

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

nr 4. 2007

thema



NEUE technologien

recht & gesellschaft

Schuld und Sühne

Urform des Non-profit

Fremdenrecht – Menschenrecht

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

 VERLAG
ÖSTERREICH

Für Context herausgegeben von

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

Emanze? – Ich doch nicht!

Judith Schacherreiter

Zahlreiche beruflich erfolgreiche Frauen meinen von Zeit zu Zeit klarstellen zu müssen, dass sie keine Emanzen sind. Das ist insofern interessant, als es sich beim Begriff „Emanze“ etymologisch betrachtet eigentlich um einen durchwegs positiv besetzten Begriff handelt, leitet er sich doch von „Emanzipation“ ab, was so viel bedeutet wie die Befreiung aus einem Zustand der Abhängigkeit, der Unterdrückung und der Unmündigkeit bzw. – bezogen auf die Frauenemanzipation – insbesondere das Aufbrechen patriarchaler Strukturen.

Die wahre Bedeutung eines Begriffs erschließt sich aber freilich nicht nur aus seiner etymologischen Wurzel, sondern aus dem tatsächlichen Gebrauch und gebraucht wird das Wort „Emanze“ überwiegend als Schimpfwort. Als solches ist es negativ konnotiert und meint eine Frau, die vornehmlich Latzhosen oder kartoffelsackähnliche Röcke trägt, starke Körperbehaarung hat, kein Make-up verwendet und sich nur unzureichend der Körperpflege widmet. Die Emanze ist unweiblich, daher auch als „Mannsweib“ bekannt, und als solches freilich unsexy, unerotisch und nicht begehrenswert. Folglich ist sie sexuell unbefriedigt, unausgeglichen, frustriert und hysterisch. Aus ihrer Not hat sie allerdings eine Tugend gemacht und wurde zur Männer hassenden Feministin. Das ist die Emanze.

Dieses Klischee ermöglicht so allenthalb Spaß und Gaudi. Witze, die darauf rekurren, garantieren immer für Heiterkeit, sowohl am Biertisch als auch bei einem Glas französischen Rotweins. Hahaha – das Gelächter ist groß und darauf muss noch einmal angestoßen werden. „Prost!“ und „Cheers!“ Dabei lachen nicht nur die Männer sondern auch die Damen der fröhlichen Runde, oder sie kichern zumindest verhalten, je nachdem was sich besser schickt. Und auch mit diesem Lachen oder Kichern sagen sie zumindest implizit, dass sie keine Emanzen sind.

Das Klischee der Emanze dient allerdings nicht nur der Unterhaltung und Belustigung eines intellektuell nicht übermäßig anspruchsvollen Publikums. Seine Bedeutung darauf zu reduzieren wäre eine verkürzte Sichtweise. Der politische und ideologische Mehrwert dieses Klischees liegt darin, dass man den Ursprung und die Motivation einer feministischen Geisteshaltung und eines feministischen Agierens in den angeblichen psychischen Unzukömmlichkeiten und emotionalen Befindlichkeiten der Proponentinnen ansiedelt. Damit wird dem Feminismus, verstanden als das Bestreben patriarchale Strukturen und Unterdrückung aufzubrechen, jegliche Rationalität und politische Berechtigung abgesprochen und dies ohne sich auf einer sachlichen Ebene damit auseinandersetzen zu müssen. Der pejorative Gebrauch des Wortes „Emanze“ kann also als eine bequeme und gleichzeitig höchst aggressive Abwehrreaktion verstanden werden, die sich darin erschöpft diejenigen, die diese Bewegung tragen, persönlich abzuwerten.

Was bedeutet es nun vor diesem Hintergrund, wenn Frauen darauf hinweisen, dass sie keine Emanzen sind? Tatsächlich werden mit solchen Klarstellungen und Beschwörungen die eben dargelegten negativen Konnotationen und Klischees übernommen und bekräftigt. Sie bestärken patriarchale Denkstrukturen und einen unsachlich geführten Abwehrkampf gegen politische Bewegungen, die Gleichstellung von Frau und Mann verwirklichen und Unterdrückung aufheben wollen. Das gilt leider auch dann, wenn diejenigen, die derartige Klarstellungen für notwendig erachten, bestimmte frauenpolitische Ziele und Anliegen durchaus (auch öffentlich) unterstützen.

Abgesehen von dieser politischen Dimension, deren sich die meisten nicht bewusst sein mögen, wenn sie den Stehsatz „Ich bin keine Emanze“ so dahinsagen, berührt mich noch ein anderer

Aspekt unangenehm, wann immer ich diesen Satz höre. Auch wenn keine bestimmten Frauen gemeint sind, wenn von „Emanzen“ die Rede ist, bezieht sich dieses Wort doch nebulös auf Aktivistinnen in Frauenbewegungen, und zwar vornehmlich auf solche der 60er und 70er Jahre, teilweise vielleicht auch des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts. Das politische Engagement genau dieser Frauen war aber notwendig dafür, dass wir heute wählen dürfen, Zugang zu Universitäten haben, als Anwältinnen oder Richterinnen arbeiten können, dass uns die Abtreibung frei steht und dass der Mann nicht mehr als Oberhaupt der Familie gilt. Dies und vieles mehr wurde von den „Emanzen“ erkämpft. Auch deshalb halte ich es für unangebracht, zu betonen keine Emanze zu sein und damit gleichzeitig zum Ausdruck zu bringen, eh nichts mit diesen radikalen und unweiblichen Hysterikerinnen zu tun zu haben. Es ist schlichtweg eine Schande, Frauen, die im letzten und vorletzten Jahrhundert Rechte erkämpft haben, von denen wir heute profitieren, und ihre politische Aktion, die ihnen in ihrer Gesellschaft sicherlich alles andere als Sympathie und Liebe einbrachte, abwertend in den Dunstkreis physischer und psychischer Unzukömmlichkeiten eines „übertriebenen Emanzentums“ zu stellen.

Daher ist es wahrlich an der Zeit, das Wort „Emanze“ endlich von seinem pejorativen Beigeschmack zu befreien, es wieder an seine etymologische Wurzel, die Emanzipation, rückzukoppeln und damit auch das negative Klischee der hysterisierten Frauenrechtlerin zu zerstören. Erste Voraussetzung dafür ist es, die negative Verwendung dieses Wortes zu unterlassen. In einem nächsten Schritt muss sein Gebrauch vom Negativen ins Positive gewendet werden. Eine kleine Bewegung in diese Richtung gab es in Österreich etwa in Reaktion darauf, dass Ferrero-Waldner sich nach ihrem Präsidentschaftswahlkampf abfällig über die „linken Emanzen“ äußerte. Viele reagierten darauf mit dem Bekenntnis „Ich bin Emanze“. Und das ist auch der einzig mögliche Schritt aus der Defensive: Wenn wir ernsthaft für eine Gleichstellung der Frau mit dem Mann und das Aufbrechen patriarchaler Strukturen eintreten, und wenn wir wollen, dass dieses Anliegen ernst genommen wird – dann sagen wir doch unge-
niert: „Wir sind Emanzen.“

Inhalt

recht & gesellschaft

Bernd-Christian Funk	Aufenthaltsrecht – Fremdenrechtspaket – Menschenrechte	176
Adebiola Bayer	Steuern als umweltpolitisches Instrument und das EG-Beihilfenverbot	178
Martin Risak	Grenzen der europarechtlichen Gleichstellungspflicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses.....	182
Ulrich Lehner	Die Urform des Non-Profits – Plädoyer für eine Wiederbelebung der Gegenseitigkeit	185
Wolfgang Gratz	Strafjustiz zwischen primitiver Abwehr und reifer Aufgabenerfüllung	192
Ľubica Páleníková	Schuld und Sühne in der Slowakei	196

thema: neue technologien

Judith Schacherreiter	Vorwort	199
Petra Gehring	Ein Organ wie jedes andere?	200
Eduard C. Schöpfer	Das Gesundheitsrisiko Mobilfunk: Szenarien eines rechtsstaatlichen Fiaskos.....	205
Elisabeth Hödl	Die Macht der klugen Dinge	210
Arning/Forgó/Krügel	Datenschutzrecht bei Genforschungsprojekten als Erfolgsbestimmender Faktor	214
Philippe Greciano	Datenschutz in Europa – Ein Blick aus Deutsch-Französischer Sicht	220

rubriken

vor.satz	Judith Schacherreiter Emanze? – Ich doch nicht!	169
merk.würdig	Gerhard Strejcek Sandra Day O'Connor in Wien	171
	Joachim Stern Alle Jahre wieder	174
nach.satz	Iris Kugler Ohne Aufstand	224
impressum	173

Sandra Day O'Connor in Wien

Fulminante Vorlesung einer ungewöhnlichen US-Höchstrichterin

Gerhard Strejcek

Am 31. August hielt Sandra Day O'Connor, die über 25 Jahre dem Supreme Court angehört hatte, einen Fachvortrag über die richterliche Unabhängigkeit in den USA und auf der ganzen Welt ("The Significance of the Independence of the Judiciary in the USA and all over the World") im Dachgeschoß der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät. In dieser exzellenten Vorlesung beschränkte sich die Juristin, welche als „zweitmächtigste Frau der USA“ galt, keineswegs auf bereits gelöste Grundsatzfragen, sondern fokussierte geradewegs das heikle Thema der Rechte von Internierten, wie zB im vom Kuba „geleaste“ Lager Guantanamo. In einer fulminanten Analyse des amerikanischen und des europäischen Rechts wies sie nach, dass der Status der subjektiven Rechtlosigkeit unhaltbar sei und ein Mindestmaß an prozessualen Rechten zum internationalen Standard der Menschenrechte zählen. In den USA gibt es hiezu Vorjudikatur aus dem Zweiten Weltkrieg, als nach dem Überfall auf Pearl Harbour auch japanischstämmige US-Bürger interniert wurden. Insgesamt seien die anti-terroristischen Maßnahmen bis hin zu den Erschwerungen der Einreise für Normalbürger und der Anlegung von immer genaueren Datenbanken aber in Abwägung zu den opferreichen Anschlägen und der damit verbundenen neuen Dimension der Bedrohung anzusehen, was auch die Setzung drakonischer Maßnahmen rechtfertige. Die nachprüfende Kontrolle der Gerichte aber auszuschalten, widerspreche den von O'Connor dargelegten Leitlinien.

Mit diesen Ausführungen, welche die Zuhörerschaft vom Stanford Club (auch O'Connor graduierte an der kalifornischen Elite-Schmiede), der US-Botschaft (Kultur-Attachée Katherine Pe-

rez brachte einen pointierten welcome remark) und die anwesenden Wiener Rechtslehrer, darunter Ex-Dekan Pieler und VwGH-Präsident Jabloner, durchwegs beeindruckten, setzte O'Connor, die sich strikt weigert, Judikatur des Supreme Court zu kommentieren, methodische für amerikanische ExpertInnen ungewöhnliche Sichtweise fort: jene des sogenannten *transjudicialism* bzw einer weit über die Grenzen schauenden Analyse internationaler Standards. Schon im Kontext mit der Unzulässigkeit der Todesstrafe für Minderjährige und in anderen Grundsatzfragen, hatte O'Connor in ihren Referaten immer wieder die europäische Rechtslage in ihre Erwägungen einbezogen. Angesichts heftiger Gegenwehr im Kongress dürfte der seit 2005 amtierende Roberts-Court, dem als Nachfolger O'Connors der Richter Samuel Alito seit Februar des Vorjahres angehört, künftig die nationalen amerikanischen Rechtsquellen (statutarisch und im Rahmen des *common law*) wieder bevorzugen, wenn nicht ausschließlich heranziehen. O'Connor machte ihre Wertschätzung der US-Verfassung, die sie immer bei sich trägt, auch am Juridicum allzu deutlich, sie kritisierte auch die Überlänge der europäischen Verfassungsentwürfe.

Im Übrigen steht es fest, dass die mutigen und couragierten Ausführungen O'Connors auch in den USA weiter Gehör finden werden. Denn einerseits dürfen Richter des Supreme Court weiterhin auf Berufungsebene aktiv bleiben und mit juristischer Unterstützung ihres clerks Fälle hören. Andererseits amtiert O'Connor als Chancellor of the College of William and Mary und übt dieses Amt als Nachfolgerin von Henry Kissinger, Margret Thatcher und George Washington an dieser traditionsreichen Universität aus, womit auch eine wich-

tige akademische Plattform besteht, welche dieses Ehrenamt im Bundesstaat Virginia mit sich bringt. Geht es um die richterliche Unabhängigkeit und die umfassende Normenprüfung (*judicial review*), dann ist O'Connor kompromisslos auf der Seite der Judikative, wie zahlreiche Artikel (etwa im Wall Street Journal v. 27.9.2006) beweisen. Auch im Anschluss an den Wiener Vortrag blieben Fragen zu den heikelsten Fällen der letzten Jahre nicht aus. O'Connor identifizierte eher überraschend einen steuerrechtlichen Fall als den schwierigsten ihrer Karriere, den sie aber nach und nach einvernehmlich am Gericht durchbrachte; zu der Wahlentscheidung im Fall Bush v. Gore meinte sie nur allgemein, dass es möglich sei, dass das electoral college (die Wahlmännerversammlung) eine andere Mehrheit aufweise als die Wählerschaft selbst. Der Supreme Court hatte 2005 nicht nur die Rechtmäßigkeit des Zählverfahrens (in Florida) bestätigt, sondern weitere Überprüfungen in diesem Fall untersagt, angesichts der Komplexität des Falles aber dessen Präjudizwirkung von vornherein abgeschwächt.

Kämpferin für die Unabhängigkeit der Richterschaft

Porträt von Sandra Day O'Connor

Sandra Day O'Connor war das erste weibliche Mitglied (*associate justice*) des U.S. Supreme Court. Präsident Ronald Reagan machte 1981 sein Wahlversprechen wahr und ernannte mit Zustimmung des Senats die als konservativ geltende, gebürtige Texanerin (geb. in El Paso) zur Höchstrichterin. Aufgewachsen auf einer Ranch in Arizona nahe der Grenze zu New Mexico lernte sie beim Studium den späteren *Chief Justice* (Titel des Vorsitzenen bzw Präsidenten des Supreme Court), William H. Rehnquist, in Stanford kennen. Unter dem Chief Justice Warren Burger repräsentierte sie zunächst mit Rehnquist den republikanischen Flügel im US-Höchstgericht. Gemessen an den später ernannten Richtern Scalia und Kennedy judizierte sie aber sehr ausgewogen, was sich statistisch zB im Jahr 2001 so auswirkte, dass sie gerade in der Mitte der neun RichterInnen stand, was den „liberal vote“ betraf. Aus diesen, im Jahr 2004 veröffentlichten Daten ist erkennbar, dass in den USA, anders als in Österrei-

ch, das Stimmverhalten der HöchststrichterInnen und deren konkrete Ansichten aus *concurring* oder *dissenting opinions* deutlich werden. Befindet sich ein Richter oder eine Richterin in der Minderheit, kann er oder sie dies mit einer ausdrücklichen Begründung kundtun. Dies hat zwar den Vorteil größerer Transparenz, macht aber die Mitglieder des Höchstgerichts auch angreifbar und den Supreme Court zum ständigen Spekulationsobjekt aus politologischer Sicht. O'Connor selbst ist, wie es auch in Wien im Zuge der Diskussion nach ihrem Vortrag vom 31.8. deutlich wurde, überhaupt nicht begeistert von Qualifikationen wie „*swing vote*“ oder „*centrist vote*“, welche ihr ein von Fall zu Fall unterschiedliches Stimmverhalten beimaßen, denn sie stehe zu ihren weltanschaulichen und juristischen Prinzipien, wie unten noch genauer darzulegen ist.

Faktum ist, dass angesichts der großen Bedeutung der Supreme Court-Rechtsprechung die Zusammensetzung und das Stimmverhalten der Richterbank von maßgeblicher Bedeutung ist, genügt doch eine hauchdünne Mehrheit von 5:4 für die Setzung maßgeblicher Präjudizien: Was die Verfassung ist, bestimmen die Richter, und wer die Richter sind bestimmt der Präsident, lautet ein überkommener Grundsatz, der natürlich nicht in dieser Schärfe stimmt. Genau sowenig exakt ist die politologische Formel, dass sich die Judikatur des Supreme Court am leichtesten durch die Änderung der Zusammensetzung ändern ließe. Richtig hingegen ist die empirische Festlegung, dass unter dem im September 2005 verstorbenen *chief justice* William Rehnquist das US-Höchstgericht mehr als eine Dekade lang mit derselben neunköpfigen Richterbank amtierte, immerhin die zweitlängste derartige Periode in der US-Geschichte, in der seit 1803 zweifelsfrei die Normenkontrolle des Gerichts anerkannt wird. Selbst die Relevanz des berühmten Falles *Marbury v. Madison* wird aber mittlerweile von einer erstarkten *originalistischen* Interpretation infrage gestellt, welche die richterliche Normenkontrolle schon unausgesprochen in der Verfassung verankert und durch die Aussagen der *framers* (Hamilton *Federalist* Nr. 78) bestätigt sieht.

Die Spekulationen über die Beeinflussbarkeit des Supreme Court durch Neuernennungen sind aber weniger

seriös. Denn zum Einen bedarf es der Zustimmung des Senats zu den KandidatInnen, welche oftmals in öffentliche, vom Fernsehen übertragene und solcherart qualvolle *hearings* mündet, zum Anderen haben sich schon des Öfteren RichterInnen in ihrem Stimmverhalten weit von den Erwartungen der sie ernennenden US-Präsidenten entfernt. Am extremsten war dies in der Ära Eisenhower der sogenannte Warren-Court, der sozial agierte, was nicht zuletzt Nixon veranlasste, in seiner Kandidatenauswahl wieder in Richtung *law and order* zu gehen, und entsprechende Richter (Rehnquist) zu nominieren. Aber auch der von Präsident Bush sen. ernannte Richter Souter, der den Republikanern nahe stand, erwies sich als Verfechter klassisch demokratischer Positionen. In der erwähnten Statistik stehen Stevens und Souter am meisten „links“. George W. Bush hatte erst vor Kurzem zwei Gelegenheiten, neue Richter zu ernennen, und zwar den neuen *chief justice* John Glover Roberts als Nachfolger des 2005 verstorbenen Rehnquist und Samuel Alito als Nachfolger von Sandra Day O'Connor, der im Februar 2006 sein Amt nach Senatsbestätigung aufnahm.

Vertrat sie eine eher restriktive Sicht gegenüber Abtreibungen (aber unter Wahrung der Rechte der Frauen und der Straf- und weitgehenden Regelungsfreiheit im ersten Trimester, wie es die Rechtsprechung seit *Roe v. Wade* seit 1973 verlangt), so trat sie auch gegen die Todesstrafe auf, und dies mit eher überraschenden Argumenten unter Berufung auf europäische Rechtsquellen (*transjudicialism*). Natürlich brachte das heftige Kritik von Seiten ultrakonservativer Abgeordneter ein, die sogar eine Resolution verabschiedeten, wonach sich die amerikanischen Gerichte nur am US-amerikanischen Recht (*common law* und *statutory law*) orientieren sollten. Aus europäischer Sicht muss man aber gerade hier eine erstaunliche Übereinstimmung konstatieren, was das gemeinsame Erbe der westlichen (christlichen) Demokratien betrifft. Immerhin haben sich auch die *framers*, Gründerväter und Kommentatoren der US-Verfassung 1787 an europäischen Autoren und Grundsätzen orientiert, und vice versa gilt die US-Verfassung als ein nie erreichtes Vorbild an Langlebigkeit und Grundsätzlichkeit einer Konstitution, übrigens der ältesten, noch

in Kraft stehenden im Vergleich aller westlichen Staaten, sieht man von der britischen Tradition ungeschriebenen Verfassungsrechts ab.

Als erste Frau leitete O'Connor 2005 öffentliche, mündliche Verhandlungen des Höchstgerichts, entgegen Tendenzen in ihrer staatsanwaltlichen und politischen Tätigkeit in Arizona, (wo sie seinerzeit der demokratische Gouverneur Bruce Babitt zur Richterin am Berufungsgericht ernannt hatte), war sie zur Enttäuschung rechter Kreise im Gericht kein *hardliner*. Sie stimmte zwar, wie erwähnt, mit der Mehrheit des Gerichts für die Zulässigkeit regulatorischer, und damit den Freiraum gegenüber staatlichen Regeln einschränkende Maßnahmen, wollte aber von der Abtreibungs-Grundsatzentscheidung *Roe v. Wade*, welche die so genannte Trimester-Regel enthält, nicht völlig abweichen. Ihre Gegner unterstellten ihr Einzelfallgerechtigkeit, einen zu starken Hang zu arbitrary decisions und eine Überbetonung des *case-law*-Systems. Ihre zahlreichen Anhänger betonen hingegen stets, dass sie prinzipiengetreu und grundsatzorientiert sei. Vieles spricht für diese, aus europäischer Sicht stets mit angemessener Zurückhaltung zu beurteilende Einschätzung. O'Connor entwickelte sich nach anfänglich zurückhaltender richterlicher Tätigkeit zu einem eigenständigen, hoch angesehenen, zwar flexiblen, aber in Fragen der richterlichen Unabhängigkeit kompromisslosen Mitglied der richterlichen Bank. Besonders bemerkenswert ist ihr Blick auf europäische und andere westliche Rechtsordnungen, die sie ua. während ihrer anwaltlichen Tätigkeit für den Frankfurter Quartermaster-Markt in den Fünfzigerjahren kennen lernte, ihre markante Kenntnis historischer Grundlagen, ihre Menschlichkeit und ihre Vielseitigkeit.

So hat sie ua. neben zahlreichen juristischen Texten auch ein vor allem für Mädchen gedachtes Kinderbuch („*chico*“) und gemeinsam mit ihrem Bruder eine Kindheitsbiographie („*Lazy B. A childhood on a cattle Ranch in the Southwest*“) verfasst. Ihre Familie hat englische Wurzeln, sie ist mit John Jay O'Connor III. verheiratet und hat drei Söhne. Sie ist eine großartige Sportlerin, vor allem was das Reiten und das Golf-Spiel betrifft, wo sogar über ein hole-in-

one aus 2000 berichtet wird. Natürlich tragen solche Qualifikationen, wie auch Ehrungen als *cowgirl-of-the-year* und ein Überraschungsauftritt als Königin Isabel (Frau von Henry V.) in einem Theater in der amerikanischen Öffentlichkeit dazu bei, dass sich das Charisma einer Persönlichkeit vergrößert und erweitert. Auch die *law school* der staatlichen Arizona-Universität, an der O'Connor eine Vorlesung zum Supreme Court hält, und ein historisches Gerichtsgebäude in Kalifornien tragen ehrenhalber O'Connors Namen. Die derzeit in Wien amtierende Botschafterin der USA, Susan Rasnitsky McCaw, wurde 2005 von O'Connor (in Anwesenheit von Außenministerin Rice) vereidigt, sie ist ebenfalls an der Stanford-Universität graduiert worden.

O'Connors Eintritt in das amerikanische Verfassungs- und Höchstgericht bewirkte Ungewöhnliches. Offenbar, weil ihr als Frau mehr Verständnis für die Anliegen einfacher BürgerInnen zugesprochen wurde, erhielt sie über 60.000 Briefe (!) aus der Bevölkerung, mehr als je ein Höchstrichter der USA erhalten hat. Diese Menge war natürlich neben der richterlichen Aufgabe nur nach und nach zu bewältigen. Erst 1993 kam mit Ruth Bader Ginsburgh (von der demokratischen Partei) weibliche Verstärkung in das Bundes-Höchstgericht. Seither stockt der Frauen-Nachschub, unter Präsident George W. Bush wurden bisher nur Männer ernannt, nachdem die Nominierung der Bush-Vertrauten Harriet Myers scheiterte. Der Roberts-Court hat derzeit eine katholische Mehrheit, was für amerikanische Verhältnisse ungewöhnlich ist.

Sandra Day O'Connor diente unter drei verschiedenen *chief justices*, zweifellos aber war sie Rehnquist persönlich am stärksten verbunden. Sie war auch dazu berufen, nach dem Hinscheiden des Höchstrichters im September 2005 die Grabrede zu halten, was sie übrigens auch beim Reagan-Begräbnis tat. Ihm dankte sie zeitlebens für die Förderung ihrer Karriere. Im Sommer 2005 hatte sie Präsident Bush mitgeteilt, dass sie in den Ruhestand treten würde. Dies kam überraschend, denn sie galt als hochaktiv, hatte eine schwere Krankheit besiegt und wollte nach eigenen Worten solange bleiben, bis sie aus gesundheitlichen Gründen zum Rücktritt gezwungen wäre. Dass es anders kam, hat vornehmlich familiäre Gründe, die mit einer Erkrankung ihres Gatten zusammenhängen. Sie ist immer noch hochaktiv, arbeitet wissenschaftlich über die Frühzeit des Supreme Court, dem ersten Verfassungsgericht mit einer umfassenden Normenkontrolle seit über 220 Jahren und ist stets zur Stelle, wenn es um die Verteidigung verfassungsmäßiger Grundwerte, wie vor allem der *rule of law*, dem System der *checks and balances* und der richterlichen Unabhängigkeit geht. *Fotos von der Veranstaltung auf www.usembassy.at.*

Ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Strejcek ist Dozent für Verfassungs- und Verwaltungsrecht sowie allgemeine Staatslehre und Vorstand des Zentrums für Glücksspielforschung der Universität Wien, gerhard.strejcek@univie.ac.at

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at

HerausgeberInnen

Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer
Mag. Matthias C. Kettemann
Ass. Mag. Lukas Oberndorfer

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandelgasse 21
A-1070 Wien, Tel. 01/610 77
Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

Redaktionsassistentz: Mag^a. Ingrid Faber

Preis: Jahresabonnement: Euro 45,-,
Abo für Studierende, Erwerbslose, Zivil- und
Präsenzdiener: Euro 19,-,
Förderabonnement Euro: 56,-,
Einzelheft: Euro 14,-
exkl. Euro 9,90 Porto- und Versandkosten (Inland)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Mag^a. Pia Abel; Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke,
LL.M.; Miriam Broucek; Mag^a. Nina Eckstein;
RAⁱⁿ Mag^a. Doris Einwallner; Univ.-Assⁱⁿ. Drⁱⁿ Iris
Eisenberger, MSc.; Univ.-Ass. Dr. Daniel Ennöckl,
LL.M.; Dr. Ronald Faber, LL.M.; Assⁱⁿ. Mag^a. Nicole
Hofmann; Mag. Matthias C. Kettemann; Univ.-
Ass. Dr. Konrad Lachmayer; Drⁱⁿ. Nora Melzer-
Azodanloo; Ass. Mag. Lukas Oberndorfer;
Mag^a. Ines Rössl; Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter;
Dr. Oliver Scheiber; Mag^a. Marianne Schulze,
LL.M.; ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek;
RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyler; Mag. Thomas
Sperlich; Mag. Joachim Stern, Māi; RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia
Stuefer; Ass. Mag. Dominik Thompson; Mag^a.
Alice Wagner; Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin;
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager

AutorInnen dieser Ausgabe:

Marian Arning, Adebola Bayer, Nikolaus Forgó,
Bernd-Christian Funk, Petra Gehring, Wolfgang
Gratz, Philippe Greciano, Elisabeth Hödl,
Tina Krügel, Iris Kugler, Ulrich Lehner, Lubica
Páleníková, Martin Risak, Judith Schacherreiter,
Eduard Christian Schöpfer, Joachim Stern,
Gerhard Strejcek

Offenlegung

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

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

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz:

BuX. Verlagsservice, www.bux.cc

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

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die HerausgeberInnen:

Univ.-Assⁱⁿ. Mag^a. Drⁱⁿ. Judith Schacherreiter
Institut für Europarecht, Internationales Recht
und Rechtsvergleichung
Juridische Fakultät der Universität Wien
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien
Tel: +43 1 42 77 35 130, Fax: +43 1 42 77 9351
judith.schacherreiter@univie.ac.at
RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Alexia Stuefer:

stuefer@anwaltsbuero.at

Mag. Matthias C. Kettemann:

matthias.kettemann@edu.uni-graz.at

Ass. Mag. Lukas Oberndorfer:

lukas.oberndorfer@univie.ac.at

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

Thema Heft 1/2008 Anti-Diskriminierung Thema Heft 2/2008 Universitätspolitiken

Unter newsletter@juridikum.at können Sie den elektronischen Newsletter des **juridikum** bestellen, der vier Mal jährlich über neu erschienene Hefte und geplante Veranstaltungen informiert

Alle Jahre wieder

Joachim Stern

1. Das Juridicum und die Abstammung von christlichen Eltern

Jedes Jahr in der Vorweihnachtszeit findet sich in den Glasaushängekästen des Dekanats der Wiener Rechtswissenschaftlichen Fakultät die Ausschreibung einer „Heinrich Graf Hardegg’schen Stipendienstiftung für Doktoren“, denen es an ausreichenden Mitteln zur sorglosen Fortsetzung ihrer wissenschaftlichen Ausbildung mangelt. Dass sich die Ausschreibung der Wortform nach ausschließlich an Männer wendet, scheint nicht diskriminierend genug. Eine Verleihung ist „an den Nachweis: 1. der *Abstammung von christlichen Eltern ...*“ gebunden. Anträge auf Zuerkennung des Stipendiums sind beim Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien abzugeben, unterzeichnet ist der Aushang von einem Professor des Instituts.

Eine 2005 an den damaligen Dekan, gerichtete Anfrage, ob und inwiefern der Stiftung Ressourcen der Universität zur Verfügung gestellt würden, ob er diese Ausschreibung für konform mit geltendem Gleichbehandlungsrecht halte, und schließlich, ob er es prinzipiell problematisch fände, wenn Universitätsorgane von bedürftigen Studenten eine Art Ahnenpass verlangen, um für wissenschaftliche Förderung in Betracht zu kommen, brachte ernüchternde Einblicke:

Konnex zwischen der Stiftung und der Fakultät bestünde keiner, abgesehen davon, „dass ihre Absolventen (männlichen Geschlechts) zu den möglichen Begünstigten dieser Stiftung gehören. Deshalb war es auch seit jeher Usus, dass die Ausschreibung an der Amtstafel des Dekans veröffentlicht wird, weil es ja gilt, das von dieser Stiftung freundlicher Weise zur Verfügung gestellte Geld (in diesem Fall ganz wörtlich) an den Mann zu bringen.“ Wie ein Jurist wissen müsse, habe niemand Einfluss auf die Gestaltung der Ausschreibung. Im Übrigen konnte der damalige Dekan an dieser „weder juristisch noch menschlich irgendeinen Makel finden.“ Da niemand einen Anspruch

auf die Stipendien habe, käme das Gleichbehandlungsrecht nicht zur Anwendung. Und „bei dieser Sachlage“ könne er sich nicht vorstellen, man würde ernsthaft vorschlagen, er solle als Dekan „zum Schaden möglicher (wenn auch männlicher) Stipendiaten die Veröffentlichung dieser Ausschreibung verhindern.“

Dieses bedingungslose Rechtfertigungsengagement ist nicht nur interessant, weil es antidiskriminierungs- und stiftungsrechtliche Probleme außer Acht lässt. Vor allem, dass der damalige Dekan es als selbstverständlich ansah, dass die sonst ja angeblich geschlechtsneutrale männliche Wortform sich nur auf Männer bezieht, ist hier hervorhebenswert. Denn der Homepage der Stiftung zufolge¹ wurde der ursprünglich aus dem Jahr 1893 stammende und auf Männer beschränkte Stiftungsbrief im Laufe der Zeit geändert. Die Mittel sollen mittlerweile ausdrücklich „strebsamen jungen Männern und Frauen“ zukommen. Über Abstammungsnachweise ist dort hingegen nichts angeführt, jedenfalls soll aber ein Professor der rechtswissenschaftlichen Fakultät Kurator der Stiftung sein. Ein Telefonat mit jenem Professor, dem damals diese Position zukam, bestätigte schließlich, dass das Kriterium der Abstammung von christlichen Eltern in der Praxis auch überprüft werde, auch weil man andernfalls der Stiftung gegenüber schadenersatzpflichtig würde. Bestrebungen, „gewisse altertümliche Dinge“ aus dem Stiftungsbrief zu entfernen, gäbe es, wobei es jedoch vor allem um eine Klärstellung der Frage ginge, ob man Südtirolern Stipendien zukommen lassen könne, da diese vom Stifter mitbedacht wurden, nun aber nicht mehr das zusätzliche Kriterium der österreichischen Staatsbürgerschaft erfüllen. Im Übrigen könne man Private nicht zwingen, Menschen gleich zu behandeln. Die Situation sei vergleichbar mit folgender: „Ich schenke meiner Frau einen Ring, und meine Tochter fühlt sich diskriminiert.“

Dieser Vergleich hinkt in vielerlei Hinsicht. Denn während der Familienkreis vom Geltungsbereich der Anti-

Diskriminierungsrichtlinien ausgenommen und im Beispiel auch kein verbotenes Unterscheidungskriterium erkennbar ist, handelt es sich bei den Stipendien durch die Adressierung an einen unbestimmten Personenkreis um Güter, die der Allgemeinheit zur Verfügung stehen. Da an die Herkunft anknüpfend, ist die *Abstammung* von christlichen Eltern eine unmittelbare ethnische Diskriminierung und das Resultat ein unter das Gleichbehandlungsgesetz (GlbG) subsumierbarer Sachverhalt.

Auch unter dem neuen Dekan des Wiener Juridicum wird die Ausschreibung wieder ausgehängt. Auf mehrfache Anfragen wurde gar nicht reagiert. Und auch der Arbeitskreis für Gleichbehandlungsfragen, jenes inneruniversitäre Freiwilligenorgan, das seit Juli 2004 auch für sonstige Diskriminierungsgründe zuständig wäre,² wurde trotz wiederholter Anfrage nicht tätig, obwohl es im Hinblick auf die vorliegende Mehrfachdiskriminierung auch nach dem B-GlbG reichlich Ansätze gäbe. Da verwundert es kaum noch, dass die Homepage des Arbeitskreises nur auf die Zuständigkeit für Fragen der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verweist.³ Szenenwechsel.

2. Die Wiener Rechtsanwaltskammer (RAK Wien) und die christ-katholische Religion

Jedes Jahr im Sommer findet sich im Österreichischen Anwaltsblatt, dem offiziellen Organ des Rechtsanwaltskammertages und der Rechtsanwaltskammern, eine Ausschreibung einer „Maria Anna von Ertl’schen Stiftung“. Diese Ausschreibung – ebenfalls ausschließlich in der männlichen Form verfasst – richtet sich mit großzügigen Stipendien zur Einrichtung einer Kanzlei an Rechtsanwälte, die die Rechtsanwaltsprüfung mit mindestens sehr gutem Erfolg abgelegt haben und sich erstmals in die Rechtsanwaltsliste der RAK Wien eintragen lassen. Weitere Verleihungsvoraussetzungen: die Kandidaten müssen unbemittelt sein und von „Sitten, Rechtschaffenheit und *christ-katholischer Religion* echte Beweise abstaten“. Anträge sind bei der RAK Wien einzubringen. Gegen Remuneration zu verwalten ist die Stiftung laut dem auf der Homepage der RAK Wien abrufbaren

1) www.stiftung.at (21.10.2007). 2) www.univie.ac.at/gleichbe-
 2) § 41 iVm § 27 Bundes-Gleich- 3) www.univie.ac.at/gleichbe-
 1993 idF 65/2004. handlungsfragen (21.10.2007).

Stiftsbrief⁴ vom Präsidenten der RAK Wien und zwei Administratoren, die ebenfalls Rechtsanwälte mit Sitz in Wien sein sollten. Einer der Administratoren ist derzeit auch Präsident des Rechtsanwaltskammertags. Stiftungsvermögen ist vor allem ein Haus in Wien I, Rotenturmstraße 13, das über einige prominente MieterInnen verfügt. Nicht nur die RAK Wien hat dort ihren Sitz, sondern bis vor kurzem auch der Rechtsanwaltskammertag sowie jene Kanzlei, in der der Präsident des Rechtsanwaltskammertags Partner ist.

Eine im Februar 2007 gerichtete Anfrage an die nach dem Wiener Antidiskriminierungsgesetz (WrADG) eingerichtete Stelle zur Bekämpfung von Diskriminierungen, inwiefern die auch im Stiftungsregister der Stadt Wien öffentlich zugängliche Ausschreibung und deren Vollziehung konform mit geltendem Gleichbehandlungs- und Anti-Diskriminierungsrecht sei, insb im Hinblick darauf, dass in Wien auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Allgemeinheit zur Verfügung stehen, Diskriminierung aus Gründen der Religion verboten ist,⁵ führte zunächst zur Antwort, dass es eine Fülle von Stiftungen aus dem 19. Jh mit religionsbezogenen Aspekten gäbe, „denen jedoch in der Praxis der Leistungserbringung ... in der Regel heute keine Bedeutung mehr zukommt“. Im Übrigen sei die Vergabe der Mittel ein privatrechtlicher Akt.

Was in der Vergangenheit usus war, mag die Existenz in der Gegenwart zum Teil erklären. Rechtfertigen kann sie sie aber keinesfalls. Auch konnten in öffentlich zugänglichen Stiftungsregistern keine anderen Satzungen gefunden werden, in denen auf die Religion der BewerberInnen abgestellt wird. Nach Hinweis darauf, dass Diskriminierung nicht erst durch den Vollzug sondern schon durch die Ausschreibung stattfindet und dass ein Außerrachtlassen von Satzungsbestimmungen Stiftungsorgane vernommener Weise haftbar mache, wurde dem Autor schließlich eine „nochmalige sorgfältige Prüfung“ angekündigt. Das um 180 Grad gekehrte Ergebnis wurde drei Monate später präsentiert. Mittlerweile lägen zwei Rechtsgutachten „von angesehenen Wie-

ner Universitätsprofessoren“ vor. Zusammenfassend sei diesen folgendes zu entnehmen: „Die Maria Anna von Ertl'sche Stiftung ist eine juristische Person des Privatrechts. Die Widmung des Stiftungsvermögens durch die Stifterin ist ein privatrechtliches Rechtsgeschäft. Ansprüche Begünstigter gegen die Stiftung sind privatrechtlicher Natur. Privatrecht fällt nicht in die Regelungskompetenz der Länder.“

Das WrADG könne somit nicht angewendet werden. Auch eine Änderung der Satzung der Stiftung sei nicht möglich, denn eine Außerrachtlassung der Religionszugehörigkeit würde dem Stifterwillen widersprechen.

Dem referierten Gutachtenskonzentrat kann in vielerlei Hinsicht nicht gefolgt werden.⁶ Wird ihm aber gefolgt, wäre Resultat, dass der Sachverhalt nach dem GlbG zu beurteilen ist, nach dem – anders als nach dem WrADG – rein religiöse Diskriminierung im sonstigen Bereich nicht verboten ist. Dabei ist aber zu beachten, dass bei einer Diskriminierung aufgrund der Religion auch eine mittelbare ethnische Diskriminierung vorliegen kann und diesfalls das zur Hardegg'schen Stiftung Ausgeführte gilt; und schließlich, dass – nicht zuletzt aufgrund der Verwebung der RAK mit der Stiftung (siehe oben) – die Situation unter den II. Teil des GlbG fallen könnte, demzufolge religiöse Diskriminierung bei der Mitgliedschaft und Mitwirkung in Organisationen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, einschließlich der Inanspruchnahme von Leistungen solcher Organisationen, verboten ist.

Um eben diesen Fragen nachgehen zu können, wäre es von Interesse gewesen, die Gutachten, auf die sich die Rechtsansicht der Stelle zur Bekämpfung von Diskriminierungen stützt, einsehen zu können. Einer entsprechenden Anfrage folgte eine kühne Antwort: Die Gutachten wurden nicht vom Prüforgan sondern von der zu prüfenden Stiftung in Auftrag gegeben, und könnten so naturgemäß nicht weitergeben werden. Scheinbar im Glauben, dass den beiden Herren so etwas wie eine Grundnormfunktion zukäme, nenne man aber „gerne die Namen der Gutachter.“

Beim ersten Gutachter handelt es sich um den aktuellen Stiftungskurator der Hardegg'schen Stiftung, beim zweiten um den aktuellen Dekan.

Zu einer Offenlegung der Expertisen war auch das prominent besetzte Ertl'sche Stiftungskuratorium nicht bereit, sondern lediglich zu einem „Gespräch“, im Rahmen dessen einmal mehr auf den heiligen Gral Privatautonomie verwiesen wurde, ohne dessen Position im Normensystem zu substantiieren. Einmal mehr wurde behauptet, dass die Stiftungssatzung unabänderlich sei und vollzogen werden müsse. Dabei wurde aber einmal mehr ignoriert, dass Privatautonomie auch bedeutet, dass die Übernahme von Aufgaben Zustimmung voraussetzt und der Vollzug der diskriminierenden Satzungen freiwillig stattfindet.

Was haben die Stiftungen noch gemeinsam? Obwohl angeblich die Änderung des Begünstigtenkreises nicht möglich sei, wurde dieser in beiden Fällen im Laufe der Zeit auf Frauen erweitert, was aber in beiden Fällen in den Ausschreibungen keinen Niederschlag findet. Im Fall der Ertl'schen Stiftung wird dabei noch dazu stets vorgegeben, wörtlich aus dem Stiftsbrief zu zitieren.⁷

Worin unterscheiden Sie sich? Während Maria Anna von Ertl 1801 offensichtlich bestrebt war, der kurz zuvor erfolgten Öffnung des Rechtswissenschaftlichen Studiums und damit des Berufs des Anwalts für Andersgläubige entgegenzuwirken, konnte Heinrich Graf Hardegg 1893 unter dem Titel der Mildtätigkeit schon Elementen einer Abstammungslehre über seinen Tod hinaus Geltung verschaffen. Dass sich auch 2007 scheinbar mit Leichtigkeit Organe finden, die unter Verkenning der historischen, menschlichen und rechtlichen Problematik solcherlei auch bei kritischer Nachfrage mit Überzeugung exekutieren, zeugt von dringendem Handlungsbedarf.

*Mag. Joachim Stern, Mā.,
ist Assistent am Institut für
Staats- und Verwaltungsrecht
der juristischen Fakultät Wien
und Redaktionsmitglied,
joachim.stern@univie.ac.at*

4) www.rakwien.at/sonstiges/stiftbrief_ertlsche_stiftung.pdf (21.10.2007).

5) Zum Gleichbehandlungsrecht s. *Salinger*, Antidiskriminierung, *juridikum* 2007, 120 mwN.

6) So ist die Ertl'sche Stiftung nach dem Wr Landesstiftungs-

und Fondsgesetz eingerichtet, <http://www.wien.gv.at/ma62/fonds-stiftungen/stiftungen/ertl.htm> (21.10.2007).

7) Vgl die Ausschreibungen im Anwaltsblatt, zuletzt 2007, 363; Zum Frauenanteil der RAK Wien von 15% s. *Schulze*, K4-Die Strukturformel, *juridikum* 2007, 168.

Aufenthaltsrecht – Fremdenrechtspaket – Menschenrechte

Über vorrechtsstaatliche Mechanismen
im Polizeirecht

Bernd-Christian Funk

Die juristische „Fallgeschichte“ der Abschiebung der Familie *Zogaj* und des Kämpfens der Tochter *Arigona* um ihren Aufenthalt und die Rückkehr ihrer Angehörigen kann noch nicht geschrieben werden. Die Chronik der laufenden Ereignisse ist – wenn dieser Beitrag verfasst wird und zum Druck geht – noch nicht abgeschlossen. Was aber jetzt schon sichtbar wird, sind die Umrisse eines rechtlich bedingten Konfliktes, der absehbar war und der sich in geänderter Konstellation dem Grunde nach wiederholen wird, wenn nicht nach den Ursachen gefragt und Bereitschaft zu deren Behebung mobilisiert wird.

Das sog Fremdenrechtspaket 2005¹ wurde vom Nationalrat mit den Stimmen der damaligen Regierungsparteien ÖVP und BZÖ und mit großer, aber nicht einhelliger Zustimmung der SPÖ verabschiedet. Es umfasst neben Änderungen diverser Gesetze im Kern drei neue Gesetze: das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) und das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG). Die juristische und rechtspolitische Beurteilung dieser Regelwerke war von Anfang an umstritten und ist es bis heute geblieben. Kritik wurde sowohl an den Gesetzen

als auch an deren Anwendung geübt. Der Menschenrechtsbeirat (MRB) hat mehrfach Mängel aufgezeigt und deren Behebung vorgeschlagen.² Bisher vergebens.

Sämtliche Probleme, mögen sie dem Gesetz oder der Gesetzesanwendung zuzuschreiben sein, haben mit mangelhafter Umsetzung grundrechtlicher Vorgaben und Gewährleistungen zu tun. Meist liegt es an einem Zusammentreffen von gesetzlichen Ermächtigungen und deren Handhabung durch die Praxis der Behörden, wenn verfassungsrechtlich zweifelhafte und menschenrechtswidrige Ergebnisse entstehen.

Einer von mehreren Kritikpunkten in der Stellungnahme und den Empfehlungen des MRB zum Fremden- und Asylrecht betrifft die Schubhafttatbestände in § 76 Abs 2 FPG. Das Gesetz ermöglicht die Verhängung der Schubhaft gegen Asylwerber oder Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, zu präventiven Zwecken, unter anderem dann, wenn die Zuständigkeit Österreichs im Sinne des Dublin-Systems nicht geklärt ist.³ Die Bestimmung ist, obwohl als Ermessensregelung gestaltet, eine Einladung, von der Eintrittsmöglichkeit des

Art 3 Abs 2 der Dublin II Verordnung⁴ nicht Gebrauch zu machen. Die Frage der Anwendung der Humanitären Klausel in Art 15 besagter Verordnung stellt sich dann erst gar nicht – ein perfekter Regelungskreis zu Lasten Schutzsuchender.

Der MRB hat empfohlen, sämtliche Schubhafttatbestände des § 76 Abs 2 FPG ersatzlos aufzuheben. Von innenministerieller Seite wurde die in solchen Fällen übliche Formel „Es ist alles in bester Ordnung“ dekliniert. Auch wurde dem Beirat bedeutet, er überschreite durch Kritik dieser Art seine Aufgaben. Das verfassungsrechtliche Generalmandat des MRB zur Beratung des BMI „in Fragen der Wahrung der Menschenrechte“⁵ blieb unerwähnt.

In dem erwähnten Dokument des MRB vom Juli dieses Jahres⁶ sind auch Passagen über Ermessensregelungen in den Gesetzen des Fremdenrechtspakets und über deren Handhabung durch die Behörden enthalten. Auf eine weit verbreitete Umkehr grundrechtlicher Garantie- und Eingriffsrelationen wird aufmerksam gemacht. Die Präferenz liegt beim Schutz der grund- und menschenrechtlich geschützten Güter, vor allem der Unterlassung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (Art 3 EMRK) und der Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK). Die Schutzpflichten des Staates und die daraus ableitbaren menschenrechtlichen Garantien brauchen nicht bewiesen zu werden. Eingriffsfeste Gewährleistungen wie jene aus Art 3 EMRK stehen niemals zur Disposition. Soweit Eingriffe zulässig sind, wie das bei Art 8 EMRK der Fall ist, müssen sie gesetzlich vorgesehen und zur Wahrung bestimmter, in einer demokratischen Gesellschaft legitimer öffentlicher Interessen notwendig („unentbehrlich“) sein.

Das verfassungsrechtliche Design der EMRK ist durchwegs das gleiche: Präferenz hat das öffentliche Interesse an der Erfüllung der grund- und menschenrechtlichen Schutzaufträge. Sie

1) BGBl I 2005/100.

2) Stellungnahme und Empfehlungen des Menschenrechtsbeirates vom Juli 2007, www.menschenrechtsbeirat.at.

3) § 76 Abs 2 Z 4 FPG.

4) Verordnung (EG) Nr 343/2003

des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrages zuständig ist.

5) § 15 Abs 1 erster Satz SPG auf Szenarien der Anhaltung und der Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ist das BMI nachhaltig bemüht.
6) Siehe vorhin FN 2.
7) §§ 72 – 75 NAG.

bilden das Grundsätzliche, die Eingriffsermächtigungen sind demgegenüber benachrangt und stellen den Ausnahmefall dar.

Das menschenrechtliche Strukturproblem vieler gesetzlicher Regelungen des Fremdenrechtspakets liegt darin, dass diese Relation verkannt, wenn nicht gar umgedreht wird. Es ist nicht überraschend, sondern systembedingt, dass sich der menschenrechtliche Mangel auf Programmseite in der Anwendungspraxis fortsetzt und verschiedentlich verstärkt.

Besonders deutlich wird dies, wenn man die Regelungen des NAG über „Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen“ ansieht.⁷ Sie sind als „Fangnetz“ zur Vermeidung von Härtefällen konstruiert. Für die Beurteilung des Falles der Familie *Zogaj* ist hervorzuheben, dass eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen auch dann erteilt werden kann, wenn ein sog Erteilungshindernis, dh einer der in § 11 Abs 1 leg cit aufgelisteten Gründe vorliegt, die es rechtfertigen oder gebieten, einen Titel für einen Aufenthalt zu verweigern.

Soweit es um menschenrechtliche Interessen Fremder geht, sind sämtliche Bestimmungen als Ermessensregelungen („Kann“-Bestimmungen) textiert. Die Umkehr der Wertigkeiten, die darin zum Ausdruck kommt, verschont selbst menschenrechtliche Pflichtmandate nicht: Ein Aufenthaltstitel „kann“ (sic!) trotz Ermangelung von Voraussetzungen erteilt werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- oder Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK „geboten“ (sic!) ist.⁸ Die Antinomie scheint den RedaktorInnen des Gesetzes entgangen zu sein.

Ermessensregelungen zu menschenrechtlichen Gewährleistungen sind problematisch, wenn sie sich mit einer verkehrten Abwägungsstruktur verbinden. Zu einer aus rechtsstaatlicher Sicht „kritischen Masse“ werden sie, wenn die Umkehr vor den akzesso-

rischen Verfahrensgarantien nicht Halt macht. Eben dies ist bei den Bestimmungen des NAG über Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen der Fall. Ihre Anwendung ist nicht nur auf behördliches Ermessen, sondern auch auf Amtswegigkeit zugeschnitten. Die Formel „von Amts wegen“⁹ schafft in Verbindung mit dem allgemeinen Zustimmungsvorbehalt in der Kompetenz des BMI¹⁰ einen perfekten Regelkreis, der darauf gerichtet ist, nicht nur materiell-rechtliche Ansprüche auf eine menschenrechtskonforme Ermessensausübung, sondern darüber hinaus auch Ansprüche auf ein förmliches Verfahren auszuschließen.

Die ausnahmsweise behördliche Entscheidungspflicht in Fällen der Familienzusammenführung¹¹ vermag den Mangel im System nicht zu kompensieren. Es bleibt bei der prinzipiellen Verfahrensverweigerung, die im Gesetz vorgezeichnet ist und von der Praxis gehandhabt wird – generalisierend unterstützt und verstärkt durch ein vom BMI herausgegebenes „Handbuch zum NAG“,¹² wo sich zum Thema „Antragstellung“ im gegebenen Zusammenhang Folgendes findet: „Eine Antragstellung auf Erteilung ist (auch nach der bisherigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, die weiterhin sinngemäß angewendet werden kann) unzulässig (vgl Erkenntnis des VwGH vom 30. 4. 1998, Zl. 98/18/0129-3). Alle gestellten Anträge wären daher als unzulässig zurückzuweisen“.¹³

Der Regelkreis zur Grundrechtsverweigerung ist perfekt. Durch die Vorenthaltung eines Rechts auf ein Verfahren und auf eine begründete Ermessensentscheidung wird Verhalten der Behörden in Bezug auf die Anwendung humanitärer Klauseln so gut wie zur Gänze¹⁴ immunisiert und auf eine vor-rechtsstaatliche Befindlichkeit zurückgeworfen. Strategien dieser Art gelten als typisch polizeistaatlich. Der Befund leitet sich von grundrechtlicher Dogmatik ab – dies um dem unvermeidlichen Vorwurf ei-

ner „rechtspolitischen“ Argumentation zu begegnen.

Der Befund an Hand aktueller Ereignisse bestätigt die Dringlichkeit einer grundrechtlichen Evaluierung des Fremdenrechtspakets und seiner Anwendungspraxis. Mit geradezu konditionierter Reflexhaftigkeit eines „stimmt alles nicht und ist eh alles in Ordnung“ sind die Probleme auf Dauer nicht zu bewältigen. Störfälle könnten zur Regel werden.

Juristisch nicht triftig ist auch der oft vernommene Einwand, dass Unrecht (sc ein unberechtigter Aufenthalt) nicht honoriert werden und aus Unrecht kein Recht entstehen dürfe. Der Einwand greift zu kurz. Er übersieht, dass durch Aufenthaltsverfestigung, zumal, wenn sie von den Behörden (mit)verursacht wurde, zwar kein „Recht“, aber eine rechtserhebliche Tatsache geschaffen werden kann, an die sich Rechte knüpfen. Die Ankündigung der Verhinderung solcher Tatsachen durch institutionelle Vorkehrungen zur künftig raschen Verfahrenserledigung vermag das Problem auch nicht zu lösen, weil der Zeitfaktor zumeist ein Element der Qualität des Verfahrens ist.

Abschließend etwas Rechtspolitisches zur Fremden-„Polizei“. Es gilt, was *Manès Sperber* über „polizistische Geschichtsauffassung“ gesagt hat: „Die Polizei macht nicht Geschichte, sie interpunktiert nur – gewöhnlich falsch, alphanetisch – die eine oder andere dunkle Episode“.¹⁵ Wir sind in der glücklichen Lage, generell nicht unter Verhältnissen zu leben, auf die dieses Zitat bezogen ist. Es kann aber ins juristische Heute übersetzt werden: Die Probleme, um die es geht, können mit (vorwiegend) eingreifenden, ordnungs-obrigkeitsstaatlichen Methoden nicht gelöst werden.

O. Univ.-Prof. Bernd-Christian Funk, Institut für Staats- und Verwaltungswesen der Universität Wien;
bernd-christian.funk
@univie.ac.at

8) § 11 Abs 3 NAG.

9) § 72 Abs 1, § 73 Abs 3, § 74 NAG.

10) § 75 NAG.

11) § 73 Abs 4 in Verbindung mit § 46 Abs 4 NAG.

12) Zl. BMI-FW1700/0603-III/4/2006. Bemerkenswert auch die Weigerung des BMI, das Dokument auf Grund einer parlamentarischen Anfrage zur Verfügung zu stellen. Inzwischen kann eine nicht authentifizierte Fassung

im Internet eingesehen werden (www.gruene.at/uploads/media/nag_02.pdf). Die Klausel „Alle Rechte vorbehalten. usw.“ soll vermutlich urheberrechtlichen Schutz suggerieren, wo keiner ist. Es handelt sich um den klas-

sischen Fall eines freien Werkes im Sinne von § 7 UrhRG.

13) Punkt 6.2.1.3. auf Seite 142. 14) Ausnahme siehe vorhin bei FN 11.

15) *Manès Sperber*, *Der verbrannte Dornbusch* (1949).

Steuern als umweltpolitisches Instrument und das EG-Beihilfenverbot

Adebiola Bayer

1. Einleitung

Dem Einsatz von Steuern als umweltpolitisches Instrument kommt innerhalb der Europäischen Union eine zunehmende Bedeutung zu, da dadurch einerseits positive Wohlfahrtseffekte erreicht und andererseits Einnahmen erzielt werden können. Die Mitgliedstaaten sehen auch teilweise Begünstigungen oder Befreiungen von Umweltabgaben vor, um zB umweltschonendere Energieerzeugnisse zu fördern oder um nur bestimmte Arten des Energieverbrauchs zu besteuern, die als besonders belastend empfunden werden oder wo ein besonderes Einsparungspotential besteht. Solche Begünstigungen und Befreiungen werden zum Teil von der Kommission und vom EuGH als verbotene staatliche Beihilfe qualifiziert. Problematisch dabei sind die schwer vorhersehbare Entscheidungspraxis und Rechtsprechung, da eindeutige Kriterien für die Beurteilung fehlen, sowie die nicht vollständige Klärung, wie die Regelungen zu staatlichen Beihilfen zur Energiesteuer-RL stehen, die bestimmte Steuerbegünstigungen vorsieht.

2. Steuerbegünstigungen als staatliche Beihilfen: Allgemeiner Überblick

Was unter einer grundsätzlich verbotenen staatlichen Beihilfe zu verstehen ist, wird in Art 87 Abs 1 EG definiert. Diese Bestimmung erfasst nicht nur Subventionen, sondern „Beihilfen gleich welcher Art“: Somit können nicht nur direkte Zahlungen an Unternehmen, sondern auch die Minderung von öffentlichen Lasten wie Steuern staatliche Beihilfen darstellen, da nicht die Form, sondern die Wirkung der Maßnahme entscheidend ist¹. Erfüllt demnach eine Steuerermäßigung oder -befreiung die Voraussetzungen des Art 87 Abs 1², handelt es sich um eine grundsätzlich verbotene staatliche Beihilfe. Allerdings ist das Beihilfenverbot „weder absolut noch unbeding“³: Vielmehr kann die Beihilfe dennoch als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar befunden werden. Dies kann aufgrund einer Legalausnahme des Abs 2 oder einer Ermessensausnahme des Abs 3 der Fall sein: Bei letzterer kommt der Kommission ein großer Spielraum zu⁴.

Bei der Beurteilung, ob eine Steuerbegünstigung eine staatliche Beihilfe darstellt, ist die am schwierigsten zu beurteilende Voraussetzung das Vorliegen eines spezifischen oder selektiven Charakters der Maßnahme: Diese Voraussetzung ist aus dem Wortlaut des Art 87 Abs 1 EG ersichtlich, wonach eine Beihilfe „durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“ gegeben ist.

In Abgrenzung dazu werden im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung neben rein steuertechnischen Bestimmungen solche allgemeinen Maßnahmen nicht als selektiv betrachtet, die ein Ziel der reinen Wirtschaftspolitik verfolgen: Dazu zählt auch der Umweltschutz. „Die Tatsache“, so die Kommission, „dass bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige mehr als andere in den Genuss derartiger steuerlicher Maßnahmen gelangen, hat nicht zwangsläufig zur Folge, dass diese in den Anwendungsbereich der für staatliche Beihilfen relevanten Wettbewerbsvorschriften fallen.“⁵ Entscheidend für die Beurteilung als Beihilfe scheint demnach zu sein, ob der Vorteil für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige eine „in Kauf genommene“ Folge des wirtschaftspolitischen Ziels darstellt, das mittels der Steuerbegünstigung erreicht werden soll, oder ob vielmehr die Erreichung des genannten wirtschaftspolitischen Ziels aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Begünstigung erschwert wird.

Solche Maßnahmen haben hingegen dann einen spezifischen oder selektiven Charakter, wenn sie eine Behandlung der Wirtschaftsteilnehmenden nach freiem Ermessen vorsehen⁶, sie eine regionale Maßnahme darstellen oder wenn sie bestimmte Sektoren begünstigen⁷: Bei letzteren ist die Grenzziehung zu denjenigen Begünstigungen,

1) EuGH 23.2.1961, 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg 1961, 3; 2.7.1974, Rs 173/73, *Italien/Kommission*, Slg 1974, I-709; 15.3.1994, Rs C-387/92, *Banco Exterior de España*, Slg 1994, I-877; 1.12.1998, Rs C-200/97, *Ecotrade*, Slg 1998, I-7907; 8.11.2001, Rs C-143/99, *Adria-Wien Pipeline und Wieters-*

dorfer & Peggauer Zementwerke, Slg 2001, I-8365; 15.7.2004, Rs C-501/00, *Spanien/Kommission*, Slg 2004, I-6717; 15.12.2005, Rs C-66/02, *Italien/Kommission*, Slg 2005, I-0000; 15.6.2006, Rs C-393/04, *Air Liquide Industries Belgium SA*, Slg 2006, I-5293.
2) Vorteil für den Begünstigten, Gewährung des Vorteils vom Staat oder aus staatlichen Mitteln, Beinträchtigung des Wettbewerbs

zwischen den Mitgliedstaaten und selektiver bzw spezifischer Charakter der Maßnahme.

3) EuGH 22.3.1977, 78/76, *Steinike und Weinling*, Slg 1977, 595; EuGH 14.2.1990, 301/87, *Bous-sac*, Slg 1990, I-307.
4) ZB EuGH 8.11.2001, Rs C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, Slg 2001, I-8365.

5) Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vor-

schriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABl Nr C 384 vom 10.12.1998, 3-9, Rz 14.

6) EuGH 26.9.1996, Rs C-241/94, *Frankreich/Kommission („Kimberly Clark Sopalín“)*, Slg 1996, I-4551.

7) ABl Nr C 384 vom 10.12.1998, 3-9, Rz 17.

die sich aus der Anwendung des allgemeinen Steuersystems ergeben und daher nicht spezifisch oder selektiv sind, am schwierigsten. Dies ist deshalb der Fall, weil nicht nur durch die Nennung bestimmter Unternehmen oder Unternehmenszweige⁸ diese Voraussetzung erfüllt wird, sondern – wie die ua die Rs *Maribel*⁹ zum Ausdruck bringt – die abstrakte Definition der Begünstigten genügt, damit der Steuerbegünstigung eine Beihilfenqualität zukommt¹⁰.

3. Umweltabgaben und staatliche Beihilfen

Anders als im Bereich der direkten Besteuerung von Unternehmen gibt es für indirekte Umweltsteuern keine Mitteilung der Kommission darüber, wann eine Begünstigung auf eine solche von ihr als staatliche Beihilfe qualifiziert wird. Daher sind aus der Judikatur des EuGH und den Einzelentscheidungen der Kommission allgemeine Grundsätze abzuleiten, wann eine solche Maßnahme als staatliche Beihilfe zu sehen ist: Bei dieser Beurteilung ist, so wie bei der direkten Unternehmensbesteuerung, die Frage zentral, ob die vorgenommene Maßnahme einen spezifischen oder selektiven Charakter hat. Dem wird zunächst anhand einer kurzen Darstellung des seit 2001 geltenden Gemeinschaftsrahmens für Umweltschutzbeihilfen¹¹ sowie der Rs *Adria-Wien Pipeline*¹² aus dem selben Jahr nachgegangen. Anschließend wird die Rechtslage seit dem Inkrafttreten Energiesteuer-RL 2003/96/EG vom 27.10.2003 analysiert.

3.1. Der Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen

Für Steuerbegünstigungen auf Umweltabgaben ist der bis zum 31.12.2007 geltende Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen zu beachten: Dieser befasst sich jedoch vor allem mit der Frage, wann eine Maßnahme, die bereits als staatliche Beihilfe qualifiziert wurde, nach Ansicht der Kommission dennoch mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein kann.

Dass die Kommission umweltpolitischen Erwägungen keine große Bedeutung einräumt, wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob eine Steuerbegünstigung eine allgemeine oder selektive Maßnahme darstellt und daher als staatliche Beihilfe einzustufen ist, geht aus dem Gemeinschaftsrahmen klar hervor. So heißt es unter Punkt 23: „Bestimmte Mitgliedstaaten haben Steuern mit positiven Auswirkungen für die Umwelt eingeführt [...] Von bestimmten Arten von Unternehmen werden manchmal gar keine oder niedrigere Steuern verlangt [...] Nach Auffassung der Kommission können diese Maßnahmen staatliche Beihilfen [...] darstellen. Die negativen Wirkungen dieser Beihilfen können allerdings durch die positiven Wirkungen aufgewogen werden, die sich aus der Einführung von Steuern ergeben.“ Wenn dies der Fall ist, dann ist die Kommission dazu bereit, die Maßnahme „unter bestimmten Voraussetzungen für einen begrenzten Zeitraum“ zu akzeptieren. Auch im derzeitigen Entwurf der Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen vom 10.5.2007, die dem Gemeinschaftsrahmen folgen sollen, ist der Tenor ähnlich; so heißt es unter Punkt 1.2.8. des Entwurfs: „Mitunter können staatliche Beihilfen notwendig sein, um den Umweltschutz zu fördern.“

Wenn also die Kommission erkennt, dass eine Steuerbegünstigung im Gesamtkontext der abgabenrechtlichen Regelungen umweltpolitisch sinnvoll ist, so ändert dies nichts an der Qualifizierung als staatliche Beihilfe: Diese Erkenntnis kann lediglich zur Vereinbarkeit dieser Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt führen. Diese Herangehensweise verfolgt auch der EuGH in seiner Entscheidung zur Rs *Adria-Wien Pipeline*.

3.2. Die Rs *Adria-Wien Pipeline*

Gegenstand dieses Verfahrens war das EAVG, das eine teilweise Vergütung der auf Erdgas und elektrische Energie erhobenen Abgaben vorsah, sofern

sie insgesamt 0,35% des Nettoproduktionswerts des Energieverbrauchers überstiegen¹³. Nach § 2 Abs 1 EAVG hatten jedoch nur diejenigen Unternehmen einen Anspruch auf Vergütung, deren Schwerpunkt nachweislich in der Herstellung körperlicher Wirtschaftsgüter bestand.

In seinem Urteil stellte der EuGH fest, dass eine solche Steuerbegünstigung dann nicht selektiv sei, wenn sie „durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist.“¹⁴ Diese allgemeine Aussage wirft die Frage auf, inwiefern umweltpolitische Zielsetzungen geeignet sind, eine solche Rechtfertigung darzustellen: „Erfordernisse des Umweltschutzes“ an sich, so der EuGH im selben Urteil, stellen nicht unbedingt eine Rechtfertigung dar, sondern können lediglich dazu führen, dass „bestimmte staatliche Beihilfen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden können.“ Somit kann eine Steuerbegünstigung auf eine Umweltabgabe auch dann eine staatliche Beihilfe darstellen, deren Gewährung im Ermessen der Kommission liegt, wenn diese als sinnvolles umweltpolitisches Instrument erkannt wird: Dies gibt die Herangehensweise des Gemeinschaftsrahmens wieder, auf den verwiesen wird.

In Bezug auf die konkrete Bestimmung des EAVG brachte die österreichische Regierung vor, dass die Vergütung deshalb auf Unternehmen eingeschränkt sei, die körperliche Güter herstellen, weil diese Unternehmen im Vergleich zu anderen durch diese Abgaben überproportional belastet worden seien. Dieses Argument wurde vom EuGH nicht akzeptiert: Erwägungen des Umweltschutzes rechtfertigen es nicht, Unternehmen des Dienstleistungssektors anders zu behandeln als gütererzeugende Unternehmen, da ihr Energieverbrauch „gleichermaßen schädlich für die Umwelt“ sei¹⁵. Dazu wurde treffend angemerkt, dass die Frage, ob eine Bestimmung durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke

8) Vgl *Italien/Kommission*.
9) EuGH 17.6.1999, Rs C-75/97, *Belgien/Kommission* („*Maribel*“), Slg 1999, I-3671.

10) *Jäger*, Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben, Wien/Graz 2006, 245.

11) ABl C 37 vom 3.2.2001, 3-15.

12) EuGH 8.11.2001, Rs C-143/99, *Adria-Wien Pipeline und Wieters-*

dorfer & Peggauer Zementwerke, Slg 2001, I-8365.

13) Siehe dazu auch das nachfolgende Urteil EuGH 5.10.2006, Rs C-368/04, *Transalpine Ölleitung* ua, Slg 2006, I-9957.

14) Rz 42; vgl auch EuGH 17.6.1999, Rs C-75/97, *Belgien/Kommission*, Slg 1999, I-3971.

15) Rz 52.

des Systems gerechtfertigt sei, durch die Formulierung des Besteuerungsgegenstands beeinflusst werden könne: So wäre es möglich gewesen, lediglich den diffusen Energieverbrauch zu besteuern, da hier eine besondere Sensibilität entwickelt werden müsse: Dies hätte eine Systemkonformität ermöglicht¹⁶.

Diese Entscheidung zeigt die Schwierigkeiten, die das Kriterium der Selektivität für die Beurteilung einer Steuerbegünstigung als staatliche Beihilfe aufwirft: Dies vor allem deshalb, weil diese von der Qualifizierung abhängig ist, ob die fragliche Bestimmung dem Wesen oder den allgemeinen Zwecken des Systems entspricht, was viel Interpretationsspielraum offen lässt. Dem könnte entgegengewirkt werden, indem einer differenzierten Betrachtung umweltpolitischer Aspekte eine maßgebliche Bedeutung für die Beurteilung der Frage eingeräumt wird, ob eine Maßnahme gerechtfertigt und daher allgemein und nicht selektiv ist: Mit seiner Aussage zur möglichen Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt aufgrund der Erfordernisse des Umweltschutzes hat der EuGH jedoch signalisiert, einer solchen Herangehensweise nicht zu folgen.

3.3. Was hat sich seither getan? Die Energiesteuer-RL und deren Auslegung

Während die Besteuerung von Mineralöl bereits durch die Richtlinien 92/81/EWG und 92/82/EWG teilweise geregelt wurde, fehlte bis 2003 für die Besteuerung von elektrischem Strom und sonstigen Energieerzeugnissen jegliche Harmonisierung. Hier auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Maßnahmen zu setzen, wurde 2001 seitens der Kommission als unabdingbar angesehen, da sonst die Fähigkeit, die Zusagen des Kyoto-Protokolls einzuhalten, gefährdet sei¹⁷. Ziel sollte es

nicht nur sein, diese einzuhalten, sondern auch auf eine darüber hinausgehende Emissionssenkung hinzuwirken: Dafür seien ehrgeizige Vorhaben im Bereich der Energiebesteuerung notwendig¹⁸. Im April 2003 wurde im Ecofin schließlich eine politische Einigung über eine Richtlinie zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom erreicht, die seit Oktober 2003 in Kraft ist und die beiden oben genannten Richtlinien zur Besteuerung von Mineralöl ersetzt¹⁹.

In dieser Richtlinie sind auch Steuerbegünstigungen auf Umweltabgaben in ihrem Anwendungsbereich vorgesehen: Hierbei ist zwischen den Steuerbefreiungen zu unterscheiden, welche die Mitgliedstaaten grundsätzlich zu gewähren haben, und denjenigen, wonach den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zur Gewährung bestimmter Steuerbegünstigungen eingeräumt wird. Zudem fallen bestimmte Verwendungen von Energieerzeugnissen nicht in den Anwendungsbereich der RL, weshalb es in diesen Fällen keine Verpflichtung gibt, einen Mindeststeuersatz zu erheben.

3.3.1. Zwingend vorgesehene Steuerbegünstigungen

Von den zu gewährenden Befreiungen ist diejenige des Abs 1 lit b für Kraftstoffe, die für die gewerbliche Luftfahrt verwendet werden, ua aus umweltpolitischer Sicht besonders kontroversiell²⁰. Interessant dazu ist eine Entscheidung des EuGI²¹, welche aufgrund einer Beschwerde der Deutschen Bahn erging. Das Unternehmen argumentierte, dass die Umsetzung des Art 14 Abs 1 lit b in Deutschland deshalb eine staatliche Beihilfe darstelle, weil die Steuerbefreiung nicht auch für Hochgeschwindigkeitszüge gelte: Da diese mit der gewerblichen Luftfahrt im Wettbewerb stehen, komme es zu Verzerrungen. Dem hielt das EuGI

entgegen, dass die Umsetzung der in der Energiesteuer-RL vorgesehenen Befreiung deshalb keine staatliche Beihilfe darstellt, weil diese nicht dem deutschen Staat zugerechnet werden könne²². Die Mitgliedstaaten haben laut EuGI das Recht, lediglich die zwingenden Bestimmungen einer RL umzusetzen: Daher besteht kein gemeinschaftsrechtliches Erfordernis, die Steuerbefreiung auf Hochgeschwindigkeitszüge auszudehnen²³. Was die Beurteilung betrifft, ob zwischen Flugzeugen für den gewerblichen Personentransport und Hochgeschwindigkeitszügen ein Wettbewerbsverhältnis bestehe, betont das EuGI, dass es „Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers“ sei, „die Situation zu beurteilen und gegebenenfalls darüber zu entscheiden, ob eine Änderung der geltenden Bestimmungen angebracht war.“²⁴

Aus dieser Entscheidung kann klar geschlossen werden, dass sich aus einer Steuerbegünstigung, die gemeinschaftsrechtlich zwingend vorgesehen ist, keine beihilfenrechtlichen Probleme ergeben können und daher seitens der Mitgliedstaaten keine weiteren Steuerbefreiungen zu gewähren sind: Dadurch ist in diesem Bereich die Rechtssicherheit gewahrt.

3.3.2. Sonstige Steuerbegünstigungen

Laut Punkt 28 der Präambel zur Energiesteuer-RL können sich bestimmte Steuerbegünstigungen aus umweltpolitischen Gründen als erforderlich erweisen, daher wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, solche Maßnahmen zu setzen. Zudem fallen bestimmte Verwendungen nach Art 2 Abs 4 nicht in den Anwendungsbereich der RL und müssen daher nicht besteuert werden: In beiden Fällen können staatliche Beihilfen vorliegen.

Ein wenig Aufschluss darüber, wie die Anwendung des Beihilfenrechts

16) Sutter, Das EG-Beihilfenverbot und sein Durchführungsverbot in Steuersachen, Wien 2005, 110f; siehe auch den Verweis des Autors auf das Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen, wo die Kommission selbst eine gezielte steuerliche Belastung diffuser Quellen vorschlägt (KOM/2000/87, Rz 8.3.).

17) Mitteilung der Kommission „Steuerpolitik in der Europäischen Union – Prioritäten für die nächsten Jahre“, KOM/2001/262.

18) Mitteilung der Kommission „Nachhaltigkeit in Europa für eine bessere Welt: Strategie der Europäischen Union für eine nachhaltige Entwicklung“, KOM/2001/264.

19) Näheres über die RL 2003/96/EG siehe in *Terra/Wattel*, Europe-

an Tax Law, 4th ed, London [ua] 2005, 448ff.

20) Diese basiert auf den Vorschriften des Chicagoer Abkommens von 1999: Die Kommission selbst legte im Jahr 2000 eine Mitteilung über die Besteuerung von Flugkraftstoff (KOM/2000/110) vor; im Zuge der Diskussion dieses Vorhabens in der 33. Versammlung der Internationalen Zivilen

Luftfahrtorganisation stellte sich jedoch heraus, dass eine Einigung zu diesem Thema in absehbarer Zeit kaum erreichbar ist.

21) EuGI 5.4.2006, Rs T-351/02, *Deutsche Bahn/Kommission*, Slg 2006, II-1047.

22) Rz 101f.

23) Rz 106.

24) Rz 112.

gehandhabt wird, gibt die Kommissionsentscheidung zur Befreiung von der deutschen Energiesteuer²⁵, wo zwei Verwendungen des Art 2 Abs 4 Gegenstand sind, und zwar diejenigen für zweierlei Verwendungszweck und in mineralogischen Verfahren. Darin prüfte die Kommission zunächst, ob die Voraussetzungen für eine staatliche Beihilfe erfüllt waren; es ging va darum, ob die Maßnahme selektiv sei. Zur endgültigen Beantwortung dieser Frage setzte die Kommission zwei Prüfungsschritte: Zunächst wurde beurteilt, ob die im deutschen Energiesteuerrecht vorgesehenen fraglichen Befreiungen tatsächlich mit der Energiesteuer-RL im Einklang stehen und ob alle betroffenen Verwendungszwecke gleich behandelt werden; dies bejahte die Kommission im vorliegenden Fall. Somit ist die RL selbst das Maß für die Klärung der Frage, ob eine Maßnahme selektiv ist und daher eine staatliche Beihilfe darstellt: Dies ist auf jeden Fall sinnvoll, da die Mitgliedstaaten sonst kaum die Möglichkeit hätten, das ihnen eingeräumte Ermessen zu nutzen.

Anschließend analysierte die Kommission die interne Logik des Steuersystems, um zu klären, ob die in Frage stehende Steuerbefreiung dieser Logik entsprach: Dies erinnert an die Prüfung des EuGH in der Rs *Adria-Wien Pipeline*, ob die Maßnahme durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems gerechtfertigt sei. Hier besteht die ähnliche Problematik, dass es grundsätzlich offen bleibt, nach welchen Kriterien die interne Logik eines Steuersystems beurteilt wird: Wie bereits oben angemerkt²⁶, kann durch die Formulierung des Besteuerungsgegenstands Einfluss darauf genommen werden, ob eine Maßnahme als einer solchen Logik entsprechend akzeptiert wird oder nicht.

In der vorliegenden Kommissionsentscheidung bejahte die Kommission zwar das Vorliegen dieser Logik, da nach dem deutschen Energiesteuerrecht nur diejenigen Erzeugnisse besteuert werden sollten, die als Heiz- oder Kraftstoff verwendet werden; dies sei bei der Verwendung zu zwei-

erlei Verwendungszweck und in mineralogischen Verfahren nicht der Fall. Allerdings verneinte die Kommission in ähnlich gelagerten Fällen das Vorliegen der internen Logik, wie bei der Befreiung von der Verbrauchsteuer auf Mineralöle, die in bestimmten Regionen von Frankreich, Italien und Irland als Brennstoff zur Tonerdegewinnung verwendet werden²⁷.

Als Argument wurde einerseits angeführt, dass die Befreiung nur für die Verwendung von schwerem Heizöl zur Herstellung eines einzigen Produkts verwendet werde. Hier ist tatsächlich ein Unterschied zur deutschen Energiesteuerbefreiung gegeben, da die dort behandelte Befreiung weitreichender war und daher keine Ungleichbehandlung innerhalb des durch die RL eingeräumten Spielraums stattfand. Andererseits führte die Kommission an, dass die Maßnahme deshalb selektiv sei und daher eine staatliche Beihilfe darstelle, weil sie „de facto jeweils nur für ein bestimmtes Unternehmen und eine Anlage in einer bestimmten Region“ gelte.

Hier stellt sich die Frage, welche rechtliche Konsequenz das Vorliegen eines *de facto*-Zustands nach sich ziehen soll: Im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung führt nämlich die Tatsache, dass von einer Begünstigung bestimmte Unternehmen mehr profitieren, nicht zwangsläufig zum Bejahen einer staatlichen Beihilfe, sofern dadurch das wirtschaftspolitische Ziel wie das des Umweltschutzes nicht beeinträchtigt wird²⁸.

Ein ähnliches Vorgehen im Bereich der Umweltabgaben wäre begrüßenswert: So ist es praktikabel, zur Beurteilung der internen Logik einer steuerlichen Begünstigung der Frage nachzugehen, inwiefern die fragliche Maßnahme aus umweltpolitischen Gesichtspunkten sinnvoll ist; dies unabhängig davon, wie viele Unternehmen *de facto* von dieser Begünstigung betroffen sind. Durch ein solches Vorgehen wäre nicht nur umweltpolitischen Erwägungen, welche eine wichtige Grundlage für die Gewährung von Steuerbegünstigungen darstellen sollen, ein höherer Stellenwert

eingeräumt, sondern es wäre auch ein wichtiger Anhaltspunkt dafür gegeben, wann eine Begünstigung auf eine Umweltabgabe der internen Logik des jeweiligen Steuersystems entspricht.

4. Schlussbemerkung

Eine aus Sicht des Beihilfenrechts klare Rechtslage besteht seit Inkrafttreten der RL nur für diejenigen Steuerbegünstigungen auf Umweltabgaben, die die Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtend zu gewähren haben. Bei den sonstigen Begünstigungen auf Umweltabgaben bestehen nach wie vor Unsicherheiten darüber, ob eine solche Maßnahme eine grundsätzlich verbotene staatliche Beihilfe darstellt: Dies va deshalb, weil für die Beurteilung, ob die Steuerbegünstigung einen spezifischen oder selektiven Charakter hat, die Frage maßgeblich ist, ob sie der internen Logik des Steuersystems entspricht. Wie bereits angemerkt, ist dieses Kriterium mangels konkreter Anhaltspunkte kritisch zu sehen. Eine Möglichkeit, dem entgegenzuwirken, wäre es, für die Beantwortung dieser Frage umweltpolitische Aspekte als entscheidend zu betrachten. Diese spielen allerdings erst bei der Prüfung eine Rolle, ob eine bereits als staatliche Beihilfe eingestufte Maßnahme dennoch mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sein und daher uU, zumeist zeitlich befristet, akzeptiert werden kann. Somit zeigt sich, dass der Einsatz von Steuern als umweltpolitisches Instrument durch das Beihilfenrecht eingeschränkt wird.

*Dr.ⁱⁿ Adebola Bayer ist Juristin und beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit Umweltabgaben;
biola.bayer@gmx.at*

25) Entscheidung K/2007/298.
26) Siehe Punkt 3.1.

27) Entscheidung K/2005/4436.
28) Siehe Punkt 2.

Grenzen der europarechtlichen Gleichstellungspflicht bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses

Martin E. Risak

In Juridikum 2007, 67 nimmt Kettemann den Ausschluss von Rauchern bei einer Bewerbung zum Anlass von Überlegungen, ob das EG-Recht einen über den in Art 13 genannten verpönten Kriterien hinausgehenden Diskriminierungsschutz bei der Einstellung bietet. Ein solcher lasse sich aus dem Geist des europäischen Anti-Diskriminierungsrechts sowie der offenen Konzeption der Diskriminierungsgründe in Art 21 GRCh (Art II-81 VVE) ableiten. Gegen diese Ansicht sprechen jedoch gewichtige Argumente.

1. Zum Wesen des Gleichstellungsrechts

Grundsätzlich räumt die Privatrechtsordnung jedem einzelnen weitgehend die Möglichkeit ein, seine rechtlichen Beziehungen zur Umwelt nach seinem eigenen Willen frei zu gestalten (sog. *Privatautonomie*). Demnach kann jeder auch grundsätzlich frei darüber entscheiden, ob er einen Vertrag abschließen will, mit wem und mit welchem Inhalt.¹ Dabei kommt es auf die Motive für diese Entscheidungen idR nicht an, die privatautonome Rechtsgestaltung fordert ge-

rade nicht eine rationale oder sachliche Begründung insb bei der Auswahl eines Vertragspartners.

Das *Gleichstellungs- oder Anti-Diskriminierungsrecht* will in Einschränkung dieser grundlegenden der Privatrechtsordnung zu Grunde liegenden Wertungen Ungleichbehandlungen entgegenwirken, wenn diese auf bestimmten Eigenschaften oder Merkmalen einer Person basieren und fordert, dass diese Eigenschaften kein Grund für die – ansonsten auf Basis der Privatautonomie zulässigen – Ungleichbehandlung sein dürfen. Ziel ist dabei die Herstellung der Gleichartigkeit der Lebens- und Arbeitsbedingungen angesichts der Verschiedenartigkeit der Menschen.²

Vertragsfreiheit und Diskriminierungsschutz stehen somit in einem *Spannungsverhältnis*, das sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber³ und die Rsp⁴ sehr sensibel ausbalancieren. Dabei geht es um die Auswahl der verpönten Differenzierungskriterien, die zu erfassenden Lebenssachverhalte sowie die damit verbundenen Sanktionen. Eine Ausweitung der gesetzlich angelegten Tatbestände hat

dieses Verhältnis zu respektieren und nur in den Fällen eine verbotene Diskriminierung anzunehmen, die den gesetzlich geregelten Fällen hinsichtlich der Intensität des Eingriffs in die Interessenssphäre des Diskriminierten gleichwertig sind um so den Eingriff in die Privatautonomie ausreichend zu rechtfertigen.

2. Der aktuelle Bestand des europäischen Gleichstellungsrechts

2.1. Grundsätzliches

Das europäische Gleichstellungsrecht besteht auf Grund seiner schrittweisen historischen Entwicklung aus mehreren Schichten, die auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen basieren und unterschiedliche rechtliche Wirkungen entfalten. Seinen Ausgang nahm es bei den aus den Grundfreiheiten abgeleiteten Diskriminierungsverboten sowie bei der Gleichbehandlung von Mann und Frau im Arbeitsverhältnis. Diente dieses Diskriminierungsverbot anfänglich dazu, Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten der Unternehmen zu verhindern, die dieses in einem entwickelten Sozialsystem auf Grund innerstaatlicher Normen bereits zu beachten hatten, so hat die Gleichbehandlung nunmehr eine von wirtschaftspolitischen Zielsetzungen völlig losgelöste eigenständige Bedeutung gewonnen und ist auch ein wesentlicher Motor für diesbezügliche nationale Arbeitsrechtsreformen. Art 2 EG nennt die *Gleichstellung von Mann und Frau* als *Aufgabe der Gemeinschaft*, sie hat nach Art 3 Abs 2 EGV in allen ihren Tätigkeiten darauf hinzuwirken, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. In der Qualität der Rechtsgrundlagen ist zwischen der Gleichbehandlung beim Entgelt und den sonstigen Arbeitsbedingungen zu unterscheiden: *Art 141 EGV* normiert den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit⁵, der auch dem einzelnen Unionsbürger ein subjektives Recht auf Gleichbehandlung einräumt.⁶ Die Gleichbehandlung der Geschlechter bei den sonstigen Arbeitsbedin-

1) So bspw. *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ (2006) I 94f.

2) Siehe dazu *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz, DRdA 2005, 383 (385).

3) Insb durch das Gleichstellungsrecht aber auch grundsätzlich durch Arbeitsrecht, Vergaberrecht, Verbraucherrecht uä.

4) Hier ist in nationaler Hinsicht bspw. an den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu

denken, der sich aus der Besonderheit des Arbeitsverhältnisses als vertragliche Nebenpflicht ergibt; siehe dazu *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ (2006) Rz 387 mwN.

5) Siehe dazu insb *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der EG 71 ff; *Sturm*, in *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, Kap VIII Rz 6 ff. Dieser Grundsatz ist insb durch die „Lohnleichheitsrichtlinie“ 75/117/EWG konkretisiert.

Breitenfeld/Ertl

Europäisches Beihilferecht und öffentliche Aufträge

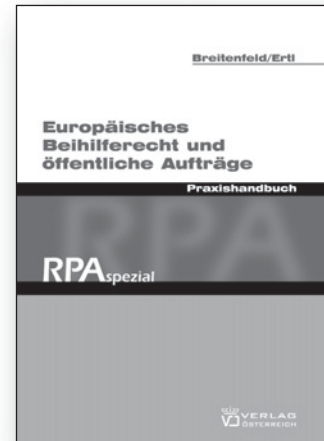
2007, 66 Seiten, geheftet, 978-3-7046-5135-8, € 20,-

Die rasante Entwicklung des Vergaberechts und die Tatsache, dass diese Rechtsmaterie in der Regel von nicht juristisch ausgebildeten Personen angewendet wird, spiegelt sich in der hohen Frequenz an Seminaren und Literatur wieder. Das folgende Praxishandbuch beleuchtet einen bis dato in Österreich für Praktiker kaum behandelten Teilbereich im Zusammenhang mit öffentlichen Aufträgen. Neben einer Einführung in das Beihilferecht werden insbesondere nachstehende ausgewählte Fragen eingehend erörtert:

- Kann ein öffentlicher Auftrag eine (unzulässige) Beihilfe darstellen?
- Sind vergabefremde Kriterien zulässig?
Welche Folgen haben subventionierte Aufträge?
- Wie ist ein Bieter, der Beihilfen empfängt, in einem Vergabeverfahren zu behandeln?

Dr. Michael Breitenfeld ist Rechtsanwalt in Wien und Mitherausgeber der RPA aktuell.

Mag. Robert Ertl ist Rechtsanwalt in Wien. Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
order@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at



gungen (zB Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder beruflicher Aufstieg) gründet zumeist auf der sog „Gleichbehandlungsrichtlinie“ 76/207/EWG idF RL 2002/73/EG⁷, die jedoch innerstaatlicher Umsetzung bedarf, sodass sich ein Arbeitnehmer nur in Ausnahmefällen⁸ direkt auf sie stützen kann.

Eine weitere Schicht des Gleichstellungsrechts wurde durch den Amsterdamer Vertrag 1999 eingeführt, wodurch in Art 13 EGV die Kompetenz für den Rat geschaffen wurde, geeignete Vorkehrungen zu 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.⁹ Diese Bestimmung ist nicht unmittelbar

wirksam, sondern bedarf der Umsetzung, sodass sich einzelne nicht auf Art 13 EG berufen können.¹⁰ Auf dieser Grundlage wurde insb die „Antirassismusrichtlinie“ RL 2000/43/EG sowie die „Gleichstellungsrahmenrichtlinie“ RL 2000/78/EG erlassen, die ebenfalls der nationalen Umsetzung bedürfen.

In der Rs *Mangold*¹¹ hat der EuGH eine unmittelbare horizontale Wirkung des Verbotes der Altersdiskriminierung in der Gleichstellungsrahmen-RL 2000/78/EG angenommen als er eine Regelung des deutschen Teilzeit- und Befristungsgesetzes in einem Streit zwischen Privatpersonen aufgrund eines Verstoßes gegen dieses Diskriminierungsverbot für unanwendbar erklärte. Dies hat in der Lehre zu Recht Widerstand hervorgerufen und dürfte wohl in der Folge nicht mehr auf-

recht erhalten werden.¹² Wohnt nun schon den auf Art 13 EGV basierenden Gleichstellungsgeboten keine unmittelbare Anwendung inter privatos inne, so kann dies umso weniger für die Anwendbarkeit von darüber hinausgehenden aus dem formal unverbindlichen Art 21 GRCh (Art II-81 EEV) abgeleiteten Diskriminierungsverboten angenommen werden.

2.2. Zum Diskriminierungsgrund der Behinderung

Die Gleichstellungsrahmen-RL 2000/78/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf diese zu gewährleisten.¹³ Der EuGH hat sich in der Rs *Navas*¹⁴ mit dem Begriff der Behinderung auseinan-

6) Das Diskriminierungsverbot erfasst dabei nicht nur staatliche Rechtsakte bzw staatliche Stellen, sondern auch Kollektivverträge, Betriebsvereinbarungen und Verträge zwischen Privaten; grundlegend EuGH 8.4.1976, 43/75 Defrenne II, Slg 1976, 455.
7) Basis zur Erlassung dieser RL war vor allem Art 235 EGV (jetzt Art 308 EG).
8) Dies betrifft insb die mangelnde Umsetzung, wobei die RL hier

auch nur vertikale Wirkung entfalten kann, dh sich der Arbeitnehmer nur gegenüber dem säumigen Staat auf sie berufen kann.
9) Dafür ist der Rat im Rahmen der durch den Vertrag auf die Gemeinschaft übertragenen Zuständigkeiten auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments kompetent, wobei Einstimmigkeit erforderlich ist.

10) *Streinz* in *Streinz*, EUV/EGV (2003) Art 13 EGV Rz 17; *Epinery* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ (2007) Art 13 EGV Rz 1 mwN; vorsichtig weitergehend *Holoubek* in *Schwarze*, EU-Kommentar (2000) Art 13 EUV Rz 9.
11) EuGH 22.11.2005, Rs C-144/04, *Mangold*, Slg 2005, I-9981.
12) Einen guten Überblick über die Diskussion und mögliche Entwicklungstendenzen bietet *Reiner*,

Rückzugstendenzen von *Mangold*, *ecolx* 2007, 270.
13) Dieser Verpflichtung wurde innerstaatlich durch §§ 7a – 7r BEinstG nachgekommen.
14) EuGH 11. 7. 2006, C-13/05, *Navas*; siehe dazu bspw *Domröse*, Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?, *NZA* 2006, 1320.

dergesetzt und festgehalten, dass er eine Einschränkung erfasst, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.¹⁵ Krankheitszustände fallen hingegen nicht in den Bereich des Schutzes der GleichbehandlungsrahmenRL 2000/78/EG, wobei die zeitliche Dimension eine wesentliche Rolle spiele: Es müsse wahrscheinlich sein, dass die Einschränkung von langer Dauer ist, damit sie unter den Begriff der Behinderung falle.¹⁶ *Behinderung und Krankheit* haben also eine unterschiedliche Bedeutung und können nicht einander gleichgesetzt werden.

Auch wenn man nun die Nikotinsucht als psychische Beeinträchtigung eingeordnet, ist es mE fraglich, wie diese allein zu einer Einschränkung iSe Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Funktionen führen soll. Chronische Folgeerkrankungen bzw Dauerschäden können hingegen sehr wohl eine Behinderung darstellen, sodass der Diskriminierungsschutz greift – dies aber auf Grund seiner finalen Ausrichtung unabhängig davon, ob die Behinderung vom Rauchen oder anderen Ursachen herrührt.

3. Der Diskriminierungsschutz der Grundrechtecharta bzw des allgemeinen Gleichheitssatzes

Die Grundrechtecharta (GRCh) enthält in Art 21 (Art II-81 VVE) unter dem Titel „Nichtdiskriminierung“ ein Verbot von „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.“

Diese Bestimmung ist im Zusammenhang mit dem vorangehenden Artikel zu verstehen, die einen „europarechtlichen Gleichheitssatz“ normiert, der schon bislang vom EuGH als ein Grundprinzip des Gemeinschaftsrechts angesehen wurde.¹⁷

In Art 51 (Art II-111 VVE) ist festgehalten, dass die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gilt. Deshalb ist eine *unmittelbare Drittwirkung* der in der Charta vorgesehenen Grundrechte *abzulehnen*¹⁸; Grundpflichten des Einzelnen können deshalb nicht aus der Charta abgeleitet werden, sondern müssen sich weiterhin auf Regelungen auf Basis von Art 13 EGV stützen.¹⁹

Obwohl die Charta bislang noch nicht formell in Kraft getreten ist, kann der Inhalt einzelner Artikel sich aus den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts“ ergeben und somit gem Artikel 6 Abs 2 EUV bereits geltendes Recht sein.²⁰ Auch wenn dies im konkreten Fall tatsächlich der Fall sein sollte (was mE zu bezweifeln ist), führt dies noch nicht dazu, dass die Gleichstellungsverpflichtung inter privatos Anwendung findet. Sie wäre vielmehr nur staatsgerichtet, sodass individuelle Rechte auf Diskriminierungsschutz gegenüber privaten Arbeitgebern daraus nicht abgeleitet werden können.

Der EuGH hat deshalb auch zu Recht in der bereits angesprochenen Rs *Navas* auf die Frage hin, ob Krankheit als ein weiterer Grund neben denen angesehen werden kann, derentwegen Personen zu diskriminieren nach der GleichstellungsrahmenRL 2000/78/EG verboten ist, ausgesprochen, dass der EGV keine Bestimmung enthalte, die die Diskriminierung wegen einer Krankheit als solcher verbietet. Zwar gehöre zu den Grundrechten

als integraler Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ua das allgemeine Diskriminierungsverbot, das für die Mitgliedstaaten verbindlich sei, wenn die im Ausgangsverfahren in Rede stehende innerstaatliche Situation in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts falle. Daraus ergebe sich jedoch nicht, dass der Geltungsbereich der GleichstellungsrahmenRL 2000/78/EG in entsprechender Anwendung über die Diskriminierungen wegen der in Artikel 1 dieser Richtlinie abschließend aufgezählten Gründe hinaus ausgedehnt werden dürfe. Damit hat der *EuGH* eine *Ausdehnung des Diskriminierungsschutzes über die in Art 13 EGV geregelten Tatbestände* auch auf Basis eines allgemeinen Diskriminierungsverbots *abgelehnt* – der *EuGH* hat damit der vom Vorlagegericht angeregten Ableitung weitergehender Diskriminierungsverbote auf Basis einer Auslegung der Artikel 13 EG, 136 EG und 137 EG iVm Art 21 GRCh eine Absage erteilt.

4. Ergebnis

Das europäische Gleichstellungsrecht enthält nach derzeitigem Stand keinen allgemeinen Gleichheitssatz, der es Privaten gebieten würde, beim Eingehen ihrer Rechtsbeziehungen grundsätzlich diskriminierungsfrei zu agieren. Art 13 EGV ermächtigt lediglich auf Grund bestimmter, abschließend aufgezählter Merkmale zur Erlassung von Richtlinien, die weiters der Umsetzung in nationales Recht bedürfen. Mit diesem System der Gleichstellung ist die Annahme weiterer Diskriminierungsverbote, die darüber hinaus zwischen Privaten unmittelbare Anwendung finden sollen, unvereinbar.

Martin E. Risak ist
ao. Univ.-Prof. am Institut für
Arbeits- und Sozialrecht der
Universität Wien;
martin.risak@univie.ac.at

15) Siehe zum Begriff der Behinderung auch *Brodil*, Die Diskriminierung bei Behinderung, in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote (2005) 63 (73); *Tomandl/Schrank*, Ausgewähltes zum neuen Behindertenschutz, ZAS 2006, 200 (201).
16) Dies leitet der EuGH aus der 16. Begründungserwägung der RL ab, wonach „Maßnahmen, die darauf abstellen, den Bedürfnissen von Menschen mit Behinde-

17) Vgl. EuGH 13.4.2000, C-292/97, *Karlsson*, Slg 2000, I-2737 Rz 39. Siehe auch *Rossi* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 20 GRCh Rz 2 ff.
18) Siehe zB *Hölscheid* in *Meyer*, EU-GRCharta² (2006) Art 21 Rz 31.
19) So bspw. *Streinz* in *Streinz*, EGV/EUV Art 21 GR-Charta Rz 7; *Callies* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 1 GRCh Rz 14; *Rossi* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 21 GRCh Rz 5. Siehe auch *Triebel*,

17) Vgl. EuGH 13.4.2000, C-292/97, *Karlsson*, Slg 2000, I-2737 Rz 39. Siehe auch *Rossi* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 20 GRCh Rz 2 ff.
18) Siehe zB *Hölscheid* in *Meyer*, EU-GRCharta² (2006) Art 21 Rz 31.
19) So bspw. *Streinz* in *Streinz*, EGV/EUV Art 21 GR-Charta Rz 7; *Callies* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 1 GRCh Rz 14; *Rossi* in *Callies/Ruffert*, EUV/EGV³ Art 21 GRCh Rz 5. Siehe auch *Triebel*,

Bekämpfung von Diskriminierungen nach Art 13 EG, ZESAR 2007, 211.

20) Vgl. nunmehr die Schlussfolgerungen des Vorsitzes der Tagung des Europäischen Rates in Brüssel (21./22. Juni 2007, 11177/07, 17) Art 6 EUV über die Grundrechte einen Querverweis auf die Charta der Grundrechte enthalten und dieser damit Rechtsverbindlichkeit verleihen soll.

Die Urform des Non-Profits – Plädoyer für eine Wiederbelebung der Gegenseitigkeit

Peter Ulrich Lehner

Einleitung

Non-Profit-Organisationen gelten heute vielen schlechthin als *die* Alternative zu gewinnorientierten Unternehmen und zur neoliberalen Wirtschaft. Auch die Zeitschrift *juridikum* hat sie dankenswerter Weise für ihre Ausgabe 3/2003 zum Themenschwerpunkt erhoben.

Diese als Vereine organisierten Initiativen übernehmen immer mehr Aufgaben, um die sich bislang die Öffentliche Hand gekümmert hat, die sie aber angesichts der Dogmen vom Null-Defizit, vom „schlanken Staat“ und vom Vorrang der Bedienung von Kapitalinteressen auslagern musste. Gleichzeitig sehen sie sich aber durch die Kürzung öffentlicher Gelder einem Zwang zu „Professionalisierung“ und „Wettbewerb“ ausgesetzt, wodurch keine „Sozialisierung des Ökonomischen“ bewirkt, sondern eine „Ökonomisierung des Sozialen“ erzwungen wird.

Diese problematische Entwicklung ist ohnedies Gegenstand wissenschaftlicher Studien und journalistischer

Klagelieder. Daher geht es hier um die vielleicht älteste Form der Non-Profit-Organisation, die für gewöhnlich nicht thematisiert wird. Sie erlangt aber angesichts zunehmender Vorsorgebedürfnisse bei gleichzeitiger Herauslösung der Vorsorge aus dem öffentlichen Aufgabenbereich und ihrer Unterwerfung unter das Profitmotiv (Privatisierung) eine zunehmende Bedeutung, der jedoch kaum Rechnung getragen wird.

Die Einrichtung *Verein auf Gegenseitigkeit* ist aufs engste mit den Grundstrukturen der menschlichen Gesellschaft verknüpft, sie lässt sich bis auf die urgesellschaftliche Stammesgesellschaft zurückführen. Von ihrer Entstehungsgeschichte her ist diese nur im Versicherungswesen anzutreffende Rechtsform die älteste. Als Manifestation des gemeinwirtschaftlichen Grundmusters im Versicherungswesen kam ihr bei der Entstehung der modernen öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung eine besondere Bedeutung zu.¹

Durch die Entwicklungen der letzten sieben Jahrzehnte, insbesondere durch

die nationalsozialistische Besetzung Österreichs im Jahr 1938 sowie durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, wurde ein eigenständiges Überleben dieser Rechtsform in der österreichischen Versicherungslandschaft immer schwieriger.

Das moderne Versicherungswesen

Das moderne Versicherungswesen begann sich in Österreich seit Ende des 18. Jahrhunderts durchzusetzen. Seine Entwicklung führte im weiteren Verlauf zu einer Rechtsformenkultur, die im wesentlichen nur zwei Typen kennt:²

- den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit (VVaG), eine selbstorganisierte, bedarfsdeckungsorientierte und selbstkostenbasierte gemeinschaftliche Gefahrtragung (Gemeinwirtschaftlichkeit), und
- die Aktiengesellschaft (AG), die durch Übertragung beziehungsweise Übernahme einer Gefahr gegen Entgelt im Wege eines Tauschakts zwischen zwei Vertragspartnern (Eigenwirtschaftlichkeit) gekennzeichnet ist.

Merkmale der Gegenseitigkeit

Der erste moderne VVaG in Österreich, die wechselseitige „k. k. privil. Brandschaden-Versicherungs-Anstalt“, nahm am 1. Jänner 1825 seinen Betrieb auf. Sein mehr als 21jähriger Gründungsvorgang hatte zugleich dem modernen Versicherungswesen in Österreich Bahn gebrochen. Er wies alle Merkmale dieser Rechtsform auf. Er

- war als Körperschaft ein Verein, der
- juristische Rechtspersönlichkeit aufwies,
- betrieb die Versicherung seiner Mitglieder (als Hauptzweck) bei
- offener Mitgliedschaft und
- verwaltete sich selbst.³

Die (bis 1883 beibehaltene) Finanzierung aufgrund des Umlageverfahrens⁴ stellte die Ausprägung zweier

1) Lehner, Abschied von der Gegenseitigkeit? Sympathieerklärung für eine im Verschwinden begriffene Rechtsform, in *Rohrbach*, Versicherungsgeschichte Österreichs V (1997) 1085 (1093); Lehner, Vertragsversicherung und Sozialversicherung. Zur Sozialgeschichte einer befruchtenden Beziehung, in *Rohrbach*, Versicherungsgeschichte VII (2004) 597 (627 ff).

2) Machek, Die formwechselnde Umwandlung von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit in Aktiengesellschaften, in FS Kastner (1972) 269 (275); Lorenz-Liburnau, Die Sonderstellung der Versicherten als Gläubiger der Versicherungsunternehmen, insbesondere durch Sicherstellung auf bestimmte Vermögensanlagen derselben, in FS Kastner

(1972) 227 (228); Skrobánek, Die Haftungsverbindlichkeiten der Mitglieder einer wechselseitigen Versicherungsgesellschaft nach den Bestimmungen der neuesten Kodifikationen, in Gutachten, Denkschriften und Verhandlungen des Sechsten Internationalen Kongresses für Versicherungs-Wissenschaft II (1909) 227 (228).

3) Kisch, Das Recht des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (1951) 17 ff.

4) Lehner, Der Konzern der Wiener Städtischen – ein Wegbereiter des österreichischen Versicherungswesens, in *Rohrbach*, Versicherungsgeschichte III (1988) 1007 (1021).

weiterer Wesenselemente der Gegenseitigkeitsversicherung dar, nämlich

- des Tauschs zu Selbstkosten und
- des Fehlens von Startkapital,⁵

wonach also „das Gegenseitigkeitsprinzip [...] hauptsächlich in der Beitragsbemessung durch das Prinzip der Bedarfsdeckung evident“ wird.⁶

Das Fehlen von Startkapital lief auf ein später erst zu erfüllendes Leistungsversprechen jedes Teilnehmers den anderen gegenüber und damit auf einen Kredit des jeweils Geschädigten gegenüber den nicht von einem Schadensfall betroffenen Leistungsverpflichteten bis zum Zeitpunkt der Leistungserbringung hinaus. Es handelte sich also um ein (wenn auch zinsenloses) Darlehen.

Ein Darlehen zu borgen oder zu entlehnen, hieß im Lateinischen *mutuor*. Das dazu passende aktive Zeitwort *mutare* hatte auch die Bedeutung von *wechseln* und *tauschen*. Daraus leitet sich das Hauptwort *mutuum* ab, das *Gegenseitigkeit* (oder *Wechselseitigkeit*), auch *gemeinsam*, bedeutet.⁷ Das erklärt den heute im romanischen, frankophonen und angelsächsischen Sprachraum noch immer verwendeten Ausdruck „Mutualismus“ für die wechselseitige oder Gegenseitigkeitsversicherung,⁸ der auch oft für Non-Profit-Organisationen verwendet wird.

Rechtsgrundlagen

Der Gegenseitigkeitsverein beruhte auf der Empfehlung der galizischen Hofkanzlei vom 25. 6. 1801, auch den Wechselseitigkeitsgrundsatz bei der Gründung von Versicherungsunternehmen zu berücksichtigen. Sie wurde durch die Billigung mittels eines Hofdekrets vom 14. 10. 1802 zu einem „offiziellen“ Standpunkt der staatlichen Verwaltung,⁹ der bei Einzelfallentscheidungen berücksichtigt wurde.

Die Hofstellen achteten bei der Genehmigung eines wechselseitigen

Versicherungsunternehmens in Fortführung überkommener Gepflogenheiten darauf, dass die Statuten und Geschäftspläne entsprechend gestaltet waren, und erteilten gewisse Auflagen, aber ein spezielles Hof- oder Hofkanzleidekret bezüglich der Rechtsform *Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit* gab es nicht.

Daher stellt das Vereinspatent vom 26. 11. 1852 (RGBL. 253/1852) die erste Rechtsgrundlage auch für *Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit* dar, die gewisse Strukturen und Regeln vorschrieb. (Es galt allerdings auch für „Aktienvereine“ und ersetzte die älteren aktienrechtlichen Dekrete.¹⁰)

Während für die AG mit dem Allgemeinen Handelsgesetzbuch vom 17. 12. 1862 (RGBL. 1/1863) eine eigene gesetzliche Grundlage geschaffen und diese durch das Aktienregulativ (RGBL. 175/1899) ausgestaltet wurde,¹¹ war das für *VVaG* nicht der Fall. Erst die Ministerialverordnung vom 18. 8. 1880 (RGBL. 110/1880) („Versicherungsregulativ“) beinhaltet spezielle Bestimmungen für *VVaG*. Die Ministerialverordnung vom 5. 3. 1896 (RGBL. 31/1896), die das Versicherungsregulativ von 1880 ablöste, verdeutlichte den Rechtsformzwang.

Mit den Versicherungsregulativen war eine Entwicklung eingeschlagen und verfestigt worden, die das Versicherungsaufsichtsrecht als allgemeine Rechtsmaterie mit Spezialbestimmungen für *VVaG* ausgestaltete, soweit nicht andere Gesetze in Frage kommen. Ein eigenes Spezialgesetz für diese Rechtsform gibt es bis heute nicht. (Auch in einer heute noch als Grundlagenwerk des Gesellschaftsrechts angesehenen Quelle kommt der *VVaG* zwar in der allgemeinen Auflistung der Rechtsformen vor, scheint aber bei ihrer Beschreibung nicht auf.¹²)

In Österreich war es weder in der Monarchie noch in der Ersten Republik zur

Beschlussfassung eines eigenen Versicherungsaufsichtsgesetzes gekommen. Das Versicherungsregulativ von 1896 wurde zwar durch ein neues Regulativ vom 7. 3. 1921 (BGBl. 141/1921) abgelöst, doch stellte auch diese Verordnung keine ausreichende gesetzliche Grundlage dar, weshalb sie in den folgenden Jahren durch eine Reihe von Gesetzen ergänzt werden musste.

Erst mit der nationalsozialistischen Besetzung kam es im ehemaligen Österreich zum 1. 3. 1939 zu einem Versicherungsaufsichtsgesetz (LGBL. 624/1939). Es blieb nach der Wiederentstehung Österreichs aufgrund des Rechtsüberleitungsgesetzes vom 1. Mai 1945 (StGBL. 6/1945) in Geltung und wurde erst durch ein eigenes österreichisches Versicherungsaufsichtsgesetz vom 18. 10. 1978 (BGBl. 569/1978) ersetzt.¹³

Gegenseitigkeit und Sozialversicherung

Die Entwicklung der Gegenseitigkeitsversicherung in Österreich, die zwar auf dem Gebiet der Feuerversicherung erstmals ihre moderne Rechtsform annahm, brachte aber schon vorher Ansätze zu einer Art Sozialversicherung für hofnahe Berufsgruppen (Beamtensozietäten) mit sich (darunter auch eine Juristensozietät). Sie war jene Rechtsform, auf deren Grundlage von den einzelnen gesellschaftlich organisierten Interessen der modernen Sozialversicherung Bahn gebrochen wurde.

Am 1. 8. 1889 war das Gesetz über die soziale Krankenversicherung (RGBL. 133/1888), am 1. November 1889 das Gesetz über die soziale Unfallversicherung (RGBL. 1/1888) in Kraft getreten. Sie erfassten ursprünglich nur die Arbeiter/innen, wurden aber in den folgenden Jahrzehnten auf andere Beschäftigtengruppen ausgedehnt. Das am 1. 1. 1909 in Kraft getretene Gesetz über die soziale Pensionsversicherung

5) Lehner, Mutualism in Austria. A Sketch of its Theory and History, Paper for the International Conference on the Comparative History of Mutual Benefit Societies in Paris (1992).

6) Machek in FS Kastner 269 (276).

7) Langenscheidts Taschenwörterbuch Lateinisch-Deutsch, Langenscheidtsche Verlagsbuchhandlung (1914) 260.

8) Lehner, Mutualism in Austria 3.

9) Fischer, FS zum fünfzigjährigen Jubiläum der k. k. priv. wechselseitigen Brandschaden-Versicherungs-Anstalt (1875) 3; Leimdörfer, Entwicklung und Organisation der Brandschadenversicherung in Österreich 1700 bis 1848 (1905) 85.

10) Kastner, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts² (1976) 122.

11) Kastner, Grundriß² 26 f.

12) Kastner, Grundriß².

13) Ogris, Zur Entwicklung des Versicherungsaufsichtsrechts und des Versicherungsvertragsrechts in Österreich von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zum Ende der Monarchie, in Rohrbach, Versicherungsgeschichte Österreichs II (1988) 1 (69 ff); Lehner, Österreichs Versicherungswirtschaft im Deutschen Reich, in Rohrbach,

Versicherungsgeschichte III, 675 (681); Lehner, Das Versicherungswesen in der Zweiten Republik, in Rohrbach, Versicherungsgeschichte III, 813 (819); Lehner, Kleine Zeittafel zur österreichischen Versicherungsgeschichte, in Rohrbach, Versicherungsgeschichte III, 1209 (1213 ff).

(RGBl. 1/1907) galt nur für Angestellte. Alle nach diesen Gesetzen errichteten Versicherungseinrichtungen beruhten auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit, weshalb das gewinnorientierte Vertragsversicherungswesen nach anfänglicher Opposition doch anerkennen musste, dass damit eine Problemlösungsoptimierung erzielt wurde.

Für die außerhalb des Sozialversicherungsschutzes liegenden Vorsorgebedürfnisse der abhängig Beschäftigten (im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft) sowie des gewerblichen Mittelstandes stand weiterhin nur das vielfältige Vereinswesen zur Verfügung. Aber nur die nach dem Vereinspatent vom 26. 11. 1852 (RGBl. 253/1852) gegründeten Gegenseitigkeitsvereine (1852er Vereine) unterlagen auch einer materiellen Staatsaufsicht (gewährleisteten also die jederzeitige Erfüllbarkeit der zugesagten Leistungen), nicht jedoch die Vereine nach dem Vereinsgesetz vom 15. November 1867 (RGBl. 134/1867) (1867er Vereine). Da sie nicht auf der gegenseitigen Haftung ihrer Mitglieder beruhten und die Erfüllung der angekündigten Leistungen vom Stand des Vereinsvermögens sowie von den aktuellen Beschlüssen der Vereinsorgane abhing, erleichterte dies auch Missbräuche.

Daher erfolgte über das Hilfskassengesetz vom 16. 7. 1892 (RGBl. 202/1892) und die anschließende Entwicklung eine gewisse Verlagerung der Erfüllung freiwilliger Vorsorgebedürfnisse auf Gegenseitigkeitsvereine. Ihnen waren auch schon bei der sozialen Krankenversicherung und der sozialen Angestelltenpensionsversicherung Ersatz- und Ergänzungsfunktionen zugewiesen worden. Wie sich überhaupt der Bedeutungsgewinn der Gegenseitigkeitsvereine daraus ergab, dass sich die gewinnorientierten AG nur um die gutverdienenden Kreise bemüht hatten. Daher waren die Gegenseitigkeitsvereine (als juristischer Ausdruck der Solidarität) Einrichtungen für die gesellschaftliche Mehrheit, die „Eigenvorsorge der armen Leute“.

Allerdings erlebten die 1867er Vereine in der Ersten Republik, als Folge von Zusammenbrüchen großer gewinn-

orientierter Versicherungs-AG, wieder einen deutlicheren Aufschwung. Vorsorgewillige deckten deshalb ihre Vorsorgebedürfnisse vorrangig bei 1867er Vereinen, weil diese niedrigere Beiträge verlangten als die 1852er Vereine, die ja auch die Kosten der staatlichen Aufsicht in ihren Preisen unterbringen mussten. Sie wurden zu spürbaren, wenn auch unfundierten Konkurrenten für die kommerziellen Versicherungsunternehmen.

Damit wurden aber Vorsorgeeinrichtungen befördert, deren unbefriedigende Performance schon einmal zu gesetzgeberischen Interventionen (Hilfskassengesetz) geführt hatte. Nur dass diesmal die langfristigen Folgen der Weltwirtschaftskrise von 1929, die Bankenzusammenbrüche und die Budgetprobleme, die Mitauslöser der Beseitigung der parlamentarischen Demokratie am 4. 3. 1933 beziehungsweise 12. 2. 1934 wurden, eine Lösung dieses Problems in den Hintergrund drängten, bis am 12. 3. 1938 der Nationalsozialismus dazwischen trat.

Diese Probleme mit den Vereinen boten dem nationalsozialistische Regime die Handhabe, sich unter dem Vorwand der Beseitigung von Missständen des Vereinsvermögens zu bemächtigen. Es strebte darüber hinaus eine entsprechende politische Ausrichtung aller in der Ostmark (dem besetzten Österreich) vorhandenen Vereine an, in denen es Störungsherde für den politischen und wirtschaftlichen „Aufbau“ vermutete.

Schon am 14. 5. 1938 war ein Gesetz über die Überleitung und Eingliederung von Vereinen (LGBl. 136/1938) erlassen worden, auf dessen Grundlage ein eigener Stillhaltekommissär in Tätigkeit trat. Es galt für fast alle 1867er Vereine, wurde später aber im Versicherungswesen auch auf 1852er Vereine angewandt.

Allerdings konnten die Nationalsozialisten gerade bei den versicherungsähnlichen Vereinen nicht so ohne weiteres ihre Absichten verwirklichen, weil sich dort doch einiges Vorsorgevermögen (wenngleich ohne aktuarische Grundlage) angesammelt hatte. Mit dessen Raub hätten sie einen beträchtlichen Teil auch der indifferenten oder mit ihnen sympathisierenden österreichischen Bevölkerung vor den Kopf gestoßen. Dazu kam,

dass auf das in den 1852er Vereinen angesammelte Vorsorgevermögen Rechtsansprüche der Versicherten bestanden, die nicht so ohne weiteres übergangen werden konnten. Daher wurden diese Vereine geprüft, um ihnen entweder (unter bestimmten Auflagen) den Weiterbestand zu gestatten oder sie in bestehende Versicherungseinrichtungen überzuleiten beziehungsweise sie aufzulösen und ihr Vermögen systemgenehmen Organisationen einzuverleiben.

Innerhalb dieser Vereinsüberleitungen stellten die 1.004 betroffenen Vorsorge- und versicherungsähnlichen Einrichtungen nur einen verschwindenden Bruchteil der insgesamt rund 105.000 Vereine dar, die die Nationalsozialisten als Beuteobjekte betrachteten (darunter natürlich alle jüdischen Kultur-, Freizeit-, Geselligkeits- und Vorsorgevereine). Doch erleichterten es ihnen die unleugbaren Mängel, die darauf zurückzuführen waren, daß diese Vereine nicht der Staatsaufsicht unterlagen und ihnen aktuarische Grundlagen fehlten, ihre weit über das behauptete (und begründete) Sanierungserfordernis hinausgehenden Bereicherungsabsichten zu verwirklichen.¹⁴

Doch hatte der Nationalsozialismus eine viel nachhaltigere Beschädigung der „Eigenvorsorge der armen Leute“ bewirkt, durch die die Jahrzehnte später einsetzende Aushöhlung des Gegenseitigkeitsprinzips begünstigt wurde.

Bedrohliche Entwicklungen

Mit dem Wiederentstehen Österreichs am 27. 4. 1945 lebten die von den deutschen Faschisten abgeschafften und zerstörten Einrichtungen nicht automatisch wieder auf. Durch das Rechtsüberleitungsgesetz vom 1. Mai 1945 (StGBI. 6/1945) wurde seitens der provisorischen Regierung klargestellt, daß hinsichtlich des Versicherungswesens die reichsdeutschen Rechtsvorschriften in Kraft blieben.¹⁵

Aufgrund der nationalsozialistischen Besetzung Österreichs war durch Kundmachung vom 17. 1. 1939 (LGBl. 158/1939) unter anderem auch das reichsdeutsche Versicherungssteuergesetz vom 9. 7. 1937 (DRGBI. 793/1937) zur Wirksamkeit gelangt.¹⁶ Durch

14) Lehner in Rohrbach, Versicherungsgeschichte III, 675 (682 ff).

15) Lehner in Rohrbach, Versicherungsgeschichte III, 813 (818 f).

16) Lehner in Rohrbach, Versicherungsgeschichte III, 675 (681).

dieses wurden die Gegenseitigkeitsvereine steuerrechtlich den Versicherungs-AG gleichgestellt, wodurch sich ihre Steuerverpflichtungen plötzlich auf ein Vielfaches des früheren Ausmaßes erhöhten.¹⁷ Diese Gleichschaltung von Ungleichem erschwerte den VVaG die Bildung von Eigenkapital erheblich.

Das Entstehen wirtschaftlicher Großräume im Zug des Wiederaufbaus nach dem Zweiten Weltkrieg bewirkte allmählich Veränderungen in der Risikolandschaft. Die vermehrte Herausbildung von Großrisiken und die Verschärfung des Wettbewerbs aktualisierten das Erfordernis einer ausreichenden Eigenmittelausstattung. Mit dem Inkrafttreten des EWR am 1. 1. 1994 und dem Beitritt Österreichs zur EU am 1. 1. 1995 wurde diese Entwicklung in Gestalt der Solvabilitätsvorschriften für Österreich manifest. Sie gewährleisteten, „daß das Unternehmen gemeinschaftlich anerkannte Kriterien der Eigenmittelausstattung erfüllt“.¹⁸

Doch nicht nur geographisch entstand ein größerer Markt, dessen Wachstum allein die Wettbewerbsbedingungen berührte. Innerhalb des Marktes wurde die Bedeutung der Finanzdienstleistungen größer, sodass die zunehmende Konkurrenz aus dem Bankensektor hinzukam. Das verschärfte nicht nur die Eigenkapitalproblematik, sondern veränderte auch die diesbezüglichen Marktakteure selbst.¹⁹

Österreich hatte bereits vor seiner formellen Anbindung an den Europäischen Binnenmarkt einiges an Bestimmungen für die Versicherungswirtschaft vorweggenommen, was den strengen gemeinwirtschaftlichen Charakter der Gegenseitigkeitsvereine aushöhlte.²⁰ Dazu kam nun die Novelle zum Versicherungsaufsichtsgesetz vom 2. 10. 1986 (BGBl. 558/1986). Der neu eingeführte § 41a gestattete

Versicherungsvereinen die Aufnahme von Partizipations- und Ergänzungskapital sowie die Ausgabe diesbezüglicher Wertpapiere.²¹

Ein weiterer Beitrag war die Novelle zum Versicherungsaufsichtsgesetz vom 2. 8. 1991 (BGBl. 411/1991). Sie eröffnete durch den neugeschaffenen § 61a die Möglichkeit, dass „ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ... seinen gesamten Versicherungsbetrieb ... im Weg der Gesamtrechtsnachfolge ... in eine oder mehrere Aktiengesellschaften einbringen“ kann. Nach dem neugeschaffenen § 61b bleibt „der einbringende Versicherungsverein ... bestehen. Sein Gegenstand ist auf die Vermögensverwaltung beschränkt.“²² Der Vertragsabschluss bei einer derartigen Versicherungs-AG ist nur bei gleichzeitigem Erwerb einer Mitgliedschaft beim haltenden VVaG möglich.

Demgemäß setzte ein deutlicher Schwund dieses Unternehmenstyps aus der österreichischen Versicherungslandschaft ein. „Diese Entwicklung war bis 1990 vor allem auf Umwandlungen oder Vermögensübertragungen zurückzuführen, während ab 1991 Versicherungsvereine verstärkt von der Möglichkeit der Einbringung des Versicherungsbetriebes in eine Aktiengesellschaft ... Gebrauch gemacht haben.“²³

Besonderheiten

Die nur im Versicherungswesen anzutreffende Rechtsform des Vereins auf Gegenseitigkeit²⁴ brachte bislang den Grundsatz der Identität von Kunde und Mitglied am reinsten zur Geltung. Die Mitgliedschaft bei einem VVaG ist nur um den Preis des Abschlusses einer Versicherung möglich, die Versicherungsnahme hat als unverzichtbare Parallelwirkung gleichzeitig auch die Mitgliedschaft beim Verein zur Folge.²⁵ „Mitgliedschaft und Versicherungsver-

hältnis haben in einem einheitlichen Rechtsakt ihre Grundlage.“²⁶

„Der Idee nach kommen beim Versicherungsverein unternehmensintern nur Versicherteninteressen zur Geltung. ... Das Recht des Versicherungsvereins ist in erster Linie aus sich selbst heraus unter Berücksichtigung seiner technischen Eigenart zu interpretieren...“²⁷ Daraus ergibt sich unter anderem „die Gleichbehandlung der Mitglieder“ als „ein dem Recht des VVaG immanenter Grundsatz“.²⁸ Für Österreich ist dieser Grundsatz in § 33 Abs 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (BGBl. 569/1978 in der aktuellen Fassung BGBl. 652/1994, VAG) festgelegt, der sich ausdrücklich „auf das im Mitgliedschaftsverhältnis enthaltene Versicherungsverhältnis“ bezieht.²⁹

Der VVaG hat hier insofern rechtsbildend zugunsten aller Versicherungsnehmer (also auch der von AG) gewirkt, als § 104 Abs 4 VAG der Aufsichtsbehörde ein Untersagungsrecht für den Fall einräumt, „daß unter gleichen sachlichen Voraussetzungen von den Versicherungsnehmern nicht gleiche Leistungen verlangt oder an sie oder andere aufgrund von Versicherungsverträgen anspruchsberechtigte Personen nicht gleiche Leistungen erbracht werden. ... Nach der gegenständlichen Bestimmung ist die unsachliche Ungleichbehandlung von Versicherungsnehmern (also auch jener von AG, Anm) schlechthin der Fall eines Widerspruchs zu anerkannten Grundsätzen des Geschäftsbetriebes.“³⁰

Aus der Besonderheit des Vereins auf Gegenseitigkeit folgen weitere Merkmale, durch die er sich nicht nur von den Rechtsformen der eigenwirtschaftlichen Versicherung (in Österreich nur die AG), sondern auch von der Genossenschaft (die in Österreich nicht zum Versicherungsbetrieb zugelassen ist) unterscheidet:

17) Mitteilungen der Wiener Städtischen Wechselseitigen Versicherungsanstalt vom Jänner 1949, 2 (2).

18) Baran, Die Auswirkungen der EG-Richtlinien auf das Versicherungsaufsichtsrecht, VersR 1994, 225 (228).

19) Weigel, Möglichkeiten der Konzernentwicklung und Kapitalbildung beim VVaG, Versicherungswirtschaft 1993, 690 (690).
20) Lehner, Die Großraumwirt-

schaft als Veränderung der Risikolandschaft, Mitteilungen der Wiener Städtischen 1/1990, 8 (10 f); Veröffentlichungen des BMin für Finanzen betreffend die Vertragsversicherung 1992/2, 22.

21) Veröffentlichungen des BMin für Finanzen 1986/2, 6.

22) Veröffentlichungen des BMin für Finanzen 1991/1, 2.

23) Österreichische Versicherungsstatistik für die Jahre 1993 und 1994 (1994/1995) 8.

24) Kisch, Recht des VVaG 16.

25) Weber, Ursprung und Wandlung der Bestandübertragung, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 1995, 429 (431 f).

26) Mohr, Entwicklungen und Wandlungen im Recht des VVaG, Versicherungswirtschaft 1990, 162 (162).

27) Grobfeld, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit im System der Unternehmensformen, in

Peiner, Grundlagen des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (1995) 107 (108, 113).

28) Mohr, Aspekte der rechtlichen Regelung des deutschen Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, in Peiner, Grundlagen 115 (116).
29) Krejci/Weilinger, Österreichisches Versicherungsrecht (1988) 156, 203.

30) Krejci/Weilinger 175, 225.

- Wer von den Mitgliedern auch immer in das oberste Organ (bei großen Versicherungsvereinen heute nur mehr eine Mitgliedervertretung und keine Mitgliederversammlung) entsendet wird, kann dort nur Beschlüsse auf Grundlage eines gleichen Stimmgewichts (mit-)fassen, die für alle Mitglieder gleich gelten. Mitgliedervertreter und Aufsichtsratsmitglieder können sich nicht zu Lasten funktionsloser Mitglieder privilegieren.
- Bei der Hauptversammlung einer AG wirken an der Beschlussfassung nur stimmberechtigte Aktionäre mit, und dies nicht nach dem Grundsatz „Eine Person – eine Stimme“, sondern nach Maßgabe des finanziellen Gewichts des Aktienpakets (abgesehen von der Möglichkeit, ohne Mitwirkung stimmrechtsloser Vorzugsaktionäre eine unterschiedliche Dividende zu beschließen). „Beim VVaG ist das auf der Mitgliedschaft beruhende persönliche Element statt finanzieller Einflußfaktoren für Unternehmensentscheidungen maßgeblich. ... Deutlichsten Ausdruck findet das Personalitätsprinzip beim VVaG in der obersten Vertretung ...“³¹
- Anders als bei einer AG, bei der „das Verhältnis der Organe zueinander ... nicht in einer Über- und Unterordnung“ besteht,³² wird die Mitgliederversammlung oder Mitgliedervertretung beim VVaG gemäß § 43 Abs 1 VAG ausdrücklich als „oberstes Organ“ bezeichnet, in dem gemäß § 49 Abs 1 „die Mitglieder [...] ihre Rechte in den Angelegenheiten des Vereins“ ausüben.³³
- Bei einer Genossenschaft bestimmen in der Generalversammlung nur Mitglieder (die keine Kunden sein müssen) mit, nicht aber Kunden (die keine Mitglieder sein müssen). Die Generalversammlung als höchstes Organ der Genossenschaft kann in Geschäftsführungsfragen eingreifen und dem Vorstand bindende Weisungen erteilen.³⁴
- Im Gegensatz zum höchsten Organ einer Genossenschaft kann aber

das oberste Organ eines Vereins auf Gegenseitigkeit gemäß § 49 Abs 3 VAG über Geschäftsführungsfragen nur dann entscheiden, wenn dies der Vorstand oder in bestimmten Fällen auch der Aufsichtsrat verlangt.³⁵

Gemeinwirtschaftliche Trübung

In Erweiterung der bislang offenen Möglichkeiten, nämlich

- der formwechselnden Umwandlung eines Vereins in eine AG (bei der der Verein als Rechtsperson erhalten bleibt, er aber seine Rechtsform ändert) und
- der übertragenden Umwandlung, also der Übertragung des Vereinsbestands auf eine AG (bei der die Rechtsperson des Vereins erlischt³⁶), gestattet die erwähnte Novelle die Einbringung des Vereinsbestandes in eine AG, ohne dass sich die Rechtsform des Vereins ändert und ohne dass seine Rechtspersönlichkeit erlischt. Allerdings ändert sich sein Tätigkeitsgebiet.

Erkauft wurde diese Möglichkeit dieser „bewahrenden Umwandlung“ jedoch durch

- die Aufspaltung der Identität von Mitgliedschafts- und Versicherungsverhältnis in zwei voneinander getrennte parallel laufende Rechtsbeziehungen, die einander jedoch bedingen beziehungsweise zur Voraussetzung und zur Folge haben (auch wenn sie zu jeweils verschiedenen Rechtspersönlichkeiten bestehen), und den Rückzug des Versicherungsvereins aus dem sogenannten technischen Geschäft auf eine reine Holdingfunktion.

Damit bliebe der Grundsatz der ungetrübten Identität von Kunde und Mitglied nur bei jenen Versicherungs-AG gewahrt, die sich im ausschließlichen Eigentum eines oder mehrerer VVaG befinden. Dies wird aber in der Regel so gut wie nicht der Fall sein, weil ja solche AG gerade zu dem Zweck errichtet werden, durch die Hereinnahme von Fremdkapital die Eigenmittelausstattung zu verbessern.

An einer solchen Versicherungs-AG werden nun also auch Kapitalgeber

beteiligt, die mit ihrer Kapitalhergabe legitimerweise Ertragsersparungen verbinden (im Gegensatz zu den Vereinsmitgliedern, denen es um Versicherungsschutz zu Selbstkosten geht). Damit hält das spekulative Element beziehungsweise das ihm zugrundeliegende Vorteilsdenken im gemeinwirtschaftlichen Versicherungswesen Einzug.

Dieses beschränkt sich wahrscheinlich nicht nur auf die Kapitalgeber. Da die Vereinsmitglieder durch die Einbringung zu „Holdinggenossen“ werden (statt ausschließlich „Gefahrenengenossen“ zu bleiben), ist nicht auszuschließen, dass das Ertragsinteresse auch bei (einem maßgeblichen Teil von) ihnen die Oberhand gewinnt und dieses Interesse dann die weitere Entwicklung steuern könnte.³⁷ Wie weit diese Entwicklung auch immer gehen mag, die gemeinsame Gefahrtragung zu Selbstkosten tritt gegenüber Ertragsersparungen jedenfalls immer mehr in den Hintergrund.

Es vollzieht sich also ein Eindringen der kapitalrechtlichen Organisationsform in den bislang personenrechtlich organisierten Gemeinwirtschaftsbereich. Dies nicht zuletzt deswegen, weil es um die Verbreiterung der Eigenkapitalbasis und nicht um die Vergrößerung der Gemeinschaft von Gefahrenengenossen geht. Damit findet ein grundsätzlicher Einbruch in diesen bislang „reinen“ gemeinwirtschaftlichen Bereich statt. So bestätigt sich erneut, „daß der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit fremde Kapitalgeber ... im Grunde nicht verträgt.“³⁸

Die in Österreich entwickelte Variante der Überlebensmöglichkeit für VVaG umging zumindest das Problem, im Falle einer formwechselnden oder übertragenden Umwandlung die stillen Reserven auf die bisherigen Mitglieder aufteilen zu müssen (in denen auch das Aufbauwerk vorangegangener Mitgliedergenerationen enthalten ist).

Doch grundsätzlich führe auch „das österreichische Modell zu einer Preisgabe der Rechtsform des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit. Beim

31) Mohr in Peiner, Grundlagen 115 (117 f).

32) Kastner, Grundriß² 147.

33) Krejci/Weilinger 157, 159.

34) Kastner, Grundriß² 271, 275.

35) Krejci/Weilinger 157, 159.

36) Baran, Die Fortführung des Betriebs von Versicherungsvereinen durch Aktiengesellschaften, VersR 1992, 76 (76 ff).

37) Vgl auch Peiner, Konzernstrukturen von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, Versicherungswirtschaft 1992, 920 (926).

38) Weigel, Versicherungswirtschaft 1993, 690 (694).

österreichischen Modell geschieht dies nur langsamer und schlechend.³⁹ Allerdings ist „die klassische Form des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit schwerfällig und stark in der Tradition verhaftet“, so dass er „sich mehr als bisher von der Tätigkeit einer Aktiengesellschaft unterscheiden und sein eigenes Profil entwickeln müssen“ wird.⁴⁰ Eine bemerkenswerte Aussage, die auch als Kritik an der bisherigen Anpassungspolitik zu lesen ist.

Dieses eigene Profil folgt bereits aus der Tatsache, daß der *VVaG* grundsätzlich der Bedarfsdeckung und nicht der Gewinnerzielung gewidmet ist. Auf dieser Grundlage hätte die Profilierung zu erfolgen, während sie durch weitgehende Annäherungen an die AG sowie nunmehr durch die Ausgliederung des operativen Geschäfts in eine eigene AG und die Zurückziehung auf eine Holdingfunktion eher ins Gegenteil verkehrt wurde.

Ein Funktionär eines ehemaligen Gegenseitigkeitsvereins hat in einem Gespräch mit dem Verfasser dbzgl gemeint, es hätte der Öffentlichkeit gegenüber nicht überzeugend argumentiert werden können, dass ein Unternehmen, das nur seinen Mitgliedern dient, steuerlich anders zu behandeln wäre als ein Unternehmen mit Kundenbeziehungen. Ähnliche Einwände kamen dem Verfasser auch in Diskussionen in internationalen wissenschaftlichen Gemeinwirtschaftsgremien zu Ohren.

Abgesehen davon, dass ein Versicherungsverein im Wesentlichen nicht anders kann, als den Interessen seiner Mitglieder nach Schutz vor wirtschaftlichen Gefahrenfolgen zu dienen, weil dies sein (einziger) Hauptzweck ist (so dass ihm daraus also kein Vorwurf erwachsen kann), hätte als Argumentationshilfe auf eine Feststellung der österreichischen Versicherungsaufsichtsbehörde aus der Ersten Republik zurückgegriffen werden können:

„Bei einer rein wechselseitigen Versicherungsanstalt ist es ein Begriffsmerkmal, daß sie nicht auf Gewinn berechnet ist. Bei einem solchen Verein sind die

Vereinsmitglieder identisch mit seinen Vertragspartnern, sodaß es sich wirtschaftlich nur um die Verteilung der von einzelnen Vereinsmitgliedern erlittenen Schäden auf alle Vereinsmitglieder handelt. Ein Verein, dessen einzige Tätigkeit in der Verteilung des erlittenen Schadens auf seine Mitglieder besteht, kann natürlich nie einen Gewinn erzielen.“ Aus diesem Grund wurde seinerzeit auch „die ‚wechselseitige‘ Versicherung aus de[m] Kreis der absoluten Handelsgeschäfte aus[geschlossen].“⁴¹

Dazu kommt, daß die Verteilungswirkung der Geschäftstätigkeit des Versicherungsvereins gesellschaftspolitisch neutral ist, so dass seine steuerlich differenzierte Behandlung (wie sie bis 1938 der Fall war) niemanden begünstigt hätte: „In der Versicherungswirtschaft anfallende Gewinne bedeuten ... bei Aktiengesellschaften einen Vorteil für die Anteilseigner, was volkswirtschaftlich als Vergrößerung der Gewinneinkommen zum Ausdruck kommt. Dadurch geht auch die gesellschaftspolitisch neutrale Verteilungswirkung verloren. Bei den Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit hingegen kommen Überschüsse (kraft der Natur dieser Rechtsform, und nicht als einseitige Eigentümergeste) in Form von Produktverbilligungen allen überschußanteilsberechtigten Mitgliedern zugute. Bei ihnen schlagen sie allerdings nicht als Gewinneinkommen zu Buche.“⁴²

Alternative Eigenkapitalmöglichkeiten?

Hätten nicht auch bei den Eigenkapitalvorschriften alternative Wege versucht werden können? Selbst die aus der EU auf Österreich einwirkende Rechtsentwicklung ließ Möglichkeiten für „die nationale Gesetzgebung“ offen, „weitere Eigenmittelbestandteile“ zuzulassen, „solange die allgemeine Voraussetzung erfüllt ist, daß es sich um unbelastetes Kapital handelt“.⁴³

Zwar hat die Entwicklung von Partizipations- und Ergänzungskapital in Österreich gezeigt, „daß diese Surro-

gatkapitalien vom Kapitalmarkt nicht hinlänglich aufgenommen worden sind. Es war eine Tatsache, daß die Möglichkeit der Aufnahme von Zusatzkapital mit der Vielzahl der Möglichkeiten aktienrechtlicher Kapitalmaßnahmen nicht Schritt halten konnte“. Anstatt aber „dem Versicherungsverein nunmehr den vollen Zugang zum Kapitalmarkt zu eröffnen“,⁴⁴ hätte vielleicht der Eigenmittelkatalog erweitert beziehungsweise hätten auch für Österreich alternative Modelle diskutiert werden können?

- Eine „Zwischenholding ... als betriebswirtschaftlicher Puffer“ zwischen dem Verein und seiner Unternehmensgruppe böte den Vorteil, dass die staatliche Aufsicht über den Verein als Obergesellschaft mittelbar auch auf die (aufsichtsfreie) Holding wirkt. Das ließe „sich unter gewissen Voraussetzungen sogar als ein Qualitätsmerkmal derart gestalteter Versicherungs- und Finanzgruppen vermarkten“. „*VVaG* sind von ihrer Rechtsform her ... nicht als Tochterunternehmen geeignet, sondern vielmehr zur Konzernobergesellschaft prädestiniert.“⁴⁵
- Ein „Gegenseitigkeitswertrecht“, das nur den Vereinsmitgliedern zugänglich wäre und darauf abstellt, dass das kapitalgebende Mitglied „auf Verzinsung seines Kapitals zunächst teilweise verzichtet und dafür im Gegenzug eine bestimmte Teilnahme am Wertzuwachs des Unternehmens in Aussicht gestellt bekommt“, würde immerhin auf Fremdkapitalgeber verzichten und den Verein als „natürliche Rechtsform eines Versicherungsunternehmens“ bewahren, dessen Versicherungsgemeinschaft „Rechtsträger der Risiko übernehmenden Unternehmung“ bliebe. Angesichts seiner „Übernahmefestigkeit“ ist der Verein eine „konzentrationshemmende Unternehmensform“, durch die die Marktvielfalt gewahrt bliebe, „was auch unter wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten zu begrüßen ist.“⁴⁶

39) Weigel, Versicherungswirtschaft 1993, 690 (692).

40) Klein, Der *VVaG* im Euro-Markt, Versicherungswirtschaft 1993, 686 (686).

41) Veröffentlichungen des BKA

betreffend die (Privat-)Vertragsversicherung 1923/2, 35.

42) Lehner, Staat und Versicherung in Österreich, in *Rohrbach*, Versicherungsgeschichte III 853

(863).

43) Baran, *VersR* 1994, 225 (229).

44) *Shimetschek*, Erfahrungen mit der neuen *VVaG*-Gesetzgebung in Österreich, *Versicherungswirtschaft* 1993, 701 (702).

45) Weigel, Eigenkapitalbildung von Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit, in *Peiner*, Grundlagen 141 (142).

46) Weigel, *Versicherungswirtschaft* 1993, 690 (693 ff).

Allerdings würde es sich auch beim Gegenseitigkeitswertrecht zwar nicht um Fremdkapital, aber doch um Kapital handeln, das (aufgeschoben) zu verzinsen ist. Selbst wenn die Inhaber dieser Rechte keine zusätzliche Mitbestimmungsmöglichkeit eingeräumt erhielten, kämen diese Rechte den Surrogatkapitalien oder den stimmrechtslosen Vorzugsaktien sehr nahe. Und was geschieht, wenn der Verein keine Wertsteigerung erfährt? Auch in diesem Fall wäre das Schicksal des Gegenseitigkeitswertrechts dem einer Aktie sehr ähnlich. Es ist also der Kapitalcharakter, der die Probleme schafft, und daher nicht so bedeutend, ob es sich um Mitglieder- oder um Fremdkapital handelt.

Es drängt auch hier das Problem zum Gedanken hin, dass mit einer steuerlich differenzierten, also Ungleichbehandlung der Gegenseitigkeitsvereine aus der niedrigeren steuerlichen Belastung die Erweiterung seiner Eigenkapitalbasis finanzieren könnte, um auf bedarfsorientierter und selbstkostenbasierter Grundlage Rücklagen zu bilden und künftige Leistungsverpflichtungen zu sichern.

Leider ist auch von der EU derzeit kein Impuls zu erwarten. Zwar wird dort seit geraumer Zeit ein Statutenentwurf der Kommission für eine Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft diskutiert,⁴⁷ dem allerdings der Makel anhaftet, daß „die Bedeutung des Versicherungsvereins ... bei den Behörden der EG unterschätzt“ wird.⁴⁸

Diese Kritik wird durch den Umstand erhärtet, daß sich ein Vorschlag der Europäischen Kommission für ein Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft ursprünglich „ganz am Leitbild kleiner Gegenseitigkeitsvereine“ orientierte, so dass er hinsichtlich der großen Vereine teilweise „realitätsfremd“ war.⁴⁹ Dieser Kritik wurde mittlerweile in einzelnen Punkten der Neufassung des Entwurfs Rechnung

getragen.⁵⁰ Dennoch ist zu befürchten, daß der EU-Binnenmarkt die Tendenz zum Verschwinden wirtschaftlicher Solidareinrichtungen eher noch verschärfen wird.

Inzwischen entsteht auch EU-intern ein kritischeres Bewusstsein bezüglich der Marginalisierung der Gegenseitigkeitsvereine: „In keinem Mitgliedstaat gibt es ein Ministerium, das explizit für Gegenseitigkeitsgesellschaften zuständig wäre. Die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit fallen in die Zuständigkeit der für das Versicherungswesen zuständigen Ministerien, wobei nicht nach Gesellschaftsform unterschieden wird. Die Krankenversicherer auf Gegenseitigkeit unterstehen dagegen üblicherweise dem für soziale Angelegenheiten zuständigen Ministerium. Gegenseitigkeitseinrichtungen bringen regelmäßig ihr Bedauern über die mangelnde Kenntnis ihres Sektors innerhalb der nationalen Verwaltungen zum Ausdruck, was zu einer mangelnden Berücksichtigung ihrer Besonderheiten im sie betreffenden allgemeinen politischen Rahmen oder auch zu Versäumnissen im Hinblick auf ihre Konsultierung zu sie eventuell betreffenden ordnungspolitischen Initiativen führen kann. Dieses mangelnde Verständnis kann auch dazu führen, dass Möglichkeiten vertan werden, das Gegenseitigkeitsmodell in den Fällen zu fördern, in denen es sich als vorteilhaft erweisen könnte, und dazu, dass die Gegenseitigkeitsgesellschaften auf einige wenige Bereiche beschränkt bleiben.“ (Konsultationsdokument, 25)⁵¹

Das Gegenseitigkeitsprinzip ist eine wirksame Möglichkeit, die Vorherrschaft des Gewinnprinzips beziehungsweise die ihm zugrunde liegende Verselbstständigung der Kapitalverwertung einzudämmen. Welche rechtlichen Voraussetzungen müssten in der Europäischen Union geschaffen werden, damit es möglich wird,

- bedarfsdeckungsorientierte und gewinnerzielungsorientierte Wirtschaftseinheiten gemäß ihrem Wirtschaftszweck steuerlich differenziert zu behandeln?
- Ersatz- und Ergänzungsfunktionen zu öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungssystemen ausschließlich an bedarfsdeckungsorientierte und selbstkostenbasierte Versicherungseinrichtungen zu übertragen?
- das Gegenseitigkeitsprinzip auch in anderen Wirtschaftsbereichen zu etablieren?

*Peter Ulrich Lehner,
Autodidakt, ehemals Grundlagenforscher in einem gemeinwirtschaftlichen Dienstleistungsunternehmen, mehrere wirtschaftsgeschichtliche und gesellschaftspolitische Veröffentlichungen, geschäftsführender Redakteur der „mitbestimmung. zeitschrift für demokratisierung der arbeitswelt“, Wien;
mi.pul@chello.at*

47) Moltke, Zum Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, Versicherungswirtschaft 1993, 688 (688 ff); Peiner, Versicherungswirtschaft 1993, 697 (700); Präve, Das Recht der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, Zeitschrift für Versicherungswesen 1992, 466, 554 und 577 (466).

48) Klein, Versicherungswirtschaft 1993, 686 (687).

49) Frels, Die Organe des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit sowie die Wahlverfahren zur Mitgliedervertretung, in Peiner, Grundlagen 130 (140).

50) Moltke, Zukunftsentwicklungen – Der Entwurf der Kommission zum Statut der Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft, in Peiner, Grundlagen 285 (291 f).

51) Konsultationsdokument Gegenseitigkeitsgesellschaften in einem erweiterten Europa vom 3. Oktober 2003 (<http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/coop/mutuals-consultation/doc/mutuals-consult-doc-de.pdf>)

Strafjustiz zwischen primitiver Abwehr und reifer Aufgabenerfüllung¹

Psychoanalytische Aspekte des Strafens

Wolfgang Gratz

Im Folgenden sei das Wagnis einer Analyse der Funktionsweise der Strafjustiz mittels psychoanalytischer Konzeptionen unternommen. Hierbei bediene ich mich vorwiegend neuerer Ansätze, die sich mit unbewussten Prozessen in Organisationen und Möglichkeiten einer aufgabenorientierten Professionalität beschäftigen.

1. Angstbewältigung als Aufgabe und Problem staatlicher Organisationen

Eine Reihe staatlicher Institutionen wie Schulen, Krankenhäuser oder auch Gerichte und Gefängnisse erbringen konkrete professionelle Dienstleistungen gegenüber bestimmten Personen und Anspruchsgruppen. Sie haben unmittelbar Lebensqualität zu ermöglichen, Gefahrenquellen auszuschalten oder zumindest zu begrenzen.

Darüber hinaus haben sie die Aufgabe, tief liegende Ängste zu binden, sie einzudämmen, für ein „Containment“ zu sorgen, also als Container, Auffangbehälter für existentielle Ängste zu fungieren. Sie haben ähnliches zu leisten wie die totemistischen Rituale sogenannter primitiver Völker: Sicherheiten vor existentiellen Gefährdungen wie Tod, den Verlust der

Kontrolle über unsere äußere wie auch innere Situation zu bieten und den Schrecken des Unbekannten von uns fernzuhalten. Auf der rationalen Ebene wissen wir, dass es solche Sicherheiten nicht oder nur sehr begrenzt gibt. In unseren Tiefenstrukturen, in unserem Unbewussten benötigen wir sie jedoch zumindest in kritischen Situationen, um genügend innere Sicherheit zu finden.

Öffentliche Einrichtungen, die als Angst-Container fungieren, erfüllen wichtige gesellschaftliche Aufgaben. Die Arbeit in ihnen ist jedoch sehr belastet, birgt die Gefahr der psychischen Kontaminierung in sich. Die Ängste, die die Institutionen binden sollen, können sie selbst verseuchen. Institutionen reagieren auf diese Gefahr mit der Ausbildung von Abwehrsystemen. Institutionelle Abwehr verhindert, dass Gefühle, insb Ängste thematisiert werden. Sie erspart es einerseits, sich unangenehmen Fragen und Reflexionen zu stellen. Andererseits kann eine zu dicke Panzerung zu eingeschränkter Wahrnehmungs- und Bewegungsfähigkeit führen. Somit gefährdet sie die Leistungserbringung der Organisation und verhindert Anpassungsprozesse an Veränderungen in den wichtigen

Umwelten. Starre Abwehrsysteme erzeugen das, was sie verhindern sollen: „toxische Prozesse“ im Sinne psychodynamisch negativer Effekte².

Die Arbeit mit Straftätern regt tief liegende unbewusste Ängste aus Frühstadien der persönlichen Entwicklung an.³ Ängste vor Vernichtung, Zerstörung, Ausgeliefertsein, aber auch Überwältigung durch Triebdurchbrüche, Verlust der Kontrolle über sich selbst oder über die Umgebung.

Im Bereich der Strafrechtspflege spielt wohl die übersteigerte Bedeutung der Rechtsdogmatik eine gewichtige Abwehr-Rolle. Bereits *Liszt* sprach von der „Abpanzerung der klassischen Strafrechtsschule“ gegenüber den Ursachen und Tatsachen der Kriminalität und von „Befangenheit in rein abstrakter Gedankenarbeit“⁴.

2. Die paranoid-schizoide Position und ihre Bedeutung für die Strafrechtspflege

Die in Wien geborene und aufgewachsene englische Psychoanalytikerin *Melanie Klein* entwickelte im Rahmen ihrer entwicklungspsychologischen Studien, insbesondere der Beobachtung von Kleinstkindern, das Konzept der „paranoid-schizoiden Position“⁵. Menschen, die sich in dieser Position befinden, sind von Verfolgungsängsten und Phantasien allmächtiger Vernichtung geprägt. Sie gehen von einem Bild der Realität aus, in dem Gut und Schlecht radikal voneinander gespalten sind. Es gibt keine Übergänge, sondern nur drohende Mächte, denen man zurückdrohen muss, und es gibt gute Mächte, die nur gut sind, und die man ausschließlich lieben kann und von denen man nichts als Liebe erfährt. Diese dualistische Interpretation der Realität ist paranoid, weil die Welt als mit Verfolgern gefüllt erlebt wird, und sie ist schizoid, weil die Welt in zwei Bereiche geteilt wird. Eine solche Sicht muss nicht krankhaft sein. Die Welt ist oft so, dass sie eine solche

1) Gekürzte und überarbeitete Fassung von: Am Beispiel Strafrechtspflege: Was Psychoanalyse und Qualitätsmanagement verbindet, in *Moos/Jesionek/Müller* (Hrsg), Festschrift für Roland Miklau (2006), 151; sowie in *Gratz*, Im Bauch des Gefängnisses – Beiträge zur Theorie und Praxis des Strafvollzuges (2007) 47.

2) *Obholzer*, Führung, Organisationsmanagement und das Unbewusste, in *Lohmer* (Hrsg.), Psychodynamische Organisationsberatung (2000) 83 ff.

3) *Gratz*, Angst, Gefängnis und Sozialarbeit, Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe 1995, 195.

4) *Jäger*, Psychologie des Strafrechts und der strafenden Gesellschaft, in *Reiwald*, Die Gesellschaft und ihre Verbrecher (1973), 24 ff, 32.

5) *Hinshelwood*, Wörterbuch der kleinianischen Psychoanalyse (1993), 227 ff.

Haltung als nahezu realistisch erscheinen lässt. Zu einer Krankheit kommt es erst, wenn diese Sicht der Welt niemals korrigierbar ist und wahnhaftige Züge annimmt. Aber auch hier ist die Grenze oft schwer zu ziehen. Was wir bei unseren politischen Gegnern als Wahn diagnostizieren, ist innerhalb einer solchen Gruppierung völlig normal, und wir erscheinen, von dort her gesehen, als abnormal.

Entwicklungspsychologisch ist der Kern von *Kleins* Konzept: Wenn ein Baby aufgrund genügend guter Erfahrungen verstehen konnte, „dass ein und dasselbe Objekt ein und dieselbe Mutter die Quelle sowohl von Gutem als auch von Schlechtem in seinem Leben bedeutet“, es also nicht nur versorgt, sondern auch verlässt und frustriert, „entwickelt es die Fähigkeit zur Ambivalenz und damit die Fähigkeit, Sorge für den anderen zutragen (Fähigkeit zur Besorgnis)“⁶. Es kommt zu dem inneren Konflikt, der für den Menschen der schmerzlichste ist, nämlich zu dem Empfinden, jemand, den man liebt, zugleich zu hassen und sich vorzustellen, ihm vielleicht sogar geschadet zu haben.

Dies erklärt, dass *Melanie Klein* diese reife Entwicklung als „depressive Position“⁷ bezeichnete – eine zunächst nicht leicht nachvollziehbare Begrifflichkeit. Die Integration der positiven und negativen Gefühle und Erfahrungen nennt man Schuldgefühl. Solange die Welt in Gut und Schlecht gespalten ist, sind echte Schuldgefühle unmöglich.

Oberflächlich gesehen handelt es sich hier um Uneinsichtigkeit, Gefühlskälte, Reuelosigkeit. Psychoanalytisch findet hier ein weitgehend unbewusster psychopathologischer Prozess statt. Diese Störung zu bearbeiten oder zumindest zu verhindern, dass sie sich weiter verfestigt, ist Aufgabe des Strafvollzuges. Die Strafvollzugsbediensteten müssen sich den Gefangenen geduldig, nachhaltig, aktiv und enttäuschungsfest als Bezugspersonen anbieten. Für diese muss erlebbar und damit auch erlernbar werden, dass Menschen – sie selbst und die anderen – aus guten und schlechten Anteilen

bestehen, dass Ambivalenz möglich und normal ist, dass wir die Verantwortung haben, uns mit unseren Ambivalenzen auseinanderzusetzen und sie unter Wahrung der persönlichen Integrität der anderen auszuleben. Die Probleme und Schwierigkeiten, diese Postulate im Alltag des Strafvollzuges zu realisieren, sind eine der Ursachen seiner sehr eng begrenzten Resozialisierungserfolge.

Die Möglichkeiten, in der Führung von Strafprozessen die Beschuldigten bzw Angeklagten in ihrer Persönlichkeitsstruktur positiv zu beeinflussen, sind noch enger begrenzt. Wenig limitiert sind hingegen die Optionen, paranoid-schizoide Wahrnehmungs- und Verarbeitungsmechanismen zu stimulieren.

Einerseits berichten manche Strafgefangene, dass sie das Verfahren als fair erlebt haben. Gelegentlich sind sie – selbst bei hohen Strafen – mit ihren RichterInnen noch Jahre nach ihren Verurteilungen in brieflichem Kontakt. Andererseits ergehen sich bisweilen sogar hafterfahrene, als „hartgesotten“ geltende Strafgefangene in Schilderungen, wie negativ und feindselig sie die Atmosphäre im Gerichtssaal und ihre RichterInnen erlebt hatten.

Strafprozesse bergen – so sie nicht in sozialkompetenter, zugewandter und zugleich distanzierter Form geführt werden, die Gefahr in sich, dass kriminogene Weltbilder von Straftätern nicht in Frage gestellt, sondern verfestigt werden.

Darüber hinaus besteht für in der Strafrechtspflege tätige Personen ein gewisses Risiko, emotional von ihrem Arbeitsfeld kontaminiert zu werden und selbst zumindest ein wenig in eine paranoid-schizoide Position zu geraten. Das hat zur Folge, dass Straftäter nicht mehr in ihren persönlichen Facetten, sondern nur mehr als schlecht und sonst nichts als schlecht wahrgenommen werden. Man reduziert dann die eigene Rolle auf eine rein verfolgende. In ungünstigen Fällen kann aus einer solchen professionellen Haltung ein allgemeines paranoid-schizoides Selbst- und Weltbild entstehen.

Ein wirksames Gegenmittel gegen die möglicherweise toxischen Wirkungen der Strafrechtspflege ist die Besinnung auf deren Primäraufgabe.

3. Aufgabenorientierung, Grundeinstellungen und Primäraufgabe

*Wilfried Bion*⁸ entwickelte, ua auch auf Grund von Erfahrungen, die er als Leiter eines psychiatrischen Krankenhauses der britischen Armee machte, ein Konzept, das zwei Haupttendenzen in Gruppen beinhaltet.

Bion unterscheidet zwischen Gruppen, die in reifer, realitäts- und leistungsorientierter Form ihre Aufgaben erfüllen (aufgabenbezogene Funktionsweise) und solchen, die „Grundeinstellungen“ (basic assumptions) verhaftet sind. Diese Gruppen zeigen eine häufig unbewusste Tendenz, die Arbeit an der Hauptaufgabe zu vermeiden. Auf diese Weise können sie der Arbeitsrealität entrinnen, wenn sie schmerzlich oder Angst erzeugend ist bzw Konflikte in oder zwischen Gruppenmitgliedern verursacht.

Bion unterscheidet drei Grundeinstellungen:

- Abhängigkeit (Dependency): Eine Gruppe mit einer solchen Grundeinstellung verfährt, als ob ihre Hauptaufgabe einzig allein darin bestünde, für die Befriedigung der Wünsche und Bedürfnisse der Gruppenmitglieder zu sorgen.
- Kampf-Flucht (Fight-Flight): Hier ist die Grundeinstellung, dass es eine Gefahr oder einen Feind gibt, der entweder zu attackieren ist oder vor dem man flüchten muss. Möglichkeiten einer differenzierten Auseinandersetzung oder der Erarbeitung einer Lösung, die der Aufgabe und beiden Seiten gerecht wird, werden nicht gesehen.
- Zusammenschluss (Pairing): Diese Grundeinstellung beruht auf dem gemeinsamen und unbewussten Glauben, dass, was auch immer die aktuellen Probleme und Bedürfnisse einer Gruppe sein mögen, sie sich durch ein künftiges Ereignis lösen werden. Die Gruppe verhält sich so, als ob ein Zusammenschluss zwi-

6) *Lazar*, Psychoanalyse, „Group-Relations“ und Organisation, in *Lohmer*, Psychoanalytische Organisationsberatung (2000), 40 ff, 7) *Hinshelwood*, Wörterbuch 199 ff.

8) *Bion*, Erfahrungen mit Gruppen und andere Schriften (1990).

schen Gruppenmitgliedern oder vielleicht zwischen GruppenleiterIn und externen Personen die Erlösung bringen würde.

Diese drei Arten von Grundeinstellungen haben zur Folge, dass die jeweiligen Gruppen massive Probleme haben, Frustrationen auszuhalten, der Realität ins Auge zu sehen, Unterschiede zwischen Gruppenmitgliedern wahrzunehmen, aus Erfahrungen zu lernen und somit wirksam zu arbeiten.

Man kann die Grundeinstellungs-Funktionsweise Kampf-Flucht mit der paranoid-schizoiden Position (siehe 2.) vergleichen und die aufgabenbezogene Funktionsweise einer Gruppe oder Organisation mit der depressiven Position nach *Melanie Klein* in Beziehung setzen⁹.

Das *Bion'sche* Konzept ist in Zusammenhang mit dem Begriff der Primäraufgabe von *Kenneth Rice*¹⁰ zu sehen. „Die Primäraufgabe ist die vordringliche Aufgabe, die eine Organisation ausfüllen muss [...]. Sie beschreibt den zentralen Zweck einer Organisation, auf den sich die Organisation immer wieder einigen muss“.¹¹

*Larry Hirschhorn*¹² hat darauf hingewiesen, dass die primäre Aufgabe nicht naturwüchsig vorfindbar, sondern Ergebnis eines Definitionsprozesses ist. Sie ist in Interaktion mit den relevanten Umwelten (Anspruchsgruppen, Auftraggebern) zu präzisieren und in organisationsinternen Kommunikationen und Entscheidungsfindungen umzusetzen. Die Fokussierung der Aufmerksamkeit auf die Primäraufgabe hilft bei Auseinandersetzungen oder Konflikten:

- Was ist unsere Hauptaufgabe?
- Was ist demzufolge nicht die Hauptaufgabe?
- Wie gehen wir mit Unterschieden zwischen der Hauptaufgabe einerseits und andererseits mit Erwartungen von Anspruchsgruppen und unseren persönlichen Präferenzen um?
- Woran erkennen wir, ob unsere Arbeitsergebnisse der Hauptaufgabe entsprechen?

4. Grundeinstellungen und Primäraufgabe der Strafrechtspflege

Man kann ein auf Vergeltung aufruhendes Strafrecht, das von Sühne und Rache bestimmt ist, als eine gesellschaftlich institutionalisierte Kampf-Flucht-Grundeinstellung ansehen. (im Sinne von: „Wir haben nur die Möglichkeit, Rechtsbrecher als Feinde unserer Rechtsordnung zu bekämpfen. Alles andere wäre unstatthafte Flucht“). Rationale Begründungen von absoluten Strafrechtstheorien wären demzufolge als Rationalisierungen, also intellektuelle Überbauten über tief liegenden emotionalen Bedürfnissen zu verstehen.

Hingegen vermag man ein Zweckstrafrecht wie unser Gegenwärtiges¹³ als eine institutionalisierte Form von an der Primäraufgabe der Prävention orientierte Form von ergebnisorientierter Aufgabenerfüllung verstehen. Die besonderen Anforderungen an die Strafrechtspflege bestehen darin, dass unter der Voraussetzung gerichtlicher Strafbarkeit zwei unterschiedliche Primäraufgaben zu erfüllen sind: Spezialprävention und Generalprävention. Die Ergebnisqualität unserer Strafrechtspflege – im Einzelfall wie auch bezüglich unseres Strafrechtssystems insgesamt – ist daran zu messen, wie diesen Primäraufgaben entsprochen wird.

Es gibt zumindest zwei Argumente warum bei gegebener Gleichwertigkeit, also vergleichbarer präventiver Wirksamkeit verschiedener Formen strafrechtlicher Reaktionen, auf die weniger eingriffsintensive Sanktion zuzugreifen ist:

1. Der moderne Leistungsstaat („New Public Management“¹⁴) ist auf Effizienz orientiert, also auf die möglichst kostengünstige Erreichung wohl definierter staatlicher Ziele.
2. Aus grundrechtlichen Überlegungen sind Eingriffe in Grundrechte nur soweit vorzunehmen, als dies unbedingt notwendig ist.

Die rationale Zweckorientierung strafrechtlicher Sanktionen im oben

dargestellten Sinne ist eine höchst anspruchsvolle Aufgabe. Es bestehen mehrfache Gefährdungen, die primären Aufgaben der Strafrechtspflege aus den Augen zu verlieren oder Auseinandersetzungen darüber zu vermeiden:

- Mit dem Strafgesetzbuch wurde 1975 eine rechtsdogmatisch eindeutige Hinwendung vom Vergeltungs- zum Zweckstrafrecht vollzogen. Solche Paradigmenwechsel benötigen, selbst wenn sie wie im Falle des StGB schon durch Reformen in Teilbereichen vorbereitet wurden, eine längere Zeit, bis sie in allen Köpfen und Herzen verankert sind.
- Wenngleich Kriminologie und Kriminalsoziologie in den letzten Jahrzehnten beachtliche methodische Fortschritte erzielt haben und ein als zumindest gut gesichert geltender Wissensstand vorhanden ist, muss die Verkoppelung zwischen empirischen Wissenschaften und Rechtswissenschaften bzw. zwischen Wissenschaft und Praxis als stark verbesserungsfähig eingestuft werden. Gelegentlich wäre bei empirischen WissenschaftlerInnen die Grenzziehung zwischen Wissenschaft und persönlichen Grundeinstellungen sowie die Abgrenzung gegen Instrumentalisierungsversuchen ebenso ausbaufähig wie ihr Bemühen um Anschlussfähigkeit an JuristInnen. RichterInnen und StaatsanwältInnen müssen derzeit ein besonderes persönliches Interesse und Engagement zeigen, um ihren Umgang mit den Primäraufgaben der Strafrechtspflege wissenschaftlich zu fundieren.
- Veröffentlichte und öffentliche Stimmungen und Bewegungen sind, wie *Kernberg* allgemein¹⁵ herausgearbeitet hat, höchst anfällig für regressive Prozesse wie unter 1. bis 3. dargestellt. Für Kriminalität gilt dies besonders ausgeprägt. Sie kann in allen Menschen starke Gefühle – je nach Persönlichkeit und Anlass verschieden – stimulieren. Sie vermag so zentrale menschliche Be-

9) *Obholzer*, Führung 83 ff; *Obholzer*, Managing Social Anxieties in Public Sector Organizations, in *Obholzer/Roberts*, The Unconscious at Work (1994), 121 ff.

10) *Rice*, Productivity and Social Organisation (1958) 32.

11) *Lohmer*, Glossar, in *Lohmer*, Psychodynamische Organisationsberatung (2000) 310 ff, 314.

12) *Hirschhorn*, Das primäre Risiko, in *Lohmer*, Psychodynamische Organisationsberatung (2000) 98 ff.

13) Siehe hierzu bspw *Fuchs*,

Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I (2000) 9 f.

14) Siehe zB *Schedler/Proeller*, New Public Management (2000).

15) *Kernberg*, Ideologie 321 f.

dürfnisse zu befriedigen, dass davon eine höchst umsatzstarke Medien- und Unterhaltungsindustrie erhalten wird. So kann nur allzu leicht darauf vergessen werden, dass Strafrechtspflege Strafbedürfnisse kanalisieren und sich nicht durch diese fortspülen lassen soll.

- Wer Strafrechtspflege als zweckorientierte, rationale Aufgabe versteht, bürdet sich somit eine anspruchsvolle und exponierte professionelle Rolle auf.
- Es sei nochmals auf den emotional belastenden Charakter beruflicher Tätigkeit in der Strafrechtspflege hingewiesen, auf ihre tendenziell toxische Wirkung. Diese kann eine von Abwehrmechanismen und von einer Kampf-Flucht Grundeinstellung geprägte Arbeitshaltung zur Folge haben.

Ganz allgemein ist es nicht erforderlich, bei Personen oder Organisationen unbewusste Grundannahmen, Dynamiken und Konflikte aufdeckend zu bearbeiten, um der Gefahr der Regression entgegenzuwirken. Es bedarf jedoch der Garantie und Pflege eines klaren professionellen Bezugsrahmens. In Anlehnung an *Obholzer*¹⁶ sind die Optionen, die Strafrechtspflege in einer zweckorientierten, rationalen Form zu betreiben und negativen institutionellen, aber auch persönlichen Entwicklungen gegenzusteuern, dieselben wie für andere Organisationen auch:

- Klarheit über die Ziele und Aufgaben der Organisation
- Klare und offene Kommunikation aller Beteiligten
- Ein arbeitsbezogenes Unterstützungssystem: Systeme begünstigen Wachstum und Entwicklung, wenn sie
 - o die offene Diskussionen über die Gefühle und Probleme, die mit der Arbeit verbunden sind, fördern,
 - o ein Klima gewährleisten, in dem Probleme mehr als normale Begleitumstände des Arbeitens denn als Ausdruck persönlicher oder organisatorischer Störungen angesehen werden.

Hiermit sind die Rahmenbedingungen und der Entwicklungsbedarf

für eine an ihren primären Aufgaben orientierte Strafrechtspflege abgesteckt.

5. Qualitätssteigerungen in der Strafrechtspflege

Um abschließend einen Bezug zur österreichischen Strafrechtspflege herzustellen: In der österreichischen Gerichtsbarkeit bestehen eine Reihe von Elementen von Qualitätsmanagement:

Aus- und Fortbildungen, die auch die psychosozialen Bereiche richterlicher Tätigkeiten ansprechen (zB: Verhandlungsführung, rationale und irrationale Formen der Entscheidungsfindung)

- Supervision als Beratungsform für Einzelpersonen oder Gruppen, die neue Sichtweisen eröffnet und zusätzliche Handlungsoptionen erschließt
- Fachtagungen (zB: Ottensteiner Fortbildungsseminare) und interdisziplinäre Tagungen (zB: Stodertaler Forensiktage)
- Regionale Workshops zur Verbesserung der interdisziplinären Kooperation (so in den OLG-Sprengeln Innsbruck und Wien)
- Kontinuierliche Formen der Selbstorganisation (zB die neueste Fachgruppe der Österreichischen Richtervereinigung: Grundrechte und interdisziplinärer Austausch).

Es bleibt aber auf verschiedenen Ebenen genug zu tun:

- Individuell für jede(n) in der Strafrechtspflege Tätige(n) die Wahrnehmung seiner/ihrer professionellen Verantwortung zur Weiterentwicklung
- Institutionell für die Standesvertretungen (als Garanten von Selbstorganisation) wie für die Justizverwaltung (als Gestalter und Organisator von Zielen) Rahmenbedingungen und Ressourcen zur Realisierung von Analyse- und Reflexionsinstrumenten: Jeder in Strafsachen tätige Gerichtshof sollte jährlich die Statistik seiner justiziellen Erledigungen und von Rückfällen erhalten. Diese Ergebnisse müssten unter dem Motto: „Zahlen sind nicht das Ende, sondern der Beginn der Diskussion“ innerhalb der Richterschaft, in

der Folge dann mit den regionalen Kooperationspartnern (Polizei, Strafvollzug, Konfliktregelungs-, Nachbetreuungs- und Behandlungseinrichtungen) systematisch zum Thema gemacht werden. Weitere Veranstaltungen sollten dem regionalen Vergleich innerhalb und zwischen den Oberlandesgerichtssprengeln dienen.

- Wir alle sind als mündige und aufmerksame BeobachterInnen und als Mitglieder der Zivilgesellschaft aufgerufen, uns justiz- und gesellschaftspolitisch in der Fachöffentlichkeit, aber auch darüber hinaus kritisch und vernehmbar zu artikulieren.

Qualität in der Rechtsprechung in Strafsachen hat viele Aspekte: korrekte Rechtsanwendung; Berücksichtigung eines human- und sozialwissenschaftlichen Wissensstandes; Menschenkenntnis; respektvoller Umgang mit Opfern und Zeugen, aber auch Straftätern (Ächte die Tat, aber achte den Täter!); Balance zwischen Genauigkeit und Verfahrensökonomie, um nur einige zu nennen. Qualitätsmanagement hat vor allem aber auch die Funktion, konstruktiv mit Destruktion und vernünftig mit Unvernunft umzugehen um Struktur, Orientierung und Klarheit zu schaffen. Je bewusster man dies angeht, umso mehr leistet man nicht nur den Betroffenen und der Gesellschaft, sondern auch sich selbst einen Dienst.

Dr. Wolfgang Gratz ist ao. Univ.-Prof. an der Universität Wien und Leiter der Strafvollzugsakademie; wolfgang.gratz@justiz.gv.at

16) *Obholzer*, Führung, 83 ff.

Schuld und Sühne in der Slowakei

Die Legitimität von Sondergerichten im Kampf gegen Korruption und Mafia

Ľubica Páleníková

Die Slowakei gilt mit ihrer Einheitssteuer von 19 % für viele europäische Staaten als Vorbild oder gar als slawischer „Wirtschaftstiger“.¹ Im Strafrecht tanzt das Land im Herzen Europas ebenfalls aus der Reihe. Während in 15 europäischen Ländern ein absolutes verfassungsmäßig normiertes Verbot der Errichtung von Sondergerichten besteht,² wird in der Slowakei der Kampf gegen die Korruption, die Mafia sowie gegen strafgesetzwidrig handelnde Staatsorgane durch das „Sondergericht“ (Špeciálny Súd) und das „Amt der Sonderstaatsanwaltschaft“ (Úrad Špeciálnej Prokuratúry) geführt. Die folgende Analyse untersucht die Zweckmäßigkeit und Effektivität von Sonderinstitutionen im Kampf gegen die organisierte Kriminalität, die Problematik der Diskriminierung der ordentlichen RichterInnen im Vergleich zu SonderrichterInnen sowie die Rechtmäßigkeit von Sonderinstitutionen im Lichte des Grundsatzes der Trennung der Justiz von der Verwaltung.

1. Kontroverielle Errichtung des „Sondergerichtes“

Pünktlich zum Zeitpunkt des Beitrittes der Slowakischen Republik zur EU ist am 1. Mai 2004 das „Gesetz Nr. 458/2003 über die Errichtung des Sondergerichtes und des Amtes der Sonderstaatsanwaltschaft“ in Kraft getreten,³ dessen wesentliches Ziel die Sicherstellung „guter Bedingungen für die Ausübung von Gerichtsbarkeit zugunsten der Bürger“⁴ war. Die Sonderstrafinstitutionen wurden zur Erhöhung der Effektivität des Kampfes gegen die Korruption und organisierte Kriminalität errichtet, was eine „Spezialisierung und Koordination der Tätigkeit aller Organe im Strafverfahren“ erfordert.⁵ Ihre Errichtung per Gesetz beruht auf Art 143 Abs 2 der Verfassung der Slowakischen Republik:⁶ „Eine nähere Regelung der Gerichtsbarkeit, die Zuständigkeit, Organisation und das Verfahren werden durch Gesetz festgelegt.“

Die Kompetenz des Sondergerichtes mit Sitz in Pezinok besteht einerseits

in der Ahndung von Straftaten von Abgeordneten des slowakischen Nationalrates, von Regierungsmitgliedern, StaatssekretärInnen, RichterInnen, StaatsanwältInnen, RätInnen der slowakischen Nationalbank und von anderen taxativ aufgezählten Staatsorganen „im Zusammenhang mit ihrer Kompetenz und Verantwortlichkeit“.⁷ Im Sinne einer wirksamen Verbrechensbekämpfung ist die Zuständigkeit des Sondergerichtes auch für den Fall normiert, dass eine Straftat zwar erst nach dem Ende der entsprechenden Staatsfunktion entdeckt wird, aber noch während der Funktionsdauer begangen wurde.⁸ Durch diese Bestimmung wird es den Staatsorganen unmöglich gemacht, ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit vor dem Sondergericht durch die Niederlegung ihres Amtes zu umgehen.⁹ Andererseits umfasst die Zuständigkeit auch die Ahndung von Straftaten von „anderen Personen“ in Bezug auf die verbotene Geschenkkannahme, die Gründung von und Beteiligung in einer terroristischen Vereinigung, gravierende Wirtschaftsdelikte und die „Straftat der Beschädigung finanzieller Interessen der Europäischen Gemeinschaft“.¹⁰ In unsystematischer Weise und ohne nachvollziehbaren Grund wurden jedoch im Hinblick auf die „anderen Personen“ aus der sachlichen Zuständigkeit des Sondergerichtes zahlreiche schwerwiegende Delikte ausgenommen (zB Auftragsmorde, organisierte Kriminalität in Bezug auf Drogen, Menschenhandel und Erpressung).¹¹

Die Errichtung der Sonderstrafinstitutionen ist trotz entschieden ablehnender Literaturmeinungen und negativer Stellungnahmen der Gerichte, der richterlichen Vereinigungen, der

1) *Thanei*, OECD lobt „slawischen Tiger“ Slowakei, Pressburger Zeitung. Heft Nr. 5/62007, 14.

2) *Husár*, Sitzung des slowakischen Nationalrates vom 21.10.2003, Stenographische Protokolle, <http://www.psp.cz/eknih/2002nr/stenprot/018schuz/s018002.htm> (17.3.2007). Sechs der erwähnten 15 europäischen Staaten mit einem verfassungsmäßigen Verbot der Errichtung von Sondergerichten sind EU-Mitglieder. Die Republik Moldawien und Ungarn normieren demgegenüber das Institut von Sondergerichten explizit in ihren Verfassungen.

3) Gesetzessammlung Nr. 458/2003 über die Errichtung des Sondergerichtes und des Amtes der Sonderstaatsanwaltschaft, www.vlada.gov.sk/bojprotikorupcii/dokumenty/zakon_o_zriadeni_specialneho_sudu.doc (im Folgenden: Gesetzessammlung Nr. 458/2003 (17.3.2007).

4) *Slowakische Regierung*, Analýza vzniku a pôsobenia Špeciálneho Súdu a Úradu Špeciálnej prokuratúry a legislatívne východiská riešenia ich ďalšej existencie, postavenia a pôsobnosti (Analyse der Entstehung und Wirkung des Sondergerichtes und des

Amtes der Sonderstaatsanwaltschaft und legislative Lösungen ihrer weiteren Existenz, Stellung und Zuständigkeit), [www.rokovania.sk/appl/material.nsf/0/07A4447C767CDB00C12571F6002F5087/\\$FILE/vlastnymat.doc](http://www.rokovania.sk/appl/material.nsf/0/07A4447C767CDB00C12571F6002F5087/$FILE/vlastnymat.doc), 2 (17.3.2007).

5) Erläuternder Bericht zum Gesetz Nr. 458/2003 (Dôvodová správa), 14.1.2004 1, 8.

6) Verfassung der Slowakischen Republik, Gesetzessammlung Nr. 460/1992 idF Nr. 323/2004.

7) § 14 Abs 1 slowakische Strafprozessordnung (im Folgenden: slow StPO), Gesetzessammlung Nr. 301/2005, <http://www.minv.sk/legislativa/TP301.htm> (17.3.2007).

8) § 14 Abs 3 slow StPO.

9) *Malchárek*, Sitzung des slowakischen Nationalrates vom 21.10.2003, Stenographische Protokolle, <http://www.psp.cz/eknih/2002nr/stenprot/018schuz/s018002.htm>.

10) § 14 Abs 2 slow StPO.

11) *Slowakische Regierung*, Analyse der Entstehung 2.

juristischen Fakultäten und des Strafkollegiums des Höchstgerichtes der Slowakischen Republik erfolgt.¹² Sie wiesen insb auf die negative Geschichte ähnlicher Sondergerichte in der Vergangenheit, auf den Bruch mit dem System der ordentlichen Gerichte und auf die ungerechtfertigte Begünstigung der SonderrichterInnen im Vergleich zu den ordentlichen RichterInnen hin. Außerdem sei die Errichtung der Sonderinstitutionen eine politische Lösung, die angesichts des Bruchs mit dem System der slowakischen Gerichtsbarkeit nicht fachlich begründet sei.¹³ Darüber hinaus werde in der Öffentlichkeit Misstrauen gegenüber den ordentlichen Gerichten geschürt. Es werde die fälschliche Vorstellung hervorgerufen, dass ordentliche Gerichte schwerwiegende Strafsachen nicht bewältigen können und dass nur die 14 SonderrichterInnen gerecht, unparteiisch und unabhängig entschieden. Wesentlich sei jedoch die Qualität der Beweismittel im konkreten Einzelfall.¹⁴

2. Sonderstrafgerichte in Europa und ihre Vorgeschichte

Die GegnerInnen des Sondergerichtes begründen ihre Kritik betreffend die Einführung dieser speziellen Institution auch mit negativen Beispielen aus der Geschichte. Sonderstrafgerichte waren insb für autoritäre Staaten und Diktaturen typisch. In den 1950er Jahren wurden in der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik (ČSSR) in Sondergerichtsverfahren die in rechtsstaatlichen Gerichtsverfahren üblicherweise zustehenden Rechte grob missachtet, was bedeutende Gesellschaftstraumata nach sich gezogen hat. Die deutsche Geschichte zeigt ferner, dass die SonderrichterInnen des Volksgerichtshofs im Dritten Reich als Instrument der Politik missbraucht wurden.

Die Problematik von Sonderinstitutionen und -rechtsinstrumenten für den Kampf gegen die organisierte Kriminalität und Korruption wird weder im Rechtssystem der Europäischen Union, noch in der Judikatur des EuGH behandelt.

Mit Ausnahme des Königreichs Spanien und der Republik Irland existieren in keinem der EU-Mitgliedsstaaten Sonderstrafgerichte. In Spanien ist die „Audienca Nacional“ mit Sitz in Madrid für Straftaten gegen die Königsfamilie und Regierungsmitglieder sowie für Fälle der organisierten Kriminalität, der Korruption, des Terrorismus und des Drogenhandels zuständig. Weiters ist das Nationalgericht für Verfahren wegen Vergehen, die außerhalb Spaniens stattgefunden haben und für Berufungen gegen Urteile der Zentralen Strafgerichte sachlich kompetent. Seine Zuständigkeit erstreckt sich darüber hinaus auf Berufungen gegen Entscheidungen von MinisterInnen und StaatssekretärInnen und gegen Kollektivverträge, die zwei oder mehrere Gebietseinheiten betreffen.¹⁵

Eine ähnliche Kompetenz *ratione materiae* weist auch das irische Sonderstrafgericht „Cúirt Choiriúil Speisialta“ zur Verfolgung von terroristischen Straftaten und der organisierten Kriminalität auf.¹⁶ Demgegenüber bestehen in Italien, Slowenien, Griechenland, Schweden, Portugal und Polen zwar „Sondereinheiten“ der Staatsanwaltschaft; allerdings ist zu betonen, dass es sich nicht um von der Staatsanwaltschaft unabhängig agierende Organe handelt, sondern dass sie ursprünglich innerhalb der Staatsanwaltschaft für den Kampf gegen den Terrorismus entstanden sind.¹⁷ Die slowakischen SonderstaatsanwältInnen sind zwar „für die Ausübung ihrer Funktion“ dem Generalstaatsanwalt gegenüber verantwortlich, seine Weisungsbefugnis ist jedoch weitgehend eingeschränkt.¹⁸

3. Problematik der slowakischen Sonderstrafinstitutionen

Die slowakische Lehre anerkennt die Zulässigkeit der Errichtung von Sonderstrafinstitutionen nur unter besonderen Voraussetzungen.¹⁹ Nach der herrschenden Auffassung dürfen sie in einem demokratischen Rechtsstaat nur ausnahmsweise errichtet werden. Zu den Voraussetzungen einer solchen Ausnahmesituation gehören die Bedrohung der demokratischen Ordnung und der territorialen Unversehrtheit sowie die Unfähigkeit der bestehenden ordentlichen Gerichtsinstitutionen eine derartige Ausnahmesituation zu bewältigen.

Der Zuständigkeitsbereich der slowakischen Sonderstrafinstitutionen ist sehr umstritten, da er sich – wie erwähnt – im Hinblick auf „andere Personen“²⁰ auf die organisierte Kriminalität und Korruption beschränkt. Andere schwerwiegende Straftaten (zB Drogen- und Menschenhandel, Erpressung) sind von der sachlichen Zuständigkeit des Sondergerichtes ausgenommen.²¹

Die Kosten der Erhaltung der Sonderstrafinstitutionen haben sich im Verhältnis zu ihrem Nutzen als unverhältnismäßig hoch erwiesen. Die Amtsgebäude in Pezinok, der besondere Schutz der SonderrichterInnen und -staatsanwältInnen, ihrer nahen Angehörigen und ihres Wohnsitzes²² durch eine besondere Polizeieinheit,²³ der monatliche „Funktionszuschlag“ in der Höhe des 2-fachen monatlichen Durchschnittsgehalts eines/einer Arbeitnehmers/-in in der slowakischen Wirtschaft²⁴ und sonstige besondere Prämien sind sehr kostenintensiv.

Die Effektivität der Sonderstrafinstitutionen ist enttäuschend. Die Arbeitsbelastung des Sondergerichtes war vom Zeitpunkt seiner Errichtung am 1. Mai

12) Ibid.

13) *Bernát*, Slowakisches Justizministerium, *Vyhodnotenie odbornej diskusie k otázke ústavnosti Špeciálneho Súdu a k ďalším otázkam súvisiacim s existenciou špeciálnych inštitúcií v Slovenskej Republike* (Bewertung der fachlichen Diskussion zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Sondergerichtes und zu weiteren Fragen verbunden mit dem Bestand von Sonderinstitutionen in der Slowakischen Republik), <http://www.justice.gov.sk/wfn>.

http://www.justice.gov.sk/wfn.aspx?pg=lf&htm=lf/pr_SS.htm, 1 (17.3.2007).

14) *Slowakische Regierung*, Analyse der Entstehung 1.

15) Vgl Art 62ff Organisationsgesetz Nr. 6/1985 v 1.7.1985 (Ley orgánica).

16) Art 38 Abs 2 irische Verfassung v 1.7.1937 (Bunreacht na hÉirann). Sondergerichte können per Gesetz eingerichtet werden, wenn ordentliche Gerichte „für die Gewährleistung einer effektiven Strafverfolgung und für die Wahrung der öffentlichen Ruhe

und Ordnung unzureichend sind“.

Das irische Sonderstrafgericht

ist für die Verfolgung von Straftaten nach dem „Conspiracy and Protection of Property Act 1875“, „Explosive Substances Act 1883“, „Offences against the State Act 1939“, „Firearms Act 1925“ und „Criminal Damage Act 1991“ zuständig.

17) *Slowakische Regierung*, Analyse der Entstehung 7.

18) Art IX Gesetzessammlung Nr. 458/2003.

19) *Slowakische Regierung*, Ana-

lyse der Entstehung 2.

20) § 14 Abs 2 slow StPO.

21) *Bernát*, *Nepotrebuje takýto zákon* (So ein Gesetz brauchen wir nicht), Formát 2003, Heft Nr. 2/43, 25.

22) Art II iVm Art IX Gesetzesammlung Nr. 458/2003.

23) *Borčín/Milan*, *Špeciálne proti korupcii, mafii, politikom* (Speziell gegen die Mafia, Korruption und die Politiker), *Národná Obroda* v 23.10.2003, Heft Nr. 14/244, 7.

24) Art VI iVm Art X Gesetzesammlung Nr. 458/2003.

Jurbooks.at

Die Buchhandlung zum Recht

1010 Wien, Wollzeile 16, am kürzesten Weg
zwischen Innenstadt und Justizzentrum

Ihre Buchhandlung für Recht & Steuern

- Fachkundige Beratung
- Express-Zustellung
- Kostenloser Botendienst (Wiener Bezirke 1-9)

2004 bis zum Stichtag der Evaluierung seiner Arbeit durch die slowakische Regierung am 30. Juni 2006 mit nur 136 Fällen sehr gering. Darüber hinaus wurden von den 14 SonderrichterInnen zum 30. Juni 2006 nur 28 Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen.²⁵

Die Form der Auswahl von SonderrichterInnen stößt ebenfalls auf heftige Kritik, da die Einflussnahme durch die Exekutive nicht ausgeschlossen ist. Jede/r SonderrichterIn muss nämlich eine besondere „Sicherheitsprüfung“ (bzw. Verlässlichkeitsprüfung) des Nationalen Sicherheitsamtes (NBÚ)²⁶ bestehen. Zur Ernennung eines Sonderrichters/einer Sonderrichterin darf es nur dann kommen, wenn das NBÚ gemäß dem „Gesetz Nr 215/2004 über den Schutz von geheimen Tatsachen“ feststellt, dass die betreffende Person berechtigt ist, geheime Tatsachen des Sicherheitsgrades „streng geheim“ zu erfahren.²⁷ Diese Voraussetzung ist jedoch unsystematisch, da RichterInnen (sowie andere Staatsorgane) gemäß § 34 Abs 1 lit f leg cit allgemein (somit ohne eine besondere Sicherheitsprüfung) berechtigt sind, von geheimen Tatsachen zu erfahren. Problematisch ist, dass die „Geheimpolizei“ bei der Sicherheitsprüfung alle Einzelheiten über das persönliche Leben der RichterInnen sowie alle seine/ihre „Schwachstellen“ erfährt. Somit ist es theoretisch möglich, dass die 14 SonderrichterInnen politisch leichter zu beeinflussen sind als die 1.300 ordentlichen RichterInnen, die in der Slowakischen Republik tätig sind.

4. Legistische Lösungsbestrebungen

Eine slowakische Redewendung besagt: „Zwei Mal messen und ein Mal schneiden“. Der historische Gesetzgeber hat sich diese Redewendung wohl nicht zu Herzen genommen und das erwähnte Gesetz trotz heftigen Widerstandes in der Lehre beschlossen. Der Bestand der Sonderstrafinstitutionen in der Slowakischen Republik bleibt weiterhin strittig. Während der slowakische Justizminister *Štefan Harabin* die Abschaffung des Sonderstrafgerichtes wegen seiner hohen Kosten und der angeblichen Verfassungswidrigkeit vorgeschlagen hat, ist die Regierungskoalition der Meinung, dass „diese Institution mehr Vorteile als Nachteile“ hat.²⁸ Allerdings teilt der slowakische Premier *Róbert Fico* die Ansicht des Justizministers, dass die SonderrichterInnen keine erheblich höheren Gehälter als ordentliche RichterInnen haben sollten. In diesem Zusammenhang hat er bestätigt, dass er die Stellung des Sonderstrafgerichts ändern möchte. Die Entscheidung über die Beibehaltung des Sonderstrafgerichts wurde vom ehemaligen Justizminister *Daniel Lipšic*, der seine Errichtung unterstützt hatte, begrüßt: „Es ist eine positive Nachricht“.²⁹ Trotz aller Meinungsverschiedenheiten steht fest, dass die slowakische Regierung „sich entschieden für die Unterdrückung der Korruption einsetzt und den Kampf gegen diese auch als Bestandteil der Stärkung der Unabhängigkeit der Justiz erachtet“.³⁰

Der EG-Vertrag enthält keine Regelung zu Sonderstrafgerichten. Im

„Vertrag über eine Verfassung für Europa“ werden Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als „universelle Werte“ bezeichnet.³¹ Als Zielsetzung der EU und ihrer Mitgliedstaaten wird überdies die Bekämpfung von „Betrügereien und sonstigen gegen die finanziellen Interessen der Union gerichteten rechtswidrigen Handlungen“ erwähnt.³² Die Errichtung von Sonderstrafgerichten ist daher gemeinschaftsrechtlich nicht verboten, das Beispiel der unsystematischen Lösung des slowakischen Gesetzgebers im Kampf gegen die Korruption macht jedoch auf zahlreiche Probleme aufmerksam. Sollten die Gesetzgeber anderer demokratischer Rechtsstaaten die Errichtung von Sonderstrafinstitutionen ins Auge fassen, ist ihnen der berühmte Satz des Philosophen Aristoteles in Erinnerung zu rufen: „Darum lassen wir nicht den Menschen regieren, sondern das Gesetz, denn der Mensch tut es zu seinem Vorteil und wird zum Tyrannen.“ Das von Aristoteles angesprochene Gesetz sollte allerdings effektiv sein und die Probleme der Korruption und der organisierten Kriminalität systematisch bekämpfen.

Mag^a. iur. Ľubica Páleníková ist Dissertantin an der Universität Wien; sie dissertiert zum Thema „Rechtsschutz im österreichischen und slowakischen Vergaberecht“; lubkapalenikova@yahoo.com

25) *Slowakische Regierung*, Analyse der Entstehung 2.

26) *Nationales Sicherheitsamt* (Národný Bezpečnostný Úrad), <http://www.nbusr.sk/sk/index.html> (17.3.2007).

27) Art II Gesetzessammlung Nr. 458/2003.

28) *Pravda*, Vláda Špeciálny Súd nezruší, zaručil sa Fico (Die Regierung wird das Sondergericht nicht abschaffen, versicherte Fico), 10.1.2007, http://spravy.pravda.sk/vlada-specialny-sud-nezrusi-zarucil-sa-fico-feb-/sk_domace.asp?c=A070110_141630_sk_domace_p23 (5.9.2007).

29) Ibid.

30) *Slowakische Regierung*, Programmatische Regierungserklärung vom August 2006, <http://www.minv.sk/dokum/phvsvr/pvv.htm#vpb> (17.3.2007).

31) Präambel zum Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl 2004 C 310, 3.

32) Art I-53 Abs 7 VVE.

Vorwort

„Normative Diskussionen über neue Technologien haben eine eigentümlich hinterherhinkende Struktur“, so *Petra Gehring* in ihrem Beitrag über Hirnmanipulation. Aufgrund ihrer spezifischen Ausgestaltung lassen diese Strukturen nur beschränkte rechtspolitische Spielräume zu. Beispielsweise ist es typischerweise die Anbieterseite, die den Namen eines Produkts und damit auch bestimmte Konnotationen und Vorstellungen festlegt. Mit positiven Bezeichnungen kann sie sich im Diskurs die bessere Ausgangsposition verschaffen. So werden etwa neue technologische Verfahren zur Hirnmanipulation als „Hirnschrittmacher“ bezeichnet, die „Nervenzellen zur Vernunft bringen“. Ausgeblendet bleibt dabei die destruktive Natur dieses Verfahrens, das tatsächlich in einer nicht nebenwirkungsfreien Teilausschaltung von Hirnzellen besteht.

Dem gegenüber impliziert der Name „Hirnschrittmacher“, dass es (ähnlich wie beim Herzschrittmacher) darum ginge, zu langsam arbeitende Hirnfunktionen zu aktivieren, wogegen wohl grundsätzlich nur schwer etwas eingewendet werden kann. Und „[a]uch das bahnt die Debatten: Dass eine Neuerung schadet oder ungewollt ist, muss derjenige beweisen, der gegen die Veränderung plädiert“.

Diese Beweislastverteilung kritisiert auch *Christian Schöpfer* in seinem Beitrag über Gesundheitsrisiken des Mobilfunks. Er hält es für unangebracht und unsachgemäß hinsichtlich gesundheitlicher Schäden, die möglicherweise durch elektromagnetische Strahlungen verursacht wurden, an einem strengen Kausalitätsnachweis festzuhalten. Zur Unterstützung seiner Position kann übrigens auf Arzthaftungsfälle verwiesen werden, bei denen der OGH sehr wohl den bloßen Anscheinsbeweis genügen lässt und es für ausreichend hält, wenn der Patient bzw die Patientin beweist, dass ein Behandlungsfehler die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts nicht bloß unwesentlich erhöht hat, während der Arzt beweisen muss, dass im konkreten Behandlungsfall das Fehlverhalten mit größter Wahrscheinlichkeit für den Schaden unwesentlich geblieben ist (6 Ob 702/89, SZ 63/90; 9 Ob 3/05i, RdM 2006/31). Klagen wegen gesundheitlicher Schäden aufgrund elektromagnetischer Strahlung des Mobilfunks hingegen scheitern regelmäßig daran, so *Schöpfer*, dass es den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern gar nicht möglich ist, den geforderten strengen Kausalitätsnachweis zu erbringen.

Mit der Beweislastverteilung in Zusammenhang steht ein weiterer Aspekt, der für normative Diskussionen um technologische Innovationen typisch ist: Verweise auf die Zukunft und auf große Chancen. So wird beispielsweise im Zusammenhang mit der Genforschung immer wieder auf ungekannte Möglichkeiten verwiesen, Krankheiten künftig besser verstehen und heilen zu können. Die Kehrseite dieses medizinischen

Potentials sind ethische Grenzgänge hinsichtlich der Frage, inwieweit der Mensch Leben formen darf, sowie Probleme im Zusammenhang mit der Verwendung genetischer Informationen. Da diese „einzigartig und ihrem Träger eindeutig zuzuordnen“ sind, liegt ihre „datenschutzrechtliche Brisanz auf der Hand“. Diesem Problem und dem Datenschutz bei grenzüberschreitenden Genforschungsprojekten im Besonderen, widmet sich der Beitrag von *Arning, Forgo* und *Krügel*, wobei die europäische Gesetzgebung im Mittelpunkt steht.

Die für die Gentechnologie typische Zukunftsbezogenheit des Diskurses zeigt sich auch in anderen Bereichen technologischer Neuerungen: Beispielsweise hat der Chef-Technologie des Xerox Palo Alto Research Center die Vision einer Zukunft der „Allgegenwärtigkeit von Informationstechnik und Computerleistung“, in der Gegenstände der Alltagswelt Informationsverarbeitungs- und Kommunikationsfähigkeiten haben und ein „Netz der Dinge“ entfalten. Es handelt sich hierbei um so genannte „intelligente Dinge“, „smart objects“ und Gegenstände, die „wissen“ können. Mit dieser Entwicklung hin zu einem „Post-PC-Zeitalter“ beschäftigt sich *Elisabeth Hödl* in ihrem Beitrag über „die Macht der klugen Dinge“. Auch sie erörtert insbesondere die damit verbundenen datenschutzrechtlichen Probleme.

Philippe Greciano vergleicht den Umgang mit datenschutz- und grundrechtlichen Problemen der zunehmenden Digitalisierung von Informationen in Deutschland und Frankreich. Insbesondere geht es um Fragen der Speicherung von genetischen Fingerabdrücken und DNA-Identifizierungsmustern sowie um ständige Video- und Telekommunikationsüberwachung. Er lenkt den Blick auf Fragen der staatlichen Nutzung neuerer Technologien zum Zweck der Kontrolle und des Überwachens, ein Problemfeld, das derzeit von der angeblich allgegenwärtigen Terrorgefahr geprägt wird.

Im normativen Diskurs um die Nutzung neuer technologischer Möglichkeiten finden sich also nicht nur Verweise auf große Chancen sondern auch Verweise auf große Gefahren (neben der Terrorgefahr etwa auch die Gefahr der Klimaerwärmung). Damit geht oftmals eine starke Zukunftsbezogenheit der Argumente einher, wobei der implizite Imperativ typischerweise dahin geht, die Herausforderungen der Zukunft anzunehmen, womit aber – worauf *Liessmann* jüngst hinwies – tatsächlich oftmals gemeint ist, dass die sozialen Folgekosten technischer Innovationen und expansiver Marktstrategien in Kauf zu nehmen seien (*Liessmann*, Die Presse vom 6. 4. 2007; vgl auch *ders*, Zukunft kommt! [2007]). Mit diesem Schwerpunkt soll versucht werden, sich kritisch mit aktuellen technologischen Entwicklungen auseinanderzusetzen ohne sich diesem Imperativ zu beugen und dadurch die rechtspolitischen Spielräume diskursiv zu erweitern.

1.

Normative Diskussionen über neue Technologien haben eine eigentümlich hinterherhinkende Struktur. Bisher nicht Dagewesenes erscheint plötzlich möglich – und mit der „neuen Möglichkeit“ muss umgegangen werden. Nun ist die Neuroforschung in der Diskussion. Man spricht von Hirn-Scanning oder Hirn-Screening, vom Hirnschrittmacher, vom neuronalen *enhancement*. Die allgemeine Frage nach der Willensfreiheit des Menschen war nur Begleitmusik für die technischen Optionen, die sich nun aufdrängen. Das menschliche Gehirn manipulieren – darf man das? Passen unsere normativen Maße auf die neue Situation? Die hinterherlaufende Perspektive von Debatten über neue Technologien lenkt die Art, wie argumentiert wird, in bestimmte Bahnen. Dazu Vorüberlegungen, sie betreffen auch die Spielräume von Rechtspolitik.

(1) In der Diskussion über neue Technologien sind die *Sprachregelungen* zumeist schon vorgegeben. Wie eine neue Möglichkeit heißt und was sie nützen soll, das entscheidet sich, wenn sie medial publik wird und damit auf der Anbieterseite. Diejenigen, die neue technische Optionen schaffen, werben für sie und prägen ihren Namen. Dieser aber kann die Wirkungen einer Technik herunterspielen. So bezeichnet das Wort „Tiefenstimulation“ lediglich ein Verfahren, nicht die Fülle seiner Effekte. Suggestiert wird außerdem, es erfolge gleichsam nur die Reizung eines Organs – und nicht etwa eine Irritation oder Störung. Das Wort „Hirnschrittmacher“ wiederum legt nahe, das fragliche Gerät im Kopf sei lediglich das Analogon eines vergleichsweise harmlosen Herz-Therapie-Instruments.

(2) Sobald es angekündigt oder prototypisch möglich ist, erscheint das Neue, *als sei es bereits „da“*. Was im Labor oder irgendwo auf der Welt jemandem erstmals gelungen ist, wird schnell etwas, das man für schon eingeführt oder zumindest für nicht rückholbar hält. Zwingend ist dies gerade bei hochinnovativen medizinischen Verfahren jedoch nicht: Man kann humanmedizinisch Mögliches als unsittlich ächten, man kann es durch Nichtfinanzierung aus der Klinik heraushalten, man kann es verbieten. Auch wenn die Gesellschaft nur reagiert – sie könnte sich also durchaus als Herr des Verfahrens verstehen. Technikdebatten bilden das nicht ab.

(3) In Innovationsgesellschaften wie der unseren herrscht eine Art *Beweislastregel* zu Lasten des Status Quo. Auch das bahnt die Debatten: Dass eine Neuerung schadet oder ungewollt ist, muss derjenige beweisen, der gegen die Veränderung plädiert. Umgekehrt kommt die bloße Behauptung einer nützlichen oder rentablen Zukunftsoption einer Legitimation zur Veränderung gleich, ohne dass behauptete Chancen näher erwiesen werden müssen. Ähnliches gilt für die Frage der Nebenfolgen: Obwohl trivial ist, dass eine Technologie in der Regel gewaltige Nebenfolgen zeitigt, hat der Innovator keine Beweislast in puncto ihrer Unbedenklichkeit – sondern umgekehrt: Die Bedenkenräger müssen vor dem noch nicht

Eingetretenen warnen und ohne Beweismittel gelten Bedenken als unbegründete Angst.

(4) Wie etwas Zukünftiges „beweisen“? Hier gibt es auch eine eigentümliche *logische Asymmetrie*. Im Bereich medizinischer Techniken heißt das Diskutieren über künftig Mögliches immer: Es geht um jemandes „therapeutische Chance“. Das Versprechen von Therapiechancen aber ist Hoffnungskommunikation. Die Existenz einer „Chance“ lässt sich praktisch nicht widerlegen. Ist sie einmal behauptet, so finden sich immer nicht nur Politiker, sondern auch Betroffene, die bereit sind, notfalls auf eigenes Risiko das vermeintlich kleinere Übel zu wählen. Und sie fordern, wo nur überhaupt eine „Chance“ bestehe, da müsse die Gesellschaft sie auch nutzen.

(5) Scheint eine medizinische Anwendung möglich, herrscht daher bereits ein *moralischer Druck*. Diskussionen

Ein Organ wie jedes andere?

Zur Rechtspolitik der Hirnbildverwendung und der Hirnmanipulation

Petra Gehring¹

werden unter dem Vorzeichen eines *Betroffenenprivilegs* geführt – wobei als „betroffen“ Patienten und Ärzte zählen, vielleicht auch Angehörige und Pflegende, niemals jedoch die sich verändernde Gesellschaft. Zwar ist diese durch eine neue Technologie stets betroffen, nicht nur weil es eine Fülle potentieller Nutzer gibt, sondern auf dem Wege oft subtiler, auch indirekter Veränderungen unseres Wirklichkeitsgefüges. Moralisierte Kommunikation jedoch monopolisiert die Lage. In Diskussionen über die Wünschbarkeit einer neuen Technologie zählen Argumente von Zeitzeugen oder Mitbürgern nicht. Die Diskussionen verlaufen – so kann man es auch ausdrücken – entpolitisiert.

(6) Der geschilderte normative Überhang führt dazu, dass hitzige *ethische Debatten* geführt werden und es bei diesen bleibt. Vorfragen – etwa zu den Entstehungsbedingungen, Weichenstellungen, Alternativen einer technikethischen Debatte – tauchen nicht mehr auf. Ethikdebatten lassen distanzierte (historisch vergleichende, wissenschafts- oder auch mediensoziologische) Perspektiven nicht zu. Denn wer nur beschreiben will, wie die Sache zum Thema wurde und was mit ihr alles verbunden sein mag, steht in ethischen Diskussionen mit dem Rücken an der Wand. Eine „ethische“ Abwägung der Vor- und Nachteile von Hirnbildverwendung

1) Der Beitrag ist die gekürzte und aktualisierte Fassung eines Aufsatzes in: Bettina Sokol (Hrsg.), Die Gedanken sind frei... Hirnfor-

und Hirnmanipulationen, um dann „Grenzen“ für den legitimen Einsatz der Techniken zu definieren, ist daher nicht Ziel dieses Beitrages.

2.

Neue Bildgebungsverfahren gelten als harmlos und erweitern die Möglichkeiten für Forschung und vielleicht Diagnostik. Erscheint dadurch aber das Thema *Hirnmanipulation* in einem neuen Licht? Mit Formulierungen wie „Hirnschrittmacher bringt Nervenzellen zur Vernunft“² wird derzeit genau das nahegelegt. Im Hinblick auf den normativen Umgang mit Angeboten wie „Hirnschrittmacher“ sind gleichwohl Zweifel geboten. Macht optimierte Technik Hirnmanipulation weniger bedenklich, als sie bisher war? Sind Eingriffe ins Hirn bisher nur deshalb unterblieben, weil bisher bildgebende Verfahren und Mikrochip-Implantate fehlten? Kurz: Was ist neu an der Hirnmanipulation?

An funktionelle Bildgebung, also an die Auswertung von Feindaten zum lokalen Energieverbrauch des Gehirns, die man zu Bildern verarbeiten kann, knüpft sich die Hoffnung, man könne hier nicht nur Stoffwechselaktivitäten, sondern *Hirnfunktionen* sehen. Freilich ist das Einkreisen von so etwas wie der „Funktion“ einer Hirnregion ein äußerst mühsames, indirektes Geschäft. Seit über hundert Jahren wird es betrieben und die Forschung ist bis heute über Hypothesen nicht hinaus. Hirnforscher werden zwar nicht müde, zu betonen, das Gehirn sei im Rahmen eines Kausal determinismus erklärbar. Aber dies ist nichts mehr als der Versuch, eine methodische *Vorannahme* der Neuroforschung bereits zu einer Art Ergebnis zu stilisieren. Populäre Willensfreiheitsdebatten dürfen nicht darüber hinwegtäuschen: Neurophysiologie kann zwar einiges über Nervenzellen sagen, aber kaum etwas über deren Zusammenwirken. Ähnliches gilt von der Neuropsychologie. Diese kommt zwar ohne die Hypothese eines strengen Determinismus aus, handelt sich dadurch aber alle Methodenprobleme der empirischen Psychologie ein: Vage Korrelationen und weiche Items, die nicht das Gehirn, sondern stets nur menschliches Verhalten beschreiben.

Dass ein schlüssiges Modell der Arbeitsweise des Gehirns nicht existiert, hat tief liegende Gründe. Erstens ist das Hirn ein überaus komplexer Körperteil – und die ihm zugeschriebenen „Leistungen“ sind noch viel komplexer. Sie betreffen den weltstiftenden Charakter von Erfahrung überhaupt. Sie lassen sich mit den Schemata „Natur“ oder „Psyche“ oder überhaupt mit einzelwissenschaftlichen Mitteln nicht fassen. Zweitens ist schon das räumliche Modell des Gehirns, also die Basisannahme der Lokalisierbarkeit von Hirnvermögen lediglich eine Vermutung. Sie wurzelt in der langen morphologischen Tradition der anatomischen Forschung. Ironischer Weise stellt die funktionelle Bildgebung das räumliche Funktionsmodell eher in Frage, als dass sie es bestätigen würde. Heutige Hirnbilder zeigen: Unser Hirn ist in der Regel überaus verzweigt aktiv. Es ist ein Kontinuum, in welchem gerade die avancierte Forschung eine Typik von „Zentren“ immer mühsamer konstruieren muss. Ein Ort ist

gleich eine Funktion – diese Vermutung ist inzwischen passé, und vielleicht lässt die seriöse Hirnforschung das gesamte Lokalisierungsmodell der „Funktionen“ irgendwann fallen. Drittens gilt Ähnliches für die Verallgemeinerbarkeit von Hirndaten – also für die Annahme, bei verschiedenen gesunden Menschen sei eine bestimmte Funktion stets mehr oder weniger an derselben Stelle lokalisiert. Bildgebende Verfahren zeigen nämlich eine überraschend hohe individuelle Varietät von Gehirnen. Vermeintlich feste Hirnstrukturen sind unerwartet wandelbar, man spricht von „Plastizität“ des Gehirns. Erweisen sich unsere Hirne aber als so individuell wie unsere Handlinien, dann ist schlicht keine allgemeine Hirnfunktionswissenschaft mehr möglich: Wie es in genau *diesem* Hirn zugeht, wäre individuell zu ermitteln und eine Übertragbarkeit von Deutungen wäre kaum gegeben. Schließlich: Hirnfunktionen lassen sich vermuten, aber nicht beweisen, denn Menschenhirnforschung ist keine Experimentalwissenschaft. Das Experiment der Ausschaltung von Funktionen an gesunden, lebenden Gehirnen ist verboten. Daher bleibt die Hirnforschung am Menschen auf die Untersuchung von Erkrankten angewiesen – und ansonsten bestenfalls hypothetische Psychologie. Mit dieser Besonderheit muss Hirnforschung leben: Sie muss auf „echte“ Kausalbeweise verzichten, denn sie darf ihr lebendiges Objekt nicht verletzen. Hirnforschung am Menschen ist abstrakte Grundlagenforschung. Wer hier „anwenden“ will, tut dies in gewisser Weise blind.

Dies alles betrifft auch die sogenannte funktionelle Tiefenstimulation ausgesuchter Regionen im Gehirn. In der Bekämpfung von Parkinson-Symptomen und wohl auch im Bereich schwerer Zwangserkrankungen sind nach der Implantation von lokal Strom aussendenden Elektroden sogenannte „Erfolge“ dokumentiert. Ungewollte Motorik, ungewollte zwanghafte Vollzüge konnten unterdrückt werden. Man muss sich freilich vor Augen führen: Um die fraglichen Effekte zu erzielen, wurden nicht etwa Hirnfunktionen *betätigt*, sondern es wurden Hirnaktivitäten *gestört*. Im Klartext: Es ist gelungen, durch moderate elektronische Stimulation lokal überaktive Hirnzellen außer Gefecht zu setzen. Diese Teilausschaltung brachte – nicht nebenwirkungsfrei, aber immerhin – ein erwünschtes Ergebnis. Eine *Steuerung* des Hirns haben wir hier keineswegs vor uns, sondern eben eine partielle Destruktion, eine *Deaktivierung* von Gewebe.

Funktionelle Tiefenstimulation, der sogenannte Hirnschrittmacher, ist nichts Minimalinvasives, sondern sie ersetzt – wie ihr Vorgänger, der Elektroschock – den Eingriff mit dem Messer durch eine andere, ebenfalls destruktive Technologie. Tiefenstimulation ist der Psychochirurgie und nicht einer irgendwie konstruktiven, prothetischen Technik vergleichbar. Das zeigen auch die Berichte von Betroffenen, die von einer ganzen Anzahl von Nebenfolgen berichten.³ Die Effekte der Behandlung sind äußerst unterschiedlich und für die Betroffenen nicht antizipierbar. Wissenschaftliche Erfolgsstudien messen die zwiespältigen Effekte etwa der vergleichsweise verbreiteten stereotaktischen Eingriffe

2) So nicht ein populäres Magazin, sondern eine Pressemeldung der Universität Köln im „Informationsdienst Wissenschaft“ vom 2.8.2005 anlässlich der Verleihung des

Erwin Schrödinger-Wissenschaftspreises an zwei Entwickler der Hirnschrittmacher-Technologie, vgl <http://idw-online.de/pages/de/news?print=1&id=123347> (30.10.2006).

3) Vgl den eindrucksvoll nüchternen Erfahrungsbericht des Soziologen Helmut Dubiel: *Tief im Hirn*. München 2006.

zur Parkinson-Symptombekämpfung mittels Prozentangaben zur „Lebensqualität“. Anhand einiger weniger Items wird eine Fülle von erlebten Veränderungen zu einem einzigen Evaluationswert zusammengezogen. Hirnstimulation verbessere – heißt es dann beispielsweise – bei schweren Parkinson-Symptomen im Durchschnitt die Lebensqualität um 20%, die motorischen Fähigkeiten um 40%.⁴ In der Messgröße „Lebensqualität“ verschwindet, wieviel für den Betroffenen fremd und anders wird, verschwindet die individuell dramatische Erfahrung. Es gibt auch Suizide nach Einbau der Stromgeber ins Hirn. Und ob die Effekte reversibel sind, kann niemand sagen. Jedenfalls provozieren sowohl die Versenkung der Drähte ins Hirn als auch die elektronischen Impulse individuell schwer prognostizierbare Begleiterscheinungen und Folgen.

Tiefenstimulation ist im Ganzen ein Verfahren, das auf einem Pröbeln, auf einer Strategie von Versuch und Irrtum beruht. Das gilt auch für die digitale Regelungstechnik im elektronischen Impulsgeber. Bislang existieren nur vage Modelle über die Art, in der die elektrischen Impulse ihre Wirkung zeitigen. Individuelle Dosierungen eines lokalen Störungs- und Zerstörungsmittels im Gehirn müssen ermittelt werden. Daraus folgt: Hier ist in normativer Hinsicht keinerlei „neuer“ Grenzfall erkennbar. Es handelt sich bei der Tiefenstimulation schlicht um eine Körperverletzung, die – rechtlich gesehen – allenfalls aus medizinischen Gründen vorgenommen werden darf. Wenn überhaupt, so sind dergleichen Implantate nur im Kontext einer Krankenbehandlung denkbar – und in einem Erkrankungsstadium, in dem die teilweise Zerstörung eines erkrankten Organs zu Behandlungszwecken in Kauf genommen wird, vergleichbar einer Amputation oder der Operation eines Hirntumors. Freilich haben wir es im Falle der Parkinsonbehandlung nicht mit einem Heilversuch zu tun, sondern mit einem Eingriff lediglich zur Symptombekämpfung. Das unterscheidet den Hirnschrittmacher von der therapeutisch unmittelbar gebotenen Beseitigung eines Tumors.

3.

Wechseln wir die Perspektive. Welche gesellschaftlichen Dimensionen jener „neuen Möglichkeiten“ zeichnen sich ab, wenn die invasive Option eines elektronischen Eingreifens in Hirnfunktionen/Hirnregionen, aber auch die vergleichende Arbeit mit Hirnbildern zum „ganz normalen“ Teil des institutionellen Alltags würde?

Hirnforschung ist zwar nicht viel klüger als früher, aber anders als früher ist sie heute populär. Eben dies lädt ein zur Verwechslung von medizinischer Gratwanderung und gesichertem „Wissen“. Bisher war das Hirn ausschließlich im Krankheitsfall ein beobachtungs- und behandlungsbedürftiger Teil des Körpers. Inzwischen legt funktionelle Bildgebung nahe, es sei irgendwie doch als optisch zugänglicher „Schlüssel zur Person“ zu verwenden. Bunte Bilder erscheinen als „Karte“ der Eigenschaften, als Zugang zur Normalität

eines Menschen sowie zu dessen Verhaltensprofil. Würden Hirnbilder in dieser Hinsicht Schule machen als allgemeiner Zugang zur Person, so sprengte das den engen Horizont medizinethischer Fallkonstellationen. Eine solche Ent-Medikalisierung wäre ein Politikum, nämlich eine machtvolle Veränderung unseres Zusammenlebens. Eine Expertenkultur würde der Gesellschaft mit neuen, in ihrer Modellierung unüberprüfbar und angesichts ihres unklaren wissenschaftstheoretischen Status auch kaum widerleglichen Normalitätsdefinitionen aufwarten. Das Neuro-Gutachten und die Neuro-Behandlung träten in die Fußstapfen von älteren, auf ähnliche Weise simpel gerätegebundenen Heuristiken wie Lügendetektor, Wahrheitsdrogen oder Phrenologie.

Forschung, die anschaulich ist und einfache Evidenzen verspricht, hat es leicht, öffentlich zu wirken. Daher birgt Hirnforschung auf publizistischer Ebene die Gefahr gesellschaftlicher Verschiebungen allein dadurch, dass ein *bloß unterstellter* Determinismus populär genug wird, um als mögliche *technische* Lösung für *soziale* Probleme zu überzeugen. Auf dieser Ebene eines populären Neuro-Glaubens ist die anhaltende Konjunktur der Neuroforschung jetzt bereits potentiell überaus folgenschwer. Grundlagenforscher spekulieren über den „Tatort Gehirn“⁵ und Richter lassen Hirngutachten zu, um die Glaubwürdigkeit von Zeugen zu prüfen: Was als Hypothese in der Gelehrtenrepublik diskutiert werden mag, kann in eine rechtspolitische Katastrophe führen, räumt man ihm den Wert einer objektiven Aussage zur Sache ein.

Dem Wissenschaftstheoretiker wie aber auch dem Bürger müssen sich angesichts solcher „Anwendungen“ die Haare sträuben. Bedenkt man die zahlreichen oben genannten Zweifelsfragen, so erscheinen Hirnbilder schlicht ungeeignet zur Entscheidung über „normale“ oder „unnormale“ Dispositionen im strafrechtlich relevanten Einzelfall. Alle Hirnforscher, mit denen ich diskutiert habe, umgehen eine klare Antwort auf die Frage, worin *genau* der forensische Wert einer Hirndarstellung liegt. Sollen Hirne eine Blaupause der unveränderlichen Bestimmung eines Menschen sein? In diesem Fall wird man stets eine „natürliche“ Disposition zur Tat bestätigt finden, die jedoch nicht den Charakter einer Ursache hat, denn das Hirn wäre dann von Kind an disponiert, die Tat fand aber zu einem bestimmten Zeitpunkt statt. Bezeugt unser Hirn, weil es plastisch ist, die Einflüsse unsere Biografie? In diesem Fall dokumentierte das Hirnbild so etwas wie eine „soziale“ Disposition. Auch das ist keine neue Form der Ursächlichkeit: Dass Lebensschicksal und Delinquenz miteinander korrespondieren, bestreiten die wenigsten. Dennoch gibt es jede Menge Menschen mit schlimmer Geschichte, die nicht straffällig werden, und es gibt jede Menge Menschen mit unauffälligem Lebenslauf, die dennoch Straftaten begehen. Natürliche oder soziale Disposition: Man kann im Einzelfall seriös nur folgern, dass zu *dieser* Tat – wie ein *solcher* Körper und eine *solche* Biographie, so eben auch ein *solches* Gehirn gehört. Weder in der ersten noch in der zweiten Lesart wird man Straftäter

4) Die Zahlen entstammen einer neueren Studie aus Kiel zur Wirkung der Tiefenhirnstimulation im Vergleich mit medikamentöser Therapie. Die Zahlen werden (ohne Aufschlüsselung der gemessenen Komponenten für „Le-

bensqualität“) über das „Kompetenznetzwerk Parkinson“ verbreitet, vgl. <http://www.kompetenznetz-parkinson.de/Projekte/hirnstimulation.html> [30.10.2006].

5) Hans J. Markowitsch, Werner Siefer: Tatort Gehirn. Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens. Frankfurt am Main, New York 2007.

wie Quasi-Kranken helfen können. Nach der ersten Deutung kann man das Gehirn im Grunde gar nicht „behandeln“, nach der zweiten Deutung wird es als soziales Organ qua Umwelt ohnehin permanent „behandelt“ – und man reagiert auf abweichendes Verhalten am sinnvollsten durch Anreiz zur (Re)Sozialisation.

Warum also interessieren Bilder aus dem Kopf von Straftätern so sehr? Ich vermute zweierlei. Erstens fasziniert den hirnpfysiologischen Laien – vielleicht schlicht aufgrund der Anschaulichkeit des Mediums Bild – die Idee der „tief drinnen“ verborgenen Ursache. Nicht die Umgebung, die Geschichte, die Person, sondern etwas „in ihm drin“ war der einfache Antrieb zur Tat. Zweitens scheint mir, dass just mit der Lokalisierung von sichtbaren Stellen „im“ Kopf dann eben *doch* die Idee der invasiven Manipulation am Horizont auftaucht. Plötzlich erscheinen rezosialisierende Pädagogik, Verhaltenstherapie, ja sogar Pharmaka als lediglich *indirekte* Einflussnahme, wo doch eine *direkte* möglich wäre – nämlich das mechanische oder elektrische Einwirken auf die entsprechende Stelle. Archaisch genug: Das Etwas auf dem Bild lädt zum Handeln ein. Muss man nicht nur einen Schalter drehen, um das Hirn des Verbrechers von der Wiederholungstat abzuhalten? Neuroforschung tut selbst einiges dazu, diese Annahme zu unterstützen: mit genug Forschungsgeldern werde irgendwann der Eingriff ins Verbrecherhirn auf „humane“ Weise möglich. Da jedoch alle uns bekannten Techniken der Einwirkung auf Hirnfunktionen auf Verfahren der „Ausschaltung“ solcher Hirnfunktionen beruhen, entzaubert sich (jedenfalls rechtlich gesehen) das vermeintlich „Humane“ der Neuro-Behandlungen schnell. Es geht um den Einsatz physischer Gewalt, um Verletzung statt Strafe oder gar um Verletzung zur Prävention – und das Ziel einer (mehr oder weniger irreversiblen) Veränderung der Persönlichkeit. Dies gilt auch für ein Szenario, in dem der „Schrittmacher“ schlussendlich vom Betroffenen selbst regulierbar sein soll.

Es gehört zu den Eckpunkten demokratischer Rechtsordnungen, dass der Präventionsgedanke enge Grenzen hat. Im Prinzip wäre es stets möglich, durch den Einsatz physischer Gewalt jemandem die Chance zur Wiederholungstat zu nehmen: Tötet man den Täter, so wird er keine neue Tat mehr begehen. Gerade in modernen Sicherheitsgesellschaften darf der tiefe rechtspolitische Sinn des Verbots der Todesstrafe nicht in Vergessenheit geraten. Das Todesstrafenverbot dient nicht der Vermeidung der staatlichen Tötung. Auch moderne Staaten töten, etwa im Verteidigungsfall. Nein – das Todesstrafenverbots betrifft den inklusiven Sinn und die Grenze der Strafe: Die Unterstellung einer unverbesserlichen Naturbestimmung zum Verbrechen und das Rechtsgebot, dass jeder Mensch eine Persönlichkeit ist und hat, passen schlicht nicht zusammen. Man kann nicht jemanden, weil er so ist, wie er ist, also durch *Naturalisierung* dessen, weswegen wir ihm misstrauen, endgültig aus der Rechtsgemeinschaft ausschließen. Auch die lebenslange Präventivverwahrung aufgrund einer Hirndiagnose wäre ein solcher Ausschluss. Hier muss die Macht von Menschen über Menschen ihre Grenze finden. Sie käme einer Akzeptanz von physischen Gründen für die Todesstrafe gleich. Hier bricht sich folglich der Naturalismus am Recht.

Man kann sogar in aller Deutlichkeit sagen: Selbst wenn die Forschung bewiese, dass wir alle „determiniert“ sind,

änderte das gar nichts an der Gründung unseres Zusammenlebens auf das Prinzip, dass im Einzelfall niemand wirklich jemandes Zukunft kennt. Aus gutem Grund sind es nur im wirklich engen Sinne medizinische Ausnahmetatbestände, die zur Entmündigung eines Menschen berechtigen können. Und zur Zwangsbehandlung selbst von Entmündigten berechtigt gar nichts. Wollten wir das ändern, dann müssten wir zugleich in einer anderen Gesellschaftsform leben wollen. Daher benötigen wir als Antwort auf die Möglichkeit der Hirnmanipulation, aber auch bereits auf die Verbreitung des Hirnscreenings alle verfassungs- und individualrechtlichen Schutzreflexe der freiheitlichen Demokratie.

4.

Das Hirn ist nicht tabu, man kann und darf es medizinisch behandeln. Gleichwohl ist das Gehirn kein Organ wie jedes andere. Wir wissen nicht, wie es funktioniert. Skepsis ist angebracht, auch wenn „Aufklärungen“ direkt aus der Forschung kommen, denn Hirnforschung heute ist fast immer Grundlagenforschung, Bezüge zur Anwendung beruhen auf Mutmaßung. Hirnmanipulationen wiederum zielen wie eh und je auf Ausschaltung von Hirnfunktionen. Sie therapieren nicht, sondern man unterdrückt Symptome. In dieser Lage gibt es keinen Grund, den rigiden Vorbehalt gegen Menschenversuche irgendwie zu lockern. Invasive Maßnahmen müssen medizinisch geboten sein und dürfen nicht mit Forschungsinteressen vermischt werden. Therapie, die zugleich der Forschung dient, tut nie exakt das gleiche wie reine Therapie.

In dem Maße, wie man im Hirn die Persönlichkeit vermutet, wird es außerdem bedeutsam, dass vom Sein nicht auf das Sollen und auch nicht auf das Ende des liberalen Sinns von „Strafe“ geschlossen werden kann. Das Rechtssystem eines demokratischen Gemeinwesens beruht darauf, dass *selbst* in ein in seinem Funktionieren möglicherweise irgendwann einmal „entschlüsseltes“ Hirn nicht eingegriffen werden darf.

Von daher sollte die Rechtspolitik nicht zu kurz springen, wo sie eine juristische Einhegung der derzeit vorpreschenden Begehrlichkeiten der Hirnforschung intendiert. Man sollte nicht vorschnell zu enge Spezialtatbestände schaffen. Die durch die Neuro-Technologien aufgeworfenen Fragen werden samt und sonders mit der *Fortgeltung* von Rechtsgrundsätzen abgedeckt. Es gibt keine plötzlich aufgetauchte Regelungslücke. Daher benötigen wir angesichts funktioneller Bildgebung nicht etwa ein schnell gestricktes „Hirnforschungsgesetz“ – das dann garantiert am Stand der Technik veraltet und überdies durch seine schiere Existenz zur „Lockerung“ gleichsam permanent einlädt. Die spezialgesetzlichen Regelungen zum Embryonenschutz haben beispielhaft gezeigt, wie unglücklich die Logik des Extra-Schutzgutes sich mittelfristig auswirkt: Das deutsche EmSchG hat den Embryo geädelt, aber dennoch die Forschung und Verwertung befruchteter und unbefruchteter Keimzellen in keiner Weise gestoppt.

Sondergesetze sind ungeschickte Gesetze mit mehrdeutiger Wirkung. Vorzuziehen wäre daher die konsistente Interpretation bestehender Normen. Ich habe zu zeigen versucht, dass an den „neuen Möglichkeiten“ der Hirnforschung *so* neu vieles gar nicht ist. Daher steht die Rechtskultur nicht unter Änderungsdruck, sondern kann schlicht auf Freiheits- und

Schabel

Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in Österreich

2007, 170 Seiten, br., 978-3-7046-5042-9, € 29,-

Der Band 15 der Schriftenreihe Colloquium beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen des **Selbstbestimmungsrechtes des Patienten** und ist sowohl für die Rechtsdogmatik, als auch für die **Rechtspraxis** von großer Wichtigkeit, da die Zahl an Arzthaftungsprozessen aufgrund von Aufklärungsfehlern in den letzten Jahren dramatisch angestiegen ist.

Die Autorin geht auf die **aktuellen Entwicklungen** im Bereich des **Medizinrecht** ein, insbesondere auf das in Österreich normierte **Patientenverfügungsgesetz**, sowie auf die Vertretung in Gesundheitsangelegenheiten. In diesem Zusammenhang werden die am 1.7.2007 in Kraft tretenden Bestimmungen des **Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006** vorgestellt und die einschlägige deutsche Rechtslage dem österreichischen Recht vergleichend gegenübergestellt.

Dr. Bettina Schabel ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien und befasst sich mit medizinrechtlichen Fragestellungen.



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

VERLAG
 ÖSTERREICH

Persönlichkeitsschutz bestehen. Besinnen sollte sie sich ihres klaren politischen Votums gegen Menschenversuche, gegen Schutzstrafrecht und gegen eine schleichende Pathologisierung von unerwünschtem oder abweichendem Verhalten.

Zum Wohl der Gesellschaft (Kriminalprävention oder Forschung) wie auch zum bloßen *enhancement*, also zur vermeintlichen Selbstverbesserung eines Individuums (Sport, Militär oder Arbeitsleben), sind Hirneingriffe unzulässig. Sie verstoßen gegen das Würdegebot – aber sie sind auch, was denjenigen angeht, der den Eingriff vornimmt, ein krimineller Akt. Hier sollte man das Medizinrecht beim Wort nehmen: Ein Arzt, der Leistungen steigert, therapiert nicht. Er durchbricht die Grenzen seiner beruflichen Legitimität.

Für unzulässig halte ich auch die Erteilung einer Einwilligung in Hirneingriffe als Voraussetzung für Haftentlassung oder Ende einer Sicherungsverwahrung. Die Frage ist überhaupt, ob bei den bisher unklaren Standards in der Auswertung die Untersuchung von Straftätern mit funktionell bildgebenden Verfahren nicht gegen elementare prozessrechtliche Schutzgebote verstößt. Wer heute als Beschuldigter in eine Hirnuntersuchung einwilligt, kann nicht absehen, was man aus seinen Bildern künftig noch „herausziehen“ wird. Außerdem ist der Kalkül, der einen Delinquenten zur Einwilligung in Persönlichkeitsuntersuchungen bringen kann, stets ein grausamer Kalkül. Im Strafverfahren mag ein Schutzrahmen existieren, aber spätestens im Inneren eines Gefängnisses ist schlicht grundsätzlich eine Nötigungslage gegeben. Hier ist die Rede von „Freiwilligkeit“ blanker Zynismus.

Keineswegs harmlos ist auch die Anfertigung von Hirnbildern ganz generell, sei es im medizinischen Kontext, sei es in der psychologischen Forschung oder – was bald aktuell werden mag – im Arbeitsleben. Offenkundig werden Hirnbilder zunehmend als Charakterlandkarte gelesen, also ist hier Datenschutz gefragt. Hirnbilder schaffen für Betroffene einen Typ von Versehbarkeit, den man nicht zumuten kann. Wer von seinem Hirn Darstellungen anfertigen lässt, hat also Rechtsansprüche auf Nichtweitergabe bzw Anonymisierung der Daten.

Soll man auf den Fortgang der Hirnforschung hoffen? Sind Hirne wirklich in einem hohen Maße plastisch, dann „sehen“ wir in den Köpfen der Menschen im Grunde doch nur die gewachsenen Begleitumstände ihres Handelns. Wir „sehen“ Begleitumstände, die sich mit dem Verhalten wieder ändern können – und jede Vereindeutigung von Kausalitäten hat sich erledigt. Wenn unser Hirn uns aber jeweils schlicht und einfach „ähnlich sieht“, dann ist ein Hirngutachten vor Gericht nicht interessanter als eine aktuelle – sagen wir: pädagogische oder sozialpsychologische Zustandsbeschreibung. Es ist nur die Spur eines komplexen Geflechts von Weltbezügen, das uns lenkt.

Profⁱⁿ. Drⁱⁿ. phil. Petra Gehring studierte Philosophie, Politikwissenschaften und Rechtswissenschaft und ist seit 2002 Professorin für Philosophie an der TU Darmstadt; gehring@phil.tu-darmstadt.de

1. Einleitung

Mit dem großflächigen Ausbau der GSM- und UMTS-Mobilfunknetze, der Verbreitung schnurloser Telefone nach dem DECT-Standard und der Einführung des drahtlosen Internets via UMTS, WLAN und WIMAX hat die Exposition der Bevölkerung durch Elektrosmog erhebliche Ausmaße angenommen, dies ungeachtet von unzähligen *Erfahrungsberichten* von Personen auf der ganzen Welt über massive gesundheitliche Beeinträchtigungen durch elektromagnetische Felder (EMF) und den immer lauter werdenden Warnungen von Wissenschaftlern vor den schädlichen Folgen der ungeprüft auf den Markt gebrachten Mobilfunktechnologie. Erschreckend ist das Versagen aller drei Staatsgewalten und letztlich der *Politik*, durch Mobil- und Schnurlostelefone, Basisstationen, etc in ihrer Gesundheit bedrohten Personen (insbesondere Kinder, Jugendliche und ältere Menschen) angemessenen Schutz ihrer Rechtsgüter (Leben, Gesundheit, physisches und psychisches Wohlbefinden) zu gewähren. Verschärfend kommt hinzu, dass von einer Aufklärung der Bevölkerung über die gesundheitlichen Risiken des Mobilfunks durch staatliche Einrichtungen keinesfalls die Rede sein kann, obwohl eine derartige Pflicht sich bereits unmittelbar aus den Vorgaben der *Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK) ergeben würde.¹

2. Der Elektrosmog stellt eine ernste Bedrohung für die Bevölkerung dar

Es darf mittlerweile als erwiesen gelten, dass elektromagnetische Felder die Gesundheit unter Umständen *massiv* und zum Teil *irreversibel* schädigen können. Dies überrascht nicht, wird doch bereits seit einiger Zeit angenommen, dass EMF Ursache zahlreicher gesundheitlicher Beschwerden – wie Kopfschmerzen, Schlafstörungen, Konzentrationsproblemen und Krebs – sein können. Elektromagnetische Strahlung schwächt den Organismus, beeinträchtigt die Immunabwehr,² ruft Störungen im Nervensystem und Schädigungen am Erbgut hervor und steht im Verdacht, für die regionale Häufung von Krebserkrankungen mitverantwortlich zu sein.³ Daneben ist noch auf eine weitere – bisher gröblich unterschätzte – Gefahr hinzuweisen, nämlich die Tatsache,

dass dem Mobiltelefonieren erheblicher *Suchtcharakter* mit ähnlich fatalen Auswirkungen wie beim Alkohol und dem Rauchen, nämlich der Entwicklung einer psychischen Abhängigkeit,⁴ zukommt.⁵ Von der „Volksdroge Handy“⁶ sind insbesondere Kinder und Jugendliche,⁷ aber auch zunehmend Erwachsene betroffen.

Das Gesundheitsrisiko Mobilfunk: Szenarien eines rechtsstaatlichen Fiaskos

Eduard Christian Schöpfer

3. Zum unzureichenden Schutz der Bevölkerung vor Mobilfunkstrahlung

3.1. Legislative

3.1.1. Zu den Grenzwerten

In Österreich existieren *keine* gesetzlich festgelegten Grenzwerte zum Schutz der Bevölkerung gegenüber elektrischen, magnetischen oder elektromagnetischen Feldern. Die fälschlicherweise als Grenzwerte oder sogar Vorsorgewerte⁸ bezeichneten Referenzwerte der unverbindlichen Vornorm ÖVE/ÖNORM E 8850 basieren auf den Richtwerten der ICNIRP aus dem Jahr 1998. Sie bieten jedoch keinen ausreichenden Schutz für die menschliche Gesundheit,⁹ da

1) Vgl dazu grundlegend *Schöpfer*, Grund- und menschenrechtliche Defizite im Bereich des Mobilfunks am Beispiel Österreichs, in *Karl/Schöpfer*, Mobilfunk, Mensch und Recht (2006) 73 (86 ff).

2) Vgl den Kurzbericht über die Salzburger *Hacker/Pauser-Studie*, wonach EMF das körpereigene Abwehrsystem schwächen und Langzeitexpositionen zu chronischer Stressbelastung führen können, unter www.salzburg.gv.at/gsmstudie.pdf.

3) Siehe die Nachweise bei *Grasberger/Kotterer*, Mobilfunk. Ein Freilandversuch am Menschen (2003); *Marken*, Machen Handys und ihre Sender krank? So schützen sie sich!¹² (2004); *Scheiner/Scheiner*, Mobilfunk, die verkaufte Gesundheit¹ (2006); *Stöcker*, Elektrosmog – eine reale Gefahr (2007).

4) Vgl dazu ausführlich *Schlotterbek*, Risiken

der Mobilfunkkommunikation bei Kindern und Jugendlichen aus psychologischer Sicht, in *Bleuel*, Generation Handy ... grenzenlos im Netz verführt (2007) 117.

5) Siehe den Beitrag von *Eberhardt/Bleuel*, Mobiltelefon als neue Droge?, in *Bleuel*, Generation Handy, 146.

6) Neurologen haben herausgefunden, dass gepulste Hochfrequenzstrahlung das zentrale Nervensystem beeinflusst und es zu einem tranceartigen Glückszustand kommt, der langfristig krank macht (vgl *Stöcker*, Elektrosmog 257 f).

7) Interessant ist die Anmerkung von *Schütz*, Mobilfunk gefährdet die seelische Entwicklung von Kindern und Jugendlichen, in *Bleuel*, Generation Handy 157, wonach man in den internen Marktstrategiepapieren der Gerätehersteller schon vor Jahren den Hinweis gefunden

habe, dass man bei UMTS am ehesten mit der Spielsucht von Kindern und mit pornographischen Inhalten schwarze Zahlen schreiben könne.

8) So ließ das Forum Mobilkommunikation (FMK) etwa in der Ausgabe des „Salzburger Fenster“ vom 13.12.2006 verlauten, dass Kinder Mobiltelefone benutzen dürfen, da das internationale Grenzwerte-Schutzkonzept (Anmerkung: ein solches existiert nicht, gemeint sind die unzulänglichen Richtwerte der ICNIRP!) einen 50-fachen Sicherheitsfaktor und damit einen vorsorgenden Gesundheitsschutz, speziell auch für Kinder (!), gewährleiste.

9) Zahlreiche Wissenschaftler, Ärzte, Baubiologen usw kritisieren die Grenzwertempfehlungen der ICNIRP als viel zu hoch. Vgl etwa *Marken*, Handys, 48 ff sowie *Scheiner/Scheiner*, Mobilfunk 217 ff.

sie nur thermische Auswirkungen berücksichtigen und Expositionsdauer, Langzeitwirkungen und Effekte im Niedrigdosisbereich¹⁰ völlig außer Acht lassen. Die ICNIRP-Richtwerte können nicht zuletzt angesichts des am 31.8.2007 unter www.bioinitiative.org veröffentlichten Berichts einer internationalen Arbeitsgruppe von renommierten Elektromogexperten als *überholt* angesehen werden.¹¹

3.1.2. Zur fehlenden Einbindung der Bürger bei der Bewilligung und Errichtung von Basisstationen

Die Tatsache, dass durch Mobilfunksendeanlagen in ihrer Gesundheit gefährdeten Anrainern keinerlei Möglichkeit eingeräumt wird, dem fernmeldebehördlichen Genehmigungsverfahren als Partei hinzugezogen zu werden, ortet *Kerschner* zutreffend als „nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten völlig unbefriedigendes Rechtsschutzdefizit im öffentlichen Recht“.¹² Auch die Volksanwaltschaft fordert seit Jahren eine „Lösung durch den Gesetzgeber“.¹³ Übrigens nimmt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bei Eingriffen in Art 8 EMRK regelmäßig Bedacht auf das Ausmaß der Einbindung des Beschwerdeführers in den behördlichen Entscheidungsprozess.¹⁴ Die fehlende Einräumung von Partei- und Mitspracherechten im telekommunikationsrechtlichen Bewilligungsverfahren bzw im Bauverfahren dürfte somit bereits aus diesem Grund *konventionswidrig* sein.¹⁵

3.2. Exekutive

3.2.1. Wie mit den Bürgern umgegangen wird

Wenn sich Bürger mit ihrer Bitte um Information zum Thema Mobilfunk an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) wenden, werden sie zumeist mit einem vorgefertigten Standardbrief darauf aufmerksam gemacht, dass „...aus gesundheitspsychologischer Sicht darauf hinzuweisen [ist], dass eine vermutete Gesundheitsbedrohung, unabhängig davon ob sie tatsächlich besteht oder nicht, bei Menschen unter bestimmten Bedingungen Stress oder Angst auslösen kann. Bleibt dieser Angstzustand über längere Zeit bestehen, könnte dies das Auftreten körperlicher oder psychischer Störungen nach sich ziehen. ...“¹⁶

Die darin vermittelte Botschaft ist evident: Personen soll unerschwerlich der Eindruck vermittelt werden, sie würden sich ihre gesundheitlichen Beschwerden nur einbilden.¹⁷ Der Trick mit der „Psychomasche“ ist übrigens nicht neu. Es handelt sich hierbei um ein beliebtes Mittel seitens staatlicher Behörden, der Industrie und leider auch der Wissenschaft, „aufmüpfige“ Bürger als Angsthäsen, Hysteriker und Hypochonder abzustempeln und ihren Klagen über gesundheitliche Beschwerden damit jegliche Berechtigung abzuspüren. Diese Vorgangsweise ist menschenverachtend, vergegenwärtigt man sich die zahllosen Erfahrungsberichte von *elektrosensiblen Personen*¹⁸ über teils massive gesundheitliche Beschwerden durch Elektromog!

3.2.2. Zur unzureichenden Ahndung des Telefonierens mit dem Handy am Steuer

Das Kuratorium für Verkehrssicherheit und der Verkehrsclub Österreich (VCÖ) fordern bereits seit längerem härtere Strafen für Telefonate mit dem Handy während der Fahrt.¹⁹ Laut einer Erhebung des VCÖ sind pro Jahr mehr als 40 Verkehrstote und mehr als 4.000 Verletzte auf das Telefonieren beim Autofahren zurückzuführen.²⁰ Die geplante Heraufsetzung der Strafe von 25 auf 50 Euro ist eine *halbherzige* Lösung und schwerlich geeignet, Lenker vom Gebrauch ihres Handys abzuhalten. Nämte die Regierung ihre Verantwortung bezüglich der Bewahrung des Schutzguts *Leben* (Art 2 EMRK) ernst, müsste sie besagte Geldstrafe drastisch erhöhen, die Polizei anweisen, verstärkt Schwerpunktkontrollen durchzuführen, eine Erleichterung der Sanktionierungspraxis vorsehen²¹ und auch Telefonate per Fernsprecheinrichtung, die ebenfalls ablenken und zu einem deutlich erhöhten Unfallrisiko führen, gesetzlich verbieten.

3.3. Judikative

Es wurde bereits die Ansicht geäußert, dass die Art und Weise, wie die Justiz bisher dem Gesundheitsrisiko Mobilfunk begegnet ist, Anlass zu *ernsten Bedenken* gibt.²² Der Fall eines Salzburger, der von seinem Vermieter geklagt wurde, da er sich geweigert hatte, wegen massiver gesundheitlicher Beschwerden durch einen auf der Liegenschaft des Klägers befindlichen Mobilfunksendeanlage den vollen Mietpreis zu

10) Vgl *Hecht*, Strahlende Energie und die Folgen für die Gesundheit der Menschen, in *Runge/Sommer/Oberfeld*, Mobilfunk, Gesundheit und die Politik. Streitschrift und Ratgeber (2006) 33 (49 ff) und die dort zitierte umfangreiche Literatur; siehe ferner *Bergmann/Eger*, Mobilfunk – Einwirkungen auf die menschliche Gesundheit. Folgerungen und Forderungen aus ärztlicher Sicht (herausgegeben vom Verein zum Schutz der Bevölkerung vor Elektromog, 2. Auflage, Juni 2007), 32 f (Grenzwerte machen keine Aussage über biologische Effekte).

11) Der Bericht äußert ernste Bedenken zur Sicherheit von existierenden öffentlichen Grenzwerten für Stromleitungen, Handys und vielen anderen Quellen elektromagnetischer Belastung.

12) Rechtsschutz gegen behauptete gesundheitsschädliche Auswirkungen durch GSM-Sender – aktuelle Rechtslage und Rechtsprechung, in *Karl/Schöpfer*, Mobilfunk, Mensch und Recht 55 (57, 59).

13) Vgl ihren Tätigkeitsbericht für das Jahr 2006, 259 f.

14) Siehe etwa EGMR 2.11.2006, *Giacomelli v Italien*, NL 2006, 283 (284).

15) Siehe dazu näher *Schöpfer*, Grund- und menschenrechtliche Defizite 76 ff.

16) Vgl den Infoletter 1/2006 „Ortsfeste Basisstationen zur Übertragung von Mobilfunk; Exposition der Allgemeinbevölkerung durch hochfrequente elektromagnetische Felder, S 9.

17) Bezeichnend ist etwa die Äußerung von *Dr. Christian Singer*, Leiter der Telekom-Rechtsabteilung im BMVIT, Kein Mobilfunk ohne Sendemasten. Mobilfunk und Probleme mit Grenzwerten, ÖGZ 2002/1, 20 (22), wonach in vielen Fällen die bloße Tatsache,

dass ein Funksender sichtbar sei, bereits zu Ängsten und psychosomatischen Störungen führe, denen jedoch mit den Mitteln des Telekommunikationsrechts nicht begegnet werden könne.

18) Vgl *Granlund-Lind/Lind*, Black on white: Voices and Witnesses about Electro-Hypersensitivity. The Swedish Experience, Internet-Ausgabe 2004 (abrufbar unter www.feb.se/feb/blackonwhite-complete-book.pdf). Siehe dazu ausführlich *Marken*, Handys 112 ff und *Stöcker*, Elektromog 58 ff.

19) Zuletzt im Österreichischen Sicherheitsmagazin 3/2007, 21.

20) Verkehr aktuell 15/2004.

21) Nach der derzeitigen Rechtslage können Lenker, die mit ihrem Handy während der Fahrt telefonieren, von der Polizei nicht angezeigt werden.

22) *Schöpfer*, Grund- und menschenrechtliche Defizite 79 ff; *derselbe*, RdU 2007, 46.

erlegen, soll dies illustrieren.²³ Der Klage wurde – obwohl der als sachverständiger Zeuge befragte Umweltmediziner des Landes Salzburg *Dr. Gerd Oberfeld* in einem umweltmedizinischen Gutachten zu dem Ergebnis gekommen war, dass Mobilfunkstrahlung *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* als Ursache für die gesundheitlichen Probleme anzusehen sei – stattgegeben, da die vom Beklagten geschilderten Beschwerden nicht ausschließlich und mit Sicherheit auf die Strahlung eines Handymasts hätten zurückgeführt werden können.²⁴

Im Rahmen der Beweisaufnahme hatte das Erstgericht Gutachter bestellt, die weder mit der spezifischen Fachliteratur zu gesundheitsschädlichen Auswirkungen von Mobilfunkstrahlung vertraut waren noch empirisches Wissen durch Befragung, Untersuchung oder Behandlung von durch GSM-Sender Betroffenen besaßen.

In diesem Zusammenhang soll nochmals hervorgehoben werden, dass der von den Gerichten verlangte Kausalitätsnachweis für behauptete gesundheitliche Schädigungen im komplexen Bereich des Elektrosomogs *überholt* bzw. *unangebracht* ist.²⁵ Es müsste zumindest ein *Anscheinsbeweis* genügen, der ja bekanntlich auf Erfahrungssätzen gründet.²⁶ Bei der Einschätzung von konkreten Umwelt- und Gesundheitsgefahren sollte die Justiz den Erfahrungsberichten von gesundheitlich Betroffenen (darunter insbesondere das Auftreten des auch vom Beklagten geschilderten „Mikrowellensyndroms“) endlich die gebührende Beachtung schenken, die Eignung der derzeitigen Grenzwerte zum Schutz der Bevölkerung kritisch hinterfragen und Anrainern *effektiven Rechtsschutz* gewähren!

4. Zur mangelhaften Aufklärung der Bevölkerung über gesundheitliche Risiken

Von einer sachlichen, umfassenden und korrekten *Information* der Bevölkerung über die Auswirkungen von hochfrequenten EMF kann entgegen den Beteuerungen des BMVIT und des Wissenschaftlichen Beirats Funk (WBF) keine Rede sein.

So kann etwa die Aussage des BMVIT, nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft gäbe es keinen Nachweis für die Gefährdung der Gesundheit durch EMF des Mobilfunks unterhalb der von der WHO/ICNIRP empfohlenen Grenzwerte²⁷ angesichts der bereits zu diesem Zeitpunkt vorhandenen wissenschaftlichen *Evidenz* für Schädigungen durch Mobilfunkstrahlung als *widerlegt* gelten.²⁸

Ein Wort zum WBF, der bereits Gegenstand mehrerer parlamentarischer Anfragen²⁹ von Seiten der GRÜNEN und

Gegenstand wiederholter *Kritik* war.³⁰ So ist in einer Pressemitteilung der Ärztinnen und Ärzte für eine gesunde Umwelt (AGU) vom 18.11.2004 zu lesen, dass die Mitglieder des WBF (mit einer Ausnahme) keine wissenschaftliche Erfahrung mit EMF des Mobilfunks besäßen³¹ und nie einschlägig publiziert hätten. Tatsächlich ist es unverständlich, warum in den Beirat nicht jene Wissenschaftler und medizinischen Fachleute berufen worden sind, die die größte *Erfahrung* mit diesem so eminent wichtigen Thema haben.³² Die Seriosität dieses Gremiums darf daher mit Recht bezweifelt werden, dies nicht zuletzt angesichts der Verharmlosung und der Negierung brisanter Forschungsergebnisse zu den mit der Mobilfunktechnologie einhergehenden Risiken und der Nichtberücksichtigung von wiederholten Warnungen davor seitens der Österreichischen Ärztekammer und der europäischen Ärzteschaft. Abgesehen davon ist der WBF beim für Gesundheitsfragen unzuständigen Ministerium (BMVIT) angesiedelt. Von der Gründung bis hin zu den Aussagen des WBF ist eindeutig belegt, dass dieses Gremium nicht die Interessen der öffentlichen Gesundheit vertritt und damit keinerlei Legitimation zu Äußerungen im Kontext EMF und Gesundheit hat bzw dessen Aussagen dafür ohne Bedeutung sind. Ferner kann nicht ausgeschlossen werden, dass der WBF frei von Einflussnahme seitens der Mobilfunkindustrie ist.³³

Die Vermutung liegt nahe, dass es sich hierbei um ein Alibigremium handelt, das die Bevölkerung unter dem Deckmantel der Wissenschaftlichkeit von der Unbedenklichkeit des Mobilfunks überzeugen soll.

Von staatlichen Stellen und dem WBF wird auch geflissentlich verschwiegen, dass der Epidemiologe *Dr. George Carlo* bereits im Frühjahr 1999 in einem von der US-Mobilfunkindustrie finanzierten Forschungsprogramm zu „unerwünschten“ Ergebnissen kam: Es wurden Schäden am Genom und ein erhöhtes Risiko der Erkrankung an verschiedenen Formen von Gehirntumoren festgestellt. Ein im Jahr 2006 etwa in Frankreich und Deutschland ausgestrahlter Dokumentationsfilm mit dem Titel „Der Handykrieg“ verfolgt den Leidensweg von an Krebs verstorbenen bzw erkrankten Personen und zeigt die erfolglosen Bemühungen von *Dr. Carlo* auf, Vertreter aus Mobilfunkindustrie und Politik zu einem offenen Dialog zu bewegen und den Schutz der Bevölkerung einzumahnen.

Der brisante Film wurde vom ORF bislang noch nicht gezeigt, obwohl sein *Programmauftrag* zweifelsfrei in diese Richtung gehen dürfte. Gemäß § 4 Abs 1 Z 14 ORF-Gesetz

23) Siehe dazu näher *Scheiner/Scheiner*, Mobilfunk 104 ff. Der psychiatrische (!) Sachverständige kam zu der Schlussfolgerung, dass der Beklagte an einer paranoiden Persönlichkeitsstörung leide, was vom Gericht als erwiesen angenommen wurde.

24) BG Salzburg 30.3.2004, 33 C 458/02m; LG Salzburg 28.2.2005, 54 R 219/04a.

25) So *Schöpfer*, Grund- und menschenrechtliche Defizite 81 f.

26) Zu den überhöhten Anforderungen an den von den Gerichten verlangten Kausalitätsnachweis und zur Forderung der Umkehr der Beweislast siehe *Schöpfer*, Grund- und menschenrechtliche Defizite 81f.

27) Infoletter 1/2006, S 8.

28) Siehe *Bergmann/Eger*, Mobilfunk 30.

29) Siehe die unbefriedigende Beantwortung dieser Anfragen unter 2211/AB XXII. GP, 2630/AB XXII. GP und 3215/AB XXII. GP durch den ehemaligen Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie *Hubert Gorbach*.

30) Vgl auch *Schöpfer*, Grund- und menschenrechtliche Defizite 86.

31) Der Vorsitzende ist Strahlenexperte (und dies nur im Bereich der Atomphysik), die anderen Mitglieder gehören dem Bereich Naturwissenschaften, Medizin und Psychologie an. Mit anderen Worten gehört dem WBF also kein Experte für nicht ionisierende Strahlung an!

32) So auch die Zeitschrift „Neue Umwelt“ 6/2004, 10.

33) Siehe die Beantwortung einer diesbezüglichen parlamentarischen Anfrage der GRÜNEN unter 3215/AB XXII. GP, in der diese die Frage stellen, aus welchen Gründen die Organisation und Begleitung des wissenschaftlichen Bewertungsprozesses der gesundheitlichen Auswirkungen von Mobilfunk einer PR-Agentur übertragen wurde und zur Antwort bekommen, letztere sei bereits für Mobilfunkbetreiber erfolgreich tätig gewesen.

idF BGBl I 83/2001 hat der ORF nämlich durch die Gesamtheit seiner gemäß § 3 verbreiteten Programme für die *Information über Themen des Umwelt- und Konsumentenschutzes und der Gesundheit* zu sorgen. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob seine Werbegründsätze die Werbung für ein potentiell gesundheitsschädliches Produkt wie dem Handy überhaupt gestatten.³⁴

Bezeichnend für die *einseitige* Informationspolitik der Regierung ist auch die Tatsache, dass kein amtlicher Immissionskataster für Mobilfunksendeanlagen inklusive Mikrozellen innerhalb und außerhalb von Gebäuden existiert.³⁵ Dieser Mangel an *Transparenz* verhindert, dass die Bevölkerung sich ihr eigenes Bild über das tatsächliche Ausmaß der Strahlenbelastung machen kann. Bedenklich ist auch die Praxis der Behörden, Bürgern bzw Gemeinden trotz schriftlicher Aufforderung nur lückenhaft oder keine zur Expositionsabschätzung notwendigen Informationen über Mobilfunksendeanlagen zu übermitteln. Beide Mankos stellen einen klaren Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen des Umweltinformationsgesetzes 1993 (UIG 1993) bzw konventionsrechtliche Vorgaben (Art 8 EMRK [Recht auf Achtung der Privatsphäre sowie der Wohnung] bzw Art 10 EMRK [Recht auf den Empfang von Mitteilungen als Bestandteil des Rechts auf Meinungsäußerungsfreiheit]) dar. Es besteht kein Zweifel, dass in beiden Fällen ein breites *öffentliches Interesse* an der Weitergabe derartiger Informationen bestehen würde, da alle der in den Z 1 bis 3 des § 6 Abs 4 UIG 1993 genannten Schutzgüter davon betroffen sind.

Ein letztes Beispiel für staatliche Untätigkeit auf dem Gebiet der Vorsorge: Obwohl sich mittlerweile die Hinweise deutlich gemehrt haben, dass Handys Krebs³⁷ auslösen können, hat der *Produktsicherheitsbeirat* bisher keine Empfehlung in Richtung eines vorsichtigen Umgangs mit Mobiltelefonen abgegeben, obwohl gerade die Warnung vor Produktrisiken zu den Hauptaufgaben des *Konsumentenschutzes* zählen würde.

5. Resümee

Mit Rücksicht auf die Mobilfunktechnologie ist man bereits *jenseits* der Voraussetzungen für vorsorgliches Handeln angelangt, vielmehr besteht *sofortiger Handlungsbedarf* seitens der politisch Verantwortlichen zur Beendigung der untragbaren Elektrosmog-situation (Warnhinweise für Handys, drastische Absenkung der Grenzwerte, etc). Die bisherige *Untätigkeit* der Regierung auf diesem Gebiet hat einen wesentlichen Grund: es geht um sehr viel Geld!³⁸ Die Tatsache, dass sich politische Entscheidungsträger und auch Wissenschaftler zum Spielball der Industrie³⁹ machen lassen und sich einer *Beschwichtigungs- und Verwirrstrategie* bedienen, um von der Schädlichkeit des Produkts abzulenken, hat leider Tradition und darf mittlerweile als erwiesen gelten.⁴⁰ Skrupellos eingesetzte wirtschaftliche Macht und willfährige politische Entscheidungsträger stellen insofern die derzeit größte *Bedrohung* für den *Rechtsstaat* und *demokratische Werte* dar. Die Justiz wird sich über kurz oder lang den Verflechtungen zwischen Staat, Industrie und Forschung⁴¹ stellen müssen, will sie bei der Bevölkerung nicht jegliche Glaubwürdigkeit verspielen.⁴²

In der von der Europäischen Umweltagentur herausgegebenen Untersuchung „Späte Lehren aus frühen Warnungen: Das Vorsorgeprinzip 1896-2000“⁴³ werden Katastrophen dargestellt, deren Ablauf erschreckende *Parallelen* zu der sich immer mehr als gefährlich erweisenden Mobilfunktechnologie aufweist.⁴⁴ Wie so oft stellt sich auch hier die Frage, wann die Menschheit endlich damit anfängt, aus ihren oft mit großem Leid und tiefer Tragik verbundenen Erfahrungen zu lernen.

*Dr. Eduard Christian Schöpfer ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg;
christian.schoepfer@menschenrechte.ac.at*

34) Vgl § 14 ORF-G, wonach Werbung nicht Verhaltensweisen fördern darf, die die Gesundheit oder die Sicherheit gefährden (Z 4) und nicht irreführen und den Interessen der Verbraucher schaden darf (Z 7).

35) Die Erstellung eines auch für die Öffentlichkeit zugänglichen Immissionskatasters für Mobilfunksender wurde bereits erfolglos in den beim Parlament eingebrachten Mobilfunkpetitionen vom 30.11.1999 und 7.5.2003 gefordert. Die Petitionen sind unter www.salzburg.gv.at/umweltmedizin abrufbar.

36) Nach § 6 Abs 4 UIG 1993 sind die in den Abs 1 und 2 genannten Mitteilungsschranken und Ablehnungsgründe für die Weitergabe von Umweltinformationen eng auszulegen, wobei im Einzelfall das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe der Umweltinformationen zu berücksichtigen ist. Ein solches Interesse kann gemäß § 6 Abs 4 Z 1-3 UIG 1993 insbesondere im Schutz folgender Rechtsgüter liegen: 1. Schutz der Gesundheit; 2. Schutz vor nachhaltigen oder schwerwiegenden Umweltbelastungen; 3. Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

37) Vgl zuletzt die Kohortenstudie von *Harrell/Carlberg/Söderqvist/Mild/Morgan*, Occupational Environmental Medicine 2007, 626, wonach ein erhöhtes Risiko einer Tumorerkrankung im Bereich des Ohres (insbesondere auf der Seite, wo das Handy gehalten wird) und des Gehirns nach über zehn Jahren Handy-Gebrauch bestehe.

38) So treffend *Kerschner* in Karl/Schöpfer, Mobilfunk, Mensch und Recht 96, wonach die staatlichen Behörden für das Problem der Sendeanlagen keine Verantwortung übernehmen wollten, weil es um sehr viel Geld und wirtschaftliche Interessen gehe.

39) Vgl den der Mobilfunkpetition vom 30.11.1999 beigefügten Brief von *Dr. George Carlo* an Vertreter der Mobilfunkindustrie und dessen Kurzmitteilung (memorandum) vom 26.7.2006, abrufbar unter www.der-mastmuss-weg.de (... „*dieses Programm* [Anmerkung: zur Kontrolle der Forschung hinsichtlich der Problematik von Mobiltelefonen und deren Auswirkung auf die Gesundheit] *der Mobilfunkindustrie ist ausgefeilt und beinhaltet die Steuerung der Forschungsergebnisse*

durch direkte und indirekte Kontrolle der Forschungsfinanzierung.“).

40) Siehe etwa das Infoblatt Mobilfunk: Acht Behauptungen – die wir nicht mehr glauben (herausgegeben von der Bürgerinitiative gegen den Mobilfunkmasten, 4. Auflage, März 2007).

41) Siehe dazu ausführlich *Richter/Wittebrock* (Hrsg), Kommerz, Gesundheit und demokratische Kultur. Gewinner und Verlierer in einer Modellregion des Mobilfunks (2005); *Runge/Sommer/Oberfeld* (Hrsg), Mobilfunk, Gesundheit und die Politik. Streitschrift und Ratgeber (2006); *Schöpfer*, RdU 2007, 45 und die dort angegebenen Literaturhinweise.

42) Dies andeutend *Schöpfer*, RdU 2007, 45.

43) Vgl die Darstellung der insgesamt zehn Phasen bis zur Katastrophe bei *Bergmann/Eger*, Mobilfunk 37 f.

44) Eine deutsche Übersetzung kann unter www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/2697.pdf abgerufen werden.

1. Mark Weisers Vision

Unter dem 1988 von *Mark Weiser*¹ in seiner Funktion als Chef-Technologie im *Xerox Palo Alto Research Center (PARC)* geprägten Begriff „ubiquitous computing“² wird die Allgegenwärtigkeit von *Informationstechnik* und *Computerleistung* verstanden, die in beliebige Alltagsgegenstände eindringt. Es handelt sich dabei um zahllose kleinste, miteinander über Funk kommunizierende Mikroprozessoren, die unsichtbar in Dinge eingebaut werden und mit Sensoren ausgestattet sind. Dabei sollen diese mikroskopisch kleinen Computer die Umwelt des Gegenstandes, in den sie implantiert und mit dem sie gewissermaßen zu einem einzigen Ding verschmolzen sind, erfassen, und diesen mit Informationsverarbeitungs- und Kommunikationsfähigkeiten ausstatten.

Nach dieser Vision wird der (Personal-) Computer als Gerät verschwinden bzw durch „intelligente Gegenstände“ (smart objects) ersetzt werden. Diese Technik verleiht Gegenständen eine neue, zusätzliche Qualität, da diese von nun an „wissen“, wo sie sich befinden, welche anderen Gegenstände in ihrer Nähe sind, und was in der Vergangenheit mit ihnen geschah. Statt wie derzeit selbst Gegenstand der menschlichen Aufmerksamkeit zu sein, soll das „Netz der Dinge“ den Menschen bei seiner Tätigkeit unmerklich unterstützen.

Inzwischen existieren für dieses Phänomen weitere Begriffe wie der von der Industrie geprägte Begriff *pervasive computing, everywhere*³, *Post-PC-Zeitalter* oder *dritte Ära des PC*.⁴ Sie alle stehen für die Metamorphose, die durch das Verschwinden der Computer von der Oberfläche mit der Konsequenz ihrer Allgegenwart vollzogen wird. Unterstellt man dem *Moore'schen Gesetz*⁵ Gültigkeit, werden Computer weiterhin billiger und kleiner und damit vermehrt produziert. *Smart objects* eröffnen neue wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeiten, und lassen die *Weisersche Vision* des *ubiquitous computing* mehr und mehr Wirklichkeit werden, so dass Informationsverarbeitungsfähigkeit und Informationsdienstleistungen letztendlich so allgegenwärtig sein werden, wie heute die Elektrizität.

2. Schrittmacher für ubiquitous computing

Was aber sind die Schrittmacher für diese Technik? Eine besondere Rolle kommt der Sensortechnik zu. Sensoren können die Eigenschaften der Umgebung wie Temperatur, Feuchtigkeit, Stärke eines Magnetfeldes, Anwesenheit von bestimmten Strahlungen wahrnehmen und diese in elektrischer Form weitermelden. Bildlich gesprochen stellen Sensoren gewissermaßen die „Sinnesorgane“ von Computern dar.

Von besonderem Interesse sind *Identitätssensoren*, die auf dem Prinzip der RFID-Technik beruhen. Der englische Begriff *Radio Frequency Identification (RFID)* bedeutet übersetzt „Identifizierung über Radiowellen“. Es handelt sich um ein Verfahren zur automatischen Identifizierung von Gegenständen und Lebewesen. Neben der kontaktlosen Identifizierung und der Lokalisierung derselben, steht RFID zudem für die automatische Erfassung und Speicherung von Daten.

Ein RFID-System umfasst einen *Transponder*, der den Gegenstand kennzeichnet, ein *Lesegerät* zum Auslesen der Transponder-Kennung und eine *RFID-Middleware* mit Schnittstelle zu weiteren EDV-Systemen und Datenbanken. Im Gegensatz zu anderen *Auto-ID-Technologien* ermöglicht RFID berüh-

Die Macht der klugen Dinge

Überlegungen zu ubiquitous computing, RFID-Chips und smart objects

Elisabeth Hödl

rungslose Lesevorgänge ohne direkten Sichtkontakt. Der Chip kommt ohne eigene Stromversorgung aus und seine Daten können auch nach Jahren abgerufen werden – vorausgesetzt der Chip wird nicht zerstört⁶, oder Dateninhalte werden nicht überschrieben.

Der Einsatz der RFID-Technologie erfolgt heute etwa in der Fahrzeugidentifikation, der Personenidentifikation, der PatientInnenidentifikation, bei der Prüfung von Echtheitsmerkmalen für Medikamente, in der Bekleidungsindustrie oder als Container-Siegel.⁷

3. RFID-Chips und Datenschutz

Grund also, sich zu fragen, inwiefern die Rechtsordnung auf RFID-Chips und in weiterer Folge auf die Vernetzung der mit RFID-Chips ausgestatteten Gegenstände und der damit einhergehenden Datenströme gerüstet ist. Neben dem erwünschten Nutzen, den sie für die Logistik zu bieten im Stande ist, darf diese Technologie nicht zur Aushöhlung des Datenschutzes führen.

1) Vgl <http://www.ubiq.com/hypertext/weiser/UbiHome.html>, und in memory of Dr. Mark Weiser www2.parc.com/csl/members/weiser/ und www-sul.stanford.edu/weiser/index.html (18.6.2007).

2) *Weiser*, The Computer for the 21st Century. <http://www.ubiq.com/hypertext/weiser/Sci-AmDraft3.html> (24.5.2007).

3) *Adam*, *Everyware*. The dawning age of ubiquitous computing (2006).

4) Am Anfang des Computerzeitalters standen „Mainframes“ – schrankgroße, respekteinflößende Kästen, die von Männern in weißen Arbeitsmänteln hinter verschlossenen Türen

beaufsichtigt wurden, und die die Rechenleistung der Zentralcomputer auf die einzelnen BenutzerInnen aufteilen mussten. Der Personal Computer, als die zweite Entwicklungsstufe, ist jene Phase, in der jeder Person ein Rechner zugeteilt wurde. In der dritten Entwicklungsphase wird der Computer *unsichtbar* und zugleich *allgegenwärtig*.

5) Das Moore'sche Gesetz (*Moore's Law*) besagt im Wesentlichen, dass sich die Komplexität integrierter Schaltkreise mit minimalen Komponentenkosten etwa alle zwei Jahre verdoppelt.

6) Zerstört werden kann der Chip mittels Mikrowelle.

7) Pressemeldungen zufolge soll die Europäische Zentralbank (EZB) im Jahr 2003 mit dem japanischen Elektronikkonzern Hitachi über eine Integration von RFID-Transpondern in Euro-Banknoten verhandelt haben, um den Euro vor Fälschungen zu sichern, *tecCHANNEL*. de, 23. Mai 2003: RFID-Chip soll Euro-Blüten verhindern (<http://www.tecchannel.de/news/business/414589>). Auf dem so genannten µ-Chip (0,04 mm × 0,04 mm) ist eine eindeutige 38stellige Zahlenfolge (128 Bit) gespeichert.

Der Chip eignet sich zum Speichern und Senden *personenbezogener Daten*, zum *Aktivieren von Videoüberwachungskameras* und ermöglicht damit auch den *Missbrauch* von Daten.

Datenschutzrechte könnten betroffen sein, wenn entweder RFID-Chips selbst *personenbezogene Daten* enthalten, oder die *nicht personenbezogenen Daten* auf dem Chip personenbeziehbar sind, also einer bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden können. Für die datenschutzrechtliche Beurteilung der RFID-Technik kommt es damit auf ihren konkreten Einsatzbereich an; dies soll hier anhand des Einzelhandels geprüft werden.

3.1. Einsatzmöglichkeiten von RFID-Chips im Einzelhandel

Fall 1: Wird auf dem Chip lediglich ein elektronischer Produktcode (EPC) gespeichert, wie im Einzelhandel geplant, führt der Kunde das mit dem RFID-Tag markierte Produkt an der Kassa vorbei und dieses wird dort ausgelesen. Es findet kein Einsatz von Kunden-, ec- oder Kreditkarten statt. Zu prüfen ist, ob hier personenbezogene Daten erhoben bzw. verarbeitet werden, oder anders ausgedrückt, ob der Produktcode an sich ein personenbezogenes Datum ist. Nur wenn personenbezogene Identifizierungsmerkmale festgestellt werden, welche zur Bestimmbarkeit der Identität der Person geeignet sind, liegt eine Erhebung personenbezogener Daten vor. Durch das Auslesen des EPC allein ist diese Verbindung zum Kunden nicht gegeben. Es ist auch nicht nachträglich konstruierbar, wer welche Ware zu welchem Zeitpunkt gekauft hat. Die Person ist nicht bestimmbar.

Fall 2: RFID-Etiketten in reinen Automations-, Warenmanagement- oder Logistiksystemen können zwar aus größeren Entfernungen ausgelesen werden, sie enthalten jedoch nicht unmittelbar personenbezogene Daten. Dies könnte grundsätzlich dadurch hergestellt werden, dass der RFID-Tag eine eindeutige Kennung enthält und zusätzlich mit einer Kundenkarte die Identität des Käufers erfasst wird. In dieser Konstellation wird auf dem Chip ausschließlich ein Produktcode oder eine Seriennummer gespeichert. Es wird jedoch eine Verknüpfung zu personenbezogenen Daten hergestellt, die in einer Datenbank gespeichert werden. Denkbar ist, dass ein Kunde einen mit einem RFID-Tag gekennzeichneten Joghurtbecher, auf dem ein EPC gespeichert ist, kauft, und an der Kasse eine Kundenkarte einsetzt. Bei dieser Sachverhaltsvariante wird der auf dem Transponder gespeicherte Produktcode an der Kasse ausgelesen und mit den entsprechenden Produktdaten, die in eine Datenbank gespeichert sind, abgeglichen. Diese Daten werden für die Abwicklung von Kundenrabatten im Rahmen eines Bonussystems mit den auf der jeweiligen Karte gespeicherten Kundendaten verknüpft. Daneben werden idR auch weitere Daten, wie Ort, Datum und Uhrzeit des Karteneinsatzes sowie

der getätigte Umsatz erhoben. Der Name des Kunden ist auch hier weder mit dem auf dem Tag gespeicherten Produktcode noch mit den in der Datenbank abgelegten Produktdaten direkt verbunden. Fraglich ist aber, ob der Kunde in diesem Fall bestimmbar ist, dh ob das Unternehmen mit den zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln bzw Informationen dazu in der Lage ist, die Produktdaten einer Bezugsperson zuzuordnen. Der Begriff des Personenbezugs ist relativ; ein und dasselbe Datum kann nach Umfang des verfügbaren Zusatzwissens aus Sicht eines Dritten anonym sein – aus Sicht eines anderen personenbezogen.⁸

Fall 3: Bei auf RFID-Techniken basierenden *Zutrittssystemen* werden regelmäßig personenbezogene Daten übermittelt. Werden Angaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer Person direkt auf dem RFID-Tag gespeichert, so beziehen sie sich auf eine bestimmte Person und unterliegen damit dem Schutz des DSGVO 2000. Anzutreffen sind solche Anwendungen überall dort, wo die Integration personenbezogener Daten Voraussetzung ist, dort also, wo es um Identifikation und Sicherung geht. Dies ist der Fall bei personenbezogenen Daten, die für die Zugangskontrolle von Gebäuden erforderlich sind (bei Signaturkarten oder bei Karten mit besonderen Schutzmechanismen). Aktuelle Beispiele hierfür sind biometrische Daten. Die Einführung dieser Variante ist augenblicklich im Einzelhandel nicht geplant oder bekannt. Dementsprechend sieht auch die EPCglobal-Selbstverpflichtung vor, dass auf RFID-Tags keine personenbezogenen Daten gespeichert werden (Das EPCglobal-Netzwerk entwickelt wirtschaftliche und technische Standards für den EPC).

3.2. Zustimmung zur Verwendung von Daten

§ 7 Abs 1 DSGVO 2000 enthält die Regelung, dass Daten nur verarbeitet werden dürfen, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung von der gesetzlichen Zuständigkeit oder rechtlichen Befugnis des jeweiligen Auftraggebers gedeckt sind und die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt werden. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung sensibler Daten werden gem § 9 Z 6 DSGVO 2000 dann nicht verletzt, wenn der Betroffene seine *Zustimmung* zur Verwendung der Daten ausdrücklich erteilt hat, wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt. So ist für die Datenverarbeitung in Kundenbindungssystemen (etwa bei Verwendung von Kundenkarten) nach geltendem Recht eine Einwilligung des Betroffenen notwendig. Die Judikatur des OGH zu Formulierungen und Inhalt von Zustimmungserklärungen ist streng.⁹ Auftraggeber von RFID-Anwendungen werden daher darauf achten, Zustimmungserklärungen entsprechend zu formulieren.¹⁰

8) Eine Kombination von Produkt- und Käuferdaten wurde etwa von der Metro-Gruppe vorgenommen, 2004 aber wieder eingestellt. Die Metro-Gruppe erhielt für ihren „Future Store“, in dem alle Waren mit RFID-Chips ausgezeichnet waren, den *Big Brother Award*. Da die Kassensabrechnung automatisch über eine Kundenkarte erfolgte, konnten lückenlose Einkaufsprofile erstellt werden. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/41394> (11.5.2007). Die *BigBrotherAwards Deutschland* wurden ins Leben gerufen, um die öffentliche Diskussion um Privatsphäre und Datenschutz zu fördern

– sie sollen missbräuchlichen Umgang mit Technik und Informationen zeigen, vgl <http://www.bigbrotherawards.de/> (5.6.2007).
9) OGH 27.01.1999, 7 Ob 170/98w – Merkur = ecolex 1999, 182; OGH 22.03.2001, 4 Ob 28/01y – Bankenentscheidung I = ecolex 2001, 147 (*Rabl*); OGH 13.09.2001, 6 Ob 16/01y – Mobilpoints = ecolex 2002, 86 (*Leitner*): OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f – Bankenentscheidung II = ÖBA 2003, 41.
10) Vgl *Knyrim/Haidinger*, RFID-Chips und Datenschutz, RdW 2005, 2. Die Zustimmung sollte folgendes enthalten: Die Bezeichnung

der Datenarten (taxative Aufzählung), Benennung der Übermittlungsempfänger (Angabe des Namens, der Firma, der Behördenbezeichnung), eine ausreichende Information des Betroffenen über die Übermittlungszwecke und einen ausdrücklichen Hinweis auf den jederzeit möglichen schriftlichen Widerruf. In formeller Hinsicht ist die Zustimmungserklärung im Text jedenfalls hervorzuheben. Wird sie in die AGB aufgenommen, so ist die Zustimmungserklärung nicht gültig erfolgt. Vgl *Knyrim*, Datenschutzrecht (2003) 165 ff.

Um dem Betroffenen die Möglichkeit zu geben, seine Rechte zu wahren, muss dieser darüber informiert werden. § 24 DSGVO 2000 sieht daher eine Informationspflicht gegenüber Betroffenen vor. In einem Kaufhaus etwa durch Hinweisschilder, dass RFID-Chips im Einsatz sind. Wenn RFID-Chips auch eine automatische Verarbeitung der Daten durch die ausgebende oder eine andere Stelle ermöglichen, sind in Deutschland gem § 6c BDSG zumindest weitergehende Informationspflichten der kartenauslesenden Stelle vorgesehen.¹¹

4. Politische Debatte

Im Deutschen Bundestag gab es eine *Anfrage* von FDP-Abgeordneten, die auf die Klärung der Frage abzielte, ob das deutsche Datenschutzgesetz auf die rasante Zunahme der RFID-Technologie vorbereitet sei.¹² Die Deutsche Bundesregierung kam in ihrer Antwort zu dem Ergebnis, dass im Augenblick insofern kein Bedarf für eine gesetzgeberische Maßnahme im Hinblick auf eine Regelung der RFID-Technologie bestehe, als die RFID-Technik nicht weit genug entwickelt sei, um einen Missbrauch zu ermöglichen.

In Kalifornien wurde ein Gesetzesvorhaben, das die Reglementierung von RFID-Techniken in Personaldokumenten vorsah, und einem Verbot der RFID-Nutzung durch öffentliche Behörden gleichkam, vom Gouverneur Arnold Schwarzenegger per Veto gekippt.¹³ Der *Identity Information Protection Act of 2006*¹⁴ sah vor, dass der Bundesstaat RFID-Personaldokumente wie ID-Karten oder Führerscheine nur dann hätte ausgeben dürfen, wenn diese manipulations- und kopiersicher gewesen wären. Der Staat hätte zudem dafür sorgen müssen, dass die Kommunikation zwischen Chip und Lesegerät nicht von Unbefugten abgehört werden kann, etwa durch den Einsatz von Verschlüsselungschips.

Dem Besitzer eines mit RFID-Technik versehenen Personaldokumentes sollte die direkte Kontrolle darüber gegeben werden, wann Informationen ausgelesen werden dürfen und wann nicht („... the identification document shall implement an access control protocol that enables the holder to exercise direct control over any transmission of the data using radio waves“). Die Gesetzesinitiatoren sahen durch die mit RFID-Technik ausgestatteten Ausweise und andere Dokumente die Gefahr heimlicher oder erzwungener Überwachung wachsen. Das Auslesen der übertragenen Informationen sollte verboten werden, wenn die NutzerInnen nicht zuvor darüber informiert wurden. Das Gesetz sah zudem Haftstrafen für Personen vor, die widerrechtlich auf Informationen zugriffen, die in kontaktlos auslesbaren Datenspeichern auf Personaldokumenten abgelegt sind.

Widerstand gegen diese rechtliche Reglementierung kam aus der Hightech-Industrie, die argumentierte, man entwickle ohnehin Techniken für die RFID-Labels, um die Privatsphäre der NutzerInnen und die Sicherheit der Informationen zu gewährleisten. Gouverneur Schwarzenegger stützte diese Argumentation gegenüber der Presse, indem er drauf verwies, dass strenge Bestimmungen, die „zahlreichen nutzbringenden Anwendungen der kontaktlosen ID-Technik“ behindern würden.¹⁵ Dieser Verweis des Gouverneurs führt auf die eingangs erwähnten Visionen des ubiquitous computing und die smart objects zurück.

5. Smart Objects und Privatsphäre

Ein virtueller Rundgang durch den *Future Store* der Metro Group gibt Einblick in konkrete Projekte.¹⁶ Vorgestellt werden der *intelligente Kühlschrank*, die *intelligente Waschmaschine*, die *elektronische Einkaufsliste*, der *intelligente Einkaufswagen*, die *intelligente Umkleidekabine* und der *intelligente Spiegel*. Ein kleiner Animationsfilm demonstriert wie das jeweilige „Tool“ funktionieren soll. Eine Kundin betrachtet sich im intelligenten Spiegel, mittels Fingerdruck kann sie verschiedene Make-up-Vorschläge mittels Computeranimation am eigenen Gesicht ansehen. Bestätigt sie eine Variante, erhält sie jene Produkte aufgelistet, die für das jeweilige Make-up benötigt werden und kann diese Produkte in ihren Einkaufswagen legen lassen. Im Fall des *intelligenten Kühlschranks* stellt der Käufer die mit Transpondern auf der Verpackung ausgestatteten Produkte in den Kühlschrank, der wiederum überwacht das Haltbarkeitsdatum der Speisen und bietet mit passenden Rezeptvorschlägen auf dem Display einen Anreiz, dass diese nicht verderben, sondern rechtzeitig verbraucht werden.¹⁷

Die wachsende „Intelligenz“ der uns umgebenden Gegenstände macht bewusst, dass in Hinkunft jedes erdenkliche Objekt unsere Handlungen zu speichern im Stande sein wird.

Dinge, die uns umgeben, werden ein Gedächtnis bekommen und die in ihnen gespeicherten Informationen werden zu jeder Zeit rekonstruierbar und abrufbar sein. Für viele Dinge lässt sich daher eine Art „Fahrtenstreifen“ realisieren. Weiß ein Gegenstand, wo er sich befindet, kann er dieses Wissen regelmäßig mit Uhrzeit abspeichern und hat damit eine „Lebensspur“ geschaffen. Durch Ortungssysteme wie GPS ist jedenfalls feststellbar, wo sich ein Auto befindet, und dies kann, zusammen mit der Fahrgeschwindigkeit und weiteren Parametern, per Mobilkommunikation jederzeit an die Versicherung gemeldet werden.¹⁸

11) Die Reichweite des § 6c BDSG in Bezug auf RFID Tags in Deutschland ist jedoch umstritten. In § 6c BDSG werden die Bedingungen für „mobile personenbezogene Speicher- und Verarbeitungsmedien“ definiert, doch geht man davon aus, dass mit entsprechenden Hinweisen der Hersteller bzw Anwender von RFID Tags und einer entsprechenden Selbstverpflichtungsklausel der Industrie und des Handels eine gesetzliche Regelung entbehrlich sei. Begründet wird dies mit dem Umstand, dass nach genauem Wortlaut des § 6c Z 2 BDSG die automatische Verarbeitung auf dem Medium selbst stattfinden müsse. Die direkte Kommunikation mit dem Lesegerät (Reader) reiche jedenfalls

nicht aus. Bisher liegt in Deutschland kein Musterprozess zum Thema RFID und Datenschutz vor, etwas das sich in naher Zukunft sicherlich ändern wird. Vgl *Binding/Melcher*, RFID – 1984 im 21. Jahrhundert – DFN Tagungsband 2006 (2006) 44.

12) Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode, Drucksache 15/3190, 26.05.2004 auf kleine Anfrage Drucksache 15/3025.

13) Vgl Kalifornien verschiebt Entscheidung über RFID-Verbot, heise online v 27.08.2005 www.heise.de/newsticker/meldungen/63284 (9.5.2007).

14) Senat Bill No. 768, Introduced by Senator Corbett, February 23, 2007.

15) <http://www.eweek.com/article2/0,1759,2024395,00.asp?kc=EWRSS03119TX1K0000594> (9.5.2007).

16) http://www.future-store.org/servlet/PB/menu/1007084_11/index.html (5.6.2007).

17) *Reinhard*, Pervasive Computing: Was bringen uns „smart objects“?, www.bpb.de/themen/JFTSYU (11.5.2007)

18) Vgl, *Mattern*, Ubiquitous Computing: Eine Einführung mit Anmerkungen zu den sozialen und rechtlichen Folgen, <http://www.vs.inf.ethz.ch/res/papers/mattern-ubisozrecht-2005.pdf> (6.9.2007), 15.

Kollmann/Schmutzer
Mächte des Marktes

... der ohnmächtige Verbraucher?

2007, 177 Seiten, broschiert, 978-3-7046-5097-9, € 32,-

Der Band wurde von Wissenschaftlern und Medienfachleuten verfasst. Er positioniert sich als kritische Auseinandersetzung mit der gängigen Auffassung der Unübertrefflichkeit des Marktes als gesellschaftliches Regulativ. Die Zugänge sind absichtlich heterogen, um die unangemessene Verallgemeinerung der gängigen Darstellungen so breitflächig wie möglich aufzuzeigen.

Univ. Prof. Ing. Mag. Dr. Karl Kollmann ist Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien und übt eine Lehrtätigkeit an der Universität Wien aus.

Univ. Prof. Dipl. Ing. Dr. phil. Manfred E.A. Schmutzer, (PhD) emeritierte im Wintersemester 2004 von der TU Wien übt jedoch weiterhin eine Lehrtätigkeit an der TU Graz aus.



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



Damit wird deutlich, welche Stellung *smart objects* innerhalb dessen, was wir als Privatsphäre bezeichnen, zukommen kann. *Smart objects* und sensorbestückte Umgebungen sind – im Gegensatz zum PC, den wir abschalten können¹⁹ – fast immer aktiv²⁰ und häufen eine Unmenge von Daten an, um den NutzerInnen jederzeit ihre Dienste anbieten zu können. Dies stellt nach dem Internet eine neue Stufe der Datenerfassung dar. Ungewollt werden als Nebenprodukt der Verwendung bestimmter Dienste individuelle Aktivitätsprotokolle entstehen, welche fast lückenlos Auskunft über das Leben einer Person geben können.

Im Hinblick auf diese Erkenntnis fragen wir uns, ob Privatheit weiterhin als Voraussetzung für ein selbstbestimmtes Leben angesehen wird. Es ist zu klären, was wir heute als privat begreifen. In vielen Bereichen hat der technologische Fortschritt das, was wir als privat empfinden, verändert. Die Grenzen haben sich verschoben, wie *Rössler* das anhand des Gebrauchs des Mobilfunktelefons beschreibt.²¹ Weiter lässt sich feststellen, dass in Fällen, in denen genügend materielle Anreize wie Rabatte bei Kundenkarten oder Komfortvorteilen geboten werden, immer mehr Personen bereit sind, freiwillig auf ihre Privatsphäre zu verzichten. Viele Menschen empfinden

eine Einschränkung auf dieser Ebene offenbar nicht als gravierend – oder sind sich dieser Einschränkungen nicht bewusst.²²

Hier wird zu fragen sein, wie die freiwillige Beschränkung informationeller Privatrechte mit demokratischen Grundsätzen zu vereinen ist.²³ *Mark Weiser* sprach von „*calm technology*“ und meinte damit nicht zuletzt, dass die Technik als Bereicherung empfunden werden sollte und keine Angst machen muss. Damit dies möglich wird und ein Missbrauch verhindert werden kann, bedarf es einer Abwägung von *Nutzen* und *Folgen*. Im Umgang mit den „intelligenten Dingen“ werden Fragestellungen erst im Gebrauch sichtbar werden. Wir haben die Frage zu klären, wie das Recht auf diese neuen Technologien vorzubereiten ist und diesen Prozess mit einer entsprechenden Wertediskussion zu begleiten.²⁴

Dr.ⁱⁿ Elisabeth Hödl ist wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Rechtsanwaltskanzlei Eisenberger & Herzog; e.hoedl@court.at

Ich danke Iris Eisenberger, Christian Hiebaum und Michael Pözl für Anregung und Gespräch.

19) *Mattern* verweist darauf, dass es keine klare Trennung mehr zwischen „Online“ und „Offline“ geben wird. *Mattern*, *Ubiquitous Computing*, 16.

20) Selbst im Xerox PARC war nicht jeder Mitarbeiter des Forschungszentrums bereit, sich über ein Pad, Tab oder Minder kontrollieren zu lassen. Schließlich konnte fast jeder Schritt, der getan wurde, mitverfolgt werden: zB *die Kaffeekanne ist leer, Weiser überzieht seine Mittagspause*. Es wurde berichtet, dass im Laufe der Zeit die Räume, die nicht mit Sensoren

ausgerüstet waren, bald zum Lieblingstreffpunkt der Testpersonen wurden, bei denen sich ein natürliches Bedürfnis nach ein paar Minuten Ruhe zu entwickeln begann, vgl *Unterlugauer/Gaggl*, *ubiquitous computing – das stille Verschwinden der computer* (http://matrix.orf.at/bkframe/971012_3.htm (6.9.2007) 3.

21) *Rössler*, *Der Wert des Privaten* (2001) 310, mit der Kapitelüberschrift: „Enthüllen: Die Inszenierung des Privaten in der Öffentlichkeit“.

22) Vgl *Kuhlen*, *Informationsethik. Ethik in elektronischen Räumen* (2006).

23) *Rössler*, *Der Wert des Privaten* (2001); *dies*, *Der Wert des Privaten*, in *Grötter*, *Privat! Kontrollierte Freiheit in einer vernetzten Welt* (2003) 15.

24) Vgl auch *Hödl*, *TCPA und Machtmonopol*, in: *Eisenberger/Golden/Lachmayer/Marx/Tomasovsky*,

Norm und Normvorstellung. Festschrift für Bernd-Christian Funk zum 60. Geburtstag (2003) 245.

1. Einleitung

Die Genforschung eröffnet Möglichkeiten, viele Krankheiten besser verstehen und oft heilen zu können. Ablehnung aus Angst vor Veränderung ist daher nicht angebracht. Gleichzeitig liegt die ethische und datenschutzrechtliche Brisanz auf der Hand: Die genetische Information eines Menschen ist einzigartig und ihrem Träger eindeutig zuzuordnen. Sie gibt Auskunft über die ethnische Herkunft, seine Abstammung, über mögliche genetische Veranlagungen oder Defekte und vieles mehr. Sie kann selbst für (noch ungeborene) Blutsverwandte aussagekräftig sein und schon die Offenbarung solcher Erkenntnisse gegenüber der jeweils betroffenen Person kann deren Leben elementar verändern.

Werden diese hochsensiblen personenbezogenen Daten im Rahmen medizinischer Forschung verarbeitet, ist daher die strikte Einhaltung geltender Datenschutzbestimmungen unerlässlich. Gleichzeitig sind die Datenschützer aufgerufen, den Wissenschaftlern einen gangbaren Weg zu weisen, der humangenetische Forschung im Rahmen der vom Gesetzgeber gesetzten Grenzen nicht behindert, sondern ermöglicht.

Der Beitrag beleuchtet in einem ersten Schritt die datenschutzrechtlichen Besonderheiten genetischer Daten und befasst sich insbesondere mit der Frage, ob und gegebenenfalls in welcher Form genetische Daten anonymisiert werden können. In einem zweiten Teil stellen die Verfasser ein Datenschutzkonzept für transeuropäische Genforschungsprojekte vor.

2. Gibt es anonyme genetische Daten?

2.1. Besonderheit genetischer Daten

Genetische Daten sind alle Daten über die Erbmerkmale einer Person oder über das für diese Merkmale typische Vererbungsmuster innerhalb einer miteinander verwandten Gruppe von Personen.¹ Aufgrund ihrer Aussagekraft hinsichtlich Gesundheitszustand, Herkunft und Abstammung sind genetische Daten als besonders sensibel einzuschätzen. Nach europäischem und österreichischem Recht zählen genetischen Daten daher zu den besonders schutzwürdigen Daten,² deren Verarbeitung nur unter den engen Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 DSRL erlaubt ist.

Die wohl praktisch wichtigste Ausnahme zum Verarbeitungsverbot von sensiblen Daten stellt die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person in die jeweilige Datenverarbeitung dar (Art. 8 Abs 2 lit a DSRL³). Im Bereich der humangenetischen Forschung ist eine wirksame Ein-

willigung jedoch problematisch: Für jede einzelne Datenverarbeitung ist eine Einwilligung erforderlich, also zB für jede Untersuchung dieser Daten. Eine Einwilligung für jede einzelne Datenverarbeitung einzuholen, ist aber praktisch unmöglich. Wird die Einwilligungserklärung des Betroffenen deshalb sehr weit gefasst, um möglichst viele Datenverarbeitungsvorgänge zu erfassen, ist deren rechtliche Zulässigkeit zweifelhaft, wenn sich im Projektverlauf neue Forschungsmethoden ergeben oder neue Partner hinzukommen. Fasst man sie hingegen enger, wären neue Forschungs-

Datenschutzrecht bei Genforschungsprojekten als erfolgsbestimmender Faktor

Marian Arning, Nikolaus Forgó, Tina Krügel

methoden beispielsweise nicht erfasst, müssten auch nach Jahren neue Einwilligungen von den betroffenen Patienten eingeholt werden. Der damit verbundene organisatorische Aufwand und die sich möglicherweise ergebenden rein praktischen Probleme (ist der Patient noch einwilligungsfähig?) liegen auf der Hand.

Grundsätzlich gilt, dass genetische Daten, sobald es der Forschungszweck zulässt, zu anonymisieren sind, das heißt, dass die betroffene Person nicht mehr identifizierbar sein darf.⁴ Ist eine Anonymisierung der Daten einmal erfolgt, besteht für die betroffene Person kein Schutzbedürfnis mehr, da ein Rückschluss auf ihre Identität nicht mehr möglich ist. Da die Verarbeitung anonymer Daten folglich für die betroffenen Personen den weitaus besten Schutz bietet, ist ihr gegenüber den möglicherweise einschlägigen Ausnahmen nach Art 8 DSRL Vorrang zu gewähren. Deswegen muss bei Verarbeitung von genetischen Daten sorgfältig erwogen werden, ob eine anonymisierte Datenverarbeitung möglich ist. In diesem Fall ist es dann nicht mehr erforderlich, über

1) Artikel 29 Datenschutzgruppe, Arbeitspapier über genetische Daten, S 4, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_de.pdf

2) Ausführlich hierzu Schladebach, Marcus: Genetische Daten im Datenschutzrecht, in: CR 2003, S 225 (227); Weichert, Thilo: Besonderer Datenschutz, in: Kilian, Wolfgang/Heussen, Benno (Hrsg.): Computerrechts-Handbuch, München 2006, Nr 137 Rn 28. ; Artikel 29 Datenschutzgruppe: Arbeitspapier

über genetische Daten, S 6, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_de.pdf; differenziert: Antonow, Katrin: Der rechtliche Rahmen der Zulässigkeit für Biodatenbanken zu Forschungszwecken, Baden-Baden 2006, S 84, die zwischen genetischen Informationen den Gesundheitszustand betreffend (dann sensibel i.S.d. Art 8 DSRL) und solchen, die die Haarfarbe, Augenfarbe und das Geschlecht betreffen (dann keine sensiblen Daten) unterscheidet.

3) Weitere möglicherweise einschlägige Ausnahmen für die Forschung mit genetischen Daten finden sich in Art 8 Abs 3 und Abs 4 DSRL.

4) Im DSGVO2000 ist diese Pflicht explizit für wissenschaftliche Forschung in § 46 Abs 5 S 2 geregelt.

eine Einwilligung der betroffenen Person zu verfügen, da der Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinie gar nicht eröffnet ist.⁵ Die genetischen Daten können zumindest aus datenschutzrechtlicher Sicht beliebig gesammelt, gespeichert und veröffentlicht werden.⁶

2.2. Faktische Anonymisierung von genetischen Daten

Für die medizinische Forschung sind anonymisierte Daten in vielen Fällen jedoch unbrauchbar. Um den Krankheitsverlauf eines Patienten zu verfolgen, muss der Patient identifizierbar bleiben. Aus diesem Grund wird im Forschungsbereich vornehmlich mit Pseudonymen gearbeitet, das heißt mit Kennzeichen, die mit dem entsprechenden Schlüssel eine Identifizierung des Betroffenen zulassen.

Zudem zeigen genetische Daten eine weitere Besonderheit: Man stelle sich vor, dass eine für die Identifizierung einer Person ausreichend große Gensequenz ohne jeden weiteren Personenbezug im Rahmen einer Studie über das HI-Virus im Internet veröffentlicht wird. Ist die genetische Information dieser Person in anderem Zusammenhang bereits als Referenzdatensatz gespeichert, zB im Rahmen eines Speicheltests,⁷ wäre für alle Personen, die Zugriff auf diese Datenbanken haben, nunmehr eine Identifizierung der betroffenen Person und ihrer HIV-Infektion im Wege eines Matchingverfahrens möglich. Die Einzigartigkeit von genetischen Daten bringt das Problem mit sich, dass trotz umfassender Anonymisierung mit entsprechendem Zusatzwissen ein Rückschluss auf die jeweilige Person möglich bleibt.⁸ Hieraus ergibt sich die Frage, ob genetische Daten überhaupt im Sinne des Datenschutzrechts anonymisiert werden können oder grundsätzlich als personenbezogene Daten einzustufen sind.⁹

Der österreichische Gesetzgeber hat allerdings eine dritte Datenkategorie eingeführt, die bei dieser Problematik weiterhelfen könnte: die *indirekt personenbezogenen* Daten gem § 4 Nr 1 HS 2 DSG2000. Danach sind Daten für einen Auftraggeber, Dienstleister oder Empfänger einer Übermittlung nur indirekt personenbezogen, wenn der Personenbezug der Daten derart ist, dass dieser Auftraggeber, Dienstleister oder Übermittlungsempfänger die Identität des Betroffenen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann. Somit könnten auch pseudonymisierte genetische Daten in diese

Kategorie fallen. Auf indirekt personenbezogene Daten sind die Datenschutzgesetze nur eingeschränkt anwendbar. Allerdings ist diese Datenkategorie wohl einzigartig in Europa, weshalb diese Konstruktion nicht geeignet ist, die Datenverarbeitung in transeuropäischen Genforschungsprojekten dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu entziehen. Außerdem ist die Vereinbarkeit dieser Datenkategorie mit den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie zweifelhaft, weil die DSRL eben nur Daten mit und ohne Personenbezug kennt.

Zumindest in transeuropäischen Genforschungsprojekten muss daher auf die Vorgaben der Datenschutzrichtlinie selbst zurückgegriffen werden.

Die europäische Datenschutzrichtlinie definiert anonymisierte Daten in einem Erwägungsgrund als Daten, *die eine Identifizierung der betroffenen Person nicht mehr zulassen*.¹⁰ Nach dem Wortlaut der europäischen Normgebung sind mithin nur solche Daten als anonym einzuordnen, deren Anonymisierung irreversibel erfolgt ist, ein Rückschluss auf die Person also für jedermann dauerhaft ausgeschlossen ist.

Da bei genetischen Daten die betroffene Person bei entsprechendem Aufwand theoretisch immer identifizierbar ist, können genetische Daten diesem Wortlaut nach nicht anonymisiert werden. Trotzdem scheint die Anonymisierung von genetischen Daten auf europarechtlicher Ebene möglich, akzeptiert und unbeanstandet zu sein. So sieht beispielsweise die Artikel 29 Datenschutzgruppe gerade in der Anonymisierung von genetischen Daten, die sich dem Wortlaut der Datenschutzrichtlinie nach gar nicht anonymisieren lassen, eine Möglichkeit, das Gefahrenpotential genetischer Forschung einzugrenzen.¹¹ Auch ist die deutsche Umsetzung der Richtlinie, nach der Daten auch dann als anonym bewertet werden, wenn die Daten *nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person zugeordnet werden können* (§ 3 Abs 6 Bundesdatenschutzgesetz), soweit ersichtlich, europarechtlich nie beanstandet worden. Im Gegenteil: Die Kommission stellt in ihrem ersten Bericht über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie¹² fest, dass die Auslegung der Richtlinie vernünftig und flexibel zu erfolgen habe und verweist in diesem Zusammenhang explizit auf einen Beitrag des European Privacy Officers Forum (EPOF),¹³ in dem gerade die deutsche Definition des Anonymisierens,

5) Vgl. EG (26) S 2 DSRL. Anders hinsichtlich des Löschens des Personenbezuges, dieses stellt noch ein Verarbeiten i.S.d. DSG2000 dar.
6) Weichert, Thilo: Rechtsquellen und Grundbegriffe, in: Kilian, Wolfgang/ Heussen, Benno (Hrsg.): Computerrechts-Handbuch, München 2006, Nr 131 Rn 59.
7) Die Verwendung bzw. Einforderung genetischer Untersuchungen in Arbeits- und Versicherungsverhältnissen kann nicht mehr als Schreckgespenst abgetan werden, sie ist bereits beispielsweise in den USA und England in bestimmten Bereichen Realität, vgl Weichert, Thilo: Der Schutz genetischer Informationen, in: DuD 2002, S 133 (134).
8) Weichert, Thilo: Der Schutz genetischer Informationen, in: DuD 2002, S 133 (134).
9) Genau genommen stellt sich diese Problematik auch nicht nur bei genetischen Daten. Es wird vielmehr bereits seit Anfang der

80er Jahre daraufhin gewiesen, dass es einen vollständigen Schutz vor Deanonymisierung von ursprünglich personenbezogenen Daten nicht gibt, da durch den enormen Zuwachs der Rechenkapazitäten und die Entwicklung neuer Forschungsmethoden, zB des Data Minings, immer die Gefahr besteht, dass der Betroffene wieder bestimmbar wird. vgl hierzu Brennecke, Ralph: Kriterien zur Operationalisierung der faktischen Anonymisierung, in: Kaase, Max/ Krupp, Hans-Jürgen/ Pflanz, Manfred/ Scheuch, Erwin K./ Simitis, Spiros (Hrsg.): Datenzugang und Datenschutz, Königstein 1980, S 158 (159); Burkert, Herbert: Das Problem des Zusatzwissens, in: Kaase, Max/ Krupp, Hans-Jürgen/ Pflanz, Manfred/ Scheuch, Erwin K./ Simitis, Spiros (Hrsg.): Datenzugang und Datenschutz, Königstein 1980, S 143 (143 Gebhardt, Umuß: Anonymisierung als Weg aus der Mitbestimmung bei

elektronischer Datenverarbeitung gemäß § 7 I Nr 6 BetrVG?, in: NZA 1995, S 103 (108).
10) Erwägungsgrund 26 der DSRL 95/46 EG.
11) Artikel 29 Datenschutzgruppe: Arbeitspapier über genetische Daten, S 12, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp91_de.pdf.
12) Erster Bericht der Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie von 2003, abrufbar unter: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/de/com/2003/com2003_0265de01.pdf.
13) EPOF, Comments on Review of the EU Data Protection Directive (Directive 95/46/EC) von 2002, abrufbar unter: <http://www.html.dk/log/D25.pdf>.

die den unverhältnismäßigen Aufwand mit einbezieht, als praxisnah und vorbildlich hervorgehoben wird.

2.3. Zurechenbares Zusatzwissen

Auf wen ist im Rahmen der Bewertung des unverhältnismäßigen Aufwandes aber abzustellen? Nahe liegend wäre es, auf die jeweilige verantwortliche Stelle abzustellen. In Betracht kommt aber auch jede andere dritte Person.

Diesbezüglich ist in Erwägungsgrund (26) DSRL zu lesen: „Bei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, sollten alle Mittel berücksichtigt werden, die vernünftigerweise entweder von den Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden können, um die betreffende Person zu bestimmen.“ Ausgangspunkt ist hiernach, dass für denjenigen, der über das zur Identifikation erforderliche Zusatzwissen verfügt, die betroffene Person bestimmbar ist, für diejenigen, die keinen Zugang zu diesem Wissen haben, aber nicht. Der Begriff des personenbezogenen Datums ist daher relativ.¹⁴

Demnach ist für die Frage, ob anonyme Daten vorliegen oder nicht, das Zusatzwissen entscheidend. Klärungsbedürftig ist, welches Zusatzwissen sich die verantwortliche Stelle als eigenes zurechnen lassen muss.¹⁵ Festzuhalten ist, dass sich die verantwortliche Stelle jedenfalls das Zusatzwissen, welches bei ihr tatsächlich vorhanden ist, stets zurechnen lassen muss. Verfügt die verantwortliche Stelle sowohl über pseudonymisierte genetische Daten einer Person als auch über sonstige Identifizierungsmerkmale, die eine Deanonymisierung ermöglichen, sind die genetischen Daten als personenbezogen zu behandeln, und zwar selbst für den Fall, dass die Daten tatsächlich anonym verarbeitet werden, ein Abgleich mit der Datenbank also nicht erfolgen soll. Auf die Absicht der Zusammenführung kommt es nicht an.¹⁶

Kontrovers wird aber die Frage behandelt, ob und inwieweit Zusatzwissen, das ausschließlich *Dritten* zur Verfügung steht, der verantwortlichen Stelle zugerechnet werden muss.

Mangels einer gesetzlichen Normierung ist die Frage der Zurechnung von Zusatzwissen durch Auslegung zu ermitteln. Entsprechend der österreichischen Datenkategorie *indirekt personenbezogener Daten* wird auch in der deutschen Literatur vielfach vertreten, dass der verantwortlichen Stelle lediglich das Zusatzwissen zugerechnet werden kann, über welches sie selbst verfügt oder zumindest legalerweise verfügen könnte.¹⁷ Ihr soll somit lediglich jenes Wissen zugerechnet werden, welches für sie selbst zugänglich ist, nicht jedoch Wissen in Datenbanken, zB der Strafverfolgungsbehörden, zu dem sie selbst keinen legalen Zugang besitzt.

Diese Daten sollen für die verantwortliche Stelle indirekt personenbezogen sein, mit dem Ergebnis, dass die verantwortliche Stelle frei wäre, mit diesen Daten nach Belieben zu verfahren, sie also zB im Internet veröffentlichen könnte. Dies würde gleichzeitig aber die Strafverfolgungsbehörden in die Lage versetzen, den Personenbezug durch Abgleich der im Internet veröffentlichten Daten mit ihrer eigenen Datenbank wieder herzustellen, ein aus datenschutzrechtlicher Sicht alarmierendes Ergebnis, das einer europarechtlichen Untersuchung nicht standhält:

Ob Wissen Dritter der verantwortlichen Stelle zuzurechnen ist, muss sich zuvorderst an der europäischen Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) orientieren. Diese besagt in EG 26 S 2, dass bei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, alle Mittel berücksichtigt werden sollten, die vernünftigerweise *entweder von dem Verantwortlichen [...] oder von einem Dritten eingesetzt werden könnten*[...]. Die Auslegung des Wortlauts lässt es als nahe liegend erscheinen, dass der verantwortlichen Stelle nicht nur die Mittel zugerechnet werden dürfen, deren Nutzung durch die verantwortliche Stelle rechtlich zulässig ist. Vielmehr besagt diese Vorschrift, dass auch die Mittel eines Dritten der verantwortlichen Stelle zugerechnet werden müssen, die dieser vernünftigerweise zur Identifikation einer Person einsetzt. Zu solchen Mitteln gehört zweifelsfrei die Nutzung von Wissen, auf welches dieser Dritte legalerweise Zugriff hat und das er mit vertretbarem Aufwand einsetzen kann. Nach Auslegung der Datenschutzrichtlinie erscheint es folglich zwingend, dass der verantwortlichen Stelle auch solches Wissen zuzurechnen ist, auf das ein Dritter zugreifen kann.¹⁸

Hat somit ein Dritter legalerweise Zugang zu Wissen, mit Hilfe dessen die betroffene Person identifiziert werden kann, so handelt es sich bei den genetischen Daten auch für die verantwortliche Stelle um personenbezogene Daten, obwohl sie selbst die betroffene Person gar nicht identifizieren kann. Da sie in der Praxis aber nicht wissen kann, für welche der von ihr verwendeten genetischen Daten ein personenbezogener Referenzdatensatz existiert, müsste sie alle Genomdatensätze als personenbezogene Daten betrachten, um einer etwaigen Verantwortlichkeit zu entgehen. Sie bräuchte folglich für jeden Datenverarbeitungsvorgang eine Erlaubnis. Diese Auslegung würde die medizinische Forschung stark beeinträchtigen.

Deshalb muss die hier vertretene Auslegung restriktiv gefasst werden. Es besteht immer dann keine Gefährdung für die Privatsphäre des Betroffenen, wenn die verantwortliche Stelle

14) Roßnagel, Alexander/ Scholz, Philip: Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität – Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten, in: MMR 2000, S 721 (723); Dammann, Ulrich, in: Simitis, Spiros (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 2006, § 3 Rn 32; Gola, Peter/ Schomerus, Rudolf: BDSG, München 2005, § 3 Rn 44; Metschke, Rainer/ Wellbrock, Rita: Datenschutz in Wissenschaft und Forschung, Berlin 2002, S 21, abrufbar unter: http://www.datenschutz-berlin.de/informat/dateien/mat_28.pdf.

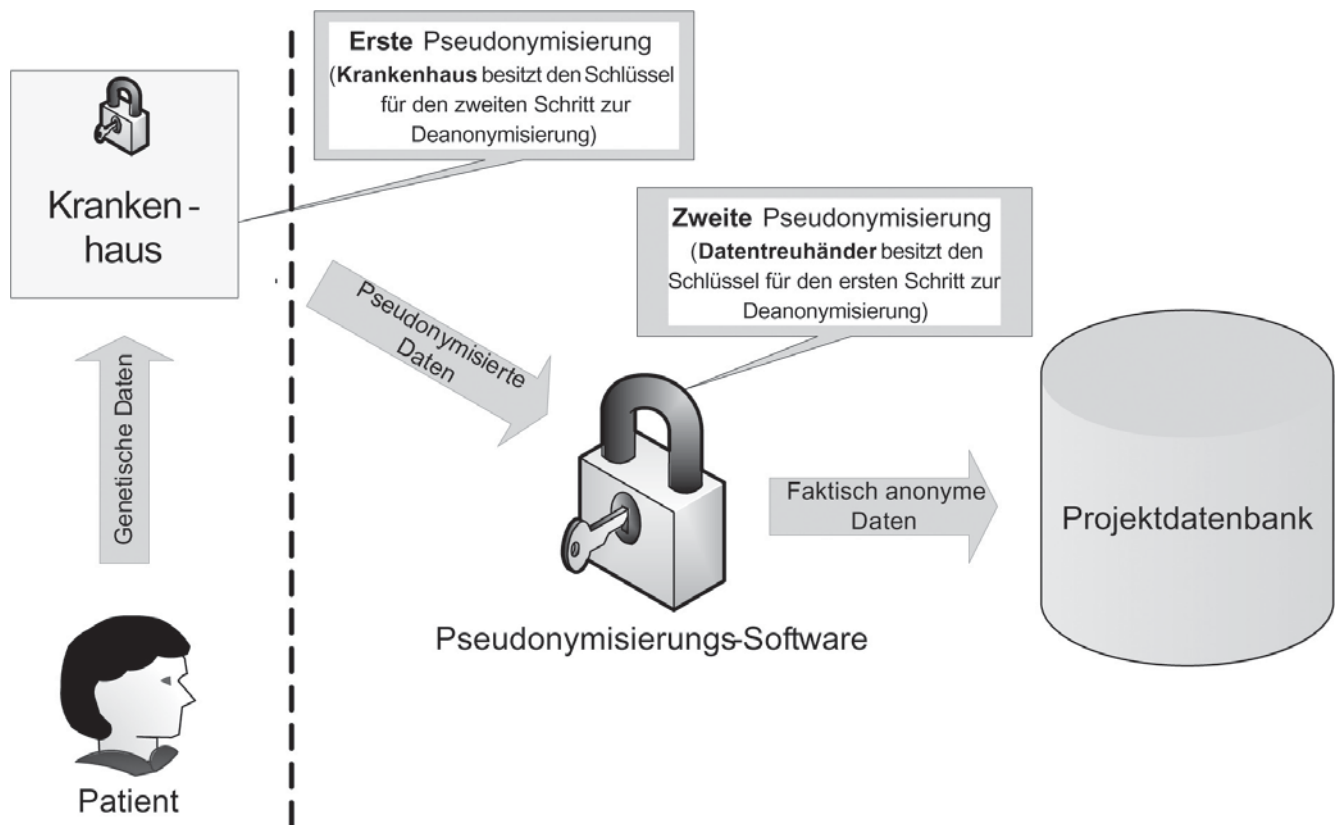
15) Dammann, Ulrich, in: Simitis, Spiros (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 2006 § 3 Rn 29.

16) Gola, Peter/Schomerus, Rudolf: BDSG, München 2005, § 3 Rn 44.

17) Vgl. zB Dammann, Ulrich, in: Simitis, Spiros (Hrsg.): Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, Baden-Baden 2006, § 3 Rn 37 ff. Saeltzer, Gerhard: Sind die Daten personenbezogen oder nicht?, in: DuD 2004, S 218 (222); Roßnagel, Alexander/ Scholz, Philip: Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität – Rechtsfolgen der Verwendung

anonymer und pseudonymer Daten, in: MMR 2000, S 721 (723).

18) Im Ergebnis so auch: Schaar, Peter: Datenschutz im Internet, München 2002, S 55 f, Rn 153 und Metschke, Rainer/Wellbrock, Rita: Datenschutz in Wissenschaft und Forschung, Berlin 2002, S 21 f, abrufbar unter: http://www.datenschutz-berlin.de/informat/dateien/mat_28.pdf



- erstens legalerweise nicht auf das Zusatzwissen Dritter zugreifen kann und
- zweitens die Dritten nicht auf die Daten der verantwortlichen Stelle zugreifen können.

Eine Identifizierung der betroffenen Person ist zumindest dann mit der heute verfügbaren Technik schlechthin nicht zu realisieren oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich. Eine Zurechnung auch in Fällen, in denen nur eine rein hypothetische Möglichkeit der Identifizierung besteht, würde die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Vorschriften zu sehr ausweiten und dem Sinn des Datenschutzes widersprechen.¹⁹

Folglich muss die Zurechnung des Zusatzwissens Dritter von der konkreten Situation der jeweiligen Datenverarbeitung abhängig gemacht werden.²⁰ Besteht die Gefahr, dass ein Dritter die von der verantwortlichen Stelle zu verarbeitenden Daten einsehen kann (z.B. infolge einer Veröffentlichung oder Übermittlung dieser Daten), so müssen die Datenschutzgesetze den Betroffenen wirksam schützen und das Zusatzwissen muss der verantwortlichen Stelle mit der Folge zugerechnet werden, dass sie eine Erlaubnis für diesen Verarbeitungsvorgang benötigt.²¹

Verarbeitungsvorgänge, die eine solche Gefährdung des Persönlichkeitsrechts nicht beinhalten, wie zB die adäquat gesicherte Speicherung oder Nutzung der faktisch anonymi-

sierten Daten, bedürfen hingegen keiner Einwilligung des Patienten oder einer gesetzlichen Erlaubnis. Diese Lösung bietet somit einen ausreichenden Schutz des Grundrechts auf Datenschutz, ohne die medizinische Forschung zu behindern.

3. Entwurf eines Datenschutzkonzepts für Genforschungsprojekte

3.1. Datenschutzgremium

Es ist durchaus komplex, erfordert hohes Datenschutzbewusstsein, sowie eine kontinuierliche Prüfung und Überwachung der Abläufe, das zuvor beschriebene Lösungsmodell in die Verfahrensabläufe eines transnationalen Genforschungsprojektes zu integrieren. Entscheidend ist, ein Auditierungsverfahren zu implementieren und das Konsortium hierdurch in die Lage zu versetzen, die Datenflüsse zu kontrollieren. Ist diese Möglichkeit nicht gegeben, ist die Erarbeitung von Datenschutzrichtlinien, von technischen Sicherungsmaßnahmen und klar definierten Zuständigkeiten innerhalb des Projektes nutzlos und den Aufwand nicht wert. Erforderlich ist daher die Schaffung eines unabhängigen projektinternen Datenschutzgremiums. Es muss, insbesondere im Hinblick auf seine Rechtsform, befähigt sein, die Projektbeteiligten durch Verträge zur Einhaltung der Datenschutzbestimmungen zu verpflichten und bei Verstoß gegen diese

19) So zutreffend auch Artikel-29 Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, angenommen am 20. Juni 2007, S 17.

20) Vgl. für biometrische Daten: Hornung, Gerrit: Die digitale Identität, Baden-Baden 2005, S 147 ff. und Hornung, Gerrit: Der

Personenbezug biometrischer Daten, in: DuD 2004, S 429 (430), der den Personenbezug von biometrischen Daten ebenfalls von den unterschiedlichen Verfahrensschritten abhängig macht.

21) Vgl. dazu auch: Schaar, Peter: Datenschutzrechtliche Schranken der Genanalysen, in: Ronellenfitsch, Michael/Kartmann, Norbert (Hrsg.): Genanalysen und Datenschutz, Wiesbaden 2005, S 75, abrufbar unter: <http://www.datenschutz.hessen.de/Forum/Forum2004.pdf>.

Bestimmungen Sanktionen zu erlassen und mit Behörden zusammenzuarbeiten.

Das Datenschutzgremium wird nach seiner Errichtung Verträge mit den Projektbeteiligten schließen, die die Einhaltung des im Folgenden beschriebenen internen Datenschutzkonzepts rechtlich absichern. Zugleich ist es extern die für die gesamte Datenverarbeitung im Projekt verantwortliche Stelle und damit Ansprechpartner bei jedweden Verletzungen des Grundrechts auf Datenschutz.

3.2. Datenschutz-Sicherheitsnetz

3.2.1. Faktische Anonymisierung

Die Ausführungen unter II. zu faktisch anonymen genetischen Daten sind der Ausgangspunkt des hier vorgeschlagenen Datenschutzmodells. Aus datenschutzrechtlicher Sicht wichtigstes Ziel eines auf Datenaustausch ausgelegten Forschungsprojektes muss es sein, grundsätzlich so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu verarbeiten, mit anderen Worten: Sowohl organisatorisch als auch technisch und vertraglich muss sichergestellt werden, dass die verarbeiteten Patientendaten projektintern als faktisch anonym bewertet werden können.

Hierzu ist die Implementierung einer technischen Sicherungsstruktur erforderlich, die sich einerseits auf den Grundsatz der zweifachen Pseudonymisierung stützt und andererseits einen Datentreuhänder in die Architektur einbindet (siehe Grafik auf Seite 207).

Der Datenfluss ist wie folgt vorgesehen: Die genetischen Daten eines Patienten werden von dem jeweils behandelnden Arzt erfasst und wie gewöhnlich vor Ort im Krankenhaus oder in angeschlossenen Laboren analysiert und gespeichert. Das Krankenhaus und angeschlossene Labore, etc sind grundsätzlich verpflichtet, mit pseudonymisierten Daten zu arbeiten, wenn der Personenbezug für die Analysen nicht erforderlich ist. Bis zu diesem Punkt obliegt der Schutz der Patientendaten ausschließlich dem jeweiligen Krankenhaus.

Erklärt sich ein Patient nunmehr bereit, an einer Studie, die den Austausch seiner genetischen Daten mit anderen Instituten vorsieht, teilzunehmen, werden seine Daten unter einem vom Krankenhaus vergebenen Pseudonym (erste Pseudonymisierung) an das jeweilige Projekt übermittelt. Die Verpflichtung, die Daten ausschließlich pseudonymisiert an das Forschungsprojekt zu übermitteln, ergibt sich, über die gesetzlichen Vorschriften hinaus, zudem aus einer vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Projekt. Diese musste das jeweilige Krankenhaus mit dem Datenschutzgremium eingehen, um überhaupt am Datenaustausch teilnehmen zu dürfen. Der Schlüssel, der die Identifizierung des jeweiligen Patienten ermöglicht, wird ausschließlich vom Krankenhaus und dort zumeist von dem behandelnden Arzt verwaltet, der aufgrund des Behandlungsvertrages mit dem Patienten ohnehin Zugang zu den Daten hat. Die erste Pseudonymisierung kann mithin nur mithilfe des behandelnden Arztes aufgehoben werden. Soweit die Daten erstens, nur innerhalb des Projektes genutzt werden und zweitens, außerhalb des Krankenhauses niemand Zugriff auf den Schlüssel hat, können sie bereits zu diesem Zeitpunkt als faktisch anonym bewertet werden (vgl. hierzu II.).

Die Praxis in den Krankenhäusern zeigt jedoch, dass die Pseudonymisierungsverfahren europaweit vielfältig und qualitativ sehr unterschiedlich sind. Die Skala reicht von einfachen Namenskürzeln bis zu professionellen Pseudonymisierungsverfahren. Um einen einheitlichen hohen Datenschutzstandard in einem Projekt zu gewährleisten, ist es daher erforderlich, eine zweite einheitliche Pseudonymisierung nach dem neuesten Stand der Technik durchzuführen, die idealerweise von einem in das Projekt eingebundenen Datentreuhänder vorgenommen wird, der auch die Schlüssel zu dieser (zweiten) Pseudonymisierung hält.

Während der Übermittlung der vom Krankenhaus erstmals pseudonymisierten Daten, werden die Daten somit ein weiteres Mal pseudonymisiert. Erst hiernach werden die faktisch anonymen genetischen Daten in das Projekt eingespeist. Es muss sichergestellt sein, dass die faktisch anonymen Daten (soweit sie in einer physisch vorhandenen Datenbank gespeichert werden sollen) und der Schlüssel für die zweite Pseudonymisierung in unterschiedlichen Datenbanken gespeichert werden, denn die am Projekt beteiligten Forscher dürfen nur auf die Datenbank mit den faktisch anonymen Daten Zugriff haben.

Sollte es als Folge der Forschungsergebnisse erforderlich werden, einen der Patienten zu kontaktieren, ist für eine Identifizierung zunächst die Kooperation mit dem Datentreuhänder erforderlich, denn nur dieser verfügt über den Schlüssel für die zweite Pseudonymisierung und weiß zudem, von welchem der teilnehmenden Krankenhäuser der betreffende Patient behandelt wird. In einem zweiten Schritt muss sodann das Krankenhaus bei der Identifizierung mithelfen. Das Prinzip der zweifachen Pseudonymisierung gewährleistet mithin, dass auch die „schlüsselhaltenden“ Stellen nur mit Hilfe des jeweils anderen auf den Patienten zurück schließen können.

3.2.2. Einwilligung (erstes Fallback-Szenario)

Wie zuvor bereits angedeutet, ist das hier vorgeschlagene Datenschutzkonzept gleich einem Sicherheitsnetz aufgebaut. Das Prinzip der zweifachen Pseudonymisierung ist geeignet, die gesamte Datenverarbeitung innerhalb des Projektes anonymisiert erfolgen zu lassen. Gleichwohl gibt es keine Garantie, dass ein Forscher nicht vielleicht doch auf die Pseudonymisierungsschlüssel Zugriff hat. Ebenso kann es sich ergeben, dass ein Projektteilnehmer faktisch anonyme Daten in einer Fachzeitschrift veröffentlichen oder die Daten an eine Forschungseinrichtung außerhalb des Projektes übermitteln will. In solchen Fällen sind die Daten nicht mehr faktisch anonym, mit der Folge, dass die Datenschutzrichtlinie Anwendung findet und damit eine Rechtsgrundlage für diese Datenverarbeitung erforderlich ist.

In einem zweiten Schritt wird daher, trotz aller Schwierigkeiten, die mit der Reichweite dieser einhergehen (vgl. unter II.), auch aus ethischen Gründen die Einwilligung der Patienten in die Datenverarbeitungen verlangt.

Durch die Einwilligung wird der Patient in das Projekt mit einbezogen. Überdies schafft sie für die beteiligten Forscher eine rechtssichere Situation und eine juristische Leitlinie auch für den Fall, dass die Gendaten in Ausnahmefällen als personenbezogen qualifiziert werden müssen.

3.2.3. Ausnahmen vom Verbot der Datenverarbeitung in den nationalen Gesetzen (zweites Fallback-Scenario)

Für den unwahrscheinlichen Fall, dass einmal sowohl das Prinzip der zweifachen Pseudonymisierung versagen sollte, als auch die von dem betroffenen Patienten erteilte Einwilligung nicht eingreift, muss in einem dritten Schritt das jeweils für die Datenverarbeitung anwendbare nationale Recht analysiert werden.

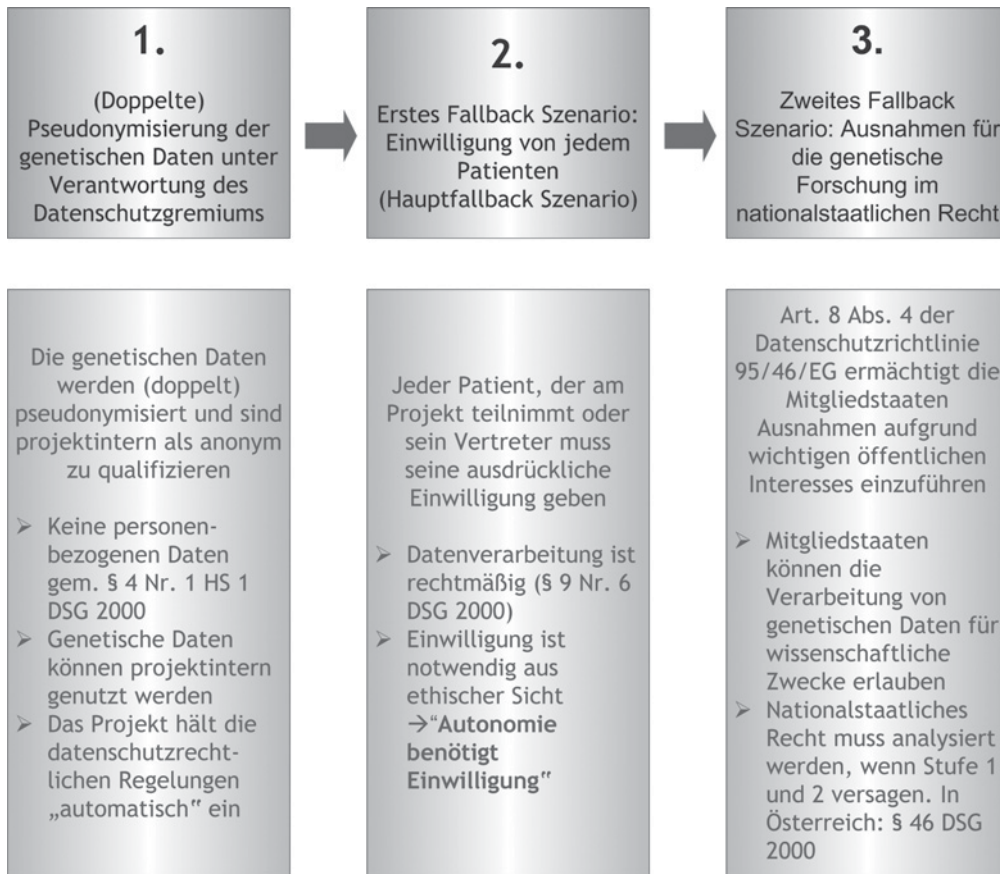
Die Datenschutzrichtlinie gibt den Mitgliedstaaten in Art 8 Abs 4 die Möglichkeit, im Falle eines wichtigen öffentlichen Interesses Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung sensibler Daten zu schaffen. Nach Erwägungsgrund (34) stellt die wissenschaftliche Forschung ein solches „wichtiges öffentliches Interesse“ dar. Die Mitgliedstaaten sind daher frei, in ihren nationalen Gesetzen einen Ausnahmetatbestand für wissenschaftliche Forschung zu verankern. Solche nationalen Ausnahmen sind jedoch zur grundsätzlichen Legitimation von europäischen Forschungsprojekten kaum geeignet, denn es gibt eben keine Verpflichtung, eine Ausnahme nach Art 8 Abs 4 DSRL zu verankern und diese kann zudem auch jederzeit durch die nationalen Parlamente wieder gestrichen werden.

4. Fazit

Die Forschung an menschlichen Genen birgt enorme Chancen für den medizinischen Fortschritt, aber auch große Risiken für die Privatsphäre der betroffenen Personen. Es ist die Aufgabe der Politik und des Datenschutzes, Modelle für die Genforschung zu entwickeln, die den medizinischen Fortschritt unterstützen und zugleich die Privatsphäre der betroffenen Personen wirksam schützen. Nur wenn diese beiden Faktoren gewährleistet werden können, wird die Genforschung für therapeutische Zwecke von der Bevölkerung nachhaltig akzeptiert. Um dies zu erreichen, müssen die genetischen Daten sobald wie möglich anonymisiert werden. Durch das Konzept der doppelten Pseudonymisierung kann gewährleistet werden, dass Forscher mit für sie anonymen Gendaten arbeiten können, die betroffene Person aber für therapeutische Zwecke identifizierbar bleibt.

Das vorgestellte Datenschutzkonzept für (transeuropäische) Genforschungsprojekte erfüllt diese Anforderungen: Es bietet bei konsequenter Umsetzung einen größtmöglichen Schutz für die Privatsphäre der beteiligten Patienten

und eröffnet den Forschern gleichzeitig weitgehend unbeschränkte Möglichkeiten, an Gendaten zu forschen. Es empfiehlt die Einbindung eines mehrstufigen Sicherheitsnetzes. Unter Einrichtung eines projektinternen Datenschutzgremiums und der Einbindung eines Datentreuhänders stützt es sich in erster Linie auf die ausschließliche Verarbeitung faktisch anonymer genetischer Daten. Die weitgehende Einbindung der Patienten wird durch die obligatorischen Einwilligungen gewährleistet, in deren Rahmen die Patienten



umfassend informiert werden und die es ihnen ermöglichen, selbst über die Verarbeitung der sie betreffenden Gendaten zu entscheiden.

Es zeigt sich somit, dass bereits bei den bestehenden gesetzlichen Regelungen, eine Forschung an menschlichen Genen möglich ist, die sowohl die Belange des medizinischen Fortschritts als auch gleichzeitig das Grundrecht auf Datenschutz adäquat berücksichtigt.

Dipl. Jur. Marian Arning, LL.M., Prof. Dr. Nikolaus Forgó und Dr. Tina Krügel, LL.M. arbeiten am Institut für Rechtsinformatik der Leibniz Universität Hannover, www.iri.uni-hannover.de. Sie sind an einem EU – Forschungsprojekt namens ACGT (Advancing Clinico-Genomic Clinical Trials on Cancer) beteiligt und hier für rechtliche, insbesondere datenschutzrechtliche, Belange verantwortlich.

Der Ausdruck Datenschutz beschreibt allgemein den Schutz personenbezogener Daten vor Missbrauch. Das deutsche Bundesgesetz definiert in § 3 Abs 1 Bundesdatenschutzgesetz¹ (BDSG) personenbezogene Daten als "Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person". Hinzuzufügen ist, dass betreffend diese Daten auf Grundlage des § 3 Abs 9 BDSG eine Unterscheidung durchgeführt wird. Dieser Bestimmung zufolge sind nämlich besonders schutzbedürftige Daten sog "besondere Arten personenbezogener Daten", zu denen unter anderem Daten über Gesundheit, politische oder religiöse Ausrichtung, Gewerkschaftszugehörigkeit, sexuelle Orientierung sowie die ethnische Herkunft zählen. Die EU definiert als personenbezogene Daten, "alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbarer natürliche Person" (Art 2a Datenschutzrichtlinie).²

In einer Zeit in der mehr und mehr Informationen generell digital zugänglich und problemlos von einem technischen Standpunkt aus übertragbar sind, sind davon auch die persönlichen Informationen über natürliche Personen erfasst. Man denke nur an bestimmte elektronische Entwicklungen wie etwa die elektronischen Zahlungsmethoden (eine regelrechte "Fundgrube" an Informationen über die Kaufgewohnheiten und die Geschmäcker des einzelnen), Mobiltelefonie (bei der Kommunikationsgewohnheiten nachvollzogen werden können) oder natürlich auch das Internet. Diese technischen Entwicklungen haben somit auch Informationsbeschaffungsmöglichkeiten geschaffen, die von vielen genutzt werden möchten. Als Beispiele dieser Möglichkeiten kann man etwa die Erstellung genauerer Kundenprofile für die Marketingpolitik der Unternehmen oder auch Telekommunikationsüberwachung zur Verbrechensbekämpfung in Europa nennen.

Es handelt sich beim Datenschutz um eine Problematik die auf nationaler Ebene nicht geregelt werden kann, da diese elektronischen Entwicklungen die staatlichen Grenzen überschreiten, bzw diese im Grunde genommen überhaupt nicht wahrnehmen. Für Betreiber von bestimmten Diensten wird es daher möglich, durch eine Verlagerung in bestimmte außereuropäische Länder, die keine besonderen Datenschutzregelungen kennen, die europäischen Regelungen zu umgehen. Im Folgenden werden die Französische und die deutsche Rechtslage vorgestellt. Anschließend wird anknüpfend an den Fall Bodil Lindqvist die europäische Rechtslage diskutiert.

1. Rechtslage in Frankreich

In Frankreich wurde im Hinblick auf das Problem des Datenschutzes vor dem Hintergrund aktueller technologischer Entwicklungen am 9. 1. 1978 das Gesetz „*Informatik, Daten und Freiheiten*“ (Loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés)³ in Kraft gesetzt. Die Idee, eine rechtliche Basis zu schaffen, kam aus Deutschland und Schweden, und zielt darauf ab, einen besseren Schutzstandard hinsichtlich der Verwendungs- und Verwertungsmöglichkeiten von Daten durch das Internet zu erreichen. Sein Anwendungsbereich betrifft sowohl

den privaten als auch den öffentlichen Bereich. Da die Benutzung personenbezogener Daten immer mehr automatisiert wird, will dieses Gesetzes das Individuum gegen die Risiken einer solchen Benutzung schützen. Wichtig ist es, eine bestimmte Vertraulichkeit zwischen den Verantwortlichen der Website und dem Internetbenutzer zu ermöglichen, damit Online-Transaktionen sich mit Sicherheit vervielfältigen können. Um dies zu erreichen, wird der Anbieter einigen Pflichten unterworfen. Beispielsweise muss er, bevor er irgendwelche personenbezogenen Daten sammelt, die entsprechende Einwilligung des Internet-

Datenschutz in Europa

Ein Blick aus deutsch-französischer Sicht

Philippe Greciano

benutzers einholen, und ihn über die intendierte Benutzung dessen Daten unterrichten. Auf keinen Fall darf er nach Daten fragen, die keinen Zusammenhang mit der jeweiligen Transaktion haben. Artikel 26 des Gesetzes räumt dem Internetbenutzer ein Einspruchsrecht ein: Er kann nämlich die Veröffentlichung seiner persönlichen Daten verweigern, wenn er dafür legitime Gründe hat. Er hat zwei Möglichkeiten dieses Recht auszuüben: Entweder wird der Benutzer die Internetseite zuschließen, um seine Daten geheim zu halten, oder er gibt seine Daten zwar an, untersagt aber deren Weitergabe an Dritte. Die Internetseite muss dem Benutzer die Möglichkeit geben, seine Rechte im Hinblick auf seine Daten mittels eines „Opt-in-Verfahrens“ auszuüben, durch das er verhindern kann, dass seine Daten für den genannten Zweck benutzt werden. Weiters besitzt der Benutzer ein Zugangsrecht zu seinen Daten, da diese einen Teil des Persönlichkeitsrechts darstellen. Unter der Voraussetzung, dass der Benutzer seine Identität nachweisen kann, hat er einen Anspruch darauf, dass die Informationen, die über ihn erfasst sind, ihm mitgeteilt, geändert, ergänzt, oder auch gelöscht werden, falls sie nicht mehr der Realität entsprechen. Diese zwei Rechtsansprüche, also das Einspruchs- und Zugangsrecht, sind der Kernpunkt der Vertrauensbeziehung zwischen dem Benutzer und dem Verantwortlichen des Netzes. Wer etwas via Internet kaufen will, muss zunächst dem elektronischen Verkäufer vertrauen können. Die Erfüllung der Sicherheitsvoraussetzungen ermöglicht ein solches Vertrauen und trägt damit dazu bei, dass die Online-Transaktion überhaupt stattfindet. Der Verantwortliche muss auch verhindern, dass Dritte die Daten verändern, vertauschen

1) Letzte Neufassung vom 14. Januar 2003 2) Robert Weniger, Grenzüberschreitende Völker- und Europarecht, Band Nr. 13, Verlag Datenermittlungen international tätiger Unternehmen. Nach Maßgabe der Europäischen 3) http://fr.wikipedia.org/wiki/Loi_informatique_et_libert%C3%A9s

oder zerstören. Für jede eigene Mitteilung an Dritte braucht er die Einwilligung der betroffenen Person.

Zu erwähnen ist auch die CNIL (die „Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés“),⁴ das ist die zuständige Stelle für Datenschutz. Sie wurde 1978 mit Gesetz eingerichtet. Es handelt sich um eine völlig autonome und weisungsfreie Verwaltungsbehörde. Sie erfüllt insbesondere die folgenden fünf Funktionen: „Information“: Die CNIL informiert über Rechte und Pflichten bezüglich der eigenen persönlichen Daten; „Gewährleistung des Zugangsrechts“: Die CNIL gewährleistet, dass jede Person, die bestimmte Daten abgibt, in der Folge einen Zugang zu diesen Informationen hat, um mögliche Veränderungen vorzunehmen; „Kontrollfunktion“: Die CNIL untersucht elektronische Verwendungen und prüft, ob eine Veränderung oder Zerstörung von Daten eingeleitet wird. Sie kontrolliert auch ganz allgemein, ob das Gesetz eingehalten wird. Weiters hat sie eine Nachprüfungs- und eine Forschungsbefugnis. Sie überwacht auch die Auskunftssysteme; Begutachtung der Daten: Die „CNIL“ soll auch eine Stellungnahme zu deren Bearbeitung abgeben; „Erlass gesetzlicher Regelungen“: diese Funktion zielt darauf, die gewöhnlichste und einfachste Benutzung von Daten in einem vereinfachten Verfahren zu behandeln.

Der durch Gesetz vorgesehene Schutz persönlicher Daten stellt einen wichtigen Schritt dar, ist aber leider nicht ausreichend um einen effizienten Schutz zu gewährleisten. Sowohl hinsichtlich der internationalen Dimension, als auch hinsichtlich der dezentralisierten Struktur des Internet ist weiterer Schutz erforderlich. Über den gesetzlichen Schutz hinausgehende Regeln entwickeln oft die Mitspieler selbst, die sich diesen in der Folge auch freiwillig unterwerfen. Dazu gehört insbesondere die „Anonymisation“ (Anonymisierung), die darauf abzielt, soweit möglich, personenbezogene Angaben in nicht zuordenbare Daten umzuwandeln. Damit soll der Internetbenutzer nicht unmittelbar durch diese Daten anerkannt werden, aber vielmehr gibt die Technik einen optimalen Schutz. Problematisch könnte aber sein, dass personelle Daten manchmal unbedingt genannt werden müssen, damit die Urkunde einen Sinn erhält (zum Beispiel wenn der Händler einen Kaufvertrag im Internet abschließt, und dann die Ware an den Verbraucher liefern muß, in einem solchen Fall würde er unbedingt die Adresse des Verbrauchers benötigen). Es würde also bedeuten, dass die Möglichkeit einer „Anonymisation“ (Ungenanntheit) nur beschränkt wirksam wäre. Der Benutzer könnte hiermit nicht immer auf einen optimalen Schutz zählen. Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, dass der Website-Verantwortliche dem Internetbenutzer die Sicherheit gibt, bestimmte Voraussetzungen für die Benutzung der Daten zu erfüllen. Dies sollte der Verantwortliche durch ein Kennzeichen auf der Webseite deutlich machen. Auch dadurch wird die Vertrauensbeziehung

zwischen Anbietern und Nutzern gestärkt und damit der Online-Geschäftsverkehr gefördert. Dieses Verfahren wird „Labellisation“ oder auch „Certification“ (*Bescheinigung*) genannt. Das Zeichnen garantiert, dass ein bestimmter Sicherheitsstandard erreicht wird, ähnlich wie zum Beispiel eine Marke eine bestimmte Qualität garantieren kann. Vertrauen und Sicherheit sind dabei die zwei zentralen Komponenten. Weiters können besondere Informationen durch eine Geheimwahl geschützt werden („Cryptographie“), was in der Praxis auch geschieht. Darüber hinaus kann sich der Verantwortliche bezüglich besonderer Daten einer Geheimhaltungspflicht unterwerfen. Ein weiteres Mittel zur Schaffung von Schutz und Vertrauen wäre es, ein Gespräch zwischen dem Benutzer und dem Verantwortlichen bezüglich der persönlichen Daten zu ermöglichen. („Platform for privacy preferences projekt (P3P)“). Das Hauptproblem bei diesen freiwilligen Regelungsregimes ist freilich ihr nicht zwingender Charakter. Vertrauen kann der Website-Verantwortliche auch dadurch schaffen, dass er auf die einschlägige Datenschutzgesetzgebung verweist, um Zweifel beim Verbraucher zu beseitigen.

Zwar gibt der Verbraucher regelmäßig selbst seine Daten im Internet ab und gefährdet dadurch seine Privatsphäre. Möglich ist es aber auch, dass der Benutzer im Internet verfolgt wird ohne es zu wissen, was mit noch größeren Gefahren verbunden ist. Möglich ist diese Verfolgung, von der der Benutzer nichts weiß etwa durch folgende Techniken: Sog „variables environnementales“ erlauben es, die letzte Webseite des Benutzers zu besichtigen. „Cookies“, das sind kleine schriftliche Dateien, können bestimmte Informationen aufnehmen; Auch durch die „IP-Adresse“, die einem bestimmten Rechner zuordenbar ist, erlaubt Rückverfolgungen, die dem Benutzer oftmals nicht bewusst sind. Zum Beispiel kann „Google“ durch diese Adresse nachverfolgen, wer was auf seiner Webseite gesucht hat. Diese Informationen bleiben für mehrere Jahre verfügbar, was dem Benutzer oftmals nicht bewusst ist. Dasselbe gilt für das „sofortige Gedächtnis“ eines Computers, durch das ebenfalls einige Informationen in unserem Computer aufgenommen werden.

2. Rechtslage in Deutschland

In Deutschland sind vor allem zwei Urteile einschlägig, die sich in der Weise ergänzen, dass das eine die Speicherung des genetischen Fingerabdrucks bei verurteilten Straftätern nach Einzelfallprüfung und Sachaufklärung als verfassungsmäßig erklärt⁵, das zweite die Speicherung des genetischen Fingerabdrucks ohne einzelfallbezogene Prüfung der Erheblichkeit der Straftat als Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung qualifiziert.⁶ In beiden Fällen hatte sich die Frage gestellt, ob der absolute Kernbereich der Persönlichkeit durch die Speicherung genetischer Fingerabdrücke verletzt wird. Das BVerfG

4) <http://www.cnil.fr>

5) BVerfG 2 BvR 1741/99, BVerfGE 103,21 = NJW 2001, 879 Die Feststellung, Speicherung und spätere Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters gegen den Willen des Betroffenen stellt in jedem Fall nach Ansicht des BVerfG einen Eingriff in das verfassungsrechtlich verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Dieses Grundrecht ist Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG

(BVerfGE 65,1). Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist nur im überwiegenden Interesse des Allgemeinwohls durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erlaubt.

6) BVerfG 2 BvR 1841/00, 2 BvR 1876/00, 2 BvR 2132/00, 2 BvR 2307/00. Das Gericht entschied hier über eine Reihe von Verfassungsbeschwerden gegen richterliche Anordnungen über die Entnahme von Körperzellen und deren molekulargenetische Untersuchung zur Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren

nach § 2 DNA-Identitätsfeststellungsgesetz iVm § 81 g Abs 1 StPO (genetischer Fingerabdruck). Es hob alle Anordnungen auf und verwies die Sachen an die betreffenden Gerichte zurück, teils weil zu Unrecht eine Katalogtat bejaht worden war, vor allem aber weil die Gerichte die gesetzlich vorausgesetzte negative Prognose nicht nachvollziehbar auf die Umstände des Einzelfalles gestützt hatten. Das BVerfG schiebt mit dieser Entscheidung einer

bestätigt zunächst die ausschließliche Macht des Bundes gem Art 74 GG in Strafverfahrensachen, und stellt in der Folge fest, dass das Persönlichkeitsrecht solange nicht verletzt wird, als der Fingerabdruck "ausschließlich der Feststellung des DNA-Identifizierungsmusters zum Zweck der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren" dient und "das Genmaterial nach der Feststellung vernichtet wird". Die Feststellung, Speicherung und künftige Verwendung des DNA-Identifizierungsmusters verletzen aber das durch das Grundgesetz geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art 2 I iVm Art 1 I). Das Gesetz entspreche den Erfordernissen der Normklarheit und Justitiabilität und künftige Straftaten seien mit "herkömmlichen juristischen Methoden" weiterhin auslegbar. Doch dieser Argumentation folgt das BVerfG nicht, es urteilt, dass im Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch Gesetz eingeschränkt werden darf. Diese Voraussetzung ist laut BVerfG auf Grund des § 81g II StPO⁷ gegeben. Somit dürfen genetische Fingerabdrücke, wenn eine starke Vermutung der Richter besteht, dass der Täter wieder strafrechtlich handeln wird, gespeichert werden. Eine weitere interessante Gerichtsentscheidung betraf die ständige Videoüberwachung der Arbeitnehmer von Seiten des Arbeitgebers.⁸ Diese sei laut dem Bundesarbeitsgericht nur zulässig, wenn die Videoüberwachung "verdachtsgestützt und verdachtsorientiert" ist. Die Einrichtung einer dauerhaften Videoüberwachung (hier in einem Postverteilungszentrum, wo etliche Briefe verloren gingen), die die gesamte Arbeitszeit der Arbeitnehmer aufnehme, sei nicht verhältnismäßig und verletze außerdem das Postgeheimnis sowie das Eigentum der Postkunden. Dieser Eingriff ist laut BAG außerdem auch wegen § 6a BDSG⁹ (a contrario) rechtswidrig, der nur die Videoüberwachungen in öffentlich zugänglichen Räumen regelt. Das BAG beurteilt den Umgang mit personenbezogenen Daten also strenger. Dieser Richtung fol-

gend, urteilte das BVerfG im Juli 2005 ebenfalls "strenger" als in der früheren Rechtsprechung: Der Polizei ist es danach nicht erlaubt, vorbeugende Telekommunikationsüberwachungen für die Verfolgungsvorsorge von Straftaten vorzunehmen. Zwar begründet das BVerfG dies damit, dass die Länder dafür keine Kompetenz hätten, doch eigentlich geht es ihm wohl darum, die Verhältnismäßigkeit als Grundprinzip aufrechtzuerhalten. Weiters urteilte der BVerfG, dass ein Selbstgespräch, das mittels akustischer Wohnraumüberwachung aufgenommen wurde, im Strafverfahren nicht zulasten des Angeklagten verwendet werden kann.¹⁰ Diese (wenn auch nur kleine) Auswahl der Rechtsprechung zeigt, dass das Grundrecht auf den Schutz der persönlichen Daten, wie es in Art 2 GG niedergeschrieben ist, relativ stark geschützt wird. Sowohl am Arbeitsplatz als auch im Strafverfahren wird streng nach der Verhältnismäßigkeit geprüft. Dies könnte sich jedoch mit dem Gesetzesentwurf der jetzigen Bundesregierung über eine bundesweite (also eher dem französischen System ähnelnd) Speicherung der persönlichen Daten im Bereich der Strafverfahren ändern. Die Bundesregierung plant sogar, ähnlich wie in England, eine dauerhafte Videoüberwachung aller öffentlichen Plätze.¹¹

3. Europäischer Rechtsvergleich: der Fall Bodil Lindqvist

Der Fall Bodil Lindqvist¹² ist deswegen bemerkenswert, weil er einer der ersten ist, in dem der EuGH die Datenschutz-Richtlinie¹³ anwendet. Ein schwedisches Gericht hatte dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung gestellt. Lindqvist, eine auf freiwilliger Basis als Katechetin arbeitende Frau, richtete 1998 zu Hause auf ihrem Computer eine Internetseite ein, auf der die Namen bzw Vornamen ihrer Kollegen genannt wurden. Sie beschrieb auch deren Tätigkeiten, Freizeitbeschäftigungen, Familienverhältnisse, nannte deren Telefonnummern oder wies sogar darauf hin, dass eine Kollegin wegen ihres gebrochenen

pauschalen, routinemäßigen Anwendung des genetischen Fingerabdrucks einen Riegel vor. Da ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfolgt, verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine individuelle und auf den konkreten Tatsachen beruhende Gefahrenprognose. Damit wird deutlich, dass der grundrechtliche Datenschutz nicht nur dem Gesetzgeber Schranken vorgibt, sondern auch für die Gesetzesanwendung im Einzelfall maßgebliche Bedeutung hat. Bei jeder Entscheidung, mit der ein Gericht einen genetischen Fingerabdruck anordnet, muss es die für die Prognose relevanten Tatsachen feststellen und anhand des konkreten Falles nachvollziehbar begründen, warum Grund zu der Annahme besteht, dass gegen den Verurteilten künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sind. Fehlt es daran, sind Rechtsmittel aussichtsreich.

7) <http://dejure.org/gesetze/StPO/81g.html>
 8) BAG (Bundesarbeitsgericht) 14.12.2004, 1 ABR 34/03. Die Entscheidung enthält bedeutende Aussagen zur Videoüberwachung und zum Arbeitnehmerdatenschutz. Sie stärkt diesen gegenüber dem Hausrecht des Arbeitgebers. Dessen wirtschaftliches Interesse und der Schutz von Postdienstkunden rechtfertigt zwar Kontrollmaßnahmen, allerdings nur soweit bei der konkreten Sachlage notwendig und an-

gemessen. Soweit die Betroffenen sich einer Überwachung nicht entziehen können, sind die Regelungen des § 6a BDSG für die Videoüberwachung an öffentlich zugänglichen Orten auch nicht analog anwendbar. Der Einsatz der Videoüberwachung gegen den Schwund von Postsendungen (und erst recht von Gegenständen im Eigentum des Arbeitgebers) bedarf, sofern personenbezogene Angaben von Arbeitnehmern aufgenommen werden, einer sehr sorgfältigen Situationsanalyse und einer datenschutzkonformen Konzeption. Er muss räumlich, personell und zeitlich an nachprüfbar Schadensfeststellungen und an bestehende Verdachtsmomente anknüpfen und muss an diesen eng ausgerichtet werden. Ein rein präventives Vorgehen ist damit ausgeschlossen. Unverdächtige dürfen nur einbezogen werden, soweit dies unvermeidbar ist. Deshalb ist es geboten, den gefährdeten Bereich möglichst eng einzugrenzen. Eine zeitliche Begrenzung ist sowohl für die einzelnen Überwachungsaktivitäten/Aufzeichnungen wie grundsätzlich auch für die Gesamtmaßnahme geboten. In der Praxis werden diese Anforderungen noch sehr unzureichend beachtet. Datenschutzbeauftragte und Datenschutzbehörden sind insofern gefordert, besonders was das gezielte, verdachtsgeleitete Vorgehen der verantwortlichen Stellen betrifft.

9) Bundesdatenschutzgesetz.
 10) BGH 10. 8. 2005, 1 StR 140/05. Die Entscheidung ist ein wichtiger Beitrag zur Abgrenzung des – unantastbaren – Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung und dem Bereich mit Sozialbezug, der dem staatlichen Zugriff nicht grundsätzlich entzogen ist. Selbstgespräche an einem als Wohnung im Sinne des Art 13 GG geschützten Ort sind dem Kernbereich zuzuordnen. Eine akustische Wohnraumüberwachung ist unzulässig, wenn sie nur auf die Erfassung von Selbstgesprächen gerichtet ist. Sie ist zu unterbrechen, wenn Selbstgespräche geführt werden. Aufgenommene Selbstgespräche dürfen nicht protokolliert werden. Die Aufzeichnungen sind nicht verwertbar. Eine Verwertung führt zur Aufhebbarkeit der gerichtlichen Entscheidung.
 11) http://www.mannheim.de/io2/browse/Webseiten/Politik%20%20Verwaltung/%C3%84mter%20%20Eigenbetriebe/Fachbereich%20Sicherheit%20und%20Ordnung/A-Z/Videoueberwchnng_de.xdoc
 12) EuGH, 6. 11. 2003, Rs. C-101/01, Bodil Lindqvist
 13) Richtlinie 95/46 EG vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

Wolfram Karl / Philip Czech (Hrsg.):

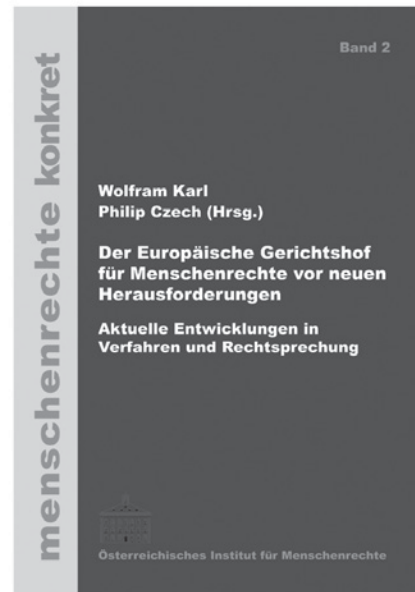
Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen

Aktuelle Entwicklungen in Verfahren und Rechtsprechung

Band 2 der Schriftenreihe **menschenrechte konkret** widmet sich aktuellen Fragen des Verfahrens vor dem EGMR, Tendenzen in seiner Rechtsprechung und den Wirkungen seiner Urteile. Neuerungen des Verfahrens vor dem EGMR, wie sie im 14. Protokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehen sind bzw. in der jüngsten Rechtsprechung vom Gerichtshof selbst entwickelt wurden, kommen dabei ebenso zur Sprache wie die Frage nach der konkreten Umsetzung seiner Urteile. Auch die Rechtsprechung des EGMR zu Österreich aus den Jahren 2005 und 2006 wird systematisch erschlossen.

2007, broschiert, 166 Seiten
Preis: € 14,90 (inklusive Versand)
ISBN: 978-3-9502273-1-4

Ab 14.6.2007 erhältlich im Buchhandel und direkt beim
Österreichischen Institut für Menschenrechte.



Österreichisches Institut für Menschenrechte

Mönchsberg 2, 5020 Salzburg

Telefon +43 (0) 662 84 31 58 - 11

e-mail: office@menschenrechte.ac.at

Telefax +43 (0) 662 84 31 58 - 15

http://www.menschenrechte.ac.at

Fußes krank geschrieben sei. Ihre Arbeitskollegen wussten von dieser Internetseite nichts. Der EuGH stellte fest, dass "personenbezogene Daten" sich auf Informationen über eine bestimmte oder bestimmbar natürliche Person beziehen, und dass eine Verarbeitung dieser Daten jedes automatisierte Verfahren umfasst. Art 2 lit b führt mehrere Beispiele an. Danach kann eine Verarbeitung in der Weitergabe, durch Übermittlung, Verarbeitung oder in jeder anderen Form von Bereitstellung von Daten bestehen. Auch wenn personenbezogene Daten auf eine Internetseite gestellt werden, dann liegt darin eine solche Verarbeitung. Fraglich war jedoch, ob Lindqvist's Verhalten nicht unter die Ausnahmen des Art 3 (2) RL 95 fiel und daher nicht rechtswidrig war. Die erste Ausnahme betrifft alle Tätigkeiten, die im Rahmen staatlicher Hoheitsgewalt durchgeführt werden, wie zB das Verarbeiten im strafrechtlichen Bereich. Die zweite Ausnahme betrifft die Datenverarbeitung, die von einer natürlichen Person in Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird. Der EuGH ist der Meinung, dass dies hier nicht der Fall war, da die Daten im Internet veröffentlicht wurden und einer unbegrenzten Zahl von Personen zugänglich waren. Die fünfte Frage bezog sich auf die Übermittlung von Daten in ein Drittland: Wird der Tatbestand des Art 25 erfüllt, wenn jemand in einem Land mit Hilfe eines Computers personenbezogene Daten auf einer Internetseite veröffentlicht und sie so allen zugänglich macht, auch den Benutzern in Drittländern? Der EuGH nimmt dazu eine Aufmerksamkeit erregende Position ein: Er ist der Ansicht, dass eine "reine" Internetverbindung nicht ausreicht, es muss ein eigenhändiges Anklicken durch den Benutzer die-

ser Seiten unternommen worden sein. Daraus folgt, dass der Tatbestand des § 25 nicht schon allein dadurch erfüllt wird, dass eine Person personenbezogene Daten ins Internet stellt und diese Seite automatisch in den Computer eines Dritten gelangt; es muss vielmehr eine unmittelbare (direkte), fast "Hand-in-Hand" Übermittlung erfolgt sein. Der EuGH analysiert in diesem Urteil in welchem Umfang die Mitgliedstaaten bei der Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer zur Kontrolle verpflichtet sind. Die Übermittlung in ein Drittland, das kein gleichwertiges Schutzniveau hat, ist nicht zulässig. Doch der EuGH distanziert sich von dieser Sonderregelung mit der Begründung, dass man bei Annahme der Richtlinie nicht ans Internet dachte. Das schwedische Gericht war sich auch hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit nicht sicher. In dieser Hinsicht verweist der EuGH auf die nationalen rechtlichen Regelungen, die aufgrund der unterschiedlichen Situationen bessere Anwendung finden, die jedoch nicht gegen Grundprinzipien des EU-Rechts verstoßen dürfen. Daher sind die Mitgliedsstaaten zwar befugt, strengere oder darüber hinausgehende Schutznormen zu erlassen. Sie müssen aber sowohl mit den Bestimmungen der Datenschutz-Richtlinie als auch mit deren Ziel im Einklang stehen. Dh es muss ein Gleichgewicht zwischen dem freien Verkehr und dem Schutz der Privatsphäre gewährleistet sein.

Prof. Dr. Philippe Greciano ist Referent am Grundrechtszentrum (CREDOF) und am Germanisteninstitut (CRMG) Universität Paris – 200 Avenue de la République, 92001 Nanterre Cedex 01

Ohne Aufstand

Iris Kugler

Der sogenannte Zehnt hat in der Vergangenheit Bauernaufstände verursacht, mittlerweile wird ohne jeden Widerstand der erwerbsarbeitenden Bevölkerung ein Vielfaches abgezweigt. Erwerbsarbeitend soll bedeuten, dass Arbeitskraft gegen Geld getauscht wird. Ein Umstand der die breite Mehrheit der Bevölkerung betrifft, ErbInnen und LottogewinnerInnen ausgenommen. Denn freilich gibt es auch sogenannte arbeitslose Einkommen, das sind vor allem jene, die aus den Erträgen eines Vermögens ihr Auslangen finden. Ab bestimmten Größenordnungen sind diese selbst dann vor Einbußen gefeit, wenn die eigenen Aktien in den Boden fahren, denn auch dann noch gibt es satte Gewinne im zweistelligen Millionenbereich. Dies ist dann für solche „Arbeitslosen“ wohl ein kleiner Trost, wenn sie bittere Tränen in die Monogramme ihrer seidenen Rotztücher, für den Vertrauensverlust der gutgläubigen KleinaktionärInnen und die damit verbundene Rufschädigung ihrer Banken und sonstigen Latifundien, weinen.

Die im Volksmund bezeichneten arbeitslosen Einkommen, sind längst keine solchen mehr. Denn für die Transferleistung Arbeitslosengeld ist im Gegenzug die Arbeitswilligkeit gefordert und der notwendige Einsatz in Zeiten wie diesen einen neuen Job zu finden, wird durch diese Transferleistung nicht abgebildet. Dies ist auch nicht das Ziel dieser Leistung, die in erster Linie die Existenz sichern soll und keinen Ausgleich für jene Tätigkeiten darstellt, die unter einem Dienstverhältnis erbracht als Arbeit gelten würden. Dennoch ein arbeitsloses Einkommen ist es keinesfalls, eher eine Leistung, die mit sehr viel Aufwand verbunden ist, sofern die Betroffenen noch nicht völlig resigniert haben.

Jene die also das Glück haben Geld für Arbeit zu erhalten, und somit dem ersten Anschein nach Anteil am allgemeinen Konsumgeschehen haben können, also gleichsam den in dieser Gesellschaft geforderten Menschstatus erst einmal erreicht haben (consumo ergo sum), sollten sehr auf die Konstruktion ihrer Arbeitsverträge achten. Nicht nur deshalb, weil die Gewerkschaft gegenwärtig andere Sorgen hat als für all jene stark aufzutreten deren Arbeitsverhältnisse gelinde gesprochen als prekär zu bezeichnen sind,

sondern, weil sich der Zehnt mittlerweile vervielfacht hat.

Die größten Gefahren sind hier der Fleiß und der ökonomische Druck. Insbesondere Teilzeitbeschäftigte, die wie längst erwiesen für jeden Betrieb ein Bombengeschäft darstellen, können selten von ihren Einkommen leben und arbeiten daher nebenbei noch zusätzlich. Auch, wenn selbst mit unterbezahlten Teilzeitjobs EU-Vollbeschäftigungsziele erreicht werden können – von Existenzsicherung war hier nie die Rede. Selten unterliegen diese Teilzeiteinkommen einer nennenswerten Steuerlast, da es sich in der Mehrheit um äußerst geringe Summen, meist unter Tausend Euro handelt. Gibt es jedoch einen Nebenjob, der selbständig ausgeübt wird, werden die Einkommen zusammengerechnet und die Steuerprogression nimmt ihren Lauf. Nicht selten halbiert sich auf diesem Wege das Wenige noch. Noch nicht erwähnt sind die üblichen steuerlichen Voraus- und Nachzahlungen, sowie die Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft. Perfide vor allem die Vorauszahlungen, denn es handelt sich um Geld, das noch nicht verdient wurde. Alles in allem reduzieren sich Honorare und Einkommen ziemlich drastisch. Unnötig zu erwähnen, dass nach einem finanziell ertragreicheren Jahr die Steuer selbstverständlich annimmt, dass dies im nächsten Jahr wieder erwirtschaftet werden kann, und die Vorauszahlungen dementsprechend höher angesetzt werden.

Nur zur Klarstellung – die hiervon überwiegend Betroffenen sind die sogenannten „Einfrau“ bzw. „Einmann“-Betriebe, nicht die notleidenden Großkonzerne, denen Steuerlasten auch einmal erlassen werden und die faktisch immer auf eine großzügige steuerliche Behandlung vertrauen dürfen, selbst wenn sie Arbeitsplätze abbauen, zumachen oder mit Produktionsbetrieben wieder abwandern. Gibt es eine Kombination mit Teilzeit, dann ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass es sich um einen Einfraubetrieb handelt, da die meisten Teilzeitbeschäftigten erstens Frauen sind und zweitens von ihren Teilzeiteinkommen nicht leben können. Die Gründe für Teilzeitbeschäftigung sind allgemein bekannt: Kinder-, Männer- und Altenbetreuung führen zu einer drastischen Reduktion des Zeitbudgets. Die Einteilung

der Lebensbereiche in einen sogenannten öffentlichen, wo Arbeit selbstverständlich bezahlt und hochanerkannt geleistet wird und einen sogenannten privaten, wo teils dieselbe Arbeit selbstverständlich unbezahlt und emotional hoch aufgeladen „aus Liebe“ stattzufinden hat, ist ungebrochen aufrecht. Ebenso aufrecht sind die dazupassenden Geschlechterstereotype was gute Frauen und Mütter so ausmacht und was eine Punze als Rabenmutter rechtfertigt. Dies ist mit ein Grund, der das Leben insbesondere alleinerziehender Familien (sprich überwiegend Mütter) enorm erschwert. Teure und nicht vorhandene Kinderbetreuungseinrichtungen sind dem steuerlichen Bild noch hinzuzufügen. Selten ist es die Karriere, die Frauen auf den Arbeitsmarkt treibt. Häufiger die Erkenntnis, dass sich am Horizont kein arbeitsloses Einkommen (im oben erwähnten Sinne) auftut und Männer keine ökonomische Perspektive darstellen. Bei gegenwärtiger Scheidungsrate gewährleistet der Unterhalt vom Einkommen eines Durchschnittsverdieners keine Existenz.

In der überwiegenden Mehrheit bleibt die Pflege und Erziehung der Kinder ungebrochen bei den Müttern, selbst wenn sie sich die Obsorge teilen müssen und erst Recht, wenn die Obsorge mühsam oft unter finanziellen Einbußen als alleinige ausverhandelt wurde. Hierzu passt jene arbeitsmarktpolitische Studie, die ausweist, dass Frauen insgesamt mehr arbeiten als Männer (bezahlt und unbezahlt) und in diesem Kuchen der Anteil der unbezahlten Arbeit sehr hoch ist. Umgekehrt arbeiten Männer insgesamt etwas weniger und in ihrem Kuchen ist der Anteil der unbezahlten Arbeit wesentlich geringer. Oder anders übersetzt: Wenn Frauen bis April bezahlt arbeiten, dann arbeiten sie den Rest des Jahres unbezahlt. Umgekehrt arbeiten Männer bis September bezahlt und erst dann unbezahlt. Dass beide nicht um dasselbe Durchschnittseinkommen arbeiten, ist Allgemeinwissen.

Fügt sich zu diesem Bild noch die steuerliche Behandlung des bis zum April verdienten Einkommens der Frauen, ist klar, dass es ein Vakuum gibt, das mit Frauenpolitik kaum gefüllt ist. Eher wird von den VolksvertreterInnen in der Dimension von Jahren diskutiert ob und wann es eine Steuerreform überhaupt geben soll.

Abschließend bleibt noch zu erwähnen, dass seit 01.09.2007 Milch um 7% teurer geworden ist und Energie um durchschnittlich 6,2%, ganz ohne Aufstand ...