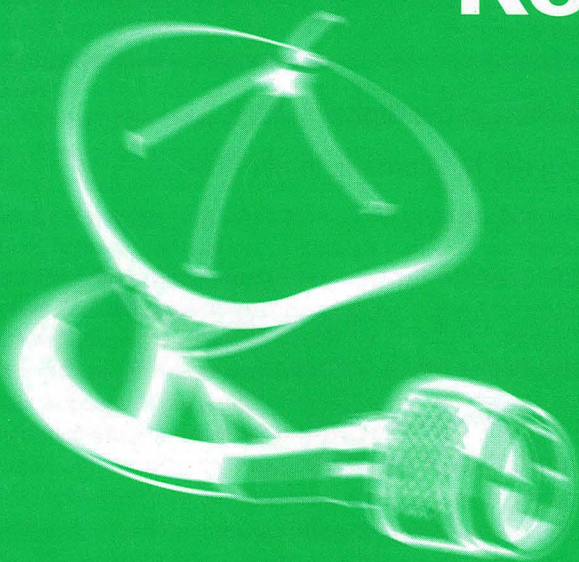


# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat ············ nr 4.2001

thema

## Die Industrialisierung der Kommunikation



recht & gesellschaft

Zur sittenwidrigen Interzession

Trial by Jury – England and Wales

Strafrechtsänderungsgesetz 2001

Plädoyer für eine Totalrevision des Art 7 B-VG

P. b. b. · Verlagspostamt 1140 · 19674W91E · öS 90,- (Euro 6,54) · ISSN 1019-5394

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

Für Context herausgegeben von

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



# Inhalt

## recht & gesellschaft

Juliane Alton	Postzeitungsversand .....	161
Benedikt Wallner	Zur sittenwidrigen Interzession .....	162
Alois Birklbauer	Das StrÄG 2001 und die strafrechtliche Enquete-Kommission ...	164
Mario Gall, Johannes Peyrl	Der Zugang ausländischer Arbeitskräfte zum Arbeitsmarkt .....	168
Silvia Ulrich	Was schützt der Gleichheitsgrundsatz? .....	173
Kim Lane Scheppele	Dependence on a Standing Body of State: A Fatal Flaw in Bush v. Gore .....	179
Stephen Solley	The Jury Trial System of England and Wales .....	182

## thema: die industrialisierung der kommunikation

Peter Glotz	Wandel der Gesellschaft in der digitalen Welt .....	187
Michael Latzer	Politische Steuerung der Mediamatik in der Krise .....	192
Martin Attlmayr	Anmerkungen zum „Tele 1-Urteil“ .....	195
Sepp Brugger	KommAustria – aber wohin? .....	199
Alexander Somek	democracy.babble@cec.eu.it – A Note on the Commission’s White Paper on Governance .....	202
Nikolaus Forgó	(K)eine Rezension von Lawrence Lessig, „Code and other Laws of Cyberspace“ .....	204

## rubriken

<b>vorsatz</b>	Maria Windhager Staatsbürgerliche Bildung .....	157
<b>merk.würdig</b>	Kurzmeldungen .....	158
<b>nach.satz</b>	Iris Kugler Über allen Gipfeln ist Ruh .....	208
<b>impressum</b>	.....	160

# Staatsbürgerliche Bildung

Maria Windhager

Seit einigen Jahren hat sich im Rahmen der Publizistikförderung eine skandalöse Vergabep Praxis durchgesetzt, die selbst in Zeiten eines drohenden Informationssicherheitsgesetzes niemand aufzuregen scheint. Zeitschriften, die nicht der herrschenden politischen Gesinnung – nämlich dem „Extremismus der Mitte“ – entsprechen, werden absurderweise und „ohne Genierer“ mit dem Argument „diskriminiert, diffamiert und vor allem nicht gefördert, sie würden nicht der staatsbürgerlichen Bildung dienen. Betroffen sind heuer die Alternativzeitschriften „Context XXI“, „Akin“ und „ArbeiterInnenstandpunkt“.

Das politisch-ideologische Anliegen ist offensichtlich: Gefördert sollen nur solche Publikationen werden, die genehme Meinungen veröffentlichen. Die „Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften“, ihr und allen voran *Robert Zöchling*, wies in den letzten Jahren bereits mit Nachdruck darauf hin, dass sich diese Argumentation in weiterer Konsequenz umstandslos von der Nichtförderung missliebiger Publikationen auf obrigkeitlich eingreifende, also zensurierende Maßnahmen ausdehnen ließe. Eine solche Auffassung von „staatsbürgerlicher Bildung“ führt ganz konsequent dazu, dass „staatsbürgerliche Bildung“ überflüssig würde und durch überwachende und strafende Kontrolle des staatsbürgerlichen Meinens ersetzt werden könnte.

In einer demokratischen Gesellschaft ist demgegenüber in des Publizistikförderungsgesetzes und der EMRK eine solche staatsbürgerliche Bildung notwendig, die es den StaatsbürgerInnen ermöglicht, sich von denen der Regierung oder des Gesetzgebers auch *abweichende* Meinungen zu bilden, diese zu veröffentlichen, zu diskutieren und diskutieren zu lassen. Medien, die solches ermöglichen, erbringen damit eine erhebliche, wenn auch in diesem Land außergewöhnlich gering geschätzte, integrative Leistung: Wenn StaatsbürgerInnen die Möglichkeit haben, fundamentale, auch scharfe Kritik an der Vollziehung, an der Gesetzgebung oder an der Rechtsprechung zu

äußern, sie also immerhin zur Diskussion zu stellen, dann tun sie das ja in der Hoffnung, wenn nicht in der Erwartung, damit als StaatsbürgerInnen auf das staatliche Handeln Einfluss nehmen zu können, da auch die Organe der Vollziehung, der Gesetzgebung oder der Rechtsprechung die Möglichkeit haben, der geäußerten Kritik, über deren Vernünftigkeit und Legitimität sie sich – am besten ebenfalls öffentlich – eine eigene Meinung bilden können, Rechnung zu tragen.

Dass so etwas nicht ganz nutzlos für den Staat ist, hat – jedenfalls der nicht ganz mythenfreien Ideengeschichte zufolge – seit Zolas „J'accuse“ ganz Europa mit sehr wenigen Ausnahmen eingesehen. Deshalb weiß man in anderen Ländern auch, was unter „Intellektuellen“ zu verstehen ist, während man in Österreich nur weiß, wie Intellektuelle auszusehen und sich zu benehmen haben. Haben die StaatsbürgerInnen mangels geeigneter Medien nicht mehr die Möglichkeit, ihre kritischen Meinungen zu veröffentlichen, dann reduziert sich ihre Rolle als StaatsbürgerInnen dermaßen, dass sie sich als solche kaum noch begreifen und demgemäß weniger geneigt sein werden, sich als solche zu verhalten.

Wenn beispielsweise Wehrpflichtige die Möglichkeit haben, an einer geplanten Novelle des Zivildienstgesetzes in einer Zeitschrift und in Briefen an Abgeordnete zum Nationalrat Kritik zu üben in der Hoffnung, damit auf den Gang der Gesetzgebung Einfluss nehmen zu können, dann tun sie das ganz loyal als Staatsbürger. Wenn sie diese Kritik nicht öffentlich äußern können und von der Möglichkeit, auf das staatliche Handeln Einfluss nehmen zu können, abgeschnitten werden, dann bleibt ihnen nur noch die Möglichkeit, auf immer schon vollendete Tatsachen durch Setzung ebenso vollendeter Taten zu reagieren, also gegebenenfalls den Gesetzesbruch durch Totalverweigerung nicht mehr als drohende Möglichkeit öffentlicher Beurteilung und Diskussion auszusetzen, sondern einfach zu begehen.

Zu jedem zivilisierten, europäischen Staatswesen gehört ein selbstverständliches Wissen davon, dass Öffentlichkeit als Prinzip und real ergreifbare Möglichkeit konstitutiv für eine „demokratische Republik“ ist, dass es ohne Öffentlichkeit also keine „demokratische Republik“ geben kann. In Österreich gibt es beinahe keine Öffentlichkeit und daher auch nicht die Selbstverständlichkeit dieses Wissens. Dessen ungeachtet ist darauf zu bestehen, dass es zu der in einer demokratischen Republik wünschenswerten, staatsbürgerlichen Bildung gehört, zu jeder den Staat betreffenden Frage sich jede auf gehörig angegebenen Tatsachen gegründete und argumentierte Meinung zu bilden und öffentlich zu äußern, sich damit, seinerseits der Kritik auszusetzen, den LeserInnen einschließlich staatlichen FunktionsträgerInnen die Möglichkeit zur eigenen Meinungsbildung zu geben und damit zu einem Vorgang beizutragen, der der Bildung dessen dient, was man „volonté générale“ nennt.

Der nicht enden wollende Vorgang der Bildung der „volonté générale“ sollte gleich bedeutend sein mit dem nicht enden wollenden Fortschritt des Interessenausgleichs in der Gesellschaft und den staatlichen Institutionen. Dieses Prinzip ist auch dem österreichischen Verfassungsrecht (Art. 10 EMRK) und dem österreichischen Medienrecht an sich bekannt. Diese schützen im Interesse der staatsbürgerlichen Meinungsfreiheit Medien vor obrigkeitlichen Eingriffen. Um diese Meinungsfreiheit ausüben, auch um ihre Ausübung erlernen zu können, bedarf es geeigneter Medien. Diese zu ermöglichen, ist der Zweck des Publizistikförderungsgesetzes, das die Förderung der Zeitschriften „im Hinblick auf die Erhaltung ihrer Vielfalt und Vielzahl“ vorsieht.

Das Publizistikförderungsgesetz führt ja selbst schon aus, was unter „staatsbürgerlicher Bildung“ zu verstehen sei: „... ausschließlich oder vorwiegend Fragen der Politik, der Kultur oder der Weltanschauung (Religion) oder der

damit zusammenhängenden wissenschaftlichen Disziplinen auf hohem Niveau abhandeln, sich nicht ausschließlich an ein Fachpublikum wenden und dadurch der staatsbürgerlichen Bildung dienen“. Entscheidend für die staatsbürgerliche Bildungsamkeit ist also die Erörterung der angeführten Themen auf hohem Niveau.

Nicht relevant ist hingegen, ob die Erörterung den Ansichten des Bundeskanzlers oder anderer Regierungs- oder Beiratsmitglieder entspricht. Der geforderten staatsbürgerlichen Bildung entgegenstehend wären nur solcherart Veröffentlichungen, die das für eine selbständige Meinungsbildung durch die LeserInnen erforderliche Niveau der Darstellung von Sachverhalten und Beurteilungen, von Information und Argumentation vermissen lassen oder solcherart Veröffentlichungen, die sich nicht mindestens einem der genannten, für eine staatsbürgerliche Befassung relevanten, Themenbereiche widmen.

## Zur aufschiebenden Wirkung von Berufungen

Nach § 64 AVG hat eine Berufung grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Das bedeutet, dass von einer bescheidmäßigen Ermächtigung bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens nicht Gebrauch gemacht werden darf. Die Behörde kann die aufschiebende Wirkung nach § 64 Abs. 2 AVG nur dann ausschließen, wenn die vorzeitige Vollstreckung im Interesse der Partei oder des öffentlichen Wohles wegen Gefahr in Verzug dringend geboten ist.

Seit der Gewerberechtsnovelle 1997 gilt dieser Grundsatz für das gewerbliche Betriebsanlagenrecht nicht mehr. Nach § 78 GewO können Anlagen bereits vor Eintritt der Rechtskraft des Genehmigungsbescheides errichtet und betrieben werden, wenn dessen Auflagen eingehalten werden. Lediglich wenn das Arbeitsinspektorat gegen den Bescheid ein Rechtsmittel eingelegt hat, kann die Berufungsbehörde dieses Recht ausschließen, sofern der Begründung der Berufung zu entnehmen ist, dass aufgrund der besonderen Situation des Einzelfalles eine Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von ArbeitnehmerInnen zu erwarten ist. Damit wurde die aufschiebende Wirkung von Berufungen der Nachbarn im Betriebsanlagenrecht zur Gänze beseitigt.

Die Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung wurde nun vom VfGH in Frage gestellt. Der VfGH weist in seinem Gesetzesprüfungsbeschluss darauf hin, dass er keinen sachlichen Grund dafür sieht, dass die Berufungen der Nachbarn anders als die des Arbeitsinspektorates behandelt werden. Diese Differenzierung erscheine gleichheitswidrig. Darüber hinaus hielt der VfGH fest, dass § 78 Abs. 1 GewO die Vorschrift des § 64 Abs. 1 AVG außer Kraft setze. Damit widerspreche er jedoch Art. 11 Abs. 2 B-VG, wonach vom AVG abweichende Vorschriften in den einzelnen Gebieten der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen nur dann getroffen werden können, wenn sie zur Regelung des Gegen-

standes erforderlich sind. Dem werde jedoch nicht entsprochen, da die aufschiebende Wirkung einer Nachbarberufung schlechthin und auf jeden Fall ausgeschlossen wird. Das Fehlen eines jeglichen Provisorialverfahrens sei daher auch kompetenzrechtlich bedenklich.

Von wesentlicher Bedeutung über das Umweltrecht hinaus ist jedoch die Tatsache, dass der VfGH auch in Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip Bedenken gegen § 78 GewO hat, da die in Prüfung gezogenen Wortfolgen dem Gebot eines effizienten Rechtsschutzes widerstreiten. Nach der Judikatur ist der generelle Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln als dem Rechtsstaatsprinzip widersprechend anzusehen. Dieser Rechtsprechung zufolge hat der Gesetzgeber unter diesen Gegebenheiten einen Ausgleich zu schaffen, wobei aber dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfes der Vorrang zukommt. Wenn der Gesetzgeber aber für Nachbarberufungen jede Möglichkeit ausschließt, eine mögliche Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit hintan zu halten, so belaste er insoweit den Nachbarn als Partei einseitig mit den Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung. Dieser Argumentation kommt im Hinblick auf die diskutierten Änderungen im Bereich des Asylrechts besondere Bedeutung zu. Die Forderung der FPÖ, generell die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln im Asylrecht zu beseitigen, ist somit jedenfalls unzulässig.

Abzuwarten bleibt, in welchem Umfang der VfGH gewillt sein wird, die Bestimmung des § 78 GewO aufzuheben. Für die Interessen der Nachbarn ist es ein wesentlicher Unterschied, ob ihnen (wie dem Arbeitsinspektorat) lediglich zugebilligt wird, dass ihren Rechtsmitteln in (seltenen) Einzelfällen ausnahmsweise eine aufschiebende Wirkung zuerkannt werden kann, oder ob dies wieder der generelle Standard im Anlagenrecht wird.

Daniel Ennöckl



# StudentIn gg. die Republik Österreich

*Eine Studentin, der nur noch ein Seminarzeugnis zur Beendigung ihres Studiums fehlt, kann das fehlende Seminar nicht besuchen, somit ihr Studium nicht abschließen, da der Lehrveranstaltungsleiter, der dieses Seminar abhalten soll, derzeit karnenziert ist.*

*Ein Student hat sich für 5 verpflichtende Lehrveranstaltungen angemeldet, teilnehmen kann er – auf Grund von beschränkten TeilnehmerInnenzahlen – nur bei zwei Übungen. Die restlichen Lehrveranstaltungen kann er frühestens in einem Jahr besuchen, da sie im Sommersemester gar nicht angeboten werden.*

Gemeinsam haben diese beiden Studierenden mit vielen anderen, dass sie sich trotz der Einführung von Studiengebühren dazu entschlossen haben (und es ihnen auf Grund ihrer finanziellen Situation möglich war), ein Studium an einer österreichischen Universität aufzunehmen oder fortzusetzen. Gemeinsam ist ihnen aber auch, dass ihnen nicht die Möglichkeit geboten wird, ihr Studium ernsthaft und zielstrebig entsprechend dem Studienplan zu betreiben.

Bei der Österreichischen HochschülerInnenenschaft häufen sich die Beschwerden Studierender, die – so unterschiedlich geartet die einzelnen Fällen auch sind – doch immer wieder ähnliche juristische Tatbestände ergeben. Aus diesem Grund werden in den nächsten Wochen Studierende gegen die Republik Österreich Klagen auf Vertragserfüllung, in eventu auf Schadenersatz einbringen. Dabei stellen sich folgende Fragen.

## Entgelt oder Abgabe

Vorangestellt sei die Frage, ob Studiengebühren (Studienbeiträge gemäß dem Gesetzeswortlaut) eine öffentlichrechtliche Abgabe oder ein privatrechtliches Entgelt darstellen. Hier spricht vieles dafür, sie als zweiteres zu qualifizieren. So entschied auch der OGH am 22. 2. 2001 (2 Ob 33/01v), dass die für die Benützung von Bundesautobahnen und Bundesschnellstraßen zu entrichtende zeitabhängige Maut (Vignettenmaut) nicht als Abgabe, sondern als privatrechtliches Entgelt zu qualifizieren sei. Die Fallkonstellation der Benützung der Autobahnen und Schnellstraßen gegen Entgelt hat viele Anknüpfungspunkte zum Anbieten eines Studienplatzes gegen ein Entgelt, und eine parallele Anwendung erscheint durchaus plausibel.

Das von Literatur und Lehre ausgearbeitete Kriterium der Einhebung der Abgabe kraft öffentlichen Rechts ist nicht erfüllt. Eine Ermächtigung der Republik Österreich bei der Einhebung der Studiengebühren mit hoheitlichen Maßnahmen vorzugehen, ist gemäß StudienbeitragsVO nicht vorgesehen.

Als Vertragspartei der Studierenden ist nicht die Universität – da diese gemäß § 3 UOG 1993 in ihrer Teilrechtsfähigkeit im Wesentlichen auf die Annahme von Schenkungen, sowie von Förderungen des Bundes, den Erwerb von Mitgliedschaften bei wissenschaftlichen Vereinen, sowie den Abschluss von Verträgen über die Durchführung wissenschaftlicher Arbeiten Dritter beschränkt ist –, sondern eben die Republik Österreich als Rechtsträgerin der Anstalt „Universität“ anzusehen. Auf Grund dieser Voraussetzungen wird angenommen, dass durch Einzahlung der Studiengebühren ein vertragsrechtliches Leistungsverhältnis zwischen den einzelnen StudentInnen und der Republik Österreich zustande kommt.

## Studienpläne als Vertragsinhalt

Der Inhalt der Leistungspflicht seitens der Studierenden – die Einzahlung der Studiengebühren gemäß StudienbeitragsVO – ist klar; derjenige der Republik Österreich ergibt sich aus dem jeweiligen Studienplan. So kann argumentiert werden, dass jeder/jedem einzelnen Studierenden von Seiten der Republik Österreich an der jeweiligen Universität die Möglichkeit eingeräumt werden muss, das gewählte Studium innerhalb der im jeweiligen Studienplan vorgesehenen Mindeststudienzeit zu studieren. In den oben angeführten Beispielen kann wohl ohne Zweifel angenommen wurde, dass die Vertragspflicht nur von Seiten der Studierenden eingehalten wurde, von der Republik Österreich jedoch im Gegenzug kein adäquater Studienplatz mit entsprechenden Lehrveranstaltungen zur Verfügung gestellt wurde.

## Anspruch auf Vertragserfüllung

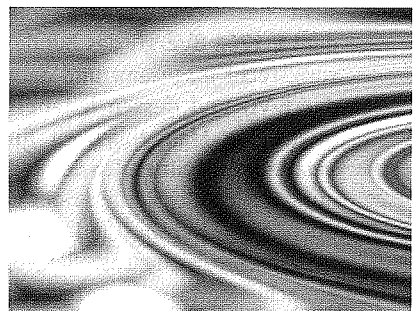
Die ÖH wird Studierende dabei unterstützen, die ihnen zustehenden vertraglichen Rechte, auch gerichtlich durchzusetzen. Hierzu wird es ein anfängliches Interesse der betroffenen Studierenden sein, Leistungsklagen auf Einhaltung des Vertragsinhaltes gegen die Republik Österreich zu erheben. Sollte es – trotz Setzung einer Nachfrist – zu keiner fristgerechten (d. h. im jeweiligen Semester) Einhaltung des Vertrages seitens der Republik Österreich kommen, stellt sich die Frage von Nichterfüllungs-, Gewährleistungs- sowie vor allem von Schadenersatzansprüchen.

## Anspruch auf Schadenersatz

Als Schaden der sich bei den Studierenden einstellt ist hier die wiederholte Einzahlung der Studiengebühren im folgenden Semester auszuweisen. Auf Grund des vertragswidrigen Verhaltens seitens der Republik Österreich erscheint die Rechtswidrigkeit unproblematisch, zu prüfen wird jedoch am konkreten Fall der Grad des Verschuldens sein. Bei einem plötzlichen Erkranken einer/eines Lehrveranstaltungsleiterin/-leiters kann wohl kaum Fahrlässigkeit der Republik Österreich angenommen werden. Bei einem – bewusst herbeigeführten und über Jahre hinweg bestehendem – mangelndem Angebot an Lehrveranstaltungsplätzen könnte jedoch sogar schweres Verschulden gegeben sein.

Neben dem positiven Schaden kann sich jedoch eine viel höhere Schadenssumme auf Grund entgangenen Gewinns ergeben. Als Beispiel sei etwa die oben beschriebene – kurz vor Abschluss des Studiums stehende – Studentin genannt, die keine Berufstätigkeit aufnehmen kann. Für den Ersatz des entgangenen Gewinns müsste jedoch im konkreten Fall schweres Verschulden von Seiten der Republik vorliegen.

Alice Wagner



# Auszeichnung für Grundlagenforschung

Der Forschungspreis der Alexander von Humboldt-Stiftung wird dieses Jahr an Stanley L. Paulson verliehen.

Stanley Paulson ist Inhaber eines Lehrstuhls für Rechtstheorie an der Washington University St. Louis. Mit der Verleihung dieses Preises wird anerkannt, dass seine zahlreichen Forschungsarbeiten zur Reinen Rechtslehre Hans Kelsens mittlerweile Weltgeltung erlangt haben. Sie bieten historisch fundierte und philosophisch kritische Analysen über den Aufstieg, den intellektuellen Ertrag und den Nieder-

gang von Kelsens rechtstheoretischem Projekt.

Der mit 150.000 DM dotierte Forschungspreis wird an Wissenschaftler vergeben, die einen besonders bedeutenden Beitrag auf dem von ihnen vertretenen Gebiet geleistet haben. Die Verleihung des Preises an einen Vertreter der Rechtswissenschaft gilt als kleine Sensation, wenn man bedenkt, dass der Preis in den letzten Jahrzehnten beinahe ausschließlich an Naturwissenschaftler vergeben worden ist.

*Alexander Somek*



# Das verfassungswidrige Verfassungsgesetz

Zum ersten Mal in der Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit hat der VfGH am 11. Oktober 2001 eine Verfassungsbestimmung des Bundes aufgehoben. Ende 2000 hatte das Parlament mit dem § 126a BVerG eine in Verfassungsrang stehende Bestimmung in das Bundesvergabegesetz eingefügt, der zufolge die landesgesetzlichen Vorschriften über die Organisation und Zuständigkeit der Kontrolle der öffentlichen Auftragsvergabe in den Ländern als nicht bundesverfassungswidrig zu gelten haben.

Der VfGH hat nun entschieden, dass damit eine „umfassende Freizeichnung landesgesetzlicher Vorschriften über die Vergabekontrolle bewirkt wird, sodass die Bundesverfassung für diesen Teil der Landesrechtsordnung ihre Funktion als Schranke für den Landesgesetzgeber verlieren sollte.“ Nach Ansicht des Höchstgerichts solle nach dem § 126a BVerG das Bundesverfassungsrecht insgesamt und damit auch das B-VG und dessen leitende Prinzipien seine Maßgeblichkeit für einen bestimmten Teilbereich der Rechtsordnung der Länder verlieren. Es zähle jedoch zum Kernbestand des Verfassungsrechts, sicherzustellen, dass der einfache Verfassungsgesetzgeber die

Maßgeblichkeit der Verfassung für einen bestimmten Teilbereich der Rechtsordnung nicht beseitigen können soll. Mit diesem Verlust der Maßstabfunktion der Verfassung werde das rechtsstaatliche Prinzip verletzt; „denn es gehört zu dessen Kerngehalt, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen“. Es widerspricht – so der VfGH – auch dem demokratischen Prinzip, wenn der einfache Verfassungsgesetzgeber als legitimiert angesehen wird, die Verfassung in ihrer Wirkung für einen Teilbereich der Rechtsordnung schlechthin zu suspendieren.

Interessanter Weise ließ der VfGH ausdrücklich offen, ob eine Verfassungssuspendierung als Gesamtänderung mit Hilfe einer Volksabstimmung überhaupt möglich wäre, oder – wie dies in der Literatur zum Teil vertreten wird – überhaupt nicht zulässig ist. Jedenfalls stehe eine Verfassungssuspendierung als dem demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzip widersprechend nicht zur Disposition des Verfassungsgesetzgebers im Sinne des Art. 44 Abs. 1 B-VG (VfGH 11. 10. 2001; G 12/00).

*Daniel Ennöckl*

## Impressum

### juridikum

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

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

### Medieninhaber und Verleger:

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

**Preis:** Jahresabonnement ATS 360,-, StudentInnenabonnement ATS 240,-, Förderabonnement ATS 600,-, exkl. ATS 100,- Porto und Versandkosten

**Erscheinungsweise:** vierteljährlich

**Redaktion:** Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

### AutorInnen dieser Ausgabe:

Dr<sup>in</sup>. Juliane Alton, Dr. Martin Attlmayr, Univ.-Ass. Dr. Alois Birklbauer, Dr. Sepp Brugger, Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Mag. Mario Gall, Prof. Dr. Peter Glotz, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Univ.-Doz. Mag. Dr. Michael Latzer, Mag. Johannes Peyrl, Prof. Kim Lane Scheppelle, QC Stephen Solley, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, Ass.-Prof. Dr<sup>in</sup>. Silvia Ulrich, Alice Wagner, Dr. Benedikt Wallner, Dr<sup>in</sup>. Maria Windhager.

### Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

**Layout und Satz:** Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

**Druck:** Manz, 1050 Wien

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

# Postzeitungsversand

Rache ist süß oder brauchen wir eine diversifizierte Medienlandschaft? Juliane Alton

Beim Verkauf von Unternehmen im Staatsbesitz, geht es um Geld fürs Budget, um ideologische Siege, parteiliche Einflussbereiche und um Gefühle. Dass auch letztere eine Rolle spielen, soll hier am Beispiel der Abschaffung des bis Mitte 2000 geltenden Postzeitungsversandtarifs, den allein im Kulturbereich rund 8700 Medien genutzt haben, gezeigt werden.

Die Aufgabe der Post ist in erster Linie das Bereitstellen von Infrastruktur und die Gewährleistung von Postdiensten flächendeckend zu allgemein erschwinglichen Preisen und in einer solchen Qualität, dass den Bedürfnissen der Kunden durch eine entsprechende Dichte an Abhol- und Zugangspunkten sowie durch die Abhol- und Zustellfrequenz entsprochen wird.<sup>1</sup>

Das Postgesetz soll gewährleisten, dass Postdienste für alle Kunden im gesamten Bundesgebiet zufriedenstellend, preiswert und nach gleichen Grundsätzen erbracht werden. Es legt die Grundlagen für die Erfüllung des Versorgungsauftrages bei dem Erbringen des Universaldienstes sowie die Rahmenbedingungen für den Wettbewerb auf dem Gebiet des Postwesens fest.<sup>2</sup>

Die gemeinwirtschaftlichen Leistungen, welche die Post bereitzustellen verpflichtet ist, sind normiert, Preise (Tarifmodelle) sind durch die Preiskommission<sup>3</sup> zu genehmigen.

Der Postzeitungsversand ist folgendermaßen geregelt: *Der Postzeitungsversand zählt zu jenen Leistungen, für die der Bund dem Betreiber eine Abgeltung dafür gewährt, dass er gemeinwirtschaftliche Leistungen im Interesse des Bundes erbringt. Der Bund hat dem Betreiber höchstens die Differenz zwischen den erforderlichen und nachgewiesenen variablen Kosten*

*für diese Leistungen und den Einnahmen aus den für die Beförderung von Zeitungen festgelegten Entgelten abzugelten. Aber: Die Gesamthöhe dieser Abgeltungen darf im Zeitraum vom 1. Juli 2000 bis 31. Dezember 2000 den Betrag von 150 Millionen Schilling, im Jahr 2001 den Betrag von 200 Millionen Schilling nicht übersteigen.*<sup>4</sup>

Es ist also im Jahr 2000 eine Obergrenze festgelegt worden, was die gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Bereich des Postzeitungsversands kosten dürfen. 1999 hat der Bund für diesen Zweck noch rund eine Milliarde Schilling ausgegeben.

*In den Geschäftsbedingungen sind für Kaufzeitungen gegenüber den Entgelten für „sonstige Zeitungen“ niedrigere Beförderungsentgelte vorzusehen. [ . . . ]<sup>5</sup>*

Das Ergebnis langer und zäher Verhandlungen, das mit Ende September von der Post vorgelegte Tarifmodell, stellt sich im Moment folgendermaßen dar: Gemeinnützige Vereine, von der Caritas bis zum Musikverein, von medizinischen Selbsthilfeorganisationen bis zu den Vier Pfoten, bezahlen, wofür die Bundesregierung nichts mehr zahlen will: die Verbreitung von Informationen. Oder schlimmer: sie zahlen nicht, weil sie es nicht können. *Die Post bringt alle um*, war ein Artikel in der KUPF-Zeitung vom Oktober 2001 überschrieben.<sup>6</sup> Die Zahl der Publikationen allein im Kulturbereich, die den Postzeitungsversand in Anspruch nehmen, ist bislang von 8700 auf 3500 gesunken.<sup>7</sup> Das ist in erster Linie auf die Anhebung der Mindestauflage von 300 auf 1000 Stück zurückzuführen.

Der grundsätzliche Entschluss der Bundesregierung, die gemeinwirtschaftliche Leistung des Postzeitungs-

versands nicht oder kaum mehr abgelten zu wollen, weisen ebenso wie etliche Details des Tarifmodells in eine Richtung:

Bei der Erhöhung der Kosten für den Postzeitungsversand um bis zu 518% bis zum Jahr 2004 geht es nicht zuletzt um Rache an einer Zivilgesellschaft, die nicht Bürgergesellschaft sein will. Eine der jetzigen Regierungsparteien, die FPÖ, hat schon anlässlich des Ausdrucks „Scheißregierung“ in einer Student/innenzeitung gezeigt, wie sie ihr Verhältnis zu Alternativmedien regeln wollen: Am liebsten über den Staatsanwalt. Das gilt im Übrigen nicht nur für Druckmedien, wie anlässlich des Auftritts der VolxTheaterKarawane in Genua zu sehen war, das gilt auch für das flüchtige Medium des Theaters. In diesem Fall waren ÖVP-Minister/innen die Akteur/innen. Die Zivilgesellschaft verhält sich, das ist eine ihrer konstituierenden Eigenschaften, oppositionell zu einer Regierungsarbeit, die staatliches Handeln im Sinn eines an den Grundrechten orientierten gesellschaftlichen Projekts einschränkt.

Gäbe es innerhalb der Bundesregierung eine Wertschätzung für Selbstorganisation der Bürgerinnen und Bürger in Vereinen, karitativen Einrichtungen und Gruppen aller Art, die über ihre Arbeit, ihre Ziele und ihre Forderungen an die Politik in Druckwerken regelmäßig informieren, wäre es möglich, das Fortbestehen ihrer Medien und ihren Versand durch die Post abzusichern. Die Österreichischen Bundesbahnen erhalten ihre staatlicherseits gewünschten Leistungen für Familien (Familienvorteilskarte) aus dem Familienlastenausgleichsfonds abgegolten.

*Stärkung der Vereinsarbeit* ist einer der Punkte, zu denen sich der Vorarlberger Landeshauptmann und ÖVP-Chef Herbert Sausgruber in seiner Regierungserklärung bekannt hat. Doch Vorarlberg ist weit.<sup>8</sup>

*Dr. Juliane Alton ist Geschäftsführerin der IG Freie Theaterarbeit.*

1 Bundesgesetz über das Postwesen (Postgesetz 1997), BGBl. I Nr. 18/1998 idF: BGBl. I Nr. 26/2000, § 4 (1)

2 § 1 Postgesetz

3 § 11 (2) Postgesetz: Den Vorsitz [der Preiskommission] führt ein vom Bundesminister für Wissenschaft und Verkehr bestellter Vertreter.

Weiters sind in die Preiskommission zu entsenden: 1. zwei Vertreter des Bundeskanzleramtes sowie je ein Vertreter des Bundesministeriums für Finanzen und des Bundesministeriums für wirtschaftliche Angelegenheiten; 2. je ein Vertreter der Wirtschaftskammer Österreich und der Bundesarbeitskammer; 3. ein

Vertreter des Verbandes Österreichischer Zeitungen und 4. ein Vertreter der Interessensvertretung österreichischer gemeinnütziger Vereine (IÖGV).

4 § 15 (1) Postgesetz

5 § 15 (2a) Postgesetz

6 KUPF Kulturplattform Oberösterreich, Interessengemeinschaft der

Kulturinitiativen in Oberösterreich. Sie war gemeinsam mit der IG Kultur Österreich an den Verhandlungen mit der Post beteiligt.

7 Quelle: Positionen der IG Kultur Österreich und der Kulturplattform OÖ, Wien/Linz, 30.8.01

8 5. Oktober 1999, <http://www.vorarlberg.at/LH/>



# Zur sittenwidrigen Interzession<sup>1</sup>

Benedikt Wallner

„In Wahrheit hat freilich noch nie irgend jemand irgend etwas verdient, sondern immer nur bekommen.“

Georg M. Oswald, *Alles was zählt*

Man mag bei „Sittenwidrigkeit“ an schmutzige Dinge denken – an schmutziges Geld etwa, das auf Wegen zu einem gelangt, die von der Rechtsordnung nicht gebilligt werden. Bei den Banken herrschte bis vor kurzem die Unsitte, von vornherein gefährdete Kreditvergaben damit zu „besichern“, dass „die werte Frau Gemahlin“ oder ein anderes Familienmitglied „mitunterschreibt“. Das konnte in Form einer *Bürgschaft* geschehen oder als *Garantieerklärung*, in Form einer Solidarhaftung als beitreter Mitschuldner oder gar als Mitkreditnehmer – letzteres zumeist fälschlich, weil klar ist, dass das Geld nur einem der beiden, eben meist dem Kreditantragsteller und nicht auch seiner Ehefrau zugute kommen sollte<sup>2</sup>. Für alle diese Schuldbeiträge wurde der Überbegriff „Interzession“ geprägt, zumal es nicht auf den Namen des Beitritts ankommt, sondern auf die Tatsache der Gutsteherung. Interzessionen können, wenn bestimmte typische Faktoren zutreffen, sittenwidrig, also zivilrechtlich nichtig sein – und sind es nur zu oft.

Seit eh und je gibt uns § 879 Abs. 1 ABGB ein Instrument an die Hand, Verträge durch Anfechtung zu vernichten: *Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, ist nichtig*. Insbesondere zählt Abs. 2 Zif. 4 leg. cit. den Fall dazu, dass *jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandeschwäche, Unerfahrenheit oder Gemüts-*

*aufregung eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren lässt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Missverhältnisse steht.*<sup>3</sup>

Wenn es einen Fall gab, auf den die Sittenwidrigkeitsjudikatur ideal passte, die der OGH mit 1 Ob 544/95 erstmals entwickelt hat, so war es dieser:

Die Ehefrau des mittlerweile insolventen Unternehmers wurde von der Bank auf annähernd ATS 12 Mio. geklagt. Sie war zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Haftungserklärung einkommens- und vermögenslose Hausfrau gewesen. Auf diesen Zeitpunkt kommt es nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung an, überprüft man die Gültigkeit der Haftungserklärung, nicht hingegen auf vage zukünftige Entwicklungen<sup>4</sup>.

Als sie geklagt wurde, lebte sie in Scheidung und bezog Sozialhilfe. Alleine die Rückzahlung der Kapitalforderung ohne Zinsen hätte eines Zeitraums von mehr als 130 Jahren zur Abdeckung bedurft! Auch das von Banken gerne gebrauchte Argument, die Mithaftung der Ehefrau sei notwendig, schütze sie doch die Bank vor listigen Vermögensverlagerungen der Ehegatten untereinander, rechtfertigte eine derartige Bürgschaft nicht: gem §§ 2 ff der AnfO sind ohnehin alle Rechts-handlungen anfechtbar, die wegen Benachteiligungsabsicht bzw. wegen Vermögensverschleuderung vorgenommen wurden, insbesondere gegenüber Ehegatten oder anderen nahen Angehörigen. Es gibt hiezu eine umfangreiche Rechtsprechung gerade des deutschen BGH, von dem die Sitten-

widrigkeitsrechtsprechung ursprünglich stammt.

Die Justiz hatte dennoch anfangs ein veritables Problem mit der deutschen Sittenwidrigkeitsjudikatur: Wie vertrug sich das denn mit der Privatautonomie? Wenn ein führender Bankmitarbeiter im Prozess einmal ausrief: „Falls das so weitergeht mit der Sittenwidrigkeitsjudikatur, dann werden wir [die Banken] bald überhaupt keine Kredite mehr vergeben“, so entbehrte das zwar nicht einer gewissen Komik, traf aber doch im Kern die eingetretene Verunsicherung: Wenn die geleistete (Bürgen-)Unterschrift keine Gültigkeit mehr habe, so bedeute dies eine „unerträgliche Belastung für das Geschäftsleben“.

Freilich bedeutete längst die bisherige Praxis eine unerträgliche Belastung, nämlich für das Privatleben so mancher Mithaftenden. Zu bedenken ist, dass die Mithaftend<sup>e</sup> per definitionem ja nicht selbst Geld ausgeborgt hat und nur aufgrund ihres Versprechens zur (Rück-)zahlung an die Bank verpflichtet war, nicht aber aufgrund wechselseitigen Leistungsaustauschs.

Die erste Entscheidung des OGH 1 Ob 544/95 liest sich noch so, als müsse der Gerichtshof die seltene Ausnahmskonstellation unterstreichen, in der nur eine Haftungsbefreiung in Frage käme. Und sie lautet im Ergebnis, dass die Haftungsbefreiung *nicht* stattfindet, weil der Schuldner bei einigen der ursprünglich 11 aufgestellten Kriterien<sup>5</sup> zur Haftungsbefreiung „hängen bleibt“. Das Problem mit einem so komplexen System ist natürlich stets, dass es kaum jemals Anwendung finden wird. Abgesehen von einem eher untypischen Fall zwischen zwei Schwestern mit einem Streitwert von „bloß“ ATS 276.977,25 am 10. Juli 1997<sup>6</sup> kam es daher vor dem Höchstgericht – die Untergerichte waren eher geneigt, die Mithaftenden in der nachprüfenden Kontrolle zu entschulden – die ersten Jahre immer wieder zu Verneinungen der Haftungsbefreiung<sup>6</sup>.

1 Gekürzte und aktualisierte Fassung eines Vortrags vor den Wiener Schuldnerberatungen am 28. 6. 2001 in Wien.

2 Auf die Bezeichnung der Mithaftung kommt es zwar nicht an, doch ist sie auch nicht etwa nur unbeachtliche *falsa demonstratio*: Rabl, Die Bürgschaft, hält sie mit gutem Grund für ein Interpretationsindiz in der Vertragsauslegung nach § 914

ABGB. Die Rechtsprechung (1 Ob 109/00m vom 30. 1. 2001 = ecolex 171/2001) grenzt ab je nachdem, ob die Gutsteherin ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Grundverhältnis hat (selbstschuldnerisch – fremdschuldnerisch).

3 Dem § 1 Wuchergesetz 1949 nachgebildet.

4 7 Ob 217/99h, 1 Ob 87/98w.

5 Georg Graf, Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften, ÖBA 10/95.

6 So urteilte der OGH noch am 27. 3. 1997 in 8 Ob 2315/96s: „Die Befreiung ... naher Angehöriger ... kann nämlich nur in Ausnahmefällen wirksam werden ...“ und „Zur [Geschäftsunerfahrenheit] hat schon das Erstgericht darauf verwiesen, daß alle Beklagten bereits früher Bürgschaften einge-

gangen sind und daher (sic!) über das damit verbundene Risiko Bescheid wissen mußten“, eine Argumentation, die vom OGH wenig später völlig zu Recht aufgegeben wurde und heute nicht mehr vertreten wird.



So dauerte es bis zur obgenannten Entscheidung 7 Ob 217/99h vom 16. 2. 2000, womit der OGH eine Revision der Bank (!) mit der zutreffenden Begründung zurückwies, die Rechtsprechung zu diesen Fragen sei mittlerweile gefestigt, alle erheblichen Rechtsfragen seien längst gelöst – und im Ergebnis die Ehefrau entschuldete.

Auch der OGH war inzwischen vom Erfordernis der 11 Kriterien abgegangen und der Einteilung der Lehre, hier vor allem *Graf*<sup>7</sup> gefolgt, die übersichtlicher ist und die Voraussetzungen in nur mehr drei Gruppen zusammenfasst<sup>8</sup>. Es hat sich wohl auch gezeigt, dass die „seltene Ausnahmskonstellation“, die das Höchstgericht in seiner ersten Entscheidung noch unterstrich, bei Bankkrediten eher den Regelfall darstellte, wenn Banken zweifelhaft Kredite an Geschäftskunden vergeben hatten und dabei eines oder einer Angehörigen habhaft werden konnten.

Folgende weitere Anhaltspunkte<sup>9</sup> für eine Nichtigkeit lassen sich aus der mittlerweile umfangreichen Judikatur destillieren<sup>10</sup>:

- ▮ Die strukturell ungleich größere Verhandlungsstärke der Bank, die ein derartiges faktisches Übergewicht hat, dass sie die vertraglichen Regeln faktisch einseitig setzen kann, gegenüber dem Angehörigen;
- ▮ Höhe der Verbindlichkeit, im Vergleich dazu eigenes Einkommen oder Vermögen<sup>11</sup>
- ▮ zu diesem Zeitpunkt schon weitgehende Überschuldung des Hauptschuldners?<sup>12</sup>
- ▮ Kreditvaluta bereits geflossen, so dass die Verpflichtung nur zur Absicherung der Forderung der Bank dient?
- ▮ kein (unmittelbares) eigenes Interesse des Mithaftenden, vielmehr reine Gutstehung?<sup>13</sup>

▮ Verharmlosung des aus dieser Haftung resultierenden Risikos?

▮ wenn schon nicht Verharmlosung: vollständig unterlassene oder unzureichende Aufklärung über das durch die Interzession übernommene Risiko?

▮ Überrumpelungssituation durch wen immer (erfolgte Unterzeichnung in der Bank oder zu Hause oder am Arbeitsplatz)?

▮ wirtschaftliche Abhängigkeit zum Hauptschuldner(-ischen Geschäftsführer), seelische Zwangslage?

▮ (keine) persönliche Verfügungsgewalt über die Kreditsumme?

▮ kein *unmittelbarer* Vorteil aus der Zuzählung der Kreditvaluta (ÖBA 1995, 807)

Das Berufungsgericht im einleitend beschriebenen Fall hat zusätzlich als Leitlinien herausgearbeitet: dass die Bürgin nie aktiv im Unternehmen mitgearbeitet hat; dass sie auch sonst niemals in Unternehmensangelegenheiten involviert war; dass die Bank keinerlei Untersuchungen über die finanzielle Lage der Bürgin anstellte; für die Bank war die Bonität der Bürgin bei Einräumung des Kredites unerheblich; obwohl die Bürgin schon den x-ten Kredit über die Jahre hinweg unterzeichnete, wurde sie als geschäftlich völlig unerfahren gewertet; es schadete nicht, dass die Bürgin auf dem *Privatkonto* des Hauptschuldners zeichnungsbe-rechtigt war; es schadete ihr auch nicht, dass sie Kommanditistin der hauptschuldnerischen KG war: Sie hatte jedenfalls kein wesentliches Eigeninteresse an der Krediterteilung<sup>14</sup>.

Greift nun die Sittenwidrigkeitsjudikatur nur bei nahen Familienangehörigen? Ja, und auch da nicht immer: Der OGH hat sogar im Fall zweier Brüder 1 Ob 87/98w, wo der eine für den anderen gebürgt hat, entschieden,

dass (getrennt wohnenden) Erwachsenen und Geschwistern Entscheidungen viel leichter fallen als Lebenspartnern, aber auch Kindern, die sich dem Einflussbereich ihrer Eltern noch nicht durch eine Verselbständigung ihrer familiären und beruflichen Existenz entzogen haben. Eine seelische Zwangslage liege bei erwachsenen Familienangehörigen mit selbständigen Lebensbereichen nicht vor, *obwohl allerdings Ausnahmen denkbar seien*. In solchen Ausnahmskonstellationen habe eben der Interzedent jene besonderen Umstände zu behaupten und zu beweisen, die trotz der Verselbständigung seiner familiären und beruflichen Lebensbereiche nach wie vor seine Situation verdünnter Entscheidungsfreiheit verständig machen könnten.

Mit der KSchG Novelle 1997 hat der Gesetzgeber der neuen Entwicklung Rechnung getragen und – zwar nur für den Konsumentenbereich, jedoch *nicht mehr* nur im Familienkreis – vor Unterschrift die Aufklärung des Mithaftenden durch die Bank angeordnet. Die neuen §§ 25b ff KSchG sind auf Verträge anwendbar, die ab dem 1. 1. 1997 geschlossen wurden<sup>15</sup>. Die Sittenwidrigkeitsjudikatur gilt daneben weiter.

Allerdings hat der Gesetzgeber mit dem richterlichen Mäßigungsrecht des § 25d KSchG auch einen kleinen Pferdefuß eingebaut, möglicherweise in bester Absicht. Dessen unpräzise Formulierung verleitet nämlich Gerichte dazu, anstelle der vorgesehenen Rechtsfolge für nichtige Haftungserklärungen – i. e. Nichtigkeit nach § 25c KSchG – lediglich eine *Mäßigung* (zB auf die Hälfte) nach § 25d KSchG auszusprechen. Das ist bedauerlich, denn das hat der Gesetzgeber nicht gemeint.

Die Schutzfunktion des § 25c KSchG war vielmehr so gedacht, dass

7 Georg Graf, Verbesserter Schutz vor riskanten Bürgschaften, ÖBA 10/95.

8 Uzw:

– inhaltliche Missbilligung des Interzessionsvertrages,  
– Missbilligung der Umstände seines Zustandekommens infolge verdünnter Entscheidungsfreiheit des Interzedenten und

– Kenntnis bzw. fahrlässige Unkenntnis dieser Faktoren auf Seiten des Kreditgebers.

Diese drei Gruppen müssen kumulativ erfüllt sein!

9 LG für ZRS Wien zu 11Cg 139/97k.

10 Vgl. auch *Rabl*, Sittenwidrige Bürgschaften vermögensschwacher Angehöriger, *ecolex* 8/1998 (samst checklist).

11 „So eine Haftung ist für die Gläubigerbank auch wirtschaftlich weitgehend völlig wertlos, weil nicht zu erwarten ist, dass in das Vermögen zielführende Exekution geführt werden kann, weshalb schutzwürdige Interessen der klagenden Partei gar nicht betroffen sein können und es deshalb zu einem unerträglichen Ungleichgewicht des beidseitigen Interesses kommt“ (11Cg 139/97k, LGZRS Wien).

12 Vgl. die schon länger bestehende Jud. zu SZ 57/70; ÖBA 1992, 74; ÖBA 1993, 61; 4 Ob 1687/95; JBl 1990, 322 = ÖBA 1990, 554 mwN.

13 Dass die Ehefrau von dem Familieneinkommen lebt, das ihr Mann unter anderem mit dem Firmenkredit erwirtschaftete, für den sie bürgte, hat der OGH in dem beschriebenen Musterfall als nicht ausreichendes eigenes Interesse angesehen.

14 „Das von der Bank aus der Kommanditistenstellung der Bürgin und aus der Unterhaltsbestreitung durch die Firmenentnahmen abgeleitete Eigeninteresse stellt aber kein *wesentliches Eigeninteresse* im

vorstehend dargelegten Sinne dar. Denn die vom Ehegatten und Geschäftsführer der Hauptschuldnerin der Bürgin unmittelbar zur Lebensführung der Familie zur Verfügung gestellten Beträge sind derart knapp, dass sie zur völligen wirtschaftlichen Abhängigkeit der Bürgin von ihrem Ehemann führen. Auch ihre Kommanditistenstellung gewährte ihr keine zusätzliche Einkommensquelle, über die sie hätte disponieren können“ OLG Wien 14 R 224/98h.

15 7 Ob 217/99h.

fragwürdige Kredite gar nicht erst vergeben werden; zumindest nicht solange der Interzedent mangels Aufklärung nicht weiß, was er oder sie tut. „Denn mit der Wendung ‚oder erkennen muss, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit voraussichtlich nicht erfüllen wird‘ wird eine Verpflichtung des Gläubigers angesprochen, die den Gläubiger zwingt, die Frage zu beantworten, ob der Kreditwerber von vornherein kreditwürdig war oder nur dank des fast sicher in Anspruch zu nehmenden Interzedenten (weiteren) Kredit erhielt. Kreditverbindlichkeiten, die auf solche Art und Weise ‚gesichert‘ werden müssen, sollen verhindert werden; wenn der Kreditwerber von vornherein nicht kreditwürdig ist, soll er auch nicht – letztlich auf Kosten eines Interzedenten – Fremdkapital aufnehmen“<sup>16</sup>. Dabei kommt es nicht auf den subjektiven Eindruck des betreffenden Bankmitarbeiters an.<sup>17</sup>

Fälle wie diese verdienen daher stets eine nähere Betrachtung, bevor die Bank ein Versäumungsurteil oder einen Wechselzahlungsauftrag erwirkt.

*Dr. Benedikt Wallner ist RA in Wien, Vertrauensanwalt des VKI und hat die E 1 Ob 544/95 erwirkt.*

# Das StrÄG 2001 und die strafrechtliche Enquete-Kommission

Alois Birklbauer

## 1. Einleitung

Mit dem im Sommer zur Begutachtung ausgesendeten Ministerialentwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes (StrÄG) 2001<sup>1</sup> sollte die mit Ende des Jahres notwendige Umstellung auf den Euro zum Anlass genommen werden, einen Teil der Ergebnisse der parlamentarischen Enquete-Kommission zum Thema „Die Reaktion auf strafbares Verhalten in Österreich, ihre Angemessenheit, ihre Effizienz, ihre Ausgewogenheit“ umzusetzen. So waren neben der Umwandlung der Geldbeträge in die neue Währung im Bereich des Vermögensstrafrechts Änderungen beim Diebstahl (§§ 128, 129 StGB) ebenso geplant wie ein neues Modell zur Gewerbsmäßigkeit bei Vermögensdelikten. Der Ministerialentwurf enthielt darüber hinaus Änderungen, die nicht in der strafrechtlichen Enquete-Kommission behandelt worden sind. So sollten die materiellen Voraussetzungen für den Amtsverlust (§ 27 StGB) verschärft sowie durch eine Klarstellung zu § 90 StGB die Zulässigkeit einer Einwilligung in die Verstümmelung weiblicher Genitalien ausdrücklich ausgeschlossen werden. Diese Änderung beruhte auf einer von allen vier Parlamentsparteien getragenen Entschliessung des Nationalrates vom 5. 12. 2001.<sup>2</sup> Schließlich sollte durch die Herabsetzung der Strafdrohung bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Einbehaltung und Einzahlung der Sozialversicherungsbeiträge eines Dienstnehmers durch den Dienstgeber (§ 114 ASVG) die Tendenz der Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts, wie sie mit der Reform der fahrlässigen Kri-

da (§ 159 StGB) im Jahre 2000 begonnen wurde, fortgesetzt werden. Auf einzelne dieser Punkte soll im Folgenden eingegangen werden.

## 2. Änderungen durch die Euro-Umstellung

### a. Änderung der Tagessatzgrenzen (§ 19 StGB)

Der Entwurf des StrÄG 2001 sah bei der Geldstrafe die Erhöhung der Untergrenze für den Tagessatz von 30 S auf 3 € (41,28 S) und der Obergrenze von 4.500 S auf 450 € (6.192,14 S) vor. Die Erläuterungen führen dazu aus, dass die letzte Änderung mit dem StrÄG 1987 erfolgte und die seither eingetretene Inflation etwa 35,8% beträgt. Durch die Umstellung auf den Euro sollen die Werte der Umrechnung jeweils auf die nächste signalgebende Zahl geglättet werden.<sup>3</sup>

Auch wenn die Erhöhung der Tagessatzgrenzen durchaus im Bereich der Inflation liegt, ist sie hinsichtlich der Untergrenze bedenklich, weil die Untergrenze überhaupt zu einer Benachteiligung einkommensschwacher Personen führt. Die dem Strafrecht zugrunde liegende Tagessatz-Geldstrafe zeichnet sich dadurch aus, dass in einem ersten Schritt die schuldangemessene Strafe nach den Grundsätzen der §§ 32 ff StGB in einer Anzahl von Tagessätzen (mindestens 2 und maximal 360) festgelegt und in einem zweiten Schritt die Höhe des einzelnen Tagessatzes ausschließlich nach sozialen Kriterien bestimmt wird. Die Tagessatzhöhe bemisst sich dabei nach dem sog *Einbußesystem*. Danach wird durch die Geldstrafe nur jener Betrag abge-

<sup>16</sup> RV 311 BlgNr. 20.GP 25, vgl. *Kosesnik-Wehrle – Lehofer – Mayer*, KschG, Rz 1 zu § 25c.

<sup>17</sup> Vgl. *Kosesnik-Wehrle – Lehofer – Mayer*, KonsumentenschutzG, Rz 7 zu § 25c.

<sup>1</sup> GZ 318.014/3 – II.1/2001.

<sup>2</sup> EB 4.

<sup>3</sup> EB 8. Diese Änderungen bei den Tagessätzen wurden nicht beschlossen. Unter- und Obergrenze für den Tagessatz werden

nur auf den nächsten runden Euro-Betrag umgerechnet und betragen ab Beginn des nächsten Jahres 2 € bzw 327 €. Eine baldige umfassende Novellierung zur Vornahme von Wertanpassun-

gen und rechtspolitische Anhebungen iS des Ministerialentwurfs wurde jedoch ausdrücklich in Aussicht gestellt.

schöpft, der über dem Existenzminimum („pfändungsfreies Arbeitseinkommen“) liegt.<sup>4</sup> Die Geldstrafe soll somit nicht die Existenz bedrohen, sondern lediglich zu einer Einbuße an Lebensqualität führen.

Das „pfändungsfreie Arbeitseinkommen“ liegt bei einer allein stehenden Person zurzeit bei einem Nettobetrag von monatlich 8.440 S.<sup>5</sup> Folglich wird ein Betrag von ca 280 S pro Tag nicht für die Bemessung des Tagessatzes berücksichtigt. Selbst wenn das Tagessatzsystem der „Opfergleichheit“ bzw der „vergleichenden Gerechtigkeit“ Rechnung tragen soll,<sup>6</sup> so versagt es schon bisher bei jenen Personen, denen nicht einmal das pfändungsfreie Existenzminimum zur Verfügung steht (zB KarenzgeldbezieherInnen, SozialhilfeempfängerInnen, zT Arbeitslosen usw), denn ihr Einkommen liegt unter der gesetzlichen Mindesthöhe der Geldstrafe nach § 19 StGB. Gegen sie wird entweder sogleich eine Freiheitsstrafe ausgesprochen oder wegen Uneinbringlichkeit der Geldstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen, wenn nicht irgendwelche FreundInnen oder Verwandte für sie einspringen. Dass eine Geldstrafe durch andere Personen beglichen wird, geht aber an ihrem Sinn vorbei.

Eine Untergrenze für den Tagessatz verschärft nun diese mit dem Einbußeprinzip verbundene Ungleichheit insofern, als zum Betrag, der für die Bemessung der Höhe des Tagessatzes nicht herangezogen wird, die Mindesthöhe als weiterer nicht heranzuziehender Betrag hinzukommt. Der Gleichbehandlungseffekt des Tagessatzsystems kann somit erst jenseits dieser Grenze beginnen. Für die Grenzen des vorliegenden Entwurfs bedeutet dies, dass erst gegen allein stehende Personen, denen mindestens ein tägliches Nettoeinkommen von etwa 320 S zur Verfügung steht, eine gerechte Geldstrafe verhängt werden kann. Personen, die unter bzw nur knapp über der Armutsgrenze leben, werden krass benachtei-

ligt. Es wäre daher angebracht, die Untergrenze des Tagessatzes beim Einbußesystem überhaupt zu streichen oder im Falle ihrer Beibehaltung mit maximal 1 Euro festzulegen.<sup>7</sup> Insofern ist dem vorliegenden Entwurf in diesem Punkt nicht zuzustimmen.

Österreich lag schon mit seiner bisherigen Grenze von 30 S über dem Wert des vergleichbaren deutschen Rechts. Die Untergrenze von 2 DM (vgl § 40 dStGB) wird mit Einführung des Euro nach Auskunft des deutschen Bundesministeriums der Justiz auf 1 € leicht gesenkt. Dabei ist zu bedenken, dass für die Bemessung des Tagessatzes in Deutschland idR vom *Nettoeinkommen* ausgegangen wird, das der Beschuldigte durchschnittlich an einem Tag hat oder haben könnte (§ 40 Abs 2 Satz 2 dStGB). Durch die „Regel-Richtlinie“ sind Unterhaltsverpflichtungen, außergewöhnliche Belastungen oder mitunter sogar andere Verbindlichkeiten bei der Bemessung der Tagessatzhöhe angemessen zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Dieses System führt schon an sich bei einkommensschwachen Personen zu einem ungleich gerechteren Ergebnis. Die niedrige Untergrenze unterstützt dies zusätzlich. Unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten könnte man auch in Österreich dem Nettoeinkommensprinzip näher treten. Dies würde zwar meist zu höheren Tagessätzen, im unteren Bereich aber zu mehr Gerechtigkeit führen.

Bedenken gegen die niedrige Untergrenze des Tagessatzes könnten darin bestehen, dass dann die Geldstrafe, wenn man die Summe betrachtet, für viele nur mehr zu einer gleichsam symbolischen Sanktion wird. Dem kann dadurch entgegengesteuert werden, dass verstärkt auf die *Anzahl der verhängten Tagessätze* abgestellt wird. Dazu könnte etwa beitragen, dass im öffentlich verkündeten Urteil nur mehr die Anzahl der Tagessätze als schuldangemessene Strafe aufscheint.<sup>9</sup> Die konkrete Höhe des Tagessatzes wird in einem eigenen Beschluss festgesetzt.

Es ist unter dem geschützten Grundrecht auf Privatsphäre (Art 8 MRK) bedenklich, wenn durch die öffentliche Verkündung der Höhe des Tagessatzes die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten offen gelegt werden.<sup>10</sup> Das Tagessatzsystem könnte durch die Verkündung lediglich der verhängten Anzahl der Tagessätze überdies besser im Bewusstsein der breiten Öffentlichkeit verankert werden.

#### b. Erhöhung der Wertgrenzen bei Vermögensdelikten

Der zweite Teil der im Ministerialentwurf vorgeschlagenen Änderungen anlässlich der Euro-Umstellung betraf die strafsaterhöhenden Wertgrenzen bei den Vermögensdelikten. Dazu berufen sich die Erläuterungen<sup>11</sup> auf die in der parlamentarischen Enquete-Kommission vorherrschende Meinung, dass die Wertgrenzen über die Inflationsanpassung (35,8% seit der letzten Änderung durch das StrÄG 1987) hinaus angehoben werden sollten, und zwar die bisherige obere Wertgrenze von 500.000 S deutlich, die untere von 25.000 S im Vergleich dazu weniger. Eine Anhebung der unteren auf 3.000 € (ca 41.000 S) bzw der oberen auf 100.000 € (ca 1.370.000 S) geht in diese Richtung. Dieser Schritt sollte allerdings aufgrund der mit Überschreitung der Wertgrenzen verbundenen wesentlichen Strafrahmenerhöhung mit einer Erhöhung auf 5.000 bzw 200.000 € deutlicher ausfallen. Dennoch wurde nicht einmal die im Ministerialentwurf vorgesehene Erhöhung der Wertgrenzen beschlossen. Die untere Wertgrenze wurde lediglich auf den nächsten runden Eurobetrag auf 2.000 €, die obere auf 40.000 € erhöht.

#### c. Änderungen bei Strafdrohungen

Nicht vorgesehen waren im Ministerialentwurf Änderungen bei den Strafdrohungen einzelner Delikte. Diesbezüglich gab es auch unter den Mitgliedern der strafrechtlichen Enquete-Kommission keinen Konsens. Dennoch wurde

4 MwN *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup> § 19 Rz 12 ff.

5 § 291a EO iVm Anlage 1 der Existenzminimum-Verordnung 2001 (BGBl II 419/2000). Bei Personen mit Sorgepflichten ist dieser Betrag entsprechend höher.

6 *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>3</sup> § 19 Rz 3.

7 Die Grenze von 1 Euro habe ich in der Sitzung der Enquetekommission

vom 7. 11. 2000 vorgeschlagen (Protokoll 19). Sie wurde allerdings nicht weiter diskutiert.

8 Siehe mwN zB *Tröndle/Fischer*, StGB<sup>50</sup> § 40 Rz 15 ff.

9 Als Argument für diese Vorgehensweise kann ein unlängst von einem burgenländischen Bezirksgericht gefälltes Urteil angeführt werden. In diesem wurde gegen einen jugendli-

chen Raser, der den Tod einer schwangeren Frau schuldhaft verursachte (§ 80 StGB), eine unbedingte Geldstrafe von 260 Tagessätzen (72% des Möglichen) verhängt. Aufgrund der schlechten finanziellen Situation des Täters betrug die Summe der Geldstrafe (nur) 7.800 S, was bei vielen Entsetzten hervorrief (vgl PRESSE-Rechtspanorama v 15. 10. 2001, 9).

Wenn lediglich die Anzahl der verhängten Tagessätze bekannt gegeben worden wäre, wäre das Urteil eher verstanden worden.

10 In diese Richtung argumentierte auch *Höpfel* in der Sitzung der Enquete-Kommission am 7. 11. 2000 (Protokoll Seite 45).

11 EB 2.



von der Mehrheit im Parlament beschlossen, bei Vergewaltigung bzw schwerem sexuellen Missbrauch von Unmündigen mit Todesfolge (§§ 201 Abs 3, 206 Abs 2 StGB) die vorgesehene maximale Strafdrohung von 20 Jahren wie beim Raub mit Todesfolge (§ 143) auf lebenslang zu erhöhen, um „die Ungleichbehandlung von Vermögensdelikten mit Gewalt und Todesfolge einerseits und Sexualdelikten mit Gewalt und Todesfolge“ andererseits zu beseitigen. Da es allenfalls sachgerecht ist, für strafbare Handlungen mit Mordvorsatz diese strenge Sanktion vorzusehen,<sup>12</sup> ist diese Änderung des StGB unangebracht und überzogen.

#### d. Änderungen im Strafprozessrecht

Während die Obergrenzen für Ordnungs- oder Beugestrafen im Strafverfahren (zB bei der Beschlagnahme nach § 143 Abs 2 StPO) von derzeit 10.000 S auf den nächsten runden 1000-Euro-Betrag erhöht werden sollten,<sup>13</sup> ist dies nach dem Ministerialentwurf bei den Pauschalkosten für ein Strafverfahren (§ 381 StPO) erfreulicherweise nicht der Fall. Bedauerlich ist jedoch, dass auch beim pauschalen Ersatz für den freigesprochenen Beschuldigten (§ 393a StPO) der Maximalbeitrag des Bundes als Ersatz für die Kosten seines Strafverfahrens im Wesentlichen beim zurzeit festgesetzten niedrigen Betrag bleiben soll. Lediglich im bezirksgerichtlichen Verfahren war eine Angleichung von derzeit 5.000 S auf 450 Euro (ca 6.100 S) vorgesehen,<sup>14</sup> dies allerdings primär zum Zweck, die Obergrenze für den Kostenbeitrag des schuldig Gesprochenen nach § 381 StPO mit dem Kostenersatz des Freigesprochenen nach § 393a StPO gleichzusetzen.<sup>15</sup> Derart niedrige Ersatzbeträge für Verteidigerkosten durch den Staat sind aus Gründen der Rechtskultur bedenklich und sollten generell erhöht werden.<sup>16</sup>

### 3. Neuregelung des Amtsverlusts (§ 27 StGB)

Nach derzeitiger Rechtslage ist es für einen Amtsverlust nach § 27 StGB erforderlich, dass der Beschuldigte we-

gen einer Vorsatzstraftat zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wird. Darüber hinaus kann der Amtsverlust unabhängig von der Hauptstrafe bedingt ausgesprochen werden (§ 44 Abs 2 StGB).

Der Entwurf eines StrÄG 2001 sieht nun eine Differenzierung vor und führt insgesamt zu einer Verschärfung: Lediglich eine *Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten* führt, abgesehen von einer Verurteilung wegen Missbrauchs eines Autoritätsverhältnisses (§ 212 StGB), in keinem Fall zu einem Amtsverlust. Eine *unbedingte Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten* führt den Amtsverlust dagegen immer herbei. Wird eine *Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und einem Jahr* bedingt (§ 43 StGB) bzw teilbedingt (§ 43a StGB) verhängt, so tritt die Rechtsfolge, abgesehen wiederum von § 212 StGB, dagegen nicht ein. Da bei der kombinierten teilbedingten Geld-Freiheitsstrafe nach § 43a Abs 2 StGB die Geldstrafe originär verhängt wird, führt auch die Kombination einer unbedingten Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen mit einer bedingten Freiheitsstrafe bis zu zwölf Monaten zu keinem Amtsverlust, obwohl bei einer „Zusammenrechnung“ auf diese Weise an sich eine Freiheitsstrafe bis zu 18 Monaten ausgesprochen werden kann.

Die vorgeschlagene Novellierung des § 27 StGB wurde in der strafrechtlichen Enquete-Kommission nicht erörtert. Sie entspricht dem derzeitigen Trend, den Beamten vermeintliche Privilegien zu nehmen. Eine sachliche Rechtfertigung dafür ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Der vorgesehene Amtsverlust wird in vielen Fällen zu einer Entsozialisierung des Täters führen. Damit ist auch häufig dem Opfer nicht gedient, weil durch den Verlust des Arbeitsplatzes dem Täter in vielen Fällen die finanzielle Grundlage entzogen wird, dem Opfer Schadenersatz zu leisten oder (speziell bei Opfern eines Sexualdelikts) die Kosten für eine Therapie zu übernehmen. Insgesamt versucht der Gesetzgeber mit der Verschärfung des § 27 StGB Aufgaben zu übernehmen, die in Wahrheit dem Disziplinarrecht obliegen, und nicht in die

Kompetenz der Strafgerichte fallen. § 27 StGB ist daher insgesamt nicht mehr zeitgemäß und sollte folglich nicht verschärft, sondern ersatzlos gestrichen werden.<sup>17</sup>

### 4. Keine Einwilligung in die Verstümmelung weiblicher Genitalien (§ 90 StGB)

Auch wenn das hinter der vorgeschlagenen Änderung des § 90 StGB liegende Anliegen – das im Übrigen ebenso nicht in der strafrechtlichen Enquete-Kommission behandelt wurde – inhaltlich voll zu unterstützen ist, ruft doch die konkrete Ausgestaltung im StGB Bedenken hervor. Nach den Erläuterungen soll durch die Novellierung der in § 90 StGB geregelten rechtfertigenden Einwilligung unmissverständlich klar gestellt werden, dass eine Einwilligung in die Verstümmelung weiblicher Genitalien jedenfalls gegen die guten Sitten verstößt und damit keine Rechtfertigung entfalten kann.<sup>18</sup> Diese Klarstellung ist aber entbehrlich, weil die österreichische Praxis in solchen Fällen ohnehin stets von einer Sittenwidrigkeit der Einwilligung ausgeht. Die Tendenz, aufgrund bestimmter Anlässe konkret medizinisch nicht indizierte körperliche Eingriffe ausdrücklich von der Einwilligung des § 90 StGB auszunehmen, ist überflüssig und führt zu einer Entmündigung der Gerichte, derer es nicht bedarf. Wenn schon das Strafrecht gebraucht wird, um bestimmte Signale zu setzen, wäre es zweckdienlicher, die relativ abstrakt gefassten Fälle der Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen (§ 85 StGB), unter die die Verstümmelung weiblicher Genitalien ohnehin fällt<sup>19</sup>, zu konkretisieren und nicht den Rechtfertigungsgrund des § 90 StGB zu ändern.

### 5. Änderungen im Vermögensstrafrecht

#### a. Diebstahl (§§ 127 ff StGB)

Der Entwurf des StrÄG 2001 sah vor, den Diebstahl durch Aufbrechen eines Behältnisses oder einer Sperrvorrichtung mit einem der in § 129 Z 1 StGB genannten Mittel vom Diebstahl durch Einbruch oder mit Waffen (§ 129 StGB)

<sup>12</sup> Vgl Birkbauer, Entrümpelung des StGB?, *juridikum* 1/2001, 29 ff (32).

<sup>13</sup> In Abweichung zum Ministerialentwurf lautet die neue Obergrenze lediglich auf 726 €.

<sup>14</sup> Der ab Beginn nächsten Jahres vorgesehene maximale Kostenersatz beträgt in Abweichung zum Ministerialentwurf 364 €.

<sup>15</sup> EB 23.

<sup>16</sup> Vgl Birkbauer, Zum Ersatz der Verteidigerkosten bei einem Freispruch, RZ 2001, 106 ff.

<sup>17</sup> Vgl Pallin, in: WK' § 27 Rz 1; Hochmayr, in: Triffterer, StGB-Komm § 27 Rz 8.

<sup>18</sup> EB 13.

<sup>19</sup> EB 12.

zum schweren Diebstahl (§ 128 StGB) zu verschieben. Dadurch wäre es bei diesen Fällen der Kriminalität gegen fremdes Vermögen zu einem geringeren Strafraumen gekommen. Diese Änderung des StGB wurde vom Parlament jedoch nicht beschlossen, obwohl er von Experten in der parlamentarischen Enquete-Kommission mit Recht befürwortete wurde.<sup>20</sup> Lediglich für Bagatelten wäre er immer noch zu wenig weit gegangen. Eine angedrohte Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren für das Aufbrechen der Kassa eines Zeitungsständers mit einer Beute von 20 S und somit eine genauso hohe Strafe wie für den Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses nach § 212 StGB hätte jeder Relation entbehrt. Besser als die vorgeschlagene Änderung wäre die Einführung einer Bagatellbestimmung gewesen, die für den Diebstahl einer Sache geringen Wertes (ähnlich wie § 141 oder im Prinzip § 142 Abs 2 StGB) durch Aufbrechen eines Behältnisses oder einer Sperrvorrichtung eine maximale Freiheitsstrafe von einem Jahr vorsieht.

#### b. Gewerbsmäßigkeit

Der vorliegende Entwurf sah weiters auf Anregung der strafrechtlichen Enquete-Kommission vor, die Gewerbsmäßigkeit als pauschale Qualifikation für Vermögensdelikte (§§ 130, 148, 164 Abs 4 StGB) zu beseitigen und stattdessen als Gegenstück zur außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 StGB<sup>21</sup> eine fakultativ anzuwendende Strafzumessungsvorschrift (§ 167a) einzuführen, die nach dem Vorbild der §§ 39 bzw 313 StGB bei Gewerbsmäßigkeit den Strafraumen des jeweiligen Delikts um 50% erhöht. Diese Neuregelung, die in vielen Fällen der Strafzumessung dem Einzelfall besser gerecht geworden wäre, wurde vom Parlament allerdings ebenfalls nicht beschlossen.

#### 6. Ausblick und abschließende Würdigung

Der Ministerialentwurf eines StrÄG 2001 hatte insgesamt positive Ansätze enthalten. Gerade im Hinblick auf die zahlreichen Vorschläge zur Reform des

Strafrechts, wie sie in der strafrechtlichen Enquete-Kommission gemacht wurden, konnte er als erster Schritt betrachtet werden. Die Erläuterungen räumten auch ausdrücklich ein, dass vorläufig nur die Vorschläge für den Bereich der Vermögensdelikte Berücksichtigung gefunden haben und das Aufgreifen weiterer Anregungen aus den Beratungen der Kommission durch den Entwurf des StrÄG 2001 keineswegs präkludiert ist.<sup>22</sup> Die Umsetzung ruft allerdings Bedauern hervor, weil sämtliche liberalen Änderungsvorschläge nicht umgesetzt wurden. Es bleibt die Erwartung, dass dies alsbald nachgeholt wird.

Darüber hinaus bleibt zu hoffen, dass weitere grundlegende Reformen des Strafrechts folgen, wie sie im Thesenpapier für den Bericht der Enquete-Kommission<sup>23</sup> angeführt sind. Dazu gehören zB die Neugestaltung des Sexualstrafrechts (Punkt 17), Alternativen zu Ersatzfreiheitsstrafen und kurzen Freiheitsstrafen (Punkt 5) oder die Zurückdrängung der lebenslangen Freiheitsstrafe (Punkt 6). Auch die Überlegungen, die bestehende Vielzahl der Strafraumentypen wesentlich zu reduzieren und dadurch das Strafsatzsystem zu vereinfachen (Punkt 4), sollten weiterverfolgt werden. Ein unlängst ausgesendeter Entwurf eines Tierarzneimittelkontrollgesetzes des BM für soziale Sicherheit und Generationen<sup>24</sup> hält sich jedenfalls nicht daran. Dort wird in § 11 Abs 2 Z 2 ein *neuer Strafraumentyp* mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Jahren eingeführt. Anstatt die bestehenden Strafraumentypen zu bereinigen, die dafür Strafen bis zu 5 oder 10 Jahren mit verschiedenen Untergrenzen vorsehen, wird unnötigerweise die verwirrende Vielfalt noch weiter erhöht. Solche Beispiele zeigen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse der Enquete-Kommission vielleicht doch nicht allzu ernst nimmt.

*Dr. Alois Birkbauer ist Universitätsassistent am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Linz.*

## RILL / SCHÄFFER Bundesverfassungsrecht KOMMENTAR

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

### Aufbau

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an den zentralen Normenkomplexen:

- B-VG als Stammgesetz
- Grundrechte: das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, Menschenrechtskonvention
- Die wichtigsten Nebengesetze – insbesondere das Finanz-Verfassungsgesetz

### Inhalt der 1. Lieferung

Den Schwerpunkt bildet die Kommentierung jener Artikel, die thematisch dem demokratischen, dem republikanischen, dem rechtsstaatlichen und dem liberalen Prinzip zuzurechnen sind.

### Autorin / Autoren der 1. Lieferung

Dr. Josef W. Aichreiter  
Dr. Gerhard Baumgartner  
Dr. Walter Berka  
Dr. Doris Hattenberger  
DDr. Michael Potacs  
Dr. Heinz Peter Rill  
Dr. Ulrich Runggaldier  
Dr. Heinz Schäffer  
Dr. Helmut Schreiner (†)  
Dr. Harald Stolzlechner

1. Lieferung, 956 Seiten, Loseblattausgabe, öS 1692,52/€ 123,-  
Gesamtumfang ca. 5000 Seiten,  
ISBN 3-7046-2000-9

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

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

<sup>20</sup> EB 18.

<sup>21</sup> EB 19.

<sup>22</sup> EB 5.

<sup>23</sup> Anhang zum Protokoll der Sitzung vom 20. Juni 2001.

<sup>24</sup> GZ 30.511/93-IX/10/01.

# Der Zugang ausländischer Arbeitskräfte zum Arbeitsmarkt

Mario Gall, Johannes Peyrl

## 1. Allgemeines

Die österreichische Wirtschaft sieht sich in den kommenden Jahren verstärkt mit dem Problem konfrontiert, nicht genügend qualifizierte Arbeitskräfte zur Besetzung offener Stellen zur Verfügung zu haben. Insoweit herrscht Einigkeit unter Experten. Diskrepanzen bestehen jedoch hinsichtlich des Umfangs des Arbeitskräftebedarfs – Studien gehen dabei von bis zu 27.000 zu besetzenden Stellen allein im Jahr 2002 aus<sup>1</sup>, wobei nicht nur die viel zitierten IT-Experten fehlen, sondern auch ausgebildete Facharbeiter<sup>2</sup>.

Kontrovers wird die Frage diskutiert, mit welchen Maßnahmen diesem Mangel entgegengesteuert werden soll. Es bieten sich mehrere Lösungsan-

sätze: Einerseits können verstärkt Anstrengungen unternommen werden, das inländische Arbeitskräftepotenzial besser zu nutzen<sup>3</sup>, insbesondere durch gezielte Ausbildungs- und Umschulungsmaßnahmen vakante Stellen zu besetzen<sup>4</sup>, andererseits wird vermehrt die Forderung nach Aufhebung von Zugangsbeschränkungen für bereits legal im Inland niedergelassene<sup>5</sup> Ausländer gestellt („Harmonisierung von Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht“). Zu dieser Gruppe zählen beispielsweise Personen, die im Rahmen der Familienzusammenführung, als Studenten oder als Asylwerber nach Österreich gekommen sind<sup>6</sup>.

Darüber hinaus dreht sich die Diskussion auch um die Frage, ob eine Lo-

ckerung der bestehenden restriktiven Zuwanderungsbeschränkungen, jedoch unter Aufrechterhaltung des Prinzips „Integration vor Neuzug“, insbesondere für qualifizierte Fachkräfte vorgenommen werden soll<sup>7</sup>.

## 2. Der Zugang zur Beschäftigung

### 2.1. Das System der Quotierung nach Fremden- und Ausländerbeschäftigungsrecht

Ausländer, die sich auf Dauer in Österreich niederlassen und unselbständig erwerbstätig sein möchten, benötigen – sofern sie nicht zu einem begünstigten Personenkreis zählen – Bewilligungen sowohl nach dem FrG<sup>8</sup> als auch nach dem AuslBG<sup>9</sup>. Das Aufenthaltsrecht schließt somit grundsätzlich nicht das Recht, einer Beschäftigung nachzugehen, mit ein<sup>10</sup>. Privilegierungen<sup>11</sup> bestehen beispielsweise für folgende Gruppen: EU- bzw. EWR-Bürger<sup>12</sup>, begünstigte Drittstaatsangehörige (Angehörige von Österreichern oder EWR-Bürgern)<sup>13</sup>, aus dem EU-Bereich entsandte Drittstaatsangehörige<sup>14</sup>, Künstler<sup>15</sup> und türkische Staatsangehörige<sup>16</sup>. Daneben gibt es weitere Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich des AuslBG<sup>17</sup>, insbesondere auf Grund der AuslBVO<sup>18</sup> sowie Sonderre-

**1** Das WIFO geht von 27.000 fehlenden Arbeitskräften aus, vgl. WIFO Monatsberichte 6/2001, 391. Die Forschungsgesellschaft Synthesis prognostiziert einen Mangel von 25.000 Arbeitskräften, davon 17.600 Fachkräfte; vgl. den Endbericht von Synthesis zum Thema Fachkräftemangel an das BMWA, Mai 2001, 21 ff., abrufbar unter [http://www.bmwa.gv.at/positionen/fachkraeftemangel2002\\_final.pdf](http://www.bmwa.gv.at/positionen/fachkraeftemangel2002_final.pdf).

**2** Der oa Bericht von Synthesis erwähnt in diesem Zusammenhang insbesondere Elektroinstallateure und -monteure, Kraftfahrzeugtechniker und Maschinenschlosser; zur Situation in Deutschland vgl. insbesondere den sogenannten Süßmuth-Bericht (Titel: „Zuwanderung gestalten – Integration fördern“), eine Studie zur Steuerung der Zuwanderung, abrufbar unter [http://www.bmi.bund.de/top/dokumente/Artikel/ix\\_47313.htm](http://www.bmi.bund.de/top/dokumente/Artikel/ix_47313.htm).

**3** Beispielsweise durch Bekämpfung der Frauen- und der Altersarbeitslosigkeit, Verlängerung der Lebensarbeitszeit, Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung.

**4** Diese Initiativen versprechen aber nur eingeschränkt Erfolg. Beispielsweise verfügt ein beträchtlicher Teil der Job-Suchenden über keine abgeschlossene Schulbildung bzw. ledig-

lich über einen Pflichtschulabschluss (Stand Juni 2001 laut AMS: 47,6%). Weiters zählt rund ein Viertel der Arbeitslosen zur Gruppe der über 50-Jährigen. Eine Ausbildung beispielsweise zum IT-Fachmann wird sich in vielen Fällen daher nur schwer verwirklichen lassen. Zudem zeigt sich das Problem, dass Qualifizierungsmaßnahmen in aller Regel erst nach mehreren Jahren Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt entfalten.

**5** Unter „niedergelassenen“ Personen sind in diesem Zusammenhang Personen zu verstehen, die ihren Lebensmittelpunkt in Österreich haben. Dazu zählen auch ausländische Studierende, die jedoch im Sinne des Fremdenrechts nicht als dauerhaft niedergelassen gelten und folglich nicht in den Genuss gewisser Privilegierungen wie beispielsweise Aufenthaltsverfestigung kommen.

**6** Laut einer Studie des WIFO leben rund 35.000 ungenutzte ausländische Arbeitskräfte in Österreich; vgl. Der Standard, 29. Mai 2001.

**7** Das WIFO kommt in der oben zitierten Studie zum Schluss, dass die auf das österreichische Arbeitskräftepotenzial zugeschnittenen Maßnahmen nicht ausreichen werden und daher zusätzlich weiteren ausländischen Arbeitskräften – über das jetzige Ausmaß hinausgehend – der

Zugang zum Arbeitsmarkt ermöglicht werden sollte. Als Beispiel wird die Einführung einer eigenen Quote für Schlüsselarbeitskräfte aus den EU-Beitrittsländern angeführt.

**8** Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden (Fremdengesetz 1997 – FrG), BGBl I 75/1997 idF BGBl I 134/2000.

**9** Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl 218/1975 idF BGBl 199/1999.

**10** Vgl. Bichl, ASoK 1998, 96; Schnorr, AuslBG (1998) § 3 Rz 1.

**11** Vgl. dazu Schrammel, ecolex 1997, 324 ff.

**12** Vgl. Art 39 EGV, Art 28 EWR-Abkommen, § 46 FrG, § 1 Abs 2 lit m AuslBG.

**13** Diese Personen haben einen quotenunabhängigen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung (§§ 46 ff FrG) und sind in der Folge vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen (§ 1 Abs 2 lit l und m AuslBG).

**14** Art 49 ff EGV, § 18 Abs 12 bis 16 AuslBG; vgl. Schrammel, ecolex 1997, 724 ff.

**15** Künstler, deren Unterhalt durch ihr Einkommen gedeckt ist, erhalten nach § 19 Abs 2 Z 2 FrG eine quoten-

freie Niederlassungsbewilligung, sind sie unselbständig erwerbstätig, haben sie zudem einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung (§ 4a AuslBG).

**16** Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei vom 12.9.1963, Beschluss 1/80 des Assoziationsrates EWG – Türkei, Nr 1/1980, § 4c AuslBG. Diese Erleichterungen kommen jedoch nur bereits rechtmäßig niedergelassenen türkischen Staatsangehörigen zugute. Für den Neuzugang gelten die allgemeinen Regelungen, insbesondere ist die Quote zu beachten; vgl. Schnorr AuslBG (1998), § 4c Rz 3.

**17** § 1 Abs 2 bis 4 AuslBG; zu den begünstigten Personengruppen zählen unter anderem: Flüchtlinge, Wissenschaftler, Diplomaten, Seelsorger, Medienvertreter. Gemäß § 19 Abs 2 Z 3 FrG unterliegt die Erteilung einer Erstniederlassungsbewilligung an diese Drittstaatsangehörigen nicht der Quotenpflicht.

**18** Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 19. September 1990 über Ausnahmen vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (Ausländerbeschäftigungsverordnung – AuslBVO), BGBl 609/1990 idF BGBl II 124/2001.



gelingen für Personen, die nur vorübergehend oder ohne in Österreich niedergelassen zu sein, im Inland erwerbstätig sein dürfen (Pendler bzw Grenzgänger, Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer).

Die Kontingente für quotenpflichtige Aufenthaltstitel – Erstniederlassungsbewilligungen und Aufenthaltserlaubnisse für Pendler – werden jährlich durch eine Verordnung der Bundesregierung festgelegt<sup>19</sup>. Der Aufenthaltstitel darf folglich nur erteilt werden, falls noch ein Platz in der entsprechenden Quote zur Verfügung steht<sup>20</sup>. Für das Jahr 2001 wurden österreichweit folgende Kontingente für Erstniederlassungsbewilligungen festgelegt:

Familienzusammenführung <sup>21</sup>	5.490
Führungskräfte <sup>22</sup>	1.613
Sonstige Erwerbstätige <sup>23</sup>	815
Privatiers <sup>24</sup>	420

Die Einschränkung durch die Quotenpflicht trifft nur Personen, die nach Österreich einwandern wollen – für Verlängerungsanträge gibt es daher keine Höchstgrenzen<sup>25</sup>. Anders ist die Rechtslage im Bereich der Ausländerbeschäftigung. Hier besteht ein „verwaltungsrechtliches Verbot mit Erlaub-

nisvorbehalt“<sup>26</sup>, dies bedeutet, dass ein Ausländer – gleichgültig, ob er bereits dauerhaft niedergelassen ist oder neu zuziehen möchte – erst nach Erteilung der entsprechenden Bewilligung beschäftigt werden darf<sup>27</sup>. Ausnahmen von der Bewilligungspflicht sind vorgesehen für Volontäre, Praktikanten und gewisse Gruppen von Künstlern<sup>28</sup>.

Für die Entscheidung des Arbeitsmarktservice (AMS) sind sowohl individuelle<sup>29</sup> als auch arbeitsmarkt- und gesamtpolitische Kriterien von Bedeutung<sup>30</sup>. Eine in der Praxis wichtige Rolle kommt dabei den diversen kumulativ zu beachtenden Kontingenten und Höchstzahlen zu<sup>31</sup>. Kontingente für bestimmte Berufsgruppen können durch Verordnung des BMAGS festgelegt werden. Höchstzahlen für beschäftigte Ausländer finden sich einerseits in Form der – in absoluten Zahlen ausgedrückten – Landeshöchstzahlen<sup>32</sup>, die vor allem die regionale Verteilung bezwecken sollen<sup>33</sup>, andererseits als Bundeshöchstzahl<sup>34</sup>, die einen maximalen Prozentanteil der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer am österreichischen Arbeitskräftepotenzial von 8% festlegt<sup>35</sup>. Beide Schwel-

len können unter gewissen, eng umschriebenen Voraussetzungen überschritten werden<sup>36</sup>.

Zur Sicherstellung, dass Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts die Beschäftigung des Ausländers erlauben, ist grundsätzlich – zusätzlich zur Prüfung hinsichtlich der Höchstzahlen – zu untersuchen, ob für den konkreten Arbeitsplatz andere Personen wie beispielsweise arbeitslose Inländer, Flüchtlinge oder besser integrierte Ausländer in Frage kommen (Ersatzkraftverfahren)<sup>37</sup>. Dieser Prüfungsschritt kann unterbleiben, wenn Kontingente festgelegt wurden oder 80% der jeweiligen Landeshöchstzahl noch nicht ausgeschöpft sind<sup>38</sup>.

Nach Überschreitung von Kontingenten bzw Landeshöchstzahlen<sup>39</sup> dürfen Beschäftigungsbewilligungen nur mehr an bestimmte, bereits im Inland aufhältige Ausländer<sup>40</sup> oder besonders qualifizierte Arbeitskräfte<sup>41</sup> erteilt werden, sofern es sich um Schlüsselarbeitskräfte<sup>42</sup> handelt oder die Beschäftigung sonst im gesamtwirtschaftlichen Interesse gelegen ist<sup>43</sup>. Ist auch die Bundeshöchstzahl (8%) überschritten<sup>44</sup>, können Bewilligungen nur mehr auf Basis der BHZÜV<sup>45</sup> erlangt werden. Eine abso-

**19** Verordnung der Bundesregierung, mit der die Höchstzahlen der quotenpflichtigen Aufenthaltstitel für das Jahr 2001 festgelegt werden (Niederlassungsverordnung 2001 – NLV 2001), BGBl II 96/2001.  
**20** Für den Fall, dass die Quote bereits ausgeschöpft ist, ermächtigt § 22 FrG die Behörde, die Entscheidung über bewilligungsfähige Anträge solange aufzuschieben, bis ein freier Quotenplatz zur Verfügung steht.  
**21** Für Fälle, in denen der Ankerfremde vor 1.1.1998 nach Österreich gekommen ist. Bei Anträgen nach diesem Stichtag ist von vornherein anzugeben, ob Anspruch auf Familiennachzug erhoben wird. Nach zutreffender Ansicht von Muzak, Kommentar zum FrG, in: Muzak/Taucher/Aigner/Lobner (Hg), Fremdenrecht – Kommentar (1999), 83, besteht jedoch die Möglichkeit, zu einem späteren Zeitpunkt – beispielsweise nach erfolgter Heirat – Anspruch auf Familiennachzug zu erheben.  
**22** Sowie deren Ehegatten und minderjährige unverheiratete Kinder. Es wird daher für jedes Familienmitglied ein Quotenplatz der Kategorie „Führungs- und Spezialkraft“ abgebucht.  
**23** Selbständig und unselbständig Erwerbstätige inklusive ihrer Familienangehörigen.

**24** Migranten ohne Erwerbsabsicht, beispielsweise Pensionisten.  
**25** Vgl § 22 FrG.  
**26** Schnorr, AuslBG (1998) § 3 Rz 1; Schrammel, Ausländerbeschäftigung, ecolex 1997, 724, 726 f.  
**27** Gleiches gilt für den Arbeitnehmer, der die Beschäftigung erst antreten darf, wenn die erforderliche Bewilligung erteilt wurde; vgl § 3 Abs 1 und 2 AuslBG.  
**28** Vgl § 3 Abs 4 und 5 AuslBG; zu den Ausnahmen vom sachlichen Geltungsbereich des AuslBG siehe oben.  
**29** § 4 Abs 3 und 10 AuslBG. Nach § 4 Abs 3 Z 7 AuslBG muss der Ausländer grundsätzlich bereits über einen entsprechenden Aufenthaltstitel (Niederlassungsbewilligung zu jeglichem Aufenthaltswert) verfügen. Zu den weiteren subjektiven Voraussetzungen vgl Schnorr, AuslBG (1998) § 4 Rz 11 ff.  
**30** Eine Beschäftigungsbewilligung ist zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts die Beschäftigung zulässt und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen (§ 4 Abs 1 AuslBG). Bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht somit ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung; vgl Schnorr, AuslBG (1998) § 4 Rz 4; Schrammel, ecolex 1997, 726 f.  
**31** Vgl §§ 12 ff AuslBG.

**32** Vgl §§ 13 und 13a AuslBG sowie die Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, mit der Landeshöchstzahlen für die Beschäftigung von Ausländern für das Jahr 2001 festgesetzt werden (Landeshöchstzahlenverordnung 2001), BGBl II 369/2000. Der jeweilige Ausschöpfungsgrad kann auf der Homepage des AMS unter <http://www.ams.or.at/samis/index.pl> aufgerufen werden. Die Landeshöchstzahlen 2001 ergeben in Summe 200.500 Plätze. Dies entspricht rund 75,3% der Bundeshöchstzahl.  
**33** Vgl Schnorr, AuslBG (1998) § 13 Rz 1.  
**34** § 12a AuslBG; zum Ausschöpfungsgrad siehe <http://www.ams.or.at/samis/index.pl>.  
**35** 266.375 Plätze.  
**36** Siehe dazu unten.  
**37** § 4b AuslBG.  
**38** § 4 Abs 5 AuslBG.  
**39** Die Landeshöchstzahlen 2001 waren im Juni durchschnittlich um 56,9% überschritten (Wien: 12,2%, Burgenland 175,9%). Im Jahr 2000 belief sich die Überschreitung im Monatsdurchschnitt auf 49,8% (Wien: 10,0%, Burgenland: 142,1%). Quelle: Monatsstatistiken des AMS, abrufbar unter <http://www.ams.or.at/cgi-bin/samis/index.pl>.  
**40** § 4 Abs 6 Z 1 iVm § 4b Abs 1 – Z 3 bis 9 AuslBG.

**41** § 4 Abs 6 Z 1 AuslBG iVm § 1 Z 3 BHZÜV.  
**42** Darunter sind Arbeitskräfte, deren Beschäftigung zur Erhaltung von Arbeitsplätzen inländischer Arbeitnehmer notwendig ist oder nachweislich qualifizierte Arbeitskräfte im Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege zu verstehen (§ 4 Abs 6 Z 3 lit b AuslBG); vgl dazu Schnorr, AuslBG (1998) § 4 Rz 34 f.  
**43** Vgl § 4 Abs 6 Z 3 lit a („Einhellige Verantwortung durch den Regionalbeirat“) und lit c („Überbetriebliche gesamtwirtschaftliche Interessen“) AuslBG.  
**44** Im Mai 2001 war die Bundeshöchstzahl überschritten (Ausschöpfungsgrad 100,8%). In den sechs Monaten davor betrug der Ausschöpfungsgrad zwischen 97,8% (November 2000) und 98,9% (März 2001). Quelle: Monatsstatistiken des AMS, abrufbar unter <http://www.ams.or.at/cgi-bin/samis/index.pl>.  
**45** Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales, mit der die Gesamtzahl der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer überzogen wird (Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung – BHZÜV), BGBl 278/1995 idF BGBl II 256/1997. Auf dieser Basis können Beschäftigungsbewilligungen bzw Sicherungsbescheinigungen unter anderem für integrierte Jugendliche

lute, nicht überschreitbare Schwelle liegt jedoch bei 9% des österreichischen Arbeitskräftepotenzials<sup>46</sup>. Über diesen Grenzwert hinaus dürfen somit auch keine, oft dringend benötigte Schlüsselarbeitskräfte beschäftigt werden<sup>47</sup>.

## 2.2. Bestehende Zugangsbeschränkungen für in Österreich lebende Ausländer

### 2.2.1 Familienangehörige

Der Nachzug Familienangehöriger ist grundsätzlich auf Ehegatten und unverheiratete minderjährige Kinder beschränkt<sup>48</sup>, in vielen Fällen dürfen überhaupt nur Ehegatten und Kinder bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres nachziehen<sup>49</sup>.

Zunächst bekommen solche Familienmitglieder eine Niederlassungsbewilligung zum Zweck der „Familiengemeinschaft – ausgenommen Erwerbstätigkeit“. Nach vier Jahren „Wartezeit“ ist ihnen – allerdings nur auf Antrag – eine unbeschränkte Niederlassungsbewilligung zu erteilen<sup>50</sup>. Auch dies gilt aber nicht uneingeschränkt. Familienangehörigen, die vor Gelungsbeginn des FrG<sup>51</sup> nach Österreich gekommen sind, darf eine Niederlassungsbewilligung für jeglichen Aufenthaltzweck erst ab dem 1.1.2002 erteilt werden, es sei denn, sie hätten bereits vorher eine Wartezeit von acht Jahren in Österreich verbracht<sup>52</sup>. Theoretisch besteht die Möglichkeit, schon früher eine unbeschränkte Niederlassungsbewilligung zu erhalten, nämlich dann, wenn einem Arbeitgeber bereits vor Ablauf der vier Jahre eine Beschäfti-

gungsbewilligung für den/diejenige ausgestellt wird<sup>53</sup>.

Mit dem Erhalt dieser Niederlassungsbewilligung sind jedoch nur die fremdenrechtlichen, nicht aber die ausländerbeschäftigungsrechtlichen Voraussetzungen gegeben: Die mühselige Prozedur zur Erlangung der Beschäftigungsbewilligung bleibt diesen Personen daher auch nach Erteilung der unbeschränkten Niederlassungsbewilligung nicht erspart. Da die Landeshöchstzahlen de facto immer ausgeschöpft sind<sup>54</sup>, dürfen Beschäftigungsbewilligungen nur für integrierte Ausländer ausgestellt werden, im Wesentlichen für Personen, die sich seit mindestens fünf Jahren erlaubt im Bundesgebiet aufhalten<sup>55</sup>.

Im Ergebnis besteht daher für nachziehende Familienangehörige vor Ablauf von fünf Jahren keine reelle Chance auf Zugang zum Arbeitsmarkt. Hingegen können nachziehende Kinder unter bestimmten Voraussetzungen sofort einen Befreiungsschein bekommen<sup>56</sup>.

### 2.2.2. Studenten

Im Gegensatz zu den Familienangehörigen unterliegt der (vorübergehende) Zuzug von Studenten zwar nicht der Quotenpflicht<sup>57</sup>, der Preis, der dafür zu zahlen ist, ist allerdings hoch: Obwohl Studenten nachweisen müssen, dass sie über die notwendigen Mittel zu ihrem Unterhalt verfügen, dürfen sie diese nicht selbst verdienen. Denn die Wortfolge „ausschließlich zum Zweck eines Studiums“<sup>58</sup>, bedeutet, dass Studierende nur studieren dürfen, aber keinerlei

Beschäftigung von diesem Aufenthaltstitel gedeckt ist<sup>59</sup>. Ausländischen Studenten, die entgegen dieser Bestimmung doch einer Erwerbstätigkeit nachgehen<sup>60</sup>, droht ein Aufenthaltsverbot, also eine Ausreisepflicht, die ein (befristetes) Rückkehrverbot beinhaltet. In Kontext mit diesem Arbeitsverbot ist zu beachten, dass die meisten ausländischen Studenten ab dem WS 2001/02 den doppelten Studienbeitrag zahlen müssen<sup>61</sup>.

Selbst nach erfolgreichem Abschluss des Studiums sehen sich Ausländer mit aufenthaltsrechtlichen Problemen konfrontiert: Denn wer – entgegen der Intention des Gesetzgebers, der davon ausgeht, dass der ausländische Absolvent Österreich unmittelbar nach Ende seines Studiums verlässt<sup>62</sup> – nach der Sponson bzw Promotion in Österreich bleiben und hier arbeiten will, wird in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen wie ein Neuzuziehender behandelt<sup>63</sup>.

### 2.2.3. Asylwerber

Wer in Österreich um Asyl ansucht, hat – abgesehen von seinen asylrechtlichen Schwierigkeiten – auch in diesem Zusammenhang mit vielen Problemen zu kämpfen: Da Asylverfahren in Österreich oft einige Jahre dauern, ergibt sich das essentielle Bedürfnis, selbst zu arbeiten und dadurch den Lebensunterhalt zu verdienen. Entgegen weit verbreiteter Ansicht ist es für Asylwerber grundsätzlich auch möglich, eine Beschäftigungsbewilligung zu erhalten: Das AuslBG verbietet es

(Z1), Ausländer, an deren Beschäftigung auf Grund besonderer Ausbildung oder spezieller Kenntnisse und Fertigkeiten ein gesamtwirtschaftliches Interesse besteht (Z3), seit mindestens acht Jahren im Bundesgebiet niedergelassene, integrierte Ausländer (Z9) und von Gewalt in der Familie Betroffene (Z10) erteilt werden.

<sup>46</sup> § 12 a Abs AuslBG.

<sup>47</sup> Vgl dazu *Schrammel*, *ecolex* 1997, 727.

<sup>48</sup> Vgl § 5 § 20 ff FrG; die Einschränkung auf diese Personengruppe erscheint bedenklich, da Familiennachzug ohnehin nur im Rahmen der Quotenpflicht stattfindet.

<sup>49</sup> Das ist dann der Fall, wenn der Fremde vor dem 1.1.1998 zugezogen ist oder bei Neuzuzug nicht angegeben hat, dass er Anspruch auf Familiennachzug erhebt (§ 21 Abs 3 FrG); vgl *Muzak*, *Kommentar zum FrG*, in: *Muzak/Taucher/Aigner/Lobner* (Hg), *Fremdenrecht – Kommentar* (1999),

83. Die Familienzusammenführung ist aber faktisch noch aus anderen Gründen beschränkt: Die Voraussetzungen (vgl insb §§ 10, 12 FrG) müssen bereits bei Antragstellung erfüllt sein, insbesondere muss ein Rechtsanspruch auf eine Wohnung vorhanden sein, die groß genug ist, alle nachziehenden Personen beherbergen zu können und der Unterhalt muss ebenfalls für alle Familienangehörige gewährleistet sein. Diesen Unterhalt dürfen aber die nachziehenden Angehörigen vorerst nicht selbst verdienen.

<sup>50</sup> § 21 Abs 4 FrG; die einzige unbeschränkte Niederlassungsbewilligung ist jene für „jeglichen Aufenthaltzweck“.

<sup>51</sup> 1. 1. 1998.

<sup>52</sup> Diesen Angehörigen darf vorher selbst dann keine Niederlassungsbewilligung für jeglichen Aufenthaltzweck erteilt werden, wenn sie über eine ausländerbeschäftigungsrecht-

liche Bewilligung verfügen. Selbständige Erwerbstätigkeit ist für diese Personengruppe aber möglich (§ 113 Abs 5 FrG).

<sup>53</sup> Vgl § 23 Abs 3 FrG; für türkische Arbeitnehmer beachte § 4c AuslBG: Dieser setzt ua Art 7 des Beschlusses des Assoziationsrats EWG – Türkei, ARB Nr 1/1980, um. Für türkische Familienangehörige ist daher bereits nach drei Jahren ohne weiteres eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen.

<sup>54</sup> Siehe Fn 39.

<sup>55</sup> Vgl § 4b Abs 1 AuslBG.

<sup>56</sup> § 15 Abs 1 Z 3 lit a und b AuslBG; für türkische Kinder beachte § 4c AuslBG iVm – Art 9 des Beschlusses des Assoziationsrates EWG – Türkei, ARB Nr 1/1980: Diese haben faktisch einen Anspruch auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung, wenn sie bereits einen Befreiungsschein erhalten können.

<sup>57</sup> Die Quotenfreiheit ergibt sich e contrario aus § 19 FrG; vgl *Muzak*,

*Kommentar zum FrG*, in: *Muzak/Taucher/Aigner/Lobner* (Hg), *Fremdenrecht – Kommentar* (1999), 33.

<sup>58</sup> § 7 Abs 4 Z 1 FrG.

<sup>59</sup> Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, dass oft in Zeitungen zu lesen ist, Studenten dürften doch – geringfügig – arbeiten; vgl *Der Standard*, 10. April 2001.

<sup>60</sup> Unerheblich ist, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit handelt; unter dieses Arbeitsverbot fallen auch Tätigkeiten, für die man keine Beschäftigungsbewilligung braucht.

<sup>61</sup> § 10 Abs 2 Hochschul-SteuerG 1972.

<sup>62</sup> Vgl die ErlRV, 685 BlgNR 20. GP, 60.

<sup>63</sup> Insbesondere trifft ihn die Quotenpflicht. Die einzige Erleichterung besteht in der Möglichkeit zur Inlandsantragstellung gemäß § 14 Abs 2 FrG.

Asylwerbern, die über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung verfügen<sup>64</sup>, nicht zu arbeiten, es werden aber faktisch kaum zu überwindende Hindernisse in den Weg gelegt. Im Rahmen des Ersatzkraftstellungsverfahrens finden sich Asylwerber nämlich an neunten und letzter Stelle<sup>65</sup>. Das bedeutet, dass für Asylwerber nur dann Beschäftigungsbewilligungen ausgestellt werden dürfen, wenn aus den vorangehenden acht Gruppen keine Arbeitskräfte vermittelt werden können. Dazu kommt das Erfordernis eines gesamtwirtschaftlichen Interesses an der Beschäftigung<sup>66</sup> des Asylwerbers, eine Voraussetzung, die in der Praxis nach Ansicht des AMS nur äußerst selten gegeben ist.

Einen Sonderfall bilden ehemalige Asylwerber, deren Asylverfahren in Österreich zwar negativ abgeschlossen ist, die aber wegen zu erwartender unmenschlicher Strafe oder Todesstrafe nicht abgeschoben werden können<sup>67</sup>. Diese Personengruppe ist im Vergleich zu Asylwerbern einerseits dadurch begünstigt, dass sie in der Rangordnung des § 4b AuslBG an aussichtsreicherer Stelle gereiht ist<sup>68</sup>, andererseits durch einen Erlass des BMWA<sup>69</sup>, der vorsieht, dass für sie die Prüfung der Arbeitsmarktlage eingeschränkt bzw. unter Umständen gänzlich entfallen kann. Im Endeffekt verfügen Personen mit befristetem Aufenthaltsrecht nach § 15 AsylG dadurch über ähnlich gute Aussichten auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung wie Schlüsselarbeitskräfte<sup>70</sup>.

2.3. Der Neuzuzug nach geltendem Recht

Da die Landeshöchstzahlen permanent überschritten sind<sup>71</sup>, haben immigrationswillige Ausländer faktisch nur dann eine Chance auf Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt und damit zur Zuwanderung, wenn sie es schaffen, auf Grund ihrer Qualifikation als Schlüsselarbeitskräfte<sup>72</sup> eingestuft zu werden<sup>73</sup>. Das AuslBG hat somit das erklärte Ziel, „alle Lücken zu schließen, die noch einen Zuzug aus dem Ausland zulassen“ im Wesentlichen erreicht<sup>74</sup>.

Selbst für Personen, die über die erforderlichen Qualifikationen verfügen, erweist es sich jedoch mitunter als schwierig, die notwendigen Bewilligungen zu erhalten. Nach der Konzeption der einschlägigen Gesetze muss der ausländische Staatsbürger zuerst in Österreich einen Arbeitgeber suchen, der bereit ist, für ihn eine Sicherungsbescheinigung<sup>75</sup> zu beantragen. Zu diesem Zweck wird der Ausländer in aller Regel – es sei denn, er wird direkt im Ausland angeworben – nach Österreich einreisen, wobei grundsätzlich ein Visum benötigt wird<sup>76</sup>, um Kontakt zum potentiellen Arbeitgeber herzustellen und insbesondere Wohnraum und Versicherungsschutz für sich und seine Familie sicherzustellen<sup>77</sup>. In vielen Fällen ist es aber bereits äußerst schwierig, diesen befristeten Einreiseteil (meist ein Visum C) zu erhalten<sup>78</sup>.

Nach Erlangung der Sicherungsbescheinigung<sup>79</sup> kann der beabsichtigte Titel, der zum dauernden Aufenthalt in Österreich berechtigt (Niederlassungs-

bewilligung für jeglichen Aufenthaltswert) bei der österreichischen Botschaft im jeweiligen Heimatstaat – zwingende Auslandsantragstellung<sup>80</sup> – beantragt werden. Die Bewilligung hängt nicht zuletzt vom Ausschöpfungsgrad der Quote ab<sup>81</sup>.

Der hoch qualifizierte Experte muss somit zahlreiche zeit- und kostenintensive (Behörden-)Wege auf sich nehmen, hat aber keine Gewissheit, ob ihm tatsächlich Zuwanderung und in weiterer Folge Arbeitsaufnahme gestattet wird.

### 3. Vorschläge zur Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt

Das WIFO führt eine Steigerung der Zahl ausländischer Arbeitskräfte – neben dem Abbau der Arbeitslosigkeit, der Erhöhung der Beschäftigungsquote Älterer und der Verringerung der „stillen Reserve“ von Frauen – als eine Möglichkeit an, um zusätzlich benötigte Arbeitskräfte zu gewinnen<sup>82</sup>. Die bereits im Inland niedergelassenen Familienangehörigen ausländischer Arbeitnehmer sehen sich jedoch derzeit – wie oben ausgeführt – für mehrere Jahre mit schweren Hindernissen beim Zugang zum Arbeitsmarkt konfrontiert. Beachtlich erscheint dabei, dass diese Menschen bereits den Weg durch die Quote geschafft und bei Vorliegen der Voraussetzungen zwar einen Anspruch auf Verlängerung ihres Aufenthaltstitels, praktisch aber keine Möglichkeit zur Erzielung eines legalen Einkommens haben, weshalb sie vielfach aus wirtschaftlichen Gründen zur Schwarzarbeit gezwungen werden<sup>83</sup>.

64 Im Ergebnis kommt jedem Asylwerber, dessen Antrag nicht offenbar unbegründet ist, eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung zu; vgl § 19 des Bundesgesetzes über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 – AsylG), BGBl I 76/1997 idF BGBl I 41/1999.

65 § 4b Abs 1 Z 9 AuslBG.

66 Siehe Punkt 2.1.

67 Vgl §§ 8 und 15 AsylG iVm § 57 FrG.

68 Vgl § 4b Abs 1 Z 5 AuslBG iVm § 1 Z 11 BHÜZV.

69 Erlass des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, Zl 35.006/3-7/2000, vom 8. Juni 2000.

70 Im Erlass des BMWA wird dies mit Ihrer Stellung als „de facto-Flüchtlinge“ begründet.

71 Siehe dazu Fn 39.

72 Bzw als qualifizierte Kräfte im Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege.

73 Vgl Bichl, ASoK 1998, 96 ff.

74 Vgl ErlRV, 689 BlgNR 20. GP, 10.

75 Eine Beschäftigungsbewilligung darf erst erteilt werden, wenn der entsprechende Aufenthaltstitel vorliegt. Die Sicherungsbescheinigung stellt daher eine Vorstufe nach Beschäftigungsbewilligung dar. Durch dieses Instrument wird seitens des AMS – je nach Antragstellung – zugesichert, für eine namentlich genannte Person oder eine bestimmte Anzahl von Ausländern eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen, falls die rechtmäßige Einreise nach Österreich erfolgt; vgl § 11 AuslBG; zur Rechtsnatur der Sicherungsbescheinigung vgl Schnorr, AuslBG (1998) § 11 Rz 1 ff.

76 Ausnahmen von der Sichtvermerkplicht bestehen insbesondere für die Nachbarländer Österreichs. Eine Aufstellung der Einreisevoraussetzungen für ausländische Staats-

angehörige findet sich unter: <http://www.bmaa.gv.at/botschaften/konsularfragen/layout.html.de>.

77 Beabsichtigt der Ausländer, Anspruch auf Familiennachzug zu erheben, muss er von vornherein einen Rechtsanspruch auf ortsübliche Unterkunft für alle Familienmitglieder nachweisen (§ 21 Abs 1 FrG).

78 Die Erteilung liegt im Ermessen der österreichischen Botschaft.

79 Diese wird bei Vorliegen der Voraussetzungen dem zukünftigen Arbeitgeber erteilt.

80 § 14 Abs 2 FrG.

81 Verfügt der Ausländer schließlich über den Aufenthaltstitel, kann die Sicherungsbescheinigung gleichsam in eine Beschäftigungsbewilligung getauscht und die Beschäftigung in Österreich aufgenommen werden. Der Neuzuwanderer darf jedoch nur für den einen Arbeitgeber an einem

festgelegten Arbeitsplatz tätig sein. Erst nach Erteilung einer Arbeitserlaubnis – diese wird im Gegensatz zur Beschäftigungsbewilligung dem Arbeitnehmer selbst erteilt – darf eine Beschäftigung in einem bestimmten Bundesland aufgenommen werden. 82 Rund 35.000 der bis 2005 benötigten zusätzlichen 165.000 Arbeitskräfte könnten nach Ansicht des WIFO durch eine Steigerung der Zahl qualifizierter ausländischer Arbeitskräfte gedeckt werden; vgl WIFO Monatsberichte 6/2001, 391 f.

83 Vgl Schrammel, ecollex 1997, 724, wonach das Ziel der Integration nur erreicht werden kann, „wenn den betreffenden Ausländern auch eine wirtschaftliche Existenzgrundlage ermöglicht wird.“



Unseres Erachtens wäre es daher wünschenswert, nachziehenden Familienangehörigen von vornherein eine unbeschränkte Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Um einen Zugang zum Arbeitsmarkt auch tatsächlich zu gewährleisten, müssten zudem entsprechende Anpassungen im Bereich des Beschäftigungsrechts, beispielsweise durch Anhebung der permanent ausgeschöpften Landeshöchstzahlen bzw der fallweise überschrittenen Bundeshöchstzahlen oder durch Aufnahme aller Familienangehörigen in den Katalog der Personen, für die auch nach Erreichen der Höchstzahlen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden darf, erfolgen.

Von einer großzügigeren Ausgestaltung der Höchstzahlen würden überdies Asylwerber profitieren, die in der Folge bessere Chancen auf Erlangung einer Beschäftigungsbewilligung hätten.

Ausländischen Studenten sollte es gestattet werden, neben ihrem Studium ein Einkommen aus geringfügiger Beschäftigung zu erzielen<sup>84</sup>. Eine Umgehung der restriktiven Zuzugsbeschränkungen wäre in Anbetracht des geringen Verdienstes ohnehin nicht möglich, zudem müssen Studenten auch gewisse Erfolgsnachweise erbringen. Für die Betroffenen würde dies eine große Erleichterung bedeuten, insbesondere weil ab dem Wintersemester 2001/2002 die doppelte Studiengebühr zu entrichten ist.

Unverständlich erscheint die derzeitige Regelung, wonach ausländische Studenten, die nach Abschluss ihres Studiums weiterhin in Österreich bleiben und arbeiten möchten, in die Quote für den Neuzuzug fallen. Es ist nicht zuletzt aus wirtschaftlicher Sicht bedenklich, diesen qualifizierten Personen, die bereits mehrere Jahre hindurch ihren Lebensmittelpunkt im Inland hatten und Beziehungen aufgebaut haben, den weiteren Aufenthalt mangels freien Quotenplatzes zu versagen, obwohl die universitäre Ausbildung nicht nur für den Studenten,

sondern auch für den Staat erhebliche Kosten mit sich gebracht hat. Es wäre daher vernünftig, diesen Absolventen eine quotenfreie Niederlassungsbewilligung zu erteilen. In diese Richtung geht auch die Diskussion in Deutschland, wo von der Zuwanderungskommission der deutschen Bundesregierung vorgeschlagen wird, gezielt junge Menschen zum Studium in Deutschland anzuwerben. Unter anderem sollen umfangreiche Stipendienprogramme sowie in weiterer Folge leichter Zugang zu dauerhaften Aufenthaltstiteln angeboten werden<sup>85</sup>.

Bezüglich des Themas Neuzuzug ist klar, dass die österreichische Wirtschaft qualifizierter ausländischer Arbeitskräfte bedarf. Jedoch werden viele ausländische Schlüsselarbeitskräfte durch die diversen rechtlichen Barrieren davon abgehalten. Einerseits sind die jährlichen Quoten für Schlüsselarbeitskräfte in manchen Bundesländern rasch erschöpft<sup>86</sup>, weshalb IT-Fachkräfte oftmals gleichzeitig mit mehreren Unternehmen aus verschiedenen Bundesländern eine Sicherungsbescheinigung zu erreichen versuchen, andererseits dürfte die rechtliche Position, die Neuzuwanderern zugestanden wird, schlicht nicht attraktiv genug sein. Beispielsweise werden die Niederlassungsbewilligungen zumindest in den ersten fünf Jahren jeweils nur befristet erteilt. Die Beschäftigungsbewilligung wiederum erhält der Arbeitgeber, der Ausländer darf lediglich für eine genau definierte Tätigkeit an einem bestimmten Ort eingesetzt werden<sup>87</sup>.

Es wäre daher sinnvoll, den erfolgreichen Neuzuzug von Schlüsselarbeitskräften mit einer aufenthaltsrechtlich gesicherten Position sowie einem unbürokratischen Zugang zum Arbeitsmarkt zu verbinden bzw die Rechte der auf Dauer niedergelassenen Ausländer an die der österreichischen Staatsbürger in weiten Bereichen anzunähern. Weiters sollte die Notwendigkeit einer Höchstzahl für Schlüsselarbeitskräfte überdacht werden: Schließlich handelt

es sich dabei um Personen, die in der Regel von mehreren Unternehmen sofort angestellt und die in Österreich über eine gesicherte Position – Einkommen aus qualifizierter Tätigkeit, Wohnung, Versicherungsschutz – verfügen würden, deren zukünftiges Aufenthaltsrecht aber von Quoten sowohl im Beschäftigungs- als auch im Aufenthaltsrecht abhängig gemacht wird<sup>88</sup>.

All das zeigt, dass eine Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt eine weit gehende Entschärfung der Bestimmungen des AuslBG erfordern würde. Es sollte daher eine grundsätzliche Diskussion darüber stattfinden, ob es sinnvoll ist, kumulativ Beschränkungen bei der Niederlassung und beim Zugang zum Arbeitsmarkt aufrecht zu erhalten oder ob es nicht vernünftiger wäre, den Menschen, die eine Berechtigung zum dauerhaften Aufenthalt erhalten, sofort eine Möglichkeit zur legalen Erzielung ihres Lebensunterhalts zu geben. Dabei wird sich zwangsläufig die Frage nach dem weiteren Schicksal des AuslBG stellen. Es ist zu hinterfragen, ob es auch weiterhin Aufgabe des AuslBG sein soll, einerseits den Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt auch für bereits Niedergelassene zu beschränken und andererseits den Neuzuzug aus dem Ausland möglichst zu verhindern oder ob die Aufgabe der Regelung des Neuzuzugs allein durch das Aufenthaltsrecht gelöst und das AuslBG in seiner derzeitigen Form weitgehend abgeschafft werden sollte. Eine Harmonisierung von Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht würde Österreich jedenfalls einen beträchtlichen Standortvorteil im stärker werdenden Wettbewerb um qualifizierte ausländische Arbeitskräfte verschaffen<sup>89</sup>.

*Mag. Mario Gall und Mag. Johannes Peyrl sind in der Rechtsberatung von helping hands, Koordinationsbüro für integrative und antirassistische Projekte, tätig.*

**84** Als Richtwert könnten die Verdienstgrenzen herangezogen werden, die für die Gewährung der Familienbeihilfe gelten. In Deutschland dürfen ausländische Studenten beispielsweise bis zu 90 Tage im Jahr arbeiten. Der Süsmuth-Bericht, 113, schlägt weitere Erleichterungen, insbesondere bei Berechnung der zulässigen Arbeitszeit vor.

**85** Vgl Süsmuth-Bericht, 111 ff. Überdies soll sich die Aufenthaltser-

laubnis von vornherein auf die gesamte Dauer des Aufenthalts erstrecken.

**86** Wie bereits oben ausgeführt, fallen sowohl die Schlüsselarbeitskräfte selbst als auch deren Familienangehörige in die Quote der „Führungs- und Spezialkräfte“. Ein beträchtlicher Teil dieses Kontingents entfällt daher auf Personen, die vorerst gar nicht arbeiten dürfen.

**87** Vgl § 6 AuslBG. Weiters dürften auch gewisse noch immer vorhande-

ne Ressentiments in der Bevölkerung sowie der Mangel an politischen Rechten Hindernisse darstellen.

**88** In der Schweiz – der Ausländeranteil beträgt rund 19,3% – wurde in einer Volksabstimmung im September des Vorjahres die Einführung einer Ausländerquote mit überwiegender Mehrheit abgelehnt.

**89** Vgl dazu den Süsmuth-Bericht, 122 f. „Um im internationalen Wettbewerb um die besten Köpfe bestehen zu können, bedarf es über eine

neue Zuwandererpolitik hinaus erheblicher gesellschaftlicher und politischer Anstrengungen, die darauf zielen, Deutschland für qualifizierte Zuwanderer attraktiver zu machen. [...] Die Zuwanderungsverfahren sollten reibungslos und zuwandererfreundlich durchgeführt werden. [...] Die Notwendigkeit von Behördenkontakten sollte minimiert werden. In den Ausländerbehörden sollte zudem ein positiveres Klima Einzug halten [...]“.

# Was schützt der Gleichheitsgrundsatz?

Silvia Ulrich

## I. Zum gleichheitsrechtlichen Status quo im österreichischen Verfassungsrecht

Der Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG besteht in seiner heutigen Fassung im Wesentlichen aus einer allgemeinen Gleichheitsgarantie iVm zT überholten – historisch bedingten – Privilegierungsverboten und einem Stückwerk an speziellen Gleichheitsgarantien bzw Staatszielbestimmungen, die im Laufe der Jahrzehnte in den Verfassungstext des Art 7 B-VG aufgenommen wurden. Der persönliche Geltungsbereich von Art 7 B-VG ist auf österreichische StaatsbürgerInnen beschränkt.<sup>1</sup> Darüber hinaus stehen noch eine Reihe weiterer verfassungsrechtlicher Gleichheitsgarantien in Geltung, die heute zT keinen eigenständigen normativen Bedeutungsgehalt mehr haben<sup>2</sup> oder spezielle Ausformungen des Gleichheitsgrundsatzes darstellen.<sup>3</sup>

Trotz dieser vielschichtigen allgemeinen und speziellen Gleichheitsverbürgungen und trotz mehrfacher Novellierungen des Art 7 B-VG in jüngster Zeit kann vorweg festgehalten werden, dass dennoch keine zeitgemäße Schutzdimension im Sinne einer umfassenden, menschenrechtlichen Antidiskriminierungsgarantie gegeben ist.

Dass sich die Novellierungsspirale zum Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-

VG in den letzten 14 Jahren so intensiv in Gang gesetzt hat, hat ua mit der verfassungsdogmatischen Frage zu tun, ob der allgemeine Gleichheitsgrundsatz als reines Abwehrrecht anzusehen ist oder ob diesem darüber hinaus auch eine sozialgestaltende Dimension immanent ist, nämlich eine Ermächtigung bzw ein staatsrechtlicher Auftrag zur aktiven Herstellung von diskriminierungsfreien faktischen Lebensbedingungen. Indem dies von Judikatur und herrschender Lehre über Jahrzehnte verneint wurde, war dem Gleichheitssatz auch jegliche Steuerungskraft im Hinblick auf die Herstellung von de facto diskriminierungsfreien Lebensverhältnissen genommen.

Es gibt viele Judikaturbeispiele, die diesen Befund aus der Genderperspektive belegen. In einigen Normenkontrollverfahren hat der VfGH dem Gesetzgeber sogar explizit die verfassungsrechtliche Legitimation für die Zementierung überkommener Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen ausgestellt, und zwar durch Überbetonung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers.<sup>4</sup> Die Prüfkriterien zur Grenzziehung für diesen Gestaltungsspielraum waren und sind insbesondere aus der Genderperspektive ungenügend, widersprüchlich in ihrer Anwendung und damit im Ergebnis explizit

frauenfeindlich.<sup>5</sup> In der rechtswissenschaftlichen Literatur wiederum wurde vor allem die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Maßnahmen zur Herstellung der De-facto-Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern verneint. Insbesondere der kompensatorische Nachteilsausgleich durch leistungsgebundene Quotenregelungen wurde unter Hinweis auf das individualistische, freiheitliche Verfassungskonzept der österreichischen Bundesverfassung als verfassungswidriges Rechtsinstrumentarium qualifiziert.<sup>6</sup>

Durch diese Auslegungskonventionen ist eine paradoxe Situation entstanden: Frauenfeindliche – an überkommenen Rollenstereotypen orientierte – Rechtsvorschriften wurden als gleichheitskonform qualifiziert, strukturelle Ent-Diskriminierungsstrategien der einfachen Gesetzgebung zur Herstellung faktischer Gleichberechtigung waren hingegen von Verfassungswidrigkeit bedroht. Die Antwort der Politik auf diese Situation waren neue Verfassungsbestimmungen, die den Gleichheitsgrundsatz in seiner sozialgestaltenden Dimension klarer konturieren sollten. Die verfassungsrechtliche Verankerung von genderspezifischen Garantien hatte insofern eindeutig korrigierenden Antwortcharakter.

## II. Zur Genese der genderspezifischen Verfassungsnovellen

Wie Öhlinger<sup>7</sup> vor einiger Zeit pointiert ausgeführt hat, ist es ein „komplexes Zusammenwirken von Verfassungslehre, Verfassungsjudikatur und Politik, die den aktuellen Zustand des österreichischen (Bundes-)Verfassungsrechts produziert hat.“ Dieser Befund trifft in

1 Verfassungsrechtlicher Prüfmaßstab betreffend die Gleichbehandlung unter Fremden ist das BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1973/390.

2 Art 2 StGG; seit der Einführung von Art 7 Abs 2 B-VG durch die Novelle BGBl I 1998/68 auch § 39 Abs 2 UOG 1993, BGBl 1993/805.

3 Vgl zu den speziellen Gleichheitsverbürgungen *Berka*, Lehrbuch Grundrechte (2000) 218.

4 Vgl insbes die Erkenntnisse VfSlg 13.038/1992 (Nachtarbeitsverbot) und VfSlg 13.661 (Ehenamensrecht). Gender-kritische Judikaturanalysen finden sich ua bei *Hornyik*, Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Geschlechtergleichheit, in: Bun-

desministerium für Justiz (Hrsg), Grund- und Freiheitsrechte in der gerichtlichen Praxis (1993) 265; *dies*, Sind Männer gleicher? Die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur Gleichheit von Mann und Frau als Spiegel gesellschaftlicher Wertmaßstäbe und ihrer Veränderungen (1991–1993), in: Mesner/Steger-Mauerhofer (Hrsg) *Der Tod der Olympe de Gouges. 200 Jahre Kampf um Gleichberechtigung und Grundrechte* (1994) 67; *Siegmond-Ulrich*, Zur Ambivalenz des gleichen Rechts, ÖZP 1994, 151; *Sporrer*, Die Gleichheit von Frauen und Männern in Österreich, in: Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), *Grund und Menschenrechte in Österreich*, III (1997) 901.

5 So etwa jüngst wieder feststellbar im Erkenntnis zum Fortpflanzungsmedizinengesetz, VfSlg 15632. Der sterile Mann kann sich seinen Kinderwunsch durch Samenspende erfüllen, die sterile Frau jedoch nicht, weil die Eizellspende und die anschließende In-Vitro-Fertilisation mit dem Samen ihres Mannes nach dem FMG unzulässig ist. Die Differenzierung im FMG ist nach Ansicht des VfGH nicht gleichheitswidrig. Im Gegensatz zur Samenspende entstände bei der Eispende eine „ungewöhnliche Beziehung“, die das Kindeswohl berühren könnte. Hinter der unterschiedlichen Beurteilung der Gefährdung des Kindeswohls je nachdem, ob die biologische und soziale Elternschaft bei Frauen oder Männern auseinander

fällt, stehen eindeutig tradierte rollenspezifische Vorstellungen. Zu dem Erk auch kritisch *Bernat*, Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK. Anmerkungen zu VfGH 14. 10. 1999, *juridikum* 2000, 144; *Novak*, Fortpflanzungsmedizinengesetz und Grundrechte, in: *Bernat* (Hrsg), *Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik* (2000) 62; und *Weh*, Beschränkungen des Rechts auf eigene Kinder. Das Fortpflanzungsmedizinengesetz im Lichte der Menschenrechte, *juridikum* 2000, 119.

6 Vgl insbes *Thienel*, Das Berufungsverfahren nach dem UOG 1993 (1996) 31.

7 *Öhlinger*, Braucht Österreich eine Verfassung?, *juridikum* 2000, 4 (4).

besonderem Maße auf die Gleichheitsgarantie des Art 7 B-VG zu. Im Folgenden soll die mehrstufige genderspezifische Verfassungsreform beleuchtet werden, die ausdrückliche Garantien und Ermächtigungen zur geschlechtergerechten Sozialgestaltung geschaffen hat. Sie sind notwendig geworden, weil die herrschenden Auslegungskontentionen zu Art 7 B-VG eine verfassungskonforme Interpretation der einfachgesetzlichen Dynamik der Entdiskriminierung nicht zuließ.

*Die Novellen 1988 und 1998 betreffend den geschlechtergerechten Sprachgebrauch*

Die erste einschlägige Novelle war die Einräumung eines subjektiven Rechtes zum geschlechtergerechten Sprachgebrauch in Bezug auf Amtsbezeichnungen und Titel durch Neueinfügung von Art 7 Abs 3 B-VG.<sup>8</sup> Der einschlägige Gesetzesantrag des Bundesrates intendierte eine viel weiter gehende Regelung, nämlich die Schaffung einer explizit geschlechtsspezifischen Organbezeichnung im B-VG. Mit der Novellierung des Art 36 Abs 2 B-VG sollte ua – neben dem primären Zweck der sprachlichen Aufwertung der Funktion des Vorsitzenden – auch eine geschlechtergerechte Formulierung dieser Funktion realisiert werden. Vorgeschlagen wurde folgende Textierung:

„Der (Die) Vorsitzende führt den Titel ‚Präsident(in) des Bundesrates‘, seine (ihre) Stellvertreter(in) den Titel ‚Vizepräsident(in) des Bundesrates‘.“<sup>9</sup>

Damit wäre im Verfassungstext des B-VG erstmals eine Organbezeichnung in der weiblichen und in der männlichen Form ausgedrückt gewesen. Anstatt im Verfassungsausschuss diesen „systemfremden“ Novellierungsvorschlag in eine geschlechtergerechte Gesamtrevision des B-VG-Textes münden zu lassen, wurde eine „Korrektur nach unten“ vorgeschlagen und verwirklicht:

„(3) Amtsbezeichnungen können in der Form verwendet werden, die das Geschlecht des Amtsinhabers oder der Amtsinhaberin zum Ausdruck bringen. Gleiches gilt für Titel“.

Der VfGH hat Art 7 Abs 3 B-VG in der Folge äußerst restriktiv interpretiert und damit weiteren Novellierungsdruck erzeugt. Abs 3 garantiert nach Auffassung des VfGH nur ein subjektivverfassungsrechtliches Recht auf geschlechtsspezifische Verwendung von Amtsbezeichnungen und Titel, nicht aber auf deren Verleihung. Aus den in Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG verwendeten Begriffen ‚Bundesbürger‘ und ‚Staatsbürger‘ leitete der VfGH einen die gesamte Rechtsordnung beherrschenden Grundsatz ab, nämlich derart, dass der geschlechtsneutrale (!) Gebrauch der männlichen Sprachform durch den Gesetzgeber zulässig ist. Art 7 Abs 3 B-VG lässt darüber hinaus nur die geschlechtsspezifische Verwendung von Amtsbezeichnungen und Titel, nicht jedoch von akademischen Graden zu.<sup>10</sup> Daher wurde mit der Novelle BGBl I 1998/68 der sachliche Geltungsbereich von Art 7 Abs 3 B-VG ausgeweitet. Nunmehr können auch akademische Grade und Berufsbezeichnungen geschlechtsspezifisch verwendet werden. Die Gesetzgebung ist aber nach wie vor nicht zum geschlechtsspezifischen Sprachgebrauch verpflichtet.<sup>11</sup> Nur wenn auf einfachgesetzlicher Ebene ausdrücklich männliche und weibliche akademische Grade usw. normiert werden, können diese in der geschlechtsspezifischen Form verliehen werden. Die einfache Bundesgesetzgebung beschreitet diesen Weg zB im Studienrecht bereits sehr konsequent.

Wenn Funk<sup>12</sup> konstatiert, dass in der legistischen Praxis eine die Prinzipien betonende Deregulierung des Verfassungsrechts nicht gehandhabt wird, so könnte dieser Befund im vorliegenden Fall sinngemäß auch auf die Judikatur des VfGH übertragen werden: Die Frage der geschlechtsspezifischen

Verleihung und Verwendung von Amtsbezeichnungen, Titeln usw wäre wohl anders zu beurteilen gewesen, wenn Geschlechteridentität und Geschlechterwürde als substantielle, antidiskriminatorische Aspekte der Gleichheitsprüfung anerkannt wären.

*Die verfassungsrechtliche Verankerung der unterschiedlichen Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten 1992*

1990 wurde das im ASVG normierte frühere Pensionsanfallsalter von Frauen – vom Gesetzgeber als Nachteilsausgleich für die faktischen Benachteiligungen der Frauen im Arbeitsleben vorgesehen – vom VfGH ua mit der Begründung als gleichheitswidrig aufgehoben, dass das unterschiedliche Pensionsanfallsalter vor allem „jenen Frauen zugute kommt, deren Rollenbild sich von jenem der Männer nicht unterscheidet.“<sup>13</sup> Mit dem BVG über unterschiedliche Altersgrenzen von männlichen und weiblichen Sozialversicherten<sup>14</sup> wurde die Beibehaltung der unterschiedlichen Altersgrenzen für die vorzeitige Alterspension bis 2019 bzw für die reguläre Alterspension bis 2024 festgeschrieben. Nach diesen Zeitpunkten ist eine stufenweise jährliche Angleichung der Altersgrenzen von Männern und Frauen vorgesehen. Die verfassungsrechtliche Festschreibung eines derart langen Übergangszeitraumes macht deutlich, wie weit die Einschätzungen des VfGH und der Verfassungsgesetzgebung betreffend die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter in der sozialen Wirklichkeit auseinander liegen.

*Die Novellen 1993 im Hochschulorganisationsrecht betreffend die Klarstellung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von vorübergehenden Sondermaßnahmen zur Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Frauen und Männern*  
Nächste Station in der gleichheitsrechtlichen Reformdynamik waren 1993 die Verfassungsnovellen in § 106a

8 BGBl 1988/341.

9 537 BlgNR 17. GP, 1.

10 VfSlg 13373. Die B<sup>innen</sup> hatten hingegen argumentiert, dass sich das Recht auf sprachliche Gleichbehandlung schon aus Art 7 Abs 1 B-VG ergibt. Art 7 Abs 3 stelle keine lex specialis zu Art 7 Abs 1 dar. Die Anfügung von Art 7 Abs 3 B-VG war nach ihrer Ansicht verfassungsrechtlich geboten, weil das B-VG schon in sei-

ner Stammfassung zahlreiche Funktionsbezeichnungen nur in der männlichen Form enthielt, denen gegenüber Art 7 Abs 1 B-VG keine derogatorische Wirkung entfalten konnte. Diesen Bestimmungen und nicht Art 7 Abs 1 B-VG hätte Art 7 Abs 3 als lex posterior materiell derogiert.

11 Vgl zum normativen Gehalt von Abs 3 insbesondere Kucsko-Stadlmayer, Art 7 Abs 3 B-VG, in: Kori-

nek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (1999).

12 Funk, Regeln und Prinzipien in Teilsystemen des Rechts, dargestellt am Beispiel des Staats- und Verwaltungsrechts, in: Schilcher/Koller/Funk (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 259 (263).

13 VfSlg 12568/1990. Zu den sozioökonomischen Einschätzungen in

diesem Erkenntnis kritisch Sturn, Versorgung, Effizienz und Gleichheitsgrundsatz: Zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 6. Februar 1990, JBl 1990, 538.

14 BGBl 1992/832.



Abs 2 Universitäts-Organisationsgesetz 1975<sup>15</sup>, § 25a Abs 2 Akademie-Organisationsgesetz<sup>16</sup> und § 14b Abs 2 Kunsthochschul-Organisationsgesetz<sup>17</sup> sowie in § 39 Abs 2 Universitäts-Organisationsgesetz 1993.<sup>18</sup> In diese Gesetze wurde folgende gleich lautende<sup>19</sup> Verfassungsbestimmung aufgenommen:

„Vorübergehende Sondermaßnahmen der Universitätsorgane oder des Bundesministers für Wissenschaft und Forschung zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto Gleichberechtigung von Mann und Frau im Sinne des Art 4 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BGBl 443/1982, gelten nicht als Ungleichbehandlung im Sinne des Art 7 Abs. 1 B-VG.“

Hintergrund dieser Novelle war der verfassungsdogmatische Streitpunkt, ob nicht spätestens mit den Art 1 bis 4 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)<sup>20</sup> eine inhaltliche und formelle Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitssatzes verbunden war, die dem Art 7 Abs 1 B-VG neben der individualrechtlichen auch eine gruppenbezogene sozialgestaltende Dimension verliehen hat, die vom Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraumes nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit umgesetzt werden kann.<sup>21</sup> Besondere Bedeutung erhielt diese Auslegungsfrage, als 1993 auf einfachgesetzlicher Ebene mit dem Bundesgleichbehandlungsgesetz (B-GBG) erstmals leistungsgebundene Vorrangregeln (Quoten) für Frauen bei Planstellenbesetzungen und Aufstiegsentscheidungen im Bundesdienst eingeführt wurden.<sup>22</sup> Das B-GBG kann als spezielles Ausführungsgesetz zur CEDAW angesehen werden. Mit den neuen Verfassungsbestimmungen im Hochschulorganisationsrecht sollte in

erster Linie der Schutzgehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art 7 Abs 1 B-VG klargestellt werden. Neben einer speziellen verfassungsrechtlichen Ermächtigung zur Erlassung von vorübergehenden Sondermaßnahmen von Hochschulorganen iSd CEDAW hat die Verfassungsgesetzgebung durch authentische Interpretation des Art 7 Abs 1 B-VG klargestellt, dass positive Aktionen für das unterrepräsentierte Geschlecht eine zulässige Differenzierung zwischen Männern und Frauen iS des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes darstellen.<sup>23</sup> Dennoch wurden die Quotenregelungen des B-GBG in der rechtswissenschaftlichen Literatur zT weiterhin als verfassungswidrig qualifiziert. Betont wurde der Ausnahmecharakter der Verfassungsbestimmungen für den Hochschulbereich<sup>24</sup> bzw wurde sogar die Ansicht vertreten, der Verfassungsgesetzgeber habe damit indirekt gesagt, dass Sondermaßnahmen zur Herbeiführung einer De-facto-Gleichberechtigung – wie etwa Quotenregelungen – an sich dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen.<sup>25</sup>

*Die Novelle 1998 betreffend das Bekenntnis zur Frauenförderung und die neuerliche Klarstellung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von vorübergehenden Sondermaßnahmen zur Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Frauen und Männern*

Mit der Verfassungsnovelle im Jahr 1998 wurde Art 7 B-VG ein neuer Absatz 2 hinzugefügt.

„Bund, Länder und Gemeinden bekennen sich zur tatsächlichen Gleichstellung von Mann und Frau. Maßnahmen zur Förderung der faktischen Gleichstellung von Frauen und Männern insbesondere durch Beseitigung tatsächlich bestehender Ungleichheiten sind zulässig.“

Mit Satz 1 wurde eine Staatszielbestimmung betreffend die faktische Gleichberechtigung von Frauen und Männern verankert. Satz 2 beinhaltet eine neuerliche Klarstellung der Zulässigkeit von vorübergehenden Sondermaßnahmen zur Herstellung faktischer Gleichberechtigung.<sup>26</sup>

Neben den genannten frauenspezifischen Novellen wurde 1997 auch ein explizites Benachteiligungsverbot wegen Behinderung und eine Staatszielbestimmung betreffend die Gleichbehandlung von behinderten und nicht-behinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens in Art 7 Abs 1 B-VG aufgenommen.<sup>27</sup>

In all diesen Novellen ist die Intention erkennbar, den Gleichheitsgrundsatz in seiner integrativen und anti-diskriminierenden Wirkung zu stärken. Die Abkehr von einem formalen hin zu einem materiellen Grundrechtsverständnis iS von Werten oder Prinzipien ist gerade in einem menschenrechtlichen Kernbereich wie dem Gleichheitsrecht essentiell. Mit diesen Novellen hat ein gewaltiger geschlechterdemokratischer Reformprozess stattgefunden, der die Mehrdimensionalität der Gleichheitsgarantie iS formaler und materieller Gleichheit unterstreicht. Es ist dies eine Entwicklung, die im Ergebnis auch über den Weg verfassungskonformer Interpretation möglich gewesen wäre, vom VfGH bisher allerdings nur in Ansätzen beschränkt wurde.<sup>28</sup>

Das Reformstückwerk der Verfassungsgesetzgebung hat jedoch auch seinen Preis: Die Verfassungsänderungen haben das genderspezifische Schutzniveau des Art 7 B-VG zwar deutlich konturiert, offenbaren nunmehr jedoch das Dilemma, dass Spezialbestimmungen geschaffen wurden,

15 BGBl 1993/249.

16 BGBl 1993/250.

17 BGBl 1993/251.

18 BGBl 1993/805.

19 Aufgrund der erweiterten Universitätsautonomie sind allerdings in § 39 Abs 2 UOG 1993 nur mehr die Universitätsorgane genannt.

20 BGBl 1982/443. Art 1 bis 4 sind vom Nationalrat als verfassungsändernd genehmigt worden, stehen jedoch unter Erfüllungsvorbehalt gem Art 50 Abs 2 B-VG.

21 Vgl zur völkerrechtskonformen Interpretation von Art 7 B-VG im Lichte der verfassungsändernden Bestimmungen von Art 1 bis 4 der CEDAW insbes Floßmann, Die positive Diskriminierung im österreichi-

schen Recht, in: Salzburger Landesregierung (Hrsg), Frau sein in Salzburg (1991) und Kucsko-Stadlmayer, Rechtliche Aspekte der Frauenförderung, JRP 1997, 35 (41).

22 Mit der Novelle –BGBl I 2001/87 wurden die Quotenbestimmungen der §§ 42 u 43 B-GBG mit einer sog „Öffnungsklausel“ ausgestattet. Vgl zur Frage der grundsätzlichen Notwendigkeit bzw der diskriminierungsfreien Anwendung der Öffnungsklausel Wagner, Quo vadis, Quote? Anmerkungen zum OGH-Urteil vom 30. 1. 2001, 1 Ob 80/00x, *juridikum* 2/2001, 72. Zum unterschiedlichen normativen Bedeutungsgehalt von Art 2 Abs 4 der GleichbehandlungsRL und

Art 141 Abs 4 EGV Pirstner, Schwedische Vorschriften zur Frauenförderung – Vorrang von Frauen mit geringerer Qualifikation gemeinschaftsrechtskonform?, DRdA 2000, 549 (558).

23 Vgl Siegmund-Ulrich, Frauenforschung und Frauenförderung an den österreichischen Hochschulen, in: Rust (Hrsg), Juristinnen an den Hochschulen – Frauenrecht in Lehre und Forschung (1997) 55.

24 Thienel, Berufungsverfahren, 37. 25 Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>2</sup> (1995) 272.

26 Vgl zur den vorangegangenen Reforminitiativen Floßmann, Vom formalen zum feministischen Grundrechtsverständnis, in: Deixler-

Hübner (Hrsg), Die rechtliche Stellung der Frau (1998) 209 (216).

27 BGBl I 87/1997.

28 Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang insbes auf die Überlegungen des VfGH im Minderheiten-erkenntnis VfSlg 9224, in welchem der Sache nach die Zulässigkeit eines kompensatorischen Nachteilsausgleichs für Minderheiten im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes bereits bejaht wurde. Vgl zur partiellen Anerkennung grundrechtlicher Gewährleistungspflichten in der jüngeren Rechtsprechung Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997).

die ihrerseits wieder zu Auslegungsproblemen im Verhältnis zum allgemeinen Gleichheitssatz führen. Ist etwa die Zulässigkeit von positiven Aktionen für andere benachteiligte Gruppen – zB für ethnische Minderheiten oder für homosexuelle Menschen – nunmehr erst recht weder aus der genderspezifischen Norm des Art 7 Abs 2 noch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz in Abs 1 ableitbar?

### III. Zur europarechtlichen Anti-Diskriminierungs-Gesetzgebung

Mit dem Vertrag von Amsterdam<sup>29</sup> und der Proklamation der Charta der Grundrechte<sup>30</sup> hat die Europäische Union einen großen Schritt in Richtung eines sozialen Europa getan. Auch wenn die Charta keine Gesetzeskraft hat, ist sie ein bedeutsames Dokument, welches den Wertekonsens der Europäischen Union zum Ausdruck bringt.

Durch den Vertrag von Amsterdam wurden im EGV eine Reihe von neuen Rechtsgrundlagen zur Bekämpfung von Diskriminierungen in allen Bereichen der Gesellschaft geschaffen. Diese neue Anti-Diskriminierungsgesetzgebung ist durch zwei zentrale Aspekte gekennzeichnet: Einerseits durch den weiteren Ausbau der Rechtsvorschriften zur Gleichstellung von Frauen und Männern und andererseits durch Schaffung eines völlig neuen Schutzstandards für Personen, die einem hohen Diskriminierungsrisiko ausgesetzt sind.

#### *Der Ausbau der Rechtsvorschriften zur Gleichstellung von Männern und Frauen im EGV*

Bereits vor dem Vertrag von Amsterdam enthielt das Primär- und Sekundärrecht eine Reihe von speziellen Rechtsquellen zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen.<sup>31</sup> Bedeutsame Neuerungen sind nunmehr:

1. die Verankerung der Gleichstellung von Männern und Frauen als gleichrangiges Ziel der Gemeinschaft in Art 2 EGV (ex-Artikel 2);
2. die Verankerung des „Gender Mainstreaming“ als integrative Gleich-

behandlungsstrategie der Gemeinschaft in Art 3 Abs 2 EGV (ex-Artikel 3) und

3. die primärrechtliche Zulässigkeit des kompensatorischen Nachteilsausgleichs für das unterrepräsentierte Geschlecht in Art 141 Abs 4 EGV (ex Art 119)

Die Reform hat eine Verpflichtung zur aktiven Gleichstellungspolitik geschaffen, die weit über den klassischen (individual-)rechtlichen Diskriminierungsschutz hinausreicht.

#### *Die neuen Anti-Diskriminierungsvorschriften für benachteiligte Gruppen*

Mit Art 13 EGV wurde für den Rat eine gänzlich neue Kompetenz zur Anti-Diskriminierungsgesetzgebung<sup>32</sup> für gefährdete Gruppen geschaffen: Der Rat kann geeignete Vorkehrungen treffen,

„um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“.

Auf Grund dieser primärrechtlichen Bestimmung hat der Rat bereits zwei einschlägige Richtlinien erlassen:

1. Die RL des Rates zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft.<sup>33</sup> Umsetzungsfrist bis 19. 7. 2003.

2. Die RL zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.<sup>34</sup> Umsetzungsfrist bis 2. 12. 2003.

Mit der erstgenannten RL wird ein Verbot unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft normiert. Das Diskriminierungsverbot gilt für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, zB auch in Bezug auf soziale Vergünstigungen, den Bildungsbereich und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum. Mit der zweitgenannten RL wird ein Verbot unmittelbarer oder mittelbarer Diskriminierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung,

des Alters oder der sexuellen Ausrichtung normiert. Das Diskriminierungsverbot gilt für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen des Arbeitslebens.<sup>35</sup>

Beide RL verpflichten die Mitgliedstaaten zur Festlegung wirksamer Sanktionen, zur Sicherstellung geeigneter Rechtsschutzinstrumente einschließlich sog Verbandsklagen und zur Verschiebung der Beweislast zugunsten der Diskriminierungsopfer. Darüber hinaus wird in beiden RL die Zulässigkeit von Maßnahmen des kompensatorischen Nachteilsausgleichs für die jeweils geschützten Gruppen betont. Österreich wird mit diesen RL auf eine umfassende Anti-Diskriminierungsgesetzgebung verpflichtet, die auf der öffentlich-rechtlichen und auf der privatrechtlichen Ebene verwirklicht werden muss.

Dieser durch die RL geschaffene rechtsverbindliche Schutzstandard wird ergänzt durch die einschlägigen Artikel der Grundrechtscharta. Interessant ist, dass ein eigenes Kapitel III der „Gleichheit“ gewidmet ist. Die Gleichheitsgarantien in diesem Kapitel weisen eine sehr komplexe Struktur auf und spiegeln sehr deutlich die Fortentwicklung des Gleichheitssatzes von einem reinen Abwehrrecht zu staatsrechtlichen Vorsorge- und Garantiepflichten<sup>36</sup> zur Vermeidung von Diskriminierungen. In diesem Kapitel sind rechtliche Gleichheit, Gewährleistungspflichten, Staatszielbestimmungen und die Zulässigkeit des kompensatorischen Nachteilsausgleichs zur Herstellung faktischer Gleichheit angesprochen. Art 21 Abs 1 enthält darüber hinaus eine demonstrative Aufzählung von speziellen Diskriminierungsverboten:

„Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, sind verboten.“

<sup>29</sup> ABl 1997 C 340, 1; BGBl III 85/1999.

<sup>30</sup> ABl 2000 C 364, 1.

<sup>31</sup> Art 119 EGV; EntgeltgleichheitsRL, RL 75/117/EWG ABl 1975 L 45, 19; GleichbehandlungsRL 76/207/EWG ABl 1976 L 39, 40; RL zu den gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit, RL 79/7/EWG ABl 1979 L 6, 24; RL

zu den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, RL 86/378/EWG ABl 1986 L 225, 40 und ÄnderungsRL, RL 96/97/EWG ABl 1997 L 46, 20; RL zur selbständigen Erwerbstätigkeit, RL 86/613/EWG ABl 1986 L 359, 56; MutterschutzRL, RL 92/85/EWG ABl 1992 L 348, 1; ElternurlaubsRL, RL 96/34/EWG ABl 1996 L 145, 5; TeilzeitarbeitsRL, RL

97/81/EG ABl 1989 L 14, 9; BeweislastumkehrRL, RL 97/80/EG ABl 1989 L 14, 6.

<sup>32</sup> Vgl zu den kompetenzrechtlichen Aspekten *Urlesberger*, Von Gleichen und Gleichen. Zum „Diskriminierungspaket“ der Gemeinschaft, ZAS 2001, 72.

<sup>33</sup> ABl 2000 L 180, 22.

<sup>34</sup> ABl 2000 L 303, 16.

<sup>35</sup> Eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist jedoch nach beiden RL zulässig (jeweils Art 3 Abs 2).

<sup>36</sup> Vgl *Funk*, Eine Charta der Grundrechte für die EU. Entwicklungsprobleme-Perspektiven, in: *juridikum* 2000, 206 (209).

Diese Diskriminierungsverbote sind zT an „modernen“ Gefahrenlagen orientiert, wie zB ‚genetische Merkmale‘ oder ‚Alter‘.

**IV. Plädoyer für eine Totalrevision des Art 7 B-VG**

Die zuvor dargestellten Novellierungen von Art 7 B-VG waren Ausdruck des Ringens um genau jene Mehrdimensionalität der Gleichheitsgarantie, die im Europarecht zunehmend an Kontur gewinnt. Im Lichte des Europarechtes wird deutlich, dass der Gleichheitsgrundsatz des Art 7 B-VG in seiner jetzigen Textierung noch immer keine umfassende Anti-Diskriminierungsgarantie zum Ausdruck bringt. Und auch der VfGH hat bisher auf Grund seiner defizitären und inkonsistenten Prüfmaßstäbe keinen überzeugenden und umfassenden Diskriminierungsschutz aus Art 7 B-VG abgeleitet. Insofern stellt sich die Frage, ob der Gleichheitsgrundsatz nicht einer Totalrevision unterzogen werden sollte. Zu überlegen wären folgende Reformschritte:

*Ausbau des Art 7 B-VG zu einem allgemeinen Menschenrecht*

Dieser Schritt empfiehlt sich schon allein deshalb, weil sich durch den EWR und EU-Beitritt der Geltungsbereich von Art 7 B-VG ohnedies auf die Bürger dieser Staaten erweitert hat.<sup>37</sup> Zum anderen wäre damit auch ein integratives Zeichen für all jene Menschen in Österreich gesetzt, die keine österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Es wäre höchst an der Zeit, Art 7 B-VG zum zentralen Maßstab für die Gleichheitsprüfung zu machen und die verfassungsrechtliche „Dislozierung“ im B-VG zur Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung aufzugeben.<sup>38</sup> Zwar ist Art 1 Abs 2 des B-VG gegen Rassendiskriminierung nicht als Blankoermächtigung an die einfache Gesetzgebung zur Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Ausländern zu verste-

hen,<sup>39</sup> eine Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches von Art 7 B-VG würde jedoch den Begründungszusammenhang für Differenzierungen zwischen Inländern und Ausländern verstärkt in ein menschenrechtliches Licht rücken und verdeutlichen, dass das menschenrechtliche Gleichheitsgebot nicht durch exzessive bzw beliebige Differenz unterlaufen werden darf. Die verpönten Differenzierungsmerkmale des Art 1 Abs 1 des B-VG gegen Rassendiskriminierung könnten in Art 7 Abs 1 B-VG an prominenter Stelle verankert werden.

*Zeitgemäße Neuformulierung der verpönten Differenzierungsmerkmale*

Die Normstruktur des Art 7 Abs 1 B-VG ist durch Novellierung uneinheitlich geworden. Derzeit besteht im 2. Satz eine taxative Aufzählung von verpönten – zT überholten – ‚Vorrechten‘<sup>40</sup> und im 3. Satz ein Verbot der ‚Benachteiligung‘ wegen Behinderung. Es sollte ein moderner Katalog von speziellen Diskriminierungsverboten geschaffen werden, der – im Einklang mit dem Europarecht und den zu übernehmenden Verboten des B-VG gegen Rassendiskriminierung – insbesondere Geschlecht, sexuelle Orientierung, Rasse, Hautfarbe, nationale oder ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, Alter, Behinderung und genetische Merkmale umfassen könnte. Um den dynamischen Schutzcharakter des Gleichheitsrechtes zu betonen, sollte eine demonstrative Aufzählung gewählt werden.

*Verankerung einer staatsrechtlichen Verpflichtung zur diskriminierungsfreien Sozialgestaltung*

Es sollte eine Verpflichtung zur Schaffung diskriminierungsfreier faktischer Lebensbedingungen für Gruppen mit hohem Diskriminierungsrisiko verankert werden. Die bisherige (schwächer formulierte) Staatszielbestimmung betreffend die tatsächliche Gleichstellung

von Mann und Frau sollte im oben genannten Sinne „normativ aufgewertet“ und beispielhaft an dieser Stelle verortet werden.

*Zulässigkeit von positiven Maßnahmen durch den Gesetzgeber für benachteiligte Gruppen*

Im letzten Jahrzehnt hat sich das Rechtsinstitut des kompensatorischen Nachteilsausgleichs als Instrument gegen strukturelle Diskriminierung in vielen europäischen Mitgliedstaaten etabliert. Im Europarecht ist die Zulässigkeit von „spezifischen Vergünstigungen“ bzw „positiven Maßnahmen“ zugunsten einer unterrepräsentierten Gruppe nunmehr in Art 141 Abs 4 EGV und in den beiden Anti-Diskriminierungsrichtlinien (Art 7 der RL 2000/78/EG und Art 5 der RL 2000/43/EG) positiviert. Ebenso betont Art 23 der Grundrechtscharta der EU die Zulässigkeit solcher Maßnahmen. Und auch die EMRK vollzieht diese Entwicklung mit dem 12. ZP-EMRK nach.<sup>41</sup> Diese Rechtsentwicklung zeigt, dass befristete Sondermaßnahmen für benachteiligte Gruppen mittlerweile ein anerkanntes Instrument des Diskriminierungsschutzes auf europäischer Ebene sind. In Österreich ist mit Art 7 Abs 2 B-VG expressis verbis nur der kompensatorische Nachteilsausgleich zur Herstellung faktischer Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern verfassungsrechtlich abgesichert. Es sollte eine Generalklausel geschaffen werden, welche die Zulässigkeit von positiven Maßnahmen für alle benachteiligten Gruppen betont. Exemplarisch sollte wie bisher die Herstellung faktischer Gleichberechtigung zwischen Frauen und Männern genannt bleiben.

*Verpflichtung zum geschlechtergerechten Sprachgebrauch*

Der bisherige Abs 3 B-VG sollte neu ausgestaltet werden. Es sollte eine Verpflichtung zur Normierung von ge-

37 Auch Korinek betont in dieser Hinsicht den Anpassungsbedarf an das Europarecht. Vgl Korinek, Einleitungsstatement, in: Wieser/Stolz (Hrsg), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert. Symposium aus Anlass des 60. Geburtstages von o. Univ.-Prof. Dr. Richard Novak (2000) 123 (127).  
38 Vgl zB Art 3 Abs 1 Bonner GG: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz

gleich“, Art 20 der Europäischen Grundrechtscharta: „Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich“ oder Art 1 des 12. ZP-EMRK: „(1) The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. (2) No one shall be dis-

criminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1.“ Das 12. ZP wurde am 4. 11. 2000 (auch von Österreich) unterzeichnet, ist jedoch noch nicht in Kraft getreten. Für das Inkrafttreten sind 10 Ratifikationen erforderlich, mit Stand vom 19. 9. 2001 liegt nur eine Ratifikation von Georgien vor.  
39 Dazu grundlegend Korinek, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des

BVG gegen rassistische Diskriminierung, in: FS Rill (1995) 183.  
40 ZB ‚Stand‘ oder ‚Klasse‘.  
41 Vgl Wittinger, Die Gleichheit der Geschlechter und das Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Status quo und die Perspektiven durch das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK, EuGRZ 2001, 272 (279).

schlechtsspezifischen Amtsbezeichnungen, Titel, akademischen Graden und Berufsbezeichnungen verankert werden. Damit wären auch alle Rechtsakte wie Verleihung, Ernennung etc in der jeweils geschlechtergerechten Form vorzunehmen. Die verfassungsrechtlichen Spitzfindigkeiten zwischen zulässiger Verwendung und unzulässiger Verleihung wären damit ausgeräumt.<sup>42</sup>

*Rechtsbereinigung*

Eine Totalrevision des Art 7 B-VG könnte auch Anlass zur Rechtsbereinigung sein. Art 2 StGG besitzt keinen selbständigen normativen Bedeutungsgelhalt mehr, ebenso wenig § 39 Abs 2 UOG 1993, welcher mit der Novelle BGBl I 1998/68 seine verfassungsrechtliche Funktion eingebüßt hat.<sup>43</sup> Durch einen Transfer der Diskriminierungsverbote des BVG gegen Rassendiskriminierung in Art 7 Abs 1 B-VG könnte auch in dieser Hinsicht eine Rechtsbereinigung stattfinden.

**V. Plädoyer für eine konstruktive Interdependenz von Verfassungsreform und Verfassungsjudikatur**

Mit einer Totalrevision des Art 7 B-VG ist es jedoch keinesfalls getan. Eine umfassende menschenrechtliche Schutzdimension is einer Anti-Diskriminierungsgarantie wird der Gleichheitsgrundsatz nur dann entfalten können,

wenn auch der VfGH zu einer kritischen Reflexion seiner Prüfmaßstäbe bereit ist. Schutz vor Diskriminierung nur über das weitmaschige Netz der Sachlichkeitsprüfung zu gewährleisten, entspricht keinesfalls modernen menschenrechtlichen Auslegungskonventionen. Somek hat in seinem jüngsten Werk<sup>44</sup> eindrucksvoll dargestellt, welche diskriminierende Wirkungen gegeben sind, wenn bei der Beurteilung von Personengruppen mit hohem Diskriminierungsrisiko keinerlei strengere Bindung angenommen wird als bei sonstigen Ungleichheiten. Seine Theorie der Prüfmaßstäbe zeigt, wie durch Operationalisierung eines Antidiskriminierungsgrundsatzes der menschenrechtliche Kern der Gleichheitsgarantie wieder in den Mittelpunkt gerückt werden könnte.

Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsjudikatur könnten im Lichte der jüngsten europäischen Rechtsentwicklung eine historische Chance wahrnehmen, und dem „depotenzierten“<sup>45</sup> Gleichheitsrecht in seiner menschenrechtlichen und integrativen Funktion wieder auf die Sprünge helfen.

*Ass.-Prof. Dr. Silvia Ulrich lehrt am Institut für Österreichisches, Europäisches und Öffentliches Recht, Politikwissenschaft und Verwaltungslehre der Karl-Franzens-Universität Graz.*

42 Was im Lichte des Prinzips der Geschlechterwürde als selbstverständliches und unteilbares Schutzgut erscheint, wird in VfSlg 13373 unter der formalorientierten Regel-Lupe in das Gegenteil verkehrt: „Aus dem Recht, einen akademischen Grad in weiblicher Form zu verwenden, ergibt sich kein Anspruch darauf, daß dieser auch in der weiblichen Form verliehen wird. Würde demgegenüber Frauen der Grad ‚Magistra der Rechtswissenschaften‘ verliehen werden, dürften sie nur diesen Grad führen. Für eine solche Bindung – und wäre diese auch nur die Folge einer ausgeübten Wahl –

enthält die Rechtsordnung keinen Anhaltspunkt.“

43 Die gleich lautenden Verfassungsbestimmungen § 25a Abs 2 Akademie-Organisationsgesetz und § 14b Abs 2 Kunsthochschul-Organisationsgesetz sind gem § 78 Abs 5 des Bundesgesetzes über die Organisation der Universitäten der Künste, BGBl I 1998/130, außer Kraft getreten.

44 Somek, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht (2001).

45 Somek, Rationalität, 39.



**Dr. Elisabeth König  
WP Univ.-Prof. DDr.  
Eduard Lechner**

**Spezialthemen der  
Stiftungs-  
besteuerung**

Dienstag, 4. Dezember 2001,  
14.00–18.00 Uhr,  
Wien,  
Hotel Falkensteiner Palace

Bitte senden Sie unverbindlich das  
Detailprogramm an:

Name und Anschrift

**Dr. Michael Fruhmann  
Dr. Thomas Haunold  
Das neue  
Bundesvergabe-  
gesetz**

Mittwoch, 5. Dezember 2001,  
9.00–17.00 Uhr,  
Wien, Hotel Stefanie

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



# Dependence on a Standing Body of State: A Fatal Flaw in *Bush v. Gore*

Kim Lane Scheppelle

Die Ereignisse vom 11. September stellen alles in den Schatten. Wir haben bereits vergessen, wie die Welt vor diesem grauenhaften Ereignis ausgehen hat. Insbesondere haben wir vergessen, auf welche ungewöhnliche Art der gegenwärtige Präsident der Vereinigten Staaten sein Amt erhalten hat. Dass George W. Bush ein Präsident ist, der seine Stellung einem Gerichtsentscheid verdankt, ist bemerkenswert. Es ist mehr als das. Aus der Sicht derer, die die amerikanische Verfassung einst entworfen haben, untergräbt dies die Balance der Verfassungsordnung. Kim Scheppelle kommt in ihrem Artikel dieser Geschichte auf die Spur.

## 1. A Mere Technical Flaw?

George W. Bush was declared the victor of the 2000 presidential election by an impatient Supreme Court eager to stop the court challenges and to remove the matter from the political process. But if the Supreme Court hadn't settled the election, the Florida legislature would have. They were standing by, waiting to vote their own slate of electors for Bush to hand him Florida and therefore the election. Months later, the election is over, and President Bush tells us all that we should "move on."<sup>1</sup> As Americans gain some distance on the event, the popular view seems to be that election was a tie and the machines were flawed. Then lesson we should learn from Election 2000, then, is that we need better election technology.

To my mind, this misses the point of what was especially disturbing about Election 2000. The election did

not just reveal technical weaknesses in counting the votes accurately and an extraordinary laxness in keeping the voter rolls current. Those are disturbing and they are not terribly challenging to fix. But Election 2000 distinctively revealed a stunning lack of awareness on the part of major political institutions about the logic of the American constitutional system. That is more worrisome than outdated voting machines.

## 2. The Framers' Perspective on Political Power

To see the constitutional travesty, I want to take you back to Philadelphia in the summer of 1787 when the American constitution was written and when the delegates debated how governmental power should be created and constrained. Unaccustomed as I am to arguing from framers' intent – a strategy much more prevalent among constitutional conservatives than among constitutional liberals like me – I think that there is some substantial wisdom to be found in the framers' debates over executive power. They were acutely aware of the ways that power could be used abusively and they tried to design against that. Revisiting their debates can help us see what went badly wrong from a constitutional perspective in Election 2000.

To the framers of the American constitution debating in the summer of 1787, it seemed obvious that the new government should have a bicameral parliament and a court system that would be capable of resolving disputes

arising under federal laws. But much more profound disagreement arose over the structure of the executive branch. Delegates to the Philadelphia convention worried either about an executive who would have too much power (like a king) or one who would have too little (like a prime minister).

Power, in their view, was never independent of its source because an officeholder would always be dependent upon those who had the right to put her into office and to remove her from her post. The deliberations that summer and the constitution that resulted concentrated, therefore, on how officeholders were to be selected and on how they might be removed. Also, in the framers' view, power, like nature, abhorred a vacuum, and it would have a tendency to expand into any political space that was not already full. So, power had to be checked by another power or it would become despotic and hard to call to account.

To check power with power, the Philadelphia convention settled on a series of complex mechanisms through which no branch could act alone on an important matter. Bills passed by both houses of Congress had to be signed by the President before becoming law; a president could not name officials to high office (especially judgeships) without getting Senate approval; courts could only act upon "cases and controversies" brought to them by applying existing law; statutes could override court decisions when judicial interpretation went astray; presidential vetoes could be overturned by supermajorities in Congress. And so on. Apart from the power possessed by each house of Congress to make its own internal rules and the power of the President to issue pardons, all other powers of constitutional importance are shared. This is a signal feature of the American constitutional order; to limit power (and, in Hannah Arendt's analysis, to create it in the first place<sup>2</sup>), power had to meet head-on with a countervailing power.

That still left open the question of how to get the executive into office in the first place. How the president was to be selected, and therefore, on whom the president was to be dependent,

<sup>1</sup> Jeff Zeleny, "Florida vote probe to go nationwide," *Chicago Tribune*, p. 1, 9 June 2001.

<sup>2</sup> Hannah Arendt, *On Revolution*. Penguin Books, 1963, pp. 141–154.

preoccupied the framers for much of the summer. It was the question that was never satisfactorily resolved even when they voted for temporary solutions. The question would be apparently settled, and then reopened, and then the Philadelphia delegates would change their mind, vote for another temporary solution, and revisit it again.

### 3. The Debate over the Mode of Selection

At the start of the convention, the Virginia delegation proposed that the executive should be selected from among a set of nominations put forward by the national legislature (31).<sup>3</sup> The New Jersey proposal, otherwise very different from Virginia's, agreed on this point (119). But James Wilson, perhaps the most democratically inclined of the framers, proposed instead that the executive be directly elected, knowing that he would have little support in this suggestion. So instead, he offered a compromise – to have electors elect the executive when those electors were themselves directly elected in special districts in the states (48–50). Alexander Hamilton, who wanted the executive to serve for life and who was perhaps most suspicious of democratic elections, also supported the view early on in the convention that the executive be picked by electors (138)

At first, the proposals for selecting the president by electors went nowhere despite its having been proposed by people who were otherwise in great disagreement about their constitutional conceptions. Instead, the proposals for entrusting the choice of president to the national legislature gained a near consensus. Some, of course, opposed the idea. Elbridge Gerry, for one, argued that the national legislature would become a place for constant political intrigue if it could pick the executive. He urged instead that the national executive be chosen by the executives of the states, a proposal which won no support, not even from his own state delegation (50–51). Gouverneur Morris also thought that the national legislature would produce “intrigue, cabal and faction” if it were entrusted with this task; he, together with his fellow Penn-

sylvanian James Wilson, favored direct election (306). After extensive debate, the choice of the executive by general election went down to resounding defeat with only the Pennsylvania delegation in favor. A proposal to elect the executive in a conclave of electors chosen by the legislatures of the states also went down to defeat, with only Maryland and Delaware voting for it. Finally, a proposal to have the national legislature elect the executive passed unanimously on 17 July (309).

That may have appeared to settle the matter, but the settled plan soon made the delegates uneasy. The reason? They considered the question of whether the executive could be eligible for more than one term, and many came to think that if the executive had that option, he would pander to the legislature to get reelected. His independence, as a result, would be lost. The most extreme way around this, Hamilton's plan of executive life tenure, didn't have much support, but the idea that the executive could only serve one term was not terribly popular either. Making the length of the single term longer to avoid the dependency problem raised the new dilemma of executive entrenchment.

How could they reconcile the three things that they wanted – that the executive be elected by the national legislature, that his term be short enough to hold him accountable and that he also be eligible to serve subsequent terms without becoming unduly dependent on the body that gave him the power in the first place? Madison warned that the conjunction of congressional selection and the possibility of subsequent renewals of the term of office suggested a “dangerous... union of the Legislative and Executive departments” as well as a “tendency to throw all power into the Legislative vortex” (312). The debate caused William Paterson from New Jersey to defend the view that the executive should be elected by electors, with electors appointed by the states (326). James Madison, too, seemed to favor electors as a way around this problem of making the executive too dependent on the legislature (327). Elbridge Gerry agreed that

there was a problem, but thought it should be resolved the other way – that the executive should be chosen by the legislature (he had come around to this view) but not be eligible for a second term (327). Given the number of second thoughts in the room, the question of how to select the executive was then reopened. Oliver Ellsworth from Connecticut moved that the executive should be chosen by electors elected in the states, and the motion passed on 19 July with seven states in favor, the Deep South opposed and Massachusetts divided (328). Electors it was, then. Having decided to move the power to appoint outside of the national legislature, the convention then voted that the executive should be eligible to serve again (329) and also removable by the national legislature through impeachment if he failed to uphold the office (335). The knot was cut.

### 4. Avoiding Corruption: The Electoral College

But the agreement to have the president elected by electors didn't last long. The Georgia delegation, which had been opposed to this solution to begin with, raised the issue again on 24 July. Electors wouldn't be the best qualified for the job of selecting a president, they argued – surely not as qualified as those who had been elected to the national legislature. Moreover government would be too complicated if electors were added to the mix. On the urging of the Deep South states that had opposed the move to electors in the first place, the convention changed its collective mind and voted once again to lodge executive selection in the national legislature (357).

That was where the matter stayed through the rest of the summer negotiations, despite numerous attempts to change the consensus. At one point, an exasperated James Madison reviewed all of the possible options – election by the national legislature, by the national judiciary, by the state legislatures, by the state executives and even by the state judiciaries as well as election by the people and by electors themselves chosen by the national legislature by lot – but he found no other place to

<sup>3</sup> All references to the constitutional convention can be found in James Madison, *Notes of Debates in the*

*Federal Convention of 1787*. Norton, 1987. Page numbers in the text refer to this edition.

lodge this power that wasn't subject to even more possibilities for intrigue, corruption, lack of relevant knowledge, inability to converge on a single choice or worse (363–366). Madison and then John Dickinson of Delaware started to think that direct and popular election was looking like the best of the bad set (369). But this was firmly rejected by most of the other delegates. Election by the national legislature was not an enthusiastic choice but it could win majority support if it were balanced by making the president ineligible for a second term. This was what the committee on detail was instructed to include as it put together the first draft of the constitutional text in the early days of August (383).

When the convention got around to discussing the executive again, the unease returned. Gouverneur Morris again argued for election by electors; again the convention turned him down but in a tie vote (526). Finally, at the end of August, the various loose ends and endlessly postponed pieces of the constitution were referred for resolution to a committee of eleven members, one representing each of the states that was present at that time. Among that group were several delegates – Gouverneur Morris, John Dickinson and James Madison – committed to popular election of the president, but willing to accept election by electors as a second choice.

The Committee of Eleven agreed on a system for selecting the president that was in its particulars something quite new – a version of the Electoral College (574). This institution required that every state work out a method of selecting electors, electors who would meet on the same day but not in the same place, to vote for their choices for president and vice president. The votes of the electors would be transmitted to the national capital where they would be tallied and a winner announced. If this process failed to produce a single winner, then the Senate would elect the next President from among the five candidates with the most electoral votes.

Many in the convention were surprised. This proposal had come from the Committee of Eleven and not from discussion on the floor of the convention. Several of the delegates responded with angry questions wondering why the previous agreement was un-

done. Gouverneur Morris rose to explain the solution: "As the Electors would vote at the same time throughout the U.S. and at so great a distance from each other, the great evil of cabal was avoided," he said. "It would impossible also to corrupt them" (577).

Of course in contested cases where no clear majority emerged, the election was thrown to the national legislature. While the Committee of Eleven thought that the Senate would be the best house to break deadlocks in this process, the Philadelphia convention eventually voted to make the House of Representatives the body that would resolve inconclusive votes in the Electoral College, leaving the Senate the duty of trying impeachments. The responsibility for executive tenure was therefore split between the two houses. Moreover, the House, with its two-year terms, would not be the same body as the one who elected the president by the time that the president would run again. Two elections would have intervened, and so the President could not know for sure that he would face the same group of people who selected him in the first place. As many of the delegates noted, however, the longer the republic endured and the more figures of national stature emerged over time, the less likely the Electoral College was to fail on its own to produce a majority result in any event. They anticipated that it would be the exceptional case when the Congress had to get involved in the choice at all.

### 5. What Went Wrong in 2000

In many ways, the Electoral College was an ingenious institution. The convention had been deadlocked all summer over the question of how to choose a president, and who should do it. They had been through all of the institutional alternatives, trying out every branch of the national and state governments as the site of electoral responsibility. Direct election couldn't muster enough support; election by electors had been rejected because the electors themselves seemed too weak. But the structure provided by the Electoral College system – and in particular the new requirement that the electors meet in their separate states on the same day so that conspiracy among the state delegations was impossible – enabled the framers to believe that the electors would in fact be able to do

their jobs without falling victim to precisely the sort of cabal and corruption that they had feared. Perhaps even better, the electoral college would meet on that one day and then disband, leaving the new president dependent for his power on a body that no longer existed. What better way to decide the problem of dependency than to make the president beholden to a body that, once it acted, would be dissolved?

From this analysis of the debates in the constitutional convention, it is now possible to see what was wrong with the Supreme Court essentially declaring that George W. Bush was the winner on 12 December 2000. America now has a President who *is* beholden to a standing body of state, one that installed him as president and one that will remain in place during his presidency – the Supreme Court. Moreover, the Supreme Court has something to gain from having picked a particular president. American presidents nominate judges to the Court, with approval of the Senate; the Court in turn can make its preferences known to the president about whom they would like to see appointed. Moreover, President Bush shares political affiliation and policy preferences with the bare majority of the Court that installed him in office. If the framers were worried about cabal and corruption from making the president dependent on a standing body of state, Election 2000 was a prime example of it. Madison, in his exasperated speech on the methods for electing the president, said that appointment by the judiciary was one of the few options that was definitely "out of the question" (363).

The matter would not have been any better had the Florida legislature voted directly for a slate of electors for Bush, as they threatened to do if the election challenges continued. Here too, the Florida legislature, voting in December, would have been settling the election and then hanging around to benefit from having been the kingmaker. The Electoral College – at least in the mind of Gouverneur Morris who was its leading advocate – was required to vote on a single election day. The single election day prevented particular states from sitting out the rest of the voting in order to figure out how to make themselves crucial to the success of the eventual winner. The Florida legislature would have violated that

principle by acting on its own after all of the other vote totals were known.

On that stunning December day, then, the Supreme Court short-circuited the process of vote-counting and declared the result of the election. This not only made the president's victory dependent on a standing body of state, acting alone, but it also froze out the House of Representatives, which has a constitutional responsibility to decide when the Electoral College fails to. Waiting in the wings was the Florida legislature, also willing to violate constitutional principle by acting outside of the national election day and making the president's selection depend on them alone.

The immediate uncertainty of the 2000 election results and the enticing prospects of being the king-maker to whom everything would be owed caused not just one but two institutions to jump out of constitutional line and claim to have the right to make the final choice, even though much of the summer of 1787 was devoted to coming up with an institutional design that ensured that the president would be chosen by the simultaneous action of people who could not know whether they were the ones who put him over the top. In claiming the right to act alone and out of constitutional sequence, both the Florida legislature and the Supreme Court slipped outside the usual system of competing checks on power that is a hallmark of the American constitutional order.

## 6. Conclusion

As Americans look back on the 2000 election and try to work out what went wrong, it might be worth looking beyond the defective voting machines and disorganized voter rolls. The unique offense in the 2000 election was that neither the Supreme Court nor the Florida legislature seemed to notice what constitutional principles they were trampling in their rush to declare a victor and to use their power to slip the bounds of constitutional constraint. President Bush now holds office because his political allies in critical institutions were afraid to let the constitution run its course. He also knows exactly to whom he owes his office.

*Kim Lane Scheppelle is Professor of Law in the Law School of the University of Pennsylvania.*

# The Jury Trial System of England and Wales

Stephen Solley

Die Reform der Geschworenengerichtsbarkeit ist eine der großen rechtspolitischen Herausforderungen, der sich Österreich in naher Zukunft zu stellen haben wird. Die Kritik am „aleatorischen“ Charakter der Urteilsfindung in Geschworenengerichtsverfahren wird zwar häufig nur hinter vorgehaltener Hand geäußert, sie ist aber unüberhörbar geworden. Der dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Laiengerichtsbarkeit geschuldete Respekt ist eine Sache, „Denkmalschutz für Geschworenengericht?“ – so der Titel des Beitrags von *Wolfgang Aistleitner* im *juridikum* 1/2001, 44 ff – eine andere. „Viel Demokratie – wenig Rechtsschutz“, so brachte *Aistleitner* seine Kritik auf den Punkt und forderte eine graduelle Reduktion des Laienprinzips (vom Geschworenengericht auf ein großes Schöffengericht). Mit der folgenden Abhandlung, die ein äußerst positives Bild des englischen jury systems zeigt, wird die Reformdiskussion im *juridikum* fortgesetzt. Er rückt die Rechtslage und Rechtswirklichkeit vor allem aus der Sicht eines in London tätigen Praktikers (barristers) in der Vordergrund. Die vielen grundlegenden Einsichten, die der Text von *Stephen Solley QC* vermittelt, werden bei der in Angriff zu nehmenden Reform zu bedenken und noch näher zu erörtern sein. *Richard Soyer*

The English jury system is rooted in the common law tradition, in the principle that an accused should have the right to be judged by his peers. This right was firmly established many centuries ago in medieval times, in the 39<sup>th</sup> Clause of the Magna Carta of 1215 which states that

“No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgment of his peers or by the law of the land”

This principle remains valid to this day in relation to serious offences. The remainder of this article will give an overview to the functioning of jury as an essential characteristic of the English legal system.

It is important to point out that the systems and rules described below in this article are only those pertaining to England and Wales. Both Northern Ireland and Scotland have separate criminal justice systems, which differ in important respects.

## Are jury trials available for all crimes?

The vast majority of cases, numerically speaking, are handled by the lower tier of court within the English system, namely the “Magistrates Court”. These are local courts where the decisions are made by magistrates. In central

magistrates courts in major conurbations the magistrates will be legally qualified, either barristers or solicitors of at least 10 years experience of practice, but in outlying urban or rural courts the magistrates will be lay members, chosen by the Lord Chancellor's Department (the equivalent of a ministry of justice) because they are prominent people within the social or quasi-political organs within that community. The lay magistrates must be three in number when deciding a case; the legally qualified magistrate, the stipendiary, sits alone. All criminal cases begin in the magistrates' court, whether they remain to be tried there depends upon the following.

There are three levels of offences:

1] Very minor crime. Magistrates' court only.

2] Cases of medium seriousness where the penalty is not to be more than 6 months imprisonment; trial can be at the magistrates' court or at the Crown Court before a jury, at the defendant's election.

3] all serious crime where the possibility of sentence is more than 6 months imprisonment, only jury trial at the Crown Court is permitted.

## Jury service and training

Jurors are selected at random from the electoral register. Anyone is entitled to sit as a juror providing that they are on



the electoral role and between 18 and 70 years old (Section 1(a) Juries Act 1974), and have been resident in UK for any period of at least five years since attaining the age of thirteen (Section 1(b) Juries Act 1974). There are of course a few exceptions in that police officers and lawyers (Juries Act 1974, Sched. 1, Pts I and II), or those on bail for criminal proceedings (Criminal Justice and Public Order Act 1994, S. 40 (1)) are ineligible to sit.

A small number of civil cases are determined by juries, such as defamation or cases for damages against the police, but the vast majority of jury trials are criminal, and this paper will concentrate only upon criminal trials and their juries.

There must be 12 jurors for a criminal trial. In exceptional circumstances a trial can continue if one or two jurors fall sick, but there must always remain 9 jurors. It is very rare indeed for a jury to be reduced to 9.

There are no property qualifications to be a juror, nor any educational barrier. Juries tend to be very mixed in economic and social class, dependent on the area which a particular court center is situated within. These catchment areas from which jurors are found can be very extensive, with many hundreds of thousands of eligible persons. Therefore parts of the areas may be wealthier than others. All these factors may accidentally affect the make-up of the jury.

Thus English juries are composed of ordinary people, who probably know nothing about the legal system or the law. They bring their common-sense and sense of fairness to the criminal process.

When jurors are summoned for jury service, they are sent a leaflet setting out their role and duties, and describing the court's procedures. When they first arrive at court, they are shown a video lasting 15 minutes covering the same material. They then receive a further talk from the jury administrator, which lasts about 20 minutes. The entire session normally lasts no more than 45 minutes. The process is entirely in the absence of the judge or counsel. The information imparted is wholly unconnected to the specific cases to be tried, but is to do with their comfort and security. The jurors are told in advance that they will be required for at least 2 weeks, although they may be

asked to sit on a trial lasting much more than that. All employers are obliged to permit employees to serve on a jury. If an employer causes difficulty or pressure, then he/she will be summoned before the judge and possibly fined for contempt of court. To undertake jury service is regarded as the most important civic function within society.

#### **Mechanics of a trial**

Jury trials take place in Crown Courts, which are situated in cities and towns across England and Wales, each court centre having perhaps from 3 to 20 courtrooms depending on the need and the locality. These courts are specially designed to provide separate circulation for jurors, defendants and the public.

At the beginning of a trial, a larger group of potential jurors are brought into Court, of whom 12 are selected at random by the court clerk who then 'swears' them in by the taking of an oath or affirmation that they shall reach "true verdicts according to the evidence". Usually, 15-20 potential jurors are brought in. This occurs in public, in front of the defendants.

Defendants now have no right to select jurors or 'challenge' them as is common practice in the United States. Defendants used to have the right to 7 peremptory challenges. This was reduced to 3, and then eventually lost altogether. A typical English jury will be very mixed, perhaps 7 women and 5 men. It may well be that in some areas of the country there will be a number of anglo-asian or anglo-caribbean jurors. There is no right to select more or less of any one group or another. A woman may be tried by an all male jury, a black man by an all white jury, and vice-versa.

There is a residual right to challenge a juror if a specific cause is shown. Good reason now needs to be shown to object to a juror, such as, the juror is recognized as a neighbour by the defendant.

Problems can arise in long trials with jury selection. Although the vast majority of cases are short in the sense of concluding within the 2 weeks of the juror's normal period, there are a growing number of cases that take months rather than weeks. To find a jury of 12 who are prepared to spend the next month or more of

their lives in court, is not easy. The judge has to ensure two things. First, that the jury has no connection whatsoever with any fact or person connected to the case. Experience has shown that in long and complex cases, often of fraud, that a juror who may have been listening for days to evidence, realizes that they know one of the companies or prosecution witnesses, or possibly there is a connection with a juror's family. To abort a case after days or weeks is contrary to good justice and good economics. Second, most people who have jobs or very young children find it very difficult to give up many weeks or months of their time for jury service. Two or three weeks is one thing; three months is another. But a jury should not include only the unemployed or retired members of society. The judge has the task of ensuring that potential jurors are excused service on a long trial only for a strong reason, such as a holiday has already been booked, or that the juror is self-employed and will lose much of his/her business.

Sitting hours reflect that the jury may be coming from quite a distance from the court, and that in rural communities it may not be easy to get to court. Further, it is the experience of the system that jurors simply cannot concentrate on what may be difficult and complex evidence for long periods. Thus courts begin at 10.15 or 10.30 and conclude at approx 16.15.

#### **What is the function of the jury?**

The jury will have the task of deciding whether the state, called the Crown in England and Wales, has proved the case against an accused to the extent that the jury are "sure" of guilt. Any standard less will not suffice, even if the jury are deeply suspicious of the defendant's conduct.

The burden of proving the case remains upon the Crown throughout the trial. This burden of proof dictates the structure of the trial, necessitating that the prosecution begin the process by explaining their case, but ensuring that the defendant has the last word.

#### **The Art of Advocacy**

Many books have been written by distinguished advocates about the art they practice. All these have one thing in common. It is much easier to write about than achieve!

All of the preparation and hard work (which are essentials) will be of no use if budding advocates simply cannot find the confidence to express themselves in a crowded court. Even if the confidence is there, there must be added the key ingredients of presence and gravitas, a sense of stature within the individual advocate. And what if the witness in the middle of the cross examination changes the story or goes into dangerous territory? The advocate must be able to adjust instantly and imperceptibly to the new factual scenario. The advocate must always be on top of the situation, even where the advocate deliberately permits the witness to be sarcastic towards the advocate. Sometimes it is necessary to show up a witness as domineering and ruthless, and to do this the advocate appears to be weak so as to permit the ruthlessness of the witness to shine through. On other occasions a confident and clever witness will have to be handled authoritatively so as to keep them within bounds.

All of these techniques need to be learnt and, more importantly, practised. It is vital that the advocate learns the art slowly, by many, many appearances in court, most of them in smaller, less consequential cases, so that confidence builds and techniques improve.

### The order of a criminal trial

#### 1] The Prosecution Opening Statement

The prosecution advocate must explain to the jury, in simple clear language what the case is about, and how the prosecution will proceed to endeavour to prove the case. If the case is complex or lengthy, then the advocate should try to have visual aids for the jury, from photographs to schedules of events, or lists of relevant telephone numbers or other such facts.

An opening speech may take just 20 minutes in a simple short trial, but at the other end of the spectrum it may take several hours or even days in a substantial fraud case that is expected to last many months. If the case depends upon documents or complex schedules, then this is the key opportunity for the prosecution to begin their task of persuading the jury. But the jury understanding a complex case must come first, and the prosecution opening speech is designed to use simple language and take the component parts of a case slowly and patiently.

2] Calling the prosecution witnesses  
The Prosecution then call their evidence, usually starting with the complainant or victim. Civilian witnesses tend to be called first, and police officers generally give their evidence towards the end of the Prosecution case. All witnesses will previously have made a witness statement setting out all that they can say as to the matter in dispute. This statement is not seen by the jury. The witness is asked to recall what happened from memory, although they will have been able to read their statement before giving evidence. In special circumstances the witness will be able to use a contemporaneous note or statement to refresh memory in the witness box. As will be understood, the process of examining a witness may take a significant time. What is said is hand-written in part, or in full by the defence advocate and the judge. The jury have to have time to absorb the detail, and comprehend the evidence with the use of photos or maps. The judge makes notes so that he can later remind the jury of the important parts of the evidence, when he comes to sum up the case to the jury.

Questions must not be in leading form, that is, they must not suggest the answer or point the witnesses' mind to an important fact which may be in dispute. The rule against leading applies to both prosecution and defence in calling their own witnesses, including the defendant himself. This examination of the parties' own witness is called examination in chief.

#### 3] Notice of Further Evidence

The prosecution are not permitted to call surprise witnesses. If a late witness is proposed to be called than a "notice of further evidence" must be served on the defence and if more time is required by the defence to prepare against this further evidence then the judge will in the exercise of discretion permit an adjournment. It may be that the application to call further evidence happens so late that the judge will not permit the prosecution to call the evidence. The advocate must be in a position to present arguments to the judge at short notice so as to permit him to decide upon the issue.

#### 4] Cross-Examination by the Defence Advocate

Cross-examination is the right possessed by advocates on each side of the case to question the witnesses

from the opposite camp. The advocate sets out to so undermine the truthfulness, accuracy or credibility of the witness, that the force of the evidence given by that witness is wholly or partly extinguished.

Cross-examination is regarded as the key tool of the English adversarial system. It has been described as "beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth". It is thus to this day regarded as a technique which will, if properly controlled and regulated, be the best way to establish the truthfulness, reliability, accuracy and believability of a witness.

The defence will have written statements from all witnesses the prosecution intend to call. Therefore cross examination can be prepared in advance.

The advocate can, in cross-examination as distinct from examination in chief, ask leading questions. This is in fact one of the key devices at the fingertips of an advocate, for it can lead the witness to contradict what they may have hitherto said or cause them to retract a fact, or just reveal to the jury/tribunal that the witness is in fact not to be reliable. It may be that a witness has a grudge against the defendant or indeed is being paid money to give evidence, or is telling lies about so many other matters not quite central to the case that they are disbelieved on the central part of the case.

Considerable latitude is given to the advocate in the questions that may be permitted, but they must be relevant to a matter in issue, and they must never be gratuitously offensive.

There are fairly rare cases where a witness admits under pressure of skilled cross-examination that they have lied as to an important fact. For every case like these, there are many others where the witness is confirmed in the tribunal's eyes as accurate and truthful, having withstood a difficult cross-examination. More often the issue is not truthfulness, but rather accuracy. For example, take a case depending upon an identification of the accused by a witness. The defence will have had an opportunity to study in advance what the witness is expected to say. In preparation, the defence prepare plans of the locality drawn accurately to scale. They ensure that there are photographs of the locality. The witness is tested by the surprise appearance of

the plan and photographs. They show that it was much more difficult to see than the witness at first had testified. Real doubt is suddenly thrown on the key part of the case against the accused.

5] Witnesses are cross examined by each defence advocate in turn in the order in which they are named on the indictment.

6] Argument as to law or admissibility of evidence is interspersed throughout the trial, but may be dealt with as preliminary issues to the trial. Such matters are heard and determined by the judge, in the absence of the jury. The jury are shielded from all legal debate or decisions. The jury are the judges of the facts, and it is the facts and not the legal argument that they must hear until the summing up by the judge when the judge directs them as to the law that they must follow.

7] Having called all relevant admissible evidence, the Prosecution then close their case.

At this stage, if the defence advocate takes the view that the Prosecution have failed to raise a *prima facie* case against the defendant, a legal submission may be made. Such an application is made to the judge alone in the absence of the jury. If the judge agrees, he may "order" the jury to acquit the defendant. Where a case falls to be decided on the credibility of witnesses, or the strength of evidence, the matter is left to the jury to decide. A judge is not entitled to substitute his own judgment of a witnesses' credibility for that of the jury.

8] First defendant's opening speech (optional).

9] First defendant's evidence in chief.

10] Cross examination of the first defendant by other defence advocates in turn.

11] Cross examination of the first defendant by the prosecution advocate.

12] Second defendant's opening and evidence, when stages 8 and 9 are repeated.

13] Prosecution closing speech (summarising the key parts of the evidence that indicate guilt and attaching such evidence to the law as set out in the indictment).

14] Closing Speeches.

First defendant's advocate's closing speech. Then each subsequent defence speech.

Sometimes these are the critical moments of advocacy in the whole trial

process. This is the time when an advocate can speak directly to the jury, knowing that all the evidence in the case has been given and that there are no hidden pitfalls. That directness with the jury gives an advocate power, but the jury must be treated with respect. The advocate summarises the weakness of the prosecution case and the reasons why the prosecution have not made out their case as set out in the indictment so that the tribunal cannot be sure of guilt. Suppose that a case is hanging by a thread, the evidence seeming to point towards the inexorable guilt of the defendant: the closing speech by the defence advocate may well turn the case.

To be an effective advocate at this stage of the proceedings requires a good mixture of attributes. This is not a time to deliver a dry, written address to the jury. Nor is it a time for wild histrionic advocacy which will only serve to embarrass the jury. It is a question of achieving a balance that will capture the minds of the jury, focus their attention upon the points made on behalf of the defendant, and move them towards a view which expresses doubt as to the correctness of the prosecution case.

15] The Summing Up

Finally, the judge sums up the case. Once again, the law is explained to the jury. The judge explains their role and distinguishes it from his own. He reminds them of the burden and standard of proof and gives legal definitions of the offences before them. He then gives a summary of the evidence they have heard. They are asked to return with a unanimous verdict.

16] The Jury Retires

Where a sufficient amount of time has passed without verdict, the judge may recall the jury and give them a "majority verdict" direction, that is, a verdict whereby if at least 10 of the jury are agreed on their verdict, either guilty or not guilty, then the Court can accept their verdict. The time required before such a direction is given will vary from case to case and will be determined largely by factors such as the length of the trial, the nature of the charges and the complexity of the evidence. Sometimes a jury are unable to reach a verdict. Where this happens, the trial is usually re-heard in full before a fresh jury. Before reaching their decisions, jurors may ask questions which will be

considered by the judge and advocates and then appropriate answers given. Juries can take days to consider their verdicts. Nowadays they are permitted to return home at night if they have not concluded their verdicts by late afternoon; they then re-assemble in the morning and continue.

17] The verdict: The independence of the jury

The jury appoint a chairperson to oversee their discussions, and to tell the judge what their verdicts are when they have concluded. The verdicts are only delivered in the simple form, guilty, or not guilty. Juries do not, save in the rarest cases, add any rider or qualifications to their verdicts.

As long ago as 1670 the right for a jury to find a verdict as it wished was arrived at by a courageous decision by a jury at the Central Criminal court, at Old Bailey, London's senior criminal court. Within the present Court building there is a plaque commemorating the events which reads as follows,

Near this site William Penn and William Mead were tried in 1670 for preaching to an unlawful assembly in Gracechurch Street. This tablet commemorates the courage and endurance of the jury, Thomas Vere, Edward Bushell and ten others, who refused to give a guilty verdict against them although they were locked up without food for two nights and were fined for their final verdict of Not Guilty.

The case of these jurymen was reviewed on a writ of Habeas Corpus and Chief Justice Vaughn delivered the opinion of the court which established the Right of Juries to give their Verdict according to their conviction.

From that time jurors, therefore, have had the right to decide on the justice of the law. If a jury decides that the actions of the accused, although in fact breaking one or more laws, does not deserve punishment then they are entitled to return a verdict of not guilty, irrespective of any instructions to the contrary from or demands of the judge. It is rare indeed that a jury will refuse to convict where the evidence is either totally overwhelming or even admitted by the accused, but they have the right to do so, if they should all agree that this is their true verdict in the case.

### Length of trial

As a general rule, the more serious the offence charged, the longer the trial. Though length of trial is normally related to the number of witnesses and is-

sues in contention, other factors can perhaps lead to a lengthier trial. Generally the more serious the charge(s) the greater the consequences to the Defendant, and the greater the public interest in rendering justice. Hence a longer trial. The pace of the trial is dictated by the need to ensure that the jury are fully conversant with the facts of the case. Trials last from 1 day to many months. It is unusual for murder trials with one defendant to last less than 4/5 days.

**Jury research**

There are a number of reasons why it is important to study juries as far as possible. There is a general interest in understanding juries and how they work. Naturally the jury system comes under public scrutiny from time to time. The system depends upon simple verdicts, delivered without written reasons. It is impossible to know how the jury arrive at their verdicts. Their deliberations are secret to all. The judge has no special insight, for he knows no more than the advocates. Unfortunately, The Contempt of Court Act 1981, Section 8, makes is a contempt of court

“to obtain, disclose or solicit any particulars of statements made, opinions expressed, arguments advanced or votes cast by members of a jury in the course of their deliberations in any legal proceedings.”

Therefore, a limited amount is known about the workings of a modern day jury. The inability to inquire into what actually goes on in a jury room leads to a host of speculation and comment.

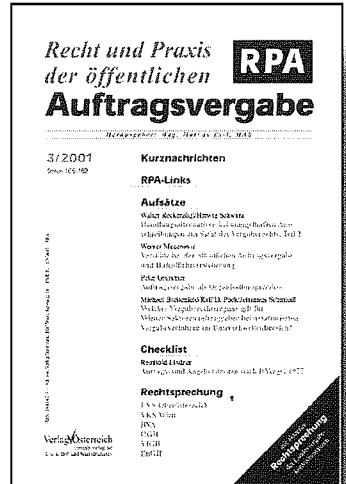
Despite the absence of detailed research on the matter, most lawyers, and indeed the public as a whole, consider the jury system to be the ultimate safeguard against State tyranny and the most effective available for dispensing justice – ‘justice for the people, of the people’. There are few criminal practitioners who have not felt a deep unease during the course of their professional careers at a verdict of a jury. Sometimes the Court of Appeal quashes a conviction by a jury, upon the ground that there was a misdirection in the law by the trial judge or there was a serious error in the summing up on the facts of the case. It is not possible for the Court of Appeal to overturn the verdict of a jury merely because they may consider that they would not have convicted. The verdict is sacrosanct.

At the same time there is a huge support for jury trial in England, both among lawyers and the public. Essentially the system is truly democratic, trial by ones equals, the randomly selected public. It empowers the public to participate in, and have real power over the most important fundamental in society, the upholding of the rule of law. Strangely, it is the new government of Tony Blair that is the biggest threat to jury trials, since they are an extremely expensive mechanism. There are moves afoot to restrict rights of trial by jury. Defence lawyers all over England and Wales are resisting.

*Stephen Solley, Queens Counsel,  
ist barrister in London.*

**Topaktuell –  
RPA 3/2001**

Erscheint alle 2 Monate  
Einzelheft: öS 247,68/€ 18,-  
Jahresabo 2002 (6 Hefte):  
öS 1.238,43/ € 90,-  
im gut sortierten Buchhandel



- VfGH–Erkenntnis zu § 126a BVergG vom 11.10.2001
- EuGH–Urteil vom 18.10.2001 *SIAC Construction Ltd*
- RPA–Serie: Einstweilige Verfügungen gemäß § 116 BVergG
- Checklist: Antrags und Angebotsfristen nach BVergG 1997
- weitere Beiträge und Entscheidungskommentare von führenden Experten
- die optimale Unterstützung für das korrekte Verfassen und Beurteilen von Ausschreibungen und Angeboten

**Sichern Sie sich Ihren Informationsvorsprung**

und bestellen Sie bis 31. Dezember das **Probeabo 2001 (4 Hefte)** zum Preis von öS 619,21/€ 45,- per Fax: 01-610 77-589 oder via e-mail:

order@verlagoessterreich.at

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



# Die Industrialisierung der Kommunikation

Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Gelegentlich ärgere ich mich über Leute, die sich mit empörem Gesicht darüber wundern, dass welthistorische Brüche, die sie ansonsten bejubeln, auch ihre negativen Seiten haben. Ich rede von der grossen Medienwende, in der wir stecken; von der Internetrevolution, der Vernetzung der Welt, genauer gesagt: ihrer Schlüsselorte und Befehlszentralen, der Mutation des Industriekapitalismus zum digitalen Kapitalismus. Berlin, so jubeln net-enthusiastische Senatoren oder Handelskammerpräsidenten, sei nur noch einen Mausclick von Los Angeles entfernt. Dann aber geben sich dieselben Leute masslos erstaunt und entsetzt, wenn sie registrieren müssen, dass sich auch Rechtsradikale, die amerikanische Christian Coalition oder Pädophile vernetzen. Und blitzschnell tritt ein Reflex auf, den man ansonsten nur von defensiven Gewerkschaftern und Aktivisten von Umwelt- oder Tierschutzgruppen kennt: „wir werden nicht zulassen, dass . . .“ Wenn alte durch neue Wirtschaftsepochen abgelöst werden, ist das nicht mit dem Aufstampfen des Fusses zu verhindern. Man soll alles tun, um Kinderpornographie und Rechtsterrorismus wirksam zu unterbinden; aber man soll sich bitte nicht wundern, dass das kunstvolle Beziehungsgefüge, die Geschwindigkeit und Vervielfältigungsfähigkeit elektronischer Netze nicht nur für edle, sondern auch für unedle Zwecke benutzt werden können.

Warum sage ich das? Weil es eine fatale Tendenz gibt, die digitale Revolution nicht als Herausforderung für intelligentes politisches Handeln zu verstehen, sondern als wunderbare Brotvermehrung. Ich habe an mehreren Fronten mit Nachdruck für die Deregulierung gekämpft, so bei der Zulassung privater Fernsehstationen in Deutschland und bei der Deregulierung der Telekommunikation. Wer aber so tut, als ob Deregulierung, Privatisierung, die Freihandelslogik der World Trade Organisation und der Globalisierungsdruck der internationalen Finanzmärkte im Selbstlauf zu Wohlstand, Gerechtigkeit und sozialem Frieden führten, täuscht sich selbst und die, die ihm gläubig zuhören. Wenn alte Wertschöpfungsketten zerbrochen und neue geknüpft werden, wenn alte Industrien kannibalisiert werden und neue aufkommen, wenn alte Formen der Macht zerfallen und alternative Formen sich entwickeln, dann sind in aller Regel sowohl

die Apokalyptiker als auch die Euphoriker im Unrecht. Man muss die Kraft haben, die neuen Chancen aufzugreifen und darf doch gleichzeitig nicht vergessen, Vorsorge für die Modernisierungsverlierer zu treffen, in unserem Fall für die Vernetzungsverlierer, die Opfer von Geschwindigkeit, Gleichzeitigkeit und Konnektivität.

Das Netz ist nicht nur ein neues Kommunikationsmodell, das neue Möglichkeiten bietet, Wohlstand zu schaffen. Das ist es auch. Es ist darüber hinaus ein neues soziales Organisationsmodell, das immer mehr die Ökonomie und die Massen-

## Wandel der Gesellschaft in der digitalen Welt<sup>1</sup> Peter Glotz

kultur dominieren wird. (Ben Goertzel, Die goldenen Maschinen des Internets, FAZ 7. 8. 2000) Deshalb ist gegenüber dieser neuen Welt *kultureller Optimismus* angebracht. Das ist mein prinzipieller Standpunkt zum grossen Paradigmenwechsel, der sich seit Anfang der neunziger Jahre vollzieht und um 2010 seine volle Wirksamkeit entfalten dürfte. Unabhängig davon entdeckte ich in dieser Entwicklung aber manche Gefährdungen, die vor allem daraus folgen, dass wir immer mehr eine globalisierte Wirtschaft bekommen, aber weit davon entfernt sind, eine globalisierte Politik zustande gebracht zu haben. Deshalb stelle ich die Frage, welche Chancen es für eine ökologische, soziale und kulturelle Wiedereinbettung des digitalen Kapitalismus gibt und ob die Europäer dazu durch einen eigenen Weg, einen „Europäischen Weg“ einen Beitrag leisten könnten. (Jürgen Habermas, Euroskepsis, Markteuropa oder Europa der (Welt-)bürger? In Peter Ulrich, Thomas Maak – Die Wirtschaft in der Gesellschaft/Perspektiven an der Schwelle zum dritten Jahrtausend, Bern – Stuttgart – Wien 2000.)

<sup>1</sup> Vortrag vor dem Europäischen Forum Alpbach 2001 am 30. August 2001 in Alpbach/Tirol.

Die Probleme, die die Internetrevolution mit sich bringt, sind oft geschildert worden, allerdings zumeist in jener durchgängig anklägerischen Tonlage, die als Antwort auf die durchgängige Jubelei der neuen Internet-Milliardäre gedacht ist. Versucht man, sich von wütender Enttäuschung genau so frei zu halten wie von Propaganda, kann man den derzeit ablaufenden Prozess etwa so charakterisieren: Die Beschleunigung weltweiter Kapitalbewegungen führt zur „Entmächtigung des Nationalstaats“ (Habermas), der allerdings keine Ermächtigung neuer Akteure (z. B. Europas) gegenübersteht. Der Industriekapitalismus wird durch Dematerialisierung, Beschleunigung, Dezentralisierung und Globalisierung in eine deutlich weniger regulierte Ökonomie transformiert. Ich nenne sie den digitalen Kapitalismus. Damit ist ein höheres Wachstum, aber auch eine spürbar asymmetrischere Verteilung des Zuwachses verbunden. Der globale Kapitalmarkt bekam plötzlich die Macht, nationale Regierungen zu disziplinieren (Beispiel: Mexiko 1994). Staaten sind eher in Märkte als Volkswirtschaften in Strukturen eingebettet. Die entstehende Boom-Society produziert viel neuen Reichtum und eine Change-Kultur, die oft genug einer „Neuen Ökonomie“ und einer neuen Generation zugute kommt. Sie produziert aber genau so die (meinethalben schöpferische) Zerstörung alter Strukturen, die Aushebelung gewachsener Arrangements und ein merkwürdig zusammengesetztes drittes Drittel der Gesellschaft, in dem sich die Modernisierungs- und Vernetzungsverlierer mit Leuten treffen, die die Beschleunigung aller Lebensverhältnisse nicht mitmachen wollen und sich deshalb in so genannte „Down-Shifting“-Prozesse stürzen, also aus materiellem Verzicht Lebensqualität erlösen wollen.

Ich schildere die Probleme, die sich daraus ergeben, dass die Wirtschaft globalisiert ist, die Politik aber eben nicht globalisiert, an vier Beispielen.

#### *Eine neue Geographie der Zentralität*

Die digitale Revolution ermöglicht es zwar, dass irgendjemand aus einem Dorf heraus grosse Geschäfte machen kann. Insgesamt bleibt Zentralität aber eine Schlüsselkomponente des Wirtschaftssystems. „Führende Wirtschaftssektoren mit hoher Digitalisierung erfordern strategische Standorte mit einer hohen Konzentration an Infrastruktur, an erforderlichen Arbeitskraftressourcen, Kompetenzen und Gebäuden“ (Saskia Sassen – Machtbeben. Wohin führt die Globalisierung, Stuttgart/München 2000). New York, London, Tokio, Paris, Frankfurt, Zürich, Amsterdam, Los Angeles, Sydney oder Hongkong bestimmen die Informationsökonomie. In den Vereinigten Staaten gibt es mehr als 4,5 Mio. Faxgeräte, in Japan 4,3 Mio., in Brasilien aber nur 90.000, in der Türkei und Portugal je nur 30.000. Selbst in den grossen Städten gibt es eine Geographie der Zentralität und eine der Marginalität. Im Zentrum New Yorks gibt es die höchste Konzentration der ganzen Welt an Gebäuden, die ans Glasfasernetz angeschlossen sind, doch daneben, in Harlem, gibt es nur ein einziges derartiges Gebäude; das südliche Zentrum von Los Angeles hat überhaupt keines. Saskia Sassen spricht von einer „Verräumlichung der Ungleichheit“.

#### *Steuerdumping*

Mit dem Verlust des Primats der Politik gehen die Möglichkeiten der Besteuerung weltweit operierender Unternehmen zurück. Internationale Börsen und Offshore-Bankplätze mit be-

schränkter Bankaufsicht bieten Möglichkeiten, bei denen der Gewinn privat bleibt und der Verlust über den Internationalen Währungsfond zum Steuerzahler geht. Insgesamt gelingt es dem Zentrum des ökonomischen Systems immer besser, die Verteilungsspielregeln systematisch zu verändern. Es kommt zu einer Umverteilung mit einem begrenzten Kreis von Gewinnern (Franz-Josef Radermacher – New-Economy, Börsenrausch und Greencard: Spielt die Welt verrückt oder hat alles seine Logik? Manuskript, Fassung 29. 6. 00). Nach Ermittlungen der EU-Kommission waren die Arbeitnehmer in der EU im Jahr 1995 im Schnitt um 20% stärker belastet als im Jahr 1981, die selbständigen Unternehmen dagegen um 22% geringer. Nach Angaben der Kommission stieg die effektive Steuerlast auf Löhne und Gehälter in den 15 Jahren bis 1995 von 35% auf durchschnittlich 42%. Die Belastung der Unternehmensgewinne fiel dagegen von 45% auf 35%. (SZ 29. 1. 1999). Die Folge: Der Staat wird immer unfähiger, legitimationswirksame Steuerungs- und Organisationsleistungen zu erbringen.

#### *Bildungspolitik in der globalen Ökonomie*

Das führt z. B. zu einer wachsenden Unfähigkeit des Staates, die Menschen aus öffentlichen Mitteln angemessen aus- und weiter zu bilden. Deutschland hat sich deshalb – völlig konsequent die amerikanische Greencard-Politik zu Eigen gemacht, bei der qualifizierte Arbeitskräfte aus anderen Weltregionen angeworben werden, wobei die Ausbildungsinvestitionen von den Herkunftsländern finanziert werden. Für den einzelnen Software-Schreiber oder Nachrichtentechniker, der aus Indien in die Vereinigten Staaten oder aus der Ukraine nach Deutschland geht, (und für seine Familie) ist diese Emigration in der Regel ein Gewinn. Für die entsprechenden Volkswirtschaften gilt natürlich das Gegenteil. Idealisten möchten gerne internationale Abkommen durchsetzen, in denen Ausgleichszahlungen von den abwerbenden zu den Herkunftsländern zur Pflicht gemacht werden. Man kann mit Händen greifen, dass eine solche Politik zum Scheitern verurteilt wäre. Aber selbstverständlich bedeutet diese Art von Bildungspolitik (die im Fall von Deutschland derzeit völlig alternativlos ist) eine Umverteilung von der Peripherie in die Zentren.

#### *Die Arbeitsplatzbilanz der digitalen Ökonomie*

In der Regel wird das amerikanische „Beschäftigungswunder“ des letzten Jahrzehnts als Beweis dafür zitiert, dass der Wandel zur digitalen Ökonomie die Probleme struktureller Arbeitslosigkeit lindere oder wegschaffe. Die Gleichung lautet in der Regel: Die USA sind die Führungsmacht der digitalen Ökonomie, in den USA sind Millionen zusätzlicher Arbeitsplätze geschaffen worden. Diese Rechnung ist aber missverständlich. Der Erfolg der USA bei der Schaffung neuer Arbeitsplätze hat vor allem mit einer rigorosen Deregulierung des Arbeitsmarktes, mit der starken Stellung des Weltgeldes Dollar und der amerikanischen Handelsbilanz sowie einem langen Konjunkturaufschwung (der seinerseits allerdings mit der New Economy zu tun hat) zusammen. Die entsprechenden Bedingungen sind in anderen Gesellschaften nicht einfach kopierbar. Die weltweite Arbeitsplätze-Bilanz der digitalen Revolution ist schwer auszumachen; möglicherweise profitieren Schwellenländer mit gutem Bildungssystem und niedrigen Löhnen wie Indien. In den grossen alten Industriegesellschaften dürften, jedenfalls im nächsten Jahrzehnt, eher leichte Arbeitsplatzverluste stattfinden. Der Arbeitsplatzabbau bei der deutschen Telekom z. B. ist allemal grösser als die Zahl der

neu geschaffenen Arbeitsplätze bei den neuen Wettbewerbern. Die Rationalisierung der Filialstruktur der Banken, des klassischen Sekretariats, des Buchhandels, der Reisebürobranche dürfte heftiger zu Buche schlagen als neue (europäische) Arbeitsplätze bei AOL, Amazon-com, Think-Tools oder BOL. Eine intelligente Wirtschaftspolitik kann auf diese Herausforderung reagieren. Aber die Idee des Ministerrats der Europäischen Kommission, man müsse die digitale Revolution beschleunigen, um die strukturelle Arbeitslosigkeit endgültig wegzubringen, ist naiv.

Ein Horrorszenario? Ich bestehe darauf, dass es politische Möglichkeiten gibt, mit diesen Herausforderungen fertig zu werden. Allerdings nicht dadurch, dass man sie leugnet. Auch nicht durch symbolische Politik (Beispiel: EU-Gipfel Lissabon) oder Ablenkung, etwa indem man über die Wiedererrichtung des Berliner Stadtschlosses, die Versetzung eines Bismarck-Denkmal und Hinterbliebenen-Renten für Homosexuelle grübelt. Vielmehr warne ich vor mit Händen greifbaren Gefahren. In den besonders ungerechten, gleichzeitig aber wirtschaftlich stärkeren Schwellenländern entwickelt sich längst eine neue Protestideologie, die Francis Fukujama noch vor einem knappen Jahrzehnt für gänzlich ausgeschlossen hielt. Ich erinnere an die Landlosen-Bewegung Brasiliens, das von der katholischen Kirche heftig unterstützte „Movimento Dos Trabalhadores Rurais Sen Terra“ (MST), die grösste Massenbewegung

**Denn die grösste Gefahr im gegenwärtigen historischen Moment ist, dass die neuen Formen der globalisierten, digitalen Ökonomie den Nationalstaat entkräften, ohne dass die nächst höhere Ebene gekräftigt wird. Diese Gefahr ist kein fernes Hirngespinnst, sondern eine harte politische Realität.**

Lateinamerikas, die immer mehr Zulauf gewinnt und der in ein paar Jahren auch wieder ein Teil der Europäischen Jugend – die derzeit nur noch Start-ups gründen möchte – nachlaufen dürfte. In unserem eigenen Land sind wir in diesem Sommer ausreichend

darüber belehrt worden, dass eine glatte Wasseroberfläche kein Beweis dafür ist, dass es nicht sehr rasch zum Sturm kommen kann. Die Gewaltaktionen der rechtsradikalen Jugendschlägerbanden sind die bewusstlose Antwort von Modernisierungs-Verlierern auf eine als ausweglos empfundene Situation. Noch präziser gefasst: Die hohen Arbeitslosenzahlen und die Entindustrialisierung im Osten Deutschlands machen die Modernisierungs-Verlierer zu einem möglichen Resonanzboden für die Gewalttäter. Gnade uns Gott, wenn diese Modernisierungs-Verlierer in Deutschland einen Führer fänden. Ein Haider genügt schon. Es geht uns ja gold. Aber der Zustand des Bauwerks ist nicht ganz so gut, wie die Fassade glauben macht.

Lösbar sind die dargestellten Probleme nur durch weltweite Vereinbarungen. Es ginge darum, Mindestbesteuerungs-Umfänge durchzusetzen, das spekulative Element der Ökonomie zu Sicherheits-Zahlungen zu bringen, damit im Krisenfall nicht der Steuerzahler aushelfen muss, den Zugang zu den neuen Technologien als ein Bürgerrecht zu verstehen und allzu spekulative Finanzprodukte und Spekulationsprozesse wieder in den Griff zu bekommen. Besteht dafür irgend eine Chance?

Meine Antwort lautet ja. Vorbedingung ist allerdings, dass die Europäer ihre derzeitigen Probleme lösen und so überhaupt in die Lage kommen, ihre sozialstaatliche Tradi-

tion, ihre Erfahrungen mit sozialer Marktwirtschaft und sozialökologischen Arrangements einzubringen. Denn die grösste Gefahr im gegenwärtigen historischen Moment ist, dass die neuen Formen der globalisierten, digitalen Ökonomie den Nationalstaat entkräften, ohne dass die nächst höhere Ebene, im europäischen Fall also die Europäische Union, gekräftigt wird. Diese Gefahr ist kein fernes Hirngespinnst, sondern eine harte politische Realität.

Manch einer mag fürchten, dass die Forderung nach einem europäischen Weg eine Art neuer EuroNationalismus sei, dazu mit antiamerikanischen Akzenten. Die Antwort auf diesen Verdacht lautet: jede politische Macht vertritt zuerst einmal legitimer Weise ihre eigenen Interessen. Wenn die unbestrittene Führungsmacht der Welt, die USA, ein politisch handlungsfähiges Europa zum Partner hat, entstehen vielseitig tragbare Kompromisse leichter und selbstverständlicher, als wenn eine einzige Weltmacht vielen mittleren Spielern gegenübersteht. Denken sie an die entschlossene, kluge Politik der USA hinsichtlich der Regulierung des Internet. 1997 lag ein fertiger Plan auf dem Tisch, nach dem die Regulierung des Internet künftig in der Hand der internationalen Gemeinschaft liegen sollte. Eine Gesellschaft unter Schweizer Recht sollte als oberstes Gremium fungieren, bewacht von einem Policy Oversight Committee. Regierungen, Unternehmer und Nutzer sollten sich gleichberechtigt in einem Political Advisory Committee wiederfinden. Depositar dieses Quasivertrags war die Internationale Fernmeldeunion. Die amerikanische Regierung hat diesen Plan schon drei Monate später mit ihren „Global Framework for E-Commerce“ ausgehebelt, mit dem Ergebnis, dass die Regulierung jetzt in der Hand einer privaten Organisation nach kalifornischem Recht (ICANN) liegt, die zwar gerade ein paar Governors aus Europa, Asien, Afrika und anderen Erdteilen hinzuwählt, insgesamt aber sicher in amerikanischer Hand verbleibt. Ich sage das mit Bewunderung für die Handlungsfähigkeit und Weitsicht der amerikanischen Regierung und das Problembewusstsein der amerikanischen Industrie und mit Selbstkritik an den komplizierten, langsamen und wenig zielbewussten europäischen Institutionen und Prozeduren. Dies ist ein kleines Beispiel unter vielen. Insbesondere die internationale Finanz- und Wirtschaftspolitik gäbe viele weitere Exempla her.

Leider ist die Gefahr, dass Europa sich noch handlungsunfähiger macht als es heute ist, nicht von der Hand zu weisen. Die Osterweiterung der Union ist einerseits unausweichlich, wird andererseits aber zur Handlungsunfähigkeit der Union führen, wenn nicht vorher die Vertiefung der Gemeinschaft durchgesetzt wird. Inzwischen stellt sich immer deutlicher als richtig heraus, was einige Wenige (Jacques Delors an der Spitze) immer wieder zum Ausdruck gebracht haben: Die Beruhigungsformel, die Vertiefung und die Erweiterung der Union seien keine Gegensätze, sondern bedingten sich gegenseitig, war eine hohle Phrase, eine Schieberverfügung, ein diplomatischer Trick. Einerseits hat man viel zu vielen Ländern versprochen, Vollmitglied der Europäischen Union werden zu können. Andererseits ist es völlig offen, ob man die für diese Erweiterung notwendige Vertiefung (z. B. die Überwindung des Einstimmigkeitsprinzips) jemals erreichen kann. Nichts zeigt dies deutlicher als der interessanteste europapolitische Prozess der letzten Jahre, der hier auf der Berliner Bühne stattfand. Der deutsche Aussenminister hielt vor der Humboldt Universität eine brillante euroföderalistische Rede, in der er die unabdingbaren Notwendigkeiten des Europäischen Einigungsprozesses richtig beschrieb. Er hielt

sie aber als „Privatmann“. Die französische Diplomatie umarmte den deutschen Aussenminister; machte aber gleichzeitig in einem Brief des französischen Aussenministers und in einer Rede des französischen Präsidenten unmissverständlich klar, dass man viele Vorschläge Fischers für allzu wage- mutig und halsbrecherisch hielt. Schliesslich legte der deutsche Bundeskanzler nach und bezeichnete in einer französischen Zeitung Aussenminister Fischers Vorschlag, einen Europäischen Präsidenten zu wählen, als „pure Illusion“. Gerhard Schröder hat vermutlich Recht. Wie aber hat man die Chance zu einer wirksamen Vertiefung Europas einzuschätzen, wenn Deutschland und Frankreich, die beiden Motoren der europäischen Einigung, solche Tänze aufführen und die führenden Staatsmänner klare Worte nur noch als Privatleute äussern können?

Reden wir offen miteinander: Eine EU 28 wird mehr der OSZE, dem Europarat oder den Vereinten Nationen ähneln als einem föderalen Europa, wie es sich die Gründerväter

**Eine EU 28 wird mehr der OSZE, dem Europarat oder den Vereinten Nationen ähneln als einem föderalen Europa, wie es sich die Gründerväter Europas nach dem zweiten Weltkrieg vorgestellt haben.**

Europas nach dem zweiten Weltkrieg vorgestellt haben. Die Gefahr, dass die Europäische Union – wie ältere Imperien auch – durch Überdehnung ihrer Raumvorstellungen erodiert, ist gross.

• • • • •

Das wird kein „unvollständiger Bundesstaat“, wie ihn Walter Hallstein noch vor Augen hatte, eher ein würdiger, aber machtloser Bund höchst unterschiedlicher Spieler. Müssen wir nicht einen konzeptionellen Verfall des europapolitischen Denkens konstatieren? (Werner Weidenfeld, *Erweiterung ohne Ende?* In *Internationale Politik* 8/2000).

Es hat keinen Zweck bitter zu werden. Europa hat sich immer wieder am eigenen Zopf aus dem Sumpf gezogen. Gelegentlich aber beschleicht einen der Verdacht, dass die heillosen Versprechungen insbesondere der Deutschen an viele osteuropäische Staaten nur noch um den Preis einlösbar sind, dass Europa zur Freihandelszone verläppert. Was dann? Von Henry Kissinger stammt der Satz: „Inzwischen ist Deutschland so stark geworden, dass die bestehenden Europäischen Institutionen aus eigener Kraft keine Balance zwischen Deutschland und seinen europäischen Partnern mehr herzustellen vermögen!“ Kein Defaitismus, aber auch kein Business as usual. Weltordnungs-Strukturen, die den digitalen Kapitalismus sozial konstruktiv einbetten, werden nicht ohne eine entschiedene Mitwirkung Europas zu Stande kommen. Europa aber hat in den Jahren nach 1989 eine romantische Diarrhöe bekommen, von der es sich noch nicht wieder erholt hat. 2010 wird sich die digitale Ökonomie voll entfaltet haben, um 2005/2006 müssen die entscheidenden politischen Entscheidungen über die Zukunft Europas gefällt werden. Wir gehen in entscheidende Jahre. Der Ausgang ist offen.

Die Pessimisten sagen, der digitale Kapitalismus sei nicht zukunftsfähig, das Missverhältnis zwischen globaler Wirtschaft und globalisierungsunfähiger Politik zerstöre die „Nachhaltigkeit“. Was ist von dieser These zu halten?

Nachhaltigkeit ist ein alter forstwissenschaftlicher Begriff, der kurz gesagt darauf hinausläuft, dass nicht mehr Holz aus dem Wald entfernt werden sollte, als nachwächst, dass also der Einschlag, die Ernte sich nicht zuerst am menschlichen Bedarf, sondern an der Leistungsfähigkeit des

natürlichen Systems orientieren sollte. Prominent gemacht hat diesen Begriff der Meadows-Bericht über die Grenzen des Wachstums und später der Bericht der Brundtland-Kommission über Umwelt und Entwicklung.

Nun wird der Nachhaltigkeits-Begriff oft genug unpräzise und zur Einschüchterung gebraucht. Ein Experte formuliert kühl:

„Der Begriff der Nachhaltigkeit (sustainable development) ist in aller Munde. Die Umweltschützer verstehen darunter die Versöhnung mit der Natur, die Demoskopen die Durchsetzung der civil society, die Ökonomen sehen ihren Glauben an das ewige Wachstum bestätigt, die Menschenfreunde erhoffen sich eine bessere Verteilungsgerechtigkeit und die Abkehr von Konsumwaren und der Amerikanisierung aller Kulturen. Alle sind also für die Nachhaltigkeit, jeder versteht aber etwas anderes darunter. Nachhaltigkeit ist zu einem Schlagwort geworden.“

Nehmen wir die Definition von Meadows. Sie ist schon konkreter:

„Eine Gesellschaft ist dann nachhaltig, wenn sie so strukturiert ist und sich so verhält, dass sie über alle Generationen existenzfähig bleibt, dass sie ihre eigenen materiellen und sozialen Existenzgrundlagen nicht unterminiert. Im Sinne der Systemforschung ist eine Gesellschaft nachhaltig, wenn sie ausreichend Informations-, Sozial- und Verwaltungsstrukturen besitzt, die in der Lage sind, die positiven Rückkopplungen zu exponentiellem Bevölkerungs- und Wirtschaftswachstum so zu kontrollieren, dass Fertilität etwa gleich der Mortalität ist und die Investitionsraten etwa den Raten der Kapitalabnutzung entsprechen!“

Von dem Ziel, die Fertilität weltweit so einzugrenzen, dass sie die Mortalität nicht übersteigt, sind wir weit entfernt. Das trifft unser Thema Beschleunigung allerdings nicht. Die Beschleunigung des digitalen Kapitalismus erzeugt keine höheren Geburtenraten, eher das Gegenteil. Es entsteht eine Konzentration auf das Arbeitsleben, das gegen grosse Familien wirkt. Das werden die Befürworter der Nachhaltigkeit den Beschleunigern aber nicht gutschreiben. Ihre Kritik gilt der Unrast und Atemlosigkeit, dem Wachstumsdruck. Untersuchen wir also den intergenerativen und intragenerativen Aspekt des Nachhaltigkeitsbegriffs, also die Berücksichtigung der Bedürfnisse zukünftiger Generationen und der Bedürfnisse aller jetzt lebenden Menschen durch die beschleunigte Gesellschaft.

Ich mache dazu drei Bemerkungen:

1. Die elektronischen Informations-, Kommunikations- und Medientechnologien, die mein Thema sind, tragen durchaus zu einer Verbesserung des Verhältnisses von Mensch und Biosphäre bei. Die Beschleunigung von Produktionsprozessen und ihre Effizienzsteigerung entlastet oft genug die Natur. Die digitale Technologie entstofflicht Produkte und Prozesse, bewirkt die Einsparung an Materialien und Energien und verschiebt den Schwerpunkt menschlicher Tätigkeit von Stoffbearbeitung zur Dienstleistung. Beschleunigung ist keineswegs generell unökologisch.

2. Natürlich muss man die Wirkung von Beschleunigung auf Biographien genau analysieren. Jedes menschliche Leben braucht ein vernünftiges Verhältnis zwischen Beschleunigungs- und Entschleunigungsphasen, sonst droht das Burn-out Syndrom. Die Heiligsprechung des Forstwarts im Sinne der Technikkritik Martin Heideggers ist allerdings nicht die Lösung der Probleme der Moderne. Es gibt eine Alternative zum Todtnauberg-Menschen, der Tag und Nacht besinnlich nach dem Seyn schürft. Auch die Maxime Wittgensteins „Worüber man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen“



ist eine philosophische Position zur Welt. Die *vita activa* muss nicht betäuben, sie kann erfüllen. Man kann es lernen, sich den technischen Rythmen anzupassen und ein Ethos zu entwickeln, das dem „Ge-Stell“ der Technik angemessen ist. Wer dieses Ethos hat, kann sich Angst, Ekel, Hochmut und Berührungsanst aus gegenüber der Welt der neuen Medien sparen.

3. Ein Einwand allerdings verdient sorgfältige Abwägung. Die Beschleunigung der Neuen Ökonomie ist natürlich ein Wachstumsmotor. Zwar richtet sich dieses Wachstum vor allem auf Dienstleistungen, die den Menschen von seinem Seelenheil ablenken mögen, die Welt aber nicht vergiften, verstopfen oder belasten. Aber erstens ist die digitale Technologie keineswegs völlig spur- und schwerelos; sie besteht aus Computern, Mobiltelefonen, Anrufbeantwortern, Spielekonsolen und vielerlei Instrumenten ähnlicher Art. Zweitens aber beschleunigt der E-Commerce den Umlauf von Gütern aller Art. Wer also „Down-Shifting“ für nötig hält und sich z. B. zur Regel macht, alle Gegenstände, die er ein Jahr nicht benutzt hat, auszusondern, wird das hohe Tempo der digitalen Ökonomie mit einem gewissen Recht kritisieren. Der Zuwachs wird asymmetrischer verteilt als bisher. Die Deregulierung zerstört auch Schutzmechanismen. Die Umverteilung, die stattfindet, erzeugt Modernisierungsverlierer, die sich wehren werden, möglicherweise höchst militant und höchst „irrational“.

Die Beschleunigungstendenz des digitalen Kapitalismus hat, wie die meisten Basistrends der gesellschaftlichen Entwicklung, mehrere Seiten. Man muss mit ihr umgehen können. Geschwindigkeit verlangt Geistesgegenwart, Geschicklichkeit und Präzision. Wer sich diese Eigenschaften aneignet, wird Leistung bringen und an dieser Leistung Glück erfahren. Nicht alle schnellen Prozesse führen aber zu sinnvollen Ergebnissen. Wenn der Rezipient des interaktiven Fernsehens im Jahr 2010 die Kleidungsstücke und Accessoires der Hauptdarsteller seiner Lieblingsserien durch einfaches Anklicken kaufen kann, mag dies zu fragwürdigem Konsum führen. Wenn der E-Commerce der Zukunft die „middle-men“, also viele Intermediäre, übergeht und ausschaltet, zerstört dies Existenzen. Solche Ent-

wicklungen können spätere Generationen oder schwächere Mitmenschen belasten und schädigen, also das Einschlagen eines nachhaltigen Entwicklungspfades behindern.

Ich bestehe also darauf, dass weder Beschleunigung noch Entschleunigung Patentrezepte sind. Die Verachtung der Aktiven wegen sündhafter Seinsvergessenheit ist so anmassend wie die Abwertung der Kontemplativen wegen Leistungsverweigerung und Hedonismus. Was wir brauchen, ist die Toleranz zwischen unterschiedlichen Lebensstilen, das Fertigerwerden mit „Multiple Modernities“, die kluge Konstruktion politischer Rahmenbedingungen, die unterschiedliche Lebensentwürfe ermöglichen. Der digitale Kapitalismus kommt, wie immer wir zu ihm stehen. Stellen wir uns darauf ein. Gleichzeitig sollten wir aber auch alles tun, um so gut zu werden, dass wir diesen neuen Aggregatzustand der Marktwirtschaft nicht nur ertragen, sondern auch gestalten können.

Ich schliesse mit der Feststellung, dass der „elektronische Raum“ (Saskia Sassen) weder ein rein technologisches noch ein rein wirtschaftliches Phänomen ist. Er ist in eine gewaltige Dynamik eingebettet, die unsere gesamte Gesellschaft durchschütteln wird. E-Commerce scheint ein Modethema für Betriebswirte zu sein; in Wirklichkeit sind diese neuen Märkte eine grosse kulturelle Herausforderung für alle Eliten. Überziehen wir die wirtschaftliche Modernisierung und zerstören wir alte Machtstrukturen, ohne neue aufzubauen? Das Internet ist kein selbstgenügsames und neutrales, riesiges Computerspiel, es ist ein Ort der Machtverteilung. Ist es ein Raum der Segmentierung? Ein Mechanismus der Ausgrenzung? Ein Motor der unaufhaltsamen Beschleunigung? Verfallen wir nicht in die alten Reflexe – schwarze Kulturkritik gegen börsennotierte Ingenieurselligenkeit. Vielleicht sollten wir es nicht den Märkten und den Unternehmen allein überlassen, die Entwicklung zu bestimmen und die Debatten zu dominieren.

*Professor Dr. Peter Glotz ist Direktor am Institut für Medien und Kommunikationsmanagement der Universität St. Gallen*



# Themenvorschau 2002

**Heft 1/2002**

**Im wilden net**

Redaktionsschluss: Ende Jänner

**Heft 2/2002**

**Implosion der Bürgerrechte**

Redaktionsschluss: Ende März

**Heft 3/2002**

**Triumph des Privatrechts**

Redaktionsschluss: Ende Juni

**Heft 4/2002**

**New Justice**

Redaktionsschluss: Ende September

# Politische Steuerung der Mediamatik in der Krise

## Selbst- und Ko-Regulierung sollen helfen<sup>1</sup>

Michael Latzer

Weder das Marktmodell noch die reine hoheitliche Regulierung durch den Gesetzgeber sind alleine imstande, auf Verstöße gegen Moral und Ethik im veränderten Mediensystem adäquat zu reagieren. Das ist nur eines von vielen Indizien einer umfassenden Krise der politischen Steuerung im veränderten gesellschaftlichen Kommunikationssektor. Industrie und Politik – prominent etwa die Europäische Kommission – setzen nun hohe Erwartungen in neue Formen der „Selbst- und Ko-Regulierung“. Das gilt nicht nur für Regulierungen in Reaktion auf Ethik- und Moralverstöße, sondern auch für andere Regulierungsanlässe und -ziele. Die Probleme dieses Lösungsansatzes liegen im Detail und verlangen nach einer Diskussion der Konsequenzen einer stärkeren Beteiligung der Industrie im politischen Steuerungsprozess.

*Hoheitliche Regulierungen* sind Steuerungsversuche mit dem Ziel der politischen Problemlösung, die – besonders deutlich im Medienbereich – auch unter dem Gesichtspunkt macht- und interessenpolitischer Motive der Akteure zu beurteilen sind. Die Regulierungsansätze, -instrumente und -intensität verändern sich mit dem zu regulierenden gesellschaftlichen Kommunikationssystem und den respektiven Märkten – und diese haben sich in den letzten Jahrzehnten grundlegend gewandelt: Das konvergente gesellschaftliche Kommunikationssystem der *Mediamatik* (Medien, Telematik, siehe Übersicht 1), welches maßgebend durch Internet und Digitales Fernsehen geprägt wird, und die veränderte *Digitale Ökonomie*<sup>2</sup> der Mediamatik verlangen nicht nur nach einer *integrierten* Regulierung des Kommunikationssektors, nach einer Überwindung der Rundfunk-Telekommunikations-Dichotomie in Politik und Regulierung, sondern auch nach einer *neuen Arbeitsteilung* in der Regulierung: einerseits zwischen den einzelnen Staaten (Stichwort: Globalisierung) und andererseits zwischen Staat und Industrie (Stichwort: Selbst- und Ko-Regulierung). Bei den bereits empirisch beobachtbaren Veränderungen der Politik im Kommunikationssektor handelt es sich nicht bloß um punktuelle Adaptionen. Es

kann vielmehr von einer *Transformation der Staatlichkeit im Mediamatiksektor* gesprochen werden, zumal sich sowohl die institutionelle Form (Polity), der Inhalt (Policy) als auch der prozessuale Ablauf (Politics) verändern. Diese umfassende Transformation lässt sich mit folgenden Entwicklungstrends charakterisieren, welche die Rahmenbedingungen für eine zukunftsgerichtete Politik des Mediamatik-Sektors abstecken:<sup>3</sup>

- ▶ Die supranationale (EU) und internationale Politik/Regulierung (z. B. WTO, WIPO) gewinnt gegenüber der nationalen Regulierung stark an Bedeutung.
- ▶ Die Ausrichtung der Politik verändert sich von der (nationalen) Protektion hin zur Wettbewerbsförderung (z. B. Marktöffnung bei Telekommunikation und Rundfunk).
- ▶ Operative Aufgaben werden von politisch-strategischen Aufgaben getrennt, wobei erstere (aus Politik und Verwaltung) ausgelagert werden (z. B. Auslagerung der Regulierungsinstitutionen, Auslagerung und Privatisierung der ehemaligen Monopolunternehmen).
- ▶ Die Regulierung wird von einer vertikalen (sektoral getrennt für Medien und Telekommunikation) in eine horizontale (integrierte) Struktur übergeführt (z. B. integrierte Regulierungsorganisationen und gesetzliche Bestimmungen).
- ▶ In der Regulierungspraxis werden detaillierte Regulierungen aufgrund des raschen technologischen Wandels und der Komplexität der Technik zunehmend durch breite Parameter (Generalklausel, Finalorientierung) ersetzt (siehe z. B. die Reform der EU-Telekommunikationsregulierung: Reduktion der Richtlinien, flexible Mechanismen, Allgemeingenehmigungen für Dienste).
- ▶ Selbstregulierung im Mediamatik-Sektor wird gegenüber der traditionellen hoheitlichen Regulierung gestärkt. Es bilden sich neue Formen der Ko-Regulierung (z. B. bei Inhaltsregulierung, Konsumentenschutz, Domainnamen-Verwaltung), also neue Formen der Arbeitsteilung mit hoheitlicher Regulierung.
- ▶ Technikgestützte Selbstbeschränkungen ersetzen bzw. ergänzen zentrale staatliche Regulierungen (z. B. Inhaltsregulierung mittels Violence-Chip und Rating-Systemen beim TV und Filterprogramme im Internet).

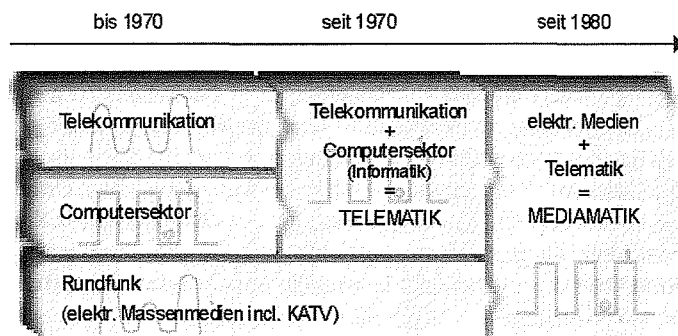
In der nachfolgenden Analyse beschränke ich mich auf einen Baustein dieser transformierten Staatlichkeit – die Implikationen der Stärkung von Selbst- und Ko-Regulierung – und beginne mit folgender Fragestellung: Wo liegen die *Defizite*

<sup>1</sup> Referat im Rahmen der Alpbacher Mediengespräche, August 2001 – Arbeitskreis: Markt oder Gesetzgeber?

<sup>2</sup> Siehe dazu Latzer, M./Schmitz, St. (2001), Grundzüge der Digitalen Ökonomie des Mediamatik-Sektors, IWE-Working Paper No 16, <http://www.iwe.oeaw.ac.at/workpap.htm>.

<sup>3</sup> Ausführlich dazu siehe Kapitel 5 in Latzer, M. (Hg.) (2001), Mediamatikpolitik für die Digitale Ökonomie: eCommerce, Qualifikation und Marktmacht in der Informationsgesellschaft, Innsbruck: Studienverlag.

Mediamatik – Konvergenzschnitte zum veränderten gesellschaftlichen Kommunikationssystem



Quelle: Latzer, M. (1997), Mediamatik, Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 61

von Marktlösung und hoheitlicher Regulierung und welche Vorteile bieten Selbst- und Ko-Regulierung?

Beim reinen *Marktmodell* wird davon ausgegangen, dass die Probleme individuell durch das Konsumentenverhalten (im Wesentlichen durch den Wechsel zu anderen Anbietern) gelöst werden. Die wesentlichen Defizite in der Praxis liegen hier bei mangelnder Transparenz, mangelndem Wettbewerb (Monopol Tendenzen) und Lock-in-Effekten. Mitunter entstehen gar keine Märkte, etwa aufgrund der Nicht-Ausschließbarkeit im Konsum von Mediengütern. Für den Spezialfall illegaler Medieninhalte ist das Marktmodell darüber hinaus gänzlich ungeeignet.

Beim reinen *hoheitlichen Regulierungsmodell* liegen die Defizite bei den Informationsmängeln des Regulators, der beschränkten Flexibilität, den hohen Regulierungskosten, der Langsamkeit der Veränderungen der Regulierung im Vergleich zum sich rasch verändernden Mediensystem und der mangelnden Wirksamkeit nationaler Regulierungen für transnationale Dienste.



Vermehrte *Selbstregulierung* durch die Industrie soll diese Defizite kompensieren. Beginnen wir mit einer begrifflichen Klärung: Die Unterteilung in *Selbst- und Ko-regulierung* bezieht sich auf die unterschiedliche Intensität der Beteiligung staatlicher Institutionen (Regulator etc.). In jenen Fällen, wo staatliche Akteure stark beteiligt sind, falls sie beispielsweise Teil des Selbstregulierungsregimes sind, spricht man von Ko-Regulierung; wo staatliche Institutionen nur marginal involviert sind, spricht man von Selbstregulierung. Die Übergänge sind also fließend, eine exakte Abgrenzung wird in Literatur und Praxis nicht getroffen. Die Industrie organisiert und reguliert sich jedenfalls selbst – wobei der Staat in variabler Intensität bei verschiedenen Schritten des Regulierungsprozesses involviert ist.

Selbstregulierung ist *kein neues Phänomen* im Medienbereich. Neu sind hingegen die Gründe für Selbstregulierung, die Anwendungsbereiche und die institutionelle Ausgestaltung. Im Bereich der klassischen Massenmedien hat die Selbstregulierung – im Gegensatz zur Telekommunikation – bereits Tradition: in Form des Presserats für Printmedien und in Form von Radio- und TV-Codes für elektronische Massenmedien. Auch Modelle des öffentlichen Rundfunks enthalten Ansätze der Selbst- und Ko-Regulierung. Die Wirksamkeit dieser Maßnahmen ist jedoch äußerst umstritten und führte etwa in den USA bei elektronischen Medien zur Abschaffung der Codes. Im konvergenten Mediamatiksektor werden die Selbstregulierungsmechanismen nun auch auf Telefondienste, Internetdienste und Digitales Fernsehen ausgedehnt. Dabei handelt es sich um *neue institutionelle Ansätze* der Selbst- und Ko-Regulierung. Diese können als *Notlösung* aber auch als Suche nach der *Ideallösung* interpretiert werden: als Notlösung, da (unterschiedliche) nationale Normen und transnationale Internet-Dienste nicht zusammenpassen, die nationale hoheitliche Regulierung versagt daher; als Ideallösung, da in der Kombination von hoheitlicher Regulierung und Selbstregulierung durch die Industrie die jeweiligen Vorteile der Modelle genutzt werden sollen.

Die zu nutzenden *Vorteile von Selbst- und Ko-Regulierung* liegen vor allem bei der hohen Sachkompetenz der beteiligten Akteure aus der Industrie, der höheren Flexibilität und Geschwindigkeit von Anpassungen sowie den geringeren Regulierungskosten für den Staat. Die Industrie kann damit detaillierte hoheitliche Regulierungen abwenden und der Staat kann verfassungsrechtlich heikle Eingriffe – Stichwort: Informations- und Pressefreiheit – auf die Industrie abwälzen.

Selbst- und Ko-Regulierung erweisen sich zunehmend für verschiedene Regulierungsziele (informierte Konsumenten, Konsumentenschutz, Stärkung des Wettbewerbs) als hilfreich. Mehr Ko- und weniger Selbstregulierung, also stärkere Einbindung des Staates, ist gefragt, je größer der *Interessenkonflikt* zwischen den beteiligten Akteuren, je geringer also die Übereinstimmung von öffentlichen und privaten Interessen ist. Bei der Lösung von Marktmachtproblemen, jener Regulierungsaufgabe, wo die Interessenkonflikte am größten sind, ist der mögliche Beitrag der Selbstregulierung am geringsten. Bei der Bekämpfung illegaler Inhalte stimmen hingegen die gesellschaftlichen und privaten Ziele weitgehend überein, womit gute Voraussetzungen für Selbstregulierung gegeben sind.

Allein die pauschale Beurteilung des Potenzials der Selbstregulierung wäre jedoch irreführend. Erst eine detaillierte Analyse erlaubt Hinweise für die Politik, so etwa bei der Suche nach dem möglichen Beitrag der Selbst- und Ko-Regulierung bei der Inhaltsregulierung im Internet: Grenzüberschreitende Dienste und unterschiedliche nationale Standards bezüglich Moral und Ethik bilden das Ausgangsproblem. Bei der Inhaltsregulierung ist grundlegend zwischen illegalen und jugendgefährdenden Inhalten zu unterscheiden, wofür sich auch unterschiedliche Instrumente anbieten. Dazu zählen die Selbstregulierung, aber auch die Strafverfolgung, die verstärkte internationale Zusammenarbeit und die Förderung der Medienkompetenz. Diese Instrumente sind komplementär zu betrachten – so nützen Selbstregulierungseinrichtungen wie Filter und Hotlines wenig, falls die Nutzer nicht über die notwendige Medienkompe-

tenz verfügen um sie auch zu verwenden. Innerhalb der Selbstregulierungsmaßnahmen bieten sich bei *jugendgefährdenden* Inhalten Verhaltenskodizes, Selbstklassifikationen und Filtersysteme an, bei illegalen Inhalten sind es hingegen Hotlines (Meldestellen), die die Strafverfolgung ergänzen. Für all diese Selbstregulierungsmechanismen stellt sich die Frage nach der optimalen Organisationsform, der Zusammensetzung der Selbstregulierungsorganisationen (insbesondere nach der Einbindung von staatlichen Stellen und der Interessenvertreter) und der genauen Arbeitsteilung zwischen hoheitlicher und Selbst-Regulierung. Hotlines haben beispielsweise den Vorteil, dass sie schneller als die internationale Strafverfolgung arbeiten.

Verstärkte Selbst- und Ko-Regulierung bringt jedoch nicht nur Vorteile, sondern birgt auch *Risiken*, die in der regulierungspolitischen Analyse zu berücksichtigen sind. Dazu zählt die Gefahr, dass es sich bloß um symbolische Politik handelt, mit – im Vergleich zur hoheitlichen Regulierung – schwachen Standards, ineffektiver Durchsetzung und milder Bestrafung, dass die Gefahr des „Regulatory Capture“ (der Vereinnahmung des Regulators durch die Industrie) aufgrund der institutionalisierten Zusammenarbeit in Ko-Regulierungsinstitutionen ebenso wie die Absprachegefahr innerhalb der Industrie wächst.

Zusammenfassend steckt in der neuen Arbeitsteilung zwischen Staat und Industrie ein hohes Potenzial für die Erreichung von Regulierungszielen, das es zu nutzen gilt. Dabei sollte berücksichtigt werden, dass Selbst- und Ko-Regulierung dort am besten funktionieren, wo sie auch staatlich gefördert werden – beispielsweise in Australien. Zu analysieren und zu diskutieren bleibt die spezifische institutionelle Ausgestaltung dieser Zusammenarbeit. Sie entscheidet, welche Interessen sich durchsetzen, in welche Richtung die Regulierung weist, wie es mit der demokratischen Kontrolle der Regulierung aussieht – wer also die Gewinner und Verlierer eines derart veränderten Regulierungssystems sind.

*Univ.-Doz. Mag. Dr. Michael Latzer ist stv. Leiter der Forschungsstelle für institutionellen Wandel und europäische Integration an der Österreichischen Akademie der Wissenschaften und Dozent für Kommunikationsökonomie und -politik an der Universität Wien.*



## Das online-Lexikon der Behörden und Institutionen Österreichs

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

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

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

**[www.amtskalender.com](http://www.amtskalender.com)**

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

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

I.

Die Geschichte des österreichischen Rundfunkrechts ist ua dadurch gekennzeichnet, dass wesentliche Impulse zur Weiterentwicklung dieses demokratiepolitisch besonders sensiblen Rechtsbereiches durch Urteile des EGMR gesetzt wurden. Da aufgrund Art I des BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks (BVG-Rundfunk, BGBl 1974/396) Rundfunk nur aufgrund einer bundesgesetzlichen Bestimmung betrieben werden darf, und ein solches Gesetz somit nicht Schranke, sondern Bedingung des Rundfunks ist<sup>1</sup>, war es bekanntlich bis 1994 lediglich dem ORF gestattet aufgrund der Bestimmungen des RFG Rundfunk zu betreiben. Anderen als dem ORF war es dagegen verwehrt, Rundfunk auf terrestrischem Weg oder via Satellit zu betreiben. Während in anderen europäischen Ländern privater Hörfunk und privates Fernsehen zugelassen wurden, ignorierte die österreichische Politik diese wesentliche Veränderung der europäischen Rundfunklandschaft lange Zeit. Erst aufgrund einer Verurteilung Österreichs durch den EGMR wegen Verletzung des Art 10 EMRK<sup>2</sup> unternahm der österreichische Gesetzgeber Schritte zur Ermöglichung einer dualen Rundfunkordnung, welche durch ein Nebeneinander von öffentlich rechtlichem und privatem Rundfunk gekennzeichnet ist<sup>3</sup>.

Im richtungweisenden Urteil des EGMR „*Informationsverein Lentia ua gegen Österreich*“<sup>4</sup> stellte der Gerichtshof eine Verletzung der EMRK aufgrund des umfassenden Sendemonopols des ORF fest<sup>5</sup>. In diesem Urteil stellte der EGMR klar, dass der Genehmigungsvorbehalt des Art 10 Abs 1 3. Satz EMRK einen fernmelde- und rundfunkrechtlichen Ordnungsvorbehalt umfasst<sup>6</sup>. Dieser Genehmigungsvorbehalt trage nach Auffassung des EGMR Maßnahmen zur Gewährleistung einer funktionierenden fernmeldetechnischen Ordnung, aber ebenso auch Maßnahmen zur Sicherstellung der Rundfunkordnung im Hinblick auf ihre organisatorische und inhaltliche Ausgestaltung. Hierunter fallen va Maßnahmen, die auf eine dem Rundfunk zukommenden demokratiepolitischen und kulturellen Funktionserfüllung abzielen. Die Rundfunkfreiheit könne demnach zwar aus technischen Aspekten beschränkt werden, jedoch könne die Gewährung oder die Verweigerung einer Genehmigung auch von anderen Überlegungen einschließlich solcher abhängig gemacht werden, welche die Art und die Zielsetzungen eines potentiellen Veranstalters, die beabsichtigte Zielgruppe seiner Sen-

dungen auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene, die Interessen und Bedürfnisse eines spezifischen Publikums sowie auch Verpflichtungen aus internationalen rechtlichen Vereinbarungen einschließen<sup>7</sup>.

Als Reaktion auf das Urteil „*Informationsverein Lentia ua gegen Österreich*“ wurde beginnend mit dem 1993 verabschiedeten RRG<sup>8</sup> zögerlich eine gesetzliche Grundlage für die Veranstaltung von privatem Hörfunk geschaffen. Da der VfGH mit Erk vom 27. 9. 1995, G 1219–1244/95<sup>9</sup> die für die Frequenzplanung zentrale Regelung des § 2 RRG als verfassungswidrig aufhob, konnte privater Hörfunk erst nach der Sanierung des RRG im Jahr 1997<sup>10</sup> ermöglicht werden. Die ersten privaten Hörfunkveranstalter könnten ab 1. 4. 1998 ihren Betrieb aufnehmen. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen für Kabel- und Satellitenrundfunk wurden gar erst 1997 geschaffen<sup>11</sup>. Aufgrund der erneuten, mit höchst frag-

# Anmerkungen zum „Tele 1-Urteil“

Martin Attlmayer



würdiger Begründung erfolgten Aufhebung des RRG im Jahr 2000<sup>12</sup> erfolgte in einem groß angelegten Reformpaket eine gänzliche Umgestaltung der rundfunkrechtlichen Gesetzeslandschaft im Jahr 2001<sup>13</sup>.

Bis zum Jahr 2001 konnte somit Hörfunk auf terrestrischem Wege sowie via Kabel oder Satellit veranstaltet werden; die Verbreitung von Fernsehprogrammen war lediglich über Kabel oder Satellit zulässig. Eine gesetzliche Grundlage für die Veranstaltung von privatem Fernsehprogrammen auf terrestrischem Wege fehlte jedoch. In diesem Bereich bestand – mangels gesetzlicher Grundlage für private Veranstalter – das Sendemonopol des ORF. Diese Problematik liegt dem Tele-1-Urteil des EGMR<sup>14</sup> zugrunde.

II.

Im Jahr 1994 beantragte die Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH eine Bewilligung für die Errichtung und den Betrieb eines Fernsehsenders für den Wiener Raum. Dieser Antrag

1 VfGH 16. 12. 1983, B 7/80 (Slg 9909); vgl *Öhlinger*, Rechtsprobleme des Kabelfernsehens und des Satellitenrundfunks, RFR 1983, 38.  
 2 EGMR 24. 11. 1993, Serie A Nr 276, *Informationsverein Lentia ua gegen Österreich*, JBl 1994, 324 ff = EuGRZ 1994, 549; dazu *Holoubek*, Die Rundfunkfreiheit des Art 10 EMRK, MR 1994, 7 ff.  
 3 Zur Entwicklung des privaten Rundfunks vgl *Holoubek*, Das Regionalradiogesetz – Ein erster Überblick, JAP 1993, 43; *Tretter*, Jüngste Entwicklungen im österreichischen Rundfunkrecht, EuGRZ 1996, 77 ff; *Kogler/Traimer*, Privatrundfunkgesetz (1997) 10 ff; *Traimer*, Zum aktuellen Stand der Reform des Rundfunkrechts, in: Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1998) 49 ff.  
 4 FN 2.

5 Dieser Umstand wurde bereits in den 70-er Jahren kritisiert, vgl *Korinek*, Der Österreichische Rundfunk in organisationsrechtlicher und staatsrechtlicher Sicht, in: Die Organisation von Rundfunk und Fernsehen in rechtsvergleichender Sicht (1977) 23; *derselbe*, Die rechtliche Problematik des Rundfunkmonopols, Stb 1977, Folge 11; *derselbe*, Nochmals: Zur Verfassungswidrigkeit des Rundfunkmonopols, Stb 1978, Folgen 19 und 20; *Wittmann*, Rundfunkfreiheit (1981) 140 ff; *Funk*, Rundfunkmonopol aus verfassungsrechtlicher Sicht in Österreich – Gesetzesvorbehalt, Art 10 EMRK, *Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990) 190 f; ablehnend *Knitel*, Zum Rundfunkmonopol in Österreich, Stb 1977, Folgen 19, 20 und 22.

6 EGMR (FN 2) Z 32 f; *Holoubek* (FN 2) 7 mwN.  
 7 EGMR (FN 2) Z 32.  
 8 BGBl 1993/506.  
 9 VfSlg 14.256.  
 10 BGBl I 1997/41.  
 11 Kabel- und Satellitenrundfunkgesetz, BGBl I 1997/42.  
 12 VfGH 29.6.2000, G 175/99 ua; die Begründung, mit der der VfGH § 13 RRG aufhob, ist mit dem positiven Recht verpflichteten Auslegungsmethoden nicht nachvollziehbar.  
 13 Privatfernsehgesetz, BGBl I 2001/84.  
 14 EGMR 21.9.2000 über die Beschw Nr 32.240/96, *Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH gegen Österreich*, ÖJZ 2001, 6 MRK 156 ff.



wurde von der angerufenen Behörde, dem Fernmeldebüro, abgewiesen. Die an den VfGH erhobene Beschwerde blieb erfolglos. Der VfGH wies in diesem Erk<sup>15</sup> darauf hin, dass eine vom BVG über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks geforderte einfachgesetzliche Grundlage für die Veranstaltung privaten terrestrischen Rundfunks nicht vorliege und das vorliegende System der Bewilligung unmittelbar verfassungsgesetzlich festgeschrieben sei und daher eine Überprüfung durch den VfGH nicht unterliege. Darauf erhob die Gesellschaft Beschwerde an die EKMR und behauptete darin, die Entscheidung der österreichischen Behörden, mit denen die Bewilligung auf Errichtung und Betrieb eines Fernsehsenders für den Wiener Raum verweigert wurde, verletzen ihr Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung gemäß Art 10 EMRK.

Der EGMR stellte zunächst fest, dass die Verweigerung der Erteilung einer Rundfunklizenz in Art I Abs 2 BVG-Rundfunk seine Deckung finde. Der Eingriff in das Grundrecht gemäß Art 10 EMRK sei somit „gesetzlich vorgesehen“ und diene unbestritten einem Ziel, das nach Auffassung des EGMR legitim sei. Das in Österreich gehandhabte Monopolsystem vermöge durch die den Behörden übertragenen Überwachungsbefugnisse über das Medium zur Qualität und Ausgewogenheit der Programme beizutragen und stehe daher mit Art 10 Abs 1 3. Satz EMRK im Einklang<sup>16</sup>.

Differenzierter betrachtete der EGMR hingegen die Frage, ob der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ war. In diesem Zusammenhang drehte sich die Frage insbesondere darum, ob das zum Zeitpunkt der bekämpften Entscheidungen bestehende umfassende Fernsehmonopol durch die seit 1994 getroffenen Änderungen der Rechtslage – va durch die Erlassung des Kabel- und Satellitenrundfunkgesetzes –, mit welcher privaten Betreibern der Zugang zu Kabel- und Satellitenfernsehen gewährt wurde, immer noch eine unzulässige Beschränkung des Art 10 EMRK darstelle. Die Beschwerdeführerin brachte hierzu vor, dass diese Alternativen nicht mit terrestrischem Rundfunk vergleichbar seien, was die Zugänglichkeit für die Zuseher anlange. Dagegen führte die Bundesregierung ins Treffen, dass das verbleibende Monopol des ORF für terrestrisches Fernsehen ein geeignetes Mittel darstelle, um die vom BVG-Rundfunk enthaltenen Ziele zu erreichen, da der ORF der Kontrolle der Rundfunkkommission unterliege. Aufgrund der topographischen Lage Österreichs stünden lediglich drei bundesweite Frequenzketten für terrestrisches Fernsehen zur Verfügung, von denen zwei dem ORF zugewiesen seien. Die verbleibende Frequenzkette würde, sollte diese einem privaten Betreiber zugeteilt werden, ein privates Monopol schaffen. Der gesetzgeberische Spielraum, privaten Betreibern die knappen terrestrischen Frequenzen zu verweigern und diesen nur den Zugang zu Kabel- und Satellitenfernsehen zu eröffnen, falle in den den Vertragsstaaten überlassenen Ermessensspielraum.

Bei der Prüfung, ob die Beschränkung der Rundfunkfreiheit zulässig war, unterschied der EGMR – ähnlich wie im Fall *Radio ABC gegen Österreich*<sup>17</sup> – mehrere Zeitperioden. In der ersten Periode, welche den Zeitraum vom Antrag an das

Fernmeldebüro am 30. 11. 1993 bis zum Wirksamwerden des Erk des VfGH vom 27. 9. 1995<sup>18</sup> am 1. 8. 1996 umfasste, lag nach Auffassung des EGMR eine Verletzung des Art 10 EMRK vor, da in dieser Periode keine Rechtsgrundlage bestand, die einem anderen als dem ORF die Errichtung oder den Betrieb eines Fernsehsenders gestattete. Für diese Periode war daher die Situation der Beschwerdeführerin nicht anders als im Fall *Informationsverein Lentia ua gegen Österreich*<sup>19</sup>.

Die zweite Periode umfasste den Zeitraum vom Wirksamwerden des Erk des VfGH vom 27. 9. 1995 am 1. 8. 1996 bis zum Inkrafttreten des Kabel- und Satellitenrundfunkgesetzes am 1. 7. 1997. Für diese Periode stellte der Gerichtshof fest, dass es privaten Rundfunkbetreibern frei stand, ihre eigenen Programme zu schaffen und über ein Kabelnetz ohne damit verbundene Bedingungen zu verbreiten, während terrestrisches Fernsehen nach wie vor dem ORF vorbehalten war. Für diesen Zeitraum erachtete der EGMR keine Verletzung des Art 10 EMRK für gegeben. Er folgte im Ergebnis der Argumentation der Bundesregierung, dass dadurch, dass privaten Rundfunkbetreibern der Zugang zum Kabelrundfunk gestattet sei, eine weniger einschränkende Lösung als die frühere, dem ORF ein vollständiges Rundfunkmonopol gewährende, gegeben sei. Dadurch, dass nach Ansicht des EGMR alle Haushalte, welche in Wien Fernsehen empfangen, die Möglichkeit hätten an das Kabelnetz angeschlossen zu werden. Daher sei der durch die Unmöglichkeit, eine terrestrische Fernsehlizenz zu erhalten, bedingte Eingriff nicht als unverhältnismäßig gegenüber den vom BVG-Rundfunk verfolgten Zielen anzusehen<sup>20</sup>. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, die dritte verfügbare Frequenzkette hätte lokalen bzw regionalen Rundfunkbetreibern zugeteilt werden müssen, wie dies im Bereich der Hörfrequenzen aufgrund des RRG geschehen sei, folgte der EGMR nicht. Er stellte vielmehr fest, dass für die zweite Periode keine Verletzung des Art 10 EMRK stattgefunden hat.

Für die dritte Periode, den Zeitraum ab dem Inkrafttreten des Kabel- und Satellitenrundfunkgesetzes am 1. 7. 1997, führte der Gerichtshof aus, dass die Beschwerdeführerin keine Kabelfernsehaktivitäten gemeldet habe, noch einen Antrag auf Erteilung einer Bewilligung für Satellitenfernsehen gestellt habe und daher nicht über diese Periode abgesprochen werden musste und verwies auf Z 37 des Urteils *Radio ABC gegen Österreich*<sup>21</sup>. Dort stellte der Gerichtshof – freilich zur Frage der Zulässigkeit der Genehmigung und des Betriebes des terrestrischen Hörfunks – für den Zeitraum ab dem Inkrafttreten der Novelle zum RRG, BGBl I 1997/41, am 1. 5. 1997 „mit Genugtuung fest, daß Österreich gesetzliche Regelungen erlassen hat, um die Erfüllung seiner Verpflichtungen sicherzustellen“<sup>22</sup>. Es ist daher mE davon auszugehen, dass der EGMR auch für die dritte Periode ab dem 1. 7. 1997 keine Verletzung des Art 10 EMRK anzunehmen scheint.

### III.

Das Urteil „*Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH*“ ist in mehrerer Hinsicht bemerkenswert. Der EGMR zeigte zum wiederholten Male auf, dass der in Art 10 EMRK festgelegte Genehmi-

15 VfGH 5.3.1996, B 2674/94 (Slg 14.453).

16 EGMR (FN 14) Z 28.

17 EGMR 20. 10. 1997, Nr 109/1996/728/925, *Radio ABC gegen Österreich*, ÖJZ 1998, 7 MRK 151 f.

18 Siehe dazu FN 9.

19 EGMR (FN 14) Z 35.

20 EGMR (FN 14) Z 40.

21 EGMR (FN 14) Z 42.

22 EGMR (FN 17) Z 37.

gungsvorbehalt dem Staat als „letzten Garanten“ der Meinungsvielfalt<sup>23</sup> für die Ausgestaltung der Rundfunkordnung weit reichende Eingriffsmöglichkeiten in die grundrechtlich verbürgte Rundfunkveranstalterfreiheit ermöglicht, die im Vergleich zu anderen Medienfreiheiten weiter gehend sind. Art 10 Abs 1 3. Satz EMRK ermöglicht es dem nationalen Gesetzgeber, spezifische rundfunkpolitische Vorstellungen umzusetzen, die sich aus der konkreten Auffassung des Staates über spezifische Aufgaben und Funktionen des Rundfunks ergeben. Somit kommt dem nationalen Gesetzgeber sowohl hinsichtlich den aus Art 10 EMRK folgenden Gewährleistungspflichten als auch bei der Beschränkungsmöglichkeit der individuellen Rundfunkveranstalterfreiheit ein weiter „margin of appreciation“ zu. Diese spezifischen rundfunkpolitischen Vorstellungen sind in Art I Abs 2 BVG-Rundfunk vorgesehen. Nach diesem BVG ist die Zulässigkeit der Veranstaltung von Rundfunk an das Vorliegen einer einfachgesetzlichen Grundlage gebunden. Nach der Gesetzeslage zum Zeitpunkt der Erlassung des gegenständlichen Urteils bestanden solche gesetzlichen Grundlagen für alle Rundfunkveranstaltungen des ORF im RFG, für terrestrischen Hörfunk im RRG und für die Veranstaltung von Kabel- und Satellitenrundfunk (Hörfunk und Fernsehen) im Kabel- und Satellitenrundfunkgesetz. Die drahtlose terrestrische Verbreitung von Fernsehprogrammen war aufgrund der Gesetzeslage ausschließlich dem ORF vorbehalten.

Der EGMR akzeptierte offensichtlich diese partielle Monopolstellung des ORF, obwohl sogar nicht vom ORF genutzte Frequenzen ausreichend vorhanden waren und sah den von der österreichischen Gesetzgebung vorgesehenen Beschränkung der Rundfunkfreiheit als gerechtfertigt an, ohne freilich im Einzelnen näher zu prüfen, ob auf der Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ und verhältnismäßig ist.

Im Sinne des Art 10 Abs 2 EMRK ist ein Eingriff „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“, wenn er einem „dringenden sozialen Bedürfnis“ entspricht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem damit verfolgten Zweck steht<sup>24</sup>. Bei der Bestimmung des Eingriffes müssen die Konventionsorgane auch den Beurteilungsspielraum berücksichtigen, welcher den Vertragsstaaten eingeräumt ist<sup>25</sup>. Zweifellos gewährleistete der in § 2 RFG normierte Programmauftrag des ORF die im BVG-Rundfunk aufgezählten Ziele der Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit sowie die Unabhängigkeit der Personen und Organe, die mit der Besorgung des Rundfunks betraut sind. Die Aufsicht des ORF durch die Rundfunkkommission stellte auch ein geeignetes Mittel dar, diese Ziele zu gewährleisten. Dennoch ist mE in Frage zu stellen, ob die zum Entscheidungszeitpunkt bestehende Rechtslage, welche trotz des Bestehens einer ungenutzten

nationalen Frequenzkette ausschließlich dem ORF die Veranstaltung terrestrischen Fernsehens in Österreich gestattete, ein zur Erreichung der im BVG-Rundfunk normierten geeignetes Mittel darstellte.

Die Bundesregierung rechtfertigte dies im Wesentlichen mit zwei Argumenten:

- ▷ der aufgrund der topographischen Situation Österreichs beschränkten Frequenzressourcen, welche nur einen einzigen nationalen nicht öffentlich-rechtlichen Veranstalter von terrestrischem Fernsehen zulasse, sodass ein privates Meinungsmonopol zu befürchten sei; sowie
- ▷ des Umstandes, dass schrittweise die Rundfunklandschaft in Österreich sich verändert habe, sodass alternative Möglichkeiten der Veranstaltung von Rundfunk bestünden.

Der EGMR setzte sich mit dem ersten Argument nicht weiter auseinander. Tatsächlich spricht vordergründig einiges für die Position der Bundesregierung: Bevor man einem einzigen Bewerber von mehreren die nationale Frequenzkette zuweist und damit andere ausschließt, vergibt man sie gar nicht. ME vermag das Argument einer näheren Prüfung nicht standzuhalten. So bestand auch im RRG eine vergleichbare Situation auf regionaler Ebene. § 20 Abs 1 RRG sah daher vor, dass die Behörde bei mehreren gleichwertigen Antragstellern für dieselbe Zulassung auf die Bildung einer Veranstaltergemeinschaft hinzuwirken ist. Es hätte daher im Fall der einen nationalen Frequenzkette eine gesetzliche Regelung vorgesehen werden können, die auf die Bildung einer Veranstaltergemeinschaft und damit auf einen innenpluralen Veranstalter abzielt<sup>26</sup>. Dies wäre zweifellos ein geringerer Eingriff in die Rundfunkfreiheit als die gänzliche Ausschaltung anderer Veranstalter als den ORF vom terrestrischen Fernsehen. Im konkreten Fall hätte mE auch berücksichtigt werden müssen, dass die Beschwerdeführerin lediglich ein für den Wiener Raum beschränktes terrestrisches Fernsehen zu veranstalten beabsichtigte. Eine Realisierung des Konzeptes hätte jedenfalls die bestehende ungenutzte dritte Frequenzkette geteilt und damit ein allenfalls gewünschtes bundesweites privates Fernsehprogramm faktisch verhindert. Die politische Grundsatzentscheidung zur Realisierung eines nationalen Privatfernsehprogrammes anstelle mehrerer regionaler wäre mE ein von Art 10 EMRK gedeckter Verweigerungsgrund<sup>27</sup>. Gleiches dürfte auch für ein weiteres denkbares Argument sprechen, nämlich dass die dritte Frequenzkette zur Digitalisierung der Fernsehfrequenzen benötigt werde<sup>28</sup>, was zur Folge hätte, dass die Frequenzknappheit deutlich gemildert würde. Solche Argumente wurden aber im Verfahren offenbar nicht ins Treffen geführt.

Das zweite Argument der Bundesregierung, die österreichische Rundfunklandschaft habe sich stufenweise verändert und biete weit gehende Zugangsmöglichkeiten zur Veranstaltung von Rundfunk durch andere Veranstalter als

<sup>23</sup> Vgl dazu EGMR (FN 2) Z 38; dazu *Holoubek* (FN 2) 9; *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar<sup>2</sup> (1996) Rz 13 zu Art 10 EMRK.

<sup>24</sup> EKMR 6.7.1993, Nr 18353/91, *M.N. gegen Spanien*, EuGRZ 1992, 557.

<sup>25</sup> EGMR 28. 3. 1990, Nr 14/1988/158/214, *Groppera Radio AG ua gegen Schweiz*, EuGRZ 1990, 259; EGMR 20. 11. 1989, Serie A Nr 165, *Markt intern ua gegen Deutschland*, Z 33.

<sup>26</sup> Eine vergleichbare Bestimmung wurde jedoch nicht in das Privatfernsehgesetz aufgenommen. Vielmehr erhält von mehreren Antragstellern der-

jenige die Zulassung, der bestimmte, gesetzlich definierte Kriterien am besten erfüllt (§§ 7 und 8 leg cit).

<sup>27</sup> Im Privatfernsehgesetz hat der Bundesgesetzgeber jedoch diesen Spielraum anderweitig hinterfüllt. Sofern keine oder nicht den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Anträge für bundesweites Fernsehen binnen Antragsfrist bei der Behörde einlangen, hat diese gemäß § 8 Privatfernsehgesetz die Anträge für nicht-bundesweites Fernsehen zu behandeln.

<sup>28</sup> Dieses Argument wurde seitens des ORF – erfolgreich – gegen eine im Spätherbst 1998 vorbereitete Novelle (1522 BlgNR 20. GP) zum Kabel- und Satellitenrundfunkgesetz, mit der privates terrestrisches Fernsehen eingeführt werden sollte, vorgebracht, vgl dazu die Rede des GI Weis vom 26. 11. 1998 abgedruckt in: BKA (Hrsg), *Audiovisuelle Medien und Behörden* (1998) 49 ff.

den ORF, wurde letztlich vom EGMR aufgegriffen. Offensichtlich vertritt der EGMR die Auffassung, dass die Veranstaltung von Fernsehen durch Private nicht in unverhältnismäßiger Weise beschränkt sei, weil die Möglichkeit der Verbreitung von Fernsehprogrammen über Satellit und Kabelsysteme im Gegensatz zur Situation zum Zeitpunkt des Urteils „*Informationsverein Lentia ua gegen Österreich*“, wo neben dem Betrieb von Rundfunk über staatliche Sender dieser nur in äußerst beschränktem Umfang in lokalen Kabelsystemen möglich war<sup>29</sup>, zwischenzeitig sehr weitreichend möglich waren und hinsichtlich der Erreichbarkeit der Bevölkerung mit der drahtlosen terrestrischen Übertragung durchaus vergleichbar erscheint. Diesem Schluss ist mE im Ergebnis beizupflichten. Tatsächlich stellt grundsätzlich Kabel- und Satellitenfernsehen eine tragfähige Alternative dar. Insofern dürfte sich Fernsehen als immobiles Medium vom Hörfunk, der zu einem wesentlichen Teil im Auto, also mobil, gehört wird, wesentlich unterscheiden. Reiner Kabel- oder Satellitenhörfunk dürfte kaum ein Surrogat für die terrestrische Verbreitung darstellen. Dennoch ist auch bei Fernsehprogrammen zu beachten, dass reine Satelliten- und Kabelfernsehprogramme wirtschaftlich nicht denselben Erfolg und Stellenwert haben, wie terrestrisch verbreitete Fernsehprogramme.

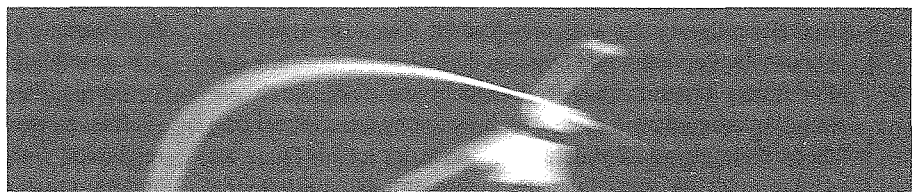
Insoweit kommt dem Sondervotum des Richters *Bonello* Bedeutung zu, demzufolge seines Erachtens eine Verletzung dann vorliegen dürfte, wenn die Alternative (des Kabelfernsehens) lediglich als Unterhalten für Plutokraten verfügbar gewesen wäre. Eine solche Situation wäre dann gegeben, wenn dem Betreiber unverhältnismäßige Last auferlegt oder eine Anschluss für den Teilnehmer eine signifikante Last für den Teilnehmer bewirken würde. Dieser Aspekt könnte mE in Zukunft mehr Gewicht erhalten, da – etwa mit dem pay TV – durchaus Bestrebungen der Betreiber bestehen finanziell den Zugang zu den Programmen sich vom Zuseher abgelden zu lassen. Sollte diese finanzielle Hürde zu einer Belastung der Zuseher werden, könnte im Sinne des obigen Sondervotums eine Verletzung des Art 10 EMRK vorliegen.

IV.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der EGMR die Rundfunkfreiheit offensichtlich dahingehend interpretiert, dass diese nicht eine Verpflichtung des Staates, alle verfügbaren Technologien zur Verfügung stellen zu müssen, normiert. Vielmehr wird in dieser Hinsicht ein weit gehender Gestaltungsspielraum des Staates akzeptiert, sofern die individuelle Rundfunkveranstalterfreiheit nicht gänzlich eingeengt wird. Ermöglicht der Staat den Zugang zu den durch keine knappen Ressourcen geprägten Bereichen des Kabel- und Satellitenrundfunks, kann er offenbar im Bereich des terrestrischen Rundfunks sogar verfügbare Frequenzen ungenutzt belassen und Bewerbern um diese Ressourcen vom Zugang hierzu ausschließen. Damit folgt der EGMR im Wesentlichen der Spruchpraxis der EKMR<sup>30</sup>, welche für den Bereich der Gestaltung der nationalen Rundfunkordnung den Gestaltungsspielraum des Art 10 Abs 1 3. Satz iVm Abs 2 EMRK betont.

Mit der Erlassung des Privatfernsehgesetzes im Juli 2001 ist die Kernproblematik des hier besprochenen Urteils des EGMR weggefallen. Nunmehr ist die Veranstaltung von Fernsehen für Private gesetzlich möglich. Dennoch hat das „Tele 1“-Urteil mE auch in Hinkunft im Einklang mit dem „Lentia“- und „Radio ABC“-Urteil Bedeutung für die österreichische Rundfunklandschaft. Wesentlichste Erkenntnis aus dem „Tele 1“-Urteil ist mE der Umstand, dass der staatliche Gestaltungsspielraum dann besonders groß ist, wenn eine vergleichbare Alternative den Betreibern offen steht. Dies könnte für künftige Entwicklungen jedoch nicht unwesentlich sein. Werden zB nur einem Betreiber digitalisierte Frequenzspektren zur Verfügung gestellt und den anderen alle bisher bekannten, könnte dies mit dem „Tele 1“-Urteil ohne weiteres gerechtfertigt werden. Denn der Umstand, dass den übrigen Betreibern wesentliche Wettbewerbsnachteile – ihr Fernsehprogramm wird im wesentlich geringeren Umfang von den Zusehern beachtet –, wurde bisher vom EGMR nicht in Erwägung gezogen. Hierin liegt wohl auch die Schwäche dieses Urteils.

Dr. Martin Attlmayr ist RAA in Kufstein.



29 Dazu *Wittmann*, Öffnung der Kabelnetze für eigene Programmschöpfung, MR 1995, 162 ff.  
 30 Vgl *Strasser*, Rechtsprechungsbericht über unzulässige Beschwerden: 7 Radio- und Fernsehfälle, EuGRZ 1994, 522 ff; EKMR 11. 1. 1993, 17505/90, *Nydal gegen Schweden* (Lizenzausschluss für Privatpersonen im Lokalradiobereich im Hinblick auf Art 10 EMRK zulässig), EKMR 15. 1. 1993, 18424/91, *Röda*

*Korsets Ungdomsförbund ua gegen Schweden* (Verbot kommerzieller Werbung in Lokalradios widerspricht nicht Art 10 EMRK) und EKMR 6. 7. 1993, 18424/91, *M. N. gegen Spanien* sowie EKMR 11. 1. 1994, 21472/93, *X.S.A. gegen Niederlande* (zugangsbegrenzende Lizenzbedingungen im lokalen Fernsehbereich EMRK konform).



Der VfGH sprach mit Erkenntnis vom 29. 6. 2000 aus, dass die Privatradiobehörde verfassungswidrig ist. Es war daher notwendig die Regulierungsbehörde gesetzlich neu zu regeln. Da eine verfassungsmäßige Mehrheit im Nationalrat nicht zu Stande kam, wurde die KommAustria als weisungsgebundene Behörde eingerichtet. Sie nahm mit 1. 4. 2001 ihre Tätigkeit auf.

Die Behörde hatte keinen leichten Start. Sie musste 23 Lizenzen, deren Ausschreibung am 20. April endete, binnen 2 Monaten neu vergeben und auch andere Entscheidungen, die von der Privatradiobehörde aufgrund des Erkenntnisses des VfGH sinnvollerweise nicht mehr getroffen wurden, fällen. Die KommAustria hat diese Aufgaben verfahrensmäßig bravourös erledigt, auch wenn an den Entscheidungen einige Kritik angebracht werden kann – dazu aber später. Inzwischen wurden auch längst anhängige Verfahren, wie zB die Lizenzvergabe für ein drittes Lokalradio in Innsbruck erledigt, die Lizenzen für ein bundesweites und regionale Fernsehizenzen ausgeschrieben und die Sanierung anderer aufgehobener Bescheide gestartet.

Es ist also an der Zeit, eine erste Bilanz zu ziehen.

Gem § 1 Abs 1 KommAustria Gesetz wird der KommAustria die Verwaltungsführung in Angelegenheiten der Rundfunkregulierung übertragen. Die Verwaltungsführung umfasst

- ▶ die Erteilung von Lizenzen sowie der Bewilligung für die Nutzung der Frequenzen und
- ▶ die Rechtsaufsicht über die privaten RundfunkveranstalterInnen.

Die Aufgaben der Privatradiobehörde war im Wesentlichen auf die Erteilung der Lizenzen im Sinne der Bestimmungen des Regionalradiogesetzes beschränkt. Der Tätigkeitsbereich der KommAustria ist wesentlich umfangreicher. Sie hat nicht nur die Lizenzen entsprechend der Auswahlgrundsätze zu vergeben und die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu überwachen, sondern mit ihrer Tätigkeit auf die Verwirklichung der in § 2 Abs 2 KOG definierten Zielsetzungen hinzuwirken. Die RTR-GmbH dient der KommAustria nicht nur zur administrativen Unterstützung, sondern auch als Kompetenzzentrum.

Die Behörde hatte im Zuge ihrer bisherigen Tätigkeit ausreichend Zeit zu beweisen, inwieweit ihr an der Umsetzung dieser Ziele gelegen ist. Die Tätigkeit der KommAustria soll daher anhand folgender Punkte beurteilt werden:

- ▶ Sicherung der Meinungsvielfalt und Förderung der Qualität
- ▶ Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter
- ▶ Entwicklung technischer und ökonomischer Konzepte

### Sicherung der Meinungsvielfalt und Förderung der Qualität

Bei kritischer Beurteilung der bisherigen Entscheidungen müssen allerdings Zweifel angebracht werden, ob diese Behörde wirklich eine Garantin zur Sicherung der Meinungs- und Medienvielfalt – wie es der EGMR in seinem Urteil<sup>1</sup> von

der Republik Österreich gefordert hat – sein wird. Zugegeben mit Beseitigung der Beteiligungsbeschränkungen<sup>2</sup> haben sich die gesetzlichen Bedingungen diesbezüglich erheblich verschlechtert. Der KommAustria muss allerdings auch vorgeworfen werden, ihre Kompetenzen insbesondere im Zuge der Lizenzvergabe, aber auch im Rahmen der Bewilligung der Übertragung von mehr als 50% der Gesellschaftsanteile (gem § 7 Abs 6 PrR-G) nicht wirklich ausgenutzt zu haben. Es ist zu begrüßen, dass der *Donauradio Wien GmbH* eine Sendelizenz mit der Frequenz 92,9 für das Versorgungsgebiet Wien unter Hinweis auf die „größere Meinungsvielfalt“ im Vergleich zum Antragsteller *92,9 HitFM* zugeteilt wurde. Angesichts dieser Entscheidung ist nicht nachvollziehbar, warum in Salzburg zwei Lizenzen für Lokalradios der *Mediaprint-Gruppe* zugeteilt wurden. Auch hier kann nicht mehr von einer Vielfalt, sondern muss von einer bedenklichen Medienkonzentration gesprochen werden, verfügt doch allein die *Kronen-Zeitung* in Salzburg über eine Reichweite von 40,6%. Aber nicht nur in Salzburg, auch in Oberösterreich hat inzwischen die *Mediaprintgruppe* einen Großteil der Lokalradios übernommen. Darüber hinaus wird

## KommAustria – aber wohin?

Sepp Brugger



das Programm des *Krone-Hit-Radio* in der Steiermark, Kärnten und Wien ausgestrahlt. In Tirol musste sich die *Mediaprint-Gruppe* mit dem Lokalradio Kitzbühel zufrieden geben. Anders die Situation in Vorarlberg, hier gehört der Medienbereich noch immer dem *Eugen Ruß-Verlag*<sup>3</sup>, dessen Monopol-Stellung nicht einmal die *Mediaprint* durchbrechen konnte. Die *Mediaprintgruppe* konnte sich somit auch im Radiobereich eine marktbeherrschende Position sichern und verfügt – von einigen Lücken im Westen abgesehen – praktisch als Einzige über eine bundesweite Radiolizenz. Diese Konstruktion entstand aufgrund der Beseitigung der Beteiligungsbeschränkungen im Privatradiogesetz. Die Eingriffsmöglichkeiten der KommAustria sind zwar beschränkt, dennoch hätte sie in manchen Fällen und zwar nicht nur bei der Lizenzvergabe der Lokalradiofrequenz 92,9 in Wien korrigierend eingreifen können. Der Behörde kann also der Vorwurf nicht erspart bleiben, den gesetzlichen Auftrag im Sinne des § 2 Abs 2 KOG bisher nicht erfüllt zu haben. Möglicherweise sind die Erwartungen an eine weisungsgebundene Behörde, Meinungs- und Medienvielfalt zu sichern, utopisch angesichts des politischen Willens der Regierung, der auf die Stärkung der bestehenden Konzerne abzielt.

<sup>1</sup> Urteil des EGMR vom 24. 11. 1993 in dem Verfahren Informationsverein Lentia ua gegen Österreich

<sup>2</sup> Die in § 10 des RRG verankerten Beteiligungsbeschränkungen haben zwar auch nicht die Meinungsvielfalt gesichert zumindest aber Medienkonzentrationserscheinungen, wie wir sie heute

im Radiobereich haben, verhindert. Im Privatfernsehgesetz (§ 11) wurde dagegen ein Marktanteilsmodell – wie es auch in der EU diskutiert wird – festgeschrieben. Nach diesen Bestimmungen erhalten MedieninhaberInnen keine Fernsehizenzen, wenn sie bereits über mehr als 30% des Marktanteils im Print- (Tages- oder Wochenzeitungen)

oder Radiobereich verfügen bzw an diesen mit mehr als 25% beteiligt sind.

<sup>3</sup> Auch diese Entscheidungen können wohl kaum als Sicherung der Medien- und Meinungsvielfalt verstanden werden. Aber auch die Funkhauslösung in Tirol spricht nicht für Meinungsvielfalt im Privatradiobereich.

**Förderung des Marktzutritts neuer Anbieter**

Diese Zielsetzung steht in direktem Zusammenhang zur Meinungs- und Medienvielfalt. Neue Anbieter gewähren am ehesten mehr Vielfalt am Medienmarkt. Aber auch die KommAustria setzt bis jetzt – wie die Privatradiobehörde – nur die Platzhirschpolitik<sup>4</sup> fort. Im Zuge der so genannten Privatisierung war und ist es offensichtlich politisch durchaus beabsichtigt, dass die jeweiligen Platzhirsche im Printmedienbereich ihr Revier auch auf dem elektronischen Sektor verteidigen können.<sup>5</sup> Es gab 154 Bewerbungen um 23 Lizenzen. Darunter befanden sich einige durchaus seriöse Anträge, die KommAustria hatte daher die Chance, neuen Anbietern den Marktzutritt zu ermöglichen. Zumindest im Falle der Lokalradiofrequenz 92,9 hatte die Behörde den Mut eine Entscheidung für Vielfalt zu treffen. Aus demselben Grunde hätte allerdings die Behörde konsequenterweise auch in einigen anderen Fällen (zB Graz, Vorarlberg, Salzburg, Innsbruck . . .) die Lizenz nicht den bisherigen, sondern anderen (neuen) Anbietern erteilen müssen.

*Entwicklung technischer und ökonomischer Konzepte*

Anders als die Privatradiobehörde hat die KommAustria den konkreten Auftrag, Hilfestellungen für die PrivatradiobetreiberInnen zu leisten. Die Behörde kann also nicht nur im Zuge ihrer Entscheidungstätigkeit auf die Umsetzung der im Gesetz definierten Ziele hinarbeiten. In technischer Hinsicht wird die Hilfe wohl darin bestehen müssen, optimale Übertragungsmöglichkeiten sicherzustellen. Was die Unterstützung in wirtschaftlicher Hinsicht betrifft, wird man sicher nicht erwarten können, dass die KommAustria Finanzkonzepte für die einzelnen RadiobetreiberInnen erarbeitet. Aber die Behörde wird sich Gedanken zu machen haben, wie zwecks Sicherung der Vielfalt im Radiobereich insbesondere lokale Radios überleben können. Die Chance österreichischer Medien in einer zunehmend globalisierten Medienwelt kann nur in der Nutzung kleinräumiger Nischen bestehen. Die Strategie der privaten audiovisuellen Medien kann nicht dahin gehen, eine möglichst starke wirtschaftliche Konkurrenz zum ORF zu bilden, sondern auf inhaltlicher Ebene Kompetenzen auf- und auszubauen.

Es ist ein Irrglaube anzunehmen, dass österreichische Medienunternehmen im Wettkampf mit den internationalen Großkonzernen mitspielen können. Die Medienpolitik muss daher darauf ausgerichtet sein, einer möglichst großen Anzahl an kleinstrukturierten Medienunternehmen Entwicklungschancen einzuräumen und nicht die Medienmacht einzelner weniger Konzerne noch mehr anwachsen zu lassen.

**Die Bedeutung der lokalen Radios**

Gerade im lokalen Bereich kann ein Radio als identitätsstiftendes Medium eine erhebliche Rolle spielen. Es bildet somit einen Gegenpol zur massenmedialen Globalisierung und dient in diesem Kontext als Artikulationsmedium zur Erhaltung der lokalen Identität. Die Kompetenzen der Lokalradios liegen sowohl im Kommunikations- wie im Informationsbereich. Zur Konsum- und Unterhaltungsorientierung kommt die Aufgabe des Radios als Kommunikationsmedium. Hier können die HörerInnen in das Programm eingebunden werden, am Programm teilhaben und sich so mit den lokalen Gegebenheiten auch auf einer medialen Ebene auseinander setzen. Leider wurden diese Chancen und Möglichkeiten im lokalen Bereich nur von wenigen BetreiberInnen genutzt, hier sind vor allem die freien nichtkommerziellen Radios zu nennen. Dies ist umso bedauerlicher, als gerade auch in wirtschaftlicher Hinsicht im lokalen Bereich Markt- und Informationsnischen bestehen, die weder vom ORF noch den sog. „global playern“ besetzt sind.

Die Entwicklung in Österreich zeigt, dass viele lokale BetreiberInnen an der mangelnden fachlichen Kompetenz scheiterten. Die Annahme, dass Hörfunk entsprechend den Erfahrungen aus dem Printmedienbereich zu betreiben ist, erwies sich als falsch. Die Euphorie nach der Lizenzierung hat sich auch aufgrund der mangelnden wirtschaftlichen Kompetenzen vielerorts in eine Katerstimmung umgewandelt. Diese führte direkt zu Verkaufsverhandlungen, um den Schaden möglichst zu begrenzen. Das Ergebnis dieser Entwicklung liegt bereits drei Jahre nach der Liberalisierung vor: Selbstständige Lokalradios können heute nahezu an einer Hand abgezählt werden. Ein Großteil der lokalen BetreiberInnen konnten den Begehrlichkeiten der *Mediaprint* nicht widerstehen. Bedauerlicherweise wurde diese Entwicklung einerseits durch die Gesetzesnovelle ermöglicht, andererseits hat sich die Behörde bis heute nicht entschlossen diese Medienkonzentration gemäß ihren Möglichkeiten zu bremsen. In diesem Zusammenhang bietet sich der Behörde ein reiches Betätigungsfeld insbesondere mit wirtschaftlichen Konzepten den lokalen Radios Hilfe zu leisten.

Die einzigen ökonomischen Konzepte der Behörde waren bis heute die Aufforderungen einen Finanzierungsbeitrag zu deren Betrieb zu leisten. Es wäre eigentlich zu erwarten gewesen, dass die KommAustria durchaus Überlegungen anstellt, wie die Finanzierung ihrer Aufgaben und Tätigkeiten sichergestellt werden könnte, ohne wirtschaftliche schwache Lokalradios zusätzlich zur Kasse zu bitten. Hier würden sich die von der GIS (Gebühren Inkasso Service) eingehobenen Gebühren für die Radio- und Fernsehempfangseinrichtungen von insgesamt ca. 690 Millionen Schilling/Jahr anbieten. Diese Gebühr wird in zweckwidriger Weise nicht für den audiovisuellen Bereich, sondern vom Finanzminister wie eine Steuer zur Sicherung des „Null-Defizits“ verwendet. Gebühren sind grundsätzlich zweckgebunden einzusetzen, weshalb diese Praxis auch verfassungsrechtlich bedenklich ist. Es wäre daher nur logisch und konsequent, wenn mit dieser Gebühr, die von jedem Inhaber ei-



4 Vgl Michael Holoubek, Rundfunkrechtliche Probleme des Medienverbundes in: Josef Aicher/Michael Holoubek (Hrsg.), *Das Recht der Medienunternehmen*, 1998, S 107 f.

5 Im Zuge der so genannten Privatisierung ist es offensichtlich politisch durchaus beabsichtigt, dass die jeweiligen Platzhirsche im Printmedienbereich ihr Revier auch auf dem elektronischen Sektor verteidigen können. Vgl dazu Michael

Holoubek, *Rundfunkrechtliche Probleme des Medienverbundes* in: Josef Aicher/Michael Holoubek (Hrsg.), *Das Recht der Medienunternehmen*, 1998, S 107 f.



nes Radio- und Fernsehgerätes eingehoben wird, und die nichts mit dem Programmtegelte für den ORF zu tun hat, die KommAustria finanziert würde. Selbst wenn der Finanzbedarf die angenommenen ATS 20 Millionen überstiege, bleiben noch genügend Mittel, um freie nichtkommerzielle und lokale kommerzielle Radios zu fördern, aber auch die Filmwirtschaft zu unterstützen.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass beispielsweise in Bayern nicht nur die Landesmedienanstalt, sondern auch die Privatradios durch Gebühren der Hörer- und SeherInnen mitfinanziert werden. Auch in der Schweiz werden lokale RadiobetreiberInnen finanziell unterstützt. Ebenso wird besondere Qualität im Programm gefördert. Angesichts der Zielsetzungen wäre zu erwarten, dass die KommAustria angelehnt an internationale Modelle auch in Österreich Finanzierungskonzepte entwickelt. Die relativ harschen Schreiben, in denen die Behörde die Radio- und FernsehbetreiberInnen auffordert, ihren Finanzierungsanteil zu leisten, deuten jedoch auf eine andere Auffassung in der Behörde hin. Dabei ist zu bedenken, dass nach den gesetzlichen Bestimmungen (§ 10 Abs. 4 KOG) der „branchenspezifische Auf-

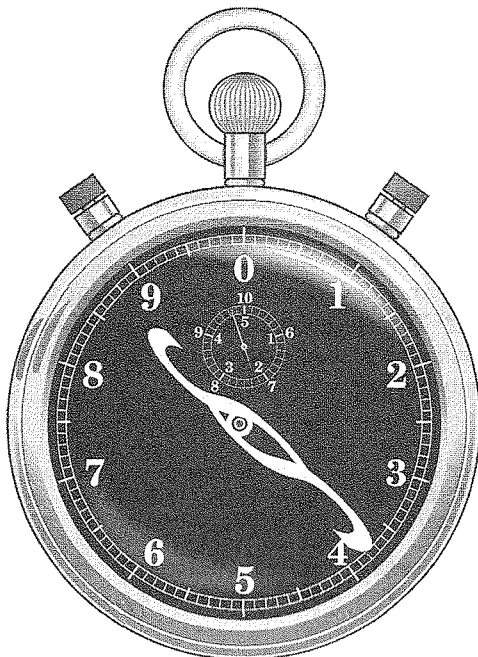
wand bis spätestens 31. Jänner jeden Jahres zu schätzen ist.“ Da die Finanzierungsbeiträge anhand dieser von der RTR-GmbH veröffentlichten Schätzungen zu leisten sind, könnte man durchaus die Auffassung vertreten, dass Zahlungsaufforderungen anhand der im Juni ergangenen Schätzungen nicht zu leisten sind, zumal im Gesetz eine Übergangsbestimmung nicht vorgesehen ist.

Grundsätzlich ist zu bedauern, dass der politische Wille zur Einrichtung einer unabhängigen Medienbehörde weder bei den Regierungsparteien, noch bei der SPÖ, vorhanden war. Davon abgesehen hätte die KommAustria erhebliche Kompetenzen, entscheidende medienpolitische Akzente zu setzen. Diese Chance wurde bis heute nicht wirklich wahrgenommen. Der Behörde muss vorgeworfen werden, nicht einmal eine klare Linie in ihrer Tätigkeit zu verfolgen. Aber vielleicht besteht die Politik der Behörde darin, die Wünsche der Regierungsparteien umzusetzen, und diese sind, wie wir wissen, widersprüchlich.

*Dr. Sepp Brugger ist Berater der „Grünen“ in Medienfragen.*

# jusline-pro

## one-stop-shopping for professionals



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

Sparen Sie Zeit: [www.jusline-pro.at](http://www.jusline-pro.at)

# democracy.babble@cec.eu.it

## A Note on the Commission's White Paper on Governance

Alexander Somek

### An Empire in Search of Legitimacy

The political development of European integration has shown that calls for the democratisation of European governance are likely to stay behind their best intentions. This is true, in particular, with regard to the loftiness with which the European Commission recently has introduced proposals for reform in the so called "White Paper on European Governance."<sup>1</sup> At bottom, this paper is a subtle diatribe against the prevalence of intergovernmentalism in the Union. At the same time, it also conveys a certain narrow conception of democracy. This conception is minimalist. It contends itself with taking part of the whole for the whole: it includes participation by excluding representation, referenda, party programs etc.

### The Broad Notion

The White Paper sets out with what it takes to be five principles of "good governance"<sup>2</sup>, namely, "openness", "participation", "accountability", "effectiveness" and "coherence."<sup>3</sup> The authors of the paper are sanguine enough to claim that "each principle is important for establishing more democratic governance".<sup>4</sup> This may well be the case as regards the first three principles, however, it is scarcely evident when it comes to the latter two. There is neither a necessary nor a sufficient relation between democracy on the one hand and the effectiveness or coherence of legislation on the other. Admittedly, a democratic polity fares better if legislation partakes of those virtues, yet it cannot be denied that a government is democratic even if its laws lack coherence or are poorly drafted.<sup>5</sup> The generous use made of the concept "democracy" in the White paper bespeaks the lack of serious reflection with which this idea is deployed in a transnational context. This raises the suspicion that "democracy" is made subservient to promoting<sup>6</sup> the agenda of a bureaucratic elite.

### The Narrow Notion

Nonetheless, the White Paper appears to carry a narrower and much more specific message even in respect of democracy. The Paper begins with a candid admission that European citizens, despite the progress which was made by the Union, "are losing confidence in a poorly understood and complex

system"<sup>7</sup>. In fact, the White Paper acknowledges "that many Europeans feel alienated from the Union's work."<sup>8</sup> Since the White Paper does not consider European policies as the source of estrangement – as it probably should have – European Integration is depicted as a successful product which is surprisingly difficult to sell.<sup>9</sup> The strategy for "enhancing democracy", which was the original title of the project that culminated in the White Paper,<sup>10</sup> is seen in bridging the "widening gulf between the European Union and the people it serves"<sup>11</sup> through connecting Europe with its citizens. The idea is, indeed, that participation will nourish and strengthen a sense of "belonging" and thereby increase the loyalty of European citizens.<sup>12</sup> Democracy, hence, is not taken as an end in itself but as a means of promoting the de facto legitimacy of the Union among the peoples of Europe.

### A European Public Space

According to the White Paper, democracy requires *participation* by civil society. It is seen as depending "on people being able to take part in public debate".<sup>13</sup> The lesson to be drawn from this is that the institutions of the Union and the Member States should adopt a bottom up approach as regards the communication of public policy. To this end, the Commission advocates not just a broad dissemination of information but also intense communication with civil society: "The aim should be to create a transnational 'space' where citizens from different countries can discuss what they perceive to be the important challenges for the Union. This should aid policy makers in staying in touch with European public opinion and guide them in finding European projects which mobilise public support."<sup>14</sup> The European parliament and the national parliaments alike as well as the Committee of the Regions are cast as facilitators of a dialogue between the Commission bureaucracy on the one hand and civil society on the other. The component parts of civil society are exemplified with reference to, among others, trade unions and employers' organisations, nongovernmental organisations, professional associations, charities, churches, religious congregations and so forth.<sup>15</sup> Their inclusion is meant to "reinforce" a culture of consultation and dialogue in the shaping of effective Community policy.<sup>16</sup>

1 COM (2001) 428 of 25.7.2001.

2 The notion "governance" is explained in a footnote as follows: "Governance' means rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particularly as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence."

3 White Paper 10.

4 Ibid.

5 I assume that this would not even be denied by Dworkin. See Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

6 On the (self-)promotional function of value-talk, see Pierre Schlag, *Mysticism, Fetishism, and the American Legal Mind* (NYU Press, 1996) 53.

7 See White Paper 3.

8 Ibid. 7. As if evidence were needed for popular estrangement the White paper points to the decreasing voter turnout in European elections and to the rejection of the Treaty of Nice in the Irish referendum.

9 See *ibid.*, 7.

10 See the Work Programme for the White Paper, SEC (2000) 1547/7, 11 October 2000.

11 White Paper. 7.

12 Ibid. 11, 15.

13 See *ibid.*, 11.

14 Ibid., 11–12.

15 Ibid. 14 footnote 9.

16 Ibid. 15–16.

## The Underlying Agenda

I do not want to dwell on the details here. I should rather point out what the major thrust of this initiative is. Not surprisingly, grassroots democracy is not what is on the minds of Eurocrats. Behind exuberant and jolly assertions of broad participation by civic associations and the wholehearted inclusion of the public sphere in the making and shaping of European politics lurks an institutional agenda, which is not even hidden from the view of the innocuous reader. It is evident in the Commission's stating of the ambition to re-install, renew or reinvigorate "the Community method".<sup>17</sup> From the perspective of the Commission this requires a reshuffling of power and responsibility for its own benefit and at the expense of control which is presently exercised by Member States bureaucrats and national experts. Such constraints are experienced as particularly severe in the content of the so-called Comitology system, in which delegated legislation by the Commission has been made conditional, by the Council itself, on achieving agreement with national representatives in several regulatory or managerial Committees.<sup>18</sup> The Commission is constrained to seek consensus with delegates from the Member States. The White Paper raids against the bargaining commitments involved the Comitology system and thus enlists a civic clientele in its attempt to combat an ever growing and increasingly complex network of inter-governmental negotiation.<sup>19</sup>

## A Benevolent Authoritarianism?

Therefore, it comes as no surprise that the invocation of a European public space by the Commission is a conspicuous ruse in its attempt to improve its own position in a specific institutional setting. Upon closer inspection, therefore, the public space envisaged by the White Paper turns out to be both unpalatable and unrealistic owing to the selectivity of inclusion.

The ideas of the White paper are unpalatable in proposing special partnership agreements for processes of consultation. In contrast to a *general* constitutionalisation of communication such agreements would grant special privilege by the High Authority to some and not to others. This would entail not just the compartmentalisation of the public sphere, with some groups relevant for pharmaceuticals and others for food stuffs, what's more, it would make communicative standing not a matter of a civil right but of grants awarded by the Commission at whim.

In addition, the very extensiveness of a potential European public space gives lie to the commitment which had to be spelled out in what the Commission refers to as "minimum standards" of participation. They would have to be laid down in a "code of conduct".<sup>20</sup> At this point, a telling indeterminacy emerges, for either the selection of potential partners will turn out to be arbitrary and amount to the establishment of sector-specific clienteles or the process of communication will be doomed from the outset if the sheer scope of potential candidates is really taken into account.<sup>21</sup> This raises the suspicion that the commitment to public debate serves as a pretence in the Commission's attempt to strengthen its position vis-à-vis the Council and the still indirectly democratically legitimated participants of the Comitology system. Cast in positive terms, the enhanced role of the Commission in combination with its ties to special civic organisations would, as Scharpf correctly observes, amount to a "benevolent dictatorship". It would come at the high price of further severing the Community's (already) weak moorings in parliamentary democracy. In the word of Scharpf: "[T]he White Paper's proposals [. . .] would explicitly destroy what is left of the indirect-democratic legitimation of European policies that is derived from the agreement of democratically elected national governments, and they would do nothing at all to strengthen either the direct responsibility of the European Parliament for substantive policy choices or the political accountability of the Commission to Parliament."<sup>22</sup>

## Communication is not Enough

The vision of democracy expounded in the White Paper is undoubtedly minimalist. It does not offer a large institutional scheme of democratic governance. Rather, it pursues one specific avenue of democratisation, that is, participation. But the Commission's commitment to participation lacks credibility. On its face, it puts a premium on aimless communication. This alone cannot do. Communication with the High Authority alone is not democracy. It does not even reach up to the aim of participation espoused by the White Paper itself.

Lest I forget: if you feel the desire to communicate comments regarding the White Paper please send them to [sg-governance@cec.eu.int](mailto:sg-governance@cec.eu.int).

ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek ist  
Mitherausgeber des *juridikum*.

<sup>17</sup> See White Paper, 4, 29, 34.

<sup>18</sup> On Comitology, see C. Joerges & E. Voss (eds.), *EU Committees* (Oxford: Hart Publishing, 1999).

<sup>19</sup> See White Paper 30–31.

<sup>20</sup> See *ibid.* 17.

<sup>21</sup> See Fritz W. Scharpf, 'European Governance: Common Concerns vs. the Challenge of Diversity' (2001) 7/01 *Jean Monnet Working Paper*, 9.

<sup>22</sup> *Ibid.*

# (K)eine Rezension . . .

. . . von Lawrence Lessig, „Code and other Laws of Cyberspace“<sup>1</sup>

Zugleich eine Besprechung bestimmter rechtlicher Aspekte des Zugangskontrollgesetzes und bestimmter Teile der Richtlinie über bestimmte rechtliche Aspekte des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Nikolaus Forgó

In Österreich wurde ein Gesetz erlassen. Das soll vorkommen. Dieses Gesetz trägt als Überschrift eine jener Wortschöpfungen, die man in Anbetracht der zu konstatierenden Bindestrichinflation korrekt zu schreiben, Probleme hat: Es heißt Zugangskontrollgesetz (BGBl I Nr. 60/2000) und unterscheidet sich damit durch das fehlende Satzzeichen vom Fernabsatz-Gesetz oder vom geplanten E-Commerce-Gesetz. Das allein ist nicht der Rede wert. Dass derartige Willkürlichkeiten in der Zeichensetzung den Zugang zum Recht erschweren oder gefährden, weil die Recherche in Datenbanken dadurch unnötig verkompliziert wird, mag ein paar Rechtsinformatikfreaks an der juristischen Peripherie stören. Und die sind anderes gewohnt (zum Beispiel, dass die Stichwortsuche nach „digitale Signatur“ auf den Seiten des Bundesministeriums für Justiz ([www.bmj.gv.at](http://www.bmj.gv.at)) zur folgenden Fehlermeldung führt: „Es konnten keine Dokumente gefunden werden, die den Suchbegriff:.(digitale or digital or digitaler or digitalen or digitalem or digitales) and (signatur or signaturen or *schneider*)“ enthalten.“ Wer, fragt man sich, ist „Schneider“?)

Vielleicht ist aber der Rede wert, dass das Zugangskontrollgesetz nicht der Rede wert ist. Mehr als ein Jahr ist seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vergangen, mehr als drei Jahre seit Verabschiedung der Richtlinie (Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. L 320 vom 28. November 1998, S 54), die dadurch – zeitgerecht – umgesetzt wurde. Wieder einmal war Österreich unter den Ersten – Gesetzesmaterialien zu EU-Richtlinien im Bereich des Informationsrechts lesen sich ja schon seit längerem wie Übertragungen von Skirennen, bei welchen es ja bekanntlich auch wichtig ist, Erster zu sein.<sup>2</sup> Schnell war der Gesetzgeber also. Und gründlich auch. Das Zugangskontrollgesetz ist ein neuer Beweis dafür, dass der österreichische Gesetzgeber der Kulturtechnik des Abschreibens mächtig ist. Auch das sind RechtsinformatikerInnen gewohnt, wenn sie sich auch mit-

unter wundern, wie manchmal doch nicht ganz zufällige Schreibfehler entstehen.<sup>3</sup> Weite Teile des Zugangskontrollgesetzes sind also mehr oder weniger wörtliche Übernahmen der EU-Richtlinie. Wen mag das schon kümmern?

Das Zugangskontrollgesetz ist auch kurz. Es hat, exklusive der Schlussbestimmungen, 13 Paragraphen. Wen interessieren schon 13 Paragraphen mehr, angesichts der Flut an Rechtsinformation, derer wir alle uns ständig erwehren müssen. (Dass uns die Rechtsinformatik bei deren Einhegung nicht wird helfen können, ist ein anderes Thema.)<sup>4</sup>

Unser Thema ist ja, dass das Zugangskontrollgesetz kein Thema ist. Kein einziger Aufsatz lässt sich in der Rechtsdatenbank finden, fünf armselige Treffer bei Zugangskontrollgesetz, allesamt bloße Berichte, dass das Gesetz verabschiedet wurde, wenige Zeilen lang. Warum?

Ist es vielleicht der Regelungsgegenstand? Der ist, könnte man meinen, von geringer Bedeutung. § 1 – mit der Überschrift: „Geltungsbereich“ versehen – lautet: „Dieses Bundesgesetz regelt den rechtlichen Schutz von Diensteanbietern, die Fernsehsendungen, Radiosendungen oder Dienste der Informationsgesellschaft gegen Entgelt und unter einer Zugangskontrolle<sup>5</sup> bereitstellen.“ Es geht also nur um den Schutz von – zum Beispiel – codierten Fernsehprogrammen. Die sollen davor beschützt werden, dass ihre Codierungen umgangen werden. Wer Premiere sehen will, soll Premiere zahlen. Free-TV, so könnte man argumentieren, hat schließlich auch mehr mit Freibier als mit Freiheit zu tun, auch wenn es inzwischen viele gibt, die das Betrachten eines unentgeltlich übertragenen Fußballspiels als Ausfluss ihrer verfassungsrechtlich garantierten Freiheit ansehen und sich dabei auch auf juristische Expertise berufen können.<sup>6</sup> Es gibt ja nichts, worüber juristische Expertise nicht zu kaufen ist. Wer aber interessiert sich, solange die Fußballübertragungen gratis übermittelt werden, schon für Pay-TV, seine technische Absicherung und seine rechtlichen Probleme?

<sup>1</sup> Lawrence Lessig, Code and other Laws of Cyberspace, New York 1999, ISBN 0-465-03912-X. Auch als Taschenbuch erschienen. Auch in deutschsprachiger Übersetzung: Lawrence Lessig, Code und andere Gesetze des Cyberspace. Mehr zu und von Lawrence Lessig unter <http://www.lessig.org/>, <http://www.law.stanford.edu/faculty/lessig/> und <http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/index.html>.

<sup>2</sup> Siehe etwa die Äußerungen der Vorsitzenden des Justizausschusses, Maria Fekter anlässlich der Debatte im Plenum, NR XX. GP, 18o. Sitzung, 166–167: „Wir können uns diesbezüglich bei anderen anschauen, da es die europäische Richtlinie ja noch gar nicht gibt. [. . .] Wir geben hier ei-

gentlich die Standards vor, in dieser Frage schaut die Welt auf uns.“, des Abgeordneten Thomas Bar Müller, ebd., 170: „Daher bin ich froh darüber, daß es etwa, was das Signaturgesetz angeht, eine Regelung in Österreich gibt, noch bevor es eine EU-Richtlinie gibt. Denn man muß dieses Thema vorantreiben, und Österreich hat dadurch, daß es eine Position hat, die Gelegenheit, sich auf europäischer Ebene stärker einzubringen.“

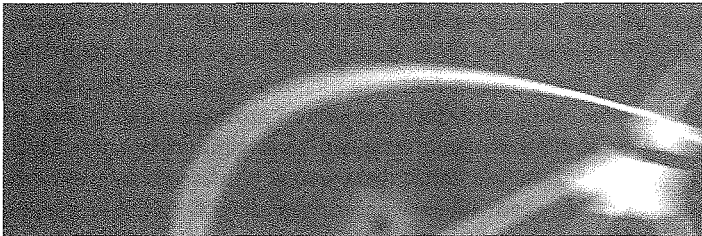
<sup>3</sup> So wurde zB aus den advanced electronic signatures der EU-Richtlinie auf wunderbare Weise die sichere elektronische Signatur.

<sup>4</sup> Siehe dazu etwa die durchaus weitsichtige Arbeit von Gerhard Wolf, juris – Ein denkbar einfacher Zugang zu allen Informationen, die Sie brauchen?, in: jur-pc 1992, 1524–1536, 1568–1577, 1608–1619, 1676/1691, 1744–1752, 1801–1810.

<sup>5</sup> Da ist er wieder, der Strich. Im BGBl steht: Zugangskontrolle. Ein Abtrennungs-, kein Bindestrich, vermerkt man ob des kleingeschriebenen k erleichtert.

<sup>6</sup> Siehe vorzugsweise Thomas Brinkmann, Sport und Medien – Die Auflösung einer ursprünglichen Interessengemeinschaft?, Media Perspektiven 2000, online unter [http://www.ard-werbung.de/MediaPerspektiven/inhalt/MP00/MP00\\_11/download/brinkman.pdf](http://www.ard-werbung.de/MediaPerspektiven/inhalt/MP00/MP00_11/download/brinkman.pdf).

Da interessiert der E-Commerce als solcher mehr. Der ist zwar jahrelang hochgejubelt und inzwischen beinahe ebenso lange wieder totgesagt worden, aber er ist ein Thema, das man verstehen kann. Dass damit Geld verdient oder verloren werden kann, verstehen JuristInnen. Dass Verbraucher in dieser fremden Welt zu schützen sind, ebenso. Dass daher generelle Normen geschaffen werden müssen, ist common sense. Auch in Österreich, wo der Gesetzgeber in den letzten Jahren sehr aktiv war. Signaturgesetz, Fernabsatzgesetz; Datenschutzgesetz; TKG-Novelle, alle in den letzten beiden Jahren erlassen. Und eben das Zugangskontrollgesetz. Auf dieses wird das nun zu schaffende E-Commerce-Gesetz rekurren.



„Dieses Bundesgesetz regelt einen rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs“, heißt es in § 1 Abs. 1 des entsprechenden Entwurfes.<sup>7</sup> Wir wollen uns hier nicht damit aufhalten zu überlegen, ob man einen Rahmen regeln kann. Auch nicht mit der Feststellung, dass ein Gesetz, das antritt, bestimmte Bereiche zu regeln, unbestimmte Bereiche regeln muss, weil die bestimmten Bereiche unbestimmt sind.<sup>8</sup>

Stattdessen wollen wir zunächst thematisieren, dass der Gesetzgeber versucht, bestimmte Bereiche des elektronischen Geschäftsverkehrs zu bestimmen, indem er auf ein Gesetz verweist – nämlich auf das Zugangskontrollgesetz. In § 3 ECG heißt es: „Im Sinn dieses Bundesgesetzes bedeuten: 1. *Dienst der Informationsgesellschaft*: ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers *bereitgestellter* Dienst (§ 2 Z 5 Zugangskontrollgesetz), insbesondere der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten, wirtschaftliche Tätigkeiten über die elektronische Post sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern;“

Verwiesen wird also auf § 2 Z 5 Zugangskontrollgesetz. Dort steht zwar in Details etwas anders als im geplanten ECG, nämlich: „Dienst der Informationsgesellschaft: ein in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines [nicht: des, N. F.] Empfängers *erbrachter* [nicht: bereitgestellter, N. F.] Dienst, wobei als

a) im Fernabsatz erbrachter Dienst ein Dienst, der ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien erbracht wird, als

b) elektronisch erbrachter Dienst ein Dienst, der mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung, einschließlich digitaler Kompression, und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen sowie vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischen Weg gesendet, weitergeleitet und empfangen wird, und als

c) auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachter Dienst ein Dienst, der durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird, verstanden werden.“

Doch auch damit wollen wir uns nicht aufhalten. Denn wir verstehen nicht, warum das ECG auf das Zugangskontrollgesetz und nicht auf das Notifikationsgesetz verweist, das älter ist (1999), in dem der Dienst der Informationsgesellschaft ebenfalls definiert ist<sup>9</sup> und mit welchem jene Richtlinie umgesetzt wurde, auf die die E-Commerce-Richtlinie bei der Definition des Dienstes der Informationsgesellschaft verweist. Der Entwurf des ECG schreibt in seinen Erläuterungen nur lapidar: „Ein Verweis auf das Notifikationsgesetz 1999 – dies würde der Richtlinie entsprechen, die sich in Art. 2 lit. a auf die durch das Notifikationsgesetz 1999 umgesetzte Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG bezieht – ist nicht notwendig, die Regelungen sind inhaltsgleich.“<sup>10</sup>

Fassen wir zusammen: Wir verfügen im österreichischen geltenden Recht über zwei binnen Jahresfrist erlassene nicht idente Definitionen des Dienstes der Informationsgesellschaft. In einem weiteren Gesetz soll nun auf eine dieser Definitionen verwiesen werden und eine dritte, in Details unterschiedliche Formulierung gewählt werden. Ein Verweis auf die andere Definition sei nicht notwendig, da sie inhaltsgleich sei. VertreterInnen überkommener juristischer Auslegungstheorien und jene, die mit deren Defiziten Geld verdienen<sup>11</sup> (und gerade das Rad neu erfinden), werden zu-

7 Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), 232/ME (XXI. GP).

8 Dies bemerkt auch die Stellungnahme des BKA zum Ministerialentwurf des ECG: „Die Aussage in § 1 Abs. 1, dass das vorliegende Gesetz (nur) bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs regle, scheint wenig glücklich, da sich die Frage erhebt, welche Aspekte dies sind. Man müsste wohl entweder diese unbestimmte Aussage streichen, oder an diese unbestimmte Aussage eine Aufzählung der geregelten Aspekte zwecks Klarstellung anschließen.“

9 Auch hier sind Unterschiede im Detail zu bemerken. Siehe § 1 Abs. 1 Zif 2 NotifG 1999: „Dienst: eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, das ist jede in der Regel gegen Entgelt elektro-

nisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung, wobei im Sinne dieser Definition bedeuten:

a) ‚im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung‘: eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Parteien erbracht wird,

b) ‚elektronisch erbrachte Dienstleistung‘: eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung, einschließlich digitaler Kompression, und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen und vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischen Weg gesendet, weitergeleitet und empfangen wird, und

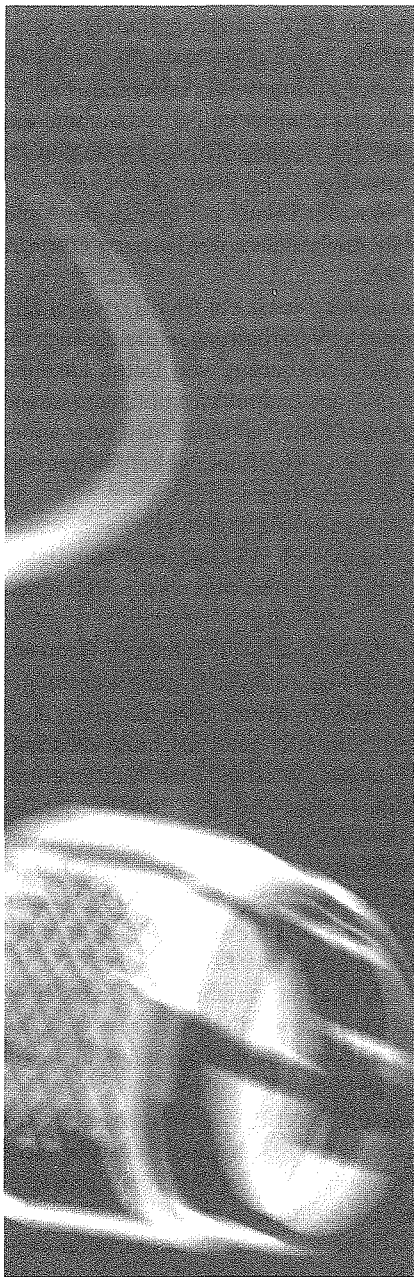
c) ‚auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung‘: eine Dienstleistung, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird; Anlage 1 enthält eine

nicht abschließende Liste jener Dienstleistungen, die nicht unter diese Definition fallen.“

10 Der Justizausschuss verstand dies auch nicht. In dessen Entwurfsfassung wird nunmehr auf § 1 Abs. 2 Z 2 Notifikationsgesetz verwiesen. S. wko.at/rp/ecgja.doc.

11 Siehe etwa den offenbar auch rechtstheoretisch ambitionierten Beitrag Wolfgang Zankl anlässlich der Eröffnung des Zentrums für E-Commerce, hier zitiert nach: Peter Oberdorfer, Virtuelle Vertragspartner? Neues Zentrum erforscht Internetrecht, in: Die Presse 9. 10. 2001: „AI könnte schließlich auch die Art der Rechtsanwendung ändern. Aufgrund der logischen Struktur des juristischen Syllogismus sei, so Zankl, auch ein virtueller Richter vorstellbar, eine Idee, die allerdings an die Grenzen ‚rechtsethischer, rechtsphilosophischer und standesrechtlicher Befindlichkeiten stoße.““





frieden sein. Jede Auslegung wird möglich sein und Argumente für sich haben: Grammatisch, subjektiv-historisch, teleologisch argumenta e silentio, e contrario, ad absurdum. Zu welchen Verwirrungen dies führen wird, kann sich ausmalen, wer die Stellungnahmen zum ECG-Entwurf liest. Und das in einem Bereich, der, so will es der juristische common sense, nach sicheren juristischen Rahmenbedingungen ruft.

Wir wollen uns hier nicht weiter mit Methodenlehre befassen,<sup>12</sup> sondern mit dem Regelungsgegenstand des Zugangskontrollgesetzes und mit dessen Verschweigung. Und mit dem Umstand, dass Dienste der Informationsgesellschaft inzwischen so interessant geworden sind, dass sie zum Gegenstand hektischer legislatorischer Bemühungen werden.

Ein Dienst der Informationsgesellschaft darf mit einer Zugangskontrolle versehen werden, mit einer „technische[n] Maßnahme oder Vorrichtung, die den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form von einer vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig macht“.

(§ 2 Z 6 ZugKG). Wer einen Dienst der Informationsgesellschaft anbietet, hat daher nunmehr, dank des Zugangskontrollgesetzes, „das ausschließliche Recht, den Zugang zu einem von ihm bereitgestellten geschützten Dienst in verständlicher Form von seiner vorherigen individuellen Erlaubnis abhängig zu machen.“ (§ 3 ZugKG)

Mir ist nicht bekannt, dass vor dem Zugangskontrollgesetz irgendjemand an diesem Recht gezweifelt hätte. Darum geht es aber auch gar nicht. Worum es geht, ist, geschützte Dienste zu schützen. Wer einen geschützten Dienst betreibt,

darf diesen technisch schützen: Dank des Zugangskontrollgesetzes kann er ihn nun auch rechtlich schützen. Technische Probleme rufen nach technischen Lösungen. Diese sind rechtlich abzusichern. Ein Diensteanbieter, der durch eine unzulässige Umgehung seiner Zugangskontrollvorrichtungen in seinen Rechten verletzt wurde, kann *Unterlassung* (§ 5 ZugKG), *Beseitigung* (§ 6 ZugKG), *Schadenersatz* sowie *Herausgabe des Gewinns* (§ 7 ZugKG) und *Rechnungslegung* geltend machen; einstweilige Verfügungen sind unter erleichterten Umständen zu erlangen (§ 8 ZugKG).

Erzählen wir noch eine Geschichte. In den USA wurde ein Computerprogramm geschrieben. Das soll vorkommen. Motivation der Programmautoren war es, so sagen sie, DVDs, die sie legal erworben hatten, auch auf einem PC abzuspielen, das unter dem Betriebssystem Linux läuft. Das war mit gängiger Software nicht möglich, weil DVDs mit einem Verschlüsselungsprogramm namens CSS (Content Scrambling System) versehen sind. Linux-kompatible DVD-Player konnten damit nicht umgehen. Also musste ein Programm geschrieben werden, mit dem man CSS umgehen kann. Dieses Programm nannten seine Autoren DeCSS (De-scramble CSS).

DeCSS verbreitete sich schnell im Internet: Weil man damit legal erworbene DVDs auf Linux-Maschinen spielen konnte und weil man damit auch nicht zulässige Vervielfältigungen von DVDs auf anderen Maschinen herstellen konnte. Die Vertreter von Vereinigungen wie der Copy Control Association (CCA) und Befürworter von CSS sehen in der Verhinderung illegaler Kopien in ihren Stellungnahmen den alleinigen Zweck von CSS<sup>13</sup>, während Gegner anführen, CSS verfolge in einer Weise ökonomische Interessen der Industrie, die die Nutzung von DVDs einschränkten oder unmöglich machten.

Wir wollen uns hier nicht mit der komplexen Frage aufhalten, ob die Herstellung des Programms, das ein Dekompilieren des CSS-Sourcecodes verlangt, urheberrechtlich zulässig ist oder nicht. Stattdessen wollen wir berichten, dass gegen Personen, die einen Link auf eine Downloadmöglichkeit des Programms setzten, von der Filmindustrie Verfahren angestrengt wurden, weil behauptet wurde, dass bereits durch den Link auf das Programm der Digital Millennium Copyright Act verletzt worden sei. Die Beklagten machen unter anderem geltend, ihre verfassungsrechtlich garantierten Rechte aus dem First Amendment (Freedom of Speech) würden verletzt.<sup>14</sup> Die juristische Auseinandersetzung hat zu großer Kreativität bei der Verbreitung des Sourcecodes geführt – es gibt ihn aufgedruckt auf T-Shirts, als Popsong gesungen, in einem Dinosaurierbild steganographisch verborgen, als http-cookies, usw.<sup>15</sup>

Noch größer freilich ist die Kreativität auf der „anderen Seite“. Von der breiten juristischen Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt, schafft auch Europa seinen Digital Millennium Copyright Act. Art. 6 der Richtlinie 2001/29/EG des Euro-

12 Ich verweise insoweit auf bereits geleistete Arbeit. Siehe im hier interessierenden Zusammenhang etwa Nikolaus Forgó, Zur juristischen Praxisrelevanz der Sprachphilosophie im elektrischen Zeitalter, in: Journal für Rechtspolitik 2001, 22–26 mwN.

13 Siehe zB <http://www.dvdcca.org/faq.html>: „Why is CSS necessary? Without sufficient protections, movie studios would not have offered their

copyrighted films to consumers in this high quality digital format. Because they are ‚digital‘, DVDs can be used as a perfect master for an infinite number of exact copies if the master is not protected by a system like CSS. Without such protection, movie content manufacturers would hesitate to release their products, including movies, because they would risk easy illegal copying.“

14 Eine umfassende Dokumentation des Verfahrens findet sich zB unter <http://www.z600.com/dvd/docs/>.

15 Einen Überblick bietet zB <http://decss.zoy.org/>.

päischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft widmet sich den uns hier interessierenden Fragen. Die Richtlinie ist „das Ergebnis von drei Jahren intensiver Beratungen sowie Lobbying verschiedenster Interessengruppen“<sup>16</sup> und Fortführung bzw. Umsetzung entsprechender WIPO-Urheberrechtsverträge.<sup>17</sup> Sie soll Piraterie erschweren, indem sie technische Maßnahmen, die Urheberrechtsverstöße (oder das, was die Industrie dafür hält) durch die Pönalisierung von deren Umgehung rechtlich absichert.<sup>18</sup>

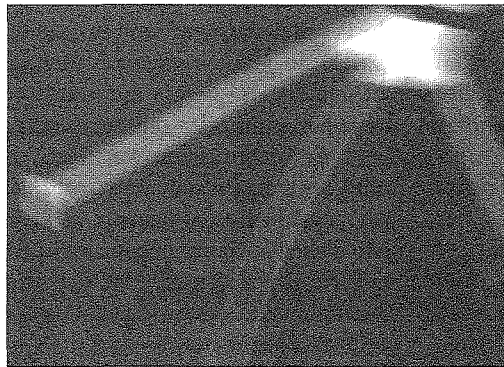
Dadurch wird auf technische Entwicklungen durch Recht ebenso Einfluss genommen wie auf rechtliche Entwicklungen durch Technik. Technik steuert Recht steuert Technik. Rose ist eine Rose ist eine Rose. Eine DVD wird vom Speichermedium zu einem Mainstreamcontentverteilungsprodukt. Das ist das Thema von Lawrence Lessig.

Wer Lessig gelesen hat, interessiert sich für das Zugangskontrollgesetz nicht nur wegen des diskutierten Verweises darauf im Ministerialentwurf des ECG und nicht nur wegen

der Sorge um die samstägliche Fußballspielübertragung. Und wer sich für das Zugangskontrollgesetz interessiert, ist sehr schnell bei grundsätzlichen Fragen der Freiheit im elektrischen Zeitalter. Lessig macht deutlich, dass die „Architektur“ des Internets Ergebnis juristischer wie technischer Entscheidungen (East Coast Code und West Coast Code) ist, die wir auch dann treffen, wenn wir von ihnen nichts wissen. Was Lessig beschreibt, ist das Design der maschinenunterstützten Kommunikation und dessen Beeinflussung durch politische, ökonomische und juristische Themen. Das Metathema ist Freiheit und deren rechtliche Garantie.

Haben Sie schon Ihren Windows XP Registration Key?<sup>19</sup>

*Univ.-Ass.Dr. Nikolaus Forgó verwaltet eine Professur für Rechtsinformatik an der Universität Hannover, leitet den Universitätslehrgang für Informationsrecht und Rechtsinformation ([www.informationsrecht.at](http://www.informationsrecht.at)) und Juridicum Online ([www.juridicum.at](http://www.juridicum.at)).*



<sup>16</sup> Heinz Wittmann, Die EU-Urheberrechts-Richtlinie – ein Überblick, in Medien und Recht 3/01, 143–147, hier: 143. Siehe zum Druck der Lobbyisten auch <http://www.heise.de/newsticker/data/cp-30.01.01-000/>.

<sup>17</sup> Siehe hierzu Gerhard Laga, Rechtliche Beurteilung von technischen Schutzmaßnahmen, in: Jur-PC Web-Dok. 7/2000, Abs. 1–42, online unter <http://www.jurpc.de/aufsatz/20000007.htm>.

<sup>18</sup> Art. 6 Abs. 1–3 lautet: „Artikel 6 Pflichten in Bezug auf technische Maßnahmen

(1) Die Mitgliedstaaten sehen einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen durch eine Person vor, der bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass sie dieses Ziel verfolgt.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen einen angemessenen Rechtsschutz gegen die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, den Verkauf, die Vermietung, die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung und den Besitz zu kommerziellen Zwecken von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder

Bestandteilen sowie die Erbringung von Dienstleistungen vor,

a) die Gegenstand einer Verkaufsförderung, Werbung oder Vermarktung mit dem Ziel der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen sind oder

b) die, abgesehen von der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen, nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen haben oder

c) die hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder erbracht werden, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern.

(3) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck ‚technische Maßnahmen‘ alle Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, Werke oder sonstige Schutzgegenstände betreffende Handlungen zu verhindern oder einzuschränken, die nicht von der Person genehmigt worden sind, die Inhaber der Urheberrechte oder der dem Urheberrecht verwandten gesetzlich geschützten Schutzrechte

oder des in Kapitel III der Richtlinie 96/9/EG verankerten Sui-generis-Rechts ist. Technische Maßnahmen sind als ‚wirksam‘ anzusehen, soweit die Nutzung eines geschützten Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands von den Rechteinhabern durch eine Zugangskontrolle oder einen Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung des Werks oder sonstigen Schutzgegenstands oder einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigung, die die Erreichung des Schutzziels sicherstellen, unter Kontrolle gehalten wird.“

<sup>19</sup> Aus einem Windows-Support-Dokument, online unter <http://www.microsoft.com/windowsxp/pro/evaluation/overviews/activation.asp>: „If you have not activated Windows XP, you will be reminded each time you log in and at common intervals until the end of the activation grace period of 30 days. If you have not activated Windows XP within this timeframe, you will need to do so to continue using it.“

# Über allen Gipfeln ist Ruh

Iris Kugler

Der öffentliche Raum wird wieder enger. Lehrbuchhaft lässt sich beobachten, dass in Krisenzeiten wie diesen Frauen mit ihren spezifischen Lebenszusammenhängen, ihren spezifischen Bedürfnissen und Sichtweisen nicht nur keinen Raum im öffentlichen Leben haben, sondern die wenigen Enklaven, die ihnen bislang hierfür zur Verfügung standen, zugunsten Wichtigerem umgewidmet werden. Natürlich spricht alle Welt vom Terror und dem Kampf dagegen. Alle Welt?

Ein in Afghanistan lebender Steirer, der zum Islam bekehrt ist, ist angesichts der drohenden Kriegsgefahr heimgekehrt. Mit ihm seine tiefverschleierte österreichische Frau, die Söhne und die Töchter. Natürlich eine Attraktion, ein Exote. Interviewt werden er und seine Söhne. Diese sagen, sie hätten in Afghanistan mehr Freiheiten genossen, weil sie Motorrad und Auto fahren durften (beide ca 10–11 Jahre), was ihnen hier freilich verwehrt ist. Das Bild, das Mutter und Töchter von diesem Land haben, sowie die Frage, was dieses Land für sie lebenswert gemacht hat – wir werden es nie erfahren.

Die medialen Diskussionen sind derzeit geprägt von ernsthaften Männerrunden, die nur durch jene Frauen durchbrochen werden, die garantiert keinen Millimeter von der vorgegebenen Linie „Amerika muss sein Gesicht wahren“ abweichen. Sofern es sie gibt, tragen sie die „Es muss getan werden, was getan werden muss“-Stimmung voll mit. Dass es wie in jedem Konflikt auch in diesem eine Lösung ohne Waffen geben könnte, findet in den Entscheidungsköpfen nicht oder zumindest nicht maßgeblich statt. Zu hören ist von unvorstellbaren Summen Geldes, die dazu verwendet werden sollen, den Terror letztlich mit Terror zu bekämpfen. So wie es in New York nicht die getroffen hat, die durch die rücksichtslose Verfolgung ihrer kapitalistischen und imperialistischen Interessen dieses Maß an Gewalt provoziert haben könnten, wird der Gegenschlag nicht die Täter treffen (denn die sind bereits tot) und nicht die Drahtzieher.

Insofern zeigen die Medien derzeit die Welt in rein männlicher Definition,

weil kriegerisch, kämpferisch, sippenverhaftet und zum Äußersten bereit. Noch kein Politiker sagte „Krieg“, da wurde getitelt mit „Krieg und Terror in Amerika“. Als ob die dünne Patina Zivilisation mit all ihren Errungenschaften nichts anderes als ein billiges Pfand wäre im Tausch mit dem wirklich Großen (Gefühlen): Patriotismus, Rache, Ehre, Kampfbereitschaft. Sippenhaftung wird zum politischen Programm. Jeder Araber ein Terrorist.

Da es wie immer nach unten keine Grenzen gibt, lässt sich auch der gewohnt niederträchtigste Vorschlag problemlos zuordnen. Fingerprints for everybody und die Terroristen am besten einmal bei jenen festmachen, die in Wahrheit vor ihnen fliehen. Wie immer verfolgt diese Logik die Strategie, das Böse (denn es ist mitten unter uns) dort auszumachen, wo es sichtbar wird. Also jene zu stigmatisieren und zu demütigen, die am meisten davon betroffen sind oder die zu rufschädigen, die aussprechen, was Sache ist. Alles an menschlicher Abscheulichkeit ist möglich: Das Asylgesetz in Zeiten wie diesen auch nur anzudiskutieren – es geht hier um Grund- und Menschenrechte, um Säulen der Verfassung! – ist nicht zu unterbieten.

Dass solche Ungeheuerlichkeiten von jener Regierungspartei ausgehen, die auch sonst mit Fraueninteressen (auch und gerade beim Asyl geht es um solche) nichts am Hut haben und streng dem „Freund-Feind“-Schema verpflichtet sind, ist systemlogisch.

Und es finden sich Parallelen zum Erzfeind: Frauen als politische Kategorie gibt es überhaupt nicht mehr und zwar hier wie dort nicht. Bei den Taliban dürfen die Frauen, die nach unserem Verständnis vollkommen unterdrückt werden, nicht in die Schule. Sie werden vom öffentlichen Leben völlig ausgeschlossen. Die Bedürfnisse und Ansprüche dieser Frauen dürfen in der Öffentlichkeit keinen Raum beanspruchen, sie existieren gesellschaftlich und politisch nicht. Und hier? Hier dürfen sie Raum beanspruchen, wenn sie wirklich gleichberechtigt auftreten und dies heißt in unserer modernen zivilisierten Gesellschaft, dasselbe zu vertreten wie jene,

die die Definitionsmacht haben. Also eine Außenministerin, die nicht nur in Bezug auf die DemonstrantInnen von Genua versagt hat, sondern die auch jetzt vorausseilend gehorsam signalisiert, alles mittragen zu wollen, was die großen Buben beschließen. Zwischen Kindergeld und der Auflösung gewachsener Einrichtungen, die über Jahrzehnte wirksam Frauenanliegen vertreten haben, verschwinden frauenspezifische Kolumnen aus Tageszeitungen, denn es gibt Wichtigeres. Die Einkommensschere zwischen Männern und Frauen, wenn es um gleiches Geld für gleiche Arbeit geht, klappt größer denn je. Der soziale Numerus Clausus, der vor allem Frauen aus dem ländlichen Raum wieder von den Universitäten verdrängen wird, ist mit der Studiengebühr erfolgreich eingeführt. Dass in den letzten 30 Jahren, obwohl in den meisten Studienrichtungen mittlerweile gleich viele Frauen wie Männer studieren, der Anteil an Professorinnen nicht mehr als 4% beträgt, lässt an der Seriosität der Wissenschaften, die dort betrieben werden, zweifeln. Wenn allen Machtstrategien zum Trotz dann dennoch eine Frau eine solche Stelle erwirbt, ist die Vehemenz eines möglichen Verteilungskampfes zu erahnen. Und auch, wie lange der Weg bis zu einer ernsthaften Partizipation an der Macht noch ist.

Viel von dem öffentlichen Raum, den sich Frauen mutig und erbittert in den letzten Jahrzehnten über dumme Männer- und Frauenköpfe hinweg erobert haben, wird ihnen jetzt ohne viel Federlesens genommen, hier im Westen, der so genannten Zivilisation. Terror, Krieg, die zivilisierte Welt, der nicht friedensfähige Mensch, der via TV immer durch steinwerfende Männerhorden dargestellt wird, der ist hier wie dort eine evolutionäre Herausforderung. Hier wie dort ist die Einbeziehung von Frauen als politischer Kategorie eine gesellschaftliche Überlebensfrage und auch eine Ressource für Konfliktlösungen jenseits des Hackebeils. Allerdings deutet nichts darauf hin, dass dies von den maßgeblichen Entscheidungsträgern bislang erkannt wurde.

# Jurbooks

Die Fachbuchhandlung

1010 Wien, Wollzeile 16  
zwischen Rechtsanwaltskammer  
und Handelsgericht

## Das Angebot der ersten Adresse für alle Juristen:

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

Lesebereich mit Clubatmosphäre  
und internationalen juristischen  
Magazinen.

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

### Bestellservice:

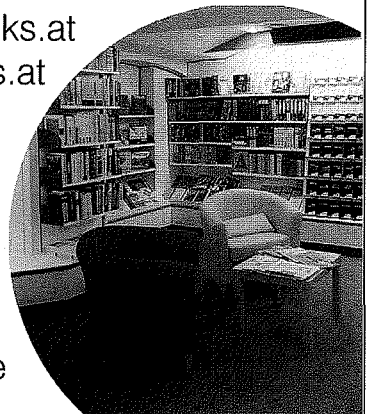
Mail: [order@jurbooks.at](mailto:order@jurbooks.at)

Web: [www.jurbooks.at](http://www.jurbooks.at)

Tel.: 01-512 48 85

Fax: 01-512 06 63

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



## Jurbooks.at

Recht & Steuern

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

Allgemeines Recht

Öffentliches Recht

Strafrecht

Zivilrecht

Handels- und Wirtschaftsrecht

Steuer- und Abgabenrecht

Arbeits- und Sozialrecht

Internationales und Europa-Recht

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

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

**Suche im Online-Katalog – [www.jurbooks.at](http://www.jurbooks.at)!**

# juridikum

zeitschrift im rechtsstaat .....

Erscheinungsweise: vierteljährlich

## Themen im Jahr 2002:

- Nummer 1/2002:** Im wilden net
- Nummer 2/2002:** Implosion der Bürgerrechte
- Nummer 3/2002:** Triumph des Privatrechts
- Nummer 4/2002:** New Justice

## HerausgeberInnen:

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

## Das Redaktionsteam:

Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Univ.-Ass. Dr<sup>in</sup>. Elisabeth Holzleithner, Mag<sup>a</sup>. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

**jusline.at**  
Direkt zu Ihrem Recht

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

**Jurbooks**  
1010 Wien, Wollzeile 16

.....

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

<b>Jahresabonnement</b>	zum Preis von à öS 360,- (Euro 26,16)
<b>StudentInnenabonnement*)</b>	zum Preis von à öS 240,- (Euro 17,44)
<b>Förderabonnement</b>	zum Preis von à öS 600,- (Euro 43,60)

Es gelten die AGB des Verlag Österreich, Preisangaben inkl. MwSt, exkl. ATS 100,- (Euro 7,27) Porto und Versandkosten.

\*) Nur gültig bei Übersendung einer Inskriptionsbestätigung.

**Telefax: (01) 610 77-589**  
Verlag Österreich GmbH – Vertrieb  
Rennweg 16  
A-1030 Wien

### Absender

Name/Kanzlei .....  
Kontaktperson .....  
Straße .....  
PLZ/Ort .....  
Telefon .....

Datum/Unterschrift .....