen als Reaktion auf neue Kopiertechnologien. Varian (2000) belebte die Diskussion wieder und berücksichtigte bereits Napster. Er beschrieb Rahmenbedingungen, unter denen der Profit der Unternehmungen durch Filesharing steigt. Dies ist der Fall, wenn (1) die Transaktionskosten des Tauschprozesses geringer sind als die marginalen Kosten der Produktion, (2) wenn die Anzahl der Nutzungen beschränkt ist und die Firmen Preisdiskriminierung betreiben können und (3) wenn es heterogene Präferenzen gibt.



Takayama (1994) analysierte ein der „indirect appropriability“ verwandtes Konzept, das der Netzwerkexternalitäten. Im Falle von Netzwerkexternalitäten steigt der Nutzen des/der Einzelnen durch die Nutzung anderer. Beispielsweise gewinnen Kommunikationsmittel wie Faxe, Telefone, Email etc an Wert für den/die Einzelnen je mehr Individuen über solche Geräte und Infrastruktur verfügen. Takayama zeigte, dass im Falle von Netzwerkexternalitäten Tauschen nicht nur den Profit der Firmen steigern kann, sondern dass es auch zu einer Paretoverbesserung im wohlfahrtsökonomischen Sinne kommen kann (vgl auch Bensaïd und Lesne, 1996 und Economides, 1996). Die Bedeutung dieses Konzepts wurde von Liebowitz und Margolis (1995) stark bezweifelt. Die beiden Autoren verwiesen darauf, dass es sich in den meisten Fällen lediglich um Netzwerkeffekte und nicht um Externalitäten im ökonomischen Sinne handelt und daher auch durch Eigentumsrechte und Verträge geregelt werden können. Andere Effekte wiederum seien monetärer Natur und haben alleine deshalb keine Wohlfahrtsimplikationen.

2005 wurden die Ergebnisse eines Workshops zu „indirect appropriability“ im Review of Economic Research of Copyright Issues publiziert. Liebowitz (2005) stellte darin fest, dass das Konzept durchwegs dazu beitrug zu verstehen, dass privates Kopieren nicht zwangsläufig zu Verlusten für die Industrie führen muss, zeigte aber auch die Grenzen auf. Vor allem die Digitalisierung und moderne Filesharingmethoden haben zu einem paradigmatischen Wechsel geführt. Auch William Johnson und Waldman (2005) vertreten dieselbe Ansicht und verweisen auf die Verbreitung von CD-Brennern und Filesharing, wodurch sich der Preis sukzessive den

Kosten der Herstellung von Kopien annähern werde. Justin Johnson (2005) hingegen sieht die Zukunft – wie auch schon bei der Einführung der Kopiermaschinen und der VHS-Recorder – nicht in zusätzlichen Marktinterventionen. Vielmehr würden neue Preisstrategien und Businessmodelle Möglichkeiten bieten, die Probleme zu bewältigen.

### 3. Economics of Copyright – Law and Economics Approach

Der Law and Economics-Ansatz setzt sich mit den ökonomischen Auswirkungen von Gesetzen und gesetzlichen Änderungen auseinander. Dies trifft im Falle des Urheberrechts vor allem auf die Anreizfunktion und Schutzdauer sowie auf eine Analyse der „Fair Use Doctrine“ zu.

#### Anreizfunktion

Wesentliche Beiträge kamen hier vor allem von Landes und Posner, die sich mit der Ambivalenz der Anreizfunktion auseinander setzen. Einerseits schafft das Urheberrecht Anreize für kreative Arbeit, auf der anderen Seite hemmt der Schutz vorhandener Werke die Kreation von neuen Werken beziehungsweise von Derivaten und verbesserten Versionen. Landes und Posner haben in einer Reihe von Publikationen versucht, diese beiden gegenläufigen Effekte zu optimieren, wobei sie der Anreizfunktion einen sehr hohen Stellenwert beimessen und wie auch Hui und Png (2002) zu jenen AutorInnen zählen, die einer Verlängerung der Schutzfrist basierend auf dem Anreizargument positiv gegenüberstehen.<sup>4</sup> Der bislang radikalste Vorschlag kam von Landes und Posner (2002) die für ein „indefinitely renewable copyright“ eintreten. Aber auch unter der Annahme, dass eine Anreizfunktion des Urheberrechts besteht und alle gewünschten Effekte eintreten, verursacht es dennoch all die negativen Effekte, die aus der Monopolisierung resultieren, weshalb die Schutzfristen in jedem Fall so kurz wie irgend möglich aber so lang wie (unbedingt) nötig sein sollten. Die Auswirkungen des Monopols werden von Landes und Posner allerdings nicht behandelt – ihnen geht es ausschließlich um eine Balance zwischen positiven Anreizen und den negativen Auswirkungen, die durch exzessiven Schutz und Schutzdauer eine dynamische Entwicklung wieder verlangsamen.

#### Fair Use

Wendy Gordon (1982) analysierte früh das Verhältnis zwischen den Transaktionskosten und der „Fair Use Doctrine“ und zeigte, dass sich kein Markt bildet, wenn die Transaktionskosten den Wert der Kopien für Individuen übersteigen. Landes und Posner (1989) argumentieren, dass ein sehr strenges Urheberrecht und stark eingeschränkte „fair use“-Bestimmungen die Transaktionskosten wie auch das Einkommen von Kreativen in die Höhe schrauben würden aber gleichzeitig auch die Kosten der Innovation für künftige Kreative. Ein sehr schwaches Urheberrecht und starke „fair use“-Bestimmungen würden nur einen geringen Anreiz setzen die Rechte auszuwerten und somit sowohl die Transaktionskosten als auch das Einkommen der Kreativen senken. Gleichzeitig würden sich, was Landes und Posner

„reproductive fair use“ nannten, künftige Entwicklungen von Neuem oder auch die Produktion von Derivaten verbilligen.

### 4. Conclusio

Aus ökonomischer Sicht ist das Urheberrecht eine ambivalente Angelegenheit. Es wird weitgehend als notwendiges Übel akzeptiert, da eine *reine* Marktlösung auf Grund von Marktversagen unmöglich ist. Wenngleich es Ausnahmen gibt, stehen die meisten ÖkonomInnen dem Urheberrecht nicht grundsätzlich abgeneigt gegenüber, wobei aber die sozialen Kosten, die durch künstlichen Ausschluss und Monopolisierung entstehen, zu einer allgemeinen Vorsicht beitragen. Einer Ausweitung des Urheberrechtsschutzes oder einer Ausweitung der Dauer stehen ÖkonomInnen tendenziell kritisch gegenüber und in vielen Fällen wird auch das gegenwärtige Recht als zu stark und die Schutzdauer als zu lange bewertet. Vor allem in einem wohlfahrtsökonomischen Ansatz gilt es immer, öffentliche gegen private Interessen abzuwägen, um die soziale Wohlfahrt zu optimieren. Dem allgemeinen politischen Trend, private Interessen in den Vordergrund zu rücken, stehen ökonomische Überlegungen zumeist entgegen.

*Paul Stepan ist Assistent für Cultural Economics and Economics of Creative Industries, Erasmus Universität Rotterdam und Vorstandsmitglied der Forschungsgesellschaft für kulturökonomische und kulturpolitische Studien (FOKUS);  
stepan@fokus.or.at*

### Literatur

- Arrow, Kenneth J. (1962), 'Economic welfare and the allocation of resources for invention', in National Bureau of Economic Research (Hrsg), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton: Princeton University Press, S.609-625.
- Bensaid, Bernard und Jean-Philippe Lesne (1996), 'Dynamic monopoly pricing with network externalities', *International Journal of Industrial Organization*, 14 (6), 837-55.
- Besen, Stanley (1986), 'Private copying, reproduction costs, and the supply of intellectual property', *Information Economics and Policy*, 2 (1), 5–22.
- Boldrin, Michele und David Levine, (2002), 'The case against intellectual property', *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 9 (2), 209-12(4).
- Boldrin, Michele und David Levine (2005), 'Intellectual property and the efficient allocation of social surplus from creation', *Review of Economic Research in Copyright Issues*, 2 (1), 45-67.
- Economides, Nicholas (1996), 'The economics of networks'. *International Journal of Industrial Organization*, 14 (6), 673–699.

4) Vergleiche dazu Landes und Posner (1989, 2002, 2003) und Landes (2002).

Gordon, Wendy J. (1982), 'Fair use as market failure: a structural and economic analysis of the Betamax case and its predecessors', *Columbia Law Review*, 82, 1600-1657.

Hadfield, Gillian K. (1992), 'The economics of copyright: A historical perspective', *Copyright Law Symposium (AS-CAP)*, 38, 1-46.

Handke, Christian, Paul Stepan und Ruth Towse (im Erscheinen), 'Development of the Economics of Copyright', in Josef Drexl (Hrsg), *Handbook on Intellectual Property and Competition Law*, Cheltenham: Edward Elgar (im Erscheinen).

Hui, Kai-Lung und I. P. L. Png (2002), 'On the Supply of Creative Work: Evidence from the Movies', *The American Economic Review*, 92 (2), Papers and Proceedings of the One Hundred Fourteenth Annual Meeting of the American Economic Association, 217-220.

Johnson, Justin P. und Michael Waldman (2005), 'The limits of indirect appropriability in markets for copiable goods', *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2 (1), 19-37.

Johnson, William R. (1985), 'The economics of copying', *Journal of Political Economy*, 93 (1), 158-74.

Johnson, William R. (2005), 'Creative Pricing in Markets For Intellectual Property', *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2 (1), 39-44.

Landes, William M. (2002), 'Copyright, borrowed images and appropriation art: an economic approach', in Ruth Towse (Hrsg) (2002), *Copyright in the cultural industries*, Cheltenham, UK, Northampton MA, USA: Edward Elgar, S. 9-31.

Landes, William M. und Richard A. Posner (1989), 'An economic analysis of copyright law', *Journal of Legal Studies*, 18 (2), 325-363.

Landes, William M. und Richard A. Posner (2002), 'Indefinitely renewable copyright', Working Paper No. 154, University of Chicago John M. Olin Law and Economics.

Landes, William M. und Richard A. Posner (2003), *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, Massachusetts, und London: The Belknap Press of Harvard University Press.

Lessig, Lawrence, (2004), *Free Culture, How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York: The Penguin Press.

Liebowitz, Stan J. (1985), 'Copying and indirect appropriability', *Journal of Political Economy*, 93 (5), 945-957.

Liebowitz, Stan J. (2005), 'Economists' topsy-turvy view of piracy', *Review of Economic Research on Copyright Issues*, 2 (1), 5-17.

Liebowitz, Stan J. und Steven E. Margolis (1995), 'Are network externalities a new source of market failure?', *Research in Law and Economics*, 17, 1-22.

Machlup, Fritz und Edith Penrose (1950), 'The Patent Controversy in the Nineteenth Century'

**juridikum** zeitschrift im rechtsstaat  
Die Zeitschrift für Kritik – Recht – Gesellschaft

EIN FILM VON ANJA **Diskussion & Film:**

**Migration – Sexarbeit – Frauenhandel**  
27. April 2007 • 18:30 Uhr • Juridicum Wien

**Heftpräsentation 02/2007**

Film-Preview in Kooperation mit  
Amour Fou Film und Pool Film

**„KURZ DAVOR IST ES PASSIERT“**

ein Film von Anja Salomonowitz

Wiener Filmpreis 2006 – Berlinale 2007

Kinostart: Mai 2007

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

[www.anjasalomowitz.com](http://www.anjasalomowitz.com)

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

*The Journal of Economic History*, 10 (1), 1-29.

Novos, Ian E., und Michael Waldman (1984), 'The effects of increased copyright protection: An analytic approach', *Journal of Political Economy*, 92 (2), 236-246.

O'Hare, Michael (1985), 'Copyright: when is monopoly efficient?', *Journal of Policy Analysis & Management*, 4 (3), 407-18.

Pethig, Rudiger (1988), 'Copyrights and copying costs: a new price theoretic approach', *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 144 (3), 462-95.

Plant, Arnold (1934), 'The economic aspects of copyright in books', *Economica*, 1(2), 167-195.

Shavell, Steven und Tanguy van Ypersele (2001), 'Rewards versus intellectual property rights', *Journal of Law and Economics*, 44, 525-548.

Takeyama, Lisa (1994), 'The welfare implications of unauthorized reproduction of intellectual property in the presence of demand network externalities', *Journal of Industrial Economics*, 42 (2), 155-166.

Varian, Hal (2000), 'Buying, sharing and renting information goods', *Journal of Industrial Economics*, 48 (4), 473-488.

**1. Freiheit der Kunst**

„Von allem, was positiv ist und was menschliche Konventionen einführen, ist die Kunst wie die Wissenschaft losgesprochen, und beide erfreuen sich einer absoluten Immunität von der Willkür der Menschen“, postulierte *Schiller* in seinen Briefen über die ästhetische Erziehung des Menschen (1794).<sup>1</sup> Das Argument für diese Unabhängigkeitserklärung des geistigen Schaffens ist entwaffnend realistisch: „Der politische Gesetzgeber kann ihr Gebiet sperren, aber darin herrschen kann er nicht“. Wenn Kunst und Wissenschaft gedeihen sollen, müssen sie in entscheidender Hinsicht sich selbst überlassen bleiben, dh: den Entscheidungen der Künstler und Wissenschaftler darüber, was im Sinne der von ihnen jeweils verfolgten Gestaltungs-, Darstellungs- oder Erkenntnisziele sinnvoll und nötig sei, bzw dem Zusammenspiel zwischen Kreativen und sachkundiger Kritik. Solange andere als die kunst- und wissenschaftsimmanenten Kriterien in der künstlerischen oder wissenschaftlichen Produktion maßgeblich sind, wird das, was dabei herauskommt, etwas anderes sein als Kunst oder Wissenschaft – Bigotterie, Lobhudelei oder Volksverdummung.

Der politische Gesetzgeber hat sich dieser Einsicht (nach längerem Zögern) angeschlossen und die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft positiv-rechtlich anerkannt – in Deutschland zuerst in Art 142 der Weimarer Reichsverfassung v 1919 und nach den Erfahrungen mit dem Kunstdiktat des Dritten Reiches dann 1949 in Art 5 Abs 3 GG;<sup>2</sup> in Österreich für die Künste erst mit dem Bundesverfassungsgesetz vom 12.5.1982, das den Katalog der Grund- und Freiheitsrechte in der österreichischen Verfassung um den Art 17a StGG ergänzte: „Das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre sind frei.“<sup>3</sup>

Die Garantie der Kunstfreiheit gewährt den künstlerisch Schaffenden – sowie den mit der Vermittlung und der Lehre der Kunst Befassten – ein Abwehrrecht<sup>4</sup> gegenüber staatlichen Eingriffen jeglicher Art. Der Staat muss sich des Versuchs zur positiven Reglementierung oder Beeinflussung der künstlerischen Tätigkeit enthalten;<sup>5</sup> er darf den Wirkungsbereich der Künste auch nicht durch Zensurmaßnahmen sperren.<sup>6</sup>

Das Abwehrrecht umfasst neben dem *Werkbereich*, dem künstlerischen Schaffen *ieS* und dessen Resultaten, auch den

*Wirkbereich*, die Darbietung und Verbreitung der Kunstwerke,<sup>7</sup> in Art 17a StGG ausdrücklich angesprochen als „Vermittlung“. Geschützt ist damit auch die Freiheit zum entgeltlichen Verbreiten eines Werkes<sup>8</sup> und zur Werbung für ein Kunstwerk, etwa für eine Theateraufführung.<sup>9</sup> Der Schutz der künstlerischen *Lehre* ergänzt die Wissenschaftsfreiheit, indem er auch der nicht-wissenschaftlichen Lehre der Kunst grundrechtliche Freiheit verbürgt.<sup>10</sup>

Der Anspruch der Grundrechtsträger, der damit statuiert ist, beschränkt sich nicht auf die Abwehr direkter Eingriffe in die kunstrelevanten Handlungsbereiche durch Repräsentanten der staatlichen Verwaltung.<sup>11</sup> Die Kunstfreiheit begründet auch ei-

# Urheberrecht contra Kunstfreiheit

Eberhard Ortland

nen Anspruch auf staatlichen Schutz gegen allfällige Eingriffe Dritter, sofern diese nicht durch höher zu gewichtende Rechte begründet sind.<sup>12</sup> Darüber hinaus enthält nach herrschender Lehre die Kunstfreiheitsgarantie auch eine objektiv-rechtliche Gewährleistung des autonomen Lebensbereichs Kunst<sup>13</sup> und einen Verfassungsauftrag zur Förderung von Kunst und Kultur,<sup>14</sup> etwa durch die Einrichtung und Unterhaltung von Hochschulen, Theatern, Museen und Orchestern.

Strittig ist hingegen, ob im Sinne eines modernen, rezeptionsästhetisch pluralisierten und kommunikativ-dezentrierten Kunstbegriffs<sup>15</sup> die Kunstfreiheit auch ein subjektives Recht der Rezipienten auf die Einräumung von Gelegenheiten zur Ausein-

1) *Schiller*, Über die ästhetische Erziehung des Menschen (1795) 32 (9. Brief).  
 2) *Scholz* in *Maunz/Dürig*, GG<sup>7</sup> (1991), Art 5 Abs 3; *Denninger* in *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbdStR) Bd 6 (1989) § 146; *Mahrenholz* in *Benda/Maihofer/Vogel*, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbdVR)<sup>2</sup> (1994) § 26.  
 3) *Mayer*, B-VG<sup>3</sup> (2002) 565 ff.  
 4) *Mitteregger*, Kunstfreiheit jenseits der Ästhetik: Eine Untersuchung von Art 17a StGG in seinem Zusammenhang mit der allgemeinen Grundrechtsdogmatik (1996), 36 ff, 48 f; *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit (2003).  
 5) Deshalb hat der österreichische Verfassungsausschuss dem Staat eine inhaltliche Bestimmung dessen, „was Kunst ist“, ausdrücklich untersagt; 978 BlgNR XV. GP, 2 (zit

nach *Mitteregger*, Kunstfreiheit 60 f).  
 6) *Hamann*, Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Verhältnisses von staatlicher Zensur und Kunstfreiheit, Verwaltungsarchiv 1984, 15.  
 7) *F. Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik (1969) 97 ff; vom BVerfG aufgegriffen in BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto.  
 8) *Kirchhof*, Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums gegenüber modernen Vervielfältigungstechniken (1988) 61.  
 9) BVerfGE 77, 240 – Herrnbürger Bericht; *Denninger*, HbdStR § 146 Rn 44.  
 10) *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983, 281.  
 11) *Häberle*, Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, AöR 1985, 577; *Würkner*, Straßerecht contra Kunstfreiheit? NJW 1987, 1793.

12) *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen (1997); *Schroeder*, Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit (1992); *Ehrhardt*, Kunstfreiheit und Strafrecht. Zur Problematik satirischer Ehrverletzungen (1989); *Hoffmann*, Kunstfreiheit und Sacheigentum, NJW 1985, 237; *Berka* JBl 1983, 281.  
 13) *Henschel*, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1990, 1937 (1940); *Chr. Fuchs*, Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff: Eine Aktualisierung des Kunst- und Werkbegriffs im Verfassungs- und Urheberrecht (2000) 24.  
 14) *Maunz/Dürig/Scholz*, Art 5 Abs 3 GG Rn 3; *Denninger*, HbdStR § 146 Rn 27–37.  
 15) *Warning*, Rezeptionsästhetik (1975); *Iser*, Der Akt des Lesens. Theorie ästhetischer Wirkung (1976); *Fish*, Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities (1980).

andersetzung mit (bestimmten) Kunstwerken enthalten kann und sollte,<sup>16</sup> oder ob durch eine solche Erweiterung des Kreises der Grundrechtsträger die intendierte Schutzfunktion zugunsten der künstlerischen Gestaltungsfreiheit verloren ginge.<sup>17</sup>

Auch wenn man die Ausweitung des Kreises der Grundrechtsträger auf die Gesamtheit der irgendwie an Kunst interessierten Bürger zurückweist, bleibt offen, wem genau das Recht zusteht, sich – im Hinblick auf welche Verrichtungen – auf die Kunstfreiheit zu berufen. Denn das Recht darf gerade um der Kunstfreiheit willen nicht festlegen, was ihm als ‚Kunst‘ gelten soll und was nicht.<sup>18</sup> Es muss dies vielmehr dem Wechselspiel zwischen den Produktionswünschen der Kreativen und der Anerkennungsbereitschaft ihrer Adressaten überlassen. Das Recht, sich künstlerisch zu betätigen, darf niemandem verweigert werden.<sup>19</sup>

**2. Urheberrecht pro Kunstfreiheit**

Als wichtigste normative Ausprägung des objektivrechtlichen Schutzes der Kunstfreiheit gilt das Urheberrecht, das die ideellen und materiellen Interessen der „Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst“<sup>20</sup> an ihren Werken schützt.<sup>21</sup> Das „Urheberrecht ist Konkretisierung des Grundrechts auf Kunstfreiheit. [...] Es ist gleichsam die Magna Charta für kulturelles Schaffen.“<sup>22</sup>

**2.1 Werkbereich**

Das Urheberrecht schützt das künstlerische Schaffen und den Werkbereich der Kunst insbesondere, indem es die Integrität des Werkes der Kontrolle durch den Urheber unterstellt.<sup>23</sup> Darin unterscheiden sich die kontinentaleuropäischen *droit d’auteur*-Gesetze vom *copyright* anglo-amerikanischer Prägung, das dem Urheber die ‚Werkherrschaft‘<sup>24</sup> in diesem Sinne nicht gewährt, sondern die Kontrolle über die Gestalt des Werks – und auch das Recht zur Änderung, Kürzung, Ergänzung – dem jeweiligen Inhaber des (veräußerlichen) Verwertungsrechts zuweist.<sup>25</sup>

Es gibt freilich auch auf dem europäischen Kontinent gravierende Unterschiede in der konkreten Ausgestaltung der Urheberrechte.<sup>26</sup> Der Prozess des Architekten *von Gerkan* gegen die *Deutsche Bahn* wegen Verstümmelung des neuen Berliner Hauptbahnhofs, der in erster Instanz zugunsten des Architekten entschieden wurde,<sup>27</sup> wäre nach österreichischer Rechtslage gar nicht erst angestrengt worden. Denn anders als der deutsche Gesetzgeber hat der österreichische den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Urhebers gegen unbefugte Änderungen bei Werken der Baukunst ausdrücklich verneint.<sup>28</sup> Inwiefern

diese Einschränkung des Urheberrechts für Architekten mit Art 17a StGG vereinbar ist, wurde bisher nicht überprüft.

In Deutschland hat die Entscheidung des LG Berlin eine heftige Diskussion ausgelöst. Auf der einen Seite wird das Urteil begrüßt als Sieg zur Verteidigung der „Menschenrechte des Auges“.<sup>29</sup> Hier wird die Bedeutung des Urheberrechts für die Wahrung genuin ästhetischer Interessen an der Qualität unserer gebauten Umwelt sowie für die Durchsetzung der Kunstfreiheit hervorgehoben.<sup>30</sup> Dem stehen jedoch zahlreiche Stimmen gegenüber, die den ästhetischen Mehrwert der ursprünglichen Gewölbepanung im Verhältnis zu den letztlich von der Gesamtheit der Bahnkunden und Steuerzahler aufzubringenden Kosten für den Umbau deutlich geringer schätzen und fordern, man müsse die Prioritäten anders gewichten. Es gebe jede Menge Missstände bei der Bahn, die dringender behoben werden müssten als jene belanglose Flachdecke im Untergeschoss des neuen Lehrter Stadtbahnhofs.<sup>31</sup> In der Debatte melden sich darüber hinaus auch etliche Stimmen zu Wort, die das Urheberrecht des Architekten nicht nur in diesem Fall hinter den wirtschaftlichen Interessen der Bahn zurücktreten lassen möchten, sondern es prinzipiell für falsch halten, dem Architekten ein so weitreichendes Recht gegen den Eigentümer und Bauherren einzuräumen.

Im Zusammenhang mit der Frage nach dem Verhältnis zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit ist zunächst bemerkenswert, in welchem Maß das Urheberrecht als ein Instrument begriffen – und begrüßt – wird, durch das die Freiheit der Kunst und die Interessen nicht nur des Urhebers, sondern auch der ästhetisch interessierten Allgemeinheit geschützt werden gegenüber der Verfügungsmacht eines Eigentümers, der für die ästhetische Qualität seines Eigentums oder für die ästhetischen Interessen, die er verletzen mag, gar keinen Sinn hat. Andererseits wird die Kunstfreiheit oder die ästhetische Qualität des öffentlichen Raums von einer breiten Öffentlichkeit ebenso wenig wie das Urheberrecht als ein absoluter Wert angesehen, dem alles andere untergeordnet werden sollte. Im Konflikt zwischen dem Eigentumsrecht und der Kunstfreiheit muss je im Einzelnen eine Abwägung auch im Hinblick darauf getroffen werden, welche anderen Interessen die Betroffenen gegebenenfalls noch zu berücksichtigen haben. Inwiefern diese Abwägung im vorliegenden Fall richtig getroffen wurde, wird voraussichtlich das Kammergericht im Berufungsverfahren beschäftigen.

**2.2 Wirkbereich**

Neben den Urheberpersönlichkeitsrechten, die insbesondere für den Schutz der Kunstfreiheit im Werkbereich relevant

16) *Mahrenholz*, HbdVR § 26 Rn 54.  
 17) *Fuchs*, *Avantgarde* 47; *Denninger* HbdStR § 146 Rn 23; *Würkner*, Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (1994) 144.  
 18) O. Anm 5; BVerfGE 67, 213 (225) – Anachronistischer Zug.  
 19) *Denninger*, HbdStR § 146 Rn 26.  
 20) § 1 dUrhG.  
 21) *Denninger*, HbdStR § 146 Rn 26; *Wandtke*, Urthb □ h pro unstfVeiheit, 1991, 484 (485).  
 22) *Wandtke*, ZUM (1991), 485.  
 23) § 21 öUrhG; entspr §§ 14, 23 und 39 dUrhG.  
 24) *Hirsch*, Die Werkherrschaft, UFITA 1962, 19.

25) *Albrecht*, Die Urheberpersönlichkeitsrechte im österreichischen und US-amerikanischen Urheberrecht (1996); *Jahn*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht im deutschen und brit□ischen Rec t (1993); *Dieselhorst*, Das Ende des ‚amoralen‘ Copyrights? Der Visual Artists Rights Act der USA von 1990, GRUR Int. 1997, 902.  
 26) *van Waasen*, Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Eigentum im deutschen und ausländischen Recht (1994), z Architektur 98–141 u. 222–234.  
 27) LG Berlin v 28. November 2006, Az 16 O 240/05; Veröffentlichung in ZUM angekündigt; ORF [http://orf.at/061129-6526/?href=http%3A%2F%2Forf.at%2F061129-6526%2F6527txt\\_story.html](http://orf.at/061129-6526/?href=http%3A%2F%2Forf.at%2F061129-6526%2F6527txt_story.html) (29.11.2006).

28) § 83 Abs 3 UrhG; *Dillenz*, Praxiskommentar zum österreichischen Urheberrecht und Verwertungsgesellschaftenrecht (1999) 231; *L. Müller*, Das Urheberpersönlichkeitsrecht des Architekten im deutschen und österreichischen Recht (2004).  
 29) *Bredenkamp*, FAZ v. 17. 11. 2005.  
 30) *Süddeutsche Zeitung* v 29. u v 30.11.2006; *Bartetzko*, Nicht nach Mehdorns Geschmack, FAZ v 29.11.2006, *Amann*, Keine Blechdecke aus dem Baumarkt, FAZ v 30.11.06.  
 31) *FinancialTimesDeutschland* v 29.11.2006; *Hank*, Zickige Architekten, Frankfurter Allgemeine Sonntags-Zeitung v 3.12.2006.

sind, regelt das Urheberrecht die für den Wirkungsbereich der Werke maßgeblichen Verwertungsrechte. Der Urheber hat u.a. das ausschließliche Recht, „das Werk [...] zu vervielfältigen“ (§ 15 Abs 1 öUrHG), „Werkstücke zu verbreiten“ (§ 16 öUrHG), das ausschließliche Senderecht (§ 17 öUrHG), Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 18 öUrHG), sowie neuerdings auch ein ausschließliches „Zurverfügungstellungsrecht“ (§ 18a öUrHG), das sich auf Veröffentlichungen im Internet bezieht.<sup>32</sup> Darüber hinaus macht das Urheberrecht die Verwertung von Übersetzungen, Bearbeitungen und anderen Umgestaltungen eines Werkes durch Dritte abhängig von der Zustimmung des Urhebers des bearbeiteten Werkes.<sup>33</sup>

Das Urheberrecht kommt der Kunstfreiheit zugute, indem es den Kunstschaffenden konkrete Rechte sichert und indem es die Geschäftsgrundlage für die Produktion und Verwertung der Werke etabliert.<sup>34</sup>

### 3. Konflikt zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit

Während der Konkretisierungs- und Legitimationszusammenhang zwischen der Kunstfreiheit und dem Urheberrecht in Literatur und Rechtsprechung breite Aufmerksamkeit gefunden hat, ist die andere, problematischere Seite des komplexen Verhältnisses zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit bisher weniger diskutiert worden,<sup>35</sup> nämlich die Möglichkeit eines Konflikts, in dem das Urheberrecht an einem bestehenden Werk als Einschränkung der Freiheit des künstlerischen Schaffens für spätere Künstler oder auch nur als Einschränkung des Wirkungsbereichs der geschützten Werke wirkt. Der Konflikt ergibt sich daraus, dass das Urheberrecht sich nicht nur auf die Verwertung ‚identischer‘ Reproduktionen bezieht, sondern dem Urheber eines Werkes auch die Kontrolle über die Verbreitung von Bearbeitungen oder anderen Umgestaltungen seines Werkes durch Dritte zuspricht.<sup>36</sup>

Die Aktualität dieses Konfliktes steigt einerseits aufgrund der fortschreitenden Ausweitung des Urheberrechts, das immer größere Teile des Spektrums kultureller Ausdrucksformen erfasst und den Rechteinhabern in vielfacher Hinsicht weiter-

gehende Rechte sichert,<sup>37</sup> andererseits aufgrund neuerer Entwicklungen in der Sphäre der Künste. Neben den mitunter frappierenden Reflexionsbildern der *Appropriation Art*<sup>38</sup> sind hier musikalische *Mainstream*-Phänomene wie *Sound Sampling*, *Remix*- und *Coverversionen* zu nennen.<sup>39</sup> Auch die Anerkennung des Fotografen als Bilderfinder, dem auch das Recht zustehen sollte, die Produktion von Bildern, die seinem Werk ähnlich sehen, indem etwa die aufgenommene Szene nachgestellt wurde<sup>40</sup> oder indem das Foto als Vorlage für ein Gemälde benutzt wurde,<sup>41</sup> als ‚Bearbeitung‘ seines Werks zu untersagen, führt zu Folgeproblemen, etwa bei der Benutzung fotografischer Motive in Collagen oder anderen Kunstwerken.<sup>42</sup>

#### 3.1 Freie Benutzung

Das Urheberrecht versucht, der Kunstfreiheit Rechnung zu tragen durch die Regelung der „freien Benutzung“,<sup>43</sup> die zu unterscheiden ist von den Bearbeitungen und anderen Umgestaltungen, die der Kontrolle durch den Urheber der Vorlage unterliegen. Nach herrschender Rechtsprechung ist die „Bearbeitung“ iSv § 23 dUrHG „durch ihre Abhängigkeit vom Originalwerk gekennzeichnet; dieses wird weiter entwickelt oder umgeformt, bleibt in seinem Wesenskern, seinen Grundzügen jedoch erhalten“. Die „freie Benutzung“ hingegen „löst sich von der Vorlage und schafft ein neues Werk mit einem neuen Wesenskern und neuen, eigenen Grundzügen, mithin eine völlig selbständige Neuschöpfung“.<sup>44</sup> Die übernommenen Teile oder Aspekte der Vorlage müssen „verblassen“ hinter der Eigenart des neuen Werks.<sup>45</sup> Die Rechtsprechung hat die Kriterien zur Ermittlung des ‚Abstandes‘, der zur Feststellung einer ‚freien Benutzung‘ gefordert wird, sukzessive verfeinert und den Freiraum für Parodien<sup>46</sup> und andere Formen der künstlerischen Auseinandersetzung mit Vorgängerwerken zu sichern versucht, indem neben dem ‚Verblassen‘ auch die Möglichkeit eines „inneren Abstandes“ zwischen dem benutzten Werk und dem auf es sich beziehenden späteren anerkannt wird.<sup>47</sup>

Im Streit um die Verwendung von Zitaten aus *Brecht*-Texten in *Heiner Müllers* letztem Stück, „GERMANIA 3

32) Entspr §§ 15–22 dUrHG.

33) § 14 Abs 2 öUrHG; im Wesentlichen entspr § 23 dUrHG. Dazu *Hörnig*, Das Bearbeitungsrecht und die Bearbeitung im Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung von Werken der Literatur, UFITA (1985), 13; *J. Kreile/Westphal*, Multimedia und Filmbearbeitungsrecht, GRUR 1996, 254.

34) *Kirchhof*, Gesetzgebungsauftrag; *Wandtke*, ZUM 1991, 484; *Wandtke*, Grenzenlose Freiheit der Kunst und Grenzen des Urheberrechts, ZUM 2005, 769 (771 ff); *Noll*, Die Benützung rechtswidriger Vorlagen (Raubkopien) bei der Herstellung digitaler Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch. Zum Umfang der interpretatorisch auszulotenden Schranken-Schranken im Bereich der freien Werknutzung unter besonderer Berücksichtigung der Kunstfreiheit gem Art 17a StGG 1867 und des Dreistufentests (2005), 54–61.

35) *Schmieder*, Freiheit der Kunst und freie Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke, UFITA 1982, 63.

36) O. FN 33.

37) *Vaidhyanathan*, Copyrights and Copywongs: The Rise of Intellectual Property and

How It Threatens Creativity (2001); *Hugenholtz*, Copyright and Freedom of Expression in Europe, in *Dreyfuss/Zimmerman/First*, Expanding the Boundaries of Intellectual Property (2001) 343; *Lessig*, Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity (2004); *McLeod*, Freedom of Expression®. Overzealous Copyright Bozos and Other Enemies of Creativity (2005); *Brown*, Copyright vs. Creativity, Realscreen v 1.6.2005, 35.

38) *Greenberg*, The Art of Appropriation: Puppies, Piracy and Postmodernism, *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal* 1992, 1; *Hamilton*, Appropriation Art and the Imminent Decline in Authorial Control over Copyrighted Works, *J.Cop.Soc.USA* 1994, 93.

39) *Pendzich*, Von der Coverversion zum Hit-Recycling. Historische, ökonomische und rechtliche Aspekte eines zentralen Phänomens der Pop- und Rockmusik (2004); *Häuser*, Sound and sampling: Der Schutz der Urheber, ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller gegen digitales Soundsampling nach deutschem und US-amerikanischem Recht (2002).

40) OLG Köln, GRUR 2000, 43–45.

41) LG München I, GRUR 1988, 36, 37 – Hubschrauber mit Damen; OGH, Beschluss v 16.12.2003, 4 Ob 221/03h – Weinatlas.

42) *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2d. Cir.; 1992); *Lind/Jarvis/Phelan*, Art and Museum Law. Cases and Materials (2002) 76–88; *McLean*, All’s Not Fair in Art and War: A Look at the Fair Use Defense after *Rogers v. Koons*, *Brooklyn Law Review* 1993, 373.

43) § 24 Abs 1 dUrHG; entspr § 5 Abs 2 öUrHG; *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht (1997).

44) LG München, Ur. v 29.11.1985, GRUR 1988, 36.

45) *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht (1951) 162; BGH, Ur. v 26.3.1971, GRUR 1971, 588 (589) – Disney Parodie.

46) *Noll*, Parodie und Variation. Über spezifische Formen der Werkbenutzung im österreichischen Urheberrecht“, *MR* 2006, 196.

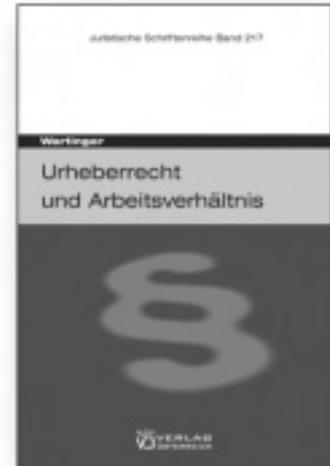
47) BGH GRUR 1994, 191 – Asterix-Persiflagen; BGH GRUR 2003, 956 (958) – Gies-Adler; *Hess*, Urheberrechtsprobleme der Parodie (1993) 148 ff.

Wartinger  
**Urheberrecht und Arbeitsverhältnis**

2006, 202 Seiten, br., 3-7046-4860-4, € 35,-

Die Autorin setzt sich mit der rechtlichen Beurteilung geistiger Schöpfungen im Rahmen von Arbeitsverhältnissen auseinander. Während die Realität zeigt, dass ein beträchtlicher Teil urheberrechtlicher Leistungen von Arbeitnehmern in persönlich abhängiger Beschäftigung geschaffen wird, hat die bisherige Gesetzgebung dem Arbeitnehmerurheberrecht nicht jenen Stellenwert eingeräumt, der ihm eigentlich angemessen wäre. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind daher immer wieder mit Fragestellungen konfrontiert, die aus dem Spannungsverhältnis zwischen Arbeitsrecht und Urheberrecht resultieren.

**Dr. Christina Wartinger** ist in der Dienstleistungseinrichtung Personalwesen und Frauenförderung an der Universität Wien tätig.



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



– GESPENSTER AM TOTEN MANN“<sup>48</sup>, hat das BVerfG die Anwendung der Zitatbestimmungen aus § 51 Nr 2 dUrHG durch das OLG München<sup>49</sup> verworfen und klargestellt: „Im Kontext einer eigenständigen künstlerischen Gestaltung reicht die Zitierfreiheit über die Verwendung des fremden Textes als Beleg [...] hinaus. Der Künstler darf urheberrechtlich geschützte Texte auch ohne einen solchen Bezug in sein Werk aufnehmen, soweit sie als solche Gegenstand und Gestaltungsmittel seiner eigenen künstlerischen Aussage bleiben.“<sup>50</sup> Wenn diese Erweiterung des Zitatrechts im Namen der Kunstfreiheit auch auf Kritik gestoßen ist,<sup>51</sup> weist das BVerfG der Rechtsprechung damit doch einen richtigen Weg: Die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts, zu denen auch das Zitatrecht gehört, sollen „einen Ausgleich zwischen den verschiedenen – auch verfassungsrechtlich – geschützten Interessen schaffen“; sie sind „im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen“.<sup>52</sup> Das Interesse an der Freiheit zur künstlerischen Auseinandersetzung auch mit urheberrechtlich geschützten Werken überwiegt jedenfalls dann, wenn „ein geringfügiger Eingriff in die Urheberrechte ohne die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile (zB

Absatzrückgänge) der künstlerischen Entfaltungsfreiheit gegenübersteht“.<sup>53</sup>

Damit ist das Problem, das die Freiheit des künstlerischen Schaffens tangiert, allerdings nur teilweise gelöst. Denn die Weisen, wie ein Kunstwerk sich zu den künstlerischen und außerkünstlerischen Gegebenheiten, Artikulationsformen und Zeichen der Welt verhalten kann, aus der es erwächst und in die es hineingesetzt wird, sind erheblich vielfältiger, als vom Urheberrecht anerkannt wird, und die Vorstellungen davon, was ein „selbständiges neues Werk“<sup>54</sup> sei, von denen sich die Gerichte leiten lassen, sind vielfach nicht auf der Höhe der Kunst.<sup>55</sup> Dies gilt nicht erst für die Kapriolen der Avantgarde. Ein Werk, das mit der zeitgenössischen Musik- und Theaterproduktion in einem derart intensiven Austausch stünde wie Mozarts „Don Giovanni“ seinerzeit, hätte nach heutigem Urheberrecht keine Chance, als ‚selbständiges Werk‘ Anerkennung zu finden.

### 3.2 Der Sinn der Kunstfreiheit

Frei in *Schillers* Sinn „von allem, was positiv ist und was menschliche Konventionen einführen“, wird die Kunst auch

48) Haass, Müller oder Brecht? Zum Einfluß von Kunstfreiheit und Eigentumsgarantie bei Übernahme geschützter Textteile in neue Werke, ZUM 1999, 834; Becker, Zitat und Kunstfreiheit, ZUM 2000, 864; Garloff, Copyright und Kunstfreiheit – zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück, GRUR 2001, 476.

49) OLG München, Urt. v 26.3.1998, Az 29 U 5758/97; ZUM 1998, 417–421.

50) BVerfG, 1 BvR 825/98 v 29.6.2000, Abs 26 [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20000629\\_1bvr082598.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20000629_1bvr082598.html).

51) Schack, Kunst und Recht (2004) Rn 272; 352.

52) BVerfG, 1 BvR 825/98, Abs 23.

53) BVerfG, ebd., Abs 24.

54) § 5 Abs 2 öUrHG; entspr § 24 Abs 1 dUrHG.

55) Fuchs, Avantgarde, 5, 15 f, 49–56; 157 ff.

VERLAG ÖSTERREICH

Reissner/Herzeg (Hg.)  
**Gesetzbuch Sozialrecht**  
 Stand: 1. 3. 2007

640 Seiten, br., 978-3-7046-5009-2, € 22,50  
 Abo- und Hörerscheinpreis € 18,-

- Sonderausgabe für Studierende
- sozialrechtliche Gesetze und Verordnungen die für Studium und täglichen Gebrauch besonders wichtig sind
- alphabetische Anordnung der Gesetze
- Gesamtstichwortverzeichnis
- Überblick über Zahlen und Fakten des Sozialrechts



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



in einer Gesellschaft, der die Freiheit der Kunst als ein hohes Gut gilt, kaum sein können. Denn die Bürger eines modernen Rechtsstaates dürften sich kaum einer Willkürherrschaft im Namen einer absolut souveränen, zu keiner Rücksicht auf die Freiheiten der anderen Rechtsträger genötigten Kunst unterwerfen wollen. Sie wissen zudem, dass ‚die Kunst‘ kein mit sich selbst identisches metaphysisches Über-Subjekt ist, sondern lediglich der generische Begriff für die Gesamtheit dessen, was Künstlerinnen und Künstler als Kunst produzieren und was in der einen oder anderen Form auch als Kunst Anerkennung findet. Da die Künstler und Künstlerinnen jedoch untereinander uneins sind, vielfach in Konkurrenz miteinander stehen und allemal divergierende Gestaltungsziele verfolgen, braucht es auch positiv-rechtliche Konventionen, um den Streit in der Kunst und um die Kunst in geordnete Bahnen zu lenken und die Freiheit der Kunst auch jenen zu sichern, die sie nicht mit der Gewalt

des Stärkeren für sich reklamieren können. Auch dazu dient das Urheberrecht. Der Sinn der Kunstfreiheit ist nicht, einer privilegierten Klasse von Urheberrechtsinhabern die Kontrolle über die Kommunikations- und Ausdrucksformen zu überantworten, noch ihnen eine üppige Rente zu sichern. Er besteht vielmehr darin, allen, die daran interessiert sind, ein möglichst reichhaltiges Spektrum von Formen für die Artikulation ihrer Erfahrungen, Bedürfnisse, Ängste oder Begeisterungen zu eröffnen. Die weitere Ausgestaltung des Urheberrechts muss dem Rechnung tragen.

*Dr. Eberhard Ortland ist Lehrbeauftragter an der FU Berlin. Zur Zeit ist er Research Fellow am Internationalen Forschungszentrum Kulturwissenschaften in Wien; ortland@zedat.fu-berlin.de*

**1. Einleitung**

Die ohnehin bereits außerordentlich emotionalisierte Debatte um das notwendige Ausmaß der Schutzstandards für geistige Eigentumsrechte in der Informationsgesellschaft hat mit der jüngsten Kampagne der Free Software Foundation (FSF) gegen das „Digital Rights Management“ (DRM) einen neuen Höhepunkt erreicht. Defective by Design,<sup>1</sup> also mangelhaft und ungerecht schon im Ansatz, seien die unter dem Schlagwort DRM firmierenden Maßnahmen, derer sich Unternehmen zur Durch- und Umsetzung von Urheberrechten immer häufiger bedienen, so der Tenor. Deshalb wird das Akronym DRM von seinen Gegnern nicht ohne eine gehörige Portion Zynismus gerne auch mit Digital Restriction Management erklärt. Unter Beschuss geraten dabei in letzter Zeit nicht mehr nur die altgedienten Feindbilder der Open-Source- und Open-Content-Bewegung, wie Hollywoods Filmriesen und Computergigant Microsoft, sondern auch bislang meist als „sympathisch“ eingestufte Innovatoren, insbesondere Apple. Apples derzeit wohl bekannteste Produkte, der iPod und die dazugehörigen iTunes, seien geradezu ein Musterbeispiel für die Tücken und die Nutzerfeindlichkeit des DRM.<sup>2</sup>

Die Replik der Film-, Musik- und Unterhaltungsindustrien fällt allerdings mindestens genauso dezidiert aus. DRM sei nicht mehr als Selbsthilfe, lediglich ein Versuch, den immer gefährlicheren Angriffen der Produktpiraten etwas entgegenzusetzen. Bei Verlusten in Milliardenhöhe, die jährlich durch Urheberrechtsverletzungen anfallen würden, könne es wohl als mehr als gerechtfertigt betrachtet werden, sich über technische Schutzmaßnahmen Gedanken zu machen – und diese auch umzusetzen. Schützenhilfe erhalten sie dabei aus der Politik. So meinte die deutsche Bundesjustizministerin Brigitte Zypries jüngst, dass die Privatkopie kein Recht der Nutzer im eigentlichen Sinn sei, sondern lange Zeit eben keine andere Möglichkeit bestanden habe, als das individuelle Kopieren, das technisch ohnehin nicht zu verhindern gewesen wäre, zu erlauben und dafür pauschale Vergütungen auf Vervielfältigungsgeräte und Leerträger einzufordern. Mit dem technologischen Fortschritt würden derartige kollektive Zahlungen aber eigentlich obsolet, da die durch das DRM realisierbare individuelle Lizenzierung eine gezielte Verrechnung erlaube. Ein vollständiges Verbot der Privatkopie sei aufgrund sozialer Realitäten zum momentanen Zeitpunkt allerdings nicht zu vermitteln.<sup>3</sup>

Hin und her gerissen zwischen solchermaßen definierten „sozialen Realitäten“ und den Verlockungen des technisch Machbaren, das durchaus im Stande wäre, völlig neue Rahmenbedingungen zu kreieren, suchen sowohl Gegner als auch Befürworter des DRM nach Alternativen zum Status quo. Um etwas Licht in das Dunkel der tiefen und längst unüberbrückbar scheinenden Abgründe zu bringen, die sich dabei zwischen den

Vorstellungen der jeweiligen Meinungsführer auftun, erscheint eine eingehendere Auseinandersetzung mit den gleichzeitig gelobten und kritisierten, jedenfalls aber einzigartigen Charakteristika des DRM ein notwendiger erster Schritt zum besseren Verständnis einer unauffälligen Revolution mit potentiell weitreichenden Implikationen.

**2. Recht vs. Technologie**

Des sprichwörtlichen Pudels Kern findet man dabei im Gegensatz zur faustischen Tradition nicht im Streben nach verborgenem Wissen, sondern vielmehr in den großen Anstrengungen zum Verbergen des selbigen. Die Grundkonzeption von DRM-Architekturen soll es nämlich vor allem ermöglichen, unerwünschte

# Digital Rights Management – Technologische Selbsthilfe oder das Ende der Nutzerrechte?

Catrin Pekari

– deshalb aber nicht unbedingt widerrechtliche – fremde Benutzer von eigenem, durch Urheberrechte geschützten geistigen Eigentum fern zu halten. Ermöglicht wird das durch technische Schutzmaßnahmen (Technological Protection Measures, TPM), die dafür ausgelegt sind, nicht ausdrücklich autorisierte Zugriffe auf das geschützte Material zu unterbinden und auch autorisierte Nutzungen möglichst genau nachverfolgbar und damit letztendlich auch verrechenbar zu machen. Wie das im Einzelnen funktioniert, mag technologisch Versierteren zur Erklärung vorbehalten bleiben. Was es im Alltagsleben bewirkt, ist anhand eines Beispiels hingegen rasch verdeutlicht: Nehmen wir an, eine Konsumentin kauft sich eine Musik-CD. Diese kann sie nach dem Kauf alleine oder mit Freunden beliebig oft anhören,

1) Vgl allgemein zur FSF die Homepage der Organisation unter <http://www.fsf.org> und zur Anti-DRM-Kampagne <http://www.defectivebydesign.org> (15.1.2007).

2) Im Kreuzfeuer der Kritik steht dabei weniger der iPod selbst, als vielmehr seine enge Verknüpfung mit dem Music-Player iTunes, der nicht nur die Synchronisation von PC und iPod

sowie das Abspielen und Organisieren von Musikstücken am PC ermöglicht, sondern mittels eines angeschlossenen Onlinestores auch deren Erwerb. Diese Musikstücke unterliegen jedoch einem recht strikten Digital Rights Management, das dem Käufer nur eingeschränkte Nutzungsmöglichkeiten offen lässt. So ist es insbesondere nicht möglich, sie auf anderen

Playern als dem iPod abzuspielen. Diese Inkompatibilität brachte Apple bereits Klagen in den USA und Frankreich ein.

3) Vgl Zypries, Urheberrecht und Innovation: Basket Two and Beyond, in Klump/Kubicek/Roßnagel/Schulz (Hrsg), Medien, Ordnung und Innovation (2006) 251.

sie kann sie für private Zwecke kopieren, und sie kann sie nach Belieben verschenken, weiterverkaufen oder auch verborgen. Natürlich gibt es auch Dinge, die sie damit nicht tun darf, weil sie den Rechten des Urhebers beziehungsweise des Rechteinhabers zuwider laufen würden. Sie darf zum Beispiel die auf der CD gespeicherte Musik nicht ohne weiteres öffentlich zur Aufführung bringen, und eine Vermietung zu kommerziellen Zwecken ist ihr ebenso untersagt wie der Verkauf von Kopien. Schon bei herkömmlichen (hier: nicht per se digitalisierten) Produkten ist es also ein recht schmaler Grat, der die völlig legale private Nutzung von der viel zitierten „Produktpiraterie“ trennt. Wirklich kompliziert wird die Angelegenheit aber mit steigendem Digitalisierungsgrad, denn wenn die gleichen Musikstücke nicht als Album im CD-Format, sondern einzeln als Dateien im Netz gekauft werden, ist vieles meist ganz anders – und das ist nur indirekt der Rechtslage zuzuschreiben, vorrangig zeichnet dafür der immer gezieltere Einsatz technischer Schutzmaßnahmen verantwortlich. Zumindest theoretisch würden die der Nutzerin im Rahmen ihrer privaten Nutzung eingeräumten Rechte eigentlich auch hier gelten. So heißt es zur Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch etwa in § 42 des österreichischen Urheberrechtsgesetzes (UrhG):<sup>4</sup>

„(1) Jedermann darf von einem Werk einzelne Vervielfältigungsstücke auf Papier oder einem ähnlichen Träger zum eigenen Gebrauch herstellen.

(2) Jedermann darf von einem Werk einzelne Vervielfältigungstücke auf anderen als den in Abs. 1 genannten Trägern zum eigenen Gebrauch zu Zwecken der Forschung herstellen, soweit dies zur Verfolgung nicht kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist.“

Abs 2 schließt also die Vervielfältigung auf digitalen Medien nicht von vornherein aus, sondern schränkt sie nur nochmals explizit auf nicht-kommerzielle Zwecke ein; zudem muss sie gerechtfertigt sein. Soweit, so gut – nehmen wir an, unsere Nutzerin könnte diese Bedingungen erfüllen. Dennoch würden ihr durch das DRM einige recht unüberwindliche Steine in den Weg gelegt, denn das UrhG bestimmt in § 90c außerdem:

„(1) Der Inhaber eines auf dieses Gesetz gegründeten Ausschlussrechts, der sich wirksamer technischer Maßnahmen bedient, um eine Verletzung dieses Rechts zu verhindern oder einzuschränken, kann auf Unterlassung und Beseitigung des dem Gesetz widerstreitenden Zustandes klagen,

1. wenn diese Maßnahmen durch eine Person umgangen werden, der bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie dieses Ziel verfolgt,

2. wenn Umgehungsmittel hergestellt, eingeführt, verbreitet, verkauft, vermietet und zu kommerziellen Zwecken besessen werden,

3. wenn für den Verkauf oder die Vermietung von Umgehungsmitteln geworben wird oder

4. wenn Umgehungsdienstleistungen erbracht werden.“

Während sich die Ziffern 2-4 des § 90c (1) UrhG auf die Ermöglichung von Umgehungen durch Dritte beziehen und

zwar nicht unproblematisch, im vorliegenden Kontext aber nur eingeschränkt relevant sind, betrifft die Ziffer 1 die Nutzerin unmittelbar. Selbst wenn sie sich lediglich eine Sicherungskopie von ihren durch technische Maßnahmen geschützten Musikstücken anlegen will, ist ihr nämlich bekannt, dass sie zu diesem Zweck die technischen Schutzmaßnahmen umgehen muss, und sie könnte sich daher mit einer gesetzeskonformen Klage des Rechteinhabers konfrontiert sehen. Eine nach § 42 UrhG eigentlich erlaubte Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch ist also nur dann auch *wirklich* erlaubt, wenn dem keine technischen Schutzmaßnahmen entgegenstehen.

Diese prima facie vielleicht widersprüchlich anmutende Konzeption einer digitalen Zweiklassengesellschaft urheberrechtlich geschützter Werke mit einer Trennung in „nur“ rechtlich geschützte Werke einerseits und solche, die zusätzlich technisch – und damit auch gleichzeitig besser rechtlich – geschützt sind andererseits, hat jedoch durchaus eine interne Logik. Um dieser Logik folgen zu können, muss man allerdings bereit sein, der ihr impliziten Annahme zuzustimmen, dass es so etwas wie Nutzerrechte eigentlich nicht gibt beziehungsweise diese sich in dem erschöpfen, was der Rechteinhaber bereit ist, dem Nutzer gegen Bezahlung zuzugestehen. Die betroffenen Industrien sehen sich zu dieser Zustimmung schon allein aufgrund des ökonomischen Wertes eines solcher Art verstandenen Schutzrechtes sicherlich in der Lage, und dass die Politik dieser Welt-sicht auch nicht ganz abgeneigt ist, demonstriert die eingangs zitierte Aussage der deutschen Justizministerin mit einiger Deutlichkeit. Für unsere Nutzerin allerdings bedeutet das, dass ihre bisherigen Vervielfältigungen zum eigenen und privaten Gebrauch nicht als Ausfluss eines ihr von der Rechtsordnung zugestandenen Rechtes im engeren Sinn verstanden werden können, sondern lediglich als eine vom Gesetzgeber bis auf weiteres tolerierte Lücke im mit dem Fortschritt der Technologie weiter zu perfektionierenden Schutz geistigen Eigentums.

Dem Recht wird hier also einerseits mittels Technologie zu einer Durchsetzbarkeit verholfen, die es vorher nicht kannte;<sup>5</sup> umgekehrt benötigt auch die Technologie das Recht, um die Legitimität ihrer Anwendung und der dabei verfolgten Ziele sicherzustellen. Diese seltsame Symbiose hat für den Schutz geistigen Eigentums vielfältige und weit reichende Implikationen, die neben der Einschränkung privater Nutzungen und dem damit zusammenhängenden Menschenrecht auf Teilhabe am kulturellen Leben etwa auch die Frage nach den Rechten der Urheber in Relation zu jenen der Verwertungsindustrie, den künftigen Status der Public Domain sowie die Problematik von Kompatibilität, Interoperabilität und Datensicherheit umfasst. Daraus ergibt sich ein in der Tat weites Feld, dessen Themenkreise im Folgenden nur kurz angerissen werden können.

### 3. Implikationen für den Schutz geistiger Eigentumsrechte

Der Gedanke, dass jemand unser Eigentum, etwa ein Haus, ein Grundstück oder ein Auto gelegentlich ohne unser explizi-

4) BGBl. Nr 111/1936 i.d.F. BGBl. Nr. 32/2003. Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (WIPO Performances and Phonograms Treaty, 1996) umgesetzt. Diese wiederum verwirklicht die von der EU auch schon im Rahmen der WIPO (World Intellectual Property Organization)-Verhandlungen zum WCT (WIPO Copyright Treaty, 1996) und WPPT (WIPO Performances and Phonograms Treaty, 1996) vertretenen Positionen.  
 5) Vgl zur Regelungsmacht von Recht und Technologie insbesondere Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace (1999).

Thurnher/Pfefferkorn  
**Ökostromrecht**

2007, 348 Seiten, br., 978-3-7046-4868-6, € 55,-

Das neue Ökostromrecht ist unübersichtlich, voller Fallgruben und Tücken für Betroffene und Gesetzesanwender. Das Handbuch Ökostromrecht ist ein Leitfaden, der hilft, sich im Wirrwarr der Unverständlichkeiten zurechtzufinden. Es enthält alle maßgeblichen Rechtsgrundlagen und ist daher ein idealer Arbeitsbehelf für Anlagenbetreiber, Behörden, Förderstellen, Rechtsberater, Steuerberater und für alle, die in der täglichen Praxis mit dem Recht erneuerbarer Energien befasst sind.

**Dr. Viktor Thurnher** und **Mag. Lukas Pfefferkorn** sind Partner der Sozietät Kaufmann & Thurnher Rechtsanwälte GmbH, einer auf das Unternehmensrecht spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei mit Sitz in Dornbirn und Zweigstelle in Wien.



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



tes Einverständnis oder gar Wissen benutzt und das auch noch unentgeltlich tut, erscheint völlig absurd. Mindestens ebenso eigenartig wäre es, wenn die Erben dieses Eigentum nicht nur weiterhin ab und zu unvermutet teilen, sondern außerdem an einem bestimmten Zeitpunkt nach unserem Tod ganz der Allgemeinheit zur Verfügung stellen müssten. Dennoch schreibt das Urheberrecht ganz genau das für eine sehr spezifische Form des Eigentums, nämlich das geistige, vor. Verschiedene Ausnahmen zu Gunsten von Individuen und Institutionen, etwa Schulen und Universitäten, ermöglichen die Nutzung zu eigenen und privaten sowie Unterrichtszwecken. Und siebzig Jahre nach dem Tod des Urhebers erlischt nach österreichischer Rechtslage das Urheberrecht endgültig – das heißt, dass dann die Erben beziehungsweise Rechteinhaber keine einschlägigen Verwertungsmöglichkeiten mehr haben, das Werk wird Teil der Public Domain.

Wenn das Recht so klar zwischen physischem und geistigem Eigentum differenziert, muss es dafür Gründe geben. Denkbar sind allerdings zwei einander geradezu diametral entgegen gesetzte Konzeptionen: Erstens, die schon im vorigen Abschnitt aufgezeigte Variante des unvollständigen Schutzes aufgrund bislang begrenzter technischer Möglichkeiten wird konsequent zu Ende gedacht. Das würde bedeuten, dass die bisher unter den Begriff „Fair Use“<sup>6</sup> fallenden Nutzerrechte eine ungewollte

– in Ermangelung anderer Alternativen jedoch unvermeidliche – Ausnahme zum Schutz geistigen Eigentums darstellen würden. Zweitens wäre es aber auch vorstellbar, dass die bisherige gesetzliche Systematik durchaus eine bessere Basis für die Ungleichbehandlung von geistigem und physischem Eigentum hat. Voraussetzung einer solchen Annahme wäre die tatsächliche Verschiedenartigkeit geistigen Eigentums, die über die bloße Problematik des nur durch ausgereifte Technologien zu erzielenden Schutzes hinaus reichen müsste. Ein Ansatzpunkt für eine solche Verschiedenartigkeit findet sich in der Theorie der öffentlichen Güter.<sup>7</sup>

Öffentliche Güter unterscheiden sich von anderen in zwei zentralen Elementen, nämlich ihrer Nicht-Ausschließbarkeit und ihrer Nicht-Rivalität. Eine nicht rivalisierende Nutzung liegt dann vor, wenn der gleichzeitige Konsum durch beliebig viele Individuen möglich ist, ohne dass dadurch der Bestand des konsumierten Gutes beeinträchtigt wird. Während Wissen und Information diese Bedingung typischerweise erfüllen – so kann eine Geschichte beliebig oft erzählt, eine mathematische Formel beliebig oft angewandt oder ein Lied beliebig oft gesungen werden, ohne dass sich dadurch der Bestand verringern würde – bleibt diese Bewertung gleichzeitig auch problematisch. Das wird bei Einführung eines zweiten Faktors deutlich: Berücksichtigt man nämlich auch den Wert, der einer spezifischen

6) Der Begriff des „Fair Use“ stammt aus der amerikanischen Copyright-Doktrin, wird aber auch hier zu Land gern als Synonym für Nutzerrechte verwendet.

7) Vgl. grundlegend zu den Eigenschaften International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century von Wissen als öffentlichem Gut *Stiglitz*, (1999) 308. Knowledge as a Global Public Good, in *Kaul/Grünberg/Stern (eds)*, Global Public Goods.

Information oder einem bestimmten Wissen zukommt, so fällt auf, dass sich dieser durch die Weitergabe sehr wohl verringern kann. So mag eine exklusive Information beispielsweise Aktiengewinne in Millionenhöhe ermöglichen – ist dieselbe Information hingegen weithin bekannt, werden viele Marktteilnehmer entsprechend reagieren, und der zu erwartende Gewinn verringert sich ebenso wie der Wert der ursprünglichen Information. Das Recht schützt derartige Informationen allerdings kaum, sie wären bestenfalls Betriebsgeheimnisse. Weitreichenderer Schutz, wie er im Patent- und Urheberrecht vorgesehen ist, erfordert eine geistige Eigenständigkeit der Leistung, wie nur (Kunst)werke und Erfindungen sie aufweisen. Daraus lässt sich schließen, dass ein gesetzlicher Schutz des ökonomischen Wertes geistigen Eigentums erst greift, wenn zu seinem Erwerb eine gewisse Mindesteigenleistung erbracht wurde.

Dabei ist zu beachten, dass dieser gesetzliche Schutz eine Art künstliches Monopol darstellt, denn im Gegensatz zu physischen Gütern erlaubt das geistige Eigentum nicht per se den Ausschluss anderer von seinem Besitz. Einmal erworbenes Wissen lässt sich dem Wissensträger nicht einfach wieder wegnehmen; das Recht schafft daher eine Barriere, die zwar nicht den Wissenserwerb verhindern will, die Wissensanwendung aber drastisch einschränkt. So erfordert etwa die Anmeldung eines Patents die Offenlegung der zu patentierenden Erfindung, verleiht dem Erfinder im Gegenzug aber für eine begrenzte Zeitspanne das alleinige und uneingeschränkte Verwertungsrecht. Beim Urheberrecht ist eine Anmeldung gar nicht erst erforderlich, es entsteht mit Schaffung des Werkes. Dafür sind die möglichen exklusiven Werknutzungsrechte des Urhebers zwar zeitlich länger, in ihrem Umfang aber stärker begrenzt. Notwendig ist dieser gesetzliche Schutz, weil ohne ein derartiges Ausschließungskriterium der Markt Wissen nicht oder jedenfalls nicht ausreichend zur Verfügung stellen würde. Schließlich kann sich unter Wettbewerbsbedingungen, bei denen jeder, der ein Gut besitzt, dieses weitergeben kann, ohne deshalb sein eigenes einzubüßen, kein Preis bilden – jeder wäre aufgrund der sinkenden Grenzkosten versucht, den anderen zu unterbieten, bis der Preis bei Null wäre. Da ein Wissenszuwachs gesamtgesellschaftlich wünschenswert ist, die Fixkosten bei der Wissensproduktion im Gegensatz zu den Grenzkosten bei der Wissensweitergabe jedoch hoch sein können (man denke etwa an die Produktion eines Films oder die Entwicklung neuer Software) und an der Nicht-Rivalität nichts geändert werden kann (es wurde noch keine Methode entdeckt, den Wissenserwerb rückgängig zu machen), ist die einzige Möglichkeit zur Schaffung monetärer Anreize für Kreativität und Innovation ein durch entsprechende Gesetze realisierbares Ausschließlichkeitsszenario. Dass darin allerdings nicht die völlige, sondern nur eine teilweise Ausschließbarkeit vorgesehen ist, dient der Ermöglichung neuer Kreativitäts- und Innovationsprozesse, die, um nicht jedes Mal das Rad neu erfinden zu müssen, gemeinhin auf bestehende Ideen aufbauen.

Die ratio legis der momentanen gesetzlichen Grundlagen des Schutzes geistigen Eigentums erkennt die von physischen Gütern abweichenden Eigenschaften immaterieller Werte also durchaus an. Besonders deutlich wird das etwa auch im Bereich des Menschenrechtsschutzes; so heißt es etwa in Art 27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte:

„1. Everyone has the right to freely participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits.

2. Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author.“<sup>8</sup>

Hier steht das Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben sogar an erster Stelle, noch vor dem Schutz moralischer und wirtschaftlicher Interessen der Autoren und Erfinder. Das impliziert zwar nicht unbedingt eine Wertung nach Prioritäten, erhält aber im gegebenen Kontext eine gewisse feine Ironie, wenn man zusätzlich ins Kalkül zieht, dass durch das DRM nicht nur die Teilnahmemöglichkeiten des Einzelnen am kulturellen Leben empfindlich beschnitten werden könnten, sondern außerdem die dadurch wirtschaftlich primär Begünstigten nur selten auch die Urheber der solcherart technisch geschützten Werke sind. Tatsächlich sind es meist Unternehmen als Rechteinhaber und „global gatekeepers of the world’s cultural heritage“<sup>9</sup>, die von den erhöhten Schutzstandards profitieren, und das DRM trägt zu einer weiteren Erhöhung ihre Verhandlungsmacht als Inhaber der Distributionskanäle gegenüber den Urhebern bei.

All diese Kritikpunkte am DRM setzen allerdings eines voraus: die Funktionsfähigkeit von DRM-Architekturen. Gerade diese ist jedoch nicht immer gegeben, was paradoxerweise die Situation weiter verkompliziert.<sup>10</sup> Schon die extensiven Bestimmungen zum Umgehungsverbot, wie etwa jene im oben zitierten §90c UrhG, verdeutlichen vor allem eines: dass DRM per se nicht funktioniert, denn letztendlich ist jede technische Schutzmaßnahme nur so gut wie die ihr zugrunde liegende Technologie – und das kann in Anbetracht schwindelerregend rascher Innovationszyklen nur allzu bald nicht mehr gut genug für die neueste Umgehungstechnologie sein. Der Gesetzgeber, der diesen Wettkampf zum Wohle der Effektivität des DRM verhindern will, verhindert damit aber gleichzeitig andere, gar nicht mit dem Urheberrecht in Zusammenhang stehende Nutzungen potentieller Umgehungsmittel. Damit wird das DRM in einer weiteren Hinsicht zum Stolperstein für Kreativität und Innovation.

Weiters stellt sich auch die Frage, was mit durch veraltete technische Schutzmaßnahmen geschützten Werken geschieht – stehen diese dem Käufer dann auch für die ursprünglich vereinbarte Nutzung nicht mehr zur Verfügung, wenn etwa ein neues Betriebssystem nicht mehr damit kompatibel ist? Und wie können Nutzungen überhaupt genau mitverfolgt und abgerechnet werden, ohne empfindlich mit dem Datenschutz zu konfliktieren? Wirft die Übermittlung von Nutzungsdaten daneben

8) Ähnlich auch die Konkretisierung der diesbezüglichen Staatenpflichten in Art 15 des UN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; ganz anders allerdings zT im einschlägigen internationalen Wirtschaftsrecht. Vgl für einen Überblick über die Thematik Pekari, Geistiges Eigentum in der Informa-

tionsgesellschaft, in *Benedek/Pekari* (Hrsg), Menschenrechte in der Informationsgesellschaft (in Druck).

9) *Hamelink*, Human Rights for the Information Society, in *O’Siochru, SeanGirard, Bruce* (Hrsg), *Communicating in an Information Society* (2003) 121-163, 145.

10) Vgl dazu ausführlich *Esler*, Protecting the Protection: A Trans-Atlantic Analysis of the Emerging Right to Technological Self-Help, *IDEA – The Journal of Law and Technology* 2003, 553-606.

VERLAG ÖSTERREICH

*Dearing/Haller (Hg.)*  
**Schutz vor Gewalt in der Familie**  
 Das österreichische Gewaltschutzgesetz  
 2005, 390 Seiten, br., 3-7046-4732-2, € 43,-

Mit dem Inkrafttreten des Gewaltschutzgesetzes am 1. Mai 1997 sind in Österreich Reformmaßnahmen Realität geworden, die zu einer Umwälzung der institutionellen Antwort auf Gewalt in der Familie geführt haben.

Die Beiträge von Dearing zum polizeilichen Part, von Sorgo zur Rolle der Interventionsstellen und von Schrott zur Arbeit der Familiengerichte sind aus einer Innenperspektive verfasst und werden deshalb sinnvoll von einer kritischen Würdigung der Reformmaßnahmen durch Haller ergänzt. Alle AutorInnen greifen dabei auf die Erfahrungen von vielen Jahren der Befassung mit einschlägigen Fragestellungen zurück.



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



nicht außerdem auch Sicherheitsprobleme auf? Die Liste der Inkompatibilitäten und Unsicherheiten im Hinblick auf das DRM ließe sich durchaus noch fortsetzen, zur Verdeutlichung der Problematik mag aber dieser kurze Aufriss genügen.

**4. Conclusio**

Summa summarum kann festgehalten werden, dass Nutzerrechte nicht dem Gedanken der reinen Nächstenliebe entspringen, sondern vielmehr einem gesamtwirtschaftlich sinnvollen Kalkül folgen. Dieses Kalkül findet seine theoretische Fundierung in den besonderen Charakteristika von Wissen als öffentlichem Gut, die auf praktischer Ebene einen Interessensausgleich zwischen der Ermöglichung eines privaten Marktes, der gesamtgesellschaftlich optimalen Wissensverteilung – einschließlich einiger Überlegungen zur Sozialverträglichkeit – sowie den Grenzen rechtlicher und technologischer Intervention erfordern. Gerade in der Entwicklung von der Industrie- über die Informations- hin zur Wissensgesellschaft, in der Wissen in zunehmendem Ausmaß zu einer Kernressource avanciert, muss eine langfristig sinnvolle Orientierung mehr als nur kurzfristige betriebswirtschaftliche

Interessen berücksichtigen. Wenn DRM aus verschiedenen Gründen zu einer Behinderung der Entfaltung von Kreativität und einer Verlängerung der Dauer von Innovationszyklen führt, bringt das nicht nur Nutzern, sondern auch Unternehmen wenig. Richard Stallmann, eine der Galionsfiguren der Nutzerrechtsbewegung, hat das etwas dramatischer und mit unverkennbarer Betonung der Nutzer- gegenüber den Unternehmensrechten, aber trotzdem schön auf den Punkt gebracht: *“The motive for DRM schemes is to increase profits for those who impose them, but their profit is a side issue when millions of people’s freedom is at stake; desire for profit, though not wrong in itself, cannot justify denying the public control over its technology.”*<sup>11</sup> Technologische Selbsthilfe muss also wohl dort ihre Grenzen finden, wo sie zum gezielten Angriff auf Freiheitsrechte wird. Alternative Konzepte, die das berücksichtigen, sind in Form von Open-Source- und Open-Content-Lizenzen schon längst vorhanden.

*MMag<sup>a</sup>. Catrin Pekari ist Assistentin am Institut für Internationales Management der Karl-Franzens-Universität Graz; catrin.pekari@uni-graz.at*

11) Stallmann, What is DRM?, <http://www.defectivebydesign.org/en/about> (15.1.2007).

**1. Einleitung**

Creative Commons (im Folgenden auch: CC) startete im Jahr 2001 als gemeinnützige Organisation, die es sich zum Ziel gesetzt hat, kreative Inhalte von rechtlichen Restriktionen zu „befreien“ und der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Creative Commons sah die Ursache dafür, dass kreative Leistungen jeder Art (Musik, Filme, Texte etc) der Allgemeinheit regelmäßig nicht frei und unkompliziert zur Verfügung standen, nicht im mangelnden Willen derjenigen, die kreative Leistungen erbringen, sondern in den rechtlichen Hürden, die diese für die Freigabe ihrer Werke zu überwinden hatten.

Aus diesem Grund stellt Creative Commons auf seinen Landes-Websites<sup>1</sup> seit mehreren Jahren Lizenztexte zur Verfügung, deren Verwendung es den Rechteinhabern auf unkomplizierte Weise ermöglicht, anderen Personen Rechte an ihren kreativen Leistungen einzuräumen, die je nach Wunsch der Rechteinhaber weiter oder enger gefasst sind. Offensichtlich überschätzte Creative Commons den Willen der Kreativen, ihre Leistungen zu teilen, nicht – mittlerweile finden die Lizenzen weite Verwendung, nach Angaben von Creative Commons wurden die Lizenzen weltweit bereits 140 Millionen Mal, allein in Österreich bereits 40.000 Mal verwendet.<sup>2</sup>

**2. Die CC-Lizenzen**

Während anfänglich lediglich eine auf das US-Recht abgestimmte Lizenz zur Verfügung stand, sind mittlerweile Lizenzverträge für 35 Länder abrufbar.<sup>3</sup> Neben den „allgemeinen“ zur Verfügung stehenden Lizenzen bietet Creative Commons auch spezielle Lizenzen an, wie etwa eine Sampling-Lizenz oder die Entwicklungsländer-Lizenz, mit welcher der Rechteinhaber die Verwertung seiner kreativen Leistung ausschließlich in Entwicklungsländern erlaubt. Für Software verweist Creative Commons auf die „Free-Software“-Lizenzen GNU General Public License und die GNU Lesser General Public License<sup>4</sup>, was sinnvoll ist, weil für „freie Software“ bereits feste Standards bestehen (zB die Offenlegung des Quellcodes), die nur durch die Verwendung einer speziell auf Software abgestimmten Lizenz gewährleistet sind.

Die „allgemeinen“ Lizenzen, die für jede Art kreativer Leistungen anwendbar sein sollen, wurden bereits an das österreichische Recht angepasst. Folgende österreichische CC-Lizenzen stehen daher zur Verfügung:

- „Namensnennung“
- „Namensnennung, nicht kommerziell“
- „Namensnennung, keine Bearbeitung“
- „Namensnennung, nicht kommerziell, keine Bearbeitung“
- „Namensnennung, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“
- „Namensnennung, nicht kommerziell, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“

**3. Die Gemeinsamkeiten der österreichischen CC-Lizenzen**

*3.1 Wozu benötigt der Nutzer die CC-Lizenz?*

Der Nutzer benötigt nur dann eine Lizenz, wenn er Handlungen setzen möchte, die das Gesetz ausschließlich dem Urheber vorbehält – wenn er dessen kreative Leistung also vervielfältigen, verbreiten, aufführen, vortragen, vorführen, (im Internet) zur Verfügung stellen oder senden möchte. Ersteht daher jemand eine CC-lizenzierte DVD und sieht er diese privat an, so braucht er dafür keine Erlaubnis des Urhebers; will er diese aber öffentlich, etwa im Open Air-Kino, zeigen, ist ihm dies nur mit besonderer Zustimmung, also nur über die Lizenz, erlaubt.

# Der freiere Umgang mit kreativen Inhalten durch CC-Lizenzierung

Julia Küng

Die Lizenzierung erfolgt unentgeltlich und umfasst in allen Lizenzen die gesamte, im vorstehenden Absatz beschriebene Bandbreite an Verwertungshandlungen. Der entscheidende Punkt, in dem sich die Lizenzen voneinander unterscheiden, ist jener, ob sie Bearbeitungen erlauben oder nicht – und wenn sie sie erlauben, wie der Lizenznehmer mit diesen umgehen darf. Während Open Source Lizenzen gerade dadurch charakterisiert sind, dass jeder die lizenzierte Software weiterentwickeln und dann weitergeben darf, ist dies bei „Open Content“- bzw „Open Access“-Lizenzen nicht zwingend der Fall.

*3.2 Wann erfolgt der Vertragsschluss?*

Der Vertragsschluss erfolgt – ebenso wie bei den Open Source Software-Lizenzen – dadurch, dass der Nutzer von den Rechten, die ihm die Lizenz gewährt, Gebrauch macht. Indem er etwa ein CC-lizenziertes Buch vervielfältigt, die erstellten Kopien verbreitet oder das Buch ins Internet stellt, wird er Lizenznehmer. Der Lizenzvertrag wird somit nicht, wie vielfach angenommen, bereits beim Kauf des Buchs abgeschlossen, sondern erst mit der Nutzung eines ihm durch die Lizenz gewährten Rechts.

1) Für Österreich: <http://www.creativecommons.at/> (11.12.2006).

2) <http://www.creativecommons.at/> (11.12.2006).

3) <http://creativecommons.org/license> (11.12.2006).

4) [http://www.fsf.org/licenses/licenses/index\\_html#SoftwareLicenses](http://www.fsf.org/licenses/licenses/index_html#SoftwareLicenses) (11.12.2006).

Alle österreichischen CC-Lizenzen enthalten den ausdrücklichen Hinweis in Punkt 2. der Lizenzen, dass sie die gesetzlich gewährten Freiheiten nicht beschränken. Damit sind etwa die urheberrechtlichen Bestimmungen zur freien Werknutzung gemeint. Diese erlauben es teilweise jedermann, teilweise nur bestimmten Einrichtungen (zB Bibliotheken), urheberrechtlich geschützte Leistungen (zB Texte) in einem bestimmten Rahmen ohne Zustimmung des Rechteinhabers zu nutzen. So steht es etwa jedem frei, von einem Werk (aufgrund von § 40d UrhG gilt dies jedoch nicht für Software) einzelne Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch herzustellen, soweit dies nicht zu kommerziellen Zwecken geschieht (§ 42 Abs 4 UrhG).

### 3.3 Problematik durch Erschöpfung des Verbreitungsrechts?

Eine weitere gesetzliche Beschränkung der Rechte des Urhebers, die mit dem Hinweis in Punkt 2. der Lizenz gemeint ist, liegt in der Normierung der Erschöpfung des Verbreitungsrechts in § 16 Abs 3 UrhG. Danach unterliegen Werkstücke, die mit Einwilligung des Berechtigten durch Übertragung des Eigentums in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft oder in einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums in Verkehr gebracht worden sind, dem Verbreitungsrecht nicht mehr. Das bedeutet beispielsweise, dass der Empfänger einer CD, die CC-lizenzierte Musik enthält und die er vom Rechteinhaber gekauft hat, nicht mehr verpflichtet ist, sich bei der Weitergabe der CD an die Bestimmungen der Creative Commons-Lizenz zu halten.

Dass dies kein so gravierendes Problem darstellt, wie man auf den ersten Blick vermuten möchte, lässt sich an den Konsequenzen ersehen: Der Empfänger der CD kann diese zwar *im Original* legal verbreiten (also weitergeben), ohne sich an die Bestimmungen der Lizenz zu halten, zu jeder anderen Verwertungshandlung – wie etwa dem Zurverfügungstellen der Musik zum Download im Internet oder der Verbreitung von Kopien der CD – benötigt er jedoch die Zustimmung des Lizenzgebers (weil ihm diese ohne dessen Zustimmung urheberrechtlich untersagt sind). Auch kann er selbst Personen, denen er die CD weitergibt, keine Nutzungsrechte einräumen, da er selbst nicht der Rechteinhaber (zB Urheber) ist. Um mehr mit der CD machen zu dürfen, als diese nur im Original weiterzugeben und die vom Gesetz gewährten – im Vergleich zu den Lizenzrechten geringen – Freiheiten zu nutzen, muss er sich den Lizenzbedingungen unterwerfen.

### 3.4 Sehen die CC-Lizenzen eine Haftung vor?

Keine Gewährleistung besteht für die unentgeltlich erteilte Erlaubnis (Nutzungsbewilligung), das CC-lizenzierte Werk nach der CC-Lizenz zu nutzen. Die Haftung für Schäden, die im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechteeinräumung eintreten, ist eingeschränkt. Nicht immer unentgeltlich ist jedoch (soweit von der betreffenden Lizenz erlaubt) die Überlassung des CC-lizenzierten Werks selbst (zB DVD)

und für dieses hat der Veräußerer im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen grundsätzlich einzustehen.

### 3.5 Wie endet der Vertrag?

Die Rechteeinräumung nach den CC-Lizenzen ist unbefristet. Die Befugnisse des Lizenznehmers enden jedoch, wenn er die Lizenzbestimmungen verletzt (Punkt 7a der Lizenzen). Diese Konstruktion kennt auch die GNU General Public License in ihrer Ziffer 4: „*Sie dürfen das Programm nicht vervielfältigen, verändern, weiter lizenzieren oder verbreiten, sofern es nicht durch diese Lizenz ausdrücklich gestattet ist. Jeder anderweitige Versuch der Vervielfältigung, Modifizierung, Weiterlizenzierung und Verbreitung ist nichtig und beendet automatisch Ihre Rechte unter dieser Lizenz.*“<sup>5</sup>

Dass diese Bestimmung gravierende Folgen auslösen kann, zeigte sich bereits in Gerichtsverfahren in Deutschland: So entschied etwa das Landgericht Frankfurt am 06.09.21<sup>6</sup>, dass der Beklagte seine Rechte aus der GPL verlor, als er unter der GPL stehende Software ohne Beifügung des Lizenztexts, ohne Gewährleistungsausschluss und ohne Quellcode vertrieb. Durch die Vornahme der rechtswidrigen Verwertungshandlungen verletzte er nach Auffassung des Gerichts nicht nur den Lizenzvertrag – also die GPL – sondern unmittelbar das Urheberrecht des Klägers, weshalb dieser seinen Anspruch auch unmittelbar auf das Urheberrechtsgesetz stützen konnte. Was das bedeutet, zeigt ein Blick in das Urheberrechtsgesetz: Demjenigen, der die Lizenz verletzt, drohen etwa Schadenersatz-, Beseitigungs-, Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche. Die Rechte und Pflichten der CC-Lizenzen vor deren Abschluss (ob als Lizenznehmer oder als Lizenzgeber) zu kennen, ist daher unbedingt erforderlich.

Im Folgenden soll auf die Charakteristika der einzelnen österreichischen CC-Lizenzen eingegangen werden:

## 4. Die Besonderheiten der einzelnen österreichischen CC-Lizenzen

### 4.1 „Namensnennung“

Die CC-Lizenz „Namensnennung“ gewährt dem Nutzer die meisten Freiheiten. Er darf das unter dieser Lizenz stehende Werk nicht nur unverändert umfassend nutzen (vgl oben Punkt 3.1), sondern er ist auch berechtigt, Bearbeitungen des Lizenzgegenstands herzustellen und diese zu vervielfältigen, verbreiten etc.

Wichtig ist jedoch, dass er dabei sämtliche Verpflichtungen aus der Lizenz einhält, weil er ansonsten jedes Recht, die lizenzierte kreative Leistung zu nutzen, verliert (vgl oben Punkt 3.5).

Möchte er daher beispielsweise einen unter der CC-Lizenz „Namensnennung“ stehenden Film *unverändert* vervielfältigen und die Kopien verbreiten oder den Film auf seine Website stellen, hat er folgende Pflichten einzuhalten:

- Er muss den CC-Lizenztext mit den Film-Kopien mitübergabegeben oder zumindest die Internetadresse beifügen, unter

5) Inoffizielle deutsche Übersetzung der GNU GPL von Katja Lachmann und Peter Gerwinski, [http://www.jbb.de/urteil\\_lg\\_frankfurt\\_gpl.pdf](http://www.jbb.de/urteil_lg_frankfurt_gpl.pdf) (11.12.2006).  
6) Urteil des Landgerichts Frankfurt, <http://www.gnu.de/gpl-ger.html> (11.12.2006).

Blaha  
**Trusted Computing auf dem  
 Prüfstand des kartellrechtlichen  
 Missbrauchsverbotes**

2006, 250 Seiten, br., 3-7046-4925-2, € 45,-

Diese Arbeit befasst sich mit der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Erweiterung von Personal Computer-Betriebssystemen um Trusted Computing-Funktionalitäten sowie der kartellrechtlichen Pflicht von Marktbeherrschern zur Weitergabe von Schnittstelleninformationen von Trusted Computing-Systemen. Dazu setzt sie sich mit den technischen, ökonomischen und immaterialgüterrechtlichen Rahmenbedingungen für Trusted Computing auseinander.

**Dr. Ralf Blaha, LL.M.** ist Rechtsanwaltsanwärter bei Heid Schiefer Rechtsanwältin GmbH.



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



welcher der Lizenztext abrufbar ist. Bei der Downloadmöglichkeit hat er den Lizenztext auf der entsprechenden Webseite mit dem Film bereitzustellen oder die zum Lizenztext führende Internetadresse anzugeben.

- Besonders oft missverstanden wird, dass die Lizenz nicht den Bestandteil „Weitergabe unter gleichen Bedingungen“ in ihrem Titel enthält und somit auf den ersten Blick die Weitergabe des Lizenzgegenstands auch unter anderen Bedingungen pauschal zu erlauben scheint. Dies ist jedoch ein gravierender Irrtum: Ob eine Weitergabe wieder nur unter der selben Lizenz oder auch unter einer anderen, vom Nutzer selbst gewählten Lizenz erfolgen darf, bezieht sich in den CC-Lizenzen nämlich stets nur auf Bearbeitungen der lizenzierten Leistung. Verändert der Lizenznehmer den erhaltenen Film daher nicht, darf er ihn immer nur unter der Lizenz weitergeben, unter der er ihn selbst erhalten hat. Er darf keine Vertragsbedingungen anbieten oder fordern, die die Bedingungen der Lizenz oder die durch sie gewährten Rechte ändern oder beschränken – schließlich ist er selbst nicht Rechteinhaber (Urheber) und daher auch nicht Lizenzgeber.

- Er darf den Film mit keinen technischen Schutzmaßnahmen versehen, die den Zugang oder den Gebrauch des Lizenzgegenstands in einer Weise kontrollieren, welche mit den Bedingungen dieser Lizenz im Widerspruch steht (zB Kopierschutzsysteme).

- Er muss alle Urhebervermerke für den Originalfilm unverändert lassen - ebenso wie dessen Titel, die auf die Lizenz verweisende Internetadresse und Hinweise auf den

Haftungs- und Gewährleistungsausschluss oder auf die Lizenz.

- Die Lizenz sieht auch diverse Bestimmungen für die Verwendung des Lizenzgegenstands in Sammelwerken (zB Zeitschriften, Enzyklopädien) vor.

Verändert der Nutzer den CC-lizenzierten Film kreativ und möchte er *seine Version* des Films weitergeben, gilt Folgendes:

- Er darf selbst wählen, unter welchen Bedingungen er seine Version weitergibt, muss jedoch die Verpflichtungen, die er in der CC-Lizenz „Namensnennung“ eingegangen ist, einhalten.

- Deshalb muss er die Namen oder Pseudonyme der Rechteinhaber (zB Urheber) des Originalfilms nennen, wenn sie angegeben sind. Wenn die Rechteinhaber jedoch keine Nennung wünschen, muss jeder Hinweis auf diese Rechteinhaber bei entsprechender Aufforderung entfernt werden.

- Der Nutzer muss auch angeben, in welcher Form das Original in seine Bearbeitung eingegangen ist und den Titel des Originalwerks nennen (z.B. „Der Film beruht auf dem Werk des ... [Urheber]“). Ein solcher Hinweis kann in jeder angemessenen Weise erfolgen, wobei der Hinweis aber zumindest an gleicher Stelle und in ebenso auffälliger Weise zu erfolgen hat wie vergleichbare Hinweise auf andere Rechteinhaber (wie zB ihn selbst). Außerdem muss er grundsätzlich die mit dem Originalwerk verbundene Internetadresse, wie sie der Lizenzgeber angegeben hat, anführen.

- Technische Schutzmaßnahmen, die den Zugang oder den Gebrauch der Bearbeitung zB durch Kopierschutzsysteme

steme beschränken, sind von den CC-Lizenzen regelmäßig untersagt.

4.2 „Namensnennung, nicht kommerziell“

Diese Lizenz enthält die selben Rechte und Pflichten wie die Lizenz „Namensnennung“, jedoch mit dem Zusatz, dass der Nutzer seine Rechte nicht zu Zwecken nutzen darf, die überwiegend auf einen geschäftlichen Vorteil oder eine vertraglich geschuldete geldwerte Vergütung gerichtet sind. Der Lizenzgeber verlangt also, dass sein Werk weder in unveränderter noch in bearbeiteter Form zu kommerziellen Zwecken verwendet wird; der Lizenznehmer darf es daher zB nicht verkaufen. Auch hier gilt jedoch, dass der Rechteinhaber lediglich über ihm gesetzlich vorbehaltene Verwertungsrechte bestimmen kann – das unveränderte Werkstück selbst darf nach Erschöpfung des Verbreitungsrechts (vgl oben, Punkt 3.3) auch zu kommerziellen Zwecken, also zB gegen Entgelt verbreitet werden. Für alle anderen Verwertungshandlungen, wie zB die Verbreitung von Kopien des Lizenzgegenstands ist die kommerzielle Nutzung untersagt.

Das Verbot der kommerziellen Nutzung gilt für den Lizenzgegenstand in unveränderter Form, muss aber nicht unbedingt für dessen Bearbeitungen aufrecht bleiben. Schreibt der Nutzer daher ein unter der „Namensnennung, nicht kommerziell“ stehendes Buch um und gibt er seine Version weiter, darf zwar er selbst kein Geld dafür verlangen. Er kann jedoch den Empfängern des Buchs erlauben, dieses kommerziell zu nutzen, da er nicht verpflichtet ist, seine Version unter die selbe Lizenz wie das ursprüngliche Buch zu stellen. Für das unveränderte Werk, das stets unter die ursprüngliche Lizenz fällt, bleibt das Verbot der kommerziellen Nutzung hingegen aufrecht.

Legt der Rechteinhaber eines Werks daher Wert darauf, dass nicht nur sein Werk in Originalform, sondern auch Bearbeitungen von diesem dem Verbot der kommerziellen Nutzung unterliegen, muss er eine „Copyleft“-Lizenz wählen, also eine Lizenz, die auch die Nutzung von Bearbeitungen nur zu den Bedingungen der Ursprungslizenz erlaubt (vgl unten „Namensnennung, nicht kommerziell, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“).

4.3 „Namensnennung, keine Bearbeitung“

Diese Lizenz ist die Lizenz „Namensnennung“ mit der Einschränkung, dass die Veröffentlichung von Bearbeitungen des Lizenzgegenstands in jeder Form untersagt ist.

4.4 „Namensnennung, nicht kommerziell, keine Bearbeitung“

Bei dieser CC-Lizenz handelt es sich um eine Kombination aus den Lizenzen „Namensnennung, nicht kommerziell“ und „Namensnennung, keine Bearbeitung“, weshalb auf die Ausführungen unter den Punkten 4.2 und 4.3 verwiesen werden darf.

4.5. „Namensnennung, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“

Die Lizenz „Namensnennung“ (vgl Punkt 4.1) stimmt mit dieser Lizenzversion bis auf einen - jedoch entscheidenden

- Unterschied überein, der auch als „Copyleft-Effekt“ bezeichnet wird: Bearbeitungen dürfen nach der Lizenz „Namensnennung, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“ nicht unter jeder beliebigen Lizenz, sondern nur zu jenen Lizenzbedingungen, unter denen das der Bearbeitung zu Grunde liegende ursprüngliche Werk steht, genutzt (weitergegeben etc) werden. Abweichungen sind lediglich insofern erlaubt, als der Bearbeiter auch spätere CC-Lizenzversionen bzw CC-Lizenzen anderer Länder verwenden darf, wenn es Lizenzen desselben Typs („Namensnennung, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“) sind.

4.6 „Namensnennung, nicht kommerziell, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“

Bei dieser – nach den Angaben von Creative Commons am meisten genutzten<sup>7</sup> – Lizenz handelt es sich um die Kombination aus den Lizenzen „Namensnennung, Weitergabe unter gleichen Bedingungen“ und Namensnennung, nicht kommerziell“. Auf die Ausführungen unter Punkt 4.2 und 4.5 darf daher verwiesen werden.

5. Anregung

Lizenzmodelle, die den Anspruch erheben, für die breite Masse passend zu sein, dürfen einerseits nicht zu spezifisch sein, andererseits sollten sie nur möglichst überschaubare und bekannte Gefahren in sich bergen. Anders als bei einem Kleidungsstück, das einem gefällt, kann man einen Vertrag nicht kurz anprobieren, um zu sehen, ob er wirklich passt. Denn ob dem so ist, klären insbesondere bei Standardverträgen (die zumeist vorab nicht vom Rechtsanwalt erläutert werden) in der Regel erst die Gerichte. Bislang scheinen viele Verwender freier Lizenzen (insbesondere auf Lizenznehmer-Seite) unzureichend darüber informiert zu sein, welche Pflichten sie haben.

Es ist daher wichtig, zusätzlich zu den kompletten Vertragstexten Zusammenfassungen anzubieten. Die Zusammenfassungen sollten in leicht verständlicher Form verfasst sein, müssen jedoch alle wesentlichen Punkte – und nicht wie bislang des öfteren nur einzelne Auszüge – wiedergeben, um die Lizenzverwender ausreichend zu informieren und sie damit zu schützen. Doch ist es bei weitem nicht nur im Interesse der Lizenznehmer gelegen, über abschließende Informationen zu ihren Rechten und Pflichten zu verfügen. Vermittelt die Zusammenfassung der Lizenz nämlich den Eindruck, sie enthalte alle wesentlichen Rechte und Pflichten und verletzt der Lizenznehmer die Lizenz in einem Punkt, der in der Zusammenfassung nicht genannt ist, kann dies die Chancen des Lizenzgebers, erfolgreich gegen den Lizenznehmer vorzugehen, deutlich verringern.

*Dr<sup>in</sup>. Julia Küng ist Konzipientin der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Stefan Warbek in Innsbruck und Mitglied des ifrOSS (Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software –<http://www.ifross.de>); [julia.kueng@gmx.at](mailto:julia.kueng@gmx.at)*

7) <http://www.creativecommons.at/about/statistik> (11.12.2006).

**Sabine Nuss: „Copyright & Copyriot“  
Aneignungskonflikte um geistiges Eigentum  
im informationellen Kapitalismus. Münster,  
Westfälisches Dampfboot: 2006, 269 S**

Die FürsprecherInnen des „Copyriot“, also der „aufrührerischen Infragestellung des traditionellen Urheberrechts“ (S. 10) mittels alternativer Tausch- und Produktionsstrukturen wie File-Sharing und Free Software bzw Open Source, sind vielfach von der Hoffnung beseelt, man könne eine Bresche in die von ökonomischen Interessen angetriebene Verwertungslogik kreativer Produkte schlagen, und meinen bisweilen sogar, dabei eine Subversion kapitalistischer Paradigmen zu erkennen. Die Politologin Sabine Nuss enttarnt diese Annahme als Illusion: Innerhalb des Kapitalismus gibt es kein „Raus“ aus seiner Logik (S. 178), vielmehr wohnt ihm die Kraft inne, jegliche Anomalie in sein System zu integrieren und der Warenform zuzuführen. Nuss zeigt einerseits auf, wie diese Integration von alternativen Praxen erfolgt, andererseits spürt sie den in den Urheberrechtsdebatten vorgebrachten Argumenten nach. Fazit: So weit liegen die einander bekämpfenden Positionen gar nicht auseinander, teilen sie doch alle ein bestimmtes Grundverständnis von „Eigentum“. Außerdem sei die Forderung nach weniger Schranken des Urheberrechts zwar ein wichtiges Gegengewicht zu den restriktiven Politiken von Staat und Content-Industrie, bleibe aber durchwegs systemkonform, denn ein gewisser Grad an Zugang zu Wissen sei auch im Sinne kapitalistischer Logik notwendig, damit der „eigentumsrechtliche Ausschluss vom Zugang zu diesen Gütern gesamtgesellschaftlich [nicht] ‚selbstzerstörerisch‘ wirkt“ (S. 226).

„Copyright & Copyriot“ ist ein breit angelegtes und informatives Buch. Bemerkenswert ist aber einerseits der Blick auf die Meta-Ebene und andererseits die Verbindung mehrerer Diskurse. Sabine Nuss ist offensichtlich mit der marxistischen Kritik an der bürgerlichen Eigentumstheorie bestens vertraut (das zeigt sich auch an ihrer Publikations- und Lehrtätigkeit<sup>1</sup>), gleichzeitig ist sie keine jener Intellektuellen, die sich hinter Theorien verschanzen, um dann einen verstohlenen Blick auf „die Welt da draußen“ zu werfen. Nuss kennt die Phänomene und Communities über die sie schreibt, war es doch schließlich die eigene, durchwegs faszinierende Erfahrung mit Linux und File-Sharing, die zu einer Beschäftigung mit dem Eigentumsbegriff führte.

Die Autorin widmet sich ihrem Gegenstand mit dem Anliegen, „das zumeist unreflektierte, stillschweigende Eigentumsverständnis, welches die Auseinandersetzungen beherrschte, zu hinterfragen.“ (S. 11) Sowohl die „Anreiztheorie“ (geistiges Eigentum biete Innovationsanreize) als auch die Argumentationsstrategien gegen geistiges Eigentum („künstliche Knappheit“, Theorie der „öffentlichen Güter“,

intrinsische Motivation zur Innovation, Content-Industrie als alleiniger Nutznießer ...) würden indirekt die bürgerliche Eigentumstheorie reproduzieren und bestätigen. Geistiges Eigentum werde von seinen KritikerInnen als Ausnahmeerscheinung konstruiert. „Bei der materiellen Sphäre hingegen, bei der ganz ebenso mittels privater Eigentumsrechte eine künstliche Einschränkung stattfindet, wird diese ganz offensichtlich als natürliche wahrgenommen.“ (S. 206)

Aber Nuss räumt nicht nur mit der Vorstellung einer subversiven Anti-Urheberrechts-Rhetorik auf. Auch die konkreten Praxen des „Copyriot“ schaffen keinen Raum der Unschuld inmitten kapitalistischer Produktionsverhältnisse: Sehr deutlich zeigt Nuss auf, wie unter kapitalistischen

# Halbherzig gibt es kein Entrinnen

Rezension

Ines Rössl



Bedingungen auch mit „freien Gütern“ Geld verdient wird (werden muss), wie diese lediglich eine Herausforderung für Unternehmen (und KünstlerInnen) darstellen, um neue Geschäftsmodelle in Zusammenhang mit den „freien Gütern“ zu entwickeln. Musikschaffende, die keinen Profit aus ihren Produkten ziehen, sind auf andere Verwertungsformen (Merchandising, Konzertauftritte, Sponsoring) angewiesen, und auch sonst rücken kommerzielle und nicht-kommerzielle Sphäre eng zusammen: Die Grenzziehung zwischen den „bösen“ Unternehmen und den „guten“ Open-Source-ProgrammiererInnen mutet spätestens dann eigentümlich an, wenn beide – wie im Fall von „CollabNet“<sup>2</sup> - eine Symbiose eingehen, um ihre jeweiligen Interessen unter Marktbedingungen verwirklichen zu können.

Nuss konzentriert sich darauf, die Kontinuität der kapitalistischen Logik hervorzuheben; ihres Erachtens lassen



1) Informationen zu Sabine Nuss: <http://nuss.in-berlin.de> (20.1.2007).

2) „CollabNet“ betreibt eine öffentliche Internet-Entwicklungsplattform, die es Open-Source-ProgrammiererInnen auf der ganzen Welt

ermöglicht, gemeinsam an ihren Software-Codes zu arbeiten. Die Arbeit der ProgrammiererInnen fließt teilweise in die kommerziellen Produkte von „CollabNet“ ein. Gleichzeitig profitiert die Community, weil ihr eine kosten-

lose Infrastruktur für die Entwicklung eigener Software-Projekte zur Verfügung gestellt wird und „CollabNet“ auch Open-Source-Produkte für die Community entwickelt.

# GEDENKDIENTST

Zivilersatzdienst – Holocaust-Education – europäischer Freiwilligendienst

## Was ist GEDENKDIENTST?

**GEDENKDIENTST** ist eine politisch unabhängige, überkonfessionelle Organisation, die Aufklärungsarbeit über den Holocaust, seine Ursachen und Folgen leistet. Wir tun dies – auf fast ausschließlich ehrenamtlicher Basis und ohne Subvention für unsere Vereinstätigkeit – in den drei Arbeitsfeldern:

- Zivilersatzdienst an 20 Einsatzstellen
- Europäischer Freiwilligendienst (zur Zeit an vier Einsatzstellen)
- Holocaust-Education im Rahmen diverser Projekte

## Was macht GEDENKDIENTST?

- **Wöchentliche Veranstaltungen**
- **Studienfahrten**
- **Seminare und Tagungen**
- **Zeitung (4x jährlich), Film- und Buchprojekt(e)**

## Was will GEDENKDIENTST?

„Wir wollen als junge Generation unseren Teil der kollektiven Verantwortung übernehmen, indem wir gegen das Verdrängen

und Vergessen arbeiten und so unseren Beitrag zum Entstehen einer offenen Gesprächs- und Gedächtniskultur in Österreich einbringen. Mit unserer Arbeit wollen wir bei jungen ÖsterreicherInnen an der Schaffung eines breiteren und tieferen Bewusstseins über den Holocaust mithelfen und so auch das Engagement gegen Antisemitismus, Rassismus und AusländerInnenfeindlichkeit und für die Achtung der Menschen- und Minderheitenrechte stärken.

Mit ihrem Einsatz haben sich die Gedenkdienstleistenden nicht nur ihren eigenen Zugang im Umgang mit der nationalsozialistischen Vergangenheit Österreichs erarbeitet. Als Angehörige der „dritten“ und inzwischen auch „vierten“ Generation haben sie eine Alternative geschaffen, die es ermöglicht, die österreichische Gesellschaft in ihrer Gesamtheit, ohne Ausblendung ihrer „dunklen Seiten“, anzunehmen. Die so gewonnene Erfahrung möchte GEDENKDIENTST weitergeben.“

Weitere Informationen über **GEDENKDIENTST** erhalten Sie auf **[www.gedenkdienst.at](http://www.gedenkdienst.at)** und unter der Telefonnummer **01 581 04 90**.

Rabensteig 3/18, 1010 Wien • T/F 01-5810490 • [gedenkdienst@gedenkdienst.at](mailto:gedenkdienst@gedenkdienst.at) • [www.gedenkdienst.at](http://www.gedenkdienst.at)

sich alle Entwicklungstendenzen der kreativen Arbeit und ihrer Verwertung als Phänomene eines hoch entwickelten Kapitalismus begreifen. Der Frage, was eine – wenn auch der kapitalistischen Logik gehorchende – Umgestaltung des Urheberrechts für das Gesicht des Kapitalismus und die Macht- und Kapitalverteilung bedeuten würde, geht sie allerdings nicht im Detail nach. Man hat bisweilen den Eindruck, dass durch den Fokus auf die Anpassungsfähigkeit des Kapitalismus die möglichen Auswirkungen geänderter Verwertungsstrategien etwas unterbelichtet bleiben. Dies ist

aber im Rahmen eines Buches wie „Copyright & Copyriot“ angesichts des andernorts vielfach beschworenen Credo von der „neuen“ Wissens- und Informationsgesellschaft durchaus berechtigt.

*Mag<sup>a</sup>. Ines Rössl ist Redaktionsmitglied des Juridikum und wissenschaftliche Mitarbeiterin des NODE-Projekts „Contesting Multiculturalism: Gender Equality, Cultural Diversity and Sexual Autonomy in the EU“; [ines.roessl@univie.ac.at](mailto:ines.roessl@univie.ac.at)*

# Was heißt denn hier Anbahnung?

Doris Einwallner

Nach dem Wiener Prostitutionsgesetz ist die Ausübung der Sexarbeit grundsätzlich erlaubt. Deren Anbahnung und Ausübung unterliegen jedoch gewissen zeitlichen und örtlichen Beschränkungen. Überdies müssen sich SexarbeiterInnen behördlich registrieren und regelmäßig auf Geschlechtskrankheiten und HIV untersuchen lassen. Wer gegen diese Vorschriften verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung. Zentral in solchen Verwaltungsstrafverfahren ist häufig die Frage der Anbahnung. Nach dem Wiener Prostitutionsgesetz liegt Anbahnung vor, wenn jemand durch sein Verhalten in der Öffentlichkeit erkennen lässt, Prostitution ausüben zu wollen. Wie aber muss ein solches Verhalten konkret aussehen? Nachfolgend soll kurz dargestellt werden, wie diese Frage in der Praxis gelöst wird.

Die gesetzliche Definition ist sehr allgemein gehalten und daher nicht wirklich als Handlungsanleitung zu gebrauchen. §44a VStG verlangt jedenfalls, dass der Spruch eines Straferkenntnisses die Tat (hier die Anbahnung) mit allen ihren rechtserheblichen Merkmalen anführt, konkretisiert und individualisiert. Dem wird die erstinstanzliche Behörde meines Erachtens häufig nicht gerecht. Nachfolgend zur Verdeutlichung ein paar Auszüge aus erstinstanzlichen Straferkenntnissen:

*„Sie haben am ... um ... in ... durch eindeutiges Verhalten, wie Aufenthalt am Fahrbahnrand bzw. auf der Fahrbahn und Herstellung von Blickkontakt, durch das ständige auffällige und aufreizende Auf- und Abgehen in diesem Bereich, ständigen Blick- und Augenkontakt mit Passanten und vorbeifahrenden Fahrzeuglenkern, mehrmalige Kontaktaufnahmen mit Passanten und Fahrzeuglenkern zu offensichtlichen Anbahnungsgesprächen und Preisab-sprachen erkennen lassen, dass Sie die Prostitution auszuüben beabsichtigen und dadurch die Prostitution angebahnt, ...“*

*„Sie haben am ... um ..., in ... durch eindeutiges Verhalten, wie Aufenthalt am Fahrbahnrand, bzw. auf der Fahr-*

*bahn, Blickkontakt mit vorbeifahrenden Fahrzeuglenkern und Ansprechen derselben im Falle des Anhaltens sowie durch unmissverständliche Gesten, aufreizendes Verhalten, entsprechende Kleidung und aufgetragene Schminke erkennen lassen, dass Sie die Prostitution auszuüben beabsichtigen, die Prostitution angebahnt ...“*

*„Sie haben am ... von ... bis ... in ... innerhalb einer örtlichen Beschränkung dadurch dass Sie in auffälliger Weise auf und ab gingen, Blickkontakt zu den vorbeifahrenden KFZ-Lenkern suchten, vorbeifahrenden KFZ-Lenkern nachschauten, bzw. hingingen die im Zuge der Mariahilfer Straße ihre Fahrzeuge angehalten haben, die Prostitution angebahnt.“*

Diese Beispiele ließen sich beliebig fortsetzen. Die angewandten Merkmale sind – mit geringen Abweichungen – immer dieselben; Blickkontakt, aufreizende Kleidung und Schminke, aufreizendes Auf- und Abgehen, Aufenthalt am Fahrbahnrand. Meines Erachtens wird man mit diesen Textbausteinen, die zwar nicht immer aber sehr, sehr häufig verwendet werden, dem Erfordernis einer hinreichenden Konkretisierung und Individualisierung nicht gerecht. Statt einen individuellen Sachverhalt zu beschreiben, wird viel mehr das Klischee einer Sexarbeiterin bemüht: Sie steht am Fahrbahnrand oder geht dort auf und ab; sie sucht Blickkontakt oder spricht Männer an; sie bewegt sich in bestimmter (aufreizender) Art und Weise und trägt auch bestimmte (aufreizende) Kleidung; sie ist geschminkt. Unterstellt wird ein gewisses (männliches) Grundverständnis über das Verhalten und Aussehen einer Sexarbeiterin. Das ist für mich daraus abzuleiten, dass weder die Art der Kleidung beschrieben wird, noch sonstige Individualisierungen bzw Konkretisierungen vorgenommen werden. Es genügt offenbar schon das Wort *aufreizend*, um ein bestimmtes Bild entstehen zu lassen. Ein Verhalten, das nach außen erkennen lässt, die Prostitution ausüben zu wollen, wird damit freilich nicht beschrieben. Dazu kommt, dass

natürlich nicht jede/r dasselbe unter „aufreizendem“ Gang oder „aufreizender“ Kleidung versteht. Das scheint die Behörde aber nicht weiter zu stören. Auch in zweiter Instanz gibt es meiner Erfahrung nach kaum Korrekturen solcher Bescheidsprüche.

Ein gewisses Korrektiv stellt jedoch die (eher spärlich vorhandene) Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) dazu dar. Er versteht unter Anbahnung *„jedes erkennbare Sich-Anbieten zur Ausführung eines entgeltlichen Geschlechtsverkehrs in der Absicht, sich hierdurch eine Einnahmequelle zu verschaffen. Die Subsumtion eines konkreten Verhaltens unter den Begriff der Anbahnung setzt voraus, dass das jeweilige Verhalten die Absicht, sich gegen Entgelt fremden Personen hinzugeben, allgemein erkennbar zum Ausdruck bringt; es muss allgemein und nicht nur von einem eingeweihten Personenkreis als Anbieten zum entgeltlichen Geschlechtsverkehr verstanden werden. Es kommt aber nicht darauf an, dass dieses Verhalten im konkreten Fall auch von der Öffentlichkeit wahrgenommen werden konnte“* (VwGH 7.9.1998, 98/10/0018 ua). Das Tragen von „Arbeitskleidung“ (in diesem Fall beschrieben als durchsichtiges Bustier, Netzstrümpfe, Tanga), das Auf- und Abgehen, kurzes Zulächeln, das Tragen von hautengen Hosen und auffälligen Lederstiefeln, eine bestimmte Gangart und das Entgegenblicken können – entgegen der in erster Instanz offenbar vorherrschenden Ansicht – für sich allein jedenfalls nicht als allgemein erkennbare Anbahnung der Prostitution gesehen werden (VwGH 15.11.1999, ZI 96/10/0259; 12.3.1984, ZI 83/10/0293; 15.04.1985, 85/10/0017; 27.01.1997; 96/10/0207).

Eine umfassende, vertiefende Analyse des Themenkomplexes „Sexarbeit, weibliche Migration, Frauenhandel“ wird in der Ausgabe 02/2007 erfolgen.

*Mag<sup>a</sup>. Doris Einwallner ist Rechtsanwältin in Wien und Redaktionsmitglied des juridikum; doris.einwallner@chello.at*