

SERIES

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung: Band 6

Series Editors: Heinz Barta, Michael Ganner

innsbruck university press



Heinz Barta, Michael Ganner,
Caroline Voithofer (Hg.)

**Rechtstatsachenforschung – Heute
Tagungsband 2013**

Heinz Barta
Michael Ganner
Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck

Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung des Amtes der Tiroler Landesregierung (Abteilung Kultur), des Landes Vorarlberg, des Vizerektorats für Forschung der Universität Innsbruck sowie des Instituts für Zivilrecht der Universität Innsbruck gedruckt.



Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© innsbruck university press, 2014
Universität Innsbruck
1. Auflage
Alle Rechte vorbehalten.
Umschlagbild: Zeichnung © Hannelore Schmidt
www.uibk.ac.at/iup
ISBN 978-3-902936-56-1

Vorwort

Wir freuen uns, den sechsten Band der Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung“ vorzulegen. Er enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“, die am 13./14. Juni 2013 in Innsbruck stattgefunden hat.

Für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts haben wir *Tanja Ulasik* herzlich zu danken. Darüber hinaus weisen wir darauf hin, dass die Beiträge natürlich die Ansichten der Autor_inn_en wiedergeben.

Innsbruck, August 2014

Heinz Barta, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
heinz.barta@uibk.ac.at

Michael Ganner, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
michael.ganner@uibk.ac.at

Caroline Voithofer, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Inhalt

Abkürzungen	5
Michael Ganner/Heinz Barta	
Einleitung	7
Reinhard Kreissl	
Rechtssoziologie warum und wohin?	11
Walter Fuchs	
Unternehmen bestrafen	
Zu Normentstehung und Rechtswirklichkeit des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG)	23
Niklas Sonntag	
Rechtstatsachen im Verfassungsrecht: Bericht über den Föderalismus in Österreich	43
Julia Hellmair	
Gender Mainstreaming in der Legistik	55
Christian Sillaber	
Data Mining in OGH Entscheidungen	67
Hannelore Schmidt	
Die Verfahren vor der Datenschutzkommission: Ergebnisse aus den Datenschutzberichten von 2007 bis 2011	77
Derya Trentinaglia	
Das Bankgeheimnis – Notwendigkeit oder Übel?	97

Thomas Mayr

Die Einzugsermächtigung in der Bankenpraxis	113
---	-----

Heidi Siller/Caroline Voithofer/Margarethe Hochleitner

RichterInnenstudie im OLG-Sprengel Innsbruck	139
--	-----

Wigbert Zimmermann

Richterinnenstudie im OLG-Sprengel Innsbruck – aus Sicht der Justiz	151
--	-----

Christina Talasz

Arzneimittelrecht im Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und Spanien	159
--	-----

Alexander Lamplmayr

Erfolgsquote der Rechtsmittel beim OGH	173
Tagungsprogramm	187
Abbildungen und Tabellen	191
Normen und Stichworte	193
Autorinnen und Autoren	197

Abkürzungen

§	Paragraph	etc	et cetera
€	Euro		
aA	anderer Ansicht	EJM	Europäisches Journal für Minderheitenfragen
ABB	Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte	ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
Abl	Amtsblatt der Europäischen Union	EU	Europäische Union
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	EUR	Europarecht (Zeitschrift)
Abs	Absatz	EuGH	Europäischer Gerichtshof
ADG	Amtshilfedurchführungsgesetz	EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
aF	alte Fassung	EVTZ	Europäischer Verbund für territoriale Zusammenarbeit
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Anm	Anmerkung	f	folgende
AnWBl	Anwaltsblatt	ff	fortfolgende
Art	Artikel	FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
APA	Austria Presse Agentur	FS	Festschrift
AußStrG	Außerstreichgesetz	G	Gesetz
B2B	Business to Business	gem	gemäß
BayVwBl	Bayrisches Verwaltungsblatt	GP	Geschäftsperiode
B-GBIG	Bundes-Gleichbehandlungsgesetz	hA	herrschende Ansicht
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz	Hg	Herausgeber/in
BGBI	Bundesgesetzblatt	hL	herrschende Lehre
BDG	Beamtendienstgesetz	hM	herrschende Meinung
BIC	Business Identifier Code	IBAN	International Bank Account Number
BGH	Bundesgerichtshof	idR	in der Regel
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats	insb	insbesondere
BMF	Bundesministerium für Finanzen	IRKS	Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
BWG	Bankwesengesetz	iS	im Sinn
bzw	beziehungsweise	iSd	im Sinne des
ca	circa	iVm	in Verbindung mit
d	deutsch	iwS	im weiteren Sinn
dh	das heißt	JBl	Juristische Blätter
DSG	Datenschutzgesetz	JRP	Journal für Rechtspolitik
DSK	Datenschutzkommission	KrimJ	Kriminologisches Journal
e-	elektronisch	KWG	Kreditwesengesetz
EG	Europäische Gemeinschaft	Lfg	Lieferung

LG	Landesgericht	sd	Standardabweichung
LGBI	Landesgesetzblatt	SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
Mat	Materialien	StA	Staatsanwaltschaft
mE	meiner Einschätzung	StGB	Strafgesetzbuch
mW	meines Wissens	StGBI	Straatsgesetzblatt
mwN	mit weiteren Nachweisen	StPO	Strafprozessordnung
nF	neue Fassung	SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
Nr	Nummer	UGB	Unternehmensgesetzbuch
NR	Nationalrat	ua	und andere
NZ	Notariatszeitung	UK	United Kingdom
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv	US	United States
OCR	Optical Character Recognition	USD	United States Dollar
OECD-	Organisation for Economic	uU	unter Umständen
MA	Co-operation and Development-Musterabkommen		
OGH	Oberster Gerichtshof	uvm	und viele mehr
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung	VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
OLG	Oberlandesgericht	VfGH	Verfassungsgerichtshof
ÖVP	Österreichische Volkspartei	vgl	vergleiche
ÖZP	Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft	vs	versus
PHG	Produkthaftungsgesetz	VwGH	Verwaltungsgerichtshof
RdM	Recht der Medizin	WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz
RdM-LS	Recht der Medizin-Leitsatz	wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
RdW	Recht der Wirtschaft	Z	Ziffer
RGBI	Reichsgesetzblatt	ZaDiG	Zahlungsdienstegesetz
RIS	Rechtsinformationssystem	zB	zum Beispiel
RL	Richtlinie	ZER	Zeitschrift für Europarecht
RS	Rechtssatz	ZfRS	Zeitschrift für Rechtssoziologie
Rsp	Rechtsprechung	ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
Rz	Randziffer	ZPO	Zivilprozessordnung
RZ	Richterzeitung	zT	zum Teil
SEPA	Single Euro Payment Area		

Michael Ganner/Heinz Barta

Einleitung

A. Rechtstatsachenforschung – Heute

Nachdem sich die beiden letzten Tagungen dem Erinnern und damit der Vergangenheit gewidmet haben,¹ stand die 6. Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“, die im Juni 2013 stattgefunden hat, wieder im Zeichen einer Bestandsaufnahme gegenwärtiger Forschung, die in Innsbruck und im näheren Umfeld zur empirischen Rechtsforschung stattfindet.

Den Eröffnungsvortrag bestritt diesmal *Reinhard Kreissl*. Er ist seit dem Jahr 2012 der wissenschaftliche Leiter des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS) in Wien, mit dem wir seit Jahren in gutem Austausch stehen. Kreissl nahm eine Bestandsaufnahme der Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung vor und stellte für beide Bereiche die Frage nach ihrer Notwendigkeit sowie ihren Zielen.

Zum praktisch wichtigen Bereich des Unternehmensstrafrechts gab *Walter Fuchs*, der ebenso am IRKS tätig ist, spannende Einblicke. Er referierte zu „Normgenese und Rechtswirklichkeit des österreichischen Unternehmensstrafrechts“. Dabei widmete er sich dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) und ging der Einsicht aus der Kriminalitätsforschung nach, wonach Straftaten mit dem organisatorischen und kulturellen Umfeld des wirtschaftlichen Handelns eng in Zusammenhang stehen.

Mit *Niklas Sonntag* (Institut für Föderalismus/Innsbruck) gelang es nunmehr auch, eine Brücke zum Öffentlichen Recht zu schlagen. Er präsentierte Rechtstatsachen aus dem Verfassungsrecht und präsentierte empirische Daten aus dem vom Institut für Föderalismus seit 1977 erstellten „Bericht über den Föderalismus in Österreich“. Dabei widmete er sich der *law in books* und der *law in action* Ebene, indem er etwa das Einspruchsrecht des Bundesrats seiner Inanspruchnahme gegenüberstellte.

Einen rechtstheoretischen Beitrag lieferte *Julia Hellmair* (Dissertantin am Institut für Zivilrecht/Universität Innsbruck). Sie referierte zu „Gendermainstreaming in der Legistik“. Gender Mainstreaming ist ein Konzept, das ohne den Blick auf die gelebten Verhältnisse nicht auskommt. Gle-

¹ Im Jahr 2011 widmeten wir die Veranstaltung dem ABGB aus Anlass seines 200jährigen Jubiläums. Im Jahr 2012 nahmen wir Eugen Ehrlichs 150. Geburts- und 90. Todestag zum Anlass, um sein Werk in Erinnerung zu rufen.

ches gilt für gute Legistik. Hellmair stellt Gender Mainstreaming vor und zeigt am Beispiel der Novellierung des Ehegattennamensrechts, wie das Modell angewandt werden könnte.

In dem Beitrag „Data Mining in OGH Entscheidungen“ stellt *Christian Sillaber* (Institut für Informatik/Universität Innsbruck) Methoden und Funktionsweise von digitaler Datenanalysen dar und zeigt, wie diese für die Rechtswissenschaft hilfreich sein können. Mithilfe von Data Mining kann eine große Anzahl an Entscheidungen auf vorab definierte Parameter hin untersucht werden. Die Urteile können auch als Ausgangspunkt einer sozialen Netzwerk-analyse dienen.

Von der empirischen Analyse digitaler Daten führte das Programm der Tagung über den Beitrag von *Hannelore Schmidt* (Institut für Zivilrecht/Universität Innsbruck) zum „Verfahren vor der Datenschutzkommission“. Schmidt ging von den Rechtsgrundlagen zum law in action über, indem sie mithilfe der Datenschutzberichte von 2007 bis 2011 die praktische Relevanz der Verfahren vor der Kommission nachwies. Sie legte darüber hinaus dar, wo Probleme des Berichtswesens zu finden sind.

Nicht im Tagungsband enthalten ist leider der Beitrag von *Max Kapferer* zum Menschenrechtsmonitoring durch die Volksanwaltschaft. Er teilte mit uns im Rahmen der Tagung erste Eindrücke des Monitorings und ging dabei anschaulich und lebendig auf die praktischen Herausforderungen ein.

Die Bankjuristin aus Linz *Derya Trentinaglia* (ehemalige Mitarbeiterin am Institut für Zivilrecht/Universität Innsbruck) führte in die rechtlichen Grundlagen des Bankgeheimnisses ein. In ihrem Beitrag zeichnet sie die Entwicklungslinien der rechtspolitischen Diskussion nach und plädiert für eine gleichheits-konforme und rechtsstaatliche Alternative, sollte das Bankgeheimnis tatsächlich beseitigt werden.

Für rechtstatsächliche Probleme, die im Zusammenhang mit Einzugsermächtigungen entstehen, sensibilisierte *Thomas Mayr* (Diplomand am Institut für Zivilrecht, Bankberater). Er präsentierte neben den rechtsdogmatischen Grundlagen auch Ergebnisse seiner empirischen Fragebogenerhebung zu Problemen und möglichen Lösungen mit Einzugsermächtigungen und schloss seinen Beitrag mit rechtspolitischen Vorschlägen vor dem Hintergrund des vereinheitlichten Zahlungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union.

Heidi Siller (Frauengesundheitszentrum/Medizinische Universität Innsbruck), *Caroline Voithofer* (Institut für Zivilrecht/Universität Innsbruck) und *Margarethe Hochleitner* (Frauengesundheitszentrum/Medizinische Universität Innsbruck) präsentierten Ergebnisse ihrer Fragebogenerhebung zu wahrgenommenen Belastungen durch den Beruf und im Beruf von Richter_innen im OLG-

Sprengel Innsbruck. Dabei gingen sie etwa auf psychische und physische Belastungen, aber auch auf das Selbstbild der Richter_innen ein.

Die Sicht von außen auf die Justiz ergänzte *Wigbert Zimmermann* (OLG-Vizepräsident, Innsbruck). Er legte dar, welche Konsequenzen aus den Studienergebnissen von Siller/Voithofer/Hochleitner innerhalb der Justiz gezogen werden und präsentierte einen Überblick über die Geschichte von Frauen in der Justiz.

Einen rechtsvergleichenden Beitrag brachte *Christina Talasz* (ehem. Dissertantin am Institut für Zivilrecht/Universität Innsbruck) ein. Sie sprach zum Thema „Arzneimittelrecht im Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und Spanien“. Vor allem schwere Arzneimittelunfälle mit zT fatalen Auswirkungen – wie etwa der CONTERGAN-Skandal – bilden immer wieder die Basis für die Frage, welche Haftungsregime am besten geeignet sind, derartige Vorfälle zu vermeiden. Talasz plädiert für ein Versicherungsmodell nach skandinavischem Vorbild, das allen Beteiligten am besten gerecht werde.

Alexander Lamplmayr (Institut für Zivilrecht/Universität Innsbruck) untersuchte den Geschäftsanfall beim OGH und hob dabei Unterschiede der verschiedenen zugänglichen Primärdaten (OGH-Tätigkeitsbericht, BIS-Justiz, parlamentarische Anfragebeantwortungen) hervor. Er versuchte sinnvolle Kriterien für die Aussage über Erfolgsaussichten zu erarbeiten und hob die Bedeutung weiterer Forschung mit zuverlässigerem Datenmaterial besonders hervor.

B. Ausblick

Im Dezember 2013 hat sich innerhalb der Österreichischen Gesellschaft für Soziologie eine Untersektion „Recht&Gesellschaft“ gegründet. Durch diesen Institutionalisierungsschritt sollen all jene erreicht werden, die in Österreich zum Thema „Recht&Gesellschaft“ arbeiten, um gemeinsam die Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung zu stärken und in inhaltlichen Austausch mit einander zu treten. Die Initiative geht auf Nachwuchsforscher_innen aus Wien und Innsbruck zurück, die überzeugt davon sind, dass es in Österreich um die wissenschaftliche Beschäftigung mit den Zusammenhängen von Recht und Gesellschaft nicht so schlecht steht, wie der Blick von außen vermuten lässt.

Um zu einer Bestandsaufnahme der gegenwärtigen Forschungsaktivitäten zu gelangen, wird im Oktober 2014 die bewährte Reihe „Rechtstatsachenforschung – Heute“ zum Ausgangspunkt einer gemeinsamen Veranstaltung mit der Sektion. Zu dieser Veranstaltung wird österreichweit zur Teilnahme und

inhaltlichen Mitgestaltung aufgerufen. Eine Newsgroup zur Vernetzung wurde von der Sektion bereits eingerichtet.² Es ist zu hoffen, dass die Begeisterung der Gründungsmitglieder symptomatisch für einen neuen Aufschwung der Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung ist und die langjährigen Arbeiten der „Rechtstatsachenforschung – Heute“ einen guten Nährboden bieten. Dass über Innsbruck hinaus Bewegung in das Forschungsfeld kommt, freut uns jedenfalls sehr!

Univ. Prof. Dr. Michael Ganner
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-8108
michael.ganner@uibk.ac.at

Univ. Prof. iR Dr. Heinz Barta
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-8103
heinz.barta@uibk.ac.at

² recht_und_gesellschaft@yahoogroups.de.

Reinhard Kreissl

Rechtssoziologie warum und wohin?¹

A. Die Ausgangslage

Beginnen wir mit einem etwas düsteren Szenario:

Rechtssoziologie vonseiten der Soziologenschaft aus betrieben ist eine Bindestrichsoziologie und wie so viele dieser Subdisziplinen leidet sie darunter, dass ihre Vertreter nicht sehr viel von der inneren Logik ihres Themas oder Gegenstands verstehen. So urteilte Niklas Luhmann einmal hämisch über das Fach. Dieses Schicksal teilt sie mit der Familiensoziologie, der Techniksoziologie und einer Reihe anderer Bindestrichsoziologien. Das Ergebnis ist dann schlimmstenfalls eine Art mit Jargon verbrämte Besserwisserei, die allerdings in den diversen Zielgebieten kaum wahrgenommen wird. Weder für die Rechtswissenschaft, noch für die Rechtspraxis sind die Befunde dieser Art von Rechtssoziologie anschlussfähig. Kaum ein Richter wird sich in der forensischen Praxis auf die Befunde der Rechtssoziologen berufen.

Auf der anderen Seite gibt es gelehrte Rechtswissenschaftler, die sich das Handwerkszeug der Soziologie, bzw. der empirischen Sozialforschung aneignen und dies dann auf Fragen anwenden, die aus ihrer eigenen Disziplin erwachsen. Das endet dann meistens in der sogenannten *Rechtstatsachenforschung*. Die nun ist zwar leider oft aseptisch theoriefrei, wird aber in dem einen oder anderen Praxisfeld zur Kenntnis genommen.

Hier begegnen wir einem Phänomen, das auch an anderen Schnittstellen zwischen Wissenschaft und Praxisfeldern zu beobachten ist. Wissenschaft findet Gehör, wenn sie sich als Zählen und Messen darstellen lässt. Steigende und fallende Kurven, Kuchen-, Balken- und andere Diagramme, Prozentuierungen und Zeitreihen erregen Aufmerksamkeit und ernten Anerkennung. Sie werden als Abbild einer vorgängigen Realität begriffen und als deren wissenschaftliche Aufarbeitung interpretiert. Ich werde auf diesen Punkt später noch kurz eingehen.

Isoliert zwischen disziplinären Blöcken – so könnte man es in milder Stilisierung formulieren – fristet die Rechtssoziologie ein Schattendasein im Garten

¹ Dieser Text lag dem Eröffnungsvortrag zur Tagung „Rechtstatsachenforschung Heute“ an der Universität Innsbruck am 13.6.2013 zugrunde. Er wurde für die Publikation in der ursprünglichen Version eines gesprochenen Texts belassen. Auf Fußnoten, Literatur und Anmerkungen wurde verzichtet.

der Wissenschaften. Und – so wäre hinzuzufügen – sie treibt dort interessante exotische Blüten. Jede neue Bewegung von diversen Post- und Trans-, Inter- und Neo-Diskursen, findet auch in der Rechtssoziologie ihren Niederschlag. Post-colonialism, Queer and Transgender Perspektiven, Governementality Studien, Dekonstruktivismus, Intersektionalität, Actor Network Theory und Science and Technology Studies lassen sich im Imperium des Rechts zum Einsatz bringen. Und jede dieser Sub-Spezialisierungen kämpft dann wiederum um die knappe Ressource akademisch-öffentlicher Aufmerksamkeit. Das fördert dann leider oft weniger den intellektuellen Austausch als die dogmatische Abgrenzung.

Blickt man in den angelsächsischen Bereich, so zeigt sich hier im Vergleich übrigens ein Problem, das für die Situation in Österreich und in gewisser Weise auch in Deutschland und der Schweiz kennzeichnend ist. Der muttersprachliche variety pool ist zu klein, um hierzulande die Etablierung kleinerer exotischer Diskursgemeinschaften zu ermöglichen. Das führt dann dazu, dass sich die Anhänger entsprechender Paradigmen an den Debatten in den USA oder Großbritannien orientieren. Und da zeigt sich dann ein weiteres Problem, das man als kulturelle Unempfindlichkeit bezeichnen könnte.

Im Gegensatz zu den *Sciences* sind kulturspezifische Differenzen in den *Humanities* wichtig. Hypothesen, die sich anhand der Empirie eines common law entwickeln lassen, müssen für ein kontinentales Rechtssystem keineswegs plausibel sein. Rechtskulturen sind in vieler Hinsicht autochthon und die Versuche europäische Standards in verschiedenen Bereichen des Rechts zu implementieren, liefern die Empirie vor der Haustüre, die das deutlich macht. Und wenn wir schon bei den gesellschaftskulturellen Differenzen sind: selbst innerhalb eines Rechtskreises finden sich signifikante Unterschiede. Es gibt lokale Rechtskulturen, die sich bei genauer, empirischer Betrachtung der Rechtspraxis zeigen. So existiert in Österreich also nicht nur das allseits bekannte Ost-Westgefälle in der rechtlichen Sprachpraxis, sondern es lassen sich erklärbungsbedürftige Unterschiede auf der Ebene einzelner Gerichts-sprengel finden – nach dem Motto: *they do it differently in Bruck an der Leitha*.

Auch das ist für sich genommen ein erklärbungsbedürftiges rechtssoziologisches Phänomen: wie kommt es und darf es sein, dass offensichtlich gleich gelagerte Probleme, die an das Recht herangetragen werden, an unterschiedlichen Orten, an denen dieselben Gesetze angewendet werden, signifikant unterschiedlich behandelt werden.

B. Zwischenbetrachtung

Was also wäre der Befund, wenn man diese kritischen Beobachtungen zusammenfassen wollte: (a) Rechtssoziologie sitzt in der Ordnung der akademischen Disziplinen zwischen den Stühlen. (b) Sie ist in ihren Befunden nur unter Aufgabe weitergehender theoretischer Ansprüche an diverse Praxisfelder anschlussfähig und (c) ihr Gegenstand ist, empirisch betrachtet, stark kulturabhängig – eine *unified theory of law* ist nur um den Preis hoher Abstraktion zu gewinnen. Oder als Alternative: man überlässt das Feld den Rechtsethologen, die in der panonischen Ebene und den Tiroler Kerbtälern den Rechtspraktikern bei ihrem Geschäft zuschauen.

Nun könnte man an dieser Stelle zu Recht einwenden, dass es einem Eröffnungsvortrag schlecht ansteht, wenn er das Thema der Konferenz nur von seiner unvorteilhaften Seite zeigt. Man muss seinem Publikum schließlich nicht erklären, wie schlecht die Welt ist und wie schwer es die eigene Disziplin hat. Das ist hier auch nicht meine Absicht. Die kurzen kritischen einführenden Bemerkungen sind Teil der Gesamtdramaturgie, denn ich werde in der verbleibenden Zeit die Rechtssoziologie wie den Phönix aus der Aschenputtel-Existenz aufsteigen lassen und ab sofort nur mehr Positives berichten. Die Kritik diente also nur der Vermessung der inversen Fallhöhe, aus der die konstruktiven Perspektiven der Rechtssoziologie jetzt im weiteren entwickelt werden sollen.

C. Theorie

Beginnen wir mit der Position der Rechtssoziologie zwischen den Stühlen der diversen akademischen Fachbereiche. Hier empfiehlt sich eine Unterscheidung zwischen Disziplin und Profession. Professionell gesehen, lassen sich die akademischen Lehrstühle und Forschungseinrichtungen, die sich explizit und hauptamtlich mit Rechtssoziologie beschäftigen, an einer Hand abzählen und diese braucht gar nicht mal fünf Finger. Es gibt im deutschsprachigen Raum m.W. keinen Masterstudiengang, keinen eigenen Abschluss und genau genommen auch keine Karriereperspektiven für den oder die Rechtssoziologen. Rechtssoziologin ist man wie Kriminologe, sozusagen im Nebenerwerb.

Aber es gibt breite und ehrwürdige Theoretitionen, in denen das Recht in seinen gesellschaftlichen Bezügen – und nichts anderes sollte ja Rechtssoziologie sein – behandelt wird. Und so ziemlich jeder große Theoretiker im Bereich der soziologischen Gesellschaftstheorie hat sich mit Fragen des Rechts, seiner Genese, Anwendung und Wirkung beschäftigt. Einige waren selbst gelernte Rechtswissenschaftler, denken Sie an Max Weber und Niklas Luhmann. Es existiert also ein Fundus an Theoriebausteinen, die für die zeit-

genössische rechtssoziologische Arbeit fruchtbar gemacht werden können. Der Werkzeugkasten wäre vorhanden, es kommt darauf an, ihn zu benutzen.

Nun kann man heute nicht mehr mit Hegel'scher Emphase voranschreiten und die Fragen der bürgerlichen Gesellschaft als Problem einer gut eingerichteten Rechtsordnung verhandeln. Eher schon wäre hier Eugen Ehrlich in den Zeugenstand zu rufen, der aus seiner Erfahrung in der Bukowina rechtssoziologisch theoretisches Kapital gewonnen hat und in der Theoriekonstruktion von Einheit auf Vielfalt umgestellt hat. Gunter Teubner hat Ehrlichs Überlegungen vor kurzem aufgenommen und spricht im Angesicht der Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus von der globalen Bukowina. Damit eröffnet sich im Übrigen auch ein Ausweg aus der Diagnose der Kulturabhängigkeit des Rechts. Die empirisch auffindbare Vielfalt muss kein Defizit vor dem Hintergrund eines normativen Monismus sein, sie kann auch als Herausforderung für die theoretische Arbeit gesehen werden. Österreich hat ja aus rechtssoziologisch-theoretischer Sicht mit Eugen Ehrlich und Hans Kelsen zwei Antipoden der modernen Rechtstheorie hervorgebracht und könnte somit auf eine reiche theoretische Tradition zurückgreifen, um derartige Probleme auf einer entsprechend anspruchsvollen Ebene zu bearbeiten. Die beiden hatten übrigens einen interessanten Briefwechsel. Allerdings, und das scheint mir eine allgemeine Tragik, nicht nur der Rechtssoziologen hierzu lande zu sein, hat der durch die Nationalsozialisten ausgelöste Brain-Drain die lebendige und zu Beginn des 20. Jahrhunderts weltweit prägende intellektuelle Kultur Österreichs bzw Wiens nachhaltig beschädigt. Wenn Figuren wie Hobsbawm oder Kandel heute im Rathaus in Wien zu den Wiener Vorlesungen eingeladen werden, spürt man deutlich was diese Stadt verloren hat. Das aber nur am Rande und auch genug des *name dropping*.

Zurück zu den theoretischen Hausaufgaben der Rechtssoziologie. Moderne Gesellschaften sind funktional differenziert. Sie sind komplex, transnational, ethnisch heterogen und – wie Zygmunt Bauman es formuliert – liquide. Ihre Ökonomien wachsen im Bereich der sogenannten virtuellen und symbolischen Produktion, Wertschöpfung geschieht auf neue Arten, die sich zusehends vom Paradigma des alten Industriekapitalismus entfernen. Das sind Stichworte und in der gebotenen Kürze kann ich nicht weiter darauf eingehen. Aber jede dieser soziologisch-gesellschaftstheoretisch zu entschlüsselnden Entwicklungen stellt das Recht vor neue Probleme. Jede liefert reichen Denkstoff für die rechtssoziologische Theoriebildung. Auch hier nur wieder Stichworte. Mit zunehmender funktionaler Differenzierung gewinnen die verschiedenen gesellschaftlichen Bereiche – oder Subsysteme, wenn man es im Jargon formulieren möchte – an relativer Autonomie und werden immer unempfindlicher gegenüber Steuerungsimpulsen von außen. Wenn man sich die Versuche anschaut, mit den Mitteln des Rechts ökonomische Prozesse zu steuern,

dann wird schnell klar, was relative Autonomie eines Subsystems bedeutet. Teubner hat hier das suggestive Bild des regulatorischen Trilemmas eingeführt. Politik, Recht und Gesellschaft bzw zivilgesellschaftliche Subsysteme sind gegeneinander mehr oder weniger abgeschottet und jeder Versuch aus dem einen Bereich in den anderen hinzuregieren, führt zu mehr oder weniger großen Problemen. Das Recht produziert dann nur mehr Gesetzesattrappen, in denen es von unbestimmten Rechtsbegriffen nur so wimmelt oder der Steuerungsimpuls, wenn er nachhaltig durchgesetzt wird, erzeugt Struktursschäden im Zielgebiet. Dergleichen kann man diagnostizieren, beklagen und bedauern. Man kann sich aber auch Gedanken machen, welcher Typus von Recht, welche neuen Formen von Steuerung denkbar wären, um hier voranzukommen. Wohlbekannte Stichworte sind hier Prozeduralisierung und reflexives Recht. Der dazugehörige Steuerungsmodus wäre die sogenannte Kontextsteuerung. Damit ist Folgendes gemeint: Recht steuert nicht mehr qua Entscheidung von Konfliktfällen, es nutzt nicht mehr die Leitdifferenz von Recht und Unrecht. Vielmehr stellt es die Bedingungen bereit, unter denen die beteiligten Akteure mit ihren eigenen Bordmitteln und ein wenig Unterstützung durch das Recht selbst zu einer Lösung ihres Konflikts gelangen. Beispiele reichen hier vom Tarifrecht bis hin zu Mediationsverfahren im Familienrecht oder Ansätzen des Täter-Opfer-Ausgleichs im Strafrecht.

Gemeinsam ist allen diesen Ansätzen, dass sie von Entscheidungen auf Prozesse umstellen. Dieser Wechsel lässt ich nun in theoretischer Hinsicht zweifach ausbuchstabieren: die Systemtheorie kann hier ebenso hilfreich sein wie die verschiedenen Spielarten der Diskurstheorie des Rechts. Beiden gemeinsam ist der Verzicht auf die Konditionalstruktur des Wenn-dann zugunsten einer Sicherung von Konfliktlösungsbedingungen, die es den Beteiligten ermöglichen sollen, ihre „Eigenrationalitäten zu kompatibilisieren“ oder zu einer „vernünftigen Lösung“ im Prozess des Abwägens von verallgemeinerungsfähigen Argumenten zu kommen.

Wollte man die oben aufgezählten Merkmale moderner Gesellschaften weiter unter rechtssoziologischer Perspektive durchdeklinieren, so käme man auf Fragen des Geltungsbereichs von Rechtsordnungen. Denken Sie beispielsweise nur an das Problem des Datenschutzes und der Privatsphäre. Das beste nationale, ja selbst europäische Datenschutzrecht hilft mir nichts, wenn die entsprechenden Daten außerhalb der Jurisdiktion dieses Rechts verarbeitet und analysiert werden. Die unrühmliche Praxis der amerikanischen Sicherheitsdienste ist da nur eines von vielen Beispielen.

Ähnliche Probleme ergeben sich im Hinblick auf die Frage nach einer rechtlich zu schützenden Privatsphäre. Was ist und wo endet diese? Ist die Unterscheidung zwischen Privat und Öffentlich im Zeitalter globaler Datenströme überhaupt noch von Bedeutung. Oder ein anderes Beispiel, ebenfalls leicht

mit aktuellen Bezügen zu versehen. Wie verhält es sich mit der juristisch zentralen Kategorie des Eigentums, speziell des sogenannten geistigen Eigentums?

Geht man alle diese Fragen durch, so könnte man in grober Stilisierung zu der für die rechtssoziologische Theoriebildung wichtigen Frage kommen, inwie weit die Grundkategorien des modernen Rechts, die zugleich auch die Grundkategorien für das Selbstverständnis der modernen Gesellschaft sind, im An gesicht sich verändernder Verhältnisse analytisch noch greifen. Eigentum und Vertrag, Rechtssubjekt und Staat sind Schlüsselbegriffe, deren Bedeutung möglicherweise überdacht werden muss.

Was bedeutet das Ausfransen dieser Begriffe für zentrale rechtliche Kategorien wie beispielsweise den Begriff der Zurechnung? Sind nicht bestimmte rechtliche Pathologien, von denen sich jede Menge finden lassen, wenn man die aktuelle Gesetzesproduktion durchforstet, nichts anderes als die Folgen des Versuchs, mit einem begrifflichen Handwerkszeug eine Gesellschaft rechtlich in den Griff zu bekommen, für die der rechtliche Werkzeugkasten nicht mehr geeignet ist? Und gibt es vielleicht Rechtswirkungen, die völlig anders aussehen, als es sich der gute alte parlamentarische Gesetzgeber vor stellt? Stellt es dem stolzen Recht nicht ein deutliches Armutzeugnis aus, wenn Gerichtsprozesse heute mehr von Gutachtern als von Richtern geprägt sind?

All das sind spannende und wenn man die richtige, nämlich rechtssoziologische Brille aufsetzt, drängende Fragen der Theoriebildung. Aber wie gesagt, es sind Fragen für die Theorie und da sollte es mehr Risikobereitschaft geben. Wo sind die rechtstheoretisch waghalsigen Debatten, wo sind die Kontroversen, die Synthesen und alternativen Deutungsangebote, die über den Zaun des jeweils eigenen Schrebergartens hinweg wirken. Ich weiß, das sagt sich leicht dahin, aber es geht, wenn man die Debatte tief genug legt – oder um das Bild umzudrehen, ein genügend hohes Abstraktionsniveau betritt und dabei die eigenen Vorannahmen infrage zu stellen bereit ist.

Ich habe aktuell im Rahmen eines größeren internationalen Projekts mit Kollegen aus der Rechtswissenschaft Probleme von Datenschutz, Privatsphäre und Sicherheit diskutiert und dabei bemerkt, dass solche Debatten zäh sein können – aber es geht.

D. Praxis

Lassen Sie mich auf den zweiten Punkt meiner Themenliste eingehen, und thesenhaft ein paar Überlegungen über das Verhältnis von Rechtssoziologie und den diversen Praxisfeldern formulieren. Die Praxis ist die Braut, die sich

nicht traut, mit der Rechtssoziologie den Bund fürs Leben einzugehen. Das war vor einigen Jahrzehnten anders. Im rechtspolitischen Programm der SPÖ in den siebziger Jahren fanden sich noch Formulierungen wie die von der gefängnislosen Gesellschaft! Heute sieht das anders aus. Heute überbieten sich die politischen Akteure im Ruf nach mehr Strafe und Sicherheit. Die Semantik hat sich umgekehrt. Was früher als Fortschritt galt: nämlich die politische Veränderung in Richtung einer sozial gerechteren Gesellschaft, erscheint heute als Bedrohung. Das handgestrickte Biedermeier der populistischen Rhetorik verspricht Sicherheit als Zukunftsorientierung. Das heißt dann: alles soll so bleiben wie es war, Österreich den Österreichern und Ordnung durch Ausschluss des Anderen. Das Recht ist in beiden Fällen eines der zentralen Mittel der Wahl zur politischen Steuerung, auch wenn es meist nur rein symbolisch wirkt – Gott sei Dank, muss man sagen, im Angesicht so mancher der letzten Reformen.

Welche Position kann unter diesen Bedingungen die Rechtssoziologie einnehmen? Wie kann sie sich zu den politischen Kräften, zur Praxis von Justiz und Gesetzgebung in Beziehung setzen?

Lassen Sie mich zwei Positionen stilisieren, Kritik und konstruktive Beratung.

Kritik ist das tägliche Geschäft jeder guten Sozialwissenschaft. Im Bereich des Rechts gibt es da jede Menge zu tun. Das beginnt bei der Kritik der angstmachenden Zahlenspiele über steigende Kriminalität und endet bei der kritischen Bewertung scheinbarer Lösungsvorschläge. Politisch brisant ist hier besonders das Feld des Strafrechts. Denn Strafe und Verbrechen sind der Stoff, aus dem eine Politik der Angst ihre furchterregenden Szenarien schneidert. Die empirische Erforschung der Rechtswirklichkeit und vor allen Dingen Rechtswirksamkeit munitioniert die Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung mit Argumenten gegen die kruden Verlautbarungen von der steigenden Kriminalität, dem Anteil von Ausländern am Verbrechen oder der Wirksamkeit von langen Gefängnisstrafen. Die empirisch belegten und theoretisch plausiblen Zusammenhänge zwischen Recht und Sicherheit liefern hier ausreichende Argumente. Allerdings haben, wie Paul Veyne, der französische Historiker einmal treffend festgestellt hat, Theorien wichtigere Eigenschaften als wahr zu sein.

Es ist immer wieder faszinierend zu beobachten, wie selbst einfache empirische Zusammenhänge, die keine großen Vorkenntnisse erfordern, an der stabilen Oberfläche tiefssitzender ängstlicher Vorurteile zerschellen. Ich komme selbst immer wieder und eigentlich viel zu oft in die Situation im Angeicht von medial hoch gespielten Fragen um eine Wortspende aus der Sicht des Experten gebeten zu werden. Dabei steht man dann vor dem Problem in knappen 90 Sekunden in allgemein verständlicher Sprache gegen eingemauer-

te Vorurteile anzureden. Leider lernen wir hierzulande nicht, wie wissenschaftliche Befunde vermittelt und verständlich gemacht werden können. Die kommunikativen Fähigkeiten der meisten Akademiker beschränken sich darauf, Pfeile und Kreise in Powerpoint Folien zu kommentieren. Notwendig wäre aber eine Strategie, die ich immer gerne als „gegenhegemoniales Räsonieren“ bezeichne. Wie das dann funktioniert, hängt vom Einzelfall ab. Wichtig aber ist in jedem Fall gezielt mit suggestiven Bildern zu arbeiten. Der Rückgriff auf empirisch belegte kontraintuitive Zusammenhänge wirkt hier oft erstaunlich gut.

Es gibt verschiedene Foren, auf denen man sich mit rechtsssoziologischen Befunden in die Praxis einbringen kann: von der ZIB2 über den Kommentar der Anderen im Standard bis hin zu Auftritten auf Podien und Diskussionsveranstaltungen in der unmittelbaren Nachbarschaft. Allerdings ist damit hierzulande im akademisch-universitären Reputationssystem kein Blumentopf zu gewinnen. Im angelsächsischen Kontext hingegen ist die Kategorie „community service“, der ein solches Engagement in diversen Praxisfeldern zuzurechnen ist, durchaus anerkannt und entfaltet auch, wie es auf neu-deutsch heißt, „Impact“.

Die zweite Form des Praxisbezugs würde ich als konstruktive Beratung bezeichnen. Hier nun hat man es entweder mit dem parlamentarischen Gesetzgeber oder der Justizverwaltung zu tun. Das Institut, an dem ich in den letzten Jahren hauptsächlich gearbeitet habe, das IRKS in Wien, ist in diesem Bereich seit vierzig Jahren tätig. Es wurde gegründet in einer Zeit, als der vorhin zitierte Spruch von der gefängnislosen Gesellschaft öffentlich von einem Justizminister geäußert werden konnte, ohne dass man ihn gleich aus der Partei ausgeschlossen hätte. Die Zeiten haben sich geändert und damit auch das Aufgabenprofil einer in diesem Bereich tätigen Rechtssoziologie. Fragen der sozialen Gerechtigkeit, des Ausgleichs und des Abbaus von ökonomischen Schräglagen als Leitorientierungen des Rechts sind in den Hintergrund getreten zugunsten von Fragen der Wirksamkeit, Kosteneffizienz und Sicherheit. Wir haben es also mit einem Wandel auf der Nachfrageseite zu tun. Wie man die Welt durch Recht besser machen könnte, ist dabei weniger gefragt. Was die Justiz heute interessiert sind Fragen der Steuerung und der Kosteneffizienz. Das neue Schlagwort lautet „wirkungsorientierte Haushaltsführung“. Das ist natürlich nichts anderes als betriebswirtschaftlicher Voodoo-Zauber, und bei näherem Hinsehen entpuppt sich diese Rhetorik als eines der Fettaugen, die auf der dünnen Suppe des Neoliberalismus daher geschwommen kommen. Die Rede von Zielvereinbarungen und Indikatoren, die gemessen werden sollen, hat auch die Justiz erfasst. Auch Universitäten können davon ein Lied singen.

Wie geht man damit um? Ich halte es hier immer mit der alten Weisheit der Unternehmer im Angesicht von Konkurrenz: *if you can't beat them, buy them*. Was bedeutet das im Hinblick auf die neue Orientierung der Rechtspolitik? Die Rhetorik der Kosteneffizienz und Steuerung kann man sozusagen mit umgekehrten Vorzeichen verwenden. Beispiele liegen auf der Hand. Die Kosten eines ausufernden Strafregimes lassen sich beziffern, wenn man der Logik des betriebswirtschaftlichen Denkens folgt. Ich mache diese Einschränkung, da derartige Kalkulationen immer nur *cum grano salis* zu akzeptieren sind. Aber wenn diese wie gesagt problematische Logik von Wirkungen und Kosten vorgegeben wird, dann kann man sich innerhalb dieses Rahmens bewegen und immanent zeigen, dass die propagierten Politiken kontraproduktiv im Sinne des Kostenparadigmas sind. Unterm Strich läuft das darauf hinaus, die eigenen rechtspolitisch als sinnvoll erachteten Maximen und Ideen in einen neuen Jargon zu verpacken, um sie an die aktuelle Rhetorik anschlussfähig zu machen. Für den Bereich der staatlichen repressiven Drogenpolitik ist dies schon mehrfach durchexerziert worden. Das Ergebnis war klar: Drogen sind kein Strafrechts- sondern ein Gesundheitsproblem. Konsequenzen hatten diese Einsichten hierzulande leider nicht.

Um Missverständnisse zu vermeiden. Das ist kein Votum für ein betriebswirtschaftliches Denken in der Rechtspolitik. Es ist vielmehr ein strategischer Zug in schlechten Zeiten für rechtspolitische Vernunft, bei dem es darum geht, Gehör zu finden.

Apropos Betriebswirtschaft und ökonomische Rationalität. Der Justiz fehlt, bei aller Rede von Wirkungsorientierung und Kosten ein empirisch und theoretisch fundiertes Verständnis der eigenen Praxis. Rechtspolitik findet hierzulande im Blindflug statt. Gesetze werden verabschiedet, treten in Kraft und werden angewendet oder auch nicht – was da aber geschieht nach der Veröffentlichung einer neuen Regelung im Bundesgesetzblatt, das weiß man zumeist nicht und oft interessiert es die Politik auch nicht. Hier betreten wir das Feld der Evaluation und da mangelt es an allen Ecken und Enden. Das liegt zum einen an der oft unübersichtlichen Datenlage, zum anderen am fehlenden Problembewusstsein. Es mangelt aber in erster Linie an einem Verständnis, das die Justiz als System oder Organisation begreift. Nach wie vor herrscht eine Vorstellung von der Unabhängigkeit der Justiz und vor allen Dingen von der Unabhängigkeit der Richter, die eine normative Maxime mit empirischen Handlungsmotiven verwechselt. Es wäre an der Zeit, das „non“ aus der ehrwürdigen Maxime „*index non calculat*“ zu streichen. Die normative Setzung des unabhängigen Richters wirkt als schwach transzendentale Unterstellung, um es rechtsphilosophisch auszudrücken. Sie liefert aber keine Beschreibung richterlichen Handelns oder juridischer Rationalität. Es ist relativ leicht, die Wirksamkeit einer Reform zu prognostizieren, deren Erfolg von

richterlichem Entscheidungshandeln abhängt. Schlägt sich die Innovation in der Tätigkeitsbewertung des individuellen Richters positiv nieder, erspart sie ihm Arbeit und Aufwand, dann wird sie erfolgreich sein. Im anderen Fall nicht. Prosaisch formuliert ist es die behördeneinterne Anreizstruktur, die mit einer Innovation angebotenen Incentives, die letztlich über den Erfolg oder Misserfolg einer Reform entscheiden.

Insgesamt gibt es also für die Rechtssoziologie eine Reihe von Anschlusspunkten an den öffentlichen Diskurs, die Praxis des Rechts und der Gesetzgebung. Voraussetzung dafür ist, dass man sich nicht scheut, sich gelegentlich die Finger schmutzig zu machen mit Aktionen und strategischen Zügen, die aus der Warte der reinen Lehre problematisch erscheinen mögen.

E. Empirie und Methode

Lassen Sie mich abschließend nach diesen vielleicht etwas zu optimistischen Ausführungen über die möglichen Praxisbezüge der Rechtssoziologie wieder eine etwas kritisch-distanziertere Haltung einnehmen. Ich möchte abschließend noch ein paar Überlegungen zur Empirie der Rechtssoziologie oder Rechtstatsachenforschung formulieren. Foucault hat einmal gesagt, das Gefängnis habe den Kriminellen in seiner modernen Form hervorgebracht. Das Gefängnis war die institutionelle Oberfläche, die den Verbrecher als Objekt der wissenschaftlichen Analyse sichtbar mache. Ähnliches ließe sich für die Rechtstatsachen formulieren. Es ist die bürokratische, akten- und verwaltungsförmige Schriftlichkeit der Justiz, die das Objekt der Rechtssoziologie hervorbringt. Nicht umsonst wird die Aktenanalyse als der Königsweg der rechtssoziologischen Forschung gepriesen. Dank der technischen Aufrüstung der Justiz haben wir einen Dokumenteneinbringungsservice und eine Verfahrensautomation Justiz, im Jargon auch unter dem Kürzel VJ bekannt. Es gibt den elektronischen Akt, der auf Knopfdruck durch das Labyrinth der Verfahrensabläufe zu verfolgen ist. Und damit multiplizieren sich im Prinzip die Möglichkeiten der empirischen Forschung mit Verwaltungartefakten. Wir haben selbst am IRKS über Jahre hinweg ein Forschungsprojekt über Datengrundlagen der Justiz verfolgt und ich hatte immer den Eindruck, dass die Kollegen, die sich dort akribisch in die diversen Stollen der Justizdaten vorgearbeitet haben, eine besondere Affinität zu dieser Art von Tätigkeit unter Tage hatten. Was uns hier begegnet, ist ein Problem, dass aus der empirischen soziologischen Forschung bekannt ist. Die Arbeit mit Surveydaten gestaltet sich am Ende der Auswertung als hochkomplex. Die Rechenverfahren, die sich numerisch kodierter Daten bedienen, haben eine hohe Eleganz. Aber was dabei aus dem Blick gerät, sind die Prozesse der Erzeugung dieser Daten. Die hier einschlägigen Debatten werden den sozialwissenschaftlich Interessierten

unter Ihnen bekannt sein. Der Punkt, um den es mir hier geht, ist die Spezifik, die eigentümliche Realitätskonstruktion, die mit der Verwendung solcher Daten einhergeht. Ich kenne in Österreich keine Untersuchung über die Produktion von Justizakten. Niemand setzt sich in die Kanzleien und schaut den Bediensteten zu, wie sie Akten ergänzen. Es gibt keine Ethnographie der Schriftlichkeit der Justiz. Damit wird jedoch ein wichtiger Teil der justiziellen Rechtswirklichkeit ausgeblendet, ein Teil, der auch interessante theoretische Einsichten generieren könnte. Manchmal scheint mir die entlang der justiziell produzierten Datensätze arbeitende rechtssoziologische Forschung wie der Betrunkene, der nachts am Laternenpfahl lehnt und auf dem Boden umherschaut. Auf die Frage eines Polizisten, was er denn da mache, meint er, er würde seinen Schlüssel suchen. Ob er ihn denn hier verloren habe, will der Polizist wissen. Das wisst er nicht, antwortet der Betrunkene, aber hier im Lichtkegel der Straßenlampe sei es hell, da könne er etwas sehen. Im Hinblick auf die Kooperation mit den verschiedenen Praxisfeldern ist es sicher sinnvoll, wenn sich die Rechtssoziologie in diesem Lichtkegel bewegt und die Justizempirie für bare Münze nimmt. Man kann sich über die Dinge, die jeder sieht und kennt schneller einigen als über Unbekanntes, nicht Anschlussfähiges.

Andererseits, und das vielleicht als optimistische Schlussbemerkung, könnte es uns nicht schaden, hin und wieder unser eigenes Licht anzuzünden, den Geist leuchten zu lassen und uns aus dem Lichtkegel hinaus in die unerforschte Dunkelheit zu begeben. In diesem Sinne vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

PD Dr. Reinhard Kreissl
Institut für Rechts und Kriminalsoziologie
Museumstraße 5/12, A-1070 Wien
Telefon: 01/526 15 16-22
reinhard.kreissl@irkss.at

Walter Fuchs

Unternehmen bestrafen

Zu Normentstehung und Rechtswirklichkeit des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG)¹

A. Societas delinquere non potest?

Können Unternehmen kriminell werden? Können sie für Verbrechen und Vergehen, die aus ihrer Sphäre heraus begangen werden, verantwortlich gemacht werden? In ökonomischen Krisenzeiten, in denen die mitunter unheimlichen Auswirkungen des globalen Finanzgeschehens in ihrer Unkontrollierbarkeit – wie der Kulturwissenschaftler Joseph Vogl in seinem viel beachteten Werk „Das Gespenst des Kapitals“ festhält² – geradezu schicksalhafte Züge annehmen, sind diese Fragen nicht nur akademisch bedeutsam. Rahmenbedingungen einer „strukturierten Verantwortungslosigkeit“, wie sie für viele gegenwärtige Unternehmenskulturen als typisch ausgemacht worden sind,³ geben Diskussionen um kollektive Zurechnungsmodelle eine ganz besondere Aktualität und Relevanz. Die Einsicht, dass Straftaten, die aus Firmen heraus zu deren Vorteil verübt werden, weniger mit individuellen Defiziten oder kriminellen Neigungen durchaus austauschbarer Mitarbeiter, sondern mehr mit dem organisatorischen und kulturellen Umfeld des Wirtschaftens zu

¹ Bei diesem Text handelt es sich um eine geringfügig erweiterte und mit Fußnoten versehene Fassung meines Vortrags, den ich am 13.6.2013 bei der sechsten Tagung „Rechtstatsachenforschung heute“ an der Universität Innsbruck gehalten habe. Teile des Beitrags erscheinen in ausführlicherer Form in *Fuchs Die Normgenese des Unternehmensstrafrechts – Eine Fallstudie anhand des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes*, ZFRS 2014. Anlass zur Beschäftigung mit der Materie bot ein Evaluationsprojekt, mit dem das Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie vom Bundesministerium für Justiz betraut wurde (aus dieser Studie stammen auch die hier vorgestellten Ergebnisse zur Gesetzeswendung); *Fuchs/Kreisl/Pilgram/Stangl Generalpräventive Wirksamkeit, Praxis und Anwendungsprobleme des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG)*. Eine Evaluierungsstudie (2011). Das Justizressort hatte seinerseits einen Berichtsauftrag des Nationalrates zu erfüllen (Entschließung E 138-NR/XXII. GP).

² *Vogl Das Gespenst des Kapitals* (2010) 178.

³ *Honnegger/Neckel/Magnin Strukturierte Verantwortungslosigkeit – Berichte aus der Bankenwelt* (2010).

tun haben, wird auch durch Befunde der sozialwissenschaftlichen Kriminalitätsforschung gestützt.⁴

Dennoch klingt die Frage, ob Weltkonzerne oder aber auch mittelständische Betriebe straffällig werden können, alltagsweltlich betrachtet zunächst einmal ähnlich abwegig wie die Frage, „ob die Armbanduhr ein schlechtes Gewissen hat, wenn sie stehen bleibt“⁵. Zu sehr scheinen die gesellschaftlich weithin geteilten kulturellen Narrative der „Institution Verbrechen & Strafe“⁶ auf individuelle Täter abzuzielen. Auch in sozialkritischen „Tatort“-Folgen mag man sich juristische Personen nur schwer als Bösewichte vorstellen (auch wenn es dramaturgisch durchaus reizvoll wäre). Organisationen können als solche nicht in Handschellen abgeführt werden, auf der Anklagebank Platz nehmen oder ins Gefängnis gehen. Als Adressaten von Strafe als einem „mit Tadel verbundenen Übel“⁷ erscheinen Firmen nicht leicht zu greifen:⁸ sie haben nach einem in der Literatur zur Unternehmensverantwortlichkeit gerne zitierten Diktum „no soul to damn and no body to kick“.⁹ Das auf den ersten Blick unschwer als ein – möglicherweise fragwürdiges – Konstrukt durchschaubare Gegenbild eines „beselten“ Betriebs löst nicht nur unter Wirtschaftsverttern heftige Widerstände aus. Für den französischen Philosoph Gilles Deleuze war es ein Vorbote der kommenden ‚Kontrollgesellschaft‘, die gemäß seiner ziemlich dystopischen Zeitdiagnose die alte „Disziplinargesellschaft“, wie sie noch sein Freund und Kollege Michel Foucault¹⁰ beschrieben hatte, ablösen werde: „Man bringt uns bei, dass die Unternehmen eine Seele haben, was

⁴ Siehe etwa Vaughan Toward Understanding Unlawful Organizational Behaviour, Michigan Law Review 80 (1982) 1377 ff; Coleman Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime, American Journal of Sociology 93 (1987) 406 ff; Shapiro Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime, American Sociological Review 55 (1990) 346 ff; Karliczek Strukturelle Bedingungen von Wirtschaftskriminalität – Eine empirische Untersuchung am Beispiel der Privatisierungen ausgewählter Betriebe der ehemaligen DDR (2007); Gräger Korruption und Kultur bei der Siemens AG – Eine Handlungs-Struktur-Analyse, in Graeff/Schröder/Wolff (Hg) Der Korruptionsfall Siemens – Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland (2009).

⁵ Korenjak/Ungericht/Raith Unternehmen als verantwortungsfähige Akteure – Ein Beitrag zur Zurechenbarkeit von Verantwortung in Zeiten der Globalisierung, in Gerber/Zanetti (Hg) Kollektive Verantwortung und internationale Beziehungen (2010) 137.

⁶ Cremer-Schäfer/Steinert Die Institution „Verbrechen & Strafe“ – Über die sozialstrukturellen Bedingungen von sozialer Kontrolle und sozialer Ausschließung, KrimJ 29 (1997) 243 ff.

⁷ Kienappel/Höpfel/Kert Grundriss des Strafrechts – Allgemeiner Teil¹¹ (2012) 4.

⁸ Vgl Coffee „No Soul to Damn, No Body to Kick“: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, Michigan Law Review 79 (1981) 386 ff.

⁹ Der Spruch geht auf eine rhetorische Frage zurück, die dem englischen Lordkanzler Edward Thurlow (1731-1806) zugeschrieben wird: „Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?“; zitiert nach Neuhäuser Unternehmen als moralische Akteure (2011) 9.

¹⁰ Siehe vor allem Foucault Überwachen und Strafen – Die Geburt des Gefängnisses (1976).

wirklich die größte Schreckens-Meldung der Welt ist“.¹¹ Auch wenn Deleuze dabei nicht die normative Ansprechbarkeit überpersonaler Akteure durch punitive Sanktionen im Auge hatte, sondern sich gegen neue Formen der Mitarbeitermanipulation in der flexiblen Dienstleistungsökonomie wandte (die nach ihm die alten Disziplinierungsmechanismen der „körperlichen“ Fabrik ersetzt haben, gegen die immerhin noch so etwas wie gewerkschaftlicher Widerstand organisiert werden konnte), so verweist seine Aussage doch darauf, dass das holistische Konzept eines Wirtschaftsverbandes als real existierendem Kollektivsubjekt offensichtlich Unbehagen zu erzeugen vermag – als handle es sich um eine Art Frankensteinisches Monster. Mit einem individualistischen Entwurf der juristischen Person, der diese – so wie Friedrich Carl von Savigny – lediglich als Fiktion begreift, ist die Idee „schuldiger“ Unternehmen jedenfalls nur schwer in Einklang zu bringen.¹² Im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht, das um die Wende zum 20. Jahrhundert eine strafrechtliche Unternehmenshaftung anerkannte,¹³ konnte sich in der europäischen Jurisprudenz jedenfalls bis in die jüngste Vergangenheit hinein der vermeintlich „natürliche“ Grundsatz der Deliktsunfähigkeit von Verbänden durchsetzen, der in einem pseudo-römischen Rechtsspruch zum Ausdruck kam: *societas delinquere non potest*.¹⁴

Überraschenderweise stellt jedoch gerade das Fehlen einer Verbandsstrafe den eigentlichen Ausnahmefall der Strafrechtsgeschichte dar. Dem Rechtshistoriker Harald Maihold zufolge ist die kriminalrechtliche Sanktionierbarkeit der

¹¹ Deleuze Postskriptum über die Kontrollgesellschaften, in *ders* Unterhandlungen 1972-1990 (1993) 260.

¹² Savigny bestritt denn auch, dass es so etwas wie Straftaten überindividueller Gebilde geben könne: „Das Criminalrecht hat zu thun mit dem natürlichen Menschen, als einem denkenden, fühlenden, wollenden Wesen. Die juristische Person aber ist kein solches, sondern nur ein Vermögen habendes Wesen, liegt also ganz außer dem Bereich des Criminalrechts. Ihr reales Dasein beruht auf dem vertretenden Willen bestimmter einzelner Menschen, der ihr, in Folge einer Fiction, als ihr eigener Wille angerechnet wird. [...] Alles, was man als Verbrechen der juristischen Person ansieht, ist stets nur das Verbrechen ihrer Mitglieder oder Vorsteher, also einzelner Menschen oder natürlicher Personen“; Savigny System des heutigen römischen Rechts II (1840) 312 f.

¹³ Richtungweisend war die Entscheidung *New York Central & Hudson River Railroad Co. vs. United States* – 212 U.S. 481 (1909). Der Supreme Court argumentierte in diesem Fall ganz offen mit rechtspolitischen Bedürfnissen: „We see no valid objection in law, and every reason in public policy, why the corporation [...] shall be held punishable by fine because of the knowledge and intent of its agents [...]. While the law should have regard to the rights of all, and to those of corporations no less than to those of individuals, it cannot shut its eyes to the fact that the great majority of business transactions in modern times are conducted through these bodies, [...] and to give them immunity from all punishment because of the old and exploded doctrine that a corporation cannot commit a crime would virtually take away the only means of effectually controlling the subject matter and correcting the abuses aimed at.“

¹⁴ Diese „Regel“ ist im römischen Recht nicht nachweisbar; Niggli/Schmuki Das Unternehmensstrafrecht (Art 100quater StGB/Art. 102 revStGB), Anwaltsrevue 2005, 347.

juristischen Person alles andere als neu: „Sie stammt nicht etwa ursprünglich aus dem anglo-amerikanischen Recht, von woher sie heute rezipiert wird, sondern es handelt sich um einen Reimport aus dem gemeinen europäischen Recht, das seit dem Mittelalter bis weit ins 18. Jahrhundert an der Bestrafung von Gesamtheiten festgehalten hatte.“¹⁵ Erst unter dem Einfluss aufklärerischer Diskurse konnte sich ein individualistisches Verantwortlichkeitsverständnis mit der Trias aus Verbrechen, Schuld und Strafe etablieren. Der französische Code Pénal von 1810 kannte dann ebenso wenig eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen wie das deutsche Reichsstrafgesetzbuch von 1871, das sich an Savignys Fiktionstheorie der juristischen Person anlehnte. Obwohl im Zuge der aufkommenden Industrialisierung Unternehmen als wirtschaftliche Akteure immer wichtiger wurden und ihre Strafbarkeit gelegentlich gefordert wurde – so etwa durch keinen Geringeren als Franz von Liszt¹⁶ – sollte die ausschließlich mögliche Individualhaftung bis zum Ende des 20. Jahrhunderts im Kriminalrecht der europäischen Staaten vorherrschend bleiben.¹⁷

Mittlerweile werden Unternehmen jedoch auch diesseits des Atlantiks in vielen Staaten unter bestimmten Bedingungen wie Menschen kriminalrechtlich verfolgt und sanktioniert – und zwar ohne dass man sich um die ethisch-philosophischen Probleme oder um die strafrechtsdogmatische Stimmigkeit der Verantwortungszuschreibung an Kollektive allzu sehr kümmern würde. Daran wird deutlich, dass es sich bei der kriminalrechtlichen Deliktsfähigkeit – so wie bei der Rechtssubjektivität im Allgemeinen – soziologisch gesehen gar nicht um eine dem Recht vorgängige faktische Qualität, sondern um eine Realfiktion der Rechtspraxis handelt, der weder konkrete psychische Zustände

¹⁵ Maibold Die Geschichte der Verbandsstrafe (2005) 2. Es wäre daher geschichtsblind, den Trend zur Strafbarkeit juristischer Personen einfach als „Amerikanisierung“ des Strafrechts zu deuten.

¹⁶ „Das Körperschaftsverbrechen ist rechtlich möglich. Denn einerseits sind die Voraussetzungen für die Handlungsfähigkeit der Körperschaft auf dem Gebiete des Strafrechts grundsätzlich keine andern als auf jenen des Zivilrechts oder [...] auf dem des öffentlichen Rechts [...]. Anderseits ist die Körperschaft auch Trägerin von Rechtsgütern [...], die strafweise geschmälert oder vernichtet werden können [...]. Und seine Anerkennung ist empfehlenswert. Denn einerseits gewinnt die Handlung, hinter welcher nicht ein einzelner oder mehrere, sondern die Körperschaft steht, andre und erhöhte Bedeutung [...]. Anderseits widerspricht es ebenso sehr dem Gefühl der Gerechtigkeit wie den Grundsätzen richtiger Kriminalpolitik, den eigentlich Schuldigen straffrei zu lassen, das Organ fremden Willens aber mit der vollen und ausschließlichen Verantwortlichkeit zu beladen“; Liszt Lehrbuch des deutschen Strafrechts¹⁰ (1900) 101 f.

¹⁷ Vgl Stessens Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective. The International and Comparative Law Quarterly 43 (1994) 493 ff; Weigend Societas delinquere non potest? A German Perspective, International Journal of Criminal Justice 6 (2008) 927 ff.

noch rechtswissenschaftliche Modelle je zur Gänze entsprechen.¹⁸ Mit diesen kommunikativ hergestellten Subjektivitätsunterstellungen werden bestimmte Zurechnungsprobleme gelöst. In dieser Sichtweise ist rechtliche Handlungsfähigkeit – auch die von Menschen – somit stets sozial konstruiert. Sie ist jedoch insofern mehr als ein bloßes Phantasiurgebilde, als sie die Grundlage für wirksame rechtliche Operationen darstellt, die wiederum die soziale Wirklichkeit formen. Der strafrechtliche Zusammenhang zwischen Personalität und Verantwortlichkeit hat daher mit dem ontologischen Status kriminalisierter Subjekte gar nichts zu tun.¹⁹ Wirksame Kriminalisierungen sind allerdings auf Zuschreibungen ermöglichte Strafnormen und ihre tatsächliche Anwendung angewiesen. Neue Verantwortungskonzeptionen, die ihren Niederschlag im geschriebenen Recht finden, entwickeln sich, so lässt sich vermuten, stets im Gefolge gesellschaftlicher Problemdiskurse.²⁰

Dies lenkt den Blick auf das Entstehen von Strafgesetzen. In der Rechtssoziologie ist die Genese von Kriminalnormen traditionellerweise meist ziemlich herrschaftsfunktionalistisch erklärt worden: das Strafrecht wurde – wenn schon nicht von seinen beabsichtigten Wirkungen her, dann doch im Effekt – als eine „Waffe in einem sozialen Konflikt“²¹ zum Schutz der dominanten politischen und ökonomischen Verhältnisse angesehen.²² Für viele Neukriminalisierungen und Strafrechtsverschärfungen in gegenwärtigen westlich-kapitalistischen Gesellschaften ist diese Perspektive als eine erste Annäherung bestimmt auch weiterhin völlig zutreffend. Die Entstehung eines Strafgesetzes, das von seiner *ratio* her auf kriminogene Organisationsstrukturen in grös-

¹⁸ Hutter/Teubner Der Gesellschaft fette Beute – Homo Oeconomicus und Homo Juridicus als kommunikationserhaltende Fiktionen, in Fuchs/Göbel (Hg) Der Mensch – das Medium der Gesellschaft? (1994) 110 ff.

¹⁹ Das verdeutlicht auch eine historische Betrachtungsweise: Strafprozesse wurden im früheren Zeiten gegen Tiere geführt; siehe Fischer Tierstrafen und Tierprozesse – Zur sozialen Konstruktion von Rechtssubjekten (2005). Heute wird bereits ernsthaft eine kriminalrechtliche Verantwortungsfähigkeit von Robotern, Automaten und komplexen Algorithmen diskutiert; Matthias Automaten als Träger von Rechten. Plädoyer für eine Gesetzesänderung (2008). Tierprozesse waren indessen nicht einfach nur Manifestationen einer bizarren Irrationalität finsterer Epochen: So wurden etwa im antiken Athen bis in die hellenistische Periode hinein im Prytaneion Verfahren gegen Tiere, unbekannte Täter und leblose Gegenstände geführt, die den Tod eines Menschen verursacht hatten. Die gemeinsame Kompetenz für diese Typen von „Rechtsfällen“ zeigt, dass es dabei um Probleme „objektiver Schuld“ ging. Die (religiös konnotierte) „Bestrafung“ hatte dann den – gesellschaftlich durchaus funktionalen – Zweck einer symbolisch-rituellen Kontingenzbewältigung; Dietrich Kollektive Schuld und Haftung (2010) 290; vgl. Barta „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland II/1 (2011) 282 f.

²⁰ Vgl Korenjak/Ungericht/Raith (2010) 150.

²¹ Türk Law as a Weapon in Social Conflict, Social Problems 23 (1976) 276.

²² Für einen Überblick siehe Hebbrecht Kapitalismus, Staat, Zivilgesellschaft und Strafgesetzgebung in der Spätmoderne, KrimJ 42 (2010) 129 ff.

ßen Unternehmen abzielt (und damit auf soziale Gebilde, in denen sich wirtschaftliche Macht geradezu kondensiert), ist mit solchen Forschungsansätzen aber nicht leicht in den Griff zu bekommen. In meiner ausführlicheren Analyse der Normgenese des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG)²³ habe ich einen mehrstufigen heuristischen Rahmen vorgeschlagen, der sich um die Begriffe *Diskurs*, *Interesse*, *Eigenlogik* und *Habitus* organisiert. Die theoretischen Grundlagen dafür, die ich hier aus Platzgründen nicht ausführen kann, bilden diskurs- und systemtheoretische Ansätze sowie die Feld- und Habitustheorie Pierre Bourdieus.

B. Die Genese des VbVG

Zur konkreten Normentstehung lassen sich zwei „Geschichten“ erzählen, die sich etwas vereinfacht als „Mythos“ und „Realität“ bezeichnen ließen. Der eigentliche Grund für die Gesetzgebung des 2006 in Kraft getretenen VbVG, das in Österreich eine Unternehmensverantwortlichkeit im gerichtlichen Strafrecht geschaffen hat,²⁴ lag in der europäischen und internationalen Rechtsentwicklung.²⁵ Im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit innerhalb der Europäischen Union – „prä-Lissabon“ also innerhalb der sogenannten „dritten Säule“ – wurde im Jahr 1997 das „Zweite Protokoll zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“²⁶ beschlossen. Dieses Protokoll verpflichtet die Mitgliedsstaaten, eine Verantwortlichkeit juristischer Personen für bestimmte Straftaten vorzusehen, und zwar für Betrug, Geldwäsche und Bestechung. Zahlreiche weitere Rechtsakte – nicht nur der EU, sondern auch der OECD, des Europarates und der Vereinten Nationen – haben diesen Deliktskatalog erheblich ausgeweitet, und zwar weit über die „finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften“ im engeren Sinne hinaus. Die Staaten sind verpflichtet, für eine ganze Fülle von Tatbeständen die sogenannte europäische „Sanktionen-Trias“ bereitzuhalten, nämlich wirksame, angemessene und abschreckende, wenn auch nicht notwendigerweise kriminalrechtliche Maßnahmen.²⁷

²³ Fuchs (2014).

²⁴ Einen aktuellen Überblick zur Gesetzesmaterie gibt Zeder Das österreichische Unternehmensstrafrecht (VbVG) – Konzept und erste Erfahrungen, AnwBl 2013, 415 ff.

²⁵ Vgl Pietth/Ivor, Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview, in *dies* (Hg) Corporate Criminal Liability – Emergence, Convergence and Risk (2011) 9 ff; Zeder Die Strafbarkeit von juristischen Personen in Europa, in Hotter/Lunzer/Schick/Soyer (Hg), Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung (2010) 225 ff.

²⁶ AbI C 221 vom 19.7.1997.

²⁷ Siehe ErläutRV 994 BlgNR 22. GP.

Die supranationale Verankerung der Verantwortlichkeit von Unternehmen für Straftaten, die aus ihrer Sphäre heraus begangen werden, lässt sich als Ergebnis einer Dialektik aus Freiheit, Protektionismus und punitiv orientierter Kontrolle begreifen. Mit der europäischen Integration gehen der Abbau von Grenzkontrollen und der Ausbau des Binnenmarkts einher. Letzterer ist in bestimmten Sektoren freilich keineswegs „frei“, sondern durch ein differenziertes Förderwesen strukturiert. Unternehmen gewinnen dadurch auf europäischer Ebene nicht nur neue Freiheiten grenzüberschreitenden Operierens, sondern auch neue Anreize, Subventionen zu lukrieren – sei es auf legale oder nicht ganz so legale Art und Weise.²⁸ Genau das erzeugt, wie es scheint, einen erheblichen Bedarf an abschreckungsgläubiger Regulierung. Die Befürworter der Strafrechtsangleichung innerhalb der Union nehmen sich jedoch schon bald auch ganz anderer kriminalpolitischer Themen an, die mit vermuteten grenzüberschreitenden ernsten Gefährdungen zu tun haben, ansonsten aber mit dem Phänomen betrügerisch erlangter Beihilfen wenig Gemeinsamkeiten aufweisen. Die einschlägigen EU-Normen zeichnen sich dabei durch eine „fast ausschließlich repressive Orientierung“²⁹ aus. Die dazugehörigen Problematisierungen im Rahmen der EU-Bürokratie gehen jedenfalls von der suggestiven Vorstellung äußerst strategisch und rational handelnder krimineller Organisationen aus. Damit reihen sie sich in den symbolisch aufgeladenen Diskurs über „organisierte Kriminalität“ ein, als dessen besonderes Merkmal es gelten kann, dass der Begriff keinen klar bestimmbaren Gehalt aufweist, wobei der diffus bleibenden Bedrohung allerdings eine sehr viel eindeutigere Übereinstimmung dazu gegenübersteht, wie dagegen vorgegangen werden soll.³⁰

In einer insgesamt ziemlich bunten Diskurskoalition wird das Etablieren der Strafbarkeit juristischer Personen aber nicht nur im Kontext technokratischer Kreuzzüge gegen grenzüberschreitende organisierte Kriminalität angestrebt, sondern auch von vergleichsweise „progressiven“ Experten befürwortet, deren normative Interessen eher in Richtung Ökologie, Konsumentenschutz

²⁸ Wie Boers Wirtschaftskriminologie – Vom Versuch, mit einem blinden Fleck umzugehen, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 84 (2001) 351, unter Rückgriff auf systemtheoretische Überlegungen ausführt, ist das Erlangen öffentlicher Beihilfen durch wissentliche falsche Angaben unter restriktiven Förderbedingungen im Lichte „unternehmerischer, sachlich-wirtschaftlicher Implikationen“ kriminologisch gesehen ein durchaus zu erwartendes Phänomen. Das Rechtssystem kann dies kontrafaktisch-normativ als Betrug beobachten, könnte aber auch „die eigenen Programme überprüfen“.

²⁹ Zeder Europastrafrecht im Wandel, JRP 17 (2009) 172.

³⁰ Vgl. Albrecht/Braum Defizite Europäischer Strafrechtsentwicklung, Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 81 (1998) 460; Luczak Organisierte Kriminalität im internationalen Kontext – Konzeption und Verfahren in England, den Niederlanden und Deutschland (2004).

und soziale Gerechtigkeit gehen. Exemplarisch genannt sei hier der deutsche Strafrechtswissenschaftler Günter Heine, dessen Werk als Blaupause für die Gestalt des österreichischen Unternehmensstrafrechts gedient hat.³¹ In der etwas besserwisserischen Sprache der kritischen Kriminologie könnte man polemisch zugespitzt konstatieren, dass hier die Programme „typischer“ und „atypischer Moralunternehmer“³² konvergieren.

Aber nun zur Ebene der nationalen Umsetzung. Der Legist im Justizministerium, der selbst von der Sinnhaftigkeit des Unternehmensstrafrechts durchaus überzeugt war, musste auf innerstaatlicher Ebene die komplexe Aufgabe erfüllen, in Diskussion mit allen entscheidenden Interessensvertretern die Eigengesetzlichkeiten verschiedener sozialer Subsysteme oder Felder dogmatisch vertretbar unter einen Hut zu bringen. So schien es zB aus einer rechtssystematischen und verfassungsrechtlichen Eigenlogik – sozusagen aus der Architektur der österreichischen Rechtsordnung heraus – relativ klar angezeigt, das Zweite Protokoll zum Finanzschutzübereinkommen im Kriminalrecht umzusetzen. Genau das war jedoch wiederum politisch schwer durchzubringen. In einer aufschlussreichen Passage des Interviews, das ich mit ihm geführt habe, schildert er seinen Ansatz:

Ich habe sicher zuerst eher einen theoretischen Zugang dazu gehabt und habe überlegt, wie das ganze konstruiert sein könnte. Ich habe dann diesen Artikel in der ÖJZ³³ geschrieben, habe auch sehr viel mit der Marianne...mittlerweile Hilf³⁴ geredet und habe mich sehr viel ausgetauscht in der Richtung. Das Heine-Buch³⁵ war wichtig. Aber der Blick auf das, was politisch überhaupt machbar ist, war natürlich schon auch da [...]. Das ist eben der Job, den wir als Legisten haben, und der in anderen Bereichen der Kriminalpolitik genauso ist [...]; und das können wir auch, diese Verbindung zwischen Rechtstheorie und Blick auf die Politik. Und sozusagen versuchen, die verschiedenen politischen Akteure auch irgendwie in einen Diskussionsprozess einzubeziehen.

Was hat es aber nun mit dem vorher angekündigten „Mythos“ auf sich? Bis heute hält sich die unzutreffende Erzählung, das VbVG sei eine direkte Folge

³¹ Heine Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen (1995).

³² Vgl Scheer Atypische Moralunternehmer, KrimJ 1. Beiheft 1986 (1986) 133.

³³ Zeder, Ein Strafrecht juristischer Personen – Grundzüge einer Regelung in Österreich, ÖJZ 2001, 630 ff.

³⁴ Marianne Hilf (vormals Löschnig-Gspandl), zurzeit Inhaberin des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen, hatte sich im Jahr 2003 an der Universität Graz zum Unternehmensstrafrecht habilitiert; vgl. Löschnig-Gspandl Zur Bestrafung von juristischen Personen, ÖJZ 2002, 241 ff.

³⁵ Gemeint ist Heine (1995).

des Seilbahnunglücks von Kaprun im Jahr 2000, bei dem im Gefolge eines brennenden Heizlüfters 155 Menschen ums Leben kamen – nahezu ebenso viele übrigens wie bei den Bauarbeiten am berühmten Kraftwerk Kaprun; eine Koinzidenz, die die Literaturnobelpreisträgerin Elfriede Jelinek zu ihren Theaterstücken „In den Alpen“ und „Das Werk“ inspiriert hat. Die Gletscherbahnbetreiber wurden bekanntlich nach einem vielkritisierten Verfahren freigesprochen. Bei der Urteilsverkündung im Jahr 2004 bemerkte der Richter, der dabei im grellen Rampenlicht der internationalen Medienöffentlichkeit stand, „nur Menschen, aber nicht Firmen“ könnten strafrechtlich schuldig sein. Der – damals bereits fertige – Gesetzesentwurf wurde daraufhin auf der nationalen politischen Ebene erfolgreich als entschlossene Antwort auf die von Journalisten und Opfervertretern bereitwillig aufgegriffene „Strafbarkeitslücke“ inszeniert.³⁶ So entstand die Mär von der „Lex Kaprun“, die gleichermaßen von sogenannten Qualitätszeitungen wie von rechtswissenschaftlichen Arbeiten weiterverbreitet wurde.³⁷ Eine Unternehmensstrafbarkeit hätte unterdessen gar nichts am Verfahrensausgang geändert, da das Gericht bereits das Vorliegen eines objektiv sorgfaltswidrigen Verhaltens verneint hatte.

Die von vielen als unbefriedigend empfundene juristische Aufarbeitung des Unglücks von Kaprun war nun aber tatsächlich imstande, politische Widerstände gegen das Unternehmensstrafrecht aus dem Weg zu räumen. Die Wirtschaftsvertreter und die ÖVP im damaligen Kabinett Schüssel II hatten das Gesetzprojekt nämlich zuvor nach Kräften blockiert, sodass eine Art Pattstellung erreicht war, die den Beschluss des Unternehmensstrafrechts trotz abgelaufener Umsetzungsfrist hinauszögerte. Vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war das Strafrecht auch noch nicht in das Primärrecht der EU integriert, sodass Österreich kein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof gedroht hätte. Treffend zum Ausdruck bringt diese Entwicklungen wiederum der Legist:

Der Mythos hat einen wahren Kern. Falsch ist aber, dass wir erst nach Kaprun das Gesetz gemacht hätten. Sondern das Gesetz war praktisch fertig und ist bei mir in der Lade gelegen. Aber der Minister Böhmdorfer hat das Kaprun-Urteil dann genutzt, um auf der politischen Ebene zu sagen: ‚Na seht, wir brauchen es ja jetzt wirklich, und jetzt machen wir es auch‘. [...] Man kann durchaus sagen, dass einerseits die europäische internationale Ebene und dann eben dieser Kriminalfall sozusagen die entscheidenden Schubser gegeben haben, dass das Ganze dann gelaufen ist. [...] Im Hintergrund haben wir diese Umsetzungsverpflichtung gehabt, von der EU [...]. Ich bin da ganz illusions-

³⁶ Siehe zB Der Standard, 20.2.2004.

³⁷ Vgl Die Presse, 3.12.2004; Picout Lex Kaprun – Das österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) im Vergleich zu deutschem Recht (2006).

los. Ohne die hätten wir es sicher nicht durchgebracht. Also in Wirklichkeit waren [...] die SPÖ und auch die Grünen und die FPÖ dafür, wenngleich man sicher nicht sagen kann, dass das jetzt für die eine besondere Priorität war. Also besonders aktiv waren sie in Bezug auf das nicht, sondern das war schon das Ministerium. Und die Arbeiterkammer ist auch dahintergestanden, weil die ja irgendwie gesehen hat, dass so etwas aus Arbeitnehmerschutz- und Umweltschutzgründen durchaus sinnvoll sein kann. Und ganz klar dagegen war die Wirtschaft, und daher war an sich auch die ÖVP dagegen, oder wollte dann später, wie sie gesehen haben, ganz verhindern können sie es nicht, es dann möglichst harmlos halten.

Man sieht hier ganz gut, wie komplex, mehrstufig, chaotisch und von heterogenen Interessenskoalitionen geprägt die Genese von Strafrecht heute verlaufen kann. Nach den umstrittenen Kaprun-Freisprüchen war es für die Wirtschaft und die ÖVP politisch jedenfalls nicht länger opportun, den Normentstehungsprozess des VbVG zu blockieren. Es wurde nun vielmehr als ein Instrument dargestellt, das der Bewältigung von Großkatastrophen dienen könne, sozusagen als Mittel der Abhilfe gegen „risikogesellschaftliche“ Schadenskonstellationen. Letztlich kommen hier allgemeinere Tendenzen zum Ausdruck, schicksalhafte *Gefahren* diskursiv mehr und mehr in (scheinbar) beherrsch- und zurechenbare *Risiken* zu verwandeln.³⁸ „Unglück“ wird zunehmend als „Unrecht“ interpretiert.³⁹ Ein Zuschreibungsbedürfnis anderer Art steckt schließlich hinter der Ursprungserzählung vom VbVG als „Lex Kaprun“: eine Katastrophe ist als Ursache der Normgenese viel griffiger darstellbar als so etwas Abstraktes wie die europäische Strafrechtsharmonisierung.

C. VbVG in action

Doch wie sieht es nun mit der Anwendungspraxis des VbVG aus? Wenn man die empirischen Befunde zur Rechtswirklichkeit des österreichischen Unternehmensstrafrechts mit zwei Worten beschreiben müsste, so könnte man sagen: fragmentarisch und fragmentiert. Das war jedenfalls das Ergebnis unserer am IRKS durchgeführten Evaluationsstudie.

³⁸ Vgl Luhmann Risiko und Gefahr, in *ders* Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven (1990) 131 ff; siehe auch Beck, Risikogesellschaft (1986).

³⁹ Prittwitz Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft (1993) 381.

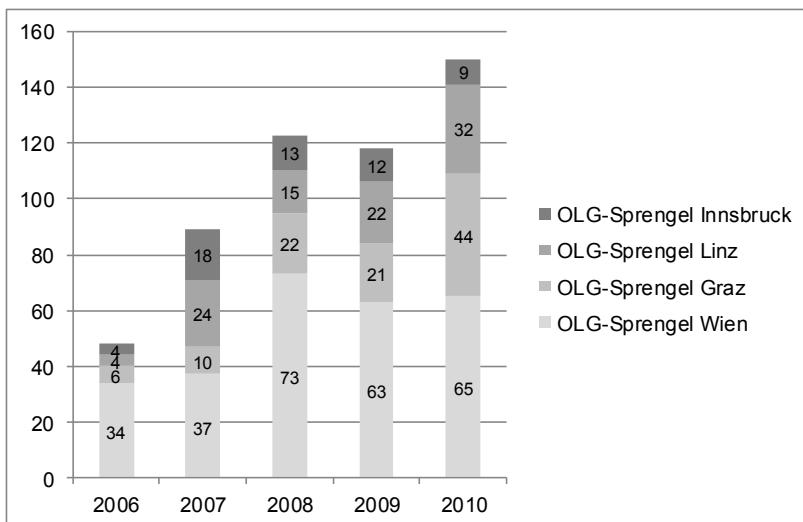


Abbildung 1: Anfallsentwicklung von VbVG-Verfahren, nach OLG-Sprengel, 2006-2010

Zunächst zum Fragmentarischen: Insgesamt weist das elektronische Aktenverwaltungssystem der Justiz im Beobachtungszeitraum von fünf Jahren in absoluten Zahlen nicht mehr als 528 Geschäftsfälle mit VbVG-Bezug aus. Wie Abbildung 1 veranschaulicht, ist von 2006 bis einschließlich 2010 eine tendenzielle Steigerung des Anfalls zu beobachten. Dennoch legen diese Zahlen nicht nur absolut, sondern auch relativ zur Population der „strafmündigen“ – d.h. unter den Anwendungsbereich des Gesetzes (siehe § 1 VbVG) fallenden – juristischen Personen nahe, dass dem Unternehmensstrafrecht im Alltag der Justiz nur eine sehr geringe Bedeutung zukommt. Auch wenn das Risiko, einem Verbandsstrafverfahren ausgesetzt zu sein, für die Unternehmensform der Aktiengesellschaft sowie für bestimmte Branchen – nämlich für Banken, Bau und Verkehr – im Vergleich zu sonstigen juristischen Personen deutlich erhöht ist und sich dem Kriminalisierungsrisiko natürlicher Personen immerhin annähert,⁴⁰ kann von einer routinemäßigen und flächendeckenden Anwendung des VbVG noch keine Rede sein.

⁴⁰ Fuchs / Kreissl / Pilgram / Stangl (2011) 66 f.

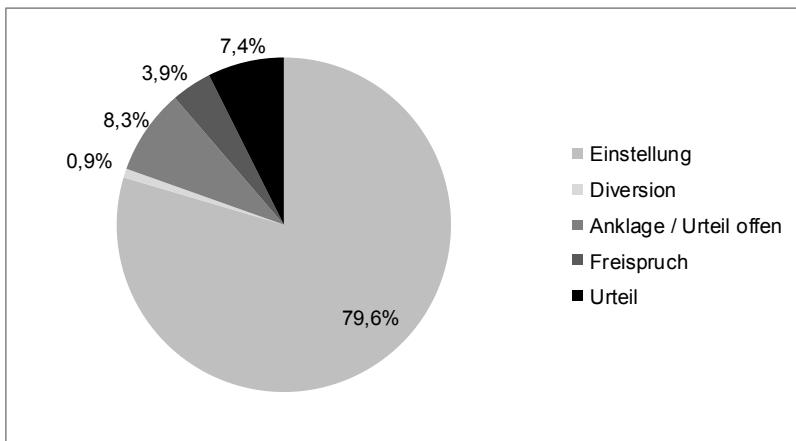


Abbildung 2: Erledigungen von VbVG-Verfahren 2006-2010 (Geschäftsfallzählung nach juristischen Personen)

Hinzu kommt, dass Verbandsstrafverfahren in der Regel ohne gravierende strafrechtliche Sanktionsfolgen für die Betroffenen erledigt werden. Die Möglichkeit der Diversion bleibt so gut wie ungenutzt. Nur in 7,4 % aller Geschäftsfälle kommt es zu einer Verurteilung (und damit zu einer sogenannten „Verbandsgeldbuße“), in 3,9 % zu einem Freispruch. Diese geringe Zahl an Urteilen erklärt auch, warum es sich bei der Materie des Unternehmensstrafrechts im Hinblick auf publizierte Höchstgerichtsentscheidungen bisher noch um eine „judikaturfreie Zone“⁴¹ handelt.

Die in Abbildung 2 wiedergegebenen Anteilswerte zur Verfahrenserledigung, die wir einer Sonderauswertung des elektronischen Aktenverwaltungssystems der Justiz entnommen haben, decken sich der Tendenz nach ganz gut mit den Ergebnissen anderer Datenquellen, die wir zum Zwecke der methodischen Validierung unserer Aussagen herangezogen haben. So schätzten von uns befragte Staatsanwältinnen und Staatsanwälte im Rahmen der von Experteninterviews die Einstellungsquote in VbVG-Fällen übereinstimmend mit annähernd 90 %.

⁴¹ Ruhri Unternehmensstrafrecht aus anwaltlicher Sicht, AnwBl 2013, 422.

Eine ganz ähnliche Größenordnung ergibt sich auch aus der quantitativen Auszählung einer im Rahmen der Studie gezogenen Aktenstichprobe.⁴² Dieses Sample kann im Hinblick auf die staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen über die Art der Beendigung von Ermittlungsverfahren gegen Unternehmen als durchaus repräsentativ betrachtet werden. Darin wurden 47 von insgesamt 53 Verfahren, in denen die Staatsanwaltschaft im Untersuchungszeitraum bereits eine inhaltliche Entscheidung getroffen hatte, eingestellt. Eine unserer Studie zum VbVG zeitnah vorangegangene groß angelegte Untersuchung zur neuen österreichischen Strafprozessordnung, die sich ebenfalls auf ein Sample von Akten aus Ermittlungsverfahren stützte, ermöglichte einen aussagekräftigen Vergleich mit der Einstellungsquote allgemeiner Strafverfahren.⁴³ Das – in Abbildung 3 auf der rechten Seite veranschaulichte – Ergebnis ist eindeutig und statistisch signifikant: Verfahren gegen Unternehmen werden viel öfter folgenlos eingestellt als Strafverfahren im Allgemeinen (88,7 gegenüber 56,3 %).

⁴² Stärken und Schwächen der einzelnen Zugänge sowie Gründe für beobachtete Abweichungen können hier nur angedeutet werden. Die Daten der Justizverwaltung bilden die Verfahrenserledigungen insofern nicht optimal ab, als sich die Menge der dort erfassten Geschäftsfälle nicht exakt mit der Menge der ihnen tatsächlich zugrundeliegenden Verfahrenssachverhalte deckt. Die Anzahl letzterer ist kleiner: So haben die 73 Verfahren der Aktenstichprobe insgesamt 99 Geschäftsfälle produziert. Die Gründe für das mehrfache Zählen eines Falles mit jeweils unterschiedlichen Geschäftszahlen sind vielfältig. Zu den wichtigsten zählen Ausscheidung, Abteilungswechsel, Rechtsmittel, Befassung der Oberstaatsanwaltschaft oder Anklageerhebung. Die Einstellungsquoten, die sich aus der Auszählung der Aktenstichprobe ergeben, dürfen somit präziser sein; deren geringe Größe bringt allerdings sehr breite Konfidenzintervalle mit sich (siehe Abbildung 3). Die Interviewaussagen einzelner Personen aus der Staatsanwaltschaft, die sehr gut mit den Stichprobenergebnissen übereinstimmen, können indessen durch selektive Wahrnehmung verzerrt sein. Trotz aller Unschärfe im Detail lässt sich jedoch insgesamt durch unterschiedliche methodische Zugänge validiert mit großer Sicherheit folgern, dass die Staatsanwaltschaft zwischen acht und neun von zehn Ermittlungsverfahren gegen Verbände ohne weitere Konsequenzen einstellt.

⁴³ Siehe *Birklbauer/Stangl/Soyer et al.* Die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens nach der Strafprozessreform – Eine rechtstatsächliche Untersuchung (2011) 107.

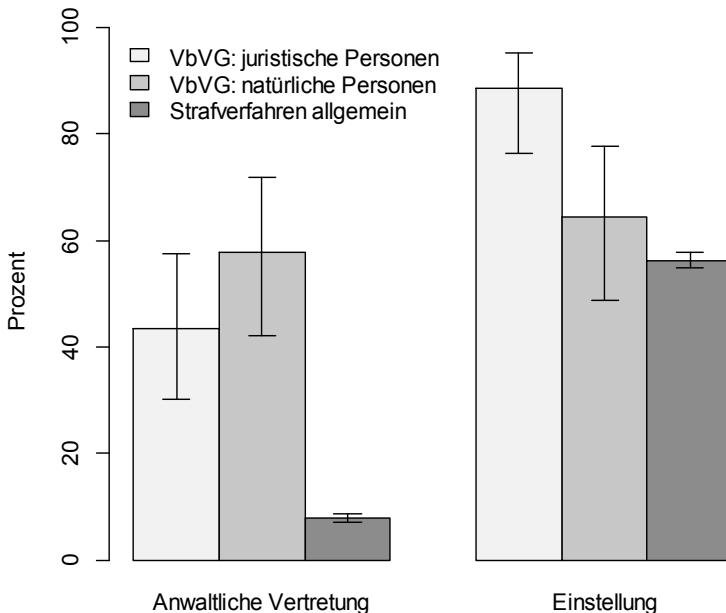


Abbildung 3: Quoten für anwaltliche Vertretung und Verfahrenseinstellungen im Vergleich juristischer und mitbeschuldigter natürlicher Personen in VbVG-Verfahren sowie Strafverfahren im Allgemeinen; jeweils mit 95-Prozent-Konfidenzintervallen

Man könnte nun meinen, dass dies mit der größeren Verhandlungsmacht wirtschaftlicher Akteure zusammenhängt. Tatsächlich sind nicht nur Verbände, sondern auch parallel zu ihnen beschuldigte natürliche Personen in VbVG-Verfahren viel öfter anwaltlich vertreten als Beschuldigte in allgemeinen Strafverfahren (43,4 bzw 57,8 gegenüber 7,9 %; siehe Abbildung 3 linke Seite). Im Hinblick auf die Einstellungsquoten verläuft der wesentliche Bruch jedoch nicht zwischen Verfahren, in denen auch nach VbVG vorgegangen wird und solchen, in denen dies unterbleibt, sondern zwischen Verbänden und Nicht-Verbänden. Der Anteil eingestellter Verfahren an jenen Strafprozessen gegen Menschen, in deren Zuge es auch zu Ermittlungen gegen juristische Personen gekommen ist (64,4 %), unterscheidet sich nicht signifikant vom Einstellungsanteil in allgemeinen Strafverfahren.⁴⁴ Die hohen Einstel-

⁴⁴ Das liegt allerdings auch an der geringen Größe der VbVG-Aktenstichprobe und den dadurch bedingten breiten Konfidenzintervallen. Die Annahme ist plausibel, dass es bei beschuldigten natürlichen Personen in Strafprozessen mit VbVG-Bezug, in denen es in aller Regel um betrieblich-wirtschaftliche Sachverhalte geht, tatsächlich öfter zur Einstellung kommt als bei Beschuldigten

lungsquoten bei Unternehmen können also gerade *nicht* mit erhöhten Verteidigungsressourcen der mitbeschuldigten Individuen erklärt werden. Offensichtlich antizipiert die Staatsanwaltschaft in einem hohen Anteil der Fälle die Erfolglosigkeit einer Anklage bzw. – technisch korrekt ausgedrückt – eines Antrags auf Verhängung einer Geldbuße. Dies dürfte, so wie die insgesamt eher zögerliche Anwendung des Unternehmensstrafrechts, nicht zuletzt auch eine Konsequenz des erweiterten Verfolgungsermessens sein, das § 18 VbVG den Anklagebehörden einräumt.

Hinweise auf Anwendungsprobleme des VbVG gibt eine typisierende qualitative Analyse der Aktenstichprobe (siehe die Übersichtsdarstellung in Tabelle 1). Sie zeigt zudem sehr unterschiedliche Akteure, Kalküle und Erfolgsausichten der Mobilisierung des VbVG, mithin also nicht nur eine fragmentarische, sondern auch eine fragmentierte Rechtsanwendung.

	Frustrationen und gescheiterte Beziehungen	betrügerische Rechtsformnutzungen	Probleme mit Steuer und Sozialversicherung	Arbeits- und Bahnunfälle	Interessenkonflikte im Schatten des Strafrechts	spezielle Compliance-Verfehlungen
Mobilisierung des VbVG	expressiv-symbolisch	verfahrens-taktisch	administrativ	administrativ- obligatorisch	instrumentell-abhilfeorientiert	administrativ bzw abhilfe-orientiert
Verbandsqualität	gegeben	prekär	prekär	gegeben	gegeben	gegeben
Verbandsverantwortlichkeit	diffus, Zurechnung unmöglich	virtuell, Zurechnung oft unmöglich	gegeben, Zurechnung oft untypisch	gegeben, Zurechnung oft komplex	gegeben, Zurechnung möglich	gegeben, Zurechnung möglich
Erfolgsausichten der Mobilisierung	minimal	gering	gering	gering bis mittel	mittel bis hoch	mittel bis hoch
spezialpräventive Effekte	minimal	minimal	gering	vorhanden	vorhanden	hoch

Tabelle 1: Phänomenologische Muster von VbVG-Fällen

ten im Allgemeinen. Eine von uns befragte Staatsanwältin, die auf die Verfolgung von Wirtschaftskriminalität spezialisiert ist, schätzte die Einstellungsquote in Wirtschaftsstrafsachen gegen natürliche Personen mit zwei Dritteln, was sich gut mit dem von uns erhobenen Wert von 64,4 % für neben Unternehmen mitbeschuldigte Menschen in VbVG-Verfahren deckt. Dieser Wert ist freilich immer noch viel geringer als der Anteil eingestellter Ermittlungsverfahren gegen juristische Personen.

Häufig kommt es durch Verwaltungsstellen in bestimmten Konstellationen zu routinemäßigen Anzeigen, etwa bei Steuerdelikten durch das Finanzamt oder bei Arbeits- und Eisenbahnunfällen durch das Arbeitsinspektorat. Aus unterschiedlichen Gründen ist die strafrechtliche Zurechnung in diesen Fällen aus Sicht der Staatsanwaltschaft allerdings oft entweder unmöglich, untunlich oder aber überaus komplex. Nicht existente Briefkastenfirmen sind durch eine Verbandsstrafe schließlich genauso wenig normativ ansprechbar wie zahlungsunfähige Kleinbetriebe, deren finanzielle Knappheit gerade den Hintergrund des vorgeworfenen Tatgeschehens bildet. Der Nachweis eines Organisationsverschuldens bei Unfällen setzt wiederum umfangreiche Ermittlungen und Gutachten voraus. Unternehmen können sich häufig auf den formalen Nachweis stattgefunder Sicherheitsbelehrungen berufen.

Eine in aller Regel völlig erfolglose Inanspruchnahme des VbVG geschieht mitunter aus gescheiterten privaten oder geschäftlichen Beziehungen heraus. Die Anzeige gegen ein Unternehmen kann hier als eher emotional gefärbter und hilfloser Versuch der Bewältigung erfahrener Unbill angesehen werden. Die Verbände, gegen die sich solche Anzeigen richten, sind zwar im Gegensatz zu insolventen oder Scheinfirmen meist greifbar, ein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten ist ihnen aber nicht zuzurechnen. Der objektive Unrechtsgehalt des Vorgeworfenen bleibt häufig diffus. Typischerweise vermag die StA bei den Beschuldigten auch keinen Vorsatz zu erkennen, sodass sie die Verfahren meist sehr schnell einstellt. Effekte des Unternehmensstrafrechts sind somit in solchen Fällen nicht zu erwarten, zumal die betroffenen juristischen Personen oft gar keine Kenntnis über das gegen sie geführte Verfahren erlangen.

Viel eher erfolgversprechend sind strategische Anzeigen professioneller privater Akteure, bei denen ein Vorgehen nach VbVG ein wesentliches Element des Kalküls der Geschädigten und ihrer Vertreter darstellt, ihre Interessen nach Kräften durchzusetzen. Auch wenn die strafrechtliche Zurechnung zum Verband nicht immer gelingt, verschieben allein schon die Ermittlungen die Verhandlungsgewichte derart, dass der Druck zum außergerichtlichen Vergleich sehr stark werden kann. Dies geschah etwa im Fall einer Bank, gegen die bereits medienwirksam Hausdurchsuchungen durchgeführt worden waren. Die präventiven Effekte und Erfolgsaussichten eines Vorgehens nach dem VbVG dürften sich in dieser Fallgruppe vergleichsweise günstig darstellen. Als „Erfolg“ haben – zumindest aus Sicht der Geschädigten – in diesen Fällen freilich nicht unbedingt Verurteilungen der Unternehmen zu gelten, sondern Zahlungen, die mit Hilfe des Druckpotenzials des VbVG erreicht werden.

In der gesamten Aktenstichprobe fanden sich überhaupt nur zwei verurteilende Entscheidungen. Betroffen war zum einen eine Getreidemühle, die laut Gericht für einen durch toxische Abwasseremissionen bedingten Umwelt-

schaden verantwortlich zu machen war. Zum anderen musste eine rechtspopulistische politische Partei eine Verurteilung wegen übler Nachrede hinnehmen, obwohl der individuelle Täter als Immunität genießender Landtagsabgeordneter nicht bestraft werden konnte.

D. Generalprävention und symbolisches Kapital

Ungeachtet der in den Daten der Justiz dokumentierten begrenzten Anwendung des VbVG im Rahmen von Ermittlungs- und Strafverfahren finden sich in Experteninterviews zahlreiche subtile Hinweise auf generalpräventive Effekte des Gesetzes. Beispielhaft dafür ist die Wahrnehmung eines Wirtschaftsanwaltes:

Also, Prävention innerhalb des Unternehmens sehe ich, da sehe ich durchaus eine präventive Wirkung. [...] Nämlich deshalb, weil es das Bewusstsein, wie wichtig strukturierte und nachvollziehbare Abläufe sind, über die Compliance-Normen hinaus etwas geschärft hat. Ich glaube, es ist mehr...es hat sicher zumindest in den Rechtsabteilungen oder bei den Risk Managern von großen Unternehmen das Bewusstsein dafür geschärft, ich kann dort auf einmal selber auch auf dem Präsentierteller stehen als angeklagtes, sozusagen angeklagtes Unternehmen, und wann immer ich dieses Thema anschneide, steigt die Aufmerksamkeit sprungartig. Nicht so sehr aus konkreter Furcht, dass man dann zu exorbitanten Strafen verdonnert werden würde, weil die Strafen sind in einer Höhe, die vernünftige Unternehmen nicht wirklich kümmern würde.

Entscheidend ist hier also nicht die Angst vor der Geldbuße also solcher, sondern vor dem Verlust *symbolischen Kapitals*, etwa im Hinblick auf Markenimage und Kundenvertrauen. In diesem Zusammenhang schafft das VbVG nicht nur Informations- und Beratungsaufgaben, sondern liefert auch Legitimation für Interessenvertretungen und Fachverbände im Bereich der Wirtschaft. Es erhöht die Marktchancen für Anbieter von Risikoanalysen und Versicherungen, Unternehmensberatungen und Rechtsdienstleistungen. Unsere Untersuchung konnte zeigen, dass das VbVG hier auch neue Informations-, Beratungs- und Versicherungsprodukte hervorgebracht hat.

Das Gesetz stärkt darüber hinaus die Position von Strafjuristen bzw.-verteidigern im wirtschaftlichen Feld.⁴⁵ Es erhöht die strategische Stellung von internen Rechtsbeauftragten und generell legalistischen Argumenten in

⁴⁵ Vgl. etwa nur *Ruhri* (2013); *Soyer* Neues Unternehmensstrafrecht und Präventionsberatung. Grundzüge des Entwurfs eines Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) – neue Herausforderungen für die Anwaltschaft! AnwBl 2005/1, 11-16.

Unternehmens- und Beratungszusammenhängen gegenüber rein ökonomischen Betrachtungsweisen. So erzählte uns etwa eine Wirtschaftsanwältin, früher in einer Unternehmensberatungsfirma tätig und auf Arbeitszeitmodelle spezialisiert, von ihrer Erfahrung mit risikobereiten, zum Teil als unangenehm skrupellos erlebten Klienten, die ohne weiteres Arbeitsrechtsverletzungen in Kauf genommen hätten. Das VbVG sei hier eine Möglichkeit gewesen, Wünschen nach offen rechtswidrigen Modellen als Beraterin entgegenzutreten bzw deren äußerste Grenzen aufzuzeigen. Dafür habe sie dann auch eine drastische Sprache gewählt: „Wenn mich einer nervt, kann ich sagen: ‚Das Unternehmen kommt ins Gefängnis‘.“

In den Unternehmen entfaltet das VbVG seine Wirkung so auch unabhängig von real anhängigen Verfahren und Ermittlungen. Es befördert dort, zusammen mit anderen wirtschaftspolitischen Regulativen, einen Trend zur Steuerung durch Selbststeuerung, zu einer Art „regulierten Autonomie“. Dabei variieren das Maß und die Mechanismen der Prävention von Risiken je nach Größe, Art und Branche von Unternehmen.

Literatur

- Albrecht Peter Alexis/Braum Stefan* (1998) Defizite Europäischer Strafrechtsentwicklung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1998, 460-481.
- Barta Heinz* (2011) „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland II/1 – Archaische Grundlagen.
- Beck Ulrich* (1986) Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne.
- Birklbauer Alois/Stangl Wolfgang/Soyer Richard et al.* (2011) Die Rechtspraxis des Ermittlungsverfahrens nach der Strafprozessreform. Eine rechtstatsächliche Untersuchung.
- Boers Klaus* (2001) Wirtschaftskriminologie – Vom Versuch, mit einem blinden Fleck umzugehen, Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 2001, 335-356.
- Coffee John C. Jr.* (1981) „No Soul to Damn, No Body to Kick“: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment, Michigan Law Review 1981, 386-459.
- Coleman James William* (1987) Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime, American Journal of Sociology 1987, 406-439.
- Cremer-Schäfer Helga/Steinert Heinz* (1997) Die Institution „Verbrechen & Strafe“. Über die sozialstrukturellen Bedingungen von sozialer Kontrolle und sozialer Ausschließung, KrimJ 1997, 243-274.
- Deleuze Gilles* (1993) Postskriptum über die Kontrollgesellschaften, in Deleuze Gilles, Unterhandlungen 1972-1990, 254-262.
- Dietrich Jan* (2010) Kollektive Schuld und Haftung.
- Fischer Michael* (2005) Tierstrafen und Tierprozesse. Zur sozialen Konstruktion von Rechtssubjekten.
- Foucault Michel* (1976) Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses.

- Fuchs Walter* (2013) Die Normgenese des Unternehmensstrafrechts – Eine Fallstudie anhand des österreichischen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG), ZfRS 2014.
- Fuchs Walter/Kreissl Reinhard/Pilgram Arno/Stangl Wolfgang* (2011) Generalpräventive Wirksamkeit, Praxis und Anwendungsprobleme des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG). Eine Evaluierungsstudie, Forschungsbericht.
- Grieger Jürgen* (2009) Korruption und Kultur bei der Siemens AG – Eine Handlungs-Struktur-Analyse, in Graeff Peter/Schröder Karenina/Wolf Sebastian (Hg), Der Korruptionsfall Siemens. Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland, 103-130.
- Hebberecht Patrick* (2010) Kapitalismus, Staat, Zivilgesellschaft und Strafgesetzgebung in der Spätmoderne, KrimJ 2010, 129-142.
- Heine Günter* (1995) Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden.
- Honnegger Claudia/Neckel Sighard/Magnin Chantal* (2010) Strukturierte Verantwortungslosigkeit. Berichte aus der Bankenwelt.
- Hutter Michael/Taubner Gunther* (1994) Der Gesellschaft fette Beute. Homo Oeconomicus und Homo Juridicus als kommunikationserhaltende Fiktionen, in Fuchs Peter/Göbel Andreas (Hg), Der Mensch - das Medium der Gesellschaft? 110-145.
- Karliczek Kari-Maria* (2007) Strukturelle Bedingungen von Wirtschaftskriminalität. Eine empirische Untersuchung am Beispiel der Privatisierungen ausgewählter Betriebe der ehemaligen DDR.
- Kienapfel Diethelm/Höpfel Frank/Kert Robert* (2012) Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil¹⁴.
- Korenjak Thomas/Ungericht Bernhard/Raith Dirk* (2010) Unternehmen als verantwortungsfähige Akteure – Ein Beitrag zur Zurechenbarkeit von Verantwortung in Zeiten der Globalisierung, in Gerber Doris/Zanetti Véronique (Hg), Kollektive Verantwortung und internationale Beziehungen, 137-159.
- Lisz Franz von* (1900) Lehrbuch des deutschen Strafrechts¹⁰.
- Löschner-Gspandl [=Hilf] Marianne* (2002) Zur Bestrafung von juristischen Personen, ÖJZ 2002, 241-252.
- Luczak Anna* (2004) Organisierte Kriminalität im internationalen Kontext. Konzeption und Verfahren in England, den Niederlanden und Deutschland, Freiburg im Breisgau: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Luhmann Niklas* (1990) Soziologische Aufklärung 5. Konstruktivistische Perspektiven.
- Maibold Harald* (2005) Die Geschichte der Verbandsstrafe. Himeji Law Review 2005; zitiert nach: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/1018/2005_Verbandsstrafe.pdf (zuletzt besucht am 12.12.2013), 308-361.
- Matthias Andreas* (2008) Automaten als Träger von Rechten. Plädoyer für eine Gesetzesänderung.
- Neuhäuser Christian* (2011) Unternehmen als moralische Akteure.
- Niggli Marcel Alexander/Schmuki Natalia* (2005) Das Unternehmensstrafrecht (Art 100quater StGB/Art 102 revStGB), Anwaltsrevue 2005, 347-352.
- Picout Sabine* (2006) Lex Kaprun – Das österreichische Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) im Vergleich zu deutschem Recht. Eine Studienarbeit.

- Pieth Mark/Ivory Radha* (2011) Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview, in Dies (Hg), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence and Risk*, 3-62.
- Prittwitz Cornelius* (1993) Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft.
- Ruhri Gerald* (2013) Unternehmensstrafrecht aus anwaltlicher Sicht, AnwBl 2013, 422-425.
- Savigny Friedrich Carl* (1840) System des heutigen römischen Rechts II.
- Scheerer Sebastian* (1986) Atypische Moralunternehmer, KrimJ 1. Beiheft 1986, 133-156.
- Shapiro Susan P.* (1990) Collaring the Crime, not the Criminal: Reconsidering the Concept of White-Collar Crime, American Sociological Review 1990, 346-365.
- Soyer Richard* (2005) Neues Unternehmensstrafrecht und Präventionsberatung. Grundzüge des Entwurfs eines Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (VbVG) – neue Herausforderungen für die Anwaltschaft! AnwBl 2005, 11-16.
- Stessens Guy* (1994) Corporate Criminal Liability: A Comparative Perspective. The International and Comparative Law Quarterly 1994, 493-520.
- Turk Austin* (1976) Law as a Weapon in Social Conflict, Social Problems 23, 276-291.
- Vaughan Diane* (1982) Toward Understanding Unlawful Organizational Behaviour, Michigan Law Review 1982, 1377-1402.
- Vogl Joseph* (2010) Das Gespenst des Kapitals.
- Weigend Thomas* (2008) Societas delinquere non potest? A German Perspective, International Journal of Criminal Justice 2008, 927-945.
- Zeder Fritz* (2001) Ein Strafrecht juristischer Personen. Grundzüge einer Regelung in Österreich, ÖJZ 2001, 630-642.
- Zeder Fritz* (2009) Europastrafrecht im Wandel, JRP 2009, 172-189.
- Zeder Fritz* (2010) Die Strafbarkeit von juristischen Personen in Europa, in Hotter Maximilian/Lunzer Harald et al (Hg), *Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung*, 225-246.
- Zeder Fritz* (2013) Das österreichische Unternehmensstrafrecht (VbVG) – Konzept und erste Erfahrungen, AnwBl 2013, 415-418.

Dr. MA Walter Fuchs
Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
Museumstraße 5/12, A-1070 Wien
Telefon: 01/526 15 16-43
walter.fuchs@irk.at

Niklas Sonntag

Rechtstatsachen im Verfassungsrecht: Bericht über den Föderalismus in Österreich

A. Vorbemerkungen

Das Verfassungsrecht wird in der Rechtstatsachenforschung kaum wahrgenommen, wie auch die Literatur einräumt, dass sich die Disziplin weitgehend auf das Gebiet des Privatrechts zurückgezogen hat.¹ Allerdings kann der Befund nicht geteilt werden, dass die Politik- oder Verwaltungswissenschaften die rechtstatsächlichen Agenden für den verfassungsrechtlichen Bereich übernommen hätten, zumal diese einerseits gewissen Trends wie Demokratieforschung oder *e-government* unterliegen und sich zum anderen viele Aspekte des Verfassungsrechts nur rechtswissenschaftlich erschließen lassen. Das gilt insbesondere für Österreich, wo über viele Dekaden eine rechtspositivistische Sichtweise in diesem Bereich vorherrschte. Doch auch diese Normen werden dem Selbstverständnis der Rechtstatsachenforschung² entsprechend dahingehend erforscht, in welcher Weise sie wirken und wie es um die praktische Anwendung der Rechtsfiguren steht – sei es etwa in Form von Untersuchungen hinsichtlich der Verfahrensdauer in der öffentlichen Verwaltung oder im Monitoring von Menschenrechtsstandards. Allerdings ist das Verfassungsrecht, vor allem als Staatsorganisationsrecht und Normerzeugungsnorm nur bedingt mit dem Zivilrecht und den dort bekannten Methoden der Rechtstatsachenforschung vergleichbar. Vielleicht liegt es auch daran, dass daher Forschung in diesen Bereichen – mag sie auch den Prämissen der Rechtstatsachenforschung folgen – nicht als solche bezeichnet wird.

Die Einrichtung Österreichs als Bundesstaat (Art 2 Abs 1 B-VG) ist die Entscheidung zugunsten einer Staatsform, in der neben die horizontale Gewaltenteilung auch eine Aufteilung der Staatsfunktionen auf verschiedene territoriale Ebenen hinzutritt. Es handelt sich um die staatsrechtliche Manifestation des Föderalismus als Ordnungsprinzip und umfasst Merkmale wie eine Kompetenzverteilung samt Gesetzgebungsbefugnis für Bund und Länder, wechselseitige Mitwirkungs- und Informationsrechte, Verfassungsautonomie und einen Finanzausgleich.³ Dieses System bietet zahlreiche Möglichkeiten der Erfassung von Rechtstatsachen, vor allem da es sich im Gegensatz etwa zur strikt

¹ Röhl (1974) 20.

² Nussbaum (1968) 24 ff.

³ Eingehend dazu Gamper (2010) 82 ff.

gesetzesgebundenen Vollziehung zu einem Großteil in Ermächtigungsnormen niederschlägt und daher zu einem gewissen Grad der Disposition der Gebietskörperschaften unterliegt. Hinzu kommen zahlreiche Instrumente, die sich aus der Praxis – teilweise auch an verfassungsrechtlichen Vorgaben vorbei – entwickelt haben, aber dennoch von beträchtlichem Einfluss auf die politische Willensbildung sind. Die praktische Nutzung der bundesstaatlichen Instrumente und die faktische Performance von Bund und Ländern sind wichtige Indikatoren für den Charakter eines föderalen Staates und werden für Österreich seit 1977 jährlich vom Institut für Föderalismus in Innsbruck erhoben.

Das im Herbst 1975 gegründete „Institut für Föderalismusforschung der Länder Tirol und Vorarlberg“ ist eine außeruniversitäre Forschungseinrichtung und geht zurück auf die Initiative der Landesamtsdirektoren der beiden Länder, *Rudolf Kathrein* und *Elmar Grabherr* sowie des Innsbrucker Universitätsprofessors *Peter Pernthaler*. Die Gründung fiel in eine Phase starker Zentralisierungstendenzen des Bundes und sollte die Länder auf wissenschaftlicher Ebene in ihrem Bestreben einer zeitgemäßen Erneuerung des Föderalismus unterstützen. Im Jahre 2000 wurde der Name auf „Institut für Föderalismus“ geändert, seit 2003 zählt auch Oberösterreich zu den Trägerländern. Das Institut untersteht einem Kuratorium, zusammengesetzt aus vier, durch die jeweilige Landesregierung bestellten Vertreterinnen und Vertretern jedes Trägerlandes. Diesem obliegt die Beschlussfassung über alle wesentlichen Angelegenheiten des Instituts, vor allem über das Arbeitsprogramm, die Haushaltplanung und Personalfragen, zudem stellt es die Verbindung zu den Landesregierungen und Landtagen der drei Trägerländer her. Zu den Aufgaben des Instituts zählt neben dem Föderalismusbericht die wissenschaftliche Forschung zum Föderalismus, die Organisation von Fachtagungen, die Herausgabe eines regelmäßig erscheinenden Informationsblattes („Föderalismus-Info“) sowie eine rege Publikationstätigkeit in den vom Institut herausgegebenen Schriftenreihen, die zusammen mittlerweile über 160 Bände umfassen.⁴ Zudem versteht sich das Institut als *think tank* für die Positionierung der beteiligten Länder in bundesstaatlichen Fragen, auf dessen Expertise vor allem im Zuge größerer Reformdiskussionen immer wieder zurückgegriffen wurde.⁵

⁴ Zur Tätigkeit des Instituts siehe auch Sonntag (2013) 53 ff.

⁵ Der frühere Institutedirektor *Peter Pernthaler* etwa war Leiter des Arbeitskreises Föderalismus in der Verfassungsreformkommission, sein Nachfolger *Peter Bußjäger* war Mitglied des Österreich-Konvents und Vorsitzender der Arbeitsgruppe zur Reform der Kompetenzverteilung.

B. Der Bericht über den Föderalismus in Österreich

Die laufende wissenschaftliche Aufarbeitung der Beziehungen zwischen Bund und Ländern ist in föderalen Staaten nicht ungewöhnlich, so gibt es neben dem österreichischen Föderalismusbericht auch den „Monitoring-Bericht Föderalismus“ der Stiftung für eidgenössische Zusammenarbeit in der Schweiz, das „Jahrbuch des Föderalismus“ in Deutschland oder die rechtsvergleichend angelegten Länderberichte der International Association of Centers for Federal Studies (IACFS) und die einschlägigen internationalen Handbücher.⁶ Ein entsprechender Jahresbericht für Österreich wurde vom Institut für Föderalismus erstmals im Sommer 1977 unter dem Titel „Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich“ betreffend die Jahre 1975 bis 1976 erstellt und gliederte sich in die Themenabschnitte „Bundesbereich“, „Landesbereich“ sowie „Zusammenarbeit von Bund und Ländern“ und enthielt in einem gesonderten Anhang ausführliches Quellenmaterial dazu. In den darauffolgenden Jahren gab es jeweils unterschiedliche Schwerpunkte, denen sich die Berichte widmeten, so etwa die Auswirkungen der Beschränkung des Einspruchsrechts des Bundes gegenüber Landesgesetzen ebenso wie die Aufstellung der Auswirkung des Finanzausgleichsgesetzes 1979 zu Beginn der 1980er Jahre.⁷ Die gescheiterte Bundesstaatsreform sowie der zeitgleich ablaufende Integrationsprozess Österreichs in die EG war dominierend in den Berichten zu Beginn und Mitte der 1990er Jahre. Hierbei wurde vor allem der Wert des Föderalismusberichts als Quellensammlung gewürdigt, zumal schwer zugängliche Materialien, wie bundesstaatlich bedeutsame Passagen des Koalitionsabkommens, diverse Reformvorschläge, wie auch die „Politische Vereinbarung über die Neuordnung des Bundesstaates“ einschließlich diverser Korrespondenz als seinerzeitige Basis der Bundesstaatsreform ebenso wie einschlägige Judikaturübersichten der jeweiligen Berichtsjahre abgedruckt waren.⁸

Der Aufbau der Berichte wurde nicht zuletzt im Interesse der Vergleichbarkeit weitgehend beibehalten, wenngleich auch Anpassungen nötig wurden. So ist seit dem 2. Bericht eine Darstellung der Tätigkeit des Instituts angeschlossen, bis zum 8. Bericht gab es eine Übersicht der einschlägigen Neuerscheinungen der Literatur und der 10. bis 23. Bericht enthielt jeweils eine detailliertere tabellarische Aufstellung der Auswirkungen des Finanzausgleichs sowie der

⁶ Zuletzt *Griffiths* (2005).

⁷ Vgl dazu den 7. Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich 1982 (1983), ferner die Besprechungen von *Loebenstein*, ÖJZ 1985, 254 f und *Lebitsch*, ZfV 1985, 266.

⁸ So etwa im 17. Bericht über den Föderalismus in Österreich 1992 (1993) und im 18. Bericht über den Föderalismus in Österreich 1993 (1994), vgl dazu auch die Besprechungen von *Häde*, BayVwBl 1995, 191 und *Berchtold*, ZfV 1998, 605 f.

Entwicklung des Schuldenstands der Länder und des Bundes. Die Entwicklung nötigte freilich auch zur Berücksichtigung neuer, bundesstaatlich relevanter Phänomene, so dass etwa seit dem 15. Bericht ein Kapitel „Europäische Integration und Föderalismus“ und seit dem 25. Bericht eines zur Praxis des Konsultationsmechanismus hinzugefügt wurden. Gegenwärtig⁹ teilt sich der Bericht in acht Kapitel: Der Abschnitt „Rahmenbedingungen und öffentliche Wahrnehmung des Föderalismus in Österreich“ untersucht neben wichtigen politischen Ereignissen auch die mediale Berichterstattung sowie die politische Entwicklung auf europäischer und nationaler Ebene einschließlich des Standes in den diversen Reformbemühungen. Die Kapitel „Entwicklung auf Bundesebene“ und „Entwicklung auf Landesebene“ enthalten einen Überblick über die Gesetzgebung auf Verfassungs- und einfachgesetzlicher Ebene, einschließlich einer Aufschlüsselung der Entwicklung in der Kompetenzverteilung und ihrer Inanspruchnahme sowie eine Übersicht der Praxis wechselseitiger Einspruchs- und Zustimmungsrechte des Bundesrates, der Länder und der Bundesregierung. Der Abschnitt „Entwicklung auf Gemeindeebene“ untersucht vor allem aktuelle Ereignisse in der kommunalen Ebene, wie etwa die Bemühungen um Gemeindezusammenlegungen oder einschlägige Verfassungsnovellen und ihre Auswirkungen. Das Kapitel „Finanzialer Föderalismus“ widmet sich dem Finanzausgleich, der Nutzung des Konsultationsmechanismus sowie der Analyse einschlägiger rechtspolitischer Forderungen. Von besonderer Bedeutung ist schließlich der Abschnitt „Kooperativer Föderalismus“. Darunter wird jene Form der Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften verstanden, die auf ihrer Autonomie und Gleichberechtigung untereinander aufbaut und sowohl hoheitliche Formen der Kooperation wie auch die Zusammenarbeit auf politischer, administrativer und transnationaler Basis umfasst. Im Vordergrund steht dabei die Nutzung der staatsrechtlichen Vereinbarungen nach Art 15a B-VG, mit denen nachweislich komplexe bundesstaatliche Probleme partnerschaftlich gelöst werden konnten.¹⁰ Im europäischen und internationalen Kontext steht die Aufstellung der Praxis der Länderbeteiligung an Vorhaben der Europäischen Union (Art 23d B-VG) und der Länderstaatsverträge (Art 16 B-VG). Daran schließt ein Überblick über die außerrechtlichen, aber umso bedeutsameren Kooperationen in Gremien wie der Landeshauptleutekonferenz und der Arbeit der Verbindungsstelle der Bundesländer. So einflussreich ihre Tätigkeit auch ist, so wenig sind diese Organe rechtlich verankert. Interessanterweise blieb die Untersuchung ihrer Praxis weitgehend eine Domäne der Rechtswissenschaft, die sich oft den Kopf über ihre rechtliche Fundierung

⁹ 37. Bericht über den Föderalismus in Österreich 2012 (2013).

¹⁰ So jüngst etwa die Debatte um ein Spekulationsverbot, auf das sich der Bundesverfassungsgesetzgeber bis dato noch nicht einigen konnte, die entsprechende Art 15a-Vereinbarung aber schon im Februar dieses Jahres unterzeichnet wurde.

zerbrach.¹¹ Die systemisierte Darstellung ihrer Tätigkeiten im Föderalismusbericht, einschließlich der Tagungsdichte und der dabei verhandelten Themen ist von großem Interesse auch für die Wissenschaft. Das Kapitel „*Judikatur*“ widmet sich schließlich der bundesstaatlichen Grenzorgane, insbesondere der Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshofes. Von besonderem Interesse sind dabei etwa Verfahren um vermögensrechtliche Ansprüche zwischen Gebietskörperschaften (Art 137 B-VG)¹² sowie alle Entscheidungen betreffend die Kompetenzverteilung, sei es in Normprüfungsverfahren oder der Feststellungskompetenz nach Art 138 B-VG. Auffallend dabei ist auch die Tendenz seitens der Länder, umstrittene Bundesgesetze und „Sparpakete“ aller Art oder externe Vorgaben wie den Europäischen Stabilitätsmechanismus vor dem VfGH aufgrund ihrer Befugnis nach Art 140 B-VG anzufechten.¹³ Seit Mitte der 1990er Jahre spielt auch die Judikatur des EuGH eine große Rolle, die ebenso dargelegt wird, im Besonderen was die Richtlinien-Umsetzung in Verbindung mit der innerstaatlichen Kompetenzverteilung betrifft, wobei etwa auch die mögliche Inanspruchnahme der Ersatzkompetenz des Bundes nach Art 23d Abs 5 B-VG eine Rolle spielt, von der bislang jedoch noch kein Gebrauch gemacht wurde. Der Bericht schließt mit einer Aufstellung der Tätigkeiten des Instituts für Föderalismus betreffend Publikationen und Öffentlichkeitsarbeit. Der Anhang enthält schließlich eine Auswahl der wichtigsten Statistiken und Dokumente zum jeweiligen Berichtsjahr, die einerseits den Vergleich mit den vorangegangenen Jahren ermöglichen, andererseits bundestaatlich bedeutsame Unterlagen auf diesem Wege zugänglich machen soll.

Der Bericht versteht sich als Chronik des Föderalismus und seiner jeweiligen Entwicklung im österreichischen Bundesstaat und wird auch von Seiten der Wissenschaft wegen des umfangreichen Quellenmaterials vor allem als Nachschlagewerk für den historischen und bundesstaatsinternen Rechtsvergleich genutzt.¹⁴ Der Bericht ist dem Institutsvertrag entsprechend den Landesregierungen und Landtagen der Trägerländer vorzulegen, wobei dieser in den Landtagen Tirols und Vorarlbergs diskutiert und formell zur Kenntnis genommen wird. Für eine Analyse mag ein einzelner Jahresbericht wenig ausschlussreich sein, doch zeigt sich die Dynamik umso mehr in der Zusammen schau über die Jahre hinweg und war oft Basis weitergehender Untersuchungen. Zwei rezente Studien des Instituts¹⁵ etwa widmeten sich le-

¹¹ Siehe dazu etwa *Weber* (1992), *Rosner* (2000) und *Wielinger* (2011).

¹² Jüngst etwa hinsichtlich des Ersatzes des klimischen Mehraufwands oder der Entschädigung für das Aufsuchen von Fliegerbomben, siehe dazu den 36. Bericht über den Föderalismus in Österreich 2011 (2012) 74 ff.

¹³ Vgl dazu den 37. Bericht 2012, 84.

¹⁴ Vgl jüngst etwa *Müller* (2013) 20.

¹⁵ *Bußjäger/Larch* (2005) und *Bußjäger/Bär/Willi* (2006).

gistischen Fragen der Nutzung von Sammelnovellen, der Umsetzung von EU-Recht und der wechselseitigen Einspruchs- und Zustimmungsrechte der Gebietskörperschaften unter Zugrundelegung der Berichte. Eine weitere Studie untersuchte die Bindungsdichte der Landesgesetzgebung durch europarechtliche Vorgaben.¹⁶ Seit einigen Jahren betreibt das Institut zudem eine laufend aktualisierte „Föderalismusdatenbank“¹⁷ mit genauen Zahlen über die Rechtssetzungstätigkeit von Bund und Ländern, den Einfluss der Europäischen Union, die Praxis der Landtage, der Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof sowie Daten zu Finanzausgleich und Schuldenstand von Bund und Ländern.

C. Ausgewählte Fallbeispiele

Im Folgenden soll anhand einiger anschaulicher Beispiele aus der bundesstaatlichen Praxis der rechtstatsächliche Erkenntniswert der Föderalismusberichte dokumentiert werden. Dabei wird ersichtlich, dass auch im Verfassungsrecht „*law in books*“ und „*law in action*“ mitunter beträchtlich variiert und sich unter Umständen die tatsächliche Übung über bundesverfassungsrechtliche Vorgaben hinwegsetzt. Ebenso zeigt sich der Erfolg einer neu eingeführten Norm nicht selten durch ihre Nutzung, die mit einem zeitlichen Abstand gut diagnostiziert werden kann und ebenso einen Teil der jährlichen Föderalismusdokumentation darstellt.

1. Das Einspruchsrecht des Bundesrates

Der Bundesrat ist die zweite Kammer im Bundesparlament und soll den Intentionen des Bundesverfassungsgesetzgebers nach die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung sicherstellen. Dazu verfügt der Bundesrat neben taxativ aufgezählten Zustimmungsrechten im Regelfall über das Recht, binnen acht Wochen nach Übermittlung eines Gesetzesbeschlusses des Nationalrats begründeten Einspruch zu erheben (Art 42 Abs 2 B-VG). Dem Nationalrat steht demgegenüber das Recht zu, einem Einspruch mit einem Wiederholungs- bzw. Beharrungsbeschluss mit erhöhtem Präsenzquorum zu begegnen (Art 42 Abs 4 B-VG).

¹⁶ Bußjäger/Larch (2004).

¹⁷ Abrufbar unter www.foederalismus.at.

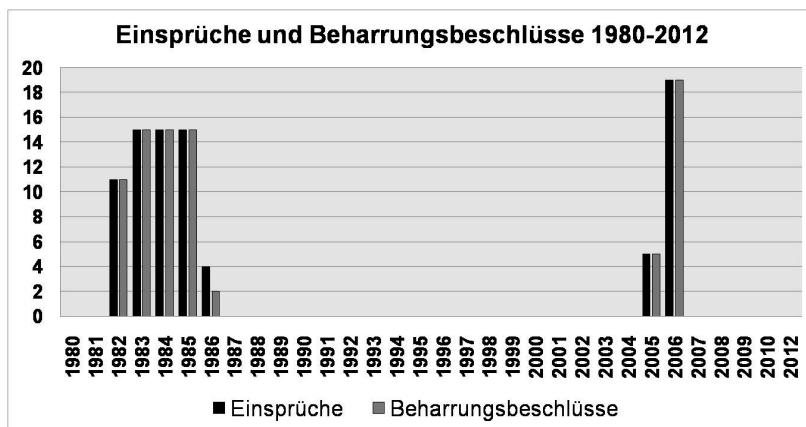


Abbildung 4: Zahl der Einsprüche des Bundesrates und der Beharrungsbeschlüsse des Nationalrates von 1980-2012

Betrachtet man nun die tatsächliche Handhabung des Einspruchsrechts, so fällt auf, dass dieses über Jahrzehnte hindurch nicht genutzt wurde, um umgekehrt in einzelnen Phasen wiederum exorbitant davon Gebrauch zu machen. Die Einspruchsgründe hatten dabei nicht unbedingt mit Bedenken seitens der Bundesländer zu tun, sondern umfassten finanzielle Belastungen, Verfassungswidrigkeiten, gesetzestehnische Mängel oder allgemein wirtschaftspolitische Gründe.¹⁸ Wiewohl die Bundesverfassung die Begründung für einen Einspruch des Bundesrates nicht begrenzt, so zeigt das Abstimmungsverhalten seiner Mitglieder, dass sich dieses an den Parteiinteressen und nicht nach Bundesländern orientiert und nicht zuletzt deshalb in Phasen unterschiedlicher Mehrheiten im Gegensatz zum Nationalrat virulent wird. Dabei wurde das Instrument des Einspruchsrechts aus oppositionellen Motiven genutzt, wobei bis auf Einzelfälle alle Einsprüche durch Beharrungsbeschluss überstimmt wurden. Das betraf die Phase der „kleinen Koalition“ Mitte der 1980er Jahre ebenso wie die Jahre 2005 und 2006, in denen die Landtagswahlen in Oberösterreich Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Bundesrates hatte.¹⁹ Auf politischer Ebene manifestiert sich diese Praxis in Koalitionsabkommen, mit denen paralleles Stimmverhalten vereinbart wird, sowie in der Existenz gemeinsamer Parlamentsklubs für Mitglieder des National- und

¹⁸ Vgl dazu jüngst *Bußjäger* (2013) Rz 12.

¹⁹ Vgl dazu etwa im 10. Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich 1985 (1986) 181 ff und im 30. Bericht über den Föderalismus in Österreich 2005 (2006) 190 ff.

Bundesrates gleichermaßen. Verfassungsrechtlich verschärft wird diese Situation durch die Wahl der Bundesratsmitglieder durch die Landtage unter der Vorgabe der Wahrung der parteipolitischen Proportionalität gemäß Art 35 Abs 1 B-VG und das freie Mandat der Mitglieder (Art 56 B-VG), das die Bindung an Interessen des entsendenden Landtags ausschließt – zwei Punkte, an denen eine Reform des Gremiums zugunsten einer Vertretung von Länderinteressen ansetzen müsste.

2. Das Länderbeteiligungsverfahren in EU-Angelegenheiten

Im Zuge des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union wurden Kompetenzen sowohl des Bundes als auch der Länder an die Union übertragen, wobei die Republik Österreich letztlich vom Bund vertreten wird, mag es sich auch um Länderangelegenheiten handeln. Als partizipatorischer Ausgleich für die Kompetenzverluste wurde den Ländern in Art 23d B-VG ein spezielles Mitwirkungsrecht in Form bindender „einheitlicher“ Stellungnahmen für die Vertretung Österreichs im Ministerrat eingeräumt. Wie diese Stellungnahmen zustandekommen, überlässt Art 23d Abs 4 B-VG einer gesonderten Art 15a-Vereinbarung²⁰, die wiederum das Verfahren der Willensbildung an eine Länder-Vereinbarung²¹ weiterdelegiert. Dort ist eine spezielle „Integrationskonferenz der Länder“, bestehend aus den Landeshauptleuten, den Landtagspräsidentinnen und Landtagspräsidenten sowie fakultativ dem Präsidium des Bundesrates vorgesehen. Gemäß Art 4 der Vereinbarung gelten die Stellungnahmen der Integrationskonferenz als einheitliche Stellungnahmen im Sinne des Art 23d B-VG. Bislang tagte die Integrationskonferenz nur zwei Mal, wobei im Jahre 1997 eine Stellungnahme verabschiedet wurde. Tatsächlich wurden jedoch seit 1993 insgesamt 89 einheitliche Stellungnahmen verabschiedet, von denen der Bund auch nicht abwich.

²⁰ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über die Mitwirkungsrechte der Länder und Gemeinden in Angelegenheiten der europäischen Integration, BGBl 775/1992.

²¹ Vereinbarung zwischen den Ländern gemäß Art 15a B-VG über die gemeinsame Willensbildung der Länder in Angelegenheiten der europäischen Integration, in Tirol kundgemacht in LGBl 18/1993.

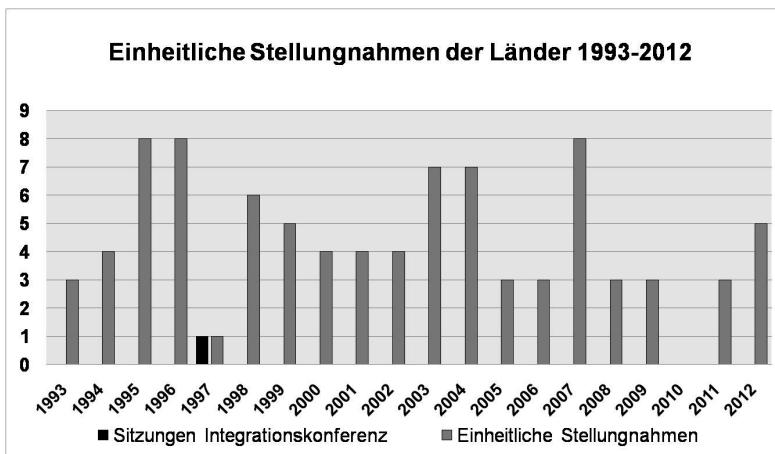


Abbildung 5: Einheitliche Stellungnahmen der Länder im Vergleich zur Zahl der Sitzungen der Integrationskonferenz von 1993-2012

Es zeigt sich in der Praxis, dass diese einheitlichen Stellungnahmen offenkundig nicht im Wege der Integrationskonferenz verabschiedet werden, sondern dass man diese über die Landesauptleutekonferenz, teilweise auf Grund kurzer Befristungen auch im Umlaufweg beschließt. Die Landesauptleutekonferenz ist jedoch bundesverfassungsrechtlich nicht verankert, wiewohl es aber auch kein Verbot entsprechender Beschlüsse gibt. Seitens des Bundes wurde bislang kein einziges Mal von einer derartigen Stellungnahme abgewichen, wie es auch keinen Fall gab, in dem eine solche mit der Begründung zurückgewiesen wurde, dass sie nicht im Rahmen der Integrationskonferenz koordiniert wurde. Die Tatsache, dass sich auch der Bund daran gebunden fühlt, zeigt, dass sich hier ein System entwickelt hat, das auch abseits des verfassungsrechtlich vorgegebenen Verfahrens diese Bindungswirkung zu entfalten vermag, nicht zuletzt weil sich letzteres offenbar als unpraktisch erwiesen hat. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser realverfassungsrechtlichen Mitwirkung ist zwar nicht unumstritten, wird jedoch mit Verweis auf die bloße Möglichkeit einer einheitlichen Stellungnahme durch die Integrationskonferenz verbunden mit der offenen Formulierung des Art 23d Abs 1 B-VG zu bejahen sein.²²

²² Bußjäger (2006) 58 ff.

3. Die Vertragsschlusskompetenzen der Länder

Die Möglichkeit der Bundesländer, im eigenen Zuständigkeitsbereich Verträge mit dem Bund oder anderen Ländern abzuschließen, gilt als wesentlicher Teil der zumindest ansatzweisen Souveränität von Gliedstaaten in einem föderalen System und ist in Österreich vor allem in den Art 15a und Art 16 B-VG verankert. Beide Bestimmungen sind erst später hinzugekommen, werden aber – insbesondere im Fall der Gliedstaatsverträge nach Art 15a B-VG – in der Praxis durchaus häufig eingesetzt. Art 15a B-VG wurde mit BGBl 444/1974 verankert und ermöglichte neben Verträgen auf Länderebene auch solche zwischen Bund und Ländern. Bis 2012 wurden auf dieser Basis insgesamt 104 Verträge zwischen Bund und Ländern abgeschlossen, vor allem um Fragen kompetenzrechtlicher Querschnittsmaterien in rechtsverbindlicher, aber freiwilliger Koordination zu lösen.²³ Dieses Modell erwies sich offenbar als sehr erfolgreich, weshalb man es zur Regelung des Stabilitätspakts auch auf die Gemeinden als Vertragspartner ausdehnte²⁴ und mit der B-VG-Novelle BGBl I 60/2011 in Art 116b B-VG ein paralleles Modell für die Gemeinden untereinander einführt.

Ein ganz anderes Schicksal betrifft allerdings Art 16 B-VG, der die Länder seit der B-VG-Novelle BGBl 685/1988 ermächtigt, in Angelegenheiten ihres selbstständigen Wirkungsbereichs Staatsverträge mit an Österreich angrenzenden Staaten oder deren Teilstaaten abzuschließen. Die Nutzung dieses Instruments steht dabei in keinem Verhältnis zur langjährigen Forderung seiner Einführung, die schon in den Forderungsprogrammen der Bundesländer aus 1976 und 1985 enthalten war, in letzterem sogar an erster Stelle.²⁵ Begründet wurde dies vor allem mit dem Charakter der Länder als Teilstaaten, für die eine entsprechende Vertragsschlusskompetenz charakteristisch sei. Obwohl die Bestimmung seit 1. Jänner 1989 in Kraft ist, wurde bislang kein einziger Länderstaatsvertrag nach Art 16 B-VG abgeschlossen, der Föderalismusbericht begnügt sich bisweilen mit der wiederkehrenden Feststellung, dass von der Kompetenz eben kein Gebrauch gemacht wird. Zutreffend ist daher auch die Diagnose von *Hammer*, dass kaum ein anderer Artikel des B-VG „theoretisch von so grundlegender Bedeutung und zugleich in der Praxis so bedeutsungslos“ sei.²⁶ Die Gründe dafür vermutet man zum einen in der Dominanz

²³ *Bußjäger/Larch* (2005) 25 f.

²⁴ Vgl dazu jüngst den Österreichischen Stabilitätsvertrag 2012, BGBl I 30/2013 und die entsprechende bundesverfassungsrechtliche Ermächtigung für die Gemeinden in BGBl I 61/1998.

²⁵ Vgl dazu den 1. Bericht über die Lage des Föderalismus in Österreich 1975-1976 (1977) 38 und den 10. Bericht 1985, 98 f.

²⁶ *Hammer* (1999) Rz 8.

des Bundes beim Abschlussverfahren, zum anderen auch in für die Länder vergleichsweise einfacheren Alternativen im Wege politischer Koordination, vor allem aber auch über unionsrechtliche Instrumente wie INTERREG-Programme oder EVTZ, die dafür in der Praxis umso vielfältiger sind.²⁷

D. Zusammenfassung

Der jährlich erscheinende Bericht über den Föderalismus in Österreich dokumentiert die Entwicklung des Bundesstaates anhand der Gesetzgebungstätigkeit von Bund und Ländern, der Analyse der Reformbestrebungen beider Ebenen einschließlich der Gemeinden sowie der Darstellung der Einflüsse von Seiten der Europäischen Union sowie der Entwicklungen im Bereich des kooperativen und finanziellen Föderalismus. Dass dabei vor allem die Nutzung von Ermächtigungsnormen, die Entwicklung der einschlägigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und die Praxis der kooperativen, vor allem auf vertraglicher Basis beruhenden Instrumente eine Rolle spielen, lässt die Untersuchungen der Rechtstatsachenforschung zuordnen, mögen sie auch – wie für den verfassungsrechtlichen Bereich allgemein – nicht als solche bezeichnet werden. Die im Beitrag skizzierten Fallbeispiele zeigen zum einen Defizite der geltenden Verfassungsrechtslage, wie etwa im Bereich des Einspruchsrechts des Bundesrates und zum anderen auch die Möglichkeit der Abweichung vom verfassungsrechtlich vorgegebenen Rahmen durch die unbestrittene Praxis von Bund und Ländern, wie es sich eindrucksvoll im Länderbeteiligungsverfahren in EU-Angelegenheiten zeigt. Dabei ist das Überspielen einer Norm durch die Wirklichkeit auch im Staatsorganisationsrecht keine Seltenheit²⁸, ebenso wie *law in books* und *law in action* beträchtlich voneinander abweichen können, wie dies etwa die Handhabung der Vertragsschlusskompetenzen der Länder zeigt. So hat sich die Möglichkeit der Bund-Länder-Vereinbarung seit Mitte der 1970er Jahre als besonders praktikabel erwiesen, während etwa die Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen der Länder seit Jahrzehnten ungenutzt blieb und durch andere Instrumente europarechtlicher Natur oder rein auf politisch-administrativer Praxis beruhend ersetzt wurde.

²⁷ Siehe dazu jüngst den 37. Bericht 2012, 77 ff.

²⁸ Vgl dazu auch die Beispiele bei *Zippelius* (2013) 141 ff.

Literatur

- Bußjäger Peter* (2006) Die Mitwirkung der österreichischen Länder an Vorhaben im Rahmen der EU, in Hummer/Obwexer (Hg), 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2006) 55-73.
- Bußjäger Peter* (2013) Art 42 Abs 1-4 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2013).
- Bußjäger Peter/Bär Silvia/Willi Ulrich* (2006) Kooperativer Föderalismus im Kontext der Europäischen Integration (2006).
- Bußjäger Peter/Larch Daniela* (2004) Landesgesetzgebung und Europäisierungsgrad (2004).
- Bußjäger Peter/Larch Daniela* (2005) Grundlagen und Entwicklungen der bundesstaatlichen Instrumente in Österreich (2005).
- Gamper Anna* (2010) Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre (2010²).
- Griffiths Ann L.* (Hg) (2005) Handbook of Federal Countries 2005 (2005).
- Hammer Stefan* (1999) Art 16 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1999).
- Müller Thomas* (2013) Verfassungsvergleichung auf Ebene der Landesgesetzgebung, JRP 2013, 20-30.
- Nußbaum Arthur* (1968) Die Rechtstatsachenforschung (1968).
- Röhl Klaus F.* (1974) Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung (1974).
- Rosner Andreas* (2000) Die Koordinationsinstrumente der österreichischen Länder (2000).
- Sonntag Niklas* (2013) Das Institut für Föderalismus in Innsbruck, EJM 2013, 52-59.
- Weber Karl* (1992) Macht im Schatten? Landeshauptmänner-, Landesamtsdirektoren- und andere Landesreferentenkonferenzen, ÖZP 1992, 405-418.
- Wielinger Gerhard* (2011) Zur Frage der verfassungsrechtlichen Grundlage der Schaffung der Verbindungsstelle der Bundesländer, in Rosner/Bußjäger (Hg), Im Dienste der Länder – im Interesse des Gesamtstaates. Festschrift 60 Jahre Verbindungstelle der Bundesländer (2011) 15-24.
- Zippelius Reinbold* (2013) Probleme der Rechtsfortbildung, in Heckmann/Schenke/Sydow (Hg), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel. Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag (2013) 137-145.

Dr. Niklas Sonntag
Institut für Föderalismus
Maria-Theresien-Straße 38b, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/57 45 94
niklas.sonntag@foederalismus.at

Julia Hellmair

Gender Mainstreaming in der Legistik

Es geht in diesem Beitrag¹ darum aufzuzeigen, wie das Konzept des Gender Mainstreaming in die Legistik implementiert werden kann.

Dazu wird am Beginn eine Begriffserklärung von Gender Mainstreaming stattfinden (A.), im Anschluss daran wird auf die Bedeutung der Eingliederung eines solchen Konzeptes in Prozesse wie die Legistik erörtert (B.), wobei auch aufgezeigt wird, was für unterschiedliche Komponenten für eine erfolgreiche Implementierung notwendig sind. Darauf folgt eine Beschreibung der Methoden des Gender Mainstreaming (C.), welche notwendig sind, um eine systematische Operationalisierung des Konzeptes zu ermöglichen. Zuletzt wird dargestellt, wie ein Modell des Gender Mainstreaming – genauer das Sechs-Schritte-Modell – angewendet werden kann (D.). Dazu wird § 93 Abs 1 ABGB, eine Bestimmung betreffend den Ehenamen, die im Zuge des Kindchafts- und Namensrechtsänderungsgesetzes 2013 eine Änderung erfahren hat, mithilfe des Sechs-Schritte Modells überprüft, und zwar dahingehend, inwieweit diese neue Form die Geschlechtergerechtigkeit beeinflusst hat und welche anderen Möglichkeiten durch die Änderung dieser Bestimmung es gäbe, um die Gleichstellung zwischen den Geschlechtern bei der ehelichen Namenswahl voranzutreiben (E.).

A. Der Begriff Gender Mainstreaming

Die erste Komponente *Gender*, beschreibt – im Gegensatz zum biologischen Geschlecht – das gesellschaftliche, sozial zugeschriebene Geschlecht. Es sind damit die typischen, kulturell geformten Vorstellungen über das Frau- und Mann-Sein verbunden.² Der Vorteil der Verwendung dieses Begriffes liegt auch darin, dass gender sowohl Frauen als auch Männer anspricht. Damit soll aufgezeigt werden, dass es nicht um spezifische Frauenthematiken gehen muss, sondern dass auch Ungleichheiten zulasten von Männern der Geschlechtergerechtigkeit im Wege stehen.³

¹ Der Titel dieses Beitrags ist gleichzeitig der gekürzte Titel meiner Diplomarbeit (Gender Mainstreaming in der Legistik am Beispiel des Ehenamens aus Anlass des KindNamRÄG 2013). Es wurden für diesen Beitrag Teile der Diplomarbeit übernommen und adaptiert.

² Gildemeister (2010) 137-145.

³ Scambor/ Scambor (2008) 301-315.

Gender beschreibt immer die in einer bestimmten Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit herrschende Vorstellung, die mit dem (biologischen) Geschlecht verknüpft sind. Deshalb ist das Konzept beweglich und ändert sich mit Zeit und Ort.⁴

Mainstreaming bedeutet wörtlich übersetzt Hauptstrom. Damit will erreicht werden, dass das Denken sich weg von einer sektoralen Frauenpolitik, die sich in Randbereichen aufhält und ausschließlich frauenspezifische Thematiken behandelt, bewegen soll, hin zu einer ausgewogenen Beachtung von geschlechterspezifischen Auswirkungen in sämtlichen politischen und gesellschaftlichen Bereichen.⁵

Gender Mainstreaming soll somit eine *Querschnittsmaterie* darstellen und folglich keinen Bereich aussparen, mag dieser auch auf den ersten Blick „geschlechtsneutral“ erscheinen.⁶

Häufig findet sich in den Ausführungen zum Konzept die Beschreibung als „top-down“-Ansatz. Damit ist gemeint, dass die erfolgreiche Umsetzung bei den Organen der obersten Willensbildung beginnen muss.⁷ Legt man diese Erkenntnis nun auf die Legistik um, so lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass eine durchgehende Berücksichtigung von geschlechterspezifischen Auswirkungen schon bei der Entstehung von Gesetzen – und zwar im frühestmöglichen Zeitpunkt⁸ – stattfinden soll, um die Entstehung von Normen, die zu einer faktischen Benachteiligung für Frauen oder Männer führen, bereits im Keim zu ersticken.⁹

B. Gender Mainstreaming in der Legistik

„Recht steht im Verdacht als Herrschaftsinstrument einer männlichen, weißen, heterosexuellen Elite zu dienen, um die eigene Macht zu sichern und sich dabei über die Vermittlung demokratischer Institutionen auch noch den Mantel der Legitimität umzuhängen.“¹⁰

Mit dem Konzept Gender Mainstreaming und der Eingliederung seiner Methoden im Normsetzungsverfahren soll verhindert werden, dass lediglich

⁴ Chinkin (2001) 11.

⁵ Greif/Schobesberger (2009) 204.

⁶ Ulrich (2003) 597-614.

⁷ Ulrich (2003) 600.

⁸ So sollten bereits Regierungsvorlagen methodisch auf geschlechterspezifische Auswirkungen überprüft werden.

⁹ Ulrich (2003) 600.

¹⁰ Holzleithner (2008) 4.

männliche Lebenssachverhalte in der Logistik berücksichtigt werden.¹¹ Obwohl Normen im Alltag oft als geschlechtsneutral gesehen werden, soll hier das Mainstreaming ansetzen, indem kein Bereich vorab ausgeschlossen wird, um sodann eine durchgängige Berücksichtigung der Auswirkungen einer entstehenden Norm auf die in einer Gesellschaft geltenden Geschlechterdualismen gewährleisten zu können.¹²

Dass es faktische Ungleichheiten zwischen männlichen und weiblichen Lebenssachverhalten gibt, lässt sich anhand unterschiedlichster Statistiken (in Bezug auf Einkommen, Unterhalt, Obsorge) belegen.¹³

Um die Umsetzung von Gender Mainstreaming zu gewährleisten, sind unterschiedliche Faktoren wichtig:

Zunächst bedarf es einer angemessenen *Repräsentation* von Frauen unter den Entscheidungsträgern. Allein dadurch ist bereits bis zu einem gewissen Grad gesichert, dass in Normsetzungsverfahren eine genauere Rücksichtnahme auf frauenspezifische Belange stattfinden kann.

Eine weitere Notwendigkeit stellt das Vorhandensein von *Methoden* und weitgehend Modellen dar. Modelle sind deswegen von besonderer Bedeutung, weil sie ein geführtes, strukturiertes Vorgehen bei der Prüfung von Regelungsvorhaben auf geschlechterdifferenzierte Auswirkungen ermöglichen.¹⁴

Zuletzt ist das *Genderwissen* wichtig. Genderwissen bedeutet zum einen das Vorhandensein von bestimmtem Know-how bei der Anwendung der Methoden des Gender Mainstreaming, zum anderen aber – und darauf ist auch der größere Fokus gerichtet – bedeutet es, ein gewisses Bewusstsein zu schaffen, um Geschlechterdifferenzen als solche erkennen zu können. Genderwissen kann durch Trainings, Workshops, Broschüren, aber auch durch die Anwendung der Methoden selbst geschult und gefördert werden.¹⁵

¹¹ Floßmann (2004) 270; zur mangelnden Berücksichtigung frauenspezifischer Lebensbiographien im Sozialrecht: Schöffbänker (1997) 406-435.

¹² Ulrich (2008) 610; Buser (2011) 11.

¹³ Hier exemplarisch: 2011 beliefen sich die mittleren Nettojahreseinkommen bei unselbstständig Erwerbstätigen auf 18.529 €, geschlechterdifferenziert betrachtet bei Frauen auf 14.938 € und bei Männern auf 21.987 €;

http://www.statistik.at/web_de/statistiken/arbeitsmarkt/erwerbstaeigte/index.html (10.7.2013)

¹⁴ Gotschlich (2003) 121.

¹⁵ Frey (2003) 126.

C. Methoden des Gender Mainstreaming

Methoden ermöglichen wie bereits oben kurz erwähnt eine Operationalisierung der Konzeptes Gender Mainstreaming. Die Methoden – oder genauer die dazu entwickelten konkreten Modelle – liefern Arbeitsanleitungen, die es den Akteur_innen ermöglichen, mit dem Konzept vertraut zu werden und dabei die ebenso oben erwähnte Sensibilisierung in Bezug auf die Erkennung von Geschlechterdifferenzen zu schaffen.¹⁶

Um solche Methoden angemessen anwenden zu können ist das Vorhandensein von geschlechterdifferenzierten Daten unumgänglich.¹⁷

Es müssen Daten vorliegen, die Aufschluss über die bestehende Situation geben, auf welche die Akteur_innen mit ihrem Regelungsvorhaben reagieren wollen. Geschlechterdifferenzierte Aufschlüsselungen sind von Vorteil, weil dadurch unterschiedliche Lebenssituationen von Frauen und Männern auf den ersten Blick wahrgenommen werden können. Deshalb müssen Geschlechter in Statistiken sichtbar gemacht werden.¹⁸ Neben der raschen Erkennbarkeit von Unterschieden zwischen den Geschlechtern, die durch eine differenzierte Ausweisung stattfindet, findet zeitgleich eine geschlechterspezifische Sensibilisierung statt, die in erheblichem Maße zum Genderwissen der Akteur_innen beiträgt.¹⁹

Es wird vom Europarat zwischen drei verschiedenen Instrumenten der Methoden des Gender Mainstreaming unterschieden:²⁰

- 1) die *analytischen* Instrumente: darunter fallen Statistiken, Checklisten, Daten und Kosten-Nutzen-Analysen,²¹
- 2) die *wissensvermittelnden* Instrumente: damit sind Infomaterial, Schulungen, Workshops und Gender Trainings gemeint, die dazu beitragen, die Teilnehmenden auf bestehende Geschlechterdifferenzen aufmerksam zu machen und das Bewusstsein in Bezug auf das Vorhandensein von Geschlechterdualismen zu schaffen,²²
- 3) und zuletzt die *partizipativen* und *konsultatorischen* Instrumente: diese sprechen zum einen die Repräsentation von Frauen in den entscheidungstragenden

¹⁶ Gottschlich (2003) 121.

¹⁷ Stepanek/Krull (2003) 56.

¹⁸ Ebenda.

¹⁹ Ebenda.

²⁰ Council of Europe (1998) 31.

²¹ Ebenda.

²² Ebenda.

den Institutionen an,²³ zum anderen ist damit auch gemeint, dass die Betroffenen eines Regelungsvorhabens bei der Entstehung desselben zu Rate gezogen werden, damit auf deren Lebenssachverhalte ausreichend Rücksicht genommen werden kann.²⁴

Modelle, die eigens entwickelt wurden, um Gender Mainstreaming als Konzept in Entscheidungsprozesse einzubauen, sind meist den analytischen Instrumenten zuzuordnen.²⁵ Bei sämtlichen Modellen ist feststellbar, dass sie vier identische Grundelemente aufweisen, die – je nach Modell – in unterschiedlichen Schritten verarbeitet sind.²⁶

Zu Beginn erfolgt immer eine *Analyse der IST-Situation*. In diesem Schritt erfolgt die Bestandsaufnahme der Situation und etwaiger Probleme, welcher dann mit dem Regelungsvorhaben (Gesetz, Verordnung, Richtlinie) begegnet werden soll.²⁷ Um diesen Schritt ausführen zu können, ist das Erheben und Auswerten von Daten, die im Idealfall bereits geschlechterdifferenziert sind, eine wichtige Voraussetzung.²⁸

Den zweiten Schritt stellt die *Zieldefinition* dar.²⁹ Es soll hier artikuliert werden, was mit dem Gesetz bzw der Verordnung erreicht werden soll. Dies ist wichtig, damit nach angemessener Zeit auch überprüft werden kann, ob das Regelungsvorhaben erfolgreich war. Es ist deshalb auch notwendig, festzulegen, wann eine derartige Prüfung stattfinden soll, um die Evaluation nach einem im Vorhinein bestimmten Zeitraum durchführen zu können.³⁰

Auf diesen Schritt folgt dann die *Umsetzung*. Wenn man Gender Mainstreaming nun in der Legistik anwendet, würde diese Umsetzung mit der Kundmachung im BGBl erfolgen, oder im Abl, wenn es sich um Rechtsakte der Europäischen Union handelt.

Der vierte und letzte Schritt ist die *Evaluation*. Hier wird wiederum durch die Erhebung von Daten überprüft, ob das Vorhaben erfolgreich war. Neben dieser spezifischen Überprüfung des Erreichens der in der Zieldefinition formulierten Vorgaben, findet im Idealfall auch eine allgemeine, davon gelöste

²³ Vergleiche dazu oben.

²⁴ Council of Europe (1998) 31.

²⁵ Ebenda.

²⁶ Bergmann/Pimmerger (2006) 20.

²⁷ Bergmann/Pimmerger (2006) 28.

²⁸ Zur Bedeutung der Geschlechterdifferenziertheit von Daten siehe oben.

²⁹ Doblhofer/Kiing 133.

³⁰ Ebenda.

Überprüfung der geschlechterdifferenzierten Auswirkungen des Gesetzes statt.³¹

D. Die Anwendung des Sechs-Schritte-Modells auf § 93 Abs 1 ABGB

Hier soll nun exemplarisch aufgezeigt werden, wie die Anwendung eines Modells des Gender Mainstreaming durchgeführt werden kann.

Das Sechs-Schritte Modell wurde von *Karin Tondorf* entwickelt und entspricht den Leitsätzen für eine Gender-Analyse, die von einer ExpertInnenkommission des Europarates entwickelt wurden.³²

Aus aktuellem Anlass habe ich mich zur Darstellung des Modells für § 93 Abs 1 ABGB entschieden.³³ § 93 Abs 1 ABGB regelt den Ehenamen. Diese Bestimmung wurde im Zuge des Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013 geändert.³⁴

IdF BGBl 1995/25 lautete § 93 Abs 1 ABGB: „Die Ehegatten führen den gleichen Familiennamen. Dieser ist der Familienname eines der Ehegatten, den die Verlobten [...] als gemeinsamen Familiennamen bestimmt haben. *Mangels einer solchen Bestimmung wird der Familienname des Mannes gemeinsamer Familienname.*“ Nach dieser Bestimmung musste sich somit die Frau beim Standesamt – sofern kein gemeinsamer Familienname bestimmt wurde – aktiv äußern, um den automatischen Erhalt des Familiennamens des Mannes zu verhindern.

Nunmehr lautet § 93 Abs 1 ABGB nF: „Die Ehegatten führen den von ihnen bestimmten gemeinsamen Familiennamen. *Mangels einer solchen Bestimmung behalten sie ihre bisherigen Familiennamen bei.*“ Es fand also eine Beseitigung der Subsidiaritätsbestimmung zugunsten des Familiennamens des Mannes statt. Im Falle der Nichtregelung behalten beide Eheleute ihren bisherigen Familiennamen bei.³⁵

Es wird nun das Entstehungsstadium dieser neuen Fassung fingiert. Es soll damit aufgezeigt werden, wie verantwortliche Akteur_innen vorgehen könn-

³¹ Doblhofer/Küng 133.

³² Krell/Mückenberger/Tondorf (2011) 94.

³³ BGBl I 2013/15.

³⁴ Kathrein (2013) 197.

³⁵ ErlRV 432 ME 24. GP 6.

ten, wenn sie im Zuge einer Novellierung mit einem Modell des Gender Mainstreaming arbeiten würden.

1) Im ersten Schritt des Sechs-Schritte Modells geht es um die *Zieldefinition*. Hier soll artikuliert werden, was mit dem Vorhaben (hier also dem Kind-NamRÄG 2013) erreicht werden soll und bis wann dieses Ziel erreicht sein soll.

Hierfür wäre die Erhebung spezifischer Daten notwendig. Die Daten müssten über die Namenswahl bei den Standesämtern Aufschluss geben (wie oft wird der Name des Mannes als gemeinsamer Familienname bestimmt, wie oft der Name der Frau und in wie vielen Fällen kommt es mangels Nichtäußerung zum Erhalt des Familiennamens des Mannes³⁶) und geschlechterdifferenziert aufgeschlüsselt sein.

Es ist an dieser Stelle eine Statistik von *Ent* aus dem Jahr 1999 zu erwähnen: Bei den in diesem Jahr in Wien geschlossenen 4660 Ehen wurde in 87,7 % (4086) der Familiennname des Mannes ausdrücklich als gemeinsamer Familiennname bestimmt, in 3,8 % (177) wurde der Familiennname der Frau gewählt und in 8,5 % (397) erhielt die Frau den Familiennamen des Mannes, weil die Subsidiaritätsbestimmung zugunsten des Mannesnamens Anwendung fand.³⁷

In weiterer Folge könnte der Aufwand, sowohl der zeitliche als auch der finanzielle, erhoben werden, der mit einer Änderung des Familiennamens im Zuge einer Eheschließung verbunden ist.

Die Zieldefinition würde lauten, die sachlich ungerechtfertigte Differenzierung – nämlich die Bevorzugung des Familiennamens des Mannes – zu beseitigen, um eine gerechte Stellung von Frauen und Männern im Gesetzestext herbeizuführen.

2) Im zweiten Schritt findet die *Analyse* statt. Es wird anhand der erhobenen Daten analysiert, wer von der Bestimmung (§ 93 Abs 1 ABGB aF) betroffen ist und ob diese Betroffenheit möglicherweise eine nachteilige ist.³⁸

Es lässt sich hier also leicht feststellen, dass Frauen von dieser Bestimmung nachteilig betroffen sind. Sie müssen, sofern keine ausdrückliche Bestimmung

³⁶ Hier sei nochmal erwähnt, dass zur Abarbeitung des Modells das Bestehen der alten Gesetzeslage fingiert wird, also § 93 Abs 1 ABGB idF BGBI 1995/25 in Geltung ist.

³⁷ *Ent* (2001) 289.

³⁸ Es mag natürlich einleuchten, dass die einfache Beseitigung einer ausdrücklichen Bevorzugung des Familiennamens des Mannes dazu beiträgt, dass Frauen und Männer in der Bestimmung gleichberechtigt sind. Es geht an dieser Stelle darum aufzuzeigen, wie die schematische Abarbeitung des Modelles dazu beiträgt, Ungleichheiten systematisch aufzudecken.

eines gemeinsamen Familiennamens stattgefunden hat, den Übergang des Familiennamens des Mannes durch eine Äußerung verhindern. Sie müssen also aktiv werden bzw sich äußern, wohingegen der Mann seinen Namen ohne Äußerung beibehält. Mit dem Tätigwerden ist auch ein gewisser Aufwand verbunden.³⁹

Festgehalten werden kann folglich, dass von § 93 Abs 1 ABGB aF ausschließlich Frauen nachteilig betroffen sind. Es wird lediglich durch das Geschlecht bestimmt, ob der Name beibehalten wird oder nicht.⁴⁰ Rechtfertigen lässt sich diese Differenzierung mE nicht. Es scheint lediglich Ausfluss der tradierten Rollenverteilung der Geschlechter in unserer Gesellschaft zu sein. Für den Mann, der nach dem klassischen Geschlechterverhältnis unserer Gesellschaft einer Erwerbstätigkeit nachging, um die Familie zu ernähren, war sein Familiennname auch deswegen wichtig, weil damit die Unterscheidungsfunktion und die damit einhergehende Erkennbarkeit im Berufsalltag verbunden war.⁴¹

Heutzutage sind Frauen wie Männer im Berufsalltag vertreten, was eine solche Rechtfertigung nicht mehr sachlich erscheinen lässt.⁴²

3) Es geht nun darum, *Optionen zu entwickeln*, die anstelle des § 93 Abs 1 ABGB aF den Ehenamen regeln und keine sachlich ungerechtfertigten Differenzierungen enthalten. Diese Optionen werden im vierten Schritt geprüft.

Eine erste Option wäre die Umkehr der Subsidiaritätsbestimmung zugunsten des Familiennamens der Frau. Es käme also mangels einer ausdrücklichen Bestimmung eines gemeinsamen Familiennamens ex lege zum Übergang des Familiennamens der Frau auf den Mann. Die Frau würde ihren bisherigen Familiennamen ohne weiteres Zutun behalten. Ob diese Option sinnvoll ist, wird im vierten Schritt überprüft.

Die zweite Option stellt die sich heute in Geltung befindliche Regelung, nämlich § 93 Abs 1 ABGB nF dar.⁴³ Sofern kein Familiennname bestimmt wird, behalten beide Eheleute ihren bisherigen Familiennamen bei. Die Bestimmung enthält überhaupt keine Differenzierung aufgrund des Geschlechtes.

³⁹ Dieser liegt beispielsweise in der vorehelichen Gesprächsführung und Rechtfertigung über die Nichtannahme des Mannesnamens.

⁴⁰ Natürlich immer unter der Prämisse, dass keine Namenswahl getroffen wurde.

⁴¹ Sehranz (2009) 74.

⁴² Laut Statistik Austria ist die Zahl erwerbstätiger Frauen zwischen 1951 und 2001 von 1,299 Millionen auf 1,771 Millionen angestiegen (Anstieg um 36 Prozent), während die Zahl der erwerbstätigen Männer im gleichen Zeitraum von 2,047 Millionen auf 2,215 Millionen angestiegen ist (Plus von lediglich acht Prozent), http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/genderstatistik/index.html (18.7.2013).

⁴³ BGBl I 2013/15.

Nach einer dritten Option könnte der Gesetzestext lauten: „Beide Eheleute behalten ihren Familiennamen, sofern nichts anderes bestimmt wird.“ Auf den ersten Blick mag man hier keinen Unterschied zu § 93 Abs 1 ABGB nF erkennen. Inhaltlich ist die Bestimmung dieselbe. Es wird jedoch durch die Stellung im Gesetzestext das Prinzip des gemeinsamen Familiennamens beseitigt. Dadurch könnte für die Betroffenen der Eindruck entstehen, dass ein gemeinsamer Familiename in der gegenwärtigen Zeit keine tragende Bedeutung mehr hat.⁴⁴ In einem Zeitalter, in dem Patchwork-Familien und Scheidungen an der Tagesordnung sind, mag man sich die Frage stellen, ob sich denn eine familiäre Einheit über einen Familiennamen definieren muss.⁴⁵

4) Im vierten Schritt werden die unter dem Punkt drei erarbeiteten Optionen auf ihre Durchsetzbarkeit und Praktikabilität überprüft. Dabei soll erörtert werden, welche der angeführten Optionen den höchsten Zielerreichungsgrad erwarten lässt.

Option 1 scheint wegen der Umkehr der Geschlechterhierarchisierung im Gesetzestext eher unbrauchbar. Es soll mit den Modellen des Gender Mainstreaming dazu beigetragen werden, dass Frauen und Männer gleichberechtigt sind. Eine reine Umkehr zugunsten des Familiennamens der Frau trägt dazu bei, dass eine sachlich ungerechtfertigte Differenzierung im Gesetzestext weiterhin erhalten bleibt. Gender Mainstreaming ist kein Konzept, welches die Besserstellung von Frauen gegenüber Männern herbeiführen soll, sondern eines, welches die gerechte Stellung beider Geschlechter in der Gesellschaft verwirklichen soll. Daraus schließe ich, dass Option 1 nicht dazu beiträgt das angestrebte Ziel zu erreichen.

Option 2 – der derzeit in Geltung befindliche § 93 Abs 1 ABGB – beseitigt die auf das Geschlecht abstellende Differenzierung. Jeder behält den bisherigen Familiennamen, sofern nichts anderes ausdrücklich bestimmt wurde. Damit wird der heutigen Stellung der Frau im Berufsleben Rechnung getragen.⁴⁶ Die Umsetzung dieser Option lässt also eher vermuten, dass das vorher definierte Ziel erreicht werden kann.

Option 3 – also die Beseitigung der Stellung des gemeinsamen Familiennamens im Gesetzestext und die Beseitigung der Subsidiaritätsbestimmung zugunsten des Familiennamens des Mannes – beinhaltet wie Option 2 eine formale Gleichstellung der Geschlechter.

⁴⁴ Befürwortungen der Beseitigung eines gemeinsamen Familiennamens auch bei *Ent* (2001) 289.

⁴⁵ *Deixder-Hübner* (2007) 162.

⁴⁶ *Mottl* (1996) 322.

Es ist somit auch hier keine sachlich ungerechtfertigte Differenzierung mehr enthalten. Man kann deshalb feststellen, dass das Ziel mit der Umsetzung dieser Option ebenfalls erreicht würde.

Durch die Beseitigung des gemeinsamen Familiennamens als Normalfall könnte den Betroffenen⁴⁷ der Eindruck vermittelt werden, dass ein gemeinsamer Familienname möglicherweise nicht notwendig ist, um eine familiäre Einheit widerzuspiegeln.⁴⁸

Es wäre mit der Beibehaltung des eigenen Namens auch keine Form eines Kompromisses notwendig und mögliches Konfliktpotential ist somit aus dem Weg geschafft. Allerdings muss hier wieder an die Namensgebung der gemeinsamen Kinder gedacht werden. Es gibt zwar die Möglichkeit eines Doppelnamens für die Nachkommen, bestehend aus dem Familiennamen der beiden Eheleute, wobei spätestens die Stellung der Familiennamen an erster oder zweiter Stelle erneut ausdrücklich beschlossen werden muss.⁴⁹

- 5) Der fünfte Schritt stellt die Umsetzung des Vorhabens dar. Das kann hier mit der Kundmachung im BGBl gleichgesetzt werden.⁵⁰
- 6) Im letzten Schritt findet die Evaluation statt. Dies kann hier natürlich nur theoretisch abgearbeitet werden, da für die Durchführung zunächst wiederum geschlechterdifferenziert aufgeschlüsselte Daten erhoben werden müssten. Diese Erhebung sollte nach einem zuvor festgelegten Zeitraum erfolgen.

E. Abschließende Bemerkungen

Es wurde in diesem Beitrag aufgezeigt, dass die Methoden des Gender Mainstreaming sich durchaus dazu eignen, Regelungsvorhaben systematisch auf Geschlechtergerechtigkeit zu überprüfen. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass derart strukturierte Methoden sehr flexibel in ein bereits bestehendes (Gesetzgebungs-)Verfahren implementiert werden können. In weiterer Folge wächst mit der Anwendung dieser Methoden auch das Bewusstsein und es findet eine Sensibilisierung statt, die es ermöglicht, Ungleichbehandlungen und Differenzierungen nach dem Geschlecht schneller erkennen zu können. Dies alles kann zum Abbau von bestehenden Geschlechterhierarchisierungen auf rechtlicher Ebene beitragen.

⁴⁷ Damit sind die Eheleute gemeint.

⁴⁸ Befürworter_innen Deixder-Hübner (2007) 162; sowie Ent (2001) 289.

⁴⁹ Hinteregger, Familienrecht (2013) 193 f.

⁵⁰ BGBl I 2013/15.

Literatur

- Bergmann Nadja/Pimminger Irene* (2006) Praxishandbuch Gender Mainstreaming: Konzept, Umsetzung, Erfahrung (2006).
- Buser Denise* (2001) Perspektiven der Gerechtigkeit: Weibliche Handlungsspielräume im Recht, in Verein Pro FRI-Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut, Recht Richtung Frauen (2001) 11-32.
- Chinkin, Christine* (2001) Gender Mainstreaming in Legal and Constitutional Affairs: A Reference Manual for Governments and Other Stakeholders (2001).
- Council of Europe* (1998) Gender Mainstreaming: Conceptual Framework, Methology and Presentation of Good Practices: Final Report of Activities of the Group of Specialists on Mainstreaming (1998).
- Deixler-Hübner Astrid* (2007) Ist das österreichische Namensrecht noch zeitgemäß? iFamZ 2007, 159-162.
- Doblhofer Doris/Küng Zita* (2008) Gender Mainstreaming Gleichstellungsmanagement als Erfolgsfaktor – das Praxisbuch (2008).
- Ent Herbert* (2001) Der logistische Preis der Gleichberechtigung, ÖA 2001, 289-298.
- Floßmann Ursula* (2008) Frauenrechtsgeschichte: Ein Leitfaden für den Rechtsunterricht (2008²).
- Frey Regina* (2003) Gender im Mainstreaming: Geschlechtertheorie und -praxis im internationalen Diskurs (2003).
- Gottschlich Daniela* (2003) Gender Impact Assessment und Gender Budgets: Instrumente für eine geschlechtergerechte und nachhaltige Entwicklung? in Massarrat/Rolf/Wenzel (Hg), Bilanz nach dem Weltgipfel: Perspektiven für Umwelt und Entwicklung (2003) 108-128.
- Greif Elisabeth/Schobesberger Eva* (2007) Einführung in die Feministische Rechtswissenschaft: Ziele, Methoden, Theorien (2007²).
- Hinterreger Monika* (2013) Familienrecht (2013⁶).
- Holzleithner Elisabeth* (2008) Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? Ein Streifzug durch feministische Rechtswissenschaften und Legal Gender Studies, in Arioli/Cottier/Farahmand/Küng (Hg) Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht? (2008) 3-19.
- Kathrein Georg* (2013) Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013, ÖJZ 2013/23, 197-214.
- Krell Gertraude/Ortlieb Renate/Sieben Barbara* (2011) Chancengleichheit durch Personalpolitik: Gleichstellung von Frauen und Männern in Unternehmen und Verwaltungen: Rechtliche Regelungen – Problemanalysen – Lösungen (2011²).
- Mottl Ingeborg* (1996) Ein Jahr neues Namensrecht, NZ 1996/12, 321-335.
- Schiffbänker Christine* (1997) Weibliche Lebenszusammenhänge im Sozialversicherungsrecht, in Floßmann (Hg) Recht, Geschlecht und Gerechtigkeit (1997) 406-435.
- Schrang Erwin* (2009) Ihre Entwicklung und rechtliche Bedeutung, RZ 2009, 74-76.
- Stepanek Brigitte/Krull Petra* (2003) Gleichstellung und Gender Mainstreaming: Ein Handbuch (2003³).

Ulrich Silvia (2003) Gender Mainstreaming – Neue Perspektiven durch eine integrative Gleichstellungsstrategie, in Eisenberger/Golden/Lachmayr/Marx/Tomasovsky (Hg) Norm und Normvorstellungen, Festschrift für Bernd-Christian Funk zum 60. Geburtstag (2003) 597-614.

Mag.^a Julia Hellmair
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0660/48 95 728
julia.hellmair@student.uibk.ac.at

Data Mining in OGH Entscheidungen

A. Einführung

Die konsequente Digitalisierung und Veröffentlichung von Rechtstexten in digitalen Informationssystemen ermöglicht einen schnellen Zugriff auf immer größer werdende Datensätze. Allerdings wird dadurch die Suche in Rechtsdatenbanken immer mehr zur Suche nach der sprichwörtlichen Nadel im Heuhaufen. Um dieser Informationsflut entgegenzuwirken lassen sich den verschiedenen Disziplinen der informationsgestützten Datenverarbeitung eine Vielzahl an Werkzeugen und Techniken entnehmen, die die juristische Recherche unterstützend ergänzen können. Neben einem kurzen Überblick über ebendiese Techniken und Methoden zeigt diese Arbeit deren Anwendung anhand realistischer Fallbeispiele auf.

Die in den letzten Jahrzehnten beobachtbare konsequente Veröffentlichung von Rechtstexten in digitalen Informationssystemen gepaart mit der rückwirkenden Digitalisierung früher schwer zugänglicher Archive, erlaubt es Praktikern und Forschern auf immer größer werdende Datensätze zuzugreifen.¹ Neben den offensichtlichen Vorteilen der digitalen Verfügbarkeit vieler Rechtsdokumente² ist der Preis dieser „Informationsflut“, dass die Suche in Rechtsdatenbanken immer mehr zur Suche nach der sprichwörtlichen Nadel im Heuhaufen wird. Um der bereits 1970 prognostizierten „digitalen Krise der Rechtsinformation“³ vorzubeugen, sind die Betreiber moderner Rechtsinformationssysteme nicht nur gefordert in schnellere Computersysteme zu investieren, sondern müssen innovative Funktionen und Schnittstellen bereitzustellen, um wettbewerbsfähig zu bleiben.

Die manuelle Suche nach Informationen in Rechtssystemen ist sehr zeitaufwändig und wurde bereits vor Jahrzehnten durch zwei Ansätze verdrängt: Kataloge und Suchmaschinen. Die heutigen Anbieter digitaler Rechtsinformationssysteme setzen neben der etablierten Volltextsuche⁴ vereinzelt und wenn nur sehr zurückhaltend auf innovative Lösungen. Im Gegensatz dazu findet in der Forschung ein reger Austausch zwischen den unterschiedlichen Disziplinen der informationsgestützten Datenauswertung und den Rechtswissen-

¹ Elliott/Kling (1997) 1023-1035.

² Etwa: Bracy/Feather (2001) 261; Wu (2005) 233.

³ Simitis (1970).

⁴ Dabney (1986) 5-40.

schaften statt. Die umfangreichen Rechtsdatenbanken bieten eine willkommene Mischung aus unstrukturierten Texten natürlicher Sprache (zB Entscheidungsbegründung), semi-strukturierten Texten (zB Verweise auf Gesetze, Zitate juristischer Literatur) sowie rigide strukturierten Textbausteinen (zB Urteilskopf). Die Verwendbarkeit von Techniken wie Tagging,⁵ Clustering⁶ oder Recommenderengines⁷ für effiziente und innovative Problemlösung in der Analyse von Rechtstexten hat sich längst gezeigt.

Neben einem Überblick über ausgewählte Techniken und Methoden der digitalen Datenanalyse werden diese anhand echter Fallbeispiele exemplarisch demonstriert, um dem Leser Einblick in die vielfältigen, technischen Möglichkeiten zu geben. Diese Abhandlung ist eine thematische Zusammenfassung des Vortrages „Data Mining in OGH Judikatur“ vom 23.6.2013, in dem einem juristischen Fachpublikum ein Überblick über ausgewählte Themen des Data Mining und deren Anwendbarkeit für die Rechtstatsachenforschung gegeben wurde. Auf technische und mathematische Details wurde somit bewusst verzichtet, der Leser wird durch entsprechende Referenzen zu den jeweiligen weiterführenden Arbeiten verwiesen.

B. Data Mining in OGH Judikatur

Data Mining

Data Mining bezeichnet die systematische Auswertung umfangreicher digitaler Datenbestände mit dem Ziel, neue Muster zu erkennen.⁸ Die unter diesem Begriff zusammengefassten Techniken wurden ursprünglich für Anwendungen in der Wirtschaftsanalyse entwickelt. In den vergangenen Jahren konnte in nahezu allen Disziplinen eine starke Zunahme von Data Mining Techniken zur Extraktion von Informationen aus den enorm gewachsenen Datenbeständen beobachtet werden.

Vereinfacht betrachtet, bezeichnet der Data Mining Prozess die computergestützte Untersuchung von Rohdaten auf statistische Regelmäßigkeiten und versteckte Modelle. In der Anwendung umfasst Data Mining mehrere, inei-

⁵ Tagging (engl) meint eine Annotation eines Datenbestandes mit zusätzlichen Informationen. Vgl *Palmirani/Brighi/Massini* (2003) 105-106.

⁶ Clustering (engl) meint die Gruppierung eines Datenbestandes nach ausgewählten Kriterien. Vgl *Schweighofer/Winiwarter/Merkel* (1995) 119-126.

⁷ Recommenderengines (engl) meint Automatismen, die ausgehend von einer gewissen Präferenz weitere, wahrscheinlich in Frage kommende Objekte vorschlagen. Vgl *Chaudhary/Dozier/Atkinson/Berosik/Guo/Samler* (2006).

⁸ *Han/Kamber/Pei* (2006).

nander greifende Prozesse, in denen Rohdaten zunächst aufbereitet, dann analysiert und die Analyseergebnisse entsprechend dargestellt werden. Data Mining ist iterativ und semi-automatisch und erfordert häufig menschliche Intervention, um den Erfolg der Analyse zu gewährleisten. Unabhängig von der Problemdomäne (zB Analyse von Rechtstexten) besteht der iterative Data Mining Prozess aus einer sequenziellen Vor- und Nachbereitungsphase sowie einer iterativen Analysephase.

Anwendungsbeispiel: Klassifizierung von OGH Judikatur

In diesem Kapitel wird anhand von OGH Judikatur demonstriert, wie Data Mining Schritt für Schritt funktioniert. Anhand einer einfachen Aufgabenstellung wird in diesem Kapitel der Prozess schrittweise durchgesprochen und Anregungen für künftige Forschung gegeben.

Die Zuordnung von OGH Judikatur zur jeweiligen in der Entscheidung behandelten Rechtsmaterie ist eine Aufgabe, die ohne Automatisierung nur mit einem hohen Zeitaufwand gelöst werden kann. Zwar bieten die meisten, digital verfügbaren Entscheidungen eine rudimentäre Verschlagwortung an, diese ist jedoch oft nicht für die Beantwortung von Forschungsfragen geeignet.

Im Folgenden wird mithilfe von Data Mining Ansätzen folgende Frage beantwortet: „*Mit welchen Rechtsmaterien beschäftigt sich der OGH pro Jahr in seinen Entscheidungen am häufigsten?*“

Zur Beantwortung der Frage, mit welcher Rechtsmaterie sich der OGH in einer Entscheidung beschäftigt, können mehrere Metriken⁹ herangezogen werden. Denkbare Indikatoren wären die häufige Referenzierung von Paragraphen aus einem bestimmten Gesetz, die „Art“ des vorinstanzlichen Gerichts oder die verwendete Terminologie der Entscheidung. Letztere Zuordnung wird wie folgt angewandt: Eine Entscheidung wird einer Rechtsmaterie zugeordnet, wenn sich die in der Entscheidung verwendete Terminologie mit jener in der Rechtsmaterie üblichen Terminologie deckt. Aus Gründen der Einfachheit werden die folgenden vier Rechtsmaterien mit jeweils einem repräsentativen Bundesgesetz in der jeweils gültigen Fassung gewählt: Zivilrecht (ABGB), Strafrecht (StGB), Wirtschaftsrecht (UGB), Arbeitsrecht (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz). Limitationen und zukünftige Erweiterungen dieses Ansatzes werden im abschließenden Kapitel diskutiert.

⁹ Metrik bezeichnet in dieser Arbeit eine allg. Bewertungsfunktion.

Zur Lösung des Problems wird ein zweistufiger Klassifikationsansatz gewählt.¹⁰ Wie in Abbildung 6 dargestellt, werden im ersten Schritt, dem Trainingsprozess, die Gesetzesstexte analysiert und die jeweilige markante Terminologie extrahiert.

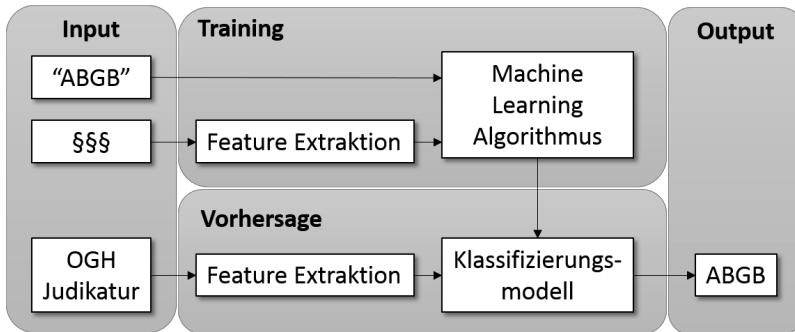


Abbildung 6: Schematischer Ablauf der Klassifikation

Im ersten Schritt der Vorbereitungsphase, der Extraktionsphase, werden sowohl die für die Rechtsmaterien relevanten Gesetzesstexte sowie die Entscheidungen des OGH extrahiert. Das Ergebnis der Extraktionsphase sind 4 Gesetzesstexte sowie 108702 Entscheidungstexte (veröffentlicht vom Beginn der Digitalisierung bis zum Datum dieser Arbeit). Aus den Dokumenten wurden knapp 200 Millionen Wörter extrahiert – eine Menge, für die ein Mensch knapp 2 Jahre rund um die Uhr mit Lesen beschäftigt wäre.

Auf die Extraktionsphase folgt die Bereinigungsphase, in der die extrahierten Daten für die weitere Verarbeitung aufbereitet und Fehler soweit als möglich beseitigt werden. Die bereinigten Fehler iS dieser Arbeit umfassen beispielsweise Rechtschreibfehler,¹¹ Silbentrennung,¹² alte Rechtschreibung, Digitalisierungsfehler alter Publikationen uvm. Soweit möglich wurden automatisierte Mechanismen verwendet um die Fehler zu beseitigen. Für Limitationen der Ansätze wird auf die Arbeiten der jeweiligen Autoren verwiesen.

Die nächste Phase ist die Transformationsphase, in der die Dokumente in ein für die weitere Verwendung passendes Format konvertiert werden. Dieser Schritt umfasst hier ua die Beseitigung aller Dokumentteile bis auf den Ent-

¹⁰ Caruana/Niculescu-Mizil (2006) 161-168; Medlock/Briscoe (2007) 992; Zhu/Goldberg (2009).

¹¹ Runeson/Alexandersson/Nyholm (2007).

¹² Runeson/Alexandersson/Nyholm (2007).

scheidungstext. Um die Auswertungsgeschwindigkeit zu steigern, werden einmalig vorkommende Wörter sowie Stoppwörter (zB der, die, das, etc) entfernt und somit der zu untersuchende Datensatz weiter verkleinert.

Da für die Analysephase ein Ansatz des überwachten Lernens als Analysemodell gewählt wurde, muss vor der weiteren Auswertung der Klassifikator „trainiert“ werden. Das Ergebnis dieses Trainings ist in Tabelle 2 exemplarisch dargestellt.

Die Tabelle stellt die informativsten Wörter des StGB und des ABGB einander gegenüber. Vereinfacht gesagt bedeutet beispielsweise das Vorkommen des Wortes „Freiheitsstrafe“ in einer Entscheidung des OGH, dass diese Entscheidung laut Algorithmus mit einer Wahrscheinlichkeit von 168.1 zu 1 der Strafrechtsmaterie zugeordnet werden kann. Für die übrigen Gesetze und Terminologien wurden ähnliche Zuordnungen erstellt.

Wort	StGB	ABGB
Freiheitsstrafe	168.1	1.0
Drohung	128.0	1.0
Vorsatz	49.7	1.0
Obsorge	36.8	1.0

Tabelle 2: Sprachlicher Unterschied zwischen dem StGB und dem ABGB, gekürzter Ausschnitt.

Um eine detaillierte Analyse zu erhalten, wurde nach abgeschlossenem Training der gesamte Datensatz der Klassifikation nach oben beschriebenem Schema zugeführt. Dabei ordnet der Algorithmus jedem eingespeisten Dokument jene Rechtsmaterie zu, deren Terminologie sich am besten mit jener der Entscheidung deckt. Das Ergebnis ist somit ein Tupelsatz $(n, m)^{108702}$, wobei n eine OGH Entscheidung und m die zugeordnete Rechtsmaterie ist.

In der abschließenden Darstellungsphase wird das Ergebnis graphisch aufbereitet, zB wie in Abbildung 7 dargestellt.

In der Literatur lassen sich neben den besprochenen Analyseverfahren auch noch weitere Ansätze finden, die für die Analyse rechtlicher Information relevant sein könnten, wie beispielsweise die Ausreißererkennung, Clusterbildung, Assoziationsanalyse oder die Textzusammenfassung.



Abbildung 7: Auswertung der OGH Entscheidungen pro Jahr nach Rechtsmaterie (ABGB, StGB, UGB, ASchG)

Die Clusterbildung und die Assoziationsanalyse etwa könnten helfen, ähnliche Entscheidungen bzw. Entscheidungen zu ähnlichen Themenkreisen zu gruppieren und somit noch leichter auffindbar zu machen. Eine effiziente Textzusammenfassung könnte weiters dazu beitragen, die wesentlichen Punkte einer Entscheidung zu erfassen und so die Einschätzung, ob es thematisch relevant ist, beschleunigen.

Soziale Netzwerkanalyse

Die soziale Netzwerkanalyse bezeichnet die Auswertung von Beziehungen innerhalb sozialer Netze.¹³ Dabei werden die Beziehungen als Sammlung von Knoten (zB Personen) und Kanten (zB Verbindungen zwischen den Personen) formal modelliert und so für die weitere Auswertung vorbereitet.

Ungeachtet der Vielzahl an existierenden Möglichkeiten zur Modellierung des Datensatzes aus dem vorhergehenden Kapitel, wurde für das in Abbildung 8 partiell dargestellte Netzwerk folgender Modellierungsansatz gewählt: Die Konten, dargestellt als Kreise, repräsentieren Richter (aus Darstellungsgrün-

¹³ Pappi (1987).

den wurden die Namen durch die Buchstaben A-F ersetzt). Die Kanten zwischen zwei Richtern bedeuten, dass die Richter gemeinsam am Zustandekommen von Entscheidungen beteiligt waren. Die Zahl auf den Kanten gibt an, wie viele Entscheidungen die jeweiligen Richter „verbinden“.

Aufbauend auf diese Modellierung lassen sich diverse Metriken berechnen, die aufschlussreiche Informationen über das Netzwerk sowie deren Teilnehmer bieten.

Gradzentralität: Diese Charakterisierung der Knoten drückt aus, wie viele Verbindungen zu anderen Knoten des Netzwerkes bestehen. Gradzentralität ist unter dem Aspekt des Wissenstransfers ein Indikator für die Expertise und den Einfluss von Mitgliedern des Netzwerkes. Sie stellt somit einen Anhaltspunkt für die Frage, welche Richter im Datensatz das gesamte Netzwerk am meisten „unterstützen“.

Zwischenzentralität: Diese Charakterisierung drückt aus, welche Teilnehmer am Netzwerk als Bindeglied zwischen Teilgruppen fungieren und somit wesentlich zum Wissensaustausch im Gesamtnetzwerk beitragen. Im vereinfachten Beispiel in Abbildung 8 stellt Richter D ein solches Bindeglied zwischen A und E dar. Die Gewichtung der von G ausgehenden Kanten könnte beispielsweise ein Indiz dafür sein, dass für gewöhnlich D im selben Senat wie A entscheidet, ausnahmsweise aber einmal in den Senat von E gewechselt hat.

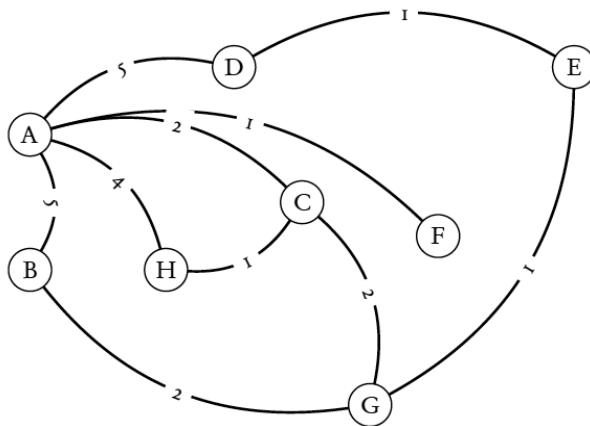


Abbildung 8: Ausschnitt einer Graphdarstellung des OGH Datensatzes

Cliquenanalyse: Dieses Verfahren zielt darauf ab, das Netzwerk in verschiedene Teilnetzwerke zu zerlegen. Jedes dieser Teilnetzwerke umfasst mindestens

drei vollständig miteinander verbundene Akteure. In Abbildung 8 lassen sich mehrere solcher Cliques finden, beispielsweise A-C-H.

C. Limitationen und Ausblick

Der gesamte Prozess des Data Minings weist einige Schwachstellen auf, die insbesondere bei Problemen wie der hier vorgestellten Auswertung von unzähligen, in natürlicher Sprache verfassten Texten relevant werden.

Ein Problem in der Vorbereitungsphase stellt die Verfügbarkeit und Qualität der Daten dar: Zwar schreitet die Digitalisierung älterer OGH Entscheidungen stetig voran, doch werden längst nicht alle OGH Entscheidungen öffentlich zugänglich gemacht. Dadurch entsteht ein verzerrtes Bild in der Auswertung, das zum Teil starke Abweichungen zB zum Tätigkeitsbericht des OGH aufweist. Weitere Unschärfen entstehen beispielsweise durch Fehler in der OCR¹⁴ während des Digitalisierungsvorgangs. Während die zu analysierenden Dokumente in ausreichender Menge vorliegen, ist die Trainingsphase mit jeweils einem Gesetz pro Rechtsmaterie sehr knapp bemessen und könnte in künftigen Arbeiten zB auf einschlägige Fachliteratur erweitert werden.

Während die ersten Ansätze bereits viele interessante Ergebnisse liefert haben, verspricht die Integration verschiedener Analysemethoden, wie beispielsweise die soziale Netzwerkanalyse in die automatische Textklassifikation, weitere interessante Ergebnisse zu liefern.

Literatur

- Bray G. J./Feather K. C. (2001) Impact of Electronic Access on Basic Library Services: One Academic Law Library's Experience, 'The', Law Libr J 2001, 261.
- Caruana R./Niculescu-Mizil A. (2006) An empirical comparison of supervised learning algorithms, in Proceedings of the 23rd international conference on Machine learning ICML 2006, 161-168.
- Chaudhary M./Dozier C./Atkinson G./Berosik G./Guo X./Samler S. (2006) Mining legal text to create a litigation history database, in Proceedings of IASTED International Conference on Law and Technology, Cambridge, MA, USA.
- Dabney D. P. (1986) The curse of Thamus: An analysis of full-text legal document retrieval, Law Library Journal 78 (1) 5-40.

¹⁴ OCR (engl. Abk.), steht für Optical Character Recognition und bezeichnet iws die Umwandlung von digitalisierten Dokumenten in digitalen Text.

- Elliott M./Kling R.* (1997) Organizational Usability of Digital Libraries: Case Study of Legal Research in Civil and Criminal Courts, JASIS 48 (11), 1023-1035.
- Han J./Kamber M./Pei J.* (2006) Data mining: concepts and techniques.
- Medlock B./Briscoe T.* (2007) Weakly supervised learning for hedge classification in scientific literature, in Annual Meeting of Association of Computational Linguistics', (2007) 992.
- Palmirani M./Brighi R./Massini M.* (2003) Automated extraction of normative references in legal texts, in Proceedings of the 9th international conference on Artificial intelligence and law, ACM 2003, 105-106.
- Pappi F. U.* (1987) Methoden der Netzwerkanalyse.
- Runeson P./Alexanderson M./Nyholm O.* (2007) Detection of duplicate defect reports using natural language processing, in Software Engineering, 2007. ICSE 2007. 29th International Conference on, IEEE Computer Society, Minneapolis, Minnesota, 499-510.
- Schweighofer E./Winshiper W./Merkel D.* (1995) Information filtering: the computation of similarities in large corpora of legal texts, in Proceedings of the 5th international conference on Artificial intelligence and law, 119-126.
- Simitis S.* (1970) Informationskrise des Rechts und Datenverarbeitung.
- Wu M. M.* (2005) Why print and electronic resources are essential to the academic law library, Law Libr. J. 2005, 233.
- Zhu X./Goldberg A. B.* (2009) Introduction to Semi-Supervised Learning.

Mag. Christian Sillaber, BSc. MSc. MSc.
Institut für Informatik, Universität Innsbruck
Technikerstraße 21a, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507 532-96
christian.sillaber@uibk.ac.at

Hannelore Schmidt

Die Verfahren vor der Datenschutzkommission: Ergebnisse aus den Datenschutzberichten von 2007 bis 2011

A. Einleitung

Dieses Thema, die Verfahren vor der Datenschutzkommission, eignet sich hervorragend, um Rechtstatsachenforschung zu betreiben. Der Grund besteht darin, dass die Datenschutzkommission gem § 38 Abs 4 DSG (Datenschutzgesetz 2000)¹ gesetzlich dazu verpflichtet ist, über ihre Tätigkeit spätestens alle zwei Jahre zu berichten und diese Berichte in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Durch die Veröffentlichung dieser Tätigkeitsberichte wird nämlich die Informationsverarbeitung aus den Datenschutzberichten, im Sinne der Rechtstatsachenforschung, enorm erleichtert.

Das Sammeln von Daten ist keineswegs eine neue, durch moderne Technik ermöglichte, Erscheinung. Bereits in der Römerzeit wurden Daten beispielsweise im Rahmen von Volkszählungen erhoben.² Erst durch die Möglichkeit der elektronischen Datenverarbeitung ist das Potential der Gefährdung der Privatsphäre beträchtlich gestiegen. Das Datenschutzrecht darf aber nicht – wie es fälschlicherweise den Eindruck macht – als Schutz der Daten verstanden werden. Vielmehr geht es um den Schutz der Privatsphäre derjenigen Personen, die hinter diesen Informationen stehen und im Datenschutzrecht als Betroffene³ bezeichnet werden.

B. Betroffenenrechte

1. Datenschutzrecht als Grundrecht

Gem § 1 Abs 1 DSG⁴ hat jedermann einen Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit er daran ein schutzwürdiges Interesse, insbesondere im Hinblick auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, hat. Das Grundrecht auf Datenschutz im Sinne eines Grundrechts

¹ DSG 2000 BGBl I 2013/57.

² *Jahnel* Datenschutzrecht (2010) 1.

³ § 4 Z 3 DSG; vgl *Jahnel* (2010) Rz 3/68.

⁴ § 1 DSG ist eine Verfassungsbestimmung und normiert ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Grundrecht.

auf Geheimhaltung ist eine Fortentwicklung des in Art 8 EMRK normierten Grundrechts auf Schutz der Privatsphäre und diesem nicht nur inhaltlich, sondern auch strukturell nachgebildet.⁵ Soweit die Verwendung von personenbezogenen Daten nicht im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung erfolgt, sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur aufgrund von Gesetzen.⁶ Unter dem Schutz des Grundrechts stehen nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen und Personengemeinschaften.⁷ Zum Kern dieses Grundrechts zählen der Anspruch auf Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG), die Bestandsgarantie der klassischen Betroffenenrechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung (§ 1 Abs 3 DSG) sowie der durch die Judikatur herausgearbeitete Ermittlungsschutz.⁸ Zu beachten ist vor allem die Geltung des Grundrechts auch gegenüber privaten Rechtsträgern (unmittelbare Drittewirkung gem § 1 Abs 5 DSG). Ob einem Betroffenen aus dem Grundrecht ein Geheimhaltungsanspruch erwächst, ist im Wesentlichen davon abhängig, ob der Betroffene ein „schutzwürdiges Interesse“ daran hat. Erst nach Vornahme einer Interessenabwägung kann festgestellt werden, ob die behaupteten Interessen des Betroffenen auf Geheimhaltung auch schutzwürdig sind.⁹ Die Kriterien für die Abwägung sind im Grundrecht selbst aufgezählt, wobei es sich dabei um keine abschließende Aufzählung handelt:¹⁰

- Eine *allgemeine Verfügbarkeit* von personenbezogenen Daten;
- eine gültig abgegebene *Zustimmung* der betroffenen Person;
- *lebenswichtige Interessen* des Betroffenen;
- *überwiegend berechtigte Interessen* eines Dritten;
- *gesetzliche Eingriffe* in das Grundrecht (unter Beachtung des materiellen Gesetzesvorbehaltens des Art 8 Abs 2 EMRK);
- *wichtige öffentliche Interessen* bei sensiblen Daten, da diese als besonders schutzwürdig angesehen werden.

⁵ Kotschy Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten – Teil I, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Gouvernement 2012, (2012) 29.

⁶ § 1 Abs 2 DSG.

⁷ § 4 Z 3 DSG.

⁸ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Rz 2.

⁹ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Rz 7.

¹⁰ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Rz 7.

Das Recht auf Geheimhaltung differenziert nicht zwischen elektronisch verarbeiteten Daten und sonstigen Daten, während die übrigen Grundrechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung (gem § 1 Abs 3 DSG) zur Voraussetzung haben, dass die betreffenden Daten entweder zur automationsunterstützten Verarbeitung oder zur manuellen Verarbeitung bestimmt sind.¹¹

2. Das Recht auf Auskunft (§ 26 DSG)

Das Grundrecht auf Auskunft ist in § 1 Abs 3 DSG normiert. Danach hat jedermann das Recht auf Auskunft darüber, wer welche Daten über ihn verarbeitet, woher die Daten stammen und zu welchem Zweck diese verwendet werden, insbesondere auch, an wen sie übermittelt werden. § 26 DSG stellt die Ausführungs vorschrift zu diesem verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrecht dar und kann nach dieser Vorschrift geltend gemacht werden.¹² Gem § 26 Abs 1 DSG hat ein Auftraggeber¹³ jeder Person, die das schriftlich verlangt und ihre Identität in geeigneter Form nachweist, Auskunft über die zu dieser Person verarbeiteten Daten zu geben. Mit Zustimmung des Auftraggebers kann das Auskunftsbegehren auch mündlich gestellt werden. Träger des Auskunftsrechts ist ausschließlich die betroffene Person selbst, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden, wobei eine Geltendmachung durch einen Bevollmächtigten möglich ist.¹⁴ Die Auskunft hat die verarbeiteten Daten, die Informationen über ihre Herkunft, allfällige Empfänger von Übermittlungen, den Zweck der Datenverwendung und die Rechtsgrundlage dafür in allgemein verständlicher Form¹⁵ anzuführen. Gem § 26 Abs 4 DSG ist die datenschutzrechtliche Auskunft innerhalb von acht Wochen nach Einlangen des Begehrens zu erteilen. Den Auftraggeber trifft in jedem Fall eine sogenannte „Reaktionspflicht“, selbst dann, wenn das Begehren unvollständig ist

¹¹ *Jahnel* (2010) Rz 2/30.

¹² *Jahnel* (2010) Rz 7/6.

¹³ Auftraggeber gem § 4 Z 4 DSG sind natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten zu verwenden (Z 8), unabhängig davon, ob sie die Daten selbst verwenden (Z 8) oder damit einen Dienstleister (Z 5) beauftragen. Sie gelten auch dann als Auftraggeber, wenn der mit der Herstellung eines Werkes beauftragte Dienstleister (Z 5) die Entscheidung trifft, zu diesem Zweck Daten zu verwenden (Z 8), es sei denn dies wurde ihm ausdrücklich untersagt oder der Beauftragte hat auf Grund von Rechtsvorschriften oder Verhaltensregeln über die Verwendung eigenverantwortlich zu entscheiden.

¹⁴ *Jahnel* (2010) Rz 7/8.

¹⁵ Interne Codes, technische Abkürzungen oder fremdsprachige Ausdrücke müssen dem Auskunftswerber verständlich gemacht oder erläutert werden; vgl *Jahnel* (2010) Rz 7/22.

oder vom Auskunftswerber der Identitätsnachweis nicht erbracht wurde.¹⁶ Sollte sich herausstellen, dass gar keine Daten über den Auskunftswerber vorhanden sind, hat der Auftraggeber eine „Negativauskunft“ mit eben diesem Inhalt zu erteilen.¹⁷ Nach § 26 Abs 2 DSG ist das Auskunftsrecht Beschränkungen unterworfen. Demnach ist eine Auskunft dann nicht zu erteilen, wenn die Verweigerung zum Schutz des Betroffenen aus besonderen Gründen notwendig ist oder wenn überwiegende berechtigte Interessen des Auftraggebers vorliegen, aber auch dann, wenn überwiegende öffentliche Interessen der Auskunftserteilung im Wege stehen.

Die Auskunftsverweigerung zum Schutz des Betroffenen ist – im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung (§ 1 Abs 4 iVm § 1 Abs 2 DSG) – wohl nur dann zulässig, wenn es um lebenswichtige Interessen des Betroffenen geht. In der Praxis dürfte dieser Verweigerungstatbestand wohl eher eine geringe Rolle spielen, denn selbst im medizinischen Bereich hat der Patient letztlich einen Anspruch auf Auskunft und die volle Wahrheit.¹⁸

Beim zweiten Beschränkungstatbestand ist eine Interessenabwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und jenen des Auftraggebers durchzuführen, wobei eine Verweigerung nur dann rechtmäßig ist, wenn die Interessen des Auftraggebers überwiegend die Auskunft zu verweigern. Denkbar wäre hier beispielsweise der Schutz von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen oder die Amtsverschwiegenheit.¹⁹

Letztlich können auch überwiegende öffentliche Interessen gegen ein Auskunftsbegehren sprechen, die in § 26 Abs 2 Z 1 bis Z 5 DSG beispielhaft aufgezählt sind. Überwiegende öffentliche Interessen können sich dabei aus der Notwendigkeit

- des Schutzes der verfassungsmäßigen Einrichtungen der Republik Österreich oder
- der Sicherung der Einsatzbereitschaft des Bundesheeres oder
- der Sicherung der Interessen der umfassenden Landesverteidigung oder
- des Schutzes wichtiger außenpolitischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen der Republik Österreich oder der Europäischen Union oder

¹⁶ *Jahnel* (2010) Rz 7/40.

¹⁷ *Jahnel* (2010) Rz 7/41.

¹⁸ *Jahnel* (2010) Rz 7/55; vgl. *Dobr/Pöllerer/Weiss/Knyrim* DSG² § 26 Rz 22.

¹⁹ DSK 15.02.2005, K120.981/0002-DSK/2005; vgl. *Jahnel* (2010) Rz 7/57.

- der Vorbeugung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten ergeben.

Ein weiterer denkbarer Grund für eine Auskunftsverweigerung im Rahmen überwiegender öffentlicher Interessen könnte wohl auch der Schutz der öffentlichen Ruhe und Ordnung sein.²⁰ Ob einer der eben aufgezählten Gründe für die Auskunftsverweigerung vorliegt, unterliegt jedenfalls der Kontrolle der Datenschutzkommission.

3. Das Recht auf Richtigstellung und Löschung (§ 27 DSG)

Das Recht auf Richtigstellung und Löschung ist gem § 1 Abs 3 Z 2 DSG ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Grundrecht, wobei § 27 DSG die Ausführungsvorschrift darstellt. § 27 Abs 1 DSG bestimmt, dass jeder Auftraggeber unrichtige oder entgegen den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes verarbeitete Daten richtigzustellen oder zu löschen hat und zwar

zunächst von sich aus, sobald dem Auftraggeber die Unrichtigkeit oder die Unzulässigkeit der Datenverarbeitung bekannt geworden ist, oder

aufgrund eines begründeten Antrags durch die betroffene Person.²¹

Die Begriffe „Richtigstellung“ und „Löschung“ sind weder im Datenschutzgesetz noch in der Datenschutzrichtlinie definiert. Bei der Richtigstellung wird es wohl auf das sachliche Richtigsein, also auf den Wahrheitswert der Daten ankommen.²² Unter dem Begriff Löschen versteht man eine Maßnahme mit der Wirkung, dass der Auftraggeber nicht mehr über die personenbezogenen Daten verfügen kann.²³ Bei manuell verarbeiteten Daten kommt ein Unleserlich-Machen, beispielsweise durch Schwärzung als Löschungsvorgang in Betracht.²⁴

Die Verpflichtung des Auftraggebers, von sich aus Daten richtig zu stellen oder zu löschen, unterliegt der Kontrolle durch die Datenschutzkommission gem § 30 DSG, kann aber auch auf Anregung des Betroffenen erfolgen.²⁵ Die Pflicht zur Richtigstellung durch den Auftraggeber von sich aus, ist allerdings

²⁰ Vgl *Jahnel* (2010) Rz 7/58.

²¹ Vgl *Knyrim* *Datenschutzrecht*² (2012) 280 und *Jahnel* (2010) Rz 7/61.

²² *Jahnel* (2010) Rz 7/63; *Dammann/Simitis* EG-Datenschutzrichtlinie (1997) Art 12 Rz 15.

²³ *Jahnel* (2010) Rz 7/64.

²⁴ DSK 22.10.2008, K120.857/0010-DSK/2008; DSK 25.06.2004, K120.877/0017-DSK/2004; *Jahnel* (2010) Rz 7/64.

²⁵ *Jahnel* (2010) Rz 7/65.

gesetzlich eingeschränkt, weil die Verpflichtung nur solche Daten betrifft, deren Richtigkeit für den Zweck der Datenverarbeitung von Bedeutung ist.²⁶ Fällt der Zweck für die Datenverarbeitung überhaupt weg, ist die weitere Verarbeitung unzulässig, weshalb der Auftraggeber die Daten von sich aus zu löschen hat.²⁷ Kommt der Auftraggeber seiner Verpflichtung nicht nach (Säumigkeit), so kann der Betroffene einen schriftlichen Antrag auf Richtigstellung oder Löschung entweder bei der Datenschutzkommission (im öffentlichen Bereich) oder bei den ordentlichen Zivilgerichten (im privaten Bereich) einbringen. Die Frist zur Erledigung beträgt acht Wochen ab Einlangen des Antrags. Wird dem Antrag nicht entsprochen, ist schriftlich zu begründen, warum dem Begehr auf Richtigstellung oder Löschung nicht nachgekommen wurde.²⁸ Die betroffene Person kann in einem solchen Fall die ordentlichen Gerichte anrufen; die Datenschutzkommission ist in diesen Fällen unzuständig.

4. Das Widerspruchsrecht (§ 28 DSG)

Jeder Betroffene hat neben den Rechten auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung auch das Recht, der Verwendung seiner Daten zu widersprechen, insofern die Verwendung der Daten nicht gesetzlich vorgesehen ist und überwiegend schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen verletzt wurden (§ 28 Abs 1 DSG).²⁹ Ein Widerspruch ist also grundsätzlich nur mit einer Begründung möglich. Das Widerspruchsrecht stellt auf den Sonderfall ab, dass die Datenanwendung zwar zulässig ist, eine aus der besonderen Situation des Betroffenen heraus erfolgende Interessenabwägung aber zugunsten des Betroffenen ausfällt.³⁰ Der Auftraggeber hat, bei Vorliegen der Voraussetzungen, die Daten in weiterer Folge binnen acht Wochen ab Widerspruch zu löschen und weitere Übermittlungen zu unterlassen.³¹

Gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datenanwendung kann der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung Widerspruch erheben (§ 28 Abs 2 DSG). Die Daten sind diesfalls ebenso binnen acht Wochen zu Löschen. Es steht dem Betroffenen auch frei, den Wi-

²⁶ *Jahnel* (2010) Rz 7/65.

²⁷ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* (2012) § 27 Rz 8.

²⁸ *Knyrim* (2012) 281.

²⁹ *Jahnel* (2010) Rz 7/78.

³⁰ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* (2012) § 28 Rz 4.

³¹ *Knyrim* (2012) 281; *Jahnel* (2010) Rz 7/81.

derspruch nur gegen die Aufnahme bestimmter Datensätze zu erheben und als bloßes Minus die Löschung eines Teils der Eintragung zu begehen.³²

C. Das Rechtsschutzsystem der Betroffenen im Datenschutzrecht

Das Rechtsschutzsystem im Datenschutzrecht ist aufgrund der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Bereich grundsätzlich zweigeteilt:

Gem § 31 DSG hat der Betroffene Ansprüche gegen Auftraggeber des öffentlichen Bereichs (zB Behörden) vor der Datenschutzkommision geltend zu machen.

Gem § 32 DSG hat der Betroffene Ansprüche gegen Auftraggeber des privaten Bereichs (zB Unternehmen) vor den ordentlichen Zivilgerichten in einem Zivilprozess geltend zu machen.

Die Trennung des Rechtsschutzsystems in einen öffentlichen und einen privaten Bereich wird durch zwei Ausnahmen durchbrochen. Die Betroffenen haben nämlich ein allgemeines Beschwerderecht, mit dem sie sich an die Datenschutzkommision wenden können, damit diese ihre Kontrollbefugnisse ausübt (§ 30 Abs 1 DSG). Im Rahmen des allgemeinen Beschwerderechts kann der Betroffene auch Verletzungen in das Recht auf Geheimhaltung, Richtigstellung oder Löschung im privaten Bereich geltend machen. Der Nachteil dabei ist, dass ein durchsetzbarer Anspruch nur durch eine Entscheidung eines ordentlichen Gerichts erwirkt werden kann.³³ Des Weiteren kann sich eine betroffene Person mit einer Beschwerde an die Datenschutzkommision wenden, wenn ihr Auskunftsrecht verletzt wurde und zwar auch dann, wenn es den privaten Bereich betrifft (§ 31 Abs 1 DSG).³⁴ Beschwerden an die Datenschutzkommision sind formlos und darüber hinaus auch kostenlos.³⁵

Im privaten Bereich richtet sich der Instanzenzug nach den allgemeinen Regeln der Zivilprozessordnung³⁶ bzw der Jurisdiktionsnorm.³⁷ Der Rechtsweg über die Datenschutzkommision führt zum Verwaltungs- bzw Verfassungsgerichtshof. Es gibt nach der Datenschutzkommision also keine Berufungsinstanz.

³² OGH 01.10.2008, 6 Ob 195/08g, ÖBA 2009/1549 (OGH).

³³ *Jahnel* (2010) Rz 9/31.

³⁴ *Knyrim* (2012) 283.

³⁵ *Knyrim* (2012) 284.

³⁶ BGBl I 2012/30.

³⁷ BGBl I 2012/35.

D. Die Kontrollbefugnisse der Datenschutzkommission

Das allgemeine Beschwerderecht gem § 30 DSG durch einen Betroffenen kann mehrere Handlungen der Datenschutzkommission auslösen. Liegt der begründete Verdacht vor, dass der Beschwerdegegner gegen das Datenschutzgesetz verstößt, kann die Datenschutzkommission die Datenanwendungen von sich aus prüfen.³⁸ Liegt kein begründeter Verdacht vor, verweist die Datenschutzkommission den Beschwerdeführer in der Regel auf den ordentlichen Zivilrechtsweg gem § 32 DSG.³⁹ Ein begründeter Verdachtsfall gegen einen Auftraggeber kann allerdings auch abseits eines Beschwerdeverfahrens, wie zB durch Medienberichte, entstehen. Die Datenschutzkommission kann also auch von sich aus Datenanwendungen überprüfen.⁴⁰ Die Datenschutzkommission kann insbesondere alle notwendigen Aufklärungen verlangen und Einsicht in die Datenanwendungen und die diesbezüglichen Unterlagen nehmen (§ 30 Abs 2 DSG). Bezieht sich der begründete Verdacht auf eine meldepflichtige Datenanwendung, kann die Datenschutzkommission auch die Erfüllung der Meldepflicht überprüfen und gem § 22 DSG eine Richtigstellung des Registers oder gem § 22a DSG ein Verfahren zur Überprüfung der Erfüllung der Meldepflicht⁴¹ einleiten.⁴² Neben den Überprüfungsrechten hat die Datenschutzkommission gem § 30 Abs 6 DSG auch die Möglichkeit dem rechtsverletzenden Auftraggeber Empfehlungen auszusprechen, die binnen angemessener Frist zu erfüllen sind. Wird einer solchen Empfehlung nicht innerhalb der Frist entsprochen, so kann die Datenschutzkommission

- Strafanzeige⁴³ erstatten, oder
- Klage vor dem zuständigen Gericht erheben, wenn es sich um einen Auftraggeber des privaten Bereichs handelt, oder
- das oberste Organ befassen, wenn der Auftraggeber Organ einer Gebietskörperschaft ist.⁴⁴

³⁸ *Jahnel* (2010) Rz 9/32; *Knyrim* (2012) 284.

³⁹ *Knyrim* (2012) 284.

⁴⁰ *Jahnel* (2010) Rz 9/32.

⁴¹ Gem § 17 Abs 1 DSG hat vor Aufnahme jeder Datenverarbeitung eine Meldung an das Datenverarbeitungsregister zu erfolgen. Ausnahmen von dieser Grundregel werden in § 17 Abs 2 DSG normiert; vgl *Jahnel* (2010) 321.

⁴² § 30 Abs 2a DSG; *Knyrim* (2012) 284.

⁴³ §§ 51 oder 52 DSG.

⁴⁴ *Knyrim* (2012) 285.

Seit 1.9.2012 kann die Datenschutzkommission gem § 30 Abs 6a DSG bei Gefahr in Verzug⁴⁵ die Weiterführung der Datenanwendung per Bescheid untersagen.⁴⁶

E. Die Verfahren vor der Datenschutzkommission – Ergebnisse aus den Datenschutzberichten

Gem § 38 Abs 4 DSG hat die Datenschutzkommission spätestens alle zwei Jahre einen Bericht über ihre Tätigkeit zu erstellen und in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Aufgrund dieser gesetzlichen Verpflichtung beinhaltet der Tätigkeitsbericht auch die anfallenden und erledigten Geschäftsfälle bezüglich der Verfahren vor der Datenschutzkommission. Die Verfahren vor der Datenschutzkommission sind

- das Individualbeschwerdeverfahren,
- das Ombudsmannverfahren (gem § 30 DSG),
- Rechtsauskünfte,
- Genehmigungen gem §§ 46 und 47 DSG,
- Genehmigungen im internationalen Datenverkehr und
- Entscheidungen der Datenschutzkommission im Registrierungsverfahren.

Des Weiteren gibt die Datenschutzkommission in ihrem Tätigkeitsbericht an, gegen wie viele Bescheide der Datenschutzkommission eine Beschwerde vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof erhoben wird.

Im weiteren Verlauf wird lediglich auf die Ergebnisse der Individualbeschwerden und des Ombudsmannverfahrens eingegangen.

1. Das Individualbeschwerdeverfahren (§ 31 DSG)

Gem § 31 DSG kann vor der Datenschutzkommission Beschwerde mit verbindlicher Wirkung der Entscheidung in Auskunftssachen (im privaten und öffentlichen Bereich) und in Geheimhaltungs-, Richtigstellungs- und Lö-

⁴⁵ Unter Gefahr in Verzug versteht man eine wesentliche und unmittelbare Gefährdung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen.

⁴⁶ *Knyrim* (2012) 285.

schungssachen (nur im öffentlichen Bereich) erhoben werden. Die Beschwerdeverfahren sind gem § 73 AVG innerhalb von sechs Monaten ab Eingang der Beschwerde zu erledigen, sonst ist die Datenschutzkommission säumig.

a) Ergebnisse aus der Berichtsperiode 2006/2007

Im Jahre 2006 hatte die Datenschutzkommission einen Eingang von insgesamt 139 Individualbeschwerden.⁴⁷ Im Jahr 2007 war der Geschäftsanfall rückläufig mit insgesamt 98 eingegangenen Individualbeschwerden.⁴⁸ Erledigt wurden in der gesamten Berichtsperiode 2006/2007 255 Individualbeschwerden, wobei zu berücksichtigen ist, dass in den Angaben zu den Erledigungen auch noch offene Beschwerden aus dem zweiten Halbjahr 2005 hineinfallen.⁴⁹ Neben den Eingängen und Erledigungen enthält der Tätigkeitsbericht 2006/2007 außerdem eine statistische Aufbereitung über den Ausgang der erledigten Beschwerden. Von 242⁵⁰ im gegenständlichen Berichtszeitraum abgeschlossenen Beschwerdeverfahren haben

45 mit einer formlosen Erledigung geendet (Einstellung oder Weiterleitung),

41 Beschwerden wurden zurückgewiesen und

156 Beschwerden wurden – zumindest mit einer teilweisen Sachentscheidung – erledigt. Von diesen 156 erledigten Beschwerden waren 102 Fälle für den Beschwerdeführer erfolglos und nur 54 Fälle waren zumindest teilweise erfolgreich.⁵¹

⁴⁷ Datenschutzkommission Datenschutzbericht 2007, 16 ff; online unter <http://www.dsk.gv.at/site/6207/default.aspx> (4.7.2013).

⁴⁸ Datenschutzkommission (2007) 16; und Datenschutzkommission Datenschutzbericht 2009, 13 ff; online unter <http://www.dsk.gv.at/site/6207/default.aspx> (4.7.2013).

⁴⁹ Datenschutzkommission (2007) 16; und Datenschutzkommission (2009) 13.

⁵⁰ Nach eingehender Überprüfung dürfte der Datenschutzkommission ein Fehler unterlaufen sein, da diese ein Output von insgesamt 255 Individualbeschwerden angibt, in der Ergebnisdarstellung über die Endigung der Verfahren sind es jedoch nur 242 Entscheidungen. Folglich fehlen 13 Beschwerden.

⁵¹ Datenschutzkommission (2007) 18.

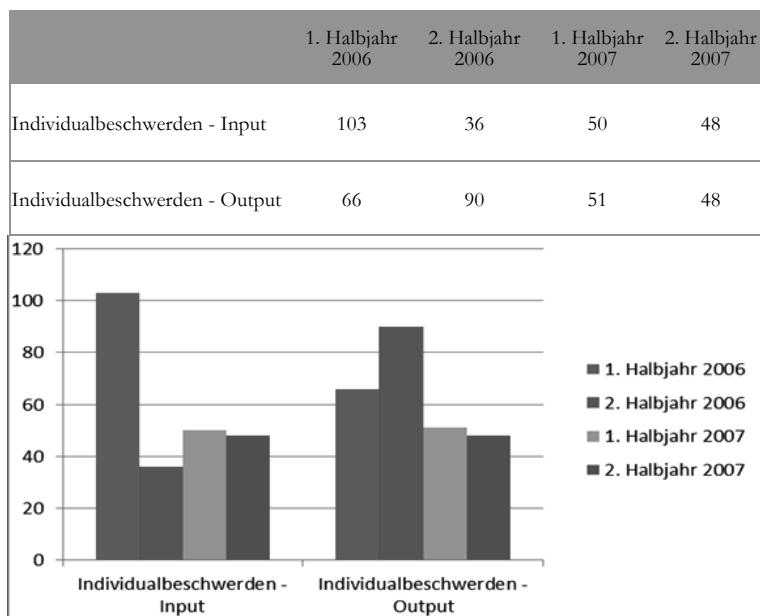


Abbildung 9: Graphische Darstellung – Individualbeschwerdeverfahren 2006/2007

b) Ergebnisse aus der Berichtsperiode 2008/2009

Im Berichtsjahr 2008 gingen 131 Individualbeschwerden bei der Datenschutzkommission ein. Im darauffolgenden Jahr 2009 ist die Zahl der Eingänge etwas rückläufig mit insgesamt 97 erhobenen Beschwerden.⁵² 213 Beschwerden wurden in der gesamten Berichtsperiode 2008/2009 erledigt (inklusive noch zu entscheidender Individualbeschwerden aus der vorhergehenden Berichtsperiode).⁵³

Bezüglich der Endigung der erledigten Verfahren macht die Datenschutzkommission bedauerlicher Weise keine Angaben mehr, weshalb über den Ausgang der Verfahren keine Aussagen getroffen werden können, ob die angestrebten Individualbeschwerden beispielsweise durch Einstellung, Zu-

⁵² Datenschutzkommission (2009) 13.

⁵³ Datenschutzkommission (2009) 13.

rückweisung oder durch eine Sachentscheidung zugunsten bzw zulasten des Beschwerdeführers geendet haben. Auch eine Begründung für das Fehlen der Auswertung ist dem Datenschutzbericht nicht zu entnehmen.

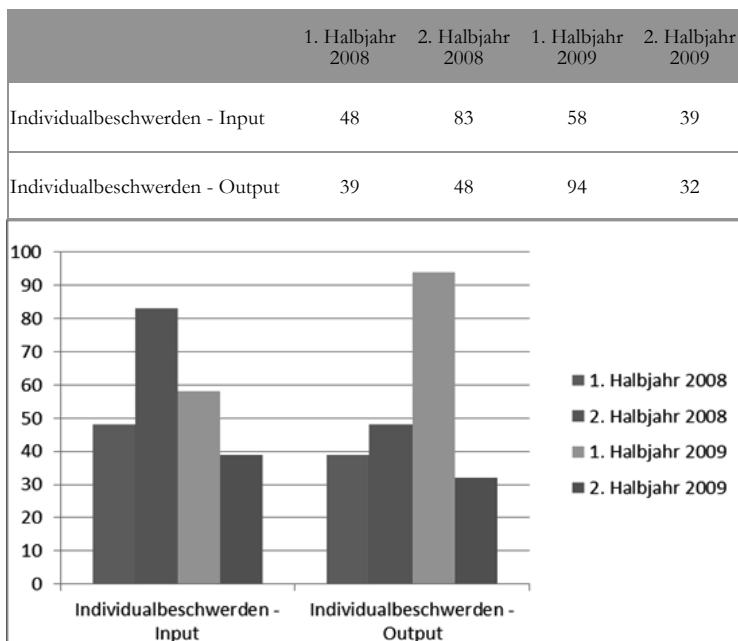


Abbildung 10: Graphische Darstellung – Individualbeschwerdeverfahren 2008/2009

c) Ergebnisse aus der Berichtsperiode 2010/2011

Auch in der Berichtsperiode 2010/2011 gibt es keine Aufschlüsselung mehr über die Endigung der angestrengten Individualbeschwerden, sondern nur noch Aussagen über die Anzahl der eingehenden und erledigten Beschwerdeverfahren. Im Berichtsjahr 2010 gab es einen Geschäftsanfall von 95 eingegangenen Beschwerden. Im Jahre 2011 stieg die Anzahl der Eingänge geringfügig an mit insgesamt 108 erhobenen Individualbeschwerden.⁵⁴ Erledigt wurden in der gesamten Berichtsperiode 2010/2011 182 Individualbeschwer-

⁵⁴ Datenschutzkommission, Datenschutzbericht 2011, 14 ff; online unter <http://www.dsk.gv.at/site/6207/default.aspx> (5.7.2013).

den (inklusive noch zu entscheidender Individualbeschwerden aus der vorhergehenden Berichtsperiode).⁵⁵

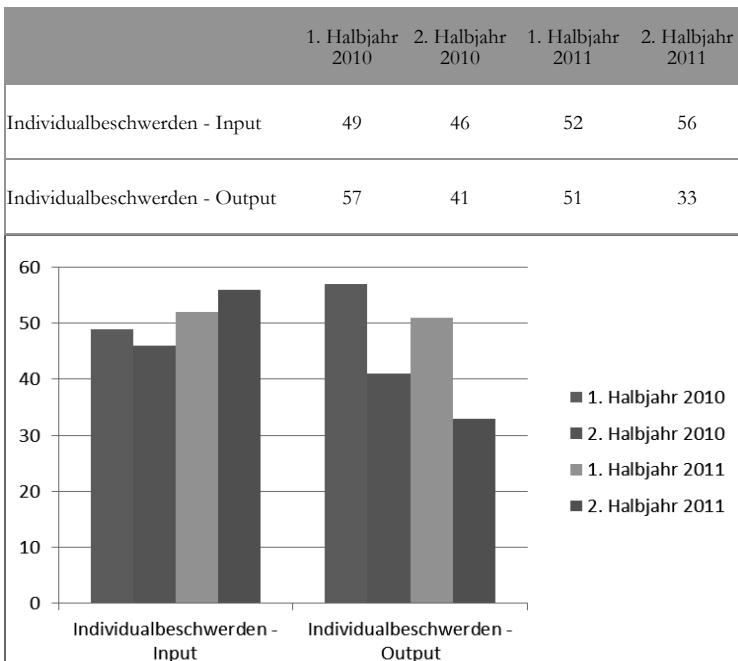


Abbildung 11: Graphische Darstellung – Individualbeschwerdeverfahren 2010/2011

d) Interpretation

Überraschend sind die Ergebnisse der Datenschutzkommision hinsichtlich des Beschwerdegrundes bezüglich der Individualbeschwerden. In den Berichtsperioden 2009 und 2011 ist nämlich ersichtlich, dass mehr als 50 % der Individualbeschwerden Auskunftssachen betreffen (2011 sogar 61 %).⁵⁶ Verwunderlich ist diese hohe Anzahl an Individualbeschwerden in Auskunftssachen insofern, als – wie oben ausführlich beschrieben – eine Verweigerung der Auskunftserteilung nur äußerst selten der Fall sein kann. Zu berücksichtigen ist an dieser Stelle auch, dass die Datenschutzkommision in ihrem Tätigkeitsbericht äußert, dass zwei Drittel der Individualbeschwerden ohnehin unbegründet sind, weshalb eine sehr hohe Anzahl der Beschwerden zu

⁵⁵ Datenschutzkommision (2011) 14.

⁵⁶ Datenschutzkommision (2009) 15; Datenschutzkommision (2011) 16.

Ungunsten der Beschwerdeführer enden.⁵⁷ Der zweithäufigste Beschwerdegrund betrifft das Recht auf Geheimhaltung mit jeweils über 30 % (34 % in der Berichtsperiode 2011 und 36 % in der Berichtsperiode 2009).⁵⁸

2. Das Ombudsmannverfahren (§ 30 DSG)

Das Ombudsmanverfahren betrifft das allgemeine Beschwerderecht gem § 30 DSG. Danach kann sich jeder Betroffene wegen einer behaupteten Datenschutzrechtsverletzung durch einen Auftraggeber mit einer Eingabe an die Datenschutzkommission wenden. Der Antragsteller muss aber in *seinen* Rechten verletzt worden sein, weshalb es sich nur um Betroffenenrechte handeln kann.⁵⁹ Dieses Beschwerderecht ist insofern von Bedeutung, weil die Datenschutzkommission für förmliche Verfahren von privaten Auftraggebern grundsätzlich unzuständig ist. Die Wichtigkeit dieses Instruments zeigt sich auch in den Ergebnissen der Datenschutzberichte.

a) Ergebnisse aus der Berichtsperiode 2006/2007

Im Berichtszeitraum 2006 gab es insgesamt 173 eingegangene Beschwerden. Im darauffolgenden Berichtsjahr 2007 war es etwas weniger mit 139 Eingängen wegen behaupteter Rechtsverletzungen.⁶⁰ 255 Beschwerden wurden in der gesamten Berichtsperiode 2006/2007 erledigt (inklusive noch zu entscheidender Beschwerden aus der vorhergehenden Berichtsperiode).⁶¹ Keine Angaben macht die Datenschutzkommission wiederum über die Endigung der Beschwerden, also darüber, ob sich die behaupteten Rechtsverletzungen bewahrheitet haben oder nicht.

⁵⁷ Datenschutzkommission (2007) 18.

⁵⁸ Datenschutzkommission (2009) 15; Datenschutzkommission (2011) 16.

⁵⁹ Jähnle (2010) Rz 9/30.

⁶⁰ Datenschutzkommission (2007) 16; Datenschutzkommission (2009) 13.

⁶¹ Datenschutzkommission (2007) 16; Datenschutzkommission (2009) 13.

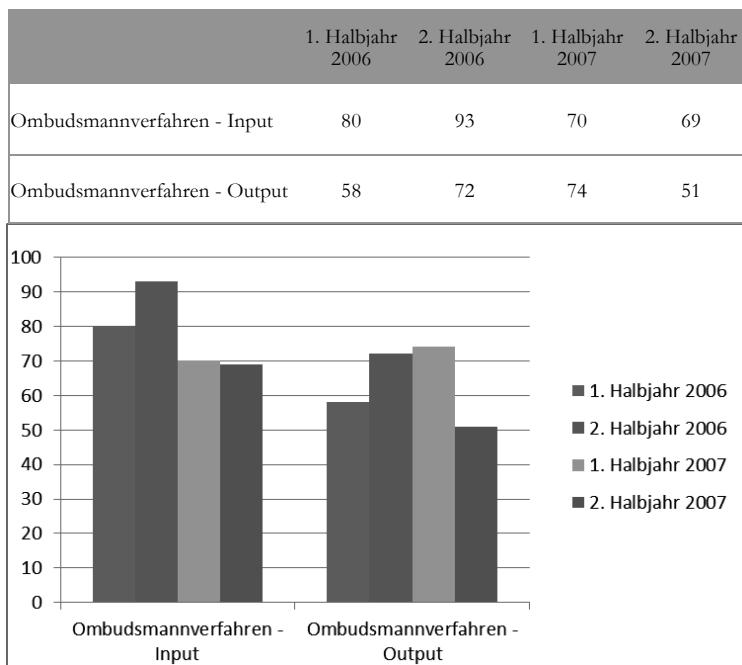


Abbildung 12: Graphische Darstellung – Ombudsmannverfahren 2006/2007

b) Ergebnisse aus der Berichtsperiode 2008/2009

Im Berichtsjahr 2008 stieg die Zahl der eingehenden Geschäftsfälle auf 247 Beschwerden an. Im Jahr 2009 waren es bereits 301 Beschwerden, die im Rahmen des Ombudsmannverfahrens erhoben wurden.⁶² Erledigt wurden von der Datenschutzkommision in der Berichtsperiode 2008/2009 insgesamt 458 Beschwerden (inklusive noch zu entscheidender Beschwerden aus der vorhergehenden Berichtsperiode).⁶³ Angaben über die Endigung der Beschwerdeverfahren bleiben auch im Datenschutzbericht 2008/2009 ausständig.

⁶² Datenschutzkommision (2009) 13.

⁶³ Datenschutzkommision (2009) 13.

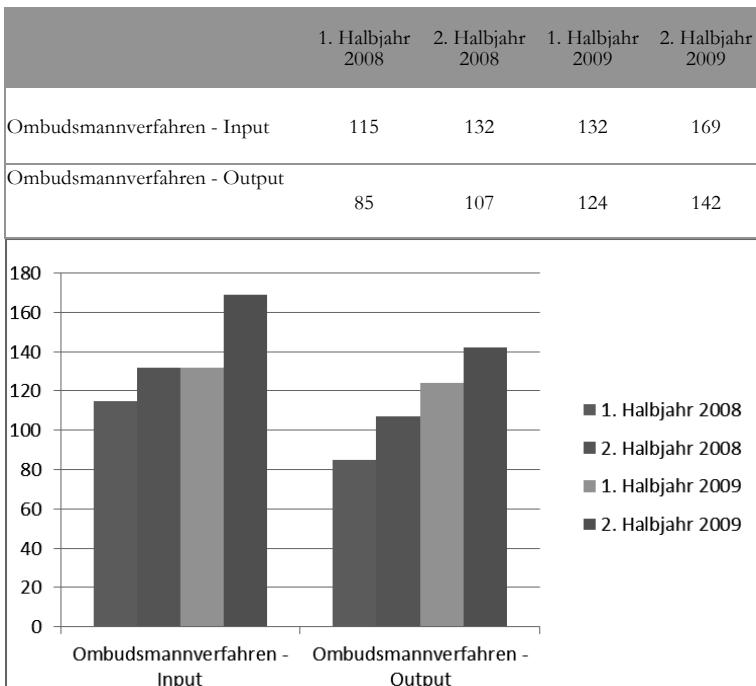


Abbildung 13: Graphische Darstellung – Ombudsmannverfahren 2008/2009

c) Ergebnisse aus der Berichtsperiode 2010/2011

Im Vergleich zur vorhergehenden Berichtsperiode 2008/2009 stieg die Zahl der 2010 erhobenen Beschwerden weiterhin auf insgesamt 309 Ombudsmannverfahren an.⁶⁴ Erst 2011 waren die Tendenzen wieder im Sinken mit 256 eingegangenen Beschwerden.⁶⁵ 539 Ombudsmannverfahren wurden im Berichtszeitraum 2010/2011 durch die Datenschutzkommission erledigt (inklusive noch zu entscheidender Beschwerden aus der vorhergehenden Berichtsperiode).⁶⁶ Aussagen über die Endigung der Verfahren werden im Datenschutzbericht 2011 abermals nicht getroffen.

⁶⁴ Datenschutzkommission (2011) 14.

⁶⁵ Datenschutzkommission (2011) 14.

⁶⁶ Datenschutzkommission (2011) 14.

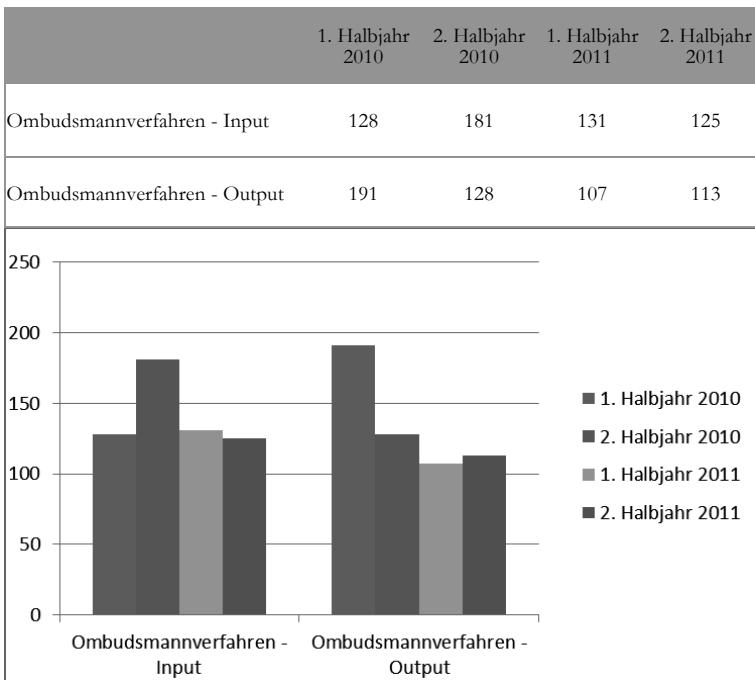


Abbildung 14: Graphische Darstellung – Ombudsmanverfahren 2010/2011

d) Interpretation

Durchschnittlich 90 % der Eingaben im Ombudsmanverfahren betreffen den privaten Bereich.⁶⁷ Dieser Umstand zeigt die Wichtigkeit dieses Instruments für die Bürger auf der einen Seite, auf der anderen Seite aber auch das Missbrauchspotential mit dem Umgang personenbezogener Daten im privaten Bereich, vor allem wenn man bedenkt, dass hinter jeder Eingabe im Rahmen des Ombudsmanverfahrens eine behauptete Rechtsverletzung von Betroffenenrechten steckt. Aus diesem Grund wäre es umso wichtiger gewesen zu erfahren, ob sich die behaupteten Rechtsverletzungen bewahrheitet haben. Ausführungen über die Endigungen der Verfahren wären in den kommenden Datenschutzberichten eine wünschenswerte Änderung im Sinne der Rechts- tatsachenforschung.

⁶⁷ Datenschutzkommision (2009) 17; Datenschutzkommision (2011) 19.

F. Aktuelles

Der Verwaltungsgerichtshof hat am 24. April 2013 einer Beschwerde Recht gegeben, dass Bescheide von der Datenschutzkommission rechtswidrig zu stande gekommen sind, weil diese zu eng mit dem Bundeskanzleramt verwo ben sei. Ausgangssituation war eine Beschwerde wegen einer behaupteten Verletzung des Auskunftsrechts gem § 1 Abs 3 Z 1 iVm § 26 iVm § 50e DSG. Der Beschwerdeführer verlangte Auskunft über die von ihm gesammelten Vi deodata. Das Auskunftsbegehren wurde mit der Begründung zurückgewie sen, „dass keine Auswertung der Daten erfolgt sei“.⁶⁸ Der Beschwerdeführer bekämpfte diesen Bescheid vor dem Verwaltungsgerichtshof wegen Rechts widrigkeit des Inhalts. Der Verwaltungsgerichtshof gab der Beschwerde in weiterer Folge Recht und stützte seine Erkenntnis auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Oktober 2012.⁶⁹ Der Europäische Gerichtshof sprach bezüglich einer Vertragsverletzungsklage aus, dass Österreich nicht alle Vorschriften erlassen habe, um die Unabhängigkeit der Datenschutzkommission zu gewährleisten. Die Unabhängigkeit der Datenschutzkommission sei schon deshalb nicht gegeben, weil das geschäftsführende Mitglied ein der Dienstaufsicht unterliegender Bundesbediensteter ist. Des Weiteren ist die Geschäftsstelle der Datenschutzkommission in das Bundeskanzleramt eingegliedert und darüber hinaus verfügt der Bundeskanzler über ein unbedingtes Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der Datenschutz kommission unterrichten zu lassen.⁷⁰ Art 28 der Datenschutzrichtline 95/46/EG verlangt jedoch zum Schutz personenbezogener Daten eine völlig unabhängige Kontrolleinrichtung, die weder mittelbaren noch unmittelbaren Weisungen – wie etwa bisher durch das Bundeskanzleramt – unterliegt. Aus diesem Grund hat der Verwaltungsgerichtshof dem Bescheid völlig zu Recht wegen Rechtswidrigkeit aufgehoben. Die Datenschutzkommission hat in diesem Fall – als unabhängiges Kontrollorgan – erneut zu entscheiden.⁷¹

⁶⁸ VwGH 24.4.2013, 2011/17/0156.

⁶⁹ VwGH 24.4.2013, 2011/17/0156; EuGH 16.10.2012, C-614/10, ÖZW 2013, 21.

⁷⁰ VwGH 24.4.2013, 2011/17/0156; EuGH 16.10.2012, C-614/10, ÖZW 2013, 21.

⁷¹ Eine erneute Entscheidung in anderen Fällen kommt nur dann in Betracht, wenn die 6-wöchige Berufungsfrist eingehalten wurde. Die Datenschutzkommission rechnet mit etwa einem Dutzend Wiederholungsverfahren; http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1414113/Datenschutz_Bescheide-kamen-illegal-zustande?from=suche.intern.portal (9.7.2013).

Literatur

- Jahnel* (2010) Datenschutzrecht (2010).
- Kotschy* (2012) Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2012, 27 ff.
- Dohr/ Pollerer/ Weis/ Knyrim* (2012) DSG² (2012).
- Knyrim* (2012) Datenschutzrecht² (2012).
- Dammann/ Simitis* (1997) EG-Datenschutzrichtlinie (1997).
- Datenschutzkommission* (2007) Datenschutzbericht 2007;
<http://www.dsk.gv.at/site/6207/default.aspx> (4.7.2013).
- Datenschutzkommission* (2009) Datenschutzbericht 2009;
<http://www.dsk.gv.at/site/6207/default.aspx> (4.7.2013).
- Datenschutzkommission* (2011) Datenschutzbericht 2011;
<http://www.dsk.gv.at/site/6207/default.aspx> (5.7.2013).
- Braumüller* (Hg.) (2013) Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ÖZW) 2013.
- Die Presse* (2013) http://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/1414113/Datenschutz_Bescheide-kamen-illegal-zustande?from=suche.intern.portal (9.7.2013).

Mag.^a Hannelore Schmidt
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-8107
hannelore.schmidt@uibk.ac.at

Derya Trentinaglia

Das Bankgeheimnis – Notwendigkeit oder Übel?

A. Entwicklung und Wesen des Bankgeheimnisses in Österreich

Das Bankgeheimnis¹ ist nicht das „Geheimnis der Bank“, sondern die Pflicht eines Kreditinstitutes, Kundengeheimnisse bzw Geheimnisse von potentiellen Kunden nicht zu offenbaren. Es war zunächst (seit 1.1.1980) in § 23 KWG² geregelt:³ Diese Bestimmung gewährleistete *ex lege* eine *privatrechtliche Verschwiegenheitsverpflichtung* der Bank im Interesse der Kunden, und zwar *zeitlich unbegrenzt*, somit auch nach Beendigung der Geschäftsverbindung und nach dem Ableben des Kunden. Dieser Grundsatz gilt auch heute noch (siehe unten). Mit BGBl 1988/415 wurde aus der zunächst einfachgesetzlichen Bestimmung über das Bankgeheimnis eine *Verfassungsbestimmung*⁴ (§ 35a KWG), woran sich bis heute nichts geändert hat. Die Regelung findet sich nunmehr in § 38 BWG.⁵ Eine Änderung der (nunmehrigen) Bestimmung über das Bankgeheimnis bedürfte somit der qualifizierten Mehrheit im Parlament, nämlich die Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Parlamentarier_innen und einer Zweidrittelmehrheit der abgegebenen Stimmen.

Unter „*Geheimnisse*“ iSd § 38 BWG sind „Tatsachen, Vorgänge und Verhältnisse tatsächlicher oder rechtlicher Natur [zu verstehen], die entweder nur dem Geheimnisträger selbst oder lediglich einem verhältnismäßig beschränkten Personenkreis bekannt sind und nach dem Willen des Geheimnisgeschützten nicht über diesen Kreis hinaus bekannt werden sollen; es muss sich um Umstände handeln, deren Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein berechtigtes Interesse des Kunden zu verletzen“.⁶ Ziel des Bankgeheimnisses ist heute noch der Schutz kundenbezogener Informationen und Daten, die aufgrund der Geschäftsverbindung zwischen (potenziellen) Kunde(n) und dem Kredit-

¹ „Geschäftsgesheimnisse“ hingegen betreffen die Angelegenheiten des Kreditinstituts selbst; vgl OGH 4 Ob 114/91 = SZ 65/23 = EvBl 1992/58, 271 = JBl 1992, 599 = ÖBl 1992, 21 = ÖBA 1992, 829 (*Jabornegg*).

² BGBl 1979/63.

³ Zuvor in § 22 Abs 3 Postwesengesetz 1969.

⁴ Darunter versteht man nicht die Verbriefung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes. Die Abs 1 bis 4 des § 38 BWG können nur mit einer qualifizierten Mehrheit im Parlament abgeändert werden. Das trifft auch auf einfachgesetzliche Bestimmungen zu, die das Bankgeheimnis beschränken oder durchbrechen sollen.

⁵ § 38 BWG hat einen weiteren Ausnahmenkatalog nach Abs 2 leg cit als § 23 KWG; siehe unten; vgl *Apathy Das Bankgeheimnis*, in Apathy/Iro/Koziol (Hg), *Bankvertragsrecht I² Rz 2/1 mwN*.

⁶ OGH 27.2.2002, 3 Ob 281/01x; RIS-Justiz RS0065977, RS0065981, RS0066032.

institut bekannt werden. Auch die Tatsache, dass überhaupt eine Geschäftsverbindung besteht, ist ein solches Geheimnis.

Darüber hinaus dient das Bankgeheimnis auch dem *Schutz des Persönlichkeitsbereichs*, indem es die Kreditinstitute verpflichtet, personen- und vermögensbezogene Informationen nicht willkürlich (gegenüber Gerichten und Behörden, oder aber anderen Dritten) offenzulegen. Damit soll erreicht werden, dass Kunden dem Kreditinstitut sämtliche Informationen über ihre wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse anvertrauen können bzw wollen. Überweisungen an einen Arzt oder eine Klinik, die sich auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisiert hat, Unterhaltszahlungen an ein Kind, das dem Ehepartner nicht bekannt ist, Kreditverhandlungen zur Finanzierung eines Anteilskaufs an einem Mitbewerber und andere Transaktionen müssen geheim gehalten werden. Da die Banken als Geheimnisträger selbst die sensiblen Informationen über ihre Kunden missbrauchen könnten, hat der Gesetzgeber darüber hinaus auch das Ausnützen dieser Informationen, insb zu wirtschaftlichen Zwecken, unter Verbot gestellt.

Ausgenommen vom Bankgeheimnis sind Tatsachen, die in der Öffentlichkeit bereits bekannt sind, wie etwa das Wissen, dass die Stadt Linz das so genannte „SWAP-Verfahren“ gegen die BAWAG P.S.K. führt. Darüber hinaus gibt es weitere *Ausnahmetatbestände*, die unten skizziert werden.

Die Pflicht zur Einhaltung des Bankgeheimnisses trifft die Mitarbeiter_innen von Kreditinstituten sowie deren Führungs- und Aufsichtsorgane. Aber auch Organe eines öffentlichen Rechtsträgers, die im Zuge ihrer Amtstätigkeit Kenntnis über die Geschäftsverbindung des Kunden mit dem Kreditinstitut erlangen, sind zur Verschwiegenheit verpflichtet (Amtsgeheimnis). Verletzen diese Personen das Bankgeheimnis, kann dieses Verhalten *strafrechtlich* verfolgt werden (§ 101 BWG). Daneben kann der betroffene Kunde seine aus diesem Verhalten resultierenden Schäden gegenüber dem Kreditinstitut (vertraglich) aber auch gegenüber dem einzelnen Mitarbeiter (deliktisch) nach den allgemeinen Regeln des *Schadenersatzrechts* geltend machen. Das Kreditinstitut haftet für das Verhalten des Mitarbeiters, der als Erfüllungshelfe nach § 1313a ABGB dem Kunden einen Schaden zufügt, wie für sein eigenes.

Wäre keine Verschwiegenheit über (potenzielle) Bankgeschäfte gegenüber Dritten gewährleistet, würde womöglich ein (Groß-)Teil der Bevölkerung Bargeld zu Hause im Tresor liegen lassen. Das wäre einerseits eine Gefahr für die persönliche Sicherheit des Einzelnen, andererseits würden dadurch der Wirtschaft liquide Mittel entgehen. Die gesetzliche Verankerung des Bankgeheimnisses hat somit den Zweck, das *Funktionieren des Kapitalapparats* – besser

gesagt des Finanzapparats – durch Ausstattung der Kreditinstitute mit liquiden Mitteln zu gewährleisten.⁷ Schließlich kann das Kreditinstitut mit dem Geld, das als Einlage bei der Bank veranlagt wird, wirtschaften, indem es mit den daraus resultierenden Mitteln Kredite vergibt.⁸ Aus diesem Grund würden ohne einem gesetzlich vorgegebenen Bankgeheimnis wohl (wie im deutschen Recht; siehe unten) dem Bankgeheimnis nach § 38 BWG entsprechende Verschwiegenheitsvereinbarungen *inter partes* getroffen werden, sodass zumindest die vertragliche bzw vertragsähnliche Schadenersatzhaftung gewährleistet wäre.⁹

1. Ausnahme-/Durchbrechungstatbestände

Die Durchbrechung des Bankgeheimnisses ist in § 38 Abs 2 BWG geregelt. Das Kreditinstitut kann sich nicht auf das Bankgeheimnis berufen, wenn

- (i) die Informationseinholung durch das *Gericht* aufgrund eines
 - gerichtlichen Straf- oder eingeleiteten¹⁰ finanzstrafrechtlichen Verfahrens,
 - pflegschaftsgerichtlichen Verfahrens,
 - verlassenschaftsgerichtlichen Verfahrenserfolgt;
- (ii) in *Geldwäschangelegenheiten* eine entsprechende Meldung erforderlich ist;

⁷ Sommer/Hirsch in Dellinger (Hg), Bankwesengesetz 1. Lieferung § 38 Rz 6 mwN.

⁸ Für veranlagtes Mündelgeld ist ein entsprechender Deckungsstock zu bilden, dh Kreditinstitute sind dahingehend beim Wirtschaften eingeschränkt (vgl § 216 ABGB).

⁹ In Deutschland etwa ist das Bankgeheimnis in den AGB der Kreditinstitute geregelt. Äußere Kontodaten sind für Gerichte und Behörden „auf Knopfdruck“ zugänglich (siehe unten).

¹⁰ Ein bloßer Einleitungsvormerk wie etwa nach § 397 der deutschen Abgabenordnung (dAO) würde nicht genügen, weshalb bei ausländischen Strafverfahren der ersuchende ausländische Staat regelmäßig damit konfrontiert ist, dass das österreichische Bankgeheimnis einen Informationsaustausch nach dem ADG nicht zulässt. Nachdem Österreich gem Art 26 OECD-MA verpflichtet ist, dem um Amtshilfe ersuchenden Staat Informationen mitzuteilen, wenn diese Informationen für den ersuchenden Staat voraussichtlich erheblich („*forsseeably relevant*“) sind, und zwar auch ohne Verdacht auf ein Finanzstrafdelikt, ist die Berufung auf das Bankgeheimnis nicht mehr zulässig. Das ADG regelt nunmehr, unter welchen Voraussetzungen eine Amtshilfe in Durchbrechung des Bankgeheimnisses zulässig ist. Zusätzlich regeln auch Doppelbesteuerungsabkommen (DBA), welche Informationen weitergeleitet werden (dürfen); vgl Bendlinger/Kofler Highlights aus dem Workshop „Internationales Steuerrecht“, RdW 2009, 680; Flora Praxisrelevante Fragen zu Auskünften nach dem ADG, ÖBA 2014, 3.

- (iii) der Kunde *ausdrücklich und schriftlich* der Weitergabe von Informationen *zugesimmt* hat;
- (iv) wenn es sich um *übliche Informationen* handelt, sofern es sich beim Kunden um ein *Unternehmen* handelt;
- (v) eine Meldung nach dem *WAG 2007* und *BörseG* erforderlich ist;
- (vi) das Kreditinstitut ein *gerichtsanhängiges Verfahren gegen den Kunden* führt.

In diesen (nach hA und Rsp des VwGH)¹¹ *demonstrativ*¹² aufgezählten Fällen ist das Kreditinstitut berechtigt bzw verpflichtet Informationen über das Geschäftsverhältnis bekannt zu geben.

Diese Ausnahmetatbestände sind etwa

- durch ein *öffentliches (Strafverfolgungs-)Interesse* gerechtfertigt, und zwar unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes;
- aufgrund des im § 21 ABGB verankerten Grundsatzes, dass Kinder und besachwalterte Personen unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen, geboten;
- durch den *rechtsstaatlichen Schutz* im Rahmen der Durchbrechung des Bankgeheimnisses legitim (zB Rechtsmittellegitimation des Kreditinstitutes) oder
- aufgrund einer *Ermächtigung* des betroffenen Kunden zulässig.

Einfachgesetzliche Bestimmungen, die nicht nach § 38 Abs 5 BWG mit der entsprechenden parlamentarischen Mehrheit erlassen wurden, legitimieren mE nicht per se die Durchbrechung des Bankgeheimnisses. Vielmehr muss in Kollisionsfällen wohl eine Interessenabwägung getroffen werden.¹³ Daher ist es etwa fraglich, ob ein nächster Angehöriger einer erwachsenen, geschäftsunfähigen Person, der nicht gesetzlicher Vertreter wie ein gerichtlich bestellter Sachwalter ist, sondern einer von mehreren nächsten Angehörigen, die sich um diese Person nach §§ 284b ff ABGB (Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger) kümmern, dasselbe Auskunftsrecht über eine Geschäftsverbindung des Betroffenen zu einem Kreditinstitut hat wie ein Sachwalter.¹⁴ Wenngleich

¹¹ Vgl Apathy in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/62 mwN, wonach auch die Mat keine klare Aussage dazu treffen, ob die Durchbrechungstatbestände taxativ aufgezählt werden.

¹² Vgl Laurer in Laurer/Borns/Strobl/Schütz, BWG³ § 38 Rz 2.

¹³ Vgl Apathy in Apathy/Iro/Koziol (Hg), Bankvertragsrecht I² Rz 2/62, 2/145 ff.

¹⁴ AA Pesendorfer Angehörigenvertretung und Bankgeschäfte, iFamZ 2013, 241; der dem Sachwalter zukommende Auskunftsanspruch beruht nicht auf § 38 BWG, sondern auf dem Vertragsver-

ein Auskunftsrecht bei Kreditinstituten für die Abwicklung der in den §§ 284b ff ABGB genannten Rechtsgeschäfte allenfalls unumgänglich ist, liegt kein Durchbrechungstatbestand nach § 38 Abs 2 BWG vor. Von einer mutmaßlichen Einwilligung des Betroffenen kann auch nicht ausgegangen werden, zumal nicht bekannt ist, ob der Betroffene wollen würde, dass einer seiner nächsten Angehörigen ein Auskunftsrecht bei seinem Kreditinstitut hat oder nicht.

Das Bankgeheimnis gilt jedenfalls auch dann (und ist nicht durchbrochen), wenn im Rahmen eines *Zivilverfahrens*, wie etwa einem Scheidungsverfahren, das Gericht oder aber in einem Verlassenschaftsverfahren die Angehörigen die Offenlegung von Konten fordern, sofern keine entsprechende Entbindungserklärung (§ 38 Abs 2 Z 5 BWG) oder eine *Amtsbestätigung*, wonach der präsumptive Erbe berechtigt ist den Nachlass zu verwalten, vorliegt.

2. Straf- und zivilrechtliche Folgen bei Verletzung des Bankgeheimnisses

Eine gerichtlich strafbare Verletzung des Bankgeheimnisses liegt vor, wenn Geheimnisse vorsätzlich offenbart werden, um sich oder einem anderen dadurch einen *Vermögensvorteil* zu verschaffen oder einem anderen einen *Nachteil* zuzufügen. In diesem Fall droht demjenigen, der das Bankgeheimnis verletzt, ein gerichtliches Strafverfahren, welches eine *Freiheitsstrafe* von bis zu einem Jahr und/oder eine *Geldstrafe* von bis zu 360 Tagessätzen zur Folge haben kann (§ 101 BWG).

Eine Verletzung des Bankgeheimnisses liegt bereits dann vor, wenn zB ein Finanzbeamter beim Kreditinstitut um Auskunft zu einer Person ersucht, ohne einen entsprechenden Beschluss nach § 38 Abs 2 Z 1 BWG (siehe auch unten) vorzulegen und diese Auskunft auch erhält. In diesem Fall ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Finanzbeamten allenfalls um einen Beitrags-/Bestimmungsträger handeln kann, zumal dieser zur Verletzung des Bankgeheimnisses angestiftet hat (siehe unten).

Handlungen, die das Bankgeheimnis verletzen, führen – wie bereits oben kurz skizziert – zu zivilrechtlichen *Schadenersatzansprüchen*. Die Anspruchsgrundlagen können neben den vermögensrechtlichen Bestimmungen (§§ 1330 ff ABGB) auch jene aus der Verletzung des Rechts auf Wahrung der Privatsphäre nach § 1328a ABGB und/oder der Verletzung des Rechtes auf Geheimhal-

hältnis zwischen dem Betroffenen und dem Kreditinstitut, dh dem „weitergeleiteten“ Auskunftsrecht des Kunden selbst.

tung von personenbezogenen Daten nach dem DSG 2000¹⁵ sein. Anders als die strafrechtliche Verantwortung greift die Schadenersatzpflicht bereits bei *fahrlässiger Verletzung* des Bankgeheimnisses. Diese Bestimmungen umfassen einen anderen Schutzbereich und können kumulativ als weitere Anspruchsgrundlage dienen.

Darüber hinaus hat der OGH jüngst ausgesprochen, dass die Abtretung einer titulierten Kreditforderung durch ein Kreditinstitut an einen selbst nicht dem Bankgeheimnis unterliegenden Zessionär ohne Zustimmung des Kunden oder ohne Vorliegen eines nach dem BWG geschützten rechtlichen Interesses ein Verstoß gegen das Bankgeheimnis¹⁶ ist und somit die Rechtsgeschäfte, mit welchem die Verletzung des Bankgeheimnisses (eines Schutzgesetzes) einher gegangen ist, in diesem Fall die Abtretung, *nichtig* sind.¹⁷

Diese Sanktionsmechanismen zeigen, dass der Gesetzgeber großen Wert darauf legt, das Bankgeheimnis zu wahren.

B. Kurzer Überblick über die Entwicklung der (rechts-) politischen Diskussion

Die internationale Zusammenarbeit hinsichtlich der *Offenlegung von Geldtransaktionsdaten über Bankkonten* begann bereits in den 1990er Jahren und brachte die Anonymität von Konten und Spareinlagen zu Fall. Österreich stand unter massivem internationalen Druck, nachdem die Europäische Kommission im Jahr 1995 aufgrund Nichteinhaltung der 1. Geldwäscherichtlinie¹⁸ ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich eingeleitet hatte. 1998 folgte die Klage vor dem EuGH.¹⁹ Mit der Abschaffung der Anonymität von Sparbüchern²⁰ konnte Österreich den Ausschluss aus der Fi-

¹⁵ BGBl I 1999/165 zuletzt geändert durch BGBl I 2013/83.

¹⁶ Wenngleich nach einer Ansicht bei banküblichen Forderungsabtretungen – insbesondere zum Zweck der Refinanzierung – das Bankgeheimnis diesen Rechtsgeschäften nicht entgegenstehe; vgl Jabornegg/Strasser/Florella Bankgeheimnis (1985) 152 oder etwa *Apathy* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht I² Rz 2/135.

¹⁷ OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h.

¹⁸ RL 91/308/EWG; Roth/Fitz Anonymität, Identitätsfeststellung und Bankgeheimnis, ÖBA 1996, 410 ff; Nitsche Sparbuch: Anonymität und Wertpapiercharakter, ÖBA 2000, 1056 f.

¹⁹ EuGH 18.5.2000, C-290/98.

²⁰ Dies aufgrund massiven Drucks OECD-Mitglieder zur Bekämpfung der Geldwäsche, des Insiderhandels und der international organisierten Kriminalität in den 1990er-Jahren; vgl Sommer/Hirsch in Dellinger (Hg), BWG § 38 Rz 15; BGBl 2000/33; noch bestehende anonyme Spareinlagen sind gemäß § 41 Abs 1a BWG der Finanzmarktaufsichtsbörde zu melden.

nancial Action Task Force on Money Laundering (FATF)²¹ abwenden.²² Auch das Argument, dass es sich bei den anonymen Sparbüchern um ein österreichisches Kulturgut handelt, konnte nicht als Begründung für die Beibehaltung der anonymen Sparbücher herangezogen werden.²³

Das Bankgeheimnis konnte nach Abschaffung der Möglichkeit des Erhalts einer anonymen Sparurkunde weiterhin bestehen, weil bereits 1993 im BWG der *Durchbrechungstatbestand der Melde- und Auskunfts pflichten zur Bekämpfung von Geldwäsche- und Terrorismusfinanzierung* normiert wurde (§ 38 Abs 2 Z 2 leg cit).²⁴ Kreditinstitute sind nunmehr nach § 40 BWG verpflichtet, bei Ausgabe von Sparbüchern die Identität ihrer Kunden festzustellen und Dokumentationspflichten einzuhalten. Liegt ein Durchbrechungstatbestand nach § 38 Abs 2 (insb Z 1, Z 2 und Z 9) BWG vor, sind diese Daten offen zu legen.

Mit der *Zinsen-RL*²⁵ wurde im Jahr 2004 erstmals der automatische Informationsaustausch der EU-Mitgliedstaaten hinsichtlich der an natürliche Personen zufließenden Kapitalerträge vorgeschrieben. Mit den entsprechenden nationalrechtlichen Bestimmungen wurden Kreditinstitute verpflichtet, Daten über Zinszahlungen und Empfänger an die lokalen Finanzbehörden mitzuteilen. Diese Daten sind von den Finanzbehörden gebündelt an die Finanzverwaltungen jener Staaten weiterzuleiten, in denen die Bankkunden ansässig sind. Österreich musste aufgrund des geltenden Bankgeheimnisses – wie auch Belgien und Luxemburg – eine Ausnahmeregelung verhandeln, die statt der Weiterleitung von Daten die Abfuhr einer Quellensteuer vorsieht.²⁶

Geplant ist nunmehr insbesondere die Erweiterung der Zinsen-RL auf sämtliche Kapitalgewinne und auch Treuhandkonstrukte. Im Rahmen dieser Dis-

²¹ Bei der FATF handelt es sich um einen einflussreichen internationalen Arbeitskreis zur Bekämpfung der Geldwäscherei.

²² Unmittelbar nach dem 11.9.2001 hat die FATF einen Katalog von Sonderempfehlungen zur Bekämpfung von Terrorismusfinanzierung erlassen, der eine transparente Darstellung des Zahlungsverkehrs intendiert. Dieser Katalog sieht etwa vor, dass sämtliche Überweisungen ab einem Wert von mindestens EUR/USD 1.000 einen vollständigen Kundendatensatz mit Name, Adresse und Kontonummer aufweisen. Dieser Katalog diente als Grundlage für die EU-Geldtransfer-VO (EGVO 1781/2006), die in Österreich unmittelbar anwendbar ist (vgl Ermächtigungsgrund 2 und 3 EGVO 1781/2006). Nach dieser VO ist über sämtliche Zahlungsverkehrsdaten innerhalb der EU ein vollständiger Auftraggeberdatensatz zu erstellen und fünf Jahre lang aufzubewahren. Darüber hinaus müssen Zahlungsdienstleister Anfragen von den für Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung zuständigen Behörden beantworten. Erfolgt die Anfragebeantwortung gegenüber einer österreichischen Behörde, ist diese – bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen – nach § 38 Abs 2 BWG zulässig.

²³ Vgl Gerharter „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, ...“ ecolex 2000, 247.

²⁴ Dazu ausführlich Sommer/Hirsch in Dellingen (Hg), BWG § 38 Rz 15.

²⁵ Richtlinie 2003/48/EG im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen.

²⁶ EU-QuellensteuerG BGBl I 2004/33.

kussion wird vor allem auch der Beitritt Österreichs zum automatischen Datenaustausch gefordert.

C. Kurzer Überblick zur (rechts-)politischen Diskussion im Frühjahr/Sommer 2013

Dient das Bankgeheimnis nur zur Verschleierung von steuerpflichtigem Vermögen und somit zur Steuerhinterziehung?²⁷ Diese Frage stellt sich unweigerlich, wenn die im Frühjahr 2013 begonnene Diskussion verfolgt wird. Auslöser der medialen Debatte war die (wiederholte) Forderung nach einem EU-weiten *automatischen Datenaustausch* zwischen den Mitgliedstaaten.²⁸ Ein solcher Datenaustausch würde voraussetzen, dass der öffentliche Rechtsträger, insb das Finanzamt, Zugang zu Informationen über Bankkonten hat. Ziel eines automatischen Datenaustausches ist die Erschwerung der grenzüberschreitenden Steuerhinterziehung.

Die Diskussion eines automatischen Datenaustausches wurde aufgrund des neuen auf die Kreditinstitute zukommenden Steuerregimes *FATCA* (Foreign Account Tax Compliance Act)²⁹ neu entfacht. Das FATCA-Regime sieht vor, dass weltweit Kreditinstitute aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags zwischen der US-Steuerbehörde IRS (Internal Revenue Service) und dem jeweiligen Kreditinstitut Daten von US-persons an den IRS liefern. Nachdem Kreditinstitute, die einem gesetzlichen Bankgeheimnis unterliegen, die vom IRS gewünschten Daten nicht liefern können, haben sich zwei Vertrags-Modelle für die Vereinbarung mit dem IRS entwickelt:

Einerseits das Intergovernmental Agreement (IGA) *Model 1*, welchem Länder wie UK, Mexiko, Spanien, Irland, Dänemark, Norwegen, Deutschland angehören. Nach diesem Modell erfolgen die Meldungen nach einem nationalen FATCA-Gesetz unmittelbar an die staatliche Behörde, die Daten mit dem IRS austauscht.

Andererseits das IGA *Model 2*, welchem derzeit Schweiz, Japan und nunmehr auch Österreich angehören. Diesen Staaten ist es aufgrund des in deren Hoheitsgebiet geltenden Bankgeheimnisses verwehrt, Daten von den Kreditinstituten zu erhalten (wenn die innerstaatlichen Voraussetzungen dafür nicht vor-

²⁷ Vgl Fekters Rückzug gegen den Datenaustausch, Die Presse, 21.3.2013.

²⁸ Dabei handelt es sich um einen Teil des US-Steuergesetzes Hiring Incentives to Restore Employment Act (*HIRE Act*), das das Reporting US-ausländischer Kreditinstitute verschärft. Das Gesetz ist am 18.3.2010 in Kraft getreten und sieht – in Anbetracht der Notwendigkeit der Implementierung entsprechender Systeme in den einzelnen Kreditinstituten durch diese – für die jeweiligen Reports verschiedene Übergangsfristen vor.

liegen) und mit dem IRS auszutauschen. Deswegen müssen die Kreditinstitute selbst mit dem IRS einen Vertrag abschließen. Damit die Informationsweitergabe an den IRS kein Gesetzesbruch ist, haben die Schweiz und Japan mit dem IRS Rahmenbedingungen ausverhandelt und darüber hinaus innerstaatliche Begleitgesetze erlassen,²⁹ sodass die Informationsweitergabe an den IRS gesetzlich gedeckt ist. In Österreich wurde bislang noch kein derartiges Begleitgesetz erlassen. Der *Datenaustausch* erfolgt nicht über eine staatliche Institution, er soll vielmehr *unmittelbar zwischen dem Kreditinstitut und dem IRS* erfolgen. Voraussetzung dafür ist, dass der betroffene Kunde, der als US-person identifiziert wurde, das Kreditinstitut vom Bankgeheimnis entbunden hat. Weigert sich der Kunde zur Offenlegung seiner US-steuerpflichtigen Daten, darf das Kreditinstitut dem IRS nur die Anzahl der sich weigernden Personen und das aggregierte Volumen bekanntgeben, ohne die betreffenden Bankkunden namentlich zu nennen. Um an die Informationen des einzelnen Kunden zu gelangen, müsste die USA im Wege der Amtshilfe die gewünschten Daten über das BMF ermitteln lassen, wobei hier wohl wiederum ein Durchbrechungstatbestand nach § 38 Abs 2 BWG vorliegen müsste.³⁰ Fraglich ist, ob der *Rechtschutz*, den das Bankgeheimnis in Österreich gewährleistet, weiterhin umfassend ist. Bis heute ist nicht bekannt, ob es ein Begleitgesetz geben wird, sodass noch nicht gesagt werden kann, ob die Übermittlung von Daten, die ab dem 1.1.2015 zu erfolgen hat, datenschutzkonform ist.³¹

Wird keine Vereinbarung zwischen dem IRS und Kreditinstitut getroffen, hat dieses eine *Straf-Quellensteuer* in Höhe von 30 % an den IRS abzuführen.

Durch die Diskussionen um das FATCA-Regime in den einzelnen Organen der EU wurde auf EU-politischer Ebene die Frage, warum jene Staaten, die sich nach der Zinsen-RL für die Abfuhr einer US-Quellensteuer statt dem automatischen Datenaustausch entschieden haben, weiterhin an ihrem Bankgeheimnis festhalten, erneut in den Raum gestellt. Schließlich sollen diese Mitgliedstaaten bzw die Kreditinstitute in diesen dem IRS Daten zur Verfügung stellen, die auch andere EU-Mitgliedstaaten interessieren würden. Nachdem das *Meistbegünstigungsprinzip* gilt, dürfen EU-Mitgliedstaaten nicht schlechter gestellt werden als Drittstaaten. Die EU-Mitgliedstaaten, die nach der Zinsen-RL und später nach dem FATCA-Regime einen automatischen Datenaustausch vorsehen, fordern daher, dass auch Staaten, die sich einerseits auf ihr Bankgeheimnis berufen und andererseits die Datenweiterleitung an den IRS durch ihre Kreditinstitute zulassen, erneut ihre Haltung zur Zinsen-RL überdenken und dem *unionsweiten automatischen Datenaustausch* beitreten.

²⁹ Bis Redaktionsschluss war der Autorin kein Begleitgesetz bekannt.

³⁰ Vgl Fekters Rückzugsgefecht gegen den Datenaustausch, Die Presse, 21.8.2013.

³¹ *Szigetvari* Österreich lüftet Bankgeheimnis für USA, Der Standard, 9.12.2013.

D. Rechtsvergleich Deutschland

1. Allgemein

Das Bankgeheimnis ist in Deutschland nicht gesetzlich, sondern lediglich in den *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* der Kreditinstitute verankert. Nach der deutschen Rechtsprechung und der deutschen Literatur handelt es sich bei der Verpflichtung der Kreditinstitute zur Wahrung von Informationen betreffend die Geschäftsverbindung um eine vertragliche Nebenpflicht.³² Das Bankgeheimnis wurde erstmals im Jahr 1619 in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der „Hamburger Bank“ festgelegt³³ und ist mittlerweile als *Gewohnheitsrecht* anerkannt. Kreditinstitute sind aufgrund der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verankerten Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet, Auskünfte zu verweigern,³⁴ und zwar auch gegenüber Behörden. Dieser Anspruch resultiert insbesondere aus dem Recht auf Schutz der Geheimsphäre, *Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 1 GG*.

Inhalt des Bankgeheimnisses ist auch in Deutschland die Geheimhaltung sämtlicher Tatsachen, von denen das Kreditinstitut Kenntnis erlangt und die der Kunde geheim zu halten wünscht. Davon umfasst sind auch „Werturteile, Eindrücke und Einsichten“; ausgenommen sind wiederum offenkundige Tatsachen.³⁵

Zu einer Offenlegung der Informationen kommt es nur bei einer entsprechenden gesetzlichen Pflicht, die *Ausnahmetatbestände*, die das Bankgeheimnis durchbrechen, vorsehen. Das ist etwa bei *Strafverfahren*, *Finanz- und Steuerangelegenheiten* der Fall. Das Bankgeheimnis gilt also in der Regel nicht gegenüber Steuerbehörden. Allerdings gilt nach § 30a der deutschen Abgabenordnung (dAO) das so genannte *Subsidiaritätsprinzip*, dh das Auskunftsersuchen an den Steuerpflichtigen muss ergebnislos geblieben sein, sowie das Rücksichtnahmegebot auf das Vertrauensverhältnis zwischen dem Kunden und dem Kreditinstitut, sodass allgemeine Kontenüberwachungen oder Kontrollmitteilungen unzulässig sind.

³² Wittig Distressed Loan Trading – Handel mit notleidenden Kreditforderungen unter besonderer Berücksichtigung von Bankgeheimnis und aufsichtsrechtlichen Anforderungen, in Ehricke/Hoepner/Münscher/de Gruyter (Hg), Verbraucherkredite, Insbesondere für Immobilienanlagen. Forderungsübertragungen, insbesondere im Lichte von Bankgeheimnis und Datenschutz: Bankrechtstag 2005 (2006), 171 mwN.

³³ Beckhusen Bankgeheimnis, in Derleder/Knops/Bamberger (Hg), Handbuch zum Deutschen und europäischen Bankrecht² (2009), 155.

³⁴ Darüber hinaus sind sie auch dazu berechtigt; vgl. Beckhusen in Derleder/Knops/Bamberger (Hg), Bankrecht² (2009), 159.

³⁵ Beckhusen in Derleder/Knops/Bamberger (Hg), Bankrecht² (2009), 159 f mwN.

2. Zentrales Kontenregister³⁶

In Deutschland führen die Kreditinstitute nach § 24c deutsches Kreditwesengesetz (dKWG) ein sog Kontenregister, in welchem die sog *äußeren Kontodaten* der Kunden gespeichert sind. Berechtigte öffentliche Stellen können Konto-/Depotnummer, Tag der Errichtung/Auflösung des Kontos bzw Depots, Name und Geburtsdatum des Inhabers und Verfügungsberechtigten, sowie Name und Anschrift eines abweichend wirtschaftlich Berechtigten abrufen. Der Abruf ist für steuerliche Zwecke, für andere Zwecke über das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt)³⁷ bzw über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) möglich (siehe unten). Die abzurufenden Daten stehen im Kontenregister nach Beendigung der jeweiligen Geschäftsbeziehung bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Beendigung zur Verfügung. Der jeweilige Abruf durch eine öffentliche Stelle wird lediglich bis zu 18 Monate gespeichert, worin ein Rechtsschutzdefizit gesehen werden kann.

In einem Abgabenverfahren wird der Kunde vor einem Abruf der Kontodaten nach § 93 Abs 7 bis Abs 10 und § 93b dAO vorab unter Hinweis auf die Möglichkeit eines Kontenabrufs aufgefordert, die abzurufenden Informationen freiwillig offen zu legen (Subsidiaritätsprinzip). Für das Auskunftsbegehren gegenüber dem Kreditinstitut muss es einen „hinreichenden Anlass“ geben, sog *fishering expeditions*³⁸, dh Anordnungen nur zu Ausforschungszwecken (insb ohne Erforderlichkeit), sind unzulässig.³⁹

³⁶ Im Mai 2013 forderten auch Vertreter der österreichischen Justiz die Einführung eines zentralen Kontenregisters. Begründet wird dieser Wunsch damit, dass Kontoöffnungen „mühsam“ seien und die Verfahren lange dauern. Dazu kann festgehalten werden, dass Kreditinstitute verpflichtet sind, binnen angemessener Frist, das sind idR 14 Tage, die von der Anordnung umfassten Auskünfte zu erteilen, andernfalls auch eine Hausdurchsuchung angeordnet werden kann. Dauert ein Verfahren länger, kann das wohl auch darauf zurückgeführt werden, dass gegen die Kontoöffnungsbeschlüsse berechtigte Rechtsmittel eingebracht werden. In diesem Fall ist es mE legitim, wenn das Verfahren länger dauert. Die Notwendigkeit eines Rechtsmittels kann ausgeschlossen werden, wenn die Anordnungen zur Kontoöffnung von vornherein formal und inhaltlich richtig erlassen werden. Es ist bedauerlich, dass gegenüber den Medien dieser Aspekt verschwiegen wird; vgl Bankgeheimnis – Kritik an mühsamer Kontenöffnung durch Justiz, APA, 28.5.2013.

³⁷ Nach § 93 Abs 8 dAO können etwa die zuständigen Behörden das BZSt ersuchen, in Sozialhilfe-, Ausbildungsförderungs- und Wohngeldangelegenheiten, bei Kreditinstituten Daten abzurufen.

³⁸ Dazu auch Flora Praxisrelevante Fragen zu Auskünften nach dem ADG, ÖBA 2014, 3.

³⁹ Beckhusen in Derleder/Knops/Bamberger (Hg), Bankrecht² (2009) 169 mwN.

E. Auskunft über Bankkonten und Bankgeschäfte („Kontoöffnung“ nach § 109 StPO) in Österreich am Beispiel des gerichtlichen Strafverfahrens

Wie oben bereits kurz skizziert sieht das Bankgeheimnis nach § 38 BWG nur unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen eine Durchbrechung des Bankgeheimnisses vor. Primäre Voraussetzung im Rahmen eines (Finanz-) Strafverfahrens ist idR stets ein *Gerichtsbeschluss (auf Anordnung der Staatsanwaltschaft)* bzw ein *Bescheid von der zuständigen Finanzstrafbehörde*. In diesem Beitrag wird der Fokus auf das gerichtliche Strafverfahren gelegt.⁴⁰

Wurde gegen eine bestimmte Person ein Strafverfahren eingeleitet,⁴¹ muss dem Auskunftsersuchen ein *Tatverdacht* zugrunde liegen. Nach §§ 109 Z 3 iVm 116 StPO haben Kontoöffnungen, die an ein Kreditinstitut adressiert⁴² sind, auf Anordnung der Staatsanwaltschaft gemäß einem zeitlich befristeten Beschluss des Landesgerichts zu erfolgen.⁴³ Nach § 109 StPO sind *Namen und sonstige Daten des Kunden bekanntzugeben* und die *Einsicht in Urkunden und andere Unterlagen* zuzulassen. Dies gilt auch bei Rechtshilfeersuchen aufgrund einer (EU-)ausländischen gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung, wobei die Kontoöffnung nur nach den Voraussetzungen des österreichischen Rechts zulässig ist.⁴⁴

⁴⁰ Bei verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren, ausgenommen Finanzordnungswidrigkeiten: §§ 99 ff FinStrG.

⁴¹ Vgl dazu iZm Rechtshilfeersuchen insb VwGH 2004/14/0022, wonach aus grundrechtlichen Überlegungen das Gesetz ausdrücklich auf den Formalakt der Einleitung des Finanzstrafverfahrens abstellt, was bei ausländischen Finanzstrafverfahren nicht immer der Fall ist; VwGH 26.7.2006, 2004/14/0022 = RdW 2006/561 (Zorn); Fellner Neue Entwicklungen beim Bankgeheimnis, RdW 2009, 317.

⁴² Die Österreichische Wirtschaftskammer, das Justizministerium und die zentralen Verbände des Banken- und Sparkassensektors haben eine Vereinbarung getroffen, wonach die zentralen Verbände als Empfänger von Kontoöffnungsbeschlüssen diese an die Kreditinstitute mit dem Ersuchen mitteilen, bei Bestehen einer Geschäftsverbindung diese Mitteilung direkt an das zuständige Gericht weiterzuleiten. In weiterer Folge erhalten diese Kreditinstitute einen individualisierten Kontoöffnungsbeschluss; vgl Flora in Wiener Kommentar StPO, 131. Lfg (Juni 2010) § 116 StPO Rz 101 mwN; Juchász Kontoauskunftsersuchen an alle österreichischen Banken? ÖJZ 2009/82 (760).

⁴³ Flora in Wiener Kommentar StPO, 131. Lfg (Juni 2010) § 116 StPO Rz 83 ff mwN.

⁴⁴ Vgl Sommer/Hirsch in Dellinger, BWG § 38 Rz 219 (FN 12); Juchász Kontoauskunftsersuchen an alle österreichischen Banken? ÖJZ 2009/82 (756); bei Rechtshilfeersuchen im Anwendungsbereich des Protokolls der zum Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der EU (Abl 326 vom 21.11.2001, 0002-0008) hat jeder Mitgliedstaat Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, um auf Antrag eines anderen Mitgliedstaats festzustellen, ob eine natürliche oder juristische Person, gegen die strafrechtliche Ermittlungen laufen, Bankkonten bei einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Kreditinstitut unterhält oder kontrolliert. In diesem Fall sind gemäß dem Protokoll entsprechende Angaben zu liefern. Die Mitgliedstaaten

Die Kontoöffnung muss für die Aufklärung der Straftat, die in die landesgerichtliche Zuständigkeit fällt, *erforderlich* sein. Darüber hinaus muss ein *begründeter und schlüssiger Tatverdacht* vorliegen und die Anordnung *verhältnismäßig* sein, worauf in der Anordnung selbst hingewiesen werden sollte.

Erhält das Kreditinstitut eine entsprechende Anordnung der Staatsanwaltschaft, geht das Kreditinstitut aber davon aus, dass die *gesetzlichen Voraussetzungen für eine Kontoöffnung nicht vorliegen*, wird es schon zur Vermeidung einer Haftung gegenüber seinem Kunden ein Rechtsmittel gegen den Beschluss bzw die Anordnung einbringen (Beschwerde gem § 87 StPO und/oder Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 StPO). Andernfalls sind die angeforderten Unterlagen binnen angemessener Frist (idR 14 Tage) an die Staatsanwaltschaft zu übergeben bzw – wenn das Kreditinstitut von der Unzulässigkeit der Anordnung ausgeht und ein Rechtsmittel eingebracht hat – beim Kreditinstitut selbst *versiegelt zu hinterlegen*. Das Kreditinstitut hat gegenüber dem Kunden die Anordnung geheim zu halten, sofern auch diese Geheimhaltungspflicht angeordnet wurde.⁴⁵

Bei Kontoöffnungen im gerichtlichen Strafverfahren sind die Beschlüsse *zeitlich befristet* auszustellen. Anfragen etwa von Sachverständigen im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens dürfen somit nach Ablauf dieser Frist vom Kreditinstitut nicht beantwortet werden. Erfolgen dennoch Anfragen von Sachverständigen oder von ermittelnden Beamten und werden diese vom Kreditinstitut beantwortet, macht sich nicht nur das Kreditinstitut bzw der jeweilige Mitarbeiter allenfalls strafbar, sondern auch der Anfragende als Beitrags- bzw Bestimmungstäter.

So genannte *fishig expeditions*, also Anordnungen zur Offenlegung von Geschäftsverbindungen ohne Bezugnahme auf eine konkrete Verbindung einer bestimmten Person, sind unzulässig.

F. Fazit

In der aktuellen rechtspolitischen Diskussion wird übersehen, dass das Bankgeheimnis primär dem *Schutz des Einzelnen vor unzulässigen Eingriffen durch den Staat* dient. Durch die Akzentuierung der Begünstigung von „Steuersündern“ ist die Diskussion in der Öffentlichkeit nicht frei von Wertungen. Vergleicht man die mediale Diskussion zum Bankgeheimnis mit jener über die *Vorratsdatenspeicherung*,

sind nicht verpflichtet, Kontenregister zu führen; vgl http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00697/fnameorig_030824.html (26.2.2014).

⁴⁵ Flora in Wiener Kommentar StPO, 131. Lfg (Juni 2010) § 116 StPO Rz 110 mwN.

tenspeicherung,⁴⁶ die im Prinzip dasselbe Ziel verfolgt wie die Abschaffung des Bankgeheimnisses, nämlich den Zugang staatlicher Institutionen zu Daten, die allenfalls (verwaltungs-)strafrechtlich relevant sein könnten, stellt man unweigerlich fest, dass der Informationsstand in der Bevölkerung zu wünschen übrig lässt: Die Oma⁴⁷ mit ihrem Sparbuch wird einem perfiden Steuersünder gegenüber gestellt, wie zB in einer ATTAC-Schlussfolgerung, wonach „Österreich [...] sein Bankgeheimnis endlich abschaffen [müsste]. Nur so [köönne] man Steuerhinterziehern auf die Schliche kommen.“⁴⁸ Diese sehr plakative Aussage zeigt, dass sich auch durchaus kritische Organisationen kaum Gedanken über den erforderlichen Rechtsschutz machen, der bei Abschaffung des Bankgeheimnisses entsteht. Den medialen Diskussionen, die lauthals die Abschaffung des Bankgeheimnisses forderten, konnten keine *Alternativen* entnommen werden, die denselben *Rechtsschutz*, „für den kleinen Sparer“ gewährleisten wie das Bankgeheimnis.⁴⁹

Unter Berücksichtigung der besonderen Akzentuierung der medialen Diskussion und somit „Bildung“ der Gesellschaft ist es nicht verwunderlich, wenn laut einer Österreich-Umfrage von Gallup (400 befragte im Zeitraum 16.4. bis 18.4.2013) anscheinend 44 % das Bankgeheimnis nur mehr für Inländer und 31 % die vollständige Abschaffung wünschen.⁵⁰

Darüber hinaus scheinen die Doppelbesteuerungsabkommen,⁵¹ die Österreich mit Staaten wie Liechtenstein, Schweiz etc betreffend den Austausch von

⁴⁶ Dabei sammeln private Unternehmen aufgrund einer gesetzlichen Anordnung Kommunikationsdaten, auf die staatliche Institutionen erforderlichenfalls zugreifen können. Diese Vorgehensweise ist auf eine Richtlinie der EU (RL 2006/24/EG v 15.3.2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der RL 2002/85/EG, ABl L 105/54) zurückzuführen, die sehr wahrscheinlich gegen EU-Primärrecht verstößt, weil darin ein besonders qualifizierter Eingriff in das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens (Art 7 GRC) gesehen wird; vgl Baumgartner Grundrechte und Datenschutz, AnwBl 2014, 24; Balthasar Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte, ecolex 2014, 196.

⁴⁷ Vgl Fellner (Neue Entwicklungen beim Bankgeheimnis, RdW 2009, 315): „In der Öffentlichkeit wird bei der Verteidigung des Bankgeheimnisses regelmäßig das **Muatterl** bemüht, das sich die Spareinlage ihr Leben lang vom Munde abgespart hat. Auch wenn dieses Argumentarium schon bisher an Verlogenheit nicht zu überbieten war, ist spätestens seit der Abschaffung der Schenkungssteuer der Boden vollends entzogen.“ (Hervorhebung im Original).

⁴⁸ Bankgeheimnis – Attac: 35 Mrd Euro aus EU in Österreich kaum besteuert, APA 9.4.2013

⁴⁹ Dazu beispielhaft: Tucek, Der kleine Sparer, Propaganda und Schwarzgeld, Wirtschaftsblatt, 8.4.2013

⁵⁰ [http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130420_OTS0010/oesterreich-umfrage-44-prozent-wollen-bankgeheimnis-nur-mehr-fuer-inlaender-31-prozent-fuer-vollstaendige-abschaffung-\(22.2.2014\).](http://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20130420_OTS0010/oesterreich-umfrage-44-prozent-wollen-bankgeheimnis-nur-mehr-fuer-inlaender-31-prozent-fuer-vollstaendige-abschaffung-(22.2.2014).)

⁵¹ Vgl dazu die OECD-Musterabkommen (OECD-MA), die als „Vertragsschablone“ dienen. Außerdem hat sich Österreich 2009 verpflichtet bei entsprechenden zwischenstaatlichen Vereinba-

steuerrelevanten Daten abgeschlossen hat, nicht von Bedeutung zu sein. Gerade diese gewährleisten, wenn auch nicht in demselben Ausmaß, das ein zentrales Kontenregister bietet, dass die jeweiligen Staaten Ansprüche gegenüber ihren Steuersündern geltend machen können: Bei einem ausländischen Informationsersuchen werden die Ansuchen nach einer Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Amtshilfe⁵² vorliegen und das Bankgeheimnis dem nicht entgegensteht, vom BMF an die jeweiligen Finanzinstitute weitergeleitet.⁵³

Wenn schon von der Abschaffung des Bankgeheimnisses die Rede ist, sollte zugleich über eine *gleichheitskonforme und rechtsstaatliche Alternative* gesprochen werden. Fraglich ist, ob das mit den von den Politiker_innen verfolgten Intentionen überhaupt möglich ist. Aus heutiger Sicht fehlen konkrete Vorschläge, die bei einer Abschaffung des Bankgeheimnisses auch den Rechtsschutz gegenüber der Oma und dem kleinen Sparer gewährleisten.

Literatur

- Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I² (2012).
- Balthasar*, Rechtsprechungsübersicht Europäische Gerichte, ecolex 2014, 196.
- Baumgartner*, Grundrechte und Datenschutz, AnwBl 2014, 24.
- Beckhusen*, Bankgeheimnis, in *Derleder/Knops/Bamberger*, Handbuch zum Deutschen und europäischen Bankrecht² (2009), 153.
- Bendlinger/Kofler* Highlights aus dem Workshop „Internationales Steuerrecht“, RdW 2009, 676.
- Dellinger* (Hg) Bankwesengesetz.
- Fellner* Neue Entwicklungen beim Bankgeheimnis, RdW 2009, 315.
- Flora* in Wiener Kommentar StPO, 131. Lfg (Juni 2010) § 116 StPO.
- Flora* Praxisrelevante Fragen zu Auskünften nach dem ADG, ÖBA 2014, 3.
- Frabberger/Petritz/Eberl* Bankgeheimnis neu – ungeklärte Fragen Teil 1, RdW 2009, 883.
- Gerhardt* „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, …“ ecolex 2000, 247.
- Jabornegg/Strasser/Floretta* Bankgeheimnis (1985) 152.

rungen dem in Art 26 OECD-MA vorgesehenen Informationsaustausch nachzukommen; *Flora* Praxisrelevante Fragen zu Auskünften nach dem ADG, ÖBA 2014, 3; *Bendlinger/Kofler* Highlights aus dem Workshop „Internationales Steuerrecht“, RdW 2009, 680.

⁵² Das Verfahren richtet sich nach dem Amtshilfedurchführungsgesetz 2009 (BGBl I 102/2009; ADG), welches das Bankgeheimnis durchbricht.

⁵³ Wobei der Umfang der Prüfpflicht der Behörde fraglich ist; *Frabberger/Petritz/Eberl* Bankgeheimnis neu – ungeklärte Fragen Teil 1, RdW 2009, 885.

Juchász Kontoauskunftsersuchen an alle österreichischen Banken? ÖJZ 2009/82 (755).

Laurer/Borns/Strobl/Schütz BWG³.

Nitsche Sparbuch: Anonymität und Wertpapiercharakter, ÖBA 2000, 1055.

Pesendorfer, Angehörigenvertretung und Bankgeschäfte, iFamZ 2013, 241.

Roth/Fitz Anonymität, Identitätsfeststellung und Bankgeheimnis, ÖBA 1996, 409.

Szigehvari Österreich lüftet Bankgeheimnis für USA, Der Standard, 9.12.2013.

Wittig Distressed Loan Trading – Handel mit notleidenden Kreditforderungen unter besonderer Berücksichtigung von Bankgeheimnis und aufsichtsrechtlichen Anforderungen, in Ehrcke/Hoepner/Münscher/de Gruyter (Hg), Verbraucherkredite, Insbesondere für Immobilienanlagen. Forderungsübertragungen, Insbesondere Im Lichte Von Bankgeheimnis Und Datenschutz: Bankrechtstag 2005 (2006), 145.

Dr.ⁱⁿ Derya Trentinaglia

stellvertretende Leiterin der Rechtsabteilung der Volkskreditbank AG

Rudigerstraße 5-7, Postfach 116, A-4010 Linz

Telefon: 0664/608 64 121

derya.trentinaglia@vkb-bank.at

Thomas Mayr

Die Einzugsermächtigung in der Bankenpraxis¹

A. Einleitung

Heutzutage werden regelmäßige Zahlungen, wie beispielsweise Stromrechnungen, Telefonrechnungen, Versicherungsprämien oder Zeitungsabonnements, zumeist mittels Einzugsermächtigung beglichen. Diese Zahlungsweise ist für alle Beteiligten bequem. Der Empfänger der Zahlung kann sicher sein, dass diese fristgerecht bei ihm eintrifft, da er selbst den Zeitpunkt der Zahlung bestimmt. Der Gefahr eines Schuldnerverzuges entgeht der Zahlungspflichtige, „da [...] die Schuld in eine Art Holschuld verwandelt wird [...].“² Dieser Vorteil kommt seit der Neueinführung des § 907a ABGB im Zuge des Zahlungsverzugsgesetzes³ noch besser zur Geltung. Darin heißt es, dass ein Überweisungsauftrag so rechtzeitig zu erteilen ist, dass der geschuldete Betrag bei Fälligkeit bereits am Konto des Empfängers wertgestellt ist. Die Gefahr der Verzögerung der rechtzeitigen Gutschrift am Konto des Gläubigers entfällt bei der Einzugsermächtigung.

Im Vergleich zum Dauerauftrag kann die Zahlung mittels Einzug vom Konto bei wechselnden Beträgen angewendet werden.⁴ Die Banken profitieren von dieser Art der Zahlung, da diese regelmäßig ohne größeres Tätigwerden des Bankpersonals erfolgt. Doch die Einzugsermächtigung birgt auch Gefahren und Unsicherheiten – vor allem, wenn sie missbraucht wird. Ich möchte einen kurzen Einblick in die zivilrechtlichen Grundlagen der Einzugsermächtigung geben und die Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Untersuchung in zwei Tiroler Banken darlegen. Ich möchte Vorschläge liefern, durch welche rechtspolitischen Maßnahmen die Zahlungspflichtigen vor Missbrauch geschützt werden können und welche Aufgaben die Banken künftig in diesem Bereich wahrzunehmen haben.

Ein Beispiel aus meiner erlebten Praxis:

Ein Pensionist wird eines Tages telefonisch von einer Spielgemeinschaft kontaktiert und danach gefragt, ob er denn nicht Lust habe, beim Lotto mitzu-

¹ Der vorliegende Beitrag basiert auf meiner bei Prof. Barta im Jahr 2013 verfassten Diplomarbeit zum Thema „Die Einzugsermächtigung in der Tiroler Bankenpraxis“.

² Kozol in: BVR III 2008, 82.

³ BGBl I 2013/50.

⁴ Barta 2004, 896.

machen und von den vielen Spielesätzen zu profitieren? Nach längerem Einreden auf den Mann gab dieser schließlich seine Kontonummer und die Daten der Bank bekannt. Es folgten monatlich Einzüge jener Spielgemeinschaft und nach einigen Monaten erfolgten weitere Einzüge von anderen, ähnlichen Gesellschaften. Erst nach einigen weiteren Monaten fielen der kontoführenden Bankstelle die Häufigkeit der Einzüge und die daraus folgenden Liquiditätsschwierigkeiten des Kunden auf. Auf die Frage nach der Richtigkeit der vielen Einzüge antwortete der Kunde, dass er seine Kontodaten leichtsinnigerweise, doch lediglich einer Gesellschaft bekanntgegeben habe. Von den anderen Spielgemeinschaften sei er nie kontaktiert worden.

Sind derartige, mündlich erteilte Einzugsermächtigungen rechtlich gültig oder gibt es für die Erteilung ein Formgebot? Es stellt sich auch die Frage, welche Rolle die Bank bei der Durchführung dieser Zahlungen spielt. Einerseits ist sie die abwickelnde Stelle, welche die technischen Voraussetzungen schafft, damit derartige Zahlungsvorgänge überhaupt funktionieren. Andererseits ist sie ihren Kunden gegenüber verpflichtet, ein hohes Maß an Sorgfalt anzuwenden. Schließlich sollen keine Aufträge durchgeführt werden, die der Kunde nicht vorher im Einzelnen – oder im Falle der Einzugsermächtigung in einem bestimmten Rahmen – genehmigt hat.

Ich untersuchte im Rahmen meiner Diplomarbeit, welche Möglichkeiten Banken derzeit nutzen, um Fehlbuchungen zu verhindern und was geschaffen werden muss, um die KundInnen besser als bisher zu schützen. Auch die Rolle der Kunden nehme ich unter die Lupe. Schließlich ergibt sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken für KundInnen die Pflicht, die Kontoumsätze regelmäßig zu kontrollieren und gegebenenfalls unverzüglich zu reklamieren, wenn es dazu einen Anlass gibt.

Zuerst möchte ich den rechtsdogmatischen Rahmen der Einzugsermächtigung vorstellen und darauf aufbauend die Ergebnisse einer von mir durchgeföhrten Befragung von BankmitarbeiterInnen präsentieren. Abschließend möchte ich einige rechtspolitische Vorschläge liefern, die sich aus der Rechtsdogmatik und der Erfahrungen in der Praxis ergeben.

B. Die zivilrechtlichen Grundlagen der Einzugsermächtigung

„Der bargeldlose Zahlungsverkehr hat weder im ABGB noch im UGB eine gesetzliche Regelung erfahren, so dass bloß die allgemeineren Bestimmungen, insbesondere über Auftrag und Anweisung, als Rechtsgrundlage dienen können.“⁵ Das Zusammenspiel von Auf-

⁵ Koziol/in: BVR III 2008, 1.

trag, Vollmacht, Ermächtigung und Stellvertretung ergibt sich aus den Regelungen der §§ 1002 ff ABGB. Weiters dienen auch die Bestimmungen der Anweisung nach den §§ 1400 ff ABGB als Grundlage der Einzugsermächtigung.

1. Stellvertretung und Vollmacht

Grundsätzlich kann niemand in fremdem Namen Rechte erwerben oder Pflichten begründen. Dies bestimmt § 1035 ABGB mit der Ausnahme, dass die Befugnis dazu durch ein Rechtsgeschäft, eine gerichtliche Entscheidung oder durch das Gesetz erteilt wurde.⁶ Das Rechtsinstitut der Stellvertretung ermöglicht unter bestimmten Voraussetzungen, dass Handlungen, die jemand vornimmt, für einen anderen rechtswirksam werden.⁷

Die Stellvertretung bringt im Rechtsverkehr viele Erleichterungen mit sich und wurde aus praktischen Bedürfnissen heraus geboren.⁸ Der Stellvertreter gibt Erklärungen in fremdem Namen ab und kann in fremdem Namen Erklärungen empfangen.⁹ Die Willensbildung erfolgt beim Stellvertreter selbst.¹⁰ Er kann selbst Verhandlungen führen und entscheidet über deren Ausgang.¹¹ Dazu wurde er vom Vertretenen bevollmächtigt. Im Unterschied dazu kommt dem Boten lediglich die Funktion zu, den Willen und die Erklärung eines anderen zu übermitteln.¹²

In der Stellvertretung ist zwischen dem Innenverhältnis und dem Außenverhältnis zu unterscheiden.¹³ Das Innenverhältnis besteht zwischen denjenigen, der Vertretungsmacht einräumt und demjenigen, dem diese Macht übertragen wird. Um stellvertretend für einen anderen handeln zu können, muss man zuerst von diesem dazu im Innenverhältnis bevollmächtigt worden sein. Dies kann dadurch geschehen, dass jemand einem anderen erklärt, er lasse es gelten, wenn dieser für ihn eine oder mehrere bestimmte Handlungen vornimmt. Er begründet damit „*befugte Stellvertretung*“.¹⁴ Das Außenverhältnis besteht zwi-

⁶ Zeiller III 1813 292; Klang II (1934), 766 f; Gschmitzer 1966, 223; Schwimann 1988, 420; Barta 2004, 843; Koziol/Welser I 2006, 201.

⁷ Barta 2004, 836.

⁸ Klang II (1934) 771.

⁹ Gschmitzer 1966, 223.

¹⁰ Klang II (1934) 774; Gschmitzer 1966, 224.

¹¹ Zeiller 1813, III 269.

¹² Rummel 1984, 1239; Schwimann 1988, 421.

¹³ Barta 2004, 837.

¹⁴ Klang II (1934) 766.

schen dem Stellvertreter und einem oder mehreren Dritten und ist dann von Bedeutung, wenn der Stellvertreter für den Vertretenen tätig wird.

2. Direkte Stellvertretung

Bei der direkten Stellvertretung muss sich der Bevollmächtigte als solcher nach außen zu erkennen geben.¹⁵ Dies kann zB durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht (Vollmachtsurkunde) geschehen. Sonst handelt er in eigenem Namen, da der Dritte grundsätzlich nicht davon ausgehen kann, dass jemand in fremdem Namen tätig wird. Diese Vollmacht wird „*externe Vollmacht*“ genannt, da sie sich an Dritte richtet.¹⁶ Beim Auftreten des Bevollmächtigten im Rahmen der externen Vollmacht wird das Geschäft für den Geschäftsherrn wirksam, da er in dessen Namen handelt. Dies auch, wenn intern eine Beschränkung vorliegt und diese dem Dritten nicht bekannt ist.¹⁷

Der Stellvertreter muss klar zum Ausdruck bringen oder erkennen lassen, dass er im Namen eines anderen handelt. In diesem Fall spricht man von direkter Stellvertretung.¹⁸ Selbst wenn der Dritte weiß, dass sein Gegenüber mit der Vollmacht des Vertretenen ausgestattet ist, muss der Bevollmächtigte klar zum Ausdruck bringen, im gegenständlichen Geschäft stellvertretend für seinen Geschäftsherrn handeln zu wollen.¹⁹ Der Vertreter wird selbst verpflichtet, wenn aus den Umständen nicht klar erkennbar ist, dass Vertretungsmacht vorliegt und er es unterlässt, diese offenzulegen.²⁰ Die Offenlegung der Vollmacht kann auch schlüssig erfolgen. Die Beurteilung der Erkennbarkeit richtet sich nach der Verkehrssitte.²¹ Falls es sich der Vertretene anders überlegt und dem Vertreter die Vollmacht entziehen möchte, muss er sie wirksam widerrufen. Zwischenzeitlich für ihn getätigte Rechtshandlungen des Vertreters bleiben aber rechtswirksam.²²

3. Die Vollmacht

Die Vollmacht ist ein Rechtsgeschäft zur Erteilung von Vertretungsmacht.²³ Der Bevollmächtigte kann nach außen im Namen des Vollmachtgebers auf-

¹⁵ Zeiller III 1813 294; Gschmitzter 1966, 223 und 233; Rummel 1984, 1236.

¹⁶ Gschmitzter 1966, 233.

¹⁷ Zeiller III 1813 296; Koziol/Welser I 2006 214.

¹⁸ Rummel 1984, 1236.

¹⁹ Rummel 1984, 1236; Schwimann 1988, 437.

²⁰ Rummel 1984, 1237.

²¹ Rummel 1984, 1237.

²² Schwimann 1988, 436.

²³ Gschmitzter 1966, 232; Koziol/Welser I 2006, 202.

treten und für diesen Rechte und Pflichten erwerben. „*Die Vollmacht begründet ein rechtliches Können des Vertreters, nämlich die ‚Macht‘, mit unmittelbarer Wirksamkeit für den Vertretenen Willenserklärungen abzugeben und entgegenzunehmen.*“²⁴ Mit dem Begriff „Vollmacht“ wird umgangssprachlich eine schriftliche Urkunde verbunden.²⁵

Vollmacht kann vom Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten durch ausdrückliche Willenserklärung oder schlüssig erteilt werden.²⁶ Der Bevollmächtigte braucht die Vollmacht nicht anzunehmen, damit sie wirksam wird. Er ist grundsätzlich nicht zu irgendeinem Handeln verpflichtet.²⁷ Erst durch die korrekte Erteilung einer Vollmacht kann die Stellvertretung rechtswirksam entstehen.²⁸

Erteilt wird die Vollmacht durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit Zugang wirksam wird.²⁹ „*Einseitige Rechtsgeschäfte kommen durch die Willenserklärung einer Partei zustande.*“³⁰ Für das Wirksamwerden zugangsbedürftiger Willenserklärungen werden vier Zeitpunkte unterschieden (Äußerung – Absendung – Zugang – Kenntnisnahme).³¹ Im Gesetz finden sich Nachweise für die Empfangstheorie zB im § 862a ABGB.³² Danach ist die Annahme eines Antrages dann rechtzeitig erfolgt, wenn sie dem Antragsteller innerhalb der Annahmefrist zugekommen ist. Das Gesetz spricht ausdrücklich vom „Zugang“ und nicht von „Kenntnisnahme“.

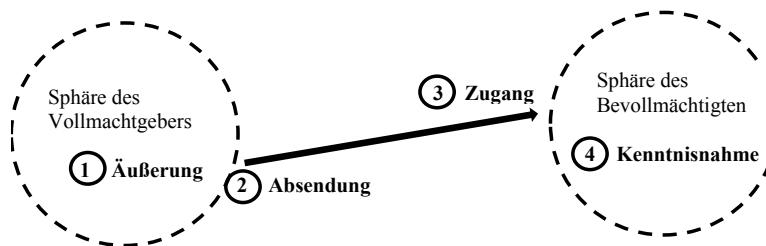


Abbildung 15: Zugang von Erklärungen bei der Vollmacht nach Gschnitzer

²⁴ Koziol/Welser I 2006, 203 und II 2007, 210; Gschnitzer 1963, 100.

²⁵ Rummel 1984, 1245; Koziol/Welser I 2006, 202.

²⁶ Gschnitzer 1966, 232 f.

²⁷ Rummel 1984, 1231.

²⁸ Zeiller III 1813 269; Barta 2004, 844.

²⁹ Barta 2004, 844; Koziol/Welser I 2006, 111.

³⁰ Koziol/Welser I 2006, 113.

³¹ Gschnitzer 1966, 144 f.

³² Gschnitzer 1966, 145; Koziol/Welser I 2006, 111.

Die Vollmacht ist ein rechtliches „*in fremdem Namen handeln können*“.³³ „Der Gewalthaber (Vertreter) erhält durch einseitige Willenserklärung vom Gewaltgeber (Vertretenen) die Macht, Angelegenheiten des Gewaltgebers im Namen des Gewaltgebers zu besorgen.“³⁴ Handlungen, die der Bevollmächtigte im Namen des Vollmachtgebers und in Übereinstimmung mit der Vollmacht tätigt, wirken unmittelbar für den Vollmachtgeber. Das ist das Prinzip der direkten Stellvertretung. Fallen diese beiden Voraussetzungen weg, handelt er in eigenem Namen und die Rechtswirkungen der Handlung treten bei ihm selbst und nicht beim Vollmachtgeber ein.³⁵

Die Erteilung einer Vollmacht unterliegt grundsätzlich keinen Formvorschriften.³⁶ Eine Formpflicht besteht nur für den Fall, dass das Ausführungsgeschäft ebenfalls einer bestimmten Form unterworfen ist, wie die Abgabe einer Bürgschaftserklärung nach § 1346 Abs 2 ABGB, die schriftlich zu erfolgen hat (§ 886 ABGB).³⁷ Auch durch Parteienvereinbarung kann eine Formpflicht vereinbart werden.³⁸ Dann ist die Vollmacht nach § 884 ABGB erst wirksam, wenn sie in der gewählten Form erteilt wurde.

Die Vollmacht kann durch Widerruf, Aufkündigung, Ablauf einer vorher bestimmten Zeit, Wegfall des Grundverhältnisses oder den Tod beendet werden.³⁹ Der Widerruf (durch den Vollmachtgeber) und die Aufkündigung (durch den Bevollmächtigten) geschieht – wie die Erteilung der Vollmacht – durch einseitige Willenserklärung des Vollmachtgebers an den Bevollmächtigten.⁴⁰ Dieser Vorgang unterliegt keiner bestimmten Form.⁴¹ Der Widerruf wirkt ex nunc, dh alle vorher getätigten Handlungen des Bevollmächtigten bleiben wirksam.⁴²

³³ Gschmitzger 1963, 100; Barta 2004, 846; Rummel 1984, 1215.

³⁴ Gschmitzger 1963, 100.

³⁵ Gschmitzger 1966, 233.

³⁶ Klang II (1934) 792; Kozjol/Welser I 2006, 205; Rummel 1984, 1243 f und 1248 f; Schwimann 1988, 423.

³⁷ Gschmitzger 1966, 232; Kozjol/Welser I 2006, 185 und 205.

³⁸ Kozjol/Welser I 2006, 189 f; Klang II (1934) 794.

³⁹ Gschmitzger 1966, 237; Kozjol/Welser I 2006, 210.

⁴⁰ Gschmitzger 1966, 237.

⁴¹ Klang II (1934) 835; Gschmitzger 1966, 237.

⁴² Schwimann 1988, 439.

4. Indirekte Stellvertretung

Gschnitzer nennt diese Vollmacht „*interne Vollmacht*“, da sie sich nur an den Bevollmächtigten und nicht an Dritte richtet.⁴³ *Zeiller* bezeichnet sie in seinem Kommentar zum ABGB als „*geheime Vollmacht*“.⁴⁴ Gemeint ist damit nichts anderes als die Ermächtigung, die im Unterschied zur Vollmacht nur im Innenverhältnis erteilt wird.

Der indirekte Stellvertreter wurde vom Vertretenen dazu ermächtigt, für ihn zu handeln, wobei er diese Handlungen gegen sich gelten lässt.⁴⁵ Im Gegensatz zur direkten Stellvertretung tritt der Ermächtigte nach außen nicht im Namen des Vollmachtgebers auf, sondern erwirbt das Recht zunächst für sich selbst, um es dann an diesen weiterzugeben.⁴⁶ Die indirekte Stellvertretung betrifft ausschließlich das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem.

Der indirekte Stellvertreter handelt auf fremde Rechnung aber nicht in fremdem Namen. Die Rechtsfolgen aus seinen Handlungen treten nicht direkt sondern indirekt beim Vertretenen ein. Der Geschäftsherr bleibt nach außen hin „verdeckt“.⁴⁷ Der Vertreter muss die Wirkungen des Rechtsgeschäfts auf den Vertretenen übertragen, damit sie bei diesem eintreten.⁴⁸ Handeln auf fremde Rechnung bedeutet, dass der Vertreter in der Regel berechtigt, ja sogar verpflichtet wird, die Rechtswirkungen aus dem Rechtsgeschäft an seinen Geschäftsherrn zu übertragen.⁴⁹ Hat der Geschäftsherr den Vertreter verpflichtet, für ihn tätig zu werden, liegt ein Auftragsverhältnis vor.⁵⁰

5. Die Ermächtigung

Der Begriff „Ermächtigung“ beinhaltet die Befugnis, Geschäfte auf Rechnung des Geschäftsherrn zu besorgen. Damit ist jedoch nicht das Handeln in fremdem Namen verbunden.⁵¹ Die Ermächtigung betrifft nur das Innenverhältnis der Parteien, nach außen tritt sie nicht in Erscheinung.⁵² Bei der Ermächti-

⁴³ *Gschnitzer* 1966, 233.

⁴⁴ *Zeiller* III 1813, 294.

⁴⁵ *Bartha* 2004, 837.

⁴⁶ *Gschnitzer* 1966, 229; *Schwimann* 1988, 429.

⁴⁷ *Bartha* 2004, 838.

⁴⁸ *Klang* II (1934) 770 f.

⁴⁹ *Rummel* 1984, 1228.

⁵⁰ *Klang* II (1934) 779.

⁵¹ *Gschnitzer* 1965, 109; *Koziol/Welser* II 2007, 210.

⁵² *Bartha* 2004, 846; *Koziol/Welser* II 2007, 210.

gung handelt es sich um ein rechtliches „auf fremde Rechnung handeln dürfen“.⁵³ Der Ermächtigte ist nicht verpflichtet, von der Ermächtigung Gebrauch zu machen.

Die Erteilung der Ermächtigung erfolgt wie die Erteilung der Vollmacht durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Ermächtigung kommt zustande, „sobald die Erklärung des Ermächtigenden dem Ermächtigten zugekommen ist“.⁵⁴ Sie erlischt aus denselben Gründen wie die Vollmacht, vor allem durch den Widerruf.⁵⁵

6. Begründung, Wirkung und Beendigung der Einzugsermächtigung

In der Praxis sind drei Begriffe auseinanderzuhalten:

1. Das Lastschriftabkommen
2. Das Abbuchungsverfahren
3. Das Einzugsermächtigungsverfahren

Das Lastschriftabkommen ist eine Vereinbarung der österreichischen Kreditunternehmungen aus dem Jahre 1965 und betrifft „die Ausgestaltung des Lastschriftverfahrens“.⁵⁶ „Unter dem Lastschriftverfahren ist einerseits das Abbuchungs-, andererseits das Einzugsermächtigungsverfahren zu verstehen.“⁵⁷

Das Einzugsermächtigungsverfahren wurde in Österreich erst einige Jahre nach dem Abbuchungsverfahren eingeführt. Charakteristisch für dieses Verfahren ist, dass der Zahlungspflichtige die Ermächtigung zum Einzug explizit nur dem Gläubiger erteilt. Die Bank kann deshalb meist nicht überprüfen, ob eine formelle (schriftliche) Berechtigung des Zahlungsempfängers zum Einzug vorliegt.⁵⁸ Eine Überprüfung der materiellen Berechtigung, dh ob der bestimmte Einzug rechtmäßig ist, ist für die Bank nicht möglich. Dafür müsste sie bei jedem Einzug mit dem Kunden Rücksprache halten.

Für das Einzugsermächtigungsverfahren bestand bisher ein Abkommen zwischen den Kreditinstituten. Dieses wird nunmehr durch das Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG) abgelöst, welches am 1.11.2009 in Kraft trat.⁵⁹ Das ZaDiG

⁵³ Gschmitz 1963, 100 f; Koziol/Welser I 2006, 204; Koziol in: BVR III 2008, 86.

⁵⁴ Klang IV (1935) 330.

⁵⁵ Gschmitz 1966, 237; Schwimann, 1988, 441.

⁵⁶ Koziol in: BVR III 2008, 82.

⁵⁷ Gelbmann 2011, 92.

⁵⁸ Koziol in: BVR III 2008, 83; Gelbmann 2011, 93.

⁵⁹ BGBl I 2009/66.

kommt zur Anwendung, „wenn es sich um einen Zahlungsdienst in Zusammenhang mit einem Zahlungskonto handelt.“⁶⁰ Das Zahlungskonto beschreibt § 3 Z 13 ZaDiG: Darunter fällt jedes Konto, das vom Kontoinhaber benutzt wird, um Zahlungsvorgänge auszuführen. Das ZaDiG ist sowohl für das Abbuchungs- als auch für das Einzugsermächtigungsverfahren (gemeinsamer Begriff „Lastschrift“ § 3 Z 25 ZaDiG) anzuwenden. „[Die Lastschrift ist] ein vom Zahlungsempfänger ausgelöster Zahlungsdienst zur Belastung des Zahlungskontos des Zahlers aufgrund [dessen] Zustimmung [...] zu einem Zahlungsvorgang, die der Zahler gegenüber dem Zahlungsempfänger, dessen Zahlungsdienstleister oder seinem eigenen Zahlungsdienstleister erteilt [hat].“

Meist wird die Einzugsermächtigung im Zusammenhang mit Zahlungen aus Dauerschuldverhältnissen erteilt. Der Bankkunde ist dem Zahlungsempfänger zu regelmäßigen Zahlungen verpflichtet. Der Einzug direkt vom Konto des Kunden bietet eine von mehreren Möglichkeiten, dieser Pflicht nachzukommen.

Bei der Einzugsermächtigung liegen zwei Ermächtigungen vor. Zum einen wird dem Gläubiger (Zahlungsempfänger) eine „interne Ermächtigung [...] durch den Schuldner [Zahlungspflichtigen]“ erteilt, die den Gläubiger „zur Einziehung fälliger Verbindlichkeiten“ direkt vom Schuldnerkonto ermächtigt.⁶¹ Zum anderen ermächtigt der Zahlungspflichtige seine Bank als Zahlstelle, „auf seine Rechnung dem Gläubiger (Zahlungsempfänger) eine Leistung zu erbringen [...]\“. Die Ermächtigung wird der Bank nicht direkt vom Zahlungspflichtigen erteilt, sondern durch den Zahlungsempfänger im Zeitpunkt des Einzuges vom Konto des Zahlungspflichtigen. In dem Moment erfährt die Zahlstelle „schlüssig“ von der Ermächtigung des Zahlungspflichtigen, weil sich der Zahlungsempfänger darauf beruft. Er tritt als Bote des Zahlungspflichtigen auf, indem er der Zahlstelle dessen Willen übermittelt.⁶²

⁶⁰ Gelbmann 2011, 59.

⁶¹ Koziol/in: BVR III 2008, 83.

⁶² Koziol/in: BVR III 2008, 85 ff; Gelbmann 2011, 93.

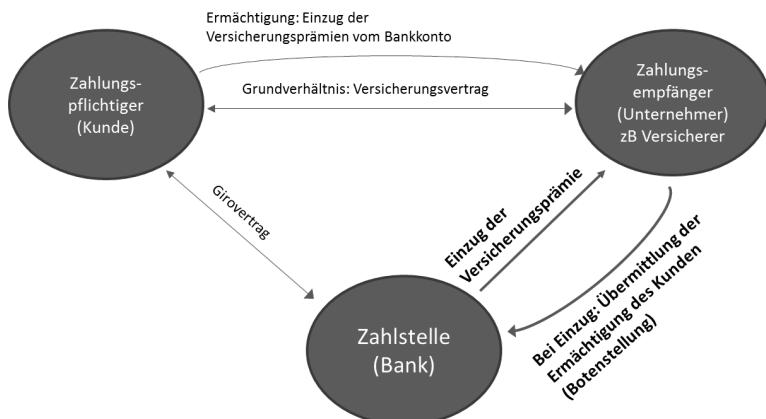


Abbildung 16: Rechtsverhältnisse bei der Einzugsermächtigung

Durch das Vorliegen von zwei Ermächtigungen wird beim Einzugsermächtigungsverfahren ein Anweisungsverhältnis iSd §§ 1400 ff ABGB angenommen.⁶³ Eine Anweisungsannahme durch die Bank iSd § 1402 liegt nicht vor, da die Bank den Einzug nur durchführt, wenn das Konto des Zahlungspflichtigen gedeckt ist. Sie lässt sich nicht auf die Verpflichtung ein, jeden künftigen Einzug durchzuführen. Die Bank muss den Auftrag nicht durchführen, wenn keine Deckung am Konto vorhanden ist. Nach § 39 (2) ZaDiG hat die Bank den Zahlungsdienstnutzer „so rasch wie möglich“ von der Nichteinlösung in Kenntnis zu setzen. Zahlungsdienstnutzer sind sowohl Zahlungsempfänger als auch Zahlungsverpflichteter, dh die Bank muss beide informieren. In der Praxis geschieht dies durch einen Nichtannahmevermerk auf der Rücklastschrift für den Zahlungsempfänger und einen Andruck am Kontoauszug des Zahlers.

Im Zusammenhang mit Bankgeschäften gilt für die Abgabe von Aufträgen und Erklärungen des Kunden die Schriftform als vereinbart (Z 3 ABB).⁶⁴ „Die Schriftform [verlangt] das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift des Kunden [...].“⁶⁵ Dieser Punkt der ABB beinhaltet die Vermutung des § 884 ABGB, wonach die Parteien vor Erfüllung der zwischen ihnen vereinbarten Form nicht an Erklärungen gebunden sein wollen. Es wird durch diese Formvereinbarung „dem schutzvürdigen Interesse des Kreditinstituts an einer möglichst weitgehenden Sicherung der Beweislage und wohl auch [der] innerbetrieblichen Kontrolle Rechnung [getragen].“

⁶³ Kozial in: BVR III 2008, 87.

⁶⁴ Iro in: BVR I 2008, 38.

⁶⁵ Iro in: BVR I 2008, 40.

gen].⁶⁶ Die Bank ist nicht an Erklärungen gebunden, die in anderer Form, insbesondere mündlich, erteilt wurden.⁶⁷ „Der Kunde hat [...] keinen Anspruch auf Ausführung von formunwirksam erteilten Anträgen [...].“⁶⁸ [Gegebenenfalls] hat die Zahlstelle [...] bei der Einzugsstelle nachzufragen, wenn Zweifel [am Vorliegen] einer wirksamen Einzugsermächtigung bestehen.“⁶⁹

Da es sich bei der Einzugsermächtigung neben der Ermächtigung des Zahlungsempfängers auch um eine Erklärung des Kunden an die Bank handelt, gilt nach Z 3 ABB die Schriftform vereinbart.⁷⁰ Es kommt noch ein weiteres Merkmal hinzu: „[Die Einzugsermächtigung] muss von jemandem erteilt werden, der über das Konto Verfügungsberechtigt ist [...].“⁷¹ Die Bank ist deshalb beim Einzugsermächtigungsverfahren mE verpflichtet, das Vorliegen einer gültigen Einzugsermächtigung zu prüfen. Dies deshalb, weil beide Parteien die Schriftform nach Z 3 ABB iVm § 884 ABGB vereinbart haben. Für beide (für die Bank und den Kunden) gilt, dass sie nur durch die Einhaltung der sich selbst auferlegten Formvorschrift an ihre Erklärungen gebunden sein wollen. Konkret bedeutet dies, dass die Erklärung des Kunden, künftig Einzüge des Zahlungsempfängers von seinem Konto zuzulassen, einerseits an den Zahlungsempfänger und andererseits – über diesen – an die Bank gerichtet ist. Die Verpflichtung zur Schriftform zwischen Bank und Kunden ist mE durch die Übermittlung durch den Zahlungsempfänger als Boten nicht aufgehoben.

Überprüft die Bank das Bestehen der Einzugsermächtigung aus einem bestimmten Grundverhältnis, hat sie jedenfalls ihre Sorgfalts- und Treuepflicht erfüllt. Eine Überprüfung der Richtigkeit folgender einzelner Einzüge von den Kundenkonten wäre ihr nicht zuzumuten. Sie müsste jeden einzelnen Einzug auf dessen Plausibilität hin überprüfen und beim geringsten Verdacht ihre Kunden kontaktieren. Die Praktikabilität der Einzugsermächtigung würde erheblich gestört und sämtliche Vorteile dieser einfachen Art der Zahlung würden ins Gegenteil gekehrt. Weiß die Bank, dass der Einziehungsberechtigte seine Befugnisse missbraucht oder war der Missbrauch offenkundig, „kann die Bank nicht auf Rechnung des Schuldners handeln.“⁷² Das bedeutet, dass sie den Einzug nicht durchführen darf. „Schon vor Inkrafttreten des ZaDiG hatte grundsätzlich der Zahlungsdienstleister das Missbrauchsrisiko zu tragen [...].“⁷³ Im ZaDig wird das Missbrauchsrisiko „bei allen Zahlungsarten zwingend dem Zahlungsdienstleister

⁶⁶ In: BVR I 2008, 37.

⁶⁷ In: BVR I 2008, 38.

⁶⁸ In: BVR I 2008, 41.

⁶⁹ Kozjol: BVR III 2008, 88.

⁷⁰ In: BVR I 2008, 37 ff.

⁷¹ Kozjol: BVR III 2008, 89.

⁷² Kozjol: BVR III 2008, 88 f.

⁷³ Gelbmann 2011, 115.

*zugeordnet [§ 44 Abs 1]. Führt er einen nicht autorisierten Zahlungsauftrag aus, muss er das belastete Konto unverzüglich auf den Stand ohne Belastung bringen.*⁷⁴

Bisher bestand in der Praxis ein Schutz über Z 3.7 des Lastschriftabkommens der österreichischen Banken. Demnach war die Einzugsstelle (Bank des Zahlungsempfängers) verpflichtet, eine Rückbuchung durch die Bank des Zahlungspflichtigen anzuerkennen und durchzuführen. Nicht eingelöste Lastschriften durften nicht neuerlich zum Einzug eingereicht werden. Dadurch war gewährleistet, dass die Bank darauf achtet, welchem ihrer Kunden sie als Zahlungsempfänger die Möglichkeit des Einzugsermächtigungsverfahrens erteilt. Bei schlechter Bonität und zweifelhaftem Unternehmenszweck wurde dies aufgrund des Risikos in der Regel abgelehnt.

Ein Zahlungsvorgang ist dann autorisiert, wenn er vom Kunden an seine Bank schriftlich vor Belastung des Kontos erteilt wurde. Der Kunde kann auch nachträglich dem Zahlungsvorgang zustimmen.⁷⁵ „*Bestreitet der Kunde die Autorisierung des Zahlungsvorganges, [muss der] Zahlungsdienstleister beweisen, dass der Zahlungsvorgang authentifiziert war [...]. [Er] hat [...] zu beweisen, dass der äußere Anschein für eine autorisierte Zahlung spricht [...].*⁷⁶ Das bedeutet, die Bank muss davon ausgehen können, dass ein Zahlungsvorgang vom Willen des Kunden erfasst war. Bei nicht durch den Kunden ausgelösten oder beauftragten Zahlungen ist dieser Beweis in der Praxis schwierig.

„*Handelt es sich um einen nicht autorisierten Zahlungsvorgang, ist der Zahlungsauftrag [...] nicht rechtswirksam.*⁷⁷ Auch die Gutschrift am Empfängerkonto ist rechtswidrig, da vom Zahler kein gültiger Zahlungsauftrag erteilt wurde. Den daraus folgenden Schaden hat die Bank des Zahlungspflichtigen zu tragen. Ihr stehen Rückabwicklungsansprüche gegen den Empfänger der Zahlung zu. Das Konto des Zahlungspflichtigen ist unverzüglich rückwirkend mit dem Tag der Belastung zu berichtigen, dh der Betrag dem Konto gutzuschreiben (§ 44 ZaDiG).⁷⁸ „*Den Zahlungsdienstnutzer trifft hinsichtlich nicht autorisierter Zahlungsvorgänge eine Rügeobligieheit (§ 36 Abs 3 ZaDiG): Er muss [...] dem Zahlungsdienstleister den Mangel unverzüglich [db ohne unnötigen Verzug] nach der Feststellung und spätestens 13 Monate nach der Belastung des Kontos anzeigen.*⁷⁹ Wenn diese Frist

⁷⁴ Gelbmann 2011, 116.

⁷⁵ Gelbmann 2011, 107.

⁷⁶ Gelbmann 2011, 107 f.

⁷⁷ Gelbmann 2011, 108.

⁷⁸ Gelbmann 2011, 108 f.

⁷⁹ Gelbmann 2011, 109 und 115.

verstrichen ist, stehen dem Kunden Schadenersatz- oder Verwendungsansprüche nach allgemeinem Zivilrecht zu.⁸⁰

„[Der] Zahler [hat] gegen seinen Zahlungsdienstleister einen Anspruch auf Erstattung (dh Berichtigung des Kontostandes) des vollständigen Betrages [...] (§ 45 Abs 1 ZaDiG) [...]. [Dieser] Anspruch ist [...] innerhalb von acht Wochen ab dem Zeitpunkt der Kontobelastung geltend zu machen [§ 45 Abs 3 leg cit].“⁸¹ Dem Zahlungspflichtigen steht dieses Recht zu, wenn es sich bei den jeweiligen Belastungen um variierende Beträge handelt und bei der Zahlung ein Betrag in unerwarteter Höhe abgebucht wurde. „Der Zahler soll damit in jenen Fällen geschützt werden, in denen sein Konto mit [...] unerwarteten Beträgen belastet wird. Der Zahlungsdienstleister kann allerdings von [ihm] verlangen, dass er die Sachumstände [...] dertut.“⁸²

Im ZaDiG ist eine Haftung für ein Mitverschulden des Kunden geregelt. Ihn trifft eine Schadenersatzpflicht, wenn er den Missbrauch verschuldet hat.⁸³ Bei leichter Fahrlässigkeit ist der Schaden mit 150 € begrenzt (§ 44 Abs 2 ZaDiG). Wenn ihm grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist, haftet er grundsätzlich für den ganzen Schaden.⁸⁴ Sobald er von einem Missbrauch Kenntnis erlangt, ist der zahlungsdienstnutzende Kunde zur unverzüglichen Anzeige bei seiner Bank verpflichtet (§ 36 Abs 2 ZaDiG). „[Nach] dem Zeitpunkt der Anzeige [...] haftet der Zahlungsdienstnutzer nur bei Handlung in betrügerischer Absicht [§ 44 Abs 3 ZaDiG].“⁸⁵

„Den Zahlungsdienstleister treffen iZm der Vermeidung der Durchführung nicht autorisierte Zahlungsvorgänge [...] Informations- und Sorgfaltspflichten [...]. Er hat den Zahlungsdienstnutzer rechtzeitig [...] zu informieren, [...] wie er seiner Anzeigepflicht nachkommen kann [...], wie und hinsichtlich welcher Beträge im Fall von nicht autorisierten Zahlungsvorgängen gehaftet wird [und] wie und innerhalb welcher Frist nicht autorisierte [...] Zahlungsvorgänge anzuziegen sind [...].“⁸⁶ Die Bank ist zur Rückverfolgung und zum Versuch der Rückerlangung des Betrages verpflichtet, wenn der Kunde dies verlangt.⁸⁷

Da die Einzugsermächtigung ein Anweisungsverhältnis ist, kann sie durch Widerruf beider ihr zugrunde liegenden Ermächtigungen beendet werden.⁸⁸

⁸⁰ Gelbmann 2011, 110; Barta 2004, 573 ff – Schadenersatz AT und BT, 351 ff – Ungerechtfertigte Bereicherung.

⁸¹ Gelbmann 2011, 94.

⁸² Gelbmann 2011, 94.

⁸³ Gelbmann 2011, 116 f.

⁸⁴ Zur Abgrenzung von grober und leichter Fahrlässigkeit s Barta 2004, 598 ff.

⁸⁵ Gelbmann 2011, 117.

⁸⁶ Gelbmann 2011, 111.

⁸⁷ Gelbmann 2011, 114.

⁸⁸ Gschmitzter 1965, 115; Rummel 1984, 2648.

„Der Schuldner kann [die Ermächtigung] gegenüber seiner Bank widerrufen [...].“⁸⁹ Koziol verwendet noch den Begriff des Abbuchungsauftrages, doch gilt dies für jede Art der Ermächtigung – folglich auch für die Einzugsermächtigung. Nach dem Zugang des Widerrufs darf die Bank nicht mehr auf Rechnung des Ermächtigenden (Zahlungspflichtigen) tätig werden, sonst handelt sie auf eigene Rechnung. Der Bankkunde kann seiner Bank die Ermächtigung entziehen, schuldbefreiend an den Zahlungsempfänger zu zahlen, wodurch die Bank nicht mehr auf seine Rechnung handeln darf.⁹⁰

Der Zahlungspflichtige kann die Einzugsermächtigung auch dem Zahlungsempfänger (Anweisungsempfänger) gegenüber widerrufen. Die Wirksamkeit des Widerrufs richtet sich gemäß § 1403 Abs 3 ABGB⁹¹ nach dem Verhältnis zwischen den beiden Parteien, dh nach dem Valutaverhältnis.⁹² Nach Gschnitzer wird „der Anweisende in der Regel Rechte des Anweisungsempfängers verletzen [...].“⁹³ Aus dem Valutaverhältnis, das meist ein Dauerschuldverhältnis ist, ergibt sich für den Zahlungspflichtigen die Pflicht, regelmäßig bestimmte Zahlungen zu leisten. Der Zahler hat dem Zahlungsempfänger eine andere Art der Zahlung (zB Zahlung mit Erlagschein) anzubieten, wenn das Schuldverhältnis nicht ebenfalls beendet wird.

„Regelmäßig liegt der [Einzugsermächtigung] ein materielles Rechtsverhältnis zugrunde (‘kausale’ Vollmacht).“⁹⁴ Sobald das zugrundeliegende Rechtsverhältnis beendet wird, erlischt auch die Ermächtigung. Andererseits kann aber das Grundverhältnis trotz des Widerrufs derselben weiter bestehen bleiben. Der Kunde hat dann zum Ausdruck gebracht, künftig keine weiteren automatisierten Einzüge des Zahlungsempfängers von seinem Konto zu dulden, sondern seine Zahlungen anders vornehmen zu wollen.

Während das Grundverhältnis von der Beendigung der Einzugsermächtigung nicht berührt wird, kann diese bei Beendigung des Grundverhältnisses nicht mehr weiter bestehen. Das Bestehen des Grundverhältnisses ist Bedingung der Ermächtigung. „Die Vollmacht [reicht] so weit wie die ihr zugrunde liegende Geschäftsführungsbefugnis [...].“⁹⁵

Im Fall der Einzugsermächtigung, die meist aufgrund eines Dauerschuldverhältnisses erteilt wird, wirkt ein Widerruf seitens des Bankkunden nicht rück-

⁸⁹ Koziol/in: BVR III 2008, 89.

⁹⁰ Klang IV (1935) 338; Gschnitzer 1965, 115 und 133.

⁹¹ idF BGBl I 2013/179.

⁹² Gschnitzer 1965, 115.

⁹³ Gschnitzer 1965, 115.

⁹⁴ Klang II (1934) 786.

⁹⁵ Gschnitzer 1966, 232.

wirkend. Dauerschuldverhältnisse können „vorzeitig [nur] mit Wirkung ex nunc [aufgelöst werden]. Der Grund dafür liegt in der faktischen Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit einen zeitlich zurückliegenden [mehr- oder viermaligen] Leistungsaustausch wieder rückgängig zu machen [...].“⁹⁶

7. Der Girovertrag

„Der Girovertrag ist ein Anwendungsfall der Geschäftsbesorgung.“⁹⁷ „[Er] dient der vertraglichen Regelung [des] bargeldlosen Zahlungsverkehrs [...]“⁹⁸ Giro- und Kontoeröffnungsvertrag werden in der Regel gleichzeitig abgeschlossen. Deren wesentlicher Inhalt sind Regelungen über die Durchführung von Gutschriften und Überweisungen.⁹⁹ Der Girovertrag begründet eine Verpflichtung der Bank, Gutschriften auf das Konto des Kunden ebenso durchzuführen, wie Barauszahlungen, Lastschriften und Überweisungen zu Lasten des Kontos abzuziehen.¹⁰⁰

Da im bargeldlosen Zahlungsverkehr „die eingeschalteten Banken im eigenen Namen auftreten und [...] auf fremde Rechnung handeln, liegen [...] keine Bevollmächtigungen vor, sondern Auftragsverhältnisse.“¹⁰¹ Der Girovertrag wird von der hL als Auftragsverhältnis anerkannt.¹⁰² „Die Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs [...] erfordert die Vornahme von Rechtsgeschäften [...] und ist damit Geschäftsbesorgung; die Bank wird ferner auf Rechnung des Kunden tätig, so dass alle charakteristischen Merkmale eines Auftragsverhältnisses gegeben sind.“¹⁰³ Schließt die Bank mit dem Kunden einen Girovertrag, verpflichtet sie sich grundsätzlich, „den bargeldlosen Zahlungsverkehr [für ihn] abzuwickeln [...].“¹⁰⁴

Bei Vertragsschluss wird üblicherweise die Geltung von AGB zur Regelung des Geschäftsverkehrs vereinbart. Der Einbezug von AGB erfolgt zumeist aus Gründen der Rationalisierung, da Banken tagtäglich eine Vielzahl von Verträgen abschließen, „die einander inhaltlich weitgehend gleichen.“¹⁰⁵ Die Allgemeinen Bedingungen für Bankgeschäfte der österreichischen Banken sind derzeit in der überarbeiteten Fassung von 2009 und 2013 in Geltung. Im Jahre

⁹⁶ Barta 2004, 391; Kozjol/Wesler II 2007, 10.

⁹⁷ Barta 2004, 896.

⁹⁸ Kozjol in: BVR III 2008, 7 f; Barta 2004, 896.

⁹⁹ Kozjol in: BVR III 2008, 7 f; Barta 2004, 896.

¹⁰⁰ Rummel 1984, 2644.

¹⁰¹ Kozjol in: BVR III 2008, 17.

¹⁰² Kozjol in: BVR III 2008, 21.

¹⁰³ Kozjol in: BVR III 2008, 21.

¹⁰⁴ Kozjol in: BVR III 2008, 26.

¹⁰⁵ Kozjol/Wesler I 2006, 130.

2009 wurden wichtige Fristen aufgrund des neu eingeführten ZaDiG zu Gunsten der Kunden abgeändert. Eine weitere Revision fand im Herbst 2013 zur Umsetzung der SEPA-Verordnung¹⁰⁶ (Single Euro Payment Area) statt.

Die Einbeziehung der ABB kann konkluident geschehen, wenn der Bankangestellte einem zu unterzeichnenden Vertragsdokument ein Exemplar von ihnen beilegt oder sich dahingehend äußert, dass diese Teil des abzuschließenden Vertrages sein sollen. „*Dabei ist nach ständiger Rsp ein strenger Maßstab anzulegen.*“¹⁰⁷ Der Kunde muss wissen, dass die ABB Teil des Geschäftsabschlusses mit ihm werden sollen. Dieser Umstand muss eindeutig erkennbar sein.¹⁰⁸ Zu beachten ist, dass die Einbeziehung der ABB vor dem Geschäftsabschluss erfolgt. Eine nachträgliche Einbeziehung in ein bestehendes Geschäft ist grundsätzlich möglich, allerdings werden „*an die Deutlichkeit des Verlangens der Bank nach [deren] Geltung [...] erhöhte Anforderungen gestellt.*“¹⁰⁹ Wurden die Geltung der ABB wirksam vereinbart, sind diese nach Z 1 ABB „*für die gesamte Geschäftsverbindung*“ gültig – dh für alle zukünftigen Geschäfte zwischen der Bank und dem Kunden.¹¹⁰

Der Kunde hat nach Z 30 ABB bei der Kontoeröffnung oder bei Änderungen und Löschungen der Verfügungs- oder Zeichnungsberechtigung seine Unterschrift „*bei der Bank zu hinterlegen.*“¹¹¹ Ohne diesen Formalakt kann es aus Sicht der Bank keine Verfügungen auf dem Konto geben. Der Grund dafür ist, dass „*die Bank ein legitimes Interesse daran hat, verlässlich und ohne großen Zeitaufwand feststellen zu können, ob die konkrete Verfügung auf Rechnung des Kontoinhabers [erfolgt].*“¹¹²

Nach Z 3 ABB gilt für die Abgabe von Erklärungen die Schriftform. „*Das Schriftformgebot für Anfräge des Kunden trägt dem schutzwürdigen Interesse des Kreditinstituts an einer möglichst weitgehenden Sicherung der Beweislage und [der] innerbetrieblichen Kontrolle Rechnung.*“¹¹³ Wie ich bereits vorhin festgestellt habe, ist mit dem Schriftformgebot in Z 3 ABB die gewillkürte Form des § 884 ABGB gemeint, die keinesfalls nur einseitig aus Sicht der Bank zu verstehen ist. Das Gesetz beschreibt, dass beide Parteien vor Erfüllung der gewillkürten Form nicht ge-

¹⁰⁶ Abl C 87 E/166 vom 1.4.2010

¹⁰⁷ *Iro* in: BVR I 2008, 9.

¹⁰⁸ *Iro* in: BVR I 2008, 12.

¹⁰⁹ *Iro* in: BVR I 2008, 13; *Koziol/Welser* I 2006, 134.

¹¹⁰ *Iro* in: BVR I 2008, 17 f und 29; Geltungs- und Inhaltskontrolle und die Problematik gesetzes- und sittenwidriger AGB in *Barta* 2004, 366 ff; *Koziol/Welser* I 2006 132 ff.

¹¹¹ *Iro* in: BVR II 2008, 58; Änderung der Verfügungs- und Zeichnungsberechtigung s *Iro* in: BVR I 2008, 61 ff.

¹¹² *Iro* in: BVR II 2008, 58.

¹¹³ *Iro* in: BVR I 2008, 37.

bunden sein wollen – auch nicht der Bankkunde. Das schutzwürdige Interesse an der Formpflicht ist deshalb auch aus Sicht des Kunden zu verstehen. „*Das Schriftformerfordernis kann auch gegenüber Verbrauchern wirksam vereinbart werden (§ 6 Abs 1 Z 4 KSchG).*“¹¹⁴ Eine Einschränkung besteht nur für eine strengere Form als die der Schriftlichkeit (zB notarielle Beglaubigung) und für „*die Vereinbarung besonderer Zugangserfordernisse*“ zu Lasten des Verbrauchers.¹¹⁵

In Z 16 der ABB wird die Sorgfaltspflicht des Kunden festgeschrieben, „*die sich ohnedies als Nebenpflicht aus dem Vertrag ergäbe.*“ Eine Erhebung von Einwendungen seitens des Kunden muss „*innerhalb angemessener Frist*“, und schriftlich geschehen.¹¹⁶ „*[Man wird] von einem redlichen Verkehrsteilnehmer [...] verlangen können, dass er seinen Vertragspartner auf Fehler in der Erklärung [...] aufmerksam macht, wenn ihm ohne weiteres erkennbar ist, dass diesem dabei ein Versehen unterlaufen ist.*“¹¹⁷

C. Rechtstatsächliche Untersuchung in zwei Tiroler Banken

Meine Befragung wurde im Mai 2013 mittels eines Fragebogens durchgeführt und richtete sich an MitarbeiterInnen zweier Bankinstitute, die in Innsbruck ihren Sitz haben. Beide Institute sind als Regionalbanken in Tirol tätig. Die Gründung beider Institute erfolgte um 1900 aus ähnlichen Motiven – hauptsächlich ging es um die Verschaffung von Finanzierungsmöglichkeiten für die landwirtschaftlichen Betriebe im Land. Die Fragen bezogen sich auf Probleme im Umgang mit der Einzugsermächtigung und den möglichen Lösungen, die den KundInnen angeboten werden können. Befragt wurden jeweils MitarbeiterInnen, die am Schalter, im Zahlungsverkehr und im Rechtsbereich der Banken tätig sind, um ein möglichst umfassendes Bild der Bankenpraxis zu bekommen.

Die Struktur und die Leitlinien der Bank sind sehr ähnlich. Beide Banken halten einen klassischen Filial- und Schalterbetrieb aufrecht, dh es handelt sich um Kreditinstitute, deren MitarbeiterInnen im direkten Kundenkontakt stehen. Hervorheben möchte ich, dass beide Kreditinstitute mit unterschiedlichen Rechenzentren zusammenarbeiten. Das bedeutet, dass die Daten uU unterschiedlich verarbeitet werden. Dies ist im Hinblick auf die Verwaltung von Daten zur Einzugsermächtigung und den Zugang zu diesen Daten von Bedeutung.

¹¹⁴ Iro in: BVR I 2008, 58.

¹¹⁵ Koziol/Welser II 2007, 416.

¹¹⁶ Iro in: BVR I 2008, 70 f und 74.

¹¹⁷ Iro in: BVR I 2008, 70 f.

Feststellen konnte ich, dass die Sichtweise auf das Thema Einzugsermächtigungen von der tatsächlichen Tätigkeit in der Bank abhängt. Die größte Kompetenz besteht in den Fachabteilungen für die Organisation und Abwicklung des Zahlungsverkehrs in der Bank. Wenn zu diesem Thema künftig Verbesserungen zum Wohle der Kunden angestrebt werden, sollte man – falls noch nicht der Fall – neben JuristInnen erfahrene MitarbeiterInnen aus diesen Abteilungen miteinbeziehen. Ich habe in meinen Befragungen erlebt, dass JuristInnen bei Fragen, die sie nicht beantworten konnten, auf die Kompetenz der KollegInnen in den Fachabteilungen verweisen. Vier der sechs von mir befragten Personen haben schon mehr als 10 Jahre lang mit diesem Thema zu tun. Die anderen beiden Personen sind seit ca 5 Jahren damit beschäftigt.

Was die Erteilung von Einzugsermächtigungen durch die KundInnen betrifft, ist zu unterscheiden, wo und wie diese erteilt werden. Üblicherweise wird die Ermächtigung direkt dem Zahlungsempfänger erteilt. Es kommt gelegentlich vor, dass KundInnen in der Bank den Wunsch äußern, künftig eine bestimmte Zahlung per Bankeinzug zu erledigen. Die Bank setzt die Zahlungsempfänger darüber in Kenntnis.

Die Angestellten im direkten Kundenkontakt gaben an, dass die Wortwahl der KundInnen stets zu hinterfragen ist. KundInnen verwechseln oft die Begriffe „Einzugsermächtigung“ und „Dauerauftrag“ und sind sich der jeweiligen Bedeutung nicht bewusst. Es liegt an den Bankangestellten, darüber aufzuklären, was die einzelnen Zahlungsarten bedeuten und welche Vor- und Nachteile sie bieten.

Erteilt ein Kunde dem Zahlungsempfänger eine Einzugsermächtigung, gibt es seitens der Bank keine Vorschrift darüber, wie dies zu erfolgen hat. In den allermeisten Fällen erfährt die Bank erst bei Einzug der Beträge von deren Bestehen. Wird am Kundenkonto ein Einzug verbucht, speichern beide untersuchten Banken in ihrem Rechensystem ein sogenanntes „Segment“ ab. Das bedeutet, dass bei den Kontodaten ein Vermerk erstellt wird, wenn ein Zahlungsempfänger einen Einzug tätigt. Dieser Vermerk bleibt gespeichert und kann abgerufen werden, wenn weitere Einzüge vorgenommen werden. Über das Rechensystem kann man herausfinden, welche Zahlungen von welchen Kundenkonten eingezogen werden.

Worin sich beide Banken unterscheiden, ist die Verfügbarkeit dieser Informationen für die Angestellten im direkten Kundenkontakt bzw für die KundInnen. Eines der beiden untersuchten Institute stellt KundInnen die Möglichkeit zur Verfügung, sich über sämtliche Einzugsermächtigungen, Dauer- und Abbuchungsaufträge informieren zu können. Der Kunde/die Kundin erhält auf Anfrage am Schalter eine Auflistung. Die gespeicherten Daten bleiben aufgelistet, bis die Bank Kenntnis vom Widerruf der Einzugsermächtigung erhält.

Deshalb ist die Übersicht nicht immer aktuell. Am Datum der letzten Durchführung ist erkennbar, wann zuletzt ein bestimmter Zahlungsempfänger einen Einzug getätigt hat. Das andere untersuchte Institut bietet diese Möglichkeit nicht an. Weder Angestellte im Kundenkontakt noch die KundInnen haben die Möglichkeit, eine Auflistung darüber zu erhalten, welche Zahlungen mittels Einzug vom Konto durchgeführt wurden. Als einzige Übersicht dienen die Kontoauszüge. Die Begründung des Institutes lautet, dass Änderungen und Löschungen von Einzugsermächtigungen meist ohne Information an die Bank geschehen und daher eine laufende Wartung schwierig sei. Mangels Aktualisierbarkeit wird auf dieses Service verzichtet.

Eine meiner Fragen richtete sich an die Möglichkeit für KundInnen, sich über deren Kontobewegungen zu informieren. Die Wahrnehmung der BankmitarbeiterInnen ging dahin, dass KundInnen sich nach wie vor häufig in der Bank (am Schalter oder beim Kontoauszugsdrucker) über ihre Bewegungen informieren. Möglich ist auch die Abfrage über Online-Zugang, direktem Auszugsversand an die Kundenadresse. Telefonisch werden Auskünfte nur erteilt, wenn die Identität des Kunden/der Kundin sichergestellt werden kann.

Unterschiedlich wurde die Frage nach der Unterschriftskontrolle bei Vorlage einer Zahlung im Einzugsermächtigungsverfahren durch den Zahlungsempfänger beantwortet: Die Verantwortlichen im Zahlungsverkehr der Banken wissen, dass es keine Unterschriftskontrolle gibt, weil keine schriftliche Kopie der vom Kunden erteilten Ermächtigung vorgelegt wird. Bei den MitarbeiterInnen im direkten Kundenkontakt konnte ich bei dieser Frage Unsicherheiten feststellen. Im Kundengespräch kann leicht der Eindruck entstehen, dass die Bank kontrolliert, ob für Bankeinzüge eine gültige Einzugsermächtigung besteht.

Auf die Frage nach der Verarbeitung von Einzugsermächtigungen, die Zahlungsempfänger an die Banken übermitteln, waren MitarbeiterInnen im direkten Kundenkontakt unsicher, ob eine Abspeicherung und eine Kontrolle der Unterschrift des Kunden stattfindet. Aus den Fachabteilungen für Zahlungsverkehr erfuhr ich, dass eine laufende Wartung wegen des mangelnden Informationsaustausches mit den Zahlungsempfängern nicht möglich ist.

Es ist beiden Instituten nicht möglich, zu verhindern, dass unautorisierte Zahlungen von Kundenkonten eingezogen werden. Weil der Bank keine schriftliche Ermächtigung oder eine Kopie derselben zur Verfügung steht, kann keine Überprüfung stattfinden. Eine Neuerung bringt der SEPA-Zahlungsverkehr für B2B-Zahlungen. Für die Banken bedeutet dies einen Mehraufwand, da gewährleistet sein muss, dass nur autorisierte (dh von KundInnen dem Zahlungsempfänger erteilte) Einzugsermächtigungen durchgeführt werden. Zwischen Unternehmern muss für diese Zahlungen der Bank des Zahlungspflicht-

tigen eine schriftliche Ermächtigung (Mandatsvertrag) vorgelegt werden. Dann führt sie die Einzüge durch. Andernfalls kann der Zahlungsempfänger den Betrag nicht vom Zahlungskonto einziehen. Es werden neben den Banken auch die Zahlungsempfänger in die Pflicht genommen.

In der Wahrnehmung der BankmitarbeiterInnen kommt es nur gelegentlich oder selten vor, dass Beträge abgebucht werden, zu denen keine wirksame Einzugsermächtigung des Kunden/der Kundin erteilt wurde. Daraus schließe ich, dass angesichts der Anzahl täglich durchgeföhrter Einzüge derzeit der Missbrauch kein großes Problem darstellt. KundInnen können unerlaubte Einzüge schriftlich oder durch Vorsprache in der Bank beeinspruchen. Ein Einspruch über online-banking steht bei den untersuchten Instituten derzeit nicht zur Verfügung. Was die Möglichkeit betrifft, Reklamationen telefonisch zu äußern, sind die MitarbeiterInnen im direkten Kundenkontakt sehr entgegenkommend. Wenn die Identität des Kunden/der Kundin feststeht, wird ein Einspruch auch mündlich behandelt. KundInnen haben dabei sämtliche notwendige Daten der beeinspruchten Zahlung bekanntzugeben, damit diese identifiziert und nicht mit anderen, ähnlichen Zahlungen verwechselt werden kann. Verlangt wird in der Praxis eine Begründung für die Rückrechnung des eingezogenen Betrages (zB Kundeneinspruch, Nichtannahme, kein Auftrag vorhanden etc.).

Die Frist für Kundeneinsprüche beträgt bei unautorisierten Zahlungen 13 Monate, bei autorisierten aber unerwünschten Zahlungen 8 Wochen. In meiner Befragung habe ich festgestellt, dass MitarbeiterInnen mit direktem Kundenkontakt die längere Einspruchsfrist bei unautorisierten Zahlungen nicht bewusst ist. Es besteht die Gefahr von Fehlinformationen, sollte ein Kunde/eine Kundin verspätet Einspruch erheben. Will ein Kunde/eine Kundin eine Einzugsermächtigung widerrufen, kann er/sie den Widerruf entweder an die Bank oder an den Zahlungsempfänger richten. Eine Frist ist dabei nicht einzuhalten. Im Fall des Widerrufs an die Bank teilt diese den Willen des Kunden/der Kundin dem Zahlungsempfänger mit.

Über den Todesfall und die Verlassenschaft habe ich in meinen Befragungen festgestellt, dass die größte Kompetenz im Bereich der Fachabteilungen für Zahlungsverkehr und in den Rechtsabteilungen liegt. Die Bank sperrt ab dem Todestag des Kunden/der Kundin seine/ihre Konten, sodass keine Zahlungen mehr durchgeföhrert werden. Schwebende Umsätze, deren Ursprung vor dem Todestag liegt, werden noch gebucht. Bei späterem Bekanntwerden des Todes eines Kunden/einer Kundin werden Einzüge von der Bank rückwirkend mit dem Todestag dem Kundenkonto gutgeschrieben und die Zahlungsempfänger mit dem Vermerk „Todesfall“ belastet. Der zuständige Gerichtskommissär (Notar) wird auf Verlangen über die letzten Kontobewegungen informiert. Bestehen zu einem Konto zwei oder mehrere Verfügungsberech-

tigte (Oder-Konto) und stirbt eine(r) von ihnen, wird das Konto nicht gesperrt.

Einzugsermächtigungen funktionieren weitgehend reibungslos. Die bequeme Einhaltung der Zahlungstermine, die weit verbreitete Akzeptanz bei den KundInnen und die einfache Abwicklung sind die größten Vorteile, die von den BankmitarbeiterInnen genannt wurden.

Die größten Schwierigkeiten seitens der KundInnen im Umgang mit der Einzugsermächtigung liegen aus Sicht der BankmitarbeiterInnen in der leichtsinnigen Weitergabe der Kontonummer und in der mangelnden Übersicht der laufenden Kontobewegungen, etwa weil KundInnen sich zu wenig über ihre laufenden Zahlungen informieren. Was die Banken selbst betrifft, liegen die größten Schwierigkeiten in der fehlenden Möglichkeit, aufrechte und nicht widerrufene Einzugsermächtigungen der KundInnen von jenen zu unterscheiden, die von den KundInnen bereits direkt bei den Zahlungsempfängern widerrufen wurden. Oft erfährt die Bank weder vom Zahlungsempfänger noch vom Kunden vom Widerruf und im System bleibt die Durchführung gespeichert, weshalb gespeicherte Daten sehr häufig veraltet sind.

Bei Kundenanfragen müssen KundInnen und die BeraterInnen häufig anhand der Kontoumsätze suchen, welche Zahlungen regelmäßig mit Einzug abgebucht werden. Die MitarbeiterInnen gaben an, es sei ein Nachteil, dass Zahlungsempfänger die schriftliche Ermächtigung oder deren Kündigung nicht an die Bank weitergeben. Angeregt wurde, dass KundInnen vermehrt darauf achten sollten, welchen Zahlungsempfängern sie eine Ermächtigung erteilen. Ein Vorschlag lautete, die Banken könnten die KundInnen benachrichtigen, wenn ein Zahlungsempfänger erstmalig einen Einzug auf ihrem Konto vornimmt. Allgemein nannten die Befragten technische Grenzen und den großen Aufwand als Hürden für Verbesserungsmaßnahmen.

Beide Banken haben ein großes Interesse daran, ihre KundInnen bestmöglich zu unterstützen und aufzuklären, einerseits um die Kundenzufriedenheit insgesamt zu verbessern und um Schäden und Kosten zu vermeiden, die sich aus steigenden Reklamationen ergeben. Auf die Mitwirkung der KundInnen sind sie dabei angewiesen.

Bei der Frage zur Information von KundInnen wurde angegeben, es gäbe eine verbesserte Umsatzübersicht im Online-Banking. Unterlagen und Broschüren zur Aufklärung der KundInnen gibt es in den Banken nur wenige. Es wird kaum Aufklärungsarbeit zum Thema Zahlungsverkehr, speziell zu Einzugsermächtigungen geleistet. Missbrauch und wie sich KundInnen davor schützen können, wird nicht aktiv angesprochen. Bei der Umsetzung des SEPA-

Zahlungsverkehrs 2014 ist geplant, ausreichend Information zum neuen Zahlungsverkehrssystem zur Verfügung zu stellen.

Beide Institute bieten die Möglichkeit gezielter Kontosperren an. Ein Kunde/eine Kundin kann Einzüge von bestimmten Zahlungsempfängern sperren lassen. Jeder mit einer Sperre belegte Einzug wird dann automatisch abgelehnt. Die Ablehnung geschieht durch einen Abgleich der Bankdaten des Empfängers. Sind die Daten mit jenen der Sperre ident, lehnt das System die Buchung ab. Diese Möglichkeit ist nicht allen MitarbeiterInnen in der Bank bekannt. Es kann zu Fehlinformationen an den Kunden/die Kundin kommen.

In naher Zukunft wird das beherrschende Thema in den Banken die Einführung des SEPA-Zahlungsverkehrs sein. Für Privatkunden gibt es die größte Änderung dahingehend, dass es den Abbuchungsauftrag nicht mehr geben wird. Die SEPA-Basislastschrift ersetzt alle bisherigen Lastschriften. Der Vorteil liegt darin, dass die Widerspruchsfrist künftig generell 8 Wochen bzw 13 Monate beträgt.

D. Rechtspolitische Vorschläge

Die Möglichkeiten eines einfachen und einheitlichen Zahlungsverkehrs werden sich auf das Gebiet der gesamten EU ausweiten und viele Potenziale für eine erweiterte Geschäftstätigkeit von ausländischen Unternehmen im Inland schaffen. Ich bin bereits auf das ZaDiG eingegangen. Dieses Gesetz wurde in Österreich zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2007/64/EG eingeführt. Die dort angeführten Regeln gelten für den nationalen und für den innergemeinschaftlichen Zahlungsverkehr. Folgende Ziele werden verwirklicht:¹¹⁸

- Das Zahlungsdienstgesetz definiert die Zahlungsdienste und legt fest, wer diese erbringen darf.
- Es sind Konzessions- und Aufsichtsvorschriften für Zahlungsinstitute geregelt, wodurch eine effiziente Beaufsichtigung sichergestellt wird.
- Weiters sind umfangreiche Informationsverpflichtungen in Bezug auf Rahmenverträge und Einzeltransaktionen vorgesehen, die von allen Zahlungsdienstleistern erbracht werden müssen. Damit wird vor allem das Ziel verfolgt, das Angebot der Zahlungsdienstleister vergleichbar zu machen.

¹¹⁸ www.bmfsf.gv.at/finanzmarkt/Zahlungsdiensterecht.html (2.3.2014).

- Durch rechtliche verbindliche Vorgaben hinsichtlich der Ausführungsfrist und Wertstellung wird eine schnelle Abwicklung von Zahlungen gewährleistet. Beispielsweise dürfen elektronische Euro-Überweisungen innerhalb der EU nur mehr maximal einen Bankgeschäftstag dauern. Schlussendlich enthält das Zahlungsdienstesgesetz Regelungen zu Haftungsfällen, beispielsweise für den Fall des Verlustes oder Diebstahls einer Zahlungskarte.

Hintergrund dieses Gesetzes ist die Schaffung des EU-weiten Zahlungsverkehrs mit der Möglichkeit, auch Lastschriften von Kundenkonten in ganz Europa zu ermöglichen. Im Jahr 2012 wurden mit der EU-Verordnung 260/2012 (SEPA) die technischen Standards und Regeln festgelegt, die künftig im einheitlichen Zahlungsraum der EU für Zahlungsaufträge und Lastschriften gelten sollen. „*SEPA is the vision of an area in which consumers, companies and other economic actors are able to make and receive payments in euro, [...] under the same basic conditions, rights and obligations, regardless of their location..*“¹¹⁹ In den Euro-Ländern wird SEPA ab 1.8.2014 umgesetzt und in den Nicht-Euro-Ländern der EU ab 31.10.2016.¹²⁰ Künftig ist deshalb für Zahlungen und Lastschriften die Verwendung von IBAN und BIC eine zwingende Voraussetzung.¹²¹

„Konkret bedeutet das, dass Unternehmer und Konsumenten nun Transaktionen in EURO innerhalb der SEPA-Länder [...] über ein einziges Konto [...] unter Verwendung einheitlicher Zahlungsinstrumente [...] einfach und sicher wie [...] auf nationaler Ebene vornehmen können. [Für] Bankkunden [verschwinden] mit der Verwirklichung des SEPA-Raums die Unterschiede zwischen nationalen und grenzüberschreitenden Zahlungen.“¹²² Für Konsumenten gelten bezüglich der SEPA Lastschrift (SDD) folgende Leitlinien: “*Consumers may instruct their payment service provider on how to handle incoming collections, for example to only allow SEPA direct debit payments by specific billers (additional debtor protection measures for consumers).*”¹²³ Das bedeutet, dass Bankkunden die Möglichkeit haben, Zahlungen zu verhindern, zu begrenzen oder gewisse Zahlungsempfänger vom Zugriff auf ihre Konten auszuschließen.

¹¹⁹ www.ecb.europa.eu/paym/sepa/pdf/SEPA_ebrochure_2013.pdf?b93a744c54992413e84fb9fd5b6b6b60 (2.3.2014).

¹²⁰ www.ecb.europa.eu/paym/sepa/pdf/SEPA_e-brochure_2013.pdf?b93a744c54992413e84fb9fd5b6b6b60 abgerufen (2.3.2014).

¹²¹ www.ecb.europa.eu/paym/sepa/pdf/SEPA_e-brochure_2013.pdf?b93a744c54992413e84fb9fd5b6b6b60 (2.3.2014).

¹²² austrianpaymentscouncil.at/9619_DE.htm (2.3.2014).

¹²³ www.ecb.europa.eu/paym/sepa/pdf/SEPA_e-brochure_2013.pdf?b93a744c54992413e84fb9fd5b6b6b60 (2.3.2014).

1. Was muss zum Schutz der Kunden geschaffen werden?

Die Zahlungsempfänger von Einzugsermächtigungen mussten bisher aus technischen Gründen ein Konto in Österreich unterhalten und dafür ihre Identität bekannt geben. Künftig wird das Lastschriftverfahren auf ca 500 Mio EU-Bürger, unzählige Unternehmen und Banken von der iberischen Halbinsel bis an die ukrainische Grenze und vom Nordkap bis in den Mittelmeerraum ausgedehnt. Die Möglichkeiten vervielfältigen sich und es ist zu befürchten, dass die Zahl von Beträgereien und Betrugsvorwürfen zunehmen wird.

Die gesetzlichen Regelungen für den einheitlichen Zahlungsverkehr (ZaDiG) sowie die technischen Standards (SEPA) sind bereits geschaffen. Ich habe die Verpflichtungen der Banken in Bezug auf die Rückleitung unerwünschter Einzüge erwähnt. Auch die Fristen, die den KundInnen zur Verfügung stehen, um solche Zahlungen zu reklamieren, habe ich beschrieben. Es kommt in der Praxis aber vor, dass KundInnen gar nicht reklamieren, obwohl für einen Einzug keine gültige Einzugsermächtigung besteht. Manche Kunden sind sorglos, was die Übersicht über ihre Kontobewegungen betrifft und viele Menschen, vor allem ältere, sind oft nicht mehr in der Lage, den Überblick über ihr Konto zu wahren.

Es muss dabei nicht um große Transaktionen gehen. Schon ein Einzug von beispielsweise 5 € von hunderttausenden Kundenkonten würde einem Betrüger Millionenbeträge einbringen. Was er dafür benötigt, sind lediglich IBAN und BIC von Kundenkonten. Wenn ich an meine eigenen Erfahrungen denke und mir vorstelle, wie viele der betroffenen Kunden den Einzug tatsächlich reklamieren und wie viele gleichzeitig auf die Richtigkeit einer solchen Buchung vertrauen, ist denkbar, dass nur ein geringer Teil der Kontoinhaber dem Einzug widerspricht.

Im Lastschriftverfahren zwischen Unternehmern (B2B) ist man einen Schritt weiter gegangen. Hier ist mit SEPA vorgesehen, dass der Zahlungsempfänger einen Mandatsnachweis an die Bank des Zahlungspflichtigen schicken muss. Diese erfährt auf schriftlichem Wege, dass ihr Kunde/ihre Kundin dem zahlungsempfängenden Unternehmen eine Einzugsermächtigung (Mandatsvertrag) erteilt hat. Schickt der Zahlungsempfänger keinen Nachweis, lehnt die Bank eine Lastschrift künftig ab. Bisher bestehende Einzugsermächtigungen werden mit SEPA ungültig und können künftig nicht mehr durchgeführt werden. Den zahlungspflichtigen Unternehmen steht allerdings keine Rückforderung der Lastschriften zu.

Für mich stellt sich dennoch die Frage, warum das nicht im gesamten Lastschriftverkehr so gehandhabt wird? Wenn ein Unternehmen von Privatkonten Einzüge tätigen möchte, sollte es dazu verpflichtet sein, einen Nachweis zu

erbringen, dass es dazu ermächtigt wurde. Das hätte zwei Effekte: Zuerst würde der Kunde/die Kundin vor unerwarteten Einzügen besser geschützt. Die Bank darf zumindest davon ausgehen, dass zwischen Empfänger und Verpflichteten ein geschäftliches Grundverhältnis besteht. Zum zweiten ist die Bank selbst besser geschützt. Ich habe in Bezug auf die geltenden ABB gefordert, die Schriftlichkeit hinsichtlich der Erklärungen von KundInnen an die Bank auch aus dem Blickwinkel der KundInnen zu sehen. Beide – Bank und Kunde – wollen vor Erfüllung der Schriftlichkeit nicht an ihre Erklärungen gebunden sein.

Der Aufwand für die Banken könnte sich in Grenzen halten, denn das größte Interesse am Lastschriftverfahren haben die Zahlungsempfänger. Diese gehörten auch im Bereich der Lastschriften von Privatkonten dazu verpflichtet, das Bestehen eines Mandatsvertrages schriftlich nachzuweisen. Dem Problem, dass in diesem Fall massenhaft Mandatsverträge an die Bank geschickt werden, kann durch eine angemessene Frist zur Umstellung begegnet werden.

Was die Rückrechnungsfrist betrifft, wird derzeit argumentiert, dass zwar im Bereich der B2B-Lastschriften ein Nachweis des Zahlungsempfängers erbracht werden muss, es für die Lastschrift selbst aber keine Widerspruchsmöglichkeit mehr gibt. Was würde den europäischen Gesetzgeber daran hindern, für Konsumenten trotzdem die Einspruchsfrist von 8 Wochen aufrecht zu erhalten? Diese werden auch in anderen Bereichen insofern gegenüber Unternehmern anders behandelt, als für sie stärkere Schutzmechanismen bestehen.

Was die Banken tun können, ist, die KundInnen vermehrt über die Möglichkeiten und Gefahren des Lastschriftverfahrens aufzuklären. Vor allem der wiederholte Hinweis, Kontobewegungen regelmäßig zu kontrollieren und im Zweifelsfall die Bank zu kontaktieren, würde das Bewusstsein der KundInnen ändern. Die Banken sollten verpflichtet werden, eine Auflistung sämtlicher bestehender Lastschriften, die vom Konto automatisch abgebucht werden, zur Verfügung zu stellen. Daher müssen die Zahlungsempfänger verpflichtet werden, den Mandatsvertrag zwischen ihnen und den Bankkunden nachzuweisen sowie die Bank über Änderungen zu informieren. Der Aufwand würde sich für die Banken in Grenzen halten, da bereits jetzt – für KundInnen meist unsichtbar – bei einem neuen Einzug ein Datensegment abgespeichert wird. Ich schlage zudem vor, in Zeiten von Online Banking und Smartphone-Apps, den Widerruf und Kundeneinspruch für Lastschriften auch online möglich zu machen. Die Möglichkeit der gezielten Umsatzsperrre für KundInnen sollte über Online-Banking möglich sein.

Literatur

- Apathy Peter/Iro Gert/Koziol Helmut* (2008) Österreichisches Bankenvertragsrecht, Band I: Geschäftsbeziehung Wien, 2008².
- Apathy Peter/Iro Gert/Koziol Helmut* (2008) Österreichisches Bankenvertragsrecht, Band II: Konto und Depot Wien, 2008².
- Apathy Peter/Iro Gert/Koziol Helmut* (2008) Österreichisches Bankenvertragsrecht, Band III: Zahlungsverkehr Wien 2008².
- Barta Heinz* (2004) Zivilrecht: Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken Wien 2004.
- Gelbmann Beate* (2011) Konsumentenrecht und Banken: das neue Zahlungsdienstegesetz 2011.
- Gschnitzer Franz* (1963) Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz 1963.
- Gschnitzer Franz* (1965) Schuldrecht Allgemeiner Teil 1965.
- Gschnitzer Franz* (1966) Allgemeiner Teil 1965.
- Iro Gert* (2001) Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte 2001.
- Klang Heinrich* (1934) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II 1934.
- Klang Heinrich* (1935) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV 1935.
- Koziol Helmut/Welser Rudolf* (2006) Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht 2006¹³.
- Koziol Helmut/Welser Rudolf* (2006) Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht 2006¹³.
- Rummel Peter* (1984) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I 1984.
- Rummel Peter* (1984) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II 1984.
- Schwimann Michael* (1988) Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen IV 1988.
- Zeiller Franz von* (1813) Commentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der öesterreichischen Monarchie 1813.

Mag. Thomas Mayr
A-6083 Ellbögen
thomas.mayr@student.uibk.ac.at

Heidi Siller, Caroline Voithofer, Margarethe Hochleitner

RichterInnenstudie im OLG-Sprengel Innsbruck

In diesem Beitrag präsentieren wir ausgewählte Ergebnisse einer im Zeitraum 2012/2013 durchgeführten empirischen Studie an Richtern und Richterinnen im OLG-Sprengel Innsbruck. Den grundsätzlichen Anmerkungen zur Ausgangslage (A.) folgt eine nähere Beschreibung der durchgeführten Studie (B.), um auf dieser Basis ausgewählte Ergebnisse vorzustellen und diese im Anschluss zu interpretieren (C.). Dabei konzentrieren wir uns auf die von den Richtern und Richterinnen wahrgenommenen Belastungen, ihre berufliche Situation sowie ihre Arbeitszufriedenheit. Die Ergebnisse werden auf ihre geschlechtsspezifischen Implikationen hin untersucht. Das vorrangige Ziel unseres Beitrags ist es, Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Männern und Frauen im RichterInnenberuf aus einem interdisziplinären Blickwinkel zu beleuchten.

A. Ausgangslage

Berufssoziologische Forschung in den 1960er und 1970er Jahren rückte Richter und Richterinnen ins Zentrum der Aufmerksamkeit der deutschsprachigen Rechtssoziologie.¹ Mittlerweile bereits als klassisch zu bezeichnende Studien aus diesen Jahren sind die Arbeiten von Dahrendorf/Richter zum Sozialprofil der Richter in Deutschland.² Die Ergebnisse veranlassten Dahrendorf zu fordern, vermehrt Untersuchungen an „der deutschen Oberschicht“ durchzuführen.³ OLG-Richtern attestierte er aufgrund seiner Forschungsergebnisse Unbeweglichkeit in geographischer und sozialer Hinsicht.⁴ Zu 2/5 würden Richter aus der sozialen Oberschicht stammen und sich primär in dieser Schicht nach ihrer Partnerin umsehen. Diese Unbeweglichkeit hätte für ihn zur Folge, dass eine Hälfte der Gesellschaft über die andere richte.⁵ Die Wurzel des Vorwurfs der Klassenjustiz könnte hier ihren empirischen Ursprung finden. Aber nicht nur Dahrendorf ging mit JuristInnen hart ins Gericht. Auch Kaupen attestierte⁶ JuristInnen Risikoscheue, Obrigkeitshörigkeit und

¹ Für einen umfassenden Überblick: Rebbinder (2009) 126-132.

² Abgedruckt in: Richter (1960).

³ Dahrendorf (1960) 179.

⁴ Dahrendorf (1960) 180 ff.

⁵ Dahrendorf (1960) 194 f.

⁶ Kaupen (1969).

Ideologielastigkeit. Solche Zuschreibungen wirkten – um es milde auszudrücken – Skepsis unter JuristInnen – insb unter RichterInnen – gegenüber berufssoziologischer und empirischer Forschung.⁷ Die Forschungen trafen aber auch innerhalb der scientific community auf Kritik. Rottlenthner etwa plädierte in den 1980ern dafür, das Verhalten in beruflichen Situationen anstelle von Eigenschaften zu untersuchen und sich mehrerer Forschungsmethoden zu bedienen, dabei jeweils die theoretische Basis offenzulegen und vermehrt teilnehmende Beobachtungen durchzuführen.⁸ Jüngere Arbeiten bescheinigen JuristInnen nach wie vor ein hohes Sozialprestige.⁹ Die erste und bisher letzte umfassende berufssoziologische Untersuchung der österreichischen Justiz¹⁰ führten Haller/Dimmel im Jahr 1999 durch.¹¹ Sie führten 40 leitfadenorientierte, qualitative Interviews mit RichterInnen in den OLG-Sprengeln Innsbruck und Wien und widmeten sich dabei Fragen der Primär- und beruflichen Sozialisation, dem beruflichen Selbstverständnis, der rechts-politischen Einstellung und Diskriminierungserfahrungen von Frauen.¹² Die InterviewpartnerInnen wurden nach Alter, Geschlecht und Tätigkeit ausgewählt. Die Studie ergab unter anderem, dass sich RichterInnen zwar nach wie vor aus der Mittelschicht rekrutierten, dies aber ebenso wie die Herkunft aus Beamtenfamilien mit sinkendem Alter abnehme.¹³ „Der Richterberuf scheint also für die jüngere Generation, und zwar insbesonders für Frauen, ein Medium für den sozialen Aufstieg geworden zu sein.“¹⁴ Die Entscheidung für den Beruf als RichterIn sei erst während des Gerichtspraktikums getroffen worden.¹⁵ Als für den Beruf maßgebliche Kompetenzen nannten jüngere RichterInnen zunehmend „soziale Kompetenz, juristisches Interesse oder analytisches Denken“¹⁶ als wichtiger denn juristisches Detailwissen.¹⁷ Das Durchschnittsernennungsalter liege bei 28 Jahren.¹⁸ Nur wenige RichterInnen hatten 1999 Erfahrung mit Supervision gemacht, viele hielten ein Supervisionsangebot jedoch für sinnvoll insb für BerufsanfängerInnen sowie für Sparten, die idR mit besonders emotionalen Parteien verbunden seien.¹⁹ Auf den

⁷ Bryde (2000) 139; Rebbinder (2009) 127.

⁸ Rottlenthner (1982) 83-95.

⁹ Raier (2013) 336; Bryde (2000) 153.

¹⁰ Eine vergleichbare Studie zu der von Hassels/Hommerich (1993) über „Frauen in der Justiz“ fehlt bislang in Österreich.

¹¹ Haller (2000); Haller/Dimmel (2000).

¹² Haller (2000) 176; Haller/Dimmel (2000) 255.

¹³ Haller (2000) 176; Haller/Dimmel (2000) 256.

¹⁴ Haller/Dimmel (2000) 256.

¹⁵ Haller (2000) 176; Haller/Dimmel (2000) 257.

¹⁶ Haller/Dimmel (2000) 258.

¹⁷ Dieser Befund wird auch von Scheiber (2013) 491 geteilt.

¹⁸ Haller/Dimmel (2000) 259.

¹⁹ Haller/Dimmel (2000) 259.

Umgang mit Parteien sei man in der Ausbildung wenig vorbereitet worden und man hätte vieles mit learning by doing erlernt.²⁰ Der Justizverwaltung wurde in der Studie eher Ablehnung entgegengebracht und die Vermutung geäußert, diese wünsche sich angepasste RichterInnen.²¹ Als Karriere im Justizdienst wurde die Ernennung beim OLG oder OGH genannt und eine Einflussgröße dafür seien die Personalsenate.²²

Hinsichtlich von Diskriminierungserfahrungen von Frauen kam die Studie zu dem Ergebnis, dass die Befragten nicht das Geschlecht, sondern eher andere Faktoren der sozialen Herkunft und des Vernetzseins als diskriminierenden Faktor wahrgenommen hätten.²³ Die Quotenreglungen des B-GBIG wurde mehrheitlich abgelehnt: „[...] nur einzelne junge Richterinnen und Richter befürworteten sie.“²⁴ Die Justiz wurde als Vorreiterin bei der Frauenförderung eingestuft, was mit der guten Möglichkeit der Vereinbarung von Familie und Beruf in Zusammenhang stehen kann.²⁵ Hingegen bezweifelten junge Richterinnen, „[...] dass sich auch Familie und Karriere verbinden ließen.“²⁶ Die Befragten merkten an, dass sich die RichterInnenschaft als „überraschend uniform“ erweise und begründeten dies mit dem Hinweis, Unterschiede würden sich im Lauf der Zeit „abschleifen“.²⁷ Was theoretisch als Ausdruck der disziplinierenden Wirkung iS Michel Foucaults oder als Habitus-Effekt iS Pierre Bourdieus bezeichnet werden kann.²⁸

Aktuell könnte – mit einem der Hauptvorträge des zweiten Kongresses der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen²⁹ von Rüdiger Lautmann zu seinem Klassiker „Justiz – die stille Gewalt“ sowie dem Heftschwerpunkt „Jurist_innen“ des juridikum 4/2013 ein erneut aufkeimendes Interesse an berufssoziologischen Fragen vermutet werden, womit unsere Studie dem Zeitgeist entsprechen würde.

²⁰ Haller (2000) 176.

²¹ Haller (2000) 177.

²² Haller (2000) 177.

²³ Haller (2000) 177 f; Haller/Dimmel (2000) 259, 262.

²⁴ Haller (2000) 178; Haller/Dimmel (2000) 262.

²⁵ Haller/Dimmel (2000) 263.

²⁶ Haller/Dimmel (2000) 263.

²⁷ Haller (2000) 278; Haller/Dimmel (2000) 263.

²⁸ Zum Habitus-Effekt der juristischen Ausbildung: Sagmeister/Wöckinger (2013) 483-486.

²⁹ Zum gleichnamigen wiederaufgelegtem Buch von Lautmann (2011). Weitere Vorträge mit berufssoziologischem Inhalt waren: Boulanger Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten; Stegmaier Wissen, was der Fall ist: Typen normativen Wissens in der richterlichen Rechtsarbeit zwischen boundary work und convergence work.

In den letzten Jahren verwirklichte sich der von Krammer³⁰ bereits im Jahr 1994 vorhergesagte Anstieg des absoluten und relativen Anteils von Frauen im RichterInnenberuf.³¹ Am 1.1.2013 waren 53,6 % der RichterInnen in Österreich weiblich.³² Die Zunahme von Frauen im RichterInnenberuf lässt die Frage nach wahrnehmbaren geschlechtsspezifischen Unterschieden relevant werden. Diese können sich an den Anforderungen der Tätigkeit, der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und deren Auswirkungen auf den Beruf – wie etwa unterschiedliches Entscheidungsverhalten³³ – zeigen. Ein Einfallstor für geschlechtsspezifische Unterschiede ist die nach wie vor ungleiche Verteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit zwischen Männern und Frauen. Laut der letzten Zeitverwendungsstatistik verbringen Frauen im Durchschnitt zwei Stunden weniger pro Tag mit Erwerbsarbeit und verwenden 92 % der Frauen 3 Stunden 43 Minuten und 72 % der Männer 1 Stunde 56 Minuten täglich mit Hausarbeit.³⁴ Damit geht die bekannte unterschiedliche Inanspruchnahme von Teilzeitbeschäftigung einher,³⁵ die den Arbeitgeber/die Arbeitgeberin fordert, darauf angemessen zu reagieren und Bedingungen zu schaffen, die ein optimales Zusammenspiel zwischen ArbeitgeberIn, ArbeitnehmerIn und den beruflichen Anforderungen ermöglichen. In der Justiz sind dafür flexible Arbeitszeitmodelle, Teilzeitarbeit und Ersatzplanstellenregelungen bei Karenz geschaffen worden.³⁶

Der Beruf des Richters/der Richterin geht gemäß Art 87 B-VG mit Unersetzbarkeit und Unabsetzbarkeit einher. Damit bietet der Beruf viel Sicherheit, die in die Lebensplanung einfließen kann und schafft die Voraussetzung, langfristige persönliche Ziele auf einer ökonomisch gesicherten Basis anzustreben.

Der Preis dafür sind die hohen Anforderungen, auf die wir in unserer Studie den Fokus in Form von wahrgenommenen Belastungen gelegt haben. Aus der Literatur wissen wir, dass die Belastungen vor allem den hohen Zeitdruck³⁷, unter dem die Arbeit durchgeführt werden muss, die Unkontrollierbarkeit der Anzahl und Art der zu bearbeitenden Akten³⁸, Schwierigkeiten mit KollegInnen und Parteien³⁹ sowie soziale Isolierung⁴⁰, die sich aus dem Beruf selbst

³⁰ Krammer (1994) 261.

³¹ Bundesministerium für Justiz (2012) 10-25.

³² Bundesministerium für Justiz <http://www.justiz.gv.at/web2013/html/default/2c9484852308c2a601250f0ff6a70141.de.html> (9.2.2014).

³³ Peresie (2005) 1762-1767.

³⁴ Statistik Austria (2011) 3.

³⁵ Zu Teilzeitarbeit unter RichterInnen: Schneider (2013) 505.

³⁶ Vgl etwa: Schneider (2013) 504 sowie Zimmermann in diesem Band.

³⁷ Ludewig/Weislebner (2007) 181-182, Zimmermann (2000) 4.

³⁸ Ells/Shawalter (1994) 72, 77.

³⁹ Bieringer (2005) 61, Ludewig/Weislebner (2007) 182-183, Portnoy (2004) 131-132.

heraus ergibt, sein können. Die Auswirkungen der genannten Herausforderungen können sich in körperlichen wie auch psychischen Belastungen äußern. Diese können in Burn-Out, Grübeln, Schlafstörungen, emotionale Erschöpfung und ein reduziertes Selbsterfüllungsgefühl⁴¹ resultieren.

B. Die Studie: Durchführung und Darstellung der Ergebnisse

2012 wurde ein online-Fragebogen an alle RichterInnen, sowie RichteramtsanwärterInnen des OLG-Sprengels Innsbruck versendet. Beim Fragebogen handelte es sich um eine adaptierte Fassung des Ärztinnenfragebogens⁴², der 2002 für eine Studie an Ärztinnen, und 2011 an Ärztinnen und Ärzten verwendet wurde. Der Fragebogen wurde auf Basis der Erfahrungen des Arbeitskreises für Gleichbehandlungsfragen, sowie aufgrund der Erfahrungen von Frauen, die sich in Frauenförderung engagieren, entwickelt. Das ursprüngliche Ziel des Fragebogens beschäftigte sich mit der Erfassung von kurz- und mittelfristigen Problemen, welche veränderbar sind und durch gezielte Maßnahmen eine Verbesserung der Arbeitssituation und Unterstützung in der Vereinbarkeit von Familie und Beruf bei Frauen ermöglichen können.⁴³ Der Fragebogen gliedert sich dabei in vier Bereiche, welche (1) Informationen über die private Situation (zB Familienstand, Kinderbetreuung, Wünsche zur Kinderbetreuung), (2) Informationen zum Studium (zB Engagement während des Studiums, Berufstätigkeit neben dem Studium), (3) Informationen über den ausgeübten Beruf (zB physische und psychische Belastungen durch den Beruf, Zufriedenheit, Arbeitssituation) sowie (4) Informationen zu genderspezifischen Aspekten (zB Diskriminierungserfahrungen)⁴⁴. Der Fragebogen wurde ausgewählt, um RichterInnen zu ihrer Wahrnehmung von Belastungen, Zufriedenheit und der Arbeitssituation zu befragen, sowie Informationen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu erhalten.

Die Studie wurde vom Frauengesundheitszentrum an den Universitätskliniken Innsbruck, Medizinische Universität Innsbruck, in Kooperation mit dem OLG Innsbruck durchgeführt.⁴⁵ Insgesamt wurde der online-Fragebogen an 279 Personen (RichterInnen, RichteramtsanwärterInnen) ausgesendet. 118

⁴⁰ Tsai/Chan (2010) 139, Zimmermann (2000) 4.

⁴¹ Bieringer (2005) 62-63, Ludewig/Weislebner (2007) 184, Krämer/Preckel/Axchwanden (2009) 1028.

⁴² Für eine detaillierte Darstellung des Fragebogens möchten wir auf Hochleitner (2003) 17-20 verweisen.

⁴³ Hochleitner (2003) 17.

⁴⁴ Hochleitner (2003) 24-169.

⁴⁵ An dieser Stelle möchten wir uns nochmals herzlichst bei Wigbert Zimmermann (Vizepräsident OLG Innsbruck) für die hervorragende Zusammenarbeit bedanken.

Personen haben den Fragebogen beantwortet, womit eine Rücklaufquote von 42,3 % erzielt werden konnte.

Die TeilnehmerInnen der Studie waren durchschnittlich 43,5 Jahre alt (Standardabweichung [sd] betrug 10,4 Jahre). Dabei zeigte sich, dass Frauen eher jünger (39,43 Jahre, sd=9,7) und Männer eher älter waren (49,11 Jahre, sd=8,63). Insgesamt nahmen 59,3 % Frauen und 40,7 % Männern teil. Verglichen mit der Verteilung von 51,2 % Frauen zu 48,8 % Männern im OLG-Sprengel Innsbruck,⁴⁶ zeigte sich damit ein höherer Prozentsatz von Frauen, die an dieser Studie teilnahmen.

Bei den befragten RichterInnen zeigte sich ein weiterer Unterschied in den soziodemographischen Daten: Richterinnen waren weniger häufig verheiratet (44 %) und hatten durchschnittlich weniger Kinder (1,7 Kinder) als Richter (63 % verheiratet, 2,4 Kinder durchschnittlich). Damit zeigte sich, dass der Beruf insbesondere in den letzten Jahren für Frauen zunehmend attraktiver wurde und dadurch immer mehr jüngere Frauen in der Justiz zu finden sind. Bei der Anzahl der Kinder zeigte sich, dass für Frauen in Tirol eine Gesamtfertilitätsrate von 1,40 im Jahr 2011 besteht,⁴⁷ womit die Frauen in der Studie sogar über dem Durchschnitt von Anzahl der Kinder pro Frau liegen.

Bei Fragen in Bezug auf physische und psychische Belastungen durch die Arbeit zeichnete sich folgendes Bild ab: Die teilnehmenden RichterInnen gaben an, „eher“ körperliche und psychische Auswirkungen aufgrund ihres Berufs zu spüren. Die häufigsten genannten Auswirkungen bezogen sich dabei auf körperliche Verspannungen, Rückenschmerzen, ebenso wie Müdigkeit und Antriebslosigkeit, mangelnde Zeit für eine ausgewogene Ernährung, Mangel an Bewegung und Ausgleichssport, sowie Sehprobleme und Schlafstörungen. Ein ähnliches Bild zeichnete sich bei psychischen Belastungen aufgrund des Berufs ab. Anspannung, Müdigkeit, Erschöpfung ebenso wie mangelnder Ausgleich zur Ressourcenerneuerung, Schlafstörungen und allgemein ausgedrückt „Stress“ wurden als häufigste Auswirkungen genannt. Bei den genannten Auswirkungen zeigte sich kein Unterschied zwischen Frauen und Männern. Allerdings gaben die Personen, die Kinder hatten, Belastungen in einem größeren Ausmaß an. Dadurch können Doppelbelastungen durch die Aufgabe der Kinderbetreuung und den Anforderungen in der Arbeit erkannt werden.⁴⁸

⁴⁶ Republik Österreich, Bundesministerium für Justiz (1.10.2012) 18.

⁴⁷ Statistik Austria (28.11.2012) Tab. 2.

⁴⁸ Zu einem ähnlichen Befund gelangen Hammer (2013) 509; Schneider (2013) 505.

Weiters wurde angegeben, dass beinahe zwei Dritteln aller Befragten (72,9 %) zusätzlich nachts oder am Wochenende arbeiteten. Von diesen Personen führten 44 % ihre körperlichen und psychischen Belastungen darauf zurück. Bei der Wochenend-/Nacharbeit waren es zudem eher Frauen und Personen ohne Kinder, die eher Belastung dadurch anführten. Dennoch zeigte sich auch, dass Frauen mit zunehmendem Alter weniger Belastung angaben. Aus diesen Ergebnissen lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Anforderungen der Arbeit sehr hoch sind, weswegen fast zwei Dritteln der RichterInnen die Zeit am Wochenende und/oder in der Nacht dafür nützen (müssen).

Ein positives Bild zeichnete sich in Bezug auf berufliche Ziele in den nächsten 10 Jahren ab. Die StudienteilnehmerInnen gaben an, dass sie ihre Ziele bislang bereits erreicht haben. Ziele, die noch nicht verwirklicht wurden, äußerten sich in Änderungen des Arbeits- oder Stundenausmaßes, Engagement in der Justizverwaltung und ein Streben nach persönlichem Gewinn in einem stärkeren Ausmaß als bisher.

Bei der Frage nach der Zufriedenheit in der Arbeit zeigten sich 66,4 % sehr zufrieden mit der Einbindung in ihrem Gericht, 62,6 % sehr zufrieden mit der gegenseitigen Unterstützung zwischen den KollegInnen, 53,3 % sehr zufrieden mit der Zusammenarbeit mit anderen (wie RichteramtsanwärterInnen, Verwaltungspersonal) und 37,5 % sehr zufrieden mit der Zusammenarbeit mit Vorgesetzten. Die Wünsche an den Dienstgeber äußerten sich in: höheres Gehalt (70,2 % halten das für sehr wichtig oder wichtig), flexible Arbeitszeitmodelle (51,5 % halten es für sehr wichtig oder wichtig), Förderung durch den Arbeitgeber durch beispielsweise Anreizsysteme (für 57,6 % sehr wichtig oder wichtig), Supervision (für 30,7 % sehr wichtig oder wichtig) und Gesundheitsprogramme (25 % halten es für sehr wichtig oder wichtig). 29,7 % der Befragten äußerten, dass der Dienstgeber flexible Arbeitszeitmodelle bereits anbietet. Ebenso gaben 17,8 % an, dass der Dienstgeber bereits in Bezug auf Supervision und 16 %, dass der Dienstgeber dem Angebot von Gesundheitsprogrammen nachkommt.

Bezüglich der Wünsche an den Dienstgeber zeigten sich geschlechtsspezifische Unterschiede. So äußerten Frauen in einem stärkeren Ausmaß, dass flexible Arbeitszeitmodelle, Förderung durch den Arbeitgeber, Supervision und Gesundheitsprogramme wichtig sind, als ihre männlichen Kollegen.

C. Interpretation der Ergebnisse

In den Ergebnissen wird deutlich, dass sich Frauen und Männer hinsichtlich der Belastung aber auch hinsichtlich ihrer Wünsche und Forderungen an den Dienstgeber unterscheiden. Es lässt sich feststellen, dass RichterInnen durch

die Anforderungen der Arbeit die Möglichkeit der freien Einteilung der Arbeitszeit, Stunden am Abend und am Wochenende nutzen, um den Anforderungen der Arbeit gerecht zu werden. Diese zusätzliche Arbeit scheint durch den Beruf und dessen Anforderungen bedingt zu sein. Dabei könnte interpretiert werden – durch die erhöhte Belastung von Personen ohne Kinder –, dass Kinder einen Schutz bieten, und gegen zu langes und zu viel Arbeit in den Nachtstunden und am Wochenende vorbeugend wirken. Diese Vermutung kann allerdings nur als vorläufige Hypothese formuliert werden, da in der Studie nicht das Stundenausmaß der Arbeitszeit abgefragt wurde. Die Logik der Vermutung liegt darin, dass insbesondere kinderlose Personen zu Zeiten, in denen andernfalls Kinderbetreuung und Familienprogramme stattfinden, größere Zeitressourcen zur Verfügung haben und somit in dieser die Anforderungen der Arbeit bewältigt werden können, wodurch sich in weiterer Folge eine erhöhte Belastung erklären ließe. Eine alternative Interpretation wäre, dass die tatsächliche Belastung durch die Freuden, die Kinder in Eltern auslösen, weniger stark als solche wahrgenommen werden.

Das Ergebnis, dass Frauen in höherem Alter weniger Belastung angeben, lässt auf folgendes Bild schließen: Der Beruf des Richters/der Richterin ist trotz numerischer Überlegenheit der Frauen ein männlich dominiertes Berufsfeld,⁴⁹ das sich auch in der höheren Zahl der Männer in Führungspositionen widerspiegelt.⁵⁰ Das legt die Vermutung nahe, dass Frauen am Beginn der Berufsausübung in einem stärkeren Ausmaß ihre Fähigkeiten und Leistungen unter Beweis stellen müssen als Männer. Dieses „unter Beweis stellen“ wird mit zunehmendem Alter weniger bedeutend und damit verringert sich die Belastung über die Berufsjahre hinweg. Somit passen sich Frauen stärker an die beruflichen Anforderungen an, die zunächst eine höhere Belastung darstellt, mit der Zeit aber abnimmt. Damit werden die Auswirkungen auf das Vordringen von Frauen in männerdominierte Bereiche sichtbar, denn trotz zahlenmäßigen Anstiegs einer ehemaligen Minderheitengruppe (in diesem Fall Frauen), ändert sich das Berufsbild und die Wahrnehmung der Leistungsansprüche im Vergleich eher langsam. Es könnte die Hypothese aufgestellt werden, dass die wahrgenommenen Leistungsansprüche in diesem Zusammenhang von männlichen Rollenbildern dominiert wären, an denen sich die Frauen orientieren. Ein höherer Leistungsanspruch an sich selbst und die damit einhergehenden höheren Belastungen, um diesem Genüge zu tun, wären die Folgen davon.

Frauen legen zudem verstärkt den Fokus auf andere Aspekte der Förderung als Männer. So betonen Frauen die Wichtigkeit von Gesundheitsprogrammen,

⁴⁹ Vgl Hammer (2013).

⁵⁰ Siehe dafür auch Bundesministerium für Justiz (2012), 9; Hammer (2013) 508 f; Schneider (2013) 505.

flexiblen Arbeitszeitmodellen und Förderung durch den/die ArbeitgeberIn, während dies für Männer in einem geringeren Ausmaß Wichtigkeit besitzt. Die Unterschiede in den Wünschen, aber auch in der Belastung lässt sich eventuell auch darauf zurückführen, dass Unterschiede in der wahrgenommenen Work-Life Balance vorhanden sind, Ausgleichsmöglichkeiten zur Arbeit divers sind und nicht-bezahlte Tätigkeiten sowie auch Kinderbetreuung einen Einfluss nehmen können. Diese Unterschiede können dazu beitragen, dass derselbe Beruf von Menschen verschieden wahrgenommen wird, aber auch dass beiden Geschlechtern unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um beispielsweise einen Ausgleich neben dem Beruf nachzugehen. Flexible Arbeitszeitmodelle spielen für Frauen aus dem Grund eine größere Rolle, da – in Österreich – nicht-bezahlte Arbeitstätigkeit noch immer ein weiblicher Verantwortungsbereich ist. Flexible Arbeitszeiten haben zumindest den Anschein der Möglichkeit einer verbesserten Work-Life Balance, nichts destotrotz müssen die beruflichen Anforderungen erfüllt werden, weswegen Arbeit an den Wochenenden und in der Nacht notwendig werden. Gesundheitsprogramme sind für Frauen wichtiger, ein Aspekt, der sich in verschiedenen Studien widerspiegelt.⁵¹ Sieverding erklärt die Unterschiede im präventiven Gesundheitsverhalten mit den zugehörigen Geschlechterrollen, dh den Annahmen, welche Verhaltensweisen typischerweise als männlich und weiblich angesehen werden.⁵² Mit diesem Ansatz lässt sich zeigen, dass Gesundheitsverhalten als etwas weibliches angesehen wird, weswegen sich diese weibliche Konnotation in den Ausprägungen in der Priorität von Gesundheitsprogrammen widerspiegeln. Eine weitere Überlegung bezieht mit ein, welche Angebote für Männer existieren, die dann wiederum typisch männlich besetzt sind. Somit kann als Erklärung für die mangelnde Wichtigkeit gegenüber Gesundheitsprogrammen von Seiten der Männer einerseits das geschlechtsspezifische Rollenbild, andererseits aber auch der Mangel an Angeboten für Männer herangezogen werden.

Grundsätzlich lässt sich sagen, dass der Beruf des Richters und der Richterin mit einer hohen Zufriedenheit einhergeht, insbesondere im Hinblick auf die wahrgenommene Einbindung in dem jeweiligen Gericht, Unterstützung durch KollegInnen und die Zusammenarbeit mit anderen wie Verwaltungspersonal. Die RichterInnen im OLG-Sprengel Innsbruck scheinen in diesem Sinn zufriedener zu sein, als die RichterInnen aus den eingangs zitierten empirischen Studien, die Belastungen durch Probleme mit Parteien und KollegInnen anführten.⁵³ Dieses Ergebnis ebenso wie die Angaben zu weiteren Zielen, wel-

⁵¹ Siehe dafür beispielsweise Sieverding (2000) 8-11.

⁵² Sieverding (2000) 12-15.

⁵³ Bieringer (2005) 61, Ludewig/Weislebner (2007) 182-183; Portnoy (2004) 131-132.

che RichterInnen zu einem Großteil bereits verwirklicht sehen und ein Streben nach persönlichem Gewinn im Beruf stärken das Bild der Zufriedenheit. Auch in anderen Studien konnte eine hohe Zufriedenheit bei RichterInnen gefunden werden, beispielsweise im Vergleich zu AnwältInnen.⁵⁴ Mit diesem und dem Ergebnis der bereits erreichten beruflichen und persönlichen Ziele zeigt sich, dass RichterInnen mit ihrer Berufswahl durchaus zufrieden sind und in dieser eine persönliche Erfüllung finden.

Schlussfolgernd lässt sich ableiten, dass es trotz Zufriedenheit und persönlicher Erfüllung notwendig ist, auf geschlechtsspezifische Aspekte in den Anforderungen des Berufs, aber auch in Bezug auf Work-Life Balance zu achten. Daraus abgeleitet ergibt sich, dass die Leistungsansprüche von Frauen an sich selbst an ein Bild geknüpft sind, welches sich in Form von höheren Belastungen zeigt, und verbunden ist mit einem „unter Beweis stellen“ von Leistungen. Es geht nicht nur darum, dass Möglichkeiten für Männer und Frauen bestehen, gleiche Zugangsrechte zu allen Berufsgruppen zu haben, unabhängig vom Geschlecht, sondern vielmehr liegt der Fokus darauf, dass Berufe und Berufsgruppen nicht untrennbar mit einem männlichen/weiblichen Stereotyp besetzt sind, und damit ein Leistungsdruck für die jeweilige Minderheitsgruppe entsteht. Dabei ist es aber ebenfalls wichtig, dass die ArbeitgeberInnen sich auf geschlechtsspezifische Aspekte im beruflichen Kontext einlassen, und Ressourcen für MitarbeiterInnen zur Verfügung stellen, die Belastungen reduzieren und eine bessere Work-Life Balance ermöglichen. Dies zeigt sich auch daran, dass sich die empfundenen Belastungen zu einem Großteil auf die Arbeitsumstände beziehen, wie Mangel an gesunder Ernährung, Mangel an Ausgleich zur Ressourcenerneuerung, Sehprobleme, Verspannungen und Rückenschmerzen. Diesen Aspekten kann durch entsprechende Angebote entgegengewirkt werden.

Eine Darstellung von geplanten Maßnahmen, welche sich auch aus dieser Studie ergeben haben, findet sich im Beitrag von Wigbert Zimmermann in diesem Tagungsband.

Literatur

- Bieringer Isabella (2005) Burnout-Problematik bei Richterinnen und Richtern in Niederösterreich, Masterarbeit: Interuniversitäres Kolleg für Gesundheit und Entwicklung; http://www.inter-uni.net/static/download/publication/mastertheses/T_Bieringer/www.pdf (1.7.2013).

⁵⁴ Tsai/Chun (2010) 136.

- Bolton Sharon C./Muzio Daniel (2007) Can't Live with 'Em; Can't Live without 'Em: Gendered Segmentation in the Legal Profession, *Sociology* 2007, 47-64.
- Bryde Brun-Otto (2000) Juristensoziologie, in Dreier (Hg), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts: Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*.
- Bundesministerium für Justiz (2012) Die Organisation der Rechtsberufe in Österreich, http://www.justiz.gv.at/internet/file/8ab4a8a422985de30122a920178362d7.de.0/rec_hchtsberufe_download_201203.pdf# (1.3.2012).
- Dahrendorf Ralf (1960) Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht, in Dahrendorf (Hg), *Gesellschaft und Freiheit* (1961) 176-196.
- Eells Tracy D./Showalter C. Robert (1994) Work-Related Stress in American Trial Judges, *Bulletin of the American Academy of Psychiatry & the Law* 1994, 71-83.
- Haller Birgitt (2000) RichterInnen in Österreich, *juridikum* 2000, 176-178.
- Haller Birgitt/Dimmel Nikolaus (2000a) Wie man Richter wird – wie man Richter macht, *JRP* 2000, 255-264.
- Hammer Theresa (2013) In Anzug und Krawatte – Geschlechterverhältnisse in der juristischen Praxis, *juridikum* 2013, 506-513.
- Hassels Angela/Hommerich Christoph (1993) Frauen in der Justiz. Eine empirische Analyse der Berufssituation, Karriereverläufe und Karrierechancen von Richterinnen, Staatsanwältinnen und Rechtspflegerinnen, in Bundesministerium für Justiz (Hg), *Rechtstat-sachenforschung* (1993).
- Hochleitner Margarethe (2003) Frau in der Medizin. „Ärztinnenstudie“ 2002 (2003).
- Kaupen Wolfgang (1969) Die Hüter von Recht und Ordnung: Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen. Eine soziologische Analyse.
- Krammer Harald (1994) Aus- und Fortbildung von Richter/innen und Aspekte der Geschlechterdifferenz, in Bundesministerin für Frauenangelegenheiten (Hg), *Frauen und Recht. Eine Dokumentation der Enquête der Bundesministerin für Frauenangelegenheiten und des Bundesministers für Justiz vom 18. und 19. Oktober 1993* (1994), 253-262.
- Krayer Judith/Preckel Daniel/Aschwander Nora L. (2009) Stress und Burnout im Richterberuf, *AJP/PJA* 2009, 1027-1031.
- Lautmann Rüdiger (2011) Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse.
- Ludewig Revital/Weislehner Kathleen (2007) Zwischen Geschlechterstereotype und Wirklichkeit: Richterinnen und Richter im Vergleich, in Revital Ludewig/Kathleen Weislehner/Evelyn Angehrn (Hg), *Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit* (2007), 175-203.
- Peresie Jennifer L. (2005) Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts, in *The Yale Law Journal* 2005, 1759-1790.
- Portnoy Sanford M. (2004) The role of judges in keeping difficult parties contained in court, *American Journal of Family Law* 2004, 131-134.
- Raiser Thomas (2013⁶) Grundlagen der Rechtssoziologie.
- Rehbinder Manfred (2009) Rechtssoziologie.

- Rottleuthner Hubert (1982) Abschied von der Justizforschung? Für eine Rechtssoziologie ‚mit mehr Recht‘, ZFRS 1982, 82-119.
- Republik Österreich/Bundesministerium für Justiz 1.10.2012: Männer- und Frauenanteile im Justizressort. Bundesministerium für Justiz.
- Richter Walther (1960) Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufs- und sozialstatistische Analyse, in Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 5, 1960, 241-259.
- Sagmeister Maria/Wöckinger Andreas (2013) In der Schreckstarre – Habitus-Training im rechtswissenschaftlichen Studium, juridikum 2013, 478-487.
- Scheiber Oliver (2013) Die Suche nach der Lucona. Personalauswahl und Ausbildung in der Justiz, juridikum 2013, 488-495.
- Schneider Gabriele (2013) Richterinnen in Österreich, juridikum 2013, 496-505.
- Sieverding Monika (2000) Risikoverhalten und präventives Verhalten im Geschlechtervergleich: Ein Überblick, Zeitschrift für Medizinische Psychologie 2000, 7-16.
- Statistik Austria (2011) Zeitverwendungserhebung 2008/09, http://www.statistik.at/web_de/statistiken/soziales/zeitverwendung/ (9.2.2014).
- Statistik Austria 28.11.(2012) Demographische Indikatoren. Zeitreihen 1961-2011, Tirol.
- Tsai Feng-Jen/Chan Chang-Chuan (2010) Occupational Stress and burnout among judges and procurators, Archives of Environmental and Occupational Health 2010, 133-142.
- Zimmerman Isaiah M. Winter (2000) Isolation in the Judicial Career, Court Review 2000, 4-6.

Dr.ⁱⁿ Heidi Siller
Frauengesundheitszentrum an den Universitätskliniken Innsbruck
Medizinische Universität Innsbruck
Innrain 66, A-6020 Innsbruck
0512/504-25714
heidi.siller@i-med.ac.at

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
0512/507-8113
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Margarethe Hochleitner
Frauengesundheitszentrum an den Universitätskliniken Innsbruck
Medizinische Universität Innsbruck
Innrain 66, A-6020 Innsbruck
margarethe.hochleitner@i-med.ac.at

Wigbert Zimmermann

Richterinnenstudie im OLG-Sprengel Innsbruck – aus der Sicht der Justiz¹

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Ich bedanke mich sehr herzlich für die Einladung – es ist für mich eine große Ehre, im Rahmen der 6. Tagung „Rechtstatsachenforschung heute“ sprechen zu dürfen.

Ich möchte mich gleich am Beginn nochmals bei Frau Mag.^a Heidi Siller und Frau Univ.-Prof. Dr.ⁱⁿ Margarethe Hochleitner für die durchgeführte Richterinnenstudie bedanken, die nicht nur professionell aufbereitet und ausgewertet, sondern jetzt auch von Frau Mag.^a Siller und Dr.ⁱⁿ Voithofer brilliant vorgetragen wurde. Die Studie hat für die Justiz äußerst wertvolle Informationen zu Tage gebracht.

Bevor ich aber auf die Studie aus der Sicht der Justiz eingehen werde, möchte ich kurz in die jüngere Justizgeschichte, die uns vor allem durch die Etablierung der Frauen im Richteramt so viel Veränderung gebracht hat, zurückblicken.

Am Beginn des 20. Jahrhunderts hatten die Frauen nicht nur kein Wahlrecht – dieses wurde bekanntlich erst im Jahr 1919 eingeführt –, sondern wurde den Frauen die Befähigung zum Staatsdienst schlechthin abgesprochen. Das Justizministerium dachte in der Zeit des Ersten Weltkriegs darüber nach, Frauen für die neu eingeführten Schreibmaschinen einzustellen. Zum rechts- und staatswissenschaftlichen Studium wurden Frauen in Österreich erst auf Grund einer Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Inneres vom 22.4.1919, StGBI 1919/250, zugelassen. Die erste Juristin promovierte 1921 an der Universität Wien.

In Deutschland, wo Frauen im Jahr 1922 zum rechtswissenschaftlichen Studium zugelassen wurden, sprach sich der Deutsche Richterbund 1921 mit 98 % der Stimmen gegen eine richterliche Tätigkeit von Frauen aus, weil „die Unterstellung des Mannes unter den Willen und Urteilsspruch einer Frau der Natur des Mannes und dem besonderen deutschen Mannesgefühl“ widerspreche.

¹ Der Text wurde in der gesprochenen Form belassen und daher auf Fußnoten sowie Literatur verzichtet.

Auf eine Umfrage des Bundesministeriums für Justiz, ob Frauen zum Richterberuf zugelassen werden sollen, antwortete der Präsident des Landesgerichts Feldkirch am 28.4.1930 wie folgt:

„Die verstandsmäßige Fähigkeit der Frauen zum Richterberuf ist ohne weiteres anzuerkennen. Frauen wirken bereits in verschiedenen Ämtern und Vertretungskörpern bis zur höchsten Stelle mit. Sie fungieren auch in richterlicher Tätigkeit als Schöffen und Geschworene, im Gerichtshofsprengel Feldkirch nur als Jugendschöffen für weibliche Angeklagte. Die praktische Eignung der Frauen zum Richterberufe dagegen ist in vielfacher Richtung beschränkt. Strafsachen mit sexuellem Einschlag vor Frauen als Senatsmitglieder oder Einzelrichter zu verhandeln, würde dem sittlichen Empfinden der Beteiligten widerstreben. Streitsachen mit erregten Parteienauseinandersetzungen erfordern das kräftigere Auftreten des Mannes als Richter. Durchaus ungeeignet wären Frauen als Untersuchungsrichter. Sie würden in dem Untersuchungstadium vielfach leugnenden, frechen, verschlagenen und geriebenen Beschuldigten gegenüber vollständig versagen. Am Naheliegendsten wäre für Frauenrichter noch das auferstreitige Verfahren. Allein auch hier glaube ich die Eignung im Allgemeinen verneinen zu müssen [...]. Wenn man schließlich die Frage der Zulassung von Frauen zum Richterberufe vom Gesichtspunkte des Bedarfs aus betrachtet, so kann die Antwort nur ablehnend sein. Viele und sehr gut befähigte und vollkommen geeignete junge männliche Juristen werden seit Jahren vom Richterberufe abgewendet, weil sie in absehbarer Zeit nicht als Richteramtsanwärter übernommen werden. Nun sollen Mädchen angelockt werden. Sicher würden sie aber im Wettbewerbe mit den männlichen jungen Juristen unterliegen. Erweckt man schließlich, dass bei Frauen mehr das Gefühlsmoment, bei dem Manne dagegen das Verstandsmoment auf die Entscheidung bestimmend wirkt und dass für die Rechtspflege letzteres die erste Stelle einzunehmen hat, so kann grundsätzlich zur Frage der Zulassung von Frauen zum Richterberufe nur eine abweisende Stellung eingenommen werden.“

Diese Stellungnahme ist repräsentativ für den Geist der damaligen Zeit.

Am 13.8.1947 wurden in Österreich mit Dr. Gertrud Jaklin (Wien) und Dr. Johanna Kundmann (Linz) die ersten Richterinnen ernannt. Im Sprengel des Oberlandesgerichtes Innsbruck, zu dem die Bundesländer Tirol und Vorarlberg gehören, dauerte es noch eine Weile länger; in Tirol wurde 1973 die erste Richterin ernannt, in Vorarlberg überhaupt erst im Jahr 1982.

Heute ist das Verhältnis von Frauen und Männern sowohl in der Gesamtjustiz (das Kanzleipersonal miteingeschlossen) als auch im Richteramt sehr ausgewogen, sogar mit einem leichten Überhang zugunsten der Frauen. Im richterlichen Nachwuchs haben wir seit Jahren einen beträchtlichen Frauenüberschuss. Während sich die besten Frauen dem richterlichen Auswahlverfahren stellen, ist die Gruppe der Männer, die Interesse am Richterberuf hat, nicht nur markant kleiner, sondern rekrutiert sich diese vornehmlich auch nicht mehr aus den besten Köpfen. Die besten männlichen Studienabgänger haben

sich bis dahin schon anderweitig auf dem Arbeitsmarkt umgesehen. So lautet jedenfalls aktuell unsere Erklärung.

Zum Stichtag 1.6.2013 werden im Sprengel des Oberlandesgerichts Innsbruck 31 RichteramtsanwärterInnen ausgebildet (248 in Österreich), davon sind 25 oder 80,24 % Frauen und 6 oder 19,36 % Männer. Mittelfristiges Ziel ist es, auch im richterlichen Nachwuchs wieder ein einigermaßen ausgewogenes Frauen-/Männerverhältnis zu erreichen. Der Beruf der Richterin/des Richters sollte meines Erachtens gleichermaßen durch beide Geschlechter repräsentiert werden.

Jetzt aber zur Studie selbst, nämlich zu den Ergebnissen und den daraus für uns abzuleitenden Zielsetzungen. Die Themen, die wir der Studie entnommen haben sind:

Arbeitszufriedenheit (I)

Flexibilisierung der Arbeitszeit (II)

Kinderbetreuung (III)

Förderung/Personalentwicklung (IV)

Gesundheitsprogramm (V)

Gehalt (VI)

Ich werde nun im Folgenden diese Themen kurz vertiefen.

Zielsetzung I (Arbeitszufriedenheit):

Die hohe Arbeitszufriedenheit, wie sie die Studie zu Tage gefördert hat, hat uns sehr überrascht. Dass 84 % der Richter/innen keinen Spartenwechsel (zB vom Zivil- in den Strafbereich) wünschen, sich also nicht verändern wollen, zeigt deutlich, dass nicht eine klassische Richterkarriere, vom Bezirksgericht über das Landes- und Oberlandesgericht zum OGH – im Vordergrund steht, sondern dass das Richtersein an sich das berufliche Lebensziel/der berufliche Lebenszweck ist. Die hohe Zufriedenheit mit der richterlichen Tätigkeit an sich ist für uns als Dienstbehörde zwar eine Bestätigung unserer Arbeit und unseres Engagements für die Richterschaft, aber auch Ansporn und Motivation, auf folgende Themen weiterhin besonderes Augenmerk zu legen:

- Qualitätsvolle Aus- und Fortbildung: die Aus- und Fortbildung läuft zwar bereits jetzt auf sehr hohem Niveau, bedarf aber im Hinblick auf die ständigen neuen Herausforderungen der laufenden Anpas-

sung und zusehends auch der Orientierung nach den Vorgaben in der Europäischen Union;

- angemessene Belastung – ein Dauerthema: beispielsweise ist die Belastung an den beiden Gerichtshöfen in Feldkirch und Innsbruck seit Jahren exorbitant hoch, nämlich im Bereich von ca. 120 %, d.h. dass die dort tätigen Richterinnen und Richter seit Jahren de facto eine 6-Tages-Woche haben, also jedenfalls an einem Wochendtag arbeiten;
- moderner Arbeitsplatz: dazu gehört neben einer funktionellen Einrichtung jegliche Unterstützung im IT-Bereich; der Zugriff auf online-Datenbanken muss nicht nur erweitert, sondern vor allem auch bedienerfreundlicher werden (iS einfacherer Suchmethoden), auch das Angebot in den online-Bibliotheken muss größer werden;
- kollegiales Umfeld: ein gutes Arbeitsklima wird vornehmlich durch Wertschätzung und Hilfsbereitschaft in der Kollegenschaft geprägt;
- Blick nach Europa: im Rahmen des europäischen justiziellen Netzwerks gibt es bereits jetzt eine Reihe von Aktivitäten wie zB zuletzt in Wien eine europäische Tagung über das internationale Zivilverfahrensrecht mit insgesamt 25 Mitgliedsstaaten oder die Möglichkeit eines einjährigen Praktikums für die Richterschaft beim Europäischen Menschenrechtshof in Straßburg, wovon aktuell eine Richterin des Landesgerichts Feldkirch Gebrauch macht.

Zielsetzung II (Flexibilisierung):

Die Richterinnen und Richter haben zwar durch ihre verfassungsrechtliche Sonderstellung keine fixe Dienstzeit – aus der Sicht der Finanzministerin im Übrigen ein großer Gewinn, weil keine Überstunden bezahlt werden müssen –, doch sitzen sie ansonsten weitgehend im Boot der öffentlichen Bediensteten. Umso verwunderlicher ist, dass das Dienstrecht der RichterInnen außerhalb der Betreuung von Kindern keine Möglichkeit einer flexiblen Arbeitszeit vorsieht, während § 50a BDG dem Beamten/der Beamtin die Möglichkeit einräumt, die regelmäßige Wochendienstzeit aus beliebigem Anlass herabzusetzen. Die Möglichkeit der Teilauslastung würde zB nicht nur eine Rückkehr nach Krankheit oder längerer Abwesenheit erleichtern, sondern wäre eine solche Regelung auch aus familiären Gründen (zB krankheitsbedingte Begleitung für einen nahen Angehörigen über einen längeren Zeitraum) oder aus Gründen einer geänderten Lebensplanung (Bildungskarenz, Sabbatical) gerechtfertigt. Auch eine eingeschränkte Belastbarkeit, insbesondere im Falle einer durch Bescheid ausgewiesenen, die Belastbarkeit beeinträchtigenden (Teil-)

Behinderung lässt den Ruf nach einer Teilauslastung laut werden, weil aktuell eine durch eine Behinderung eingeschränkte Belastbarkeit von der Kollegenschaft mitgetragen werden muss. Ein Bedarf nach einer Teilauslastung wird schließlich am Ende der richterlichen Laufbahn gesehen, um einen stufenweisen Übergang in die Pension zu ermöglichen (Altersteilzeit).

Zielsetzung III (Kinderbetreuung):

Die Kinderbetreuung im eigenen Haus ist ein Thema, das mich schon lange beschäftigt und das durch die vorliegende Studie neuen Schwung erfahren hat. Aktuell ist daraus ein von mir betreutes Projekt entstanden, das sich mit der Frage auseinandersetzt, ob und unter welchen Voraussetzungen das Oberlandesgericht Innsbruck eine eigene Kinderbetreuung, also eine Betreuung von Kindern im eigenen Haus anbieten kann. Zielgruppe sind junge Richterinnen und Richter, aber auch Kanzleibedienstete, denen nach Mutter- oder Väterkarriere die Möglichkeit geboten werden soll, ihre Kinder in einer im eigenen Haus eingerichteten Kinderbetreuungsstätte unterzubringen.

Damit könnte nicht nur das Ziel erreicht werden, Väter und Mütter zu einem früheren Zeitpunkt auf den Arbeitsplatz zurückzugewinnen, sondern könnten ihnen damit eine Kinderbetreuungsmöglichkeit im eigenen Haus, und damit in unmittelbarer Nähe zum Arbeitsplatz, angeboten werden. Dies wäre nach meinem Dafürhalten eine echte Win-Win-Situation.

Zielsetzung IV (Förderung durch den Dienstgeber):

Auch in diesem Punkt haben wir durch die Studie insoweit eine Bestätigung erhalten, als sie uns aufgezeigt hat, dass wir am richtigen Weg sind. Ich darf vorausschicken, dass im Bereich der Besoldung von Richter/innen keine leistungsbezogene Bezahlung erfolgt, sondern eine fixe Gehaltszahlung. Der überaus engagierte und leistungsfähige Richter erhält also – auf den Punkt gebracht – genauso viel wie derjenige, der Verfahren nicht ausreichend zügig und effizient bearbeitet und bei der Urteilsausfertigung säumig ist.

Motivation und Förderung durch den Arbeitgeber können aber neben der Fortbildung auf vielfältige Weise erfolgen:

Im Mittelpunkt steht jedenfalls eine Verstärkung der Kommunikation, sei es in Form von Spartenbesprechungen (zB Round Table der Familienrichter/innen), sei es in Form von Austauschgesprächen zwischen Erst- und Rechtsmittelrichtern, sei es im Rahmen von Dienstbesprechungen durch den Dienststellenleiter. Wesentlich erscheint mir auch, dass wichtige Informatio-

nen unmittelbar übermittelt werden, vor allem durch das hausinterne Intranetsystem. Für den richterlichen Nachwuchs wurden bereits in der Vergangenheit verschiedene Mentoring-Projekte durchgeführt, allerdings sind diese letztlich an einer Institutionalisierung gescheitert. In den vergangenen Jahren wurde auch bereits vereinzelt Coaching angeboten, insbesondere bei ErstrichterInnen, die gewisse Startschwierigkeiten hatten. Bewährt hat sich dieses Instrument aber auch bei älteren Richter/innen, die mit dem Zeitmanagement und einer effektiven Arbeitsweise Schwierigkeiten haben. Supervision wird im Sprengel des Oberlandesgerichtes Innsbruck seit mehr als 10 Jahren angeboten, es gibt mehrere Supervisionsgruppen. Erklärtes Ziel ist es aber, die Supervision nicht mehr im Rahmen der Fortbildung anzubieten, sondern zu institutionalisieren. Zusammenfassend ist zu sagen, dass regelmäßiges Coaching und Supervision jedenfalls mangelhafte Arbeitsabläufe und nachteilige Arbeitshaltungen aufdecken und nachweislich zu einer Effizienzsteigerung und einer Verbesserung der Arbeitszufriedenheit führen.

Als besonderes Angebot für die Richterinnen und Richter – aber auch für alle anderen Bediensteten in der Gerichtsbarkeit – möchte ich noch die Beratungsstelle für berufsethische Fragen am Bezirksgericht Hall in Tirol benennen: Es handelt sich dabei um eine Einrichtung, an die sich jede Richterin und jeder Richter – wenn gewünscht auch anonym – wenden kann, um bestimmte Fragen beantwortet zu bekommen; der Aufgabenbereich dieser Beratungsstelle ist weit gefasst, er reicht von Mobbingvorwürfen über Alkoholprobleme und sonstige Schwierigkeiten am Arbeitsplatz bis hin zB zur Frage, ob eine bestimmte Einladung angenommen werden darf oder nicht (zB Essenseinladungen durch eine Lokalzeitung).

Zielsetzung V (Gesundheitsprogramm):

Dass dieses Thema im Rahmen der Studie hinterfragt worden ist, freut mich ganz besonders. Dass nur rund 25 % dieses Thema für wichtig bzw. besonders wichtig halten, ist für die Dienstbehörde ernüchternd, aber gleichzeitig Ansporn, sich diesem Thema verstärkt zu widmen und die Richterinnen und Richter immer wieder mit Nachdruck auf dieses Thema aufmerksam zu machen und zu sensibilisieren.

Das aktuelle Angebot im Innsbrucker Justizgebäude umfasst:

Fit2work für eine gesunde Arbeitswelt, Erste-Hilfe-Auffrischungskurse, Richtig sehen am Arbeitsplatz, Burn-out-Prävention, FSME-Impfaktion, Fit in den Tag – abwechslungsreiches Übungsprogramm, Rückenschule.

Mittlerweile wurde am Oberlandesgericht Innsbruck ein betriebliches Gesundheitsmanagement eingerichtet. Es orientiert sich ua auch an Angeboten in privatwirtschaftlich geführten Betrieben.

Zielsetzung VI (Gehalt):

Es ist angesichts der hohen Arbeitsbelastung an den Gerichten, insbesondere an den beiden Landesgerichten in Feldkirch und Innsbruck mit 50 Wochenstunden und mehr, kein Wunder, dass sich Richterinnen und Richter unterbezahlt fühlen. Dieser Umstand schlägt sich auch in mangelnder Arbeitszufriedenheit nieder. Dazu kommt, dass die Richterschaft in so manchem Nachbarland (zB Italien, Schweiz, Spanien) wesentlich besser verdient. Der Einstiegsgehalt einer Richterin/eines Richters in Österreich beträgt aktuell brutto € 3.536,20.

Wir haben das Thema der Einstiegsgehälter im Rahmen einer zuletzt stattgefundenen Changemanagementveranstaltung diskutiert; da insgesamt für den öffentlichen Dienst kein überschüssiges Geld vorhanden ist, kann die Diskussion nur in die Richtung gehen, dass höhere Einstiegsgehälter mit einer entsprechenden Abflachung der Gehaltskurve einhergehen, weil die Lebensverdienstsumme gewissermaßen vorgegeben ist. Darüber hinaus muss aber auch die Diskussion auf europäischer Ebene in Gang gebracht werden, weil es durchaus Sinn macht, die Gehaltsstrukturen in den anderen EU-Mitgliedsstaaten anzusehen und auch hier eine gewisse Harmonisierung anzustreben.

Damit bin ich am Ende, ich bedanke mich nochmals dafür, dass Sie mich eingeladen haben und danke Ihnen allen fürs Zuhören.

Dr. Wigbert Zimmermann
Oberlandesgericht Innsbruck
Maximilianstraße 4, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/59 30
wigbert.zimmermann@justiz.gv.at

Christina Talasz

Arzneimittelrecht im Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und Spanien

„Man kann nur von Glück sagen, dass die Jurisprudenz sich mit dem Gebiet der Arzneimittelhaftung noch nicht so sehr befasst hat, weil der Patient ja einen Eingriff mit dem Messer offenbar als lebensgefährlicher ansieht als ein Arzneimittel.“

(Karl-Heinz Kimbel)¹

A. Einleitung

Schwerwiegende Arzneimittelunfälle und Zwischenfälle, wie der bereits länger zurückliegende CONTERGAN-Skandal oder jüngere Vorfälle im Zusammenhang mit den Medikamenten VIOXX und AGREAL², und die Tatsache, dass laut entsprechenden Studien zwischen 5 % und 22 % aller Einlieferungen ins Krankenhaus auf unerwünschte Arzneimittereignisse (Nebenwirkungen, Fehlanwendungen etc) zurückzuführen sind³, zeigen, dass Medikamente ein sehr hohes Gefahrenpotential aufweisen. Der Arzneimittelbereich spielt haftungsrechtlich insbesondere auch deshalb eine bedeutende Rolle, weil Arzneimittel in absolute Rechtsgüter, wie das Leben und die Gesundheit, eingreifen.⁴

Angesichts der zahlreichen Medikamentenschadensfälle, von denen immer wieder in den Medien und in ärztlichen Fachzeitschriften die Rede ist, und auch in Anbetracht des generellen Anstieges der Klagefreudigkeit von Patien-

¹ Erklärung des ehemaligen Geschäftsführers der Arzneimittelkommission der deutschen Ärzteschaft Karl-Heinz Kimbel im Rahmen des 11. Symposiums für Juristen und Ärzte der Kaiserin-Friedrich-Stiftung 1988. Zitiert in Bergmann Die Haftung des Arztes als Anwender von Arzneimitteln und Medizinprodukten für Behandlungsfehler, in Ratajczak/Schwarz-Schilling (Hg) Arzneimittel und Medizinprodukte (1997) 108.

² Auch die Medikamente L-TRYPTOPHAN, ALTIMOL, BENOXAPROFEN und AMALGAM verursachen erhebliche Schäden. S dazu im Detail zB Thiele Zwischenfälle mit Arzneimitteln und Medizinprodukten in der Bundesrepublik – eine Bilanz, in Ratajczak/Schwarz-Schilling (Hg) Arzneimittel und Medizinprodukte (1997) 19.

³ Wille/Schönhofer Arzneimittelsicherheit und Nachkontrolle, Der Internist 2002/43/4, 478 f; Hug et al Adverse Drug Event Rates in Six Community Hospitals and the Potential Impact of Computerized Physician Order Entry for Prevention, J Gen Intern Med 2010/25, 31; Schnurrer/Fröhlich Zur Häufigkeit und Vermeidbarkeit von tödlichen unerwünschten Arzneimitteln, Der Internist 2003/44/7, 889.

⁴ Kozioł/Wesel Bürgerlicher Recht II¹³ (2007) 378.

ten, überrascht die äußerst geringe Zahl der Gerichtsurteile im Zusammenhang mit Arzneimittelschäden.⁵

In Österreich findet sich zur Haftung des Pharmaunternehmers für Arzneimittelschäden keine einzige Höchstgerichtsentscheidung. Urteile zur Verschuldenshaftung von Ärzten im Zusammenhang mit Arzneimittelschäden sind selten. Auch in Deutschland und Spanien ergingen nur wenige Entscheidungen. Dies mag zum einen daran liegen, dass der Patient – wie eingangs zitiert wurde – die Arzneimitteltherapie als weniger gefährlich einstuft als den chirurgischen Eingriff. Auch wird es einem Patienten nicht leicht fallen, gegen den Arzt, der häufig vonseiten eines Krankenhausträgers und einer Ärztekammer unterstützt wird, oder gegen einen Pharmakonzern, dessen Rechtsabteilung auf die Abwehr von Arzneimittelschadensfällen spezialisiert ist, vorzugehen. Im Hinblick auf die geänderte Einstellung der Gesellschaft zur Position des Arztes und der generellen Zunahme der Klagefreudigkeit im Medizinrecht⁶, kann dieses Ungleichgewicht zwischen den Parteien die überraschenden Zahlen jedoch nicht endgültig erklären. Auch wenn diesbezüglich keine Daten auffindbar sind, wäre es denkbar, dass durchaus mehrere Klagen erhoben werden, zahlreiche Fälle aber durch einen Vergleich zwischen den Parteien beendet werden. Die Tatsache, dass das Auftreten von über der Hälfte aller Arzneimittelschäden auf die fehlerhafte Anwendung durch den Patienten selbst zurückgeführt werden kann, ist eine weitere Erklärung für die vergleichsmäßig geringe Anzahl der gerichtlichen Entscheidungen zu Arzneimittelhaftungsfällen.⁷ Der eigentliche Grund für die geringe Anzahl an Entscheidungen liegt aber wohl daran, dass der Kausalitätsbeweis im Arzneimittelschadensfall meist nur sehr schwer zu erbringen ist und viele Klagen daran scheitern.⁸

⁵ ZB *Koyuncu* Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient (2004) 87; *Deutsch/Spickhoff* Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktgerecht und Transfusionsrecht (2008) 842.

⁶ Zum Anstieg von Arzthaftungsfällen s. *Talasz* Die zivilrechtliche Haftung für Arzneimittelschäden. Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und Spanien (2013) 125 ff; *Bergmann*, Die Arzthaftung. Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen³ (2009) 1 f; *Concepción Rodríguez* Derecho de Daños³ (2009) 81 f.

⁷ ZB *Stegers* Zur Haftung des Arztes für mangelhafte Information des Patienten bei der Anwendung von Arzneimitteln und Medizinprodukten, in *Ratajczak/Schwarz-Schilling* (Hg) Arzneimittel und Medizinprodukte (1997) 139.

⁸ S dazu 8.

B. Das Haftungsdreieck

Im Arzneimittelhaftungsfall stehen sich der Pharmaunternehmer, der Arzt und der Patient gegenüber und bilden ein „Haftungsdreieck“⁹.

1. Die Haftung des Pharmaherstellers

Der Pharmahersteller haftet verschuldensunabhängig für die Schäden, die durch die Fehlerhaftigkeit des hergestellten Medikaments verursacht wurden. Das österreichische Produkthaftungsgesetz (PHG) 1988 bildet die Rechtsgrundlage für Arzneimittelschäden in Österreich. Das PHG entspricht im Wesentlichen der Produkthaftungsrichtlinie (PH-RL) des Jahres 1985.¹⁰ Ausgangspunkte für die Entwicklung einer gemeinschaftsrechtlichen Norm über die Produkthaftung waren die beachtenswerten Reformen in den USA zur *product liability* und der Großschadensfall des Medikamentes CONTERGAN in den 1960er-Jahren.¹¹ Die Produkthaftungsrichtlinie strebt – wie nach der neueren Rechtsprechung des EuGH mittlerweile eindeutig feststeht¹² – eine Vollharmonisierung an, weshalb die Bestimmungen zur Produkthaftung in den Mitgliedstaaten im Großen und Ganzen ident sind. In Spanien wurde die Richtlinie im dritten Buch des *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, umgesetzt, und ist dies die Rechtsgrundlage für Arzneimittelhaftungsfälle zwischen Pharmaunternehmer und Patienten.¹³ In Deutschland ist das deutsche Arzneimittelgesetz (dAMG) die primäre Rechtsgrundlage im Arzneimittelschadensfall zwischen dem Arzneimittelhersteller und dem Patienten, wenn der Schaden durch ein zum Gebrauch bei Menschen bestimmtes Arzneimittel verursacht wurde, das an den Verbraucher abgegeben wurde und der Pflicht zur Zulassung unterliegt (§ 84

⁹ Koyuncu (2004) 1. Neben dem Pharmaunternehmer, dem Arzt und dem Patienten tritt im Arzneimittelschadensfall noch eine Reihe an weiteren natürlichen und juristischen Personen in Erscheinung. Darunter fallen in erster Linie der Krankenhausträger, das Pflegepersonal, der Apotheker, die Krankenkassen und die Zulassungsbehörde. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird auf die Rolle der Nebenbeteiligten im Arzneimittelschadensfall nicht eingegangen.

¹⁰ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl L 1985/210.

¹¹ S dazu Parra Lucán Responsabilidad civil por productos defectuosos, in Reglero Campos (Hg) Tratado de Responsabilidad Civil II (2008) 557 (560); Talasz (2013) 21 ff.

¹² EuGH 25.4.2002, C-183/00, *Sanchez - Medicina Asturiana SA*, wbl 2002/214 = ZER 2002/141 = ecolex 2002, 946; EuGH 25.4.2002, C-52/00, *Kommission – Frankreich*, wbl 2002/212 = ZER 2002/139 = ecolex 2002, 946; EuGH 14.3.2006, C-177/04, *Kommission – Frankreich*.

¹³ S dazu im Detail Talasz (2013) 107 ff.

Abs 1 dAMG). Für alle anderen Arzneimittel kommt im Schadensfall das deutsche Produkthaftungsgesetz zur Anwendung.¹⁴

Für die Beurteilung, ob ein Produkt fehlerhaft ist, spielen gemäß Art 6 PH-RL insbesondere die berechtigten Sicherheitserwartungen, der billige Gebrauch des Produktes und die Einhaltung von Instruktions- und Aufklärungspflichten eine wesentliche Rolle.¹⁵ Ein Medikament ist fehlerhaft, wenn es unwirksam ist, also nicht die gewünschte therapeutische Wirkung hervorruft – sei es wegen eines Fehlers in der Konstruktion oder wegen eines Ausreißers in der Produktion –, oder wenn es nicht richtig dargeboten wurde.¹⁶

2. Die Haftung des Arztes

Zwischen dem Arzt bzw. dem Krankenhausträger und dem Patienten besteht idR ein Behandlungsvertrag.¹⁷ Der Arzt haftet verschuldensabhängig für Arzneimittelschäden, wenn ein solcher Schaden durch einen Behandlungsfehler¹⁸ verursacht wurde, oder wenn der Arzt seine Aufklärungspflichten¹⁹ gegenüber dem Patienten verletzt hat.

3. Das Mitverschulden des Patienten

Die Arzneimitteltherapie unterscheidet sich von anderen ärztlichen Behandlungen, wie zB chirurgischen Eingriffen, weil der Patient besonders ausgeprägte Mitwirkungspflichten hat und die Therapiedurchführung zT gänzlich ihm überlassen ist. Der Arzt und der Hersteller des Medikamentes haben während der Therapie meist nur geringe Einflussmöglichkeiten auf den Patienten.²⁰ Ein besonderer Stellenwert wird daher der ärztlichen Aufklärung

¹⁴ Vgl *Vöit/Moelle* § 13 Arzneimittelhaftung, in Dieners/Reese (Hg) Handbuch des Pharmarechts (2010) 801 f.

¹⁵ Generell muss bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit eine Gesamtschau des Produktes vorgenommen werden und spielen speziell bei Arzneimitteln auch beispielsweise der Preis und die Risiko-Nutzen-Abwägung eine Rolle. S dazu zB *Sack* Probleme des Produkthaftungsgesetzes unter Berücksichtigung der Produkthaftungs-Richtlinie der EG (1. Teil), JBl 1989, 625 f; *Welser/Rabl* Produkthaftungsgesetz² (2003) § 5 PHG Rz 1; *Ramos González* Responsabilidad civil por medicamento – Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones (2004) 186 ff. Vgl zur Fehlerhaftigkeit des Produktes zB *Steurer* Produkthaftung in der Medizin – Die Haftungssysteme für Arzneimittel- und Medizinproduktenschäden – Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz (2001) 118 f; *Gründhammer* Das PHG unter besonderer Berücksichtigung des Produktaufschlusses im Sinne des § 5 PHG (2005) 96.

¹⁶ *Talasz* (2013) 46 ff; 55 f; 60 ff.

¹⁷ *Nigl* Arzthaftung (2011) 15; OGH 25. 5. 2000, 1 Ob 34/99z in NZ 2001, 205. S dazu auch *Gschnitzer* Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, in *Barta/Kohlegger/Stadlmayer* (Hg) Franz Gschnitzer Lesebuch (1993) 587.

¹⁸ *Koyuncu* (2004) 98 ff.

¹⁹ S dazu zB *Wolf* Arzthaftung – Aufklärungspflicht (1992) 38 ff.

²⁰ *Koyuncu* (2004) 3, 12.

(insbesondere der therapeutischen Aufklärung) sowie der Kontrolle und der Nachsorge eingeräumt. Da der Pharmaunternehmer in keiner direkten Verbindung zum Patienten steht, ist die Gebrauchsanweisung eine wichtige Informationsquelle über das Medikament, weshalb die Anforderungen an die Ausgestaltung der Gebrauchsinformation besonders hoch angesetzt sind und zwar laiengerecht, aber umfassend aufgeklärt, informiert und gewarnt werden sollte. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass die in der Praxis häufig anzutreffenden übertriebenen und extrem detaillierten Warnungen in der Medikamentenpackungsbeilage nicht nur patientenunfreundlich sind, sondern auch nie zu einem Haftungsausschluss für alle Fälle führen können. „Haftungsfreizeichnungen“ in diesem Sinne widersprechen dem Zweck der Gefährdungshaftung.²¹

Neben der Aufklärungs- und Darbietungspflicht ist aufgrund der besonderen Ausgestaltung der Arzneimitteltherapie die Patienten-*Compliance* unerlässlich.²² Von einem mündigen Patienten darf erwartet werden, dass er aktiv an der Behandlung mitwirkt, indem er sich an die ärztlichen Anweisungen hält, bei Unklarheiten ärztlichen Rat aufsucht, sich mit den von ihm eingenommenen Arzneimitteln zumindest ansatzweise auseinandersetzt und die Packungsbeilage von Medikamenten liest – dies unter der Voraussetzung, dass die Gebrauchsanweisung laiengerecht und verständlich formuliert ist. Je nachdem, ob das Medikament rezeptpflichtig ist oder nicht und je nachdem, ob das Medikament akut und in einer Notsituation eingenommen werden muss (zB Asthma-Spray) oder nur auf Wunsch des Patienten eingenommen wird (zB Antikonzeptiva), variieren dabei die Anforderungen an das eigenverantwortliche Verhalten des Patienten hinsichtlich des Studiums der Gebrauchsinformationen.

C. Ausgewählte Entscheidungen zu den Grundproblematiken im Arzneimittelschadensfall

1. Der Fall AGREAL und die Verletzung der Darbietungspflicht

Das vom Pharmahersteller *Sanofi Aventis S.A.* hergestellte Medikament AGREAL wurde in den Jahren 1983 bis 2005 zur Behandlung von Symptomen des Klimakteriums eingesetzt. Wie sich herausstellte, löste das Medika-

²¹ Steurer (2001) 136 f.

²² Zur Patienten-*Compliance* s zB Reiböck/Plank *Compliance; Prävalenz; Inzidenz – Glossar – Gesundheitsökonomie*, RdM-ÖG 2006/12.

ment schwerwiegende, teils irreversible neurologische und psychische Störungen bei den Anwenderinnen aus. Allein in Spanien sind zumindest 600 Frauen betroffen.²³

In der Entscheidung TS 4005/2011 vom 17. Juni 2011 verurteilte das spanische Tribunal Supremo den Pharmaunternehmer *Sanofi Aventis S.A.* erstmals wegen unzureichender Darbietung des Medikamentes AGREAL. Zwei weitere Urteile folgten Mitte 2012.²⁴

Hintergrund der Entscheidung war das Realdekret 1345/2007²⁵, welches die Gebrauchsanweisung als die schriftliche Information, die einem Medikament beigelegt ist und der Information der Konsumenten und der Benutzer dient, definiert. Konkret müssen die Beschriftung an der Packung und die Gebrauchsanweisung die eindeutige Identifizierung des Medikamentes gewährleisten und dem Patienten alle notwendigen Informationen über den korrekten Gebrauch und die möglichen Nebenwirkungen vermitteln.

Die Packungsbeilage des Medikamentes AGREAL enthielt laut Tribunal Supremo unzureichende Informationen über bereits statistisch und wissenschaftlich erfasste und bekannte Nebenwirkungen. Außerdem wurde über Indikationen, Kontraindikationen, Vorsichtsmaßnahmen und vor allem über die Dauer der Behandlung irregeführt.

Die an die Darbietung bei Arzneimitteln gestellten hohen Anforderungen sind mE insbesondere in Anbetracht der Tatsache begründet, dass aus der äußeren Gestalt eines Medikamentes unmöglich auf die Zweckbestimmung und Anwendungsmodalitäten geschlossen werden kann und die Information in der Packungsbeilage daher essentiell zur Identifikation ist. Auch angesichts des hohen Maßes an Eigenverantwortung des Patienten bei der Arzneimitteltherapie sind die Anforderungen berechtigt. Der Patient soll sich durch das Studium der Packungsbeilage ein möglichst umfangreiches und umfassendes Bild von den Wirkungen und Gebrauchsmodalitäten machen können.

²³ Zum Fall AGREAL s auch *Talasz* (2013) 118 ff; *Barreda* El caso Agreal, entre la evidencia científica y la verdad judicial, ADS 2011/187, 791 (792); *Alfonso Galán* Presentación del libro „El Caso Agreal (Veraliprida): responsabilidad por daños por medicamentos, ADS 2011/187, 794; *Barreda*, La retirada comunitaria de „Agreal“: influencia de España, ADS 2007/143, 865.

²⁴ STS 6.6.2012, 3968/2012; STS 28.5.2012, 3662/2012; STS 17.6.2011, 4005/2011.

²⁵ Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. BOE de 7 de noviembre 2007.

2. Der Fall CYCLOSA und die Aufklärungspflicht des Arztes

Der deutsche BGH hatte zur ärztlichen Aufklärungspflicht in Verbindung mit Medikamentenpackungsbeilagen über folgenden Fall zu entscheiden. Eine Gynäkologin verschrieb ihrer Patientin zur Regulierung von Menstruationsbeschwerden das Antikonzeptionsmittel CYCLOSA. Trotz Kenntnis darüber, dass die Patientin Raucherin war, informierte die Ärztin nicht über das erhöhte Risiko eines Schlaganfalls oder Herzinfarktes bei Raucherinnen, die CYCLOSA einnehmen. In der Packungsbeilage wurde explizit davor gewarnt, während der Einnahme des Medikamentes zu rauchen. Nachdem es einige Monate später tatsächlich zu einem Infarkt gekommen war, er hob die Patientin Klage und bekam vom BGH Schadenersatz zugesprochen.

Dass ein Hinweis auf die Packungsbeilage eines Medikamentes ein Arzt-Patienten-Gespräch nicht ersetzen kann, ist allgemein anerkannt.²⁶ Im Urteil zum Medikament CYCLOSA führte der BGH erläuternd aus, dass ein Arzt bei besonders schwerwiegenden Arzneimittelnebenwirkungen den Patienten zusätzlich zu den Warnungen im Beipackzettel „eindringlich“ aufzuklären hat und ihm die konkreten Gefahren erläutern müsse. Der banale Hinweis, „Pille und Rauchen vertragen sich nicht“, genüge nicht. Vielmehr müsse der Arzt nachdrücklich auf die tatsächlichen Gefahren hinweisen.²⁷

Der österreichische OGH entschied, dass die Aufklärungspflicht bei Medikamenten gleich weit gehe wie bei der operativen Medizin.²⁸ Ob der Umfang der Aufklärungspflicht pauschal übernommen werden kann, ist jedoch fraglich, schließlich ist der Patient während der Arzneimitteltherapie im Unterschied zur operativen Medizin oft auf sich allein gestellt und nicht in der Lage, die Situation folgerichtig einzuschätzen. Eine Aufklärung muss so weit gehen, dass der Patient eventuell auftretende Nebenwirkungen selbst erkennen kann und weiß, wie er darauf reagieren soll. Die Aufklärung, speziell die therapeutische Aufklärung, geht daher mE unter Umständen weiter, als jene im Rahmen der operativen Medizin.

Andererseits stellt sich speziell bei Antikonzervativa, welche zur Empfängnisverhütung häufig auf Wunsch der Patientin eingenommen werden, die Frage,

²⁶ S dazu zB *Philip* Einwilligung und Aufklärung bei der medizinischen Behandlung aus zivilrechtlicher Sicht (1997) 155.

²⁷ BGH 15.3.2005, VI ZR 289/03 BGHZ 162, 320 = NJW 2005, 1716 = MDR 2005, 989 = VersR 2005, 834 = NJ 2005, 272 = JR 2006, 67 (Antibabypille). S auch *Biermann* Aufklärung des Patienten, in Berg/Ulsenheimer (Hg) Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation (2006) 216.

²⁸ OGH 12.9.1990, 1 Ob 651/90 JBl 1991, 455 = SZ 63/152; OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90 JBl 1991, 316 = KRES 9/17; OGH 16.12.2008, 1 Ob 84/08x RdM-LS 2009/21, 132 = iFamZ 2009/117, 161.

ob man von ihr ein höheres Maß an Eigenverantwortung erwarten darf. Der aus der Rechtsprechung zu Schönheitsoperationen abgeleitete Grundsatz, wonach die Aufklärung bei weniger dringlichen Eingriffen umso höher sei²⁹, kann mE hier nicht analog angewendet werden, da der Patient bei der Arzneimitteltherapie über die Packungsbeilage mit detaillierten Informationen über mögliche Risiken und Nebenwirkungen verfügt. Zwar hat der Arzt auch im Rahmen der Arzneimitteltherapie auf die wesentlichen Risiken hinzuweisen (dazu fallen zB bei Antikonzeptiva das erhöhte Schlaganfallrisiko bei Rauherinnen oder das hohe Thromboserisiko), doch darf er davon ausgehen, dass sich die Patientin mit den Details der Packungsbeilage des von ihr gewünschten Medikaments auseinandersetzt.

3. Der Fall VIOXX und die Kausalitätsproblematik

Beim Medikament VIOXX handelte es sich um ein Schmerzmittel, das 1999 vom Pharmaunternehmer *Merk & Co.* auf den Markt gebracht, in 80 Ländern weltweit verkauft und von Millionen von Menschen eingenommen wurde. VIOXX wurde als „Superaspirin“ beworben. Bereits im Jahr 2000 gab es erste unabhängige Studien, in denen Herzkreislaufprobleme im Zusammenhang mit der Einnahme von VIOXX festgestellt wurden. Erst am 30. September 2004 nahm der Pharmaunternehmer das Medikament auf Eigeninitiative mit der Begründung vom amerikanischen Markt, dass Studien den direkten Zusammenhang zwischen der Einnahme von VIOXX und Herzkreislaufproblemen beweisen würden. In Folge wurden allein in den USA über 600.000 Klagen gegen den Pharmaunternehmer erhoben. Alle Klagen stützen sich darauf, dass *Merk & Co.* im Vorhinein von den Schäden gewusst haben solle und darauf, dass die Darbietung des Medikaments unzureichend gewesen sei, da in den Packungsbeilagen nicht ausreichend vor den Gefahren gewarnt worden war.³⁰ Die meisten Klagen im Zusammenhang mit VIOXX scheiterten am Kausalitätsbeweis.

Generell zeigt sich, dass die überwiegende Anzahl an Klagen gegen Pharmaunternehmer am Nachweis des Kausalzusammenhangs scheitert, zumal oft

²⁹ ZB OGH 15.3.2001, 6 Ob 258/00k RdM 2001/29, 188 = ZVR 2002/32, 135 = KRSIg 2002/1796; OGH 10.7.1997, 2 Ob 197/97b RdM 1998/18 = KRSIg 1999/1693; OGH 12.4.1994, 5 Ob 1524/94; OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91 ÖJZ NRsp 1991/249 = JBI 1992, 520 = ÖJZ EvBl 1993/3; OGH 12.9.1990, 1 Ob 651/90 JBI 1991, 455 = SZ 63/152; OGH 12.7.1990, 7 Ob 593/90 JBI 1991, 316 = KRES 9/17. Vgl. dazu auch *Holzer/Posch/Schick* Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992) 32; *Reischauer* § 1299 ABGB, in Rummel (Hg) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2003) Rz 26d.

³⁰ Zum Hintergrund des Arzneimittelschadensfalles VIOXX s zB *Amarilla Gundin* Vioxx y Celebrex: La caida de los dioses, ADS 2005/113, 95.

nicht eindeutig festgestellt werden kann, ob das Medikament den Schaden tatsächlich verursacht hat oder es bereits beim Inverkehrbringen fehlerhaft war, oder aber, ob der Schaden auf eine besonders ausgeprägte Anfälligkeit des Patienten oder auf den fehlerhaften Gebrauch durch den Anwender zurückzuführen ist. Auch im Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten stellt die Kausalitätsfrage im Arzneimittelschadensfall eine besondere Schwierigkeit dar. Vor allem die alternative Kausalität mit Zufall erweist sich als problematisch. So kann der Schaden nicht immer eindeutig auf einen Behandlungsfehler zurückgeführt werden. Es kann sich vielmehr auch das Operationsrisiko verwirklicht haben oder eine patientenbedingte Prädisposition vorliegen, die z.B. zu einer Allergie oder sonstigen Unverträglichkeit führt. Darüber hinaus können auch (z.T. unbekannte) Wechselwirkungen zwischen verschiedenen Medikamenten auftreten.³¹

Angesichts der Kausalitätsproblematik, aber auch wegen der im Arzneimittelschadensfall grundsätzlich bestehenden Unterlegenheit des Geschädigten, der zumeist medizinischer Laie und oft auf sich allein gestellt ist, versucht man, den besonderen Schwierigkeiten der Beweiserbringung durch mehrere Beweiserleichterungen entgegen zu wirken. So wird in Österreich, Deutschland und Spanien hinsichtlich der Kausalität ein Anscheinsbeweis zugelassen.³² Das deutsche Recht geht noch einen Schritt weiter und erleichtert dem Kläger die Beweiserbringung durch die Kausalitätsvermutung des § 84 Abs 2 dAMG.³³ Der Geschädigte muss nur die generelle Schadenseignung nachweisen. Diese Anforderungen an die Darlegungspflicht des Geschädigten dürfen nach der Ansicht des BGH nicht überspannt werden. Im vorliegenden Fall verlangte die Vorinstanz, das LG Berlin, dass die Klägerin alle Umstände im Einzelfall, die einen Einfluss auf die Verursachung des Schadens haben könnten, darlegt.³⁴ Wird die Kausalitätsvermutung des § 84 Abs 2 dAMG derartig ausgelegt, präsentiert sich diese Gesetzesbestimmung als besonders patientenunfreundlich und erschwert dem Geschädigten die Durchsetzung seiner Ansprüche. Der BGH schob dieser Interpretation daher einen Riegel vor und erließ einen Beschluss, in dem er festlegte, dass an die Darlegungslast des Patienten keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürften.³⁵

³¹ ZB SAN 28.12.2011, 5796/2011 (Amtshaftung). Vgl. *Taschner/Frietsch* Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie² (1990) Art 4 PH-RL Rz 2; *Stegers* (1997) 141 f.

³² *Voit/Moelle* (2010) 811. Vgl. BGH 14.12.1953, III ZR 183/52 BGHZ 11, 227 = NJW 1954, 1119 = NJW 1954, 718 = VersR 1954, 116.

³³ Vgl. *Deutsch/Spickhoff* (2008) 846.

³⁴ LG Berlin, 18.19.2006, 22 O 102/06 NJW 2008, 3024.

³⁵ BGH 1.7.2008, VI ZR 287/07 MedR 27 (2009) 281. Ebenso entschied das OLG München, dass an die Substantierungspflicht des Patienten keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürften, „um ein weitgehendes Leerlaufen der Vorschriften über die Haftung für Arzneimit-

4. Der Fall VIOXX und die Mitverschuldensproblematik

Am 18. Juni 2007 erging das erste spanische Urteil im Fall VIOXX, in dem der Pharmaunternehmer zur Verantwortung gezogen wurde, weil die Klägerin nach der Einnahme von VIOXX einen Gehirninfarkt erlitten hatte.

Laut Urteilsbegründung genügt die Vermarktung eines Medikaments, bei dem die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen und -kontrollen nicht durchgeführt wurden, um eine Gefährdungshaftung zu begründen. Außerdem sei die Rücknahme des Medikaments durch den Pharmaunternehmer der Beweis dafür, dass es nicht die erforderlichen Qualitätsstandards erfülle. Diese Umstände würden bestätigen, dass die Möglichkeit eines durch VIOXX verursachten Gehirninfarkts gegeben sei – möge die Wahrscheinlichkeit auch noch so gering sein.³⁶

Zwar stellte der Kausalitätsnachweis im gegenständlichen Fall keine Schwierigkeit dar, allerdings wurde der Klägerin ein Mitverschulden im Ausmaß von 75 % angerechnet, weil sie das rezeptpflichtige Medikament VIOXX ohne Verschreibung durch den Arzt eingenommen hatte. Statt der eingeklagten EUR 200.000,-- sprach das spanische Gericht lediglich EUR 50.000,-- zu.

Die Kritik zu diesem Urteil war groß, insbesondere, da zur Zeit der Einnahme durch die Klägerin auch die Ärzteschaft nicht über die gravierenden Nebenwirkungen aufgeklärt war und das Medikament beim konkreten Krankheitsbild der Klägerin von den meisten Ärzten ohne Bedenken verschrieben worden wäre, sodass jedwede Herabsetzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens unter Bedachtnahme auf das rechtmäßige Alternativverhalten zu verneinen gewesen wäre. Abgesehen davon war eine Herabsetzung von 75 % in diesem Fall völlig überzogen.³⁷

telschäden zu vermeiden“. OLG München 3.8.2009, 19 U 271/09. Vgl. dazu auch Bergmann/Wever, Rechtsprechung Aktuell, MedR 2010/28/2, 99.

³⁶ Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid, 18.6.2007 (VIOXX). S dazu auch Amarilla Gundín, ‘Vioxx’ in Spain: El principio del fin del túnel – Comentarios a la Sentencia de 18 de junio de 2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid, ADS 2007/143, 867.

³⁷ Im Vergleich dazu sind österreichische und deutsche Gerichte sehr zurückhaltend hinsichtlich der Anrechnung eines Mitverschuldens beim Medikamentenschadensfall. S zB OGH 27.9.2005, 10 Ob 22/04i, OLG Düsseldorf VersR 1997, 1402.

D. Ein Blick in die Zukunft – Das skandinavische Versicherungsmodell

Die Haftung für Arzneimittelschäden ist ein in den untersuchten Rechtsordnungen Österreichs, Deutschlands und Spaniens bisher zu Unrecht vernachlässigter Teil des Medizinrechts, der in Zukunft angesichts des jährlich steigenden Arzneimittelkonsums immer mehr an Bedeutung gewinnen wird. Dabei sind noch zahlreiche Problemkreise im „Haftungsdreieck“ zwischen Pharmaunternehmer, Arzt und Patient ungeklärt, insbesondere jene der Kausalität und des (Mit-)Verschuldens.

Da Arzneimittel einerseits unverzichtbar sind, andererseits aber unvermeidbar mit Nebenwirkungen und Entwicklungsrisiken verbunden sind, könnte in den drei untersuchten Ländern statt einer Kombination zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung ein Versicherungsmodell³⁸ nach skandinavischem Vorbild in Erwägung gezogen werden. Diese „No-fault patient insurance schemes“ beruhen auf einem vonseiten der Pharmaunternehmer und/oder des Staates gespeisten Versicherungspool, auf den im Fall eines Schadens, der nicht vom staatlichen Gesundheitssystem ersetzt wird, gegriffen wird. Im Vergleich zur gerichtlichen Durchsetzung wird die Kausalitätsfeststellung erleichtert, weil lediglich eine Wahrscheinlichkeit von knapp über 50 % gefordert wird. Da der Schaden unabhängig von einem etwaigen Verschulden ersetzt wird, müssen Pharmaunternehmer, Ärzte und Patienten sich nicht gegenseitig die Verantwortung zuschieben, sondern können gemeinsam an einer konstruktiven Lösung arbeiten.

Literatur

- Alfonso Galán* (2011) Presentación del libro „El Caso Agreal (Veraliprida): responsabilidad por daños por medicamentos, ADS 2011/187.
- Amarilla Gundín* (2007) „Vioxx“ in Spain: El principio del fin del túnel – Comentarios a la Sentencia de 18 de junio de 2007 del Juzgado de Primera Instancia nº 56 de Madrid, ADS 2007/143.
- Amarilla Gundín* (2005) Vioxx y Celebrex: La caída de los dioses, ADS 2005/113.
- Barreda* (2011) El caso Agreal, entre la evidencia científica y la verdad judicial, ADS 2011/187.
- Barreda* (2007) La retirada comunitaria de „Agreal“: influencia de España, ADS 2007/143.
- Bergmann* (2009) Die Arzthaftung - Ein Leitfaden für Ärzte und Juristen³ (2009).

³⁸ Vgl zu der rechtlichen Lage des Medizinrechts in Skandinavien zB Rynning News and Vies – Recent Developments in Nordic Health Law, European Journal of Health Law 2010/17, 279.

- Bergmann* (1997) Die Haftung des Arztes als Anwender von Arzneimitteln und Medizinprodukten für Behandlungsfehler, in Ratajczak/Schwarz-Schilling (Hg) Arzneimittel und Medizinprodukte (1997).
- Bergmann/Wever* (2010) Rechtsprechung Aktuell, MedR 2010/28/2.
- Biermann* (2006) Aufklärung des Patienten, in Berg/Ulsenheimer (Hg) Patientensicherheit, Arzthaftung, Praxis- und Krankenhausorganisation (2006).
- Concepción Rodríguez* (2009) Derecho de Daños³ (2009).
- Deutsch/Spickhoff* (2008) Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht⁶ (2008).
- Gründhammer* (2005) Das PHG unter besonderer Berücksichtigung des Produktfehlers im Sinne des § 5 PHG (2005).
- Gschnitzer* (1993) Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, in Barta/Kohlegger/ Stadlmayer (Hg) Franz Gschnitzer Lesebuch (1993).
- Holzer/Posch/Schick* (1992) Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich (1992).
- Hug et al* (2010) Adverse Drug Event Rates in Six Community Hospitals and the Potential Impact of Computerized Physician Order Entry for Prevention, J Gen Intern Med 2010/25, 31.
- Koyuncu* (2004) Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient (2004).
- Koziol/Welser* (2007) Bürgerlicher Recht II¹³ (2007).
- Nigl* (2011) Arzthaftung (2011).
- Parra Lucán* (2008) Responsabilidad civil por productos defectuosos, in Reglero Campos (Hg) Tratado de Responsabilidad Civil II (2008).
- Philipp* (1997) Einwilligung und Aufklärung bei der medizinischen Behandlung aus zivil-rechtlicher Sicht (1997).
- Ramos González* (2004) Responsabilidad civil por medicamento – Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones (2004).
- Reiböck/Plank* (2006) Compliance; Prävalenz; Inzidenz – Glossar – Gesundheitsökonomie, RdM-ÖG 2006/12.
- Reischauer* (2003) § 1299 ABGB, in Rummel (Hg) Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2003).
- Rynning* (2010) News and Vies – Recent Developments in Nordic Health Law, European Journal of Health Law 2010/17.
- Sack* (1989) Probleme des Produkthaftungsgesetzes unter Berücksichtigung der Produkthaftungs-Richtlinie der EG (1. Teil), JBl 1989, 615.
- Schnurrer/Fröhlich* (2003) Zur Häufigkeit und Vermeidbarkeit von tödlichen unerwünschten Arzneimitteln, Der Internist 2003/44/7, 889.
- Stegers* (1997) Zur Haftung des Arztes für mangelhafte Information des Patienten bei der Anwendung von Arzneimitteln und Medizinprodukten, in Ratajczak/Schwarz-Schilling (Hg) Arzneimittel und Medizinprodukte (1997).
- Steurer* (2001) Produkthaftung in der Medizin – Die Haftungssysteme für Arzneimittel- und Medizinprodukteschäden – Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz (2001).

- Talasz* (2013) Die zivilrechtliche Haftung für Arzneimittelschäden – Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und Spanien (2013).
- Taschner/Frietsch* (1990) Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie² (1990).
- Thiele* (1997) Zwischenfälle mit Arzneimitteln und Medizinprodukten in der Bundesrepublik – eine Bilanz, in Ratajczak/Schwarz-Schilling (Hg) Arzneimittel und Medizinprodukte (1997).
- Voit/Moelle* (2010) § 13 Arzneimittelhaftung, in Dieners/Reese (Hg) Handbuch des Pharmarechts (2010).
- Welser/Rabl* (2003) Produkthaftungsgesetz² (2003) § 5 PHG.
- Wille/Schönbofer* (2002) Arzneimittelsicherheit und Nachkontrolle, Der Internist 2002/43/4, 469.
- Wolf* (1992) Arzthaftung – Aufklärungspflicht (1992).

Mag.^a Dr.ⁱⁿ Christina Talasz
Kirchgasse 15, A-6095 Grinzens
Telefon: 0699/17 22 28 34
christina.talasz@gmail.com

Alexander Lamplmayr

Erfolgsquote der Rechtsmittel beim OGH

A. Einleitung und rechtliche Grundlagen

Der OGH ist in Österreich die höchste Instanz in Zivil- und Strafsachen.¹ Daneben fungieren noch der VfGH und der VwGH als Höchstgerichte, allerdings ausschließlich im Bereich des öffentlichen Rechts.²

Neben der nach hM³ bloßen „Bestandsgarantie“ der Institution Oberster Gerichtshof im B-VG⁴ spielt auf Ebene des Verfassungsrechts insb Art 6 EMRK⁵ eine wichtige Rolle, vor allem wenn es um Fragen des Zugangs zum Höchstgericht geht. In Zukunft wird in diesem Bereich auch dem nahezu wortgleichen Art 47 Abs 2 EU-Grundrechtecharta eine gewisse Bedeutung zukommen, wobei man insb auf die Auslegung dieser Norm durch den EuGH gespannt sein darf.⁶

Die Beschränkungen, denen Rechtsmittel an den OGH durch einfache Gesetze unterworfen werden, sind im Detail auch an den einschlägigen oben genannten verfassungsrechtlichen Bestimmungen zu messen. Neben den klassischen Verfahrensgrundrechten spielt auch der Gleichheitsgrundsatz – gerade im Bereich der Revision⁷ – eine wichtige Rolle.

Die interne Organisation des OGH in Senate, die Geschäftsverteilung sowie die Geschäftsordnung werden auf einfachgesetzlicher Ebene im OGHG⁸ geregelt.

Der OGH wird in Zivilsachen primär als Rechtsmittelgericht in dritter Instanz tätig. Die Zulässigkeit der Anrufung ist für das streitige Verfahren in den

¹ Siehe dazu recht lapidar Art 92 Abs 1 B-VG.

² Vgl Walter Die Funktion der Höchstinstanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 ff. Zur für das gegenständliche Thema nicht relevanten „Gesetzesbeschwerde“, die diese strenge Trennung auf höchstgerichtlicher Ebene lockert vgl Bertel Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, JRP 2013, 269.

³ So zB Ballon/Fuckik/Lovrek in Fasching/Konecny I³ § 1 JN Rz 2 oder Ballon Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozeßrecht, FS Matscher (1993) 16 jeweils mwN.

⁴ Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (Wiederverlautbarung).

⁵ Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210.

⁶ Baumgartner Grundsätze und Grundrechte der Grundrechte-Charta, FS Berka (2013) 3 (17 ff).

⁷ Siehe dazu nur ausführlich Fasching Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, FG Fasching (1999) 3 (insb 12 f).

⁸ Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof BGBl 1968/328.

§§ 502 ff ZPO⁹ (Revision und Revisionsrekurs) geregelt. Im Außerstreitverfahren sind vor allem die §§ 62 ff AußStrG¹⁰ maßgeblich. Das seit der Erweiterten Wertgrenzen-Novelle 1997¹¹ bestehende System ist jenes der Grundsatz- und Zulassungsrevision. Es kommt auch beim Revisionsrekurs zur Anwendung.

Kern dieses Beschränkungsmodells ist, dass (neben dem Erfordernis eines bestimmten Wertes des Streitgegenstandes) eine Anrufung des OGH nur dann zulässig ist, wenn eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung vorliegt¹² und darüber hinaus das Berufungsgericht bzw Rekursgericht die Anrufung des OGH für zulässig erklärt hat. In manchen Fällen kann gem § 508 Abs 1 ZPO (Revision) bzw § 528 Abs 2a iVm § 508 Abs 1 ZPO (Revisionsrekurs) ein Abänderungsantrag an das Berufungsgericht gestellt werden, wenn dieses die Zulässigkeit der ordentlichen Revision bzw des ordentlichen Revisionsrekurses verneint hat.

In Ausnahmefällen kann der OGH auch (funktional zweitinstanzlich) als Rekursgericht gegen Beschlüsse des Berufungsgerichts angerufen werden (vgl § 519 Abs 1 ZPO).

Der OGH kann daher zusammenfassend als Rechtsmittelgericht von Parteien eines Verfahrens nach der ZPO als Revisions-, Revisionsrekurs- und in wenigen Fällen auch als Rekursgericht angerufen werden.¹³

Inhalt dieses Beitrages sind aber nur am Rande das Rechtsmittelsystem bzw das Revisionssystem im österreichischen Zivilprozess, vielmehr sollen die rechtstatsächlichen Auswirkungen dieses Systems von Rechtsmittelbeschränkungen vorgestellt werden.

Die im Folgenden präsentierten Statistiken und Grafiken beschränken sich auf den Geschäftsanfall in Zivilsachen, lediglich beim Gesamtüberblick sind auch Strafsachen und sonstige Verfahren (wie zB Kartellsachen, Delegationen, Verfahren über die Ablehnung von Richtern etc) berücksichtigt.

⁹ Zivilprozeßordnung RGBI 1895/113.

¹⁰ Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111.

¹¹ BGBl I 1997/140.

¹² Vgl dazu wortgleich § 502 Abs 1 ZPO (betreffend die Revision), § 528 Abs 1 ZPO (betreffend den Revisionsrekurs) bzw § 62 Abs 1 AußStrG (betreffend den Revisionsrekurs im Außerstreitverfahren).

¹³ Die Details dieses Systems sind vielschichtig, komplex und aufgrund historischer Entwicklung auch unübersichtlich und würden den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen. Es sei daher an dieser Stelle auf einschlägige Literatur verwiesen. Statt aller siehe *Fasching Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*² (1990) Rz 1848 ff mwN.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird auf detaillierte Statistiken zu den einzelnen Rechtsmitteln (ordentliche und außerordentliche Revision bzw analog beim Revisionsrekurs) verzichtet und stattdessen nur eine grundsätzliche Einteilung in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel vorgenommen, weil sich bei diesen beiden Arten von Rechtsmitteln das Verfahren und der damit verbundene Arbeitsaufwand unterscheiden.

B. Entwicklung des Geschäftsanfalls in den letzten Jahren

Die statistischen Daten und die darauf aufbauenden Grafiken in diesem Abschnitt stammen aus den Tätigkeitsberichten des OGH, dem jährlich vom Bundesministerium für Justiz herausgegebenen Betrieblichen Informationssystem der Justiz („BIS-Justiz“) sowie aus parlamentarischen Anfragen.¹⁴

Zum Zahlenmaterial ist vorweg anzumerken, dass der OGH „wegen des damit verbundenen Arbeitsaufwandes“¹⁵ die angenommenen außerordentlichen Rechtsmittel¹⁶ in Zivilsachen nochmals zu den ordentlichen dazuzählt, was dazu führt, dass zB im Jahr 2012 169 Rechtsmittel doppelt erfasst sind.¹⁷

Der tatsächliche Aktenanfall ist daher um die Zahl der angenommenen außerordentlichen Rechtsmittel niedriger, als in den vom OGH veröffentlichten Zahlen ausgewiesen, beträgt also zB für das Jahr 2012 nur 2.654 (und nicht wie im Tätigkeitsbericht angegeben 2.823).

Folgende Grafik stellt die Entwicklung der beim OGH angefallenen Rechtsmittel von 2008 bis 2012 dar, als zusätzlicher Vergleichswert ist das Jahr 2000 angeführt:

¹⁴ Zu einer ausführlichen Ausarbeitung der Rechtstatsachen in der Zivilgerichtsbarkeit vgl außerdem *Mayr* Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, AnwBl 2009, 54 (insb 56 ff), siehe weiters die tabellarische Darstellung unten in Abschnitt E.

¹⁵ OGH Tätigkeitsbericht 2012 (2013) 8.

¹⁶ Das sind außerordentliche Revisionen und außerordentliche Revisionsrekurse.

¹⁷ Leider lässt sich nicht eruieren, seit wann der OGH diese Zählweise seinen Statistiken zugrunde legt. Jedenfalls ab 2005 (so weit gehen die im Internet abrufbaren Tätigkeitsberichte zurück) wurde die hier beschriebene Zählweise angewendet.

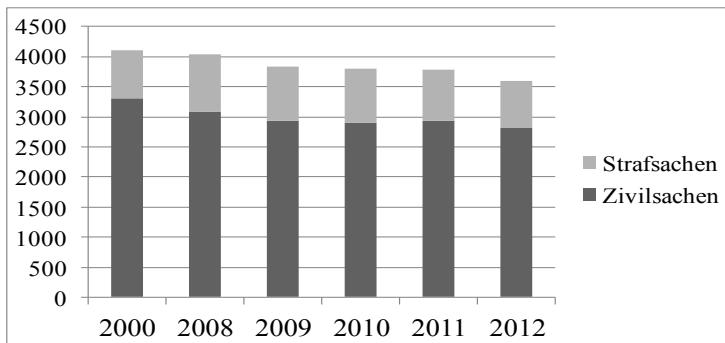


Abbildung 17: Geschäftsanfall beim OGH zwischen 2000-2012

Beim Durchsehen der Tätigkeitsberichte der letzten Jahre fällt jedenfalls der stetige Rückgang der absoluten Anzahl¹⁸ der Rechtsmittel in Zivilsachen (siehe Grafik oben) ins Auge. Behandelte der OGH im Jahr 2000 noch 3.314 Rechtsmittel in Zivilsachen (und 786 in Strafsachen), waren es im Jahr 2012 in Zivilsachen nur noch 2.823 (in Strafsachen¹⁹ 780).²⁰

Das entspricht im Zeitraum zwischen 2000 und 2012 einem Rückgang der Rechtsmittel in Zivilsachen um immerhin 15 %.

Trotz des stetig abnehmenden Aktenanfalls beim Höchstgericht nimmt die Arbeitsbelastung des Gerichts (nach eigener Aussage) nicht ab. Als Gründe hierfür nennt der OGH selbst vor allem komplexe Anlegerverfahren und Verbandsprozesse sowie die zunehmenden internationalen Verflechtungen des Rechts insb im Bereich des Unionsrechts.²¹

Ein bloßer Rückgang des Geschäftsanfalls in absoluten Zahlen allein kann mE tatsächlich nicht zu Rückschlüssen auf eine sinkende tatsächliche Arbeitsbelastung führen und sollte insb auch nicht zu vorschnellen personellen oder sonstigen Kürzungen seitens des Gesetzgebers führen.²² Dies vor allem auch deshalb, weil „die Anfallszahlen im Vergleich zu anderen europäischen Höchstgerichten nach wie vor relativ hoch“ sind.²³

¹⁸ Die folgenden Zahlen beruhen auf der Zählweise des OGH.

¹⁹ Während die Zahl der Rechtsmittel in Zivilsachen seit dem Jahr 2000 stetig abgenommen hat, ist die Zahl jener in Strafsachen bisweilen in einigen Jahren auch leicht gestiegen.

²⁰ Abbildung 17 wurde selbst auf Grundlage der Daten aus den Tätigkeitsberichten erstellt.

²¹ OGH (2013) 9.

²² So auch Mayr 2009, 56.

²³ OGH (2013) 9.

Wie bereits erwähnt, weichen die vom OGH selbst veröffentlichten Zahlen aufgrund anderer Zählweise von jenen im BIS-Justiz ab. Interessant ist daher eine Gegenüberstellung der Statistiken aus den Tätigkeitsberichten des OGH mit dem im BIS-Justiz präsentierten Zahlenmaterial. Dort gibt es eine ausdrückliche Differenzierung zwischen angefallenen und erledigten Rechtsmitteln.²⁴ Als weitere Quelle für Statistiken zum Geschäftsanfall bietet sich eine in den vergangenen Jahren vom NR-Abgeordneten *Jobann Maier* jährlich gestellte – in den Kernpunkten immer gleich lautende – parlamentarische Anfrage an den jeweiligen Justizminister an, die sich primär auf die Einnahmen und Ausgaben im Justizbereich bezieht. Eine Teilfrage beschäftigt sich regelmäßig mit dem Geschäftsanfall beim OGH in Zivil- und Strafsachen.

Bemerkenswert ist, dass sowohl die Zahlen im BIS-Justiz als auch jene in den Beantwortungen der parlamentarischen Anfragen erheblich von den vom OGH selbst veröffentlichten Statistiken abweichen (siehe Tabelle unten).

Die vom OGH veröffentlichten Zahlen sind deutlich höher als die aus den beiden anderen Quellen. Allerdings stimmen auch die Zahlen im BIS-Justiz nicht mit jenen aus der Anfragebeantwortung überein, was insofern bemerkenswert ist, als beide direkt aus dem Bundesministerium für Justiz stammen.

Diese Abweichungen sind schwer zu erklären, zumal in allen Quellen eindeutig von den im Berichtsjahr *neu angefallenen* Rechtsmitteln die Rede ist und insofern „Altlasten“ aus den Vorjahren nicht zu unterschiedlichen Zahlen führen dürften.

Die Grafik auf der nächsten Seite stellt exemplarisch für die Jahre 2010 bis 2012 das Zahlenmaterial aus den unterschiedlichen Quellen gegenüber (angeführt ist jeweils die Anzahl der im jeweiligen Jahr neu angefallenen Rechtsmittel in Zivilsachen):

²⁴ Siehe zB die Tabelle im BIS-Justiz 2012, 19.

Jahr	Geschäftsanfall nach OGH-Tätigkeitsbericht ²⁵	Rechtsmittelanfall nach BIS-Justiz	Beantwortung parlamentarische Anfragen
2010 ²⁶	2.721	2.489	2.534
2011 ²⁷	2.730	2.504	2.523
2012 ²⁸	2.654	2.438	2.485

Tabelle 3: Gegenüberstellung des Geschäftsanfalls OGH-Bericht, BIS-Justiz, Beantwortung parlamentarischer Anfragen (2010-2012)

C. Anfall im Jahr 2012

Es soll nun ein genauerer Blick auf die aktuellsten verfügbaren Zahlen aus dem Geschäftsjahr 2012 geworfen werden.

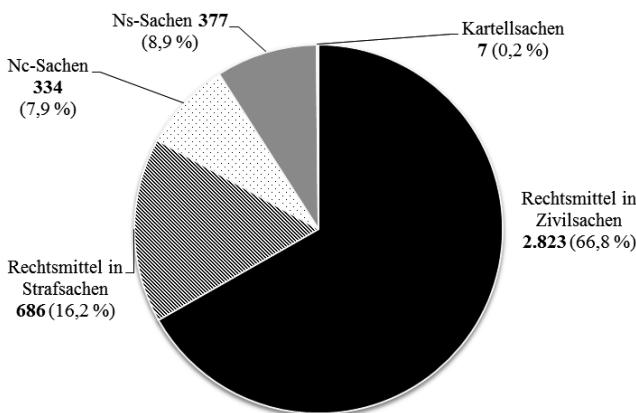


Abbildung 18: Geschäftsanfallsverteilung zwischen Zivil-/Strafsachen

²⁵ Die abweichende Zählweise des OGH ist bereits berücksichtigt und das Zahlenmaterial daher vergleichbar mit jenem im BIS-Justiz bzw jenem aus der Anfragebeantwortung.

²⁶ OGH Tätigkeitsbericht 2010 (2011) 5 bzw BIS-Justiz 2010, 17 bzw Anfragebeantwortung durch die Bundesministerin für Justiz vom 14.3.2011, 7302/AB XXIV. GP.

²⁷ OGH Tätigkeitsbericht 2011 (2012) 6 f bzw BIS-Justiz 2011, 17 bzw Anfragebeantwortung durch die Bundesministerin für Justiz vom 16.4.2012, 10470/AB XXIV. GP.

²⁸ OGH (2013) 8 bzw BIS-Justiz 2012 bzw Anfragebeantwortung durch die Bundesministerin für Justiz vom 11.10.2013, 15313/AB XXIV. GP.

Die obenstehende Grafik zeigt das seit Jahren in etwa konstant bleibende Verhältnis zwischen Zivil- und Strafsachen. „Nc“ ist das Aktenzeichen des OGH für alle nicht in ein anderes Register verwiesenen bürgerlichen Rechtsachen (klassisches Beispiel für eine Nc-Sache ist eine Delegation gem §§ 30 f JN²⁹). Ns-Sachen sind das Pendant in Strafsachen (zB Ablehnung eines Richters).

Zu den dargestellten Geschäftsfällen beim OGH kamen noch 5.437 Justizverwaltungssachen (zB Verwaltung des Gerichts, Rechtsschutz- und Auskunftsgesuche).

Die Grafik trägt im Tätigkeitsbericht die Überschrift „Gesamttätigkeit“, der entsprechende Abschnitt im Tätigkeitsbericht trägt die Überschrift „Anfall insgesamt“. Man muss daher mE annehmen, dass in der Grafik die Zahlen der zwischen 1.1.2012 und 31.12.2012 *angefallenen* Rechtsmittel verwendet wurden und nicht jene der *erledigten*.³⁰

Unklarer ist die Situation in den Tätigkeitsberichten der Vorjahre. Die entsprechenden Abschnitte tragen dort jeweils die Überschrift „Überblick über Anfall und Erledigungen“. Eine ausdrückliche Differenzierung zwischen diesen beiden Kategorien erfolgt aber im Text nicht. Aus den Formulierungen kann man aber „herauslesen“³¹, dass vermutlich auch dort die Zahlen der angefallenen und nicht jene der erledigten Rechtsmittel dargestellt werden.³²

²⁹ Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111.

³⁰ OGH (2013) 8.

³¹ Der OGH spricht von der „Gesamtzahl der *zu erledigenden* Rechtsmittel“.

³² Vgl OGH (2011) 5 bzw OGH (2012) 6 f.

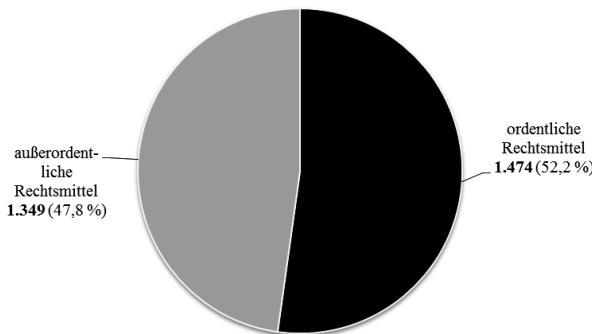


Abbildung 19: Verteilung ordentliche/außerordentliche Rechtsmittel

Die obenstehende Grafik zeigt für das Jahr 2012 das Verhältnis zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln in Zivilsachen auf. Berücksichtigt sind auch Arbeits- (ObA) und Sozialrechtssachen (ObS). Dieses Verhältnis ist seit einigen Jahren in etwa gleichbleibend.

D. Erfolgsaussichten von Rechtsmitteln in Zivilsachen beim OGH

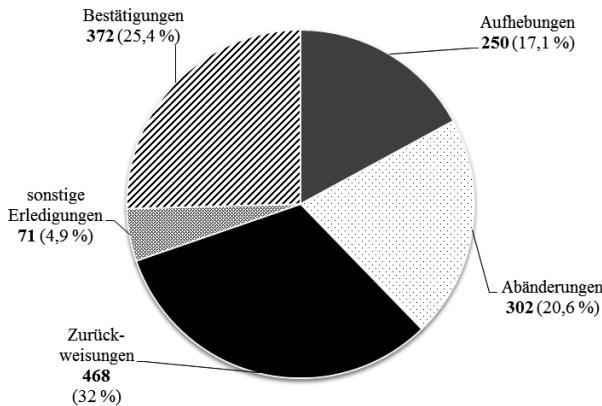


Abbildung 20: Art der Erledigung der Rechtsmittel vom OGH in Zivilsachen

Anhand der obenstehenden Grafik kann für das Jahr 2012 eine „Erfolgsquote“ von Rechtsmitteln beim OGH errechnet werden. Aufgrund des im Rechtsmittelverfahren geltenden Verschlechterungsverbots (Verbot der *reformatio in peius*)³³ ist eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung jedenfalls positiv für den Rechtsmittelwerber. Schwieriger zu beurteilen ist die Situation bei Aufhebungen: Die angefochtene Entscheidung ist zwar vorerst „beseitigt“, wie das Verfahren im zweiten Rechtsgang ausgehen wird, ist aber unklar.³⁴

Unter „sonstige Erledigungen“ fallen vor allem Vorabentscheidungsansuchen an den EuGH, Normprüfungsanträge an den VfGH und die Zurückziehung der Rechtsmittel – eine Einordnung in die Kategorie „erfolgreich“ oder „nicht erfolgreich“ ist hier pauschal nicht möglich.

Unter der Prämisse, dass nur abändernde und aufhebende Entscheidungen als erfolgreich gewertet werden, ergibt sich für ordentliche Rechtsmittel eine Erfolgsquote von 37,7 %.

Anders ist die Situation bei außerordentlichen Rechtsmitteln. Lediglich 169 wurden in der Sache behandelt.³⁵ Das entspricht ungefähr 12,5 % der erhobenen Rechtsmittel, beim weit überwiegenden Teil hat der OGH daher von seinem Zurückweisungsrecht (in der Praxis oft ohne Begründung³⁶) Gebrauch gemacht.

Unter Zugrundelegung der gleichen Prämissen wie soeben bei den ordentlichen Rechtsmitteln ergibt sich bei den angenommenen und in der Sache behandelten außerordentlichen Rechtsmitteln für das Jahr 2012 eine Erfolgsquote von nur 10,7 % – also eine erhebliche Divergenz zwischen den Erfolgsaussichten ordentlicher und außerordentlicher Rechtsmittel, die vom OGH erledigt werden.

Setzt man die Zahl erfolgreicher außerordentlicher Rechtsmittel allerdings ins Verhältnis zur deutlich niedrigeren Zahl der tatsächlich *angenommenen* außerordentlichen Rechtsmittel, ergibt sich hier eine Erfolgsquote von ziemlich genau 70 %. Das bedeutet mit anderen Worten, dass die Erfolgsaussichten für ein außerordentliches Rechtsmittel – wenn es vom OGH bereits angenommen

³³ Dazu allgemein *Fasching* in Fasching/Konecny IV/1² Einleitung Rz 129 ff.

³⁴ Da aber eine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung mE eher als Erfolg zu werten ist, werden in der folgenden Rechnung Aufhebungen und Abänderungen als erfolgreiche Rechtsmittel gewertet.

³⁵ Diese sind aufgrund der OGH-Zählweise in der Grafik auf der letzten Seite enthalten, sind aber nicht separat ausgewiesen.

³⁶ Das ist gem § 510 Abs 3 ZPO möglich, wird aber auch durchaus kritisch gesehen, vgl zB *Wilhelm* Vom Schicksal außerordentlicher Revisionen, ecolex 1994, 737 (737).

wurde – recht gut stehen (nämlich in etwa sieben Mal so hoch wie vor Annahme durch den OGH und fast doppelt so hoch wie bei einem ordentlichen Rechtsmittel).

Betrachtet man die Zahlen der letzten fünf Jahre, zeigt sich, dass die eben für das Jahr 2012 präsentierten Zahlen keine signifikanten Abweichungen zu den Vorjahren aufweisen: Die Erfolgsquote der ordentlichen Rechtsmittel bewegt sich in den Jahren 2008 bis 2012 recht konstant zwischen 35 und 40 %. Der prozentuelle Anteil der angenommenen außerordentlichen Rechtsmittel liegt in diesem Zeitraum immer zwischen zwölf und 18 %. Eine ähnliche Konstanz zeigt sich auch bei der Erfolgsquote von Abänderungsanträgen gegen eine Nichtzulassung der Revision gem § 508 Abs 1 ZPO³⁷: Diese pendelt sich im Durchschnitt bei etwa 30 % ein.³⁸

Durchschnittlich betrug während der letzten fünf Jahre die Erfolgsquote von außerordentlichen Rechtsmitteln lediglich 12,3 %³⁹ – sie lag also erheblich unter jener bei den ordentlichen.⁴⁰

Interessant ist, dass bei den beiden Rechtsbehelfen gegen den Zulässigkeitsausspruch (Abänderungsantrag und außerordentliches Rechtsmittel) eine doch erhebliche Divergenz besteht: Während der OGH im Schnitt der letzten Jahre immer über 80 % der außerordentlichen Rechtsmittel zurückweist, werden von den Abänderungsanträgen durchschnittlich nur knapp 70 % zurückgewiesen.⁴¹

³⁷ Auch beim Revisionsrekurs ist diese Bestimmung gem § 528 Abs 2a ZPO anwendbar.

³⁸ Vgl *Geroldinger* Der Zugang zum OGH in Zivilsachen, in G. Kodek (Hg) Zugang zum OGH: Vorträge des Symposiums „Zugang zum OGH in Zivil- und Strafsachen“ (2012) 65 (76 mW).

³⁹ Berechnet im Verhältnis zu allen erhobenen außerordentlichen Rechtsmitteln, nicht nur den angenommenen.

⁴⁰ Diese Zahl wurde anhand des Zahlenmaterials im BIS-Justiz berechnet.

⁴¹ *Geroldinger* 2009, 76.

E. Tabellarische Darstellung von 1997 bis 2012

Nachfolgende Tabelle⁴² zeigt einige relevante Kennzahlen seit der letzten grundlegenden Änderung des Revisionssystems durch die Novelle 1997.⁴³

Jahr	o RM	davon angenommene o RM	ao RM	davon angenommene ao RM	o RM und ao RM	angenommene o und angenommene ao RM
1997	1.627	1.110 68,22 %	2.589	503 19,43 %	4.216	1.613
1998	1.929	nicht verfügbar	1.687	417 24,72 %	3.616	nicht verfügbar
1999	2.070	1.496 72,27 %	1.463	301 20,57 %	3.533	1.797
2000	1.866	1.254 67,20 %	1.448	239 16,51 %	3.314	1.493
2001	1.929	1.343 69,62 %	1.368	235 17,18 %	3.297	1.578
2002	1.920	1.449 75,47 %	1.362	238 17,47 %	3.282	1.687
2003	1.583	1.044 65,95 %	1.557	251 16,12 %	3.140	1.295
2004	1.433	878 61,27 %	1.700	255 15,00 %	3.133	1.133
2005	1.366	751 54,98 %	1.591	289 18,16 %	2.957	1.040
2006	1.295	764 59,00 %	1.619	269 16,62 %	2.914	1.033
2007	1.191	704 59,11 %	1.614	212 13,14 %	2.805	916
2008	1.369	763 55,73 %	1.570	235 14,97 %	2.939	998
2009	1.454	955 65,68 %	1.472	239 16,24 %	2.926	1.194
2010	1.345	1.046 77,77 %	1.376	187 13,59 %	2.908	1.233
2011	1.387	1.022 73,68 %	1.343	207 15,41 %	2.937	1.229
2012	1.306	1.006 77,03 %	1.349	169 12,53 %	2.823	1.175

Tabelle 4: Übersicht über relevante Kennzahlen seit der letzten grundlegenden Änderung des Revisionssystems durch die Novelle 1997

⁴² Entnommen aus *Mayr* 2009, 56 und erweitert anhand der Daten aus dem BIS-Justiz.

⁴³ Siehe FN 11.

Die Tabelle bestätigt die bereits getroffenen Feststellungen:

- Die Zahl der Rechtsmittel ist seit 1997 stetig zurückgegangen (zweite Spalte von rechts). Stellt man die Jahre 2012 und 2000 gegenüber, ergibt sich immerhin ein Rückgang um 15 %.
- Auch die eindeutige Verringerung des Prozentsatzes der angenommenen Rechtsmittel geht noch einmal deutlich hervor (dritte Spalte von rechts).
- Hervorzuheben ist insb die ganz rechte Spalte: Darin findet sich die Zahl der im jeweiligen Jahr neu angefallenen Rechtsmittel, mit denen sich der OGH *tatsächlich inhaltlich auseinandergesetzt* (und nicht zurückgewiesen) hat. Dabei ist trotz gewisser Schwankungen ein deutlicher Rückgang seit 1997 erkennbar.

F. Fazit und Ausblick

Die hier präsentierten Zahlen sind lediglich eine exemplarische Präsentation von öffentlich verfügbaren Datensammlungen.

Die einzige seriöse Aussage, die getroffen werden kann, ist, dass es in absoluten Zahlen in den letzten Jahren einen erheblichen Rückgang an Rechtsmitteln in Zivilsachen beim OGH gegeben hat. Dass dies nicht unbedingt mit einer entsprechenden Verringerung des Arbeitsaufwandes einhergeht, betont der OGH selbst wiederholt.

Ein „Entscheidungsmuster“ lässt sich aufgrund des vorliegenden Materials bezüglich des Erfolges von Rechtsmitteln nicht erkennen, daher lassen diese statistischen Kennzahlen keine seriöse Prognose im Einzelfall zu. Für die Praxis können die Erfolgsaussichten dennoch eine gewisse Rolle bei der Entscheidung darüber spielen, ob überhaupt ein (üblicherweise für die Prozesspartei sehr kostenintensives) Rechtsmittel an den OGH erhoben wird.

Die Überprüfung der Aussagen des OGH im Tätigkeitsbericht 2012, wonach vor allem unionsrechtliche Verstrickungen und Anlegerverfahren (gemeint sind wohl primär „Massenverfahren“ mit zahlreichen Beteiligten idR auf Seite des Klägers) für eine zunehmende Komplexität der zu entscheidenden Fälle verantwortlich sind, wäre spannend und wohl auch technisch machbar (siehe dazu den Beitrag von Christian Sillaber in diesem Band).

Es würden sich darüber hinaus noch weitere Forschungsfragen für eine empirische Analyse anbieten. Beispielsweise wäre eine Aufschlüsselung der Erledi-

gungsart von Rechtsmitteln nach dem erkennenden Senat (bzw den Senatsmitgliedern) oder nach Gebieten des materiellen Rechts durchaus interessant.

Literatur

- Ballon* (1993) Zu den Verfahrensmängeln im Zivilprozeßrecht, FS Matscher (1993) 16.
- Baumgartner* (2013) Grundsätze und Grundrechte der Grundrechte-Charta, FS Berka (2013) 3.
- Bertel* (2013) Der Parteiantrag auf Normenkontrolle, JRP 2013, 269.
- Bundesministerium für Justiz* (Hg) Betriebliches Informationssystem der Justiz („BIS-Justiz“) 2010 (2011).
- Bundesministerium für Justiz* (Hg) Betriebliches Informationssystem der Justiz („BIS-Justiz“) 2011 (2012).
- Bundesministerium für Justiz* (Hg) Betriebliches Informationssystem der Justiz („BIS-Justiz“) 2012 (2013).
- Fasching* (2005) Rechtsmittelklarheit im österreichischen zivilgerichtlichen Verfahren, FS Kralik (1986) 145.
- Fasching* (1990) Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts (1990²).
- Fasching* (1999) Die Bedeutung des Gleichheitssatzes für das zivilgerichtliche Verfahren, FG Fasching (1999).
- Fasching/Konecny* (Hg) Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I (2013³).
- Fasching/Konecny* (Hg) Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV/1 (2005²).
- Geroldinger* (2012) Der Zugang zum OGH in Zivilsachen, in G. Kodek (Hg) Zugang zum OGH: Vorträge des Symposiums „Zugang zum OGH in Zivil- und Strafsachen“ (2012) 65.
- Mayr* (2009) Neue Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, AnwBl 2009, 54
- Walter* (1999) Die Funktion der Höchstinstanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 ff.
- Wilhelm* (1994) Vom Schicksal außerordentlicher Revisionen, ecolex 1994, 737.

Die Tätigkeitsberichte des OGH sind für die Jahre 2005 bis einschließlich 2012 auf folgender Internetseite abrufbar:

<http://www.ogh.gv.at/de/taetigkeitsberichte>

MMag. Alexander Lamplmayr
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0676/96 49 233
a.lamplmayr@gmail.com

Tagungsprogramm

Rechtswissenschaftliche Fakultät



Einladung

„Sechste Tagung Rechtstatsachenforschung – Heute“



Donnerstag, 13. Juni 2013
Freitag, 14. Juni 2013 (bis Mittag)

Universität Innsbruck
Hauptgebäude, 3. Stock
Bibliothek Arbeitsrecht, Raum Nr 3063
Christoph-Probst-Platz
Innrain 52

Programm

Donnerstag

- 09:30 Uhr s.t. **Begrüßung** – Dekan Bernhard Eccher und
Institutsvorstand Andreas Schwartze
Einleitung – Michael Ganner
- 10:00 Uhr *Reinhard Kreissl / Wien, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften (aus Sicht der Sozialwissenschaften)*
- 10:30 Uhr *Walter Fuchs, Normgenese und Rechtswirklichkeit des österreichischen Unternehmensstrafrechts*

Diskussion & Kaffeepause

- 11:45 Uhr *Niklas Sonntag, Rechtstatsachen im Verfassungsrecht: Bericht über den Föderalismus in Österreich*
- 12:15 Uhr *Julia Hellmair, Gender Mainstreaming in der Legistik*
- 12:45 Uhr Diskussion

- 13:00 Uhr Mittagspause

- 15:00 Uhr s.t. *Christian Sillaber, Big Data Mining: Am Beispiel ausgewählter OGH Judikatur*
- 15:30 Uhr *Hannelore Schmidt, Die Verfahren vor der Datenschutzkommission – Ergebnisse aus den Datenschutzberichten von 2007 bis 2011*
- 16:00 Uhr *Max Kapferer, Menschenrechtsmonitoring (OPCAT) durch die Volksanwaltschaft – Erste Erfahrungen*

Diskussion & Kaffeepause

- 17:30 Uhr *Derya Trentinaglia, Das Bankgeheimnis*
- 18:00 Uhr *Thomas Mayr, Rechtstatsachen zur Einzugsermächtigung der Banken*
- 18:30 Uhr Diskussion

Freitag

- 09:15 Uhr *Heinz Barta, Vorstellung des 5. Bandes „Rechtstatsachenforschung – Heute“*
09:30 Uhr *Heidi Siller/Caroline Voithofer, RichterInnenstudie im OLG-Sprengel Innsbruck*
10:00 Uhr *Wigbert Zimmermann, RichterInnenstudie im OLG-Sprengel Innsbruck – Die Ergebnisse aus der Sicht der Justiz*

Diskussion & Kaffeepause

- 11:30 Uhr *Christina Talasz, Arzneimittelrecht im Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland und England*
12:00 Uhr *Alexander Lamplmayr, Erfolgsquote der Rechtsmittel beim OGH – Ein Beitrag zur Rechtstatsachenforschung aus dem Verfahrensrecht*

Die Innsbrucker Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“ findet zum sechsten Mal statt. Die Rechtstatsachenforschung, mitbegründet durch den Alt-Österreicher Eugen Ehrlich (1862-1922), hat sich zum Ziel gesetzt, die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts bewusst zu machen und quantitativ wie qualitativ in Erscheinung treten zu lassen. Die Tagung leistet einen Beitrag, die empirische Rechtswissenschaft am Leben zu halten und Impulse für weitere Forschungsarbeiten zu setzen.

Die diesjährige Tagung eröffnet Reinhard Kreissl mit einem Referat über die ‚Beziehungen von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft‘. Kreissl ist wissenschaftlicher Leiter des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie in Wien und Mitherausgeber des Kriminologischen Journals. – Die übrigen Vortragenden sind vornehmlich an der Universität Innsbruck tätig oder haben hier studiert.

Abbildungen und Tabellen

Abbildung 1: Anfallsentwicklung von VbVG-Verfahren, nach OLG-Sprengel, 2006-2010.....	33
Abbildung 2: Erledigungen von VbVG-Verfahren 2006-2010 (Geschäftsfallzählung nach juristischen Personen)	34
Abbildung 3: Quoten für anwaltliche Vertretung und Verfahrenseinstellungen im Vergleich juristischer und mitbeschuldigter natürlicher Personen in VbVG-Verfahren sowie Strafverfahren im Allgemeinen; jeweils mit 95-Prozent-Konfidenzintervallen	36
Abbildung 4: Zahl der Einsprüche des Bundesrates und der Beharrungsbeschlüsse des Nationalrates von 1980-2012	49
Abbildung 5: Einheitliche Stellungnahmen der Länder im Vergleich zur Zahl der Sitzungen der Integrationskonferenz von 1993-2012	51
Abbildung 6: Schematischer Ablauf der Klassifikation	70
Abbildung 7: Auswertung der OGH Entscheidungen pro Jahr nach Rechtsmaterie (ABGB, StGB, UGB, ASchG).	72
Abbildung 8: Ausschnitt einer Graphdarstellung des OGH Datensatzes	73
Abbildung 9: Graphische Darstellung – Individualbeschwerdeverfahren 2006/2007	87
Abbildung 10: Graphische Darstellung – Individualbeschwerdeverfahren 2008/2009	88
Abbildung 11: Graphische Darstellung – Individualbeschwerdeverfahren 2010/2011	89
Abbildung 12: Graphische Darstellung – Ombudsmannverfahren 2006/2007	91
Abbildung 13: Graphische Darstellung – Ombudsmannverfahren 2008/2009	92
Abbildung 14: Graphische Darstellung – Ombudsmannverfahren 2010/2011	93
Abbildung 15: Zugang von Erklärungen bei der Vollmacht nach Gschnitzer	117
Abbildung 16: Rechtsverhältnisse bei der Einzugsermächtigung	122
Abbildung 17: Geschäftsanfall beim OGH zwischen 2000-2012	176
Abbildung 18: Geschäftsanfallsverteilung zwischen Zivil-/Strafsachen	178
Abbildung 19: Verteilung ordentliche/außerordentliche Rechtsmittel.....	180
Abbildung 20: Art der Erledigung der Rechtsmittel vom OGH in Zivilsachen	180
 Tabelle 1: Phänomenologische Muster von VbVG-Fällen	37
Tabelle 2: Sprachlicher Unterschied zwischen dem StGB und dem ABGB, gekürzter Ausschnitt	71
Tabelle 3: Gegenüberstellung des Geschäftsanfalls OGH-Bericht, BIS-Justiz, Beantwortung parlamentarischer Anfragen (2010-2012)	178
Tabelle 4: Übersicht über relevante Kennzahlen seit der letzten grundlegenden Änderung des Revisionssystems durch die Novelle 1997.....	183

Normen und Stichworte

1. Normen

ABGB		§ 26	79
§ 12	100	§ 27	81
§ 93	55, 60	§ 28	82
§ 862a	117	§ 30	90
§ 884	123, 128	§ 30 ff	83
§ 886	118	§ 31	85
§ 907a	113	§ 38	77, 85
§ 1002	115	EMRK	
§ 1313a	98	Art 6	173
§ 1328a	101	Art 8	78
§§ 1400 ff	115, 122	Geldwässcherichtlinie	102
§ 1403	126	Grundrechtecharta	Art 47 173
AußStrG	§§ 62 ff	JN	§§ 30 f 179
BDG	§ 50a	KSchG	§ 6 129
B-GBIG	141	KWG	
B-VG		§ 23	97
Art 2	43	§ 35a	97
Art 15a	52	PHG	161
Art 16	52	Produkthaftungsrichtlinie	161
Art 23d	47	SEPA-Verordnung	128
Art 87	142	StPO	
Art 137	47	§ 87	109
Art 138	47	§ 106	109
Art 140	47	§ 109	108
BWG		VbVG	7 ff
§ 101	98, 101	Zahlungsdienstegesetz	120
§ 38	97, 99, 101, 108	Zinsen-RL	103, 105
§ 40	103	ZPO	
DSG	102	§ 528	182
§ 1	77, 78	§§ 592 ff	174

2. Stichworte

Abänderungsantrag	183	Dienstrecht der RichterInnen	154
Abbuchungsverfahren	121	Dimmel, Nikolaus	140
AGREAL	159, 163	Diskurs	28, 32
Aktenanalyse	20, 34	Diskurstheorie	15
Algorithmus	71	Disziplinargesellschaft	24
Allgemeine Geschäftsbedingungen		Disziplinierungsmechanismen	25
	106, 114, 127	Doppelbelastungen	144
Analyse von Rechtstexten	69	e-government	43
Anonymität von Konten	102	Ehename	60
Arzneimittelrecht	9	Ehrlich, Eugen	14
Arzneimittelschaden	160 f, 167	Eigenlogik	28
Aufhebungen	181	Eigentum	16
Aufklärungspflicht	165	Einspruchsrecht des Bundesrats	
Ausreißer	71		49
Autonomie, regulierte	40	Einstellungsquote	37
Bankgeheimnis	8, 97, 102	Einzugsermächtigung	8, 113
Bauman, Zygmunt	14	Einzugsermächtigungsverfahren	120
Beipackzettel	165	Empfangstheorie	117
Belastungen, berufliche	142, 154	Empirie	20
Berufssoziologie	141	Erfolgsquote	181
Beschwerderecht	90	Ermächtigung	119
BIC	135	Evaluation	19
Bildungskarenz	154	Experteneinterview	39
Bindungswirkung	51	FATCA	104
BIS-Justiz	175, 177	FATCA-Regime	105
Bourdieu, Pierre	28, 141	Feldtheorie	28
Bundesrat	48	Fiktionstheorie	26
Bundesstaat	43	fishering expeditions	109
Burn-Out	143	Flexibilisierung	154
Coaching	156	Föderalismus	7, 43
Compliance	163	Föderalismusdatenbank	48
CONTERGAN	9, 159, 161	Form	122
CYCLOSA	165	Formvorschriften	118
Dahrendorf, Ralf	139	Foucault, Michel	20, 24, 141
Data Mining	67	Fragebogenerhebung	129, 143
Daten	20, 103	Frankensteinsches Monster	25
Datenauswertung	67	Gebrauchsanweisung	163, 164
Datenschutz	15	Geheimnis	97
Datenschutzbericht	85	Geldwäsche	103
Datenschutzgesetz	102	Geltung	15
Datenschutzkommision	8, 77, 85, 91	gender	55
Deleuze, Gilles	24	Gender Mainstreaming	55
Demografieforschung	43	Gendermainstreaming	7
Dienstleistungsökonomie	25	Geschäftsanfall	9, 174, 175
		Geschäftsverteilung	173
		Geschlecht	56

Geschlechtergerechtigkeit	55	law in books	48
Geschlechterrollen	147	Legistik	7, 55, 56
geschlechtsspezifische Unterschiede	142	lex Kaprun	31 f
		Liszt, Franz von	26
Gesundheitsmanagement	157	Maier, Johann	177
Gewohnheitsrecht	106	Maihold, Harald	25
Girovertrag	127	Mainstreaming	56
globalen Bukowina	14	Mandatsvertrag	136
Gschnitzer, Franz	118, 126	Medizinrecht	160
Habitus	28	Meistbegünstigungsprinzip	105
Haftungsdreieck	161, 169	Meldepflicht	84
Heine, Günter	30	Menschenrechtsmonitoring	8
IBAN	135	Mentoring	156
Individualbeschwerde	85	Mitverschulden	125, 168
Informationen	98	Negativauskunft	80
Integrationskonferenz der Länder	50	Netzwerkanalyse	72
		Normentstehung	28
Interesse	28	Normprüfungsanträge	181
INTERREG	53	Ombudsmannverfahren	90
Jaklin, Gertrud	152	Ordnung	17
Justiz	142	Organisationsverschuldens	38
Justizgeschichte	151	Persönlichkeitsschutz	98
Justizsoziologie	8	Privatsphäre	15
Justizverwaltung	141	Prozeduralisierung	15
Justizverwaltungssachen	179	Quotenreglung	141
Kapital, symbolisches	39	Realitätskonstruktion	21
Kaupen, Wolfgang	139	Recht, reflexives	15
Kausalitätsbeweis	166	Recht auf Auskunft	79
Kelsen, Hans	14	Recht auf Richtigstellung und Löschung	81
Kinderbetreuung	155	Recht&Gesellschaft	9
Klagefreudigkeit	160	Rechtsdatenbanken	68
Klassenjustiz	139	Rechtskulturen, lokale	12
Kontoöffnung	108	Rechtsmittel	180, 182, 183
Kontosperre	134	Rechtspolitik	19
Kontrollbefugnisse der		Rechtsschutzsystem	83
Datenschutzkommission	84	Rechtssoziologie	11
Koziol, Helmut	126	Rechtstatsachenforschung	11, 43
Kritik	17	Rechtswirklichkeit	32
Kundmann, Johanna	152	Repräsentation	57
Länderbeteiligungsverfahren	50	Richter, Walther	139
Länderstaatsvertrag	52	Richterberuf	152
Landeshauptleutekonferenz	51	Rottleuthner, Hubert	140
Lastschriftabkommen	120	Sanktion	25
Lastschriftverfahren	136	Savigny, Friedrich Carl v.	25
Lautmann, Rüdiger	141	Schadenersatz	101
law in action	48		

Schriftform	128	Verkehrssitte	116
Schriftlichkeit der Justiz	20	Verschlechterungsverbot	181
Schutzgesetz	102	Verschwiegenheitsverpflichtung	97
Selbststeuerung	40	Versicherungsmodell	169
Sicherheit	17	Vertragsschlusskompetenzen der Länder	52
Stellvertretung	115	Veyne, Paul	17
Steuerung	15	VIOXX	159, 166
Strafrechtsharmonisierung	32	Vogl, Joseph	23
Stress	144	Vollharmonisierung	161
Studium	151	Vollmacht	116
Systemtheorie	15	Vorabentscheidungsansuchen	181
Tätigkeitsbericht des OGH	175	Wahlrecht	151
Terrorismusfinanzierung	103	Wertschöpfung	14
Teubner; Gunter	14	Widerspruch	82
Textanalyse	69	Work-Life Balance	147, 155
Umfrage	152	Zeiller, Franz von	118
Unternehmensstrafrecht	23	Zeitverwendungsstatistik	142
Unternehmensverantwortlichkeit	24		
Unterschriftenkontrolle	131		

Autorinnen und Autoren

Univ.-Prof. iR Dr. Heinz Barta

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: heinz.barta@uibk.ac.at

Homepage: <http://www.uibk.ac.at/rtf>

Dr. MA Walter Fuchs

Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie

Museumstraße 5/12, A-1070 Wien

E-Mail: walter.fuchs@irks.at

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: michael.ganner@uibk.ac.at

Homepage: <http://www.uibk.ac.at/rtf>

Mag.^a Julia Hellmair

A-6020 Innsbruck

E-Mail: julia.hellmair@student.uibk.ac.at

Prof.ⁱⁿ Dr. ⁱⁿ Margarethe Hochleitner

Frauengesundheitszentrum an den Universitätskliniken Innsbruck

Medizinische Universität Innsbruck

Innrain 66, A-6020 Innsbruck

E-Mail: margarethe.hochleitner@i-med.ac.at

PD Dr. Reinhard Kreissl

Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie

Museumstraße 5/12, A-1070 Wien

E-Mail: reinhard.kreissl@irks.at

MMag. Alexander Lamplmayr

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: alexander.lamplmayr@uibk.ac.at

Homepage: <http://www.uibk.ac.at/rtf>

Mag. Thomas Mayr
A-6083 Ellbögen
E-Mail: thomas.mayr@student.uibk.ac.at

Mag.^a Hannelore Schmidt
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
E-Mail: hannelore.schmidt@uibk.ac.at

Mag. Christian Sillaber, BSc. MSc. MSc.
Institut für Informatik, Universität Innsbruck
Technikerstraße 21a, A-6020 Innsbruck
E-Mail: christian.sillaber@uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Heidi Siller
Frauengesundheitszentrum an den Universitätskliniken Innsbruck
Medizinische Universität Innsbruck
Innrain 66, A-6020 Innsbruck
E-Mail: heidi.siller@i-med.ac.at

Dr. Niklas Sonntag
Institut für Föderalismus
Maria-Theresien-Straße 38b, A-6020 Innsbruck
E-Mail: niklas.sonntag@foederalismus.at

Mag.^a Dr.ⁱⁿ Christina Talasz
Kirchgasse 15, A-6095 Grinzens
E-Mail: christina.talasz@gmail.com

Dr.ⁱⁿ Derya Trentinaglia
Rudigerstraße 5-7, Postfach 116, 4010 Linz
E-Mail: derya.trentinaglia@vkb-bank.at

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
E-Mail: caroline.voithofer@uibk.ac.at
Homepage: <http://www.uibk.ac.at/rtf>

Dr. Wigbert Zimmermann
Oberlandesgericht Innsbruck
Maximilianstraße 4, A-6020 Innsbruck
E-Mail: wigbert.zimmermann@justiz.gv.at