

juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 2. 2004

thema



recht *macht* EUROPA

recht & gesellschaft

Prinzen und Prinzessinnen

Proporz und Postenschacher

Geist und Eigentum

... verleiht Flügel

P.b.b. · Verlagspostamt 1030 · 02Z032221 · 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

Michael Schefczyk	Anmerkungen zur naturrechtlichen Begründung geistigen Eigentums	60
Judith Schacherreiter	Rationalisierungsgewinne im Recht – ein Beispiel aus dem Internationalen Privatrecht	65
Martin Hiesel	Politische Ämterpatronage und Meinungsäußerungsfreiheit	66
Matthias C. Kettemann	Frankreich stoppt den Stier	71
Karl Stöger	„Vorrang“ einmal anders(wo)	75
Parziale/Riener-Hofer	Biometrie: Begriff und Diskussionsstand	79

thema: recht – macht – europa

Bea Verschraegen	Vorwort	83
Theo Öhlinger	Parlamente als Erfüllungsgehilfen der EU	84
Christian Stadler	Europäische Integration zwischen Recht und Gerechtigkeit	88
Judith Schacherreiter	Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?	92
Marco Nademleinsky	Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie	97
Irina Bernert	Neues um die biotechnologische Zwangsernährung	101

rubriken

vor.satz	Christian Hiebaum Die Risiken des Anti-Fundamentalismus	58
merk.würdig	Ronald Faber Der Prinz wollt' nicht Prinzessin sein	59
nach.satz	Iris Appiano Kugler Zum Schreien	108
impressum	74

Die Risiken des Anti-Fundamentalismus

Christian Hiebaum

In der Ausgabe 134 der Zeitschrift *Wespennest* aus 2004 findet sich neben zahlreichen anderen höchst lesenswerten Beiträgen auch eine eloquente Analyse der politischen Gegenwart von *Rudolf Burger*. Gegenstand sind die augenfälligen Tendenzen zu einer Re-Theologisierung der Politik, einer Rückkehr der Religion. Nicht nur in Gestalt islamistischen Terrors, dessen Bekämpfung mit allerlei zweifelhaften Methoden in den USA wiederum ebenfalls gerne als Auftrag von ganz oben ausgegeben wird. Auch in Europa wollen die Stimmen für einen verfassungstextlichen Bezug auf Gott oder das „christliche Erbe“ nicht verstummen. *Burgers* Analyse könnte aber nicht nur als das gelesen werden, was sie ist, nämlich eine fundierte Beobachtung, sondern auch als Warnung. Dass der religiöse Überschwang dazu neigt, Grund- und Freiheitsrechte sowie sonstige zivilisatorische Standards unter sich zu begraben, liegt auf der Hand. Darüber hinaus jedoch erweise er sich, meint *Burger*, schon mit dem Politischen an sich als unvereinbar. Diese Einschätzung ist zweifellos plausibel, ihre Prämisse dagegen weniger. Sie lautet: „Politik ist nur als kompromissfähiges Interessenkalkül möglich, mit Leuten, die ‚mit sich reden lassen‘, nicht als Durchsetzung absoluter Positionen.“

Aussagen wie diese liest und hört man öfter (allerdings selten in derart wohlfeiler Apodiktik); und sie richten sich typischerweise nicht nur gegen religiösen, sondern auch gegen moralischen Übereifer. Sie gehören nachgerade zum Standardrepertoire des auf- und abgeklärten Anti-Fundamentalismus. Auf den ersten Blick muten sie grundvernünftig an, ganz besonders in einem Land mit einer langen sozialpartnerschaftlichen Tradition. Und dennoch stimmt etwas nicht. Vor allem ist nicht klar, weshalb „mit sich reden lassen“ lediglich mit Verhandlungs- und Kompromissfähigkeit assoziiert wird. „Reden“ könnte durchaus auch im Sinne von Argumentieren/Diskutieren ver-

standen werden. Das Ziel wäre dann weniger ein Kompromiss als ein Konsens.

Natürlich werden wirkliche Konflikte in der Politik selten auf bloß argumentativem Wege beigelegt. Und natürlich spielen Kompromisse eine wichtige Rolle. Oft entscheidet aber auch nur die Mehrheit, und bisweilen tut sie dies im Glauben an die Richtigkeit (und nicht nur: partikulare Nützlichkeit) der eigenen Position. Wenn *Burger* also meint, dass politische Kommunikation nichts anderes als Kompromisse zum Ziel hätte, heißt das dann, dass er Wahrheitsansprüche und deren Durchsetzung generell aus der Politik ausschließen will? In diesem Fall müsste die Politik ohne ideologischen Streithandel auskommen; sie wäre gänzlich entpolitisiert.

Nun können Verfassungen durchaus so gestaltet werden, dass sie die politischen Akteure dazu anhalten, ihre ideologischen Präferenzen tendenziell in partikulare Interessen umzudeuten. Das tun sie bspw, wenn sie allzu viele individuelle und kollektive Sonderrechte enthalten. Ständische Verfassungen geben ein Musterbeispiel dafür ab. Wenn politische Konflikte aber zuallererst als Konflikte zwischen partikularen Interessen angesehen werden, ist – als sog „nichtintendierter Nebeneffekt“ – genau das vorprogrammiert, was auch *Burger* zuwider sein dürfte: ihre Kulturalisierung, dh die Stilisierung von Ungleichheit und Ungerechtigkeit zu konstitutiven Merkmalen einer kulturellen Identität. Vor allem jenen, die am großen *Bargaining* nicht teilnehmen können oder dabei permanent den Kürzeren ziehen, wird dann irgendwann wenig mehr als die „Identität“ bleiben. Und dann kann man nur noch hoffen, dass sie sich mit Toleranz zufrieden geben oder für immer hinreichend machtlos bleiben.

Im Übrigen ist „Kompromissfähigkeit“ ein viel zu schwaches Kriterium für die Politikkompatibilität von Inter-

essenkalkülen, wenn Politik als dauerhafte Praxis verstanden wird. Prinzipiell ist nämlich jedes Kalkül kompromissfähig, das mehrere Interessen umfasst, die nicht vollständig harmonisieren. Kompromissunfähig müssen nicht einmal zum Selbstmordanschlag bereite Islamisten sein. Sogar ihnen wird man oft Deals anbieten können, die sie von ihrem Vorhaben abbringen. Die Frage ist jedoch immer, ob solche Deals beiden Seiten zumutbar sind. Die meisten von uns würden wohl auch Politik mit jenen für unmöglich halten, die permanent Unzumutbares von anderen verlangen. Was unzumutbar ist, darüber lässt sich freilich streiten, und dabei sind wieder Wahrheitsansprüche im Spiel. Theologisierungswellen sind für die Politik jedenfalls nicht nur deshalb gefährlich, weil religiös Entrückte schwer ansprechbar sind; sie sind es zuerst, gerade weil sie die Politik zu einer Praxis des Kompromissschließens verkommen lassen, in der nichts anderes als das Drohpotenzial den Ausschlag gibt.

Aber vielleicht wollte sich *Burger* auch nur von *Carl Schmitt* distanzieren und darauf hinweisen, dass die Unterscheidung zwischen Freund und Feind nicht ganz so heiß gegessen werden kann, wie sie bisweilen gekocht wird, wenn sie denn wirklich eine politische Unterscheidung sein soll.

Was immer *Burger* nun mit seiner Feststellung genau gemeint hat, das Lob des Kompromisses und der nüchternen „Interessenpolitik“, verbunden mit einer Denunziation von Wahrheitsansprüchen, ist mit mehreren Risiken behaftet – intellektuellen, aber vor allem politischen: Zu viel Nüchternheit bringt leicht ihr Gegenteil hervor. Was hat man seinerzeit über Bundeskanzler Sinowatz gelacht! Dabei hatte er völlig Recht: Es ist alles ziemlich kompliziert. Ein überzeugender Anti-Fundamentalismus muss auch auf die Fundierung der Politik in partikularen Interessen verzichten.

Der Prinz wollt' nicht Prinzessin sein ...

... und ward nimmer mehr Prinz. Es gibt Dinge, die man besser sein lässt: zB sich an den österreichischen Verfassungsgerichtshof wenden, um seinen Adelstitel richtig stellen zu lassen.

Der Beschwerdeführer, ein österreichischer Staatsbürger mit dem durch und durch gewöhnlichen Namen Erwin Karl G wurde in den USA von der deutschen Staatsbürgerin Anneliese Maria Edeltraut Luise Prinzessin von Sachsen-Coburg und Gotha, Herzogin zu Sachsen adoptiert. Seither führte er den Namen Ernst Edward Philipp Ferdinand Erwin Karl Prinz von Sachsen-Coburg und Gotha, Herzog von Sachsen.

Eines Tages kontaktierte Erwin Karl G – wie wir unseren Beschwerdeführer hier aus unverhohlener republikanischer Gesinnung weiter nennen wollen – in einer familienrechtlichen Angelegenheit die österreichische Botschaft in Madrid, und schon nahm das Unheil seinen Lauf. Die Botschaft fragte beim Magistrat in Wien nach, und dort wiherte zuerst einmal der Amtsschimmel. Der Name des Beschwerdeführers wurde von Amts wegen berichtigt, der Vorname in „Erwin Karl“, der Familienname in „Prinzessin von Sachsen-Coburg und Gotha, Herzogin zu Sachsen“.

Begründung der Personenstandsbehörde: Aufgrund kollisionsrechtlicher Bestimmungen komme österreichisches Recht zur Anwendung, und der Adoptierte erhalte gemäß § 183 Abs 1 ABGB den Familiennamen der Adoptivmutter – der sei aber „Prinzessin“ bzw „Herzogin“, denn das ABGB kenne bei der Ableitung des Familiennamens keine unterschiedlichen Regelungen für Personen männlichen und weiblichen Geschlechts (Töchterchen Müller heißt auch Müller).

Während wir die Republikanisierung durch die österreichischen Behörden etwas halbherzig finden, fühlte sich Erwin Karl G seinerseits durch die weibliche

Form unmenschlich und erniedrigend behandelt (Art 3 EMRK) und beschwerte sich beim VfGH.

Der VfGH (27.11.2003, B 557/03) befreite ihn zwar von der Schmach des ge-genderten Namens. Darüber dürfte der Beschwerdeführer allerdings nicht allzu glücklich gewesen sein, denn im selben Atemzug wurde Erwin Karl G plebejisiert: Die Personenstandsbehörden hätten zwar zutreffend entschieden, dass der Beschwerdeführer nach den Bestimmungen des ABGB den Familiennamen der Adoptivmutter erhalte, die – in Deutschland – die ehemalige Adelsbezeichnung zulässigerweise als Teil ihres bürgerlichen Namens trage. Österreichischen Staatsbürgern, so der VfGH weiter, sei jedoch durch das in Verfassungsrang stehende Adelsaufhebungsg von 1919 das Führen von Adelstiteln, und zwar auch von ausländischen, verboten. Daher könne ein Adelsprädikat auch nicht im Wege der Adoption als Name weitergegeben werden. Ob Erwin Karl G über die Wiederherstellung seines männlichen Namensstolzes zufriedener war als über den Verlust seiner blaublütigen Namenskaskaden, darf bezweifelt werden.

Zwei ernsthafte Anmerkungen zum Schluss: Erstens zeigt der Fall die ungebrochene Aktualität und Notwendigkeit des Adelsaufhebungsg. Mit steter Regelmäßigkeit landen die immer gleichen Verfahren über das Führen von Adelsbezeichnungen vor den österreichischen Höchstgerichten (eine besonders beliebte Umgehungshandlung gegen das österreichische Adelsverbot ist die Eheschließung mit deutschen StaatsbürgerInnen, die frühere Adelsbezeichnungen nach der Weimarer Reichsverfassung als Teil ihres bürgerlichen Namens führen dürfen). In manchen Kreisen scheint die mit der Abkehr von der Monarchie einhergehende Egalisierung der – in ihrem historischen Wortsinn – „bürgerli-

chen“ Rechtsverhältnisse noch immer nicht angekommen zu sein. Der Österreich-Konvent hat daher gut daran getan, das Adelsaufhebungsg – ebenso wie das HabsburgerG – als historisches Verfassungsrecht sogleich außer Streit zu stellen (siehe den Zwischenbericht des zuständigen Ausschusses 2 v 12.5.2004, 8/AUB-K, S. 11; www.konvent.gv.at).

Zweitens begibt sich der VfGH, ohne das jedoch auszusprechen, in einen Gegensatz zur Rechtsprechung der anderen beiden Höchstgerichte. Diese haben mehrfach judiziert, dass ÖsterreicherInnen nach einer Heirat den „adeligen“ Ehenamen ihrer deutschen Ehegatten führen dürfen (siehe die Nachweise bei *Kolonovits*, §§ 1, 4 AdelsaufhG, in *Kolonek/Holoubek* [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar, 5. Lfg 2002, Rz 9). OGH und VwGH gehen dabei davon aus, dass die ehemaligen Adelsbezeichnungen nach deutschem Recht zu einem Teil des bürgerlichen Namens geworden sind und nicht in Adelsbezeichnungen „umgedeutet“ werden dürften, sodass das Verbot des Adelsaufhebungsg gar nicht greife.

Für die gegenteilige Position des VfGH spricht allerdings die Faktizität des äußeren Anscheins. Ob die (ehemalige) Adelsbezeichnung „Prinz (oder Prinzessin) von Sachsen-Coburg“ personenstandsrechtlich bloß als bürgerlicher und nicht als adeliger Namensbestandteil gilt, ist für Dritte nicht erkennbar. Sinn des in unmittelbarem Zusammenhang mit dem republikanischen Grundprinzip stehenden Adelsaufhebungsg war es aber gerade, auch alle „äußeren Ehrenvorzüge“ des Adels, also die Adelsbezeichnungen, zu beseitigen (§ 1 Adelsaufhebungsg). In Österreich entschied man sich bewusst für eine auch äußerlich sichtbare Gleichheit. „Equality has to be seen to be done“ ließe sich in Abwandlung einer grundrechtlichen Spruchformel sagen. In diesem Sinne: mustergültige teleologische und grundprinzipienkonforme Auslegung. Long live the VfGH!

Ronald Faber

Anmerkungen zur naturrechtlichen Begründung geistigen Eigentums

Michael Schefczyk

In unserem Kulturkreis hält uns eine Vielzahl von Üblichkeiten dazu an, wertvolles Wissen unentgeltlich zu vervielfältigen – es also nicht als Einkommensquelle zu betrachten. So lassen wir uns nicht von Ortsfremden dafür bezahlen, dass wir ihnen den Weg erklären; wir weisen uns gegenseitig auf Gefahren oder Regeln hin; wenn gefragt, erklären wir, wie etwas geht, teilen unsere Erfahrungen, geben Hinweise auf Bücher, Filme oder Trends – alles ohne Geld zu nehmen. Will der Neffe der Nachbarin Philosophie studieren, können wir mit unseren Ratschlägen vielleicht Fehler fürs Leben verhindern helfen – und all dies umsonst. Wir erwarten sogar von Taxifahrern, also Personen, deren Gewerbe auf Ortskunde beruht, dass sie uns unentgeltlich erklären, wie wir zu Fuß an unser Ziel gelangen können.

Freilich könnte es auch anders zugehen. Die sozialen Grenzziehungen zwischen handelbarem und nicht handelbarem, zu entgeltendem und frei zirkulierendem Wissen sind geschichtlichem Wandel unterworfen. Ein großer Philosoph des privaten Eigentums, *John Locke*, machte keine kommerziellen Rechte an seinen Texten geltend, und es heißt, er habe die ganze Buchindustrie abstoßend gefunden; ganz zu schweigen von *Luther*, der die Drucker wissen ließ, frei habe er empfangen, frei gebe er und erwarte nichts als Entgelt. Religiöser Glaube und Standesprivileg sträubten

sich gegen die Vorstellung einer Kommerzialisierung von Buchwissen, eine Einstellung, die heute so nobel wie weltfremd erscheint.

Aber ist es nicht auch nobel und weltfremd, einem durchnässten und der Verzweiflung nahen Fremden den Weg zu weisen, ohne seine Zahlungsbereitschaft auszutesten? Ist es nicht nobel und weltfremd, das Internet konzipiert zu haben und keineswegs als einer der reichsten Männer der Welt zu leben? Den Philosophen *Adam Moore* schaudert es bei dem Gedanken, dass die Anfertigung einer Raubkopie zu privatem Gebrauch damit begründet wird, dass man das Programm niemals gekauft hätte (und dem Unternehmen damit kein Gewinn entgehe).¹⁾ Immerhin – so *Moore* – verkörpere die Software teures Forschungswissen. Aber warum fragen wir als Fußgänger Taxifahrer nach dem Weg in der Überzeugung, dafür nicht zahlen zu müssen, obwohl sie ihre Kenntnis der Straßenlage und kürzesten Wege ebenfalls mühsam und teuer erwerben mussten?

Dass Üblichkeiten der unentgeltlichen Wissensteilung ihre Wirksamkeit verlieren, hat unterschiedliche Ursachen. Eine wichtige, vielleicht die wichtigste Ursache liegt darin, dass die Opportunitätskosten der Üblichkeit aufgrund attraktiver neuer Handlungsmöglichkeiten steigen, dass – anders gesagt – der Nutzen zugenommen hat, der einer Person entgeht, die sich an die Üblich-

keit hält.

Ein solcher Prozess hat sich seit den Siebziger- und Achtzigerjahren im Feld der Software-Programmierung vollzogen. *Richard Stallman*, einer der bekanntesten Protagonisten der Free-Software-Bewegung, beschreibt diesen Wandel wie folgt:

„In the time that I’ve worked as a programmer, I’ve watched the field change from one of cooperation and sharing, where people could reuse previous work to advance the state of the art, to one in which cooperation is largely forbidden by trade secrecy and sharing is illegal.“²⁾

Akteure innerhalb des Software-Bereichs haben registriert, dass mit dem angereicherten Wissen beträchtliche kommerzielle Chancen verbunden sind, und erwirkten die Anwendung bereits bestehender rechtlicher Institute auf die neuen technologischen Möglichkeiten.

Eine immer stärkere Durchdringung von vormals nichtkommerziellen Kulturen durch privatwirtschaftliche Rechtsansprüche war aber nicht nur in der Welt der Programmierer, sondern seit den Siebzigerjahren in der gesamten Wissenschaftslandschaft (vor allem der Vereinigten Staaten) spürbar – insbesondere die Biotechnologie ist hier hervorzuheben.³⁾

Auf der Seite der Nutzer sind mit der Informationstechnologie aber auch Voraussetzungen entstanden, unter denen es schwerer wird, die kommerziellen Rechte digitalisierbarer Güter durchzusetzen. Vor der Verbreitung von Kassetten- und Videorecorder, PC, Scanner, Internet und Kopierer betraf die Frage der Reproduktionsrechte verhältnismäßig wenige Akteure – namentlich Drucker und Hersteller von Tonträgern.⁴⁾ Heute sind dagegen die meisten privaten Haushalte in der Lage, Immaterialgüter weit unter Marktpreis zu vervielfältigen und weiterzugeben – entweder aus Gefälligkeit oder aus pekuniärem Interes-

1) *Moore*, Intellectual Property & Information Control. Philosophical Foundations and Contemporary Issues (2001) 103.

2) *Stallman*, Why Software Should be Free, in *Moore* (ed), Intellectual Property. Moral, Legal, and International Di-

lemmas (1997) 283 (283).

3) *Nelkin*, Science as Intellectual Property: Who Controls Research? (1984); *Weiner*, University, Professors, and Patents: A Continuing Controversy, *Technology Review* 1986, 33; *Svatos*, Bio-technology and the Utilitarian Argu-

ment for Patents, *Social Philosophy & Policy* 1996, 113; *McSherry*, Who Owns Academic Work? Battling for Control of Intellectual Property (2001).

4) Die Geschichte des Copyrights beginnt im siebzehnten Jahrhundert mit der Gewährung eines königlichen Mo-

nopol an die *Stationers Company*; dieses Monopol diente nicht zuletzt der herrschaftlichen Kontrolle über die Verbreitung möglicherweise bedrohlicher politischer und religiöser Ideen.

se. Die Zahl der potenziellen Brüche von Reproduktionsrechten hat sich also dramatisch erhöht.

Bekanntlich ist der Schutz dieser Rechte schwierig, weil sie üblicherweise nicht im Herrschaftsbereich der Eigentümer oder im Ladenlokal, sondern in der Privatsphäre der Nutzer missachtet werden. Wollen sich die betroffenen Unternehmen mit mehr als moralischen Appellen dagegen schützen, so müssen die Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten in den privaten Bereich ausgedehnt werden. Der rechtliche ist durch einen technischen Kopierschutz zu ergänzen. Es geht hier nicht allein um die Reproduktion von Texten, Bildern oder Musikstücken. Auch im Bereich der Bioindustrie ist technischer Kopierschutz ein Thema, etwa wenn Unternehmen verhindern wollen, dass das Saatgut gentechnologisch modifizierter Nutzpflanzen unentgeltlich verwendet wird. Mit Hilfe eines so genannten „Terminator-Gens“ lässt sich sicherstellen, dass die Erntepflanzen sich nicht fortpflanzen können. Gegner dieser Technologie – wie *Jeremy Rifkin* – machen geltend, dass damit die uralte Gepflogenheit der Anbauer, Teile der Ernte für die Aussaat zu benutzen, zu einer illegalen Praxis würde. Gegenständlicher und intellektueller Eigentumsbegriff kollidieren: Die Eigentümer des Patents pochen auf ihren Kopierschutz, die Käufer des Saatguts auf ihr Recht, mit der erworbenen Sache den Gewohnheiten entsprechend zu schalten.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass in absehbarer Zukunft die im Handel befindlichen Festplatten erkennen werden, ob es sich bei Dokumenten oder Programmen um geschütztes Material handelt, und gegebenenfalls das Kopieren verweigern oder unerlaubt Erworbenes vernichten. Im Bereich des digitalen Fernsehens wäre es technisch möglich, die Videoaufnahme ausgewählter Programme zu unterbinden. Die Sender könnten dann entscheiden, bei welchen Inhalten sie Kopien freigeben und bei welchen nicht. An der Nutzung dieser Technologie haben nicht nur die Film-

hersteller, sondern auch die Werbefirmen ein Interesse. Letztere sehen ihre kommerziellen Aussichten durch Videorecorder bedroht, die erkennen, wann ein Werbeblock beginnt und endet, und so den Nutzern ermöglichen, unmittelbar nach Ende der Ausstrahlung eine nicht durch Werbung unterbrochene Aufzeichnung anzuschauen.

Nicht wenige sträuben sich gegen technischen Kopierschutz und beanspruchen, dass es sich bei ihrem Widerwillen um etwas anderes handle als um die Abneigung gegen verschlossene Vitrinen, Überwachungskameras und elektronischen Diebstahlschutz, eine Abneigung, die auch ganz gewöhnliche Kunden in Ladenlokalen zuweilen empfinden. Sie haben vielmehr einen philosophisch-normativen Pfeil im Köcher: Immaterialgüter (Romantexte, Computerprogramme, Lieder, Baupläne oder Rezepte), so sagen sie, unterscheiden sich in einer wesentlichen Hinsicht von gegenständlichen Gütern. Kennzeichnend für Eigentum an Gegenständlichem ist Konkurrenz im Konsum. Was eine braucht und verbraucht, steht einem anderen nicht zur Verfügung – und dies führt zu Konflikten. Immaterialgüter können hingegen vervielfältigt werden, ohne dass dies die Nutzungsmöglichkeit des Inhabers der Kopiervorlage einschränke. Wie lässt sich ein Ausschlussrecht begründen, wenn keine Konkurrenz im Konsum besteht?⁵⁾

1. Die neuere philosophische Diskussion

Edwin Hettingers 1989 erschienener Aufsatz *Justifying Intellectual Property* wird gemeinhin als erste systematische philosophische Untersuchung dieser Frage angesehen.

Sein Problemaufriss orientiert sich an zwei Paradigmen, die beide tief in der rechtlichen und intellektuellen Kultur der Vereinigten Staaten verankert sind, die jedoch nicht im engeren Sinne philosophisch entfaltet worden waren: Auf der einen Seite steht die in der amerikanischen Konstitution niedergelegte, von *Thomas Jefferson* geprägte Überzeu-

gung, dass Erfindungen und andere Hervorbringungen des menschlichen Geistes kein genuiner Gegenstand von kommerziellen Rechten sind und dass solche Rechte nur in dem Maße gewährt werden sollten, in dem sie zum Nutzen der Gesellschaft beitragen. Diese Position wird gemeinhin als die utilitaristische bezeichnet. Auf der anderen Seite steht eine auf *Locke* zurückführbare Legitimation von Immaterialgüterrechten. Der Grundgedanke der *Locke'schen* Ansätze lautet, dass Menschen durch die Aufwendung von Arbeit Eigentumsansprüche erwerben, sofern dieser Erwerb keine Schädigung anderer einschließt. Die Aufgabe des positiven Rechts sei es, diese naturrechtlichen Ansprüche öffentlich zu fixieren und zu schützen.

Beginnen wir mit der utilitaristischen Rechtfertigung von Immaterialgüterrechten: Sie ist in der zeitgenössischen Diskussion vor allem durch wirtschaftswissenschaftliche Teildisziplinen wie *Law & Economics* und die *Property Rights Theory* verbreitet und im öffentlichen Bewusstsein verankert worden. Indem Immaterialgüterrechte Kommerzialisierungschancen eröffnen, schaffen sie Anreize zur Produktion von Kunst und Wissen. Der Nutzen dieses Produktionsanreizes kann größer sein als der Nachteil, der darin besteht, dass die Verbreitung bereits vorliegender Kunst und existierenden Wissens an Zahlungsbereitschaft gebunden (und damit behindert) wird.⁶⁾

Diese Rechtfertigung wirkt einleuchtend, wirft aber – was lange Zeit übersehen wurde – epistemische Probleme auf. In den letzten Jahren ist die dogmatische Formel, dass privatwirtschaftliche Eigentumsrechte Investitionsanreize schaffen und den Fortschritt fördern,⁷⁾ zunehmend einer differenzierenden Einschätzung gewichen, der zufolge Immaterialgüterrechte sowohl Produktinnovationen fördern als auch behindern und nicht nur effiziente Anreizwirkungen entfalten, sondern eben auch ineffiziente Monopolrenten garantieren oder strategisch zur Behinderung der Wettbewerber genutzt werden kön-

5) „This characteristic of intellectual objects grounds a strong prima facie case against the wisdom of private and exclusive intellectual property rights. Why should one person have the exclusive right to possess and use something

which all people could possess and use concurrently?“ (*Hettinger*, *Justifying Intellectual Property*, *Philosophy and Public Affairs* 1989, 31 [35]).

6) „The justification of the patent system is that by slowing down the diffu-

sion of technological progress it ensures that there will be more progress to diffuse [...]“ (*Joan Robinson*, zitiert nach *Svatos*, *Social Philosophy & Policy* 1996, 116)

7) In diesem Sinne fällt das Resümee

bei *Pejovich*, *Property Rights and Technological Information*, *Social Philosophy & Policy* 1996, 168 (180) aus.

nen. Eine Gesamtabstimmung des Nutzens einer durch das Patentsystem strukturierten Produktinnovation hätte auch die administrativen und Rechtsfindungs-Kosten zu berücksichtigen, volkswirtschaftliche Kostenblöcke, die häufig in der aus Unternehmensperspektive geführten Diskussion außer Acht gelassen werden. Letztlich sind die Auswirkungen eines Patentsystems für die Innovationstätigkeit ausgesprochen schwer (möglicherweise in seriöser Weise gar nicht) einzuschätzen, weil sie nicht ohne hochkomplexe kontrafaktische Szenarien auskommen. Festhalten lässt sich aber, dass eine zunehmende Zahl von Ökonomen aufgrund von partialen Modellanalysen eher bezweifelt, dass die Innovationstätigkeit durch den Patentschutz gefördert wird; sie halten vielmehr für plausibel, dass Unternehmen ohne die Möglichkeit der Schaffung temporärer Monopole dazu übergehen würden, die Produktlinie und den Unternehmenswert durch eine Beschleunigung des Innovationszyklus zu schützen.

Zudem fragt sich, ob der Erkenntnisfortschritt möglicherweise in bestimmten Gebieten durch alternative institutionelle Instrumente besser vorangetrieben werden kann. Eine offenkundige Alternative zu einem System, das die Wissensproduktion durch Patente und privatwirtschaftliche Investitionsanreize zu fördern versucht, war das lange Zeit in der akademischen Welt vorherrschende: Das wissenschaftliche Wissen wird der Öffentlichkeit umsonst zur Verfügung gestellt, seine Produktion staatlich finanziert.⁸⁾

Wer zu dem Schluss kommt, die Gewährung von Patenten sei prinzipiell ein geeignetes Instrument, um das von *Jefferson* gesetzte Ziel des Wissensfortschritts zu fördern, muss klären, von welcher Form der Ausgestaltung die geeigneten Effekte zu erwarten sind. Viele Beobachter sind sich einig, dass verschiedene bestehende Immaterialgüterrechte unter Utilitäts Gesichtspunkten nicht optimal ausgestaltet sind. Letztlich sind dies jedoch empirische oder (aufgrund der Unerlässlichkeit kontra-

faktischer Szenarien) pseudo-empirische Fragen.

2. Eine *Locke'sche* Begründung?

Nicht zuletzt die Abhängigkeit der utilitaristischen Begründung der Immaterialgüterrechte von strittigen empirischen oder pseudo-empirischen Behauptungen bietet einen Anreiz, die Suche nach einer naturrechtlichen Grundlegung wieder aufzunehmen. *James Child* und vor allem *Adam Moore* haben – anders als beispielsweise *Hettinger* – argumentiert, der *Locke'sche* Ansatz sei nicht schwerer, sondern einfacher auf intangible Güter anzuwenden als auf tangible, weil bei Ersteren das *Locke'sche* Provisio immer erfüllt sei.

Bei intangiblen Gütern, wie Erfindungen oder künstlerischen Werken, ist es unplausibel anzunehmen, dass man die Menge der Immaterialgüter verringert, wenn eines von ihnen mit Privateigentumsansprüchen belegt wird. Nur wenn – gleichsam platonisch – alle möglichen Ideen schon fixiert wären und die Erfinderin oder der Künstler mit ihrem Eigentumsanspruch etwas aus dieser fixen Ideenmenge herausnehmen – nur dann könnte die Erfüllung des Provisos ein Problem darstellen. Lehnt man die Vorstellung ab, die Menge der möglichen Immaterialgüter sei bereits festgelegt und endlich, so stellt sich die Begründungsproblematik grundsätzlich anders dar als von *Hettinger* skizziert. Die Nicht-Rivalität im Konsum intangibler Güter braucht dann nicht mehr als starker *Prima-facie*-Grund gegen bestimmte Immaterialgüterrechte angesehen werden. Wenn durch die Aneignung einer Erfindung oder künstlerischen Arbeit niemandem etwas weggenommen wird, scheint die erste Frage zu sein, warum andere ein Recht haben sollten, diese Hervorbringungen zu kopieren statt Eigenes zu ersinnen. Die spezifische Legitimationsproblematik, von der *Hettinger* ausgegangen war, scheint aus dieser Perspektive auf verqueren Voraussetzungen zu beruhen.

Neben den Schwierigkeiten der empirischen Absicherung einer utilitaristischen Begründung und der

intuitiv einleuchtenden Umkehrung der Begründungsproblematik ist noch ein dritter Grund bedeutsam für die Wiederaufnahme der *Locke'schen* Begründungsstrategie: Utilitaristische Ansätze legitimieren weniger starke Ansprüche als man mit der emphatischen Rede von Rechten im Sinn hat.

Der Anspruch auf etwas, das man sich selbst ausgedacht hat, scheint – wenn wir unseren moralischen Intuitionen vertrauen dürfen – nicht davon abzuhängen, dass seine Gewährung der Gesellschaft Nutzen bringt. Im Gegenteil: Er scheint unabhängig und – gegebenenfalls – gegen die Präferenzen der Gesellschaft zu bestehen. Ich möchte dies die *Naturrechtsintuition in Bezug auf Immaterialgüteransprüche* (oder einfacher: die *Naturrechtsintuition*) nennen.⁹⁾

Eine besonders entwickelte Form des *Locke'schen* Arguments für natürliche Rechte auf geistiges Eigentum, die ich im Folgenden untersuchen möchte, findet sich bei *Adam D. Moore*.

Legt man *A. M. Honorés* klassische Sacherklärung zugrunde, so gehört zu einem vollen Eigentumsrecht, die betreffende Sache aufzuzehren, verschwenden oder zerstören zu dürfen. Da *Locke* restriktivere Vorstellungen von den durch ursprüngliche Aneignung erworbenen Rechten an der Sache hatte und beispielsweise Vernichtung und Verschwendung ausschloss, gilt, dass er etwas Schwächeres als ein volles Eigentumsrecht rechtfertigt. Man könnte dies einen *Locke'schen Anspruch* nennen. Zu den Bestandteilen des *Locke'schen* Anspruchs gehört das Recht (α) eine Sache zu besitzen, (β) sie zu ge- und verbrauchen, (χ) zu bestimmen, wer sie unter welchen Bedingungen haben darf, (δ) sie zu modifizieren und (ϵ) Einkommen mit ihr zu erzielen. Weniger klar ist, ob zu einem *Locke'schen* Anspruch das Recht gehört, eine Sache an andere Personen zu übertragen, also sie nach Belieben zu veräußern, zu verschenken oder zu vererben.¹⁰⁾ *Locke* hat zwar das Veräußerungsrecht höchst wahrscheinlich zu den durch ursprüngliche Aneig-

8) „However, if our justification for the patent system is utilitarian, we must consider whether the grant system, suitably expanded, might instead be more

efficient at promoting utility. Although not without its problems, the grant system has advantages.“ (*Svatos*, *Social Philosophy & Policy* 1996, 132)

9) Mit Blick auf die angelsächsische Rechtskultur erstaunt, dass die naturrechtliche Position *Lockes* für die Begründung von geistigem Eigentum

nicht wirksam geworden ist, wohl aber für die Begründung physischen Eigentums. Siehe: *Moore*, *Intellectual Property* 104.

nung erworbenen Ansprüchen gezählt – der Aneignungsmechanismus, die Vermischung der eigenen Person mit der Sache durch Arbeit, lässt aber die Frage aufkommen, wie eine Person sich aus der Sache gleichsam zurückziehen kann; und auch wenn dies geklärt wäre, scheint es, als müsste eine Sache, aus der sich „die Eigentümerin zurückzieht“, in das Gemeineigentum zurückfallen. Unklar bleibt auch, warum *Locke* meint, „der Torf, den mein Knecht gestochen“ hat, werde „mein Eigentum“ (II § 28) – und nicht etwa das des Knechtes: „Es war meine *Arbeit*, die sie dem gemeinsamen Zustand, in dem sie sich befanden, enthoben hat und die mein *Eigentum* an ihnen *bestimmt* hat“, schreibt *Locke* gleich im Anschluss. Wenn aber der reine Werkzeug-Charakter des Knechts zur Folge hat, dass seine Tätigkeit nicht zum Erwerb führt, sondern dass durch ihn der Herr sich mit der Sache vermischt, so wird deutlich, dass „Arbeit“ für *Locke* hier die Bedeutung des Zweweckens, Planens, Anordnens hat und nicht etwa die von „Energie in eine Sache stecken“ (eine Auslegung, die viele für die aussichtsreichste Erläuterung halten).¹¹⁾ Inwiefern die Verfolgung von Zwecken zu der Entstehung von rechtlichen Ansprüchen auf eine Sache führen kann, bleibt bei *Locke* aber unklar.

Bekanntlich verwandelt sich der *Prima-facie*-Anspruch von Urhebern auf eine Sache nur dann in ein Recht, wenn der sogenannte *Locke*'sche Vorbehalt erfüllt ist. Der Vorbehalt wird heute zumeist im Sinne eines Schlechterstellungsverbots ausgelegt. Geht man davon aus, dass die Aneignung einer Sache den Charakter eines Nullsummenspiels hat (also der Gewinn einer Person genau dem Verlust anderer Personen entspreche), so kann der *Locke*'sche Vorbehalt nicht erfüllt und dementsprechend kein privates

Eigentum begründet werden. Indem Person *A* eine Sache aneignet, steht diese Sache allen anderen nicht mehr offen. Unter der Annahme, dass es sie schlechter stellt, von der Sache ausgeschlossen zu sein, ist die Aneignung illegitim. Da dies für alle Güter gilt, von denen nicht so viele homogene Exemplare oder Massen (im Falle von Land) vorliegen, dass jede Person befriedigt werden kann, könnten Individuen nur in seltenen und speziellen Fällen *Locke*'sche Ansprüche begründen.

Um dieser Konsequenz auszuweichen, wird der *Locke*'sche Vorbehalt üblicherweise in dem Sinne interpretiert, dass die Situation einer anderen Person insgesamt durch die Aneignung nicht verschlechtert werden darf. Während die Aneignung von heterogenen, in endlichem Maße verfügbaren Gegenständen *hinsichtlich der Menge dieser Gegenstände* notwendigerweise Nullsummen-Charakter hat (das heißt immer mit einem entsprechenden Verlust für andere verbunden ist), kann sie *hinsichtlich der Menge der Wohlfahrt* Positivsummen-Charakter haben. Auch wenn für eine Person *A* keine Möglichkeit besteht, ein Stück Land ursprünglich zu appropriieren, profitiert sie unter Umständen davon, dass mit dem Privateigentum an Land und anderen Gütern die Anreize steigen, Werte zu schaffen und zu erhalten, dass sich damit neue Chancen von Arbeitsteilung ergeben, durch die Produktivität und Wohlstand zunehmen.¹²⁾

Dabei kann bis zu einem gewissen Grade offen bleiben, im Rahmen welcher Theorie des Guten beurteilt werden soll, ob es zu Besser- oder Schlechterstellungen gekommen ist. Unerlässlich ist für die Anwendung einer *Locke*'schen Theorie lediglich, dass mindestens *eine* plausible Theorie des Gu-

ten festzustellen erlaubt, ob eine Aneignung zu jemandes Schlechterstellung führt oder nicht.¹³⁾

Ungeklärt ist jedoch noch die Frage, in Bezug auf welchen Bezugspunkt beurteilt werden soll, ob der *Locke*'sche Vorbehalt erfüllt ist. Betrachten wir drei Referenzsysteme, um Situationen der nicht aneignenden Person *B* zu vergleichen: (i) die Situation *S1*, in der sich *B* unmittelbar vor der Aneignung durch Person *A* befindet; (ii) die Situation *S2*, in der sich *B* befinden würde, wenn sie an Stelle von *A* angeeignet hätte; (iii) die Situation *S3*, in der sich *B* in einer Gesellschaft ohne Privateigentum an Produktionsmitteln befinden würde.

Würde (ii) zum Referenzpunkt gemacht, so wäre offensichtlich jede private Aneignung verboten, zumindest unter der Annahme, dass es besser ist, eine Sache zu haben als nicht zu haben. Da für jede private Aneignung gilt, dass es besser ist, sie selbst zu machen, als sie eine andere Person machen zu lassen, könnte der *Locke*'sche Vorbehalt nicht erfüllt werden. Daher folgte aus (ii) das generelle Verbot privater Aneignung.

Würde (iii) zum Referenzpunkt gemacht (wie dies *Gerald Cohen* vorschlägt), so müsste abgeschätzt werden, in welcher Situation sich eine bestimmte Person in einem komplexen Alternativszenario befinden würde. Es scheint aber plausibel anzunehmen, dass mindestens eine Person in einer sozialistischen Ökonomie besser stünde als in einer privatwirtschaftlichen. Auch aus (iii) würde daher das generelle Verbot privater Aneignung folgen.

Gegen die Wahl von (ii) als Referenzpunkt spricht, dass die Person *A* annahmegemäß bereits einen *Prima-facie*-Anspruch auf den in Betracht stehenden Gegenstand hat. Es ist unplausibel zu verlangen, dass die Überführung dieses

10) So vertritt *Tully*, *A discourse on property*. *John Locke and his adversaries* (1980) 149 eine Lesart, der zufolge nach *Locke* die Veräußerung von Land unzulässig sein müsste. Der Text der *Zwei Abhandlungen* gibt zu diesem Thema keine klare Auskunft. *Waldron*, *The Right to Private Property* (1988) 220 verweist unter anderem auf den II § 73, in dem sich *Locke* zur Vererbung von Land äußert, um *Tullys* Auslegung zurückzuweisen. II § 73 gehört allerdings in das Kapitel über die väterliche Gewalt, und ist daher kaum geeignet,

um zu belegen, dass *Locke* Landeigentum für frei veräußerbar hielt. Wenn die Kinder das Land des Vaters erben wollen, so § 73, dann müssen sie „dieses unter denselben Bedingungen annehmen, unter denen ihre Vorfahren sie auch gehabt haben, und sie müssen sich allen Bedingungen unterwerfen, die mit einem solchen Besitztum verbunden sind.“

11) Siehe: *Waldron*, *Private Property* 183.

12) Diese Auslegung findet unter anderem Stützung im II § 37 der *Zwei Ab-*

handlungen, in dem *Locke* davon spricht, „dass jemand, der sich durch seine Arbeit ein Stück Land aneignet, das gemeinsame Vermögen der Menschheit nicht vermindert, sondern vermehrt. [...] Wenn jemand Land abgrenzt und von zehn Acres eine größere Menge an Lebensmitteln einbringt, als er von hundert der Natur überlassenen einbringen könnte, kann man deshalb wirklich sagen, dass er der Menschheit neunzig Acres schenkt.“ *Locke* geht hier offenbar davon aus, dass die höhere Produktivität der Lebensmittelpro-

duktion, die durch die private Landnahme ermöglicht wird, in der Regel zu einer Erfüllung des Provisos führt.

13) In diesem Sinne verfährt *Moore*, *Intellectual Property* 113: „Whatever value theory that is ultimately correct, if it has the ability to determine bettering and worsening with reference to acquisitions, then Pareto-superior moves can be made and acquisitions justified on Lockean grounds.“

Anspruchs davon abhängig sein soll, dass *B* dadurch nicht schlechter stünde, als wenn *B* und nicht *A* diesen Anspruch gehabt hätte. Gegen die Orientierung an (iii) ist einzuwenden, dass es in der *Locke*'schen Theorie ursprünglicher Aneignung um die Frage geht, wie Personen durch ihre Handlungen Ansprüche an Sachen erwerben, wenn für diesen Erwerb keine positiv-rechtlichen Regelungen vorliegen, und nicht um einen Vergleich von Eigentumsordnungen oder Wirtschaftssystemen. Es geht um Ansprüche hinsichtlich dieses oder jenes bestimmten Gutes. Die Theorie verbietet entsprechend keineswegs, dass sich die ursprünglichen Eigentümer zu einem sozialistischen Kollektiv zusammenschließen.¹⁴⁾ Sie kann zu dem Ergebnis kommen, dass privatwirtschaftliche Eigentumsansprüche hinsichtlich einer bestimmten Klasse von Gütern illegitim sind (den *Locke*'schen Vorbehalt verletzen), hinsichtlich anderer jedoch legitim. Entsprechend verfehlt wäre es, wie *Cohen* empfiehlt, idealtypische Wirtschaftssysteme als Referenzpunkte für den Situationsvergleich heranzuziehen.

Moore kommt daher zu dem Schluss, dass (i) den richtigen Bezugsmaßstab für die Formulierung des *Locke*'schen Vorbehalts bietet.

„If an acquisition makes no one else worse-off in terms of her level of well-being (including opportunity costs) compared to how she was immediately before the acquisition, then the taking is permitted.“¹⁵⁾

Diese Fassung des *Locke*'schen Vorbehalts bietet die Grundlage für *Moore*'s Argument zugunsten von Rechten an geistigen Gütern.¹⁶⁾

1. Wenn die Hervorbringung intangibler Produkte das Proviso nicht verletzt, dann ist deren Aneignung und der Ausschluss Anderer gerechtfertigt.
2. Es gibt intangible Produkte, die ohne Verletzung des Provisos hervorgebracht wurden.

3. Also gibt es intangible Produkte, bezüglich derer die Aneignung und der Ausschluss Anderer gerechtfertigt ist.

Das Proviso ist offenbar für Immaterialgüter leicht erfüllt, Prämisse 2 demnach unproblematisch. Indem eine Person eine künstlerische Arbeit oder eine Erfindung ersinnt, bringt sie etwas Neues in die Welt. Sie erwirbt also nicht das Ausschlussrecht an etwas, dessen Nutzung anderen zuvor auch offen stand. Vielmehr erwirbt sie das Ausschlussrecht an etwas, das es vorher noch gar nicht gab. Indem sie ihr Recht am Erdachten markiert, kann sie andere nicht schädigen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn das Recht einer Urheberin nicht ausschließt, dass unabhängige Urheber ebenfalls ein Recht an dem *von ihnen* Erdachten erwerben. Die Nicht-Rivalität im Konsum geht Hand in Hand mit der Nicht-Rivalität *Locke*'scher Ansprüche.

Problematisch an *Moore*'s Argument ist dagegen Prämisse 1, der zufolge Ausschlussrechte entstehen, wenn das Proviso nicht verletzt wird. Um dies genauer zu sehen, sollte nochmals *Locke*'s Umsetzung der Naturrechtsintuition betrachtet werden, die zu der obigen Formulierung des *Locke*'schen Anspruchs geführt hat.¹⁷⁾

Wenn *Locke* darlegt, jeder Mensch habe „ein *Eigentum* an seiner eigenen *Person*“ (II § 27), so bringt dies den Gedanken zum Ausdruck, dass Menschen moralische Subjekte sind und nicht zu bloßen Werkzeugen degradiert werden dürfen. Der Subjektstatus ist dadurch gekennzeichnet, dass Personen Zwecke setzen und Handlungen beginnen dürfen. Dieses Recht schließt das Recht auf die dazu erforderlichen Mittel ein.

Wenn nun eine Person einen Gedanken entwickelt, so ist sie befugt, diesen Gedanken zu haben und zu nutzen. Dies entspricht (α) & (β). Da sie dadurch zu einem bloßen Werkzeug der Zwecke anderer Personen degradiert würde, darf sie nicht gezwungen werden, ihren Gedanken mit anderen zu teilen. Sie be-

stimmt – mit anderen Worten – mit wem sie ihre Vorstellungen unter welchen Bedingungen teilen möchte (χ). Die Person darf über ihre Gedanken verfügen, sie ändern, verwerfen, weiterentwickeln, so wie sie es für passend hält (δ). Da sie nach (χ) das Recht hat, zu bestimmen, unter welchen Bedingungen sie ihre Gedanken anderen enthüllen möchte, kann sie das Eigene auch nutzen, um Einkommen zu erzielen (ϵ). Es ist wichtig, die enge Verbindung zwischen (χ) und (ϵ) nicht zu übersehen. Kommerzielle Rechte haben nur insofern eine naturrechtliche Grundlage, wie sie in dem Recht gründen, durch andere nicht zum bloßen Mittel degradiert zu werden und entsprechend die Enthüllung einer Idee an Bedingungen knüpfen zu können. Es besteht aber nicht – wie *Moore* unterstellt – ein natürliches Recht auf die kommerzielle Nutzung von Gedanken derart, dass die bürgerliche Gesellschaft verpflichtet wäre, ein Immaterialgüterrecht gesetzlich zu fixieren, das Innovatoren Ausschlussrechte an der Nutzung ihrer Ideen garantiert. Die Naturrechtsintuition wird so gleichsam für kommerzielle Zwecke missbraucht.

Damit ist – um es zu wiederholen – nicht gesagt, dass die persönlichen Rechte an Immaterialgütern keine kommerziellen umfassten. *Hettinger*, *Waldron* und andere haben jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Vorstellung eines natürlichen, individuellen Rechts auf den Marktwert einer Idee inkohärent ist, weil dieser Marktwert nicht zuletzt durch individuelle Rechte festgelegt wird. Die natürlichen kommerziellen Rechte an Ideen entspringen elementaren moralischen Überzeugungen, wie dem Instrumentalisierungsverbot und der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Dr. Michael Schefczyk (Dipl.-Volksw., M.A.phil) ist wissenschaftlicher Assistent am Philosophischen Seminar der Universität Zürich.

14) Siehe *Moore*, *Toward a Lockean Theory*, in *Moore* (ed): *Intellectual Property. Moral, Legal, and International Dilemmas* (1997) 81 (97); *Moore*, *Intel-*

lectual Property 133.

15) *Moore*, *Intellectual Property* 113.

16) *Moore*, *Intellectual Property* 114.

17) Zur Erinnerung: Die Buchstaben

beziehen sich auf das Recht (α) eine Sache zu besitzen, (β) sie zu gebrauchen, (χ) sie zu bestimmen, wer sie unter welchen Bedingungen haben darf, (δ) sie zu modifizieren und (ϵ) Einkommen mit ihr zu erzielen.

Rationalisierungsgewinne im Recht – ein Beispiel aus dem Internationalen Privatrecht

Judith Schacherreiter

„Du sollst Transaktionskosten minimieren!“ ist ein Gebot ökonomischer Herkunft. Wenn im Internationalen Privatrecht Entscheidungen unter Rekurs auf Rationalisierungsinteressen gerechtfertigt werden, verwandelt sich dieses Gebot allerdings in ein rechtliches Prinzip, das mitbestimmt, was rechtens ist.

In der Literatur zum Internationalen Vertragsrecht wird zur Rechtfertigung kollisionsrechtlicher Entscheidungen gelegentlich auf das sogenannte „Uniformitätsinteresse“ rekurriert. Der Begriff des Uniformitätsinteresses bezeichnet das Interesse einer berufsmäßig leistenden und/oder massenhaft kontrahierenden Vertragspartei, ihre vertraglichen Beziehungen einheitlich der an ihrem Sitz geltenden Rechtsordnung zu unterstellen, dadurch die Betriebsführung zu rationalisieren und die Kostenkalkulation zu vereinfachen.¹⁾

Soweit ersichtbar wurde der Terminus „Uniformitätsinteresse“ in der Diskussion über die Regel der charakteristischen Leistung entwickelt:²⁾ Nach dieser in Art 4 Abs 2 EVÜ³⁾ normierten Regel ist für Verträge mit Auslandsberührung, bei denen sich eine Sach- und eine Geldleistung gegenüberstehen, grundsätzlich das Niederlassungsrecht jener Vertragspartei maßgeblich, welche die

Sachleistung erbringt.⁴⁾ Diese Regelung begünstigt regelmäßig die stärkere Vertragspartei, insbesondere den Unternehmer gegenüber dem Verbraucher. Gerechtfertigt wird dies unter anderem mit dem Uniformitätsinteresse des berufstypisch bzw. massenhaft Leistenden.⁵⁾

Mittlerweile wird das Uniformitätsinteresse auch bei der kollisionsrechtlichen Beurteilung von Verträgen herangezogen, bei denen sich ausschließlich Sachleistungen gegenüberstehen. Es wird argumentiert, dass die mit der Verwendung von Formularverträgen bezweckte Rationalisierung der Geschäftsführung nur möglich sei, wenn diese Verträge einheitlich jener Rechtsordnung unterstellt werden, die am Niederlassungsort des Verwenders gilt.⁶⁾

Der dem Uniformitätsinteresse damit eingeräumte Stellenwert ist nicht nur deshalb problematisch, weil – wie vielfach kritisiert⁷⁾ – andere Interessen, insbesondere jene der schwächeren Vertragspartei, vernachlässigt werden. Problematisch ist vor allem, dass ökonomische Kostenerwägungen überhaupt zur Rechtfertigung einer rechtlichen Entscheidung herangezogen werden. Eine rechtliche Entscheidung stellt ein Werturteil dar und kann als solches nicht durch bestimmte Interessen, son-

dern allenfalls durch die Bewertung dieser Interessen gerechtfertigt werden.⁸⁾ Interessen können sohin nur Bewertungsgegenstand (Bewertetes) sein; dies gilt auch für das Interesse an Minimierung von Transaktionskosten.

Ob eine Entscheidung deswegen rechtmäßig ist, weil sie das Interesse eines massenhaft Kontrahierenden an der Umsetzung von Rationalisierungsgewinnen fördert, hängt sohin von den Wertmaßstäben ab, die für die Bewertung dieses Interesses maßgeblich sind. Folglich müßte die Begründung einer derartigen Entscheidung lauten: Es besteht ein Interesse an Rationalisierungsgewinnen und die Umsetzung von Rationalisierungsgewinnen stellt einen (kollisions-)rechtlichen Wertmaßstab dar, der eine Entscheidung zugunsten dieses Interesses rechtfertigt.

Daraus ergibt sich die Frage: Stellt die Verwirklichung von Rationalisierungsgewinnen einen rechtlichen Wertmaßstab dar? An dieser Stelle soll nicht der Versuch unternommen werden, im Einzelnen zu bestimmen, wodurch sich rechtliche Wertmaßstäbe auszeichnen. Für die Beantwortung der hier interessierenden Frage ist dies auch nicht erforderlich. Es genügt der Grundgedanke, dass sich rechtliche Wertmaßstäbe und damit auch die Zuordnung der Werte „Recht“ und „Unrecht“ an Gerechtigkeitsvorstellungen orientieren. Die Minimierung von Transaktionskosten stellt aber kein an Gerechtigkeit ausgerichtetes Prinzip dar. Ökonomische Kostenerwägungen können daher auch nicht (mit-)bestimmen, was rechtens ist.⁹⁾ Rationalisierungsgewinne sind für das Recht nur insofern relevant, als die zu ihrer Erreichung eingesetzten Mittel – seien es AGB, sei es die Kündigung eines Arbeitnehmers – Gegenstand rechtlicher Beurteilung sein können. Betrachtete man die Minimierung von Transaktionskosten hingegen als recht-

1) *Vischer/Huber/Oser*, Internat Vertragsrecht² (2000) Rz 228; *Reithmann/Martiny*, Internat Vertragsrecht⁶ (2004) Rz 121; *Weitnauer*, Der Vertragsschwerpunkt (1981) 165.

2) *Vischer/Huber/Oser*, aaO; *Kegel/Schurig*, IPR⁸ (2001) 577 f; *Weitnauer*, Vertragsschwerpunkt 194 ff.

3) Übk über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, BGBl III

1998/208.

4) *Giuliano/Lagarde* Bericht, ABI 1980 C 282/1, Art 4 Anm 3; *Schnitzer*, Hdb des IPR⁴ (1958) 643.

5) *Vischer/Huber/Oser*, aaO; *Kegel/Schurig*, aaO; Kritik bei *Weitnauer*, Vertragsschwerpunkt 194 ff.

6) Zum Franchising *Bräutigam*, WiB 1997, 897 (899); *Hiestand*, RIW 1993, 173 (177); *Oechsler* in *Martinek/Semler*, Hdb des Vertriebsrechts (1996)

§ 55 Rz 24 f. Zum Versicherungsrecht krit *Roth*, Versicherungsvertragsrecht (1985) 330 ff.

7) *Magnus* in *Staudinger*, BGB-Komm, EGBGB/IPR¹³ (2002) Rz 65 zu Art 28 EGBGB; *Roth*, Versicherungsvertragsrecht 330 f; *Juenger*, AmJCompL 1994, 381 (385); *Weitnauer*, Vertragsschwerpunkt 165 f; *Jessurun d'Oliveira*, AmJCompL 1977, 303 (327).

8) Zur Unterscheidung zwischen In-

teressen- und Wertungsjurisprudenz *Bydlinski*, Methodenlehre² (1991) 123 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ (1991) 119 ff.

9) IZm der rechtlichen Beurteilung von Arrangements zwischen Markt und Hierarchie *Teubner* in *Schreyögg* (Hrsg), Funktionswandel im Management: Wege jenseits der Ordnung (2000) 125 (insb 136 ff).

lichen Wertmaßstab, würde beispielsweise die Rechtmäßigkeit von AGB (zumindest unter Anderem) von der Höhe der durch sie erzielbaren Einsparungen abhängen. Daraus ergäbe sich folgender Grundsatz: Umso höher die Einsparungen, desto eher ist zugunsten des Verwenders der AGB zu entscheiden. Dieser Rechtssatz wäre mehr als bedenklich, ist aber logische Folge der Annahme, Rationalisierungsgewinne stellen einen rechtlichen Wertmaßstab dar. Lassen wir daher ökonomische Kosten-erwägungen dort, wo sie hingehören: jenseits von Recht und Unrecht.

Mag.^a Judith Schacherreiter ist Assistentin am Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien; judith.schacherreiter@univie.ac.at.

Politische Ämterpatronage und Meinungsäußerungsfreiheit

Ein Diskussionsbeitrag aus dem Blickwinkel der österreichischen Verfassungsdogmatik und der Rechtsprechung des US Supreme Court

Martin Hiesel

1. Politische Ämterpatronage aus der Perspektive des österreichischen Verfassungsrechts

Der VfGH hat aus Art 7 Abs 1 B-VG in einer umfangreichen Rechtsprechung ein Gesetzgeber und Vollziehung bindendes *umfassendes Sachlichkeitsgebot* abgeleitet, dessen zentraler Gehalt darin liegt, dass *Ungleichbehandlungen durch Unterschiede im Tatsächlichen sachlich gerechtfertigt werden müssen*.¹⁾ Trotz dieser Rechtsprechung existiert im öffentlichen Dienst seit Jahrzehnten das Phänomen der *politischen Ämterpatronage*,²⁾ die unter anderem dazu geführt hat, dass Beamte und Vertragsbedienstete ohne (bzw ohne das gerade „richtige“) Parteibuch geringere Chancen auf Karriere haben als ihre einer (bzw der „richtigen“) Partei angehörenden Kollegen.³⁾ Ausgehend davon, dass die zentrale Funktion des öffentlichen Dienstes nach dem Kon-

zept der Bundesverfassung in der *ausschließlich dem Legalitätsprinzip verpflichteten Vollziehung der parlamentarisch beschlossenen Gesetze* liegt,⁴⁾ erweist sich die Zugehörigkeit zu einer Partei aber grundsätzlich als *unsachliches* Kriterium für eine Ungleichbehandlung betreffend Begründung oder Gestaltung eines Dienstverhältnisses, zumal den keiner Partei angehörenden öffentlich Bediensteten gewiss nicht pauschal unterstellt werden kann, dass sie sich weniger gesetzes- und verfassungstreu verhalten als ihre einer Partei angehörenden Kollegen. Die politische Ämterpatronage widerspricht daher jedenfalls in dem Bereich der Vollziehung, in der klassische Vollzugstätigkeiten im Mittelpunkt stehen, schon dem *allgemeinen Gleichheitssatz*.⁵⁾

Art 3 StGG legt darüber hinaus ausdrücklich fest, dass die öffentlichen Ämter für alle Staatsbürger *gleich zugänglich* sind.⁶⁾ Angesichts seines an-

1) Auch die einschlägige Literatur hat mittlerweile kaum noch überschaubare Ausmaße angenommen. Vgl nur die umfangreichen Nachweise bei *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) vor Rz 1341.

2) Siehe zB *Walter*, Die Ernennung der Mitglieder des Verwaltungsgerichtshofes – ein verfassungspolitisches Plädoyer, JBl 1987, Beilage: „Und eine besondere Form des Machtmissbrauches ist die – in unserem Staate nicht ganz unbekannt – Ämter-

patronage, die sich auch im berüchtigten 'Proporz' bei der Besetzung von Dienstposten zeigt.“

3) Trefflich *Zellenberg*, Abschied vom Berufsbeamtentum?, JRP 1999, 279 (288 bei FN 88): „Wenn Personen, die im Amtskalender eines Jahres als Kommissäre im Kabinett eines Bundesministers geführt werden, im Amtsblatt des Folgejahres – nun immerhin schon zum Oberkommissär avanciert – als an der Spitze einer Sektion oder Gruppe stehend ausgewiesen

werden, liegt die Vermutung parteipolitisch motivierter Karriereerträge nahe.“

4) Siehe die Nachweise bei *Zellenberg*, JRP 1999, 281 f bei FN 25 ff.

5) IdS bereits VfSlg. 2602/1953.

6) Siehe dazu die ausführliche Kommentierung von *Kucsko-Stadlmayer*, Art 3 StGG, in *Korinek/Holoubek (Hrsg)*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001).

Deutlichkeit fast nicht mehr zu überbietenden Textes liegt der Schluss nahe, dass die Bundesverfassung im Bereich des öffentlichen Dienstes einen umfassenden Schutz vor politischer Ämterpatronage bietet. Die reale Effektivität dieses Schutzes hängt jedoch letztlich – neben dem Verfassungsverständnis der mit der Gesetzesvollziehung betrauten staatlichen Organe – im entscheidenden Ausmaß von der Rechtsprechung des VfGH ab, für den sich der normative Gehalt des Art 3 StGG jedoch im Wesentlichen im Recht erschöpft, sich um ein öffentliches Amt zu bewerben.⁷⁾ Diese – extrem restriktive⁸⁾ und wohl schon mit dem Wortlaut des Art 3 StGG in Widerspruch stehende⁹⁾ – Rechtsprechung wird von der Lehre seit Jahrzehnten mit überzeugenden Argumenten kritisiert.¹⁰⁾ Dennoch hat der VfGH, der gerade in den letzten 20 Jahren im Rahmen seiner stetig fortentwickelten Rechtsstaatsjudikatur gerade dem Gebot der faktischen Effektivität des Rechtsschutzes besondere Bedeutung beigemessen hat,¹¹⁾ an ihr im Wesentlichen festgehalten,¹²⁾ ohne sich mit der literarischen Kritik überhaupt auseinander zu setzen. Art 3 StGG wird somit vom VfGH – im Gegensatz zum Gleichheitssatz, dem er in einer mitunter stark rechtsfortbildende Züge aufweisenden Rechtsprechung eine immer größere Bedeutung beigemessen hat – keine nennenswerte prak-

tische Relevanz zuerkannt, womit sich die Rechtsprechung zu dieser Verfassungsvorschrift von jener zu allen anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten grundlegend unterscheidet.

Da diese Rechtsprechung derart verfestigt erscheint, dass eine Änderung wenig wahrscheinlich sein dürfte, stellt sich die Frage, ob ein Schutz vor politischer Ämterpatronage nicht aus anderen grundrechtsverbürgenden Verfassungsnormen abgeleitet werden kann. Bei der Suche nach einer solchen Norm könnte – da das aufgezeigte Problem wohl kaum auf Österreich beschränkt ist – möglicherweise die *Rechtsverglei-*chung eine *wertvolle Hilfestellung* leisten. Im folgenden wird daher der Versuch unternommen, die einschlägige Rechtsprechung des wohl mächtigsten Gerichtshofes der westlichen Welt, des US Supreme Court, skizzenhaft darzustellen und die Übertragbarkeit der ihr zugrundeliegenden Erwägungen zu hinterfragen.

2. Die Rechtsprechung des Supreme Court zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit politischer Ämterpatronage

2.1 Vorbemerkung

Der *Supreme Court*¹³⁾ hat unter anderem die Kompetenz, *verbindlich* über die Auslegung der US Verfassung zu

entscheiden.¹⁴⁾ Im gegebenen Zusammenhang ist die Rechtsprechung zum *ersten Verfassungszusatz*¹⁵⁾ näher zu beleuchten.

Ogleich sich der Wortlaut dieser Verfassungsnorm ausdrücklich nur an den Kongress wendet, geht die Judikatur – gestützt auf die „Due Process Clause“ des 14. Verfassungszusatzes¹⁶⁾ – seit der Entscheidung *Gitlow v New York*¹⁷⁾ davon aus, dass die freie Meinungsäußerung zu den fundamentalen Rechten und Freiheiten gehören, die auch von einer Beschneidung durch die Bundesstaaten geschützt sind.

Der Supreme Court hat seit dem Ende des Ersten Weltkriegs zur Meinungsäußerungsfreiheit eine überaus *reichhaltige Rechtsprechung* entwickelt,¹⁸⁾ an deren Fortentwicklung gerade die *herausragendsten Richter maßgebenden Anteil* hatten.¹⁹⁾ Der Gerichtshof hat zwar nie die Auffassung vertreten, dass die Meinungsäußerungsfreiheit ein absolut geschütztes Grundrecht darstellt, dass seitens der Gesetzgeber keinen Beschränkungen unterworfen werden darf.²⁰⁾ *Eingriffe* in dieses Recht werden jedoch seit langem *besonders streng geprüft*, sodass durchaus gesagt werden kann, dass dieser auch hinsichtlich ihres Umfangs weit ausgelegten Grundrechtsbestimmung eine *bevorzugte Stellung* innerhalb der verfassungsrechtlichen Wertehierarchie zukommt. So entschied

7) Siehe etwa *Mayer*, B-VG³ (2002) Art 3 StGG; *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) Rz 803 ff; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrechts Rz 1359 ff; *Kucsko-Stadlmayer*, Art 3 StGG Rz 5 und 20 ff, jeweils mit zahlreichen Judikaturnachweisen.

8) Das bloße Recht, sich um ein Amt zu bewerben, zählt für sich allein wenig, wenn es nicht durch das Recht ergänzt wird, nicht aus unsachlichen Gründen übergangen zu werden.

9) Dass das Recht, sich um ein öffentliches Amt zu bewerben, für sich allein geeignet ist, die gleiche Zugänglichkeit dieses Amtes für alle Staatsbürger zu erwirken, kann nicht ernsthaft behauptet werden.

10) Siehe etwa stellvertretend für alle *Kucsko-Stadlmayer*, Art 3 StGG Rz 34 ff; *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 1003 sowie die brillant vorgetragene Kritik von *Kucsko-Stadlmayer*, Beamtenernennung im Rechtsstaat, FS *Walter* (1991) 387 (398 ff), die aus dem Zusammenhang von Art 3 StGG und dem verfassungsrechtlichen Rechtsschutzsystem überzeugend ableitet, dass eine

verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers besteht, die Erledigung des Ernennungsverfahrens bekämpfbar zu gestalten.

Die Unhaltbarkeit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt auch die Überlegung, dass es nach ihr unter dem Aspekt des Art 3 StGG verfassungsrechtlich zulässig wäre, eine gesetzliche Regelung zu erlassen, die den Zugang zu einem öffentlichen Amt für bestimmte Personen (etwa solche ohne Parteibuch) ausdrücklich ausschließt, sofern ihnen nur ein Recht auf eine (dann eben von vornherein aussichtslose) Bewerbung weiterhin gewahrt bleibt!

11) Dazu *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 (525 ff).

12) Siehe zB VfSlg. 14.732/1997, 15.365/1998, 15.832/2000 und 15.925/2000.

13) Zur derzeitigen Zusammensetzung siehe zB *Hiesel*, Der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, ZÖR 54 (1999) 331 (333 ff).

14) Siehe grundlegend *Marbury v Madison*, 1 Cr 137 (1803), wo erstmals ein Bundesgesetz für verfassungswidrig erklärt wurde sowie *Cooper v Aaron*, 358 US 1 (1958), wo der Gerichtshof die Bindung aller anderen Staatsorgane an seine Verfassungsauslegung in überzeugender Weise begründete und mit an Deutlichkeit kaum mehr zu überbietenden Formulierungen die Achtung seiner Entscheidungen einforderte.

15) „Der Kongress darf kein Gesetz beschließen, dass die Etablierung von Religion gestattet, die freie Religionsausübung verbietet, oder die Freiheit der Rede oder der Presse, oder das Recht des Volkes, sich friedlich zu versammeln und eine Petition an die Regierung zur Behebung von Missständen zu richten, beschränkt.“ („Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.“)

16) Diese besagt im Wesentlichen,

dass ein Bundesstaat das Leben, die Freiheit oder das Eigentum einer Person nur unter Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze entziehen darf. 17) 268 US 652 (1925).

18) Zum heutigen Stand der Rechtsprechung siehe zB *Savage*, Guide to the U.S. Supreme Court⁴ (2004) 439.

19) Diese frühe Rechtsprechung ist untrennbar mit so berühmten Richtern wie *Holmes* (1902-1932) und *Brandeis* (1916-1939) verbunden. Weiters zu nennen sind die Richter *Hughes* (1931-1941), *Cardozo* (1932-1938), *Jackson* (1941-1954), *Black* (1937-1971), *Douglas* (1939-1975) und *Brennan* (1956-1990). Derzeit können insbes *Stevens* (seit 1975) und *Kennedy* (seit 1988) als die Experten für Fragen der Meinungsäußerungsfreiheit angesehen werden.

20) Die gegenteilige Ansicht wurde etwa von Richter *Black* unter Berufung auf den Verfassungstext („Congress shall make no law“) vertreten.

der Supreme Court etwa inmitten des Zweiten Weltkrieges, dass Schulkinder nicht dazu gezwungen werden dürfen, ihre Loyalität zur Flagge (einem weithin zutiefst verehrten Symbol für die nationale Einheit) zu bekennen.²¹⁾ Die Entlassung aus einem öffentlichen Dienstverhältnis wegen der in Reaktion auf die Nachricht, dass ein Mordanschlag auf den US Präsidenten verübt wurde, getätigten Aussage, „Wenn sie wieder auf ihn losgehen, hoffe ich, dass sie ihn erwischen“²²⁾, wurde – wenngleich unter sorgfältiger Prüfung und Betonung der Umstände des konkreten Falles – ebenso als *Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit* angesehen²³⁾ wie ein gesetzliches Verbot des Verbrennens der Flagge.²⁴⁾

2.2 Die Rechtsprechung zu politischer Ämterpatronage

2.2.1 *Elrod v Burns*²⁵⁾

Der Supreme Court hatte erst 1976 erstmals Gelegenheit, sich zur Verfassungsmäßigkeit politischer Ämterpatronage zu äußern,²⁶⁾ als der republikanischen Partei angehörende Angestellte des Büros des Sheriffs von Cook County, Illinois, ausschließlich deshalb entlassen wurden, weil sie sich weigerten, der demokratischen Partei beizutreten und sie von deren lokaler Führung (deshalb) auch nicht unterstützt wurden.

Der Supreme Court bestätigte mit fünf gegen drei Stimmen²⁷⁾ die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts, mit dem diese Praxis als Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit angesehen wurde.

Richter *Brennan* (der mit guten Gründen weithin als der einflussreichste Supreme Court Richter des 20. Jahrhunderts angesehen wird²⁸⁾) begann seine Analyse mit der ausführlich begründeten Feststellung, dass die der Klage zugrundeliegende Vorgangsweise *die Freiheit der Weltanschauung und die Vereinsfreiheit beschränke*.²⁹⁾ Zudem werde der demokratische Prozess beeinträchtigt, weil die gerade an der Macht befindliche Partei solcherart die Loyalität der öffentlich Bediensteten erzwingen könne, was unter bestimmten Voraussetzungen Einfluss auf das nächste Wahlergebnis haben kann. Unter Bezugnahme auf die einschlägige Vorjudikatur legt *Brennan* anschließend dar, dass es sich bei der *politischen Weltanschauung und der Vereinsfreiheit* um Bereiche handelt, die zum *Kernbereich* der durch den ersten Verfassungszusatz geschützten Aktivitäten zu zählen sind. Er legt dar, dass politische Patronage, soweit sie Weltanschauungen oder den Beitritt zu Vereinen erzwingt oder einschränkt, mit den vom ersten Verfassungszusatz geschützten demokratischen Traditionen auf Kriegsfuß steht.³⁰⁾

Das Argument, dass es keinen Rechtsanspruch auf eine Anstellung im öffentlichen Dienst gibt, weshalb das Dienstverhältnis aus jedem beliebigen Grund beendet werden könne, überzeugt *Brennan* nicht: Unter Bezugnahme auf die Vorjudikatur³¹⁾ argumentiert er, dass es verfassungswidrig wäre, ein Dienstverhältnis deshalb zu beenden, weil der Betroffene seine verfassungsmäßigen Rechte ausgeübt hat.

Brennan räumt ein, dass das Verbot des Eingriffs in die durch den ersten Verfassungszusatz grundrechtlich geschützten Interessen *kein absolutes* ist. Er weist jedoch auf die ständige Rechtsprechung hin, wonach Eingriffe in diese Interessen nur dann zulässig sind, wenn sie sich unter Anlegung eines *sehr strengen Prüfungsmaßstabes* als *unerlässlich* erweisen.³²⁾ Wenn die Aufrechterhaltung eines öffentlichen Dienstverhältnisses in verfassungsrechtlich zulässiger Weise an die Unterstützung der an der Macht befindlichen Partei durch den Dienstnehmer geknüpft werden soll, so muss der Nachweis erbracht werden, dass dies grundlegenden Interessen der Regierung in einer Art und Weise Rechnung trägt, die den gelindesten Eingriff in die politische Weltanschauungs- und Vereinsfreiheit darstellt und überdies der erzielte Nutzen den Verlust verfassungsmäßig geschützter Rechte überwiegt.³³⁾

Brennan setzt sich in diesem Zusammenhang mit drei Argumenten auseinander, die zugunsten politischer Ämterpatronage ins Treffen geführt werden können:

Dabei tritt er zunächst dem Argument, diese sei notwendig, um die Effektivität des öffentlichen Dienstes sicherzustellen, mit überzeugenden Ausführungen entgegen. So bezweifelt er etwa, dass bloße Unterschiede in der Weltanschauung eine schlechte Erfüllung der Arbeitsaufgaben zur Folge haben würden. Außerdem sei nicht sicher gestellt, dass der Nutznießer der Ämterpatronage qualifizierter sei als sein Vorgänger, weil bei politischen Beset-

21) *West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 US 624 (1943). Richter *Jackson* verfasste die durch ihre Eloquenz beeindruckende Entscheidungsbegründung, die sicherlich zu den bestbegründetsten in der Geschichte des Supreme Court zu zählen ist.

22) Im Original lautete die zur Entlassung führende Aussage: „If they go for him again, I hope they get him.“

23) *Rankin v McPherson*, 483 US 378 (1987).

24) *Texas v Johnson*, 491 US 397 (1989) und *United States v Eichman*, *United States v Haggerty*, 496 US 310 (1990).

25) 427 US 347 (1976).

26) In seiner früheren Rechtsprechung bestätigte er dreimal das Recht der Gesetzgeber, parteipolitische Tätigkeiten

der öffentlich Bediensteten *einzu-schränken*, obwohl dadurch deren durch den ersten Verfassungszusatz garantierte Rechte beeinträchtigt werden: Siehe *United Public Workers v Mitchell*, 330 US 75 (1947), *Civil Service Commission v Letter Carriers*, 413 US 548 (1973) und *Broadrick v Oklahoma State Personnel Board*, 413 US 601 (1973).

27) Die Mehrheit wurde gebildet von den Richtern *Brennan*, *White*, *Stewart*, *Marshall* und *Blackmun*. Chief Justice *Burger* sowie Richter *Powell* und *Rehnquist* vertraten jeweils abweichende Meinungen.

28) Siehe etwa *Halberstam*, *The Common Man as Uncommon Man*, in *Rosenkranz/Schwartz*, *Reason and Passion: Justice Brennan's Enduring Influence* (1997) 22. Eine ausgezeichnete Aus-

wahl seiner Urteilsbegründungen bieten *Sepinuck/Treuthart*, *The Conscience of the Court: Selected Opinions of Justice William J. Brennan Jr. on Freedom and Equality* (1999).

29) 427 US 347, 355: „The cost of the practice of patronage is the restraint it places on freedoms of belief and association“.

30) 427 US 347, 357: „Patronage, therefore, to the extent it compels or restrains belief and association, is inimical to the process which undergirds our system of government and is 'at war with the deeper traditions of democracy embodied in the First Amendment'“.

31) *Keyishian v Board of Regents*, 385 US 589 (1967), *Perry v Sindermann*, 408 US 593 (1972).

32) 427 US 347, 362: „It is firmly esta-

blished that a significant impairment of First Amendment rights must survive exacting scrutiny.“

33) 427 US 347, 363: „[I]f conditioning the retention of public employment on the employee's support of the in-party is to survive constitutional challenge, it must further some vital government end by a means that is least restrictive of freedom of belief and association in achieving that end, and the benefit gained must outweigh the loss of constitutionally protected rights.“

zungen die Qualifikation oft nicht im Vordergrund steht.³⁴⁾

Mehr Gewicht gesteht *Brennan* dem Argument zu, dass politische Ämterpatronage notwendig sei, um sicherzustellen, dass der in der Regierung zum Ausdruck kommende Volkswille nicht durch ihre Politik störende Taktiken der Bediensteten untergraben werde. *Brennan* räumt ein, dass mit dieser Überlegung die politische Ämterpatronage in Bezug auf *politische Funktions-träger* gerechtfertigt werden könne. Er räumt weiters ein, dass eine scharfe Trennlinie zwischen Bediensteten mit politischen Funktionen und Bediensteten ohne politische Funktion nicht gezogen werden kann, wobei er davon ausgeht, dass dem jeweiligen Verantwortungsbereich des Bediensteten entscheidende Bedeutung zukommt.

Für nicht überzeugend erachtet *Brennan* hingegen das Argument, dass politische Ämterpatronage zur Erhaltung des demokratischen Prozesses notwendig sei, zumal diese Praxis auch zu Verzerrungen dieses Prozesses führen kann.

Zusammenfassend hält er abschließend fest, dass die in Rede stehende Praxis gegen den ersten Verfassungszusatz verstößt.

2.2.2 *Branti v Finkel*³⁵⁾

Die nächste Entscheidung betraf eine Klage zweier Republikaner, die als Assistenten des öffentlichen Verteidigers von Rockland County, New York, beschäftigt waren, und denen *ausschließlich aufgrund ihrer Parteizugehörigkeit der Verlust des Arbeitsplatzes drohte*.

Der Supreme Court bestätigte mit sechs gegen drei Stimmen³⁶⁾ die angefochtene Entscheidung des Berufungsgerichts, mit dem die Vollzugsbehörden angewiesen wurden, *keine Entlassung aus diesem Grund* auszusprechen.

In der Entscheidungsbegründung stellt Richter *Stevens* einleitend fest, dass es in diesem Fall ausschließlich darum gehe, ob die Meinungsäußerungsfreiheit einen Assistenten eines öffentlichen Verteidigers, der seine Tätigkeit zufriedenstellend ausübt, davor schützt, ausschließlich wegen seiner politischen Weltanschauung gekündigt zu werden.

Stevens setzt sich in seinen Ausführungen auch mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen politische Ämterpatronage als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen ist. Unter Heranziehung sehr illustrativer Beispiele gelangt er zu dem Ergebnis, dass dies letztlich davon abhängt, ob die entscheidungsbefugte Stelle den Nachweis erbringen kann, dass die Parteizugehörigkeit ein angemessenes Erfordernis für die effiziente Ausübung des öffentlichen Dienstverhältnisses darstellt³⁷⁾ (wobei er dies etwa hinsichtlich Redenschreiber, Pressesprecher und Mitarbeiter politischer Funktionäre bejaht).

In Anlegung dieses Maßstabs gelangt *Stevens* zu der sorgfältig begründeten Schlussfolgerung, dass die Entlassung aus dem alleinigen Grund der Weltanschauung im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt ist.

2.2.3 *Rutan v Republican Party of Illinois*³⁸⁾

In *Rutan* hatte der Gerichtshof die Verfassungsmäßigkeit von *parteilich motivierten Entscheidungen betreffend Beförderung, Versetzung, Wiederaufnahme und Neuaufnahme von öffentlich Bediensteten* zu beurteilen. Mit fünf gegen vier Stimmen³⁹⁾ entschied der Supreme Court, dass die Parteizugehörigkeit hinsichtlich solcher Entscheidungen *kein verfassungsmäßiges Entscheidungskriterium* darstellt.

Richter *Brennan* hielt zu Beginn seiner Entscheidungsbegründung fest, dass

dem Wahlsieger nur derjenige Gewinn gebührt, der *verfassungsmäßig* erreichbar ist.⁴⁰⁾

Brennan legt nach einer ausführlichen Darstellung der beiden vorstehend skizzierten Vorerkenntnisse und den darin zitierten Entscheidungen zunächst überzeugend dar, warum auch die geschilderten Formen politischer Ämterpatronage einen *Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit* darstellen. So hält er beispielsweise fest, dass die Dienstnehmer diesfalls einem beträchtlichen Druck ausgesetzt werden, die politischen Ansichten ihrer Vorgesetzten zu übernehmen, um die Karriereleiter emporsteigen zu können.⁴¹⁾ Dienstnehmer, die ihre Ansichten nicht verleugnen, würden keine Beförderungen erhalten, was einen beträchtlichen Nachteil darstelle.

Ausgehend davon, dass der erste Verfassungszusatz die Regierung – von engen Ausnahmefällen abgesehen – daran hindert, ihre Macht in einer Weise einzusetzen, die die Freiheit ihrer Bediensteten beeinträchtigt, eine bestimmte oder auch keine politische Weltanschauung zu haben und Vereinen beizutreten oder auch nicht beizutreten,⁴²⁾ gelangt *Brennan* zu dem Ergebnis, dass die in *Elrod* und *Branti* angestellten Überlegungen auch auf die nunmehr in Diskussion stehenden Formen politischer Ämterpatronage zu übertragen sind.

Im folgenden unterstreicht *Brennan* einmal mehr, dass alles, was vom ersten Verfassungszusatz unmittelbar verboten wird (wie etwa die Erlassung eines Gesetzes, dass nur Angehörige einer bestimmten Partei bestimmte Ämter bekleiden dürfen), auch nicht auf mittelbarem Wege erzielt werden darf.⁴³⁾ In Anlehnung an die Vorjudikatur gelangt er zu dem Ergebnis, dass keine zwingenden Gründe für die in Rede stehenden Formen politischer Ämterpatronage ins

34) 427 US 347, 364 f.: „[I]t is not clear that dismissal in order to make room for a patronage appointment will result in replacement by a person more qualified to do the job since appointment often occurs in exchange for the delivery of votes, or other party service, not job capability.“

35) 445 US 507 (1980).

36) In der Mehrheit waren Chief Justice *Burger* sowie die Richter *Brennan*, *White*, *Marshall*, *Blackmun* und *Stevens*, in der Minderheit die

Richter *Stewart*, *Powell* und *Rehnquist*.
37) 445 US 507, 518: „In sum, the ultimate inquiry is not whether the label 'policymaker' or 'confidential' fits a particular position; rather, the question is whether the hiring authority can demonstrate that party affiliation is an appropriate requirement for the effective performance of the public office involved.“

38) 497 US 62 (1990).

39) Die Mehrheit wurde gebildet von den Richtern *Brennan*, *White*, *Marshall*,

Blackmun und *Stevens*, während Chief Justice *Rehnquist* sowie *O'Connor*, *Sca-lia* und *Kennedy* überstimmt wurden.

40) 497 US 62, 64: „To the victor belong only those spoils that may be constitutionally obtained.“

41) 497 US 62, 73: „Employees who find themselves in dead-end positions due to their political backgrounds are adversely affected. They will feel a significant obligation to support political positions held by their superiors, and to refrain from acting on the political

views they actually hold, in order to progress up the career ladder.“

42) 497 US 62, 76: „The First Amendment prevents the government, except in the most compelling circumstances, from wielding its power to interfere with its employees' freedom to believe and associate, or to not believe and not associate.“

43) 497 US 62, 77 f.: „What the First Amendment precludes the government from commanding directly, it also precludes the government from accomplishing indirectly.“

Treffen geführt werden können, weshalb sie die Meinungsäußerungsfreiheit verletzen.

2.3 Anmerkungen

1996 hat der Supreme Court zwei weitere Fälle entschieden,⁴⁴⁾ in denen er jeweils mit sieben gegen zwei Stimmen⁴⁵⁾ die Grundgedanken der vorstehend beschriebenen Rechtsprechung auch auf den Bereich der *Vergabe öffentlicher Aufträge an private Unternehmen* ausgeweitet und ausgesprochen hat, dass solche Aufträge nicht deshalb beendet werden dürfen, weil der Auftragnehmer von seinem Recht auf freie Meinungsäußerung in einer vom Auftraggeber missbilligten Weise Gebrauch gemacht hat. Die Entscheidungsbegründungen lassen keinen Zweifel daran, dass diese Judikaturlinie einen *Grad der Verfestigung* erreicht hat, der eine Zurücknahme *praktisch ausschließt*.

In den abweichenden Meinungen der Richter *Powell* (in *Elrod* und *Branti*) und *Scalia* (in den anderen Entscheidungen) wird insbesondere dem Umstand, dass politische Ämterpatronage in ihren verschiedenen Formen *seit der Gründung der Republik* betrieben wurde, ohne dass dies über einen langen Zeitraum unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten je problematisiert wurde, *besondere Relevanz* beigemessen. Dieser gewiss nicht leicht zu nehmenden Kritik wurde von Richter *Stevens* in seiner zustimmenden Meinung in *Rutan* pointiert entgegengetreten. *Stevens* meint, dass die im vorliegenden Fall *relevante Tradition* die Bereitschaft sein muss, in *Vergangenheit und Gegenwart praktizierte Vorgangsweisen an den in der Verfassung verwurzelten grundlegenden Prinzipien zu messen*.⁴⁶⁾ Dem fügt er hinzu: „Der inspirierende Auftrag unseres Präsidenten aus 1961 steht mit dieser Tradition völlig in Einklang: ‘Frage nicht, was Dein Land für Dich tun kann – frage, was Du für Dein Land tun kannst.’ Der vorliegende Fall enthält einen gegenteiligen Auftrag: ‘Frage

nicht, was Bewerber um einen Posten im öffentlichen Dienst für den Staat tun können – frage, was sie für unsere Partei tun können.’ Was immer an traditioneller Unterstützung für einen Auftrag dieser Art noch verblieben ist, ist offenkundig eine unzureichende Entschuldigung für die vom Gerichtshof heute verworfenen Vorgangsweisen.“⁴⁷⁾

3. Schlussfolgerungen

Die der skizzierten Rechtsprechung zugrundeliegende Prämisse kann dahingehend umschrieben werden, dass aus dem Umstand, dass jemand kein Recht auf die Aufnahme in den öffentlichen Dienst oder die Beförderung in eine Leitungsfunktion hat, nicht gefolgert werden kann, dass ihm dies aus jedem beliebigen Grund verweigert werden kann. Vielmehr kann *die Ausübung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte grundsätzlich nicht als verfassungsrechtlich zulässiger Grund für die Nichtaufnahme in den öffentlichen Dienst bzw die Nichtbetrauung mit einer Leitungsfunktion angesehen werden*.

Diese Prämisse erweist sich als *wohlbegründet*, wäre es doch etwa offenkundig verfassungswidrig, wenn der Gesetzgeber beispielsweise an die Ausübung des Wahlrechts eine dienstrechtliche Sanktionen knüpfen oder anordnen würde, dass Staatsbürger ohne Parteibuch im Bundesdienst nicht mit Leitungsfunktionen betraut werden dürften. In einem vom Legalitätsprinzip (mit)geprägten Rechtsstaat ist es der Vollziehung verwehrt, eine Praxis zu etablieren, deren erforderliche Grundlage zu schaffen selbst dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich versagt ist.

Da der (für jede demokratische Staatsform geradezu wesensnotwendigen) freien Meinungsäußerung auch im Rahmen unserer Verfassungsrechtsordnung schon im Hinblick auf Art 13 StGG und Art 10 EMRK eine zentrale Bedeutung zukommt,⁴⁸⁾ ist die Verfassungskonformität politischer Ämterpatronage somit letztlich davon abhängig,

wie man jene für ihre Aufrechterhaltung sprechenden Gründe in Relation zu dem hiedurch beeinträchtigten Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit gewichtet. Die diesbezüglich im Supreme Court geführte Diskussion lässt sich durchaus auch auf österreichische Verhältnisse übertragen. Jedenfalls in dem Bereich der Vollziehung, wo die zentrale Aufgabe in der unpolitischen Umsetzung des in den parlamentarisch beschlossenen Gesetzen zum Ausdruck kommenden Volkswillens liegt, sprechen die besseren Gründe dafür, die Meinungsäußerungsfreiheit so auszulegen, dass diejenigen, die sich *ausschließlich der Rechtsordnung verpflichtet fühlen*, innerhalb des öffentlichen Dienstes aufgrund dieser Überzeugung – die auch der dem B-VG zugrunde liegenden *Konzeption der Gesetzesvollziehung entspricht* – gegenüber ihren (zusätzlich auch) parteiverbundenen Kollegen nicht benachteiligt werden dürfen.

Will man – in Abwandlung des Zitats von Richter *Stevens* –, dass viele öffentlich Bedienstete nicht (primär) danach fragen, was sie für (Angehörige) „ihre(r)“ Partei tun können, sondern danach, *was sie für ihr Land in Form einer gesetzestreuen Durchsetzung der Rechtsordnung tun können*, so erweist sich die *faktische Herstellung der gleichen Zugänglichkeit* zu öffentlichen Ämtern und die *Chancengleichheit hinsichtlich der Aufstiegsmöglichkeiten innerhalb des öffentlichen Dienstes* nicht nur als *verfassungsrechtliches Gebot*, sondern auch als *berechtigte rechtspolitische Forderung an eine Verwaltungsstruktur, die das der Bundesverfassung zugrundeliegende Ideal einer rechtsstaatlichen Gesetzesvollziehung bestmöglich zu realisieren trachtet*. Im Zuge der Diskussion über die Verwaltungsreform sollte daher auch diesem Aspekt Beachtung geschenkt werden.

Dr. Martin Hiesel ist in der Volksanwaltschaft tätig.

44) *Board of County Commissioners, Wabaunsee County, Kansas v Umbehrr*, 518 US 668 (1996) und *O'Hare Truck Service Inc v City of Northlake et al*, 518 US 712 (1996).

45) Gegen die Mehrheit stimmten nur die Richter *Scalia* und *Thomas*.

46) 497 US 62, 92: „The tradition that is relevant in this case is the American commitment to examine and reexamine past and present practices against the basic principles embodied in the Constitution.“

47) 497 US 62, 92: „The inspirational

command by our President in 1961 is entirely consistent with that tradition: ‘Ask not what your country can do for you – ask what you can do for your country.’ This case involves a contrary command: ‘Ask not what job applicants can do for the State – ask what they

can do for our party.’ Whatever traditional support may remain for a command of that ilk, it is plainly an illegitimate excuse for the practices rejected by the Court today.“

48) Siehe zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht Rz 911 ff und *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1431 ff.

Frankreich stoppt den Stier

EuGH bestätigt französisches Importverbot für *Red Bull*

Matthias C. Kettemann

1. Einleitung

Während der EuGH in seinem Urteil *Kommission/Frankreich*¹⁾ vom Februar dieses Jahres die von ihm maßgeblich entwickelten und ausdifferenzierten Grundsätze der Warenverkehrsfreiheit im Wesentlichen bestätigte, konnte sich das beklagte Frankreich in einem für ein österreichisches Unternehmen entscheidenden Punkt durchsetzen: Ein bestehendes Importverbot für das energetische Getränk *Red Bull* wurde als gemeinschaftsrechtskonform bestätigt. Dieser Urteilsabschnitt – genauer: der Begründungsweg des EuGH – ist nach einer Beschreibung des rechtlichen Hintergrunds und einer Wiedergabe des Urteilstenors im Licht der bestehenden europarechtlichen Judikatur einer kritischen Würdigung zu unterziehen; die Argumente des EuGH in Bezug auf Gesundheitsschutz, wissenschaftliche Begründung und Verhältnismäßigkeit werden im Überblick reflektiert und der Ablauf der Prüfung eines behaupteten Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit erhellt.

2. Vom französischen Importverbot zur Klage

Seit 1912 besteht in Frankreich eine Regelung, die für das Inverkehrbringen von Nahrungsergänzungen und von Lebensmitteln des allgemeinen Verzehrs, die mit Vitaminen, Mineralstoffen und sonstigen Nährstoffen angereichert sind, ein strenges Kontrollverfahren vorsieht.²⁾ Art 1 des entsprechenden Dekretes³⁾ verbietet es, „Waren und Nahrungsmittel, die für den menschlichen Verzehr bestimmt sind, feilzuhalten, anzubieten oder zu verkaufen, wenn ihnen andere chemische Stoffe als die-

jenigen zugesetzt sind, deren Verwendung durch gemeinsame, aufgrund der Stellungnahme des Obersten Hygienekrates Frankreichs [...] und der Nationalen Akademie der Medizin verabschiedete Arrêtés (Verordnungen oder Erlässe) der Minister für Landwirtschaft und ländliche Entwicklung, für Wirtschaft und Finanzen, für die industrielle und wissenschaftliche Entwicklung und für die Gesundheit erlaubt ist“.

Auf Basis dieser Regelung beehrten Hersteller verschiedener mit Nahrungsergänzungsmitteln und Zusatzstoffen angereicherter Lebensmittel Zugang zum französischen Markt und beantragten die Einleitung von Zulassungsverfahren. Nachdem mehrere Unternehmen im Verfahrensweg abgewiesen worden waren, beschloss die Kommission als Hüterin der Warenverkehrsfreiheit, ein Vertragsverletzungsverfahren (Art 226 EG) gegen Frankreich einzuleiten. In ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme rügte sie im Wesentlichen drei Aspekte der französischen Regelung: Erstens beanstandete sie, dass eine Anerkennungsklausel für Lebensmittel fehle, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellt und/oder in Verkehr gebracht worden seien. Die zweite Rüge bezog sich auf das Fehlen eines vereinfachten Verfahrens für die Aufnahme bestimmter Nährstoffe in die nationale Liste der zugelassenen Nährstoffe. Drittens rügte die Kommission, dass die Ablehnung der Zulassung bestimmter Nährstoffe nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt werden könne. Da nur die dritte Rüge für *Red Bull* von Relevanz war, wird sie vordringlich behandelt werden.

3. Urteilstenor

Die erste Rüge wies der EuGH klar zurück: Frankreich habe eine Regelung gewählt, wonach für das Inverkehrbringen eines Lebensmittels, dem ein Nährstoff zugesetzt worden ist, eine vorherige Zulassung erforderlich sei; ein Fehlen eines Anerkennungsverfahrens könne daher nicht erfolgreich bemängelt werden.⁴⁾ Mangels ausreichender Förmlichkeit des Verfahrens, überlanger Verfahrensdauer und unzureichendem gerichtlichen Rechtsschutzes sah der EuGH die zweite Rüge hingegen als begründet an.⁵⁾ Dem dritten Teil der Klage gab er insoweit statt, als dass bestimmte Nährstoffe in Süßwaren und Getränken und gewisse Zusatzstoffe in diätetischen Produkten betroffen waren, für die Frankreich das Importverbot nicht ausreichend wissenschaftlich begründet hatte.⁶⁾ Hinsichtlich energetischer Getränke, deren Koffeingehalt eine bestimmte Grenze überstieg und denen Taurin und Glucuronsäure zugesetzt worden waren, wurde die Rüge der Kommission abgewiesen und die Gemeinschaftsrechtskonformität der französischen Regelung bestätigt.

4. Kritische Würdigung

Der freie Warenverkehr (Art 23 ff EG) stellt eine der Grundfreiheiten der als Wirtschaftsgemeinschaft gegründeten Europäischen Gemeinschaft dar und nimmt folglich als zentrales Integrationselement eine bedeutende Stellung in ihrer Entwicklung in Richtung einer immer engeren Union ein. Zur Sicherung der Warenverkehrsfreiheit statuiert Art 28 EG das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Diese Regelung umfasst seit *Dassonville*⁷⁾ jede mitgliedstaatliche Handelsregelung, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern. Nicht entgegen steht Art 28 EG allerdings mitgliedstaatlichen Maßnahmen nach Art 30 Satz 1 EG: In besonderen Sachverhaltskonstellationen können

1) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*.

2) Dekret vom 15. April 1912 über die Regelung der öffentlichen Verwaltung zur Durchführung des Gesetzes vom 1. August 1905 über die Bekämpfung

von Betrügereien beim Verkauf von Waren und von Fälschungen betreffend Lebensmittel, insbesondere Fleisch, Wurstwaren, Obst, Gemüse, Fisch und Konserven.

3) IdF des Dekrets Nr. 73-138 vom

12. Februar 1973 (JORF vom 15. Februar 1973, S. 1728).

4) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 28.

5) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 39-42.

6) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 66.

7) EuGH 11.7.1974, Rs 8/74, *Dassonville*, Rn. 5.

Einfuhrbeschränkungen aus bestimmten zwingenden Gründen gerechtfertigt sein, vorausgesetzt, sie stellen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten dar und werden darüber hinaus nicht unverhältnismäßig angewandt. Den einzigen im vorliegenden Fall einschlägigen Rechtfertigungsgrund stellt „der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen“ dar. Da Frankreich in seinem Vorbringen auch argumentativ auf diesen Rechtfertigungsgrund rekurrierte, wird der Gesundheitsschutz, nach einer kurzen analytischen Betrachtung der Aussagen des EuGH hinsichtlich des französischen Zulassungsverfahrens und vor Überlegungen zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Regelung, kritisch beleuchtet werden.

4.1 Vorfragen und Verfahren

Unbestritten ist, dass das französische Importverbot für Lebensmittel mit bestimmten Zusatzstoffen unter den Begriff der Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art 28 EG subsumiert werden kann. Wie in ständiger Judikatur expliziert⁸⁾ und oben (unter 4.) angesprochen, verstoßen derartige Beschränkungen dennoch nicht gegen das Gemeinschaftsrecht, wenn sie gem Art 30 EG als Maßnahme des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt werden können und bestimmte verfahrenstechnische wie materielle Voraussetzungen erfüllt sind, um im Rahmen eines Zulassungsverfahrens einen etwaigen Markteintritt doch noch zu erreichen.

Als verfahrenstechnisch von besonderer Bedeutung stehen der leichte Zugang für ausländische Zulassungsbeerber, die Durchführung und Beendigung des Verfahrens binnen angemessener Frist und die Eröffnung der Möglichkeit für die Wirtschaftsteilnehmer, im Falle eines abschlägigen Verfahrensergebnisses den Rechtsweg zu beschreiten, fest.⁹⁾ Da Frankreichs Ver-

fahrensregelung den betroffenen Behörden nicht förmlich vorgeschrieben war, ein angemessener Verfahrenszeitraum nicht garantiert wurde – so mussten die Hersteller von *Red Bull* mehr als zwei Jahre auf die Übermittlung der ablehnenden Entscheidung warten¹⁰⁾ – und kein ausreichender gerichtlicher Rechtsschutz gegeben war, sah der EuGH das bestehende Anerkennungsverfahren als gemeinschaftsrechtswidrig an und gab der Kommission hinsichtlich der zweiten Rüge Recht.

4.2 Gesundheitsschutz

Materiellrechtlich und *Red Bull*-spezifisch interessante Streitfragen releviert insbesondere die dritte Rüge der Kommission, in der vorgetragen wurde, dass es die französischen Behörden unterlassen hätten, für jedes einzelne negativ beschiedene Ansuchen um Zulassung eine tatsächliche Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung nachzuweisen, dass sie mithin ein Verkehrsverbot im Einzelfall nicht ausreichend plausibilisiert hätten. Die französische Regierung wandte ein, dass sehr wohl Einzelfallprüfungen erfolgt seien – alle Entscheidungen hätten auf wissenschaftlichen Bewertungen beruht, die „anzuzweifeln sich die französischen Behörden nicht für befugt hielten“.¹¹⁾

Der EuGH setzte sich in Folge eingehend mit dieser Argumentation auseinander und nahm Rückgriff auf seine Entscheidungen in *Kommission/Dänemark*¹²⁾ und *Sandoz*¹³⁾. Dort hatte er den Standpunkt vertreten, dass es, „soweit beim jeweiligen Stand der Forschung noch Unsicherheiten bestehen, mangels einer Harmonisierung Sache der Mitgliedstaaten [ist], unter Berücksichtigung der Erfordernisse des freien Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zu bestimmen, in welchem Umfang sie den Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen gewährleisten wollen“. Fern von einer festen Richtschnur, illustriert diese Formulierung erneut das Spannungsfeld, das durch die Rügen der Kommission eröffnet wurde. Zwar ha-

ben die Mitgliedstaaten das Recht, über markt- und ernährungspolitische Maßnahmen zu disponieren, die in Zusammenhang mit dem Schutz von Gesundheit und Leben ihrer Staatsbürgerinnen und Staatsbürger von Bedeutung sind – und dies schließt Zulassungsverfahren mit ein –, doch hat jede mitgliedstaatliche Regelung drei Kriterien zu genügen: erstens – insoweit unproblematisch – darf noch keine gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung erfolgt sein, zweitens müssen wissenschaftliche Unsicherheiten, insbesondere in Bezug auf Gefährlichkeit und Schädigungspotenzial der Lebensmittel, bestehen, und drittens hat der betroffene Mitgliedstaat die Erfordernisse des freien Warenverkehrs zu beachten. Nur eine Regelung, die auf einem gemeinschaftsrechtlich nicht harmonisierten Gebiet erfolgt, wissenschaftlich begründete Unsicherheiten aufzeigt und im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit die Verhältnismäßigkeit beachtet, kann bestehen bleiben.

4.3 Wissenschaftliche Begründung

Im Zusammenhang mit nationalen Importverboten betonte der EuGH stets die Bedeutung der wissenschaftlichen Nachweisbarkeit von Gesundheitsgefahren, deren Fehlen die Gemeinschaftsrechtskonformität einer nationalen Verbotsregelung verhindert. Das Verbot des Imports von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellten und/oder in Verkehr gebrachten Lebensmitteln, die um nach nationalem Recht verbotene Zusatzstoffe ergänzt wurden, sei nur hinzunehmen, wenn sich dies nachweislich mit den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes vereinbaren lasse. Diese Voraussetzung spielte für den EuGH auch in *Kommission/Frankreich* eine entscheidende Rolle: So spricht er davon, dass ein Importverbot als „restriktivste[s] Hemmnis“¹⁴⁾ jedenfalls nur dann geltend gemacht werden könne, wenn die Gefahr, die von den Zusatzstoffen ausgeht, „hinreichend“ nachgewiesen sei. Eines der klagsge-

8) Statt vieler: EuGH 16.7.1992, Rs C-344/90, *Kommission/Frankreich*, Rn. 8.

9) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 26. Diese Voraussetzungen hat der EuGH zuletzt in EuGH 16.7.1992, Rs C-344/90, *Kom-*

mission/Frankreich, Rn. 8 und EuGH 23.9.2003, Rs C-192/01, *Kommission/Dänemark*, Rn. 44, herausgearbeitet.

10) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 41.

11) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kom-*

mission/Frankreich, Rn. 46.

12) EuGH 23.9.2003, Rs C-192/01, *Kommission/Dänemark*, Rn. 42.

13) EuGH 14.7.1983, Rs 174/82, *Sandoz*, Rn. 16. Siehe auch EuGH 17.12.1981, Rs 272/80, Frans-

Nederlandse Maatschappij voor Biologische Producten.

14) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 55.

genständlichen Zusatzstoffverbote, das mit Vitaminen angereicherte Süßwaren und Getränke und bestimmte andere Ergänzungstoffe in diätetischen Produkten betraf, wurde als nicht hinreichend wissenschaftlich begründet angesehen und demgemäß für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt.

Wäre diese Interpretationslinie konsequent zu Ende gedacht und auch für den Sachverhaltskomplex um *Red Bull* fruchtbar gemacht worden, hätte der EuGH der Klage der Kommission hinsichtlich des französischen Importverbotes aufgrund des mangelnden wissenschaftlichen Nachweises der Gesundheitsgefährdung nachgegeben. In den Urteilsparagen, die den Energy-Drink betreffen, nimmt er jedoch nicht nur Bezug auf bestimmte Zusatzstoffe und deren Einfluss auf die menschliche Gesundheit, sondern thematisiert darüber hinaus und sogar vorwiegend die von Herstellerseite eingesetzten und – um das Vorbringen Frankreichs zu bemühen – „irreführenden“ Werbestrategien. Diese Schwerpunktsetzung mag verwundern, spielen doch werbestrategische Überlegungen traditionell eine eher untergeordnete Rolle in der rechtlichen Beurteilung einer Frage im Beziehungsfeld von Gesundheitsgefährdung und ihrer wissenschaftlichen Nachweisbarkeit. Der EuGH bezieht sich in seiner Begründung auch auf ein Gutachten des Obersten Hygienrates Frankreichs, das zu dem Ergebnis kommt, die Koffeinkonzentration in *Red Bull* übersteige die in Frankreich zugelassene und berge somit die Gefahr des übermäßigen Koffeinkonsums insbesondere bei schwangeren Frauen. Ferner bemängelt der EuGH die „irreführende Behauptung über den ‚energetischen‘ Charakter des Erzeugnisses“, stellt die „Gefahr einer positiven Antidopingkontrolle bei Sportlern“¹⁵⁾ fest und gibt ein negatives Gutachten über bestimmte Inhaltsstoffe wie Taurin und Glucuronsäure ab. Da die von Frankreich vorgebrachten Argumente dem EuGH legitim erschienen

und seiner Ansicht nach von Seiten der klagenden Kommission nicht ausreichend entkräftet werden konnten, wies er die dritte Rüge insoweit zurück, als sie ein Importverbot für *Red Bull* und „andere energetische Getränke betrifft, deren Koffeingehalt eine bestimmte Grenze übersteigt und denen Taurin und Glucuronsäure zugesetzt worden sind.“¹⁶⁾

4.4 Verhältnismäßigkeit

Zu der Frage, ob die Maßnahmen Frankreichs hinsichtlich *Red Bull* im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als gemeinschaftsrechtskonform zu erachten seien, äußerte sich der EuGH nicht. Er stellte schlicht fest, dass die französische Regierung „darlegen [muss], weshalb das Verbot des Inverkehrbringens von energetischen Getränken, deren Koffeingehalt eine bestimmte Grenze übersteigt, zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung erforderlich und verhältnismäßig ist.“¹⁷⁾ Mit der Frage jedoch, ob die Darlegung seinen Kriterien genüge oder ob die tatsächliche Vorgehensweise der französischen Behörden mit der Darlegung übereinstimme, setzte sich der EuGH in weiterer Folge nicht konkretisierend auseinander.

Offen hat daher zu bleiben, ob das französische Importverbot dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit entspricht, das mitgliedstaatlichen Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit, wie vom EuGH selbst judiziert, eine Grenze setzt. Wie *Streinz*¹⁸⁾ betont, muss eine Handelsbeschränkung, „nicht nur eines der in Satz 1 [des Art 30 EG] genannten ‚verfassungslegitimen‘ Ziele tatsächlich verfolgen, sondern auch zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sei“. Dies vertritt auch grundsätzlich der EuGH, der etwa in *Sandoz* ausführte, dass sich „die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Einfuhr der betreffenden Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten zu verbieten, auf das Maß dessen zu beschränken

[hat], was zur Erreichung der rechtmäßig verfolgten Ziele des Gesundheitsschutzes erforderlich ist“.¹⁹⁾

Wenn auch nicht im Kontext von *Red Bull*, erweiterte und präzisiertere der EuGH diese Formulierung in *Kommission/Frankreich* selbst, wobei er auf die tatsächliche Erforderlichkeit „zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung oder zur Erfüllung der zwingenden Anforderungen beispielsweise des Verbraucherschutzes“²⁰⁾ abstellte und ein „angemessene[s] Verhältnis“ ansprach, in dem die mitgliedstaatlichen Maßnahmen „zu dem verfolgten Ziel stehen [müssen], das nicht durch Maßnahmen zu erreichen sein darf, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken“. Ob das Importverbot für *Red Bull* Geist und Worten dieser Formulierung gerecht wird, wird zu diskutieren sein. Als Denkanstoß und Leitfaden mag jedoch das aus der Judikatur des EuGH, vor allem auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, bekannte Idealbild des „verständigen Verbrauchers“²¹⁾ dienen, der bei entsprechender Etikettierung durchaus in der Lage ist, selbst zu entscheiden, ob er ein Produkt erwerben will und nicht von staatlicher Hand qua Importverbot geschützt werden muss.

5. Fazit: Das Gatter bleibt zu

Nach Ansicht des EuGH vermochte Frankreich jedenfalls genügend glaubhafte Argumente vorzubringen, um ein zwingendes Erfordernis des Gesundheitsschutzes zu begründen, mit dessen Hilfe *Red Bull* auch weiterhin vom französischen Markt ferngehalten werden kann; und das, obwohl das energetische Getränk in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (und insgesamt 100 Ländern der Welt²²⁾) rechtmäßig vertrieben wird. Während also Verbote von Vitaminzusätzen mangels wissenschaftlicher Grundlage als gemeinschaftswidrig erklärt wurden und – dies sei bei aller Fokussierung auf die Implikationen des Urteils für *Red Bull* akzen-

15) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 67.

16) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 73.

17) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 69, wo auf

EuGH 19.6.2003, Rs C-420/01, *Kommission/Italien*, Rn. 30, 31 verwiesen wird.

18) *Streinz*, *Europarecht*⁵ (2001)

Rn. 737.

19) EuGH 14.7.1983, Rs 174/82, *Sandoz*, Rn. 18.

20) EuGH 5.2.2004, Rs C-24/00, *Kommission/Frankreich*, Rn. 52.

21) EuGH 6.7.1995, Rs. C-470/93, *Vertrag gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln/Mars*.

22) *Wojahn*, EuGH stützt *Red Bulls* Flüssigkeit, *Der Standard* (10.2.2004).

tiert – eine klare Liberalisierung²³) des Handels mit Lebensmitteln mit Zusatzstoffen erreicht wurde, gilt für den österreichischen Energy-Drink auch weiterhin: Das Gatter bleibt zu.

Im gastronomisch selbstbewussten Frankreich wird wohl auch in Zukunft – und wohl stärker als in anderen Mitgliedstaaten – ein starrer Ausschließlichkeitskonnex zwischen nationaler Identität und der Zulassung neuer Akteure in der Lebensmittellandschaft bestehen, der mit rechtlichen Mitteln nur

unzulänglich aufgeweicht werden kann. Die Entwicklungsperspektiven, die sich bei Betrachtung der Judikatur des EuGH ergeben, lassen jedoch für *Red Bull* hoffen. In dem Maße, in dem die Verfasstheit der Europäischen Union voran schreitet, wird auch die Toleranz der Mitgliedstaaten im Hinblick auf Produkte anderer Ländern zunehmen.

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

Impressum

juridikum

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

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Iris Eisenberger, MSc. (LSE),
Mag. Ronald Faber, LL. M. (Yale),
ao. Univ.-Prof. 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.jusline.at>

Redaktionsassistent: Mag. Walther Gatterbauer

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, Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Hödl, Dr. Roland Kier, Mag^a. Elke Hasibeder, 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 Soyer, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, RAⁱⁿ. Drⁱⁿ. Maria Windhaber

AutorInnen dieser Ausgabe:

Bernert Irina, Faber Ronald, Hiebaum Christian, Hiesel Martin, Kettemann Matthias C., Kugler Iris, Nademleinsky Marco, Öhlinger Theodor, Parziale Guiseppa, Riener-Hofer Reingard, Schacherreiter Judith, Schefczyk Michael, Stadler Christian, Stöger Karl, Verschraegen Beata

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:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Ass. Drⁱⁿ. 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

ao. Univ.-Prof. 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.

Laga/Gangoly/Eisenriegler spam://e-mail-werbung

Der schmale Grat zwischen sinnvoller Werbung und verbotenen Spamming

2004, 128 Seiten, br., 3-7046-4330-0, € 16,80

Ein Handbuch über rechtliche Rahmenbedingungen, Sinn und Unsinn von E-Mail-Werbung und darüber, wie man sich effizient vor Spam schützt.



- Rechtliche Informationen rund um E-Mail-Werbung leicht verständlich dargestellt
- Praktische Tipps für Internet-Nutzer, wie man sich effizient vor Spam schützen kann
- Hinweise, was Unternehmen beim Einsatz von E-Mail-Werbung beachten müssen
- Interessante Einblicke in die Hintergründe der internationalen Spam-Problematik
- <http://www.spambuch.at>

cs122
VERLAG
ÖSTERREICH

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

23) Vgl. EuGH 5.2.2004, Rs C-270/02, *Kommission/ Italien*, ein Parallelverfahren, in dem der EuGH feststellte, dass Italien gegen die Wa-

renverkehrsfreiheit verstößt, indem es Sportlernahrung aus anderen Mitgliedstaaten verpflichtend einem Zulassungsverfahren unterwirft,

ohne die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit dieses Erfordernisses nachzuweisen.

„Vorrang“ einmal anders(wo)

Das Gutachten 1/2001 des OHADA-Gerichtshofes und die Vorrangwirkung supranationalen Rechts – ein Vergleich mit dem Gemeinschaftsrecht

Karl Stöger

1. „Vorrang“ supranationalen Rechts als neuartiges Problem

Der Begriff „supranationales Recht“ – von zwischenstaatlichen Einrichtungen geschaffenes Recht mit unmittelbarer Rechtswirkung für nationale Rechtsunterworfenen¹⁾ – gehört heute dank des Gemeinschaftsrechts für den österreichischen Juristen zur „Alltagssprache“. Ebenso weiß man um die Probleme, die sich daraus ergeben können, dass dieses unmittelbar anwendbare Recht auf staatliches Recht trifft, das dieselbe Angelegenheit regelt. Die Lösung der Probleme verspricht der sog. Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts²⁾. Dabei wird unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht entgegenstehendes nationales Recht nicht „vernichtet“ (sog. *Geltungsvorrang*), sondern eben nur unanwendbar (deswegen *Anwendungsvorrang*). Teilweise schon in Vergessenheit geraten dürfte

sein, dass die Idee eines Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht anfangs durchaus nicht unbestritten war³⁾ und letztlich erst durch eine entsprechende Rechtsprechung des EuGH⁴⁾ Profil und Akzeptanz erhielt⁵⁾. Als Österreich der EU beitrug, war der Gedanke des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts jedoch schon allgemein anerkannt und Teil des *acquis communautaire*⁶⁾.

Vor kurzem war es freilich wieder einmal möglich, die anfänglichen „Abstimmungsprobleme“ hinsichtlich des Vorrangs des Rechts einer supranationalen Organisation zu beobachten. Dies betraf die in Teilen Europas weithin unbekanntes „Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika“ (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*; OHADA⁷⁾). Das entsprechende Gutachten des Gerichtshofes der Organisation ist auch für den europäischen Juristen nicht

uninteressant, zeigt es doch zum einen, wie sehr sich Anwendungsprobleme des Rechts supranationaler Organisationen gleichen, und zum anderen, welche Alternativen zu dem vom EuGH postulierten Konzept eines Anwendungsvorrangs bestehen.

2. Die OHADA und ihr Gerichtshof⁸⁾

Die Grundlage der OHADA ist der 1993 unterzeichnete Vertrag von Port-Louis (Mauritius), der am 18. 9. 1995 in Kraft trat. Mit Stand März 2004 hat die Organisation 16 Mitgliedstaaten⁹⁾, Arbeitssprache ist Französisch (Art 42 des OHADA-Vertrages; fortan: Vertrag). Ihre Hauptorgane sind gem Art 3 des Vertrages der Ministerrat und ein Gerichtshof¹⁰⁾, auf den noch einzugehen sein wird. Ziel der OHADA ist die Harmonisierung des Wirtschaftsrechts¹¹⁾ in den Mitgliedstaaten, unter anderem durch die Erarbeitung gemeinsamer Regelungen (Art 1 des Vertrages). Wie letzteres zu erfolgen hat, regelt Titel II des Vertrages. Als gemeinsame Regeln sind sog. „actes uniformes“ vorgesehen, die durch das Ständige Sekretariat des Ministerrates in Abstimmung mit den Mitgliedstaaten erarbeitet und schließlich durch den Ministerrat beschlossen werden¹²⁾. Bislang wurden acht derartige „actes uniformes“ beschlossen¹³⁾. Das Besondere an den *actes uniformes* ist ihr eindeutig supranationaler Charakter, den Art 10 des Vertrages anordnet: „Die *actes uniformes* sind in den Mit-

1) So zB die Definition von *Walter/Mayer*; Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts⁹ (2000) Rz 246. Eine mehrgliedrige Definition wählt hingegen etwa *Schreuer in Neuhold u.a.* (Hrsg) Österr Handbuch des Völkerrechts I³ (1997) Rz 873 und stellt letztlich auf den „höheren Grad der Integration“ in einer Internationalen Organisation ab.

2) Zu diesem zB *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht² (2001) 69; vgl für einen Überblick über die mit dem Anwendungsvorrang verbundenen Probleme zB *Frank*, Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, ZÖR 55 (2000) 1. Vgl weiters *Jarass*, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts (1994) 100, der von der „Pflicht zur Verwerfung nationalen Rechts“ spricht.

3) MWN etwa aus der deutschen Lit *Frank*, ZÖR 55 (2000) 7 FN 23.

4) Grundlegend EuGH 15. 7. 1964, 6/

64, Costa/E.N.E.L., Slg 1964, 1253 (1269). Vgl zB auch EuGH 9. 3. 1978, 106/77, Simmenthal SpA (II), Slg 1978, 629 Rz 17/18.

5) So auch *Frank*, ZÖR 55 (2000) 7. Im Lichte der nachfolgenden Praxis und Literatur zu weit ging allerdings *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht (1966), der genau diese These aufstellte und damit einen Geltungsvorrang des Gemeinschaftsrechts postulierte.

6) *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht 70.

7) In österreichischen Rechtstexten ist diese bisher nur insoweit in Erscheinung getreten, als gem BGBl II 2002/404 ihr Name, ihre Abkürzung und ihr Emblem in Österreich von der Registrierung nach dem Markenschutzgesetz ausgeschlossen sind. Eine englische Einführung in ihr Recht ist an der Fakultätsbibliothek für Rechtswissenschaften der Universität Wien verfügbar: *Martor*, Business law in Africa:

OHADA and the harmonization process (2002).

8) Die Texte des OHADA-Vertrages, der Verfahrensordnung des Gerichtshofes und der *actes uniformes* sind unter www.ohada.com abrufbar (in Französisch und Englisch, der Vertragstext darüber hinaus in Spanisch und Portugiesisch). Authentische Sprache ist freilich nur das Französische (Art 63 OHADA-Vertrag).

9) Das sind Äquatorialguinea, Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Gabun, Guinea, Guinea-Bissau, Kamerun, die Komoren, Kongo (Brazzaville), Mali, Niger, Senegal, Tschad, Togo und die Zentralafrikanische Republik. Die Demokratische Republik Kongo erwägt einen Beitritt.

10) Dieser, die „Cour Commune de Justice et d'Arbitrage“, soll zum einen die einheitliche Auslegung und Anwendung des OHADA-Rechts sichern (die Ähnlichkeit der Formulierung zu Art 220 EGV fällt deutlich auf), zum anderen

hinsichtlich des Schlichtungsverfahrens gem Titel IV des OHADA-Vertrages eine Aufsichtsfunktion wahrnehmen (Bestimmung oder Bestätigung der Schiedsrichter, Überprüfung der Entwürfe der Schiedssprüche).

11) Dieser Begriff ist weit zu verstehen und umfasst etwa auch das Arbeitsrecht; vgl Art 2 des OHADA-Vertrages.

12) Die Beschlußfassung hat bei einem Anwesenheitsquorum von mindestens zwei Drittel einstimmig zu erfolgen, eine Stimmenthaltung ist zulässig (Art 8 des Vertrages).

13) Dies begann im April 1997 mit den *actes uniformes* zum „allgemeinen Handelsrecht“, zum Gesellschaftsrecht und zu den Sicherheiten. Bis November 2000 folgten vier weitere, ehe es zu einem Stillstand kam, der erst mit der 2003 beschlossenen *acte uniforme* zum Straßengütertransport endete. Als überaus problematisch erweist sich offenbar die *acte uniforme* zum Arbeitsrecht, über die trotz intensiver Bemü-

gliedstaaten direkt anwendbar und verbindlich, ungeachtet jeder entgegenstehenden früheren oder späteren nationalen Regelung¹⁴⁾“. Art 10 des OHADA-Vertrages ordnet somit nicht nur die unmittelbare Geltung, sondern auch die Vorrangwirkung der actes uniformes an. Sie sind insoweit mit den gemeinschaftsrechtlichen Verordnungen vergleichbar, deren Vorrangwirkung in Art 249 EGV allerdings nicht unmittelbar erwähnt wird¹⁵⁾. Hier erkennt man das jüngere Datum des Vertrages von Port-Louis.

Die Wirksamkeit der actes uniformes wird durch ein ebenfalls supranationales Gericht gesichert. Der OHADA-Gerichtshof entscheidet über alle Fragen der Auslegung und Anwendung des OHADA-Rechts, entweder im Wege eines Gutachtens (Art 14 Abs 2 des Vertrages) oder in einem konkreten Anlaßfall¹⁶⁾. Das Gutachtensverfahren steht jedem Mitgliedstaat und dem Ministerat zur Klärung sämtlicher mit Auslegung und Anwendung des Vertrages und des davon abgeleiteten Rechts in Zusammenhang stehender Fragen zur Verfügung. Im Rahmen eines solchen Verfahrens stellte die Republik Côte d'Ivoire einige Fragen zur Auslegung des bereits erwähnten Art 10 des Vertrages sowie zur Vorrangwirkung der actes uniformes. Mit dem Gutachten 1/2001 vom 30. 4. 2001 wurden diese beantwortet. Die endgültige Publikation in der ersten Ausgabe der Entscheidungssammlung des Gerichtshofes erfolgte freilich erst im Jänner 2003¹⁷⁾.

3. Das Gutachten 1 / 2001

3.1 Die Fragen

Bereits die gestellten Fragen sind sehr aufschlußreich:

1. Enthält Art 10 des Vertrages eine supranationale Regel? Enthält Art 10 eine Regel betr die „Aufhebung“¹⁸⁾ nationalen Rechts durch die actes uniformes?

2. Wenn Art 10 des Vertrages eine derartige Regel enthält, wie ist diese zu verstehen: Hebt sie jeden Gesetzes- oder Verordnungstext auf, der denselben sachlichen Geltungsbereich wie eine acte uniforme hat? Oder hebt sie lediglich diejenigen Bestimmungen eines derartigen Textes auf, die nicht nur denselben Geltungsbereich haben, sondern ihr darüber hinaus auch widersprechen? Was ist im letztgenannten Fall unter einer „Bestimmung“ zu verstehen: Ein Paragraph, ein Absatz desselben oder ein einzelner Satz eines Paragraphen? Weiters: Entsprechen die in den einzelnen actes uniformes ausdrücklich enthaltenen Aufhebungsbestimmungen dem Art 10?

3. Falls Artikel 10 keine derartige Regel (Frage 1) enthält, dürfen dann die actes uniformes selbst den Umfang ihrer Aufhebungswirkung festlegen? Dürfen die Mitgliedstaaten diesfalls ausdrückliche Aufhebungsnormen erlassen?

Frage 4 enthielt sodann Fragen zu Aufhebungsbestimmungen bzw den Bestimmungen über den Anwendungsbereich einzelner actes uniformes. Weder diese Fragen noch die darauf gegebenen Antworten werden im Folgenden näher dargestellt, da sie keine allgemein interessierenden Inhalte haben.

3.2 Die Antworten des Gerichtshofes

Die Antworten des Gerichtshofes sind allein deswegen schon bemerkenswert, weil sie sehr klar sind und – man kennt dies vom EuGH – mitunter die Fragen etwas umdeuten (so beantwortet der Gerichtshof etwa trotz Bejahung der Frage 2 auch noch Frage 3, die nur für

den Fall der Verneinung der zweiten Frage gestellt wurde). Sie zeigen, dass der OHADA-Gerichtshof mit Nachdruck dem im Vertrag verankerten Vorrang der actes uniformes auch zum faktischen Durchbruch verhelfen wollte. Interessant ist es auch, die einzelnen Antworten mit denen zu vergleichen, die der EuGH auf ähnlich gelagerte Fragen im Gemeinschaftsrecht gegeben hat. Dabei zeigen sich zwar tw Unterschiede, aber letztlich doch ähnliche Strukturen hinsichtlich der Behandlung der Vorrangproblematik.

3.2.1 Frage 1: Art 10 als Derogationsregel

Die Antwort auf Frage 1 fiel deutlich aus: Nach Ansicht des Gerichtshofes hat Art 10 des Vertrages supranationalen Inhalt, da er die unmittelbare verpflichtende Anwendung der actes uniformes in den Mitgliedstaaten vorsieht. Im Lichte dessen antwortet der Gerichtshof auf die Frage nach einer in Art 10 enthaltenen Derogationsregel der actes uniformes gegenüber nationalem Recht, dass die Bestimmung eine solche enthalte („contient bien une règle relative à l'abrogation du droit interne par les actes uniformes“).

Was dem europäischen Juristen an dieser Antwort auffällt, ist die Betonung der derogatorischen Wirkung des Art 10 des Vertrages. Der Gerichtshof beschränkt sich nicht etwa darauf, einen Anwendungsvorrang der actes uniformes zu postulieren, er verwendet vielmehr den Begriff der „abrogation“. Dieser wird sowohl im nationalen französischen¹⁹⁾ wie im Sprachgebrauch der Gemeinschaftsinstitutionen²⁰⁾ als Aufhebung einer Norm verstanden und ist somit qualitativ mehr als die Zurückdrängung nationalen Rechts durch supranationales Recht, wie dies etwa für

hungen bisher kein Konsens gefunden wurde (siehe zum aktuellen Stand www.ohada.com).

14) „Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure“.

15) Art 249 EGV beschränkt sich hinsichtlich der Verordnung auf die Anordnung ihrer unmittelbaren Geltung, eine Kollisionsregel mit nationalem Recht enthält er nicht. Erst die Jud des EuGH

erarbeitete letztlich die Figur des Anwendungsvorrangs.

16) Die entsprechenden Regelungen finden sich in Art 14f des Vertrages. Möglich ist dabei neben einem Vorabentscheidungsverfahren auch ein Rechtsmittel (!) gegen letztinstanzliche nationale Gerichtsentscheidungen, das in einer Nichtigerklärung der nationalen Entscheidung durch den supranationalen Gerichtshof enden kann (Art 18 des Vertrages; „la décision est réputée nulle et non avenue“).

17) Dies liegt insb im Geldmangel der OHADA begründet, der auf die schlechte Zahlungsfähigkeit bzw -moral einiger Mitgliedstaaten zurückgeht und tw nur durch Subventionen anderer Organisationen bzw Staaten (zB EU, Frankreich, Kanada, Belgien, die Organisation der Frankophonie) gelindert werden kann. Vgl dazu *Cheikh Yérém Seck*, OHADA - Morose anniversaire, J.A./L'intelligent N 2232 (19 - 25.10.2003) 86/87. Somit bedurfte auch die Erstellung der Entscheidungssammlung einiger Zeit.

18) Die Frage verwendete tatsächlich den Begriff „abrogation“, der mit Aufhebung eines Rechtsakts zu übersetzen ist; vgl dazu die Nachweise in FN 19 und 20.

19) Vgl „Abrogation“ in *Cornu* (Hrsg), *Vocabulaire juridique*⁶ (1987).

20) Vgl „abroger“ in *Rat der EU* (Hrsg), *EU-Wörterbuch Französisch-Deutsch Bd I A - F* (1999).

den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gilt. Zumindest aus dem Verständnis ihres Gerichtshofes ist die OHADA daher einen Schritt weitergegangen als die EG: Ihr Recht „bricht“ nationales Recht. Der OHADA-Gerichtshof hat somit einen *Geltungsvorrang* postuliert, eine Ansicht, die sich im Gemeinschaftsrecht nicht durchsetzen konnte²¹).

3.2.2 Frage 2 bzw 3: Umfang des Anwendungsvorrangs und Zulässigkeit von Aufhebungsregeln in den actes uniformes

Zum Umfang der aufhebenden Wirkung der actes uniformes gem Art 10 des Vertrages führte der Gerichtshof zuerst aus, dass diese die Aufhebung bzw das Verbot der Neuerlassung jeder gesetzlichen oder verwaltungsbehördlichen Rechtsnorm betreffe, die den selben Geltungsbereich wie eine acte uniforme habe und dieser widerspreche. Dann stellte er klar, dass dies auch für Regelungen gelte, die inhaltlich Bestimmungen einer acte uniforme entsprechen würden. Die Derogationswirkung könne je nach Einzelfall einen ganzen Paragraphen, einen Absatz eines solchen oder bloß einen Satz betreffen.

Ausdrückliche Aufhebungsregeln in den actes uniformes hält der Gerichtshof ebenfalls für zulässig, allerdings – so führte er dann in der Antwort zu Frage 3

aus – hätten die actes uniformes allein (dh ohne Deckung durch Art 10 des Vertrages) nicht die Fähigkeit, ihre derogatorische Kraft abschließend festzulegen.

Der erste Teil der Antwort ist aus der Jud des EuGH bzw der gemeinschaftsrechtlichen Lit weitgehend bekannt: Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts verbietet es, früher oder auch später²²) erlassenes nationales Recht anzuwenden, das unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der EG widerspricht. Eine Anwendung nationalen Rechts scheidet aber auch dann aus, wenn es dem Gemeinschaftsrecht entsprechen würde. Dies zeigt das Urteil des EuGH in der Rs Fratelli Variola²³), in dem er es für unzulässig erklärte, Bestimmungen einer Verordnung in nationales Recht umzusetzen²⁴). Dieser Gedanke ist zu verallgemeinern: Auch bereits bestehendes nationales Recht, das unmittelbar anwendbarem supranationalem Recht entspricht, wird von diesem verdrängt.

Der zweite Teil der Antwort – die Verdrängung kann von einzelnen Sätzen bis zu ganzen Paragraphen reichen – entspricht wohl ebenfalls der gemeinschaftsrechtlichen Praxis²⁵).

Interessant sind die Ausführungen des Gerichtshofes zur Zulässigkeit der Derogationsklauseln²⁶) in den actes uniformes. Diese enthalten mitunter²⁷) einen insoweit über Art 10 des Vertrages hinausgehenden Gehalt, als sie die Bei-

behaltung widersprechender nationaler Bestimmungen während einer Übergangsfrist erlauben²⁸) oder klarstellen, dass gewisse nationale Regelungen nicht berührt werden²⁹). Im Ergebnis zeigt die Antwort des Gerichtshofes, dass diese Klauseln letztlich nur dazu dienen, die Details des sachlichen bzw zeitlichen Geltungsbereichs der actes uniformes abzustecken. Auch das bloß mit Anwendungsvorrang ausgestattete Gemeinschaftsrecht kennt derartige Bestimmungen. So enthalten etwa Verordnungen mitunter Regelungen, die nationale Abweichungen in bestimmten Bereichen erlauben³⁰).

3.2.3 Frage 3: Rechtsbereinigung

Bemerkenswert sind die Aussagen des Gerichtshofes zur Frage, ob die Mitgliedstaaten im nationalen Recht ausdrückliche Rechtsbereinigungsklauseln vorsehen dürften: Auf Grund der zwingenden und hinreichend klaren Regelung in Art 10 des Vertrages seien diese „überflüssig“.

Dies ist im Falle des *Geltungsvorrangs* dogmatisch wohl zutreffend. Da das Inkrafttreten der actes uniformes entgegenstehendes nationales Recht beseitigt, kann dieses nicht nochmals aufgehoben werden. Im Interesse der Rechtsklarheit schiene eine solche Maßnahme dennoch sinnvoll. Sie dürfte jedoch nur unter zwei Einschränkungen vorgenommen werden: Zum einen

21) Vgl nochmals *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht (1966).

22) Bereits die Erlassung späteren Rechts, das (unmittelbar anwendbarem) Gemeinschaftsrecht widerspricht, kann für sich einen Verstoß gegen das Gebot der Gemeinschaftstreue iSd Art 10 EGV darstellen.

23) EuGH 10. 10. 1973, 34/73, Slg 1973, 981 Rz 9 - 11.

24) Ein solches ist nur dann zulässig, wenn die Verordnung selbst dies anordnet („hinkende Verordnung“).

25) Vgl erneut EuGH 9. 3. 1978, 106/77, *Simmenthal SpA* (II), Slg 1978, 629 Rz 21/23: Das nationale Gericht habe „jede möglicherweise entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts“ unangewendet zu lassen. Der EuGH legt daher keine genaue Grenze der Vorrangwirkung fest, sondern verlangt letztlich eine Prüfung im Einzelfall. In österr Fällen (insb vor dem VfGH) ist freilich zu beachten, dass sich die Fra-

ge, ob bestimmte nationale Bestimmungen „verdrängt sind“, schon auf Grund nationaler Vorgaben auf die Bestimmungen beschränken muß, deren Präjudizialität behauptet wurde.

26) Eine Übersicht über den Inhalt der einschlägigen Klauseln der einzelnen actes uniformes findet sich unter <http://www.ohadalegis.com/basedequeldroit.htm>. Es handelt sich dabei um keine offizielle Seite der OHADA, sondern um eine private Seite einer Gruppe afrikanischer Wirtschaftsanwälte.

27) ZB Art 35 der acte uniforme über Schlichtungsverfahren: „Le présent acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats-parties“. Vgl auch (den sich auf nationales Recht beziehenden) Art 257 der acte uniforme betr die Schuldenbereinigung (apurement du passif): „Sont abrogées toutes les dispositions antérieures contraires à celles du présent Acte uniforme. Celui-ci n'est applicable qu'aux procédures collectives ouvertes après son entrée

en vigueur“.

28) ZB Art 919 der acte uniforme zu den Handelsgesellschaften: „Sont abrogées, sous réserve de leur application transitoire pendant une période de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme, aux sociétés n'ayant pas procédé à la mise en harmonie de leurs statuts avec les dispositions du présent Acte uniforme, toutes dispositions légales contraires aux dispositions du présent Acte uniforme. Toutefois, nonobstant les dispositions de l'article 10 du présent Acte uniforme, chaque Etat partie pourra, pendant une période transitoire de deux ans à compter de l'entrée en vigueur du présent Acte uniforme, maintenir sa législation nationale applicable pour la forme de l'établissement des statuts“.

29) ZB Art 916 1. Satz der acte uniforme zu den Handelsgesellschaften: „Le présent Acte uniforme n'abroge pas les dispositions législatives auxquelles sont

assujetties les sociétés soumises à un régime particulier“.

30) Vgl zB Art 24 Abs 2 der VO (EG) 3285/94 über eine gemeinsame Einfuhrregelung, ABI 1994 L 349/53, der festlegt, dass die Verordnung dem „Erlass oder der Anwendung folgender einzelstaatlicher Maßnahmen“ nicht entgegensteht und dann eine Aufzählung derselben beinhaltet. Vgl weiters etwa Art 11 der VO (EG) 2603/69 zur Festlegung einer gemeinsamen Ausfuhrregelung.

könnte nur noch eine Feststellung ergeben, welche nationale Normen aufgehoben wurden, zum anderen dürfte diese nur deklarativ sein – konstitutiv kann den Umfang der Aufhebung nur die acte uniforme festlegen³¹). In der Praxis hat insb die Republik Senegal mit dem OHADA-Recht unvereinbare nationale Vorschriften systematisch aufgehoben³²).

In diesem Punkt ist die gemeinschaftsrechtliche Lösung jedenfalls dogmatisch „einfacher“: Da das Gemeinschaftsrecht nur Anwendungsvorrang genießt, bleibt entgegenstehendes nationales Recht zwar unanwendbar, aber in Geltung und kann vom jeweiligen Mitgliedstaat jedenfalls aufgehoben werden. Der EuGH postuliert sogar eine

Pflicht zur Bereinigung der nationalen Rechtslage im Falle von mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Vorschriften³³).

4. Fazit

Das Gutachten 1/2001 des OHA-DA-Gerichtshofes verdient auch außerhalb Afrikas Aufmerksamkeit. Es bietet nämlich eine kompakte Übersicht über mögliche Anwendungsprobleme von vorrangbehaftetem supranationalem Recht im Verhältnis zu nationalen Rechtsordnungen. Für den europäischen Juristen wertvoll ist die Erkenntnis, dass sich diese Probleme auch dann ähneln, wenn statt dem vom Gemeinschaftsrecht repräsentierten *Anwendungsvorrang* das Recht einer suprana-

tionalen Organisation *Geltungsvorrang* beansprucht. Dies zeigt, dass sich im Recht der supranationalen Organisationen durchaus Gemeinsamkeiten hinsichtlich gewisser Rechtsfragen erkennen lassen. Angesichts der weltweit zunehmenden Bedeutung solcher Organisationen insb im wirtschaftlichen Bereich³⁴) wird sich möglicherweise letztlich auch hier ein weitgehend einheitliches Modell des Typs „supranationale Organisation“ abzeichnen.

*Dr. Karl Stöger ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien;
karl.stoeger@univie.ac.at.*

Thienel Verwaltungsverfahrenrecht

Stand: 1. Juli 2004, 3. Auflage
570 Seiten, br., 3-7046-4427-7, € 42,-

Mit der dritten Auflage wurde das bewährte Lehr- und Handbuch auf den aktuellen Stand gebracht; insbesondere wurden die Änderungen im Zusammenhang mit dem E-Government-Gesetz berücksichtigt und die seit der letzten Auflage erschienene Rechtsprechung und Literatur eingearbeitet.

Damit liegt wieder eine verlässliche kompakte systematische Darstellung des Verwaltungsverfahrenrecht auf aktuellem Stand vor. Das Lehr- und Handbuch bietet sowohl für die Studierenden wie für die Praktiker einen unverzichtbaren Behelf.

**Aktuell
Verlässlich
Kompakt**

VERLAG
ÖSTERREICH

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



31) Eine gewisse Ähnlichkeit besteht hier zum österr Problem des § 1 Rechtsüberleitungsgesetz StGBI 1945/6; dieser ordnet in seinem Abs 1 an, dass bestimmte Rechtsvorschriften aufgehoben werden, sieht jedoch in Abs 2 die Möglichkeit einer Kundmachung vor, mit der die Bundesregierung feststellt, welche Rechtsvorschriften iSd Abs 1 als aufgehoben zu gelten haben. Da Gerichte und Verwaltungsbehörden an diese Kundmachung gebunden sind, stellte sich bald die Frage nach dem Verhältnis der Abs 1 und 2 (dazu *Walter*, Österreichisches Bundesverfas-

sungsrecht [1972] 37 mwN).

32) Vgl dazu zustimmend *Abarchi*, La supranationalité de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Abschnitt B-1. Dieser Aufsatz - auch veröffentlicht in der *Revue burkinabé de droit* 37/2000 - ist unter www.ohada.com ebenso wie einige andere Texte zur OHADA (einschließlich Beiträgen zur Rechtsnatur der *actes uniformes*) abrufbar. Damit erleichtert diese Homepage den Zugang zu ansonsten zumindest in Österreich kaum greifbarer Literatur.

33) ZB EuGH 4. 4. 1974, 167/73, *Kom-*

mission| Frankreich, Slg 1974, 359 Rz 41ff; 11. 6. 1991, C-307/89 *Kommission| Frankreich*, Slg 1991, I-2903 Rz 13; 18. 1. 2001, C-162/99 *Kommission| Italien*, Slg 2001, I-541 Rz 33 f (dort weitere Judikaturnachweise). Eingehend auch *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht 76 f.

34) Vgl etwa die Andinische Gemeinschaft (zuvor Andenpakt), die seit dem Abkommen von Trujillo ebenfalls supranationalen Charakter aufweist (Art 2 bis 4 des am 10. 3. 1996 abgeschlossenen Vertrages von Trujillo, wobei Art 4 ebenfalls eine *Vorrangregel* enthält).

Biometrie: Begriff und Diskussionsstand

Giuseppe Parziale/Reingard Riener-Hofer

Die neuen Pass- und Visa-Bestimmungen für die USA nach 9/11 werfen bereits ihre Schatten in Richtung Europa. Die europarechtlichen Entwicklungen im Bereich Sicherheitspolitik zeigen auf, dass der Einsatz biometrischer Daten im staatlichen Identifizierungsverfahren mehr als nur ein „amerikanischer Traum“ ist.

1. Einleitung

Ein acht Monate nach dem Terroranschlag auf das World Trade Center vom Kongress erlassenes US-Gesetz¹⁾ bestimmt, dass ab 26. Oktober 2004 für die Ausstellung eines amerikanischen Visums die Aufnahme biometrischer Daten erforderlich ist.²⁾ Eine visafreie Einreise ist ab diesem Stichtag nur mehr mit maschinenlesbarem Pass möglich, der mit einem Chip versehen ist, auf dem biometrische Daten des Einreisenden gespeichert sind.³⁾ Die Standards für die biometrischen Identifikationsmerkmale werden von der International Civil Aeronautics Organization (ICAO)⁴⁾ – einer Institution der Vereinten Nationen – festgelegt. Reaktionen auf die neuen US-Einreisebestimmungen zeigen sich auch in verschiedenen europäischen Staaten.⁵⁾

2. Funktionsweise der Biometrie

2.1 Begriff und Entwicklung der Biometrie

Seit dem frühen 20. Jahrhundert werden biometrische Methoden zu wissenschaftlichen Zwecken in der Biologie angewandt. Erst seit kurzem wird diese Technologie auch im Bereich der Personenerkennung eingesetzt. Jeder Mensch hat individuelle physische und verhaltenstypische Eigenschaften (zB Gesicht, Stimme, Fingerabdrücke, Iris, Gangart, Sprechen), die ihn von anderen unterscheiden. Biometrische Daten sind demnach jene physischen und verhaltenstypischen Merkmale, aufgrund derer wir zwischen uns bekannten und uns unbekanntem Menschen unterscheiden können.

Um uns in der Gesellschaft zu identifizieren, verwenden wir üblicherweise Dokumente oder Tokens (ID-card, Pass, Führerschein, ATM-Karten, Kreditkarten), welche zwar persönliche Merkmale bzw Daten aufweisen (Pin-code der ATM-Karte, Kreditkarten-Nummer), die jedoch auch von jemand anderem genutzt werden können. Biometrische Daten (Stimme, Gesicht, Fingerabdruck, Iris), hingegen können von niemand anderem als dem Besitzer zur Identifizierung eingesetzt werden.

Dank der technischen Entwicklung im Bereich der Biometrie kann die EDV-gestützte Personenidentifizierung sehr schnell erfolgen. Unter einem biometrischen System versteht man in diesem Zusammenhang die aus Soft- und Hardware bestehende Ausstattung zur maschinellen Personenerkennung. Der Vorteil biometrischer Daten gegenüber gebräuchlichen Identifikationsmerkmalen ist, dass sie nicht vergessen, verlegt oder gestohlen werden können. Zum besseren Verständnis biometrischer Systeme und ihrer Funktionsweise soll im Folgenden eine Einführung in ihre Grundbegriffe gegeben werden.

Unter Rohdaten (*raw data*, *input data* oder auch *query data*) sind jene persönlichen Merkmale zu verstehen, die in ein System eingegeben werden. Zum Beispiel könnte für die Geldbehebung via Bankomat statt der Eingabe eines Codes vom Kunden verlangt werden, dass er seine rechte Hand oder seinen Zeigefinger auf einen dafür vorgesehenen Sensor legt. Dieser misst sodann die Hautlinien und wandelt sie in für das System verständliche Information um. Voraussetzung dafür wäre, dass mit der Aufnahme eines neuen Kunden dessen rechte Hand oder Zeigefinger in das System aufgenommen bzw eingeschrieben wird (*enrolment*).

2.2 Biometries Glossar

1. *Universality*: Jeder Mensch sollte dieses biometrische Merkmal besitzen.
2. *Distinctiveness*: Das gewählte biometrische Merkmal muss zwischen einzelnen Personen unterscheiden können.
3. *Permanence*: Es muss sich um ein über eine gewisse Zeit hinweg unveränderliches biometrisches Merkmal handeln.

Templates sind jene biometrischen Daten, die vom System zum Vergleich mit den eingegebenen Rohdaten herangezogen werden. Es kann sich dabei um eine dem System bereits bekannte Information handeln oder aber um eine, die dem System zugleich mit den Rohdaten, aber in einem anderen Format eingegeben wird. Angesprochen ist hier die Unterscheidung zwischen „identification“ und „verification“, die sich am besten an Hand des oben angeführten Beispiels erklären lässt: Um Geld zu beheben, muss ein Bankkunde seine rechte Hand oder seinen Zeigefinger auf einen Sensor legen. Das System vergleicht sodann die Übereinstimmung dieser Rohdaten mit den im System bereits gespeicherten *Templates*. Man spricht in diesem Fall von „identification“ (*one-to-many*). Bei der „verification“ gibt der Kunde zugleich mit den Rohdaten seinen Namen ein und das System checkt die Übereinstimmung der Eingabe mit den unter diesen Namen gespeicherten *Templates* oder vergleicht – im Falle einer Chip-Karte – die aktuelle Eingabe mit den auf der Chip-Karte gespeicherten *Templates* (*one-to-one*).

2.3 Biometrie Identifikatoren und ihre Einsatzmöglichkeiten

Jede physische oder verhaltenstypische Eigenschaft kann als biometrisches Merkmal eingesetzt werden, um Personen zu erkennen. Den folgenden vier Ansprüchen muss in jedem Fall Genüge getan werden:

2.3 Biometrie Identifikatoren und ihre Einsatzmöglichkeiten

Jede physische oder verhaltenstypische Eigenschaft kann als biometrisches Merkmal eingesetzt werden, um Personen zu erkennen. Den folgenden vier Ansprüchen muss in jedem Fall Genüge getan werden:

1. *Universality*: Jeder Mensch sollte dieses biometrische Merkmal besitzen.
2. *Distinctiveness*: Das gewählte biometrische Merkmal muss zwischen einzelnen Personen unterscheiden können.
3. *Permanence*: Es muss sich um ein über eine gewisse Zeit hinweg unveränderliches biometrisches Merkmal handeln.

1) H.R. 3525.

2) Vgl dazu *Riener-Hofer, Vermessen?* Die neuen Pass- und Visabestimmungen für die USA nach 9/11, Juridikum 2003, 119.

3) Vgl dazu Sec. 303, Title III – Visa

Issuance, Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act of 2002.

4) www.icao.int.

5) Vgl dazu die Berichte des European Biometric Forum (EBF) unter <http://www.eubiometricforum.com>.

4. *Collectability*: Das Merkmal muss quantitativ gemessen werden können.

Für den Einsatz eines biometrischen Systems in der Praxis sind insbesondere seine Leistungsfähigkeit, seine Robustheit sowie seine Resistenz gegenüber versuchten betrügerischer Täuschungen ausschlaggebend. Wesentlich ist auch, wie weit das System im täglichen Leben angenommen bzw. akzeptiert wird.

Biometrische *Identifiers* werden bereits in verschiedensten Anwendungen eingesetzt. Dazu gehören:

• **DNA**

Die DNA ist ein individueller Code jedes Einzelnen. Eine Ausnahme stellen eineiige Zwillinge dar. Sie wird vor allem in strafgerichtlichen Belangen eingesetzt. Ihr Einsatz für andere Zwecke ist aus verschiedenen Gründen nicht sachgerecht: Ein „Stück“ DNA kann gestohlen werden und missbräuchlich eingesetzt werden. Die derzeitigen Technologien erfordern chemische Methoden unter Experteneinsatz, an eine Online-Erkennung ist nicht zu denken.

• **Ohr**

Form und Struktur des knorpeligen Gewebes des Ohres sind zwar für eine Person charakteristisch, es wird aber nicht angenommen, dass sie einzigartig und unverwechselbar sind.

• **Gesicht**

Die Gesichtserkennung ist die üblichste und meist akzeptierte, weil unaufdringlichste Methode. Entwicklungsbedarf besteht noch im Bereich der Berücksichtigung von Alterungsprozessen, Gesichtsausdrücken und Belichtungen.

• **Gesicht-, Venen-, Handthermogramm**

Durch infrarote Thermogramme kann die vom menschlichen Körper ausstrahlende Hitze dargestellt werden. Umwelteinflüsse können auf die Aufzeichnungen negativ einwirken, darüber hinaus sind Infrarot-Sensoren sehr kostspielig.

• **Iris**

Die Iris ist ein individuelles Merkmal jeder einzelnen Person. Ihre Aufnah-

me erfolgt kontaktlos und bedarf der Mitwirkung des Benutzers. Es handelt sich um eine sehr genaue und schnelle Erkennungsmethode.

• **Retina**

Die Retina soll für jede Einzelperson und sogar für jedes Auge charakteristisch sein. Sie wird als das sicherste biometrische Merkmal angesehen, wobei der aufwendige Erkennungsprozess (Kontakt des Aufnahmegerätes mit dem Auge, Kooperation des Benutzers, Mitarbeit der betreffenden Einzelperson) gegen sie spricht.

• **Handgeometrie**

Im Rahmen dieser Methode werden Eigenschaften wie zum Beispiel die Fingerlänge, die zwar unveränderlich und einzigartig, nicht aber sehr unterscheidend ist, miteinbezogen.

• **Stimme**

Dieses biometrische Merkmal zeichnet sich durch eine hohen Grad an Akzeptanz aus. Aus Gründen der zu geringen Unterschiedlichkeit und der Anfälligkeit auf Außeneinflüsse ist es nicht für den Einsatz im Rahmen einer großen Datenbank geeignet.

• **Unterschrift**

Die Art und Weise, wie jemand mit seinem Namen unterschreibt, ist ein individuelles Charakteristikum und gehört zu den verhaltenstypischen biometrischen Daten. Die Unterschrift verändert sich aber über einen bestimmten Zeitraum hinweg und ist emotionalen und physischen Einflüssen unterworfen. Außerdem gilt sie nicht als fälschungssicher.

• **Fingerabdruck**

Fingerabdrücke sind sehr unterscheidend. Sogar eineiige Zwillinge können aufgrund ihrer Fingerabdrücke unterschieden werden. Trotz Quetschungen und Schnitten sind Fingerabdrücke dauerhafte Erkennungsmerkmale. Die entwickelten biometrischen Systeme in diesem Bereich weisen eine hohe Leistungsfähigkeit auf. Die einzusetzenden Fingerabdruck-Sensoren sind sehr klein und finanziell erschwinglich. Aufgrund ihres bisherigen Einsatzes in gerichtlichen Verfahren werden Fingerab-

druck-Bilder mit Kriminalität und Verbrechensbekämpfung in Verbindung gebracht, ein Akzeptanz-Problem, das es auszuräumen gilt. Die Fingerabdruck-Erkennung ist sehr weit gereift und auch für eine große Anzahl an Erkennungen einsetzbar. Der biometrische Marktbericht der International Biometric Group⁶⁾ aus dem Jahre 2002 zeigt auf, dass biometrische Fingerabdrucks-Systeme mit einem 50 %igen Anteil weltweit marktführend sind.

Aus dem zu den einzelnen biometrischen Verfahren Gesagten lassen sich Einschränkungen für den Einsatz der verschiedenen biometrischen Methoden erkennen. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten sind vor allem für Anwendungen, die eine große Bevölkerungsanzahl miteinbeziehen, beachtlich. Abhilfe kann – nach Meinung *Anil Jains*⁷⁾ von der Michigan State University – der Einsatz multibiometrischer Systeme bieten, die auf die Kombination unterschiedlicher biometrischer Daten aufbauen. Durch die kombinierte Anwendung biometrischer Erkennungsmethoden kann die Gefahr der Nicht-Lesbarkeit eines Merkmals (zB Fingerabdruck) insofern abgeschwächt werden, als dass ein weiteres zur Verfügung steht (zB Iris) und die Wahrscheinlichkeit der Nicht-Lesbarkeit des zweiten Merkmals sehr gering ist.

Diesen Ansichten ist auch Amerika gefolgt, welches sich für ein Fingerabdruck und Gesichtserkennung kombinierendes Verfahren entschieden hat. Auch die europäischen Tendenzen weisen in diese Richtung.⁸⁾

3. Der geplante Einsatz biometrischer Technologien in Europa

Ausgangspunkt für die verstärkten Diskussionen um den Einsatz biometrisch gestützter Identifikationssysteme waren die Ereignisse des 11. Septembers 2001. Nicht nur in Amerika, auch in Europa sind ein verstärktes Sicherheitsbedürfnis und in diesem Zusammenhang eine erhöhte Akzeptanz gegenüber neuer Technologien zu Identifikationszwe-

6) <http://www.biometricgroup.com>. Special Issue on Multimodal Interfaces,

7) *Jain/Ross*, "Multibiometric Systems", Communications of the ACM, 47/1 (January 2004) 34-40.

8) <http://www.ptc.at/pte.mc?pte=040110003&phrase=Bio-metrie-Standard>.

cken erkennbar. Es ist die Forderung der Mitgliedstaaten – so die Europäische Kommission – „umgehend Maßnahmen zur Verbesserung der Dokumentensicherheit zu ergreifen“ und Möglichkeiten zu suchen, um „Personen aufzuspüren, die sich mit gefälschten amtlichen Dokumenten Zutritt zum Gebiet der Europäischen Union verschaffen“.⁹⁾ Es soll verstärkt kontrolliert werden, ob diejenige Person, die sich mit einem Dokument ausweist, auch tatsächlich die Person ist, die sie zu sein behauptet bzw auf die das vorgelegte Dokument ausgestellt ist.

3.1 Die Aufnahme biometrischer Identifikatoren in Visa und Aufenthaltstitel für Drittstaatenangehörige

Für ein verstärktes Sicherheitsbedürfnis sprechen auch die Änderung der einheitlichen Visagegestaltung¹⁰⁾ und die einheitliche Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige¹¹⁾ im Jahr 2002. Für beide Dokumente wurde die – bis dahin nicht bestehende – Aufnahme eines Lichtbildes vorgesehen und den EU-Mitgliedstaaten eine Umsetzungsfrist für die neuen technischen Spezifikationen bis Sommer 2007¹²⁾ gesetzt.

Nur ein Jahr später scheint das Lichtbild – zumindest gedanklich – ausgedient zu haben. Der Wunsch der Mitgliedstaaten nach erhöhten Sicherheitsstandards weist unter – im wahrsten Sinne des Wortes – „vorbildlicher“ Führung Amerikas in eine für die Europäische Gemeinschaft neue Richtung. Durch den Einsatz biometrischer Identifikatoren für Visa und Aufenthaltstitel¹³⁾ für Drittstaatenangehörige sollen Fälschung und Verfälschung dieser Dokumente verhindert werden und ein „link“ zwischen dem Ausweisenden

und dem ausweisenden Dokument geschaffen werden, das den Zusammenhang zwischen Inhaber, Reisepass und Visum zuverlässig feststellt.

Aus diesem Grund sollen die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet werden, „biometrische Identifikatoren in Visa und Aufenthaltstitel für Drittstaatsangehörige zu integrieren und Interoperabilität zu gewährleisten“.¹⁴⁾ Geplant ist nicht nur die Aufnahme des digitalen Fotos in das Visum¹⁵⁾, sondern auch die Speicherung des Gesichtsbildes auf einem Datenträger, um es auch als wichtigsten interoperablen Identifikator nutzen zu können. Zur Identifikation in Datenbanken (*One-to-many-Verfahren*), für sogenannte „Hintergrund-Kontrollen“ soll der Fingerabdruck gespeichert werden.¹⁶⁾ Im Rahmen der Durchführbarkeitsstudie zum Visa-Informationssystem¹⁷⁾ (VIS) wird für die Antragstellung eines Visums die Abgabe des Abdrucks aller zehn Finger empfohlen. Da sich aber in dieser Hinsicht Probleme bezüglich der Speicherkapazität kontaktloser Chips ergeben könnten, soll – nach Ansicht der Kommission – anfänglich die Anzahl der abzugebenden Fingerabdrücke auf zwei beschränkt sein, und dies nur zu Verifikationszwecken (*One-to-one-Verfahren*), nicht jedoch zu Nachforschungen im VIS genutzt werden. Auf die Aufnahme der Iris-Erkennung als biometrisches Merkmal soll vorerst zu Gänze verzichtet werden.

3.2 SIS II und VIS

Die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament betreffend die Entwicklung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) und mögliche Synergien mit einem künftigen Visa-Informationssystem (VIS)¹⁸⁾ vom 11. Dezember 2003 verweist in ihrem Punkt

4.3 auf die Nutzung biometrischer Daten:

Die Aufnahme biometrischer Technologien in das SIS II führe zu erheblichen Verbesserungen im Bereich der Personenidentifizierung, insbesondere im Bereich der Identitäts- und Einreisekontrollen. Die bisher bestehenden, auf die einfache Namenssuche reduzierten Identifikationsmöglichkeiten ergäben nur unbefriedigende Resultate. Die Verwendung falscher Namen in echten Dokumenten, die Verwendung falscher Dokumente zur Verschleierung der wahren Identität sowie Namensgleichheiten stellten das derzeitige SIS vor unlösbare Probleme, für die die Biometrie eine Lösung biete; für die zukünftige Identifizierung von Personen werde sie sogar als unverzichtbar angesehen. Wie sonst wäre es zu verstehen, dass für den Fall eines fehlenden, die Biometrie befürwortenden Beschlusses vor Einleitung des Ausschreibungsverfahrens das SIS II dennoch so konzipiert werden sollte, dass eine nachfolgende Implementierung biometrischer Verfahren – sobald die legitimierende Rechtsgrundlage vorläge – problemlos möglich sei?

3.3 Die Aufnahme biometrischer Identifikatoren in den Europäischen Pass

In den oben angesprochenen Vorschlägen¹⁹⁾ der Kommission geht es um Visa und Aufenthaltstitel, doch muss man nicht zwischen den Zeilen lesen, um zu erkennen, dass auch die Aufnahme biometrischer Daten in den Europäischen Reisepass zur Diskussion steht. Schon den Schlussfolgerungen des EU-Gipfels im Juni 2003 in Thessaloniki war zu entnehmen, dass die Aufnahme biometrischer Daten in „machine readable travel documents“ (MRTD) in Vorbereitung ist und die EU-Kommission zur Ausar-

9) So der Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung 1030/2002/EG zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 218; sowie den Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung 1683/95/EG des Rates über eine einheitliche Visagegestaltung, KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 217.
10) Vgl die Verordnung 334/2002/EG vom 18. Februar 2002 zur Änderung der

Verordnung 1683/95/EG über eine einheitliche Visagegestaltung, ABI L 53 vom 23. Februar 2002, 7.

11) Siehe die Verordnung 1030/02/EG vom 13. Juni 2002, zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, ABI L 157 vom 15. Juni 2002.

12) Siehe dazu auch die nicht veröffentlichten Entscheidungen der Kommission vom 3. Juni 2002, C (2002) 2002 und vom 14. August 2002, C (2002) 3069.

13) Siehe dazu auch Punkt II. A. 27 des Vorschlags für einen Gesamtplan zur Bekämpfung der illegalen Einwanderung und des Menschenhandels in der Europäischen Union, 2002/C 142/02, ABI C 142 vom 14. Juni 2002, 23.
14) Vgl KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 218; KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 217 unter Punkt 2. Ziel der Vorschläge.

15) Gemäß der unter Punkt 2. festgelegten Ziele der Vorschläge KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 218; KOM

(2003) 558 endg – CNS (2003) 217 soll dies bereits 2005 – also zwei Jahre vor dem geplanten Termin – umgesetzt werden.

16) Vgl KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 218; KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 217 unter Punkt 3. Wahl der biometrischen Merkmale.

17) Siehe dazu auch KOM (2003) 771 endg.

18) Vgl KOM (2003) 771 endg.

19) KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 218; KOM (2003) 558 endg – CNS (2003) 217.

beitung von Vorschlägen betreffend ein Biometrie nutzendes Reise-Identifikationssystem für Europa aufgefördert wurde.²⁰⁾

Der Vorschlag der Kommission vom 18. Februar 2004 für eine Verordnung des Rates über Normen für Sicherheitsmerkmale und Biometrie in Pässen der EU-Bürger²¹⁾ macht das deutlich, was bisher nur angedeutet wurde: Die Sicherheit europäischer Pässe soll durch „Mindestnormen für harmonisierte Sicherheitsmerkmale“ und „durch die Einführung biometrischer Identifikatoren“ erhöht werden.²²⁾ Der geplanten Harmonisierung der Sicherheitsmerkmale der Pässe sowie der Einführung biometrischer Indikatoren könne – gemäß den Aussagen der Kommission – nach eingehender Prüfung technischer und (grund)rechtlicher Aspekte die Einrichtung eines gesamteuropäischen Zentralregisters über die ausgestellten Pässe folgen, welches Fingerabdruck und Nummer des Reisedokuments enthält und ausschließlich der Grenzkontrolle diene.²³⁾

Als Datenträger soll ein kontaktloser Chip aufgenommen werden, der für die Speicherung der biometrischen Informationen und des Sicherheitscodes erforderlich ist, ein Gesichtsbild enthält und zur Speicherung von Fingerabdrücken in interoperabler Form geeignet ist.²⁴⁾ Das hochauflösende elektronische Gesichtsbild, das von der ICAO als das wichtigste interoperable Merkmal (gefolgt von Fingerabdruck und Iris-Erkennung) genannt wird, ist bereits in den meisten Pässen vorhanden und kann aufgrund seiner elektronischen Aufzeichnung zur Bildschirmwiedergabe genutzt werden. Die Entscheidung für eine fortgeschrittenere Anwendungsvariante – nämlich für den Einsatz von Gesichtserkennungsmethoden mit dem digitalen Lichtbild – wird den Mitgliedstaaten überlassen, welche auch hinsichtlich der einzusetzenden Technologie frei wählen können.

Die vorgeschlagene Verordnung stellt die Aufnahme biometrischer

Daten in die Pässe legitimierende Rechtsgrundlage für die Mitgliedstaaten dar und bedarf keiner weiteren mitgliedstaatlichen legislativen Schritte. Der tatsächliche Einsatz biometrisch gestützter Identifikationssysteme wird somit (nur mehr) eine von Seiten der Vollziehung zu beantwortende Frage der Zeit sein.

4. Resümee

Die Vorteile biometrischer Methoden in staatlichen, militärischen und wirtschaftlichen Authentifizierungsverfahren sind offensichtlich. Ihr verbreiteter Einsatz wurde bisher durch zwei Faktoren gehemmt: Zum einen ruft die Abgabe eines biometrischen Merkmals zwecks digitaler Erfassung bei vielen Unbehagen hervor, zum anderen ist die Einführung eines biometrisch gestützten Identifikationssystems mit hohen Kosten verbunden. Die Terrorangriffe des 11. September haben diese Bedenken relativiert. Der Wunsch nach Sicherheit hat die Bereitschaft, dafür Geld zur Verfügung zu stellen, erhöht. Der Einsatz der Biometrie wird in den nächsten Jahren dramatisch anwachsen. Durch sie wird eine neue, eindeutige Form der Körperkontrolle ermöglicht, die für den Bereich der Personen-Identifikation revolutionär ist.²⁵⁾

In Österreich beschränkt sich die öffentliche Diskussion um das Thema Biometrie auf die Verwendung biometrischer Systeme vorsehenden Einreisebestimmungen in die USA. Innerstaatliche Ambitionen in diese Richtung sind (noch) nicht abzusehen. Die österreichische Distanz zu dieser Thematik soll jedoch nicht überbewertet, sondern muss eher als Ruhe vor dem europäischen Sturm verstanden werden.

Der staatliche Einsatz biometrisch gestützter Identifikationssysteme ist aus sicherheitspolitischen Überlegungen verlockend, die Ambivalenz derartiger Technologien darf aber nicht übersehen werden. Ein Plus im Bereich der staatlichen Sicherheit kann zugleich zu einem Minus im Bereich der grundrechtlichen Garantien führen. Angriffs- bzw Ein-

griffsziel ist die Privatsphäre.²⁶⁾ Neue technische Methoden müssen auf ihre Kompatibilität mit dem grundrechtlichen Normenbestand überprüft, der seinerseits an die neuen Lebenssachverhalte und die daraus entstehenden Gebrauchs- bzw Missbrauchsmöglichkeiten angepasst werden. Das aus dem technischen Datenschutzbereich verbleibende Risiko für die Datensicherheit wird Richtschnur für Inhalt und Strenge normativer Regelungen in diesem Bereich sein.

Die öffentliche Diskussion um die Biometrie wird aber trotz (europa)-rechtlicher Legitimationen nicht verstummen, und zwar zu Recht nicht. Letztendlich ist genau diese Diskussion notwendig, um den Einsatz von der Sicherheit dienenden Methoden, die das Potenzial zur gesellschaftlichen Kontrolle in sich bergen, in die richtigen Bahnen zu lenken, zu reglementieren und zu organisieren. Ein topaktuell erscheinendes Zitat *Albert Einsteins* aus dem Jahre 1932 kann als Aufforderung in diese Richtung verstanden werden: „Was uns der Erfindergeist der Menschen in den letzten hundert Jahren geschenkt hat, vermöchte das Leben sorglos und glücklich zu gestalten, wenn die organisatorische Entwicklung mit der technischen hätte Schritt halten können. So aber nimmt sich das mühsam Errungene in der Hand unserer Generation aus wie ein Rasiermesser in der Hand eines dreijährigen Kindes.“²⁷⁾

Dr. Giuseppe Parziale arbeitet als Wissenschaftler am Institut für Digitale Bildverarbeitung, Joanneum Research, Graz;

giuseppe.parziale@joanneum.at.

Drⁱⁿ. Reingard Riener-Hofer ist Universitätsassistentin am Institut für Österreichisches, Europäisches und Vergleichendes Öffentliches Recht an der Karl-Franzens-Universität Graz;

reingard.rienerhofer@uni-graz.at.

20) Presidency Conclusions, Thessaloniki European Council 19. und 20. Juni 2003, unter Punkt II Immigration, Frontiers and Asylum.

21) KOM (2004) 116 endg.

22) Siehe dazu unter Punkt 2. des Vor-

schlages KOM (2004) 116 endg.

23) Siehe dazu Punkt 8. des Vorschlages KOM (2004) 116 endg., Langfristige Perspektive: Ein europäisches Passregister?

24) Vgl KOM (2004) 116 endg unter

Art 1 der geplanten Verordnung.

25) Siehe dazu *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat – Sicherheitspolizeiliche und nachrichtendienstliche Datenermittlung (2003) 2.

26) Zu den unter dem verfassungs-

rechtlichen Schutz der Privatsphäre zusammengefassten Rechtsgütern vgl *Wiederin*, Privatsphäre 22 ff.

27) *Fest/Siedler* (Hrsg.), *Klassiker des modernen Denkens: Albert Einstein – Mein Weltbild* (1979).

Zum Herausnehmen & Bestellen

BÜCHER UND ZEITSCHRIFTEN IM VERLAG ÖSTERREICH

Bock/Muhri

Das neue Insolvenzrecht

2. Auflage, 3-7046-4117-0, 484 Seiten, br., € 68,-

Mit der Novellierung der Konkursordnung, der Ausgleichsordnung, des Insolvenzrechtseinführungsgesetzes, des Bankwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes durch IIRG werden die genannten Rechtsbereiche dem europäischen Recht angepasst.

Diese Änderungen wurden zusätzlich zu den Neuerungen der Insolvenzrechtsnovelle 2002 sowie der EU-Insolvenzverordnung konzentriert und vorrangig aus der Sicht des Masseverwalters aktuell aufbereitet.

Dr. Gerhard Bock, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Cerha, Hempel & Spiegelfeld, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Wien.

Dr. Georg Muhri ist Rechtsanwalt und Partner bei Muhri & Werschitz, Partnerschaft von Rechtsanwälten, Graz.



Fuchs

Immobilien-Investmentfondsgesetz

3-7046-4210-X, 116 Seiten, br., € 21,80

Dieser Kurzkommentar erläutert alle Bestimmungen des am 1. September 2003 in Kraft getretenen Immobilien-Investmentfondsgesetzes (ImmoInvFG). Durch dieses Bundesgesetz werden Immobilienfonds nach dem Vorbild der Investmentfonds ermöglicht.

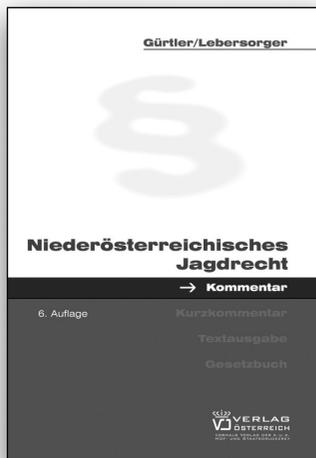
StB MMag. Dr. Hubert W. Fuchs ist Wirtschaftstreuhänder bei Hübner & Hübner in Wien, Lehrbeauftragter an der Finanz-Akademie des WIFI Wien, an der Akademie der Wirtschaftstreuhänder, Fachvortragender und Fachautor.

Soeben
erschienen:

Öhlinger/Schramm (Hg.)
Vergaberecht

Stand: 1.1.2004, 490 Seiten, br., 3-7046-4174-X, € 38,-
bzw. € 30,40 (Abo- und Hörschein)

VERLAG ÖSTERREICH



Gürtler/Lebersorger Niederösterreichisches Jagdrecht

6. Auflage, 3-7046-3942-7, 968 Seiten, geb., € 84,-

Das niederösterreichische Jagdrecht wurde 2002 durch eine umfassende Novelle in wichtigen Bereichen neu geregelt. Der bereits in 6. Auflage erscheinende Kommentar wurde von einem neuen Autorenteam bearbeitet. Er enthält alle wesentlichen Gesetze sowie Nebengesetze und Verordnungen.

Mag. Dr. Rudolf Gürtler ist Rechtsanwalt und ständig gerichtlich beedeter und zertifizierter Sachverständiger für Jagdwesen, Vizepräsident des CIC – Internationaler Jagdrat zur Erhaltung des Wildes.

Mag. Dr. Peter Lebersorger ist Geschäftsführer des NÖ Landesjagdverbandes und Generalsekretär der Zentralstelle österreichischer Landesjagdverbände.

Gürtler/Dörtl Niederösterreichisches Fischereirecht

2. Auflage, 3-7046-3947-8, 388 Seiten, geb., € 54,-

Das niederösterreichische Fischereigesetz wurde 2001 den aktuellen Anforderungen an eine moderne Regelung im Interesse der Natur und der Fischerei angepasst. Der in zweiter Auflage erscheinende Kommentar soll Gelegenheit bieten, Behörden und allen an der Fischerei interessierten Personen raschest Aufschluss über Bestimmungen des Fischereigesetzes, hiezu ergangener Verordnungen und wesentlicher Nebengesetze zu geben.

Mag. Dr. Rudolf Gürtler ist Rechtsanwalt und ständig gerichtlich beedeter und zertifizierter Sachverständiger für Fischereiwesen, Gründungsvorsitzender des NÖ Landesfischereirates.

Hofrat Mag. Ferdinand Dörtl ist langjähriger Leiter der für das Fischereiwesen zuständigen Abteilung des Amtes der NÖ Landesregierung und Rechtsreferent des österreichischen Kuratoriums für Fischerei und Gewässerschutz.



Jäger Forstrecht

3. Auflage, 3-7046-3933-8, 768 Seiten, geb., € 69,-

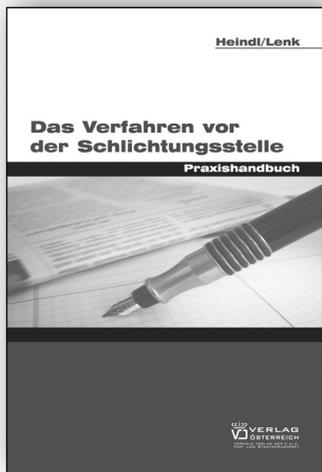
Diese Ausgabe ist eine handliche Zusammenfassung aller für das Gebiet des Forstrechts maßgeblichen Rechtsvorschriften. Es handelt sich um den derzeit einzigen Kommentar auf dem Markt, der das Forstgesetz in der Fassung der „großen“ Forstgesetz-Novelle 2002 behandelt. Bei der Kommentierung wurde die neueste Judikatur aufgearbeitet.

Auf den letzten Stand gebracht sind weiters enthalten:

- alle Verordnungen zum Forstgesetz
- das neue Vermehrungsgutgesetz 2002 und die Vermehrungsgutverordnung
- das Bundesforstgesetz und vieles mehr.

Dr. Franz Jäger ist Sektionsleiter-Stellvertreter in der Rechtssektion des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft und Leiter der für das Forstrecht zuständigen Rechtsabteilung.





Heindl/Lenk

Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle

3-7046-3948-6, 446 Seiten, br., € 65,-

Das Buch ist ein Leitfaden durch die unübersichtliche Materie des Wohnrechtes, und gibt einen umfassenden Überblick über die für das Schlichtungsstellenverfahren maßgeblichen materiellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen. Es gliedert sich in einen Kommentarteil, einen umfassenden Überblick über die dazu ergangene Rechtsprechung und enthält Antragsmuster für alle jeweils in Betracht kommenden Varianten einer Antragstellung.

Senatsrat Dr. Peter Heindl ist Abteilungsleiter der Magistratsabteilung 16 - Wiener Schlichtungsstelle in Wohnrechtsangelegenheiten. Er ist auch Autor wohnrechtlicher Fachbücher und Vortragender in Seminaren.

Dr. Friederike Lenk ist seit vielen Jahren Richterin eines wohnrechtlichen Fachsenates und mit den Problemen der Praxis überaus vertraut. Sie ist Autorin wohnrechtlicher Fachartikeln, Vortragende in Seminaren und häufig mit Rechtsgutachten befasst.

Bydlinski

ZPO – Zivilprozessgesetze

3-7046-3895-1, 436 Seiten, br., € 62,-

Die am 1. 1. 2003 in Kraft getretene Zivilverfahrensnovelle 2002 brachte wichtige Veränderungen des streitigen Zivilprozesses, insbesondere des Verfahrens erster Instanz: geänderte Bestimmungen über die vorbereitende Tagsatzung; das Versäumnisurteil und der Widerspruch; Einlassungsfristen; die richterliche Anleitungspflicht, sowie der Sachverständigenbeweis

Im Kommentar zu den Neuerungen werden die wesentlichen Probleme unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien praxisgerecht behandelt.

Dr. Michael Bydlinski ist Hofrat des Obersten Gerichtshofs. Er lehrt als Universitätsdozent für Zivilgerichtliches Verfahren an der Universität Wien und als Lehrbeauftragter an der WU Wien. Ein Schwerpunkt seiner literarischen Tätigkeit liegt im Zivilprozessrecht.



Mayr/Broll (Hg.)

Zivilverfahrensrecht

3-7046-4291-6, br., 832 Seiten, € 22,50 bzw. € 18,- (Abo- und Hörschein)

- Verfassungsrechtliche Grundlagen
- Zuständigkeitsrecht, Gerichtsorganisation und Berufsrecht
- Streitiges Verfahren und Außerstreitiges Verfahren
- Zwangsvollstreckungsrecht
- Insolvenzrecht
- Europäisches Zivilverfahrensrecht

ao. Univ.-Prof. Dr. Peter G. Mayr und **OR Dr. Hans Broll** sind am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, tätig.

Binder/Hofbauer/Kurzböck/Patka/Steiger

Personalnews für die Praxis - alle Neuerungen 2004

Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Steuerrecht,
Pensionsreform 2004, Rechtsprechung

3-7046-4253-3, 152 Seiten, br., € 9,90

Arbeitsrecht

- neues zur Lohnpfändung ab 1. 1. 2004
- die neue Altersteilzeit ab 1. 1. 2004
- neues zur Ausbildung von Lehrlingen

Sozialversicherungsrecht

- neue Abrechnung älterer Dienstnehmer ab 1. 1. 2004
- neue Malusberechnung ab 1. 1. 2004
- neue SV-Beiträge ab 1. 1. 2004
- neue SV-Werte ab 1. 1. 2004

Steuerrecht

- Steuerreform 2003/2004
- das Interessanteste aus dem neuen Lohnsteuererlass

Pensionsreform 2004

Rechtsprechung aus dem Jahr 2003 für 2004



BESTELLSERVICE

Fax: 01-610 77-589, e-mail: order@verlagoesterreich.at

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

STÜCK:	BUCHTITEL:	PREIS:
_____	Das neue Insolvenzrecht, 6. Auflage	€ 68,-
_____	Immobilien-Investmentfondsgesetz	€ 21,80
_____	Vergaberecht	€ 38,-
_____	Niederösterreichs Jagdrecht, 6. Auflage	€ 84,-
_____	Niederösterreichisches Fischereirecht, 2. Auflage	€ 54,-
_____	Forstrecht, 3. Auflage	€ 69,-
_____	Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle	€ 65,-
_____	ZPO – Zivilprozessgesetze	€ 62,-
_____	Zivilverfahrensrecht	€ 22,50 bzw. € 18,- (Abo- und Hörerschein)
_____	Personalnews für die Praxis - alle Neuerungen 2004	€ 9,90

Preise einschließlich MwSt zuzüglich Versandkosten. Lieferung unter Eigentumsvorbehalt. Kundenbezogene Daten werden zur Kundenbetreuung gespeichert. Loseblattausgaben, Datenträger und Sammelwerke zur Fortsetzung bis auf Widerruf; der Widerruf entfaltet keine Wirksamkeit für bereits erhaltene, sondern nur für zukünftige Lieferungen und hat schriftlich zu erfolgen. Zeitschriftenabonnements verlängern sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn nicht spätestens 6 Wochen vor Jahresende eine schriftliche Kündigung erfolgt. Probe-Abonnements ("Schnupper-Abo") können spätestens 2 Wochen nach Erhalt der letzten Ausgabe schriftlich abbestellt werden, andernfalls gehen Probe-Abonnements in ein Jahres-Abonnement über. Irrtum und Preisänderungen vorbehalten. Ich bin damit einverstanden, dass ich gelegentlich insbesondere mittels Fax, mittels E-Mail oder telefonisch über Neuerungen informiert werde. Diese Zustimmung kann jederzeit schriftlich widerrufen werden. Ich stimme der Verwendung und Verwertung meiner personenbezogenen Daten (Name, Wohn- und Lieferanschrift, E-Mail, Telefonnummer udgl.) für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung, für die Abrechnung und für Werbezwecke innerhalb der Jusline AG zu. Kundenbezogene Daten werden nur dann an Dritte weitergegeben, wenn dies zur Vertragserfüllung notwendig ist.

Preise inkl. MwSt., zuzüglich Versandkosten

Vor- und Zuname _____

Postleitzahl/Ort/Straße _____

Datum _____ Unterschrift _____

Informationscoupon

Bitte senden Sie mir **kostenlos** ...

- das **Verlagsprogramm 2004**
- Information zu **Fachseminaren** über Recht und Wirtschaft

jusline.at – Direkt zu Ihrem Recht
Das Internet-Portal für Rechtsinformationen
und Rechtsdienstleistungen:

- online-Meldeanfragen
 - online Firmenbuchauszüge
 - online-Grundbuchauszüge
 - online Vertragsmuster
- u.v.m. unter www.jusline.at

jusline.at
Recht. Schnell

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

Jurbooks
1010 Wien, Wollzeile 16

thema betreut von Judith Schacherreiter

Vorwort

Bea Verschraegen

Das Thema verspricht, was dieser Schwerpunkt naturgemäß nur exemplarisch halten kann. Die Beiträge greifen einzelne Aspekte der europäischen Integration heraus. Sie haben alle mit dem europäischen Markt, mit der Ausübung von Macht sowie beider Grenzen in Europa zu tun und nähern sich diesem Themenkomplex unterschiedlich: Rechtspolitisch, -theoretisch, -philosophisch, rechtsvergleichend. Die rechtsvergleichende Analyse erweist sich immer wieder als schwieriges Unterfangen, so auch im Rahmen der europäischen Integration. Ihre Komplexität und ihre Bedeutung werden weithin unterschätzt; zu Unrecht wird sie in Studium, Lehre und Praxis stiefmütterlich behandelt.

Das vorliegende Schwerpunktheft spannt einen interessanten Bogen von theoretischen Grundlagen (*Öhlinger, Stadler*) über die rechtsvergleichende Bewältigung beispielhaft gewählter Themen (*Nademleinsky, Schacherreiter*) bis hin zur punktuellen Anwendung von Verordnungs- und Richtlinienrecht in der österreichischen Praxis (*Bernert*).

Öhlinger moniert die mangelhafte Einbindung der Parlamente auf europäischer, nationaler und regionaler Ebene, die seines Erachtens notgedrungen in ein Demokratiedefizit führt. Er zeigt dies am Beispiel der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht, die – bei geringem Gestaltungsspielraum – in einer Degradierung nationaler Parlamente zu „Erfüllungsgehilfen“ der EU münden kann. In diesen Fällen – so *Öhlinger* – scheint es angebracht, Richtlinien durch (staatliche) Verordnungen umzusetzen. Das Zusammenspiel der Trias „Legislative, Exekutive, Judikative“, das in jedem EU-Mitgliedstaat unterschiedlich ausgestaltet ist, erfährt durch die europäische Integration eine massive Veränderung; es gilt, auf europäischer Ebene eine neue Balance zu finden. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit sich nationale Strukturen auf EU- bzw. EG-Ebene spiegeln lassen und inwieweit über diese Demokratiemodelle hinauszugehen ist.

Europäische Integration hat mit „Kongruenz von Markt und Macht“ zu tun (*Stadler*), mit der Ergänzung (und Domeszierung) von ökonomischer durch politische Macht und durch das Recht. Letzteres muss sich am Anspruch der Gerechtigkeit messen lassen. *Stadler* sieht in der europäischen Integration einen „vernünftigen“ Prozess, weil dieser auf der Überzeugung gründet, „dass nur eine rechtliche Ordnung des Marktes [...] Handel und Wirtschaften ganz allgemein unter

Gerechtigkeitsanspruch“ stellen kann. Eine mögliche Ursache der Sinnkrise der europäischen Integration – die wohl nicht ganz von der Hand zu weisen ist – erblickt *Stadler* schließlich darin, dass diese „ihre ureigenste Bestimmung, ein Vernunftprojekt zu sein, aus dem Blick [...] verloren“ hat. Es ist also an der Zeit, sich auf diese grundlegende Aufgabe zu besinnen.

Die „Hausaufgaben“ bei der Ausarbeitung von Richtlinienrecht werden – so mutet es an – unzureichend bewältigt. Die Analyse zweier eigentlich zufällig ausgewählter Richtlinien (Verbrauchsgüterkauf, *Nademleinsky*; Handelsvertreter, *Schacherreiter*) erweist sich als Bestätigung dieser Vermutung. Beide Beiträge zeigen mit ernüchternder Klarheit, dass das allgemeine Ziel der Rechtsangleichung mangels vorangehender rechtsvergleichender Arbeit nicht erreicht wird. Grund dafür sind unzweckmäßige Vorgaben der Richtlinien selbst und die großen Unterschiede bei der Umsetzung in den Mitgliedstaaten, was insbesondere der Beitrag zur Verbrauchsgüterkauf-RL verdeutlicht. Bei der Handelsvertreter-RL stellt sich außerdem das Problem, dass weder erkennbar ist, welches rechtsdogmatische noch welches rechts- oder sozialpolitische Konzept dem Ausgleichs- bzw. Entschädigungsanspruch des Handelsvertreters zu Grunde liegt. Dies ist eine Gelegenheit, sich mit den eigentlichen Aufgaben und Ansprüchen der Rechtsvergleichung auseinander zu setzen, ein Thema, welches in der Diskussion neuen Aufschwung erfährt und für die Rechtsangleichung unbedingt nutzbar gemacht werden sollte. Rechtsangleichung wie Rechtsvergleichung mögen sich auch auf die bestehenden (strukturellen) Unterschiede zwischen Regelungssystemen besinnen, sowohl im Makro- wie im Mikrobereich (*Schacherreiter*).

Der Brückenschlag wird schließlich mit dem Beitrag zur Harmonisierung der Regelungen betreffend gentechnisch veränderte Lebensmittel (*Bernert*) abgerundet. Auf diesem Gebiet verschränken sich harmonisierte und nicht harmonisierte Bereiche auf unbefriedigende Weise. Der Verbraucher muss hierbei – gemessen etwa am (auch verbraucherschützenden) Anspruch der Etikettierungs-RL – auf der Strecke bleiben, völlig gleich, ob er nun als zu Besachwaltender oder als durchschnittlich Begabter anzusehen ist.

Mögen die LeserInnen sich an der „europäischen“ Integration erfreuen und ihren Blick für rechtspolitische und rechtsvergleichende Fragestellungen schärfen. Es gilt, ein weites Land zu beackern, eine Arbeit, die sich lohnt, wie sich bei jedem „Aha-Erlebnis“ von Neuem zeigt.

Bea Verschraegen

1. Verfassungsrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts

Die Mitgliedschaft in der EU – genauer: in der EG, auf die es im hier gegebenen Zusammenhang primär ankommt – hat die Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten massiv verändert. In den Verfassungstexten selbst – sowohl auf der staatlichen Ebene als auch auf jener Europas, dem EG/EU-Primärrecht – kommt dies nur sehr unzulänglich zum Ausdruck. Die Veränderungen haben sich weitgehend unterhalb der Schwelle formeller Verfassungsnovellen abgespielt. Zwar finden sich heute in allen Verfassungen der Mitgliedstaaten Regelungen, die sich explizit auf die EU-Mitgliedschaft beziehen, und auch die Gründungsstaaten, in denen zunächst die Errichtung der Montanunion und später auch der EWG kaum als verfassungsrechtliches Problem wahrgenommen wurde, haben diesbezüglich nachgezogen. Aber die viel dramatischeren Einwirkungen des europäischen Rechts auf die Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten finden außerhalb der Fortschreibung von Verfassungstexten statt.

Die EU-Mitgliedschaft hat vor allem die *Balance zwischen legislativer, exekutiver und judikativer Gewalt massiv verschoben*. Auf der Seite der Gewinner stehen sowohl die Exekutive (Regierung) als auch die Gerichte. Verlierer sind die Parlamente.

Die Regierungen beschicken den *Rat*, das immer noch dominierende Gesetzgebungsorgan der EG, dem gegenüber das Europäische Parlament nur eine sekundäre (wenn auch seit Jahren wachsende) Rolle einnimmt. In dem äußerst komplizierten Zusammenspiel von europäischem Recht und nationalem Recht, in dem heute das für die Bürger relevante, konkrete Recht entsteht, haben die nationalen Gerichte, angeleitet vom rechtsschöpferischen Selbstverständnis des EuGH, eine maßgebliche Rolle gewonnen. Das vom Stufenbaummodell geprägte hierarchische Verständnis der Relation von Gesetzgebung einerseits (die auf der EU-Ebene, wie schon gesagt, überdies von Exekutivorganen dominiert wird¹⁾), Verwaltung (inklusive Regierung) und Gerichtsbarkeit – beide werden im B-VG bezeichnenderweise unter dem Titel „Vollziehung“ zusammengefasst – andererseits ist längst, auch in Österreich, zu Gunsten einer gleichgewichtigen Funktion von Legislativorganen und Gerichten im Prozess der Rechtserzeugung gekippt.

2. Die Umsetzungsbedürftigkeit von Gemeinschaftsrecht

Nur eine Facette in diesem komplexen Bild der sich überschneidenden Relationen von nationaler und europäischer Rechtsebene einerseits und der jeweiligen Gewaltenbalance – in der EG spricht man vom „institutionellen Gleichgewicht“ – andererseits bildet die Rolle der nationalen Parlamente in der Umsetzung oder Durchführung (Implementierung) von EG-Recht.

Gemeinschaftsrecht beansprucht zu einem nicht unerheblichen Teil eine „unmittelbare Geltung“ in den Mitgliedstaaten, und zwar in einem Ausmaß, das weit über das hinausreicht, was sich die Gründungsväter (und –mütter, so es solche gegeben hat) wohl vorgestellt hatten. Der EG-Vertrag schreibt diese unmittelbare Geltung explizit nur den Verordnungen zu (Art 249 Abs 2 EG). Der EuGH erkennt sie aber auch dem Primärrecht, soweit es „unbedingt und hinreichend genau“ formuliert ist,²⁾ und unter bestimmten weiteren Vorausset-

Parlamente als Erfüllungsgehilfen der EU

Theo Öhlinger



zungen sogar den Richtlinien zu.³⁾ Aus dem komplizierten Zusammenspiel von staatlichem Recht und unmittelbar geltendem – und überdies Vorrang beanspruchenden⁴⁾ – Gemeinschaftsrecht resultiert die zuvor angesprochene wachsende Bedeutung der nationalen Gerichte, die im Einzelfall das konkret geltende Recht durch oft kühne Interpretation „gewinnen“ müssen.⁵⁾

Den überwiegenden Teil des (sekundären) Gemeinschaftsrechts bilden aber nach wie vor die *Richtlinien*. Sie sind nach der Konzeption des EG-Vertrages *in nationales Recht umzusetzen*. Erst dieses nationale Recht ist unmittelbar – für Private wie für staatliche Organe – verbindlich. Die Richtlinie bildet insofern ein „zweistufiges“ oder „mittelbares“ Rechtsetzungsinstrument.⁶⁾ Art 249 Abs 3 EG drückt das zwar in einer etwas merkwürdigen Sprache aus, die zu Spekulationen über das anregt, was sich die Gründungsväter (und –mütter; siehe zuvor) dabei wohl gedacht haben mögen. Danach legt eine Richtlinie verbindliche *Ziele* fest, überlässt jedoch den staatlichen Organen die *Wahl der Form und Mittel* (wohl: zur Erreichung dieser Ziele). In Wahrheit beschränken sich Richtlinien aber keineswegs und sogar nur selten auf eine finale Programmierung (sofern das mit der Formulierung des Art 249 Abs 3 EG überhaupt gemeint war), sondern enthalten typische Rechtssätze konditionaler Struktur („Wenn/Dann-Programme“) mit eher präzisiertem Inhalt. Die den staatlichen Organen zur Wahl gestellten „Formen und Mittel“ reduzieren sich auf gewisse rechtstechnische Variationsmöglichkeiten. Dazu gehört – worauf sogleich noch näher einzugehen ist – die *Wahl der Rechtsform*, freilich durch den EuGH eingeschränkt auf eine *nach außen wirksame* Rechtsform, auf die sich der Einzelne vor einem staatlichen Gericht berufen

1) Neben dem Rat kommen auch der Kommission erhebliche legislative Funktionen zu.
 2) EuGH, *Van Gend en Loos*, Slg 1963, 1.
 3) Dazu näher unten bei FN 8 f.
 4) EuGH, *Costa v ENEL*, Slg 1964, 1253. Dazu näher

Öhlinger/Potacs, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht² (2001) 69 f.
 5) Dazu ausführlich *Öhlinger*, Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, FS Fleiner (2003) 719 ff.

6) Dazu *Schramm*, Zweistufige Rechtsakte oder: Über Richtlinien und Grundsatzgesetze, ZÖR 2001, 65.

kann⁷⁾. Im Kontext der österreichischen Rechtsetzung bedeutet dies die *Wahl zwischen formellem Gesetz und (Rechts-)Verordnung*.

Vorweg ist auf eine wichtige „Sanktion“ zu verweisen, die der EuGH für den Fall entwickelt hat, dass ein Staat eine Richtlinie nicht rechtzeitig (d.h. bis zum Ablauf der in einer Richtlinie regelmäßig vorgesehenen Umsetzungsfrist) implementiert. In diesem Fall ist die Richtlinie selbst von den zuständigen staatlichen Gerichten und/oder Verwaltungsbehörden unmittelbar anzuwenden (und verdrängt nach der vom EuGH postulierten Vorrangregel widersprechendes nationales Recht), sofern sie unbedingt und hinreichend genau formuliert ist⁸⁾ und ein weiteres Kriterium erfüllt: Sie muss Privatpersonen berechtigen, darf sie jedenfalls nicht einseitig verpflichten. Nur der Einzelne kann seine Ansprüche gegenüber dem Staat auf eine nicht umgesetzte Richtlinie stützen, der Staat darf aber nicht den Einzelnen auf der Grundlage einer von ihm rechtswidrigerweise nicht umgesetzten Richtlinie bestrafen oder sonst wie in Pflicht nehmen.⁹⁾ Weil es jedoch in dem weiten Feld möglicher „Zweit- und Drittwirkungen“ einer Richtlinie viele Abstufungen und Grauzonen gibt, ist dieses Kriterium der „Begünstigung des Einzelnen“ von Unsicherheit belastet (und eröffnet wiederum den Gerichten, die diese Frage im Zusammenwirken mit dem EuGH zu beurteilen haben, jenen schon angesprochenen weiten Gestaltungsspielraum in der Rechtsfindung).

Was dagegen das erstgenannte Kriterium einer hinreichend genauen Formulierung der Richtlinie als Bedingung ihrer unmittelbaren Verbindlichkeit anlangt, so muss es den Rechtsetzer auf europäischer Ebene geradezu zu solchen Formulierungen stimulieren. Denn dadurch wird die gleichmäßige Durchführung einer Richtlinie in allen Mitgliedstaaten am besten gesichert. Tatsächlich ist der Text der Mehrzahl der Richtlinien sehr detailliert und genau sowie manchmal geradezu extrem kasuistisch. Der Gestaltungsspielraum des nationalen Umsetzungsorgans tendiert nicht selten gegen Null: Es bleibt oft nicht viel mehr übrig, als die Richtlinie mehr oder minder genau „abzuschreiben“.¹⁰⁾

3. Die Wahl der Umsetzungsform

Zurück zur „Wahl“ (Art 249 Abs 3 EG) der Rechtsform und damit des *Organs, das die Umsetzung einer Richtlinie vorzunehmen hat*: In Betracht kommen, wie schon gesagt, formelle Gesetze und Verordnungen.

Überlässt man die Umsetzung dem formellen Gesetzgeber, d.h. dem Parlament – in Staaten mit dezentralisierter Gesetzgebung: den Parlamenten auf nationaler und regionaler Ebene (auch das gehört zur „Wahl der Form und Mittel“ im Sinne des Art 249 Abs 3 EG) –, so liegt allein schon darin eine Degradierung des Parlaments: Das Parlament, das im Sinne der „Mutter aller Parlamente“ (*Westminster*) selbst der Souverän, im Sinne kontinentaleuropäischen Verfassungsverständnisses der Repräsentant des Souveräns (des Volkes) ist, wird zum

Erfüllungsgehilfen exekutiver Rechtsetzungsorgane (Rat, Kommission – siehe zuvor).

Die Parallele zu Bundesstaaten mit nationaler Rahmengesetzgebung, die durch regionale Gesetze auszuführen sind (vgl Art 12 B-VG), drängt sich auf und belegt die These, dass sich in rein rechtlicher Sicht die EG von einem Bundesstaat nicht mehr unterscheiden lässt: Ihre Rechtsstruktur – nicht auch ihre politische Dimension – ist in Wahrheit schon heute eine bundesstaatliche.

Diese Degradierung nationaler Parlamente auf die Funktion von Landtagen bildet auch ein ganz massives Demokratieproblem. Das scheint als Lösung eine Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments und eine dadurch bewirkte Demokratisierung des Rechtsetzungsprozesses auf der europäischen Ebene selbst nahe zu legen. Das ist auch die Intention des Verfassungsvertrages nach den Vorstellungen des EU-Konvents von 2002/03: Dieser Entwurf wertet die Rolle des Europäischen Parlaments nicht unerheblich auf.

Diese Lösung begegnet freilich nicht nur politischen Widerständen (wie in der Diskussion über den Verfassungsvertrag bereits deutlich wurde), sondern auch strukturellen Schwierigkeiten: Abgesehen von dem nicht verwirklichten (sondern zu Gunsten kleiner Mitgliedstaaten modifizierten) Grundsatz der gleichen Repräsentation der Unionsbürger¹¹⁾ stellt sich die grundsätzlichere Frage, ob sich die Einwohner der EU-Mitgliedstaaten überhaupt als ein europäisches Volk begreifen und in diesem Sinne repräsentieren lassen. Oder weniger staatstheoretisch als realitätsbezogen formuliert: Ein Parlament kann erfolgreich nicht in einem luftleeren Raum agieren; es bedarf der Rückkoppelung an eine Öffentlichkeit. Eine europäische Öffentlichkeit mit entsprechenden europäischen Medien ist aber nur in sehr bescheidenen Ansätzen erkennbar. Insofern ist die Repräsentationsfähigkeit des Europäischen Parlaments und damit eine europäische Demokratie strukturell begrenzt. Eine europäische parlamentarische Demokratie kann die Demokratie auf nationaler Ebene nicht adäquat ersetzen. Jede Übertragung von Rechtsetzung auf die europäische Ebene ist daher unvermeidbar mit einem Verlust an Demokratie behaftet.¹²⁾

Die Einschaltung der nationalen Parlamente in die Umsetzung von Richtlinien kann als ein Versuch bewertet werden, dieses unvermeidliche Demokratiedefizit europäischer Rechtsetzung zu reduzieren. Dieser Versuch ist nicht von vornherein vergeblich. Und es ist auch aus der Perspektive der politischen Praxis durchaus sinnvoll, nationale Abgeordnete mit europäischen Fragen zu konfrontieren und auf diese Weise bei den nationalen politischen Eliten Verständnis für europäische Probleme zu wecken. Dieser Versuch findet jedoch Grenzen an dem beschränkten, manchmal gar nicht mehr vorhandenen Gestaltungsspielraum der nationalen Parlamente bei der Umsetzung von Richtlinien.

Nationale Parlamente in die Umsetzung von Richtlinien einzuschalten ist daher nur ein hinkendes Instrument zur

7) EuGH, *7A Luft*, Slg 1991, I-2607.

8) EuGH, *Van Duyn*, Slg 1974, 1337 uva.

9) EuGH, *Ratti*, Slg 1979, 1629; *Marshall*, Slg 1986, 723.

10) Siehe als Beispiel die §§ 22a-22o Bankwesenge-

setz idF BGBl 1996/753, die wörtlich die Eigenmittelrichtlinie wiedergeben; dazu *Schramm*, ZÖR 2001, 80.

11) Nach dem Verfassungsvertrag soll Malta mit fünf, Deutschland mit 99 Abgeordneten vertreten sein.

Nach wie vor bleibt das Europäische Parlament damit eine Vertretung der Völker Europas (so Art 189 Abs 1 EG), nicht der Unionsbürger.

12) Dazu *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581 (587).

Kompensation des unaufhebbaren Demokratiedefizits der europäischen Rechtsetzung. Es muss durch andere Instrumente ergänzt werden. Tatsächlich ist das Problem der Demokratie in Europa – und darüber hinaus in weltweit agierenden Organisationen wie der WTO¹³⁾ – ein höchst komplexes Problem, dem nur durch eine Vielzahl unterschiedlichster Ansätze im Sinne der Konzepte einer „postparlamentarischen Demokratie“¹⁴⁾ begegnet werden kann.¹⁵⁾

4. Die österreichische Praxis

Das österreichische Modell der Umsetzung von Richtlinien ist durch ein Verfassungsverständnis vorgeprägt, das diese substantiellen Probleme hinter formalistischen Argumentationsstrukturen verbirgt und oft genug auch zu verkennen scheint.

Nach Art 18 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund von Gesetzen ausgeübt und dürfen im Besonderen auch Verordnungen nur auf Grund von Gesetzen erlassen werden. Der VfGH¹⁶⁾ folgert daraus, dass Richtlinien nicht durch Verordnungen umgesetzt werden dürfen. Richtlinien seien keine Gesetze im Sinne des Art 18 B-VG.

Das ist freilich schon im Ansatz eine höchst fragwürdige Argumentation. Die Verwaltung hat niemals lediglich auf der Grundlage bloß formeller Gesetze agiert, sondern etwa auch auf der Grundlage von (wenn auch gesetzesrangigen) Staatsverträgen oder auf der Grundlage von Verordnungen selbst, und zwar auch von selbständigen Verordnungen, also solchen Verordnungen, die nicht ihrerseits eine Grundlage in formellen Gesetzen haben. Der Gesetzesbegriff des Art 18 B-VG ist weiter als der des formellen Gesetzes.¹⁷⁾

Im Besonderen ist seit dem EU-Beitritt unstrittig, dass die Verwaltung auch auf der Basis von unmittelbar anwendbarem EG-Recht handeln und entscheiden muss, wobei solches EG-Recht überdies Vorrang vor entgegenstehenden Bundes- und Landesgesetzen hat und Letztere in konkreten Fällen verdrängt.¹⁸⁾ Ob man das als Ergänzung des Gesetzesbegriffes versteht, der eben nunmehr auch EG-Recht (wie zuvor schon Staatsverträge,¹⁹⁾ aber auch die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art 9 Abs 1 B-VG oder generelle Hoheitsakte Internationaler Organisationen im Sinne des Art 9 Abs 2 B-VG umfasst, oder aber als eine den Art 18 Abs 1 B-VG einschränkende Regel des EG-Rechts, sei hier dahingestellt.

Es liegt daher nahe, auch die Frage, wer zur Umsetzung einer Richtlinie in Österreich zuständig sei, auf der Grundlage des Art 18 B-VG zu lösen. Dass Verordnungen gemäß dieser Bestimmung (Abs 2) nur auf Grund von Gesetzen erlassen werden dürfen, bedeutet zum einen, dass sie nur bestehende

gesetzliche Regelungen näher ausgestalten, nicht aber Recht schaffen dürfen, das nicht im Wesentlichen bereits auf Gesetzesstufe vorgezeichnet ist.²⁰⁾ Es bedeutet zum anderen, dass die gesetzliche Grundlage selbst hinreichend bestimmt sein muss und nicht die Rechtsetzungsaufgabe in ihrer Substanz auf das verordnungserlassende Verwaltungsorgan delegieren darf.²¹⁾ In den Worten des VfGH: das Gesetz muss hinreichend determiniert sein; es darf sich nicht auf eine „formalgesetzliche Delegation“ beschränken. Die Judikatur des VfGH definiert die geforderte hinreichende Bestimmtheit eines Gesetzes als Grundlage für Verordnungen zwar kasuistisch, tendenziell aber eher streng.

Von diesem Ansatz her gesehen erscheint es verfassungsrechtlich zulässig, eine Richtlinie – sei es zur Gänze, sei es auch bloß in Teilen – *dann durch eine Verordnung umzusetzen, wenn ihr Inhalt im Lichte der Judikatur zu Art 18 Abs 2 B-VG hinreichend bestimmt ist.* Das wäre dann der Fall, wenn der wesentliche Gehalt einer noch zu erlassenden Durchführungsregelung in der Richtlinie selbst bereits so intensiv geregelt ist, dass auch ein gleichlautendes formelles österreichisches Gesetz durch eine Verordnung nach Art 18 Abs 2 B-VG präzisiert werden dürfte.

Zu beachten ist, dass der Maßstab der Bestimmtheit einer Richtlinie, der gegeben sein muss, damit diese in Österreich durch eine Verordnung umgesetzt werden kann, dem österreichischen Verfassungsrecht – konkret: der Rechtsprechung des VfGH zu Art 18 B-VG – entnommen werden muss. Dieser Maßstab ist nicht identisch mit jenem, den der EuGH zur Beurteilung der Frage heranzieht, ob eine nicht rechtzeitig umgesetzte Richtlinie als Grundlage konkreter Entscheidungen von Gerichten und Verwaltungsbehörden anwendbar ist. Tendenziell dürfte der Maßstab des VfGH sogar restriktiver sein als jener des EuGH,²²⁾ was durch eine unterschiedliche Rechtstradition erklärbar, in der Sache selbst freilich kaum gerechtfertigt erscheint: Dass eine Richtlinie so bestimmt und genau formuliert ist, dass sie von einem Untergericht oder einer nachgeordneten Verwaltungsbehörde – vielleicht sogar in Widerspruch zu bestehenden gesetzlichen Regelungen – unmittelbar angewendet werden kann (und muss), dass sie aber gleichzeitig zu wenig bestimmt sein soll, um durch eine Verordnung eines Bundesministers oder einer Landesregierung ausgeführt werden zu können, ist der Sache nach widersinnig. Dieser Widersinn wird freilich nur in seltenen Fällen zum Tragen kommen. Es ist sogar zu erwarten, dass sich die Rechtsprechung beider Gerichte zur Frage der hinreichenden Bestimmtheit (VfGH) oder hinreichenden Genauigkeit (EuGH) angleichen wird – tendenziell wohl in die Richtung des EuGH.²³⁾

13) Dazu jüngst *Bußjäger*, Der Fall WTO, Juridikum 2003, 169 (171 f).

14) Dazu etwa *Sommermann*, Verfassungsperspektiven für die Demokratie in der erweiterten Europäischen Union: Gefahr der Entdemokratisierung oder Fortentwicklung im Rahmen europäischer Supranationalität?, DÖV 2003, 1009 (1013 ff).

15) Ansätze dazu finden sich in den Art I-44 – I-51 des vom EU-Konvent erarbeiteten Verfassungsvertrages unter dem Titel „Das demokratische Leben der Union“.

16) VfSlg 15.189/1998. Aus der Literatur siehe etwa *Ranacher*, Die Funktion des Bundes bei der Umsetzung des EU-Rechts durch die Länder (2002) 177 ff; ferner *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht 100. Vgl dort (FN 110) auch zu weiteren Argumenten des VfGH.

17) Dazu ausführlich *Öhlinger*, Legalitätsprinzip und Europäische Integration, FS 75 Jahre Bundesverfassung (1995) 633 (641 f).

18) Siehe zuvor bei FN 4.

19) Siehe zuvor bei FN 17.

20) VfSlg 9227/1981; 13.133/1992.

21) VfSlg 10.296/1984; 15.787/2000.

22) Zweifel an der verbreiteten Annahme eines unterschiedlichen Verständnisses der hinreichenden Determinierung zwischen EuGH und VfGH meldet *Schramm*, ZÖR 2001, 90 ff an. Richtig ist die Feststellung, dass die einschlägige Judikatur beider Gerichte schwankend und kasuistisch ist.

23) Dazu ausführlich *Öhlinger*, Legalitätsprinzip, 646 ff. Anzumerken ist, dass der Verfassungsvertrag des EU-Konvents (Art I-35) Grenzen einer Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vom europäischen

Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass, je erfolgreicher die EU – bzw genauer: der Prozess der Europäischen Integration – wird, desto distanzierter stehen die sog „Menschen“¹⁾ dieser Entwicklung gegenüber. Wie kann das sein? Vielleicht wissen die „Menschen“ mittlerweile aus Gründen des Generationenwechsels nicht mehr um die Gründungsidee der Europäischen Integration als einer eminent zeitgeschichtlichen – die Katastrophe der beiden Weltkriege im 20. Jahrhundert, die mittlerweile in der medialen Debatte zum sog „Zweiten Dreißigjährigen Krieg“ verschmolzen und gleichsam „abhistorisiert“ werden. Vielleicht kann sich ein Teil der „Menschen“ auch nicht mehr aus eigener Anschauung an den sog „Kalten Krieg“ erinnern? Dies steht zu vermuten. Da bekanntlich das, was man zu besitzen glaubt, seinen Wert einzubüßen beginnt, vermag man sich der Bedeutung einer institutionalisierten Organisation der westlich-demokratischen Lebensform im Lichte der sowjetischen Bedrohung nicht mehr zu erinnern.

Vor diesem Hintergrund des allseitigen Vergessens macht die regelmäßige Erinnerung an die Friedensidee als Gründungsidee der EU zunehmend weniger Sinn. Mag sein, dass der diesbezügliche Erfolg der EU sie selbst aufzuheben droht. Aber die Vernunft ist geschichtlich und nicht historisch, was bedeutet, dass sich die prinzipielle Bedrohtheit unserer mittelwesteuropäischen (ehemals „abendländischen“) Lebensform nicht verändert hat. Auch heute stehen wir globalen Bedrohungen gegenüber – wie zu Zeiten des Kalten Krieges, als Washington und Moskau antagonistisch über unserem Schicksal thronen – die wir als bloßes Objekt der Geschichte (das wir in Europa seit 1945 bis auf weiteres sind) nunmehr zu gewärtigen haben. Die neue Herausforderung, die im Falle ihrer politischen Marginalisierung sich durchaus bedrohlich entwickeln könnte, ist das, was man „Globalisierung“ nennt. Ebenso wie so manch andere „Schlagworte“ unterliegt die „Globalisierung“ einer epidemisch-inflationären Verwendung. Doch man sollte trotz der berechtigten Kritik an einem solchen mittlerweileigen „Allerweltsbegriff“ nicht aufhören, darüber nachzudenken, worin denn das eigentliche Wesen der Globalisierung, die ja gerade nicht Internationale Entwicklungszusammenarbeit, Entwicklungshilfe etc ist, besteht.

1. Das Wesen der Globalisierung

Zunächst stellt sich einmal das grammatikalische Problem, was denn da eigentlich globalisiert werden soll. Die Globalisierung verlangt ein Objekt, einen Gegenstand ihrer selbst. Sie beschreibt einen Verbreitungsprozess in Hinblick auf das Ausmaß der Verbreitung, aber sie sagt nicht, was denn da eigentlich weltweit verbreitet wird. Es wird auch nicht zum Ausdruck gebracht, wer denn da eigentlich „verbreitend“ tätig wird. Man kann sich daher rein rhetorisch des Eindrucks einer gleichsam schicksalhaften Entwicklung kaum entziehen. Man weiß nicht genau, wer handelt, man weiß nicht genau, was da eigentlich gehandelt wird, man fühlt sich aber davon bedroht – vielleicht durch die Unwissenheit – immerhin kennt man

weder Subjekt noch Objekt der Globalisierung – eine bedenkliche Ausgangslage, wenn man nach wie vor der demokratischen Gründungsidee der vom Volk ausgehenden Macht bzw in der verdünnten Form im Sinne einer Volkskontrolle der Macht anhängt. Die Globalisierung – das unbekannte Wesen, so wäre man versucht, es zu formulieren. Doch ganz so ist es nun auch wieder nicht.

Man vermag im Rahmen des Begriffsfeldes „Globalisierung“ bestimmte Bereiche zu identifizieren, die dieser ausge-

Europäische Integration zwischen Recht und Gerechtigkeit

Christian Stadler



setzt sind: als da prominent zu nennen sind die Weltwirtschaft, vor allem der Welthandel, die Kommunikationsinfrastruktur, die Massenkulturproduktion, schon weniger ausgeprägt die Politik und fast gar nicht die Menschenrechte – weder in ihrer Geltungsdimension (Universalität) und schon gar nicht in der Umsetzungs- bzw. Wirksamkeitsdimension (Generalität). Vielmehr ist es der Globalisierung eigen, ein eminent elitärer Vorgang zu sein – ihre legitimatorische Schwäche erweist sich ua daran, dass sie strukturell nur einen Bruchteil des „Globus“ erfasst (Stichwort: „Digital Gap“) – alle haben Internet ... wirklich alle? Oder doch nur 15 % der Weltbevölkerung, also eine politisch schon wieder schätzenswerte Minderheit, die sich durch zivilisatorisch-technische Welt dominanz auszeichnet. Wobei sich auch hier wiederum die Frage nach der Tiefenwirkung globalisiert-elektronischer Kontrolle über unvernetzte Gesellschaften stellt, denen es an „connectivity“ mangelt.

Der fast schon konzeptionell zu nennende Ausschluss des Großteils der Population des *Globus* von der *Globalisierung* sowie der Umstand, dass man durch besagten Ausschluss von der Globalisierung auch deren struktureller Macht sich zu entziehen vermag, lässt sehr daran zweifeln, dass die Globalisierung überhaupt ein eminent *politischer* Vorgang ist. Vielmehr erinnert sie in ihrer Gesamtheit an einen wirtschaftlichen Marktprozess (auch in den Bereichen, in welchen es sich nicht prima vista um wirtschaftliche Zusammenhänge handelt), der auch – für den Fall des Ausschlusses aus demselben – seinen prägenden Einfluss verliert. Man kann sich grundsätzlich aus den Prozessen der Globalisierung ausklinken, ohne seine psy-

1) Die im veröffentlichten Diskurs regelmäßig ohne „*argumentum ex cathedra*“ herhalten müssen. je näher definiert worden zu sein als demokratisches

chophysische Existenz – im Sinne des planetarischen Hochverrats in einem rechtlichen Sinne – zu gefährden. Doch dieses Opting-Out weist eine wesentliche *Vorbedingung* auf: die Globalisierung darf nicht auf Überlebenszusammenhänge übergreifen, wie zB die Frage der Basis-Ernährung im Zusammenhang mit Fragen der genetischen Manipulation und entsprechenden Patentierung von Saatgut, da damit gleichsam eine Urverrechtlichung und dh zugleich Urvereinnahmung iS einer Urexklusion im Sinne Rousseaus eintritt: das seit *Locke* gleichsam menschenrechtliche Recht des Schöpfers an seinem „Werk“.²⁾

Wie dies theologisch genauer zu verstehen sei, mag man an berufenerer Stelle diskutieren, aber auf dem Boden augustinischer Zuversicht (*credo, ut intelligam*) vermag auch die Vernunft als solche (von der instrumentellen Verständigkeit zu unterscheiden) einen Hinweis auf Wesen und Wert der Globalisierung zu geben: es ist nämlich für viele der angedeuteten Aspekte der – im Kern wirtschaftlich zu fassenden – Globalisierung im Zeichen der Marktmechanismen³⁾ eine strukturelle Widervernünftigkeit ursächlich – nämlich die Inkongruenz von Recht und Markt. Was soll das bedeuten? Zunächst ist einmal davon auszugehen, dass nicht der Markt in sich selbst – gleichsam immanent – eine moralische Autorität aufweist. Der Markt an sich „funktioniert“ – nicht mehr und nicht weniger. Das ist schon recht viel, wenn nicht sogar schon alles, was man in einer Zeit verlangen kann, in der nicht einmal mehr der Zweck⁴⁾ die Mittel heiligt, sondern nur noch die Funktionalität bzw. der Erfolg, also die „Zweckdienlichkeit“.

2. Historizität und Legitimität

Damit wäre die strukturelle Grenze der liberalen Theorien prozeduraler Gerechtigkeitsgenese⁵⁾ prominent ans Licht getreten – die abstrakte *Prozeduralität* hat ihre Schattenseite, die *Funktionalität* nämlich, – beiden ist die reine Formalität und Ergebnisoffenheit gemeinsam. Wenn dagegen die Prozeduralität nicht abstrakt, sondern voraussetzungs- bzw anspruchsvoll gesetzt wird, so verliert sie zwar ihre problematische Abstraktheit, dafür aber auch ihre eigentliche Existenzbegründung, nämlich die Zugangs- und damit Ergebnisoffenheit überhaupt – ein Grundproblem, das von *Rawls*⁶⁾ bis *Habermas*⁷⁾ in all diesen Theorien schlummert. Die letztlich praktizierte Variante, dass man besagte „offene“ Theorien auf unerwähnten konkreten Voraussetzungen aufrufen lässt, scheint das Problem zwar zu entschärfen, aber es scheint nur so zu sein: denn die Theorie kann so zwar theoretisch „offen“ und damit letztlich scheinbar abstrakt gehalten werden, aber sie ist regelmäßig praktisch nicht ergebnisoffen, sondern trans-

formiert bzw. moduliert nur die unausgesprochen vorausgesetzten Inputs letztlich abstrakt-unverändert. Das mag vielleicht in friedlichen Gesellschaften eine befriedende bzw beruhigende Wirkung entfalten, doch wirft das auf diese Theorien den Schatten der Vergänglichkeit, es ist ihnen das Verdikt der „Weltgeschichte“ bereits in die Wiege gelegt – die wesentliche raum-zeitlich-zivilisatorische Bedingtheit dieser Theorien. Die Frage der radikalen Verweigerung (etwa in Gestalt des Terrorismus) neutralisiert diese Theorien aufgrund mangelnder Anwendbarkeit *a limine* – ohne Bereitschaft den Schleier des Nichtwissens zu nehmen bzw ohne ideale Diskursrahmenbedingungen greift die ganze Theorie nicht. Das Problem wird im Wesentlichen nur argumentativ vorverlegt in den theoriefreien Raum, dh ausgeblendet und dem Politischen überlassen.⁸⁾

3. Markt und Moral

Vor diesem Hintergrund ist erneut die Globalisierung in den Blick zu nehmen: wenn der Markt schon theoretisch keine politische Funktion übernehmen kann, dh den existenziellen Konflikt nicht schlichten kann zwischen materialen Knappheitspositionen, so kann er auch den Hunger des Mittellosen nicht stillen, der so lange im Bereich der „Saturday Night Portokassen-Charity“ abgehandelt werden mag, solange die Hungernden nicht eine „demographische“ und damit auch „demokratische“ Mehrheit halten bzw sich in eine solche verwandeln. Dies mag zwar in den Ländern des Nordens auf absehbare Zeit nicht der Fall sein, aber „global“ betrachtet (und das ist unser universalistisch-legitimatischer Betrachtungswinkel) besteht daran lt UN-Quellen keinerlei Zweifel mehr. Bekanntlich ist der Globus noch immer im *Hobbes'schen* Sinne als „Naturzustand“⁹⁾ zu sehen, womit klar wird, dass der Markt in diesem Naturzustand mehr das Schlachtfeld denn die regelnde Autorität darstellt. Nur wer sich das Angebot leisten kann, dessen Nachfrage wird befriedigt – das ist alles. Wer es sich nicht leisten kann, der spielt einfach nicht mit und ist draußen aus dem Kreis der vom Markt regelmäßig befriedigten Teilnehmer. Somit sind immer alle Marktteilnehmer im Marktgeschehen befriedigt. Es ist dies aber ein Ausschlussfrieden, der wie gesagt dem Krug gleich sich seinem Brunnen annähert ...

Soll der Markt moralisch wirken, dann nur, wenn seine Teilnehmer moralisch agieren. Das bedeutet aber regelmäßig, dass sie den Voraussetzungen des Marktfunktionierens zuwiderhandeln: man könnte fast sagen, dass Moralität sich als dem optimierten Marktverhalten diametral entgegengesetzt erweist und nur unter idealen Bedingungen relativer Sättigung

2) Vielleicht vermag bzw vielmehr vermochte in diesem Zusammenhang das Christentum eine gewissen Einbremsung pelagianischer Hybris anzuregen durch den Hinweis auf die erfahrene jeweils eigene Geschöpflichkeit des Menschen selbst. Zur Zeit steht ein solcher bremsender Einfluss allerdings zu bezweifeln.

3) Man sollte diese nicht unbedingt „Gesetze“ nennen, denn sonst suggeriert man zum einen die Unveränderlichkeit der Naturgesetze und die Legitimation der Rechtsgesetze – die sog. „Marktgesetze“ sind genau betrachtet weder das eine noch das andere – weder unveränderlich noch legitim.

4) Materialismus schlägt letztlich um in funktionale Materialität.

5) Kurz gefasst: Nur das *gerecht* gestaltete Verfahren vermag solcherart *gerechte* Ergebnisse zu zeitigen in heterogenen Zeiten wie diesen. Aber woher weiß man um die *Gerechtigkeit* des Verfahrens wie des Ergebnisses?

6) *Schleier des Nichtwissens* und die Frage nach den Voraussetzungen, überhaupt unter diesen Schleier zu gehen.

7) *Herrschaftsfreie Diskurskonstellation* und die Frage, unter welchen Voraussetzungen diese je ge-

geben sein kann.

8) Eine andere Problematik abstrakter Theorien besteht darin, dass sie oftmals nur scheinbar legitimatisierend wirken, wenn man an „fundamentalistische“ Ergebnisse von „demokratischen“ Wahlen in Nordafrika denkt. Diese „demokratisch legitimitierten“ Ergebnisse dann einfach zu annullieren, ist wiederum ein Akt einer dann doch nicht wertfrei-neutralen Abstraktion.

9) Und eben nicht im *Locke'schen* Sinne, da es an den bürgerlichen Urrechten von life-liberty-property ja gerade fehlt.

möglich wird. Das bedeutet, dass also auf dem relevanten Markt nur Exzellenzgüter ausgetauscht werden und nicht mehr Existenzgüter, dh also Güter, die für die Marktteilnehmer übereinstimmend diese zentrale Überlebensbedeutung nicht haben.

Woran liegt dieses eigenartige Marktverhalten? Wenn man bedenkt, dass im (nicht nur wirtschafts-)liberalen Diskurs der Gegenwart im Wesentlichen zwei Gerechtigkeitsdimensionen im Mittelpunkt stehen, die Austausch- und die Verteilungsgerechtigkeit¹⁰⁾, so kann man sagen, dass der Markt aus sich heraus keiner der beiden Gerechtigkeitsformen wirklich dient: weder der Verteilungsgerechtigkeit, denn der Markt sieht sich nicht als gescheitert an, wenn ausschließlich ein kleiner Teil der Bevölkerung daran überhaupt nur teilnehmen kann. Es macht für das Gelingen von Markt des Weiteren auch keinen wesentlichen Unterschied, ob die Marktteilnehmer selbst auf die Dauer angemessen (dh gesamtwerterhaltend) am Markt teilnehmen können oder nicht. Ja selbst die klassisch liberale Zugangsweise der Tauschgerechtigkeit macht dem Markt als einem solchen nicht zu schaffen: Markt „funktioniert“ im Rahmen seiner Mechanismen auch dann, wenn der Wert eines Gutes dem Wert des Tauschgutes gerade nicht entspricht. Dabei muss man sich allerdings des konventionalen Charakters von „Wert“ stets bewusst bleiben. Auch dieser ist kein absoluter, sondern ein gewordener, ob aber immer vom Marktmechanismus aus entwickelt, ist eine andere Frage. In der reinen Theorie mag dies wohl so sein, doch hängt letztlich die Wertgestaltung in Wahrheit wesentlich von der jeweiligen Information und Marktmacht der Teilnehmer bzw der Existenzialität des entsprechenden Bedürfnisses ab.

Wie so oft bei *Ideologien* setzt die Theorie des Marktfunktionierens einen Schritt zu spät an: sie setzt voraus, was sie gerade nicht schaffen kann (*Böckenförde*) – eine entsprechende gleichwertige Marktmacht der Teilnehmer, gleichen Zugang aller Menschen zum Markt und die Einhaltung von allgemein gültigen Regeln im Marktverhalten. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, so kann man durchaus sagen, dass der Markt nicht nur zur allgemeinen Bedürfnisbefriedigung beiträgt, sondern diese Funktion auch im Lichte einer gewissen Legitimität erfüllt. Diese Legitimität erhält der Markt aber nur unter einer wesentlichen strukturellen Bedingung, nämlich seiner *rechlichen* Domestizierung. Diese Einsicht ist so zwingend, wie sie auch bestritten ist. Es soll an dieser Stelle an die Thesen eines Philosophen erinnert werden, der bereits vor über 200 Jahren dieses Erfordernis im Lichte der neuzeitlichen Entwicklungen ausgesprochen hat: *Johann Gottlieb Fichte*.

Fichte hat seine Rechts-, Moral- und Wirtschaftslehre zwischen 1796 und 1800 entwickelt.¹¹⁾

4. Das Öffentliche des Privaten

Wie für alle wesentlichen Denker bilden diese drei Dimensionen des menschlichen Handelns für Fichte eine systemische Einheit. Sie beziehen sich wechselseitig notwendig aufeinander, sind letztlich logisch nicht von einander trennbar ohne ihnen begriffliche Gewalt anzutun. Es geht in allen drei Fällen um die Phänomene „Knappheit“ und „Konflikt“ im Zeichen menschlicher Autonomie. Schon seit *Platons Politeia* weiß man um das Politische des Ökonomischen, um das Öffentliche des Privaten. Die völlige Trennung führt zu jenem Wertungswiderspruch, an welchem die Antike weltgeschichtlich letztlich gescheitert ist: es kann nicht wahrhaft Gleichheit beanspruchen (*polis*), was seinerseits auf eklatanter Ungleichheit (*oikos*) beruht. Die neuzeitliche Wende wiederum hat dieses Verhältnis in das andere Extrem gesetzt, stellt das Ökonomische des Politischen, das Private des Öffentlichen in den normativen Mittelpunkt, was wiederum zu einem tendenziellen Wertungswiderspruch führt: es kann auf die Dauer nicht wahrhaft Ungleichheit beanspruchen (*oikos*),¹²⁾ was letztlich wesentlich auf Gleichheit (*polis*)¹³⁾ beruht. Auch hier werden die Sphären vermischt, auch hier ist nicht jedem das Seine gewährleistet, womit sich nach Platon keine vernünftige Struktur einstellen kann. *Fichte*, der in platonischer Tradition stehend zu sehen ist, kommt daher – ähnlich wie *Adam Smith* – zur Einsicht, dass es gilt, Recht, Markt und Moral zusammenzudenken. Das Recht setzt die Identität, der Markt die Differenz und die Moralität vermag die Identität der Identität und Nicht-Identität (*Hegel*) zu vermitteln. Nur diese Trias vermag der dialektischen Spannung angemessen zu begegnen. Allerdings sind sowohl *Platon* als auch *Fichte* „Idealisten“, was bedeutet, dass sich ihre Konzeption nicht unmittelbar als pragmatische Handlungsanweisung verwenden und damit missbrauchen lässt. Doch was sie zu bieten haben, sind Maßstäbe, Kriterien, um Kritik nicht nur zu formulieren, sondern auch zu fundieren. Idealisten haben es an sich, dem allgegenwärtigen pseudo-legitimierenden Funktionieren gleichsam Metakriterien gegenüberzustellen, die im eminenten Sinne transzendental gerade dieses Funktionieren nachhaltig gewährleisten und es damit allererst ermöglichen. Das Funktionieren verdankt seine legitimierende Kraft daher einzig und allein dem Umstand, dass es die Wirklichkeit von Vernunft repräsentiert. Das Problem besteht allerdings darin, dass man das Funktionieren oftmals verkennt und ganz im Sinne von *Clauzewitz* eine gewonnene Schlacht irrtümlich bereits für einen gewonnenen Krieg hält. Dieser weit verbreiteten Kurzschlüssigkeit ist daher mit Vorsicht zu begegnen. Funktionalität, die sich ihrer eigenen Legitimationsquelle gegenüber als geradezu widersprechend geriert, sollte daher als bloße Scheinfunktionalität entlarvt werden. Um einen ebenso prominenten wie

10) Die ebenfalls klassische politische Gerechtigkeit kommt dagegen gegenwärtig nicht prominent zur Sprache.

11) Es darin systematisch *Adam Smith* gleichtuend, der ebenfalls eine Rechts-, Wirtschafts- und Moral- lehre zusammen entwickelt hat. Es gehört zu den Tragödien der abendländischen politischen Philosophie,

dass *Smith* seine unfertiges Staatslehremanuskript hat vor seinem Tod vernichten lassen, sodass die akademische Nachwelt ihn für einen Markttheoretiker hält, der davon unabhängig moralische Interesse aufwies. Die untrennbare Einheit des *Smith'schen* Denkens kommt so gerade nicht zum Ausdruck.

12) Der Markt verlangt keine Gleichheit seiner Teil-

nehmer, weder setzt er diese voraus, noch stellt er diese her. Insofern ist der Markt als solcher politisch höchst anspruchslos.

13) Der liberale Rechtsstaat, der ja auf der Marktwirtschaft beruht, kommt solcherart in arge Legitimationsnöte.

ausgedünnten Begriff zu verwenden: die „Nachhaltigkeit“ des Funktionierens ist ein relevantes Indiz für das Maß der Vernünftigkeit des Funktionierens. Soweit ein ganz kurzer philosophischer Hintergrundabriss zum gegenständlichen Thema: der Europäischen Integration.

5. Die Notwendigkeit einer Kongruenz von Markt und Macht

Worin ist die Kern-These dieses Textes zu sehen? Darin, dass im Wesentlichen die *Europäische Integration* hält, was die *Globalisierung* vollmundig verspricht. Wie ist dies zu verstehen? Wenn man aus den soeben erfolgten Vorüberlegungen den richtigen Schluss zieht, liegt das zentrale Moment der Lösung bereits auf der Hand: es geht um die Kongruenz von Markt und Macht. Der Markt hat ökonomische Macht, aber er bedarf darüber hinaus aber auch der politischen Macht, des Rechts, um nicht nur gerecht, sondern vernünftig und damit nachhaltig „wirklich“ zu sein (im Sinne *Hegels* verstanden). Der Markt setzt für sein Gelingen in mannigfaltiger Weise Rechtlichkeit voraus – vor allem auch im konkreten Tauschakt, welcher der rechtlichen Regulierung und Sicherung bedarf und im sog vorstaatlichen „Naturzustand“ gerade nicht geben ist – im Zeichen gelingender Tauschgerechtigkeit. Aber auch im Lichte der Verteilungsgerechtigkeit ist es vonnöten, dass der Markt letztlich zu seinem eigenen Gelingen dazu gebracht wird, auf die Marktzugangspositionen seiner Teilnehmer Rücksicht zu nehmen. Das Monopol als das extreme Beispiel ist ja geradezu die absolute Aufhebung des Marktes und zeigt ungeschminkt die ebenso abstrakte Form der Macht auf. Diese wirkt – zunächst – umso härter, je abstrakter das Recht ist, auf welchem und durch welches diese wirtschaftliche Monopolposition begründet wird. Doch letztlich erodiert auch das abstrakte Recht, wenn es auf Dauer entkernt, also ohne Anspruch an Gerechtigkeit, in Geltung gehalten wird, woran selbst der „teufliche Monopolist“ (frei nach Kant) kein Interesse hat – es sei denn, er kann dem Rechtskollaps durch *instrumentelle Globalisierung* seiner Wirtschaftsmacht entkommen.¹⁴⁾ Statt des *Locke'schen* „Go West“ im globalen Dorf ist eher ein vertiefendes „Zurück zur Vernunft“ angesagt: zur Vernunft, die es gebietet – zumindest seit dem Denken *Johann Gottlieb Fichtes* steht diese Einsicht auf der Agenda –, dass Markt notwendig der Ordnung bedarf, nicht der Gängelung, nicht der Zentralverwaltung, nicht der Unterdrückung, sondern eminent der Ordnung. Darunter ist zu verstehen, dass die Marktkräfte „zivilisiert“ werden, sie also in jenes „Kulturbett“ eingepreßt werden, das nur einem einzigen Anspruch genügen soll: dass nämlich die Bedingungen der Möglichkeit von „Markt“ und „Freiheit“ durch deren ungeordnete Verwilderung nicht weiter gefährdet werden. Es geht gleichsam um ein transzendentes Projekt der Erhaltung der Bedingung von Möglichkeiten – um nicht mehr und auch um nicht weniger. Es soll der Markt nicht reguliert, ihm keine wesensfremde

Funktionalität oder Instrumentalität von außen „verpasst“ werden, sondern er soll nur in die Lage versetzt werden, mit Notwendigkeit – und nicht willkürlich – seinem Begriff gerecht zu werden. Dies ist der große Unterschied zwischen *Hegel* und *Fichte*, vielleicht auch der Unterschied zwischen *Aristoteles* und *Platon*: während *Hegel* die Wirklichkeit auf ihren Begriff bringen will, will *Fichte* die Wirklichkeit unter ihren Begriff zwingen ... dies nennt man Idealismus, was weit davon entfernt ist, eine „Träumerei von Phantasten“ zu sein. Es geht um die härteste Form von Wirklichkeit, um Vernunft, die transzendental „wirkt“ und damit Wirklichkeit allererst ermöglicht.

6. Die Vernunft der Europäischen Integration

Es ist daher, und dies sei zum Abschluss angemerkt, im Sinne *Fichtes* etwa die Europäische Integration deswegen dem Grunde nach vernünftig, weil sie im Kern (ob auch immer bewusst, mag dahingestellt bleiben) von der Überzeugung getragen ist, dass nur eine rechtliche Ordnung des Marktes im Stande ist, Handel und Wirtschaften ganz allgemein unter Gerechtigkeitsanspruch zu stellen. Wie gesagt, der Markt allein ist nicht gerecht, aber ohne den Markt kann keine Gerechtigkeit generiert werden. *Fichte* hat diesen Zusammenhang klar und deutlich aufgewiesen, er hat diese Deduktion letztlich im Begriff der Freiheit anheben lassen, diesen dann über den Rechtsbegriff formal und den Marktbegriff material vermittelt, aber letztlich ist zwischen diesen beiden Begriffen von *Fichte* das entscheidende Kriterium herausgestellt worden – die Untrennbarkeit von Recht und Wirtschaft, von politischer und ökonomischer Macht im Zeichen des Vernunftanspruchs der Gerechtigkeit, die wiederum keine zeitgebunden-partikuläre ist, sondern einzig darin besteht, die Bedingung der Möglichkeit fortgesetzten Freiheitshandels zu gewährleisten. Reines Recht ohne Wirtschaftsmacht, reine Wirtschaft ohne Rechtsmacht... sie leiden beide an ihrer Trennung und gerinnen zur bloßen Ideologie, die sich bekanntlich dadurch auszeichnet, dass sie den bloßen Teil bereits zum Ganzen erklärt, womit sie nie ganz Unrecht, aber ebenso niemals wirklich Recht hat, da sie unvernünftig ist.

Wenn die Europäische Integration zur Zeit an einer Sinnkrise leidet, dann vielleicht deshalb, weil sie ihre ureigenste Bestimmung, ein Vernunftprojekt zu sein, aus dem Blick bzw dem Bewusstsein verloren zu haben scheint. Wenn dem aber so sein sollte, so ist es die Aufgabe der Politischen Philosophie, diese Dimension der europäischen Integration wieder zur Sprache zu bringen, um der Integration wieder Leben und der Vernunft eine Chance einzuräumen, wieder wirklich zu werden, wieder zu „wirken“.

Ao. Univ.-Prof. DDr. Christian Stadler lehrt und forscht am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien; christian.stadler@univie.ac.at.

14) Was allerdings angesichts der letztendlichen Begrenztheit des Globus auch nur eine aufschiebende Wirkung entfaltet im Angesicht der Weltgeschichte.

[V]ergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt.“¹⁾

Der Hund bellt nicht, um seinen Besitzer vor dem Einbrecher zu warnen. Das ist lediglich die Sicht des soziologischen Beobachters, der darin die Funktion des Hundebells erkennt.²⁾

1. Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung

„Unvergleichbares kann man nicht sinnvoll vergleichen, und vergleichbar ist im Recht nur, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt.“³⁾ Dies ist der Kerngedanke der – mittlerweile nicht mehr unumstrittenen⁴⁾ – traditionellen Methode der Rechtsvergleichung; es ist der Kerngedanke der Funktionalität. „Funktionelle Rechtsvergleichung“ bedeutet, dass die rechtsvergleichende Arbeit von einem bestimmten sozialen Problem ausgehen soll. Dieses Problem soll als Vergleichsmaßstab dienen. Dementsprechend sollen jene Normen verglichen werden, denen die Funktion zukommt, dieses Problem zu bewältigen. Nach *Zweigert/Kötz* trägt jede Gesellschaft dieselben Probleme an die Rechtsordnung heran; unterschiedlich ist allein die Art, wie diese Probleme gelöst werden.⁵⁾

Der funktionellen Rechtsvergleichung wird eine wichtige Rolle bei der Rechtsvereinheitlichung eingeräumt. Durch rechtsvergleichende Arbeiten soll nämlich einerseits das Gleiche festgestellt und andererseits das Verschiedene gleich gemacht werden; Letzteres indem die beste Variante in das vereinheitlichte Statut aufgenommen wird.⁶⁾

Eine Verbindung etwas anderer Art besteht zwischen Rechtsvergleichung und Rechtsangleichung: Gegenüber der Rechtsvereinheitlichung ist die europäische Rechtsangleichung – zumindest ihrer Konzeption nach – weniger radikal, soll doch mittels Richtlinien lediglich ein Ziel vorgegeben werden und es den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, Mittel und Form der Umsetzung dieses Zieles zu wählen.⁷⁾ Zwischen dieser Idee der Rechtsangleichung und der funktionellen Rechtsvergleichung bestehen folgende Parallelen: Die Richtlinie gibt verschiedenen Rechtsordnungen dasselbe Problem zu lösen auf. Die Rechtsvergleichung fragt, wie verschiedene Rechtsordnungen dasselbe Problem lösen. Die Richtlinie gibt vor, wie das Problem im Ergebnis zu lösen ist, die Rechtsordnungen selbst sollen hingegen die Art und Weise bestimmen, wie sie diese Vorgaben verwirklichen. Das bedeutet, auch wenn die Rechtsordnungen verschiedene Regelungen vorsehen dürfen, sie sollen zum selben Ergebnis gelangen. Die gleichen Ergebnisse sind somit Zeugen einer gelungenen Rechtsangleichung. Eine gewisse Affinität zur Gleichheit prägt auch die funktionelle Rechtsvergleichung. Wenn nämlich die rechtsvergleichende Arbeit zeigt, dass die untersuchten Rechtsordnungen das fragliche Problem im Er-

gebnis gleich lösen, so soll sie die Vermutung für sich haben, geglückt zu sein. So wird bei *Zweigert/Kötz* zwar zugegeben, dass allenfalls nicht nur die Art und Weise, wie Probleme behandelt werden, unterschiedlich ist, sondern die Rechtsordnungen auch im Ergebnis verschiedenartig sein können. Allerdings sei im großen Bereich des „unpolitischen“ Privatrechts davon auszugehen, dass dieselben Bedürfnisse in allen „entwickelten Rechtsordnungen“ gleich oder zumindest sehr

Bellt der Hund, um vor dem Einbrecher zu warnen?

Funktionalität in Rechtsvergleichung und -angleichung am Beispiel des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters.

Judith Schacherreiter



ähnlich gelöst werden.⁸⁾ Einer Verschiedenartigkeit im Ergebnis wird mit Skepsis begegnet: „[S]tellt er [der Rechtsvergleicher, Anm] Verschiedenheiten oder gar völlige Gegensätze in den praktischen Lösungen fest, so sollte ihn dies aufmerken lassen und zu einer nochmaligen Prüfung auffordern, ob er die Frage nach der Funktion der Rechtsfiguren richtig und radikal genug gestellt, ob er den Umfang seiner Untersuchung weit genug gespannt hat.“⁹⁾ Kann hingegen aufgrund der Gesamtheit des untersuchten Materials „Gleichheit oder mindestens Ähnlichkeit“ konstatiert werden, „mag er sich zufriedengeben“.¹⁰⁾

Im Folgenden sollen diese Parallelen nachgezeichnet und gleichzeitig hinterfragt werden, und zwar anhand eines Beispiels aus dem Handelsvertreterrecht. Ich beschränke mich auf einen einzigen Aspekt, dem aber große wirtschaftliche Bedeutung zukommt, nämlich den Ausgleichs- und Entschädigungsanspruch des Handelsvertreters. Dabei geht es mir primär darum, die funktionelle Methode der Rechtsvergleichung zu reflektieren.

2. Der Ausgleichs- und Entschädigungsanspruch des Handelsvertreters

2.1 Art 17 Handelsvertreter-Richtlinie

Der untersuchte Anspruch ist in Art 17 der Handelsvertreter-Richtlinie (HV-RL)¹¹⁾ geregelt. Handelsvertreter im Sinne dieser Richtlinie ist, wer als selbständiger Gewerbetreibender

1) *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 33.

2) *Fuchs*, in einem Brief an *Horster*; zit in *Horster*, Rechtsphilosophie (2002) 134.

3) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³.

4) *Husa*, *RebelsZ* 67 (2003) 419; *Örüü*, *EJCL* 2000 Vol 4.1.,

<http://law.kub.nl/ejcl/41/art41-1.html#par32>; *Le-grand*, *IntComplQ* 45 (1996) 52; *Frankenberg*, *HarvIntLJ* 26 (1985) 411.

5) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³.

6) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³ 23.

7) Art 249 Abs 3 EGV; *Neisser/Verschraegen*, Die Europäische Union – Anspruch und Wirklichkeit

(2001) *Rz* 14.031 ff.

8) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³ 38 f.

9) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³ 39.

10) *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung³.

11) Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften

ständig damit betraut ist, für eine andere Person (den Prinzipal) den Verkauf oder den Ankauf von Waren zu vermitteln oder diese Geschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipals abzuschließen.¹²⁾ Art 17 der HV-RL räumt dem Handelsvertreter bei Beendigung des Vertragsverhältnisses gegenüber dem Prinzipal einen unabdingbaren Anspruch auf Geldleistungen ein. Dieser Anspruch ist gemäß der Rechtsprechung des EuGH sogar international zwingend; das heißt, er kann bei Fällen mit Auslandsberührung durch Rechtswahl nicht abbedungen werden.¹³⁾ Den Mitgliedstaaten wird ausdrücklich das Wahlrecht eingeräumt, diesen Anspruch entweder als Ausgleichsanspruch im Sinne des Art 17 Abs 2 oder als Entschädigungsanspruch im Sinne des Art 17 Abs 3 auszugestalten. Als Oberbegriff für diese beiden Ansprüche wird im Folgenden der Begriff „Beendigungsanspruch“ verwendet.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber wollte mit der HV-RL Unterschiede zwischen nationalen Vorschriften des Handelsvertreterrechts ausgleichen, weil er der Ansicht war, diese Unterschiede würden den Wettbewerb verzerren, den Abschluss von Handelsvertreterverträgen erschweren und den Schutz des Handelsvertreeters beeinträchtigen.¹⁴⁾ Als die HV-RL erlassen wurde, kannten nur wenige der damaligen Mitgliedstaaten einen dem Art 17 vergleichbaren Beendigungsanspruch. Eine Vereinheitlichung hätte also grundsätzlich auch darin bestehen können, es diesen Mitgliedstaaten zu verbieten, zwingende Beendigungsansprüche des Handelsvertreeters vorzusehen. Wohl aus einem in der Präambel ausdrücklich angesprochenen, wenn auch nicht näher ausformulierten, Schutzgedanken heraus entschied der Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch, dass dem Handelsvertreter im Fall der Vertragsbeendigung zwingend entweder ein Ausgleichs- oder ein Entschädigungsanspruch zustehen soll. Warum und wovor der Handelsvertreter jedoch konkret zu schützen sei, geht aus den Erwägungsgründen zur Richtlinie nicht hervor. Abgesehen vom Ziel der Vereinheitlichung selbst ist daher für den Normzweck aus den Erwägungsgründen nicht viel zu gewinnen. Erschließt sich der Normzweck des Art 17 vielleicht aus dem Gehalt dieser Bestimmung selbst? Art 17 sieht für die Mitgliedstaaten ein Wahlrecht vor: Sie können dem Handelsvertreter entweder einen Ausgleichsanspruch (Art 17 Abs 2) oder aber einen Entschädigungsanspruch (Art 17 Abs 3) gewähren. Diese Entweder-Oder-Konzeption legt die Schlussfolgerung nahe, dass der Zweck des Art 17 durch Ausgleichs- und Entschädigungsanspruch gleichermaßen erfüllt werden kann. Dies wiederum würde bedeuten, dass Ausgleichs- und Entschädigungsanspruch derselbe Zweck beziehungsweise dieselbe Funktion zukommt. Andererseits wird das Entweder-Oder-Verhältnis von Abs 2 und Abs 3 nicht konsequent durchgehalten. Art 17 Abs 2 lit c bestimmt nämlich, dass die Gewährung eines Ausgleichsanspruches nicht das Recht des Handelsvertreeters ausschließt, Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Wenn aber Ausgleichs- und Schadenersatz-

anspruch nebeneinander bestehen sollen – warum räumt dann Abs 1 den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zwischen diesen beiden Ansprüchen ein?

Dieser logische Widerspruch des Art 17 kann aus der Entstehungsgeschichte heraus nachvollzogen, wenn auch nicht aufgelöst werden. Vor Erlass der HV-RL standen sich nämlich hinsichtlich allfälliger Beendigungsansprüche des Handelsvertreeters in Europa zwei Konzepte gegenüber: Der Ausgleichsanspruch deutscher und der Entschädigungsanspruch französischer Prägung. Da die damaligen Mitgliedstaaten keine Einigung darüber erzielen konnten, welches der beiden Konzepte in die Richtlinie aufgenommen werden sollte, wurde ein Wahlrecht eingeführt. Vorbild des Abs 2 war der deutsche Ausgleichsanspruch, Vorbild des Abs 3 der französische Entschädigungsanspruch.¹⁵⁾ Um die Funktion des Art 17 zu erschließen, soll daher zunächst ein Blick auf die Mutterregelungen im deutschen und französischen Recht geworfen werden.

2.2 Der deutsche Ausgleichsanspruch

Maßgebliche Bestimmung des deutschen Rechts ist § 89b HGB. Da diese Norm selbst Vorbild des Art 17 Abs 2 HV-RL war, konnte sie nach Erlass der Richtlinie im Wesentlichen beibehalten werden.¹⁶⁾ Der Zweck des Ausgleichsanspruches wird in Deutschland primär darin gesehen, jene Vorteile auszugleichen, die der Prinzipal nach Beendigung des Vertragsverhältnisses aus dem Kundenstamm ziehen kann, den der Handelsvertreter auf- oder ausgebaut hat. Während nämlich für den Handelsvertreter aus diesen Geschäftsbeziehungen nach Vertragsbeendigung nichts mehr zu gewinnen ist, kann der Prinzipal aus Folgegeschäften profitieren. Soweit dieser beim Prinzipal verbleibende Vorteil noch nicht durch Provisionen abgegolten ist, wird darin eine ungerechte Vermögensverschiebung gesehen. Zweck des Ausgleichsanspruches ist es, diese Vermögensverschiebung auszugleichen. Dem entsprechend besteht ein Anspruch nach § 89b HGB nur dann, wenn der Prinzipal nach Vertragsbeendigung weiterhin aus Geschäftsbeziehungen profitieren kann, die auf die Vertretertätigkeit zurückgehen.¹⁷⁾ Daraus erhellt, dass dem Ausgleichsanspruch eine gewisse Verwandtschaft zum Bereicherungsrecht zukommt.¹⁸⁾ Entsprechend der deutschen Vorbildregelung sieht nun Art 17 Abs 2 lit a 1. Spiegelstrich der HV-RL vor, dass ein Ausgleichsanspruch nur dann entsteht, wenn der Handelsvertreter für den Prinzipal neue Kunden geworben oder die Geschäftsverbindungen mit vorhandenen Kunden wesentlich erweitert hat und der Prinzipal aus den Geschäften mit diesen Kunden noch erhebliche Vorteile zieht.

Dieser Grundgedanke, ein Plus im Vermögen des Prinzipals auszugleichen, wird allerdings nicht mit aller Konsequenz umgesetzt. Der bereicherungsähnlichen Funktion würde es nämlich entsprechen, den Anspruch grundsätzlich unabhängig davon zu gewähren, auf welche Art der Vertrag beendet wurde. Dem entgegen hängt das Entstehen des Aus-

ten der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABI 1986 L 383/17.

12) Art 1 Abs 2 HV-RL.

13) EuGH 09.11.2000, Rs C-381/98, *Ingmar GB Ltd/Eaton Leonard Technologies Inc*, Slg 2000, I-09305.

14) Präambel zur HV-RL.

15) *Westphal*, Die Handelsvertreterrichtlinie (1994) 4, 49 ff; *Klima*, RIW 1991, 712.

16) *Martinek*, ZHR 1997, 67 (73 f).

17) *Canaris*, Handelsrecht²³ (2000) § 17 Rz 98; *Küst-*

ner/von Manteuffel/Evers, Handbuch des gesamten Außendienstrechts II⁶ (1995) Rz 373 ff; BGH NJW 1971, 462 (463); 1965, 1134 (1135).

18) *Canaris*, Handelsrecht²³ § 17 Rz 100.

gleichanspruches aber auch davon ab, inwieweit der Handelsvertreter für die Beendigung verantwortlich ist (Art 18 HV-RL, § 89b Abs 3 HGB). Darüber hinaus setzt der Ausgleichsanspruch nach deutschem Recht voraus, dass der Vertreter durch die Beendigung des Vertragsverhältnisses Provisionsansprüche aus bereits geschlossenen oder künftigen Geschäften verliert (§ 89b Abs 1 Z 2 HGB). Gemäß der HV-RL sind Provisionsverluste des Handelsvertreters im Rahmen einer Billigkeitsprüfung zu berücksichtigen (Art 17 Abs 2 lit a 2. Spiegelstrich). Dass die Art der Beendigung und ein Schaden beim Handelsvertreter eine Rolle spielen, ist von einem bereicherungsrechtsähnlichen Ausgleichsgedanken her nicht ohne Weiteres verständlich und erinnert eher an kündigungsschutzrechtliche Normen. Soll der Ausgleichsanspruch also auch vor treuwidrigen Kündigungen schützen? Neu wäre diese Überlegung nicht. Beispielsweise wurde auch die Einführung des Ausgleichsanspruchs in Österreich durch § 25 österr HVG damit begründet, dass der Handelsvertreter vor einer missbräuchlichen Ausübung des Kündigungsrechts geschützt werden soll.¹⁹⁾ Der Missbrauchsgedanke war jedoch nur ein Aspekt unter vielen und spätestens seit den Neufassungen des § 25 HVG wurde er zunehmend als nebensächlich betrachtet. Der Hauptzweck des § 25 HVG wurde mehr und mehr ähnlich wie in Deutschland ausschließlich in einer bereicherungsähnlichen Ausgleichsfunktion gesehen.²⁰⁾ Diese Tradition wurde übrigens auch nach dem EU-Beitritt fortgeführt. Der österreichische Gesetzgeber übte nämlich das in Art 17 vorgesehene Wahlrecht zu Gunsten dessen Abs 2 aus.²¹⁾

Das deutsche Handelsvertreterrecht ist auch dadurch geprägt, dass der Handelsvertreter dem Prinzipal gegenüber als strukturell unterlegen und schutzbedürftig angesehen wird. Grund dafür ist vor allem, dass der Handelsvertreter ständig mit der Vertretung betraut ist, weswegen der Handelsvertretervertrag für ihn regelmäßig eine Existenzgrundlage darstellt. Das Handelsvertreterrecht ist daher auch als Sozialschutzrecht konzipiert und rückt den Handelsvertretervertrag in die Nähe des Arbeitsrechts.²²⁾ Dem entsprechend wird bei der Berechnung der Höhe des Anspruches im Rahmen von Billigkeitserwägungen auch die soziale Lage des Handelsvertreters berücksichtigt.²³⁾ Auch in der Präambel zur HV-RL wird ausdrücklich erwähnt, dass die Harmonisierung des Handelsvertreterrechts unter anderem dem Schutz der Handelsvertreter dienen soll. Weiters spiegelt sich der soziale Charakter des Ausgleichsanspruches darin wieder, dass dieser Anspruch nicht abbedungen werden kann (Art 19 HV-RL, § 89b Abs 4 HGB), sowie darin, dass entgegen der allgemeinen Regel, gemäß der bei Selbstkündigung durch den Vertreter der

Anspruch entfällt, der Anspruch dann gewährt wird, wenn dem Vertreter die Tätigkeit wegen Alters oder Krankheit nicht mehr zumutbar ist (Art 18 lit a HV-RL, § 89b Abs 3 Z 1 HGB).²⁴⁾ Diese sozialschutzrechtliche Funktion wird allerdings in der Lehre zunehmend kritisiert und in Frage gestellt.²⁵⁾

2.3 Der französische Entschädigungsanspruch

Vorbild des Schadenersatzanspruches des Art 17 Abs 3 vor der Entschädigungsanspruch des agent commercial.²⁶⁾ Vorauszuschicken ist, dass das französische Recht schon seit Jahrzehnten zwei Typen von Handelsvertretern unterscheidet: den agent commercial, dessen Vertrag dem Auftragsrecht unterliegt, und den voyageur représentant placier (VRP), der kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist.²⁷⁾ Dadurch soll einer bestimmten Gruppe selbständig tätiger Unternehmer derselbe soziale Schutz wie Arbeitnehmern gewährt werden.²⁸⁾ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf den Entschädigungsanspruch des agent commercial.²⁹⁾

Der „contrat d’agence“ wird als „mandat d’intérêt commun“, also als ein Auftragsverhältnis im gemeinsamen Interesse qualifiziert, wobei der gemeinsame Zweck im Auf- und Ausbau eines gemeinsamen Kundenstockes besteht.³⁰⁾ Aus dieser Gleichrichtung der Interessen wird die Schlussfolgerung gezogen, dass das mandat d’intérêt commun nicht durch ordentliche Kündigung des Auftraggebers beendet werden kann, sondern nur durch Zeitablauf oder durch außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund. Eine ordentliche Kündigung des Unternehmers wird zwar als wirksam angesehen, löst aber – weil vertragswidrig – eine Schadenersatzpflicht aus. Der zu ersetzende Schaden des Handelsvertreters besteht insbesondere darin, dass dieser den Kundenstock verliert, der als ein mit dem Vertrag verbundener gemeinsamer Vermögenswert beider Vertragsparteien betrachtet wird.³¹⁾ Der Entschädigungsanspruch (droit à indemnité compensatrice) ist also weniger bereicherungsrechtlicher als vielmehr schadenersatzrechtlicher Natur mit einem kündigungsschutzrechtlichen Einschlag.³²⁾ Dementsprechend kommt es auch nicht darauf an, ob der Unternehmer weiterhin Vorteile aus der Tätigkeit des Vertreters ziehen kann.³³⁾ Im Unterschied zum deutschen und zum österreichischen Recht steht also nicht das Plus im Vermögen des Unternehmers, sondern das Minus im Vermögen des Vertreters im Vordergrund.³⁴⁾ Nach diesem schadenersatz- und kündigungsschutzrechtlichen Grundgedanken soll der Entschädigungsanspruch nur dann entstehen, wenn der Unternehmer kündigt, ohne dass ihn ein schuldhaft

19) *Jabornegg*, HVG – Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987) 482.

20) OGH 13. 12. 1989, 1 Ob 609/89; *Jabornegg*, HVG 482, 485 f.

21) Nunmehr § 24 HVertrG.

22) *Canaris*, Handelsrecht²³ § 17 Rz 16 f; *Martinek*, ZHR 1997, 67 (72 ff).

23) *Canaris*, Handelsrecht²³ § 17 Rz 104; BGH NJW 1983, 1789; 1965, 1134 (1136); 1971, 462 (463 f). 24) BGH NJW 1995, 1958.

25) Etwa *Martinek*, ZHR 1997, 67 (74 f); *Fock* in

Saenger/Schulze, Der Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters (1999) 66 f.

26) *Westphal*, Handelsvertreterrichtlinie 50 f; *Klima*, RIW 1991, 715 f.

27) Code du Travail L 751-1, dazu *Leloup*, Agents commerciaux⁵ (2001) Rz 206.

28) *Landfermann*, RIW 1971, 117.

29) Nunmehr geregelt in Art 12 f Loi No 91-593 vom 25.06.1991 und Art L134-12 f Code du Commerce.

30) Art L 134-4 Code du Commerce; *Leloup*, Agents commerciaux⁵ Rz 338 ff.

31) *Leloup*, Agents commerciaux⁵ Rz 1101; *Fock* in *Saenger/Schulze* 80 ff.

32) *Leloup*, Agents commerciaux⁵ Rz 342; *Fock* in *Saenger/Schulze* 81.

33) *Fock* in *Saenger/Schulze* 82.

34) *Leloup*, Agents commerciaux⁵ Rz 343: Der Entschädigungsanspruch soll dem agent jene Vorteile ersetzen, „qu’il tirait de son contrat et notamment du bénéfice de la carte et de la clientèle qui y est attachée.“

tes Verhalten des agent dazu bewogen hat, nicht hingegen bei Selbstkündigung des agent und auch nicht bei Beendigung durch Zeitablauf.³⁵⁾

Dem schadenersatzrechtlichen Grundgedanken folgend sieht Art 17 Abs 3 vor, dass der zu ersetzende Schaden insbesondere den Verlust von Provisionen erfasst, die dem Handelsvertreter bei Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zugestanden wären (1. Spiegelstrich) sowie die Nachteile die sich daraus ergeben, dass der Handelsvertreter Aufwendungen für das Vertragsverhältnis tätigte, die aufgrund der Beendigung nun nicht mehr amortisiert werden können (2. Spiegelstrich). Wie der Ausgleichsgedanke wird jedoch auch der kündigungsrechtliche Gedanke nicht mit allen Konsequenzen umgesetzt. Zum Beispiel lässt die Richtlinie nämlich – anders als die Vorbildregelung des französischen Rechts – den Anspruch auch dann entstehen, wenn der Vertrag durch Zeitablauf endet.³⁶⁾

2.4 Funktion des Ausgleichs- bzw Entschädigungsanspruches

Die bisherigen Erörterungen erhellen, dass die Unterschiede zwischen den verschiedenen nationalen Regelungen, auf die Art 17 Abs 2 und 3 zurückgreift, nicht bloß in der unterschiedlichen Lösung desselben Problems bestehen, sondern vielmehr in der Formulierung des Problems selbst. Die Verschiedenheiten resultieren also primär nicht daraus, dass die Rechtsordnungen auf dieselbe Frage unterschiedliche Antworten geben, sondern daraus, dass sie auf verschiedene Fragen antworten. Daraus folgt, dass der französischen und der deutschen Regelung durch ihre jeweilige Rechtsgemeinschaft auch verschiedene Funktionen beigemessen werden, mögen auch teilweise Überschneidungen bestehen. Was die Sache weiter verkompliziert ist, dass auch innerhalb der nationalen Rechtsgemeinschaften der Normzweck der nationalen Regelung umstritten ist und auch schon vor der Richtlinienumsetzung umstritten war. Dies zeigt sich beispielsweise in der deutschen Diskussion betreffend die Sozialschutzfunktion des Ausgleichsanspruchs (vgl 2.2). Das bedeutet, dass nicht von vornherein ausgemacht ist, worin überhaupt das Problem besteht, wenn ein Handelsvertretervertrag beendet wird. Aus den bisherigen Ausführungen können diesbezüglich etwa folgende Sichtweisen herausgefiltert werden:

(1) Es kann als ein Problem angesehen werden, dass der Handelsvertreter einen Kundenstamm aufbaut, von dem der Unternehmer auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses profitiert, während für den Handelsvertreter daraus nichts mehr zu gewinnen ist. Darin kann eine Vermögensverschiebung gesehen werden, der keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht.

(2) Andererseits oder darüber hinaus kann die Beendigung als ein Problem der versunkenen Investitionen betrachtet werden. Das Phänomen der „sunk costs“ wurde bis dato vor allem in der Institutionenökonomik und Rechtsökonomik problematisiert. Es tritt immer dann auf, wenn sogenannte vertrags-

spezifische Investitionen getätigt werden. Vertragsspezifische Investitionen sind solche, die für den Investierenden außerhalb des Vertragsverhältnisses keinen oder nur einen erheblich geringeren Wert haben als im Kontext der jeweiligen Kooperation. Im Falle der Vertragsbeendigung versinken diese Investitionen, soweit sie noch nicht amortisiert sind. Wer vertragsspezifisch investiert, ist daher in besonderer Weise an das Vertragsverhältnis gekettet und von seinem Vertragspartner abhängig. In dieser Situation kann der Unternehmer den Handelsvertreter unter Androhung der Beendigung des Vertragsverhältnisses unter Druck zu setzen.³⁷⁾ Aus rechtlicher Perspektive kann dies als ungerecht empfunden werden, weil die vertragsspezifischen Aufwendungen nicht nur im Interesse des investierenden Handelsvertreters, sondern auch im Interesse des Unternehmers getätigt werden.³⁸⁾

(3) Weiters kann ein Problem darin gesehen werden, dass der Handelsvertreter häufig nur für einen einzigen Unternehmer tätig wird und dabei zwar formal selbständiger Unternehmer, gegenüber unabhängigen Groß- und Einzelhändlern allerdings in seiner Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkt und existentiell auf das Vertreterverhältnis angewiesen ist. Der Handelsvertreter kann daher als schutzbedürftig angesehen werden, weil ihm mit der Vertragsbeendigung seine Existenzgrundlage entzogen wird.

(4) Der Auf- und Ausbau von Geschäftsbeziehungen kann als gemeinsames Ziel von Prinzipal und Handelsvertreter angesehen werden und der Kundenstamm als ein gemeinsamer Vermögenswert. Der Handelsvertreter fördert die Vermehrung dieses gemeinsamen Vermögens im Vertrauen darauf, dass das Vertragsverhältnis fortbesteht und er hinkünftig von diesem gemeinsamen Vermögen profitiert. Dass der Unternehmer in dieser Situation kündigt, ohne dass sich der Handelsvertreter etwas zu schulden kommen hat lassen, kann als treuwidriges Verhalten angesehen werden. Dieser Gedanke, der im französischen Recht vorherrscht, ist aus österreichischer Sicht nur schwer nachvollziehbar, weil hier ein Dauerschuldverhältnis grundsätzlich immer unter Einhaltung einer bestimmten Kündigungsfrist auch ohne wichtigen Grund einseitig beendet werden kann. Am ehesten kann dieses Problem vielleicht als eine Art Kündigung zur Unzeit oder als mißbräuchliche Kündigung verstanden werden.

3. Schlussfolgerungen für Rechtsangleichung und Rechtsvergleichung

3.1 Rechtsangleichung

Wie so viele andere Richtlinien ist auch die HV-RL weit von einer „finalen Programmierung“³⁹⁾ entfernt. Im Gegenteil: das Ziel, das eigentlich durch die Richtlinie vorgegeben werden soll, liegt völlig im Dunklen. Die widersprüchliche Konzeption des Art 17 HV-RL lässt darauf schließen, dass keine Verständigung darüber stattgefunden hat, worin denn eigentlich das Problem gesehen wird, wenn bestimmte Absatzmittlerverhältnisse beendet werden, sowie ganz grundsätzlich

35) *Leloup*, Agents commerciaux⁵ Rz 345.

36) Art 17 iVm Art 18 HV-RL; *Fock* in *Saenger/Schulze* 82; *Klein*, ebd 107 f.

37) *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik²

(1999) 142 f, 150; *Williamson*, The Economic Institutions of Capitalism (1985) 52 ff.

38) *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts³ (1999) 368 f.

39) Vgl *Öhlinger*, in diesem Heft.

darüber, wie die strukturelle Unterlegenheit des Vertreters beschaffen ist und wie dieses Ungleichgewicht ausgeglichen werden soll. Man könnte meinen, die relativ detaillierte Festlegung von Anspruchsvoraussetzungen (Art 18 HV-RL) und jenen Aspekten, die bei der Berechnung der Höhe des Anspruches zu berücksichtigen sind (Art 17 Abs 2 lit a und Abs 3), garantiere nichts desto trotz dass die HV-RL (im Ergebnis) in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen angewendet werden würde. Tatsächlich aber sind aufgrund des unklaren Normzwecks zahlreiche Fragen offen, die von erheblicher praktischer Bedeutung sind:

So hängt es etwa primär vom Normzweck ab, inwieweit Art 17 auf andere Absatzmittler analog anzuwenden ist, beispielsweise auf Franchisenehmer: Nimmt man an, dass es Art 17 primär darum geht, einen Ausgleich für den Aufbau eines Kundenstammes zu gewähren, kann argumentiert werden, dass sich die „Sogwirkung der Marke“ zumindest anspruchsmindernd auswirkt.⁴⁰⁾ Handelt es sich hingegen um eine Art Versorgungsanspruch mit Sozialschutzcharakter, der deshalb gewährt werden soll, weil der Handelsvertreter zwar formal selbständig, tatsächlich aber in seiner unternehmerischen Freiheit erheblich eingeschränkt ist, dann wird dieser Anspruch dem Franchisenehmer schon aufgrund eines Größenschlusses mindestens in derselben Höhe einzuräumen sein.⁴¹⁾

Darüber hinaus strahlt der Normzweck des Art 17 auch auf die Anwendung nationaler Bestimmungen aus, die eventuell gar nicht als Umsetzungsbestimmungen gedacht waren. In Österreich wurde beispielsweise vor kurzem ein Anspruch auf Investitionersatz eingeführt (§ 454 HGB). Dieser Anspruch soll dem Vertriebsmittler bestimmte für das Vertriebsverhältnis getätigte Investitionen ersetzen, die noch nicht amortisiert sind. Kraft ausdrücklicher Regelung bleibt der Ausgleichsanspruch durch diese Regelung unberührt (§ 454 Abs 5 HGB). Der Investitionersatzanspruch entspricht im Wesentlichen Art 17 Abs 3 2. Spiegelstrich der HV-RL. Allerdings sollte Art 17 grundsätzlich schon durch § 24 HVertrG umgesetzt werden, der auf Art 17 Abs 2 zurückgreift. Fraglich ist nun, ob § 454 HGB als eine Umsetzungsbestimmung der HV-RL anzusehen ist, was wiederum vom Normzweck und dem Verhältnis zwischen Art 17 Abs 2 und Abs 3 abhängt. Wenn ja, dann würde es sich bei § 454 HGB um eine international zwingende Norm handeln.⁴²⁾

Es wäre wohl dem Rechtsangleichungsprozess und auch der Entwicklung des Vertriebsrechts förderlicher gewesen, sich weniger auf die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen im Detail zu konzentrieren, als sich darüber zu verständigen, wie mit strukturellen Ungleichgewichten in Vertriebssystemen zwischen Markt und Hierarchie im Allgemeinen umzugehen

ist und welche Aufgabe dem Recht bei Beendigung derartiger Kooperationen zukommt.

3.2 Rechtsvergleichung

Die Funktion einer Norm ergibt sich aus dem sozialen Problem, das zu lösen ihre Aufgabe ist. Diese Bezugsprobleme sind aber in keiner Weise etwas der Norm Vorausgehendes und etwas vom Normbetrachter Unabhängiges. Ein Problem existiert überhaupt nicht in dem Sinn, dass es gesucht und entdeckt werden könnte. Es existieren immer nur irgendwelche Umstände oder Vorgänge, die als problematisch empfunden und daher problematisiert werden können. So wurde in manchen Rechtsordnungen vor Erlass der HV-RL weder ein Ausgleichs- noch ein Entschädigungsanspruch gewährt⁴³⁾ – und warum? Wohl deswegen, weil eben in der Beendigung überhaupt kein rechtlich relevantes Problem gesehen wurde. Was für das Problem gilt, gilt auch für die Funktion: Sie existiert nicht außerhalb des Beobachters und kann auch nicht von diesem aufgefunden werden. Sie wird formuliert und ist daher auch wandelbar. Selbst wenn einer Norm ganz unbestritten eine bestimmte Funktion zukommt, so bedeutet dies nicht, dass die Funktion etwas Gegebenes ist, sondern nur, dass in der jeweiligen Rechtsgemeinschaft momentan Einigkeit darüber herrscht, worin ein Problem besteht und darüber, dass dieses Problem durch die jeweilige Norm in bestimmter Weise zu lösen ist.

Alles das bedeutet nicht, dass die Funktion einer Norm nicht Ausgangspunkt einer rechtsvergleichenden Arbeit sein kann. Es bedeutet nur, dass die Funktion nicht etwas objektiv Gegebenes ist, sondern konstruiert wird und dass daher weder der Vergleichsmaßstab noch die vergleichende Person ein neutraler Bezugspunkt sein kann. Dies gilt aber wohl für jeden Vergleichsmaßstab, nicht nur für den der funktionellen Rechtsvergleichung.⁴⁴⁾ Dass Probleme nicht per se existieren, sondern formuliert werden, gibt außerdem Anlass, daran zu zweifeln, ob denn die Annahme, dass alle Gesellschaftsordnungen dieselben Probleme an die Rechtsordnung herantragen und diese Probleme dann auch noch gleich oder zumindest ähnlich gelöst werden, haltbar ist.⁴⁵⁾ Vielleicht sollte die Rechtsvergleicherin vielmehr der Unterschied interessieren und Gleichheit sie gerade nicht zufrieden stellen, sondern zur Frage Anlass geben, ob sie den fremden Normen nicht vor-schnell eine Funktion unterstellt hat, die aus dem Blickwinkel der fremden Rechtsgemeinschaft heraus so überhaupt nicht gesehen werden würde.

Mag^a. Judith Schacherreiter ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien; judith.schacherreiter@univie.ac.at.

40) Höpfner in Giesler/Nauschütt (Hrsg), Franchise-recht (2002) § 7 Rz 25. Eaton Leonard Technologies Inc, Slg 2000, I-09305. Strömungen der Rechtsvergleichung vgl FN 4.
 41) Höpfner in Giesler/Nauschütt § 7 Rz 23. 43) Westphal, Handelsvertreterrichtlinie 18 ff.
 42) EuGH 09.11.2000, Rs C-381/98, Ingmar GB Ltd/ 44) Husa, RabelsZ 67 (2003) 419 (438).
 45) Zur Aufwertung des Unterschiedes in neueren

1. Einleitung und Kriterium des Rechtsvergleichs

Rechtsvergleichung im Gefolge europäischer Richtlinienumsetzung zu betreiben, stellt in methodologischer Hinsicht einen besonderen Reiz dar. Wird nämlich in jüngerer Zeit die vorherrschende „Theorie der funktionalen Äquivalenz“¹⁾ als Grundlage der Rechtsvergleichung zunehmend kritisch hinterfragt²⁾, scheint gerade die Richtlinienumsetzung auf den ersten Blick für diesen theoretischen Ansatz prädestiniert. Denn Richtlinien postulieren schon über ihre eigene (europarechtliche) Definition den bedeutungsmäßigen Gleichklang ihres Regelungsgegenstandes³⁾ und sie basieren auch in wohl hinreichendem Maß auf gemeinsamen sozioökonomischen Bedingungen der Mitgliedstaaten.

Bei genauerer Betrachtung stimmt das so natürlich nicht. Im Gegenteil hat es sich nämlich erst zu erweisen, ob der Regelungsgehalt einer Richtlinie in einer solchen Weise zweckmäßig bestimmt wurde, dass er für eine rechtsvergleichende Untersuchung fruchtbar gemacht werden kann. Für die Rechtsvergleichung stellt sich maW die Frage, ob einer Richtlinie ein valides *tertium comparationis* zugrunde liegt.⁴⁾ Dieser reflexive Aspekt der Rechtsvergleichung vermag im Gefolge der Richtlinienumsetzung vielleicht darüber Aufschluss zu geben, ob die europäische Rechtssetzung einer gegliederten „ganzheitlichen“ Annahme oder einem bloßen Rechtsfolgenwillen entsprungen ist.

In Hinblick auf die gegenständliche Untersuchung zur Umsetzung der „Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter“⁵⁾ (VerbrGK-RL) lassen sich diese Überlegungen näher konkretisieren:

Die VerbrGK-RL nimmt für sich in Anspruch, einen „Beitrag zur Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus“ leisten zu wollen, indem sie den Verbrauchern „auf der Grundlage angemessener einheitlicher Mindestvorschriften über den Kauf von Verbrauchsgütern“ zwecks Beseitigung der bestehenden „einzelstaatlichen Absatzmärkte“ und „Wettbewerbsverzerrungen“ eine „fundamentale Aufgabe bei der Vollendung des Binnenmarktes“ zuweist.⁶⁾

Der inhaltliche Schwerpunkt der – an anderen Stellen bereits ausführlich diskutierten⁷⁾ – VerbrGK-RL liegt in der Normierung von Rechten des Verbrauchers in Bezug auf die (fehlende) *Vertragsmäßigkeit* des Kaufgegenstands. Nach römisch-rechtlicher Terminologie ist damit die Sachmängelgewährleistung erfasst⁸⁾, nach anglo-amerikanischer Terminologie der *breach of contract*.

Stark verkürzt wiedergegeben bestimmt die Richtlinie, dass der Verkäufer für eine Vertragswidrigkeit einzustehen hat, die innerhalb von zwei Jahren nach der Lieferung offenbar wird, wobei dem Verbraucher innerhalb des ersten halben Jahres eine Vermutung der Vertragswidrigkeit zugute kommt. Besteht eine Vertragswidrigkeit, kann der Verbraucher Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangen; ist eine solche Abhilfe unzumutbar oder die Frist dafür verstrichen, erlangt der

Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie

Eine rechtsvergleichende Betrachtung zum Gewährleistungsrecht im Kielwasser europäischer Rechtssetzung

Marco Nademleinsky

Verbraucher ein Kaufpreisminderungs- oder Vertragsauflösungsrecht. Optional kann durch nationales Recht dem Verbraucher eine Pflicht zur Anzeige der Vertragswidrigkeit innerhalb von zwei Monaten nach ihrer Entdeckung auferlegt werden; für gebrauchte Güter kann die Haftungsdauer des Verkäufers auf bis ein Jahr herabgesetzt werden. Die Sicherstellung eines höheren Verbraucherschutzniveaus bleibt den Mitgliedstaaten unbenommen.

Die (ökonomische) Funktion der Gewährleistung besteht im Ausgleich der Interessen von Käufern und Verkäufern zu deren größtmöglichen gemeinsamen Nutzen.⁹⁾ Auf Käuferseite besteht ein Interesse, Güter zu niedrigen Preisen zu erwerben, aber gleichzeitig das Risiko von Sachmängeln zu vermeiden. Die Verkäuferseite ist daran interessiert, über Garantieerklärungen die Qualität eines Produktes zu signalisieren und dem Käufer zu versichern, um so einen höheren Preis zu erzielen. Vor diesem Hintergrund hängt die optimale Wahl von Ausmaß und Dauer der Gewährleistung von der Risikobereitschaft der Parteien und ihrer Produktkenntnis sowie von der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ab.

Der Vorzug eines gesetzlichen Gewährleistungsrechts besteht darin, das Erfordernis individueller Vertragsverhandlungen über die Haftungsübernahme zu reduzieren und damit Transaktionskosten zum beiderseitigen (Preis-)Vorteil gering

1) *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung (1996) 33. Diesen im methodischen Ansatz folgend vgl. *Schwartz*, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf (2000).

2) Etwa *Reenen*, Major theoretical problems of modern comparative legal methodology (1): The nature and role of the *tertium comparationis*, CILSA 1995, 175.

3) Insofern Richtlinien etwa auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts meist auf Art 95 EGV gestützt

werden, nach dessen Abs 1 Maßnahmen getroffen werden, „welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“.

4) Sofern der Theorie hinter diesem Begriff wenigstens im Ansatz zugestimmt werden möchte.

5) ABI 1999 L 171/12.

6) Erwägungsgründe 1-4.

7) Vgl für eine vernichtende Kritik an Stil und Inhalt der VerbrGK-RL *Honsell*, Die EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Umsetzung ins BGB,

JZ 2001, 278 (279).

8) Nicht erfasst ist (wohl) die Rechtsmängelhaftung.

9) Siehe dazu etwa *Parisi*, The harmonization of legal warranties in european law: an economic analysis (2001), <http://papers.ssrn.com/abstract=276993>; oder *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2000) 437 ff.

zu halten. Auf europäischer Ebene bezweckt die Rechtsangleichung des Gewährleistungsrechts die Absenkung der Transaktionskosten für grenzüberschreitende Aktivitäten.¹⁰⁾

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Umsetzung der VerbrGK-RL hat es sohin mit einer „doppelten“ Funktionalität zu tun: auf einer ersten Stufe steht das Gewährleistungsrecht in seiner dargelegten Funktion, auf einer zweiten Stufe die Funktionalität der Richtlinie, die in Form einer „Mittel-Ziel-Relation“ für sich in Anspruch nimmt, durch eine Angleichung des Gewährleistungsrechts (Mittel) den Verbraucherschutz bzw. Binnenmarkt zu optimieren (Ziel). Sollte aber das Mittel in sich selber versagen, wäre der Richtlinie „der Boden unter den Füßen entzogen“ und ihre Legitimität damit fraglich. *Erkennbar* wäre ein solches Versagen am *Abweichungsgrad* der nationalen Umsetzungsergebnisse *von-einander*, der nicht nur für den äußeren Erfolg der Richtlinie ausschlaggebend ist, sondern auch ein Licht auf ihren Ursprung wirft.

Der Abweichungsgrad und seine möglichen Ursachen sollen anhand der Eckpunkte der Richtlinie (annähernd) bestimmt werden: welche Verträge, Güter und Mängel sind erfasst, und welche Behelfe sind innerhalb welcher Fristen und unter welchen Auflagen vorgesehen?

2. Nationale Umsetzung in Österreich, Deutschland, Italien, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich

Österreich hat die VerbrGK-RL durch das Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz (GewRÄG)¹¹⁾, in Kraft seit 1. 1. 2002, mit Änderungen im ABGB und im KSchG umgesetzt. Bezweckt wurde eine Reform des Gewährleistungsrechts als Ganzes, mit einer Vereinheitlichung bislang differenzierter Gewährleistungsbestimmungen und ergänzt um damit eng zusammenhängende Vorschriften des Schadenersatzrechts.¹²⁾

Die „Vertragsmäßigkeit“ als Anknüpfungspunkt der Gewährleistung erfährt durch die Reform keine wesentliche Änderung; schon vorher wurde die Mangelhaftigkeit anhand des konkreten Vertrags beurteilt. Über die Vorgabe der Richtlinie hinaus umfasst der Mangelbegriff weiterhin den Rechtsmangel. Die Abgrenzung der mangelhaften Lieferung von der Anderslieferung bleibt erforderlich.¹³⁾ Kauf- und Werk(lieferungs)vertrag werden nun einheitlich behandelt.

Die Gewährleistungsbehelfe wurden modifiziert: Die Differenzierung nach Art und Schwere des Mangels wurde fallengelassen; die freie Wahl zwischen Preisminderung und Verbesserung wurde zugunsten der vorrangigen Verbesserung bzw Ersatzlieferung abgeändert. Die sekundären Gewährleistungsbehelfe der Preisminderung und Wandlung stehen nur noch eingeschränkt aufgrund der Art der Sache oder des Mangels sowie nach ungenutztem Verstreichen einer Nachfrist zu.

Hinsichtlich der Fristen unterscheidet das öst Recht weiterhin zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Für jene wurde anstelle einer sechsmonatigen die richtliniengemäße zweijährige Frist eingeführt, für diese bleibt es bei einer dreijährigen Frist, so auch wenn bewegliche Sachen in unbewegliche eingebaut werden, obzwar der Richtlinie diese Unterscheidung fremd ist. Ein Novum ist die Vermutung der Mangelhaftigkeit innerhalb der Sechsmonatsfrist ab Übergabe.

Von den optionalen Bestimmungen der VerbrGK-RL hat der öst Gesetzgeber unterschiedlichen Gebrauch gemacht. So darf bspw die Haftungsdauer für gebrauchte Güter vertraglich auf ein Jahr herabgesetzt werden (für Kfz aber nur, wenn sie älter als ein Jahr sind); hingegen wurde der Verbraucher von einer Anzeigepflicht des Mangels innerhalb von zwei Monaten nach dessen Feststellung verschont.

In *Deutschland* bildete die VerbrGK-RL den Anlass¹⁴⁾ zu einer grundlegenden Neugestaltung des Schuldrechts in Form des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (SMG)¹⁵⁾, in Kraft seit 1. 1. 2002. Das neue Verjährungsrecht sowie das neu konzipierte Leistungsstörungenrecht¹⁶⁾ und das neue „allgemeine“ Kaufrecht, in dessen Ergänzung sich besondere Bestimmungen zum Verbrauchsgüterkauf in einem Unterabschnitt finden, setzen die VerbrGK-RL um.¹⁷⁾

Für den Sachmangelbegriff ist die Unterscheidung zwischen „Fehlern“ (mit der Rechtsfolge Wandlung und Minderung) und dem „Fehlen zugesicherter Eigenschaften“ (mit der Rechtsfolge auch Schadenersatz) beseitigt und an ihre Stelle die „Vertragsgemäßheit der Ware“ getreten, die auch die Falsch- und Zuweniglieferung in sich begreift (und somit deren Verjährungsfrist begrenzt).¹⁸⁾ Für Sach- und Rechtsmangel ist nunmehr gleicherweise (verschuldensunabhängig) einzustehen. Inhaltlich ist der „Fehlerbegriff“ unverändert geblieben, auch wenn nun verstärkt auf die subjektive Beschaffenheit abgestellt wird.¹⁹⁾ Erfasst sind vom Kaufrecht grundsätzlich bewegliche wie unbewegliche Sachen, der Verbrauchsgüterkauf erfasst aber nur bewegliche.

Die Gewährleistungsbehelfe haben eine Änderung dahingehend erfahren, dass der Käufer nicht mehr sofort vom Vertrag zurücktreten kann, sondern, nach seiner Wahl, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nachbesserung oder Nachlieferung geben muss. Erst nach erfolgloser Fristsetzung stehen, sekundär, Rücktritt- und Preisminderungsrecht offen.

Eine rechtliche Neuerung speziell für den Verbrauchsgüterkauf stellt die als Beweislastregel formulierte sechsmonatige Vermutungsfrist der Mangelhaftigkeit dar. Ausgenommen ist die Vermutung, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels (etwa bei gebrauchten Sachen) unvereinbar ist.

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche für Kauf- und Werkvertrag wurde von sechs Monaten auf 2 Jahre angehoben, der Schadenersatzanspruch grundsätzlich mit der sel-

10) *Kirchner*, Der punktuelle Ansatz als Leitprinzip der Privatrechtsharmonisierung, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 101.

11) BGBl I 2001/48.

12) Eine „kleine Lösung“ (Umsetzung im KSchG) sowie eine „große Lösung“ (Reform des gesamten Leistungsstörungenrechts) schieden aus. Vgl RV 422 AB

522 XXI. GP.

13) *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung (2001) 30, weil für die Anderslieferung der für die Verbraucher günstigere 30-jährige Erfüllungsanspruch besteht.

14) Anlassgebend daneben auch die Umsetzung der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und jene der E-Commerce-Richtlinie, BT-Drucks. 14/4060, 79.

15) BGBl I 2001/61.

16) Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1.

17) *Palandt/Putzo* (2004) Vorb zu § 474, 1; *Honsell*, JZ 2001, 280.

18) BT-Drucks. 14/4060, 210 ff.

19) *Westermann*, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241; BT-Drucks. 14/4060, 80.

ben Zeit begrenzt. Bei Bauwerken (und Baumaterial) beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre; bei dinglichen bzw. grundbücherlichen Ansprüchen 30 Jahre. Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, kommt die Regelverjährungsfrist (drei bzw. 30 Jahre) zur Anwendung; letztgenannte Frist gilt wohl auch für unkörperliche Werke.²⁰⁾

Von den optionalen Regelungen der VerbGK-RL wurde der Ausschluss der Gewährleistung bei öffentlicher Versteigerung gebrauchter Sachen verwirklicht; für gebrauchte Sachen darf die Gewährleistungsfrist vertraglich auf ein Jahr herabgesetzt werden; nicht vorgesehen wurde eine Anzeigepflicht des Mangels innerhalb zweimonatiger Frist.

In Italien erfolgte die Umsetzung der VerbGK-RL etwas verspätet mit gesetzesvertretendem Dekret vom 2.2.2002,²¹⁾ das einen neuen Paragraph (1519-bis bis 1519-nonies) „über den Verkauf von Verbrauchsgütern“ in die allgemeinen Kaufrechtsvorschriften des Codice Civile eingefügt hat. Rechtsgrundlage des Dekrets bildete das EG-Gesetz 2000²²⁾, das die Regierung – innerhalb eines Jahres ab Inkrafttreten – zur Umsetzung der Richtlinie in solchen (engen) Grenzen ermächtigte, die einen Eingriff in das allgemeine Schuldrecht oder auch nur Kaufrecht ausschlossen.²³⁾

Inhaltlich erfasst die neue Bestimmung alle Arten von entgeltlichen Verbraucherverträgen, neben dem Kauf-, auch den Werk(lieferungs)-, Tausch- und Bezugsvertrag. Als Verbrauchsgut kommen alle beweglichen, auch unkörperlichen Sachen in Betracht, mit Ausnahme von nicht mengen- oder volumenmäßig begrenztem Wasser oder Gas, elektrischem Strom und solchen gebrauchten Gütern, die in Anwesenheit des Verbrauchers öffentlich versteigert werden.

Ein einheitlicher Mangelbegriff der Vertragswidrigkeit überwindet die Unterscheidung zwischen „Mangel“ (mit der Rechtsfolge Wandlung oder Minderung) und „Fehlen von Eigenschaften“ (nur Wandlung möglich); erforderlich bleibt jedoch wohl die Abgrenzung zur Aliud-Leistung, deren Regelung für den Verbraucher günstiger ist.²⁴⁾

Die Gewährleistungsbehelfe des Verbrauchsgüterkaufrechts zeichnen sich gegenüber dem allgemeinen ital. Kaufrecht insb. dadurch aus, dass sie einen Ersatzlieferungs- bzw. Nachbesserungsanspruch anerkennen, der jenem grundsätzlich fremd ist.

Hinsichtlich der Fristen hat der italienische Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine Mängelanzeigenfrist des Käufers von zwei Monaten vorzusehen; eine entsprechende Rügepflicht (von nur acht Tagen) war dem (Verbraucher-)Kaufrecht schon bisher bekannt. Die Frist zur Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche wurde (um die-

se zwei Monate über die richtliniengemäße Mindestfrist hinaus) von einem Jahr auf 26 Monate erhöht. Dem bisherigen Recht unbekannt war die nunmehrige Beweislastumkehr während der ersten sechs Monate. Die schadensersatzrechtlichen Verjährungsfristen sollen in richtlinienkonformer Auslegung auf die Dauer der gewährleistungsrechtlichen angehoben sein.²⁵⁾

Von den optionalen Regelungen der Richtlinie hat Italien ferner jene verwirklicht, nach der für gebrauchte Güter die Haftungsdauer vertraglich auf ein Jahr herabgesetzt werden darf.

In den Niederlanden erfolgte die Umsetzung der VerbGK-RL mit Gesetz vom 6.3.2003²⁶⁾, das in Buch 7 des Bürgerlichen Gesetzbuches²⁷⁾ mit Wirkung zum 1.5.2003²⁸⁾ neun Artikel geändert und einen hinzugefügt hat.

Schon vor der Umsetzung erfasste eine Vorschrift über den „consumentenkoop“ die entgeltliche Veräußerung beweglicher Sachen mit Ausnahme von Versteigerungsgütern sowie Gas und Wasser, das durch Leitungen fließt; ihr wurde nunmehr ein Absatz über die Werklieferung und die Montage angefügt, deren Neukodifizierung noch aussteht²⁹⁾. Die Ausnahme der Versteigerungsgüter ist entfallen.

Unverändert blieb der Mangelbegriff, den das Gesetz an die „Vertragsgemäßheit“ der Sache anknüpft und der die „Falsch-“ und „Zuweniglieferung“ in sich begreift. Hier mussten lediglich die allfällige Haftung für Werbeaussagen über bestimmte Eigenschaften sowie für Montageanleitungen (sog. IKEA-Klausel) ergänzt werden.

Als Gewährleistungsbehelfe standen dem Verbraucher bislang Lieferung des Fehlenden, Nachbesserung und Austausch sowie Rücktritt nebeneinander zur Verfügung. Der Verkäufer war berechtigt, die Wahl des Konsumenten von Nachbesserung oder Austausch auf Nachlieferung oder Rücktritt vom Vertrag abzuändern. Diese Regelung wurde durch das Stufen-system nach Vorgabe der Richtlinie ersetzt. Neu eingeführt wurde auch das dem niederländischen Recht bislang unbekannte Preisminderungsrecht³⁰⁾ sowie eine grundsätzliche Leistungspflicht des Verkäufers. Kommt der Verkäufer seiner (Gewährleistungs-)Pflicht nicht nach, kann der Käufer, wie bisher, eine Ersatzvornahme durch Dritte anstrengen und die Kosten dem Verkäufer in Rechnung stellen.

Den Käufer trifft zur Wahrung seiner Gewährleistungsrechte die Obliegenheit, die entdeckte oder redlicherweise entdeckbare Mangelhaftigkeit der Sache dem Verkäufer anzuzeigen; ein neu hinzugefügter Satz bestimmt, dass die Anzeige innerhalb von zwei Monaten nach Entdeckung jedenfalls rechtzeitig ist.

20) *Mansel*, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, NJW 2002, 96.

21) Decreto Legislativo 2 febbraio 2002, n. 24 – „Attuazione della direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo“, in *G. U.* n. 57 del 8.3. 2002 - Supplemento Ordinario n. 40.

22) *Legge comunitaria* 2000 del 29.12.2000, n. 422, in *G. U.* n. 16 del 20.1.2001.

23) Vgl dazu auch *Zaccaria*, Umsetzungsüberlegungen zur Kaufgewährleistungs-Richtlinie in Italien, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Kaufgewährleistungsrecht 183 ff.

24) Für die Aliudleistung gilt keine Anzeigepflicht

und eine 10-jährige Verjährungsfrist. Daher für die Notwendigkeit der Abgrenzung zugunsten des Verbrauchers *Eccher/Schurr*, JbItalR 2002/03, 25; *Scotton*, EuRPL 2001, 304. Keine Notwendigkeit sieht *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht (2003) 329 f.

25) So *Eccher/Schurr*, JbItalR 2002/03, 20.

26) Wet van 6 maart 2003 tot aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan de richtlijn betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, in Staatsblad 2003, 110.

27) Das *Burgerlijk Wetboek* der Niederlande wurde 1992 neu kodifiziert; dabei wurde das Kaufrecht in

Buch 7 (Besonderer Teil Schuldrecht) in Anlehnung an einen Benelux-Gesetzesvorschlag, welcher wiederum als Vorgänger des UN-Kaufrechts gilt, modelliert. Die Kodifikation ist noch nicht zur Gänze abgeschlossen. Vgl *Hondius* in *Chorus et al*, Introduction to Dutch Law (1999) 225.

28) Beschluss vom 7.4.2003, Staatsblad 2003, 151.

29) *Hondius/Jeloschek*, Die Kaufrichtlinie und das niederländische Recht, in *Grundmann/Medicus/Rolland*, Kaufgewährleistungsrecht 204.

30) Im Ergebnis konnte Preisminderung auf dem Umweg des Teilrücktritts vom Vertrag erlangt werden, vgl *Hondius/Schelhaas*, EuRPL 2001, 335 FN 31.

Die beibehaltene Gewährleistungsfrist von zwei Jahren knüpft weiterhin an diese Verständigung des Verkäufers an. Neu eingeführt wurde die Mängelvermutung innerhalb der ersten sechs Monate. Neben der Gewährleistung bestehen Schadenersatz- und Einwendungsrechte gegen die Kaufpreisforderung.

Die Möglichkeit zur Verkürzung der Haftungsdauer für den Verkauf gebrauchter Sachen hat der niederländische Gesetzgeber nicht verwirklicht.

Das vereinigte Königreich hat die VerbGK-RL durch die *Sale and Supply of Goods to Consumers Regulations 2002*³¹⁾ mit Wirkung zum 31. 3. 2003 umgesetzt. Die insgesamt 15 *regulations* ändern und ergänzen den *Sale of Goods Act 1979* bzw. den *Supply of Goods and Services Act 1982* sowie den *Unfair Contract Terms Act 1977*, differenziert nach dem Recht von England, Schottland, Wales und Nordirland.

Von der Umsetzung unberührt erfassen diese *Acts* weiterhin den (Ver-)Kauf von beweglichen körperlichen, einschließlich gebrauchter, Sachen mit Ausnahme von Geld, sowie den Werklieferungsvertrag bzw. Werkvertrag, den Mietkauf und die Miete (beweglicher Sachen). Der Erwerb von Sachen aus öffentlicher Versteigerung fällt mangels Willenseinigung nicht unter den Güterkauf; ob die Elektrizität ein „Gut“ iSd Gesetzes ist, wurde noch nicht entschieden, Öl und Gas sind es wohl.³²⁾

Der Sachmangelbegriff leitet sich aus den *implied terms* des Vertrages, aus der „Vertragsgemäßheit“ ab, die durch die Richtlinienumsetzung auf die Haftung für werbemäßige Äußerungen ausgedehnt wurde. Als *implied terms* eines Vertrages gelten auch weiterhin die vom Verkäufer beschriebenen (zugesicherten) *substantiellen* Eigenschaften einer Sache; weichen sie von der tatsächlich gelieferten Sache ab, galt vor der Umsetzung eine Vertragsbedingung (*condition*) als verletzt und der Käufer war zum Rücktritt berechtigt; nunmehr dürften die *implied terms* zwar jegliche Eigenschaften umfassen, doch ersetzt die richtlinienkonform umgesetzte Hierarchie der Gewährleistungsbehelfe das sofortige Rücktrittsrecht.

Die Gewährleistungsbehelfe nach Vorgabe der VerbGK-RL erforderten eine einschneidende Änderung des Rechtsbestandes. Weist eine Sache nicht die vertragsgemäße Beschaffenheit auf, trifft den Verkäufer für die Vertragsverletzung (*breach of contract*) eine verschuldensunabhängige Haftung (*strict liability*); diese erfolgte vormals nur als Vermögensausgleich (*damages*), eine Vertragserfüllung durch Leistung des Geschuldeten (*specific performance*) war grundsätzlich nur aus „Billigkeitsgründen“ (*equity*), insb. bei unvertretbaren Leistungen wie die Übertragung von Liegenschaften, be-

kannt.³³⁾ Die jetzigen Ansprüche auf Nachbesserung und -lieferung, sowohl des Käufers als auch des Verkäufers, sind im englischen Recht neu, ebenso die sechsmonatige Mängelvermutungsfrist.

Eine Verpflichtung des Käufers zur Anzeige des Mangels besteht nicht. Ein Käufer verliert aber sein Rücktrittsrecht, wenn er dem Verkäufer nicht innerhalb einer zumutbaren Zeit angezeigt hat, die gelieferte Sache nicht anzunehmen;³⁴⁾ ein Recht auf Ersatz der *damages* besteht hingegen nach der allgemeinen sechsjährigen Verjährungsfrist (ab Lieferung). Eine Möglichkeit zur vertraglichen Fristverkürzung für gebrauchte Güter wurde nicht eingeräumt.

3. Ergebnis

Die Abweichungen im Gewährleistungsrecht der untersuchten Länder können als erheblich bezeichnet werden. Es werden unterschiedliche Vertragstypen (vom bloßen Verbrauchsgüterkauf über den Werk- und Bezugsvertrag hin zur Miete) und Vertragsinhalte (körperliche bewegliche, unkörperliche, unbewegliche Sachen) erfasst. Die Fristen zur Geltendmachung von Mängeln variieren dementsprechend zwischen „zumutbarer Zeit“ und 30 Jahren; eine Mangelanzeigepflicht besteht innerhalb von zwei Monaten, „angemessener Zeit“ oder gar nicht. Die Gewährleistungsbehelfe schließen die Anders- oder Zuweniglieferung in sich ein – oder nicht; und sind gegenüber Schadenersatzansprüchen weniger wert – oder harmonisieren mit ihnen.

Neben den rechtlichen Abweichungen bestehen Bedenken hinsichtlich der sozialen Wirklichkeit des Gewährleistungsanspruchs und seiner Durchsetzung. Auszugehen ist vom Vertrauen des Verbrauchers, den die Zuverlässigkeit des Verkäufers, dessen Qualifikation und Haftungsfond interessieren – Kriterien, die er als landes- und rechtsunkundiger Fremder jedoch nicht einschätzen kann. Eine hier abhelfende, vertrauensfördernde Haftung der Zwischenhändler, geschweige denn eine Produzentenhaftung, sieht die Richtlinie aber gerade nicht vor. Schließlich sei auch dahingestellt, ob die Information über die Mindestharmonisierung des europäischen Gewährleistungsrechts zu den Verbrauchern durchdringt.

Daher: Funktionalität des Gewährleistungsrechts für die europäische Rechtssetzung? Caveat comparator, caveat legislator!

Dr. Marco Nademleinsky ist Univ.-Ass. am Institut für Rechtsvergleichung der Universität Wien; marco.nademleinsky@univie.ac.at.

31) Statutory Instrument 2002 no. 3045.

32) *Watterson*, Consumer Sales Directive 1999/44/EC – The Impact on English law, *EuRPL* 2001, 201 FN 19 mwN.

33) *Whincup*, *Contract Law and Practice* (2001) 266,

337.

34) Dies gilt unabhängig von der Entdeckung des Mangels. Dass diese Bestimmung richtlinienwidrig sein könne, vgl. *Watterson*, *EuRPL* 2001, 215.

1. Allgemeines und Fragestellung

1.1 Allgemeines

Grundsätzlich können Lebensmittel als ein Paradebeispiel für Ex- bzw Importprodukte bezeichnet werden. Durch die nicht nur warenverkehrstechnische Öffnung der Grenzen – jedenfalls im geographischen Bereich der EU – ergeben sich aber auf Grund nationaler Eigenheiten hinsichtlich der Zulassung von Produkten bzw deren Verkaufsmodalitäten immer wieder Probleme bezüglich des freien Warenverkehrs. Dementsprechend ausgedehnt und farbenfroh ist die Palette an entsprechenden Judikaten des EuGH, in denen es von Einfuhrbegrenzungen wegen des zu geringen (!) Alkoholgehaltes eines Produktes zum Schutz der Verbrauchergesundheit¹⁾ bis hin zu abweichenden Regelungen für die Ausgestaltung von Etikettierungen zur Verhinderung von Verbraucherirreführung ging, weil man den Verbrauchern nicht zutraute, die Größe einer Aufschrift von deren Inhalt zu unterscheiden²⁾. Der daraus folgende Trend auf europäischer Ebene ist daher, die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich des Lebensmittelrechts zu vereinheitlichen, da zu gravierende Unterschiede im Rechtsbestand das Ziel des Binnenmarktes torpedieren. Aber auch die Lebensmittelkrisen der letzten Jahre (beispielsweise BSE) sowie Gesundheits- und Verbraucherschutz sind als Beweggrund für Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen in den Vordergrund getreten.

Die Anwendung moderner biotechnologischer Methoden und damit der Gentechnik in der Lebensmittelherstellung ist in diesem Zusammenhang ein Thema, das besondere Hervorhebung verdient. Viele Stimmen³⁾ weisen auf die Vorteile der Biotechnologie hin, indem sie betonen, dass diese zu Ertragssteigerungen im landwirtschaftlichen Anbau, einer Verringerung des Herbizideinsatzes, einer verbesserten nutritiven Zusammensetzung und Qualität von Lebensmitteln führen und somit unter anderem Fehlernährung entgegengewirkt werden kann. Abgesehen vom weiters erhobenen Anspruch, das Hungerproblem der Welt lösen zu können, stellen sowohl Forschung als auch Produktion Wirtschaftszweige von großer Bedeutung dar. Besonders im internationalen Vergleich wird daher unterstrichen, dass es essentiell ist, wettbewerbsfähig zu bleiben und mit dem „technologischen Wetttrüsten“⁴⁾ Schritt zu halten. Vertreter der Gegenmeinung behaupten – abgesehen von ethischen Bedenken –, dass die Anwendung der Biotechnologie eine Abhängigkeit der Dritten Welt von den Industriestaaten zur Folge haben wird, die Biodiversität aus dem Gleichgewicht bringt und vor allem für die mensch-

liche Gesundheit eine Gefahr darstellt (zB hinsichtlich der Übertragung von Antibiotikaresistenz oder der Verursachung bzw Verstärkung von Lebensmittelallergien).

Zur Reglementierung und Vereinheitlichung des Umgangs mit diesen Produkten im Raum der EU wurden in den letzten Jahren folglich zahlreiche Sekundärrechtsakte bzgl des Zulassungsverfahrens und der Etikettierung der selben erlassen, die nationales Recht entweder in Form von Richtlinien harmonisieren oder als Verordnungen unmittelbare zur Anwendung

Neues um die „biotechnologische Zwangsernährung“

Das Verhältnis nationaler und europäischer Gesetzgebung am Beispiel der Bestimmungen hinsichtlich „gentechnisch veränderter Nahrungsmittel“ *)

Irina Bernert

gelangen sollen. Zu nennen sind vor allem die horizontalen Regelungen der Freisetzung⁵⁾ (hiernach: FRL), wie auch die Verordnungen über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel⁶⁾ (VO 1829/2003). Trotz dieser Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen bestehen immer noch ideologische Diskrepanzen in den Konzeptionen der Mitgliedstaaten in Bezug auf diesen Rechtsbereich.

1.2 Fragestellung

Da die Kommission im Falle Oberösterreichs bereits bestehende Ambitionen hinsichtlich der Proklamierung einer gentechnikfreien Zone unter Verweis auf die Vorgaben der FRL zunichte gemacht hat⁷⁾, bleibt nun zu fragen, wie weit Verbraucherinnen und Verbraucher bei (oder vielleicht sogar: vor) dem Verzehr der hier interessierenden Lebensmittel geschützt werden können (wenn man darin eine Notwendigkeit erblicken möchte). In Hinblick auf die differierenden Haltungen der Mitgliedstaaten gegenüber der Anwendung biotechnologischer Methoden, stellt sich also oftmals die Frage nach verbleibenden Handlungsspielräumen bezüglich der Rechtssetzung in diesem Bereich, entweder, weil die europarechtli-

*) Dieser Beitrag basiert auf den Ergebnissen meiner Dissertation, die im heurigen Jahr vom Neuen Wissenschaftlichen Verlag (NWV) verlegt wird.

1) EuGH 20.12.1979, Rs 120/78, Slg 1979, 649.

2) EuGH 6.7.1995, Rs C-470/93, Slg 1995, I-1923.

3) Etwas *The Royal Society*, Genetically Modified Plants for Food Use and Human Health - An Update; <http://www.royalsoc.ac.uk/templates/statements/StatementDetails.cfm?statementid=165> (14.8.2002) 4 f, ebenso *Deane*, Public Perceptions,

Risk Communication and Biotechnology, in *Robertson* (Hrsg), Globalization and the Environment (2001) 106 f.

4) Vgl *Steger*, Die Herstellung der Natur. Eine bewertende Zusammenfassung, in *ders* (Hrsg), Die Herstellung der Natur. Chancen und Risiken der Gentechnologie (1985) 15 (19 f).

5) Richtlinie 2001/18/EG vom 12. März 2001 über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der Richtlinie 90/220/EWG, ABIL 106 vom 17.4.2001, 1.

6) Verordnung (EG) Nr 1829/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. September 2003 über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel, ABIL 268 vom 18.10.2003, 1.

7) 2003/653/EG: Entscheidung der Kommission vom 2. September 2003 über die einzelstaatlichen Bestimmungen zum Verbot des Einsatzes gentechnisch veränderter Organismen im Land Oberösterreich, die von der Republik Österreich gemäß Artikel 95 Absatz 5 EG-Vertrag mitgeteilt wurden, ABIL 230 vom 16.09.2003, 34.

chen Vorgaben als zu stringent, oder aber, im Gegensatz dazu, als zu wenig protektionistisch beurteilt werden.

Im harmonisierten Bereich bestehen generell – je nach Regelungsdichte – nur wenige Möglichkeiten für nationale Abweichungen. Hier ist zuallererst zu untersuchen, ob (1) das europäische Regelungswerk nationale Handlungsspielräume zur (abweichenden) Reglementierung belässt. Sollte dies nicht der Fall sein und das europäische Regelungswerk eine abschließende Dichte und Bestimmtheit aufweisen, könnten (2) nationale Abweichungen in der Rechtssetzung nach Maßgabe des Primärrechts möglich sein. Andernfalls, könnte (3) immer noch die Stellung der Mitgliedstaaten im Entscheidungsfindungsverfahren – beispielsweise hinsichtlich der Zulassung bestimmter Nahrungsmittel – die Möglichkeit bieten, ungeliebte Ergebnisse zu verhindern. Schlussendlich bieten (4) manche Regelungswerke selbst, wie auch die hier in Rede stehende VO 1829/2003⁸⁾, in Hinblick auf Verbraucher- oder Umweltschutz sogenannte „escape-clauses“, unter deren Berufung Mitgliedstaaten – die englische Bezeichnung wörtlich nehmend – aus ihrer Sicht negativen Entscheidungen schlichtweg „entkommen“ können.

2. Die Zulassung von Nahrungsmitteln, die unter Anwendung moderner Biotechnologie hergestellt wurden

2.1 Harmonisierter Bereich: Die Verordnung über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel

Der internationale ökonomische Druck auf die europäischen Märkte und der Wunsch nach der Schaffung eines grenzenlosen Marktes haben eine Angleichung bzw Vereinheitlichung des nationalen Rechts besonders hinsichtlich Im- bzw Exportprodukten immer notwendiger gemacht.⁹⁾ Festgestellt sei an dieser Stelle, dass im Bereich der Zulassung von Nahrungsmitteln, die unter Anwendung moderner Biotechnologie hergestellt wurden, ein Regelungswerk existiert, das keine nationalen Handlungsspielräume hinsichtlich der materiellen Zulassungsvoraussetzungen einräumt. Dieser Rechtsbereich ist nämlich, ebenso wie die Kennzeichnung der betreffenden Produkte, durch Verordnungen geregelt, deren unmittelbare Anwendbarkeit auch keinen Abweichungsspielraum belässt – zumindest nicht in Bezug auf die Zulassung und Etikettierung der hier interessierenden Produkte. Es ist dies, wie bereits mehrfach angedeutet, vor allem die am 18.4.2004 in Kraft getretene VO über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel (VO 1829/2003)¹⁰⁾.

Das bisherige Hauptregelungswerk in Hinblick auf die Zulassung und Kennzeichnung der in Rede stehenden Nahrungsmittel, die Novel-Food VO¹¹⁾ (hiernach: NFVO), wies einige Defizite auf. Besonders, wenn man bedenkt, dass durch sie zumindest vordergründig den Unterschieden der mitgliedstaatlichen Konzeptionen des Umganges mit gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in der Nahrungsmittelherstellung beigegeben werden sollte, war und ist nicht ganz

verständlich, warum der wichtigste Teil des zweigliedrigen Zulassungsverfahrens, nämlich die erste Risikobewertung, von der der weitere Gang des Verfahrens abhängig war, den einzelnen mitgliedstaatlichen Behörden obliegen sollte. Die gemeinschaftliche Zulassung sollte zwar nach Durchführung einer einheitlichen Verträglichkeitsprüfung erteilt werden, dies garantierte aber auf Grund der potentiell unterschiedlichen Ergebnisse der mitgliedstaatlichen Prüfung keine unbedingte Rechtssicherheit. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass ein Antrag trotz der einheitlichen Richtlinien zur Risikoprüfung in einem Mitgliedstaat anders bewertet werden könnte als in einem anderen, womit nach US-Amerikanischen Vorbild eine Art „Forum-Shopping“ geradezu nahegelegt wurde. Ebenso verfehlte die NFVO das Ziel der Aufklärung der Verbraucherinnen und Verbraucher durch eine klare und einheitliche Kennzeichnung. Die Anforderungen der NFVO waren diesbezüglich lediglich, dass der Anmelder des jeweiligen Lebensmittels einen geeigneten Vorschlag beibringen musste, über den dann im Zuge der Zulassung entschieden wurde. Diese Defizite sollen durch die neuen Bestimmungen bereinigt werden.

Deklariertes Ziel der VO über genetisch veränderte Lebensmittel und Futtermittel (VO 1829/2003), ist es, ein hohes Schutzniveau für Leben und Gesundheit des Menschen und Wohlergehen der Tiere unter Wahrung von Umwelt- und Verbraucherinteressen zu gewährleisten (vgl hierzu die ErWG 2 ff und Art 1). Auch der im ersten ErWG genannte Aspekt der Warenverkehrsfreiheit als Prinzip des Binnenmarktes wird hinsichtlich der Verbringung von sicheren und gesunden Lebensmitteln ins Licht der Gesundheit der Verbraucher und deren sozialer und ökonomischer Interessen gestellt. Weitere Ziele sind die Festlegung eines *gemeinschaftlichen* Verfahrens über die Zulassung von genetisch veränderten Lebens- und Futtermitteln und deren Kennzeichnung.

Grundsätzlich wurde keine dem Anmeldeverfahren der NFVO nachgebildete Verfahrensverkürzung in das neue Regelungsregime übernommen. Damit muss generell für alle in den Anwendungsbereich der VO fallenden Produkte ein Zulassungsverfahren angestrengt werden. Das noch der NFVO inhärente, auf mitgliedstaatlicher und europäischer Ebene angesiedelte, zweistufigen Verfahren wird im Prinzip auf eine rein europäische Ebene verlagert. Zwar ist der Antrag auf Zulassung bei der nationalen Zulassungsbehörde einzubringen, diese leitet nach Bestätigung des Erhalts den Antrag an die zentral eingerichtete Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (hiernach: EBLs) weiter, die wiederum die Bewertung vornimmt und ihre Stellungnahme unter Einhaltung der sonstigen prozeduralen Voraussetzungen der Kommission und den Mitgliedstaaten übermittelt.

Im Gegensatz zur NFVO wird in weiterer Folge in *jedem* Fall ein Regelungsausschussverfahren nach Art 5 und 7 des Beschlusses 1999/468/EG eingeleitet. Dabei schlägt die Kommission nach vorheriger Konsultation der Europäischen Gruppe für Ethik der Naturwissenschaften und der Neuen

8) FN 6.

9) Siehe *Schmidt*, Europeanization and the Mechanics of Economic Policy Adjustment, EIOP 2001, 1.

10) FN 6.

11) Verordnung (EG) 258/97 des Europäischen Parlaments und des Rates über neuartige Lebensmittel

und neuartige Lebensmittelzutaten, ABl L 43 vom 14.2.1997, 1.

Technologien oder anderer Stellen eine Maßnahme vor und der ständige Ausschuss für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit nimmt dazu mit der Mehrheit des Art 148 Abs 2 EGV Stellung. Der Ausschuss setzt sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammen. Stimmt die Maßnahme mit der Stellungnahme überein, erlässt die Kommission die Maßnahme. Andernfalls oder wenn keine Stellungnahme vorliegt, unterbreitet die Kommission dem Rat einen Vorschlag für die Maßnahme, der wiederum mit qualifizierter Mehrheit entscheidet. Wird binnen 3 Monaten kein Beschluss gefasst, erlässt die Kommission die vorgeschlagene Maßnahme.

Gegebenenfalls wird die Zulassung auf maximal zehn Jahre erteilt und das Produkt im Gemeinschaftsregister eingetragen; weiterhin ist die Entscheidung im Amtsblatt zu veröffentlichen. Die Entscheidung hat EU-weite Wirkung. Je nach Verpackung – mit bzw ohne Verzeichnis der Zutaten oder unverpackt – ist der Hinweis „... genetisch verändert ...“¹²⁾ entweder im Zutatenverzeichnis (auch mittels Fußnote), auf dem Etikett oder in anderer dauerhafter und sichtbarer Weise auf oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Lebensmittel anzubringen (vgl Art 13 Abs 1).

2.2 Abweichende mitgliedstaatliche Rechtsetzungen

Wichtigste primärrechtliche Grundlage für die VO 1829/2003 und andere Rechtsakte in diesem Zusammenhang ist Art 95 EGV. Ein mitgliedstaatlicher „Alleingang“ – also ein Abweichen von den europarechtlichen Vorgaben – durch die Setzung entgegenstehender Rechtsakte ist nach dem Wortlaut der Bestimmungen zwar möglich, aber lediglich unter Einhaltung der in Art 95 Abs 4 und 5 EGV normierten Voraussetzungen. Danach dürfen Mitgliedstaaten von Sekundärrecht abweichendes nationales Recht beibehalten oder neu einführen, um das durch Abs 3 leg cit postulierte hohe Schutzniveau zu erhöhen, vorausgesetzt, die gemeinschaftsrechtliche Maßnahme wurde auf Grundlage des Art 95 Abs 1 EGV erlassen.¹³⁾ Eine Berufung auf diese Bestimmungen ist seit der Neufassung des EGV nicht mehr nur den in der Rechtsetzung „unterlegenen“, sondern allen Mitgliedstaaten zugänglich. Jedenfalls ist dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, die Maßnahme darf nicht diskriminierend sein oder eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen. Eine *Beibehaltung* abweichender nationaler Vorschriften nach Abs 4 leg cit muss durch wichtige Erfordernisse im Sinne des Art 30 EGV oder durch den Schutz der Arbeitsumwelt oder durch den Umweltschutz gerechtfertigt sein. Bei der *Neueinführung* einer solchen ist nach Abs 5 leg cit essentiell, dass eine solche auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt wird und auf ein spezifisches Problem reagiert, das sich nach Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergeben hat und dem Schutz der

Umwelt oder der Arbeitsumwelt gilt. Diese restriktiv zu bewertende Ausnahmebestimmung ist auf absolute Notwendigkeiten beschränkt.¹⁴⁾ Zu beachten ist nämlich der Grundzweck der Art 95 Abs 1 EGV: die Verwirklichung des Binnenmarktes und die dafür notwendige Harmonisierung. Abs 6 leg cit normiert das Notifizierungsverfahren, in dessen Rahmen die Kommission von der beizubehaltenden oder neu einzuführenden Maßnahme unterrichtet werden muss und innerhalb von sechs Monaten darüber zu befinden hat. Aus der Formulierung der Bestimmung geht hervor, dass das Funktionieren des Binnenmarktes nicht über Gebühr beeinträchtigt werden darf, was wiederum auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz schließen lässt. Diese Ausnahmebestimmung soll sich eben nur auf absolute Notwendigkeiten beschränken.

Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang jedoch stellt, ist, ob die eben beschriebenen Bestimmungen auch auf europäische Rechtsakte in Form von Verordnungen anwendbar sind. Das Wesen der von Art 95 Abs 1 EGV angestrebten *Rechtsangleichung* ist nämlich von der *Rechtsvereinheitlichung* zu unterscheiden.¹⁵⁾

Dem Rat stehen im Prinzip bei der Rechtssetzung alle in Art 249 EGV aufgezählten Rechtsinstrumente zur Verfügung; welches letztendlich ausgewählt wird, ist – unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips, des Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsgrundsatzes – grundsätzlich eine Ermessensfrage, da prinzipiell Wahlfreiheit besteht.¹⁶⁾ Da Verordnungen wegen ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit und ihres Anwendungsvorranges vor nationalem Recht aber der *Vereinheitlichung* der mitgliedstaatlichen Vorschriften dienen sollen und sogar mitgliedstaatliche Ausführungsakte und Auslegungsregeln unzulässig sind, wenn sie der unmittelbaren Geltung der VO widersprechen,¹⁷⁾ erscheint die Möglichkeit zum nationalen Alleingang nach Art 95 Abs 4 und 5 EGV dem Gedanken der *Rechtsvereinheitlichung* entgegen zu stehen. Charakteristikum einer VO ist, dass sie unmittelbare Wirkung erlangt, wenn sie eindeutige, klare und uneingeschränkte Verpflichtungen eines Mitgliedstaates oder eines Einzelnen enthält; diese dürfen durch nationale Regelungsvorbehalte nicht eingeschränkt werden.¹⁸⁾ Ebenso wenig kann ein Mitgliedstaat einer VO innerstaatliche Vorschriften oder Praktiken hinsichtlich ihrer Geltung entgegenhalten.¹⁹⁾

Ein Versuch, diesen Widerspruch aufzulösen, ist die Deutung von Verordnungen, sofern sie im Bereich des Art 95 leg cit erlassen wurden, als rechtsangleichende Maßnahmen im Gegensatz zu vereinheitlichenden Maßnahmen.²⁰⁾ Dieser Meinung folgend würden die Bestimmungen des Art 95 EGV in kohärenter Weise auch für Verordnungen gelten, die auf Grundlage des Abs 1 leg cit erlassen wurden. Im Gegensatz

12) Dass dabei die englische Fassung den Begriff „genetically modified“ vorsieht, der eigentlich „genetisch verändert“ bedeutet, weist wohl eher auf einen Übersetzungsfehler hin – außer man möchte annehmen, dass auch alle Produkte aus konventionellen Kreuzungen und Züchtungen einer solchen Etikettierung bedürfen, da ja auch diese genetisch verändert sind.

13) Siehe hierzu auch *Herwig*, Der Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers bei der Umset-

zung von europäischen Richtlinien zum Verbraucher- vertragsrecht (2002) 16.

14) *Epiney/Scheyli*, Umweltvölkerrecht (2000) 381.

15) *Kahl* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV (2002) Art 95 Rz 7 und Art 94 Rz 1.

16) *Biervert* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar (2000) Art 249 Rz 13; *Herrnfeld* in *ebd* Art 95 Rz 36 und *Kahl* in *Calliess/Ruffert*, Kommentar Art 95 Rz 12.

17) *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, Kommentar Art 249 Rz 41.

18) *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, Kommentar Art 249 Rz 22.

19) Siehe *Biervert* in *Schwarze*, EU-Kommentar Art 249 Rz 21.

20) So beispielsweise *Biervert* in *Schwarze*, EU-Kommentar Art 249 Rz 18 oder *Herrnfeld* in *ebd*, EU-Kommentar Art 95 Rz 36.

zu diesem Verständnis ist mE im Lichte des *effet utile* (Art 10 EGV) wegen des grundsätzlichen Wesens der VO ein konträres Ergebnis zu unterstellen. Die Möglichkeit zur Berufung auf Abs 4 oder 5 *leg cit* müsste im Gegensatz zum oben beschriebenen Ansatz vielmehr von der Rechtsform der jeweiligen Harmonisierungsmaßnahme abhängig gemacht werden. Da den nach Art 249 EGV zur Verfügung stehenden Rechtsinstrumenten unterschiedliche Regelungsintensität inhärent ist, kann aus der Wahl der Verordnung geschlossen werden, dass mitgliedstaatliche Abweichungen eben verhindert werden sollen, da sonst die Erreichung des Zieles der hohen Integration unmöglich wäre oder zumindest sehr erschwert werden würde. Nach dieser Ansicht wären nationale Abweichungen lediglich in Bereichen möglich, in denen die jeweilige VO die Mitgliedstaaten beispielsweise zum Erlass von Durchführungsmaßnahmen ermächtigt. Für den Fall, dass der Text der VO allerdings konkrete Verpflichtungen enthält, ist eine nationale Abweichung unter Berufung auf Art 95 Abs 4 und 5 EGV mE also nur schwer vorstellbar.

Sollten die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit zum nationalen Alleingang, sofern eine solche doch zu bejahen wäre, nicht Gebrauch gemacht haben bzw machen, wie im hier interessierenden Fall der VO 1829/2003, besteht eine europarechtliche Bindung. Damit sind im Folgenden die Bestimmungen der genannten VO zu beleuchten und dahingehend zu untersuchen, inwiefern Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten im Zulassungsverfahren selbst bestehen und inwiefern die VO 1829/2003 Möglichkeiten vorsieht, die europaweite Geltung einer allfälligen Zulassung eines Produktes und die damit verbundene Bindungswirkung der europäischen Entscheidung für den eigenen geographischen Raum eines Mitgliedstaates abzuändern oder sogar zu umgehen.

2.3 Nationale Mitwirkungsrechte im Verfahren

Zwar ist der das Zulassungsverfahren einleitende Antrag²¹⁾ nicht wie in den ursprünglichen Vorschlägen vorgesehen bei der EBLs zu stellen, sondern an die zuständige nationale Behörde des Mitgliedstaates zu richten (vgl Art 5 Abs 2 der VO 1829/2003), dieser kommt allerdings abgesehen von der Bestätigung des Erhalts und der Weiterleitung des Antrages an die EBLs keine weitere Kompetenz zu. Damit wird in Einklang mit den Zielen der VO (vgl Art 1 lit b *leg cit*) ein gemeinschaftliches Verfahren für die Zulassung der erfassten Produkte geschaffen, in dessen Rahmen eine Genehmigung auf Grund einer Verträglichkeitsprüfung durch eine einzige Behörde und eines einheitlichen Risikobewertungs- und Risikomanagementprozesses erteilt wird.²²⁾ In kohärenter Weise obliegt auch die Untersuchung der mit dem Antrag einzureichenden Proben und die Bewertung der vom Antragsteller beigebrachten Nachweisverfahren nicht einem Mitgliedstaat,

sondern dem auf europäischer Ebene eingerichteten gemeinschaftlichen Referenzlabor.

Allerdings kann sich die von der EBLs erstellte Beurteilung im Sinne einer wissenschaftlichen Zusammenarbeit (vgl Art 36 der VO 178/2002) auch auf die Beurteilung einer entsprechenden mitgliedstaatlichen Lebensmittelbewertungsstelle stützen (vgl Art 6 Abs 3 lit b VO 1829/2003). Diese Zusammenarbeit mit dem jeweiligen Mitgliedstaat ist – indiziert durch die Formulierung „kann“ – lediglich *fakultativ*. Hingegen *zwingend* ist die Einbeziehung der nationalen Behörde, wenn es sich um die Bewertung eines Lebensmittels handelt, das an sich ein GVO iS des FRL ist, solche enthält oder daraus besteht. Für solche Produkte müssen explizit die in der FRL festgelegten umweltbezogenen Sicherheitsanforderungen eingehalten werden. In diesem Fall ist die nach der FRL zuständige nationale Behörde bei der Bewertung der Anträge zu konsultieren, die wiederum binnen drei Monaten ihre Stellungnahme abzugeben hat (vgl Art 6 Abs 4 *leg cit*).

Somit sind die Mitwirkungsrechte der nationalen Behörden bei der Risikoprüfung auf ein kleines Ausmaß reduziert. Dennoch sind sie auch in Hinblick auf den Regelungsausschuss, der sich wie bereits ausgeführt aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt, nicht völlig ausgeschaltet. Jedenfalls ist aber die Entscheidung über die Zulassung der hier interessierenden Nahrungsmittel eine europäische im Gegensatz zu einer nationalen, wodurch der Versuch der Einflussnahme lediglich auf kooperativem Wege unternommen werden kann, weshalb eine Durchsetzung singulärer Interessen daher nicht besonders erfolgsversprechend erscheint.

2.4 Schutzklausel

Wie bereits angedeutet, hat die Zulassung eines Produktes nach der VO 1829/2003 gemeinschaftsweite Wirkung (vgl Art 7 Abs 5 *leg cit*). Eine Änderung, Aussetzung oder ein Widerruf von Zulassungen kann nach Art 10 *leg cit* zwar auf Grund der Initiative eines Mitgliedstaates oder der Kommission geprüft werden, dennoch ist auch für diesen Fall ein europäisches Verfahren vorgesehen. Damit wurden nicht nur in Bezug auf das Zulassungsverfahren die Mitwirkungsrechte der Mitgliedstaaten auf eine europäische Ebene verlagert.

Auch hinsichtlich der in den bisher geltenden Regelwerken enthaltenen Schutzklauseln kann eine solche Entwicklung beobachtet werden. Diese wurde nämlich dadurch europäisiert, als dass explizit auf das in der VO 178/2002²³⁾ festgelegte Verfahren nach Art 53 und 54 verwiesen wird. Der Überlegung, ein einheitliches Konzept der Lebensmittelsicherheit zu schaffen (vgl ErWG 11 der VO 178/2002), entsprechend, wird hierin ein einheitliches Verfahren geschaffen. Wenn davon auszugehen ist, dass ein nach der VO über genteisch veränderte Lebens- oder Futtermittel zugelassene Produkt wahrscheinlich ein ernstes Risiko für die menschliche

21) Um die Kohärenz mit der FRL sicherzustellen, muss der einleitende Antrag für GVO oder Lebensmittel, die daraus bestehen oder solche beinhalten, technische Unterlagen umfassen, die den Anforderungen der entsprechenden Anhänge der FRL entsprechen (vgl Art 5 Abs 5 der VO 1829/2003). Das im Gentechnikrecht der Gemeinschaft geltende „one door one key“ Prinzip findet in die Bestimmung da-

durch Einzug, als dass im hier interessierenden Fall den Bestimmungen der FRL derogiert wird und ein Antrag lediglich nach der VO 1829/2003 zu stellen und dementsprechend zu bewerten ist.

22) Vgl Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über genetisch veränderte Lebens- und Futtermittel, KOM (2001) 425

23) Verordnung (EG) Nr 178/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, ABl L 31 vom 1.2.2002, 1.

oder tierische Gesundheit oder die Umwelt darstellt, kann die Kommission in einem Regelungsausschussverfahren entsprechende Maßnahmen erlassen (Art 53 *leg cit*). Die Formulierung „dass diesem Risiko durch Maßnahmen des betreffenden Mitgliedstaates ... nicht auf zufrieden stellende Weise begegnet werden kann“, lässt vorerst auf ein Recht des Mitgliedstaates schließen, Sofortmaßnahmen *eigenständig* ergreifen zu dürfen. Dieser Annahme widerspricht allerdings Art 54 der VO 178/2002. Danach darf der Mitgliedstaat nämlich nur vorläufige Schutzmaßnahmen ergreifen, wenn er die Kommission offiziell von der Notwendigkeit zur Ergreifung von Maßnahmen in Kenntnis gesetzt hat und diese *kein* Regelungsausschussverfahren eingeleitet hat. Daraus lässt sich lediglich auf ein *Initiativrecht* des Mitgliedstaates schließen, das sich erst bei Untätigbleiben der Kommission in die Kompetenz eigenständige Aktionen zu setzen, wandelt. Dieses Verständnis steht auch in Einklang mit Art 10 der VO 1829/2003, nach dem Änderungen, Aussetzungen und Widerrufe von Zulassungen zwar auf Initiative des Mitgliedstaates durch die EFSA geprüft werden, die letztendliche Entscheidung aber wieder in Form des eben beschriebenen Regelungsausschussverfahrens nach Art 53 iVm Art 58 der VO 178/2002 zu ergehen hat.

2.5 Zusammenfassende Bemerkungen

Besonders das Lebensmittelrecht stellt eine Rechtsmaterie dar, die immer umfassenderen Harmonisierungsversuchen unterliegt. Freilich werden noch an vielen Stellen Defizite zu orten sein, wie beispielsweise die mangelnde Kompetenz der europäischen Legislative im Bereich der Strafgesetzgebung, was zu unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Strafausmaßen in Folge einer Verletzung der europäischen Vorschriften und damit auch zur Torpedierung der Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften führt.²⁴⁾ Nichtsdestotrotz bedeutet der eingeschlagene Weg letztendlich, dass im Lichte der Schaffung eines Binnenmarktes nationaler Protektionismus gegenüber heimischen Produktionszweigen oder auch eine einseitige Berufung beispielsweise auf Verbrauchergesundheit in einem einheitlichen europäischen Markt nicht bestehen werden können, besonders, wenn die Marktzulassung eines Pro-

duktes nicht mehr von nationalen Beurteilungen abhängig ist, sondern auf eine gemeinschaftliche Ebene verlagert wird und damit eine supranationale Entscheidung darstellt.

3. Exkurs: Negativkennzeichnung

Obwohl die Kommission in ihrem Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit²⁵⁾ bis September 2000 eine Harmonisierung der Kennzeichnungsvorschriften für Lebensmittel und Lebensmittelzutaten, die *nicht* gentechnisch hergestellt wurden – also der Negativkennzeichnung²⁶⁾ –, in Aussicht gestellt hat, konnte bisher noch keine legislative Einigung erzielt werden. Damit verbleibt – im Gegensatz zur Positivkennzeichnung – die Regelungskompetenz in diesem nicht-harmonisierten Bereich vorläufig bei den Mitgliedstaaten, von denen einige, wie beispielsweise Deutschland²⁷⁾ und Österreich²⁸⁾, bereits entsprechende Vorschriften erlassen haben. Abgesehen vom Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung von Waren sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten (Art 28 EGV), das in Bezug auf die Rechtsetzung im nicht-harmonisierten Bereich als primärrechtliches Gebot zu beachten ist (wobei der Verstoß gegen dieses durch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen des Art 30 EGV legitimiert sein kann²⁹⁾), sind europarechtliche Vorgaben im allgemeinen Irreführungsverbot der EtikettierungsRL³⁰⁾ (vgl Art 2 Abs 1) und der Definition für „irreführende Werbung“ nach Art 2 Z 2 der RL 84/450/EWG idgF zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung³¹⁾ zu erblicken.³²⁾

In Österreich sind verpackte Lebensmittel, die ohne weitere Verarbeitung für den Letztverbraucher oder Gemeinschaftseinrichtungen bestimmt sind, prinzipiell zu kennzeichnen (vgl § 1 Lebensmittelkennzeichnungsverordnung³³⁾, hiernach: LMKV). Wie diese Kennzeichnung auszugestaltet ist, richtet sich im Allgemeinen nach der LMKV. Hinsichtlich der Frage der Irreführung der Verbraucher sind vor allem § 7 Abs 1 lit c iVm § 8 lit f LMG³⁴⁾ und das allgemeine Irreführungsverbot des § 2 UWG³⁵⁾ einschlägig. Die hinsichtlich der Gentechnikfreiheit relevante Verbrauchererwartung und die damit verbundene Frage, wie „gentechnikfrei“ ein Produkt zu

24) Vgl *Kert*, Die strafrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen die Novel-Food-Verordnung, ÖJZ 2001, 298.

25) KOM (99) 719 endg, Rz 103 und Aktion 15.

26) Im Allgemeinen weist eine „Negativkennzeichnung“ auf das *Nichtvorhandensein* einer bestimmten Substanz in einem Produkt bzw die *Nichtanwendung* eines bestimmten Herstellungsprozesses bei der Produktion eines Erzeugnisses hin. Hinsichtlich der hier interessierenden Problematik würden Hersteller Produkte mit der Auslobung „gentechnikfrei“, „ohne Gentechnik“ oder inhaltlich gleichzuhaltenden Hinweisen folglich dahingehend kennzeichnen, dass diese von gentechnischen Herstellungs- oder Verarbeitungsverfahren unberührt sind, also keine GVO, deren Derivate oder sonstige Substanzen, die aus solchen hergestellt wurden, enthalten und vielleicht sogar ebenso wenig *mit Hilfe von* GVO produziert wurden. Es soll die *Abwesenheit von GVO im gesamten Herstellungsprozess* ausgedrückt werden.

27) Vgl § 5 der Neufassung der Neuartigen Lebens-

mittel- und Lebensmittelzutaten-Verordnung, dBGBI I 123.

28) Codex-Richtlinie zur Definition der „Gentechnikfreiheit“, Bundeskanzleramt, 28.4.1998, GZ 32.048/5-VI/B/1b/98; <http://home.prolink.de/%7EHps/novel/ACodexGentechnikfreiheit.html>.

29) Eine interessante Konstellation könnte sich in diesem Zusammenhang vor allem auf Grund der Unterschiede der deutschen und der österreichischen Regelungen ergeben. Erstere postulieren nämlich eine ganz konkrete Formulierung der Kennzeichnung, „ohne Gentechnik“, wohingegen letztere „gentechnikfrei“ oder gleichzuhaltende Formulierungen als erlaubt ansehen. Ob die deutschen Bestimmungen in Bezug auf ihre Auswirkungen auf die Kennzeichnung österreichischer Produkte damit eine Maßnahme gleicher Wirkung darstellt und ob diese Restriktion gerechtfertigt erscheint im Lichte der Ausnahmetatbestände des Art 30 EGV soll aber der Beantwortung durch den EuGH vorbehalten bleiben.

30) Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parla-

ments und des Rates vom 20. März 2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, ABI L 109 vom 6.5.2000, 29.

31) Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABI L 250 vom 19.9.1984, 17.

32) In diesem Sinne auch *Wagner*, Kennzeichnungspflichten bei gentechnisch veränderten Lebensmitteln und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Negativkennzeichnung, RdU 2002, 3 (6).

33) BGBl 1993/72 idF II 2003/222.

34) Lebensmittelgesetz 1975 BGBl 1975/86 idF I 2003/69.

35) Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb BGBl 1984/448 idF I 1999/185.

sein hat, um als solches gekennzeichnet werden zu dürfen, ohne dabei dem Irreführungsverbot zu widersprechen, wird vom österreichischen Lebensmittelkodex (Codex Alimentarius Austriacus) festgehalten. Als objektivierte Sachverständigengutachten³⁶⁾ dient dieser der Verlautbarung von Begriffsbestimmungen (vgl § 51 LMG).

Als „gentechnikfrei“ gekennzeichnet werden dürfen demnach solche Lebensmittel, die ohne Anwendung gentechnischer Verfahren hergestellt wurden.³⁷⁾ Das Produkt darf weder selbst ein GVO sein, noch dürfen GVO oder deren Derivate bei dessen Herstellung verwendet werden. Auch Futter-, Dünge- und Pflanzenschutzmittel sowie Arzneimittel und Impfstoffe sind hiervon erfasst. Produkte beispielsweise einer mit transgenem Mais gefütterten Kuh könnten folglich nicht als gentechnikfrei gekennzeichnet werden.

Eine der in Österreich bekannten Etikettierungen, nämlich die der „Arbeitsgemeinschaft Gentechnikfrei“³⁸⁾, ist die Wort-Bild-Marke „Gentechnikfrei erzeugt“, die von einer Kontrollstelle an entsprechende Unternehmen bzw deren Produkte vergeben wird. Die inhaltlichen Vergabekriterien sind dabei durchaus mit den materiellen Vorgaben der Definition der Gentechnikfreiheit des Lebensmittelkodex kohärent. Umso bedenklicher stellt sich aber die Ausgestaltung des zu vergebenden Zeichens dar. Besonders wenn man die Auffassung teilt³⁹⁾, dass der von der österreichischen Rechtsprechung als Leitbild herangezogene Verbraucher nicht nur unmündig,

hilflos und betreuungsbedürftig, sondern auch „am Rande der Debität verharrend“ ist, fällt es schwer, dieser Kennzeichnung keine Irreführung zu unterstellen. Bei flüchtiger Betrachtung könnte nämlich unter Umständen der Eindruck entstehen, dass das Produkt überhaupt „genfrei“ im Gegensatz zu „gentechnikfrei“ ist. Wenn es nun zudem noch zutrifft, dass der eben beschriebene Verbraucher „auch noch gegen die kleinste Gefahr einer Irreführung durch die Werbung geschützt werden muss“⁴⁰⁾ und man bedenkt, dass ein erheblicher Anteil der Österreicher tatsächlich der Meinung zu sein scheint, herkömmliche Tomaten hätten keine Gene⁴¹⁾, ist es von Vorteil, dass im Zusammenhang gerade kein nationales Verbraucherverständnis zu unterstellen ist, sondern das von der europäischen Rechtsprechung herangezogene Verbraucherleitbild eines aufgeklärten und mündigen Verbrauchers. Im Lichte dieser Überlegungen bleibt es daher abzuwarten bis die Kommission die in Aussicht gestellte Reglementierung initiiert. Nur eine solche kann abschließende Klarheit in Bezug auf die inhaltliche und äußerliche Gestaltung der konkreten Problematik bieten und somit Handelshemmnisse auf Grund unterschiedlicher nationaler Normen beseitigen.

Drⁱⁿ. Irina Bernert, LL.M ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien; irina.bernert@univie.ac.at.

VERLAG ÖSTERREICH

Pernthaler Österreichisches Bundesstaatsrecht

800 Seiten, geb., 3-7046-4361-0, € 80,-,
Hörerscheinpreis € 64,-

- umfassendes Lehr- und Handbuch
- konsequente staats- und verfassungstheoretische Verankerung
- aktueller Stand der Demokratie, des Bundesstaates und des Rechtsstaates in Österreich
- Ordnung und Systematisierung der Rechtstexte, Auslegungen und Rechtsprechungen zur geltenden Verfassung
- wichtige Grundlagen und weiterführende Informationen für die aktuelle Reformdiskussion

Pernthaler

Österreichisches Bundesstaatsrecht

VERLAG ÖSTERREICH

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

36) ZB *Koja*, Die Rechtsnatur des Lebensmittelbuches, ÖJZ 1979, 285.

37) FN 28.

38) www.gentechnikfrei.at (28.10.2003).

39) Vgl *Emmerich*, Wettbewerbsbeschränkung durch die Rechtsprechung, in FS Gernhuber (1993) 857 (870).

40) *Emmerich* in FS Gernhuber.

41) Eurobarometer 52.1 vom 15.3.2002.

Fuchs

Landesabgabenordnungen

mit Bundesabgabenordnung (BAO) und Rechtsprechung
zur Getränkesteuerrückerstattung im Anhang

2004, 426 Seiten, br., 3-7046-4298-3, € 24,75
Abopreis € 19,80

- erstmals die Landesabgabenordnungen aller neun Bundesländer in einem Band zusammengefasst
- die BAO auf aktuellem Stand
- Rechtsprechung zur Getränkesteuerrückerstattung

Gesetzbücher des Verlags Österreich

- die bewährte Griffleiste garantiert das rasche Auffinden der gewünschten Paragraphen
- häufiges Erscheinen garantiert topaktuelle Information

HR Dr. Josef Fuchs ist Hofrat am Verwaltungsgerichtshof.



BESTELLSERVICE

Fax: 01-610 77-589, e-mail: order@verlagoesterreich.at

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

Ja, ich/wir bestelle(n)

Fuchs

Landesabgabenordnungen

426 Seiten, broschiert

_____ Expl. à € 24,75

Abopreis _____ Expl. à € 19,80

ABSENDER

Alle Preise verstehen sich inklusive MWSt. zuzüglich Versandkosten.

Firma	
Vor- und Zuname	
Straße	Postleitzahl/Ort
Telefon	E-Mail
Kundennummer	Datum
Unterschrift	

Zum Schreien

Iris Appiano Kugler

Seit 25 Jahren gibt es nun das Gleichbehandlungsgesetz. Für die Bewusstseinsbildung, was im Arbeitsleben Diskriminierung bedeutet, war es enorm wichtig. Auch bietet die runde Zahl wieder einmal Anlass, sich zu besinnen und zu resümieren. So gab es, was die Realisierung der Geschlechterdemokratie betrifft, gerade in den letzten Jahren für alle Frauen spürbar massive Rückschritte. Abgesehen davon, dass Spitzenpositionen nicht einmal dort, wo das Bundesgleichbehandlungsgesetz gilt, paritätisch besetzt werden, bewirkt das gleichermaßen frauen- wie menschenfeindliche Regieren für Frauen einen noch schwierigeren Zugang zu den gesellschaftlichen Ressourcen.

Exemplarisch sei für den ersten Kritikpunkt die Stadt Wien genannt, wo zwar 55 Prozent der Beschäftigten Frauen sind, ihr Anteil in der höchsten Dienstklasse aber nur mehr 29 Prozent, bei der Leitung von Magistratsabteilungen gar nur 14 Prozent beträgt.

Noch dramatischer stellt sich das Verhältnis zwischen Führung und Basis im Bereich der Universitäten dar. Zu deren Schande lässt sich sagen, dass sich – gänzlich unbeeindruckt von einem Bundesgleichbehandlungsgesetz –, die Zahl der Professorinnen immer noch im einstelligen Bereich bewegt. Die Seriosität einer solchen Lehre (Leere) darf angezweifelt werden. Nicht anders ist es in der Wirtschaft.

Gleichzeitig wird das Leben für Frauen insgesamt härter. Nichts wurde bislang politisch unternommen, um Väter stärker zu ihrem Teil der Obsorge zu motivieren, und so trifft die Hauptverantwortung, Kinder großzuziehen, die Mütter nach wie vor alleine. Entweder als Alleinerzieherin oder als Alleinerzieherin mit arbeitendem Mann. In letzterem Fall trifft sie die existentielle Keule nicht ganz so gewaltig. An der Doppel- und Dreifachbelastung ändert – diversen Studien zufolge – aber auch diese Variante nichts.

Geradezu himmelschreiend wird die Ungerechtigkeit jedoch für jene Frauen-generation, die auf eine Pension angewiesen ist. Sie war es, die in ihrer Jugend

nichts anderes als Krieg, Schutthaufen und Elend erlebt hat. Viele dieser Frauen haben das getan, was alle Frauen beinahe täglich tun, den von anderen verursachten Mist, das Chaos, die Unordnung beseitigen. Danach kamen die Wiederaufbaujahre und mit ein wenig Glück jene Zeiten, wo sie sich Pensionszeiten erwirtschaften hätten können oder haben. Es gibt aber immer noch genug Frauen, die trotz eines intensiven und (über)erfüllten Arbeitslebens die Hürde eines Arbeitslosengeld- oder eines Pensionsanspruchs nicht nehmen.

Jene älteren Frauen, die das Glück haben, einer pensionsanspruchsbegründenden Arbeit nachzugehen, werden häufig krank, vielleicht auch weil das Arbeitsleben nur noch die Maxime Leistung und Geld akzeptiert. Und so gibt es derzeit besonders viele Pensionsanträge. Die Anstalten sind also überlastet, für den Zeitraum bis zur Bewilligung oder Ablehnung gibt es dann den sogenannte Pensionsvorschuss als eine Art Überbrückungsleistung. Nach oben ist dieses üppige Einkommen mit € 26,4 begrenzt, nach unten freilich nicht. Es ist eine Variante des Arbeitslosengeldes mit allen Nachteilen, die das Recht in diesem Bereich für Frauen zu bieten hat. So kann der Bezug für eine 50jährige Joblose nach 52 Wochen vorbei sein, denn nach den Regeln der Notstandshilfe wird das Einkommen ihres Partners (nicht nur Ehepartners) auf ihren Pensionsvorschuss angerechnet.

Erst jüngst hat der Verwaltungsgerichtshof diesen Mechanismus der indirekten Diskriminierung als verfassungs- und EU-konform bestätigt (VwGH 14.1.04, 2002/08/0038 bzw 2002/08/0202). In der Regel wird das niedrigere Einkommen von Frauen auf die höhere Notstandshilfe oder den höheren Pensionsvorschuss der Männer angerechnet, umgekehrt verlieren viele Frauen ihren Grundanspruch durch das höhere Einkommen ihrer Partner. Die Anwendung gleicher Regeln auf ungleiche Verhältnisse führt hier, wie auch anderswo, nicht zu Gleichheit. Das trifft zu 90 Prozent Frauen. Wird dann noch der Pensionsantrag abgelehnt, sind die Perspekti-

ven trist. Auch kerngesunde 50jährige finden derzeit keinen Job.

Es ist dies nur ein Beispiel von vielen, wo offensichtlich ohne jegliche Qualifikation und ohne jedes Bewusstsein Gender-„Politik“ gemacht wird. Wie in den frauenpolitischen Kahlschlag jener Ministerratsbeschluss passt, der vorsieht, dass Gender Mainstreaming umzusetzen ist, ist eine spannende Frage. Doch wenn aus dem Fachressort – dem Frauenministerium – immer wieder die Lösung ausgegeben wird, das Gender Mainstreaming das *Ziel* sei, dann darf frau in Wahrheit nichts mehr wundern. Der Rest der Welt weiß, dass Gender Mainstreaming (neben Frauenförderung) die *Methode* ist, das Ziel Gleichstellung und Chancengleichheit zu erreichen.

Im Zunehmen begriffen ist auch jener Anteil von Frauen (und Männern), die finden, dass es mit diesem ständigen Fördern und Berücksichtigen und der Quote doch bitte bald ein Ende haben muss. Sie selbst wären ja noch nie diskriminiert worden und könnten die Masse an benachteiligten Frauen nicht sehen. Auch müsse frau doch die freie Wahl haben, zu Hause zu bleiben – in den exkommunistischen Ländern werde doch gerade diese neue Freiheit als etwas besonderes erlebt.

All diesen Geistern sei mit auf den Weg gegeben, dass Diskriminierung – im politischen Sinn – keine emotionale Befindlichkeit umschreibt, sondern eine Schlussfolgerung aufgrund konkreter Daten und Fakten darstellt. Wer sich mit diesen nicht auseinandersetzt, geht mit diesen nicht auseinandersetzt, geht mit einem fundamentalen Defizit in die Meinungsbildung. Was schließlich die neue alte ökonomische Abhängigkeit angeht, die sich als neue Freiheit tarnt: Dort wo Frauen Beruf und Kinder ermöglicht werden, bekommen sie diese auch. Selbst wenn uns die Französinen vielleicht um unsere Karenzjahre beneiden, Kinder werden in Frankreich mehr geboren.

Die ÖsterreicherInnen erkennen die existentiellen Tretminen, die hierzulande rund um die Mutterschaft ausgelegt sind.