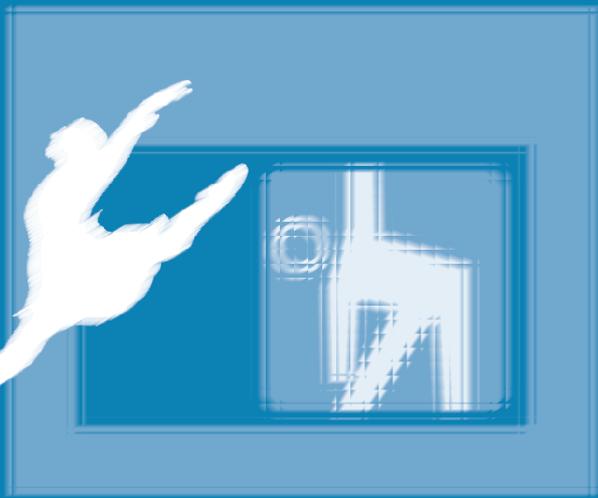


juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 2.2003

thema

Das Recht des flexiblen Menschen



recht & gesellschaft

Asylpolitik auf Österreichisch

Impressionen aus dem Niger

Feigenblatt für den Herrn Minister?

Das Europäische Konventsmodell

Stadtbildpflege durch die Verkehrspolizei

P. b. b. · Verlagspostamt 1030 · 0ZZ032221 · Euro 9,50 · ISSN 1019-5394

 VERLAG
ÖSTERREICH
VORMALS VERLAG DER K.U.K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREY

Für Context herausgegeben von

··········
Iris Eisenberger · Ronald Faber · Christian Hiebaum

Inhalt

recht & gesellschaft

| | | |
|------------------------------|--|----|
| Louise Sperl und Karin Lukas | Alles neu macht die EU? – Die österreichische Asylpolitik, gemessen an einer neuen EG Richtlinie | 61 |
| Gerda Marx | Der Menschenrechtsbeirat – ein Rechnungshof für Menschenrechte? | 65 |
| Konrad Lachmayer | Das Konventsmodell. Organisationsrecht zwischen Pragmatismus und Transparenz | 68 |
| Matthias C. Kettemann | Der Strich durch die Rechnung | 72 |
| Iris Eisenberger | § 78 StVO oder was man damit alles machen kann! | 73 |
| Peter Warta | Damals, im Positivismus | 75 |
| Karl Stöger | Juristische Impressionen aus dem Niger | 77 |

thema: das recht des flexiblen menschen

| | | |
|-------------------|---|-----|
| Christian Hiebaum | Einleitung | 80 |
| Beatrix Karl | Europarechtliche Rahmenbedingungen der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitslebens | 82 |
| Petra Laback | Die Umsetzung der RL 99/70 über befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich | 86 |
| Remo Sacherer | Arbeitskräfteüberlassung | 90 |
| Anita Zielina | Der freie Dienstvertrag | 94 |
| Barbara Fischer | Flexibles Arbeitszeitmodell: Sabbatical | 96 |
| Ron McCallum | Freedom of Association and Collective Bargaining. An Australian Perspective | 99 |
| Roland Gerlach | Wozu noch Arbeitsrecht? | 103 |

rubriken

| | | |
|--------------------|---|-----|
| vor.satz | Ronald Faber Der Blaue Brief | 57 |
| merk.würdig | Kurzmeldungen | 58 |
| portrait | Nora Melzer-Azodanloo Bruno Kapfer | 107 |
| nach.satz | Iris Kugler Marathon | 108 |
| impressum | | 59 |



Der Blaue Brief

Ronald Faber

Minister Böhmdorfer verfolgt seine Justizpolitik mit Engagement. Das ist gut so, führt mitunter aber zu Konflikten. So geschehen mit der Universität Wien, in der Person des Strafrechtlers Frank Höpfel: „Ich höre, dass Sie in den Vorlesungen manchmal als unsachlich und unnötig empfundene herabsetzende Äußerungen über die FPÖ und vor allem über meine Person machen und dabei auch die Justizpolitik in dieser Art und Weise kritisieren.“ Er „erwartete“ sich, in einer Lehrveranstaltung auftreten zu können (profil, 7. April 2003, 15). Hintergrund des Böhmdorfer-Briefes ist Kritik, die Höpfel an dessen Plänen zur Auflösung des Wiener Jugendgerichtshofes geübt hatte.

Höpfel löste die Malaise medienwirksam: Er verlas Böhmdorfers Brief im Ö1-Morgenjournal und überließ ihn damit dem Urteil der Öffentlichkeit. Danach lud er den Justizminister in seine Lehrveranstaltung ein. – Böhmdorfer bekam also, was er gefordert hatte; wem die ministerielle Selbsteinladung nicht gefiel, konnte sich still über den gelungenen Konter Höpfels freuen. Warum die Geschichte also aufwärmen?

Weil es um eine prinzipielle Frage des Verhältnisses von Universität und Politik geht. Lassen wir den weinerlichen Vorwurf beiseite, Höpfel habe sich in unsachlicher und herabsetzender Weise gegen die FPÖ und den Justizminister persönlich gewandt; das hätten sich die Beiden zwischen Beleidigungsrecht und Meinungsfreiheit privat auszumachen. Hier soll es um den Vorwurf einer solchen Kritik an der Justizpolitik und die Selbsteinladung in eine Lehrveranstaltung gehen, denn das betrifft die Wissenschaftsfreiheit.

Wenn Höpfel in seiner Lehrveranstaltung Kritik an einem justizpolitischen Vorhaben übt, das mittlerweile Gesetz geworden ist, tut er das im Rahmen der wissenschaftlichen Lehrfrei-

heit. Denn er hat als habilitierter Universitätslehrer zum Jugendgerichtshof wissenschaftlich geforscht und die Ergebnisse seiner Forschung mit zum Inhalt seiner Lehrveranstaltung gemacht; damit erfüllt er aber auch die konservativsten Vorstellungen von der Wissenschaftsfreiheit nach Art 17 Staatsgrundgesetz.

Soll dem Minister nicht unterstellt werden, er wollte Höpfel in der Lehrfreiheit beschränken, muss dieser schon seine akademische Freiheit missbraucht haben. Worin die Verfehlung allerdings bestanden haben soll, lässt sich nicht so leicht festmachen: Nicht Böhmdorfer selbst, dafür nicht näher genannte Zuträger hätten die Kritik als unsachlich und unnötig herabsetzend empfunden (wobei sich, nebenbei gesagt, das Konzept einer notwendigen, und damit offenbar zulässigen Herabsetzung nicht unmittelbar erschließt).

Dieser nebulose Vorwurf entpuppt sich als der Versuch der Einflussnahme auf den Inhalt universitärer Lehre: Der Universitätslehrer Höpfel ist dem Minister Böhmdorfer Rechenschaft schuldig, wenn er Kritik an Reformen in der Justiz übt. Dafür fordert der Justizminister als Forum einen Auftritt in einer universitären Lehrveranstaltung, womit er schlicht über deren Inhalt disponieren will. Das ist ein Eingriff in die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit: „Im Bereich der akademischen Lehre garantiert das Grundrecht die eigenverantwortliche Entscheidung des Universitätslehrers über Inhalte und Methoden seiner Lehre.“ (Berka, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich [1999] Rz 591)

Neben dieser rechtlichen Dimension sollte der Brief des Justizministers noch in anderer Hinsicht zu denken geben. Böhmdorfers Intervention zieht Kritik in der Sache auf eine persönliche

Ebene. Das tut weder der Justizpolitik gut, um die es beiden Seiten glaubhaft geht, noch hat eine solche Personalisierung in der Wissenschaft etwas zu suchen. Würde man Böhmdorfers Empfindlichkeit zum Maßstab machen, müssten in Zukunft in jede Vorlesung das Parlament, zu jedem Judikaturseminar die RichterInnen etc eingeladen und „gehört“ werden. Denn es stünde wohl zu befürchten, dass manche der dort vorgetragenen Meinungen als „unsachlich und unnötig“ empfunden werden. Wenn man nämlich dafür auf einen nicht näher greifbaren Personenkreis abstellt („ich höre“ . . . „empfundene Äußerungen“), ist das eine omnipräsente Gefahr.

Höpfel war in der glücklichen Position, gelassen und großzügig auf den ministeriellen Übergriff zu antworten. Als ordentlicher Universitätsprofessor steht er am Höhepunkt seiner Laufbahn und ist so unabhängig, wie es kaum ein Richter ist. Junge Universitätslehrende, für die berufliche Sicherheit in weiter Ferne liegt, werden sich schwerer tun, alle und auch ihre kontroversiellen Meinungen in den Lehrsaal zu tragen, wenn sie mit Post aus dem Justizministerium rechnen müssen. Es wäre wohl besser gewesen, Böhmdorfer einen Auftritt in der Lehrveranstaltung aus prinzipiellen Gründen zu verwehren und ihm stattdessen eine öffentliche Diskussion anzubieten. Damit wäre der Übergriff als solcher identifiziert worden, ohne dabei das Gespräch zu verweigern.

Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei. Ein Minister, der sich in eine Lehrveranstaltung hineinreklamiert, weil ihm ihr Inhalt nicht passt, lässt die notwendige Sensibilität für dieses Grundrecht vermissen. Ein Professor, der leichtfertig auf dieses Recht verzichtet, hat ein unglückliches Präjudiz ermöglicht. Verloren haben dabei alle.

EGMR verurteilt Türkei im Fall Öcalan

Straßburg. Der Prozess, in dem PKK-Chef Abdullah Öcalan 1999 in der Türkei zum Tode verurteilt wurde, stellte kein faires Verfahren dar. Zu diesem Ergebnis gelangte im März dieses Jahres der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einem (in Folge des Irakkrieges weitgehend unbeachtet gebliebenen) Urteil. Öcalan wurde im Februar 1999 in Nairobi von Vertretern der kenianischen Regierung in der griechischen Botschaft angehalten und zu einem Flugzeug gebracht, in dem er von türkischen Beamten verhaftet wurde. Ihm wurde von der türkischen Regierung im Prozess die Gründung einer bewaffneten Vereinigung zur Zerstörung der territorialen Integrität der Türkei und die Anstiftung zu terroristischen Akten vorgeworfen. Das Gericht, das Öcalan verurteilte, setzte sich ursprünglich aus zwei zivilen Richtern und einem Militär Richter zusammen. Während des Verfahrens wurde der Militär Richter in Folge einer Gesetzesänderung durch einen zivilen Richter ersetzt. Die verhängte Todesstrafe wurde nach einer Verfassungsnovelle 2002 in eine lebenslange Freiheitsstrafe umgewandelt.

In insgesamt fünf von elf Beschwerdepunkten hinsichtlich dieses Verfahrens gab der EGMR der Beschwerde

Öcalans Recht: Jeweils einstimmig stellte der Gerichtshof Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) fest, weil Öcalan sich während der ersten zehn Tage seiner Anhaltung in Isolationshaft befand und so keine Möglichkeit hatte, ein Rechtsmittel gegen die Haft zu erheben (Art 5 Abs 4), er nicht unmittelbar nach Verhängung der Haft einem Richter vorgeführt wurde (Art 5 Abs 3) und die Regeln eines fairen Verfahrens verletzt wurden, indem ua seinen Anwälten die Ermittlungsakten im Umfang von 17.000 Seiten erst zwei Wochen vor der Verhandlung übermittelt wurden und Anzahl und Dauer der Anwaltsbesuche beschränkt worden waren (Art 6). Mit sechs gegen eine Stimme wurde eine weitere Verletzung von Art 6 der Konvention festgestellt, weil aufgrund der (zeitweiligen) Beteiligung des Militär Richters das türkische Gericht nicht als unabhängiges Tribunal anzusehen war.

Im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit der Todesstrafe vertrat der EGMR die Ansicht, dass angesichts der Umwandlung des Todesurteils in eine Haftstrafe nur noch zu prüfen war, ob die Verhängung der Todesstrafe die Konvention verletzt, während die Beschwerde hinsichtlich der Vollstreckung

der Todesstrafe verworfen werden konnte. Auch wenn die Türkei das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK, in dem das Verbot der Todesstrafe normiert ist, noch nicht ratifiziert hatte, hielt der EGMR fest, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass infolge der ständigen Praxis der Mitgliedstaaten der Konvention die Verhängung der Todesstrafe auch als eine Art 3 EMRK widersprechende unmenschliche und erniedrigende Behandlung betrachtet werden kann. Es war nach Ansicht des Gerichtshofes aber nicht notwendig, diesbezüglich eine endgültige Entscheidung zu treffen, da die Verhängung der Todesstrafe in jedem Fall konventionswidrig ist, wenn dies in einem unfairen Verfahren geschieht. Mit sechs zu eins Stimmen wurde daher eine Verletzung von Art 3 der Konvention festgestellt.

Dagegen wurde einstimmig beschlossen, dass eine Verletzung von Art 5 Abs 1 (persönliche Freiheit) nicht vorlag. Dieser Punkt der Beschwerde stellte nach Angaben der Anwälte Öcalans den Kernpunkt des Verfahrens dar. Konkret wurde bemängelt, dass Öcalan rechtswidrig seiner Freiheit beraubt worden sei und dass nach dieser Freiheitsberaubung kein Auslieferungsverfahren stattgefunden habe. Der EGMR erklärte dazu, dass er davon ausgeht, dass eine Festnahme durch die Behörden eines Staates auf dem Territorium eines anderen Staates ohne Zustimmung des letzteren das individuelle Recht gemäß Art 5 Abs 1 der Konvention verletzt. Die Kernfrage, die der Gerichtshof nach seiner Auffassung daher entscheiden musste, war, ob Öcalan in Kenia aufgrund von Handlungen türkischer Beamter festgenommen worden war, welche die Souveränität von Kenia und das internationale Recht verletzt hatten (Behauptung Öcalan) oder ob die Festnahme das Ergebnis einer bilateralen Kooperation zwischen türkischen und kenianischen Behörden war (Behauptung der türkischen Regierung). Der EGMR gelangte zur Ansicht, dass nicht in einer über alle Zweifel erhabenen Weise dargelegt worden sei, dass die von türkischen und kenianischen Beamten durchgeführte Operation eine Verletzung der Souveränität Kenias und damit des Völkerrechts darstellte. (EGMR 12. 3. 2003, Öcalan gegen Türkei)

Daniel Ennöckl

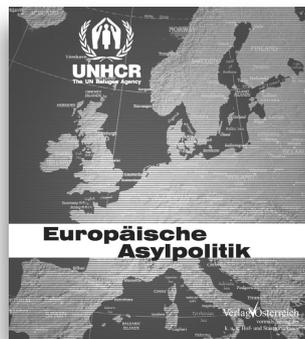
UNHCR, Europäische Asylpolitik

Loseblattsammlung der flüchtlingsrechtlich relevanten EU-Dokumente und UNHCR-Stellungnahmen

Die Loseblattsammlung gliedert sich in die Kapitel *Grundlagen, Asyl, Migration und Terrorismus* und enthält die für den Flüchtlingsschutz relevanten, derzeit in Verhandlung stehenden Kommissionsvorschläge, bereits vom Rat der Europäischen Union verabschiedeten Rechtsakte sowie die für diesen Bereich wichtigen politischen Diskussionspapiere. Diese Dokumente werden durch Stellungnahmen von UNHCR ergänzt.

Mit der vorliegenden Publikation soll durch die Systematisierung der für den Flüchtlingsschutz einschlägigen EU-Dokumente allen Interessierten Zugang zu dieser Thematik eröffnet werden. Die Sammlung wurde auf die jeweils neueste öffentliche Fassung eines jeden Dokuments – ohne Wiedergabe der historischen Entwicklung – beschränkt, um ein handliches Werk für den Praktiker zu schaffen.

800 Seiten, Loseblattsammlung, € 94,-, 3-7046-3962-1



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

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien,
Kandlgasse 21, Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at Internet: www.verlagoesterreich.at

United Colors of Meinungsfreiheit

Deutschland. Das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hatte sich im März dieses Jahres zum bereits zweiten Mal mit der Zulässigkeit sog. „Schockwerbung“ des Textilunternehmens Benetton auseinander zu setzen. Die strittige Anzeige zeigte „einen Ausschnitt eines nackten menschlichen Gesäßes, auf das die Worte ‚H. I. V. positive‘ aufgestempelt sind“ und rechts darunter das Firmenlogo der Marke Benetton.

Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. hatte die Herausgeberin jener Illustrierten (Stern) auf Unterlassung gem § 1 UWG geklagt, die die Anzeige veröffentlicht hatte und damit beim Bundesgerichtshof (BGH) Recht bekommen. Der BGH stand auf dem Standpunkt, dass die Anzeige die Menschenwürde verletze und daher wettbewerbswidrig sei, weil sie die Darstellung der Not von Aidskranken in einer Unternehmenswerbung als Reizobjekt missbrauche, um zu kommerziellen Zwecken die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf das werbende Unternehmen zu lenken, auch wenn sie gleichzeitig – in einer wirklich oder angeblich vorhandenen guten Absicht – auf die öffentliche Meinungsbildung einwirke. Ein Aufruf zur Solidarität mit Menschen in Not sei zynisch und verletze ihren Anspruch auf Achtung und menschliche Solidarität um ihrer selbst willen, wenn er mit dem Geschäftsinteresse verbunden werde, die eigenen Unternehmensumsätze in einem ganz anderen Bereich zu steigern. Aufmerksamkeitswerbung, die das Elend der Betroffenen zum eigenen kommerziellen Vorteil als Reizobjekt ausbeute, sei mit Art 1 Abs 1 GG unvereinbar.

Das BVerfG stellte in seiner Entscheidung fest, dass der BGH damit die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art 5 Abs 1 S 2 GG verletzt hat. Wie bereits in einem Urteil aus dem Jahr 2000 (1 BvR 1762/95) erklärte das BVerfG, dass auch derartige Formen der sozialkritischen Schockwerbung durch die Meinungsfreiheit geschützt sind. Zwar sei zutreffend, dass die Menschenwürde der Meinungsfreiheit auch im Wettbewerbsrecht eine absolute Grenze setze und die Menschenwürde als Fundament aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig sei. Da aber die Grundrechte insgesamt Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde seien, bedürfe es einer sorgfältigen Begründung, wenn angenommen werden soll, dass der Gebrauch eines Grundrechts die unantastbare Menschenwürde verletze.

Alleine der Aufmerksamkeitszweck rechtfertige den schweren Vorwurf einer Menschenwürdeverletzung jedoch nicht. Wollte man kommerzielle Werbeanzeigen wegen des mit ihnen stets verbundenen Eigennutzens die Thematisierung von Leid verbieten, hätte ein wesentlicher Teil der Realität in der allgegenwärtigen, Sichtweisen, Werte und Einstellungen von Menschen nicht unerheblich beeinflussenden Werbewelt von vornherein keinen Platz. Das kann angesichts des besonders schützenswerten Interesses an der Thematisierung gesellschaftlicher Probleme kein mit der Meinungs- und Pressefreiheit vereinbares Ergebnis sein (BVerfG 11. 3. 2003, 1 BvR 426/02).

Daniel Ennöckl

Thema Heft 3/2003

non-profit und zivilgesellschaft

Redaktionsschluss:
15. September 2003

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
Univ.-Doz. Dr. Christian Hiebaum

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,
http://www.verlagoesterreich.at

Preis: Jahresabonnement Euro 34,-,
StudentInnenabonnement Euro 25,-,
Förderabonnement Euro 55,-,
exkl. Euro 8,- Porto und Versandkosten (Inland)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Mag^a. Simone Dieplinger, RA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Mag^a. Elke Hasibeder, Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Dr. Roland Kier, Mag^a. Iris Kugler, VAss. Drⁱⁿ. Nora Melzer-Azodanloo, Lukas Oberndorfer, RAA Dr. Florian Oppitz, Mag. Oliver Scheiber, Mag^a. Marianne Schulze, ao.Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyler, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Iris Eisenberger, Daniel Ennöckl, Ronald Faber, Barbara Fischer, Roland Gerlach, Christian Hiebaum, Beatrix Karl, Matthias C. Kettemann, Iris Kugler, Petra Laback, Konrad Lachmayer, Karin Lukas, Gerda Marx, Ron McCallum, Nora Melzer-Azodanloo, Remo Sacherer, Louise Sperl, Karl Stöger, Peter Warta, Anita Zielina

Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, MSc (LSE);
Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Universität Wien, Schottenbastei 10-16,
1010 Wien, Tel: 01/4277-35474, Fax: 01/4277-35479;
iris.eisenberger@univie.ac.at;
Mag. Ronald Faber, LL.M. (Yale):
ronald.faber@wu-wien.ac.at;
Univ.-Doz. Dr. Christian Hiebaum:
christian.hiebaum@uni-graz.at.

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

Alles neu macht die EU?

Die österreichische Asylpolitik, gemessen an einer neuen EG Richtlinie

Louise Spertl und Karin Lukas

1. Einleitung

Noch im Oktober 2002 hatte Innenminister Strasser die Kritik, dass die so genannten Richtlinien des Innenministeriums zur Bundesbetreuung in Hinblick auf künftiges Europarecht problematisch sein könnten, als „Unsinn“ abgetan. Die damals bereits prinzipiell akkordierte aber noch nicht formell verabschiedete *Richtlinie zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten (RL)*¹ zeigt aber sehr wohl, dass diese Kritik berechtigt ist. Aber auch der am 24. Februar 2003 ergangene Beschluss des OGH (1 Ob 272/02k) lässt klar Anpassungsbedarf in der aktuellen Verwaltungspraxis zur Bundesbetreuung erkennen.

Die am 27. Jänner 2003 nun auch formell verabschiedete RL des Rates basiert laut Präambel auf den Grundrechten und Grundsätzen, die mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union festgeschrieben wurden. Ziel dieser RL ist es, AsylwerberInnen durch das Festlegen von Mindestnormen ein Leben in den Aufnahmestaaten zu ermöglichen, das die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde gewährleistet. Die Mitgliedstaaten haben die Richtlinie binnen 24 Monaten umzusetzen. Österreich hat somit bis einschließlich 6. Februar 2005 die erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um seinen europarechtlichen Verpflichtungen nachzukommen. Der Geltungsbereich dieser RL umfasst *alle* Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die an der Grenze oder im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates Asyl beantragen – und zwar *solange, wie sie als AsylwerberInnen zum Aufenthalt berechtigt sind* (Art 3 leg cit). Diese Bestimmung ist zentral für die gesamte RL und wird – wie in der Folge ausgeführt – zu wesentlichen Veränderungen in der österreichischen Rechtsordnung führen müssen.

2. Zur Grundversorgung von AsylwerberInnen

Gemäß Art 13 der RL des Rates haben die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass *allen* AsylwerberInnen ab Antragstellung *materielle Aufnahmebedingungen* gewährt werden. Diese Aufnahmebedingungen umfassen Unterkunft, Verpflegung und Kleidung in Form von Sach- und Geldleistungen oder Gutscheinen sowie Geldleistungen zur Deckung des täglichen Bedarfs. Die Aufnahmebedingungen haben dabei einem Lebensstandard zu entsprechen, der die Gesundheit und den Lebensunterhalt der AsylwerberInnen gewährleistet. Hier ist die Lage von bedürftigen oder in Gewahrsam befindlichen Personen besonders zu berücksichtigen. Die Mitgliedstaaten können die Gewährung von materiellen Aufnahmebedingungen von der Hilfsbedürftigkeit der AsylwerberInnen abhängig machen. Die Mitgliedstaaten haben weiters für die erforderliche medizinische Versorgung Sorge zu tragen, die zumindest die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten umfasst. Auch hier sind besondere Bedürfnisse von AsylwerberInnen zu berücksichtigen.

Materielle Aufnahmebedingungen können nur dann verweigert werden, wenn AsylwerberInnen keinen Nachweis dafür erbracht haben, dass der Asylantrag „so bald wie vernünftigerweise möglich“ nach der Ankunft gestellt wurde (Art 16 (2) leg cit). Der Zugang zur medizinischen Notversorgung darf aber in keinem Fall verweigert werden. (Art 16 (2) leg cit). Bereits gewährte Leistungen können nur dann eingeschränkt oder entzogen werden, wenn a) AsylwerberInnen, ihren Aufenthaltsort ohne vorherige Mitteilung oder ohne Genehmigung verlassen (so-

fern eine solche notwendig ist), b) sie ihren Melde- und Auskunftspflichten, der Aufforderung zur Anhörung im Asylverfahren innerhalb einer innerstaatlich festgesetzten und angemessenen Frist nicht nachkommen, c) sie bereits einen Asylantrag in einem anderen Mitgliedstaat gestellt haben, d) sie verschwiegen haben, über Finanzmittel zu verfügen und dadurch zu Unrecht materielle Vorteile erlangt haben oder e) gewalttätiges Verhalten oder grobe Verstöße gegen die Hausordnung der Unterbringungszentren vorliegen.

Entscheidungen über die Einschränkung, den Entzug oder die Verweigerung der gewährten Vorteile oder Sanktionen sind jeweils für den Einzelfall objektiv sowie unparteiisch zu treffen und zu begründen. Die Entscheidungen sind aufgrund der besonders kritischen Situation für AsylwerberInnen unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu treffen. Materielle Vorteile im Rahmen der Aufnahmebedingungen dürfen nicht entzogen oder eingeschränkt werden, bevor eine abschlägige Entscheidung ergeht (Art 16 (4) und (5) leg cit).

2.1. Rechtsanspruch

Betrachtet man die österreichische Rechtslage, so unterscheidet sich diese noch wesentlich von den inhaltlichen Erfordernissen der RL des Rates. Gemäß § 1 Abs 1 BundesbetreuungsgG (BBetrG)² übernimmt der Bund die Betreuung hilfsbedürftiger Fremder, die einen Asylantrag nach § 2 AsylG³ gestellt haben. Die Bundesbetreuung umfasst Unterbringung, Verpflegung und Krankenhilfe sowie sonstige notwendige Betreuungsmaßnahmen und entspricht somit vom Umfang her den materiellen Aufnahmebedingungen iSd RL des Rates.

Das BBetrG schließt dem Wortlaut nach jeden Rechtsanspruch von AsylwerberInnen auf Leistungen aus der Bundesbetreuung aus (§ 1 Abs 3 BBetrG). In diesem Zusammenhang ist allerdings auf den richtungweisenden Beschluss des OGH vom 24. Februar 2003 zu verweisen (1 Ob 272/02k): Hierin stellt der OGH fest, dass für hilfsbedürftige AsylwerberInnen sehr wohl ein durchsetzbarer Anspruch auf Bundesbetreuung besteht.

¹ Richtlinie 2003/9/EG des Rates v 27. 1. 2003 über die Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme

von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten ABl 2003 L 31 S 18 ff.
² BBetrG 1991 BGBl I 1991/405.

³ AsylG 1997 BGBl I 1997/76.

Der OGH begründet dies damit, dass es sich beim BBetrG um ein Selbstbindungsgesetz des Bundes handelt, regelt es doch eine Sozialhilfematerie und somit eine Materie, deren Gestaltungsbereich in die Kompetenz der Länder fällt. Die Entwicklung der Rechtsprechung zeige nämlich, dass Regelungen in Selbstbindungsgesetzen, die Einzelnen ein subjektives Recht auf Leistung verwehren, nicht mehr als das nach der herrschenden Lehre gebotene „Feigenblatt“ sind, um eine Entblößung des jeweiligen Selbstbindungsgesetzes als Verletzung der Kompetenzartikel des B-VG zu vermeiden. Die Fiskalgeltung der Grundrechte im Privatrecht diene gerade der Begründung klagbarer Leistungsansprüche gegen den Staat. Das Gleichbehandlungsgebot sorge dafür, dass einem bestimmten Leistungswerber – bei im Kern gleichen Voraussetzungen – nicht etwas verweigert werden darf, was anderen gewährt wird. Der OGH erkennt weiters, dass der Staat die Betreuung von AsylwerberInnen nicht auf NGOs abschieben dürfe und spricht sich in solchen Fällen für einen Regressanspruch gegen den Bund aus.

Die österreichische Verwaltungspraxis wird also sowohl aufgrund europarechtlicher als auch aufgrund höchstgerichtlicher Vorgaben Änderungen erfahren müssen. Umso befremdlicher erscheint deshalb auch die Reaktion des BMI, „es werde an seiner Verwaltungspraxis, insbesondere auch an der Anwendung der so genannten ‚Richtlinien des Innenministeriums für die Bundesbetreuung hilfsbedürftiger Asylwerber einschließlich der Aufnahme in das Notquartier‘ idF vom 1. Dezember 2002 vorerst nichts ändern“ (Der Standard, 26. 4. 2003).

2.2. Die Richtlinien des BMI

Ist die rechtliche Qualität dieser Richtlinien des BMI⁴ und deren Anwendung auch heftig umstritten, spielen sie in der Verwaltungspraxis des BMI doch eine entscheidende Rolle. Die Richtlini-

en des BMI sind aber auch in Hinblick auf die Erfordernisse der RL des Rates höchst bedenklich: Mittels Differenzierungen aufgrund der Staatsbürgerschaft wird der Kreis von AsylwerberInnen, die potentiell Aufnahme in die Bundesbetreuung finden können, massiv eingeschränkt. Dies bringt weit reichende Konsequenzen für die humanitäre und menschenrechtliche Situation hilfsbedürftiger AsylwerberInnen mit sich: So wurden auf Grundlage der Richtlinien des BMI bereits Ende September 2002 über 130 AsylwerberInnen aus der Bundesbetreuung entlassen bzw. nicht mehr aufgenommen. Binnen einer Woche wurde die Zahl der betreuten AsylwerberInnen in Traiskirchen, der bundesweit größten Betreuungsstelle, von 2.000 auf 1.400 reduziert.⁵ Caritas und Diakonie beurteilen die Praxis der Gewährung bzw. Nicht-Gewährung von Bundesbetreuung als inhuman.⁶

Inhaltlich unterscheiden die Richtlinien des BMI zwischen absoluten und relativen Ausschlussgründen. Bei Vorliegen absoluter Ausschlussgründe können AsylwerberInnen nach Punkt 1.1. nur ausnahmsweise und vorübergehend in die Bundesbetreuung aufgenommen werden, wenn sie aufgrund ihres körperlichen Zustandes besonders hilfsbedürftig sind.⁷ AsylwerberInnen, bei denen ein relativer Ausschlussgrund vorliegt, sind ebenfalls von der Bundesbetreuung ausgeschlossen, es sei denn, die Aufnahme wäre aus besonderen Gründen für die Sicherung eines Asylverfahrens erforderlich oder wegen besonderer Schutzwürdigkeit der AsylwerberInnen geboten (Punkt 1.2.).

Ein relativer Ausschlussgrund liegt etwa immer dann vor, wenn nigerianische Staatsangehörige kein amtliches Identitätsdokument vorlegen können (!).⁸ Ebenso gilt die Staatsangehörigkeit zu einem Staat „bei dem die Asylgewährung ausgeschlossen scheint“ als relativer Ausschlussgrund von der Bundesbetreuung: Zu diesen Staaten, bei

denen das Innenministerium implizit eine Pauschalprognose bezüglich des Ausgangs des Asylverfahrens abgibt, zählen Indien, Pakistan (ausgenommen Ahmadis), Bangladesch, Bosnien und Herzegovina, Mazedonien, Serbien und Montenegro (ausgenommen Angehörige von Minderheiten aus dem Kosovo), Albanien, Armenien, Georgien, Russland (ausgenommen AsylwerberInnen im Zusammenhang mit Tschechien) und die Türkei (ausgenommen sind KurdInnen). Dies auch dann, wenn glaubhaft ist, dass in dem betreffenden Staat, dessen Staatsangehörige von der Bundesbetreuung ausgeschlossen sind, politische Verfolgung signifikant vorkommt.⁹

Die Gewährung von Leistungen aus Bundesbetreuung darf aber nicht die Entscheidung im Asylverfahren vorwegnehmen; Ziel der Bundesbetreuung ist es vielmehr, die Durchführung des Asylverfahrens und somit das Abwarten auf das Ergebnis im Einzelfall zu sichern.¹⁰ So qualifiziert auch der Menschenrechtsbeirat Differenzierungen in der Gewährung von Bundesbetreuung nach der Wahrscheinlichkeit der Asylerteilung als sachlich nicht gerechtfertigt.¹¹ Dahingehend äußert sich auch das BG Innere Stadt in einem Urteil vom 13. Februar 2003 (19 C 2080/02d): Weder im BBetrG noch in der BBetrVO werde gesetzlich determiniert, dass eine etwaige Aussichtslosigkeit des Asylverfahrens einen Entlassungsgrund aus der Bundesbetreuung darstellen würde. Die auf den Richtlinien des BMI basierende Entlassung wurde folglich als unzulässig qualifiziert.

Auch in der RL des Rates der Europäischen Union zur Aufnahme von AsylwerberInnen finden sich keinerlei Anhaltspunkte für einen nach der Staatsbürgerschaft der AsylwerberInnen oder nach der Prognose des Verfahrensausganges differenzierenden Zugang zu den materiellen Aufnahmebedingungen. Auch hier besteht also evident Anpassungsbedarf.

⁴ In: Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme des Menschenrechtsbeirates zu den Richtlinien des BMI für die Bundesbetreuung hilfsbedürftiger Asylwerber vom 28. Jänner 2003, Anhang I.

⁵ Der Standard 27. 9. 2002.

⁶ Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme 17.

⁷ Dies ist etwa der Fall bei russischen (Ausnahme TschechenInnen), armenischen, türkischen (Ausnahme KurdInnen), georgischen, aserbaidshianischen, mazedonischen, jugoslawischen (Ausnahme Minderheiten aus dem Kosovo) oder nigerianischen Staatsangehörigen, sobald deren Asylantrag in erster Instanz zurückgewiesen worden ist.

⁸ Punkt 3.1.2. der Richtlinien.

⁹ Siehe Muzak, Gutachten zur Rechtmäßigkeit der Richtlinien des BMI für die Bundesbetreuung hilfsbedürftiger Asylwerber vom 24. Oktober 2002, 3, in: Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme Anhang V. Grundsätzlich ist weder dem BBetrG selbst noch den Materialien zum BBetrG irgendein Anhaltspunkt

dafür zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Unterscheidungen nach Staatsangehörigkeit oder Erfolgchancen zulassen wollte.

¹⁰ Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme.

¹¹ Siehe BVG betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung BGBl 1973/390; vgl dazu Menschenrechtsbeirat, Stellungnahme 20 f.

2.3. Dauer der Leistungen

Die Betreuung nach dem BBetrG endet spätestens mit dem rechtskräftigen Abschluss des Feststellungsverfahrens nach dem AsylG. Im Falle besonderer Hilfsbedürftigkeit kann die Bundesbetreuung ausnahmsweise auch nach rechtskräftigem Abschluss des Feststellungsverfahrens im unbedingt notwendigen Ausmaß, jedoch höchstens für eine Dauer von drei Monaten, weiter gewährt werden (§ 3 BBetrG).

Nach den Richtlinien des BMI können überdies während der Dauer eines Verfahrens vor den Höchstgerichten keine Leistungen aus der Bundesbetreuung bezogen werden, und zwar auch dann nicht, wenn dieses dem Fremden mit Beschluss die Stellung eines/r Asylwerbers/Asylwerberin zubilligt (Punkt 4.2.). Als absolute Ausschlussgründe iSd Richtlinien des BMI gelten außerdem eine russische, armenische, türkische, georgische, aserbaidische, mazedonische, jugoslawische oder nigerianische Staatsangehörigkeit, sobald der Asylantrag in erster Instanz zurückgewiesen worden ist. Davon ausgenommen sind Angehörige von Minderheiten aus dem Kosovo, für Asylwerber „im Zusammenhang mit Tschetschenien“ oder KurdInnen aus der Türkei (Punkt 2.3.).

In diesem Zusammenhang ist allerdings festzustellen, dass AsylwerberInnen für den Zeitraum ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Staatsgebiet eines Mitgliedstaates nach der RL des Rates Anspruch auf die materiellen Aufnahmebedingungen haben müssen. Die zeitliche Beschränkung von Leistungen aus der Bundesbetreuung trotz einer Berechtigung zum Aufenthalt ist daher nicht in Einklang mit der RL des Rates. Das LG Linz äußerte sich in einer Rekursentscheidung vom 26. Februar 2003 (14 R 41/03 b) dahingehend, dass eine Entlassung aus der Bundesbetreuung wegen der Abweisung des Asylverfahrens in 1. Instanz mangels Vorliegens eines Entlassungsgrundes unzulässig sei.

Weiters stellen auch die Bestimmungen des geltenden innerstaatlichen Rechts keine zulässigen Gründe für Einschränkungen von materiellen Aufnahmebedingungen iSd RL des Rates dar, wonach der alleinige *Verdacht*

der Begehung einer gerichtlich strafbaren, mit einer Freiheitsstrafe bedrohten Handlung zum Ausschluss von Leistungen aus der Bundesbetreuung führen kann (§ 9 BBetrVO¹²). Hier ist auch die Verurteilung von AsylwerberInnen zu einer Freiheitsstrafe in Österreich als Ausschlussgrund für den Bezug von Leistungen aus der Bundesbetreuung zu nennen (Punkt 2.4.). Weiters ist auch die Bestimmung, wonach das Ausüben von Schwarzarbeit bzw das „wiederholte Bereithalten“ zu einer solchen zur Entlassung aus der Bundesbetreuung führt, nicht richtlinienkonform (Punkt 4.4. und 4.4.1.).

Schließlich bestimmen das BBetrG und die Richtlinien des BMI, dass AsylwerberInnen, deren Identität ungenügend geklärt ist, bei mangelnder Mitwirkung zur Feststellung der Identität von Leistungen der Bundesbetreuung ausgeschlossen werden können (Punkt 3.1. sowie § 2 Abs 2 BBetrG). Auch wenn die mangelnde Mitwirkung als Verletzung einer Auskunftspflicht gemäß Art 16 (1) lit a der RL des Rates und somit als zulässiger Fall einer Einschränkung von materiellen Aufnahmebedingungen qualifiziert werden könnte, bedürfte es nach dem Wortlaut der RL des Rates der Festlegung einer Frist im nationalen Recht – erst deren Nichteinhaltung kann im konkreten Fall eine Verletzung begründen.

2.4. Rechtsmittel

Gegen abschlägige Entscheidungen über materieller Aufnahmebedingungen, die einen/eine AsylwerberIn betreffen, müssen nach Art 21 der RL des Rates Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Durch die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen zur Einschränkung oder Abkennung von Aufnahmebedingungen, soll ein effektiver Rechtsschutz der Betroffenen sichergestellt werden. Schließlich kann sich jedwede Einschränkung in diesem Bereich massiv auf den Lebensstandard der AsylwerberInnen auswirken. In Österreich besteht bis dato nur die Möglichkeit, Entscheidungen im Bereich der Bundesbetreuung von Zivilgerichten überprüfen zu lassen, was im Verhältnis zum Verwaltungsweg ein erhöhtes Kostenrisiko in sich birgt.

3. Der Zugang zum Arbeitsmarkt

Gemäß Art 11 der RL des Rates müssen die Mitgliedstaaten einen Zeitraum beginnend mit der Asylantragstellung bestimmen, in dem der Zugang zum Arbeitsmarkt noch *nicht* gewährt wird. Diese Beschränkung darf jedoch die Dauer von einem Jahr während des erstinstanzlichen Verfahrens nicht überschreiten, außer die Verzögerung kann der/dem AntragstellerIn zugerechnet werden. Die Kommission betont in ihrer Begründung, dass die spezifischen Gründe für die Verfahrensdauer – außer die, welche „nicht unmittelbar eine bestimmte Absicht des Asylwerbers“ erkennen lassen – irrelevant sind.

Dies stellt eine essentielle Änderung der bisherigen Situation dar. Die RL des Rates trägt damit der existenzgefährdenden überlangen Verfahrensdauer von Asylverfahren Rechnung und setzt eine „Höchstwartephase“ fest. Dass es einen Zugang zum Arbeitsmarkt für AsylwerberInnen nach einem Jahr geben muss, ist somit klar.

Eine weitere wichtige Klarstellung trifft Art 11 (3) *leg cit*: Der Arbeitsmarktzugang darf während eines Berufungsverfahrens mit *aufschiebender Wirkung* nicht aufgehoben werden. Erst die negative Entscheidung zweiter Instanz lässt dies zu. Das sollte neben menschenrechtlichen Erwägungen auch im Interesse der Mitgliedstaaten liegen, da eine Unterbrechung des Arbeitsmarktzuganges in die Mittellosigkeit oder illegale Erwerbstätigkeit führen kann.

Die Art und Weise, wie dieser Zugang erfolgt, liegt jedoch im Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten. Dies bedeutet konkret, dass die Mitgliedstaaten letztendlich darüber entscheiden, welche Tätigkeiten in wie vielen Arbeitsstunden mit welchen Qualifikationserfordernissen für AsylwerberInnen offen stehen.

Mit dieser Regelung wurde nicht zuletzt auf die arbeitsmarktpolitischen Steuerungsinteressen der Mitgliedstaaten Rücksicht genommen. In diesem Sinne legt auch Art 11 (4) *leg cit* fest, dass StaatsbürgerInnen aus EU- oder EFTA Staaten sowie Drittstaatsangehörigen mit rechtmäßigem Aufenthalt Vorrang eingeräumt werden kann.

Nach geltendem innerstaatlichem Recht genießen AsylwerberInnen gegenüber anderen AusländerInnen auf dem Arbeitsmarkt keine bevorzugte Behandlung; genauso wie auf andere AusländerInnen ist auf AsylwerberInnen das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) anzuwenden.¹³

Gemäß § 3 Abs 1 AuslBG dürfen AusländerInnen nur beschäftigt werden, wenn ihre ArbeitgeberInnen eine Beschäftigungsbewilligung oder sie selbst eine Arbeitserlaubnis haben. Da AsylwerberInnen aber nur zu einem vorläufigen Aufenthalt (§ 19 AsylG)¹⁴ im Bundesgebiet berechtigt sind und daher eine legale Beschäftigung in der erforderlichen Zeitdauer nicht vorweisen können, ist ihnen der Zugang zum Arbeitsmarkt nur über eine Beschäftigungsbewilligung möglich.¹⁵ Allerdings ist auch der Weg über eine Beschäftigungsbewilligung steinig: Um eine legale Beschäftigung in Österreich aufnehmen zu können, muss der/die AsylwerberIn eine Firma finden, die bereit ist, einen Antrag beim Arbeitsmarktservice (AMS) zu stellen. Das AMS prüft dabei den Aufenthalt, den Wohnsitz und die Einhaltung der kollektivvertraglichen Bestimmungen. Gemäß § 4 Abs 1 AuslBG wird die Beschäftigung eines/einer AusländerIn nur bewilligt, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und nicht wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen entgegenstehen.

Die Prüfung der Arbeitsmarktlage und -entwicklung erfolgt nach einer Art Präferenzsystem, das alle InländerInnen, EU-BürgerInnen und bestimmte Gruppen von AusländerInnen (alle aktiv vom AMS zu betreuenden AusländerInnen, sog „aufenthaltsverfestigte“ AusländerInnen und jugendliche AusländerInnen der zweiten Generation) AsylwerberInnen vorzieht (§ 4 lit b leg cit).¹⁶ Die Abstufung richtet sich also nach dem „Integrationsgrad“.¹⁷

Zusätzlich besteht eine sog „absolute Bundeshöchstzahl“, wonach der AusländerInnenanteil 8% des Gesamtarbeitskräftepotentials nicht übersteigen darf (§ 12a leg cit). Durch Verordnung kann der/die BundesministerIn Höchstzahlen¹⁸ für bestimmte Arbeitsbereiche oder Bundesländer festlegen. Ist die Höchstzahl überschritten, darf eine Beschäftigungsbewilligung nur in den sehr eng gefassten Ausnahmefällen des § 4 Abs 6, 7 und 8 leg cit erteilt werden.

Diese Kombination aus Höchstzahlen und der Bevorzugung anderer Personengruppen macht den Zugang zum Arbeitsmarkt für AsylwerberInnen praktisch unmöglich.¹⁹ Bestenfalls wird eine Beschäftigung in der Landwirtschaft, im Gaststätten- und Hotellerie-gewerbe, in Reinigungsberufen und im Rahmen eines Sonderkontingents der Wiener Magistratsabteilung 48 für Schneeräumungs- und Stadtreinigungsarbeiten zugelassen. Nach Angaben des AMS gibt es innerhalb eines Jahres also kaum Möglichkeiten für AsylwerberInnen, Zugang zum Arbeitsmarkt zu erhalten. Etwas besser wird die Situation erst ab einem Aufenthalt von fünf Jahren.²⁰

Im Lichte der RL des Rates dürfen die Modalitäten des Zugangs zum Arbeitsmarkt diesen aber nicht derart erschweren, dass der Zugang nach einem Jahr noch immer nicht erfolgen kann. Wäre dies der Fall, so bliebe Art 11 (2) der RL bedeutungslos. Beschränkungen des Arbeitsmarktzuganges dürfen also nicht zu einer faktischen Aushebelung der in Art 11 (2) leg cit festgelegten „Ein-Jahresgrenze“ führen. Betrachtet man die geltende innerstaatliche Rechtslage, so ist das aber bisher wohl der Fall: Denn auch wenn für AsylwerberInnen theoretisch ein Arbeitsmarktzugang besteht, so wird dieser durch ein System der Bevorzugung und Höchstzahlen für die meisten praktisch unmöglich gemacht. Dies kann wohl kaum iSd RL des Rates sein.

4. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Österreich hat bis 6. Februar 2005 Zeit, die am 27. Jänner 2003 verabschiedete *Richtlinie des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten* umzusetzen. Aber schon zuvor bleibt einiges zu tun – so insbesondere in Hinblick auf den am 24. Februar 2003 ergangenen Beschluss des OGH. Mit dessen Umsetzung scheint es das BMI allerdings nicht eilig zu haben. Auch der Entwurf für eine AsylG-Novelle 2003 wurde (noch?) nicht zum Anlass genommen, den Bereich der Bundesbetreuung in einer Art und Weise neu zu regeln, der den Vorgaben der RL des Rates oder der Judikatur des OGH entsprechen würde. Will man außerdem Art 11 (1) der RL des Rates nicht von vornherein seiner Bedeutung berauben, so wären Maßnahmen zur faktischen Erleichterung des Arbeitsmarktzuganges für AsylwerberInnen geboten, auch wenn den Mitgliedstaaten hier vergleichsweise mehr Spielraum zugestanden wird als bei der Gewährung von materiellen Aufnahmebedingungen. Bleibt zu wünschen, dass die erforderlichen Änderungen nicht unnötig auf sich warten lassen. Denn eine menschliche, europarechts- und menschenrechtskonforme Herangehensweise im Asylbereich ist dringend gefordert.

Mag^a. Louise Sperl und Mag^a. Karin Lukas sind Juristinnen und wissenschaftliche Mitarbeiterinnen am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte (BIM).

¹³ Gemäß § 1 Abs 2 lit a AuslBG, BGBl 1975/218, sind nur Flüchtlinge, deren Konventionsstatus rechtlich anerkannt wurde und die entweder eine dauernde Aufenthaltsgenehmigung besitzen oder mit einem/einer österreichischen StaatsbürgerIn verheiratet sind bzw ein Kind österreichischer Staatsbürgerschaft haben, von den Bestimmungen des AuslBG ausgenommen.

¹⁴ Vorläufig heißt bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens bzw beim Fehlen eines Rechtsmittels mit aufschiebender Wirkung gegen die Entscheidung.

¹⁵ Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995) 75.

¹⁶ Siehe auch Deutsch, Zur Situation der Ausländerbeschäftigung in Österreich (2000) 5.

¹⁷ Als „besonders integrierte Ausländer“ gelten etwa jene, die die sog

„Integrationsvereinbarung“ erfüllt haben. Siehe § 4 Abs 6 AuslBG idF BGBl I 2002/126.

¹⁸ Zum Höchstzahlensystem siehe Deutsch, Ausländerbeschäftigung 2.

¹⁹ Dies zeigt die geringe Zahl von Beschäftigungsbewilligungen: So wurden laut Auskunft des AMS im Jahr 2001 für AsylwerberInnen österreichweit nur 1.760 Beschäftigungsbewilligungen erteilt: 270 gingen an Frauen, 1490 an Männer; 149 davon

waren saisonal. Im Jahr 2002 (Jänner bis Oktober) wurden 2.417 Beschäftigungsbewilligungen erteilt: 405 gingen an Frauen, 2.012 an Männer, davon waren 132 saisonal. Zum Vergleich beträgt die AusländerInnenbeschäftigung laut Statistik Austria insgesamt 319.394 (Zahlen von 1994–2000 als Durchschnittswert).
²⁰ Gespräch von Karin Lukas mit dem AMS Wien, Jänner 2002.

Der Menschenrechtsbeirat – ein Rechnungshof für Menschenrechte?

Gerda Marx

1. Einleitung

Mit Novelle zum SPG, BGBl I 1999/146, wurde der Menschenrechtsbeirat eingerichtet. Als Aufgaben des Beirates nennt § 15a SPG die Beobachtung und begleitende Überprüfung der Tätigkeit der Sicherheitsbehörden, der dem BMI nachgeordneten Behörden und der zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigten Organe, um den BMI in Fragen der Wahrung der Menschenrechte zu beraten. Die begleitende Überprüfung der Anhaltung von Menschen an Dienststellen der Sicherheitsexekutive hat durch Kommissionen zu erfolgen.

Bei einem Symposium¹ hat der damalige Vorsitzende des MRB, *Gerhart Holzinger*², den MRB als „Rechnungshof für Menschenrechte“ bezeichnet.

2. Beratendes Organ oder Kontrollorgan?

Ist der MRB ein „Rechnungshof für Menschenrechte“? Wo liegt der Schwerpunkt der Aufgaben des MRB – bei der Beratung des BMI in Menschenrechtsfragen oder bei der Kontrolle der Tätigkeit der Sicherheitsbehörden? Was wollte der Gesetzgeber schaffen – eine unabhängige Kontrollinstanz, wie dies den Empfehlungen³ des European

Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)⁴ entsprechen hätte⁵? Oder einen Beirat, der den Innenminister in Fragen der Einhaltung der Menschenrechte berät und der in die Organisation des BMI eingliedert ist, wie dies der klassischen österreichischen Verwaltungstradition von Beiräten entspricht? Aus dem Bericht des Ausschusses für Innere Angelegenheiten⁶ lässt sich nur der lapidare Satz entnehmen, dass mit der Novelle des SPG eine Grundlage für die Einrichtung des MRB geschaffen werden solle und der MRB den Innenminister in Fragen der Wahrung der Menschenrechte zu beraten habe. *Wolf Szymanski*⁷ nannte⁸ als Motive für die Gründung des MRB die Erfüllung der Forderung des CPT und das Bedürfnis der politisch Verantwortlichen, das Innenressort gegenüber der Zivilgesellschaft zu öffnen. Dazu müsse ein Dialog mit den sich in diesem Bereich engagierenden NGO's angestrebt und formalisiert werden.⁹ Diese heterogenen Ziele könnten mittels der gesetzlich vorgesehenen Ernennungsrechte¹⁰ erreicht werden. Auf die Problematik der für den MRB gewählten Ernennungsmodalitäten wird noch einzugehen sein.

Liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit des MRB in der Beratung des Ministers? Wenn der Beirat überwiegend als Beratungsorgan für den BMI gedacht wäre, ist es angemessen, dass sich der Minister seine Berater selbst aussuchen kann. In diesem Fall erscheint der maßgebliche Einfluss des Ministers auf die Auswahl der Mitglieder des Beirates gerechtfertigt.

Es stellt sich die Frage, warum die Einrichtung des MRB mittels Verfassungsbestimmung erfolgte? Welchen Sinn hat die Weisungsfreistellung der Mitglieder des Beirates, wenn der Beirat bloßes Beratungsorgan des Ministers sein soll? Bestünde die Gefahr, dass der Minister an seine Berater Weisungen erteilt, welchen Rat sie ihm zu geben haben? Können Mitglieder eines Beirates überhaupt weisungsgebundene Organe im Sinn des Art 20 Abs 1 B-VG sein?¹¹ Es scheint so, als hätte der Gesetzgeber einen beratenden Beirat in klassischer österreichischer Verwaltungstradition eingerichtet, dem er dann das Mäntelchen der Unabhängigkeit umgehängt hat. Die Unabhängigkeit des Beirates stand bei Ausarbeitung der SPG-Novelle 1999 im Vordergrund. Dies wurde in der Literatur¹² auch immer betont. Das Mäntelchen der Unabhängigkeit scheint aber sehr dünn zu sein.

3. Unabhängigkeit des Beirates und seiner Kommissionen

Kriterien der Unabhängigkeit

Der EGMR hat in seiner Judikatur zu Art 6 EMRK Kriterien für die Unabhängigkeit von Tribunalen entwickelt.¹³ Es sind dies die Einrichtung durch Gesetz, die Dauer der Amtszeit der Mitglieder, die Art und Weise ihrer Ernennung, Weisungsfreiheit, Unabhängigkeit, Vorhandensein von Garantien gegen

1 Symposium „3 Jahre Österreichischer Menschenrechtsbeirat“ am 14. November 2002.

2 Sektionschef und Mitglied des VfGH.

3 Bericht des CPT an die österreichische Bundesregierung über seinen Besuch vom 20.–27. 5. 1990, ER-Dok. CPT/Inf (91) 10 § 87 und Bericht über Besuch vom 26. 9.–7. 10. 1994, ER-Dok. CPT/Inf (96) 28 § 94.

4 Eingerichtet durch die Europäische Konvention zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe, BGBl 1989/74.

5 Die vom CPT für nationale Besuchseinrichtungen festgelegten

notwendigen Kriterien, um ein effektives System zur Vorbeugung gegen Folter und unmenschliche Behandlung zu schaffen, sind independence, visibility, confidentiality, representation of the community und adequate training. Unabhängigkeit muss zumindest von der Polizeiadministration bzw Gefängnisadministration bestehen. Die Befugnisse des MRB erstrecken sich nicht auf Besuchsrechte bei angehaltenen Personen in Justizanstalten; in diesem Bereich bestehen die Strafvollzugskommissionen gemäß § 18 StVG – ob diese den Kriterien der Antifolterkonvention entsprechen, ist hier nicht weiter zu untersuchen.

6 2023 BlgNR 20. GP.

7 Sektionschef im BMI, bis 30. November 1999 Leiter der Legislativabteilung im BMI.

8 Anlässlich der Tagung der Österreichischen Juristenkommission im Jahr 2000.

9 *Szymanski*, Der Menschenrechtsbeirat – Berater des Bundesministers für Inneres in Menschenrechtsfragen, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat. Neue Wege des Grundrechtsschutzes (2001), 75.

10 § 15a und § 15b Abs 2 SPG.

11 Bejahend *Thienel*, Öffentlicher Dienst und Kompetenzverteilung (1990) FN 372, FN 74; *Puck*, Die Beiräte

in der Verwaltung, WiPolBl 1970, 38; *Koja*, Die rechtliche Stellung der Codexkommission, ZfV 1979, 94; *aA Korinek*, Beiräte in der Verwaltung, in FS Antonioli (1979) 463 (472).

12 Vgl *Dearing*, Sicherheitspolizeigesetz (SPG) und wichtige Nebengesetze und Verordnungen mit Kommentar (1999) 41; *Holzinger*, Der Menschenrechtsbeirat beim Bundesminister für Inneres, Juridikum 2000, 18.

13 Vgl etwa *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar² (1996) 250 ff.

äußere Beeinflussung und das äußere Erscheinungsbild. Beim MRB handelt es sich um kein gerichtliches oder gerichtähnliches Organ, sodass die genannten Kriterien nur als grober Maßstab herangezogen werden können.

Dauer der Amtszeit

Die Dauer der Amtszeit der Mitglieder des Beirates (Funktionsperiode von 3 Jahren)¹⁴ erscheint unproblematisch, anders ist dies bei den Kommissionsmitgliedern, deren Amtszeit, den Wünschen des BMI zufolge, in Kürze nur mehr eineinhalb Jahre betragen.

Art und Weise der Ernennung der Beiratsmitglieder

Hinsichtlich der Art und Weise der Ernennung der Mitglieder des Beirates erscheinen die Kriterien der Unabhängigkeit nicht erfüllt. Der Beirat besteht aus elf Mitgliedern (und ebenso vielen Ersatzmitgliedern).¹⁵ Auf die personelle Besetzung hat der BMI in mehrfacher Hinsicht maßgeblichen Einfluss: Alle Mitglieder (Ersatzmitglieder) des MRB werden durch den BMI bestellt. Das Vorschlagsrecht kommt hinsichtlich des Vorsitzenden und seines Stellvertreters dem Präsidenten des VfGH, hinsichtlich zweier Mitglieder jeweils dem BK und dem BMJ zu. Fünf Mitglieder werden dem BMI von privaten gemeinnützigen Einrichtungen vorgeschlagen. Welche dieser Einrichtungen im Beirat repräsentiert und für diesen vorschlagsberechtigt sind, wird ebenfalls durch den BMI bestimmt.

Weitere drei Mitglieder werden aufgrund freier Entscheidung des BMI bestellt. Bei diesen soll nach Auffassung von *Szymanski*¹⁶ „der Initiative des Innenministers Tür und Tor geöffnet bleiben.“ *Szymanski* erläutert die Bestellungsmodalitäten hinsichtlich dieser drei Mitglieder wie folgt: „Obwohl der Innenminister natürlich an die Vorschläge nicht wirklich gebunden werden durfte – hinsichtlich des Vorsitzenden und des Stellvertreters wohl, weil wir dort eine Verfassungsbestimmung

haben, aber hinsichtlich der übrigen Mitglieder nicht –, hat er sich dennoch in allen Fällen an diese Vorschläge gehalten und hat darüber hinaus die drei – sozusagen – ‚Hausposten‘ für den damals erst sich abzeichnenden nunmehrigen Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit, für den Leiter der Immigrationssektion im Innenministerium und für den Gendarmeriezentralkommandanten bestimmt.“

Bernd-Christian Funk, stellvertretender Vorsitzender des MRB, meint dazu: „Die Mitgliedschaft von nicht weniger als drei Angehörigen des Beirates, die der BMI ohne Vorschlag und daher, aus dem Hause‘ bestellt, transportiert eine nicht unmaßgebliche Möglichkeit der Einflussnahme auf die Ergebnisse der Beiratstätigkeit. Die Mitglieder aus dem Haus verfügen durchwegs über einen Vorsprung an Information und über eine institutionell begründete Autorität, die im Beirat gruppendynamisch transformiert und in Einfluss umgesetzt werden kann.“¹⁷

Abberufung der Beiratsmitglieder

Der BMI kann den Vorsitzenden, dessen Stellvertreter, die vom BK, vom BMJ und die von den fünf privaten gemeinnützigen Einrichtungen vorgeschlagenen Mitglieder (Ersatzmitglieder) jederzeit abberufen. Deren Abberufung hat schriftlich und begründet zu erfolgen.¹⁸ Welche Gründe eine Abberufung erlauben, ist gesetzlich nicht geregelt. Die drei „Haus“-Mitglieder können vom BMI sogar ohne Begründung abberufen werden. Wegen ihrer Unbestimmtheit widerspricht die Konstruktion elementaren Rechtsstaatsanforderungen. Zum Schutz vor Willkür ist die Abberufung von Beiratsmitgliedern durch den BMI verfassungskonform als Bescheid zu qualifizieren.¹⁹

Finanzielle Unabhängigkeit und äußerer Anschein

Nach § 15c Abs 5 SPG sind die zur Bewältigung der Aufgaben notwendigen Mittel vom BMI dem Beirat zur Verfü-

gung zu stellen. Dies bedeutet die völlige finanzielle Abhängigkeit des MRB vom BMI. Die dem MRB beigegebene Geschäftsstelle des MRB²⁰ ist in eine Abteilung beim BMI eingegliedert. Zumindest der äußere Anschein der Unabhängigkeit des MRB ist dadurch zweifelhaft.

Die Kommissionen

Ein wesentlicher Teil des Systems sind die Kommissionen, deren sich der Beirat bedient. Ihre Aufgabe ist die begleitende Überprüfung der Anhaltung von Menschen an Dienststellen der Sicherheitsexekutive und der Besuch jener Orte der Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch die Sicherheitsexekutive²¹. Die Kommissionen bestehen aus Experten, die vom Beirat beigezogen werden. Die Kommissionsmitglieder werden vom Beirat bestellt²². Das Bestellungsverhältnis wird durch Werkverträge ausgestaltet, in denen unter anderem die Entlohnung und der Kostenersatz sowie die Pflichten der Kommissionsmitglieder und die Rechte des Auftraggebers (BMI) geregelt werden. Die erste Tranche der Werkverträge endete mit Ende 2002 durch Zeitablauf, bevor neue Verträge ausgehandelt und abgeschlossen worden waren. Seitens des Ministeriums scheint an einer nahtlosen Fortsetzung der Arbeit der Kommissionen nur mäßiges Interesse bestanden zu haben, da die Verhandlungen über die neu abzuschließenden Verträge vom Ministerium sehr spät begonnen und erst im März 2003 abgeschlossen wurden.²³

Bestellung der Kommissionen mittels Werkvertrag

Abgesehen von der Verhandlungsführung erscheint die Vertragskonstruktion als solche fragwürdig. Der Bestand eines zivilrechtlichen Verhältnisses hängt vom Vertrauen der Vertragspartner ab. Dies setzt ein Handeln beider Vertragspartner auf gleicher Augenhöhe voraus. Nach den allgemeinen

¹⁴ Funktionsperiode von 3 Jahren, § 15 b Abs 1 SPG. § 2 Abs 1 MRB-GO.

¹⁵ § 15a Abs 2 SPG.

¹⁶ Siehe FN 9.

¹⁷ *Funk*, Der Menschenrechtsbeirat. Präsentation und erste Ergebnisse, ZfV 2001, 570.

¹⁸ § 15b Abs 2 SPG.

¹⁹ Bestimmtheitsgebot (Art 18 Abs 1 B-VG). Anderer Auffassung *Pöschl*, Der Menschenrechtsbeirat, JRP 2001, 47 FN 40, die keine Verletzung des Legalitätsprinzips sieht, da der MRB als bloß beratendes Organ berufen worden sei, seine Einrichtung durch bloß interne Verwaltungsmaßnahme möglich gewesen wäre und daher keine ge-

setzliche Determinierung erfordere. Durch Verwaltungsakt bestellte Beiratsmitglieder haben ein objektives Recht darauf, nur aus sachlichen, gesetzlich bestimmten Gründen abberufen zu werden. Mit der bloß beratenden Funktion des Beirates, dem sie angehören, hat das nichts zu tun.

²⁰ § 4 MRB-GO BGBl II 1999/395.

²¹ § 15c Abs 1 SPG.

²² § 15 Abs 2 MRB-GO BGBl II 1999/395.

²³ Die Fortführung und der Abschluss der Verhandlungen erfolgte unter dem neuen Vorsitzenden des MRB Dr. *Erwin Felzmann*, Präsident des Obersten Gerichtshofes in Ruhe, der am 6. 2. 2003 bestellt wurde.

Regeln des Privatrechts kann das Verhältnis bei groben Störungen dieser Vertrauensbeziehung („aus wichtigem Grund“) jederzeit aufgelöst werden. Ist einer der Vertragspartner der Kontrollierende und der andere der zu Kontrollierende, so kann eine ausgewogene Lösung nicht zustande kommen.

Ein beträchtliches Regelungsdefizit besteht auch hinsichtlich der Aufgabenerfüllung, der Dauer der Funktionsperiode, einer etwaigen Befristung, der Abberufungsmodalität und der Abberufungsgründe für die Mitglieder der Kommissionen, da sich weder im SPG noch in der Geschäftsordnung des MRB²⁴ darüber Regelungen finden.

Die Unabhängigkeit des Beirates und seiner Kommissionen sind durch die aufgezeigten Mängel in der Rechtskonstruktion (wie etwa das Schwergewicht des Auswahlrechts beim Innenminister, Unbestimmtheit bei den Abberufungsmöglichkeiten, verfassungsrechtlich bedenklich kurze Funktionsperiode bei den Kommissionsmitgliedern, Form der Bestellung der Kommissionsmitglieder, finanzielle und ressourcenmäßige Abhängigkeit des Beirates und der Kommission von der Organisation des Ministeriums) und Leistungsdefizite in der Praxis in Frage gestellt. Dies zeigt exemplarisch das lange Schweigen des Beirates im Fall eines Kommissionsmitgliedes, welches unter schwer wiegender Verletzung seiner Rechte aus Art 3 EMRK verhaftet wurde.²⁵ Eine ständige Bedrohung für die Unabhängigkeit geht auch davon aus, dass die Geschäftsstelle des MRB in die Organisation des BMI eingliedert und in dienstrechtlicher Hinsicht dem BMI unterstellt ist.

Das Ausmaß der Widersprüche wird deutlich, wenn man sich die Äußerungen des damaligen Bundesminister für Inneres, *Karl Schlögl* anlässlich der Beratungen²⁶ zur SPG-Novelle 1998 zur

Einführung des Menschenrechtsbeirates vor Augen hält: „Es war *nie* meine Aufgabe, mein Auftrag, ein unabhängiges Gremium zu schaffen. Ich habe nie behauptet, dass das mein Ziel sei. Es steht auch in keiner meiner Aussendungen, dass ich den Menschenrechtsbeirat als unabhängiges Gremium zur Feststellung von allfälligen oder tatsächlichen Missbräuchen innerhalb der österreichischen Exekutive einsetzen möchte.“

Einige Sätze später findet sich jedoch die Feststellung, dass der MRB ein Beratungsgremium des Innenministers sein solle, „das die Möglichkeit hat, unabhängig, ohne Weisung zu agieren (. . .) Allein die Zusammensetzung zeigt ja schon, dass diese Unabhängigkeit gewahrt ist.“

In der Zusammenschau erweist sich die Unabhängigkeit der Institution als rechtlich nicht besonders gut abgesichert, der Schutzmantel der Unabhängigkeit scheint sehr dünn zu sein.

4. Kontrolle als notwendige Bedingung

Die Beratungstätigkeit setzt die Kontrolltätigkeit zwingend voraus. Die beratende Tätigkeit des Beirates ist in § 15a SPG festgeschrieben. Ob der BMI den Beirat zur Beratung heranzieht, liegt im Ermessen des Ministers. Es besteht keine rechtliche Verpflichtung des Ministers, den Beirat anzuhören oder auf dessen Empfehlungen zu reagieren.²⁷

In § 1 der Geschäftsordnung des MRB²⁸ wird ausgeführt, dass der Beirat zur Erfüllung seiner Aufgaben zu beobachten, zu evaluieren, zu besuchen, zu überprüfen, sich zu äußern habe. Die Kontrolltätigkeit erfordert eine noch größere Gewähr der Unabhängigkeit, um zumindest den Anforderungen des CPT zu entsprechen.

5. Resümee

In seiner derzeitigen Form leidet der Menschenrechtsbeirat an Konstruktionsmängeln. Dessen ungeachtet kann das Gremium funktionieren, wenn und solange alle Akteure die Ziele wirklich erreichen wollen.

Trotz aller Schwierigkeiten ist die Arbeit des Menschenrechtsbeirates und seiner Kommissionen beeindruckend. Wichtige strukturelle Maßnahmen sind angeregt und umgesetzt worden.²⁹ Anhalteorte und polizeiliche Großsinsätze sind von den Kommissionen und Delegationen wirksam kontrolliert und überwacht worden³⁰.

Der Gesetzgeber sollte den MRB aus der ministeriellen Umklammerung lösen, eine wirksame, finanziell und personell unabhängige Kontrollinstanz schaffen, die über den Weg der obligatorischen Berichterstattung und über institutionalisierte Anhörungsrechte des BMI die Umsetzung der bei den Kontrollen durch die Kommissionen und Delegationen festgestellten strukturellen Mängel in der Organisation des Ministeriums beseitigen hilft und somit tatsächlich Kontroll- und Beratungsorgan in einem ist.

Bis zu einer gesicherten Institutionalisierung und Etablierung des Menschenrechtsbeirates und seiner Kommissionen als „Rechnungshof für Menschenrechte“ ist noch ein weiter Weg.

Mag^a. Gerda Marx ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

²⁴ BGBl II 1999/395.

²⁵ UVS-02/13/9595/2001/85, Büilent Öztoplu; bemerkenswert erscheint auch, dass Verhaftungsgrundlage ein im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschriebener ausländischer Haftbefehl war und kein nationaler richterlicher Haftbefehl erging.

²⁶ 182 StProtNR 20. GP, 147.

²⁷ Die Einräumung eines obligatorischen Anhörungsrechts würde die Unabhängigkeit und das Gewicht des Beirates stärken.

²⁸ BGBl II 1999/395.

²⁹ Siehe veröffentlichte Berichte zu den Themenschwerpunkten: „Problemabschiebungen“, „Minderjährige in Schubhaft“, zu den menschen-

rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der „Anhaltung von Frauen durch Organe der Sicherheitsexekutive“, zum Problem der „Information von angehaltenen Personen“, zur medizinischen Betreuung von angehaltenen Personen; Stellungnahme des MRB zu den Richtlinien des BMI für die Bundesbetreuung hilfsbe-

dürftiger Asylwerber einschließlich der Aufnahme in das „Notquartier“; www.menschenrechtsbeirat.at/index_berichte.html.

³⁰ Siehe Anhang zu den Berichten des Menschenrechtsbeirates; www.menschenrechtsbeirat.at.

Das Konventsmodell

Organisationsrecht zwischen Pragmatismus und Transparenz

Konrad Lachmayer

1. Einleitung

Die Europäische Union steht an einem entscheidenden Wendepunkt. Die weitere Entwicklung des europäischen Integrationsprojektes hängt davon ab, ob einige zentrale Problemstellungen gelöst werden. Der Vertrag von Nizza hat diesbezüglich einen Schritt in die richtige Richtung gebracht, einige grundsätzliche Fragestellungen aber nicht gelöst. Der Europäische Rat in Laeken betraute einen Zukunftskonvent mit der Aufarbeitung dieser Grundsatzfragen, die durch den zu erzielenden politischen Konsens die Europäische Union zu einer neuen Stufe der Integration führen soll.¹ Am 20. Juni 2003 hat dieser Konvent den „Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa“ dem Europäischen Rat auf seiner Tagung in Thessaloniki überreicht.

Die vorliegenden Herausforderungen sind groß: Die bevorstehende EU-Osterweiterung bedeutet beinahe eine Verdoppelung der Unionsmitglieder; die organisatorischen und finanziellen Strukturen bedürfen daher einer umfangreichen Anpassung. Die bestehenden Defizite der Europäischen Union werden durch diesen Anpassungsdruck noch prägnanter und bedürfen daher umso mehr einer Verbesserung bzw. Neustrukturierung.

Das Ziel europäischer Integration wird neben der wirtschaftlichen immer mehr durch Aspekte politischer und

rechtlicher Integration ergänzt. Die rechtliche Stellung der Europäischen Union soll auf eine Ebene mit eigener Rechtspersönlichkeit und Verfassung gehoben werden. Dies erfordert aber auch eine vielfach geforderte Erhöhung der demokratischen Legitimation der Europäischen Union, mehr Bürgernähe und Transparenz.

Am 28. Februar 2002 hat sich der Europäische Konvent in Brüssel unter seinem Präsidenten *Valéry Giscard d'Estaing* konstituiert. Der Konvent besteht aus 66 (Voll-)Mitgliedern, sowie 39 weiteren Vertretern aus den Bewerberländern. Bei den Mitgliedern des Konvents handelt es sich um den Präsidenten des Konvents, seine zwei Stellvertreter sowie fünfzehn Regierungsvertreter, dreißig (nationale) Parlamentsmitglieder, sechzehn Mitglieder des Europäischen Konvents und zwei Kommissionsvertreter. Abgesehen davon sind 13 Beobachter nominiert.² Für jedes Konventsmitglied wurde ein stellvertretendes Mitglied bestellt.

Das wiederholte Vorgehen in Form des Konventmodells ist auf die Bewährung dieser Organisationsform der Entscheidungsvorbereitung im Rahmen der Grundrechtscharta zurückzuführen.³ Die Einigung durch ein derart umfassendes kollegiales Vorbereitungsorgan hat sich als politisch erfolgreich erwiesen. Die mit dem Europäischen Konvent verbundenen Aufgaben sind aber wesentlich umfassender und diffiziler als die des Grundrechtskonvents.

Das Konventsmodell wurde daher erneut auf eine Probe gestellt. Besteht es diese, kann sich das Modell kollegialer Vorberatung möglicherweise auch als ein Zukunftsmodell für Vertragsrevisionen der Europäischen Union in Ergänzung zu intergouvernementalen Regierungskonferenzen erweisen.⁴ Insoweit erscheint nicht nur die Zusammensetzung des Europäischen Konvents von Interesse, sondern auch dessen Organisation und Funktionsweise.

2. Internes Konventsverfahren

Der Konvent hat auf Grund eines Vorschlages des Präsidiums eine Geschäftsordnung (bzw. Note mit Arbeitsmethoden) des Europäischen Konvents beschlossen⁵ und damit vor allem prozedurale Regeln für den Konvent aufgestellt. Die Arbeitsmethoden wurden im März 2002 noch einer generellen Revision unterzogen, nachdem am Vorschlag des Präsidiums Kritik laut geworden war, dieser gebe den Konventsmitgliedern nicht entsprechende prozedurale Gestaltungsmöglichkeiten. Man einigte sich darauf, dass „die Arbeitsmethoden flexibel, pragmatisch und im Geiste der Offenheit angewandt würden.“⁶

Der Konvent wird vom Vorsitzenden mit Zustimmung des Präsidiums einberufen;⁷ ebenso – im Sinne des Kollegialprinzips – ist auf schriftlichen Antrag einer signifikanten Zahl von Konventsmitgliedern eine Einberufung des Konvents möglich.⁸ Als Tagungsort sind die Räumlichkeiten des Europäischen Parlaments in Brüssel festgelegt.⁹

Die vorläufigen Tagesordnungspunkte werden vom Präsidium des Konvents erstellt und dem Konvent zur Annahme vorgelegt.¹⁰ Ein von Mitgliedern des Konvents vorgeschlagener Punkt ist jedenfalls ab einer signifikanten Mitgliederanzahl aufzunehmen. Die Leitung der Tagungen obliegt dem

¹ Vgl die Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union. Siehe auch *Wessels*, Der Konvent: Modelle für eine innovative Integrationsmethode, *Integration* 2002, 86; *Göler*, Der Gipfel von Laeken: Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung? *Integration* 2002, 107; *Hummer*, Die Zukunft der EU – Staatenbund oder Bundesstaat?, *Verfassungsentwürfe vor und im „Post-Nizza-Prozess“*, Die Union 2002, H 3, 33.

² Jeweils drei vom Wirtschafts- und Sozialausschuss sowie von den europäischen Sozialpartnern; sechs vom Ausschuss der Regionen und der Europäische Bürgerbeauftragte.

³ *Iber*, Der Status der Grundrechtscharta im Gemeinschaftsrecht: Derzeitige Verbindlichkeit und Zukunftsperspektiven der Charta – insbesondere im Verfassungskonvent, *ZEuS* 2002, 496.

⁴ Die Methode eines Konvents als Mechanismus zur Vorbereitung künftiger Vertragsänderungen

wurde von der Arbeitsgruppe „Einzelstaatlicher Parlamente“ für eine förmliche Aufnahme in einen künftigen Verfassungsvertrag empfohlen, *CONV* 353/02.

⁵ *CONV* 3/02; 9/02, 14/02. Die Dokumente des Europäischen Konvents finden sich auf der Konventhomepage: <http://european-convention.eu.int/>

⁶ *CONV* 14/02.

⁷ Art 1 GO.

⁸ Dies aber erst nach einer von Mitgliedern des Konvents geforderten Überarbeitung. Vgl *CONV* 9/02.

⁹ Art 10 GO. Der Konvent tagte im ersten Halbjahr 2002 circa ein bis zwei ganze Tage im Monat und zunehmend zwei bis vier Tage im zweiten Halbjahr 2002. Dazwischen fanden jeweils Sitzungen des Präsidiums statt. Im ersten Halbjahr 2003 hat sich die Anzahl der Tagung wiederum auf ein bis zwei ganze Tage im Monat reduziert. *CONV* 2/02, *CONV* 59/02, *CONV* 262/02.

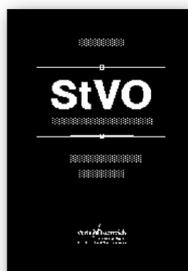
¹⁰ Art 2 GO.

Vorsitzenden des Konvents bzw seinen Stellvertretern.¹¹ Der Vorsitzende sorgt für den ordnungsgemäßen Ablauf der Beratungen und berücksichtigt dabei die von den Mitgliedern des Konvents zum Ausdruck gebrachten Ansichten, in dem er unter anderem so weit wie möglich Sorge dafür trägt, dass die Vielfalt der im Konvent vertretenen Auffassungen in den Beratungen ihren Niederschlag finden.¹²

Die Willensbildung im Konvent erfolgt durch Konsens der Konventsmitglieder, wobei sich aus den Beratungen des Konvents mehrere unterschiedliche Optionen ergeben können. Stimmrechte haben aber – außer im Falle der Vertretung – nur „echte“ Konventsmitglieder. Die Vertreter der Bewerberstaaten nehmen in vollem Umfang an den Arbeiten und den Beratungen des Konvents teil. Allerdings können die Vertreter der Bewerberstaaten das Zustandekommen eines Konsenses nicht verhindern.¹³ Entscheidend ist also der Konsens der Mitglieder und nicht bestimmte Abstimmungsquoten. Die Übereinstimmung aller zu erzielen, ist für ein Kollegialorgan dieser Größe und dieser vielfältigen Besetzung an sich sehr schwierig. Durch intensive Detailberatungen und den Abschlussdruck, einen konsentierten Verfassungsvertrag bis zum Sommer 2003 zu erstellen, aber die Zustimmung aller zu einem vorliegenden Verfassungsvertrag möglich. Der Konsensdruck wird scheinbar durch die Vorgabe aus Laeken relativiert, da ein Abschlussdokument auch verschiedenen Optionen offen lassen kann. Je weniger Konsens aber im Konvent gefunden werden kann, umso größer bleibt der Spielraum für die nachfolgende Regierungskonferenz. Dies widerspricht aber wiederum der Funktion des Konvents, nämlich der Erstellung eines (vollständigen) Verfassungsvertrages.

In den Verfahrensbestimmungen der Geschäftsordnung stößt man immer wieder auf den Terminus „signifikante Anzahl“ von Mitgliedern. Für unterschiedliche Anträge ist eine signifikante Anzahl von Mitgliedern notwendig; diese wird vom Präsidium festge-

Grubmann - Kraftfahrrecht



Straßenverkehrsordnung, Bd. 1

Die oftmalige Novellierung der Straßenverkehrsordnung (nunmehr in der Fassung der 20. Novelle) macht eine übersichtliche Darstellung der StVO und der dazu erlassenen Verordnungen notwendig. Es wurden die StVO, 18 Verordnungen und beinahe vollständig die Judikatur wiedergegeben.

Bd. 1, StVO, 1.072 Seiten, geb.

Stand: Juli 1999

€ 116,13, 3-7046-0738-X



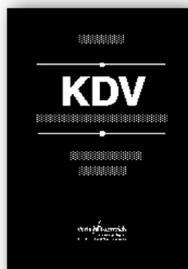
Kraftfahrzeuggesetz, Bd. 2

Umfangreicher Kommentar mit den Erkenntnissen der Höchstgerichte, Erlässen und Rechtsauskünften der Bundesministerien. Weiters finden sich alle Bundesgesetze, die das KFG geändert haben, in chronologischer Reihenfolge. Mit den EG-Verordnungen zum EG-Kontrollgerät und den gesetzlichen Bestimmungen für die Privatisierung der Kfz-Zulassung.

Bd. 2, KFG, 930 Seiten, geb.

Stand: August 2000

€ 108,86, 3-7046-1622-2



Kraftfahrzeuggesetz-Durchführungsverordnung, Bd. 3

Der Teil III des "Kraftfahrzeuggesetzes" widmet sich der Kraftfahrzeuggesetz-Durchführungsverordnung sowie anderen kraftfahrrechtlich relevanten Verordnungen und einem Überblick über die Kraftfahrzeugssteuer, die motorbezogene Versicherungssteuer und die Normverbrauchsabgabe.

Der vorliegende Teil III gliedert sich in vier Abschnitte:

- Kraftfahrzeuggesetz-Durchführungsverordnung
- Änderungen der KDV in chronologischer Reihenfolge
- Abgabenrecht
- Anhänge

Bd. 3, KDV, 656 Seiten, geb.

Stand: Jänner 2003

€ 106,-, 3-7046-3949-4

VERLAG ÖSTERREICH
VORMALS VERLAG DER K.U.K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

stellt. Es drängt sich daher die Frage auf, wann eine signifikante (bedeutende) Anzahl an Konventsmitgliedern vorliegt. Bei einem Antrag im Juli 2002 haben 18 Konventsmitglieder zur Qualifikation als signifikante Anzahl erreicht.¹⁴ Diesbezüglich ist festzuhalten, dass dabei bloß neun Vollmitglieder und weitere neun stellvertretende Mit-

glieder den Antrag unterzeichnet haben.¹⁵ Aus dieser Zahl lässt sich aber nur insoweit etwas ableiten, als diese als ausreichend qualifiziert wurde. Eine Untergrenze stellt sie damit nicht dar.

Im Sinne der generellen Vorgabe, die Arbeitsmethoden flexibel, pragmatisch und im Geiste der Offenheit anzuwenden, ist anzunehmen, dass mit der

¹¹ Art 6 Abs 1 GO.

¹² Art 6 Abs 7 GO.

¹³ Art 6 Abs 4 GO.

¹⁴ CONV 181/02. Vgl Rack/Fraiß, Der Konvent zur Zukunft Europas – ein neues Modell demokratischer Entscheidungsfindung, JRP 2002, 222.

¹⁵ Eine Differenzierung zwischen Vollmitgliedern und stellvertretenden Mitgliedern wird diesbezüglich offensichtlich nicht vorgenommen.

gewählten Formulierung bewusst keine Quantifizierung vorgenommen wurde. Es erscheint daher auch sinnwidrig mit einer Interpretation des Ausdrucks „signifikant“ eine konkrete Anzahl feststellen zu wollen. Ganz im Gegenteil: Ziel ist es, bestimmte Entscheidungen den Konventsmitgliedern zu überlassen. Es soll sich dabei weder um eine Mehrheit handeln müssen, noch sollen ein paar wenige Mitglieder die beschriebenen Möglichkeiten besitzen. Ob diese Rechte einem Viertel oder einem Drittel der Mitglieder zustehen, ist nicht entscheidend. Eine „flexible“ bzw. „pragmatische“ Interpretation der zahlenmäßige Unbestimmtheit lässt aber auch fragen, ob mit Signifikanz nicht auch andere Aspekte als die Quantität der Befürworter gemeint waren, wie zB die politische Breite der befürwortenden Mitglieder oder die Anzahl der damit fordernden Institutionen bzw. Staaten.

3. Konventsorganisation

Organisatorisch betrachtet zeigt sich eine dreifache Kollegialstruktur des Konvents. Das Plenum des Konvents, das aus 66 (voll)stimmberechtigten Mitgliedern besteht, ist als kollegiales Beratungsorgan sehr groß. Insoweit findet sich neben dem Plenum auch das Präsidium,¹⁶ das teilweise typische Aufgaben des Vorsitzenden eines Kollegialorgans übernommen hat, zum Teil auch Funktionen des Plenums übernimmt. Die Beratung findet in Form von Plenartagungen statt. Diese werden vom Präsidium organisiert. Vorschläge werden entwickelt, Tagesordnungspunkte festgelegt, die Ergebnisse der Sitzungen wiederum zusammengefasst und neuerlich Vorschläge vorbereitet. In diesem Rahmenprozess wird durch das Präsidium aber auch eine inhaltliche Konkretisierungsfunktion übernommen, Alternativen werden ausgeschieden, Ergebnisse zusammengefasst und weiterentwickelt. Inhaltliche Auswahl und sprachliche For-

mulierungen sind daher primäre Aufgaben des Präsidiums. In einem derart großen Kollegialorgan wie dem Plenum ist eine kleinere organisatorische Einheit, das Präsidium, notwendig, die operativ tätig wird. Die Sitzungen des Präsidiums werden vom Vorsitzenden oder, in dessen Abwesenheit von einem der beiden stellvertretenden Vorsitzenden geleitet. Das Präsidium hätte seine Arbeitsmethoden auf Vorschlag des Vorsitzenden festlegen können,¹⁷ wozu es aber nicht gekommen ist. Dem Plenum käme es zu, die vielfältigen Vorschläge für die einzelnen Themen zu beraten und zu versuchen, einen Konsens zu finden. Aber auch für diese Aufgaben sind zum Teil kleinere kollegiale Gremien notwendig.

Der Vorsitzende oder eine signifikante Zahl von Mitgliedern kann auf der Grundlage der im Konvent geäußerten Auffassungen empfehlen, dass das Präsidium Arbeitsgruppen einsetzt. Mandat, Arbeitsmodalitäten und Zusammensetzung der Arbeitsgruppen werden vom Präsidium festgelegt. Jedes Mitglied des Konvents kann an sämtlichen Sitzungen einer Arbeitsgruppe teilnehmen.¹⁸

Die Größe des Konvents sowie die Problematik, konstruktive Beratungen in einem kleineren Kreis zu führen, haben zur Bildung von Arbeitsgruppen beigetragen. „Damit die Arbeitsgruppen effizient arbeiten können, sollten sie sich im Idealfall aus 20–25 Mitgliedern zusammensetzen, wobei die verschiedenen Komponenten des Konvents selbstverständlich vertreten sein sollten und auch alle anderen Mitglieder des Konvents an den Sitzungen teilnehmen können.“¹⁹ Das Präsidium hat die Arbeitsgruppen zusammengesetzt, wobei das „für die Zusammensetzung der Arbeitsgruppen ausschlaggebende Kriterium der Sachverstand, und zwar gleichermaßen der Mitglieder, der stellvertretenden Mitglieder und der Beobachter, war.“²⁰ „Aufgabe der Arbeitsgruppen sei es, bestimmte Fragen zu vertiefen, die

im Anschluss an bzw für die Aussprachen im Plenum festgelegt würden, und dem Konvent einen Bericht mit möglichen Lösungen zu unterbreiten. Allgemeine politische Fragen würden weiterhin im Plenum erörtert.“²¹ Die Ausrichtung der Arbeitsgruppen ist daher sehr vom Präsidium beeinflusst. Das Ergebnis der Arbeitsgruppen wiederum stellt das nötige Diskussionspotential für das Plenum zur Verfügung, aus dem wiederum das Präsidium die entscheidenden Aspekte für den Verfassungsvertrag wählen kann.

Die ersten Arbeitsgruppen wurden im Mai 2002 eingesetzt,²² um „dem doppelten Ziel gerecht zu werden, zum einen, bestimmte Einzelfragen zu vertiefen und zum anderen, den Konventsmitgliedern eine Sacharbeit zu ermöglichen, die im Plenum nicht erfolgen kann.“²³ Während durch die Plenartagung im Juli 2002 die erste Phase des Konvents (Anhörungsphase) abgeschlossen wurde,²⁴ sind auf Vorschlag des Präsidiums vier weitere Arbeitsgruppen eingerichtet worden. „Dem Konvent würden dann zehn ‚Bausteine‘ vorliegen, die die Schlüsselemente für die dritte Phase seiner Arbeiten darstellen würden, in der er Vorschläge für Rechtstexte prüfen werde.“²⁵

Diese zehn Arbeitsgruppen (Subsidiaritätsprinzip, Integration der EU-Grundrechtscharta, Rechtspersönlichkeit, Nationale Parlamente, Ergänzende Zuständigkeiten, Wirtschaftliche und finanzielle Zusammenarbeit, Außenbeziehungen, Sicherheits- und Verteidigungspolitik, Rechtssetzungsverfahren und Rechtsakte, Freiheit, Sicherheit und Recht) tagten über den Sommer und haben zwischen September und Dezember 2002 ihre Schlussberichte dem Plenum vorgelegt. Die Einrichtung einer elften Arbeitsgruppe „Soziales Europa“ geht auf einen Antrag von Konventsmitgliedern zurück, die das Präsidium auf die Notwendigkeit des Aufbaus eines sozialen Europa aufmerksam gemacht haben.²⁶ Die Ar-

¹⁶ Das Präsidium besteht aus dem Präsidenten *Valéry Giscard d'Estaing*, den zwei Stellvertretern *Giuliano Amato* und *Jean-Luc Dehaene* sowie aus drei Vertretern der Regierungen, die während des Konvents den Ratsvorsitz innehaben und je zwei Vertretern der nationalen Parlamente, des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kom-

mission, insgesamt also aus zwölf Mitgliedern.

¹⁷ Art 6 Abs 8 GO.

¹⁸ Art 15 GO.

¹⁹ CONV 52/02.

²⁰ Vgl in diesem Zusammenhang CONV 55/02, in dem einige Konventsmitglieder eine andere Beurteilung der Frage des Vorsitzes in den Arbeitsgruppen vorschlugen.

Dies wurde vom Präsidium aber abgelehnt.

²¹ CONV 97/02.

²² CONV 51/02.

²³ CONV 52/02.

²⁴ Vgl zur bisherigen Entwicklung auch *Rack/Fraijß*, JRP 2002, 219.

²⁵ CONV 200/02; zur Einsetzung der Arbeitsgruppen vgl CONV 206/02. siehe dazu *Rack/Fraijß*, Die Verfas-

sung für Europa – Königsweg zu einem europäischen Sozialmodell? *juridikum* 2003, H 1, 10.

²⁶ Arbeitsgruppe „Soziales Europa“, CONV 300/02; CONV 300/02 COR 2. siehe dazu *Rack/Fraijß*, Die Verfassung für Europa – Königsweg zu einem europäischen Sozialmodell? *juridikum* 2003, H 1, 10.

beitsgruppe konnte bis Anfang Februar 2003 ihren Abschlussbericht vorlegen.²⁷ In weiterer Folge wurden auch Arbeitskreise eingerichtet, die in kleinerer Zusammensetzung schneller bestimmte Bereiche diskutierten.²⁸

Abschließend wurden im Frühjahr 2003 Aussprachen über die vorgeschlagenen Vertragsteile in Form von Plenartagungen durchgeführt.

4. Öffentlichkeit

Die Einbeziehung der Zivilgesellschaft schien von Anfang an ein wichtiges Anliegen, um dem Konvent zusätzliche demokratische Legitimation zu geben. Die Form der Einbeziehung bestand vor allem²⁹ in einem Forum der Zivilgesellschaft. In diesem wurde die organisierte Zivilgesellschaft in Form von NGOs, Sozialpartnern und Interessenvertreter aller Art eingebunden,³⁰ die versuchten, den Standpunkt einzelner (Interessen-)Gruppen hervor zu streichen. Auch ein Jugendkonvent tagte am 10. Juli 2002 in Brüssel.³¹ Die am 24. und 25. Juni 2002 stattgefundenen Tagung,³² bei der innerhalb zweier Tage mehrere hundert Organisationen als: Repräsentantinnen der Zivilgesellschaft eingebunden wurden, erscheint bei dieser Quantität als eine geringe Berücksichtigung der Interessen der sog Bürgergesellschaft. Insoweit wurde an der Behandlung der Zivilgesellschaft auch Kritik laut; es sei kein richtiger Dialog entstanden und es seien die vorgetragenen Vorschläge somit auch nicht berücksichtigt worden. Damit wird aber die Chance einer indirekten, aber sehr breiten Kommunikation mit der europäischen Bevölkerung nicht ergriffen.³³

Die Öffentlichkeit der Abläufe im Konvent wurde auch durch das Internet hergestellt. Die Konventshomepage: <http://european-convention.eu.int/> stellt nicht nur die Organisation des Konvents vor, sondern stellt alle Dokumente des

Konvents sowie die Beiträge der Konventsmitglieder zur Verfügung. Jeder Interessierte kann mit einer kurzen zeitlichen Verzögerung die Entwicklungen des Konvents verfolgen. Die mit dieser Homepage durchgeführte Transparenz stellt in anderen europäischen aber auch nationalen Institutionen einen noch anzustrebenden Zustand dar.

Die Einbeziehung von Interessengruppen sowie die Transparenz dienen auch demokratischen Legitimationsbedürfnissen und versuchen, die europäische Bevölkerung verstärkt in den Konventsprozess einzubeziehen. Damit verbunden wird eine Identifikation mit dem entstehenden Verfassungsentwurf angestrebt. Die demokratische Legitimation ist im Vergleich zu anderen europäischen Institutionen sehr hoch. Sämtliche nationalen Parlamente aber auch das europäische Parlament sind mit Vertretern beteiligt. Demokratiepolitisch interessant erscheint auch das Konsensmodell. Es werden also nicht durch Mehrheiten Akzente gesetzt, sondern soweit als möglich konsensfähige Kompromisse für alle gesucht.

Eine Relativierung demokratischer Legitimationsfragen erfährt das Konventsmodell durch seinen vorberatenden Charakter aber nur bedingt. Die Ergebnisse der Beratungen fließen in einen Entwurf ein, der abgesehen von der Möglichkeit nicht konsensfähiger Alternativen ein abgeschlossenes Produkt darstellt. Dieses wird dann in einer Regierungskonferenz der entscheidenden intergouvernementalen Willensbildung unterzogen. Im Gegensatz zu typischen kollegialen Vorberatungen soll dieses „Paket“ nicht mehr „aufgeschnürt“ werden. Die Regierungskonferenz ist zwar rechtlich ermächtigt, inhaltliche Änderungen vorzunehmen, dies würde aber den Konsensprozess des Konvents ad absurdum führen. Nur der vom Konvent als Verfassungsvertrag vorgeschlagene

Text ist konsentiert. Die Regierungskonferenz kann also den Vorschlag des Konvents annehmen oder ablehnen. Der politische aber auch sachliche Druck der mit einer Ablehnung durch einen Staat verbunden ist, zeigt aber die Verbindlichkeit der Konventsempfehlung und damit die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation.

5. Ausblick

Das Erfolg versprechende Konventsmodell hat auch zu einer innerstaatlichen Diskussion geführt, inwieweit nicht auch in Österreich die reformbedürftige Bundesverfassung durch ein derartiges kollegiales Beratungs-, Koordinierungs- und Konsensorgan neu strukturiert werden könnte, um den geänderten Gegebenheiten³⁴ besser entsprechen zu können.³⁵ Der sog „Österreich-Konvent“ ist am 30. Juni 2003 unter dem Vorsitz von Rechnungshofpräsident *Franz Fiedler* zusammentreten.³⁶

Kollegiale Beratung vor Erstellung von Gesetzen bzw Kommissionen für Verfassungsänderungen sind in Österreich nichts Ungewöhnliches, auch der Kreis der Beteiligten nicht. Vertreter des Parlaments, der Regierung sowie der Länder arbeiten auch heute schon in zahlreichen beratenden Kollegialorganen zusammen. Das (europäische) Konventsmodell unterscheidet sich jedoch von den bisherigen Strukturen kollegialer Beratung in seiner personellen Größe und vor allem dem vorgegebenen Ziel, einer grundlegenden Neustrukturierung der Verfassung. Um ein solches Ziel zu erreichen, bedarf es aber neben einem tauglichen Organisationsmodell vor allem eines politischen Reformwillens aller beteiligten Kräfte.

Dr. Konrad Lachmayer ist Vertragsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

27 CONV 516/1/03 REV 1.

28 So wurden ein Arbeitskreis betreffend den Gerichtshof, betreffend das Haushaltsverfahren und betreffend die Eigenmittel eingerichtet. Vgl zB CONV 612/03.

29 Es wurden aber auch einzelstaatliche Debatten geführt, vgl CONV 49/02.

30 Am 24. und 25. Juni 2002 wurde die „Bürgergesellschaft“ zu „offenen Tagen“ in den Konvent geladen. CONV 167/02.

31 CONV 205/02.

32 CONV 117/02, CONV 120/02.

33 *Heuser*, Die Union 2002, H 3, 102 f.

34 Vgl zu den aktuellen Entwicklungen im Staat, *Bußjäger*, Jenseits des Politischen (2002) 17 ff, 27 ff.

35 Vgl dazu die Aussagen von *Kohl*, in Die Presse, Europa Konvent: Österreich Konvent, 4. 1. 2003. AA *Raschauer*, in Die Presse, Experte: Alle Macht dem Bund, 13. 1. 2003.

36 Neben *Franz Fiedler* als Vorsitzendem gehören dem Konvent 21 Vertreter der Parteien bzw. des Parlaments sowie 18 Vertreter der Bundesländer an. Außerdem sind sechs Regierungsmitglieder, vier Mitglieder der Höchstgerichte, neun Fachleute aus Verwaltung und Forschung, vier Sozialpartnervereiner, je zwei Vertreter von Städte- und Gemeindebund sowie je ein Vertreter der Volksanwaltschaft, der Industriellenvereinigung und der Kammer der Freien Berufe im

70 Personen umfassenden Konvent vertreten. Zum Thema Österreich-Konvent, vgl *Eberhard*, Der „Österreich-Konvent“: was kann er leisten? JRP 2003, 123.

Der Strich durch die Rechnung

Matthias C. Kettemann

Geteilt, gespalten, polarisiert. Das Auftreten der EU könnte kakophonischer nicht sein. Doch ist fehlende Koordination sanktionierbar? Rechtspolitische Überlegungen auf Basis des EU-Vertrages.

Das Lavieren der intellektuellen und politischen Eliten im alten (und neuen) Europa im Vorfeld des Irak-Krieges hat die Skeptiker beiderseits des Atlantik bestärkt: Zwischen *Eurowimps* und Kriegstreibern, zwischen jenen, die „eine gute Gelegenheit zum Schweigen verpasst haben“, und den wieder erwachten *Peaceniks* gehen die Ideen und Ideale europäischer Solidarität und kontinentaler Koordination verloren. Könnte die *rule of law*, die Härte des EU-Vertrages, Abhilfe schaffen?

Angriffspunkte

1. Art 19 Abs 1 Satz 1 des EU-Vertrages normiert, dass die Mitgliedstaaten ihr Handeln in internationalen Organisationen und auf internationalen Konferenzen „koordinieren“. Gemäß Satz 2 leg cit treten sie in diesem Rahmen für „gemeinsame Standpunkte“ ein. Die diplomatischen und politischen Verwicklungen der letzten Monate haben zu vielen Fragen, Widersprüchen und Diskussionen geführt. Eines ist aber wohl unbestreitbar: Koordiniert in Sinne des Art 19 Abs 1 Satz 1 EUV war die Vorgehensweise der Mitgliedstaaten nicht. Und von „gemeinsame[n] Standpunkte[n]“ nach Satz 2 leg cit waren sie auch weit entfernt.

2. Art 19 Abs 2 Satz 2 EUV legt fest, dass „die Mitgliedstaaten, die auch Mitglieder des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen sind“, sich „abstimmen“ und „die übrigen Mitgliedstaaten in vollem Umfang unterrichten.“ Fest steht auch, dass sich die Mitgliedstaaten (Deutschland, Frankreich, Vereinigtes Königreich), die auch Mitglieder des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen sind, nicht abgestimmt haben.

3. Art 19 Abs 2 Satz 3 EUV legt fest, dass „die Mitgliedstaaten, die ständige Mitglieder des Sicherheitsrats sind“, sich bei „der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unbeschadet ihrer Verantwortlichkeit aufgrund der Charta der Vereinten Nationen für die Standpunkte und Interessen der Union einsetzen“. Fest steht schließlich, dass auch dies nicht geschehen ist. Zwischen den geostrategischen Positionen des Elysée-Palastes und der Downing Street lag und liegt mehr als der Ärmelkanal.

Denkanstöße

Europa weiß, dass jeder Mitgliedstaat zur Vertragstreue hinsichtlich der Vorschriften des EUV verpflichtet ist. Aus dieser Erkenntnis lassen sich mehrere Fragen formulieren: Begründet Art 19 Abs 1 EUV in concreto eine Koordinationspflicht? Und wenn ja, ist diese im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens durchsetzbar? Anders formuliert: Könnte die Kommission gem Art 226 EGV oder ein Mitgliedstaat gem Art 227 EGV ein Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen Art 19 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 EUV einleiten? Und wenn ja, gegen wen? Weiters: Haben im Falle eines kollektiven Nicht-Koordinierens nicht alle Mitgliedstaaten die einschlägigen EUV-Bestimmungen verletzt? Zusätzlich: Unter der Annahme, dass jene Mitgliedstaaten, die Mitglieder des UN-Sicherheitsrates sind, sich nicht für die Standpunkte und Interessen der Union eingesetzt haben, könnte gegen sie ein Verfahren gem Art 226 und Art 227 EGV eingeleitet werden?

Bejaht man diese Fragen und denkt sie konsequent zu Ende, kommt man zu einem realpolitisch problematischen, aber dennoch faszinierenden Ergebnis – verfahrenstechnische Aspekte und juristische Herrscherhaftungsdiskussionen einmal außer Acht gelassen. Man stelle sich vor: Gerhard Schröder neben Tony Blair vor dem Europäischen Gerichtshof; José María Aznar und Jacques Chirac, die ihre Standpunkte rechtfertigen müssen

– das schon im Mittelalter übliche Postulat der unmittelbaren Verantwortlichkeit der politischen Führer ultimativ umgesetzt. Doch leider: Nicht einmal dreißig Artikel hält die Idee. Bereits Art 46 EUV macht den europäischen Bürgern einen Strich durch die Rechnung, indem die relevanten Artikel über Umwege der nachprüfenden Kontrolle durch den Luxemburger Gerichtshof enthoben werden.

Zukunftspläne

Das bedeutet: Vertragsverletzung ohne Verfolgungshandlung und Nicht-Koordination ohne Konsequenz. Doch nicht nur der EuGH, auch das Team um Romano Prodi verzichtet im koordinatorschen Zusammenhang auf Powerplay. Auf eine österreichische Anfrage im Gefolge der Sanktionen bestätigte die Kommission in einem Schreiben vom 16. April 2000, dass sich ihre Rolle als „Garant der Verträge“ nicht auf Art 19 EUV erstreckt, da dieser nicht der Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs unterfalle.¹ Dogmatisch zweifellos vertretbar, aber dennoch ein europarechtlicher Zirkelschluss, der dem Geist und Körper des Europa von morgen schadet. Gefragt ist jetzt der Konvent, der in dieser Frage seine Initiativstärke beweisen kann. Und sei es, um dem Gerichtshof Fälle zu bescheren, die in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen werden. Mit *Costa/E.N.E.L.*, *Van Gend & Loos* und *Cassis de Dijon* lassen sich bekanntlich weder *Starmania*-Quoten erzielen noch ein verstärktes Europa-Gefühl schaffen. Trotz *E.N.E.L.s* elektrisierendem Potenzial.

Bevor aber der Konvent im Wald der Verfassungsdiskussion die Bäume der realen Wünsche und Bedürfnisse der Europäer nicht sieht, muss er eine Frage beantworten. Wer definiert die „Interessen der Union“? Die Kommission, die sich verweigert? Der Rat, der vertragsbedingt meist Minimalkonsense schafft? Das machtpolitisch unterversorgte Parlament als Vertreter der europäischen Bürgerinnen und Bürger? In jedem Fall: Monsieur Giscard d'Estaing, ich fordere eine Antwort. Und viel mehr noch: einen Prozess.

Matthias C. Kettemann studiert Rechtswissenschaften an der Karl-Franzens-Universität Graz.

¹ Zitiert auf http://www.parlinkom.gv.at/pd/pm/XXI/AB/texte/010/AB01031_doc, 2. April 2003.

§ 78 StVO oder was man damit alles machen kann!

Iris Eisenberger

„Das Gesetz will eben nur Leute treffen, die sich aus Arbeitsscheu in den Straßen der Großstadt, auf Landstraßen und anderen Orten planlos herumtreiben und wegen Mangels der Unterhaltsmittel eine stete Gefahr für das Eigentum ihrer jeweiligen Umgebung bilden.“¹

1. Einleitung

So erläutert ein Strafrechtskommentar das Landstreichergesetz von 1885². Doch beschreibt das Zitat auch treffend, wozu in Wien Anfang des 21. Jahrhunderts die Straßenverkehrsordnung (StVO)³ herangezogen wird. Nach dem Grundsatz: „Wer nicht einsperren kann, sperrt aus“ werden in Wien Personen wegen „unbegründeten Stehenbleibens“ auf Gehwegen von der Bundespolizeidirektion Wien mit einer Geldstrafe von 70 Euro bestraft⁴. Bei Nichteinbringung des Geldbetrages droht eine Ersatzfreiheitsstrafe von 70 Stunden. Die gesetzliche Grundlage dieser Vorgangsweise – § 78 StVO⁵ – stammt zwar nicht aus dem 19. Jahrhundert, wohl aber erinnert seine Anwendung an diese Zeit. Marginalisierte Gruppen, insbesondere „Obdachlose, Junkies und Punks“, werden zu „gefährlichen Klassen“ degradiert und Leistungs- und Normalitätsnormen gegen sie mobilisiert⁶.

2. Zur Tragweite des § 78 StVO

Die Bundespolizeidirektion Wien stützt sich bei dieser Vorgehensweise

auf § 78 lit c StVO. Diese Bestimmung reglementiert durch eine Reihe von Verboten das Verhalten auf Gehsteigen und Gehwegen in Ortsgebieten⁷; ua wird untersagt, „den Fußgängerverkehr . . . durch unbegründetes Stehenbleiben zu behindern“⁸.

Was kann mit dieser Bestimmung überhaupt gemeint sein?

Die StVO hat einen möglichst konfliktfreien Ablauf des Verkehrsbetriebes zum Ziel, um das sichere und friedliche Nebeneinander der einzelnen Verkehrsteilnehmer (wie etwa Fußgänger, Fahrradfahrer oder Kfz-Lenker) zu gewährleisten⁹. § 78 befindet sich im VIII. Abschnitt der StVO, der den Fußgängerverkehr regelt. Primäres Ziel dieses Abschnittes ist es – dem Schutzzweck der StVO entsprechend – die Flüssigkeit, Leichtigkeit und Sicherheit des Fußgängerverkehrs herzustellen. Genau dieser konfliktfreie Ablauf des Fußgängerverkehrs soll offenbar durch „Stehenbleiben“ nicht „behindert“ werden. Aber nicht schlechthin jedes „Stehenbleiben“, das den Fußgängerverkehr behindert, ist verboten¹⁰, sondern nur das „unbegründete“. Was aber soll das bedeuten? Ist Stehen bleiben zum Schnäuzen, auf die Uhr sehen, Schuhband binden, Tratschen, nach dem Weg fragen, Telefonieren begründet? Stehen bleiben zum Bier trinken, „Herumhängen“, Betteln aber nicht?

Und wie ist wohl das bloße Stehen und Schauen zu beurteilen?¹¹ In den meisten Fällen wird es an der Tatbestandsmäßigkeit scheitern. Behinderungsabsicht und Behinderungswirkung sind wahrscheinlich nicht einmal fahrlässig gegeben, geschweige denn die Unbegründetheit des Stehenbleibens.

§ 78 StVO ist eine straßenpolizeiliche Bestimmung, also eine Regelung, die jene spezifischen Gefahren und Behinderungen abwenden soll, die vom Straßen- (und Fußgänger)verkehr ausgehen bzw für diesen bestehen¹². So verbieten etwa lit a und b dieser Vorschrift, blendende Gegenstände unverhüllt zu tragen oder scharfe, spitze oder sonst gefährliche Gegenstände so zu tragen, dass sie andere Straßenbenützer gefährden könnten. Mit der StVO dürfen nicht alle Gefährdungen, die sich am Gehsteig abspielen, abgewehrt werden, wie auch etwa nicht alle Gefährdungen, die von einer Betriebsanlage ausgehen, mit dem Hinweis auf die Gewerbeordnung abgewehrt werden können. Mit dem unbegründeten Stehenbleiben können also nur spezifisch straßenpolizeiliche Behinderungen gemeint sein. Zu denken wäre etwa an unangemeldete Demonstrationen, das Anbieten von Presseerzeugnissen oder das Abhalten von Ansprachen¹³, die den Fußgängerverkehr wesentlich behindern. Nicht unter den Anwendungsbereich des § 78 StVO fallen hingegen ordnungs- und sicherheitspolitische Maßnahmen, also beispielsweise Maßnahmen, die das Stadtbild betreffen oder die allgemeine Sicherheit¹⁴.

Heranziehung zu anderen Zwecken?

Die Regelung wird ganz offensichtlich dazu verwendet, bestimmte Gruppen, die in Geschäftsstraßen oder auf öffentlichen Plätzen unerwünscht sind, wegen ihrer bloßen Präsenz abzustrah-

1 *Altman/Jacob*, Kommentar zum Österreichischen Strafrecht II (1930) 1703.

2 Gesetz vom 24. Mai 1885, RGBl Nr 89, womit strafrechtliche Bestimmungen in Betreff der Zulässigkeit der Anhaltung in Zwangsarbeits- oder Besserungsanstalten getroffen werden.

3 BGBl 1960/159 idGF.

4 § 78 lit c iVm § 99 Abs 3 lit a StVO. Konkret geht es um Menschen, die offenbar wegen ihres bloßen Aufenthaltes mit einer Verwaltungsstrafe belegt werden. Siehe dazu auch Beiträge in der Zeitschrift Augustin.

Stellvertretend für viele etwa: BürgerInnen schlagen den Punks einen „Ortswechsel“ vor – Der umkämpfte Gehsteig, Augustin, Nr 119, Juni 2003, 10 f.

5 iVm § 99 StVO.

6 Vgl *Ronneberger/Lanz/Jahn*, Die Stadt als Beute (1999) 172.

7 Wer diesem Verbot zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung gem § 99 Abs 3 lit a StVO.

8 Ebenso verboten ist es, den Fußgängerverkehr „durch den Verkauf oder die Verteilung von Programmen oder Eintrittskarten vor Theatern und Vergnügungstätten, durch das Ver-

stellen des Weges, durch das Tragen von Reklametafeln sowie durch den Verkauf von Druckschriften, durch das Mitführen von Tieren“ zu behindern.

9 Vgl 240 BgNR 9. GP, 1; sowie *Kostal*, Straßenpolizeirecht, in: Bachmann et al, Besonderes Verwaltungsrecht⁴ (2002) 301 ff; *Raschauer/Wessely*, Besonders Verwaltungsrecht⁴ (2001) 239 ff.

10 Siehe auch *Messiner*, StVO¹⁰ (1999) § 78 Anm 4.

11 Die einschlägigen Materialien schweigen sich zu dieser Frage aus.

12 In diesem Sinne auch *VwGH v 28. 2. 1986, 85/18/0338*, der zufolge

die Ausübung einer Tätigkeit auf Gehsteigen und Gehwegen nur dann ein Verstoß gegen die StVO ist, wenn sie eine wesentliche Beeinträchtigung des Fußgängerverkehrs zur Folge hat.

13 Siehe dazu etwa *VfSlg 3505/1959*.

14 Nach herrschender Lehre ist Aufgabe der Sicherheitspolizei die Abwehr allgemeiner Gefahren, während der Verwaltungspolizei polizeiliche Aufgaben im Bereich der einzelnen Verwaltungsgebiete zukommen. Zur Abgrenzung vgl etwa *Wiederin*, Sicherheitspolizeirecht (1998) Rz 74 ff.

fen und nicht weil sie den Fußgängerverkehr behindern. Die dahinter liegenden Befürchtungen liegen auf der Hand: potentielle Eingriffe in das Eigentum, eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, Verletzungen des Anstandes und der Moral oder ganz trivial „ästhetische“ Motivationsgründe¹⁵. Solche ordnungs- und sicherheitspolitische Bedenken können aber nicht nach der StVO abgewehrt werden, sondern sind Aufgabe des Sicherheitspolizeirechts. Dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich frei, ordnungs- und sicherheitspolizeiliche Maßnahmen zu treffen. Diese fallen aber nach Art 15 Abs 2 B-VG in die Kompetenz der Länder und können daher nicht in der StVO, sondern nur in den einzelnen Landespolizeigesetzen geregelt werden¹⁶.

§ 78 lit c StVO ist und bleibt eine straßenpolizeiliche Vorschrift, die ausschließlich der Flüssigkeit und Leichtigkeit des Fußgängerverkehrs zu dienen hat. Schon aus kompetenzrechtlichen Gründen muss ihr Sinngehalt auf verkehrspolizeiliche Aspekte reduziert werden, grundrechtsspezifische Argumente brauchen hier gar nicht erst bemüht zu werden¹⁷. Ein Organ, das jemanden gestützt auf § 78 StVO aus anderen Gründen – als aus rein verkehrspolizeilichen Gründen – abstruft, handelt willkürlich¹⁸, da er dem Gesetz einen denkmöglichen, weil kompetenzwidrigen und daher verfassungswidrigen Inhalt unterstellt. Gerade das kann man mit § 78 StVO nicht machen!

3. Kriminalitätspolitik durch die Hintertür

Nicht die Bestimmung selbst ist das Problem. Eine Vorschrift, die die Flüssigkeit, Leichtigkeit und Sicherheit des Straßenverkehrs fördert, ist keinesfalls eine, die mit den Grundsätzen der österreichischen Verfassung unvereinbar wäre. Im Gegenteil: Sie ist eine le-

gitime Schutzbestimmung. Die eigentliche Rechtswidrigkeit ist deren Anwendung durch die Sicherheitsbehörden. Auch wenn versucht wird, der Vorgehensweise den Anschein von Rechtmäßigkeit zu verleihen, so bleibt doch nicht verborgen, dass unter dem Deckmantel der Flüssigkeit und Sicherheit des Verkehrs versucht wird, unliebsame Gruppen von verschiedenen öffentlichen Orten zu verdrängen bzw auszugrenzen. Dahinter verbirgt sich eine schlecht verhüllte repressive Ordnungs- und Sicherheitspolitik. Mit dem Ergebnis, dass Sozialpolitik durch Sicherheitspolitik ersetzt wird. Der soziale und der öffentliche Raum werden ausschließlich aus der Perspektive der Sicherheit und Ordnung thematisiert. Der bloße Verdacht der Unsicherheit zieht die Initiative des Staates nach sich. Nicht die eigentliche strafbare Handlung, sondern die Furcht davor wird zur Handlungsvoraussetzung. Sicherheitsvorsorge und Kriminalitätsbekämpfung werden zu den Schlagworten einer Kriminalpolitik, die an die Politik der „broken windows“¹⁹ erinnert. Eine Kriminalitätspolitik, die auf eine Verhinderung von Straftaten durch ein frühzeitiges und konsequentes Eingreifen bei geringfügigen Abweichungen setzt und durch präventives Beobachten und Überwachen gekennzeichnet ist. Anstelle des Geruchs von Gewalt und Gesetzlosigkeit soll ein Klima von Recht und Ordnung auf unseren Straßen herrschen. Der zentrale Ansatz dieser Politik besteht darin, dass zur Kriminalitätsbekämpfung in erster Linie Sicherheit gewährleistet werden muss und diese Sicherheit durch polizeiliche Maßnahmen herbeigeführt wird. Eine solche Kontrollpolitik richtet sich allerdings nicht gleichermaßen gegen alle Bevölkerungsgruppen, vielmehr richtet sie sich vermehrt gegen jene Gruppen, die am Rande der Gesellschaft stehen.

Die Macht über den Raum ist eine der privilegiertesten Formen der Herrschaftsausübung und ein Instrument zur Manipulation und Kontrolle der Bevölkerung. Die Möglichkeit, den öffentlichen Raum zu kontrollieren, erlaubt es, unerwünschte Personen und Ereignisse auf Distanz zu halten.²⁰ In Wahrheit geht das Problem aber viel weiter. Die Forderung nach dem räumlichen Zugangsrecht verfehlt den entscheidenden Punkt: „Die Vorstellung einer zwanglosen urbanen Vielfalt, zu der auch marginalisierte Gruppen gehören, schreibt deren Position im Rahmen der bestehenden sozialen Gegensätze eher fest. Zu fragen ist vielmehr, im Rahmen welcher Macht- und Herrschaftsprozesse Ausgegrenzte überhaupt erst zu solchen gemacht werden“²¹. Von entscheidender Bedeutung wäre es vielmehr, ein Verständnis vom Sozialen zu entwickeln. Ein Verständnis, das nicht nur Probleme sieht, sondern auch die Freiheit. Denn nicht Sicherheit geht der Freiheit voraus, sondern Freiheit ist die unverzichtbare Garantie der Sicherheit.

Iris Eisenberger ist Mitherausgeberin des juristikum.

¹⁵ Aufgrund der Befürchtung, dass das gehäufte Auftreten von Randgruppen geschäftsschädigend wirkt oder für den Tourismus schlecht wäre, soll offenbar ein Teil unserer Bevölkerung vom Anblick der Armut, des Elends und des Andersseins verschont werden.

¹⁶ Das Sicherheitspolizeigesetz (SPG) kann hier nicht zur Anwendung kommen, da es strafrechtsakzessorisch ist und nur zur Abwehr von strafbaren Handlungen dient

(vgl. §§ 19, 21 iVm § 16 SPG). Zu den Aufgaben der Sicherheitspolizei im Allgemeinen vgl. *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd 2 (1998) Rz 29.003 ff mwN.

¹⁷ Zu denken wäre dabei etwa an das Recht auf Privatleben nach Art 8 EMRK, wonach auch die Identität eines Menschen geschützt ist. Vgl. *Berka*, Die Grundrechte – Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 465.

¹⁸ Der VfGH leitet aus dem Gleichheitssatz ein umfassendes Willkürverbot ab. Die Vollziehung übt dann Willkür, wenn sie sich bei ihrem Verhalten nicht durch sachliche Motive leiten lässt oder einem Gesetz einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt; vgl. etwa VfSlg 12.840/1991 oder 14.849/1997. Eine denkmögliche Gesetzesanwendung indiziert Willkür; vgl. VfSlg 8006/1977 oder 13.372/1990.

¹⁹ Diese, vom ehemaligen New Yorker Bürgermeister *Guilliani* angewandte, Kriminalitätspolitik stützt sich auf die Theorie der beiden US-amerikanischen Wissenschaftler *Wilson* und *Kelling*.

²⁰ Siehe *Ronneberger/Lanz/Jahn*, Stadt 198 f.

²¹ Ebenda 207 f.

Damals, im Positivismus . . .

Peter Warta

„Mehr als zwei Jahrzehnte ist es her, daß ich es unternommen habe, eine reine, das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewußte Rechtstheorie zu entwickeln.“

Hans Kelsens revolutionäres Projekt der Reinen Rechtslehre, vor bald 70 Jahren zum ersten Mal unter diesem Titel publiziert, fällt – nicht erst jetzt übrigens – einer Revolution der Rechtstheorie zum Opfer, in deren Zentrum eine „Eigenart, weil Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes“ steht, die *Kelsen* vernachlässigte: die Sprachabhängigkeit des Rechts. Recht ist ohne Sprache nicht denkbar. Rechtstheorie kann daher ohne Sprachtheorie nicht betrieben, was Recht ist, nicht verstanden werden, solange man nicht verstanden hat, was Sprache ist und wie sprachliche Kommunikation funktioniert.

Der Grundgedanke dieses Ansatzes ist einfach: Recht wird erzeugt, indem ein Verfahren abläuft, das mit einer Vorstellung von der zu erzeugenden Rechtsnorm in irgendwelchen Köpfen beginnt und an dessen Ende ein Text steht, von dem üblicherweise so getan wird, als würde er den Inhalt der erzeugten Rechtsnorm enthalten. Tatsächlich aber ist dieser Text weiter nichts als bedrucktes Papier oder gesprochener Schall. Erst durch die Deutung, durch das „Verstehen“ dieses Textes konstruiert der Leser oder Hörer in *seinem* Kopf eine Vorstellung davon, für welchen Inhalt der gelesene oder gehörte Text stehen mag. Die Einsicht, dass der Sinn von Texten nicht in diesen selbst, sondern nur in den Köpfen derer, die diese Texte schreiben oder lesen, existiert, hat selbstverständlich nicht nur für die Rechtstheorie, aber essentiell auch für sie, weit tragende Folgen. Sie bedeutet nichts Geringeres als die Absage an die objektive, vom subjektiven Verstehen eines Lesers oder Hörers unabhängige Existenz

von Normen, die man zum Gegenstand der Erkenntnis machen könnte. Auch Rechtspositivisten ahnen etwas in dieser Richtung, wenn sie sagen, dass das Sollen einer wissenschaftlichen Erkenntnis nicht zugänglich sei, auch wenn sie daraus andere Konsequenzen ziehen, als von objektiv geltenden Normen Abschied zu nehmen.

Dramatisch sind die Auswirkungen der linguistischen Wende¹ in der Rechtstheorie auf die Theorie des liberalen Rechtsstaates. Was bleibt von der Bindung der Staatsorgane an das Gesetz noch übrig, wenn die Norm gar nicht im Gesetzestext objektiv enthalten ist, sondern erst vom Rechtsanwender im Wege der Deutung dieses Textes konstruiert wird? Wenn also die Bedeutung des Gesetzestextes nicht aus diesem herausgelesen werden kann, sondern in ihn hineingelesen werden muss?

Bedeutung, linguistisch gewendet

Genau dieses Problem ist es, um das die „Theorie richterlichen Begründens“² von *Ralph Christensen* und *Hans Kudlich* kreist. Der Durchmesser der Kreise ist groß. Das Buch bietet zum überwiegenden Teil eine üppige Einführung in die moderne Sprachtheorie für Juristen, die, so die Autoren, eine solche Einführung auch dringend nötig hätten, in erster Linie jene an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten. Weniger vielleicht die Richter, die zwar nach außen brav mitspielen im Rahmen der herkömmlichen juristischen Sprachtheorie, die ihnen in ihrer Ausbildung eingetrichtert wird und nach der feste Sprachregeln den objektiven Sinn des Gesetzestextes determinieren; die in Wahrheit aber genau wüßten, was sie wirklich tun, wenn sie Entscheidungen fällen und begründen; insbesondere wohl, wenn sie als Höchstrichter über die Bedeutung von Gesetzestexten abschließend zu befinden (man ist versucht zu sagen: zu erfinden) haben.

Zwar, so wird eingeräumt, seien die Verfasser und Leser von Texten bei der Kodierung und Dekodierung von deren Bedeutung nicht frei. Aber die Regeln, nach denen dies geschieht, seien der (natürlichen) Sprache nicht vorgegeben, sondern das Ergebnis eines sozialen Prozesses. Sie stünden nicht fest, sondern unterlägen stetigem, unvorhersehbarem Wandel. Solche Regeln seien daher nicht zwingend. Jede Formulierung einer Regel sei temporär und subjektiv. Sie könne in einer Situation funktionieren, aber sei niemals normativer Maßstab³. Sprachregeln zu verändern stünde zwar nicht im Belieben einzelner Mitglieder der Sprachgemeinschaft, aber jedes einzelne Mitglied nähme zumindest potentiell an diesem Veränderungsprozess teil. Als Erklärungsmuster zur Charakterisierung dieses Prozesses dient den Verfassern die Figur des „Phänomens der dritten Art“⁴. Darunter hat man sich die unbeabsichtigte Veränderung von Sprache (zB Lautverschiebungen) als Folge individueller kommunikativer Handlungen vorzustellen.

Dass Sprachregeln niemals normative Maßstäbe darstellen, scheint aber denn doch ein wenig weltfremd. Normativ heißt ja nicht: der Sprache von Natur aus vorgegeben. So viel darf vom Rechtspositivismus auch nach der linguistischen Wende übrig bleiben: wenn menschlichem Verhalten, also auch dem Sprechen, Normen vorgegeben werden, dann jedenfalls nicht von der Natur, auch nicht der der Sprache. Aber wer je die Schulbank gedrückt und in seinem Deutschheft den Rotstift vorgefunden hat, kennt die positive Normativität des sprachlichen Maßstabes samt den Sanktionen, die dessen Verletzungen nach sich ziehen, sehr genau. Noch auf der Universität wird einem eingebläut, wann man „abweisen“ und wann man „zurückweisen“ zu sagen hat. Normativ geprägtes, durch positive und negative Verstärkung unterstütztes Lernen der Sprache beginnt schon bald nach der Geburt. Und wie uns die Rechtschreibreform vor mehr als drei Jahren zeigte, kann Sprache sogar Gegenstand rechtlicher Vorschriften werden. Von der den Bedeutungsspielraum von Rechtsbegriffen verändernden Judikatur der Höchstgerichte ganz zu schweigen.

¹ Der Terminus erscheint gedruckt meines Wissens erstmals bei *Rorty*, *The Linguistic Turn* (1967).

² *Theorie richterlichen Begründens*. Von *Ralph Christensen* und *Hans Kudlich*. Duncker & Humblot, Berlin

2001, 500 Seiten; mit ca € 84,- für viele leider an der Grenze der Unerschwinglichkeit.

³ *Christensen/Kudlich*, *Theorie* 164.

⁴ *Christensen/Kudlich*, *Theorie* 137; vgl *Keller*, *Sprachwandel* (1994).

Typisch für den abstrakten, auf empirisch fundierte Quantifizierung⁵ verzichtenden Zugang der Verfasser zum Problem der Regelgebundenheit der Sprache ist etwa folgende Passage⁶:

„Die Sprache ist kein dem Sprecher fertig vorgegebenes und technisch-instrumentell anwendbares Regelwerk, sondern ein Verfahren zur Konstitution von Bedeutung. Sie ist durchsetzt von Normierungen und Wertungen, welche die Geltung sozialen Handelns bestimmen und andererseits im sprachlichen Handeln auch verändert und gestaltet werden. Und auch die genannten Normierungen und Wertungen sind nicht naturhaft fixiert, sondern abhängig von konfligierenden Bestimmungsversuchen im öffentlichen Sprachkampf.“

Der Zauber der Plausibilität

Der „öffentliche Sprachkampf“ wäre ein babylonisches Kommunikationschaos ohne irgendeine Aussicht auf den Erfolg irgendwelcher Bestimmungsversuche für richtiges Sprechen, wenn nicht – durch ein selbstverständlich nicht naturhaft fixiertes, auch niemals abgeschlossenes und damit fertig vorgegebenes, aber doch von der Sprachgemeinschaft zu einer gegebenen Zeit aus welchen Gründen auch immer für geltend gehaltenes⁷ – Regelsystem gewährleistet wäre, dass man sich zumindest darüber verständigen kann, worüber man sich nicht verständigen können will. Das System der Sprachregeln scheint sich in dieser Hinsicht nicht wesentlich von anderen positiven Regelsystemen für menschliches Verhalten zu unterscheiden. Sie sind nicht naturgegeben, stets veränderbar, nicht selten mehrdeutig, sie engen Verhaltensspielräume ein, determinieren sie aber so gut wie nie hundertprozentig. Die unübersehbare, aber in ihrer jeweiligen Version doch endliche, komplexe Vielfalt der Sprache, das bunte Spektrum möglicher Kontexte für die praktische Erarbeitung der Bedeutung eines Textes, ist kein Argument gegen Normativität von Sprachregeln, sondern eher eines für deren adäquate Komplexität. Nur die (überwiegend spontane und nur selten bewusste) Einhaltung solcher hochkomplexer Re-

geln sorgt dafür, dass das einigermaßen „richtige“ Verstehen von Gemeintem über die Vermittlung von Text – bei allen Unschärfen, aber oft auch in feinsten Subtilitäten – den für Kommunikation nötigen Grad von Wahrscheinlichkeit erreicht und nicht dem Zufall überlassen bleibt. Auch die Verfasser sehen das, scheint es, letztlich so ähnlich. Nur glauben sie, das Problem mit dem alles und nichts erklärenden Zauberwort „Plausibilitätsraum der Sprache“ bannen zu können.

Im Rechtsstreit – und damit kommen wir dem eigentlichen Thema des Buches, der richterlichen Begründung, näher – stellt sich das Problem aber gar nicht so radikal. Hier stehen nicht die gemeinsame Sprache und ihre Regeln schlechthin in Frage, gestritten wird, sofern überhaupt um Recht und nicht nur um Tatsachen gestritten wird, um die Bedeutung bestimmter, für den Fall relevanter Begriffe oder Wendungen in Rechtstexten. Und zwar gestritten nicht wie in der idealen Sprechsituation eines wissenschaftlichen Seminars, also mit dem gut gemeinten Ziel, zu einem gemeinsamen, plausiblen Ergebnis zu kommen, sondern in der aggressiven Absicht, im Prozess über den Gegner zu siegen. Da gehört es zur Strategie der Parteien, unter Einsatz maximaler Kreativität dort, wo es das Prozessinteresse erfordert, Bedeutungen (Rechtsansichten) zu bestreiten, bisheriges Verständnis als Missverständnis darzustellen. Den Rahmen für diese Auseinandersetzung bildet nicht der im Idealfall offen und demokratisch verfasste Diskurs der Philosophen, er wird vielmehr von den Verfahrensordnungen verhältnismäßig eng und hierarchisch abgesteckt. Demgegenüber entwerfen die Verfasser ein Bild des Verfahrens vor Gericht, das höchstens für Aufsehen erregende Strafprozesse zutrifft. Da ist vom „Getümmel im Gerichtssaal“⁸ die Rede und naturgemäß geht es in den diesbezüglichen Kapiteln plötzlich nicht mehr um die Bedeutung von Rechtstexten, sondern um aufregende Kreuzverhöre. So entgeht den Autoren in ihrer Begeisterung für den Kampf der Erzählungen und Argumente im Gerichtssaal, für den die mündliche Verhandlung natürlich unverzichtbar ist, dass Mündlichkeit in jenen Teilen des Ver-

fahrens, in denen Rechtsfragen behandelt werden, in denen also um die Bedeutung von Rechtstexten gerungen wird, eine untergeordnete Rolle spielt. Die Regel sind hier einmalige, schriftliche Äußerungen und Gegenäußerungen der Parteien. Richter lassen sich in einen echten Diskurs mit mehrfachem Austausch von Argumenten über Auslegungsfragen kaum ein. Den Autoren scheint es vor allem darum zu gehen, anhand von Beispielen vor dem Leser die verschiedenen Richtungen der Diskursanalyse auszubreiten. Und deshalb lohnt sich hier die Lektüre gerade für Juristen, die davon noch wenig wissen, für die Verhandeln aber zur täglichen Praxis gehört.

Ein wenig fehlt und alles bleibt

Fehlt noch die versprochene Theorie richterlichen Begründens. Zu erwarten gewesen wäre in erster Linie eine Beschreibung, wie der Richter die Gesetzmäßigkeit seiner Entscheidung in der Begründung nachweisen soll, wenn diese Gesetzmäßigkeit gerade vom Gesetzestext nicht zu haben ist. Ob also die richterliche Begründung das, was man von ihr erwartet, nicht, nur zum Schein oder doch einzulösen vermag. Ob die Praxis richterlichen Entscheidens nicht zu einem Widerspruch führt zwischen dem, was tatsächlich ein bestimmtes Urteil zur Folge hat, und dem, was als Begründung hierfür zugelassen ist. Spannend wäre auch ein Vergleich mit der Praxis und dem Stellenwert richterlichen Begründens im angloamerikanischen Recht gewesen.

Was geboten wird, ist der wiederholte Hinweis auf das Einerseits des stummen Rechtstextes, der dem Richter nichts bietet außer der Einladung, ihn, den Text, im Einzelfall zum Anlass einer immer wieder neuen Konstruktion des anzuwendenden Rechts zu nehmen, und das Andererseits, dass er an diesen Text gleichwohl gebunden sei. Geboten wird auch eine *Idee* der Begründung: „Während sich die Legitimität [eines Gesetzes, einer generellen Norm] aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergibt, muss die Legitimität [einer Entscheidung] des Gerichts bzw. der Behörde be-

5 Beim „Phänomen der dritten Art“ wäre es zB hilfreich, an Beispielen zu erfahren, welche Veränderungen in welchen Zeiträumen oder Intervallen nach diesem Modell ablaufen, denn das ist für die individuell erlebte Stabilität oder Instabi-

lität von Sprachregeln von Bedeutung.

6 Christensen/Kudlich, Theorie 164.

7 „Geltend“ in dem Sinn, dass regelkonformes Umgehen mit Sprache als „richtig“, regelwidriges als „falsch“ bewertet wird. Das ist die Bedeutung

von „normativ“, die ich provisorisch für die Diskussion dieses Themas vorschlage. Die Verfasser gaben nicht zu erkennen, was sie unter „normativ“ – insbesondere im Zusammenhang mit „naturhaft“ – verstanden wissen wollen. Wie diese

Normativität entsteht, wie also die „Verfassung“ der Sprache funktioniert, kann hier nicht erörtert werden.

8 Christensen/Kudlich, Theorie 202.

gründet werden, d. h. ein Legitimitätstransfer vom Normtext [der generellen Norm] zum Tenor [der individuellen Norm, dem ‚Spruch‘] ist notwendig.“⁹ Juristen sollten es besser wissen: die Legitimität eines Gesetzes ergibt sich aus seiner Übereinstimmung mit der Verfassung, so wie die Legitimität des richterlichen Urteils in seiner Gesetzmäßigkeit begründet ist. Erst die Verfassung bestimmt das Verfahren der staatlichen Willensbildung, sie ist dann eben mehr oder weniger oder gar nicht demokratisch. Moderne Rechtsstaaten verfügen deshalb über Gerichte zur Überprüfung sowohl der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, als auch der Gesetzmäßigkeit individueller Entscheidungen von Gerichten oder Verwaltungsbehörden. Dass individuelle Normen meist einer formalen Begründung bedürfen, generelle aber nicht, ist aus der Notwendigkeit eines Legitimationstransfers also nicht ableitbar. Begründungen, das zeigt sich hier so nebenbei, sind auch nicht, wie die Verfasser meinen, Bedingung für die Überprüfbarkeit von Normen.

Im letzten Teil, den Perspektiven einer Einlösung verfassungsrechtlicher Vorgaben, wo der Frage nachgegangen wird, ob aus der (deutschen) Verfassung eine Pflicht zur Begründung richterlicher Entscheidungen gefolgert werden kann und wie dem auf der Ebene einfacher Gesetze Rechnung getragen wird, ist dann alles wieder gut. Da wird ausgelegt und dogmatisch argumentiert, wie eh und je, und etwas Anderes soll man sich auch gar nicht erwarten, denn: „Wir wollen nicht,“ beschwichtigen die Autoren den Leser gleich eingangs ihrer Abhandlung, „dass die Gerichte grundlegend etwas anders machen. Sie sollen lediglich das, was sie bisher getan haben, mit einem klareren Bewusstsein tun.“ Also keine Angst vor der linguistischen Wende. Christensens und Kudlichs „Theorie richterlichen Begründens“ hilft, die herkömmlichen, verkrusteten Vorstellungen vom Recht und seiner Anwendung zu überwinden, die Autoren verstehen den virtuosen Umgang mit dem wissenschaftlichen Jargon, ihre Thesen sind provokant genug, um zum Widerspruch zu reizen, und praktisch bleibt doch alles, wie es war. Juristenherz, was willst Du mehr?

Peter Warta ist Jurist und Publizist in Wien.

⁹ Christensens/Kudlich, Theorie 20 f.

Juristische Impressionen aus dem Niger

Karl Stöger

Wenn einer eine Reise tut . . . Selbiges tat der Autor im Dezember 2002. Anlässlich einer Vortragsreise an die Universität von Niamey lernte er dabei einiges über den universitären und den juristischen Alltag des Landes, ein Alltag, wie er sich auch in anderen Staaten Westafrikas findet.

Die Universität steht auf Staub, . . .

Das tut sie wirklich, was auf ihre Lage in der Sahelzone zurückzuführen ist. Doch auch im übertragenen Sinne sind Studierende wie Universitätslehrer mit vielfältigen Problemen konfrontiert. Die meisten von ihnen haben letztlich finanzielle Ursachen, was in einem Land mit einem jährlichen Bruttozonalprodukt in Höhe von 180 \$ pro Kopf¹ wenig überrascht.

Das fängt bei der Verfügbarkeit juristischer Fach- und Lehrbuchliteratur an: Der chronische Geldmangel an den Universitäten steht der Beschaffung neuer Literatur häufig entgegen. Das Problem wird dadurch verschärft, dass die frankophone Doktrin Westafrikas – auch zumeist aus finanziellen Gründen – nur wenige Werke in geringer Stückzahl auf den Markt bringt. Insbesondere im Unterrichtsbereich wird daher häufig auf französische Lehrbücher zurückgegriffen, wobei allerdings alte Auflagen dominieren. Dies erklärt sich dadurch, dass die finanziellen Ressourcen der Universitäten vor einigen Jahren noch etwas besser waren und zum anderen die Kontakte zu französischen Universitäten ebenfalls häufiger waren.

Die Lehrenden an der Universität geraten damit in die schwierige Situation, „veraltetes“ Wissen weiterzugeben, sich aber dessen bewusst zu sein. Auch wissen sie gerade in Disziplinen mit internationalem

Bezug, dass zwar neue juristische Ansätze existieren; die entsprechende Literatur ist aber nur schwer zu bekommen.

Von Lehrenden wie Studierenden mit großer Begeisterung aufgenommen wurde daher das Erscheinen des ersten Lehrbuchs zu den Menschenrechten aus der Feder von Professoren der Universität Niamey im Jahr 2001². Auch dieses Projekt konnte jedoch nur mit finanzieller Unterstützung aus Dänemark³ zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden. Dank dieser Unterstützung konnte im Herbst 1999 auch die erste Nummer der „Revue Nigerienne de Droit“, der seitdem halbjährlich erscheinenden nigrischen juristischen Fachzeitschrift, verwirklicht werden.

Der Geldmangel macht sich aber auch in der mitunter unregelmäßigen Bezahlung des Lehrpersonals bemerkbar, ein Problem, das den gesamten staatlichen Sektor erfasst⁴. Die Unzufriedenheit der Lehrenden mit dieser Situation führt immer wieder zu Streiks an den Universitäten.

Zudem sind die Studenten mit den Studienbedingungen unzufrieden: Neben den bereits angesprochenen Problemen stoßen sie sich an den Studiengebühren, die – entgegen früheren Jahren – nicht mehr zur Gänze durch staatliche Stipendien für fast alle abgedeckt werden und an den schlechten Berufsaussichten (auch) für Akademiker. Ihre Unzufriedenheit äußert sich – mitunter undifferenziert – in regelmäßigen Blockaden des Lehr- und Prüfungsbetriebes.

Das Ergebnis dieser schwierigen Situation ist die häufig verspätet erfolgende Beendigung von Semestern⁵, mitunter sogar ihr „Verlust“. In unterschiedlichem Ausmaß findet sich die

¹ Zahlen aus dem Jahr 2000, vgl. Fischer Weltalmanach 2003, Sp. 581.

² Holo (Hrsg.), Les droits de l'homme au Niger: „Théories et Réalités“ (2001) mit Beiträgen von Maidoka, Malam Kandine, Alhada, Maiga und Abarchi.

³ Namentlich des Danish Centre for Human Rights (DCHR) und der Coopération Danoise au Niger. Auch bei der Förderung an-

derer Projekte hat sich das DCHR große Verdienste erworben, so läuft dzt zB ein Projekt zur Sensibilisierung der lokalen Polizei betr Fragen der Menschenrechte.

⁴ Dieses Problem kann mitunter beachtliche Auswirkungen haben. Wegen Nichtbezahlung des Solds kam es zuletzt Anfang August 2002 zu einer Meuterei von Teilen der Armee, die freilich – was von der Regierung demen-

tiert wird – möglicherweise auch politische Hintergründe hatte.

⁵ Als der Verfasser im Dezember 2002 in Niamey war, fanden gerade die eigentlich bereits im Sommer bzw Herbst angesetzten Abschlussprüfungen statt. Wegen Studentenprotesten, über deren Grund nichts Näheres in Erfahrung zu bringen war, wurde der Campus einige Tage von der Polizei bewacht.

ses Problem auch in anderen Staaten Westafrikas, was insb innerhalb der frankophonen Länder zu einem „Universitätstourismus“ führt, wobei paradoxerweise mitunter Studenten aus (etwas) reicheren Nachbarstaaten deswegen in den ärmeren Niger kommen.

... und auch das Rechtssystem ist nicht gerade „stabil“, ...

All dies spielt sich vor dem Hintergrund eines Rechtssystems ab, das selbst nicht wirklich zur Ruhe kommt. Derzeit steht im Niger die fünfte Verfassung seit der Unabhängigkeit 1960 in Geltung⁶. Der Übergang zwischen den Verfassungen erfolgt regelmäßig durch Staatsstreich. In diesem Zusammenhang besonders bemerkenswert ist Art 136 der geltenden Verfassung, der eine Ewigkeitsklausel hinsichtlich gewisser „Grundprinzipien“⁷ des Staates enthält. Scheinbar belanglos wird auch noch angefügt, dass Art 141 ebenfalls unabänderlich ist.

Art 141 enthält eine Amnestie für die Urheber zweier Staatsstrieche in den Jahren 1996 und 1999⁸.

Ein aus der österreichischen Rechtsüberleitung bekanntes Problem⁹ stellt sich natürlich auch hier: Das bisher geltende Recht wird übergeleitet, soweit es nicht mit der neuen Verfassung im Widerspruch steht¹⁰. Bei der häufigen Anzahl an Überleitungen können hier im Einzelfall sehr schwierige Fragen entstehen.

Ein besonderes Problem ist die Rolle des Stammesrechts („coutume“) in der Rechtsordnung. Dieses ist zwar „nur“ im Bereich des Personen- und Familienrechts („statut personnel“) von Bedeutung¹¹, bei der Vielzahl der im Niger ansässigen Ethnien erweist es

sich jedoch als ausgesprochen schwierig, den Überblick zu behalten. Verschärft wird das Problem dadurch, dass das einschlägige Ausführungsgesetz¹² vorsieht, dass die Anwendung des Stammesrechts nur zulässig ist, soweit dies nicht dem „ordre public“, den geltenden kodifizierten Rechtsvorschriften und den Grundfreiheiten widerspricht. Hier können sich tw schwierig zu lösende Fragen stellen.

Dieses komplexe System hat – zusammen mit dem ständigen Geldmangel des Staates – natürlich Auswirkungen auf die Rechtspflege.

Die Richter müssen, sofern mit dem Stammesrecht verknüpfte Fragen an sie herangetragen werden, oft völlig neue Rechtsfragen lösen. Aber auch im Bereich des kodifizierten Rechts stellen sich immer wieder Probleme auf Grund völlig unterschiedlicher Auslegungen von Rechtsakten durch verschiedene Gerichte. Dies liegt nicht zuletzt darin begründet, dass Entscheidungssammlungen der (Ober)Gerichte fehlen. Das Danish Centre for Human Rights hat hier unlängst mit der Anlegung einer Sammlung der Entscheidungen eines regionalen Gerichtes, die anderen Richtern zugänglich gemacht werden soll, einen wichtigen Beitrag zur Rechtskenntnis innerhalb der Justiz geleistet.

Ein anderes Problem, das auch relativ offen zugegeben wird, ist die Anfälligkeit der ebenfalls nur unregelmäßig bezahlten Richter für Korruption. Das Problem beginnt jedoch schon im Bereich der Sicherheitsverwaltung: Wohl nicht ganz ohne Grund tragen die Polizisten in Westafrika den klangvollen Spitznamen „mange-mille“ (etwas frei übersetzt: „Tausenderfresser“).

Die bereits geschilderten Ausbildungsverhältnisse der Juristen haben auch dann Folgen, wenn sich schwierige theoretische Rechtsfragen stellen: Im Spätherbst 2002 war eine Entscheidung des nigrischen Verfassungsgerichtshofes¹³ vom September desselben Jahres¹⁴ das Gesprächsthema an der Juridischen Fakultät in Niamey; diese sticht neben sonstigen Begründungsschwächen¹⁵ dadurch hervor, dass sie unter Unterschreitung des Mindestanwesenheitsquorums für Entscheidungen des VfGH zu Stande kam. Das Gesetz betr den VfGH¹⁶ verpflichtet diesen zum einen, über die Einrede der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes binnen 30 Tagen zu entscheiden¹⁷, zum anderen verlangt es für eine Entscheidung die Anwesenheit von mindestens 5 Richtern¹⁸.

Bei der genannten Entscheidung waren kurz vor Ablauf der 30 Tage-Frist jedoch nur vier Richter in Niamey anwesend, worauf diese beschlossen, doch eher die Regelung über die Zusammensetzung zu verletzen als die über die Entscheidungsfrist. In der Entscheidung gehen sie auf das Problem der Zusammensetzung nicht einmal ein, sondern erwähnen nur die Frist der 30 Tage. Dass dieser Begründungsstil für Aufsehen sorgte, ist nachvollziehbar. Die Problematik – und politische Sprengkraft – der möglichen absoluten Nichtigkeit höchstgerichtlicher Entscheidungen scheint den betroffenen vier Richtern des nigrischen VfGH offenbar nicht bewusst gewesen zu sein. Diesbezüglich ist auch anzumerken, dass von den 7 Mitgliedern des VfGH nur 5 ausgewiesene Kenntnisse des Rechts haben müssen, 2 benötigen nur „gewichtige berufl-

6 Journal Officiel (J. O.) de la République du Niger 1999, 223. Die Schwierigkeiten der Verwaltung des Landes zeigen sich auch daran, dass in der amtlichen Feststellung des Ergebnisses der Volksabstimmung zur Annahme der neuen Verfassung (J. O. de la République du Niger 1999, 221) festgehalten ist, dass von 9351 vorgesehenen Wahlbüros letztlich nur 9013 ein Ergebnis der Volksabstimmung meldeten, von den fehlenden wurden einige nicht eingerichtet bzw lieferten ihre Ergebnisse nicht (zeitgerecht) ab.
7 Unabänderlich sind demzufolge die republikanische Staatsform, der Mehrparteienstaat, die Trennung von Staat und Religion sowie die Stellung des Staatspräsidenten.

8 Art 141: „Une amnistie est accordée aux auteurs des Coups d'État des 27 janvier 1996 et 9 avril 1999. Une loi sera votée à cet effet lors de la première session de l'Assemblée Nationale.“

9 Vgl zB § 16 des Beschlusses über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBI 1918/1, der ebenfalls alle nicht durch den Beschluss abgeänderten oder aufgehobenen „Gesetze und Einrichtungen“ überleitet; etwas differenzierter, dafür aber mit unbestimmten Rechtsbegriffen operierend § 1 Rechts-ÜberleitungsG, StGBI 1945/6.
10 Zuletzt Art 140 der derzeitigen Verfassung.

11 *Alhada* in Les droits de l'homme au Niger 86. Dieser weist auch darauf hin, dass sich die starke Rolle der „coutume“ in den meisten afrikanischen Rechtsordnungen findet.
12 Loi n 62-11 du 12 mars 1962.

13 Dieser hat übrigens neben der Kompetenz zur Begutachtung von Gesetzesentwürfen (französisches Modell) die Aufgabe, über die von einer Person erhobene Einrede der Verfassungswidrigkeit (exception de l'illegalité) bei einem bereits geltenden Gesetz zu entscheiden. Die Einführung dieser Möglichkeit wurde auch in Frankreich mehrfach diskutiert, bislang aber noch nicht verwirklicht.
14 Arrêt de la Cour Constitutionnelle du 4 septembre 2002, N°2002-014/CC.

15 Diese betreffen die eben nicht erörterte Frage, inwieweit die Einrede der Verfassungswidrigkeit auch gegenüber einem völkerrechtlichen Akt möglich ist (die Verfassung spricht in Art 113 nur vom „Gesetz“ [loi]). Der VfGH behandelte den völkerrechtlichen Akt (Code CIMA) wie ein nationales Gesetz.

16 Loi n°2000 – 11 du 14 août 2000, déterminant l'organisation, le fonctionnement et la procédure à suivre devant la Cour Constitutionnelle, J. O. de la République du Niger 2000, 145.

17 Art 21 des Gesetzes (so schon Art 113 der Verfassung).

18 Art 15 des Gesetzes.

che Erfahrung“ („grande expérience professionnelle“)¹⁹. Da diese Mitglieder von der Nationalversammlung bzw dem Präsidenten vorzuschlagen sind, ist von einem politischen Hintergrund der Bestimmung auszugehen.

Der Autor hatte die Gelegenheit, an der Universität Niamey an einem Seminar mit Mitgliedern des nigrischen VfGH teilzunehmen, von denen zwei an der Entscheidung mitgewirkt hatten. In die Richtung absoluter Nichtigkeit zielende Einwände von Angehörigen des Lehrkörpers bzw eines Rechtsanwaltes wurden in einer an sich sehr offen und wissenschaftlich geführten Diskussion als „polemisch“ abqualifiziert.

Ein faktisches Erschwernis der Rechtspflege stellt auch die Tatsache dar, dass praktisch alle Rechtsanwälte des Landes (nach dem Rechtsanwaltsverzeichnis 2002: 46 Anwälte und 29 in Ausbildung befindliche, darunter 4 bzw eine Frau) in der Hauptstadt Niamey ansässig sind. Soweit jemand von außerhalb der Hauptstadt ihre Dienste in Anspruch nimmt, sind für afrikanische Verhältnisse tw schwer leistbare Reise- und Verpflegungskosten zu erwarten – und das bei einem dünn besiedelten Land von über einer Mio km² Fläche und mit gut acht Millionen Einwohnern, von denen etwa 800.000 in der Hauptstadt wohnen²⁰.

... und dennoch scheint die rechtliche Entwicklung unauffhaltsam.

All diese Widrigkeiten haben eine gewisse Resignation unter den Juristen zur Folge. Dennoch wird die Hoffnung nicht aufgegeben, dass man auch in der rechtlichen Entwicklung bald große Fortschritte erzielen wird.

An der Universität wird häufig der Wunsch nach vermehrten internationalen Kontakten geäußert, ein – auch angesichts der geringen Verbreitung des Englischen – nicht ganz leichtes Unter-

fangen. Dennoch hat der Autor selbst erfahren, dass derartige Kontakte für beide Seiten den juristischen Horizont erweitern. Einerseits wird im Niger betont, dass spezifische afrikanische Probleme nicht durch die bloße Übernahme europäischer Rechtssysteme – wie dies in der Kolonialzeit tw erfolgt ist – gelöst werden können, andererseits hört man von Juristen in Niamey immer wieder, dass die Entwicklung „afrikanischer“ Ansätze nicht ohne Berücksichtigung bereits gemachter Erfahrungen in anderen – und eben auch europäischen – Rechtsordnungen stattfinden sollte.

Große Erwartungen werden in einen Prozess gesetzt, der in Europa häufig übersehen oder nur eindimensional wahrgenommen wird: den der afrikanischen Einigung. Wie groß die ihm zugemessene Bedeutung im Niger ist, zeigt sich an einer Bestimmung der Verfassung, die vorsieht, dass die Republik Niger mit jedem anderen afrikanischen Staat zu ihrem Zwecke Abkommen schließen darf, die die teilweise oder vollständige Aufgabe der nationalen Souveränität vorsehen²¹. Die Afrikanische Einigung umfasst weitaus mehr als die „Afrikanische Union“²². Auch im Bereich regionaler Rechtsvereinheitlichung sind hier bereits markante Entwicklungen im Gange: Als ein Beispiel sei hier die regionale „Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika“ (OHADA²³) genannt. Diese 16 Staaten umfassende Organisation kann sog „actes uniformes“ erlassen, die unmittelbare Anwendbarkeit²⁴ genießen und diverse Aspekte des Geschäftsverkehrs erfassen, so zB das allgemeine Handelsrecht sowie das Recht der Handelsgesellschaften. „Actes uniformes“ sind zB für den Bereich des Arbeitsrechts oder des Konsumentenschutzes in Vorbereitung. Daneben ist die OHADA auch um eine entsprechende Schulung der Richter bemüht.

Derartige Vorhaben könnten durchaus zu einer partiellen Verbesserung der Rechtspflege und einer (noch) stärkeren wirtschaftlichen Kooperation der afrikanischen Staaten beitragen²⁵, auch wenn diese Entwicklung vorläufig nur bestimmten Bevölkerungsschichten im Niger zu Gute kommen wird.

Ein anderer, sehr bemerkenswerter Aspekt ist die sehr lebendige juristische Diskussionskultur zumindest auf akademischem Boden: Auch sehr heikle Probleme – man denke nur an das oben dargestellte Problem der absoluten Nichtigkeit höchstgerichtlicher Entscheidungen – werden in großer Offenheit diskutiert, obwohl freie Meinungsäußerung nicht immer ganz ungefährlich ist²⁶. Auch Vertreter der Anwaltschaft erwecken nicht unbedingt den Eindruck, leicht eingeschüchtert werden zu können und fassen auch durchaus „heiße Eisen“ an.

Diese zarte Hoffnung, dass zumindest innerhalb der Wissenselite die Entstehung einer „Zivilgesellschaft“ – wenn auch mit tw unterschiedlichen Aspekten als in Europa – langsam, aber doch voranschreitet, ist jedoch im regionalen Umfeld steten Bedrohungen ausgesetzt. Die Angst vor Extremismen politischer und religiöser Art ist in der laizistischen Republik Niger²⁷ durchaus vorhanden, eine Angst, die sie mit den Nachbarstaaten teilt. Mit großer Aufmerksamkeit werden die Entwicklungen va in Nigeria und Côte d'Ivoire verfolgt, Entwicklungen, die nach Ansicht vieler Nigrer Sprengstoff für die ganze Region und ihre rechtliche Entwicklung in sich tragen.

Dr. Karl Stöger ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

19 Art 104 der Verfassung.

20 Daten tw nach Fischer Weltalmanach 2003, Sp. 581.

21 Art 133 der Verfassung. Hier könnten sich uJ heikle Fragen im Verhältnis zur Ewigkeitsklausel des Art 136 stellen.

22 Vgl www.africa-union.org.

23 Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Näheres unter www.ohada.com.

24 Art 10 des OHADA-Vertrages: „Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.“

25 Tw kritisch zu den Möglichkeiten der OHADA *Vanderlinden*, Quo vadit iura africana?, Revue Nigerienne de Droit, November 1999, 5.

26 Im Mai 2002 wurden drei Journalisten wegen angeblicher Diffamierung des Präsidenten verhaftet, vgl Fischer Weltalmanach 2003, Sp. 582. Insgesamt ist der Ton einiger Zeitschriften aber ein durchaus kritischer.

27 Daten von 1992: 80% Muslime, 10–15% Anhänger von Naturreligionen, christliche Minderheit (vgl Fischer Weltalmanach 2003, Sp. 581).



Das Recht des flexiblen Menschen

Einleitung Christian Hiebaum

„Die Menschen haben Rechte, und einiges darf ihnen kein Mensch und keine Gruppe antun (ohne ihre Rechte zu verletzen). Diese Rechte sind so gewichtig und weitreichend, dass sie die Frage aufwerfen, was der Staat und seine Bediensteten überhaupt tun dürfen.“

So lauten die ersten beiden Sätze des Vorworts zu *Robert Nozicks* berühmter-berühmter Abhandlung *Anarchy, State, Utopia*, welche die prägnanteste moralphilosophische Rechtfertigung für jene politökonomische Doktrin enthält, die unter der Bezeichnung Neoliberalismus firmiert und mittlerweile – aus noch zu erörternden Gründen ein wenig weichgezeichnet – auch hierzulande die Diskussion bestimmt.¹ Das Label „Neoliberalismus“ wurde jedoch nicht, wie man heute zu vermuten geneigt ist, von seinen Kritikern, insbes. den „Globalisierungsgegnern“, sondern bereits Ende der 30er Jahre des 20. Jahrhunderts von Ökonomen wie *Friedrich August von Hayek* erfunden, die „spontane Ordnungen“ wie Gesellschaften im Allgemeinen und Märkte im Besonderen vor staatlichen Interventionen weitestgehend bewahrt wissen wollten. Als Hauptgrund dafür gab *Hayek* an, dass in die Evolution solcher Ordnungen Erfahrungen und Kenntnisse vieler Generationen eingeflossen seien und dass dieses Wissen für eine

planmäßige Gestaltung der Gesellschaft nicht zur Verfügung stehe, weil es zu verstreut und oft gar nicht bewusst sei.²

Auch *Nozicks* Fragestellung indiziert, dass die größten Gefahren für die Gesellschaft, namentlich für die individuellen Rechte, vom Staat ausgehen. Deshalb dürfe der Staat, man kennt das, nicht mehr als ein Minimalstaat sein, „der sich auf einige eng umgrenzte Funktionen wie den Schutz gegen Gewalt, Diebstahl, Betrug oder die Durchsetzung von Verträgen beschränkt“.³ Für *Nozick* bedeutet dies, „dass der Staat seinen Zwangsapparat nicht dazu verwenden darf, einige Bürger dazu zu bringen, anderen zu helfen, und ebenso wenig dazu, den Menschen um ihres eigenen Wohles oder Schutzes willen etwas zu verbieten“.⁴

Einige mögen darin nun die Essenz des Liberalismus sehen, andere dagegen nur seinen vulgärsten Ausdruck, eine Karikatur, die lediglich geeignet ist, anti-liberale Affekte zu produzieren.⁵ Tatsache ist aber, dass diese normative Grundauffassung immer ungenierter hinter den „Sachzwang“-Argumenten hervorlugt, mit denen neoliberale Politiken üblicherweise beworben werden.

Jener Bereich, dessen Neoliberalisierung die unmittelbarsten Auswirkungen auf die individuelle Lebensgestaltung hat, ist das Arbeitsrecht. Und wie überall, so lautet auch hier

1 *Nozick*, *Anarchie, Staat, Utopia* (1976) 11.

2 Siehe nur *Hayek*, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 1: *Regeln und Ordnung* (1980); *ders.*, *Gesetzgebung und Freiheit*, Bd. 2: *Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit* (1981).

3 *Nozick*, *Anarchie* 11.

4 *Nozick*, *Anarchie* 11.

5 Für eine keineswegs anti-liberale Kritik dieser Liberalismuskritik siehe nur *Koller*, *Individualismus und Liberalismus bei Hayek und Nozick*,

in *Seelmann* (Hrsg.), *Wirtschaftsethik und Recht* (2001) 39.

die Zauberformel „Flexibilisierung“. Einschränkungen der Privatautonomie stehen nun tendenziell unter dem Verdacht, den an sich „mündigen Bürger“ zu bevormunden. Der „Sachzwang“ allein, die Notwendigkeit, der Wirtschaft ausreichend Freiheit zur Entfaltung und damit zur Schaffung dringend benötigter Arbeitsplätze zu geben, benötigt nämlich ein Supplement. Auf ein bisschen Begeisterung oder Identifikation seitens der Menschen ist jedes soziale System und jede politische Partei angewiesen. Das gilt vor allem, wenn das System als demokratisch erfahren werden soll. Bloße Anpassung an die Zwänge einer als zweite Natur ausgegebenen Wirtschaft kann nicht das letztes Ziel demokratischer Selbstbestimmung sein.

Andererseits kann die Politik es sich auch nicht leisten, genauso unverblümt zu reden wie ein Philosoph, der wenigstens in zweiter Linie Distinktionsprofite einfahren will, keinesfalls aber Wahlen gewinnen muss. Die Politik ist darauf angewiesen, dass sich die Menschen in ihr „wiederfinden“, auch die Verlierer – und sei es nur als das, was sie gerne wären. Gegenwärtig als flexible, mobile, unternehmerische Manager des eigenen Lebensprojekts.⁶ Diese weitgehend imaginäre Figur des „self-made man“ steht in der neoliberalen Ideologie für den mündigen und autonomen Menschen. Mündigkeit und Autonomie wiederum lassen sich gar nicht anders als positiv bewerten. Man kann nicht gut gegen Mündigkeit und Autonomie sein, allenfalls gegen bestimmte Interpretationen dieser Werte. Aber selbst in dieser Frage hält sich der Dissens in engen Grenzen. Vor allem ist für die neoliberale Interpretation von Autonomie derzeit keine ernsthafte Konkurrenz in Sicht. Auch nicht von Seiten der Verlierer oder derer, die für sie sprechen. Wenn es konkret wird, verlässt kaum jemand den etablierten Rahmen für „vernünftige“ Politik. Das ist schließlich der Witz einer hegemonialen Ideologie. Sie gibt den für die Praxis relevanten Denkrahmen vor. Und die herrschenden Ideen sind bekanntlich nicht zuletzt die Ideen der Beherrschten selbst. Freilich, niemand, der noch bei Trost ist, zweifelt daran, dass beruflicher Erfolg unter den gegebenen Verhältnissen zu einem großen Teil Glückssache ist.⁷ Doch mit solchen Zweifeln kann der Neoliberalismus, wenn man der psychoanalytischen Ideologietheorie Glauben schenken darf, ohne weiteres leben. Worauf es ankommt, sei vielmehr, dass bei den Verlierern die Hoffnung geweckt und aufrechterhalten wird, es „in der nächsten Runde“ zu schaffen. So bestand, wie *Renata Salecl* unter Bezugnahme auf Analysen des Soziologen *Stuart Hall* schreibt, ein „wesentlicher Teil der ideologischen Wirksamkeit des Thatcherismus [. . .] darin, dass es einer Handvoll Leuten tatsächlich gelang, durch individuelles Unternehmertum reich zu werden – solche Erfolge wirken wie ein ‚kleines Stück Realität‘, welches allen anderen die Hoffnung gibt, dass auch sie eines Tages Erfolg haben werden“.⁸

Wie es scheint, lebt diese Hoffnung noch immer. Wie soll- te man sich sonst die breite Zustimmung erklären, die neoliberale Programme nach wie vor erfahren? Und so darf man

vermuten, die Flexibilisierungszwänge in der Arbeitswelt eher noch zu- als abnehmen werden. Trotz der erheblichen Kosten, die damit verbunden sind, und zwar individuellen wie sozialen.⁹ Dass die tendenzielle Untergrabung solidarischer Beziehungen zwischen Menschen oft mit der Beschwörung von – bisweilen sogar ziemlich bornierten – Familienidealen einher geht, wäre ein Thema für sich. Hier sei lediglich noch darauf hingewiesen, dass keineswegs alle Bevölkerungsgruppen davon in gleicher Weise und in gleichem Maße betroffen sind (Frauen etwa typischerweise stärker als Männer) und dass von arbeitsrechtlicher Deregulierung hauptsächlich die Arbeitgeberseite profitiert. Mit den Worten *Hans Georg Zillians*: „Das Normalarbeitsverhältnis, mit kollektiv vereinbarten Lohnuntergrenzen und den zahllosen rechtlichen Bestimmungen, die den Handlungsspielraum der Arbeitsmarktpartner umschreiben, entstand aus den Geburtswehen der Moderne, als Eingriff in die ‚Anarchie‘ des marktlichen Geschehens; die Arbeiterschaft erkämpfte sich so die Sicherheiten und Regelmäßigkeiten, deren Aufgabe wohl nur die Unternehmer freier machen würde.“¹⁰

Aber bedeutet Flexibilisierung tatsächlich und notwendigerweise *Deregulierung*? Ich sagte oben, dass der politisch wirksame Neoliberalismus im Grunde nur eine weichgezeichnete Version dessen ist, was Leute wie *Nozick* propagieren. Einerseits muss er den Menschen eine attraktive imaginäre Identität anbieten; andererseits aber kann er sich nicht auf ein Lob der Deregulierung beschränken – *völlige* Blindheit gegenüber Machtgefällen und Ausbeutung auf dem Arbeitsmarkt ist auch für neoliberale Politik keine Option. Und so erweist sich die Entwicklung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht einfach als eine Entwicklung zurück in Richtung Naturzustand, sondern eher als ein Wandel in qualitativer Hinsicht.

Die folgenden Beiträge sollen Schlaglichter auf diesen Wandel werfen. Analysiert werden nicht nur europarechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in Österreich (siehe die Beiträge von *Beatrix Karl* und *Petra Laback*), die Re-Regulierung der Arbeitskräfteüberlassung, einer notorischen Praxis der Umgehung von Schutznormen (*Remo Sacherer*), die Atypizität so genannter atypischer Arbeitsverhältnisse (*Anita Zielina*) und ein Beispiel für ein liberaleres Arbeitszeitmodell (*Barbara Fischer*); beleuchtet werden auch Veränderungen im Bereich der Arbeitsrechtssetzung selbst, vor allem das Verhältnis zwischen Staat, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften (*Roland Gerlach* und, aus der Perspektive einer außereuropäischen, nämlich der australischen Rechtstradition, *Ron McCallum*). Insbesondere die beiden letzten Beiträge werfen Fragen nach dem Sinn „des Ganzen“ auf. Und das sind Fragen, deren halbwegs zufrieden stellende Beantwortung zumindest eine zeitweilige Überschreitung jener Grenzen erfordert, welche die neoliberale Ideologie (nicht selten im Gewande pragmatistischer Bescheidenheit) dem politischen Diskurs gesetzt hat.

Christian Hiebaum ist Mitherausgeber des *juridikum*.

6 Dementsprechend ist bspw für die *Kommission für Zukunftsfragen der Freistaaten Bayern und Sachsen* das „Leitbild der Zukunft der Mensch als Unternehmer seiner Arbeitskraft und Daseinsvorsorge“ (Erwerbstätigkeit und Arbeitslosigkeit in Deutschland – Entwicklungen, Ursachen und Maßnahmen [1997] 7).

7 Und die Erfahrungen, die die – etwa aus den hierarchischen Strukturen der Arbeitsorganisation – in mehr „Eigenverantwortung“ Entlassenen machen, sind durchaus ambivalent. Siehe dazu *Günther*, *Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung*, in *Honeth* (Hrsg), *Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus* (2002) 117.

8 *Salecl*, *Politik des Phantasmas. Nationalismus, Feminismus und Psychoanalyse* (1993) 48.

9 Siehe nur *Sennett*, *Der flexible Mensch. Die Kultur des neuen Kapitalismus* (1998).

10 *Zillian*, *Die Zeit der Grille? Eine Phänomenologie der Arbeit* (1999) 104.



Die Arbeitswelt ist bedingt durch wirtschaftliche, technische und gesellschaftliche Veränderungen einem ständigen Wandel ausgesetzt. Die Folge ist, dass die moderne Arbeitswelt – wie sie sich uns heute präsentiert – eine sehr dynamische und vielfältige ist. Dieser Wandel bedeutet nicht nur eine Herausforderung für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber, sondern auch eine Herausforderung für den Gesetzgeber sowie für die Sozialpartner. Da diese Entwicklung nicht an den nationalen Grenzen Halt macht, darf sich auch die Reaktion darauf nicht bloß auf das Inland beziehen. Eine bloß inländische Betrachtung ist schon deshalb verfehlt, weil die zunehmende Mobilität der Arbeitnehmer eine wesentliche Komponente der Flexibilisierung der Arbeitswelt darstellt. Immer mehr Arbeitnehmer werden im Ausland tätig, sei es unmittelbar durch Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat oder im Wege der Entsendung. Es ist daher auch Aufgabe des Europarechts, auf diese Entwicklung zu reagieren und die entsprechenden Voraussetzungen zu schaffen.

Die Mobilität der Arbeitnehmer innerhalb der EU, dh die Möglichkeit, auch in anderen Mitgliedstaaten ein Arbeitsverhältnis aufzunehmen, wird primär durch den Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer garantiert. Geht es hingegen um die Entsendung von Arbeitnehmern, so liegt nach Auffassung des EuGH ein die Dienstleistungsfreiheit und nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffender Sachverhalt vor, da die entsendeten Arbeitnehmer weiterhin dem Arbeitsmarkt des Entsendestaates zuzuordnen sind. Aus diesem Grund ist die Entsenderichtlinie 96/71/EG, die bestimmte Arbeitsbedingungen des Staates, in dem die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht wird, für anwendbar erklärt, auf die Ermächtigungsgrundlage der Art 47 Abs 2 und 55 EGV gestützt. Im Folgenden wird zuerst auf den Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und anschließend auf die Entsendung von Arbeitnehmern eingegangen.

Flexibilisierung des Arbeitslebens hat aber nicht nur mit Mobilität, sondern auch mit neuen Beschäftigungspraktiken zu tun. Die Arbeitgeber haben, um in einem zunehmend wettbewerblich orientierten globalisierten Markt bestehen zu können, die Produktionsweise sowie die Beschäftigungspraktiken geändert. Die Folge ist eine Flexibilisierung im Bereich der Arbeit. Die Leistung von unselbständigen Diensten wird heute vermehrt nicht mehr im Rahmen des klassischen unbefristeten Vollzeitbeschäftigungsverhältnisses erbracht. Es ist vielmehr ein eklatanter Anstieg der Zahl der sog atypischen Beschäftigungsverhältnisse zu verzeichnen. Es gibt immer mehr Werkverträge, freie Dienstverträge, Teilzeitbeschäftigungen, Telearbeitsplätze etc. Es stellt sich daher auch die Frage, inwieweit das Europarecht in diesem Bereich eine Rolle spielt.

1. Der Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Art 39 Abs 1 EGV gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Europäischen Union. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“ (Art 39 Abs 2 EGV). Auf sekundärrechtlicher Ebene sieht Art 7 Abs 1 VO (EWG) Nr 1612/68 vor, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, auf Grund seiner Staatsangehörigkeit in anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich

Europarechtliche Rahmenbedingungen der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitslebens

Beatrix Karl

der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden darf als die inländischen Arbeitnehmer.

Inländer und EU-Ausländer sind somit im Hinblick auf die Begründung, den Inhalt und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen, einschließlich der beruflichen Wiedereingliederung bei Arbeitslosigkeit völlig gleichgestellt¹. Das Diskriminierungsverbot wird vom EuGH nicht bloß auf unmittelbare Diskriminierungen beschränkt, sondern auch auf mittelbare (verdeckte) Diskriminierungen ausgedehnt². Eine unmittelbare Diskriminierung liegt dann vor, wenn die Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium bei Arbeitsbeziehungen benutzt wird. Ist eine Regelung hingegen so ausgestaltet, dass sie zwar formal gleichermaßen für In- und Ausländer gilt, in ihrer tatsächlichen Wirkung aber Ausländer stärker trifft als Inländer und eine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen nicht gegeben ist, so liegt eine mittelbare Diskriminierung vor³. Eine sachlich nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung hat der EuGH etwa darin erblickt, dass § 26 des österreichischen VBG für die Anrechnung früherer Beschäftigungszeiten zum Zweck der Festsetzung der Entlohnung der Ver-

1 S Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht (2001) 40; zur Arbeitnehmerfreizügigkeit sa Rung-galdier, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im EG-Vertrag, in: Oetker/Preis (Hrsg), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EAS) B 2000.

2 S etwa EuGH 12. 2. 1974, Rs 152/73 (Sotgiu) Slg 1974, 153; 20. 10. 1993, Rs C-272/92 (Spotti) Slg 1993, I-5185.

3 S Albert, Artikel 39 EG (früher Artikel 48 EGV): Vom Diskriminierungs- zum Benachteiligungsver-

bot, in: Tomandl (Hrsg), Der Einfluß europäischen Rechts auf das Arbeitsrecht (2001) 1 (3); Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht 41.

tragslehrer und Vertragsassistenten an die in anderen Mitgliedstaaten zurückgelegten Zeiten strengere Anforderung stellt, als sie für an vergleichbaren Einrichtungen des betreffenden Mitgliedstaats zurückgelegte Zeiten gelten⁴.

Will man die EU-ausländischen Arbeitnehmer den inländischen Arbeitnehmern gleichstellen, so genügt es nicht, das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierungen nur auf staatliche Regelungen zu beziehen. Dementsprechend sieht Art 7 Abs 4 VO (EWG) Nr. 1612/68 vor, dass auch diskriminierende Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen nichtig sind. Mit derartigen Bestimmungen hat sich der EuGH schon in zahlreichen Entscheidungen auseinander gesetzt⁵.

Die Judikatur ist aber noch einen Schritt weiter gegangen. Der EuGH beschränkt das Recht auf Freizügigkeit nicht auf ein bloßes Diskriminierungsverbot. Im Einklang mit seiner Judikatur zu den anderen Grundfreiheiten versteht er auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit über das Diskriminierungsverbot hinaus als Beschränkungsverbot. Demzufolge stehen die Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit Regelungen entgegen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates daran hindern, von der Freizügigkeit Gebrauch zu machen, auch wenn die Regelung unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers gilt⁶. Die Ausweitung des Rechts auf Freizügigkeit auf ein Beschränkungsverbot hat zur Folge, dass sich nunmehr auch Inländer auf die europarechtlichen Freizügigkeitsregeln berufen können. Es geht somit nicht mehr bloß um die Gleichbehandlung mit Inländern im Aufnahmestaat. Das Beschränkungsverbot wird vielmehr auch auf jene Fälle zur Anwendung gebracht, in denen nationale Maßnahmen Inländer an der Wahrnehmung der Freizügigkeit hindern. So hat der EuGH etwa in der Rechtssache Bosman ausgesprochen, dass Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, Beeinträchtigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellen, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden⁷.

Ein großes Defizit stellt meines Erachtens vor allem die mangelnde Umsetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Bereich der betrieblichen Altersversorgung dar. Das geltende EU-Recht garantiert zwar die Mitnahme obligatorischer Sozialversicherungsansprüche, um zu verhindern, dass Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machen, bei ihrer gesetzlichen Pension Nachteile erleiden, im Bereich der betrieblichen Pensionen besteht aber noch Handlungsbedarf. Die Richtlinie 98/49 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der EG zu- und abwandern⁸, löst bei weitem nicht alle Probleme, die mit grenzüberschreitender Mobilität verbunden sind. Vor allem ist bisher eine Umsetzung

diese Richtlinie so gut wie in keinem Mitgliedstaat erfolgt⁹. Die bestehenden Nachteile im Bereich der Betriebspensionssysteme sind aber durchaus geeignet, Arbeitnehmer davon abzuhalten, in einem anderen Mitgliedstaat eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Die Mitteilung der Kommission über die Portabilität ergänzender Rentenansprüche appelliert daher an die europäischen Sozialpartner, ihre Standpunkte hinsichtlich der von der EU zu treffenden Maßnahmen darzulegen. Die Kommission nimmt zB jene Bestimmungen ins Visier, die den Erwerb von betrieblichen Pensionsansprüchen von übermäßig langen Wartezeiten abhängig machen und damit nicht nur mobile und zugewanderte Arbeitnehmer, sondern auch Frauen, die ihre Karriere häufiger als Männer aus familiären Gründen unterbrechen, diskriminieren. Die Notwendigkeit, im Bereich der Zusatzpensionen initiativ zu werden, hat auch im Aktionsplan der Kommission über Qualifikation und Mobilität ihren Niederschlag gefunden. In diesem Aktionsplan finden sich noch eine Reihe weiterer Maßnahmen, die den EU-Bürgern den Zugang zu den europäischen Arbeitsmärkten verbessern sollen. Zu diesen Maßnahmen zählen etwa Vorschläge für eine EU-Krankenversicherungskarte, eine Website mit europaweiten Stellenangeboten und eine verbesserte Anerkennung von Berufsqualifikationen¹⁰.

2. Die Entsendung von Arbeitnehmern

Erweiterungen der Europäischen Gemeinschaft haben immer wieder zu Diskussionen hinsichtlich der zu erwartenden Auswirkungen auf die Wirtschafts- und Sozialordnungen der Mitgliedstaaten durch die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten durch die neuen EU-Bürger geführt. Wie nunmehr auch am Beispiel der EU-Osterweiterung deutlich wird, bilden dabei die Freizügigkeit der Arbeitskräfte und die Dienstleistungsfreiheit bzw deren Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt und die Beschäftigung den sensibelsten Bereich¹¹. Dabei geht es insbesondere um den Schutz des nationalen Marktes, vor allem des nationalen Arbeitsmarktes und damit auch der auf ihm wirksamen Lohnkartelle, gegenüber solchen ausländischen Dienstleistern, die bei Einsatz ihrer eigenen Arbeitskräfte auf Grund eines niedrigeren Lohnniveaus in ihren Herkunftsländern am Markt des Gastlandes Wettbewerbsvorteile genießen könnten¹². Dieses Problem stellt sich aber nicht erst durch die Osterweiterung, sondern hat die Mitgliedstaaten sowie die Organe der EU schon länger beschäftigt und sollte schließlich durch die Entsenderichtlinie einer Lösung zugeführt werden.

Schon vor Erlassung der Entsenderichtlinie stand außer Zweifel, dass die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistung unter Verwendung eigener Arbeitskräfte als „Entsendungsfreiheit“ Teil der Dienstleistungsfreiheit iS des Art 49 EGV ist¹³ und dass Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verboten sind. Damit hat sich die Frage ge-

4 S EuGH 30. 11. 2000, Rs C-195/98 (ÖGB) Slg 2000, I-10497.

5 S EuGH 23. 2. 1994, Rs C-419/92 (Scholz) Slg 1994, I-505; 15. 1. 1998, Rs C-15/96 (Schöning-Kougebetopoulou) Slg 1998, I-47.

6 S Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht 44.

7 EuGH 15. 12. 1995, Rs C-415/93 (Bosman) Slg 1995, I-4921 Rdnr 96.

8 ABl 1998 Nr L 209.

9 Birk, Neuere Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, DRdA 2002, 455 (457).

10 NN, Kommission setzt sich für übertragbare Berufsrenten ein, Sozial Agenda 2002, 15 (16).

11 S Winkler, Die Entsenderichtlinie und ihre Bedeutung für Österreich, in: Tomandl (Hrsg), Der Einfluß europäischen Rechts auf das Arbeitsrecht (2002) 44.

12 S Winkler in Tomandl, Einfluß 44.

13 S Winkler in Tomandl, Einfluß 44 f.; EuGH 3. 2. 1982, Rs 62, 63/81 (Desquenne & Giral) Slg 1982, 223; 27. 3. 1990, Rs C-113/89 (Rush Portuguesa Lda) Slg 1990, I-1417; 9. 8. 1994, Rs C-43/93 (Vander Elst) Slg 1994, I-3681; 28. 3. 1996, Rs C-272/94 (Guiot) Slg 1996, I-1905.

stellt, inwieweit die Mitgliedstaaten den durch die Dienstleistungsfreiheit bewirkten Lohndruck abwehren dürfen. Neben administrativen Erschwernissen, wie zB Meldevorschriften oder die Einhebung von Abgaben und Gebühren, haben die Mitgliedstaaten auch Versuche unternommen, ihre Rechtsvorschriften über die Mindestlöhne oder die hierüber von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Staatsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Der EuGH hat in ständiger Judikatur die Auffassung vertreten, dass eine solche Ausdehnung der Mindestlohnvorschriften den Mitgliedstaaten durch das Gemeinschaftsrecht nicht verboten ist¹⁴.

Zu Beginn der 90er Jahre hat schließlich auch die Kommission wieder damit begonnen, für die Möglichkeit der mitgliedstaatlichen Beschränkung der im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit geltenden Entsendefreiheit im Interesse des Schutzes der nationalen Regulierung des Arbeitsmarktes eine koordinierende gemeinschaftsrechtliche Lösung zu suchen¹⁵. Diese Bemühungen mündeten schließlich in die am 16. 12. 1996 erlassenen RL 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen¹⁶. Diese Richtlinie versucht auf kollisionsrechtliche Weise Lohn, Urlaub und andere Arbeitsbedingungen bei einer Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat durch Anwendung der am Einsatzort geltenden Vorschriften sicherzustellen, um dadurch die entsandten Arbeitnehmer mit den einheimischen Arbeitskräften gleichzustellen¹⁷. Das bedeutet, dass das Unternehmen aus dem Entsendestaat seine Leistung nicht zu denjenigen Bedingungen erbringen darf, die ihm an und für sich zur Verfügung stehen. Das Unternehmen aus dem Entsendestaat kann seine aus den unterschiedlichen Arbeitsbedingungen resultierenden Wettbewerbsvorteile somit nicht weitergeben. Die Problematik, die sich damit stellt, liegt klar auf der Hand: Der Wettbewerb zwischen Unternehmen aus dem Entsendestaat und solchen aus dem Empfangsstaat wird hinsichtlich der Arbeitsbedingungen behindert und die Dienstleistungsfreiheit wird eingeschränkt¹⁸. Die Gemeinschaft hat sich somit zugunsten der sozialen Ruhe im Empfangsstaat gegen die Dienstleistungsfreiheit entschieden und ist dementsprechend rechtspolitisch umstritten¹⁹.

3. Sonstige arbeitsrechtliche Maßnahmen auf EU-Ebene im Kontext der Flexibilisierung des Arbeitslebens

Mit dem Protokoll über die Sozialpolitik, das dem Vertrag von Maastricht beigefügt worden ist, und den Verträgen von Amsterdam und von Nizza hat der Rat die Kompetenz erhalten, in weiten Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts auf europäischer Ebene Regelungen zu treffen (Art 137 EGV). Mit qualifizierter Mehrheit und im Zusammenarbeitsverfahren mit dem Parlament gem Art 251 EGV kön-

nen gem Art 137 Abs 1 und 2 EGV etwa in folgenden Bereichen Mindestvorschriften erlassen werden: Verbesserung der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer, Arbeitsbedingungen, berufliche Eingliederung der aus dem Arbeitsmarkt ausgegrenzten Personen sowie Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz. Für die in Art 137 Abs 3 EGV aufgezählten Bereiche gilt demgegenüber das Prinzip der Einstimmigkeit. Dies betrifft etwa die soziale Sicherheit und den sozialen Schutz der Arbeitnehmer, den Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags, die Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung. Das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht sind ausdrücklich der Regelungskompetenz der Gemeinschaft entzogen (Art 137 Abs 6 EGV). Art 137 Abs 5 EGV hält ausdrücklich fest, dass die aufgrund dieses Artikels erlassenen Bestimmungen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu treffen, sofern sie mit dem EG-Vertrag vereinbar sind.

Art 137 EGV gewährt der Gemeinschaft somit keine unbeschränkte Kompetenz zur Harmonisierung der Sozialpolitik. Neben der teilweisen Geltung des Einstimmigkeitsprinzips ergeben sich Beschränkungen, die sowohl formeller als auch inhaltlicher Natur sind: Es dürfen nur Richtlinien erlassen werden und der zulässige Inhalt ist auf Mindestvorschriften beschränkt. Zudem steht die Kompetenz unter dem Vorbehalt des Subsidiaritätsprinzips. Dies ergibt sich sowohl aus Art 3b EGV, als auch aus Art 137 EGV selbst, der einige spezielle Einschränkungen enthält, die dem Subsidiaritätsgedanken verpflichtet sind. So wird in Art 137 EGV etwa ausdrücklich klargestellt, dass die Gemeinschaft die „Tätigkeit der Mitgliedstaaten“ lediglich „unterstützt“ oder „ergänzt“. Für die Sozialpolitik sind somit auch weiterhin in erster Linie die Mitgliedstaaten verantwortlich²⁰. Innerhalb dieser Grenzen hat der Rat jedoch die Möglichkeit, auch in den klassischen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts Mindestvorschriften und Schutzvorschriften vorzusehen. Dazu zählen Richtlinien über atypische Arbeitsverhältnisse, die Arbeitszeit, den Datenschutz sowie über den Europäischen Betriebsrat.

Richtlinien, die im Zusammenhang mit der Flexibilisierung des Arbeitslebens von Relevanz sind, sind insbesondere die Teilzeitarbeitsrichtlinie (RL 97/81/EG)²¹ sowie die Richtlinie über befristete Arbeitsverträge (RL 1999/70/EG)²². Mit diesen beiden Richtlinien, die beide auf Vereinbarungen der europäischen Sozialpartner beruhen, wurden europarechtliche Regelungen für so genannte „atypische Arbeitsverhältnisse“ geschaffen²³. Den wesentlichen Regelungsgehalt beider Richtlinien bildet der Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Teilzeitbeschäftigten bzw von befristet beschäftigten Arbeitnehmern²⁴.

14 S EuGH 3. 2. 1982, Rs 62, 63/81 (Seco und Desquenne & Giral) Slg 1982, 223; 27. 3. 1990, Rs C-113/89 (Rush Portuguesa) Slg 1990, I-1417 Rdnr 18; 9. 8. 1994, Rs C-4393 (Vander Elst) Slg 1994, I-3803 Rdnr 23; 28. 3. 1996, Rs C-242/95 (Guiot) Slg 1996, I-1905 Rdnr 12; 23. 11. 1999, Rs C-369/96 und C-376/96 (Arblade und Leloup) Slg 1999, I-8453 Rdnr 41. Zur Judikatur und den daraus abzuleitenden Grundsätzen s *Binder*, Die Arbeitnehmerentsendung aus EU-/EWR-Staaten

nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, 1 und 100 (2 ff).

15 S *Winkler* in Tomandl, Einfluß 46.

16 ABl Nr L 18 v 21. 1. 1997, 1.

17 S *Birk*, DRdA 2002, 457.

18 S *Birk*, DRdA 2002, 457.

19 S *Birk*, DRdA 2002, 457. Zu den für und gegen das Arbeitsortprinzip sprechenden Argumenten s *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der

EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173 (179 f.).

20 S *Schulz*, Grundlagen und Perspektiven einer Europäischen Sozialpolitik (2003) 153 mwN.

21 ABl 1998 Nr L 14/9.

22 ABl 1999 Nr L 175/43.

23 S *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht 116; *Egger*, Arbeits- und Sozialrecht der EG 229 ff.

24 S *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht 114 und 117.

Die Teilzeitarbeitsrichtlinie zielt auch darauf ab, einen Beitrag zur Entwicklung der Teilzeitarbeitsmöglichkeiten auf einer für Arbeitgeber und Arbeitnehmer akzeptablen Grundlage zu leisten²⁵. Es soll daher neben der Sicherstellung der Beseitigung von Diskriminierungen von Teilzeitbeschäftigten auch die Qualität der Teilzeitarbeit verbessert und die Entwicklung der Teilzeitarbeit auf freiwilliger Basis gefördert und zu einer flexiblen Organisation der Arbeitszeit beigetragen werden, die den Bedürfnissen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer Rechnung trägt²⁶.

Ziel der Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse ist es, durch die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse zu verbessern sowie die Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge verhindern²⁷. Die Beschränkung der Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen ist deshalb erforderlich, weil dadurch zwingende gesetzliche Schutzvorschriften, wie insb der Kündigungsschutz, umgangen werden könnten²⁸.

Beide Richtlinien lassen es den Mitgliedstaaten unbenommen, günstigere Bestimmungen für die Arbeitnehmer beizubehalten oder einzuführen. Günstigere Regelungen betreffend die Teilzeitarbeit finden sich etwa in Deutschland und in den Niederlanden. In beiden Staaten ist den Arbeitnehmern ein Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit eingeräumt worden. Ein Anspruch auf Teilzeit und flexible Arbeitszeitregelung für Eltern von Kindern bis zum Ablauf des 7. Lebensjahres oder bis zum Schuleintritt bei gleichzeitigem Recht auf Rückkehr in Vollzeitbeschäftigung ist auch Inhalt der geplanten Reformen der österreichischen Bundesregierung²⁹.

An Kritik wird gegen die genannten Richtlinien vorgebracht, dass ihr Kompromisscharakter deutlich in unscharfen, ja teilweise nebulösen Formulierungen zum Ausdruck komme³⁰. Birk³¹ wirft daher die Frage auf, „ob es solcher Tätigkeitsnachweise seitens der europäischen Sozialpartner eigentlich bedarf“. Er sieht darin auch eine nicht unerhebliche Erschwerung der Kontrolle der ordnungsgemäßen Umsetzung, gleichgültig ob sie durch den staatlichen Gesetzgeber oder die Tarif- bzw Kollektivvertragsparteien auf nationaler Ebene erfolgt.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass im Juni 2002 von UNICE als Vertreterin der Großunternehmen, UEAPME für die kleinen und mittleren Unternehmen, CEEP für die öffentliche Wirtschaft und dem EGB als Vertreter der europäischen Gewerkschaften eine Rahmenvereinbarung über Telearbeit unterzeichnet worden ist. Diese Vereinbarung soll die Flexibilität der Wirtschaft fördern und die Arbeitsorganisation modernisieren. Gleichzeitig soll den schätzungsweise 4,5 Millionen Telearbeitnehmern in der Europäischen Union ein besserer Schutz und eine höhere Arbeitsplatzqualität gewährt werden³².

NEUERSCHWEINUNG

Pleischl/Soyer
Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung
Textausgabe mit Gesetzesmaterialien



- StGB, StPO, JGG und GRBG in einem Band
- Textausgabe mit Gesetzesmaterialien

mit folgenden Neuerungen:

- Bestimmungen zur Bekämpfung der Cyber-Kriminalität und des Terrorismus
- Überwachung der Telekommunikation

**604 Seiten,
broschiert, € 48,-
3-7046-3957-5**

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

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

4. Zusammenfassung

Europarechtliche Rahmenbedingungen der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitslebens finden sich auf verschiedenen Ebenen. Zum einen ist unmittelbar der EG-Vertrag mit seinen Grundfreiheiten von Relevanz, zum anderen existieren eine Reihe von Richtlinien, die der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitslebens Rechnung tragen, und darüber hinaus werden auch die europäischen Sozialpartner in diesem Bereich aktiv, indem sie Rahmenvereinbarungen abschließen. Gerade wenn es um die Regelung von Arbeitsbedingungen geht, darf aber nicht übersehen werden, dass es sich dabei um Maßnahmen handelt, die als arbeitsrechtliche Maßnahmen grundsätzlich in die Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten fallen. Am stärksten ist der Einfluss des Europarechts auf die Flexibilisierung des Arbeitslebens naturgemäß im Anwendungsbereich der im EG-Vertrag verankerten Grundfreiheiten. Insoweit ist als positiv zu vermerken, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der EU heute im Wesentlichen hergestellt ist.

Drⁱⁿ. Trixi Karl ist ao. Univ.-Prof. am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

²⁵ S Abs 11 der Erwägungsgründe der Teilzeitarbeitsrichtlinie.

²⁶ S § 1 der im Anhang der Teilzeitarbeitsrichtlinie enthaltene Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit. Diese am 17. 6. 1997 zwischen den europäischen Sozialpartnern (UNICE; CEEP; EGB) geschlossene Rahmenvereinbarung soll gem Art 1 der Teilzeitarbeitsrichtlinie mit ihr durchgeführt werden.

²⁷ S § 1 der Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner EGB, UNICE und CEEP über befristete Arbeitsverhältnisse vom 18. 3. 1999, die durch die Richtlinie über befristete Arbeitsverhältnisse übernommen wurde (s Art 1 der RL).

²⁸ Zu den in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen s *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht 118.

²⁹ S Regierungsprogramm der Österreichischen Bundesregierung für die XXII. Gesetzgebungsperiode, Kapitel 8. Arbeit und Soziales.

³⁰ Birk, DRdA 2002, 458.

³¹ DRdA 2002, 458.

³² S *NN*, Wegweisendes Abkommen fördert Telearbeit, Sozial Agenda 2002, 7.

1. Einleitung

Ab Beginn der 70er Jahre konnte ein kontinuierlicher Anstieg von befristeten Arbeitsverhältnissen in der EU festgestellt werden. Im EU-Gesamtschnitt wuchs die Befristungsrate von 1993 bis 2000 von 9 auf 13,4%.¹ Grund für diese Entwicklung war die Veränderung des Arbeitsmarktes seit den 70er Jahren. Flexible Arbeits- und Beschäftigungsformen gewannen zunehmend an Bedeutung.² Anhaltender technischer Fortschritt, Deregulierung und Wettbewerb und neue Formen von Produktions- und Arbeitsorganisation führten bzw. führten zu einem tief greifenden Wandel in der Arbeitswelt.³

Bereits in den 80er Jahren sah sich die EU veranlasst, wegen der verschiedenen Regelungen über die Befristung eines Arbeitsvertrages in den einzelnen Mitgliedstaaten eine Rechtsangleichung herbeizuführen und mit Mindestvorschriften befristet Beschäftigte zu schützen.⁴

Am 19. Juni 1996 erklärten die europäischen Sozialpartner (EGB, UNICE, CEEP)⁵ der Kommission ihre Bereitschaft, Verhandlungen über atypische Arbeitsverhältnisse zu führen.⁶ Am 6. Juni 1997 kam es vorerst zum Abschluss der Europäischen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die durch die RL 97/81/EG vom 7. April 1998 zu Gemeinschaftsrecht wurde. Die Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse gelangte erst am 18. März 1999 zum Abschluss.

2. Die RL 99/70 über befristete Arbeitsverhältnisse

Am 10. Juli 1999 trat die RL in Kraft und soll gem Art 2 bis zum 10. Juli 2001 umgesetzt werden.

Die Ziele der Rahmenvereinbarung legt unter anderem § 1 RV fest: a) Die Qualität befristeter Arbeitsverhältnisse soll durch die Verankerung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verbessert und b) der Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge (nach österreichischer Terminologie Kettenarbeitsverhältnisse) verhindert werden. Be-

reits in der Präambel der Rahmenvereinbarung formulieren die Sozialpartner ihren Willen, „einen allgemeinen Rahmen zu schaffen, der durch den Schutz vor Diskriminierung die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern in befristeten Arbeitsverhältnissen sichert und die Inanspruchnahme befristeter Arbeitsverträge auf einer für Arbeitgeber und Arbeitnehmer akzeptablen Grundlage ermöglicht“. Die Vorschriften sollen gleichzeitig nur allgemeine Grundsätze und Mindestvorschriften darstellen, was den Mitgliedstaaten ermöglichen soll, den Arbeitnehmern höhere Schutzstandards zu gewährleisten. Des Weiteren wollte man den Arbeitnehmern nicht nur

Die Umsetzung der RL 99/70 über befristete Arbeitsverhältnisse in Österreich

Petra Laback

Schutz geben, sondern den Schutz so gestalten, dass er in das Organisationsgefüge von Unternehmen passt.⁷

Die Festlegung eines Diskriminierungsverbotes von befristet Beschäftigten hatte auch eine verbesserte Durchsetzung des Verbotes mittelbarer Geschlechtsdiskriminierung zum Ziel. Denn es sind mehr Frauen als Männer im EU-Bereich befristet beschäftigt.⁸

In Österreich erfolgte die Umsetzung der RL mit Einfügung eines neuen § 2b AVRAG, der am 30. April 2002 in Kraft trat.⁹ Die Umsetzung geschah also verspätet.

In Abs 1 des § 2b AVRAG setzte der österreichische Gesetzgeber das in § 4 der RV verankerte Diskriminierungsverbot um, mit Abs 2 das in § 6 Abs 1 RV festgesetzte Recht auf

1 Daten 1995–1998 entnommen aus: Holzinger, Atypische Beschäftigung in Österreich – Trends und Handlungsoptionen vor dem Hintergrund internationaler Entwicklungen (2001) Tabelle 8, 35; 1999 und 2000 aus: EUROSTAT, Arbeitskräfteerhebung – Wichtigste Ergebnisse 1999 bzw 2000, Statistik kurzgefasst.

2 Tólos, Atypische Beschäftigungsformen und politische Maßnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Fraueninteressen, Forschungsbericht für das Bundesministerium für Frauenangelegenheiten und Verbraucherschutz (1997) 609; Biffi, Beschäftigungspolitik in Österreich vor dem Hintergrund einer Europäischen Beschäftigungspolitik, ÖZP 2000, 285 (290 ff.).

3 Halse, Atypische Beschäftigung in Österreich (1998) 60.

4 Vgl Entschließung des Rates, ABl Nr C 2/1 vom 4. Jänner 1980; Entschließung des Europäischen Parlaments, ABl Nr C 260/54 vom 12. Oktober 1981, Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Re-

gelung der Zeitarbeit, KOM (82) 155 endg., ABl Nr C 128/2 vom 19. Mai 1982, Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der Zeitarbeit, KOM (84) 159 endg., ABl Nr C 133/1 vom 21. Mai 1984, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über bestimmte Arbeitsverhältnisse hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, KOM (90) 228 endg., ABl Nr C 224/4 vom 8. September 1990; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Zeitarbeitnehmern, KOM (90) 228 endg., ABl Nr C 224/8 vom 8. September 1990; Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über bestimmte Arbeitsverhältnisse im Hinblick auf Wettbewerbsverzerrungen, KOM (90) 228 endg., ABl Nr C 224/6 vom 8. September 1990; letzterer wurde schließlich auch angenommen.

5 Europäischer Gewerkschaftsbund, Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas (Union des industries de la Communauté Européenne), Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (Centre européen des entreprises publiques).

6 Thema: Atypische Arbeitsverhältnisse, EuroAS 1996, 112.

7 Schlussfolgerungen der Sondertagung des Europäischen Rates über Beschäftigungsfragen in Luxemburg 20./21. November 1997.

8 Siehe auch die Feststellung in Z 9 der Präambel der RV: „Da mehr als die Hälfte der Arbeitnehmer in befristeten Arbeitsverhältnissen in der Europäischen Union Frauen sind, kann diese Vereinbarung zur Verbesserung der Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern beitragen.“

9 BGBl I Nr 52/2002 vom 29. März 2002.

Information und Beschäftigungsmöglichkeit.¹⁰ Der österreichische Gesetzgeber unterließ es allerdings § 5 RV über die Maßnahmen zur Vermeidung von Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverhältnisse durch Gesetz umzusetzen, was vielfach kritisiert wurde.¹¹ Auf diese soll im Folgenden noch näher eingegangen werden.

2.1 Anwendungsbereich der RL

Nach § 2 Abs 1 gilt die RV für „befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder -verhältnis gemäß der gesetzlich, tarifvertraglich oder nach den Gepflogenheiten in jedem Mitgliedstaat geltenden Definitionen“. Somit bestimmt sich der Arbeitnehmerbegriff nach dem jeweiligen nationalen Recht eines Mitgliedstaates und nicht nach Gemeinschaftsrecht.¹²

2.2 Definition eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers

Die RV geht in § 3 davon aus, dass es sich um einen solchen handelt, wenn er in einem „direkt zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag oder -verhältnis“ steht, „dessen Ende durch objektive Bedingungen, wie das Erreichen eines bestimmten Datums, die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe oder das Eintreten eines bestimmten Ereignisses bestimmt wird“. Leiharbeiter sind vom Anwendungsbereich der RV ausgenommen. Befristet Beschäftigte sind ansonsten also gemäß der RV alle Arbeitnehmer, die diese „Kriterien“ erfüllen. Sohin fallen in Österreich als weitere Folge auch befristete Arbeitsverhältnisse, die vom Anwendungsbereich des § 1 Abs 2 AVRAG ausgeschlossen sind, unter die Definition der RV (zB Arbeitsverhältnisse zu Ländern, Gemeindeverbänden und Gemeinden, Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter nach dem Landarbeitsgesetz, Arbeitsverhältnisse zum Bund, auf die dienstrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, welche den Inhalt von Arbeitsverhältnissen zwingend regeln [VBG], Arbeitsverhältnisse zu Stiftungen, Anstalten und Fonds, auf die das VBG anzuwenden ist).

Die RL-Umsetzung war demgemäß nicht umfangreich genug. Daher ist jedenfalls das Diskriminierungsverbot der RV im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bzw der unmittelbaren Anwendbarkeit der RL auch auf diese Arbeitsverhältnisse anzuwenden.

Befristet Beschäftigte sind nach dem Wortlaut des § 3 Abs 1 RV nicht nur jene, deren Arbeitsvertrag mit einem kalendermäßige bestimmten Tag endet, sondern auch jene, deren Arbeitsvertrag bei Eintritt eines objektiv voraussehbaren und gewissen Ereignisses, dessen Eintrittszeitpunkt aber ungewiss ist, endet. Der Wortlaut der österreichischen Regelung in

§ 2b AVRAG „auf bestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverhältnisse“ ist in dieser Hinsicht unklar. *Jöst/Risak*¹³ empfehlen, diesen als Synonym anzusehen und ihn iSd RV auszulegen. Unklar bleibt nun allerdings, ob damit auch auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse¹⁴ gemeint sind. In Anbetracht unterschiedlicher Ansätze und Auffassungen diesbezüglich¹⁵ und der Tatsache, dass § 2b AVRAG eindeutig eine Regelung zugunsten befristet Beschäftigter darstellt, sollte man mE auch auflösend bedingte Arbeitsverhältnisse als „auf bestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverhältnisse“ ansehen. Das Diskriminierungsverbot und die Information über frei werdende unbefristete Arbeitsverhältnisse käme auch Arbeitnehmern mit auflösend bedingten Arbeitsverträgen zugute und würde diesen eine bessere Ausgangsposition verschaffen. Würde man sie nicht in den Geltungsbereich des § 2b AVRAG miteinbeziehen, würden sie im Vergleich mit befristet Beschäftigten sachlich nicht gerechtfertigt benachteiligt werden.

3. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Eine Kernbestimmung der RV stellt § 4 dar – in ihm ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verankert, der bestimmt, dass befristet beschäftigte Arbeitnehmer in ihren Beschäftigungsbedingungen nur wegen ihres befristeten Arbeitsvertrages gegenüber den vergleichbaren Dauerbeschäftigten nicht schlechter behandelt werden dürfen. Den Vergleichsrahmen bilden also vergleichbare Dauerbeschäftigte gem § 3 Abs 2 RV. Das Diskriminierungsverbot gilt aber nicht, wenn sachliche Gründe die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

Wie oben dargelegt, ist jedoch der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes durch § 1 Abs 2, 3 und 4 AVRAG maßgeblich eingeschränkt. Daher kommt es bei einem nicht zu vernachlässigenden Anteil der Arbeitnehmerschaft nicht zur Anwendung, was nicht im Sinne der RL bzw RV sein kann, gilt sie schließlich für alle Arbeitnehmer nach dem nationalen Arbeitnehmerbegriff (§ 2 Abs 1 RV)¹⁶ und die in § 1 Abs 2 und 4 AVRAG genannten Arbeitsverhältnisse unterliegen dem österreichischen Arbeitnehmerbegriff. Dies gilt allerdings nicht für Heimarbeiter.¹⁷ Da nun der österreichische Gesetzgeber seiner Umsetzungsverpflichtung nicht umfangreich genug nachgekommen ist, ist das Diskriminierungsverbot auf diese Arbeitsverhältnisse in vertikaler Wirkung unmittelbar anwendbar.¹⁸ In horizontaler Wirkung kommt es allerdings zu einem Staatshaftungsanspruch.

§ 2b AVRAG ist als zwingende Norm zu betrachten, da diese Bestimmung keine ausdrückliche Öffnungsklausel enthält, dh nicht durch einzelvertragliche Vereinbarung, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung abdingbar ist.

10 § 2b AVRAG: „(1) Arbeitnehmer mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis dürfen gegenüber Arbeitnehmern mit einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis nicht benachteiligt werden, es sei denn, sachliche Gründe rechtfertigen eine unterschiedliche Behandlung. (2) Der Arbeitgeber hat Arbeitnehmer mit einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsverhältnis über im Unternehmen oder Betrieb frei werdende Arbeitsverhältnisse auf unbestimmte Zeit zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an einer geeigneten, für den Arbeitnehmer leicht zugänglichen Stelle im Unternehmen oder Betrieb erfolgen.“

11 1/SN-198/ME: Bundeskanzleramt, 14/SN-198/ME: Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte; 15/SN-198/ME: Österreichischer Gewerkschaftsbund, 2; Klein, Neues aus der Gesetzgebung – AVRAG-Novelle, ASoK 2001 189, 190.
12 Wank/Börgmann, Der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über befristete Arbeitsverträge, RdA 1999, 383 (384); Schrammel/Winkler, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft (2002) 67.
13 Jöst/Risak, Aktuelle Neuerungen im Arbeitsrecht, ZAS 2002, 97 (97).
14 Ihre Beendigung ist vom Eintritt eines von den Parteien vereinbarten künftigen Ereignisses abhängig. Der Eintritt der Bedingung ist ungewiss („Ob“).

15 Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 356; Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁹ (2001) 263; Tomandl/Schrammel, Arbeitsrecht⁴ (1999) 29 f.
16 Wank/Börgmann, RdA 1999, 383 (384); Schrammel/Winkler, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft 67.
17 Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (1998) 38, diese unterliegen nicht dem österreichischen Arbeitnehmerbegriff; vgl EB RV 1077 BlgNr 18 GP 9.
18 Streinz, Europarecht⁵ (2001) 157 f.

Bezüglich der Beschäftigungsbedingungen gehen *Fuchs/Marhold*¹⁹ davon aus, dass das Arbeitsentgelt nicht von der Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft erfasst ist (Art 137 Abs 6 EGV), verweisen aber darauf, dass dies strittig ist.²⁰ Als wichtigste Beschäftigungsbedingung ist das Arbeitsentgelt also aus dem Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes ausgenommen, dh es kann aus § 4 RV kein Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt wie für vergleichbare Dauerbeschäftigte abgeleitet werden. Arbeitsentgelt ist aber nicht nur das übliche Entgelt, sondern auch alle Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge, Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld. Der EuGH zählt auch Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge zum Arbeitsentgelt.²¹ Der österreichische Gesetzgeber lässt den Rechtsanwender diesbezüglich ein wenig im Unklaren. § 2b Abs 1 AVRAG legt nur ein allgemeines Diskriminierungsverbot fest, das, richtlinienkonform ausgelegt, das Arbeitsentgelt nicht beinhalten würde. Andererseits werden in den Erläuternden Bemerkungen als Beispiel für eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung Pensionskassenregelungen, die Arbeitsentgelt darstellen, angeführt.²² Daraus und aus dem weiten Wortlaut des § 2b Abs 1 AVRAG schließen *Jöst/Risak*²³ die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes auch auf Arbeitsentgelt und entgeltähnliche Leistungen. Eine weitere Beschäftigungsbedingung, auf die das Diskriminierungsverbot allgemein anwendbar ist, ist der Kündigungsschutz.²⁴ Da bei einer Befristung grundsätzlich die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, wird hier eine Gleichbehandlung scheinbar nicht in Betracht kommen. Allerdings müssten wohl bei einer Umdeutung einer unzulässigen Befristungsvereinbarung in ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Dauer dieselben Kündigungsbedingungen wie bei vergleichbaren Dauerbeschäftigten auf das umgedeutete unbefristete Arbeitsverhältnis angewandt werden. Dies wäre vor allem für Kündigungsbedingungen (Fristen und Termine) wichtig, die für den Arbeitnehmer günstiger als die allgemein vorgeschriebenen sind. Ist nun eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart, wird auch diese den Kündigungsbedingungen eines vergleichbaren Dauerbeschäftigten entsprechen müssen.

3.1 Sachlicher Grund für Diskriminierung

Welche sachlichen Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, bleibt der Entscheidung der nationalen Gerichte überlassen. Der EuGH hat als sachliche Gründe solche angesehen, die einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens entsprechen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind.²⁵ Als Kriterium wird nur die Betriebszugehörigkeitszeit angeführt, weshalb Einkommen oder Arbeits-

zeit hier nicht als sachliche Gründe für eine Ungleichbehandlung dienen können.²⁶

Daher hat sich der österreichische Gesetzgeber in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage²⁷ mit den sachlichen Gründen auseinander gesetzt: Bei der Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt ist, ist auf den Einzelfall abzustellen. Es kommt auf Art und Zweck der Leistung an. Die Sachlichkeit soll dabei immer danach zu beurteilen sein, ob es der Zweck einer Regelung rechtfertigt, befristet Beschäftigte anders zu behandeln als vergleichbare Dauerbeschäftigte. Beispielhaft wird eine Pensionskassenregelung als sachlich gerechtfertigt angesehen, die die Einbeziehung in diese Regelung von der Dauer der Beschäftigung abhängig macht. Daher sollen sehr kurze befristete Arbeitsverhältnisse von der Einbeziehung ausgeschlossen werden können. Der Gesetzgeber sieht es auch sachlich gerechtfertigt, dass keine Verpflichtung zur Aushändigung eines Dienstzettels für Arbeitsverhältnisse besteht, deren Dauer höchstens ein Monat besteht.²⁸ Sachlich gerechtfertigt scheint auch eine Ungleichbehandlung bei umfangreicheren Schulungsmaßnahmen, „wenn deren Dauer und/oder die vom Arbeitgeber dafür aufzuwendenden Kosten außer Verhältnis zu der (noch) zu erwartenden Dauer des Arbeitsverhältnisses steht“.²⁹

3.2 Pro-rata-temporis-Grundsatz

Laut § 4 Abs 2 RV gilt, wo dies angemessen ist, der „Pro-rata-temporis-Grundsatz“. Dieser Grundsatz wurde nicht entsprechend im österreichischen Recht verankert. Im Angestelltenbereich ist er zwar ausdrücklich normiert (§ 16 AngG), für Arbeiter müssen Lehre und Rsp korrigierend eingreifen.³⁰ Hier besteht also noch Umsetzungsbedarf, da Verwaltungspraxis³¹ oder Rechtsprechung³² nicht zur RL-Umsetzung ausreichen, da sie jederzeit geändert werden können und keine ausreichende Publizität genießen.³³ Eine unmittelbare Wirkung des Pro-rata-temporis-Grundsatzes scheint aber nicht zu greifen, da fraglich ist, ob diese Bestimmung hinreichend genau formuliert ist.³⁴

3.3 Rechtsfolgen eines Verstoßes

Die RV selbst lässt die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbotes offen. Jedoch legt Art 2 Abs 1 der RL den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, Verstöße zu sanktionieren. Die RV überlässt es den Mitgliedstaaten, diesbezügliche Regelungen zu treffen.

§ 2 b AVRAG enthält selbst, wie das Diskriminierungsverbot des § 19 d Abs 6 AZG für Teilzeitbeschäftigte, keine Rechtsfolgenregelung. Es ist aber davon auszugehen, dass

19 *Fuchs/Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht (2001) 156.

20 Vgl *Bödding*, Die europäischen Instrumentarien der Sozialpartner (1996) 102 f., *Schwarze*, Sozialer Dialog im Gemeinschaftsrecht, EAS B 8100, Rdnr. 29.

21 Grundlegend EuGH Urteil vom 17. Mai 1990, Rs. C-262/88, Slg 1990, 01889 – *Barber*.

22 EB RV 951 BlgNr 21 GP 5.

23 *Jöst/Risak*, ZAS 2002, 97 (99).

24 Vgl BAG vom 13. 3. 1997, 2 AZR 175/96.

25 Vgl EuGH vom 31. März 1981, Rs 96/80, Slg 1981, 00911 – *Jenkins*; EuGH vom 13. Mai 1986, Rs 170/84, Slg 1986, 01607 – *Bilka*; ähnlich EuGH vom 7. März 1996, Rs C-278/93, Slg 1996, I-1165 – *Freers und Speckmann*; EuGH vom 9. Februar 1999,

Rs C-167/97, Slg 1999, I-00623 – *Seymour-Smith und Perez*; EuGH vom 14. September, Rs C-249/97, Slg 1999, I-05295 – *Gruber*.

26 *Kaufmann*, Die europäische Sozialpartnereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ArbuR 1999, 332 (333).

27 EB RV 951 BlgNr 21 GP 5.

28 EB RV 951 BlgNr 21 GP 5.

29 *Rolfs*, Befristung des Arbeitsvertrages, EAS B 3200, Rz 15.

30 Erläuternd *Jöst/Risak*, ZAS 2002, 97 (99).

31 Siehe zuletzt EuGH vom 12. September 2002, Rs C-386/01 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 12. September 2002, Rs C-312/01 – *Kommission/Griechenland*; EuGH vom 16. Mai 2002,

Rs C-142/01, Slg 2002, I-04541 – *Kommission/Italienische Republik*; vgl auch EuGH vom 12. Oktober 1995, Rs C-242/94, Slg 1995, I-03031 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 29. Juni 1995, Rs C-109, 207, 225/94, Slg 1995, I-01791 – *Kommission/Griechenland*.

32 EuGH vom 19. September 1996, Rs C-236/95, Slg 1996, I-04459 – *Kommission/Griechenland*.

33 Zutreffend *Jöst/Risak*, ZAS 2002, 97 (100); kritisch auch 14/SN-198/ME: Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte.

34 *Rolfs*, EAS B 3200, Rz 18 zu den Worten „wo dies angemessen ist“; diese führen zu Unklarheiten.

daher, angelehnt am Gleichbehandlungsgesetz (GlBG), ein Anspruch auf Gleichstellung mit unbefristet Beschäftigten besteht.³⁵

4. Maßnahmen zur Vermeidung von Kettenbefristungen

Als zweite Kernbestimmung der RV trägt § 5 dem Ziel Rechnung, den Missbrauch durch aufeinander folgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden.

Wie bereits angesprochen, hat Österreich diese Regelung nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt. Begründet wird dies in den Erläuternden Bemerkungen damit, dass § 5 RV die Setzung von Maßnahmen nur fordert, sofern keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsvermeidung bestehen. Der Gesetzgeber sieht nun in § 879 ABGB eine derartige gleichwertige gesetzliche Maßnahme, denn durch die ständige Judikatur des OGH zu § 879 ABGB und die Lehre ist eine mehrmalige Aneinanderreihung befristeter Arbeitsverhältnisse nichtig, wenn für diese mehrmalige Befristung keine sachliche Rechtfertigung gegeben werden kann. In diesem Fall gilt das Arbeitsverhältnis als eines auf unbestimmte Zeit. Des Weiteren wird diese Auffassung damit gerechtfertigt, dass sachliche Rechtfertigungen nur sehr schwer „generalisiert und typisiert“ werden können, und die Beurteilung jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängt.³⁶

Aus folgenden europarechtlichen Erwägungen kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden: Richtlinien fordern lediglich die Mitgliedstaaten auf, das Ziel bzw den Zweck, im Sinne eines Ergebnisses, der Richtlinie zu erfüllen. Art 249 EGV überlässt den Mitgliedstaaten Form und Mittel, um „bei der Durchführung der Aufträge der Gemeinschaft nationalen Besonderheiten Rechnung zu tragen“³⁷ können. Dabei muss die Art der Umsetzung von Bestimmtheit und Klarheit geprägt sein, dass Rechtsunterworfenen, denen die jeweilige Richtlinie subjektive Rechte gewährt, von diesen Rechten Kenntnis erlangen und sie vor Gerichten durchsetzen können.³⁸ Ein Mitgliedstaat hat freilich nicht die Pflicht, Richtlinien in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung umzusetzen, Verwaltungspraxis³⁹ oder Rechtsprechung⁴⁰ reichen allerdings dazu nicht aus, da sie jederzeit geändert werden können und keine ausreichende Publizität genießen. Es kann aber unter Umständen ein allgemeiner rechtlicher Rahmen bzw eine Generalklausel für eine ordnungsgemäße Umsetzung ausreichen, jedoch nur, wenn die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie⁴¹ sowie die Erkennbarkeit und Durchsetzung von auf einer Richtlinie beruhenden, subjektiven Rechten gewährleistet sind.⁴² Allerdings wird § 879 ABGB dieses Erfordernis nicht erfüllen, da er für einen allgemeinen

gesetzlichen Rahmen eindeutig zu eng gefasst ist. Auch der Gesetzgeber des Universitätsorganisationsgesetzes 2002 (UOG 2002) sieht anscheinend § 879 ABGB zu eng gefasst und stellt in den Materialien abschließend angeführte sachliche Gründe fest, bei denen eine Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverhältnissen zulässig ist und bezieht sich ausdrücklich auf § 5 der RV, die ihn veranlasst, eine Obergrenze für die zulässige Gesamtdauer von sechs Jahren zu ziehen.⁴³ Aus all diesen Gründen ist evident, dass der österreichische Gesetzgeber auch § 5 RV in nationales Recht umsetzen muss.

Im Hinblick auf die Wahlmöglichkeit unter alternativen Maßnahmen, die § 5 RV den Mitgliedstaaten zur Verfügung stellt, ist der Gesetzgeber offenbar der Auffassung, § 5 lit a RV gewählt zu haben. Der österreichische Gesetzgeber hat jedoch keine solche demonstrative Aufzählung sachlicher Gründe festgelegt.

Hiermit sei also zusammenfassend festgestellt, dass Österreich die Bestimmung des § 5 RV völlig unzureichend und soweit ersichtlich, abgesehen vom UOG 2002, nicht in nationales Recht umgesetzt hat.

Fraglich ist nun, ob § 5 RV unmittelbar anwendbar sein kann, da er den Mitgliedstaaten einerseits drei Wahlmöglichkeiten eröffnet und es in § 5 Abs 2 RV den Mitgliedstaaten überlässt, welche befristeten Arbeitsverhältnisse als aufeinander folgend zu betrachten sind und welche Arbeitsverhältnisse als unbefristet zu gelten haben.

Hinsichtlich der oben erwähnten drei Wahlmöglichkeiten in § 5 RV ist es allerdings fraglich, ob, als Erfordernis der unmittelbaren Anwendung, diese Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau ist. Dies erscheint mE nicht abwegig zu sein, aber zur genaueren Analyse werden bei Bedarf die Gerichte bzw der EuGH darüber entscheiden zu haben. Jedenfalls kommt bei Verneinung einer unmittelbaren Anwendbarkeit die Staatshaftung als Rechtsschutzinstrument zum Zuge.

Falls eine unmittelbare Anwendbarkeit bejaht wird, entstehen für alle anderen Arbeitnehmer mit Arbeitsverhältnissen zu privaten Arbeitgebern (horizontale Wirkung) bei Nichtumsetzung Staatshaftungsansprüche⁴⁴, die allerdings an drei Voraussetzungen gebunden sind: „Die Verleihung von Rechten an einzelne, die Bestimmbarkeit dieser Rechte auf Grundlage der Richtlinie sowie ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die Umsetzungspflicht und dem eingetretenen Schaden.“⁴⁵⁺⁴⁶

Mag^a. Petra Laback ist dzt Rechtspraktikantin in Graz.

35 Jöst/Risak, ZAS 2002, 97 (98).

36 EB RV 951 BlgNR 21 GP, 5.

37 Schmidt in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag⁵ (1997), Art 189 Rz 39.

38 EuGH vom 11. August 1995, Rs C-433/93, Slg 1995, I-2303 – *Kommission/Deutschland*; EuGH vom 19. Mai 1999, Rs C-255/97, Slg 1999, I-03011 Rz 37 – *Kommission/Frankreich*.

39 Siehe zuletzt EuGH vom 12. September 2002, Rs C-386/01 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 12. September 2002, Rs C-312/01 – *Kommission/Griechenland*; EuGH vom 16. 5. 2002,

Rs C-142/01, Slg 2002, I-04541 – *Kommission/Italienische Republik*; vgl auch EuGH vom 12. Oktober 1995, Rs C-242/94, Slg 1995, I-03031 – *Kommission/Spanien*; EuGH vom 29. Juni 1995, Rs C-109, 207, 225/94, Slg 1995, I-01791 – *Kommission/Griechenland*.

40 EuGH vom 19. September 1996, Rs C-236/95, Slg 1996, I-04459 – *Kommission/Griechenland*.

41 EuGH vom 26. Oktober 1983, Rs C-163/82, Lts 1 – *Kommission/Italien*; vgl *Biervert in Schwarze*, EU-Kommentar¹ (2000) Art 249 Rz 28.

42 Ruffert in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV² (2002) Art 249 Rz 51.

43 EB RV 1134 BlgNR 21. GP 100 zu § 109 UOG 2002.

44 Grundlegend EuGH vom 19. November 1991, vB Rs C-6/90 und C-9/90, Slg 1991, I-5357 – *Franco-vich*; EuGH vom 14. Juli 1994, Rs C-91/92, Slg 1994, I-03325 – *Faccini Dori*.

45 *Streinz*, Europarecht⁵, Rz 410.

46 Zur Staatshaftung in Österreich vgl zB *Schoißwohl*, Zur Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsjudikatur, *ecolex* 1998, 963; *Klagian*, Die Staatshaftung nach dem Gemeinschaftsrecht (Teil II), *ZfRV* 1997, 15.

1. Vorbemerkung

Die (gewerbsmäßige) Arbeitskräfteüberlassung, umgangssprachlich auch Leiharbeit¹ oder Zeitarbeit genannt, hat sich als Phänomen moderner Industriegesellschaften in den letzten Jahrzehnten auch in Österreich vom Image des „Sklavenhändlers“ zu einem unverzichtbaren Bestandteil moderner Personalpolitik entwickelt. Ausschlaggebend dafür ist einerseits das Verlangen der Wirtschaft nach größerer betrieblicher Flexibilität, andererseits aber auch das ungebremsste Bemühen der Gewerkschaften nach einer klaren gesetzlichen Regelung dieser Beschäftigungsform. Die ständig steigende Zahl der Überlasser bzw der überlassenen Arbeitskräfte zeigt deutlich, dass die Wirtschaft auf solche Formen des Personaleinsatzes nicht verzichten kann oder will.²

Auf Grund zunehmend wachsender Arbeitslosenzahlen wird die Arbeitskräfteüberlassung neuerdings (gemeinsam mit anderen Formen atypischer Arbeit) vielfach nicht nur als Instrument betrieblicher Flexibilisierung, sondern darüber hinaus sogar als möglicher Motor für einen Aufschwung am Arbeitsmarkt gesehen.³ Dieser Beitrag untersucht, inwieweit Arbeitskräfteüberlassung eine „normale“ Arbeitsform darstellt und in Österreich auch sinnvoll als Instrument der Arbeitsmarktpolitik eingesetzt werden kann.

2. Arbeitskräfteüberlassung – Flucht aus dem Arbeitsrecht?

Die Zunahme atypischer Arbeitsformen wie Teilzeitarbeit, befristete Arbeit und eben auch Arbeitskräfteüberlassung hat bereits in den 80er Jahren dazu geführt, dass Begriffe wie „Flucht aus dem Arbeitsrecht“ oder „Erosion des Normalarbeitsverhältnisses“ Eingang in die arbeitsrechtliche Literatur gefunden haben.⁴ Insbesondere die Arbeitskräfteüberlassung war geeignet, Arbeitnehmer⁵ unter weit gehender Ausschaltung arbeitsrechtlicher Mindeststandards zu beschäftigen. Dies deshalb, weil mit dem Instrument der Arbeitskräfteüberlassung die typischen arbeitsrechtlichen Schutzmechanismen, die auf einem zweipersonalen Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufbauen, umgangen werden konnten.

Im Gegensatz zum Normalarbeitsverhältnis gibt es bei der Arbeitskräfteüberlassung nämlich drei Akteure: Den Überlasser, der einen Arbeitsvertrag mit dem Leiharbeiter abschließt, ihn aber grundsätzlich nicht im eigenen Betrieb beschäftigt, sondern an einen Dritten überlässt. Den Beschäftiger, der den Leiharbeiter tatsächlich in seinem Betrieb beschäftigt, obwohl zwischen ihm und dem Leiharbeiter keine vertragliche Beziehung besteht. Und zuletzt die überlassene Arbeitskraft selbst, also jenen Arbeitnehmer, der vom Überlasser auf

Grund seines mit ihm bestehenden Arbeitsvertrages zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden kann. Dem Leiharbeiter stehen somit quasi zwei Arbeitgeber gegenüber: ein rechtlicher in Form des Überlassers und ein faktischer in Form des Beschäftigers. Dieses Splitting der Arbeitgeberfunktion führt praktisch dazu, dass der Leiharbeiter im Verhältnis zu einem „normalen“ Arbeitnehmer nicht nur in seiner Verhandlungsposition geschwächt ist, sondern darüber hinaus auch zahlreiche Schutzbestimmungen des traditionellen Arbeitsrechts nicht oder nicht ausreichend greifen können.⁶

Arbeitskräfteüberlassung

Ein arbeitsmarktpolitisches Erfolgsrezept?

Remo Sacherer

3. Die Normierung der Arbeitskräfteüberlassung

Das ursprünglich von den Gewerkschaften geforderte Verbot der Arbeitskräfteüberlassung war nicht durchsetzbar und der Gesetzgeber entschied sich bereits im Jahr 1988 für eine gesetzliche Regelung dieser Arbeitsform im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)⁷. Mit diesem Kompromissgesetz sollten einerseits die negativen Folgen der Leiharbeit für die überlassenen Arbeitskräfte und die Stammebelegschaft beim Beschäftiger wie auch arbeitsmarktpolitisch nachteilige Entwicklungen möglichst unterbunden, andererseits aber die gewünschte Flexibilisierung des Arbeitskräfteeinsatzes in den Unternehmen nicht gänzlich ausgeschlossen werden.

Das AÜG versucht vor allem, die Benachteiligung der Arbeitnehmer durch das Auseinanderfallen der Arbeitgeberfunktionen, das Unterlaufen der allgemein gültigen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die Verschiebung des Arbeitgeberberrisikos auf den Arbeitnehmer zu verhindern. Demnach sind Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers verboten. Wesentlich ist dabei, dass der Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht auf die Dauer der Beschäftigung im Beschäftigerbetrieb eingeschränkt werden darf. Mit anderen Worten: Kann die überlassene Arbeitskraft nicht im vereinbarten Ausmaß in Beschäftigerbetrieben beschäftigt werden, so steht ihr dennoch das im Grundvertrag mit dem Überlasser vereinbarte Arbeitsentgelt zu. Für die Dauer einer konkreten Überlassung hat sich das Arbeitsentgelt zumindest nach den kollektivvertraglichen Bestimmungen für die Branche, in der der Beschäftigerbetrieb tätig ist, zu richten. Ebenso darf das Arbeitszeitausmaß nicht wesentlich vom üblichen Beschäftigungsausmaß im Beschäftigerbetrieb abweichen. Darüber hinaus legt das AÜG Mindestanforderungen fest, die zwischen dem Überlasser und der überlassenen Arbeitskraft im

1 Der Begriff der „Leiharbeit“ bzw des „Leiharbeiters“ entspricht nicht der juristischen Terminologie, wird aber im allgemeinen Sprachgebrauch und insbesondere auch in soziologischen Untersuchungen gerne verwendet.

2 Am Stichtag 1. 7. 2002 wurden in Österreich von 1.087 Überlassern 31.207 Arbeitskräfte an 13.237 Beschäftiger überlassen; siehe dazu die Auswertung der Stichtagserhebung zur Arbeitskräfte-

überlassung vom 31. 7. 2002 zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz unter www.bmwa.gv.at.

3 Vgl für Deutschland den Bericht der Hartz-Kommission, Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, www.bundesregierung.de.

4 Firlei, Flucht aus dem Arbeitsrecht, DRdA 1987, 271 f.

5 Auf eine beidgeschlechtliche Schreibweise wurde zur Erleichterung des Leseflusses verzichtet,

ohne jedoch damit ein Geschlecht diskriminieren zu wollen.

6 Zu den Rechten und Pflichten der Beteiligten siehe Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und der EU (2001) 61 ff.

7 Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG), BGBl 1988/196 idF BGBl I 2002/68.

Grundvertrag zu vereinbaren sind. Dies sind insbesondere die Bekanntgabe der voraussichtlichen Art der Beschäftigung, die Entgelthöhe, die Zahlungstermine und Urlaubsansprüche, das Einsatzgebiet sowie die Kündigungsfristen. Weiters normiert das AÜG für den Überlasser zahlreiche Mitteilungs- und Aufzeichnungspflichten und beschränkt die grenzüberschreitende Überlassung mit Nicht-EWR-Staaten.⁸

Zahlreiche Untersuchungen der Praxis zeigen aber, dass das AÜG, obwohl es europarechtlichen Standards durchaus gerecht wird, für einen Großteil der überlassenen Arbeitskräfte nicht ausreichend Schutz gewährt und immer noch eine beachtenswerte Kluft zwischen Normalarbeitsverhältnissen und Leiharbeitsverhältnissen besteht. So können die Überlasser vor allem über die sehr kurzen Kündigungsfristen und die Vereinbarung von Probezeiten ihr Leiharbeitspool sehr flexibel gestalten und unproduktive Stehzeiten der Leiharbeiter dadurch verhindern, dass sie sie bei schlechter Auftragslage einfach freisetzen und sie bei guter Auftragslage wieder einstellen, was das AÜG in erster Linie verhindern will: die Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos der Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen auf die Leiharbeiter. Darüber hinaus kommt es bei der Einstellung von Leiharbeitern laufend zu einer beruflichen Dequalifikation, um den Leiharbeiter im Falle von Stehzeiten möglichst gering zu entlohnen. Ein weiteres Problem besteht darin, dass es den Leiharbeitern auf Grund der räumlichen Entfernung zum Betrieb und der Anonymität unter den Kollegen schwer fällt, betriebsverfassungsrechtliche Strukturen aufzubauen. So geschieht es, dass sie sich – je nach Verhandlungsstärke – insbesondere hinsichtlich der Entgelthöhe häufig in nachteiligen individuellen Vereinbarungen mit ihrem Arbeitgeber verpflichten. Die Folge ist, dass Leiharbeiter oft für dieselbe Tätigkeit beim selben Überlasser unterschiedliche Lohn- und Arbeitsbedingungen vorfinden.⁹

Um die Schwächen des AÜG auszugleichen und einheitliche Mindeststandards für überlassene Arbeitskräfte zu schaffen, wurde von gewerkschaftlicher Seite seit Jahren der Abschluss eines Kollektivvertrages für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung gefordert. Nach zähem Ringen gelang es schließlich, einen entsprechenden Kollektivvertrag für Arbeiter abzuschließen, der am 1. März 2002 in Kraft trat.¹⁰

Kernstück dieses Kollektivvertrages ist eine klare Regelung der Entlohnung von überlassenen Arbeitskräften beim Überlasser. Wurde bisher auf ein „angemessenes, ortsübliches Entgelt“ abgestellt, normiert der Kollektivvertrag nunmehr Mindestlöhne. Diese Mindestlöhne gebühren sowohl während einer Überlassung als auch in überlassungsfreien Zeiten, den so genannten „Stehzeiten“. Übersteigen allerdings während einer Überlassung die kollektivvertraglichen Mindestentgelte des Beschäftigerbetriebes jene nach dem Arbeitskräfteüberlassungs-Kollektivvertrag, so gebührt der überlassenen Arbeitskraft das höhere Entgelt. Weiters wurde neben einer Verlängerung der Kündigungsfristen bei längerer Betriebszugehörigkeit normiert, dass das Ende einer Überlassung nicht der Grund für eine Kündigung sein darf. Kündigungen innerhalb der ersten 4 Tage einer Stehzeit oder bei Ende

eines Einsatzes sind daher rechtsunwirksam. Um eine Umgehung dieser Bestimmung zu verhindern, ist eine Kündigung auch während eines Einsatzes nur dann zulässig, wenn sie aus persönlichen Gründen erfolgt und nach dem Ausscheiden des gekündigten Arbeitnehmers am selben Arbeitsplatz ein anderer überlassener Arbeitnehmer beschäftigt wird.¹¹

Nunmehr wurde auch eine einheitliche Regelung für die Berechnung des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes im Arbeitskräfteüberlassungs-Kollektivvertrag geschaffen, die unabhängig vom anzuwendenden Kollektivvertrag des Beschäftigerbetriebes gilt. Demnach beträgt das Weihnachtsgeld jeweils ein Monatsentgelt, wobei bei der Bemessung ein Durchschnittszeitraum von 6 Monaten herangezogen wird, bei dem selbst vereinzelt geleistete Überstunden in die Berechnung mit einzubeziehen sind. Darüber hinaus wurden klare Regelungen im Zusammenhang mit Dienstreisen, Karenzurlaub, Arbeitszeiten und im Bereich der Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderung geschaffen.

4. Die soziale Realität der Leiharbeit

Arbeitskräfteüberlassung wird heute neben den traditionellen Motiven wie Überbrückung von Arbeitsspitzen und kurz- bzw mittelfristigen Ausfällen durch Urlaub, Krankheit oder Karenz vermehrt als systematische Strategie der betrieblichen Personalpolitik eingesetzt. Der Vorteil liegt auf der Hand: Es können innerbetriebliche Personalreserven ohne Gefahr von Produktionsausfällen auf ein Minimum reduziert werden, um so kostenintensive Stehzeiten der Stammbesellschaft bzw personelle Überkapazitäten zu vermeiden. Bei guter Auftragslage werden Arbeitskräfte flexibel und unbürokratisch von Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen zugekauft und bei späterem Nichtbedarf ohne Beachtung von arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen imageschonend wieder an diese zurückgestellt. Kurzum, die Beschäftiger verlagern ihre Risiken einer optimalen Auslastung ihres Personals gegen Entgelt auf Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen und können so ihre Belegschaft schlank halten. Darüber hinaus bietet das Instrument der Arbeitskräfteüberlassung den Beschäftigern auch die Möglichkeit, Arbeitnehmer über die gesetzliche Probezeit hinaus zu erproben sowie Einsparungspotential im Zusammenhang mit der Personalbeschaffung und Personalverwaltung.¹²

Obwohl die Zeitarbeitsbranche ständig bemüht ist, das Modell der Arbeitskräfteüberlassung als interessante Alternative für Berufseinsteiger, Berufsumsteiger sowie am Arbeitsmarkt schwache Gruppen wie Behinderte, ältere Arbeitnehmer oder Langzeitarbeitslose darzustellen, haben sozialwissenschaftliche Untersuchungen gezeigt, dass die Situation der Leiharbeiter am Arbeitsmarkt überwiegend prekär ist. Die breite Masse der Leiharbeiter besteht nämlich nach wie vor aus (ungelernten) Arbeitern¹³, die auf Grund unterschiedlicher Brüche ihrer Erwerbsbiographie auf Leiharbeit angewiesen und daher einer Randbelegschaft zuzuordnen sind. Sie wissen über ihre Rechte häufig wenig Bescheid und werden wegen der in der Leiharbeit meist feh-

8 Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung 37 ff.

9 Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung 205 ff; Hofer, Würdelos – Erfahrungen eines Leiharbeiters (1991) 7 ff; Springer, Der geliehene Erfolg (2002) 57 ff.

10 Kollektivvertrag für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung, abgeschlossen zwischen dem

Allgemeinen Fachverband des Gewerbes, Berufsgruppe „Arbeitskräfteüberlasser“ einerseits und dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Metall – Textil andererseits.

11 Schindler, Arbeitskräfteüberlassungs-Kolliv (2003) 77 ff.

12 Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung 185 ff.

13 Nur etwa 17% der überlassenen Arbeitskräfte sind Angestellte; vgl dazu die Auswertung der Stichtagserhebung zur Arbeitskräfteüberlassung vom 31. 7. 2002 zum Arbeitskräfteüberlassungsgesetz unter www.bmwa.gv.at.

lenden betrieblichen Solidarität auch nicht oder nur unzureichend aufgeklärt.

Gerade die soziale Notlage und der Informationsmangel führen häufig zu grober Missachtung der grundlegenden Prinzipien des Arbeitsrechts auf Seiten der Überlasser und der Beschäftigter. Da diesen Arbeitnehmern nicht selten systematisch Rechte vorenthalten werden, können sie vergleichsweise günstig am Arbeitsmarkt angeboten werden.¹⁴ Die gut ausgebildeten und hoch qualifizierten Spezialisten, die durch Arbeitskräfteüberlassung ein höheres Einkommen erzielen können, sowie jene Leiharbeiter, die auf Grund ihrer aktuellen persönlichen Bedürfnisse eine flexible und kurzfristige Beschäftigung einer festen Anstellung vorziehen (zB Studenten), stellen jedenfalls eine deutliche Minderheit dar. Untersuchungen haben gezeigt, dass die Mehrzahl der überlassenen Arbeitskräfte Leiharbeit nur als Chance sieht, in den regulären Arbeitsmarkt überzuwechseln.¹⁵

5. Arbeitskräfteüberlassung als arbeitsmarktpolitische Alternative

Angesichts der angespannten Arbeitsmarktsituation versucht man nunmehr insbesondere in Deutschland, die Arbeitskräfteüberlassung stark zu liberalisieren und damit noch attraktiver zu machen, um (auch) so den Arbeitsmarkt zu beleben. Kern der Reform zum Abbau der Arbeitslosigkeit ist die Errichtung von so genannten Personal-Service-Agenturen (PSA). Dabei handelt es sich um Agenturen, die von den Arbeitsämtern in erster Linie in Kooperation mit kommerziellen Leiharbeitsunternehmen betrieben werden.

Aufgabe der PSA ist insbesondere, Arbeitnehmerüberlassung zur Vermittlung von Arbeitslosen auf Arbeitsplätze durchzuführen sowie ihre Beschäftigten in verleihefreien Zeiten zu qualifizieren und weiterzubilden. Geplant ist, dass Beschäftigter einen überlassenen Arbeitnehmer für eine gewisse Zeit im Rahmen der Zeitarbeit testen, um ihn bei positiver Beurteilung im Zuge einer Vermittlung dauerhaft anzustellen. Das Beschäftigungsverhältnis geht – so die Intention dieses Vorhabens – nahtlos von temporär in permanent über (so genannter „Klebeffekt“). Um positive Anreize für Überlasser und Beschäftigter zu schaffen, ist unter anderem vorgesehen, dass PSA-Leiharbeiter während einer Einarbeitungsphase von sechs Wochen nicht den Tariflohn, sondern nur Arbeitslosengeld erhalten. Verschärft wird diese Regelung für die Arbeitnehmer dadurch, dass die Aufnahme einer Beschäftigung bei einer Personal-Service-Agentur für einen Arbeitslosen verpflichtend ist und eine Weigerung mit einer entsprechenden Kürzung des Arbeitslosengeldes sanktioniert wird.¹⁶

Obwohl ein Nebeneinander von Personalvermittlung und Arbeitskräfteüberlassung durchaus sinnvoll scheint, ist der deutsche Weg in dieser Form dennoch abzulehnen. Er ist nicht nur diskriminierend, sondern zwingt darüber hinaus arbeitslose Menschen in den Graubereich des Leiharbeitsmarktes. Zwar erleichtert Leiharbeit vor allem bestimmten Problemgruppen wie Langzeitarbeitslosen oder Älteren den Zugang zum Arbeitsmarkt, bietet aber gerade für diese schwer vermittelbaren Men-

schen in der Regel kaum eine Transitmöglichkeit in eine dauerhafte Beschäftigung. Jedenfalls ist nicht zu erwarten, dass kommerzielle Arbeitskräfteüberlasser viel Geld in Weiterbildungsmaßnahmen ihrer Arbeitnehmer investieren werden, wenn diese nach kurzer Zeit von einem anderen Unternehmen übernommen werden. Qualifizierungsmaßnahmen wird es höchstens dort geben, wo sie auch dem Überlassungsunternehmen etwas bringen, nämlich bei Arbeitskräften mit jenen Qualifikationen, die auf dem Arbeitsmarkt rar sind und die entsprechend ausgebaut gehören, um im Falle eine Übernahme dieser Arbeitskräfte durch einen Beschäftigter gute Vermittlungshonorare zu erzielen. Die breite Masse der (unqualifizierten) Leiharbeiter wird hingegen nicht geschult werden und daher auch weiterhin kaum Chancen haben, im regulären Arbeitsmarkt Fuß zu fassen.¹⁷ Es ist aber zu befürchten, dass diese Leiharbeiter in der Hoffnung auf eine feste Anstellung auch schlechtere (gesetzwidrige) Arbeitsbedingungen akzeptieren werden.

Dennoch ist zu erwarten, dass auch in Österreich eine verstärkte Forderung nach einer Liberalisierung der Arbeitskräfteüberlassung sowie deren Einsatz als Instrument einer aktiven Arbeitsmarktpolitik erhoben wird. Erste Schritte in diese Richtung wurden bereits mit dem Konjunkturbelebungs-gesetz 2002 gesetzt.¹⁸ So kam es neben einer deutlichen Erleichterung der Voraussetzungen zur Erlangung einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung auch zum Wegfall des bisherigen Verbotes der Personalvermittlung durch Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen. Mit letzterer Maßnahme wurde nun die bisher betriebene (illegale) Praxis von vielen (internationalen) Arbeitskräfteüberlassern legalisiert. Unter der Bezeichnung „Temp to Perm“ oder „Try and Hire“ wurden dabei vor allem qualifizierte Leiharbeiter an ihre Beschäftigter gegen Entgelt vermittelt. Diese Form der Arbeitskräftevermittlung ist aber nicht mit der staatlichen Vermittlung vergleichbar. Während Überlassungsunternehmen ständig bestrebt sein werden, mit ihren Dienstleistungen Gewinne zu erwirtschaften, sollte eine moderne Arbeitsmarktverwaltung alles daran setzen, Arbeitslose nicht nur in dauerhafte Arbeitsplätze zu integrieren, sondern auch Problemgruppen entsprechend zu qualifizieren, um deren „Marktwert“ zu erhöhen.

Dass die Vorteile der Arbeitskräfteüberlassung und die Ziele der Arbeitsmarktpolitik auch durchaus kombinierbar sind, zeigen gemeinnützige Beschäftigungsprojekte.¹⁹ Arbeitsmarktpolitisches Ziel der gemeinnützigen Arbeitskräfteüberlassung ist es, Arbeitslose in den Arbeitsmarkt zu integrieren und bewusst einen Übertritt in das Unternehmen des Beschäftigters zu fördern. Gemeinnützige Arbeitskräfteüberlasser treten – anders als die PSA in Deutschland – zwar wie gewerbliche Überlasser am Leiharbeitsmarkt auf, zielen aber nicht auf Gewinnerwirtschaftung ab, sondern lediglich auf Deckung ihrer Sachkosten. Die anfallenden Überschüsse werden konsequent für Qualifizierungs- bzw Weiterbildungsmaßnahmen genützt, um die Arbeitskräfte besser vermittelbar zu machen bzw um die Chance einer Übernahme durch einen Beschäftigterbetrieb zu erhöhen. Die Erfolge dieser Pro-

¹⁴ Hofer, Würdelos 7 ff; Springer, Der geliehene Erfolg 57 ff; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung 196 ff.

¹⁵ Wroblewski, Leiharbeit in Österreich – Übergangslösung oder Sackgasse, Institut für Höhere Studien (2001) 35 f; Hofer, Würdelos 218 ff; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung 196 ff.

¹⁶ Neumann, Das Erste und das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt im Überblick, NZS 2003, 116 ff; Ulber, Personal-Service-Agenturen und Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2003, 7 ff.

¹⁷ Vgl auch Wroblewski, Leiharbeit 27.

¹⁸ Konjunkturbelebungs-gesetz 2002, BGBl I 2002/68.

¹⁹ Vgl zB espora Personalservice GmbH (www.espora.at); flexwork Gemeinnützige Arbeitskräfteüberlassung GmbH (www.flexwork.at).

jekte haben nicht unwesentlich zur Imageverbesserung der Arbeitskräfteüberlassung in Österreich beigetragen und zeigen, dass es sehr wohl auch möglich ist, Leiharbeit sozial verträglich und arbeitsmarktpolitisch sinnvoll einzusetzen.²⁰

6. Schlussbetrachtungen

Die starke rechtliche Absicherung der Arbeitnehmer vor individueller Ausbeutung durch zwingende gesetzliche und kollektivvertragliche Vorschriften sowie der Wunsch der Wirtschaft nach verstärkter betrieblicher Flexibilität haben zu einer Gegenbewegung der Unternehmen in Richtung atypische Beschäftigungsformen geführt. Neben „freien“ Dienstverträgen, geringfügiger Beschäftigung, Teilzeitarbeit und Telearbeit gewinnt vor allem die Arbeitskräfteüberlassung auch in Österreich stark an Bedeutung. Trotz der Schaffung gewisser Mindeststandards insbesondere hinsichtlich Entgelt, Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen ist die Situation von vielen Leiharbeitern dennoch prekär. Dies liegt aber weniger am AÜG selbst oder am neu geschaffenen Arbeitskräfteüberlassungs-Kollektivvertrag, sondern ist vielmehr Ausfluss der spezifischen Situation der Leiharbeiter. Soziale Isolation, mangelnde Information sowie finanzielle Notlage führen dazu, dass sich (viele) Leiharbeiter mehr gefallen lassen als andere Arbeitnehmer. Jedenfalls ist ihnen vielfach nicht bewusst, an wen sie sich mit ihren Sorgen wenden sollen bzw wie sie ihre Rechte durchsetzen können.

Durch den Einsatz von Arbeitskräfteüberlassung werden quantitativ betrachtet keine zusätzlichen Arbeitsplätze geschaffen. Tatsächlich wird das vorhandene Arbeitsvolumen in den meisten Fällen lediglich umgeschichtet. Und zwar so, dass Betrieben die Möglichkeit gegeben wird, kostspielige Personalreserven innerhalb der Stammbesellschaft abzubauen und kurzfristige Auftragsschwankungen mittels Leiharbeiter ohne Neueinstellungen zu bewerkstelligen. Der viel zitierte „Klebeffekt“ der Arbeitskräfteüberlassung wird lediglich bei gut qualifizierten Leiharbeitern eintreten. In diesem Fall werden die Arbeitskräfteüberlasser aber mit entsprechenden Vermittlungshonoraren verdienen.

Aus arbeitsmarktpolitischer Sicht erscheint der Ausbau des bisherigen österreichischen Weges der gemeinnützigen Arbeitskräfteüberlassung sinnvoll. Nicht auf Gewinn orientierte Personalüberlassungsunternehmen stellen in Kooperation mit der staatlichen Arbeitsmarktverwaltung (schwer vermittelbare) arbeitslose Arbeitnehmer auf freiwilliger Basis an und führen diese durch Arbeitskräfteüberlassung an den Arbeitsmarkt heran. Die dabei erzielten Gewinne werden für entsprechende Qualifizierungsmaßnahmen genutzt, um die Attraktivität des jeweiligen Arbeitnehmers zu steigern und damit bewusst eine Übernahme durch den Beschäftiger zu fördern. Im Gegensatz dazu ist die verstärkte Einbindung von gewerblichen Arbeitskräfteüberlassern bei der (Re-)Integration von Arbeitslosen am Arbeitsmarkt jedenfalls abzulehnen: Kaum ein Arbeitnehmer wird erfreut sein, sich als (neuer) Leiharbeiter plötzlich in seinem alten Betrieb wieder zu finden.

Dr. Remo Sacherer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

²⁰ Wroblewski, Leiharbeit 31 ff.

VERLAG ÖSTERREICH

Stärker Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

Stärker

§

KA-AZG

Krankenanstalten-Arbeitszeitgesetz

→ Kommentar

Kurzkommentar
Taschenrechner
Gesetzesbuch

2. überarbeitete Auflage
Stand: 15.4.2003

VERLAG ÖSTERREICH
K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

**410 Seiten, br.,
€ 58,-
3-7046-4041-7**

- Kommentar zum KA-AZG
- Novelle 1999 bereits eingearbeitet
- zahlreiche Übersichtstabellen
- Musterdienstplan
- wichtige einschlägige Rechtsgrundlagen abgedruckt

VERLAG
ÖSTERREICH

VORMALS VERLAG DER K. U. K.
HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

Bienert-Nießl Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess

Juristische Schriftenreihe Band 196

Renate Bienert-Nießl

Materiellrechtliche
Auskunftspflichten im Zivilprozess

Zugleich eine Untersuchung der prozessualen
Mittelungspflichten der Parteien

§

Verlag Österreich
K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

**394 Seiten, br., € 64,-
3-7046-3934-6**

Die Arbeit beschäftigt sich mit materiell- und prozessrechtlichen Informationspflichten. Es geht um die Frage, ob und inwieweit der nicht beweisbelasteten Partei vor einem Prozess und im streitigen Verfahren selbst Pflichten auferlegt sind, ihren Gegner bei seiner Prozessführung zu unterstützen, selbst wenn sie ihm dadurch möglicherweise zum Prozesssieg verhilft.

Verlag Österreich

vormalig Verlag der
K. U. K. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH, 1070 Wien, Kandlgasse 21
Tel.: 01-610 77-315, Fax: 01-610 77-589
order@verlagoesterreich.at, www.verlagoesterreich.at



Seit den 70er Jahren ist der österreichische und europäische Arbeitsmarkt mit tief greifenden Veränderungen verschiedener Art konfrontiert. Auf dem Vormarsch sind vor allem Beschäftigungsverhältnisse, die vom so genannten „Normalarbeitsverhältnis“ abweichen.¹

Das unbefristete, unselbstständige, vollzeitige Normarbeitsverhältnis, das immer noch als Basis für arbeitsrechtliche Regelungen dient, wird in seiner makellosen Ausprägung zunehmend seltener. Teilzeitarbeit, geringfügige Beschäftigung, befristete Beschäftigung, Leiharbeit, Scheinselbstständigkeit, Arbeit auf Abruf und Telearbeit sind nur einige der so genannten „atypischen Beschäftigungsverhältnisse“, die heute mehr Norm als Ausnahme darstellen.

Von der Wirtschaft oft als Meilensteine auf dem Weg in eine flexible Arbeitswelt gepriesen, bringen sie für Arbeitnehmer nicht nur Vorteile. Die noch unzureichende arbeits- und sozialrechtliche Regelungsdichte hat für den atypisch Beschäftigten unangenehme Konsequenzen: weniger Geld und weniger Sicherheit. Wer atypisch beschäftigt ist, zahlt einen hohen Preis für die immer wieder angepriesene Flexibilität.

Seit einiger Zeit ist die Tendenz unübersehbar, dass Unternehmer verstärkt versuchen, Arbeitssuchende möglichst kostengünstig und „unbürokratisch“ zu beschäftigen, es werden verstärkt freie Dienstverträge und Werkverträge abgeschlossen. Diese „neue Flexibilität“ der Arbeitswelt bringt den Unternehmern zwar Vorteile, stellt aber ein ungleich größere Belastung für den Dienstnehmer dar als konservative Arbeitsverhältnisse.²

Als Anreiz für diese Form der Beschäftigung dienen die auf den ersten Blick oft höheren Stundenlöhnen oder Honorarsätzen. Die Arbeitnehmer werden im Wesentlichen zu den selben Rahmenbedingungen wie als Dienstnehmer tätig – die vertraglich zugesicherte Gestaltungsfreiheit der Arbeitszeit steht oft nur auf dem Papier und ist in Wirklichkeit nicht gegeben. Zugleich fehlen aber arbeitsrechtliche Ansprüche, zum Beispiel auf bezahlten Urlaub, bezahlten Krankenstand, Sonderzahlungen wie das 13. und 14. Monatsgehalt oder Abfertigung.

Dieser Flucht aus dem Arbeits- und Sozialrecht in freie Dienstverträge und Werkverträge wurde zwar durch die mit dem Inkrafttreten des Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz (ASRÄG) erfolgte Einbeziehung der freien Dienstnehmer in die Pflichtversicherung des ASVG bzw. der so genannten „Neuen Selbstständigen“ in das GSVG entgegengewirkt, die erheblichen arbeitsrechtlichen Nachteile der atypischen Beschäftigungsformen sind jedoch nach wie vor gegeben.

Frei oder unfrei. Vor allem der freie Dienstvertrag erfreut sich in der Wirtschaft immer größerer Beliebtheit. Er vereint Elemente von Werkvertrag und echtem Dienstvertrag. Mit dem echten Dienstvertrag verbindet ihn das zeitliche Element der Leistungserbringung. Im Arbeitsrecht findet sich eine klare Abgrenzung zwischen echtem Dienstvertrag und

Werkvertrag (§§ 1151 ff ABGB). Dabei wird im Wesentlichen zwischen einem Dauerschuldverhältnis (geschuldet wird das Bemühen) und einem Zielschuldverhältnis (geschuldet wird ein Werk) unterschieden. Weniger klar ist innerhalb der Dauerschuldverhältnisse die arbeitsrechtliche Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag geregelt. Hier muss mangels klarer gesetzlicher Regelungen auf die Entscheidungen der Judikatur (idR auf der Grundlage des § 1151 ABGB) zurückgegriffen werden.

Anders als der Werkvertrag, der auf die Herstellung eines bestimmten Erfolges gerichtet ist, stellt der freie Dienstvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar, ist also von der Bereitschaft geprägt, eine gewisse Zeit lang bloß gattungsmäßig umschriebene Leistungen zu erbringen. Die im Einzelnen zu vollführenden Leistungen werden jeweils erst zu einem späteren Zeitpunkt genau bestimmt. Sowohl Werkvertrag als auch der freie Dienstvertrag haben gemeinsam, dass die Arbeit in persönlicher Selbständigkeit oder zumindest weit gehender persönlicher Selbständigkeit verrichtet wird. Sehr oft

Der freie Dienstvertrag

Typisch atypisch **Anita Zielina**



drückt sich diese persönliche Selbständigkeit auch dadurch aus, dass man von einem Fehlen persönlicher Abhängigkeit spricht. Das bedeutet jedoch nicht, dass überhaupt keine persönliche Abhängigkeit vorliegen darf, sondern nur, dass nicht jener Grad an persönlicher Abhängigkeit erreicht wird, der zur Folge hätte, dass der Arbeitende als Arbeitnehmer zu qualifizieren wäre.³

Freie Dienstnehmer unterliegen zwar der Vollversicherungspflicht nach § 4 Abs 4 ASVG, aber grundsätzlich nicht dem Regime des Arbeitsrechtes. Die analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Vorschriften des 26. Hauptstückes des ABGB hängt davon ab, ob freie Mitarbeiter bei ihrer Tätigkeit ähnlichen Schutz wie abhängig beschäftigte Arbeitnehmer benötigen. Die soziale Schutzbedürftigkeit ist entsprechend der organisatorischen Gestaltung der Dienstleistung in jedem Einzelfall zu prüfen.⁴

Sozialrechtliche Situation. Mit dem ASRÄG wurde ab 1. Jänner 1998 die Rechtsgrundlage für die freien Dienstverträge geschaffen: Neben dem normalen Dienstvertrag findet sich auch in Zukunft der „freie Dienstvertrag“ im ASVG versichert: § 4 Abs 4 ASVG definiert den im Gebrauch von Lehre und Rechtsprechung schon verankerten Begriff. Danach liegt dann ein freier Dienstvertrag vor, wenn jemand auf bestimmte oder unbestimmte Zeit gegen Entgelt zu bestimmten Dienstleistungen bei gewissen Dienstgebern verpflichtet ist, wobei er sie im Wesentlichen persönlich zu erbringen hat und die wesentlichen Betriebsmittel hierzu vom Dienstgeber zur Verfügung gestellt werden. Bei entsprechender Vertrags-

¹ Zu vergleichenden Studien und Länderanalysen siehe *Talos*, Atypische Beschäftigung (1999).

² *Hofer*, Arbeit ohne Schutz. Eine Analyse am Beispiel atypischer Beschäftigungsverhältnisse (2000) 19 ff.

³ Zu den Kriterien für die persönliche Abhängigkeit siehe *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht. Band 1 (1999) 46 f.

⁴ *Schrammel*, Freier Dienstvertrag ohne Zukunft? *ecolx* 1997, 274.

gestaltung sind freie Dienstnehmer im Bereich des ASVG den Dienstnehmern nach § 4 Abs 2 ASVG gleichgestellt.

Diese Gleichstellung bedeutet aber noch lange keinen dem Normarbeitsverhältnis entsprechenden arbeitsrechtlichen Schutz: Sie begründet ausschließlich die Versicherungspflicht in der Unfallversicherung, Pensionsversicherung und Krankenversicherung.

Arbeitsrechtliche Situation. Prinzipiell gelten die Bestimmungen des Arbeitsrechts nicht für freie Dienstverträge, Judikatur und Rechtssprechung lassen jedoch bestimmte Analogien (beispielsweise die Einhaltung einer Kündigungsfrist im Falle der Auflösung eines Vertrages) gelten. Die arbeitsrechtlichen Normen, die nicht vom persönlichen Abhängigkeitsverhältnis des Dienstnehmers ausgehen und den sozial Schwächeren schützen sollen, sind auf den „freien“ Dienstvertrag analog anwendbar. Nicht zur Anwendung kommen jedoch Bestimmungen über den Urlaubsanspruch oder die Abfertigung. Die im Arbeitsrecht typischen Schutzgesetze finden auf den freien Dienstvertrag grundsätzlich keine Anwendung, da ihm einige wesentliche Kriterien der Abhängigkeit fehlen. Freie Dienstnehmer haben weder Ansprüche auf Arbeitslosengeld noch Zugriff auf den Insolvenzentgeltsicherungsfonds. Ihnen steht darüber hinaus kein Anspruch auf Urlaub, Abfertigung oder kollektivvertragliche Sonderzahlungen zu.

Abgrenzung. Die Grenzen zwischen freiem Dienstvertrag und Werkvertrag auf der einen bzw freiem Dienstvertrag und echtem Dienstvertrag auf der anderen Seite sind nicht starr gezogen. Es muss für den Einzelfall ermittelt werden, welche Elemente im konkreten Vertrag überwiegen. Als Kriterien der persönlichen Abhängigkeit verwendet die Rechtssprechung vor allem Weisungsgebundenheit, Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung und die Einordnung in die Organisationsstruktur eines Betriebes. In zahlreichen Entscheidungen hat die Rechtssprechung eine klare Linie bezüglich der Einordnung eines Dienstverhältnisses erkennen lassen: Umgehungsgeschäfte durch Dienstgeber sollen so weitgehend verhindert werden.

Eine oft praktizierte Form der Flucht aus dem Arbeitsrecht stellt die Praxis dar, zumindest auf dem Papier große Freizügigkeit hinsichtlich der Arbeitszeit zu vereinbaren. Das tatsächliche Arbeitsverhältnis weicht von dieser Vereinbarung dann oft bedeutend ab.

*Für die Qualifikation als freier oder echter Dienstvertrag kommt es weder auf die Bezeichnung durch die Vertragsparteien noch darauf an, ob sie sich der Rechtsfolgen ihres Verhaltens bewusst waren. Maßgeblich ist vielmehr die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen.*⁵

Ein Beispiel dafür ist das Verfahren zwischen einem Lektor und einem Verleger. Hier ergab sich aus der Vertragsabsicht, dass das Vertragsverhältnis als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet war und die faktische Vertragsgestaltung entsprechend angelegt wurde. *Daher liegt auch dann ein echter Dienstvertrag vor, wenn der Arbeitnehmer keinen persönlichen Weisungen hinsichtlich Arbeitsort und Arbeitszeit unterworfen ist.*⁶

Eine weitere Gruppe von Entscheidungen beschäftigt sich mit der Ausgestaltung des Vertrages. Da der freie Dienstver-

trag eine Mischform von echtem Dienstvertrag und Werkvertrag darstellt, verbindet er meistens Elemente beider Vertragsarten. *Liegen bei einem Dienstverhältnis Indizien für beide Vertragsarten vor, so ist der wahre Wille der Vertragsparteien nach dem Überwiegen der Indizien zu beurteilen.*⁷ Ausschlaggebend ist also das Gesamtbild und nicht ein einzelner Vertragspunkt.

In einer jüngeren Entscheidung hat das OLG Wien beispielsweise das Dienstverhältnis eines Sprachlehrers in einem Kursinstitut, welcher zwar an einen vorgegebenen Unterrichtsstoff gebunden war, jedoch in weiterer Folge frei bestimmen konnte, ob und welche Kurse er abhalten wollte, keiner laufenden Kontrolle unterlag und sich frei vertreten lassen konnte, ebenfalls als freies Dienstverhältnis bewertet. Auch in dieser Entscheidung wurde die fehlende Weisungsgebundenheit des Dienstnehmers als Hauptabgrenzungskriterium zum Arbeitsverhältnis gewertet. Im Gegensatz dazu wurde angeführt, dass die Bindung an einen vorgegebenen Unterrichtsstoff keine persönliche Abhängigkeit begründen könne und auch die vorliegende Ortsgebundenheit nicht als entscheidendes Abgrenzungskriterium herangezogen werden kann, da Sprachkurse üblicherweise immer in vom Lehrinstitut zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten abgehalten werden.⁸

Ein anderes Beispiel wäre die Telefonistin einer Erotik-hotline, die sich auf unbestimmte Zeit verpflichtet, Dienstleistungen zu erbringen. *Wenn diese stundenweise sie regelmäßig 4 bis 5 Tage pro Woche im Büro arbeitet, wo sie ihr zugewiesene Telefongespräche entgegennimmt, ergibt sich hieraus, dass die zeitliche Komponente überwiegt und die Telefonistin nicht für einen bestimmten Erfolg entlohnt wird. Damit liegt kein Werkvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag vor.*⁹

Entscheidend ist die wahre Ausgestaltung und die tatsächliche Praxis der Erwerbstätigkeit, auf die Formulierung des Vertrages kommt es nicht an, ebenso wenig auf dessen Titel. Die Tätigkeit als solche ist nicht ausschlaggebend für die Einstufung des Vertragstypus, sondern die konkrete Weise ihrer Ausübung.

Viele Arbeiten können sowohl unselbstständig als auch selbstständig ausgeübt werden. Ein Rechtsanwalt kann beispielsweise einem freien Dienstvertrag unterliegen, wenn er für eine bestimmte monatliche Stundenzahl für Rechtsberatung zur Verfügung steht. Genauso ein Lektor, der seine Tätigkeit zwanzig Stunden pro Woche mit freier Zeiteinteilung zu Hause ausübt.

Geringeres Übel. Trotz aller Nachteile, die atypische Beschäftigungsverhältnisse im Allgemeinen und freie Dienstverträge im Besonderen mit sich bringen, entscheiden sich immer mehr Arbeitnehmer für die genannten Vertragsformen. Wenn von einer Entscheidung für einen bestimmten Vertragstyp gesprochen wird, vergisst man dabei aber gerne, dass diese in den seltensten Fällen völlig freiwillig erfolgt: Vor die Wahl zwischen Arbeitslosigkeit oder einem problematischen Dienstverhältnis gestellt, entscheiden sich die meisten Arbeitssuchenden für letzteres.¹⁰ Nicht, weil ihnen die „neue Flexibilität“ so besonders zusagt, sondern weil sie schlicht und einfach das geringere Übel im Vergleich zur Arbeitslosigkeit darstellt.

Anita Zielina studiert Rechts- und Politikwissenschaft an der Universität Wien.

5 OGH 14. 2. 2001, 9 ObA 22/01b.
6 ASG Wien 19. 7. 2000, 18 Cga 145/99w.
7 OGH 21. 1. 2002, 9 ObA 280/01v = ecotex 2002, 371.

8 OLG Wien 24. 3. 2000, 9 Ra 292/99y.
9 OGH 8. 8. 2002, 8 Ob A 156/02b.

10 Zu den Gründen für die Ausübung atypischer Beschäftigungsverhältnisse siehe Kirisits, Schein und Sein der neuen Arbeitswelt (2002).

1. Einleitung

In den vergangenen zwei Jahrzehnten ist auf dem österreichischen Arbeitsmarkt eine Zunahme von Beschäftigungsverhältnissen festzustellen, die vom so genannten „Normalarbeitsverhältnis“, das durch abhängige, vollzeitliche, kontinuierliche auf geregelter Arbeitszeit und geregelter Einkommen basierende Tätigkeit charakterisiert wird, abweichen. Alle Beschäftigungsverhältnisse, die dieser Norm nicht entsprechen, werden in der Literatur unter dem Sammelbegriff „atypische Beschäftigung“ zusammengefasst.² Neben den bereits weit verbreiteten Formen atypischer Beschäftigung, wie zB Teilzeitarbeit, geringfügige Beschäftigung, befristete Arbeitsverhältnisse, Arbeitskräfteüberlassung, Werk- und freie Dienstverträge, besteht unter bestimmten Voraussetzungen auch die Möglichkeit, Arbeit unter Zugrundelegung „amorpher“ Arbeitszeitmodelle zu erbringen. Von amorpher Arbeitszeit spricht man, wenn zwar das Gesamtvolumen der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitszeit für einen bestimmten Zeitraum im Vorhinein feststeht, nicht jedoch die konkrete Verteilung auf die einzelnen Wochen und Tage dieses Zeitraums.³ Als Beispiele können hierbei insbesondere Jahresarbeitszeitmodelle, Lebensarbeitszeitmodelle, Bandbreitenmodelle und das Sabbatical genannt werden. In weiterer Folge befasst sich dieser Beitrag vordergründlich mit dem Bereich „Sabbatical“.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen

Gerade auch bei den verschiedenen Modellen der Arbeitszeitflexibilisierung muss das Augenmerk auf den gesetzlichen Rahmenbedingungen des Arbeitszeitrechts liegen, im gegebenen Rahmen beschränke ich mich in der gebotenen Kürze auf die Bestimmungen über die Normalarbeitszeit und Überstunden. Darüber hinaus sind selbstverständlich auch alle anderen Regelungen des Arbeitszeitrechts zu beachten.

2.1 Normalarbeitszeit

Ausgangspunkt ist zunächst die in § 3 AZG normierte Normalarbeitszeit, die täglich mit grundsätzlich 8 Stunden (ohne Arbeitspausen) und wöchentlich mit maximal 40 Stunden begrenzt ist. Die wöchentliche Normalarbeitszeit wird in vielen Kollektivverträgen weiter beschränkt, zumeist auf 38,5 Stunden. Es bestehen aber einige Sonderbestimmungen bzw gesetzliche Ermächtigungen, wonach die tägliche oder die wöchentliche Normalarbeitszeit ausgedehnt werden kann.

2.2. Durchrechnung der Normalarbeitszeit

Die Durchrechnung der Normalarbeitszeit bedeutet, dass für die Einhaltung gesetzlicher Arbeitszeitgrenzen nicht der einzelne Tag oder die einzelne Woche einer bestimmten Periode herangezogen wird, sondern der sich über diesen Zeitraum ergebende Durchschnitt. Dadurch kann einerseits die Arbeitszeit frei von Überstundenzuschlägen (siehe Pkt 2.4) ausgedehnt und andererseits bezahlte Leerstunden in Zeiten

von geringerem Arbeitsanfall reduziert werden. Ausgeschlossen ist hingegen eine Erweiterung der Kapazität, eine Flexibilisierung ist somit nur hinsichtlich der Lage, nicht aber hinsichtlich des Ausmaßes möglich.

Mit Ausnahme des Handels (§ 4 Abs 4 und 5 AZG) bedarf eine solche Durchrechnungsmöglichkeit aber eine Zulassung durch den jeweils anzuwendenden *Kollektivvertrag*. Liegt diese vor kann gem § 4 Abs 6 und 7 AZG die höchstzulässige wöchentliche Normalarbeitszeit in den einzelnen Wochen bis zu 48 Stunden betragen, sofern im Durchrechnungszeitraum (maximal 52 Wochen gem § 4 Abs 6 1. Satz AZG) im Durchschnitt die gesetzliche (40 Stunden) bzw kollektivvertragliche (zumeist 38,5 Stunden) Normalarbeitszeit gewahrt bleibt. Bei einem maximal 8 Wochen dauernden Durchrechnungszeitraum kann die wöchentliche Normalarbeitszeit sogar bis zu 50 Stunden dauern. Die tägliche Normalarbeitszeit darf aber 9 Stunden nicht überschreiten (§ 4 Abs 6 letzter Satz AZG). Der Kollektivvertrag kann einen längeren Durchrechnungszeitraum unter der Bedingung zulassen (§ 4 Abs 6

Flexibles Arbeitszeitmodell: Sabbatical¹

Barbara Fischer

2. Satz AZG), dass der zur Erreichung der durchschnittlichen Normalarbeitszeit erforderliche Zeitausgleich jedenfalls in mehrwöchigen zusammenhängenden Zeiträumen verbraucht wird. In diesem Fall kann der Kollektivvertrag auch zulassen, dass die tägliche Normalarbeitszeit auf 10 Stunden ausgedehnt wird.

2.3 Lage der Normalarbeitszeit

Um die Lage der Normalarbeitszeit zu verändern, ist hingegen grundsätzlich entweder eine Betriebsvereinbarung (§ 97 Abs 1 Z 2 ArbVG) oder die Zustimmung des jeweiligen Arbeitnehmers nötig.

2.4 Überstunden

Arbeiten, die über die (tägliche oder wöchentliche) Normalarbeitszeit hinausgehen, gelten als Überstunden (§ 6 AZG). Die Leistung von Überstunden ist nur im Rahmen der höchstzulässigen Arbeitszeit erlaubt. Diese beträgt täglich maximal 10 Stunden und wöchentlich 50 Stunden, wobei die durchschnittliche Höchststarbeitszeit in einem Zeitraum von 17 Wochen maximal 48 Stunden betragen darf und eine Ausdehnung des Durchrechnungszeitraumes auf 26 bzw (unter bestimmten Voraussetzungen) auf 52 Wochen durch Kollektivvertrag zulässig ist. Innerhalb dieser Höchstgrenzen stehen

¹ Zu den verschiedensten Möglichkeiten einer flexibleren Arbeitszeitgestaltung siehe insb *Kandera*, Arbeitszeitflexibilisierung (1999).

² *Kirisits*, Atypische Beschäftigung, WuG 2003, 39.

³ *Kandera*, Arbeitszeitflexibilisierung (1999) 46.

gem § 7 Abs 1 AZG wöchentlich bis zu fünf Überstunden und zusätzlich weitere 60 Überstunden jährlich zur Verfügung. Höhere Kontingente sind im Wege kollektivvertraglicher Ausdehnung zulässig.

Arbeitszeitrechtliche Sonderbestimmungen gibt es darüber hinaus insbesondere bei höherem Arbeitsbedarf, Arbeitsbereitschaft ua.

Die Vergütung wird in § 10 AZG geregelt. Darüber hinaus bestehen in den meisten Kollektivverträgen günstigere Regelungen. Gem § 10 Abs 1 gebührt für Überstunden grundsätzlich entweder ein Zuschlag von 50% oder eine Abgeltung durch Zeitausgleich (unter Berücksichtigung des Zuschlages, d. h. entweder 1:1,5 oder 1:1 und 50% Zuschlag).

3. Sabbatical

3.1 Was versteht man unter „Sabbatical“?

Die sprachliche Wurzel des Wortes „Sabbatical“⁴ liegt im biblischen Sabbat und stammt aus dem alten Testament.⁵ Auch die wöchentliche Sabbatruhe ist in diesem Zusammenhang jedermann sicher ein Begriff.⁶

In der heutigen Arbeitswelt versteht man unter Sabbatical vereinfacht gesagt einen (vom Arbeitgeber gebilligten) Langzeiturlaub. Die Kernidee des Sabbaticals liegt darin, im Abstand von mehreren Jahren einen langen Zeitraum (zB ein Jahr) bezahlt freigestellt zu bekommen.⁷ Einem solchen Langzeiturlaub liegt grundsätzlich eine Vereinbarung zugrunde, dass ein gewisses Arbeitsvolumen über einen längeren Zeitraum verteilt wird. Die Gründe für die Vereinbarung eines solchen Arbeitszeitmodells können ganz unterschiedlich sein: persönliche Weiterbildung, Familie, Reisen, Ausgleich für Spitzenauslastungszeiten udgl. Im Vordergrund steht der Ausgleich von angespartem Zeitguthaben, wobei hier zumeist eine bezahlte Abwesenheit über mehrere Monate erfolgt.⁸ Ein Sabbatical ist somit ein vorab festgelegter Zeitraum, in dem ein Mitarbeiter für den Arbeitgeber keine Arbeitsleistung erbringt, aber je nach gewähltem Modell volles Gehalt bezieht⁹ oder einen prozentuellen Anteil seines Gehaltes erhält.¹⁰ Nach Beendigung des Sabbaticals „tritt“ der Mitarbeiter in das gleiche Arbeitsverhältnis ein, wie vor seiner Abwesenheit. Darüber hinaus kann natürlich auch einfach eine unbezahlte Freistellung mit Arbeitsplatzgarantie ausgehandelt werden.

Sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer ist es aber jedenfalls essentiell, dass während des Sabbaticals der Kontakt zwischen Unternehmen und Mitarbeiter bestehen bleibt. Einerseits kann sich nur so der Arbeitnehmer weiterhin mit seiner Arbeit identifizieren und kann sich so nach dem Langzeiturlaub reibungsloser wieder in den Betrieb und Arbeitsablauf eingliedern, andererseits geht für den Arbeitgeber wichtiges Know-how nicht verloren

Derartige Sabbaticals haben eine lange Tradition im Universitätsbereich¹¹, motiviert dadurch, dass sich Universitätsprofessoren aus dem „Tagesgeschäft“ zurückziehen können, um sich beispielsweise in neue Themen einzuarbeiten oder einer wissenschaftlichen Frage konzentriert nachgehen zu können.¹² Diesbezüglich finden sich insbesondere auch einschlägige Vorschriften für Beamte und Vertragsbedienstete des öffentlichen Dienstes.¹³

Gerade in der Privatwirtschaft gewinnt das Sabbatical immer mehr an Bedeutung. Insbesondere multinationale Konzerne bieten ihren Mitarbeitern die Möglichkeit eines Sabbaticals, eines Ausstiegs auf Zeit.¹⁴ Nunmehr finden sich sogar in einigen Kollektivverträgen konkrete Rahmenbedingungen für das Sabbatical.¹⁵

3.2 Rechtliche Rahmenbedingungen

Um ein Arbeitszeitmodell wie das Sabbatical zu ermöglichen sind grundsätzlich die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu beachten (siehe bereits unter Punkt 2). Sofern der anzuwendende Kollektivvertrag eine Ausdehnung im Sinne des § 4 Abs 6 und 7 AZG vorsieht, kann im vorgegebenen Rahmen die Arbeitszeit frei von Überstundenzuschlägen (siehe bereits unter Pkt 2) ausgedehnt werden.

Ist kein Kollektivvertrag anzuwenden bzw sieht der anzuwendende Kollektivvertrag keine derartigen Flexibilisierungsmöglichkeiten vor, kann mittels anderer Instrumente ein Ansparen von Zeitguthaben bewirkt werden. Durch Einzelvertrag kann beispielsweise vereinbart werden, dass der betreffende Mitarbeiter über einen bestimmten Zeitraum seine volle Arbeitsleistung bei reduziertem Entgelt voll erbringt. Im Gegenzug kann der betreffende Mitarbeiter für einen dementsprechenden Zeitraum bezahlt der Arbeit fernbleiben. Abhängig von den Gründen für einen Langzeiturlaub im Einzelfall können verschiedenste Konstruktionen und Kombinationen gewählt werden.

4 Das hebräische Wort „sabbat“ bedeutet „ruhen“.

5 Zweites Buch Mose (Lev 25,4-5): „Im siebten Jahr soll das Land eine vollständige Sabbatruhe zur Ehre des Herrn halten: Dein Feld sollst du nicht besäen und deinen Weinberg nicht beschneiden. Den Nachwuchs deiner Ernte sollst du nicht ernten, und die Trauben deines nicht beschnitten Weinstockes sollst du nicht lesen“ (Waltersdorfer, Sabbatical – Renaissance einer biblischen Idee, in Das Gespräch 2–02).

6 „Sechs Tage kannst du deine Arbeit verrichten, am siebten Tag aber sollst du ruhen, damit dein Rind und dein Esel ausruhen und der Sohn deiner Sklavin und der Fremde zu Atem kommen“ (Ex 23,12): Waltersdorfer, Sabbatical.

7 Ch. Klein, Arbeitszeitmodelle 51.

8 Kandra, Arbeitszeitflexibilisierung (1999) 51.

9 Dies ist beispielsweise möglich, wenn man Jahrelang Mehrarbeit geleistet hat (siehe insbesondere oben Pkt 2.2 und unten Pkt 3.3 Beispiel Variante 1).

10 Dies kommt insbesondere bei Reduktion des Entgelts bei gleich bleibender Arbeitsleistung in Betracht, wobei das angesparte Entgelt während

der Freizeitphase bezogen wird (siehe insbesondere unten Pkt 3.3 Beispiel Variante 2). Dieses Modell ähnelt der nunmehr bald auslaufenden Altersteilzeitregelung in geblockter Form (§ 27 f AIVG). Vereinfacht ausgedrückt erhält der Arbeitgeber – bei Erfüllung sämtlicher im Gesetz aufgelisteter Voraussetzungen – eine Förderung (Altersteilzeitgeld) für ältere Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit verringern und denen der Arbeitgeber einen Lohnausgleich (Hälfte des Differenzbetrages zwischen ursprünglichen Entgelt und dem der Reduktion der Arbeitszeit entsprechenden Entgelt) gewährt. Die Altersteilzeit kann sowohl im Sinne einer „normalen“ Teilzeitarbeit genutzt werden als auch in geblockter Form, wobei diese zunächst mit einer Vollarbeitsphase beginnt und anschließend mit einer Freizeitphase beendet wird (im Regelfall bis zum Antritt der gesetzlichen Alterspension). Die Altersteilzeitregelung ist befristet bis 31. 12. 2003 (§ 80 Abs 9 AIVG).

11 Vorreiter waren hier die Universitätsprofessoren in den USA.

12 Ch. Klein, Arbeitszeitmodelle 51 f.

13 insbesondere § 213a ff BDG für die beamteten Lehrer („Herabsetzung der Lehrverpflichtung mit geblockter Dienstleistung“) und § 58d ff VBG für die Vertragsbediensteten unter den Lehrern („Teilbeschäftigung mit geblockter Dienstleistung“): Diese Regelung wurde mit BGBl I 1997/138 (1. Budgetbegleitgesetz 1997) eingeführt und ist mit 1. 1. 1998 in Kraft getreten. Vorgesehen sind jeweils zwei Varianten: zum einen die „Zwischendurch-Freistellung“ (§ 213a BDG, § 58d VBG) und zum anderen die „Freistellung vor Antritt des Ruhestands“ (§ 213b BDG und § 58e VBG). Allerdings besteht diese Möglichkeiten nicht unbegrenzt: Gem § 284 Abs 29 BDG und § 123 Abs 26 Z 3 VBG treten die betreffenden Bestimmungen mit Ablauf des 31. 8. 2003 außer Kraft.

14 WQ/Wirtschaftsblatt, Nr 03, Juli/August 2002.

15 Hier nimmt die Telekom-Branche eine Vorreiterrolle ein: zB Kollektivvertrag für ArbeitnehmerInnen in Telekom-Unternehmen (§ 3 Abs 12) oder im Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen der Telekom Austria und der gem § 17 Abs 1a PTSG angeschlossenen Tochterunternehmen (§ 11 Abs 11 und 12).

In jedem Fall (auch im Falle einer kollektivvertraglichen Ermächtigung) ist mit dem Mitarbeiter eine konkrete Einzelvereinbarung abzuschließen, wenn ein Sabbatical vereinbart werden soll.

3.3 Beispiel¹⁶

Der Arbeitnehmer X ist bereits seit geraumer Zeit im Unternehmen des Arbeitgebers Y beschäftigt. Da er in 2 Jahren silberne Hochzeit feiert und darüber hinaus einen kleinen Lotogewinn erzielen konnte, möchte er mit seiner Gattin eine 4-monatige romantische Weltreise unternehmen. Er möchte aber auf keinen Fall seinen Arbeitsplatz gefährden. Der Arbeitnehmer X vereinbart mit seinem Arbeitgeber Y für diesen Zeitraum ein Sabbatical.

Variante 1: Kollektivvertragliche Ermächtigung:

Auf sein Arbeitsverhältnis gelangt der Kollektivvertrag für ArbeitnehmerInnen der Telekom Austria und der gem § 17 Abs 1a PTSG angeschlossenen Tochterunternehmen zur Anwendung. Die kollektivvertragliche Normalarbeitszeit beträgt 40 Stunden pro Woche.

Der § 11 KV sieht unter anderem verschiedene Möglichkeiten der Verteilung der Normalarbeitszeit vor. Insbesondere findet sich in § 11 Abs 11 und 12 KV eine einschlägige Bestimmung im Hinblick auf eine andere Verteilung der Normalarbeitszeit bei einem Sabbatical, wonach zum Aufbau längerer zusammenhängender Freizeit – sofern es die betriebliche Möglichkeit erlaubt – ein Durchrechnungszeitraum bis zu höchstens 3 Jahren mit unmittelbarer anschließender Sabbaticalkonsumation vereinbart werden kann. Darüber hinaus besteht nach dem Ende des Sabbaticals ein 4-monatiger Kündigungsschutz (§ 11 Abs 12 Z 4 KV).

Der Arbeitgeber Y vereinbart in weiterer Folge mit dem Arbeitnehmer X, dass dieser durch entsprechende Mehrarbeit in den nächsten 2 Jahren (in diesem Fall ca. 6,5 Stunden zusätzlich pro Woche) die geplante 4-monatige Abwesenheit einarbeitet (ohne Reduktion des Entgelts).

Variante 2: Keine kollektivvertragliche Regelung:

Auf das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers X gelangt kein Kollektivvertrag zur Anwendung, der einen langen Durchrechnungszeitraum ermöglicht. Die Normalarbeitszeit beträgt 40 Stunden pro Woche. Der Arbeitgeber Y möchte aber nicht, dass der Arbeitnehmer X Überstunden leistet.

Hier kann zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer beispielsweise eine Reduktion des Entgelts des Arbeitnehmers (in diesem Falle auf ca. 85,74% seines ursprünglichen Gehalts) bei weiterhin voller Arbeitsleistung des X (40 Stunden pro Woche) vereinbart werden. Im Ergebnis arbeitet X 24 Monate Vollzeit weiter und verdient ca. 85,74% seines ursprünglichen Gehaltes und kann dafür danach 4 Monate auf Weltreise gehen, wobei er auch in diesem Zeitraum ca 85,74% seines Gehaltes erhält.

3.4 Vorteile des Arbeitnehmers

Der Mitarbeiter kann sich in einem Sabbatical lang gehegte Wünsche erfüllen (Auslandsaufenthalt, Weiterbildung, Hausbau, Erholung etc). Es ist ihm grundsätzlich freigestellt, was er mit dieser Auszeit anfängt.¹⁷

Es empfiehlt sich aber insbesondere neben der Verfolgung persönlicher Interessen das Sabbatical im Hinblick darauf zu nutzen, persönliche und berufliche Qualifizierungsziele zu verwirklichen. Denn neben einer Vollzeitbeschäftigung findet sich ansonsten zumeist weder Zeit, Lust noch ausreichend Energie um derartige Ziele zu verfolgen.

3.5. Vorteile des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber erhält durch das Sabbatical ein zusätzliches Instrument der Arbeitszeitflexibilisierung. Das Mitarbeiter Know-how bleibt erhalten. Durch das Sabbatical können Kündigungen während saisonaler Rezessionen oder Schwankungen vermieden werden.

Darüber hinaus profitiert der Arbeitgeber davon, dass nach einer längeren Auszeit der Mitarbeiter mit neuem Elan und gesteigerter Motivation, mit neuen Ideen und in ausgeruhten und ausgeglichenen Zustand zurückkehren kann und dadurch wesentlich leistungsfähiger wird.

3.6 Nachteile

Die größte Gefahr für den Arbeitnehmer besteht darin, dass während des Sabbaticals der Informationsfluss von und zum Arbeitgeber unterbrochen wird und er salopp ausgedrückt „weg vom Fenster“ ist. In diesem Fall fällt die Wiedereingliederung in den Arbeitsbetrieb oft sehr schwer und missglückt mitunter überhaupt.

Seitens des Arbeitgebers besteht natürlich die Gefahr darin, dass ein wertvoller Arbeitnehmer auf Langzeiturlaub geht, sich womöglich weiter fortbildet und nachher aber nicht mehr ins Unternehmen zurückkehrt.

Diese Gefahren kann man insbesondere durch beständigen Austausch von Informationen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hintanhalten und begrenzen. Dennoch empfiehlt es sich vorab die Pros und Contras sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Eine sorgfältige Planung ist in jedem Falle dringend zu empfehlen.

4. Zusammenfassung und Ausblick

Immer öfter erkennen gerade Arbeitgeber die Vorteile eines Sabbaticals, denn nicht nur der Arbeitnehmer kann davon profitieren. Bislang wagen in Österreich aber erst wenige diesen Schritt. Das Arbeitsleben entwickelt sich jedoch immer mehr dahin gehend, dass nach Phasen sehr intensiver Arbeit befristete Auszeiten folgen sollten. Durch geschickt geplante und eingesetzte Auszeiten kann gerade auch in sehr stressigen und arbeitsintensiven Berufen eine beständige und nachhaltige Leistungsfähigkeit der Mitarbeiter gesichert werden. Unerlässlich ist es aber, sich vorab möglicherweise auftretende Schwierigkeiten zu vergegenwärtigen. Durch konsequente und regelmäßige Kontaktaufnahme und Informationsaustausch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer während des Sabbaticals kann diesen Schwierigkeiten aktiv entgegenwirkt werden.

Mag^a. Barbara Fischer ist derzeit als Rechtsanwaltsanwältin in einer großen Wirtschaftskanzlei und primär im Arbeits- und Sozialrecht tätig.

¹⁶ Die hier angeführten Beispiele sind keinesfalls die einzigen Möglichkeiten, um ein Sabbatical zu

vereinbaren. Sie sollen lediglich als beispielhafte Veranschaulichung dienen.

¹⁷ Es sei denn, es besteht eine andere Vereinbarung (zB Weiterbildung als Voraussetzung).

Freedom of Association and Collective Bargaining

An Australian Perspective Ron McCallum*

1. Introduction

Throughout the first nine decades of the last century, compulsory conciliation and arbitration by independent and permanent courts and commissions was the primary method of settling industrial disputes between trade unions and employers throughout the length and breadth of Australia. The industrial relations tribunals (they were formerly styled “arbitration courts”) were established by statutes enacted by the federal and state parliaments. Over the last dozen years, however, the Australian federal and state governments have to varying degrees, jettisoned these systems of compulsory conciliation and arbitration in favour of regimes promoting collective bargaining and individual contract-making. These new regimes have thrown into sharp relief the concepts of freedom of association and the right to take collective industrial action. My purpose in writing this paper, is to explain to a European audience the manner in which the largely home-grown aspects of freedom of association and collective bargaining operate in an Australian labour relations scene which has undergone much transition.

To comprehend the Australian versions of freedom of association and the right to strike, it is essential to understand the role of trade unions, trade union security and freedom of association, and the right to strike within regimes of compulsory conciliation and arbitration from 1900 to 1992. In Section 3, I shall analyse the manner in which collective bargaining and individual contract-making operate within Australia and shall focus upon the role of trade unions, union security and freedom of association, and the right to strike. The BHP iron ore dispute of 1999–2001 will be the subject of Section 4 below. I have selected this industrial dispute because it highlights the manner in which our laws seek to deal with freedom of association and the right to take collective action. As I shall show in the concluding section, the current Australian law gives primacy to employer choices of industrial regulation over employee aspirations to be dealt with collectively.

2. Compulsory Conciliation and Arbitration 1900–1992

In the early years of the last century, the federal and a majority of the state parliaments, enacted statutes establishing regimes of compulsory conciliation and arbitration to settle labour disputes throughout the nation.¹ Under these mechanisms, where trade unions and employers’ associations were

unable to reach a settlement after the utilisation of conciliation, the permanent industrial relations tribunals were able to exercise their powers of final and binding interest arbitration to impose a settlement upon the parties.² During this period of regulation which lasted for approximately 90 years, the industrial relations tribunals usually arbitrated settlements on an industry-wide or occupational basis and embodied these settlements in awards specifying market wage rates and work rules which all employers in the industry or occupation were obliged to apply to all of their employees. It was not to the point that their employees were not members of the trade union that had initiated the original labour dispute. In 1990 when this period of regulation was coming to an end, it was still the case that approximately 80% of Australian employees had their wage rates and work rules either specified, or underpinned by industry-wide federal and state industrial awards and agreements.³ Under these methods of award regulation, increases in wages based upon increases in national productivity were bestowed upon employees throughout Australia by a series of test case decisions of the industrial relations tribunals.

The federal and state mechanisms of compulsory conciliation and arbitration could not have operated without the active participation of Australia’s trade unions. When trade unions became registered under the Conciliation and Arbitration statutes, they were granted either de facto or actual legal personality, and were granted coverage over particular modes of industrial and/or occupational employment. As registered organisations, the trade unions possessed the capacity to obtain arbitrated settlements of industrial disputes between themselves and employers. Even as late as 1990, with some minor exceptions, registered trade unions were the exclusive spokespersons before the industrial relations tribunals for the employees over which they had coverage. Given the powers of registered trade unions, Australian employers were obliged to recognise their role as a fact of Australian industrial relations life. If they refused to deal with a trade union that had members at their undertaking, the trade union could go to the relevant industrial relations tribunal and seek to have an arbitrated settlement imposed upon the employer.

As trade unions were so pivotal to compulsory conciliation and arbitration, the various regimes encouraged these

* This paper was originally delivered at the 13th Commonwealth Law Conference, which was held in Melbourne Australia from 14 to 16 April 2003. I wish to thank Mr. Joel Butler and Ms. Marianne Schulze for their assistance. I also wish to thank my wife Dr. Mary Crock for her encouragement.

¹ See generally, John Portus, *The Development of Australian Trade Union Law*, (Melbourne, Melbourne University Press, 1958) 100–115; and Richard

Mitchell and Esther Stern, “The Compulsory Arbitration Model of Dispute Settlement: An Outline of Developments”, in Richard Mitchell and Stewart MacIntyre (Eds), *Foundations of Arbitration: The Origins and Effects of State Compulsory Arbitration 1890–1914*, (Melbourne, Oxford University Press, 1989) 104.

² For a useful summary on how these mechanisms operated, see Joe Isaac and Ron McCallum,

“Australia”, in “The Role of Neutrals in the Resolution of Shop Floor Disputes – a 12 Nation Study by the National Academy of Arbitrators’ Overseas Correspondence”, (1987) 9 *Comparative Labour Law Journal*, 6, 6–11.

³ Australian Bureau of Statistics, *Award Coverage Australia May 1990*, (Canberra, Australian Bureau of Statistics, *Catalogue No. 6315*, 1990).

bodies by permitting the establishment of favourable trade union security arrangements. Much has been written on trade union security in Australia,⁴ however, for the purposes of this analysis the following comments will suffice. From the establishment of the compulsory conciliation and arbitration regimes in the early 1900s, the arbitration courts were empowered to varying degrees, to place clauses in their arbitrated awards granting preference in employment to members of the relevant registered trade union. It is fair to write that up until 1990, in most instances the industrial relations tribunals were cautious in placing such clauses in awards or agreements. However, these clauses did give trade unions footholds in the undertakings of employers, and led to the establishment of informal closed shop arrangements between trade unions and employers.

From the inception of conciliation and arbitration, provisions existed bestowing protection on members of trade unions who were dismissed or demoted by their employers owing to their trade union membership and activities. In contrast, throughout most of the 20th century, little protection was given to persons who had a conscientious objection to being members of trade unions. For example, protection for conscientious objectors under federal law was not established until 1977.⁵ Little wonder that up until the early 1980s, approximately half of Australia's employees were members of registered trade unions.

Initially, the conciliation and arbitration regimes sought to outlaw strikes,⁶ however, by the end of World War I it was appreciated that workers were unwilling to give up the right to take collective action altogether. It must be appreciated that industrial awards and agreements were not codes that completely ousted individual employment contracts. They expressed levels of wages with which employers were bound to comply, but they did not make it illegal for employers to grant wages and benefits that were above those in the awards and agreements. This meant that collective bargaining often co-existed with these conciliation and arbitration mechanisms.

Australia is a common law country that inherited the common law from Great Britain. Under the common law, collective industrial action is regarded as breaching individual contracts of employment and may often give rise to the commission of torts.⁷ Unlike the United Kingdom, however, most of the Australian regimes of compulsory conciliation and arbitration did not grant registered trade unions immunity from the strictures of common law litigation. Breen Creighton has described this as an "Australian paradox"⁸. Although strikes were illegal at common law and often under statute, instead of litigating in the courts, employers were content, certainly up until the mid-1980s, to broker settlements of industrial disputes before relevant industrial relations tribunals. As these tribunals possessed powers to eventually impose set-

tlements upon the trade unions and the employers, in almost all instances it made little sense to undertake litigation in the ordinary courts of the land.

3. Australian Labour Deregulation, Freedom of Association and the Right to take collective industrial action

From 1992 onwards, the federal and state parliaments – to varying degrees – dismantled their mechanisms of compulsory conciliation and arbitration and established regimes of collective bargaining and individual contract-making. In brief, this significant change in Australia's labour relations policy came about for a number of reasons including the penetration of Australian product markets by free market economic forces, the rise of neo-liberal conservative views on labour deregulation, together with the pressures of economic globalisation and the introduction of computer-based information technology systems.⁹ The story of how the federal and state parliaments altered their labour relations laws in the 1990s is well-covered ground, and I need not detain the reader by going into great detail.¹⁰ My focus for the purpose of this analysis will be on federal law. In late 1993, the Keating Australian Labor Party federal government partially dismantled compulsory conciliation and arbitration by enacting provisions that enabled trade unions, workers and employers to engage in enterprise bargaining. Then in late 1996, the Howard Liberal Party and National Party Coalition Government further deregulated federal labour law when the Parliament enacted what is now the *Workplace Relations Act (WRA)*.¹¹ Amongst other things, the *WRA* established Australian workplace agreements that could be entered into by individual employees and their employer to the exclusion of federal and state award regulation. Of importance to our present discussion, the *WRA* amendments established a freedom of association regime protecting the right of employees and independent contractors either to belong to or not to belong to trade unions.

Under the enterprise bargaining changes of the Keating government, registered trade unions lost their monopoly of being the exclusive spokespersons for employees seeking wage rates and work rule alterations under federal law. Given that union membership had declined, the parliament established two streams of enterprise bargaining. Under the first stream, registered trade unions could conclude certified agreements with an employer, but under the second stream an employer could enter into a certified agreement directly with its workforce and these agreements became known as enterprise flexibility agreements. The Howard government built upon these alterations by making it even easier for employers to directly deal with their workers and to conclude certified agreements with them.

Given these changes, for the first time in almost a century, employers bound by federal law could seriously embrace

4 See generally Phillipa Weeks, *Trade Union Security Law: A Study of Preference and Compulsory Unionism*, (Sydney, the Federation Press, 1995).

5 *Conciliation and Arbitration Act 1904* (Cth) s144A (now repealed).

6 *Commonwealth Conciliation and Arbitration Act 1904* (Cth) S6.

7 Keith Ewing, "The Right to Strike in Australia", (1989) 2 *Australian Journal of Labour Law*, 18.

8 Breen Creighton, "Enforcement in the Federal Industrial Relations Systems: An Australian Paradox", (1991) for *Australian Journal of Labour Law*, 197.

9 Ron McCallum, "Trade Union Recognition and Australia's Neo-Liberal Voluntary Bargaining Laws", (2002) 57 *Relations Industrielles-Industrial Relations*, 225.

10 See generally, Ron McCallum and Paul Ronfeldt, "Our Changing Labour Law", in Paul Ronfeldt and Ron McCallum (Eds) *Trade Unions, Enterprise*

Bargaining and the Law, (Sydney, The Federation Press, 1995) 1; Dennis Nolan (Ed), *The Australasian Law Reforms: Australia and New Zealand at the end of the Twentieth Century*, (Sydney, The Federation Press, 1998); and Stephen Deery and Richard Mitchell (Eds), *Employment Relations, Individualisation and Union Exclusion: An International Study*, (Sydney, The Federation Press, 1999).

11 *WRA 1996* (Cth).

a non-union stance whereby they would refrain from negotiating with trade unions and instead would endeavour to deal directly with their workers. Under the current law, there is no trade union recognition mechanism where a union with sufficient members in an employing undertaking can require the employer to engage in collective bargaining with it to the exclusion of other forms of bargaining.

Under the *WRA*,¹² leaving aside “greenfields agreements”, a federally registered trade union may conclude a certified agreement with an employing enterprise where it has at least one member employed in that enterprise. However, unless the trade union has a sufficient number of members employed in the enterprise who can utilise sufficient industrial muscle to pressure the employer, the trade union cannot force the employer to bargain with it. It will still be open for an employer to refuse to negotiate with the union, to enter into a certified agreement directly with its workforce, to conclude Australian Workplace Agreements (AWA’s) with its employees on an individual basis, or to regulate the employer and employee relationship through common law contracts of employment.

When several state governments began to deregulate their mechanisms of compulsory conciliation and arbitration in the early 1990s, it was clear that their Industrial relations tribunals would lose the power to place into their awards and agreements clauses giving preference in employment to members of trade unions. The states of New South Wales, Victoria and Tasmania not only joined Western Australia in outlawing such preference clauses, but also established freedom of association regimes. Without exception, these statutory freedom of association mechanisms could aptly be described as freedom from association mechanisms. This is because they not only protected the right of persons to belong to trade unions, but equally they protected the right of persons not to belong to either trade unions or employers’ associations.

When the Howard Liberal Party and National Party coalition government was elected to office in March 1996, one its workplace relations reforms was to enact a broad freedom of association mechanism.¹³ These freedom of association provisions which can be found in Part XA of the *WRA*, not only apply to federally registered trade unions and employers’ association, but through a utilisation of various federal constitutional powers. This regime applies to the vast bulk of Australia’s registered and unregistered trade unions and employer bodies. All of the state systems operate freedom of association regimes protecting the right to belong and not to belong to trade unions.

My focus in the remainder of this paper will be upon the Federal freedom of association provisions as they have set the benchmark for Australia. As well as prohibiting the Aus-

tralian Industrial Relations Commission from placing union security clauses in its awards or in certified agreements, this mechanism has also outlawed informal closed shop arrangements. Under this mechanism, the courts may grant employees who have been dismissed, demoted or in some way discriminated against owing to their trade union membership or non-membership a range of civil penalties including damages, civil penalties, reinstatement orders and injunctions.

As I have shown earlier, up until the enactment of full-blooded federal collective bargaining legislation in 1993, no legislative provisions immunised trade unions from the rigours of the common law. By the late 1980s, owing perhaps to the increased pressures on employers by free market economic forces, some employers were less reluctant to broker deals in the industrial relations tribunals and were prepared to invoke common law and statutory remedies to squash trade union strike activity. Matters came to a head in the 1989 pilots strike where the employers were able to use the common law industrial torts to obtain significant damages from the trade union and its officials.¹⁴ Unless the Federal government could prevent recourse to common law and related remedies during collective bargaining, trade unions and their members would be unable to take collective industrial action and their collective bargaining would have become collective begging.

Accordingly, the 1993 legislation introducing collective bargaining provided a narrow window of opportunity for trade unions to take lawful industrial action when engaged in collective bargaining. This form of lawful industrial action became known as protected action and the relevant provisions are now to be found in the *WRA*.¹⁵ In brief, when a trade union is in a valid bargaining period with an employing undertaking, it can give notice, whereupon the trade union and those of its members who are employed in the undertaking may take protected industrial action provided they do not act in concert with other persons, and especially with other trade unions.¹⁶ While protected industrial action does include primary strike activity and work bans, it does not cover picketing even when this occurs at the gates of the employing undertaking.¹⁷

4. The BHP Iron Ore Dispute 1999–2001

The case study in this paper concerns the BHP Iron Ore dispute, which took place during a two year span from late 1999 to November 2001. A significant body of material exists on the legal aspects of this litigation between BHP Iron Ore Pty Ltd and its unionised workforce engaged in iron ore production and processing in a remote area of Western Australia called the Pilbara.¹⁸ Briefly put, under Western Australian industrial relations law, BHP Iron Ore Pty Ltd (BHP) had negotiated

12 *WRA* 1996 (Cth) s170 LJ (1) (a).

13 *WRA* 1996 (Cth) Part XA.

14 *Ansett Transport Industries (Operations) Pty Ltd v Australian Federation of Airline Pilots* (1989) 95 Australian Law Reports (ALR) 211.

15 *WRA* 1996 (Cth) Part VIB Division 8.

16 For an illustration of the manner in which this protected industrial action mechanism operates, see *Australian Workers’ Union and Ors v Yallourn Energy Pty Ltd* (2000) 95 Industrial Reports (IR) 207.

17 *Davids Distribution Pty Ltd v National Union of Workers* (1999) 91 Federal Court Reports (FCR) 463.

18 Joellen Riley, “Individual Contracting and Collective Bargaining in the Balance”, (2000) 13 *Australian Journal of Labour Law*, 92; Sarah Richardson, “Freedom of Association and the Meaning of Membership: An analysis of the BHP cases”, (2000) 22 *Sydney Law Review*, 435; David Noakes and Andrew Cardell-Ree, “Individual Contracts and the Freedom to Associate: Australian Workers Union v BHP Iron Ore Pty Ltd”, (2001) 14 *Australian*

Journal of Labour Law 89; Ron McCallum, “Beyond Dispute”, (2000) 10 No. 10 *Eureka Street*, 14; and Ron McCallum, “Trade Union Recognition and Australia’s Neo-Liberal Voluntary Bargaining Laws”, (2002) 57 *Relations Industrielles – Industriel Relations*, 225, 236–241. The following is derived from my articles.

collective agreements with the relevant trade unions, and in 1999 it was attempting to conclude new collective agreements. In November 1999, however, in an endeavour to cut labour costs, it broke off bargaining with the unions and instead issued its employees individual statutory workplace agreements pursuant to Western Australian law. The statutory workplace agreements contained wages, allowances and terms and conditions of employment which when read together were superior to the current award and agreement conditions of employment of the workforce. In my opinion, if this strategy had been implemented successfully, it would have led to an eventual deunionisation of the workforce. After all, if the employees signed statutory workplace agreements and collective bargaining was at an end there would be little reason for the vast bulk of the employees to remain members of the relevant trade unions. By 24 January 2000, approximately 46% of the workforce (481 out of 1039 employees) had signed statutory workplace agreements.

The trade unions brought proceedings in the Federal Court of Australia asserting that by its actions of offering the statutory workplace agreements, BHP had breached the Federal freedom of association laws. The unions sought interlocutory injunctions to prevent BHP from offering further statutory workplace agreements to its Pilbara workforce. The trade unions asserted that BHP had breached the Federal freedom of association laws in two ways. First, relying upon Section 298K of the WRA, they asserted that in offering statutory workplace agreements containing more favourable terms and conditions of employment, BHP had engaged in conduct which had the effect of injuring “an employee in his or her employment”, or of altering “the position of an employee to the employee’s prejudice” because the employee is a member of a trade union.¹⁹ The argument of the unions was that those employees who wished to have the trade union collectively bargaining on their behalf were disadvantaged in their employment because they were unable to receive the more favourable terms and conditions of employment set out in the statutory workplace agreements. The second line of attack by the unions was to argue that the conduct of BHP in offering the statutory workplace agreements contravened Section 298M of the WRA. This section forbids employers from inducing an employee, “whether by threats or promises or otherwise . . . to stop being a member” of a trade union.

The matter came before Gray J in January 2000. His Honour issued interlocutory injunctions, holding that there was a serious question to be tried concerning whether BHP had breached the Federal freedom of association regime.²⁰ First, Gray J held that in offering statutory workplace agreements with more favourable terms and conditions of employment, it was arguable that BHP injured and prejudiced its remaining employees – the vast bulk of whom were members of trade unions – who were receiving lesser benefits from awards and collective agreements. Second, Gray J held that it was arguable that BHP had induced employees to leave their union, not by threats or promises, but because by offering more favourable statutory workplace agreements a conse-

quence was that accepting employees would resign from their trade unions. In the view of Gray J it was arguable that this conduct amounted to inducement contrary to Section 298M of the WRA. Put another way, it was possible to prove that inducement had taken place not by proving that BHP had intended to induce, but rather that the effect of the conduct of BHP amounted to inducement.

In April 2000, a Full Court of the Federal Court of Australia upheld the interlocutory injunctions,²¹ but not on the grounds that the offering of more beneficial statutory workplace agreements amounted to injuring or prejudicing the remaining employees. In a surprisingly narrow reading of section 298K of the WRA, the Full Court emphasised that paragraphs (b) and (c) of section 298K(1) which concern themselves with conduct that injures and prejudices employees were written in the singular, that is the paragraphs speak of individual employees. For example, section 298K(1)(b) speaks of conduct that would “injure an employee in his or her employment”. Therefore in the view of the judges, they were designed primarily to apply to individual instances of injury and prejudice. In essence, the judges held that section 298K did not apply to situations where any injury or prejudice was purely on a collective basis. In other words, the conduct of BHP was conduct designed to offer more beneficial terms of employment to employee signatories of statutory workplace agreements, but not to detract from the existing conditions of employees governed by collective agreements and awards. This interpretation is possible, but in my view the interpretation of Gray J is to be preferred because it is consonant with the broad and purposive interpretation that is usually given to remedial provisions, as are the sections of the federal freedom of association regime. In my opinion, this interpretation means that when offering more beneficial individual contracts, employers can never be held, without more, to have injured or prejudiced non-accepting employees.

However, the Full Court did uphold the interlocutory injunctions because the judges held that there was a serious question to be tried concerning whether BHP had breached section 298M of the WRA, which, it will be recalled, forbids employers from inducing employees to give up their trade union affiliations. Although the reasoning of the judges is difficult for me to follow, the Full Court does contemplate the possibility that conduct, if it is of a sufficient nature, may amount to an inducement even where there was no evidence that the transgressor intended to induce. Unusually for these types of cases, this matter did go to trial. In January 2001, Kenny J held after a detailed examination of the evidence BHP had not contravened the freedom of association provisions when offering its Pilbara workforce individual statutory workplace agreements.²²

When the interlocutory injunctions were lifted, BHP was free to offer further statutory workplace agreements to its workforce. However, perhaps owing to the re-grouping by the trade unions that were given breathing space by the interlocutory injunctions, very few employees accepted these statutory agreements.

19 WRA 1996 (Cth) s 298K (1)(b) & (c).

20 *Australian Workers Union v BHP Iron Ore Pty Ltd* (2000) 96 IR 422.

21 *BHP Iron Ore Pty Ltd v Australian Workers Union* (2000) 102 FCR 97.

22 *Australian Workers Union v BHP Iron Ore Pty Ltd* (2001) 106 FCR 482.

5. Conclusion

As I have shown Australia's collective laws did not appear in their present form until after the partial deregulation of Australian federal and State labour law in the final decade of the twentieth century. From 1992 onwards, all of Australia's labour law regimes, to varying degrees, jettisoned their existing systems of compulsory conciliation and arbitration in favour of regimes promoting collective bargaining and individual contract-making. Little wonder that this sea change in our laws meant that the parliaments, the industrial relations tribunals and the courts would take a new approach to the role of trade unions in collective bargaining, to trade union security and the freedom of association, and to the right to strike.

The BHP litigation showed that it is open to employers to withdraw themselves from collective bargaining and to offer their employees individual contracts that contain higher wages and more favourable conditions of employment, with-

out contravening the federal freedom of association laws. To draw a distinction between merely protecting trade union membership on the one hand, from employer freedom to enter into individual arrangements on the other hand, is an artificial and in my view an untenable distinction. For my part, the essence of trade union membership is the right of members to be represented by their trade union in collective bargaining with their employer. However, under the current federal labour law, the right of employers to determine whether they will engage in collective bargaining or in individual contract-making is placed above the aspirations of employees, where they so choose, to be collectively represented by their trade unions.

Ron McCallum is Professor in Industrial Law, and Dean of Law, Faculty of Law, University of Sydney, Australia.

Wozu noch Arbeitsrecht?

Roland Gerlach

Im Liberalismus ist alles gut. Die liberale Wirtschaft macht alles richtig. Wozu also noch Arbeitsrecht?

Die Sinnkrise des Arbeitsrechts

Findet man es wichtig, dass sich juristische, oder, wie in Österreich gesagt würde, *rechtspolitische* Aufsätze mit tagesaktuellen Problemen befassen, so ist man mit unserem Thema bestens bedient: Dem Arbeitsrecht scheint es gerade an den Kragen zu gehen, wobei sich die Frage nach seiner Existenzberechtigung von den verschiedensten Seiten stellt.

Da ist einmal der konservative Zeitgeist, der nach jahrzehntelanger Paralyse durch Sozialdemokratie und -partnerschaft nun in einem panikartigen Reflex einem besonders trivialen Weltbild frönt, das man als unreflektierten Neoliberalismus bezeichnen könnte, wenn man sich überhaupt der Mühe der Kategorisierung unterziehen will. Sein Rezept ist einfach: Das Gute in der Welt kommt von der Wirtschaft und alles, was die Wirtschaft behindert, ist daher schlecht. Alles, was der unreflektierte Neoliberalismus *nicht* weiß, liest man etwa in der „Presse“, wenn es heißt: „In einer Wettbewerbsgesellschaft haben Gewerkschaften keinen Platz.“ Das neoliberale Missverständnis ist damit auf den Punkt gebracht. Die Wettbewerbsgesellschaft bestimmt selbst, welchen Wettbewerb sie zulässt, und der um bessere Arbeitnehmerrechte, wie sie durch Mitgliedschaften in Gewerkschaften erstritten werden können, zählt offenbar nicht dazu. Der unreflektierte Neoliberalismus ist daher, weil er die Integrität des Arbeitnehmers als Wert nicht respektiert und Wettbewerb nur selektiv zulassen will, in der Sache fundamentalistisch und in seinem intellektuellen Unterbau beschämend anspruchslos. Vor allem aber hat er mit Liberalismus nichts zu tun. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Über den unreflektierten Neoliberalismus mag man sich ärgern, eine fast ebenso große Gefahr droht aber von einer anderen Seite, von der man sie weit weniger erwartet hätte. Die

österreichische Wirtschaft hat eine spezifisch *junge* Seite, die sich, denkt man in Sparten, am ehesten der *new economy* zuordnen lässt, denkt man in Ideologien, am ehesten einem relativ amorphen, prinzipienlosen und im Wesen postmodernen Links-Sein, sich aber weder im einen noch im anderen erschöpft, sondern quer durch alle Sparten erstreckt und die unterschiedlichsten Ideologien unter einen Hut bringt. Diese „junge Wirtschaft“ bedroht das Arbeitsrecht aus ganz anderen Motiven, die schwer erfassbar und am ehesten damit zu beschreiben sind, dass das Arbeitsrecht als „uncool“ betrachtet wird. Diese peinlich berührte Haltung gegenüber dem Arbeitsrecht ist für dessen Legitimation deshalb so gefährlich, als sie von jenen eingenommen wird, die insofern zur Elite zählen, als sie auf Grund ihrer Stellung innerhalb der Gesellschaft dazu in der Lage sind, deren Haltung gegenüber grundsätzlichen Fragen des Zusammenlebens zu beeinflussen. Es lässt sich verallgemeinern, dass, wer heute unter 35 ist und ein Studium absolviert hat, regelmäßig sein soziales Selbstverständnis auch daraus beziehen wird, dass er sich an arbeitsrechtliche Regeln im engeren Sinne für nicht gebunden erachtet und es vielmehr als Schwäche ansieht, sich ihrem Schutz zu unterwerfen. Es lässt sich beobachten, dass die beschriebene Personengruppe die Bindung an Arbeitszeiten ablehnt und lieber damit angibt, nächtelang an einem Projekt zu sitzen, kollektivvertraglich festgelegte Mindestlöhne als der eigenen Leistung jedenfalls inadäquat ansieht, um sich lieber einem völlig unübersichtlichen und letztlich arbiträren Angebot von Prämien, Incentives, indirekten oder direkten Gesellschaftsbeteiligungen etc auszuliefern und schließlich dem kollektiven Arbeitsrecht in seiner primären Funktion, Gewerkschaften und Betriebsräte zu ermöglichen, völlig verständnislos gegenübersteht. Der moderne junge Angestellte in gehobener Stellung fühlt sich als Unternehmer, und damit hat der moderne Liberalismus einen wichtigen Etappensieg erzielt: Die Ausgebeuteten glauben, zu den Ausbeutern zu zählen.

Rettung aus diesem Dilemma, in dem sich völlig fehlgeleitete neokonservative Auffassungen von Liberalismus mit einer elitären, zutiefst emotionellen Ablehnung von sozialem Schutz zu einer gefährlichen Allianz gegen die Legitimität des Arbeitsrechts verbinden, würde man sich am ehesten von den Sozialdemokraten und den ihnen, sieht man vom öffentlichen Dienst ab, in Österreich traditionell verbundenen Gewerkschaften erwarten. Aber im Gegenteil, von dieser Seite rührt sich nichts, zumindest nichts, was ernst genommen werden könnte. Jene, die man mit Fug und Recht als Hüter des Arbeitsrechts bezeichnen konnte, stehen fassungslos vor seiner drohenden Demontage und scheitern, was vielleicht noch tragischer ist, vor allem daran, das Arbeitsrecht zumindest theoretisch außer Streit zu stellen. Der Gusenbauer'sche Unsatz von der „solidarischen Hochleistungsgesellschaft“ ist letztlich ein ebensolcher Schlag ins Gesicht des Arbeitsrechtes wie die Diagnose, Gewerkschaften hätten in einer Wettbewerbsgesellschaft keinen Platz. Wer meint, dass alle zur Höchstleistung verpflichtet sind, versteht nicht, warum es im Arbeitsrecht eigentlich geht: Um die Würde des Menschen. Dazu aber später. Zunächst ist das Scheitern der Sozialdemokratie und der Gewerkschaften, Arbeitsrecht zu legitimieren, einer näheren Betrachtung zu unterziehen:

Mit der Etablierung der Nachkriegsordnung in Österreich ging ein Phänomen einher, das heute zum Gottseibeiuns Intellektueller aller Couleurs geworden ist, in der Sache aber wahrscheinlich zu den modernsten, zivilisiertesten, entwickeltsten und vernünftigsten Modellen der Herstellung sozialer Gerechtigkeit zählt: die Sozialpartnerschaft. Freilich hatte ihre Methode, jeweils einen Konsens zwischen Wirtschaft und Arbeitnehmern über alle wesentlichen Fragen des kollektiven und individuellen Arbeitsrechtes herzustellen, einen negativen Effekt: Das Arbeitsrecht wurde den Arbeitnehmern zu selbstverständlich, die sonst jeder westlichen Zivilisation von vornherein geläufige Einsicht, dass um die *Erzeugung* arbeitsrechtlicher Vorschriften auch immer wieder gekämpft werden muss, blieb den österreichischen Arbeitnehmern erspart. Der Arbeitskampf als für liberale Systeme typische Form, die Verbesserung von Arbeitsbedingungen im kollektiven Wege durchzusetzen, war in Österreich nicht bekannt, und Österreich konnte es sich sogar leisten, auf die Kodifizierung von Streikrecht zu verzichten.

Da die Sozialpartnerschaft Gesetze nicht beschließen, sondern lediglich für die Beschlussfassung im Parlament vorbereiten konnte, ist Arbeitsrecht in Österreich seit jeher Gesetzesrecht, das Regelungskompetenzen an die Parteien des kollektiven Arbeitsrechtes, vor allem in Form von Kollektivverträgen, lediglich im starren Korsett des Günstigkeitsprinzips delegiert. Der eherne Grundsatz, dass arbeitsrechtliche Regelungen über einseitig zwingende, also nur zu Gunsten der Arbeitnehmer abänderbare Gesetze zu erzeugen sind, macht es den Sozialdemokraten und Gewerkschaften so schwer, sich nun wirksam gegen einen drohenden Rückbau des Arbeitsrechtes und die damit verbundene, meist noch viel weiter gehende Rhetorik zur Wehr zu setzen. Da Gesetze in einer Demokratie schon dann per se legitim sind, wenn sie ordnungsgemäß im Parlament beschlossen worden sind, ist es einigermaßen schwierig, glaubhaft gegen den Gesetzgeber als Hüter des Arbeitsrechts zu polemisieren, nur weil einem seine Ideen nicht mehr passen.

Das sozialdemokratische Dilemma lässt sich also an einem Gewöhnungseffekt festmachen: Wem über Jahrzehnte

der Eindruck vermittelt wurde, es zähle zu den Hauptaufgaben des Staates, Gesetze zum Schutz der Arbeitnehmer zu erlassen, die nur einigermäßen hilflos wirken, wenn er merkt, dass der Stellenwert des Arbeitsrechtes für den Gesetzgeber von den Parteien abhängt, die gerade an der Macht sind. Die österreichischen Arbeitnehmer haben es erlernt, sich selbst um ihre Rechte zu kümmern, indem sie sich organisieren. Es ist einigermaßen grotesk, dass gerade die Sozialdemokratie und die Gewerkschaften als Partner der Sozialpartnerschaft an dieser Entwicklung schuld sind. Es erklärt aber die Sprachlosigkeit dieser beiden Institutionen angesichts der jetzt drohenden Zustände.

An diesem Befund ändert sich nichts, ja er wird sogar bestätigt, wenn man das betrachtet, was in den letzten Wochen als „Streiks“ und gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen bezeichnet worden ist. Die mangelnde Fähigkeit der Gewerkschaft, sich geänderten Umständen anzupassen, wird gerade darin offenbar, mit welchem geradezu tragischen Ungeschick sie sich im Arbeitskampf verhält. Das, was wir in den letzten Wochen an Streiks und Streikdrohungen erleben durften, sind in der Sache politische Demonstrationen, weil für einen Arbeitskampf fehlt es am Streikziel: Die österreichischen Druckerei- und Zeitungsbesitzer können ebenso wenig wie der Vorstand der Österreichischen Bundesbahnen dafür sorgen, dass die von den Gewerkschaften als sozial ungerecht empfundenen Pensionsreformen abgeändert wird.

Die Gewerkschaft weiß also anscheinend nicht, was ein Streik ist, nämlich das letzte Mittel, einen Arbeitgeber dazu zu zwingen, die von den Arbeitnehmern geforderten Arbeitsbedingungen zu erzeugen bzw. zumindest in substantielle Gespräche darüber zu treten. Die Gewerkschaft raubt stattdessen dem Streik seinen ureigenen Zweck, indem sie ihm zu beliebigen Druckmitteln degradiert, die sich von anderen Formen der politischen Demonstration nicht unterscheiden, außer darin, dass er unter Umständen zu für die Gewerkschaften desaströsen Schadenersatzforderungen führen kann. Der fatale Verwöhnungseffekt einer jahrzehntelangen Oberaufsicht des Staates über das Arbeitsrecht erweist sich also geradezu typisch in der Unfähigkeit der Gewerkschaft, mit dem Mittel des Arbeitskampfes umzugehen.

Zwei andere sozialdemokratische Strategien haben dazu geführt, auf langer Sicht den Interessen der Wirtschaft zu dienen und vor allem, der jungen „Elite“ das Arbeitsrecht als etwas zu verkaufen, wofür man sich eigentlich schämen muss. Die *Hermetisierung* des Arbeitsrechtes einerseits und seine *Proletarisierung* andererseits. Mit Hermetisierung ist das offenkundige Bestreben gemeint, soviel wie möglich, ja im Idealfall alle Menschen in abhängige Arbeitsverhältnisse zu bringen, um sie dann unter den hoch entwickelten Schutz des Arbeitsrechtes zu stellen. Die damit verbundene äußerste Skepsis gegen jede Form der Selbstständigkeit, das Bestreben, diese gesetzlich so weit wie möglich zu verhindern – das in den konservativen Bestrebungen, den Zugang zur Wirtschaft über bürokratische Hindernisse zu erschweren, den seltsamsten Weggefährten gefunden hat – hat völlig übersehen, dass eine entwickelte Sozialdemokratie die Verbesserung von Arbeitsbedingungen nur als *eine* ihrer Aufgaben ansehen sollte, der die Schaffung von Möglichkeiten, der abhängigen Lohnarbeit im Wege der Selbstständigkeit völlig zu entgehen, als zumindest gleichwertig an die Seite zu stellen ist.

Ohne die Bereitschaft, die Ermöglichung von Selbstständigkeit als legitimes und wichtiges Ziel gewerkschaftlicher

Betätigung zu akzeptieren, mussten die Gewerkschaften, und damit in den letzten Jahrzehnten auch die Sozialdemokratie, nach tauglichen Mitteln suchen, in ihrem Klientel den Wunsch nach Selbstständigkeit erst gar nicht aufkommen zu lassen. Den Arbeitnehmern wurde daher eingebläut, dass sie zu „denen da unten“ gehören, sie wurden als „kleiner Mann“ identifiziert, denen die Gewerkschaften und die Sozialdemokratie im Kampf gegen „die da oben“ als einzige wirklich Verbündete zur Seite standen. Sozialdemokratie und Gewerkschaften sicherten also ihre Existenz unter anderem dadurch, dass sie die Hierarchien, deren Bekämpfung sie vorgaben, versteinerten und dies in einem ästhetisch betont anspruchsvollen, hochgradig bürokratisch organisierten äußeren Erscheinungsbild auch noch symbolisch absicherten.

Es ist also nicht verwunderlich, wenn eine junge Elite, die Dank eines aufgeklärten Erziehungssystems und einer überaus entwickelten, im Wesentlichen selbst bestimmten Jugendkultur keinerlei Veranlassung sieht, am eigenen Selbstwert zu zweifeln, sich in diesen von Gewerkschaft und Sozialdemokratie modellierten Bild des *Arbeitnehmers-als-Proleten* nicht wieder findet und sich daher von einem Arbeitsrecht, das in erster Linie der Konservierung dieser wenig attraktiven Erscheinungsform zu dienen scheint, nur herzlich wenig erwartet.

Die Unverzichtbarkeit des Arbeitsrechts

Für die Tatsache, dass das Arbeitsrecht einen Bedeutungswandel erfährt, gibt es also eine Reihe von Gründen, die aber nicht als ernsthaftes Zeichen dafür angesehen werden können, dass das Arbeitsrecht an sich vor seiner Abschaffung steht oder zumindest stehen sollte. Arbeitsrecht ist in einem liberalen Staat unverzichtbar und seine Erzeugung kann auch nicht verhindert werden. Die Gründe dafür liegen in einer Reihe von Einsichten, die in ihrer ganzen Trivialität eigentlich schon längst außer Streit stehen sollten:

(1) Rechtsordnungen, die liberal sein wollen, ermöglichen die Mechanismen der Marktwirtschaft dadurch, dass sie die dafür unverzichtbaren Institutionen, wie vor allem den Schutz des Eigentums, zur Verfügung stellen. Es ist daher *selbstverständlich*, dass dieser enorme Startvorteil, den die Rechtsordnung der Wirtschaft einräumt, durch den Schutz derer, die in diesem System die Rolle der Arbeitnehmer übernehmen müssen, zumindest teilweise ausgeglichen wird.

(2) Ein liberaler Staat bezieht sein Selbstverständnis unter anderem daraus, dass er die Würde seiner Bürger respektiert und mit unterschiedlichsten Mechanismen, vor allem aber auch *grundrechtlich* absichert. Ein liberaler Staat muss daher auch überall dort, wo er Subordinationsverhältnisse nicht nur ermöglicht, sondern für seine Wirtschaftsverfassung schlechthin voraussetzt, verlässlich dafür Sorge tragen, dass die Würde des unter einem Vertrag Dienenden ihren Eigenwert behält und nicht einer vollständigen, von einer irregulierten Wirtschaft vielleicht kurzfristig gewünschten Kommodifizierung zum Opfer fällt. Die wesentlichsten arbeitsrechtlichen Grundsätze verdanken dieser Einsicht ihre Existenz, vor allem aber jene, die im Arbeitsverhältnis vor Willkür schützen.

(3) In einem wirtschaftsliberalen Regime ist es selbstverständlich, dass der Staat den Wettbewerb auch vor sich selbst schützt. Der Staat interveniert laufend, um liberale Systeme zu ermöglichen, indem er unlauteren Wettbewerb verbietet, die Gründung von Unternehmen reguliert, mögliche Betriebsstandorte festlegt und so fort. Eine wesentliche

VERLAG ÖSTERREICH

Schwamberger - Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz

Schwamberger

§

Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz

→ Textausgabe mit Anmerkungen

Kommentar
Kurzkomm.
Gesetzbuch

VERLAG ÖSTERREICH

170 Seiten, br., € 35,- 3-7046-3956-7

- neues Berufsrecht für den Medizinischen Masseur und den Heilmasseur
- Wiedergabe der Gesetzesmaterialien
- weitere Erläuterungen und Querverweise
- Hinweise auf andere Gesundheitsberufe
- umfangreiches Stichwortverzeichnis

Dr. Helmut Schwamberger ist Landesamtsdirektorstellvertreter und Vorstand der Gruppe Gesundheit und Soziales im Amt der Tiroler Landesregierung.

VERLAG ÖSTERREICH

FORMALS VERLAG DER K. U. K. HOF- UND STAATSDRUCKEREI

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

Rolle spielt dabei auch das Arbeitsrecht, indem es die Wirtschaft daran hindert, aus kurzfristigen Profitabilitätsbetrachtungen zu wenig in eine motivierte, zufriedene, gut ausgebildete, adäquat bezahlte und damit *wettbewerbsfähige* Arbeitnehmerschaft zu investieren. Arbeitsrecht hilft daher wie andere Gesetze, die in den Ablauf der Wirtschaft intervenieren, dieser dabei, vermeidbare Fehler zu vermeiden.

(4) Neben all diesen und ähnlichen Aspekten tritt aber die einfachste aller Einsichten, warum Arbeitsrecht in einem liberalen Staat unvermeidbar ist. Wenn eine liberale Demokratie unter Wettbewerbsbedingungen funktionieren soll, ist es einerseits selbstverständlich, dass sich Arbeitnehmer organisieren, um durch Abschluss von Kollektivverträgen bessere Arbeitsbedingungen zu erhalten und andererseits, dass Parteien gegründet werden, die versprechen, in erster Linie ihre Interessen durchzusetzen. Mit anderen Worten: Eine liberale Demokratie kann ohne die Erzeugung vor arbeitsrechtlichen Normen gar nicht gedacht werden.

Der Bedeutungswandel des Arbeitsrechts als Frage der Rechtserzeugung

Die Frage „Wozu noch Arbeitsrecht?“ lässt sich also nur dahin beantworten, dass das politische System, das sich die westlichen Zivilisationen verordnet haben, ohne Arbeitsrecht schlicht nicht denkbar ist. Es drängt sich daher die Frage auf, warum gerade das Arbeitsrecht immer wieder um seine Legitimität besorgt sein muss. In Österreich scheint eine solche

Sinnkrise gerade stattzufinden. Im Einklang mit den oben diskutierten Erwägungen dürfte dafür vor allem eine Entwicklung verantwortlich zu sein: Der Gesetzgeber zieht sich aus dem Arbeitsrecht zurück und die Gewerkschaften finden sich in ihrer damit wieder gewonnenen Rolle als *Arbeitsrechtserzeuger* (noch) nicht zurecht.

Wenn sich der Staat als Gesetzgeber des Arbeitsrechts zurückzieht, laufen die Unternehmer zunächst Gefahr, dass einseitig festgesetzte Regeln zu einem Verlust an Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit führen, wenn sie von den Arbeitnehmern nicht als sinnvoll erkannt und daher gelebt werden. Für die Arbeitnehmer besteht das zumindest mittelfristige Risiko, ihre Interessen nicht durchsetzen zu können. Das Arbeitsrecht beugt nun beiden Gefahren spezifisch vor, indem es *kollektive Rechtssetzung* vorsieht. Kollektive Rechtssetzung ist zunächst Sozialpartnerschaft im Kleinen. Regeln werden nicht vom Gesetzgeber verordnet, sondern im Wege eines Kompromisses zwischen Arbeitnehmervertretung und Unternehmen gefunden, wobei Flexibilität durch Kündbarkeit, zeitliche Befristung, vor allem aber durch die Möglichkeit der einvernehmlichen Abänderung der dabei erzielten Vereinbarungen gewährleistet wird. Die detaillierten gesetzlichen Regelungen über die Einrichtung von Belegschaftsvertretungen, die gesetzlich vorgesehene Macht des Betriebsrates, die Ausstattung von Betriebsvereinbarungen mit Gesetzeskraft, all dies ist in Österreich in einer für Europa untypischen Intensität bereits vorgesehen und hilft, innerbetriebliches Arbeitsrecht für beide Seiten zu legitimieren.

Die kollektive Rechtssetzung erscheint aber dort paralyisiert, wo sie die betriebliche Ebene verlässt und den Kernbereich der typischen arbeitsrechtlichen Rechtserzeugung betrifft, nämlich das Verhältnis zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. In einem Land mit mehreren hundert praktisch relevanten Kollektivverträgen mag diese Diagnose verwundern. Sie wird aber dann verständlich, wenn nochmals die Spezifika eines sozialpartnerschaftlich abgestimmten Arbeitsrechts in den Blick gerückt werden. Die Gewerkschaften mussten in den letzten Jahrzehnten um das Arbeitsrecht nicht kämpfen, weil es ihnen von der Gesetzgebung kampflos gegeben wurde. Die Tendenz der Gesetzgebung, Arbeitnehmerrechte zu schützen, setzte sich in den Kollektivvertragsverhandlungen fort, die nur mehr der Spezifizierung vorgegebener Schutzstandards dienen und die Gewerkschaften praktisch niemals dazu zwingen, eigene Vorstellungen im Wege des Arbeitskampfes durchzusetzen. Die Gewerkschaften hätten sich immer dann, wenn sie ihre Vorstellungen durch Arbeitskampf hätten durchsetzen wollen, dem Vorwurf ausgesetzt, zu übertreiben und damit den sozialen Frieden in Österreich zu gefährden. Der Preis für die Sozialpartnerschaft bestand darin, dass niemand den staatlich verordneten Konsens gefährden durfte, ohne sich als Unruhestifter bezeichnen lassen zu müssen.

Mit dieser Entwicklung scheint es nun ein Ende zu nehmen. Der Staat zieht sich als Hüter des Arbeitsrechtes zurück und meint treuherzig, dass damit die Regelungsmacht wieder an die Unternehmer übergehen würde. Gewerkschaften und Arbeitnehmer scheinen das zu glauben und beklagen eine Neoliberalisierung des Arbeitsrechtes. Sie übersehen dabei, dass der Bedeutungswandel, den das österreichische Arbeitsrecht zur Zeit zu erfahren scheint, weniger in einem Rückbau von Arbeitnehmerrechten als vielmehr in einem *Wechsel der Zuständigkeit zur Rechtserzeugung* liegt. Was passiert, ist, dass sich der Staat, dem das Konsensinstrument der Sozialpartnerschaft nicht mehr zur Verfügung steht, aus der Gesetzgebung zurückzieht bzw. vorhandene arbeitsrechtliche Gesetze zugunsten von Unternehmerinteressen entschärfen will. Der Staat überlässt damit das Terrain aber nur scheinbar dem Vertrag. Es wäre eine Verkennung der arbeitsrechtlichen Tradition der letzten 200 Jahre, würde man meinen, dass neben arbeitsrechtlichen Gesetzen nur das Instrument der Vertragsfreiheit verbleibt.

Unter einem neoliberalen Regime hat vielmehr eine andere Entwicklung stattzufinden, die nicht verschlafen werden darf, wenn das Arbeitsrecht nicht kampflos der einseitigen Bestimmung durch Unternehmer überlassen werden soll. Die Gewerkschaften haben sich ihrer eigentlichen Funktion zu besinnen, die darin besteht, günstige Arbeitsbedingungen für ihre Mitglieder zu verhandeln und über Kollektivverträge festzulegen. Wenn ihre Zeit als politischer Faktor in dem Sinne vorüber ist, dass sie als Mitglieder der Sozialpartnerschaft mit quasi parlamentarischer Hoheit Arbeitsbedingungen durch Gesetze festlegen konnten, so bedeutet dies bei weitem nicht, dass sie unwichtig oder gar entbehrlich geworden sind. Das Gegenteil ist der Fall: In einem Staat, der sich von seiner Rolle als Hüter von Arbeitnehmerrechten schrittweise zurückzieht, müssten die Gewerkschaften, denen diese Rolle in westlichen Industrienationen normalerweise von vornherein und exklusiv zukommt, an Bedeutung gewinnen. Der Rückgang staatlicher Intervention muss daher als logische Konsequenz zu einer Erstarkung der Gewerkschaften führen. Ist dies nicht der Fall, haben die Gewerkschaften etwas falsch gemacht.

Betrachtet man die gegenwärtige politische Entwicklung, so besteht aller Grund zu diesbezüglicher Sorge. Die Gewerkschaften sind beleidigt, trotzig, greifen zu den falschen Mitteln und verfügen über eine Organisation, deren bürokratische Struktur jedem modernen Arbeitnehmer ein Gräuel sein muss. Ohne Re-Design werden die Gewerkschaften daher nicht in der Lage sein, die Aufgaben, die in den nächsten Jahren auf sie warten, zu übernehmen. Sie sollen sich dann aber nicht auf den Staat ausreden, wenn das Arbeitsrecht an Bedeutung verliert. Der Ball liegt jetzt bei ihnen, die österreichischen Arbeitnehmer dürfen erwarten, dass er gut gespielt wird.

Dr. Roland Gerlach ist Rechtsanwalt in Wien.

Neue Wege im Asyl- und Migrationsrecht

von Nora Melzer-Azodanloo



portrait

Begonnen hat die intensive Auseinandersetzung Kapfers (geb. 1968) mit der Flüchtlings-, Migrations- und Asylmaterie bei der Abfassung der Diplomarbeit. Noch während des Gerichtsjahres kam das Angebot der Caritas, in Nachfolge von Wolfgang Taucher Leiter der Abteilung für Flüchtlinge und Migrationsfragen der Caritas Österreich zu werden. Die Abteilung selbst bestand aus ihm und einer administrativen Mitarbeiterin, weiters arbeiteten mehrere Anwälte/innen mit der Caritas zusammen und vertraten Asylwerbende in den verschiedenen Verfahren. Kapfer arbeitete nun in mehreren Bereichen: so etwa als Koordinator des UNHCR Caritas Rechtsberaterprojekts (jetzt: „Netzwerk Asylanwalt“), das sich neben Hilfe im Einzelfall auch das Erlangen standardsetzender Rechtsprechung zum Ziel gesetzt hat. Die für einzelne Menschen erwirkte Judikatur brachte auch für viele andere Asylwerbende und Flüchtlinge große Verbesserungen mit sich; so etwa die verfassungsgerichtliche Aufhebung einer lediglich zweitägigen Frist zum Einlegen einer Berufung schon innerhalb eines halben Jahres nach In-Kraft-Treten der Bestimmung.

Die weitere Arbeit bestand in Schulungen der Mitarbeitenden in den einzelnen Diözesanverbänden der Caritas (inhaltliche Fragen zum Migrationsrecht; Vereinheitlichung in der Linie der einzelnen Organisationseinheiten hinsichtlich Führung der Häuser etc). Dazu kam die politische Arbeit im Asylbeirat, dem Integrationsbeirat und in den verschiedenen Verhandlungen hinsichtlich der Novellen und Verordnungen zum Asylgesetz. Zusätzlich war Kapfer als Flüchtlingsberater iSd Asylgesetzes vom Innenministerium bestellt und in dieser Position im Lager Traiskirchen tätig. Da mussten Sprachprobleme gelöst, aber auch ärztliche Untersuchungen oder kurzfristig Unterkünfte organisiert werden. Und nicht allen konnte so leicht geholfen werden wie einem verzweifelten Mann, der mit seinem recht kurz ausgefallenen Bescheid zu

Kapfer kam und erfahren durfte, dass ihm im betreffenden Schreiben der Flüchtlingsstatus bereits zuerkannt worden war. Trotz entsprechender Übersetzung des Amtsdeutsch in seine Muttersprache im Bescheid hatte der Flüchtling selbst die gute Nachricht gar nicht herauslesen können.

In dieser Zeit wurde die freiwillige Rückkehrhilfe geschaffen. Finanziell getragen auch von der Europäischen Kommission sollte sie nach Österreich geflüchteten Menschen die Rückkehr in ihre Heimat ermöglichen. Im Rahmen dieses Projekts wird jeweils ein persönliches Rückkehrkonzept erstellt, dessen Umsetzung dann die Caritas unterstützt, sei es durch Behördenwege, Finanzierung einer Ausbildung oder eines Geschäfts. Trotz eines gewissen persönlichen und finanziellen Aufwands kostet diese Form der Hilfe weniger als die derzeit ausgeübte Praxis der Abschiebung der geflüchteten Menschen in ihre Heimatländer per Flugzeug und unter Bewachung. Das Projekt läuft längst nicht nur in Österreich gut, sondern ist inzwischen auch in andere Länder migriert.

Mit dem Vertrag von Amsterdam gingen zum 1. 5. 1999 wichtige Kompetenzen im Bereich der Migration auf die EU über. Auch für die Caritas Europa mit ihrem Netzwerk von 48 Mitgliedsorganisationen ging dies mit der entsprechenden Entwicklung neuer Ideen und Prioritäten einher. Kapfer, inzwischen hatte seine Wiener Abteilung sieben Mitarbeiter/innen, wurde als Migration Officer der Caritas Europa nach Brüssel geholt.

Ein wichtiger Teil seiner Arbeit besteht im Finden gemeinsamer Positionen innerhalb der Caritas in Europa. Einerseits betrifft dies die praktische Arbeit (Auswahl der anzubietenden Projekte, Weitergabe nationaler Erfahrungen im internationalen Netzwerk etc), aber andererseits geht es auch um terminologische Fragen, etwa die Bedeutung des Wortes „Integration“ für die Caritas. Beiden Bereichen dienlich ist

sicherlich eine alle zwei Jahre stattfindende große Konferenz mit Vertreter/innen aus mehr als dreißig Ländern, an der auch kirchliche Partnerorganisationen, andere NGOs und Vertreter/innen der EU, des Europarates und der OSZE teilnehmen. Eine gemeinsame Sprache zu finden galt es bei der heurigen Konferenz Mitte Juni in Madrid etwa zu Fragen der interkulturellen Kompetenz und zur sozialen Eingliederung von Migrant/innen und Flüchtlingen.

Ein Schwerpunkt der politischen Arbeit des Caritasbüros in Brüssel liegt im Lobbyieren der EU-Institutionen. Die Zusammenarbeit mit der Kommission wird als konstruktiv bezeichnet. Die Stellungnahmen der Caritas werden auch immer wieder in die Parlamentsstellungen eingebaut, aufgrund der fehlenden Mitentscheidungskompetenz des Parlamentes hat dies im Asyl- und Migrationsbereich aber nur relativ geringe Bedeutung. Der Rat empfängt die Stellungnahmen der Caritas wohlwollend. Da in diesem Arbeitsbereich nach wie vor das Einstimmigkeitsprinzip gilt, also jeder Mitgliedsstaat ein Veto-Recht besitzt, sind für erfolgreiche politische Arbeit weiterhin die Kontakte zu den einzelnen nationalen Justiz- und Innenministerien ausschlaggebend. Sie sind es, die im Rat entscheiden und in dessen untergeordneten Arbeitsstrukturen diese Entscheidungen vorbereiten. Inhaltlich ähnelt die aktuelle Arbeit Kapfers jener in Wien, wohl durch den Wegfall der Beratungsstunden mit einzelnen Menschen hat sich die Wochenarbeitszeit allerdings von bis zu achtzig Stunden in Wien auf nunmehr sechzig Stunden in Brüssel reduziert. Zeit genug für Bruno Kapfer sich in der belgischen königlichen Tischtennisliga beim Sport zu verausgaben.

Dr. Nora Melzer-Azodanloo ist Vertragsassistentin am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

Marathon

Iris Kugler

Wenig über 100 Jahre ist es her, dass Frauen überhaupt wählen und studieren dürfen. Mehr Zeit wurde auch nicht benötigt, um Bildungsdefizite wett zu machen und Mythen zu entkräften. Mythen, welche Frauen immer noch als ungeeignet für gewisse Berufssparten oder Führungspositionen darstellten und darstellen. Dabei faszinieren jene Bremsklötze, die erforderlich waren, um Frauen von ihrem Potential fern zu halten. Sportliche Marathonläufe sind für Frauen erst seit kurzem möglich, andere sind sie seit Jahrhunderten gewohnt. Da gab es erbitterten Widerstand im Sport. Nicht zuletzt auch deshalb, weil richtig vermutet wurde, dass sich die Zeiten der schnellsten Marathonfrauen und -männer immer mehr angleichen werden. Sichtbarer wird der Unterschied mitunter bei den Preisgeldern.

Ganz wie sonst und unerträglich. Es gibt somit im beruflichen Leben mittlerweile nichts, was Frauen nicht können. Im privaten Leben gibt es etwas, was Männer nicht können, und dies führt zu einer dermaßen starken Reaktion, dass Frauen für diese Fähigkeit nach wie vor mehr als streng bestraft werden müssen. Mit völliger Ignoranz allein ist sonst nicht zu erklären, was das fortgesetzte Kabinett des Grauens derzeit ausbrütet bzw ausgebrütet hat. Modernsprech ist, zu allem was Einsparung und Verschlechterung von Lebensqualität und Lebenschancen bedeutet, Reform zu sagen. Wiewohl längst in all jenen Bereichen, wo die „Reformen“ nun stattfinden, Reformen mehr als notwendig wären.

Faszinierenderweise funktioniert dieser Trick tatsächlich. Alle wissen, dass Österreich ein derzeit unfinanzierbares Pensionssystem hat, und zwar wissen dies alle Verantwortlichen seit sehr sehr langer Zeit. Noch klingt es in den Ohren nach: Die schrittweise Anhebung des Pensionsalters von Frauen bis zur faktischen Gleichberechtigung.

Davon ist derzeit überhaupt nichts mehr zu hören. Als hätte es ein Frauenministerium niemals gegeben. Es wird einfach brutal über einen Kamm geschoren, und wie immer treffen die Einsparungen *die* am meisten, die keine Lobby in den diversen Ausschüssen

und Gremien haben. Die Mehrheit der österreichischen Bevölkerung ist anteilmäßig nicht in den demokratischen Institutionen vertreten und darf somit kopfschüttelnd zur Kenntnis nehmen, dass auf ihrem Rücken (wieder einmal) das Land saniert wird; ohne, dass an die Aufteilung gewisser Pfründe auch nur gedacht würde oder eine gleichberechtigte Teilnahme an der Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen auch nur in Sichtweite war.

Neu ist auch, dass darüber nicht mehr gesprochen wird, so als ob sich die Lebensrealitäten der beiden Geschlechter nicht unterscheiden würden. Doch mehr denn je ist das Gegenteil der Fall. Kinder allein sind auch keine hinreichende Begründung für den Mangel an Frauen in allen entscheidungsrelevanten Institutionen der Wissenschaft, Forschung, Politik, Wirtschaft etc. Zumal es bereits mehr als genug Gegenbeispiele gibt. Und hier sind nicht die Scherginnen des Patriarchats gemeint, die hängend am Faden ihrer männlichen Gönner behaupten, sie bräuchten keine Frauenbewegung, seien keine Emanzen und frau müsse nur genug leisten, dann erreicht sie ja ohnehin alles. Die nicht.

Ob eine Frau erwerbstätig sein, bleiben oder werden kann, ist nach wie vor nicht ausschließlich ihre autonome Entscheidung. Wenn jedoch die Verteilung gesellschaftlicher Ressourcen ausschließlich an die Existenz dieser Erwerbstätigkeit gebunden ist, dann ist jeder Ansatz, Frauen hiervon fern zu halten, zynisch, denn die Alternative heißt Armut und nicht Mann.

In Anbetracht der steigenden Scheidungsrate und sinkender Männerlöhne ist ein autonomer Berufsweg nach wie vor die einzige Möglichkeit für eine Frauenexistenz in Menschenwürde. Doch die wenigsten Frauen und Mädchen denken, leben und wachsen auf in dem Bewusstsein, dass sie sich um einen Beruf umsehen müssen, mit dem sie zur Not sich selbst, ihre Kinder und vielleicht auch noch pflegebedürftige Angehörige versorgen müssen. Denn die Verantwortung für diese wird allein ihnen mit der Betonung der Bedeutung der Familie wieder umgehängt.

Abgesehen von der Tretmine namens Kinderbetreuungsgeld, die Frauen, die es voll in Anspruch nehmen, ins existentielle Leo befördert, ist dieser Regierung bislang nichts substantielles Frauenpolitisches eingefallen; sieht frau vom Vorschlag Maria Rauch-Kallats ab, in Anbetracht der Pensionsreform sollten sich die Frauen halt einen reichen Mann suchen. Dass jedoch auch „Nichts“ eine politische Kategorie ist, wird spätestens klar, wenn die Auswirkungen geschlechterblinder Politik auf faktische Verhältnisse überprüft werden. Sind die Ausgangsverhältnisse zwischen den Geschlechtern so ungleich wie sie zunehmend wieder geworden sind, dann ist jede Gleichbehandlung in Wahrheit Diskriminierung, da sie lediglich die ungleichen Verhältnisse weiterbefördert. Eine sehr beliebte Strategie in Zusammenhang mit diesem Phänomen ist die gleichzeitige Leugnung, dass Frauen überhaupt das Recht zur Wahrnehmung ihrer Realität haben. In den vergangenen Jahren war die Ablehnung einer eigenen Realität so erfolgreich, dass sich die Frauen selbst eine eigene Sicht der Dinge nicht mehr zugestanden haben, anders ist Schwarz-Blau nicht zu erklären.

Die Frage, ob ausreichend Kinderbetreuungseinrichtungen zur Verfügung stehen, die es Frauen wie Männern ermöglichen, ohne Sorge um die Betreuung zu arbeiten und letztlich somit autonom und unabhängig zu leben, ist eine zutiefst politische. Die SozialdemokratInnen hatten sich eine flächendeckende Kinderbetreuung zum Ziel gesetzt und nicht erreicht. Seither ist nichts mehr geschehen. Auch dass diese Problematik keine rein frauenspezifische sein müsste, ist völlig weg aus den Köpfen. Und schon ist jener Mechanismus am Horizont erkennbar, der bislang immer bei grundlegenden politischen Auseinandersetzungen eingesetzt hat. Zunächst muss die Frage der Pensionen, Abfangjäger, Bildung etc etc gelöst werden, ehe die Sache der Frauen angegangen werden kann. Der Marathon geht also weiter.