

# Quo vadis studiosus?

*Dr. Frank Tapella, Köln*

## A. Einleitung

Nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern auch die von und zumeist für sie geschaffene Literatur ist unüberschaubar. Die zunehmende Differenzierung und immer neue Teilgebiete<sup>1</sup> leisten dieser Entwicklung Vorschub. Jedes Teilgebiet erweist sich dabei als mehr oder weniger großer Multiplikator. Zudem halten immer neue Technologien Einzug in unser Leben, sodass Lebenssachverhalte und Geschäftsprozesse vor immer neuem technischem Hintergrund rechtlich zu bewerten sind<sup>2</sup>. So kann die Anzahl der erhältlichen Titel selbst für nur einzelne Rechtsgebiete allenfalls noch von Fachbuchhandlungen mit großen und täglich aktualisierten Datenbanken ermittelt werden. Auch die Literatur, die sich an Studierende und Referendare bzw. Rechtsanwaltsanwärter wendet, bereitet den vielzitierten sogenannten prüfungsrelevanten Stoff in Lehrbüchern, Lernbüchern, Kurzlehrbüchern, Kommentaren, Skripten, Aufsätzen etc. immer wieder neu und unterschiedlich auf.

Aber warum befasst sich kaum ein juristischer Beitrag mit dem Leben nach dem Ausbildungsabschluss? Informationen und Anleitungen für Bewerbungen und die mitunter aufwendigen Auswahlverfahren finden sich on- und offline zur Genüge. Wo aber finden sich wertvolle Informationen zu den möglichen Tätigkeitsbereichen von Juristen, ihren wahrlich unterschiedlichen Voraussetzungen und der fachspezifischen Bewerbersituation insgesamt? Irgendwann hat auch das nur noch ursprünglich lange Studium<sup>3</sup> ein Ende, selbst wenn sich auf dem Weg zum Volljuristen in Deutschland und zum Rechtsanwalt in Österreich regelmäßig noch lange praktische Ausbildungszeiten anschließen und dazwischen unter Umständen noch Wartezeiten liegen. Schließlich sollen doch alle Anstrengungen, alle Bemühungen während der Ausbildung letztlich den Zugang zum gewünschten Beruf ermöglichen. Er bildet die Grundlage für ein regelmäßiges Einkommen und die gesellschaftliche Existenz des Absolventen<sup>4</sup>. Dies ist zumindest für die ganz überwiegende Anzahl der deutschen und österreichischen Absolventen der Fall, die später arbeiten möchten und müssen. Der Beruf ist nicht nur die

---

<sup>1</sup> Häufig sind dies keine eigenständigen Rechtsgebiete, sondern Querschnittsmaterien mit entsprechenden Abgrenzungs- und Definitionsschwierigkeiten wie beispielsweise das Internetrecht.

<sup>2</sup> Die Medienneutralität des Rechts, wie *Zankl* einprägsam die grundsätzliche Geltung des Rechts innerhalb aller Medien formulierte, ändert nichts an dem Faktum, dass über die Anwendungsbereiche insbesondere geschaffener Spezialvorschriften außerhalb des ABGB gestritten wird, vgl. *Zankl*, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., Rn. 258.

<sup>3</sup> In Deutschland ist die durchschnittliche Studiendauer mit der Einführung des sog. Freischusses erheblich gesunken, der das 1. Staatsexamen bereits nach acht Semestern vorsieht; vgl. unter [www.bmj.bund.de/files/-/3503/Ausbildungsstatistik\\_2007.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/3503/Ausbildungsstatistik_2007.pdf).

<sup>4</sup> Zugunsten einer besseren Lesbarkeit soll stets auf die Nennung auch der weiblichen Form verzichtet werden, sodass die hier verwendeten Begriffe für beide Geschlechter gleichermaßen stehen.

finanzielle Basis für alles, was da im Leben kommen mag, sondern prägt das Leben ganz entscheidend.

## **B. Befund**

Viel zu häufig beginnen junge Menschen in Deutschland und Österreich das Jurastudium, ohne zu wissen, welchen Beruf sie später einmal damit ergreifen möchten, und finden auch in der Referendariats- und Anwärterzeit keine Antwort darauf<sup>5</sup>. Andere Protagonisten scheinen ob der intensiven Bemühungen und der langjährigen Ausbildung ihre Berufsvorstellungen aus den Augen zu verlieren und vergessen, dass sie nicht nur um des Studierens willen studieren. Wieder andere distanzieren sich gerade während der praktischen Ausbildungszeiten wieder von ihren jahrelang gehegten Berufswünschen, weil die Diskrepanz zwischen dort erlebter Realität und den eigenen Vorstellungen zu groß geworden ist.

Im Ergebnis herrscht jedenfalls bei zu vielen Studierenden zu lange Ungewissheit über den späteren Beruf vor, und eine Entscheidung über die Berufswahl wird immer wieder vertagt. Allenfalls zeichnen sich bei einigen grundsätzliche Tendenzen ab, zum Beispiel wird der Beruf des Rechtsanwalts gegenüber dem Staatsdienst präferiert oder umgekehrt. Überlegungen zu der Form der Berufsausübung, etwa als angestellter oder als selbständiger Rechtsanwalt, werden darüber hinaus häufig nicht mehr angestellt. Dabei stehen sich damit nicht nur zwei grundsätzlich unterschiedliche Erwerbsmodelle gegenüber, sondern auch im Angestelltenverhältnis ist das Spektrum weit. Sehr weit. Denn die Arbeitswirklichkeiten im Angestelltenverhältnis mit kleinen, provinziell gelegenen Sozietäten mit zwei, drei Berufsträgern bis hin zu großen internationalen Wirtschaftskanzleien in Großstädten mit mehreren hundert oder tausend Berufsträgern weltweit sind extrem unterschiedlich. Häufig wird erst nach dem Ende der Referendariats- bzw. Berufsanwärterzeit eine konkrete Entscheidung, quasi als Reaktion auf alle bis dahin gemachten Erfahrungen und erreichten Noten, getroffen. Selbstverständlich ist dies auch zum einen dem Umstand geschuldet, dass die beruflichen Möglichkeiten ganz entscheidend von den erreichten Punkten bzw. Noten abhängen, die die Studierenden selbstverständlich erst nach Abschluss des 2. Staatsexamens und der Rechtsanwaltsprüfung kennen können und ihnen grundsätzlich dieser Zusammenhang bewusst ist. Schließlich ist der Zugang zu manchen Berufen mit mehr oder weniger starren Notenvoraussetzungen bei insgesamt nur mäßigen Ergebnissen nicht nur erschwert, sondern so gut wie ausgeschlossen. Zum anderen versprechen sich viele Referendare und Rechtsanwaltsanwärter gerade von den sich dem Studium anschließenden praktischen Ausbildungszeiten wichtige Einblicke, die sie zunächst abwarten und in ihre Berufswahl einfließen lassen möchten.

Diese Haltung vieler Studenten und mangelndes Urteilsvermögen hinsichtlich der Berufswahl und die infolgedessen ausbleibende erforderliche konsequente Ausrichtung der Ausbildung daran darf jedoch keinesfalls verurteilt werden. Dies gilt nicht nur, weil die Gründe dafür nachvollziehbar sind. Auch die gänzlich fehlende Berufserfahrung der Studierenden – von wenigen Fällen einmal abgesehen – erschwert ihnen eine frühere Entscheidung für einen bestimmten Beruf in einem bestimmten Umfeld.

---

<sup>5</sup> Vor allem die in der Berufswahl noch unsicheren Abiturienten entscheiden sich häufig für ein Jura- bzw. Jusstudium. Weit verbreitet ist dabei nach wie vor der Irrglaube, dass man mit diesem Studium später einmal alles machen kann, dazu s. unten.

Vielmehr muss das völlig unzureichende Informationsangebot über juristische Betätigungsfelder mit detailliert beschriebenen Anforderungen, die sich nicht nur auf Notenvoraussetzungen beschränken, kritisiert und verurteilt werden. Selbst dem noch so interessierten Studierenden bleibt häufig nur die Möglichkeit, sich im Internet über die verschiedenen Berufsbilder und ihre Voraussetzungen zu informieren<sup>6</sup>. Ausführlichere Informationen aus erster Hand kann er regelmäßig nur von ihm nahestehenden Personen erfahren. Dies setzt jedoch voraus, dass er überhaupt auskunftsbereite Verwandte, Freunde und Bekannte hat, die juristischen Berufen nachgehen oder deren Ausgangspunkt zumindest eine juristische Ausbildung gewesen ist. Einzelne angebotene Informationsveranstaltungen zu den Berufsaussichten und Betätigungsfeldern des juristischen Nachwuchses kommen, wenn überhaupt, zu spät und erschöpfen sich viel zu häufig in der Darstellung der bisweilen immer noch klassischen, aber zunehmend überholten Einteilung in Rechtsanwalt, Richter bzw Staatsanwalt und den öffentlichen Dienst bei Behörden<sup>7</sup>. Der Student, Referendar bzw Konzipient wird zu sehr sich alleine überlassen, und Hilfestellungen in diesem für ihn so wichtigen Punkt findet er kaum. Nicht nur das Gefälle zwischen Arbeitsuchenden und offenen Stellen wird immer größer, sondern immer größer wird die Anzahl derer, die hochqualifiziert auf der Strecke bleiben. Und als hochqualifiziert kann man generell alle bezeichnen, die letztlich die zahlreichen Prüfungen zum Volljuristen bzw Rechtsanwalt bestanden haben. Wer nur den Betroffenen fehlende Eigenverantwortung, Weitsicht und Selbstreflexion vorwirft, übersieht ihre nur begrenzten Möglichkeiten, sich zu informieren, und verkennt vor allem, dass Schuldzuweisungen zu keiner längst überfälligen Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes führen.

Die Studierenden hören dagegen in jeder Phase ihrer Ausbildung immer wieder, wie wichtig gute Abschlussnoten sind. Eine Aussage, die in der Tat noch nie so zutreffend wie heute gewesen sein dürfte. Es steht fest, dass Noten das wesentliche und primäre Unterscheidungsmerkmal und zudem ein allgemein anerkanntes Qualitätskriterium für Juristen sind. Dennoch eine gleich mit mehreren Fragezeichen zu versehenen Tatsache, wenn man sich vergegenwärtigt, dass in Deutschland Examensprüfungen ausschließlich das Lösen von meist konstruierten Sachverhalten zum Gegenstand haben. Lediglich Darbietungsform und damit Lösungsumfang variieren bei der Hausarbeit, den Klausuren und dem mündlichen Aktenvortrag. Freilich ist die ausschließliche rechtliche Beurteilung von Sachverhalten mit der Erörterung möglicher Ansprüche der Beteiligten eine Fähigkeit, die jeder Jurist beherrschen sollte und die von überragender Bedeutung für die Praxis ist. Ohne Zweifel eine Königsdisziplin, weil sie über die bloße Reproduktion des Erlernten hinausgeht. Aber lässt sich tatsächlich das Bild der Allgemeinheit als auch der Anspruch der Personalverantwortlichen an einen guten Juristen darauf reduzieren? Zu welchen eklatanten Verschiebungen könnte es kommen,

---

<sup>6</sup> Eine empfehlenswerte Möglichkeit ist dabei sicherlich, die aktuellen Stellenangebote für den präferierten Job aufzurufen und sich mit dem vorgesehenen Anforderungsprofil auseinanderzusetzen.

<sup>7</sup> Diese Informationsangebote sind selbstverständlich loblich hervorzuheben und bieten dem angehenden Juristen immerhin eine erste Orientierung, vor allem wenn es den Organisatoren gelingt, Berufsvertreter der vorgestellten Berufsfelder als Referenten zu gewinnen.

wenn man den Prüfungsmodus verändert<sup>8</sup>? Wie würden die Prüfungsergebnisse Einzelner aussehen, wenn man zusätzlich auch persönliche Fähigkeiten, wie kommunikative und soziale Kompetenzen oder gar Belastbarkeit, Durchsetzungsvermögen und Verhandlungsgeschick mit einbezieht<sup>9</sup>? Allerdings hilft diese Diskussion den vielen Absolventen nicht weiter, die möglichst bald einen Berufseinstieg finden müssen. Selbst die durch eine öffentliche Diskussion zu erzielende sukzessive Sensibilisierung der Personalverantwortlichen hinsichtlich der stattfindenden Reduzierung des Bewerbers auf die erzielten Noten wie auch ein anderes Prüfungsverfahren würden nichts daran ändern, dass in der deutschen und österreichischen Leistungsgesellschaft die Absolventen mit den besten Noten gesucht und eingestellt werden. Auch wenn gute oder sehr gute Prüfungsleistungen natürlich kein Garant für entsprechende Arbeitsergebnisse sind, ist zuzugeben, dass Noten ein allen schnell zugängliches Kriterium sind und die besten Absolventen mit großer Wahrscheinlichkeit auch im Beruf ihre zumindest durch gute Noten belegte hohe Leistungs- und Lernbereitschaft beibehalten. Also müssen wir uns weiter mit dem Status quo auseinandersetzen.

Mittlerweile vertreten nicht wenige in Deutschland die Auffassung, dass ohne wenigstens ein befriedigendes Staatsexamen, das möglichst im zweiten Staatsexamen erreicht werden sollte, die Aussichten, in absehbarer Zeit in ein angemessen bezahltes Vollzeitverhältnis zu gelangen, sehr schlecht sind<sup>10</sup>. Dabei sprechen sie Bewerbungen auf rein juristische Tätigkeiten jener Absolventen mit nur durchschnittlichen, also ausreichenden Examen fast unabhängig von sonstigen fachlichen und persönlichen Qualifikationen grundsätzlich jegliche Erfolgsaussichten ab. Wenn auch nicht die existenzielle Bedeutung dieser Aussage jedem Studenten bewusst ist, so dürfte jedem der Hinweis auf die Wichtigkeit gute Noten hinlänglich bekannt sein. Aber was hat die Verbreitung dieser gesicherten Erkenntnis bisher genutzt? Betrachtet man die Ergebnisse, so ist die Verteilung auf die einzelnen Notenstufen relativ konstant, auch wenn gerade in den letzten Jahren leicht ansteigend. Der Einfluss dieses seit langem gebetsmühlenartig wiederholten Hinweises dürfte damit eher gering sein und zu keinen signifikanten Veränderungen des Notenniveaus insgesamt und damit der Leistungen des Einzelnen führen. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die Leistungen angesichts des offen kommunizierten und allgemein bekannten Notendruckes im Durchschnitt besser werden, aber in falsch verstandener guter alter Tradition die gezeigten Leistungen von den Verantwortlichen im bekannten Verhältnis auf die einzelnen Notenstufen verteilt werden. Selbst unter den Prämissen, dass die Leistungen besser werden und zudem diese entsprechend besser bewertet werden, steht jedoch zu befürchten, dass aufgrund der größeren Verfügbarkeit von Absolventen der höheren Notenränge die Noten und Punkteanforderungen im ähnlichen Verhältnis wachsen. Aufgrund des extremen Überangebots an Juristen, insbesondere von Berufsanfängern, und einer vor allem bei Juristen ohne Berufserfahrung sehr geringen Nachfrage könnte es dann nur in etwa gleichem Verhältnis zu einer Verschiebung der Notenanforderungen nach oben kommen. Damit wäre wiederum niemandem geholfen.

---

<sup>8</sup> Dabei müssen nicht gleich MC-Fragen für einzelne Prüfungsteile eingeführt werden, die sich viel besser für naturwissenschaftliche Fächer eignen und sich dagegen bei wertenden Wissenschaften wie der Rechtswissenschaft nicht gut eignen dürften.

<sup>9</sup> Dafür objektive und vergleichbare Wertungsmaßstäbe zu finden dürfte allerdings kaum gelingen.

<sup>10</sup> Diese Auffassung teilen selbst Vorsitzende von Prüfungskommissionen.

Möglicherweise ist sogar in diesem Zusammenhang der Fingerzeig auf den aussichtsreichen Absolventen mit Prädikat eher kontraproduktiv. An der Richtigkeit auch dieser Aussage bestehen keine Zweifel. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Berufseinsteigern ohne Prädikats(examen) manche Bereiche ohne Wenn und Aber wohl verschlossen bleiben. So richtig wie die Aussage auch ist, so problematisch kann sie für den einzelnen Studenten sein. Sie kann ihm suggerieren, dass ausschließlich Prädikatsjuristen Chancen auf interessante und gut bezahlte Jobs haben und alle anderen zum Scheitern verurteilt sind. Dem ist natürlich nicht so. Vielen Studierenden ist aber bekannt, dass nur etwa ein Zehntel im ersten und zweiten Staatsexamen die Note „vollbefriedigend“ oder besser in Deutschland erreicht<sup>11</sup>. Nicht wenige von ihnen werden sowohl im ersten als auch im zweiten Staatsexamen ein Prädikatsexamen erreicht haben, sodass die Anzahl mit wenigstens einem Prädikatsexamen noch kleiner ist. Es ist wohl realitätsfern, anzunehmen, dass die Motivation vor diesem bekannten Hintergrund bei der Mehrheit der Studierenden größer wird, mehr zu lernen und mithin bessere Noten zu erzielen. Überwiegend dürfte sich dies demotivierend auf das Lernpensum und die Lernbereitschaft auswirken. In dem lernintensiven juristischen Studium ist jedoch die Motivation des Einzelnen eine wichtige Einflussgröße und Voraussetzung für gute Studienergebnisse, sodass alles, was Lähmungen verursachen könnte, vermieden werden sollte.

Dagegen hoffnungslos antiquiert und hoffentlich hinreichend entlarvt ist die Aussage, dass man nach einer juristischen Ausbildung alles machen kann. So undifferenziert über die berufliche Zukunft von Nachwuchsjuristen zu sprechen, ist verantwortungslos geworden. Denn allenfalls der kleine Bruchteil, der eben weit überdurchschnittliche Noten erzielen konnte, kommt zumindest dem Grundsatz nach oder – genauer formuliert – den Notenanforderungen nach zunächst für nahezu jede berufliche Tätigkeit in Betracht. Mithin ist also die Aussage nicht nur ungenau, sondern auch falsch. Die Realität sieht schon lange ganz anders aus und kann sich nur desillusionierend auf die Absolventen auswirken. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, dass es zwar außerhalb klassischer Berufe und rein juristischer Tätigkeiten interessante und sehr vielversprechende Berufseinstiegsmöglichkeiten<sup>12</sup> gibt, die aber viele Absolventen aufgrund der gegenwärtigen Lage erst erkennen, wenn der Ausbildungsverlauf abgeschlossen ist und entsprechende Ausrichtungen verpasst worden sind. Im Gegensatz zu den USA ist zudem leider in Deutschland und Österreich die eingeschlagene Fachrichtung der Universitätsabsolventen ein limitierender Faktor, der „fachfremde“ Tätigkeiten grundsätzlich nur schwer ermöglicht.

Auch wenn diese Behauptungen wohl keinem empirischen Beweis zugänglich sind und damit spekulativ bleiben, dürfte letztlich den Studierenden mit den sicherlich gut gemeinten, aber nur grundsätzlichen Hinweisen und Ermahnungen nicht viel geholfen sein.

---

<sup>11</sup> Vgl unter [www.bmj.bund.de/files/-/3503/Ausbildungsstatistik%202007.pdf](http://www.bmj.bund.de/files/-/3503/Ausbildungsstatistik%202007.pdf).

<sup>12</sup> Wenigstens beispielhaft sollen hier die insbesondere von großen Firmen aufgelegten Nachwuchsmanagementprogramme und ausgeschriebenen Positionen als Geschäftsführungs- und Vorstandsreferenten/-assistenten und Unternehmensberater genannt werden, die bisweilen auch einen juristischen Ausbildungshintergrund zulassen.

## C. Auswirkungen

Die Auswirkungen dieses Befundes sind deshalb so dramatisch und alarmierend, weil die Absolventen ihren Ausbildungsweg nach Abschluss in der Regel kaum mehr verändern können. Die erreichten Noten in den Staatsexamina bzw Diplom und Anwaltsprüfung können ebenso wenig wie die mit Wahlfächern und noch viel mehr mit den gewählten Stationen<sup>13</sup> während des Referendariats bzw der Anwärterzeit gesetzten Schwerpunkte ausgetauscht werden. Das alles bildet bis auf weiteres eine Konstante. Auch ein während der praktischen Ausbildungszeiten ausgebliebener mehrmonatiger Auslandsaufenthalt etwa in einem englischsprachigen Land kann häufig nicht mehr nachgeholt werden. Vor allem die erreichten Noten begleiten den Absolventen häufig sogar viele Jahre über den Berufseinstieg hinaus und entscheiden über Wohl und Wehe auch zukünftiger Bewerbungen. In kaum einer anderen Disziplin ist die Bedeutung guter Studienergebnisse so groß. Das zeigt sich deutlich an der strengen Proportionalität zwischen guten Noten und den Erfolgsaussichten auf einen Job, insbesondere in den höheren Einkommensklassen<sup>14</sup>. Auswege für diejenigen, die lediglich durchschnittliche Ergebnisse erreicht haben, gibt es kaum. Denn der durchschnittliche Absolvent sieht sich wiederum mit seinen bisher erreichten Noten konfrontiert, wenn er die vielzitierten Zusatzqualifikationen nach dem 1. oder 2. Staatsexamen bzw Diplom oder Rechtsanwaltsprüfung erwerben möchte.

Dies gilt zumindest dann, wenn eine Promotion angestrebt wird oder ein internationaler Titel wie der LL.M. in Deutschland oder gleich im Ausland erworben werden soll. Neben den Promotionsordnungen in Deutschland, die schon mittlerweile seit vielen Jahren ausnahmslos gehobene Noten voraussetzen, finden sich allerdings bei einigen LL.M.-Studiengängen und weiteren juristischen Ergänzungs- und Aufbaustudiengängen Möglichkeiten, vorausgesetzte Noten etwa durch nachgewiesene Berufserfahrung in dem bestimmten Bereich zu kompensieren. Diese Berufserfahrung muss jedoch erst einmal erworben werden können, sodass auch diese Lösung bereits einen erfolgreichen Berufseinstieg voraussetzt.

Ein zweites Studium dürfte sich dagegen angesichts des wegen der Grundwehrdienstzeit vor allem bei den männlichen Akteuren fortgeschrittenen Lebensalters und der zunehmenden Notwendigkeit, Geld zu verdienen, anstatt es für ein weiteres Studium auszugeben, noch schneller erledigt haben. Mit anderen Worten, wer durchschnittliche Noten mit Promotion, LL.M. oder Zweitstudium kompensieren möchte oder sich gar damit für die vergleichsweise wenigen, aber sehr hoch dotierten Jobs mit entsprechendem Anforderungsprofil empfehlen möchte, dem sind die Hände gebunden.

## D. Schlussfolgerung

Es ist daher alles daran zu setzen, die Orientierungslosigkeit der Studierenden zu verringern und sie bereits möglichst früh und realitätsnah über die verschiedenen Berufsmöglichkeiten und vor allem auch deren Voraussetzungen zu informieren. Wenn

---

<sup>13</sup> Dies gilt auch schon für die zumindest in Deutschland in allen Bundesländern vorgesehenen Praktika während des Studiums.

<sup>14</sup> In weitaus abgeschwächter Form gilt dies auch für die bereits im Studium und Referendariat gesuchte und vorgenommene Spezialisierung auf bestimmte Rechtsgebiete.

dies gelingt und für die vielen Studierenden ausreichende und frühzeitige Informationsangebote geschaffen werden, denen sich klare Aussagen bis hin zu Handlungsempfehlungen entnehmen lassen, könnten zukünftige Absolventen rechtzeitig ihre Ausbildung nach ihrem persönlichen Berufswunsch ausrichten, der sich vor diesem Hintergrund auch schneller herausbilden würde. Dabei wäre auch genau aufzuzeigen, wie die anvisierten Berufe mit bestimmten Notenstufen korrelieren. Auf diesem Wege würde der Zusammenhang besser in das Bewusstsein der Studierenden gelangen und sich im besten Fall unter ihnen die so wichtige „Hodie studiosus, mane candidatus“-Mentalität<sup>15</sup> ausbreiten können. Denn die Anzahl derer, die allein aufgrund von Beziehungen unabhängig von ihrem Ausbildungserfolg und -verlauf einen Job ohne Bewerbungsverfahren sicher haben, dürfte verschwindend gering sein. Dies dürfte ebenso für jene gelten, die sofort im Anschluss an die Ausbildung eine eigene Kanzlei gründen möchten und dies vor allem nicht aus der Not geboren tun. Ein selbstentwickeltes Verständnis dürfte eine höhere Lernmotivation als äußere Ermahnungen und Ratschläge nach sich ziehen. Im Idealfall könnten nicht nur bessere Noten erzielt, sondern die Ausbildung besser geplant und auf die Anforderungen des jeweiligen Berufes und der Branche abgestimmt werden. Sei es durch im Ausland erworbene Sprachkenntnisse, sei es durch Ausbildungsschwerpunkte in einzelnen Rechtsgebieten. Allein einen für die angestrebte Tätigkeit zielgerichteten Ausbildungsverlauf vorweisen zu können, macht auf Personalverantwortliche einen guten Eindruck und zeugt von großem Interesse. Etwas bessere Noten, bereits vorzuweisende erforderliche Qualifikationen und ein stringenter Ausbildungsverlauf erhöhen die Aussichten der Bewerber erheblich. Dazu muss in Zukunft aber viel mehr zu diesem Thema zu lesen und zu hören sein, als es bisher der Fall gewesen ist. Dieser Aufruf richtet sich freilich an alle, die mit der Ausbildung befasst sind. Auch privatwirtschaftliche Repetitorien sollten sich diesem Thema annehmen und Informationsangebote schaffen. Momentan befinden sich allein in Deutschland etwa 100.000 junge Menschen in der Ausbildung. Noch einmal gilt es angesichts des dramatischen Missverhältnisses zwischen Absolventen und offenen Stellen für Juristen zu betonen, dass solche Angebote für die meisten Studierenden weniger als Karriereplanung zu qualifizieren sind, sondern als dringend benötigte Hilfestellung, die ihnen lediglich eine Anstellung nach der langjährigen Ausbildung in absehbarer Zeit ermöglichen soll.

Diesen Beitrag möchte ich gerne *Wolfgang Zankl* widmen, der nicht nur viel bewegen wollte, sondern bereits viel bewegt hat. Angesichts dessen könnte er dieses Jahr auch einen anderen runden Geburtstag feiern. Zu seinem 50. Geburtstag wünsche ich ihm und seiner Familie alles Gute!

---

<sup>15</sup> „Heute Student, morgen Bewerber-Mentalität“.





# **Die Vorbereitung der Aufsichtsratssitzung durch Hilfskräfte**

*Dr. Christian Temmel, MBA (Oxford), Wien*

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern als höchstpersönliches Amt, das grundsätzlich nicht an Dritte weitergegeben werden kann. Es soll geklärt werden, ob und inwiefern Dritte an der Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen mitwirken dürfen, ohne gegen das Gebot der Höchstpersönlichkeit und der Vertraulichkeit zu verstoßen.

## **A. Einleitung**

Das AktG sieht vor, dass Aufsichtsratsmitglieder ihre Aufgaben grundsätzlich persönlich wahrzunehmen haben. Eine generelle Vertretung oder Übertragung der Aufsichtsratsagenden an Dritte ist nicht zulässig. Nur in eng definierten Ausnahmefällen ist eine Vertretung von Aufsichtsratsmitgliedern erlaubt.

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Aufsichtsratsmitglieder Persönlichkeiten des Wirtschaftslebens sind, wie etwa Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Vertreter von Kreditinstituten<sup>1</sup> oder Gebietskörperschaften oder Berater, die die Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen oftmals nicht selbst besorgen, sondern diese durch eigene Mitarbeiter ganz oder teilweise wahrnehmen lassen. Diesen Mitarbeitern werden die Unterlagen für die jeweils nächste Aufsichtsratssitzung vom Aufsichtsratsmitglied regelmäßig zur Aufbereitung und Durchsicht weitergeleitet. In manchen Fällen werden auch externe Berater, wie Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte oder technische Experten, hinzugezogen. Diese Vorbereitungsarbeiten können dazu beitragen, Aufsichtsratsmitglieder arbeitsmäßig zu entlasten und die Entscheidungsgrundlagen fundiert aufzubereiten.

Es soll im Folgenden aufgezeigt werden, ob – und wenn ja, inwieweit – die Wahrnehmung dieser Vorbereitungsarbeiten durch Hilfskräfte von Aufsichtsratsmitgliedern einerseits dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit des Aufsichtsratsmandats entspricht und andererseits, ob die Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder dadurch verletzt wird.

## **B. Die persönliche und vertrauliche Amtswahrnehmung**

### **B.I. Höchstpersönlichkeit des Aufsichtsratsmandates**

Ein Mandat als Mitglied eines Aufsichtsrates ist stets eine höchstpersönliche Aufgabe, die grundsätzlich nicht an einen Dritten übertragen werden kann. Jene Person, die als Aufsichtsratsmitglied gewählt, bestellt oder entsandt wurde, ist verpflichtet, die Funktion (höchst)persönlich wahrzunehmen. § 95 Abs 7 AktG statuiert diesen Grundsatz der höchstpersönlichen Aufgabenerfüllung durch Aufsichtsratsmitglieder, indem

---

<sup>1</sup> Trotz Abschaffung des „Bankenprivilegs“ in § 86 AktG (alte Fassung) durch das GesRÄG 2006 sind in der Praxis immer noch zahlreiche Vertreter von Kreditinstituten Aufsichtsratsmitglieder.

klar und unmissverständlich festgelegt wird, dass „die Aufsichtsratsmitglieder ihre Obliegenheiten nicht durch andere ausüben lassen können.“<sup>2</sup> Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass Aufsichtsratsaufgaben nicht auf Dritte übertragen werden, die weder das Vertrauen der Aktionäre genießen noch sich vor diesen und der weiteren Öffentlichkeit für ihre Arbeit verantworten müssen.

Nur wenn die Satzung vorsieht, dass ein Aufsichtsratsmitglied ein anderes schriftlich mit seiner Vertretung betraut, ist ausnahmsweise die Vertretung eines Aufsichtsratsmitgliedes zulässig (§ 95 Abs 7 AktG). Dieses Recht kann immer nur in Bezug auf eine einzelne Sitzung des Aufsichtsrates oder eines seiner Ausschüsse, dh niemals in genereller Form und niemals im Zusammenhang mit einer schriftlichen Abstimmung im Umlaufweg ausgeübt werden.<sup>3</sup> Daraus folgt, dass der Gesetzgeber eine Vertretung nur als Ausnahmefall mit sehr engen Grenzen ermöglichen wollte.

## B.II. Verschwiegenheitspflicht für Aufsichtsratsmitglieder

Als Konsequenz der Höchstpersönlichkeit der Aufsichtsrats Tätigkeit und als Ausfluss des Treueprinzips ergibt sich, dass die den Aufsichtsratsmitgliedern im Rahmen ihrer Tätigkeit offengelegten Informationen vertraulich durch sie zu behandeln sind. Die Verschwiegenheitspflicht ist für Aufsichtsratsmitglieder gesetzlich nicht *expressis verbis*, sondern durch ausdrücklichen Verweis normiert<sup>4</sup>. Die Verschwiegenheitspflicht ist unbestritten eines der tragenden Prinzipien der Aufsichtsrats Tätigkeit<sup>5</sup>: Durch Verweisung wird festgelegt, dass die Sorgfaltspflichten der Vorstandmitglieder auch für die Aufsichtsratsmitglieder gelten (§ 99 iVm § 84 Abs 1 AktG)<sup>6</sup>.

Jedes Aufsichtsratsmitglied ist daher verpflichtet, die ihm übertragenen Aufgaben mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84 Abs 1 AktG) auszuführen. Die Sorgfaltspflicht eines ordentlichen und auch gewissenhaften Geschäftsleiters umfasst auch die Pflicht zur Verschwiegenheit<sup>7</sup>. Das bloße Fehlen einer unmittelbaren Anordnung zur Verschwiegenheit, wie sie etwa im deutschen

---

<sup>2</sup> *Reischauer*, ÖJZ 1990, 451; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 95 Rz 128; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 95–97 Rz 83; *Hüffer*, AktG<sup>7</sup> § 111 Rz 23; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>4</sup> Rz 757ff; *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied<sup>6</sup> 154ff.

<sup>3</sup> *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 95–97 Rz 85.

<sup>4</sup> Vgl im Gegensatz dazu *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten<sup>4</sup> Rn 248 ff zur ausdrücklich gesetzlich nominierten Verpflichtung zur Verschwiegenheit für Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 93 Abs 1 dAktG; *Kalss* in *Münchener Kommentar zum AktG*<sup>2</sup> § 116 Rz 790.

<sup>5</sup> *Temmel*, Der Aufsichtsrat – Ein Handbuch für die Praxis 120ff; *Kittel*, Handbuch für Aufsichtsratsmitglieder 118f.

<sup>6</sup> *Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit 340 ff; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 98, 99 Rn 39; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 99 Rz 21ff; zur Frage der strafrechtlichen Verantwortung *Ruhm*, RdW 2005, 736ff.

<sup>7</sup> *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 77–84 Rn 86ff; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten<sup>4</sup> Rn 248 sehen die Verschwiegenheitspflicht sehr weitgehend und meinen, dass die Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern mit jener von Anwälten, Notaren und Priestern zu vergleichen ist, da diese auch nicht eigennützig, sondern im Fremdinteresse handeln.

AktG<sup>8</sup> besteht, schadet dem Bestehen der Verschwiegenheitspflicht nach österreichischem Recht nicht. Der Verweis auf die Sorgfaltspflichten der Vorstandsmitglieder für Aufsichtsratsmitglieder ist ebenfalls eine ausdrückliche Anordnung zur Verschwiegenheit.

### B.III. Umfang der Verschwiegenheitspflicht

Die Verschwiegenheitspflicht umfasst nicht nur vertrauliche Angaben, wie in § 84 Abs 1 AktG angeführt, sondern alle Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wie etwa finanzielle Unternehmensdaten, Strategien, Lieferanten- und Abnehmerdaten, Produktionsverfahren, Beratungs- und Abstimmungsgeheimnis<sup>9</sup>. Darunter fallen auch alle Informationen, die nur einem Aufsichtsratsmitglied (oder mehreren Aufsichtsratsmitgliedern) aufgrund seiner (oder ihrer) Funktion zugänglich sind und die sich auf ein bestimmtes Unternehmen oder einen Betrieb beziehen<sup>10</sup>.

In der Praxis bedeutet dies, dass es sich bei derartigen Informationen um fast jede Art unternehmerischer Entscheidungen handeln kann, wie etwa geplante Akquisitionsvorhaben, Kreditaufnahmen, Umstrukturierungen oder die Aufnahme neuer Produktionsarten oder Produktarten. Allgemein formuliert, fallen jedenfalls Informationen darunter, die Gegenstand der Zustimmung des Aufsichtsrates gemäß dem Katalog des § 95 Abs 5 AktG sind<sup>11</sup>. Aber die Verschwiegenheitspflicht geht noch weiter. Nicht nur bereits beschlossene Geschäfte, sondern auch angedachte Maßnahmen sind darunter zu subsumieren. Bereits grobe Überlegungen, etwa eine Unternehmensakquisition oder Anteilsveräußerung vorzunehmen, können daher unter die Verschwiegenheitspflicht fallen<sup>12</sup>. Geschützt sind jene Informationen, an deren Geheimhaltung die Gesellschaft ein Interesse hat. Auch vom Vorstand erhaltene Berichte unterliegen der Verschwiegenheit<sup>13</sup>. Die subjektive Einschätzung eines Vorstandsmitglieds oder einzelner Aufsichtsratsmitglieder ist dabei irrelevant. Vielmehr kommt es auf das objektive Interesse an der Geheimhaltung an, welches in der Regel dann gegeben ist, wenn die Offenlegung der Tatsache zu einem Schaden für die Gesellschaft führen kann<sup>14</sup>. Die Vertraulichkeit bezieht sich somit auf das Verhältnis des einzelnen Organmitglieds zu Dritten und setzt voraus, dass die Gesellschaft ein Geheimhaltungsinteresse hat. Es muss jedenfalls die abstrakte Möglichkeit bestehen, dass durch die Weitergabe der Information an Nichtmitglieder die Möglichkeit eines Schadens der Gesellschaft besteht. Das Unternehmensinteresse bestimmt damit die Reichweite der Verschwiegenheitspflicht<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> Hüffer, AktG<sup>7</sup> § 93 Rz 6ff; Krieger/Sailer in K. Schmidt/Lutter, AktG § 93 Rz 17ff; Vetter in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch der börsennotierten AG<sup>2</sup> § 29 Rz 12ff.

<sup>9</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 99 Rz 29.

<sup>10</sup> Zu den Begriffen „Vertrauliche Angaben“ und „Geheimnisse der Gesellschaft“ vgl Hoffmann-Becking in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4: AG<sup>2</sup> § 25 Rn 39.

<sup>11</sup> Temmel, Der Aufsichtsrat – Ein Handbuch für die Praxis 120.

<sup>12</sup> Zahlreiche Beispiele bei Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten<sup>4</sup> Rn 263ff.

<sup>13</sup> Bosse, DB 2002, 1592 (1594).

<sup>14</sup> Marsch-Barner in Semler/v. Schenk, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>2</sup> § 12 Rz 9.

<sup>15</sup> Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 99 Rz 30.

Die Vertraulichkeit gründet sich daher auch darauf, dass durch die Aufsichtsrats-tätigkeit Einsichtsmöglichkeiten in die Vermögenssphäre der Gesellschaft eröffnet werden und die Einflussnahme auf die Belange der Gesellschaft zulässig wird, was – wie beispielsweise auch bei der Haftung aus culpa in contrahendo im vorvertraglichen Schuldverhältnis – besondere Rücksichtspflichten bedingt. Für den Aufsichtsrat (und seine Mitglieder) bedeutet dies, dass Informationen immer dann geheimzuhalten sind, wenn ihre Weitergabe das Vertrauensverhältnis zwischen der Aktiengesellschaft und dem Aufsichtsratsmitglied beeinträchtigen würde<sup>16</sup>.

## **C. Hinzuziehung von Hilfspersonen**

### **C.I. Der Grundgedanke**

Die Mitgliedschaft in einem Aufsichtsrat darf, wie oben dargestellt, nur höchstpersönlich ausgeübt werden. Weiters müssen die einem Aufsichtsratsmitglied übermittelten Informationen vertraulich behandelt werden. Die Höchstpersönlichkeit bedeutet jedoch auch, dass ein Aufsichtsratsmitglied seine Aufgaben oder einen wesentlichen Teil davon nicht laufend einem Außenstehenden zur selbständigen Erledigung übertragen darf. Dadurch könnte auf die Dauer nicht nur die Vertraulichkeit leiden, es besteht vor allem auch die Gefahr, dass die vom Aufsichtsrat in eigener Verantwortung zu treffenden Entscheidungen entgegen dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit allgemein zu stark nach außen verlagert werden und dadurch der Geheimhaltungspflicht zuwiderlaufen<sup>17</sup>.

Andererseits sollen Aufsichtsratsmitglieder die Möglichkeit haben, ihr Aufsichtsratsamt so professionell wie möglich wahrzunehmen. In der heutigen Zeit werden große Datenmengen per E-Mail an zahlreiche Personen übermittelt, sodass teilweise eine „Überfrachtung mit Informationen“ stattfindet, die eine Aufsichtsrats-tätigkeit, insbesondere wenn mehrere Aufsichtsratsmandate in großen Konzerngesellschaften wahrgenommen werden, teilweise unmöglich erscheinen lassen. Es stellt sich daher die Frage, ob und inwieweit Dritte Aufsichtsratsmitglieder bei der Vorbereitung der Aufsichtsratssitzungen unterstützen dürfen.

### **C.II. Das Spannungsverhältnis der Interessen**

Es ist ein unbestreitbares Faktum, dass zahlreiche Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer Aufsichtsratsfunktionen in anderen Unternehmen wahrnehmen. Dies hat zweifelsfrei auch unübersehbare Vorteile, nämlich dass Erfahrung und Wissen dieser Personen auf diese Weise auch dem überwachten Unternehmen zugute kommen. Sieht man sich lediglich die Vorstandsmitglieder jener Unternehmen an, die an der Wiener Börse notieren, wird man feststellen, dass die meisten dieser Vorstandsmitglieder auch Aufsichtsratsmandate in anderen Gesellschaften wahrnehmen. Darüber hinaus nehmen auch Berater, wie Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater, Aufsichtsratsmandate wahr.

Während die Unterstützung von Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern oder anderen leitenden Mitarbeitern für Unternehmenszwecke durch die eigenen Mitarbeiter des jeweiligen Unternehmens erfolgt, können Aufsichtsratsmitglieder nicht auf diese

---

<sup>16</sup> Ausführlich dazu *Marhold*, Aufsichtsrats-tätigkeit und Belegschaftsvertretung 202ff.

<sup>17</sup> BGHZ 85, 293 = DB 1983, 165.

Ressourcen zurückgreifen: Die Überwachungsfunktion erfordert per se eine Unabhängigkeit vom überwachten Unternehmen. Wollen sich Aufsichtsratsmitglieder daher bei ihrer Tätigkeit unterstützen lassen, müssen sie auf andere Ressourcen als jene des überwachten Unternehmens zurückgreifen. Die Frage lässt sich beispielhaft wie folgt formulieren: Was darf der Vorstandsvorsitzende der Gesellschaft A tun, wenn er Unterlagen in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied der Gesellschaft Z erhält? Oder: Darf Rechtsanwalt B, der Mitglied des Aufsichtsrates der Gesellschaft X ist, seine Mitarbeiter bei der Sitzungsvorbereitung einbeziehen? Oder läge darin ein Verstoß gegen das Verbot der Höchstpersönlichkeit des Aufsichtsratesmandates und der Verschwiegenheitspflicht?

### **C.III. Ein Lösungsansatz**

Die Höchstpersönlichkeit und die Verschwiegenheitspflicht dürfen nicht überspitzt ausgelegt werden. Andernfalls wäre es nicht möglich, dass ein Rechtsberater vertrauliche Informationen über seinen Mandanten seiner Assistentin diktiert, ein Arzt Krankheitsdaten über seinen Patienten durch seine Ordinationshilfe in den Computer eingeben lässt oder ein Wirtschaftsprüfer ein diffiziles Steuer- oder Bilanzierungsproblem mit seinem Mitarbeiter bespricht. Der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen nur der Rechtsanwalt, der Arzt oder der Wirtschaftsprüfer, nicht aber die Assistentin des Rechtsanwalts, die Gehilfin des Arztes oder der Mitarbeiter des Wirtschaftsprüfers.

Die Unterstützung kann nun in zweifacher Weise erfolgen, nämlich einerseits durch technische Hilfskräfte, die organisatorisch-technische Leistungen erbringen, oder durch fachliche Hilfskräfte, die ein Aufsichtsratsmitglied inhaltlich bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen. Schließlich kann man auch danach differenzieren, ob es sich bei diesen Hilfspersonen um „interne“ oder „externe“ Hilfspersonen handelt, also Personen, die in die Organisation des Aufsichtsratsmitglieds integriert sind, wie etwa Sekretäre oder Sekretärinnen oder Mitarbeiter von Rechtsabteilungen, und jene Personen, die als externe Berater hinzugezogen werden, wie etwa Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer.

#### **C.III.1. Beiziehung technischer Hilfskräfte**

Werden technische Hilfskräfte beigezogen, steht dem grundsätzlich nichts entgegen, unabhängig davon, ob es sich um interne Hilfskräfte (zB ständige Mitarbeiter des betroffenen Aufsichtsratsmitglieds) oder externe Hilfskräfte (zB nur für eine konkrete Aufgabe eingestellte Personen oder Leiharbeitskräfte handelt).

Zu den technischen Hilfsarbeiten zählen etwa die Abfertigung von Korrespondenz, die Öffnung und Vorlage erhaltener Schreiben, das Einsortieren und die Ablage von Unterlagen nach bestimmten Rastern oder Kriterien. Auch die Organisation von Sitzungen fällt mE darunter. Dies beinhaltet das Buchen von geeigneten Räumlichkeiten, die Bestellung von Verpflegung, die Versendung von Einladungen zu Sitzungen und die personelle oder technische Organisation der Protokollführung.

Die Hinzuziehung von technischen Mitarbeitern führt zu einer Professionalisierung der Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandates<sup>18</sup>. Die Höchstpersönlichkeit der Amtsausübung bezieht sich nach dem Gesetzeswortlaut auf die Überwachungs- und Beratungstätigkeit. Es ist aber nicht gefordert, dass Aufsichtsratsmitglieder etwa selbst

<sup>18</sup> Lutter/Krieger, DB 1995, 258.

ihre Briefe oder E-Mails schreiben oder die Aktenablage selbst besorgen müssen<sup>19</sup>. Solange diese durch das Aufsichtsratsmitglied selbst wahrgenommen wird – etwa durch Studium des Materials, Beratung und Abstimmung in den Sitzungen –, ist die Höchstpersönlichkeit der Amtsausübung nicht betroffen, auch wenn diese Aufsichtsrats-tätigkeit durch untergeordnete Hilfsarbeiten vorbereitet und unterstützt (und nicht etwa partiell ersetzt) wird<sup>20</sup>.

### C.III.2. Beiziehung fachlicher Hilfskräfte

Anders ist die Situation bei der Beiziehung fachlicher Hilfskräfte, wenn es sich um die Unterstützung bei der inhaltlichen Vorbereitung von Aufsichtsratssitzungen handelt.

Grundsätzlich soll eine Beratung über Aufsichtsratsagenden primär im Gesamtauf-sichtsrat stattfinden. Die Entscheidung soll nicht durch Personen vorweggenom-men, die nicht dem Aufsichtsrat angehören.

Der BGH hat in der „Hertie“-Entscheidung vom 15.11.1982<sup>21</sup> einige Grundprinzipien formuliert, die als Richtlinie auch für das österreichische Recht dienen können. Nach dem BGH setzt die persönliche und eigenverantwortliche Amtsausübung voraus, dass ein Aufsichtsratsmitglied diejenigen Mindestkenntnisse und -fähigkeiten besitzen oder sich aneignen muss, die es braucht, um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können<sup>22</sup>. Damit ist nicht vereinbar, dass ein Aufsichtsratsmitglied seine Aufgaben oder einen wesentlichen Teil davon laufend einem Außenstehenden zur selbständigen Erledigung überträgt oder auch nur bei ihrer Wahrnehmung jeweils einen ständigen Berater einschaltet. Denn hierdurch könnte auf die Dauer nicht nur die Vertraulichkeit leiden, es besteht vor allem auch die Gefahr, dass die vom Aufsichtsrat in eigener Verantwortung zu treffenden Entscheidungen entgegen dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit allgemein zu stark nach außen verlagert werden. Dies gilt für die Arbeitnehmer- und Kapitalvertreter im Aufsichtsrat in gleicher Weise. Allerdings führt der BGH weiter aus, dass es andererseits nicht zu erwarten ist, dass jedes Aufsichtsratsmitglied auf sämtlichen Gebieten, auf denen der Aufsichtsrat tätig wird, umfassende Spezialkenntnisse besitzt. Auch können im Aufsichtsrat Fragen auftauchen oder Maßnahmen durchzuführen sein, die über die Fachkunde oder die zeitlichen und technischen Möglichkeiten seiner Mitglieder hinausgehen. Deshalb gibt das AktG dem Aufsichtsrat die Befugnis, Sachverständige zur Beratung über einzelne Gegenstände beizuziehen oder sie für bestimmte Prüfungsaufgaben zu beantragen<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat<sup>3</sup> Rz 549.

<sup>20</sup> *Lutter/Krieger*, DB 1995, 258.

<sup>21</sup> BGHZ 85, 293 = DB 1983, 165.

<sup>22</sup> So auch *Mertens* in *Kölner Kommentar zum AktG*<sup>2</sup> § 111 Rz 25.

<sup>23</sup> Dabei ist zwischen der Möglichkeit der Beiziehung von Sachverständigen im Rahmen einer Aufsichtsratssitzung und außerhalb davon zu unterscheiden: Die Beiziehung von Sachverständigen in einer Sitzung wird regelmäßig durch den Vorsitzenden oder seinen Stellvertreter erfolgen, außerhalb von Sitzungen kann dies jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied auf seine eigenen Kosten tun, jedoch in der Regel auf seine eigenen Kosten und unter Sicherstellung der Verschwiegenheit der beigezogenen Person (dazu auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *Kommentar zum AktG*<sup>4</sup> §§ 92–94 Rn 43; in diesem Sinne auch *Marsch-Barner* in *Semler/v. Schenk*, *Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder*<sup>2</sup> § 12 Rz 47).

In dieser Beschränkung auf konkrete Einzelangelegenheiten kommt wiederum der für den Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit, aber nicht minder für seine einzelnen Mitglieder geltende allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass sie ihre Funktionen nicht generell auf andere abwälzen dürfen. Nur wenn es sich im Einzelfall zur Erfüllung gesetzlicher oder satzungsmäßiger, mit der gesetzlich vorausgesetzten Sachkompetenz allein nicht zu bewältigender Aufgaben als notwendig erweist, kann es angezeigt sein oder sogar zur Pflicht werden, zu einer konkreten Frage externen Rat einzuholen. Das hat gerade auch das einzelne Aufsichtsratsmitglied zu beachten<sup>24</sup>.

Die Grundregel, die sich daraus ergibt, bedeutet, dass lediglich die Einschaltung eines ständigen Beraters unzulässig wäre, der wesentliche Teile der Aufsichtsratsstätigkeit für den jeweiligen Mandatsträger erledigt<sup>25</sup>. Die Verschwiegenheitsverpflichtung von Aufsichtsratsmitgliedern und das Gebot der persönlichen Amtswahrnehmung sind aber kein Hindernis, fachliche Hilfskräfte einzuschalten.

Zu den Tätigkeiten fachlicher Hilfskräfte zählt etwa die Sammlung und Aufbereitung von Daten zu Vorarbeiten für eine Aufsichtsratssitzung<sup>26</sup>. Es ist auch unbedenklich, das ein Aufsichtsratsmitglied die Meinung eines Mitarbeiters zu einem bestimmten Tagesordnungspunkt diskutiert und mit diesem erörtert<sup>27</sup>. Allerdings soll dies nur dann zulässig sein, wenn das Aufsichtsratsmitglied den maßgeblichen Einfluss auf die Steuerung dieser Arbeiten behält und sich vor allem sein Urteil in der Sache selbst ohne Einschränkung bilden kann. In der Regel werden diese Tätigkeiten durch interne Mitarbeiter wahrgenommen.

Die Zuziehung externer Berater ist zwar zulässig, allerdings nur dann, wenn eine Frage zu klären ist, die nicht vom zu erwartenden Wissens- und Erfahrungsstand eines Aufsichtsratsmitglieds abgedeckt wird und eine gesellschaftsinterne Unterstützung unterbleibt oder eine solche nicht zu erwarten ist<sup>28</sup>.

### C.III.3. Verschwiegenheitspflicht von Hilfskräften

Unabhängig davon, ob sich ein Aufsichtsratsmitglied internen Hilfspersonals oder externer Berater bedient, ist wegen des Eingriffs in die Vertraulichkeit und damit in vermögenswerte Positionen der Aktiengesellschaft die Durchbrechung der persönlichen Verschwiegenheitspflicht nur unter Einhaltung maximaler Sicherheit vor Verbreitung zulässig<sup>29</sup>.

Bei externen Beratern erscheint dies unproblematisch, wenn diese regelmäßig aufgrund ihres Berufs- und Standesrechts einer gesetzlich normierten Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Jene externen Berater, die nicht von Berufs wegen zur Verschwie-

<sup>24</sup> BGHZ 85, 293 = DB 1983, 165.

<sup>25</sup> *Marsch-Barner* in *Semler/v. Schenk*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder<sup>2</sup> § 12 Rz 45.

<sup>26</sup> *Potthoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied<sup>6</sup> 154ff.

<sup>27</sup> *Lutter/Krieger*, Hilfspersonen von Aufsichtsratsmitgliedern, DB 1995, 258.

<sup>28</sup> *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 92-94 Rn 43; *Hoffmann-Becking* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band 4: Aktiengesellschaft<sup>3</sup> § 33 Rz 5; BGHZ 85, 293 = DB 1983, 165.

<sup>29</sup> *Marhold*, Aufsichtsratsstätigkeit und Interessenvertretung 222; in diesem Sinne auch *Lutter*, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat<sup>3</sup> Rz 564, der in diesem Zusammenhang von „Offenbarung in schonendster Form“ spricht.

genheit verpflichtet sind, sind durch entsprechende vertragliche Verpflichtungen zur Verschwiegenheit anzuhalten<sup>30</sup>.

Bei internen Hilfspersonen müssen hinreichende Vorkehrungen getroffen werden, um die Vertraulichkeit zu wahren. Diese Vorkehrungen können in einer besonders sorgfältigen Auswahl der Mitarbeiter, der Aufnahme einer Vertraulichkeitsverpflichtung in einen Dienstvertrag und einem regelmäßigen schriftlichen Hinweis auf die Vertraulichkeit oder die Kontrolle der Tätigkeit des Mitarbeiters von Zeit zu Zeit liegen<sup>31</sup>. Verletzt ein Mitarbeiter die Vertraulichkeit, haftet hierfür das Aufsichtsratsmitglied dafür unbeschränkt<sup>32</sup>.

## D. Ergebnis

Die Zulässigkeit der Hinzuziehung von Hilfspersonal bei der Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandates ist eine von der Literatur entwickelte Praxis, die bisher nur einmal in einem Urteil des BGH gebilligt wurde. In Österreich besteht dazu keinerlei Rechtsprechung. Aus diesem Grund sind die Grenzen der Hilfestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch Mitarbeiter nicht klar geregelt.

Eine Abwägung des Interesses der Gesellschaft an einer vertraulichen Behandlung der dem Aufsichtsrat überlassenen Informationen und des durch die jüngeren Unternehmenskrisen verstärkten und ans Licht der Öffentlichkeit gerückten Interesses an einer effektiven Aufsichtsrats Tätigkeit wird regelmäßig zu dem Ergebnis führen, dass eine Weitergabe von vertraulichen Informationen an Hilfspersonen gerechtfertigt ist. Solange das Aufsichtsratsmitglied seine Hilfspersonen sorgfältig auswählt und sie zur Verschwiegenheit verpflichtet, wird das Risiko einer Verletzung der Vertraulichkeitspflicht nicht in dem Maße erhöht, dass ein grundsätzliches Verbot der Heranziehung Dritter Rechnung tragen würde.

---

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum AktG § 99 Rz 33; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktG<sup>4</sup> §§ 92–94, Rn 43; deutlicher bei: *Semler* in *Münchener Kommentar zum AktG<sup>2</sup> § 111 Rz 454* mit weiteren Nachweisen; ebenso auch *Mertens* in *Kölner Kommentar zum AktG<sup>2</sup> § 111 Rz 93*; dagegen *Marhold*, Aufsichtsrats Tätigkeit und Interessenvertretung 222, der eine bloß vertragliche oder dienstrechtliche Verschwiegenheitspflicht nicht für ausreichend hält, weil ein Arbeitgeber den Arbeitnehmer von dienstvertraglichen Geheimhaltungspflichten jederzeit dispensieren kann; da sich die Ausführungen *Marholds* aber überwiegend auf Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat beziehen, steht seine Ansicht den oben genannten jüngeren Meinungen der Kommentatoren, die meist nur Kapitalvertreter im Aufsichtsrat behandeln, nicht entgegen.

<sup>31</sup> *Pothoff/Trescher*, Das Aufsichtsratsmitglied<sup>6</sup> 154; *Vetter* in *Marsch-Barner/Schäfer*, Handbuch börsennotierte AG § 29 Rz 16.

<sup>32</sup> *Hoffmann-Becking* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Band 4 Aktiengesellschaft<sup>2</sup> § 33 Rz 6*.



# Die Rolle der Zeit bei der Bewertung anrechnungspflichtiger Zuwendungen im Pflichtteilsrecht

Univ.-Doz. Dr. Manfred Umlauf, Dornbirn

Unlängst hat *Battlogg* im Österreichischen Anwaltsblatt<sup>1</sup> eine Abhandlung zum Thema „Bewertungsfaktor Zeit im Pflichtteilsrecht“ veröffentlicht. Im nachfolgenden Beitrag werden die Ausführungen *Battloggs* beleuchtet. Ich hoffe und bin guter Dinge, dass dieses Thema auch den „Jung-Jubilar“ *Wolfgang Zankl* interessieren wird, zumal er in seiner Habilitationsschrift, aber auch in zahlreichen weiteren Arbeiten erbrechtliche Themen erörtert und wissenschaftlich durchdrungen hat.

## A. Einleitung

*Battlogg* (aaO) nimmt zu zwei wichtigen Fragen im Zusammenhang mit der für die Pflichtteilsermittlung erforderlichen Bewertung anrechnungspflichtiger Zuwendungen Stellung: Einerseits geht *Battlogg* der Frage nach, ob eine anrechnungspflichtige Zuwendung auf den Todeszeitpunkt des Erblassers zu bewerten ist und die daraus abgeleiteten Pflichtteilsansprüche sodann ab diesem Zeitpunkt verzinst werden oder ob die Bewertung dieser Zuwendungen – in Anlehnung an § 786 ABGB<sup>2</sup> – auf den Zeitpunkt der Zuteilung des Pflichtteils zu erfolgen hat<sup>3</sup>. Der zweite Teil der Arbeit *Battloggs* behandelt die Frage, ob bei einer gemischtentgeltlichen Zuwendung das Ausmaß der Gegenleistung durch eine Ex-ante-Betrachtung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder durch eine Ex-post-Betrachtung im Zeitpunkt des Todes des Erblassers (= des Zuwendenden) zu beurteilen ist<sup>4</sup>.

Beides sind Fragen, deren Beantwortung in der **Rechtspraxis** große Bedeutung zukommt. Sie werden, soweit ich sehe, von der bisher ganz hA (siehe sogleich) einheitlich beantwortet. *Battlogg* kommt zu von der hA abweichenden Ergebnissen, die allerdings einer näheren Überprüfung nicht standhalten.

## B. Die hA und die Meinung *Battloggs*

### B.I. Der Bewertungsstichtag

Schenkungen (§ 785), Vorempfänge (§ 788) und Vorschüsse (§ 789) werden zum Zwecke der Berechnung des Pflichtteils nach hA auf den Todeszeitpunkt des Erblassers und nicht – in Anlehnung an die Gemeinschaftsfiktion des § 786 – auf den Tag der

---

<sup>1</sup> Bewertungsfaktor Zeit im Pflichtteilsrecht, AnwBl 2009, 101 ff.

<sup>2</sup> Sämtliche Paragrafen-Zitate beziehen sich auf das ABGB.

<sup>3</sup> AnwBl 2009, 101 ff.

<sup>4</sup> AnwBl 2009, 104 ff.

Zuteilung des Pflichtteils bewertet<sup>5</sup>. Dem Noterben stehen ab Fälligkeit des Anspruchs dafür die gesetzlichen Zinsen zu<sup>6</sup>.

Dem widerspricht *Battlogg*<sup>7</sup>: Er referiert die Bestimmung des § 786, wonach bis zur wirklichen Zuteilung die Verlassenschaft in Ansehung des Gewinnes und der Nachteile als ein zwischen den Haupt- und Noterben verhältnismäßig gemeinschaftliches Gut zu betrachten ist. Er führt ins Treffen, dass sowohl bei der Berechnung des Nachlasspflichtteils als auch bei der Schenkungsanrechnung die Gleichbehandlung der Noterben im Vordergrund stehe. Einschlägig sei § 794, der – von *Battlogg* gebilligt – von der Rsp so ausgelegt wird, dass fingiert wird, dass sich die anrechnungspflichtigen Zuwendungen noch im Nachlass befinden, als hätte sich der Erblasser dieser Gegenstände nicht begeben. *Battlogg* weist darauf hin, dass § 786 keine Differenzierung zwischen Nachlass-, Schenkungs- und letztendlich erhöhtem Pflichtteil vornimmt. Aufgrund dieser fehlenden Differenzierung und der fiktiven Annahme, dass sich diese zugewendeten Sachen noch im Nachlass befinden, komme nur eine einheitliche Bewertung des tatsächlich vorhandenen Nachlasses und der anrechnungspflichtigen Zuwendungen auf den Tag der wirklichen Zuteilung des Pflichtteils in Frage. Andernfalls komme es zu Wertungswidersprüchen, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Schenkung auf den Todesfall, die von der Rsp anrechnungsrrechtlich als Legat qualifiziert und somit gemäß § 786 auf den Tag der wirklichen Zuteilung des Pflichtteils bewertet werde. Warum eine zu Lebzeiten erfüllte Schenkung anders zu bewerten sei, bleibe fraglich. Auch die angestrebte Gleichbehandlung der Noterben verlange, dass diese an Wertsteigerungen der anrechnungspflichtigen Zuwendungen, die nach dem Tod bis zur wirklichen Zuteilung des Pflichtteiles eintreten, partizipieren können.

## **B.II. Das Ausmaß der Gegenleistungen bei einer gemischt-entgeltlichen Zuwendung**

Nach der seit langer Zeit ganz hA ist bei einer anrechnungspflichtigen gemischt-entgeltlichen Zuwendung für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung zum Zwecke der Feststellung des unentgeltlichen Teiles der Zuwendung der **Zeitpunkt der vertraglichen Einigung der Vertragsparteien** maßgebend<sup>8</sup>. Diese Meinung gründet in der Überlegung, dass sich die Parteien mit ihren Vorstellungen über Leistung und Gegenleistung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einigen, weshalb dieser Zeitpunkt für die Beurteilung des Ausmaßes der Gegenleistung relevant ist. Dies ergibt sich aus allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen. Es ist also eine Ex-ante-Betrachtung anzustellen.

---

<sup>5</sup> *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 786 Rz 5; *Schauer*, Verzugszinsen und Pflichtteilsanrechnung, NZ 1987, 114 (116); *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 261; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 437 (jeweils mwN); OGH NZ 1988, 281.

<sup>6</sup> *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 786 Rz 5; *Samek* Das österreichische Pflichtteilsrecht (2004) 55.

<sup>7</sup> AnwBl 2009, 101 ff.

<sup>8</sup> *Welser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 785 Rz 10; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 785 Rz 5; *Umlauf*, Anrechnung 272 f; OGH NZ 1971, 45.

Die Rolle der Zeit bei der Bewertung anrechnungspflichtiger Zuwendungen im Pflichtteilsrecht

Auch dieser Meinung widerspricht *Battlogg*<sup>9</sup>: Die Bezugnahme auf allgemeine schuldrechtliche Grundsätze erscheine im Pflichtteilsrecht insoweit nicht zielführend, als das Pflichtteilsrecht Eingriffsnormen beinhalte, welche das allgemeine Schuldrecht korrigierten. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Schenkungspflichtteil seien solche korrigierenden Eingriffsnormen, die den Noterben vor (übermäßigen) Vermögenszuwendungen an andere Personen schützen. Außerdem wolle der Gesetzgeber eine „Mindestgleichbehandlung“ unter den Noterben. Insbesondere verweist *Battlogg* auf vereinbarte Ausgedingsleistungen, die nur bis zum Tod des Berechtigten erbracht werden sollen und können und bei denen die Vertragsparteien somit davon ausgehen, dass darüber hinausgehend keine weiteren Leistungen zu erbringen seien. Das Ausmaß sei letztlich vom ungewissen Zeitpunkt des Ablebens des Ausgedingsberechtigten (also des Erblassers) abhängig, welches im Vorhinein nicht bestimmt werden könne. Wenn beim Vertragsabschluss zwar die nach einer Sterbetafel ermittelte wahrscheinliche Lebenserwartung zugrunde gelegt werde, die Ausgedingsleistungen tatsächlich jedoch infolge des vorzeitigen Ablebens des Ausgedingsberechtigten nur über einen kürzeren Zeitraum zu erbringen waren, so sei es, wie *Battlogg* ausführt, unverständlich, auf der Basis welcher Annahme es gerechtfertigt erscheine, eine solche Gegenleistung über die im Nachhinein festgestellte tatsächliche Dauer hinaus als Entgeltkomponente der gemischtentgeltlichen Zuwendung anzusehen. Die Festlegung des Ausmaßes der in einer gemischtentgeltlichen Zuwendung enthaltenen Gegenleistung sei daher auf der Grundlage der tatsächlich erbrachten Leistungen (also durch eine Ex-post-Betrachtung) und nicht durch eine im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch eine Ex-ante-Betrachtung rechnerisch ermittelte Gegenleistung vorzunehmen. Dies führe zu mehr Verteilungsgerechtigkeit, die als wesentlicher Zweck dem Pflichtteilsrecht innewohne.

## C. Stellungnahme

### C.I. Der Bewertungstichtag

Tatsache ist, dass der historische Gesetzgeber bei unbeweglichen Sachen und bei Geld von Wertstabilität und bei beweglichen Sachen von Wertveränderungen ausgegangen sein wird<sup>10</sup>. Der historische Gesetzgeber ordnet in § 794 an, dass bewegliche Sachen – obwohl Wertveränderungen vor Auge habend – im Zeitpunkt des **Erbanfalles** – das ist der Todeszeitpunkt des Erblassers<sup>11</sup> – und nicht im Zeitpunkt der wirklichen Zuteilung des Pflichtteils zu Anrechnungszwecken zu bewerten sind. Also schon der Gesetzgeber des Jahres 1811 ist, wie sich aus den Bestimmungen der §§ 786, 794 ergibt, von **unterschiedlichen Bewertungszeitpunkten** ausgegangen, nämlich beim tatsächlich vorhandenen Nachlass vom Tag der **wirklichen Zuteilung** (§ 786) und bei den einer Wertveränderung unterliegenden beweglichen Sachen, die zu Lebzeiten zugewendet werden, vom **Todeszeitpunkt** des Erblassers (§ 794)<sup>12</sup>. Bezüglich lebzeitig zugewendeter unbeweglicher Sachen hatte er keinen Regelungsbedarf, da diese nach den damaligen Verhältnissen wertstabil waren. Diese Unterscheidung in den Bewer-

<sup>9</sup> AnwBl 2009, 104 ff.

<sup>10</sup> *Weiß* in *Klang* III<sup>2</sup>, 950 ff; *Welser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 794 Rz 1; *Umlauf*, Anrechnung 243 f; OGH SZ 35/40; NZ 1986, 277.

<sup>11</sup> *Umlauf*, Anrechnung 260 f; *Schauer*, NZ 1987, 116 FN 18.

<sup>12</sup> *Umlauf*, Anrechnung 261 (mwN).

tungszeitpunkten ist auch plausibel, da im Falle des § 786 im Bezug auf das tatsächlich vorhandene Nachlassvermögen eine wirkliche Rechtsgemeinschaft zwischen den Erben und dem Pflichtteilsberechtigten besteht, wogegen diese tatsächliche Gemeinschaft im Bezug auf anrechnungspflichtige Zuwendungen eben nicht gegeben ist. Also schon diese am **Wortlaut orientierte Auslegung** des Gesetzes hat plausible Gründe für sich und spricht gegen die Meinung *Battloggs*.

Seine Meinung begegnet auch unter **teleologischen Aspekten** ganz **erheblichen Bedenken**. Wenn nämlich anrechnungspflichtige Zuwendungen im Zeitpunkt der tatsächlichen Zuteilung des Pflichtteils bewertet würden, hätte es der Anrechnungsberechtigten einseitig in der Hand, durch Hinauszögern der Geltendmachung des Anrechnungsanspruches den Anrechnungsbetrag zu Lasten des Anrechnungsverpflichteten zu erhöhen, ohne dass sich dieser dagegen zur Wehr setzen könnte<sup>13</sup>. Dies sei durch ein Beispiel verdeutlicht:

*Der Erblasser hinterlässt drei Kinder A, B und C. Zu seinem testamentarischen Alleinerben setzt er sein Kind A ein. Das Kind B hat einen den Pflichtteil zur Gänze deckenden anrechnungspflichtigen Vorempfang erhalten. Das Kind C ist, ohne dass es eine lebzeitige Zuwendung erhalten hätte, auf den Pflichtteil gesetzt. Das im Ablebenszeitpunkt noch vorhandene Nachlassvermögen ist wertstabil, es ändert also seinen Wert nach dem Todeszeitpunkt nicht, hingegen erfährt das zu Lebzeiten des Erblassers an B zugewendete Vermögen auch nach dem Todeszeitpunkt des Erblassers eine ständige Werterhöhung. Je länger C mit der Geltendmachung seines Pflichtteils zuwartet, desto höher würde, wenn man der Meinung *Battloggs* folgte, sein Pflichtteilsbetrag. Damit wäre aber ausschließlich der Erbe A belastet, der hingegen an der von der lebzeitigen Zuwendung ausgehenden rechnerischen Wertsteigerung nicht partizipieren könnte, da sich diese tatsächlich nicht im Nachlass befindet.*

Freilich kann jener Pflichtteilsbetrag, der sich ausschließlich auf der Grundlage des noch vorhandenen Nachlassvermögens errechnet, bei einem Nachlassvermögen, welches nach dem Todeszeitpunkt eine Wertsteigerung erfährt, durch spätere Geltendmachung vergrößert werden. Dabei errechnet sich jedoch – und dies ist der entscheidende Unterschied zum vorhin geschilderten Fall – der Pflichtteil nur aus dem vorhandenen Nachlassvermögen, an dessen Wertsteigerung auch der Erbe (= Pflichtteilschuldner) aliquot partizipiert. Im geschilderten Beispiel kommt hingegen die nach dem Todestag eintretende Wertsteigerung des einem anderen Kind zugewendeten Vorempfanges nur dem Anrechnungsberechtigten zugute, während der Erbe als Pflichtteilschuldner daran in keiner Weise teilnimmt. Im Gegenteil, er wäre nach der Meinung *Battloggs* insoweit mehr belastet, als der Anrechnungsbetrag durch die nach dem Todestag eintretende Wertsteigerung der lebzeitigen Zuwendung höher wird.

Die Meinung *Battloggs* ist daher sowohl nach einer am Wortlaut des Gesetzes orientierten Auslegung wie auch unter teleologischen Gesichtspunkten **nicht haltbar**.

---

<sup>13</sup> Dazu und zum folgenden Beispiel siehe *Umlauf*, Anrechnung 261 f.

## C.II. Das Ausmaß der Gegenleistungen bei gemischtentgeltlichen Zuwendungen

Es ist also daran festzuhalten, dass der Todeszeitpunkt für die Bewertung von Vorempfängen und Schenkungen maßgebend ist<sup>14</sup>. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, auf welchen Zeitpunkt bei einer **gemischtentgeltlichen Zuwendung** die Bewertung der **Leistung** und der **Gegenleistung** zum Zwecke der Ermittlung eines allfälligen unentgeltlichen Teiles der Zuwendung zu erfolgen hat.

§ 794 regelt die Bewertung von Vorempfängen und Schenkungen. In dieser Bestimmung ist die Rede vom „Empfangenen“. Dieses „Empfangene“ kann bei einem gemischtentgeltlichen Geschäft nur jener Teil der Zuwendung sein, der der Anrechnung (Schenkungs- oder Vorempfangsanrechnung) unterliegt. Dies wiederum kann nur jener Teil der Zuwendung sein, dem keine Gegenleistung gegenübersteht, also beim gemischtentgeltlichen Vertrag der **unentgeltliche Teil**<sup>15</sup>.

Im Anrechnungsrecht existiert keine besondere Vorschrift darüber, wie der unentgeltliche Teile einer gemischtentgeltlichen Zuwendung zu ermitteln ist. Mangels einer solchen Vorschrift müssen hier daher die **allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätze** zur Anwendung gelangen<sup>16</sup>. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt es zur vertraglichen Einigung über den Inhalt des Rechtsgeschäftes, also über Leistung und Gegenleistung. Die Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung hat somit für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter Zugrundelegung der in diesem Zeitpunkt bestehenden Wertverhältnisse zu erfolgen<sup>17</sup>. In diesem Zusammenhang, also bei der Ermittlung des unentgeltlichen Teiles eines Rechtsgeschäftes, können daher nachfolgende Ereignisse, die bei Vertragsabschluss noch nicht bekannt sind, nicht berücksichtigt werden. Es ist also vom Wert des zugewendeten Vermögens im Zeitpunkt der Zuwendung auszugehen, wobei die relevanten Gegenleistungen ebenfalls mit dem zu diesem Zeitpunkt bestehenden Kenntnisstand – also ex ante – zu erfassen und nach den Wertverhältnissen in diesem Zeitpunkt zu bewerten sind<sup>18</sup>.

Wenn sich sodann ergibt, dass ein gemischtentgeltliches Geschäft vorliegt, so ist der im Vertragsvermögen enthaltene **unentgeltliche Anteil** wie folgt zu ermitteln<sup>19</sup>:

Bis zur Höhe des Entgelts ist das Rechtsgeschäft als entgeltlich anzusehen. Es ist also vom Wert des Vertragsvermögens die Summe der Gegenleistungen abzuziehen. Der **Differenzbetrag** zwischen dem Wert des Vertragsvermögens und der Summe der Gegenleistungen – jeweils bewertet zum **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses**<sup>20</sup> –

<sup>14</sup> *Welser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 794 Rz 1 f; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 794 Rz 2; *Apathy* in *KBB* § 794 Rz 3 (jeweils mwN).

<sup>15</sup> *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 785 Rz 5.

<sup>16</sup> *Umlauf*, Anrechnung 273.

<sup>17</sup> *Welser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 785 Rz 10; *Umlauf*, Anrechnung 273; OGH NZ 1971, 45.

<sup>18</sup> *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 785 Rz 5; OGH NZ 1993, 82 ua.

<sup>19</sup> *Umlauf*, Anrechnung 273.

<sup>20</sup> *Eccher* in *Schwimann*, ABGB<sup>3</sup> III § 785 Rz 4; *Binder* in *Schwimann* V<sup>3</sup> § 951 Rz 7; *Welser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 785 Rz 10; *Umlauf*, Anrechnung 272 ff; *derselbe*, Schenkungsanrechnung – Bewertungsfragen unter besonderer Berücksichtigung der gemischten Schenkung, NZ 2008, 33 ff (40 f); OGH NZ 1993, 82; NZ 1996, 308; 6 Ob 185/04 f; 6 Ob 154/06 z.

stellt einen gewissen Prozentanteil des im Rahmen dieser Differenzrechnung zugrunde gelegten Wertes des Vertragsvermögens dar. Der im übertragenen Vermögen enthaltene unentgeltliche Anteil entspricht genau diesem Prozentanteil, das heißt, in Höhe dieses Prozentsatzes handelt es sich beim Vertragsvermögen (Bewertung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses) um eine unentgeltliche Zuwendung. Dieser unentgeltliche Anteil kann nicht in einen Geldbetrag, sondern muss in einem Prozent- oder Miteigentumsanteil des Vertragsvermögens ausgedrückt werden, da zum Zwecke der Pflichtteilermittlung sodann nicht einfach ein nach den Wertverhältnissen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelter Geldbetrag zum Erbanfallszeitpunkt aufgewertet werden darf. Vielmehr ist der so ermittelte **unentgeltliche Anteil** zum **Todeszeitpunkt** zu bewerten, indem gefragt wird, welchen Wert der Nachlass im Todeszeitpunkt hätte, wenn dieser prozentuelle unentgeltliche Teil des Vertragsvermögens sich noch im Nachlass befände.

Die Meinung *Battloggs*, wonach die Gegenleistung mit dem Kenntnisstand im Todeszeitpunkt (also im Rahmen einer Ex-post-Betrachtung) vorzunehmen ist, findet somit **keine** Deckung im Gesetz.

## D. Zusammenfassung

Die von *Battlogg* vertretene Meinung in Bezug auf den relevanten Stichtag für die Bewertung anrechnungspflichtiger Zuwendungen und für die Bewertung von Gegenleistungen bei gemischtentgeltlichen Zuwendungen findet **keine** Stütze im Gesetz. Es muss diesbezüglich bei der hA bleiben:

1. **Vorempfänge, Vorschüsse** und **Schenkungen** sind auf den **Todeszeitpunkt** des Erblassers zu bewerten. Dem Noterben stehen ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit seines Anspruches **gesetzliche Zinsen** zu.
2. Handelt es sich bei einer anrechnungspflichtigen Zuwendung (Vorempfang, Vorschuss oder Schenkung) um ein **gemischtentgeltliches Rechtsgeschäft**, so ist für die Bewertung von Leistung und Gegenleistung zum Zwecke der Feststellung des unentgeltlichen Teiles der Zuwendung der **Zeitpunkt der vertraglichen Einigung** der Vertragsparteien – und somit nicht der Todeszeitpunkt des Erblassers – maßgebend. Der sich ergebende unentgeltliche Teil der Zuwendung ist sodann allerdings nach den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen zum **Todeszeitpunkt** des Erblassers zu bewerten.

# Das Ende des Medienzeitalters

*Dr. Andreas Unterberger, Wien*

## **A. 1848: Pressefreiheit im Zentrum**

Pressefreiheit war im Jahr 1848 die wichtigste Forderung der Demonstranten auf Wiens und Europas Straßen. Die Freiheit der gedruckten Medien (andere gab es damals ja noch nicht) von staatlichen Eingriffen, Zwängen und Repressionen wurde zum zentralen Anliegen der liberalen Revolution. Das zeigen die Flugblätter aus jenen Tagen. Dahinter stand die Überzeugung: Sind erst einmal die Medien frei und können sie ungehindert die Mächtigen kontrollieren und kritisieren, dann folgen alle anderen Grundrechte fast automatisch. Und nur dann.

Das wurde letztlich auch von der Geschichte bestätigt. Die Grundrechte haben sich seit dem 19. Jahrhundert in Europa explosiv weiterentwickelt – zum Teil sogar in einem Ausmaß, das heute von der Mehrheit abgelehnt wird (etwa bei den Ansprüchen auf Asyl; etwa in der Abwägung zwischen der effizienten Verbrechensbekämpfung und dem Schutz der Privatsphäre gegen Überwachungskameras oder Lauschangriffe). Angst vor den Medien und ihrer Freiheit prägt hingegen alle Diktaturen, ob sie nun andere Grundrechte wie Religions- oder Reisefreiheit gewähren oder nicht.

### **A.I. Das Medienrecht: Zu viel und zu wenig**

Die Medien selbst scheinen heute rechtlich in einem Ausmaß frei, dass sehr wohl auch über die Grenzen dieser Freiheit zu diskutieren ist. Hat doch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg Personen des politischen Lebens samt ihrem Privatleben gegen publizistische und voyeuristische Vernichtungsfeldzüge praktisch vogelfrei gestellt. Ist doch der rechtliche Persönlichkeitsschutz einem ständigen Abbau ausgesetzt. Sind doch Strafen für Mediendelikte so festgesetzt, dass sie (samt den sonstigen Verfahrenskosten) zwar kleine Medien hart treffen, dass sie den großen – und meist besonders hemmungslosen – hingegen gleichgültig sind.

Es gibt aber auch umgekehrt Bereiche, wo die Medien von der Rechtsordnung unbegründet gequält werden. Das gilt in Österreich besonders für das inhaltlich wie vor allem formal schikanöse Gegendarstellungsrecht. Das gilt für die Tatsache, dass selbst beim besten Willen oft nicht erkennbar ist, wo die Grenze von Erlaubt und Verboten bei der Identifizierbarkeit von Privatpersonen durch Foto und Namen liegt (was dann oft von Verbrechern zur Finanzierung ihrer Verteidigungskosten auf Kosten der Medien genutzt wird). Das gilt auch für das Urheberrecht, das unter Druck der sogenannten Urheber so gestaltet worden ist, dass Medien heute nur noch mit täglichen Verletzungen des Urheberrechts produziert werden können.

Unbefriedigend ist auch die faktische Benachteiligung der Printmedien: Bei Zeitungen und Zeitschriften bleibt das Produkt dauerhaft physisch vorhanden; bei ihnen kann man inkriminierbare Fehler auch noch mit Verspätung nachlesen. Online-, Radio- und Fernsehbeiträge sind hingegen de facto oft ein sehr vergängliches Ziel für rechtliche Schritte ihrer Opfer. Im Internet tut man sich (abgesehen von den Online-Auftritten der großen Printprodukte) überhaupt schwer, einen Verantwortlichen fest-

zunageln, gegen den man mit Erfolgsaussicht Forderungen erheben kann. Sofern Mediendelikte in der Flut von www-Seiten nicht ohnedies untergehen.

Es gibt also viel Diskussionsbedarf für Reformen im Medienrecht. Die größeren Bedrohungen für die wichtige Aufgabe der Medien als Eckfeiler jeder Demokratie, als unabhängige Kontrolle und – wenn man so will – als vierte Gewalt im Staat liegen aber ganz woanders.

## **A.II. Datenschutz**

Zwei zentrale Probleme bei der Erfüllung dieser Aufgabe heißen Datenschutz und Amtsgeheimnis: Immer öfter entdecken korrupte, faule oder unfähige Beamte und Politiker, dass sie durch Berufung auf Amtsgeheimnis oder Datenschutz ihre Untaten perfekt verstecken können. Zwar wird beides immer wieder gezielt durchbrochen, aber eben gezielt: Aus Akten werden nur jene Teile ausgespielt, die die ganze Angelegenheit in dem vom jeweiligen Informanten erwünschten Licht erscheinen lassen. Es gibt meist keine Möglichkeiten für recherchierende Medien, den gesamten Zusammenhang aufzudecken. Was insbesondere auch in Zeiten wichtig wäre, wo auch die Staatsanwaltschaft bisweilen seltsam agiert. Dieser Mechanismus macht Journalisten relativ abhängig von Spindoktoren und Desinformanten, die die öffentliche Meinung zu manipulieren versuchen. Geht ein Journalist den Spindoktoren hingegen aus dem Weg, dann bekommt er oft gar keine Informationen.

In dieser Malaise gäbe es eine klare Lösung. Alle Manipulationen hätten ein Ende, wenn wie in Skandinavien jeder staatliche Akt (ja, auch bis hin zu fremden Steuerbescheiden) jedem Bürger prinzipiell zugänglich wäre. Keine Frage, dass das auch der beste Schutz gegen Korruption und Denunziation wäre. Ein erster Schritt in diese Richtung ist die Veröffentlichung der Empfänger von EU-Agrargeldern.

## **A.III. Am Rande der Pleite**

Viel schwieriger ist es, eine Strategie gegen die zweite große Bedrohung zu finden: Die besteht nämlich in den wirtschaftlichen Nöten vieler Medien. Der größere Teil der weltweiten Tageszeitungen schreibt heute rote Zahlen.

Die Zeitungen verlieren zentrale Quellen ihrer Finanzierung. Eine Ursache sind die sich intensivierenden Wirtschaftskrisen. So wie schon 2001/2002 schaltet auch in der jetzigen Krise naturgemäß fast niemand Stelleninserate; braucht doch kaum eine Firma in der Krise zusätzliche Mitarbeiter. Aber auch die – weiter sinnvollen – Marketing-Inserate werden als leicht und rasch umsetzbare Einsparung brutal zurückgefahren.

Zum anderen leiden alle Zeitungen massiv unter dem Internet. Das gilt sowohl für die Vertriebseinnahmen wie auch die Anzeigenumsätze (die ja den größeren Teil des Zeitungsumsatzes bilden): Heirats- und Partnersuchende sind schon ganz ins Netz abgewandert (die Prostitutionsanzeigen mancher Blätter sind ein beschämender Rest). Wohnungs-, Auto- und Stellenmarkt wandern gerade im Eiltempo dorthin. Im Internet kann ein Inserent ja viel billiger viel mehr über die zu verkaufenden Güter und die zu besetzenden Jobs sagen. Man denke nur an Grundrisse und Fotos von Wohnungen.



Diese Entwicklung trifft besonders die Regionalzeitungen. Parallel leiden sie ebenso wie die Boulevardzeitungen und bestimmte Qualitätszeitungen (in Österreich eine von dreien) an einem rapiden Käuferverlust. Vor allem Richtung Internet.

#### **A.IV. Die Gefahren des Internets**

Das klingt aufs Erste nur nach einer Verbesserung der technischen Plattform: Also Glasfaserkabel statt teurem und umweltbelastendem Papier zum Transport journalistischer Inhalte. Das Internet hat jedoch einen gravierenden Nachteil: Dort will leider niemand für die Nutzung zahlen. Es gilt die Devise „Content is free“ – auch bei den Internet-Auftritten der professionellen Zeitungen: Kaum verlangt ein Medium einen Beitrag für die Konsumation seiner Texte, sinkt die Quote gegen Null.

Journalismus – ob für Papier oder Netz – ist aber eine kostspielige Sache. Wenn ein Journalist unabhängig recherchieren und nicht bloß PR-Texte transportieren soll, braucht das Zeit und halbwegs qualifizierte Menschen. Zum Leidwesen der Verlage verlangen unabhängige Journalisten einen Lohn für ihre Tätigkeit. Heute weiß aber niemand mehr, wie der in Zukunft finanziert werden kann, wenn die Einnahmen aus Anzeigen wie aus Vertrieb sinken. Da würde auch die notwendige Mäßigung des vor allem für Ältere viel zu hohen Journalisten-Kollektivvertrags kaum etwas ändern.

Das Internet ist aber noch in einer anderen Hinsicht sehr gefährlich. Es ist eine ununterbrochene Quelle von bewussten Falschmeldungen, von als Information getarnter Werbung, von anonymisiert daherkommender Propaganda, von Scherzen pubertierender Jünglinge. Die immer wieder vorkommenden Missbräuche von Wikipedia sind Legion. Der Glaube weltfremder Publizistik-Professoren, dass die Millionen unterschiedlicher Beiträge im Netz die Demokratisierung der Wahrheitssuche bedeuten, hat sich wegen dieser vielen Missbräuche längst als Fiktion erwiesen.

Journalismus bedeutet vor allem einmal mühsame Knochenarbeit und Auswahl unter den Millionen Ereignissen, die jede Minute passieren. Er bedeutet Erfahrung, Vergleich und Bewertung. Er besteht in persönlicher Verantwortung einer Redaktion, der ich als Konsument – oft nach langer Suche – mein Vertrauen schenke, dass sie mir täglich das für mich Wichtigste zusammenstellt und halbwegs richtig berichtet. Dass ich auch das an Interessantem finde, wonach ich eigentlich gar nicht direkt gesucht habe.

Natürlich passieren auch Journalisten Fehler; aber solange eine Redaktion frei arbeiten kann, sorgt die Kontrolle im Team dafür, dass sich die unbewussten (oder bisweilen vielleicht auch bewussten) Fehler eines Journalisten meist nicht zum systematischen Fehler entwickeln.

Im Internet gibt es jedoch niemanden mehr, der mir als Vertragspartner eines (Zeitungs-)Kaufvertrags zumindest symbolisch für größtmögliche Bemühung um Wahrheit haften könnte. Letztlich ist dort alles anonym, alles manipulierbar.

Dennoch wandern immer mehr Konsumenten Richtung Internet ab. Warum? Es ist modisch. Es ist vor allem gratis.

Aber auch viele Zeitungen, einschließlich vieler Qualitätsprodukte, haben trotz ihrer ethisch und demokratiepolitisch wichtigen Aufgabe leichtfertig Vertrauen verspielt: Sie haben sich in ihrer wachsenden Geldnot oder auch Gier von Inserenten kaufen lassen, die zunehmend auch den publizistischen Inhalt beeinflussen können. Sie

haben im Kampf um die Leser selbst ständig das Niveau gesenkt. Sie haben statt auf Information und Analyse auf Unterhaltung und Voyeurismus gesetzt, sich damit letztlich selbst langfristig überflüssig gemacht. Korrekte Recherchen werden in Anbetracht der Personalnot auf der einen Seite und perfekter PR-Agenturen und Spindoktoren auf der anderen immer seltener. Viele Medien haben sich auch in ein immer engeres Netz von Political Correctness binden lassen, was ihnen immer mehr Glaubwürdigkeit genommen hat. Demgegenüber hat die geistige Anarchie des Internets offenbar eine befreiende Kraft.

Während einst die Einführung von Radio und Fernsehen keinerlei diesbezügliche Folgen hatte, hat die neue Konkurrenz aus dem Netz dazu geführt, dass in vielen entwickelten Ländern die Zahl der zeitunglesenden Menschen um zweistellige Prozentzahlen abgesunken ist. In Österreich ist dieser Prozess infolge teurer Verschenkaktionen und der gut ausgebauten Hauszustellungen zwar noch etwas sanfter, geht aber in die gleiche Richtung.

In Deutschland werden derzeit ganze Redaktionen aufgelöst und Zeitungen fusioniert. In Amerika sind nun auch schon renommierte Qualitätszeitungen konkursreif. Selbst die „New York Times“ muss ihr Verlagsgebäude verkaufen, um zumindest einen Teil ihrer Schulden abzudecken, und debattiert die Umwandlung in eine öffentlich-rechtliche Stiftung, also letztlich die Finanzierung des ständig steigenden operativen Defizits durch Steuergelder.

#### **A.V. Die öffentlich-rechtlichen Lösungen**

Der Ruf nach öffentlich-rechtlichen Rettungsaktionen klingt aus dem Mutterland des Kapitalismus sensationell, ist aber in einer Hinsicht ein legitimer Gedanke: Denn letztlich sind Qualitätsmedien ein ganz entscheidender Standortfaktor. Die Qualität der Entscheidungen von mittleren und höheren Beamten, Managern, Unternehmern und Wissenschaftern wird signifikant besser, wenn diese Menschen täglich gut und umfassend über alles Relevante aus den unterschiedlichsten Bereichen informiert sind. Und dazu braucht man nun einmal die Redaktionen von Qualitätsmedien. Es ist daher im Prinzip ordnungspolitisch absolut zu rechtfertigen, wenn neben Bildung, Forschung, Infrastruktur, Sicherheit und Justiz auch gute Medien als Standortfaktor staatlich unterstützt werden.

Können öffentlich-rechtliche Konstruktionen aber wirklich die Rettung der wichtigen Rolle von Qualitätsmedien bringen? Nur um die geht es. Denn dass die rein auf Unterhaltung und Sinneskitzel hin orientierten Boulevardmedien keinen moralischen oder ordnungspolitischen Anspruch haben, im Fall der Pleitengefahr besser behandelt zu werden als ein Zirkus, ein Kaffeehaus oder ein Bordell, braucht wohl keinen eigenen Beweis.

Die oft üblen Folgen der Abhängigkeit der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten von der Politik zeigen jedoch, wie schwierig dieser Gedanke umzusetzen ist. Lediglich bei der britischen BBC scheint eine perfekte Konstruktion gefunden worden zu sein, die alle notwendigen Faktoren, also Qualität, Unabhängigkeit und Pluralismus, sicherstellt. In Amerika wiederum gibt es eine große Tradition privater Philanthropie, also von unternehmerischer Verantwortung, von Spenden und Stiftungen, die neben dem Dschungel der seichten Unterhaltung etwa CNN und einige exzellente Public Radios hervorgebracht haben. Der britische Guardian wird durch die Erträge einer unab-

hängigen Aktienstiftung finanziert. Auch die FAZ gehört sich selbst. In Deutschland oder Italien gibt es im öffentlich-rechtlichen Fernsehen zumindest Pluralismus; und zwar dadurch, dass das eine Programm links und das andere rechts geprägt ist. In Österreich ist hingegen ein Programm linker als das andere. Und von Qualität wollen wir beim ORF gar nicht reden.

Ein interessantes Beispiel hat die sonst sehr bedenkliche Medienpolitik von *Nicolas Sarkozy* gebracht: Dort finanziert der Staat jedem 18-Jährigen ein Jahr lang ein Zeitungsabo nach Wahl. Gleichzeitig übernimmt der französische Staat einen Teil der Vertriebskosten für alle Zeitungen. Gewiss will *Sarkozy* damit auch seinen Freunden helfen, aber die Idee scheint dennoch gut, weil sie keinen direkten inhaltlichen Einfluss nimmt und es weiter Wettbewerb gibt.

## **A.VI. Die Rückkehr der politischen Macht**

Frankreich ist aber gleichzeitig ebenso wie Italien und Russland ein Exempel für die allerschlimmsten Konsequenzen der Medienkrise: In all diesen Ländern ist der starke Mann nur durch massive Unterstützung großer Medienketten an die Macht gekommen beziehungsweise dort geblieben. Medien gehören entweder seiner Familie oder seinen engsten Freunden, oder deren Eigentümer sind durch andere Verflechtungen und Begünstigungen (in Russland auch als Folge von Morden und gefährlichen Bedrohungen) total von der Politik abhängig.

Zweifellos tragen die wirtschaftlichen Nöte der Medien dazu bei, dass so viele Verleger so empfänglich für politische „Hilfen“ geworden, dass sie heute im vollen Wortsinn korrupt sind. Das hat zu einer getarnten Renaissance der lange gestorbenen Parteizeitungen geführt.

Damit ist das goldene Zeitalter zu Ende, in dem sich Verlage und auch Redaktionen gerne in den Strahlen der eigenen Macht gesonnt haben, während die Politik vor ihnen gezittert hat. Wie es in England heute noch der Fall ist, wo die oft extrem untergriffigen Wahlkampagnen der Boulevardpresse als wahlentscheidend gelten. Dort hat die Politik noch – noch! – nicht die Kontrolle über die Medien zurückerobert.

Was sich in Österreich auf dem Printsektor abspielt, gleicht hingegen schon zunehmend den Beispielen Italien und Frankreich. Was vor allem von der Gemeinde Wien, aber auch Bundesländern wie Niederösterreich und Kärnten praktiziert wird, hat *Werner Faymann* nun auch auf der Bundesebene eingeführt: Mit Ummengen von Steuermitteln werden über Anzeigen bestimmte Zeitungen, vorsichtig ausgedrückt, freundlich gestimmt. Sowohl „Heute“ wie „Österreich“ hätten ohne die Inseratentepiche von Rathaus, gemeindeeigenen Betrieben und ÖBB längst zusperren müssen. Überdies sind bei beiden Zeitungen geheim gebliebene Eigentümer über Treuhandlösungen beteiligt, was im Medienbereich an sich schon ein unglaublicher Skandal ist. Aber auch alle anderen Medien, die gefügig sind, werden bedacht, bis hin zum jüngsten (aber von niemandem aufgegriffenen) Skandal der Finanzierung einer Pokerzeitung aus dem Infrastrukturministerium. Ich kenne umgekehrt zwei Zeitungen sehr gut, wo die Anzeigenverkäufer dem Chefredakteur vorwurfsvoll vorrechnen, wie viel Umsatz sie von gemeindenahen Unternehmen bekommen würden, wenn die Redaktion freundlicher über die Wiener Rathauspolitik schriebe. Man findet beispielsweise im Kurier fast nichts und in der Krone gar nichts Kritisches über die Wiener SPÖ. Dafür viele schöne Rathaus-Inserate.

### **A.VII. Bedrohte Medien, bedrohte Demokratie**

Das ist insgesamt eine Situation, in der man sich nicht nur über die Medien, sondern auch über die Demokratie fundamentale Sorgen machen muss, die ohne freie Qualitätsmedien nicht funktionieren kann. Dennoch hat in Österreich keine einzige Partei die Medienfreiheit so wie 1848 kämpferisch zum eigenen Anliegen gemacht. Es ist zwar voll nachvollziehbar, wenn viele Menschen Schadenfreude über die missliche Lage der oft so unsympathischen, charakterlosen und präpotenten Medien empfinden. Die Konsequenzen aus deren Krise treffen aber auch sie.

Wird die Gesellschaft zurück in die Zeit vor das Jahr 1848 gestoßen, in ein Biedermeier, in der jede freie Meinungsäußerung unterbunden war? Religiöse und nostalgische Menschen könnten das mit einem „Gott schütze Österreich“ kommentieren.

# Europa im Zeichen der Informationsgesellschaft

*Birgit Voglmayr, Wien*

## A. Die Informationsgesellschaft

Ob Internet oder Mobiltelefonie – der Wunsch nach Kommunikation wird immer stärker. Wir leben in einer Informationsgesellschaft, die nicht nur tagtäglich mit den neuesten Technologien konfrontiert ist, sondern auch ständig nach mehr schreit und diese Technologien boomen lässt.

Waren österreichweit im Jahr 2004 durchschnittlich 58,6 %<sup>1</sup> der Haushalte mit einem Computer ausgestattet, so stieg diese Zahl 2008 bereits auf 75,9 %. Im selben Jahr nutzten 68,9 % aller Haushalte das Internet, womit Österreich auf EU-Ebene Platz 8 belegt und deutlich über dem Durchschnitt<sup>2</sup> von 61 % liegt. Von den Verbindungstechniken werden Breitbandverbindungen immer beliebter, da die Zahl solcher von 2004 bis 2008 von 15,9 % auf 54,5 % stieg, sich also mehr als verdreifacht hat. Und auch Handys & Co steigen in der Beliebtheitskala, denn immerhin neun von zehn Österreicherinnen und Österreichern benützen ein Mobiltelefon.

Eine besonders große Rolle spielt das Internet in der Geschäftswelt, da die Zahl der Unternehmen mit Internetzugang bei 97,1 % liegt und bereits 79 % eine Website eingerichtet haben, womit Österreich im EU-Vergleich an fünfter Stelle liegt.

Solche Wachstumsraten zeichnen sich aber nicht nur in Österreich ab. Darauf hat die Europäische Union reagiert, steht sie doch im Zentrum dieser Entwicklung.

Um diesen wahrhaftigen Richtlinien- und Verordnungsdschungel noch durchblicken zu können, leitete der Jubilar es in die Wege, diese Rechtsakte zu sammeln, systematisch zu gliedern und durch kurze Zusammenfassungen einen Überblick zu schaffen – die Geburtsstunde der Publikation „Europäisches IT-Recht“ war angebrochen. Anfangs lag der Fokus lediglich auf den EG-Richtlinien, dieses Projekt wurde jedoch mit dem Geschäftsjahr 2008/2009 des e-center auf „sonstige“ Sekundärrechtsakte der Gemeinschaft erweitert.

Im Folgenden sei hier nur auf die wichtigsten Verordnungen und Beschlüsse des Europäischen Parlaments und des Rates sowie die aktuellsten Richtlinien<sup>3</sup> eingegangen, da es zur Behandlung aller in diesem Bereich erlassenen Richtlinien hinsichtlich ihres Umfangs einer eigenen Auseinandersetzung bedürfte.

## B. Tätigkeitsbereiche

### B.I. Internet

Mit dem Beschluss Nr 456/2005/EG<sup>4</sup> wurde das vierjährige Förderungsprojekt

---

<sup>1</sup> Zahlen entnommen von Statistik Austria.

<sup>2</sup> EU-27.

<sup>3</sup> Entspricht der Projekterweiterung.

<sup>4</sup> Beschluss Nr. 456/2005/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom

(2005–2008) „eContentplus“ erstellt, welches der Erleichterung des Zugangs zu digitalen Inhalten sowie deren Nutzung und Verwertung in Europa dienen soll. Darüber hinaus verfolgt es aber auch die Ziele, die Verbesserung der Qualität zu erleichtern sowie bewährte Praktiken im Umgang zwischen Inhaltsanbietern und Nutzern im Zusammenhang mit digitalen Inhalten zu fördern wie auch die Zusammenarbeit zwischen den Akteuren im Bereich der digitalen Inhalte zu intensivieren. Als Zielanwendungsbereiche gelten Informationen des öffentlichen Sektors, räumliche Daten, pädagogische und kulturelle digitale Inhalte sowie wissenschaftliche und akademische digitale Inhalte. Durchgeführt wird dieses Programm gemeinsam mit dem Gemeinschaftsprogramm „Mehr Sicherheit im Internet“, welches im Beschluss Nr 854/2005/EG<sup>5</sup> seine Grundlage findet. Dieses soll die sichere Nutzung des Internets und neuer Online-Technologien fördern und schädliche, unerwünschte oder illegale Inhalte bekämpfen. Besonders ins Auge gefasst ist hierbei der Schutz von Kindern und Jugendlichen.

Darüber hinaus soll den Bürgern und Unternehmern ein erschwinglicher Zugang zur Kommunikationsinfrastruktur, insbesondere zum Internet, gewährleistet sein. In der Verordnung (EG) Nr 2887/2000<sup>6</sup> über den entbündelten Zugang zum Teilnehmernetz sind darum Maßnahmen vorgesehen, den Wettbewerb am Markt für Teilnehmeranschlüsse anzukurbeln, indem alternative Infrastrukturen durch neue Investitionen gefördert und einer wachstumsfördernden Regulierung unterworfen werden. Dieser faire und nachhaltige Wettbewerb sowie die Tarifgestaltung sollen durch nationale Regulierungsbehörden überwacht werden.

Um den europäischen Markt mit der Gemeinschaft zu verbinden und den Binnenmarkt auch im Internet sichtbar zu machen, wurde mit der Verordnung (EG) Nr 733/2002<sup>7</sup> der Domänenname „.eu“ als Domäne oberster Stufe eingeführt. Organisiert und verwaltet wird die TLD (Top Level Domain) von einem Register, welches insbesondere für die Eintragung der beantragten Domännennamen über eine zugelassene Registrierstelle sowie für die Erhebung der in direktem Bezug zu den anfallenden Kosten stehenden Gebühren verantwortlich ist. In diesem Hinblick sei auch auf die Verordnung (EG) Nr 874/2004<sup>8</sup> zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe „.eu“ und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung hingewiesen. So legt diese zB fest, dass derjenige, dessen Antrag zuerst beim Register in korrekter Form eingegangen ist, den gewünschten Domännennamen zugewiesen bekommt („Windhundprinzip“) oder dass die Einreichung der An-

---

9. März 2005 über ein Mehrjahresprogramm der Gemeinschaft zur Erleichterung des Zugangs zu digitalen Inhalten sowie ihrer Nutzung und Verwertung in Europa.

<sup>5</sup> Beschluss Nr. 854/2005/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über ein mehrjähriges Gemeinschaftsprogramm zur Förderung der sichereren Nutzung des Internets und neuer Online-Technologien.

<sup>6</sup> Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss.

<sup>7</sup> Verordnung (EG) Nr. 733/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. April 2002 zur Einführung der Domäne oberster Stufe „.eu“ (Text von Bedeutung für den EWR).

<sup>8</sup> Verordnung (EG) Nr. 874/2004 der Kommission vom 28. April 2004 zur Festlegung von allgemeinen Regeln für die Durchführung und die Funktionen der Domäne oberster Stufe „.eu“ und der allgemeinen Grundregeln für die Registrierung.

träge sowie Mitteilungen über Registrierungsentscheidungen oder solche betreffend die Rechte einer Partei in allen Gemeinschaftssprachen möglich sein müssen. Darüber hinaus enthält die Verordnung noch zahlreiche andere, wesentliche Regelungen (gestaffelte Registrierung, Reservierungen, Whois-Daten, unsittliche Registrierungen, Widerruf etc), deren Erläuterung aber den Rahmen dieser Arbeit wohl sprengen würde.

## **B.II. Sicherheit der Informationssysteme**

Um Informationssystemen ein hohes Maß an Sicherheit zu verleihen, wurde mit der Verordnung (EG) Nr 460/2004<sup>9</sup> die Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit eingerichtet. Der Aufgabenbereich umfasst ua die Erhebung von Informationen zu einer Risikoanalyse, die Förderung der Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure in diesem Sektor wie auch Beratungstätigkeiten. Ziel soll es sein, das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten, indem auftretende Probleme im Rahmen der Netz- und Informationssicherheit bewältigt, behoben oder gar verhütet werden.

Des Weiteren soll durch Angleichung der Strafrechtsvorschriften der Mitgliedstaaten der Gefahr von Angriffen auf Informationssysteme entgegengewirkt werden. In diesem Wege sind vorsätzliches und unbefugtes Löschen, Beschädigen, Verstümmeln, Verändern, Unterdrücken oder Unzugänglichmachen von Computerdaten eines Informationssystems, die eine schwere Behinderung oder Störung seines Betriebs zur Folge haben, sowie der vorsätzliche und unbefugte Zugang zu einem solchen zu sanktionieren. Das Gleiche gilt auch für Anstiftung, Beihilfe oder Versuch. Der diese Maßnahmen regelnde Rahmenbeschluss 2005/22/JI<sup>10</sup> möchte insbesondere den Angriffen im Rahmen von organisierter Kriminalität und Terrorismus entgegenwirken, so ahndet er diese auch mit einem höheren Strafausmaß.

## **B.III. Datenschutz**

Durch den neuen Artikel 286 EG-Vertrag (in der durch den Vertrag von Amsterdam geänderten Fassung) sind die Gemeinschaftsorgane dazu verpflichtet, Vorkehrungen zum Datenschutz zu treffen. Da sich die Datenschutz-Richtlinie sowie die Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation nur an die Mitgliedstaaten richten, müssen die konkreten Vorschriften für die Gemeinschaftsorgane in einer Verordnung mit direkter Geltungskraft festgelegt sein, für welche die genannten Richtlinien den rechtlichen Rahmen bilden. So zielt die Verordnung (EG) Nr 45/2001<sup>11</sup> darauf ab, den Schutz der Grundrechte natürlicher Personen bei der Verarbeitung von personenbezo-

---

<sup>9</sup> Verordnung (EG) Nr. 460/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2004 zur Errichtung der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit (Text von Bedeutung für den EWR).

<sup>10</sup> Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates vom 24. Februar 2005 über Angriffe auf Informationssysteme.

<sup>11</sup> Verordnung (EG) Nr. 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr.

genen Daten durch die Organe der Europäischen Gemeinschaft gewährleisten zu können. Zur Durchsetzung dieser Vorschriften wird ein unabhängiges Kontrollorgan eingerichtet, welches unter Wahrung der Grundrechte und Grundfreiheiten die Anwendung dieser Bestimmungen überwacht.

#### **B.IV. Telekommunikation**

Um einen Binnenmarkt für die elektronische Kommunikation innerhalb der Gemeinschaft aufzubauen und ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten zu können, wurden fünf wesentliche Richtlinien erlassen, die den Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation von 2002 bilden:

- Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie);
- Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie);
- Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie);
- Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie);
- Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

Als Einzelmaßnahme iSd Rahmenrichtlinie wurde die Verordnung (EG) Nr 717/2007<sup>12</sup> erlassen, welche das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft regelt. Um überhöhte Preise für abgehende und ankommende Sprachanrufe zu beseitigen, werden regulatorische Verpflichtungen sowohl auf Endkunden- als auch auf Großkundenebene auferlegt. So sollen die Entgelte auf der Endkundenebene durch die Einführung eines „Eurotarifes“ begrenzt werden, indem für die Großkundenebene innerhalb der Gemeinschaft ein durchschnittliches Höchstentgelt pro Minute festgesetzt wird. Ab 30. August 2009 darf der Betreiber des besuchten Netzes dem Betreiber des Heimatnetzes für die Abwicklung eines regulierten Roaminganrufs maximal 0,26 Euro pro Minute verrechnen, der Heimatanbieter dem Endkunden 0,43 Euro für abgehende Anrufe und 0,19 Euro für ankommende Anrufe.

---

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 717/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Juni 2007 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG.



## **B.V. Wettbewerb**

Gemäß der Richtlinie 2008/63/EG<sup>13</sup> über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendeinrichtungen sollen Unternehmen, denen der Staat besondere oder ausschließliche Rechte betreffend die Einfuhr, die Vermarktung, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikationsendeinrichtungen gewährt hat, alle ausschließlichen und bestimmte besondere Rechte entzogen werden, da diese für den freien Warenverkehr nicht förderlich sind und den technischen Fortschritt auf diesem Gebiet beeinträchtigen. Um die Wettbewerbsintensität zu steigern, ist die Transparenz der technischen Spezifikationen und der Zulassungsverfahren erforderlich. So müssen die Merkmale der Schnittstelle des öffentlichen Netzes, an der die Endeinrichtung anzuschließen ist, bekannt und transparent sein, damit der Benutzer die Endeinrichtung seiner Wahl einsetzen kann.

## **B.VI. Fernsehen**

Die Richtlinie 89/552/EWG<sup>14</sup> „Fernsehen ohne Grenzen“ zielt auf die Gewährleistung des freien Verkehrs von Fernsehsendungen innerhalb des Binnenmarktes sowie auf den Schutz der Anliegen des öffentlichen Interesses (zB Schutz von Minderjährigen) ab. Da aber für audiovisuelle Mediendienste neue Übertragungstechniken geschaffen wurden und sich somit ein Strukturwandel vollzogen hat, ist auch der geltende Rechtsrahmen anzupassen. Dem wurde mit den Änderungen durch die Richtlinien 97/36/EG und 2007/65/EG Rechnung getragen. Wesentliche Neuerungen sind die Unterscheidung zwischen linearen und nicht linearen Diensten bei der Begriffsbestimmung für „audiovisuelle Mediendienste“, die Lockerung von Werbevorschriften, ein klarer Rechtsrahmen für die „Produktplatzierung“, die Förderung des Medienpluralismus sowie die Förderung der kulturellen Vielfalt.

## **B.VI. Terrorismusbekämpfung**

Um der Fälschung bzw der Verfälschung von Pässen und Reisedokumenten entgegenzuwirken, sollen diese iSd Verordnung (EG) Nr 2252/2004<sup>15</sup> zukünftig ein Speichermedium enthalten, auf welchem ein Digitalfoto und der Fingerabdruck des Inhabers gespeichert sind. Diese Maßnahme soll der Überprüfung der Echtheit des Dokuments sowie der Identität des Inhabers dienen. Weiters haben die Dokumente gewissen Mindestsicherheitsnormen zu entsprechen, so etwa sind nur bestimmte Druck- und Ausstellungstechniken anzuwenden und optisch variable Zeichen zur Gewährleistung des Kopierschutzes anzubringen. Für den Druck der Pässe und Reisedokumente ist in jedem Mitgliedsstaat eine zuständige Stelle zu benennen.

---

<sup>13</sup> Richtlinie 2008/63/EG der Kommission vom 20. Juni 2008 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsendeinrichtungen (kodifizierte Fassung).

<sup>14</sup> Richtlinie (89/552/EWG) zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.

<sup>15</sup> Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten.

## C. Auswirkungen auf nationaler Ebene

Im März 2000 hat der Europäische Rat von Lissabon für Europa das Ziel gesetzt, innerhalb dieses Jahrzehnts zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu werden. Im Wege zahlreicher Erlässe von Sekundärrechtsakten wird eine massive Rechtsangleichung angestrebt, die einen effektiven Binnenmarkt fördern soll. Doch wie wirken sich derartige Maßnahmen auf ein Land wie Österreich aus? Liegt die praktische Situation in der Intention des EU-Gesetzgebers oder haben sich gar Probleme aufgetan? In diesem Zusammenhang seien einige Kritikpunkte angebracht.

Prof. Dr. *Jörn Kruse* von der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg zeigte im November 2008 auf, dass es bei den drei größten österreichischen Mobilfunkbetreibern mobilkom austria, T-Mobile Austria und Orange zu Einbußen in Höhe von 81,5 Millionen Euro kam, die direkt auf die 2007 eingeführten Preisobergrenzen bei Sprach-Roaming zurückzuführen sind. Solche Verluste haben direkten Einfluss auf das Investitionsbudget, welches infolgedessen um 41,2 % gesunken ist. Auch die von der EU-Kommission prognostizierten Nutzungssteigerungen sind nur in einem sehr minimalen Ausmaß eingetreten, welches aber die Preissenkungen nicht einmal annähernd kompensiert. Das Fazit von Prof. *Kruse* lautet: „In Österreich besteht im Mobilfunk seit seiner Liberalisierung ein intensiver Wettbewerb, der zu erheblichen Preissenkungen zum Vorteil der österreichischen Kunden geführt hat. Als Folge der zentralen Eingriffe der Europäischen Kommission in Teilbereiche der Preisgestaltung sind sogenannte Wasserbetteffekte, dh negative Auswirkungen auf nationale Preisstrukturen, eine mögliche Folge dieses Vorgehens.“<sup>16</sup>

Auch hinsichtlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmernetz zeichneten sich Schwierigkeiten ab: Mit Ende 2004 waren erst 2,5 % der österreichischen Haushalte entbündelt, absolut sind dies nur 84.000 von insgesamt 3 Millionen Telefon-Teilnehmeranschlussleitungen. Laut dem Verband der Alternativen Telekommunikationsbetreiber (VAT) sei die zu hohe Entbündelungsmiete schuld daran, da diese die gewinnbringende Entbündelung verhindere. Nichtsdestotrotz liegt Österreich bei der Anzahl der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen in Bezug auf die bestehenden Teilnehmeranschlussleitungen (Stand Ende September 2004) mit 1,9 % über dem EU-Schnitt (1,5 %) und somit an fünfter Stelle.

Weiters sollen die Probleme der Verordnung (EG) Nr 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten in ihrer Umsetzung in der Passgesetz-Novelle nicht unangesprochen bleiben. Zum einen birgt diese einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Datenschutz, ohne den Grundsatz zu wahren, dass der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz jeweils nur in der gelindesten zum Ziel führenden Art vorgenommen werden darf (§ 1 Abs 2 DSG). Zum anderen stellt sich die Frage, ob hier nicht eine Inländerdiskriminierung vorliegt. In einer Stellungnahme des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages erläutert dieser: „Die Tatsache, dass den österreichischen Staatsbürgern eine Mobilität – jedenfalls außerhalb der Schengen-Grenzen – de facto untersagt wird, wenn sich diese

---

<sup>16</sup> <http://presstext.at/news/081106037/eu-roaming-regulierung-gefaehrdet-telekommunikations-standort-oesterreich/>.

weigern, ihre biometrischen Daten abzugeben, ohne Drittstaaten dazu zu verhalten, ebenso strenge Anforderungen an alle Staatsbürger, welche zumindest potentiell in das EU-Gebiet oder insbesondere nach Österreich einreisen könnten, wirft das Thema der Inländerdiskriminierung auf.<sup>17</sup> Außerdem sieht der Österreichische Rechtsanwaltskammertag eine unverhältnismäßige Einschränkung des Rechtes auf Freizügigkeit in den genannten Bestimmungen: „Den Staat[s]bürger nunmehr – wie dies im vorliegenden Entwurf beziehungsweise in der obgenannten EG-Verordnung geschieht – dazu zu zwingen, seine biometrischen Daten abzugeben und sowohl von Sicherheitsorganen des eigenen Landes als auch von Sicherheitsorganen fremder Länder (!!!) speichern und verarbeiten zu lassen, wird nach Ansicht des Rechtsanwaltskammertages der Forderung der Verhältnismäßigkeit bei der Einschränkung von Grundfreiheiten nicht gerecht.“<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> [http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/13\\_1\\_08\\_78\\_pass.pdf](http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/13_1_08_78_pass.pdf).

<sup>18</sup> [http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/13\\_1\\_08\\_78\\_pass.pdf](http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/13_1_08_78_pass.pdf).



## Ein Freund, ein guter Freund

*Interview mit Dr. Klaus Waldeck, Wien*

Das Lied „Ein Freund, ein guter Freund“ wurde von *Werner Richard Heymann* komponiert und durch den Film „Die Drei von der Tankstelle“ (1930) bekannt, in dem es von *Heinz Rühmann, Willy Fritsch und Oskar Karlweis* gesungen wurde. *Wolfgang Zankl* singt es mit seinen Freunden oft und bei verschiedensten Anlässen, zB bei deren Hochzeiten, beruflichen Erfolgen, bei der Rückkehr von längeren Reisen usw. *Klaus Waldeck* hat dies aufgegriffen und zum 50. Geburtstag von *Wolfgang Zankl* eine Coverversion für ihn geschrieben.

*Herr Dr. Waldeck, Sie sind ein international bekannter und erfolgreicher Musiker, eigentlich aber gelernter Jurist und haben sogar die Rechtsanwaltsprüfung absolviert. Wie hat es sich ergeben, dass Sie die Juristerei zugunsten der Musik an den Nagel gehängt haben?*

Das hängt eigentlich mit meinem Erfolg in Frankreich zusammen. Mein erstes Album „Balance of the Force“ hat sich dort mehr als 20.000 Mal verkauft. Ich dachte, wenn ich es aus Österreich heraus schaffe, in Frankreich Musik zu verkaufen, dann müsste das überall anders auch möglich sein. Also wagte ich damals bildlich gesprochen den Schritt, das Standbein zu wechseln und meinen Lebensunterhalt künftig mit der Musik zu bestreiten.

*Haben Sie es jemals bereut, nicht mehr als Jurist tätig zu sein?*

Ja. Denn als Musiker, genauer gesagt als Musikproduzent, ist man oft sehr einsam. Außerdem sind Musiker in ihrer sozialen Stellung noch schlechter gestellt als Anwälte.

*Haben Sie jetzt als Musiker noch mit rechtlichen Aspekten zu tun?*

Mittlerweile habe ich auch ein eigenes Plattenlabel und einen Musikverlag. Da habe ich immer wieder mit rechtlichen Fragestellungen zu tun. Auch durch die digitale Revolution im Medienbereich werden viele spannende Fragen aufgeworfen.

*Sie haben anlässlich Wolfgang Zankls 50. Geburtstag das aus dem Film „Die Drei von der Tankstelle“ bekannte Lied „Ein Freund, ein guter Freund“ bearbeitet und Ihre Coverversion bei der Feier zur Überreichung der vorliegenden Praxisschrift uraufgeführt. Was hat es damit auf sich?*

*Zankl* hat zuletzt anlässlich eines Karaokeabends bei dem Notarehepaar Dr. *Beer* (nicht verwandt mit dem gleichnamigen Juwelengroßhändler aus Südafrika) eine sehr beeindruckende Performance dieses Songs hingelegt. Ich glaube, er erreichte sogar den sogenannten Highscore. So kam dann irgendwie die Idee zu einer Neubearbeitung dieses Klassikers.

*Glauben Sie, dass es Ihre Coverversion in die Charts schaffen wird?*

Nein.



# Markenbenutzung durch Keyword-Advertising?

Mag. Michael Woller, LL.M., MBA, Wien

## A. Was ist Keyword-Advertising?

Die Affinität des Jubilars zu Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem (schon lange nicht mehr rechtsfreien – wozu der Jubilar mit seinem unermüdlichen Engagement jedenfalls maßgeblich beigetragen hat) „Raum“ Internet stellen, ist hinlänglich bekannt. Aus diesem Grund widme ich ihm diesen Beitrag über die aktuell in Europa geführte Diskussion über die markenrechtliche Zulässigkeit von Keyword-Advertising, die – wie so oft im Bereich neuer Technologien – gar nicht so neue Rechtsfragen in völlig neuem Licht erscheinen lässt.

Durch die in den letzten Jahren immer stärker gewordene Nutzung von Internet-Suchmaschinen durch die breite Öffentlichkeit wurde es für Suchmaschinenbetreiber immer lukrativer, ihre immense Bekanntheit durch den Verkauf von Werbeflächen zu barem Geld zu machen. Waren es noch vor zehn Jahren eher Unternehmen mit starker Affinität zur IT-Branche, die sich dieses Teilbereichs des *Interactive Marketing* vornehmlich bedienen, so ist dieses Werbemedium heute aus integrierten Werbekampagnen von Unternehmen quer durch alle Branchen kaum mehr wegzudenken. Zumal diese Werbeform im Vergleich zu klassischer Print-, Radio- und Fernsehwerbung trotz der immer aufwendigeren Technik, die bei der Umsetzung der dahinterliegenden Websites benutzt wird, nach wie vor zu den kostengünstigsten zählt.

Keyword-Advertising ist eine Form des kontextorientierten Suchmaschinen-Marketings. Der Werbetreibende formuliert hierbei eine Anzeige, die in einem als Werbung gekennzeichneten Textblock oberhalb oder neben den Suchergebnissen einer Suchmaschine geschaltet wird. Die Anzeige erscheint immer dann, wenn der Suchmaschinenbenutzer nach einem Suchwort sucht, das der Werbetreibende zuvor als Keyword für seine Anzeige gebucht hat. Das Keyword übernimmt somit eine „Filterfunktion“ für die optimierte Schaltung der Werbeanzeige<sup>1</sup>.

Dem Werbetreibenden stehen hierbei allerdings mehrere Optionen offen, von denen einige im Zuge dieser Analyse von Relevanz sein können. So kann er entweder festlegen, dass seine Anzeige lediglich bei Eingabe des exakten Suchwortes erscheint, oder aber auch, dass sie dann erscheinen soll, wenn der Suchmaschinenbenutzer nach verwandten und ähnlichen Wörtern, wie zB Synonymen oder Wortkombinationen, die das Keyword enthalten, sucht („weitgehend passende Keywords“). Weiters besteht bei letzterer Variante für den Werbetreibenden die Möglichkeit, bestimmte Begriffe explizit auszuschließen (dh, die Anzeige wird nicht angezeigt, wenn dieser ausgeschlossene Begriff gesucht wird, obwohl er ein Synonym des Keywords ist).

Diese – mittlerweile gar nicht mehr so neue – Entwicklung wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf, die zu durchleuchten sich dieser Beitrag zur Aufgabe gemacht hat. Vorauszuschicken ist, dass dieser Beitrag ausdrücklich keine lauterkeitsrechtlichen Fragestellungen erörtern will (somit werden auch die dem Lauterkeitsrecht zuzuordnenden Bestimmungen über die bekannte Marke nicht näher behandelt). Es soll ein

<sup>1</sup> *Dichlberger*, Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising, *ecolex* 2008, 1032.

Überblick über die markenrechtlichen Rahmenbedingungen sowie über die bisher zu dieser Thematik in Europa ergangene Judikatur geschaffen werden.

## **B. Markenrechtliche Hintergründe**

§ 10 MSchG (entspricht § 5 MarkenRL<sup>2</sup> und Art 9 GMV<sup>3</sup>) gewährt dem Inhaber einer registrierten Marke unter anderem grundsätzlich das ausschließliche Recht, Dritten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr

- (i) ein mit der Marke gleiches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, die mit denjenigen gleich sind, für die die Marke eingetragen ist (Abs 1 Z 1);
- (ii) ein mit der Marke gleiches oder ähnliches Zeichen für gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen zu benutzen, wenn dadurch für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht, die die Gefahr einschließt, dass das Zeichen mit der Marke gedanklich in Verbindung gebracht wird (Abs 1 Z 2).

Diese Rechtsgrundlage für das Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers ist dank der Harmonisierung des europäischen Markenrechts durch die MarkenRL für nationale Marken sowie der GMV für die europaweit gültige Gemeinschaftsmarke innerhalb der Europäischen Union gleichgehalten.

Die Frage, die sich nun im Zusammenhang mit Keyword-Advertising stellt, ist folgende: Wird eine Marke kennzeichenmäßig benutzt, wenn sie von einem Dritten als Keyword gebucht wird?

Hierbei sind grundsätzlich zwei Szenarien denkbar:

1. Der Werbetreibende bucht das geschützte Zeichen als Keyword, und die bei Eingabe des Keywords als Suchbegriff erscheinende Anzeige beinhaltet selbst ebenfalls das geschützte Zeichen.
2. Der Werbetreibende bucht das geschützte Zeichen als Keyword, die bei Eingabe des Keywords als Suchbegriff erscheinende Anzeige beinhaltet das geschützte Zeichen *nicht*.

Bejaht man das Vorliegen kennzeichenmäßiger Benutzung, so wäre in weiterer Folge zu prüfen, ob diese Benutzung das Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers verletzt.

### **B.I. Bisherige Judikatur in Europa**

Die Frage nach der kennzeichenmäßigen Benutzung einer Marke durch Keyword-Advertising wurde in Europa bereits mehrmals an die nationalen Gerichte herangetragen und von diesen in den letzten Jahren durchaus unterschiedlich beantwortet. Eine endgültige Klärung dieser Frage durch den EuGH ist allerdings nach wie vor ausständig.

---

<sup>2</sup> RL 2008/95/EG des Rates und des Parlaments v 22.10.2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (zuvor: RL 89/104/EWG des Rates v 21.12.1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken in ihrer im Jahre 1992 durch Beschluss des Rates geänderten Fassung).

<sup>3</sup> VO (EG) 207/2009 des Rates v 26.2.2009 über die Gemeinschaftsmarke.



In der Folge soll der bisherige Stand der Judikatur in Österreich, Deutschland und Frankreich dargestellt werden.

### **B.I.1. Österreich**

#### **B.I.1.a. WEIN & CO**

Der OGH hatte in seiner Entscheidung „WEIN & CO“<sup>4</sup> einen Sachverhalt zu beurteilen, in die der Beklagte den Wortbestandteil WEIN & CO von zwei älteren österreichischen Wort-Bildmarken zum einen als Keyword gebucht hatte und zum anderen diese Marke auch im Text der bei Eingabe des Keywords erscheinenden Werbeanzeige vorkam. Obwohl die Werbeeinschaltung als Anzeige oberhalb des eigentlichen Suchergebnisses positioniert und als Anzeige gekennzeichnet war, sah der OGH darin richtigerweise eine Markenverletzung als gegeben an. Er begründete dies im Wesentlichen mit dem Vorliegen von Verwechslungsgefahr (§ 10 Abs 1 Z 2 MSchG). Die Verwechslungsgefahr sei insoweit offenkundig, als die Beklagte ihre Anzeige mit dem geschützten Zeichenbestandteil überschrieben hat.

Der OGH führte weiters aus, dass Verwechslungsgefahr auch dadurch begründet wird, dass bei Eingabe des Suchworts der Hinweis auf die Website der beklagten Werbetreibenden in (bzw oberhalb – [Anm]) der Trefferliste noch vor dem Hinweis auf die Website der Markeninhaberin aufscheint oder besonders hervorgehoben wird und die beteiligten Verkehrskreise eine gedanklichen Verbindung zwischen der Anzeige und dem älteren Markenbestandteil bzw dessen Inhaber knüpfen würden<sup>5</sup>.

Die Frage, ob auch eine Werbeanzeige ohne Hinweis auf den geschützten Markenbestandteil der Klägerin, die im Anzeigenblock rechts neben der Ergebnisliste angezeigt wird, eine Markenverletzung darstellt, ließ der OGH ausdrücklich offen.

#### **B.I.1.b. BERGSPECHTE**

Der OGH<sup>6</sup> legte dem EuGH<sup>7</sup> folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Ist Art 5 Abs 1 [der MarkenRL] dahin auszulegen, dass eine Marke auf eine dem Markeninhaber vorbehaltene Art benutzt wird, wenn die Marke oder ein ihr ähnliches Zeichen (etwa der Wortbestandteil einer Wortbildmarke) bei einem Suchmaschinenbetreiber als Keyword gebucht wird und daher bei Eingabe der Marke oder des ihr ähnlichen Zeichens als Suchwort in die Suchmaschine Werbung für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen am Bildschirm erscheint?

---

<sup>4</sup> OGH 20.3.2007, 17 Ob 1/07g – WEIN & CO – ÖBI 2007/39 (*Anderl*) = MR 2007, 150 (*Heidinger*) = MMR 2007, 497 = GRUR Int 2008, 531 (*Baars/Troge*); s auch *Dichlberger*, Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising, *ecolex* 2008, 1032 [1033]; sowie *Baars/Schuler/Lloyd*, Keyword-Advertising – Legal Implications in Germany, France and the UK, *CRI* 5/2007, 137.

<sup>5</sup> Kritisch zur Begründung: *Noha*, Keyword Advertising – Verwendung von Kennzeichen Dritter als Suchwort, *ecolex* 2007, 616 [618].

<sup>6</sup> OGH 20.5.2008, 17 Ob 3/08b – BERGSPECHTE – MR 2008, 212 = wbl 2008/265 (*Fuchs*) = *ecolex* 2008/348 (*Anderl*) = ÖBI 2009/15 (*Büchele*); s auch *Annand*, Trademark Use in the Internet Age: Europe, paper INTA Leadership Meeting 2008, 9.

<sup>7</sup> EuGH Vorabentscheidungsverfahren Rs C-278/08 – BERGSPECHTE.

2. Bei Bejahung von Frage 1:

- A. Wird das Ausschließlichkeitsrecht des Markeninhabers bei Verwendung eines mit der Marke identischen Suchworts für eine Werbung für identische Waren oder Dienstleistungen unabhängig davon verletzt, ob die aufgerufene Werbung in der Trefferliste oder in einem davon räumlich getrennten Werbeblock aufscheint und ob sie als „Anzeige“ gekennzeichnet ist?
- B. Ist bei Verwendung eines mit der Marke identischen Zeichens für ähnliche Waren oder Dienstleistungen oder bei Verwendung eines der Marke ähnlichen Zeichens für identische oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen die Gefahr von Verwechslungen schon dann auszuschließen, wenn die Werbung als „Anzeige“ gekennzeichnet ist und/oder nicht in der Trefferliste, sondern in einem davon räumlich getrennten Werbeblock aufscheint?

Diesen Vorlagefragen lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem die Begriffe „BERGSPECHTE“ und „EDI KOBLMÜLLER“ als Teile einer Wort-Bild-Marke (und „BERGSPECHTE“ als Firmenschlagwort) als Keywords gebucht wurden. Die zugehörigen Anzeigen erschienen sowohl oberhalb als auch rechts neben der Trefferliste. Die geschützten Begriffe selbst kamen im Anzeigentext nicht vor.

Von diesem Vorabentscheidungsverfahren wird erhofft, dass es die Fragen, die nach der „Wein & Co.“-Entscheidung offengeblieben sind, beantwortet.

### **B.I.2. Deutschland**

In Deutschland war eine höchstrichterliche Rechtsprechung zur markenrechtlichen Zulässigkeit von Keyword-Advertising bis vor kurzem noch nicht vorhanden. Der BGH richtete allerdings aktuell im Fall BANANABAY einige Vorlagefragen an den EuGH<sup>8</sup>.

Die Judikatur der unteren Instanzen ist uneinheitlich. So haben einige deutsche LG und OLG die Benutzung eines geschützten Zeichens als Keyword als unzulässig beurteilt<sup>9</sup>. Diese Judikaturlinie setzte Keywords mit Metatags (die das Suchergebnis selbst beeinflussen) gleich. Der Nutzer werde auf das werbende Unternehmen hingewiesen, und die optische Trennung der Anzeigen von der Trefferliste schließe Verwechslungsgefahr nicht aus.

In jüngerer Zeit rückten die Gerichte allerdings von dieser eher den Markeninhabern gegenüber freundlichen Judikatur ab und ließen den Werbetreibenden mehr Spielraum beim Buchen von Keywords<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> BGH 22.1.2009, I ZR 125/07 – BANANABAY; Näheres dazu su B.I.2.b. BGH Vorlage an den EuGH: BANANABAY.

<sup>9</sup> LG München I, MMR 2004, 261; LG Braunschweig, K&R 2006, 143; OLG Braunschweig 11.12.2006, 2 W 177/06 – JETTE; OLG Dresden, K&R 2007, 269; LG Leipzig, MMR 2007, 265; OLG Stuttgart 9.8.2007, 2 U 23/07, PCB-POOL.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt 26.2.2008, 6 W 17/08; LG München 14.4.2008, 1 HKO 550/08, bestätigt durch OLG München 6.5.2008, 29 W 1355/08; vgl auch *Dichlberger*, Markenrechtliche Risiken bei Keyword-Advertising, *ecolex* 2008, 1032 [1033].

**B.I.2.a. BGH-Entscheidung: PCB-POOL**

Der BGH<sup>11</sup> hatte zu beurteilen, ob eine Verletzung der Marke PCB-POOL vorliegt, wenn der (für die gegenständlichen Waren als rein beschreibend anzusehende) Begriff PCB als Keyword unter der Verwendung der Funktion „weitgehend passende Keywords“ gebucht wurde. Er verneinte eine kennzeichenmäßige Benutzung eines mit der Marke PCB-POOL identischen Zeichens durch Buchung von PCB (inkl der Erweiterung auf „weitgehend passende Keywords“) im Wesentlichen mit der Begründung, dass es sich bei dem gebuchten Begriff um eine beschreibende Angabe handle. Es schade nicht, dass auch zusammengesetzte Begriffe, die diese Angabe enthalten, mit umfasst sind.

Ebenso wenig kann darin eine Benutzung eines PCB-POOL ähnlichen Zeichens erblickt werden, da der Begriff PCB lediglich beschreibend verwendet wurde.

**B.I.2.b. BGH Vorlage an den EuGH: BANANABAY**

Der BGH<sup>12</sup> hat einen Fall zu beurteilen, in dem die Beklagte die für die Klägerin geschützte nationale Wortmarke BANANABAY als Keyword gebucht hatte. Die bei Eingabe des Suchwortes erscheinende Anzeige enthielt das Zeichen allerdings nicht. Die Unterinstanzen gingen – da es sich um eine Wortmarke handelte – von einer markenmäßigen Benutzung eines identischen Zeichens für identische Waren und Dienstleistungen (vgl in Österreich: § 10 Abs 1 Z 1 MSchG bzw Art 9 Abs 1 lit a GMV) aus. Das Vorliegen von Verwechslungsgefahr sei daher nicht zu prüfen<sup>13</sup>.

Der BGH hinterfragt nun die markenmäßige Benutzung des Zeichens BANANABAY in dem Fall, in dem dieses lediglich als Keyword gebucht wurde. Nach der Judikatur setzt eine Markenverletzung nämlich voraus, dass die geschützte Bezeichnung markenmäßig benutzt wird, dass die Bezeichnung also im Rahmen des Produktabsatzes jedenfalls auch der Unterscheidung der Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient<sup>14</sup>. Die Geltendmachung der Rechte des Markeninhabers ist daher auf die Fälle beschränkt, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion, die Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber dem Verbraucher, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte<sup>15</sup>.

Ob die Verwendung einer Marke als Keyword allerdings tatsächlich die Herkunftsfunktion der Marke betrifft, ist umstritten. Die Stimmen in der deutschen Lehre und Judikatur, die eine solche Benutzung nicht als Benutzung zur Unterscheidung von Produkten eines Anbieters von denen eines anderen ansieht, argumentieren damit, dass die Mehrzahl der Internetnutzer solche Anzeigen als kontextbezogene Werbung und nicht als durch die Suche erzeugte Treffer wahrnehmen würden. Nur bei den in der

---

<sup>11</sup> BGH 22.1.2009, I ZR 139/07 – PCB-POOL.

<sup>12</sup> BGH 22.1.2009, I ZR 125/07 – BANANABAY.

<sup>13</sup> EuGH 20.3.2003, Rs C-291/00 – ARTHUR/ARTHUR ET FELICIE.

<sup>14</sup> EuGH 12.11.2002, Rs C-206/01 – ARSENAL.

<sup>15</sup> EuGH 12.11.2002, Rs C-206/01 – ARSENAL.

Trefferliste aufgeführten Treffern erwarte der Internetnutzer einen Zusammenhang mit dem Suchbegriff<sup>16</sup>.

Die Gegenmeinung in Deutschland vertritt im Wesentlichen die Ansicht, dass die Benutzung des Zeichens als Keyword, ebenso wie Metatags, das Suchergebnis beeinflusst. Die räumliche Abgrenzung in der Darstellung der Ergebnisse rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung nicht<sup>17</sup>.

Der BGH fragt sich nun, ob durch die Benutzung der Marke ihre Herkunftsfunktion stets jedenfalls (mit)beeinträchtigt sein muss oder ob auch eine Beeinträchtigung der (von der MarkenRL geschützten<sup>18</sup>) Werbefunktion allein ausreichen kann, um eine markenmäßige Benutzung annehmen zu können. Eine Beeinträchtigung der Werbefunktion könne möglicherweise in der Benutzung des Zeichens als Keyword gesehen werden, da dadurch die von der Marke ausgehende Werbekraft geschwächt werde.

Ist hingegen gefordert, dass die Herkunftsfunktion der Marke stets (mit)beeinträchtigt sein muss, so stellt sich die Frage, ob es genügen kann, dass der Werbende mit dem Einsatz der fremden Marke als Schlüsselwort darauf abzielt, den Absatz der eigenen Waren oder Dienstleistungen zu fördern<sup>19</sup>.

Andererseits könnte für eine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion gefordert werden, dass der Eindruck erweckt wird, es bestehe eine Verbindung im geschäftlichen Verkehr zwischen den betroffenen Waren oder Dienstleistungen und dem Markeninhaber<sup>20</sup>.

### **B.I.3. Frankreich**

Entgegen der Situation in Österreich, Deutschland und Großbritannien, wo es stets um die Frage der Haftung des Werbetreibenden ging, konzentrierte sich die Diskussion in Frankreich bisher vor allem auf die Frage, ob (auch) der Service Provider, also der Suchmaschinenanbieter, für eine Markenverletzung durch Keyword-Advertising haftbar gemacht werden kann<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Vgl OLG Frankfurt, WRP 2008, 830 [831]; OLG Köln, MarkenR 2008, 117 f; KG MD 2008, 1304; *Bernreuther*, WRP 2008, 1057 [1065 f]; *Ernst*, MarkenR 2006, 57 [59]; *Hüsch*, K&R 2006, 223 [224]; *Illmer*, WRP 2007, 401 f; *Meyer*, K&R 2006, 557 [561]; *Renner*, WRP 2007, 49, [53 f]; *Schaefer*, MMR 2005, 807 [810]; *Ullmann*, GRUR 2007, 633 [638]; *Kur*, GRUR Int 2008, 1 [10].

<sup>17</sup> Vgl OLG Dresden, K&R 2007, 269 [270]; OLG München, MMR 2008, 334 [335]; OLG Stuttgart, WRP 2007, 1265 [1267]; *Büscher* in *Büscher/Dittmer/Schiwy*, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, § 14 MarkenG, Rn 126; *Dietrich*, K&R 2006, 71 [72]; *Seichter*, MarkenR 2006, 375 [379].

<sup>18</sup> Vgl EuGH 4.11.1997, Rs C-337/95 – DIOR; SA des GA *Colomer* vom 13.7.2002, Rs C-206/01 – ARSENAL).

<sup>19</sup> EuGH 12.6.2008, Rs C-533/06 – O2.

<sup>20</sup> EuGH 14.5.2002, Rs C-2/00 – HÖLTERHOFF; EuGH 12.11.2002, Rs C-206/01 – ARSENAL; EuGH 25.1.2007, Rs C-48/05 – ADAM OPEL.

<sup>21</sup> Näher dazu: *Baars/Schuler/Lloyd*, Keyword-Advertising – Legal Implications in Germany, France and the UK, CRi 5/2007, 137 [140].

In Bezug auf die Frage der markenmäßigen Benutzung bejahten die französischen Gerichte zunächst einen markenmäßigen Gebrauch auch bei einer Benutzung des Zeichens als Keyword, ohne dass es in die Anzeige mit aufgenommen wird<sup>22</sup>.

Eine Entscheidung aus Strasbourg<sup>23</sup> folgte dieser Judikatur allerdings nicht und erachtete für eine Bejahung der markenmäßigen Benutzung eine Beeinträchtigung der Hauptfunktion der Marke, nämlich Produkte und Dienstleistungen eines Anbieters von denen eines anderen zu unterscheiden, für notwendig<sup>24</sup>. Da in diesem Fall die Marke nicht in der Anzeige aufschien und die Anzeige klar als von einem anderen Unternehmen stammend erkennbar war, verneinte das Gericht das Vorliegen einer Markenverletzung (im Ergebnis sah es das Vorgehen des Werbetreibenden jedoch lauterkeitsrechtlich als unzulässig an).

Der Cour de Cassation legte zuletzt dem EuGH<sup>25</sup> im Wesentlichen die Frage vor, ob es eine Markenverletzung durch den Keyword-Advertising-Anbieter (in diesem Fall: Google) darstellt, wenn dieser Keywords verkauft, die mit Marken Dritter gleich bzw. diesen ähnlich sind. Erweitert wird diese Frage durch die Frage, ob der Anbieter haftet, wenn der Markeninhaber ihn auf eine rechtsverletzende Verwendung der Keywords (Links auf Internetseiten, auf denen gefälschte Produkte angeboten werden) hingewiesen hat. Die dritte Frage bezieht sich darauf, ob zumindest der Inhaber einer bekannten Marke (Art 5 Abs 2 MarkenRL) eine solche Benutzung unterbinden kann<sup>26</sup>.

### C. Analyse

Nach wie vor ist nicht eindeutig geklärt, ob eine markenmäßige Benutzung des Zeichens durch den Dritten eine unumstößliche Voraussetzung für das Vorliegen einer Markenverletzung bildet<sup>27</sup> bzw. ob die Herkunftsfunktion als Hauptfunktion stets (mit)beeinträchtigt sein muss, um die Benutzung eines Zeichens als markenmäßige Benutzung zu subsumieren. Die Rechtsprechung des EuGH erscheint sehr kasuistisch<sup>28</sup>. Aus der BMW-Entscheidung des EuGH<sup>29</sup> scheint sich zu ergeben, dass die Be-

<sup>22</sup> Tribunal de Grande Instance de Nanterre 14.12.2004 – EUROCHALLENGES, bestätigt durch Court d'Appel de Versailles 23.3.2006 – EUROCHALLENGES; Tribunal de Grande Instance de Paris 24.6.2005 – AMEN; Tribunal de Grande Instance de Paris 8.12.2005 – KERTEL; vgl. auch *Baars/Schuler/Lloyd*, Keyword-Advertising – Legal Implications in Germany, France and the UK, CRI 5/2007, 137 [140].

<sup>23</sup> Tribunal de Grande Instance de Strasbourg 20.7.2007 – TRYBA.

<sup>24</sup> Näheres zu diesem Argument s. oben B.I.2.b. BGH Vorlage an den EuGH: BANANABAY.

<sup>25</sup> EuGH Vorabentscheidungsverfahren Rs C-236/08, Rs C-237/08, Rs C-238/08 – Google/Louis Vuitton Malletier ua.

<sup>26</sup> *Sonn*, Keyword Advertising in the Spotlight, Managing Intellectual Property, April 2009, <http://www.managingip.com/Article/2169576/Keyword-advertising-in-the-spotlight.html>, download am 25.4.2009.

<sup>27</sup> *Annand*, Trademark Use in the Internet Age: Europe, paper INTA Leadership Meeting 2008, 1; EuGH 31.1.2008, SA des GA Mengozzi, Rs C-533/06 – O2 – Rz 20 ff und die darin geführten Zitate.

<sup>28</sup> *Annand*, Trademark Use in the Internet Age: Europe, paper INTA Leadership Meeting 2008, 7.

<sup>29</sup> EuGH 23.2.1999, Rs C-63/97 – BMW.

nutzung einer fremden Marke durch einen Dritten mit dem Ziel, nicht seine eigene Ware oder Dienstleistung, sondern die des Markeninhabers zu kennzeichnen, nicht schon als solche vom Anwendungsbereich des Art 5 Abs 1 lit a MarkenRL ausgeschlossen ist<sup>30</sup>. ME spricht diese Sichtweise eher für das Vorliegen einer kennzeichenmäßigen Benutzung im Falle von Keyword-Advertising.

In weiterer Folge urteilte er in der Entscheidung HÖLTERHOFF<sup>31</sup>, dass für eine Beeinträchtigung der von Art 5 Abs 1 MarkenRL geschützten Interessen unter anderem zu fordern ist, dass eine Bezugnahme des Dritten auf die Marke, um über Merkmale der Ware des Dritten zu informieren, vom potenziellen Kunden als Hinweis auf die Herkunft der Ware verstanden wird<sup>32</sup>. Man könnte das Urteil HÖLTERHOFF andererseits aber auch dahingehend interpretieren, dass der EuGH die Prüfung der Ausnahmetatbestände nach Art 6 Abs 1 MarkenRL implizit als Voraussetzung einer Benutzung nach Art 5 ansieht und daher im Fall HÖLTERHOFF keine Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke festgestellt wurde, weil die Benutzung nach Art 6 Abs 1 gerechtfertigt war, wozu der EuGH in der Entscheidung allerdings schweigt.

In der Entscheidung ARSENAL<sup>33</sup> wiederholt der EuGH jedoch seine Ausführungen aus der HÖLTERHOFF-Entscheidung und fasst zusammen, dass bestimmte Benutzungen zu rein beschreibenden Zwecken vom Anwendungsbereich des Art 5 Abs 1 MarkenRL ausgeschlossen sind und daher nicht unter den Begriff der Benutzung in deren Sinne fallen. Hinzu kommt, dass im ARSENAL-Fall das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands nach Art 6 Abs 1 MarkenRL vom vorlegenden Gericht bereits verneint wurde. Der EuGH führte im Wesentlichen tatsächlich eine Prüfung der Verwechslungsgefahr als Vorfrage zur Anwendung des Art 5 Abs 1 lit a durch<sup>34</sup> (und schließt im Ergebnis auf deren Vorliegen und damit auf das Bestehen eines Ausschließlichkeitsrechts des Markeninhabers im konkreten Fall). Interessant erscheint, dass der EuGH aus der 11. Begründungserwägung der MarkenRL zitiert, wonach es Zweck des Markenschutzes ist, insbesondere die Herkunftsfunktion der Marke zu gewährleisten. Wie bereits der BGH in seinem Vorlagebeschluss BANANABAY ausführte, erscheint es prüfenswert, welche weiteren Funktionen der Marke von Schutzzweck des Ausschließlichkeitsrechts umfasst sind. ME deutet die gewählte Formulierung „insbesondere“ in diesem Fall darauf hin, dass es keinesfalls nur um die Herkunftsfunktion der Marke gehen kann bzw diese stets (mit)beeinträchtigt sein muss. Ebenso ließ es der EuGH in ADAM OPEL<sup>35</sup> offen, ob und welche weiteren Funktionen der Marke vom Markenschutz umfasst sind<sup>36</sup>.

Weiters wäre eine ausdrückliche Klarstellung der Frage durch den EuGH, ob Verwechslungsgefahr dem Art 5 Abs 1 lit a MarkenRL immanent ist und deren Vorliegen daher im Zuge der Prüfung, ob markenmäßige Benutzung vorliegt, stets mitgeprüft werden muss (bzw deren Nicht-Vorliegen vom Verletzer zu beweisen versucht werden

---

<sup>30</sup> EuGH 31.1.2008, SA des GA Mengozzi, Rs C-533/06 – O2 – Rz 20.

<sup>31</sup> EuGH 14.5.2002, Rs C-2/00 – HÖLTERHOFF.

<sup>32</sup> EuGH 14.5.2002, Rs C-2/00 – HÖLTERHOFF – Rz 16.

<sup>33</sup> EuGH 12.11.2002, Rs C-206/01 – ARSENAL.

<sup>34</sup> EuGH 12.11.2002, Rs C-206/01 – ARSENAL – Rz 56.

<sup>35</sup> EuGH 25.1.2007, Rs C-48/05 – ADAM OPEL.

<sup>36</sup> Vgl *Annand*, Trademark Use in the Internet Age: Europe, paper INTA Leadership Meeting 2008, 5.

könnte) oder aber ob das ausdrückliche Schweigen der Richtlinie dazu bedeutet, dass es bei Zeichen- und Waren- bzw Dienstleistungsidentität schlicht nicht auf Verwechslungsgefahr ankommen kann, wünschenswert. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass gemäß Art 16 TRIPS Abkommen im Falle identischer Zeichen und identischer Waren bzw Dienstleistungen Verwechslungsgefahr *vermutet* wird. In diesem Lichte interpretiert, stärkt dies die Argumentation, dass Verwechslungsgefahr auch im Falle des Art 5 Abs 1 lit a MarkenRL vorliegen muss, was praktisch lediglich zu einer Beweislastumkehr führen würde. Der Verletzer hätte zu beweisen, dass seine Benutzung keinesfalls zu Verwechslungsgefahr führt.

Aus der hinsichtlich vergleichender Werbung ergangenen O2-Entscheidung des EuGH<sup>37</sup> lässt sich für die aktuelle Diskussion im Zusammenhang mit Keyword-Advertising mE lediglich ableiten, dass bei Benutzung eines ähnlichen Zeichens für ähnliche Waren (Art 5 Abs 1 lit b MarkenRL) für die Bejahung einer Markenverletzung Verwechslungsgefahr gegeben sein muss. Der EuGH lässt die Frage, ob Verwechslungsgefahr auch im Falle des Art 5 Abs 1 lit a eine Rolle spielt, ausdrücklich unbeantwortet (obwohl von den Vorlagefragen umfasst), da diese für den Ausgangsrechtsstreit keine Rolle spielte.

## **D. Zusammenfassung**

Für die Frage nach der Zulässigkeit von Keyword-Advertising unter Verwendung von Keywords, die markenrechtlichen Schutz genießen, bedeutet dies, dass zunächst die offene Frage zu klären sein wird, ob eine „unsichtbare“ Benutzung der Marke als Keyword überhaupt als markenmäßige (und somit als eine der Hauptfunktionen der Marke beeinträchtigende) Benutzung des geschützten Zeichens angesehen werden kann (gleichsam, ob ein identisches Zeichen für identische Waren, ein ähnliches Zeichen für ähnliche Waren oder aber eine bekannte Marke benutzt wird).

Verlangt man, dass die Herkunftsfunktion (mE dann allerdings entgegen dem elften Erwägungsgrund der MarkenRL) stets (mit)beeinträchtigt sein muss, um die Anwendbarkeit des Art 5 Abs 1 zu bejahen, so liefe dies wohl auf eine stets notwendige Prüfung der Verwechslungsgefahr auch für Art 5 Abs 1 lit a hinaus. Es käme dann in der Tat auf die konkrete Ausgestaltung des Inserats sowie dessen Position auf der Ergebnisseite an. Der einzige Vorteil, den der Markeninhaber bei Vorliegen identischer Zeichen und identischer Waren bzw Dienstleistungen hätte, wäre jener der Beweislastumkehr für das Vorliegen von Verwechslungsgefahr, da diese im Falle des Art 5 Abs 1 lit a vermutet würde.

ME ist die Entwicklung der Judikatur in Richtung einer Beschränkung des Schutzbereichs der Markeninhaber nicht zu begrüßen. Es muss dem Markeninhaber auch außerhalb des Lauterkeitsrechts (einschließlich des dem Lauterkeitsrecht entspringendem Schutzes der bekannten Marke nach Art 5 Abs 2 der MarkenRL) die Möglichkeit gegeben werden, eine Verwendung seiner Marke durch Dritte als Keyword zu unterbinden.

Dessen ungeachtet sei allerdings darauf hingewiesen, dass eine Verwendung eines geschützten Zeichens durch Dritte nach lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen unzulässig sein kann. Wie auch immer die derzeit beim EuGH anhängigen Vorabentschei-

<sup>37</sup> EuGH 12.6.2008, Rs C-533/06 – O2 – ÖBl 2008/72 (*Gamerith*).

Michael Woller

dungsverfahren entschieden werden, ist Keyword-Advertisern daher auch weiterhin zur Vorsicht zu raten, wenn sie geschützte bzw. diesen ähnliche Zeichen als Keywords buchen. Eine sichtbare Benutzung des geschützten Zeichens in der Anzeige selbst wird wohl in den meisten Fällen eine Verletzung darstellen.

Es bleibt zu hoffen, dass der EuGH die derzeit anhängigen Vorabentscheidungsersuchen dazu nutzt, größtmögliche Rechtssicherheit auf diesem werbewirtschaftlich sehr wichtigen Gebiet zu schaffen. Die vorliegenden Gerichte haben ihm jedenfalls mit der jeweiligen Formulierung der Fragen alle Möglichkeiten dazu an die Hand gegeben.



# Mobile Insurance – Versicherungsvertragsabschluss mittels mobiler Endgeräte

*Dr. David Wurmbäck, Baden*

## A. Einleitung

Aufgrund der vielfältigen Veränderungen der letzten Jahre im Bereich des E-Commerce und M-Commerce und der damit verbundenen regen Tätigkeit des Gesetzgebers ist eine latente Rechtsunsicherheit entstanden.

Gerade im Bereich der Finanzdienstleistungen ist das Bedürfnis nach Sicherheit besonders groß, und es war auch die Intention auf europäischer Ebene, vor allem für den Verbraucher neue diesbezügliche Regelungen, wie zB das FernFinG, zu schaffen.

Diese Regeln finden auch ihre Anwendung beim Versicherungsvertrag, der online oder mittels mobiler Endgeräte abgeschlossen wird. Der „Online-Versicherungsmarkt“ ist zwar in unseren Breiten noch nicht sehr stark verbreitet, doch ist anhand repräsentativer Statistiken und Umfragen zu erkennen, dass in den kommenden Jahren mit einem starken Zuwachs zu rechnen sein wird<sup>1</sup>.

## B. Grundlagen des Versicherungsrechts

Wiewohl sich auch im ABGB Bestimmungen über den Versicherungsvertrag finden – nämlich in den §§ 1288 bis 1291 ABGB –, kann man diese als totes Recht bezeichnen<sup>2</sup>, da mittlerweile das VersVG geschaffen wurde.

Grundsätzlich lässt sich das Wesen der Versicherung anhand des § 1288 ABGB bestimmen. Demnach nimmt jemand die Gefahr eines unverschuldeten Schadens, der einen anderen treffen könnte, auf sich und verspricht ihm, gegen einen gewissen Preis den Ersatz zu leisten.

Der Versicherer übernimmt in allen Fällen ein Risiko, deren Übernahme der Versicherungsnehmer mit der Prämie bezahlt. Da es ungewiss ist, ob dieses Risiko eintritt, liegt hierin ein aleatorisches Moment, weshalb der Versicherungsvertrag in der Systematik des ABGB auch unter das Kapitel der Glücksverträge eingeordnet wurde.

### B.I. Pflichten des Versicherers

Die Hauptpflicht des Versicherers ist die Ersetzung des durch den Eintritt des Versicherungsfalles verursachten Vermögensschadens<sup>3</sup>. Er hat also die Pflicht zur Risiko-tragung bzw -deckung, die idR in den AVB sehr genau und eng umschrieben werden.

---

<sup>1</sup> Forrester Research, 20.9.2006, <http://www.forrester.com/Research/Document/Excerpt/0,7211,40091,00.html>.

<sup>2</sup> So auch *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht 3. Auflage (1995), 7.

<sup>3</sup> Vgl § 1 VersVG.

Diese Hauptpflicht des Versicherers beginnt bei Versicherungen nach Tagen, Wochen oder Monaten gem § 7 VersVG am Mittag des Tages, an welchem der Vertrag abgeschlossen wird.

Davon abweichend gibt es auch die sogenannte „vorläufige Deckung“, deren Zweck der oft gewünschte Fall ist, dass gleich mit Vertragsabschluss eine Übernahme des Risikos seitens des Versicherers besteht. Es handelt sich um einen eigenen, wenn auch zeitlich begrenzten Versicherungsvertrag, der ebenfalls dem VersVG unterliegt. Keinesfalls handelt es sich bei der vorläufigen Deckung um einen Vorvertrag<sup>4</sup>.

Von dieser vereinbarten vorläufigen Deckung ist jedoch strikt die gesetzliche vorläufige Deckung gem § 1a VersVG zu unterscheiden. Diese kommt dann zum Tragen, wenn der Versicherer seine Warnpflicht über das Nichtvorliegen der vorläufigen Deckung (negative Deckungszusage) verletzt. In diesem Fall besteht aus Gutglaubensgründen eine vorläufige Deckung von Gesetzes wegen.

## **B.II. Pflichten des Versicherungsnehmers**

Das Pendant zur Risikotragung des Versicherers ist die Pflicht zur Prämienzahlung durch den Versicherungsnehmer gem § 35 VersVG.

Der Versicherungsnehmer hat die Pflicht, dem Versicherer die Änderung erheblicher Umstände anzuzeigen, die die Gefahr des Risikos erhöhen.

Der Zweck dieser Bestimmung ist jener, dass der Versicherer ein Risiko zu einer bestimmten Prämie versichert hat. Bei einer Erhöhung des Risikos hat er naturgemäß ein großes Interesse, dies zu erfahren, um entweder die Prämie anzupassen oder von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen.

## **C. Der Versicherungsvertragsabschluss**

Versicherungsverträge können in der Regel formlos<sup>5</sup> geschlossen werden, daher auch im Fernabsatz. Jedoch gelten für bestimmte Versicherungen spezifische Formerfordernisse, vor allem hinsichtlich der Schriftlichkeit und der damit verbundenen Identifizierungspflicht, aber auch bezüglich zwingender Vertragsinhalte. Hierbei seien die Informationspflichten gem § 9a und § 18b VAG genauso genannt wie die Erteilung des Rücktrittsrechts gem § 5b VersVG.

Das VersVG kennt keine Vorschriften über den Abschluss des Versicherungsvertrages, sodass die allgemeinen Bestimmungen hinsichtlich Anbot und Annahme gem § 861 ABGB heranzuziehen sind.

Eine Anbotstellung des Versicherungsnehmers wäre dann denkbar, wenn, vor allem im Bereich des Mobile Insurance, der Versicherer an den Versicherungsnehmer mittels Werbung auf das Handy in Kontakt tritt. Diese Werbung stellt eine *invitatio ad offerendum* des Versicherers da. Der Versicherer hat in diesem Fall ebenso wenig einen Bindungswillen wie bei einem Inserat in der Zeitung<sup>6</sup>, fordert den Versicherungs-

---

<sup>4</sup> *Jabornegg*, Die vorläufige Deckung (1992), 38.

<sup>5</sup> *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995), 91.

<sup>6</sup> Vgl hierzu *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage, 69.

nehmer also nur auf, ihm ein Angebot zu stellen, das er dann eben annehmen kann oder nicht<sup>7</sup>.

Die Annahme des Anbots erfolgt meist konkludent gem § 863 ABGB durch die Übersendung der Polizza, kann aber auch ausdrücklich durch den Versicherer erfolgen.

Sofern das Anbot durch den Versicherer erfolgt, wird als schlüssige Annahme insbesondere die Zahlung der Erstprämie durch den Versicherungsnehmer angesehen<sup>8</sup>.

Sofern der Antrag auf einem Formblatt des Versicherers gestellt wird, beträgt die Bindungsfrist gem § 1a Abs1 VersVG maximal 6 Wochen, außer es ist davon Abweichendes vereinbart. Der Grund dieser Begrenzung liegt vor allem aus Verbrauchersicht in § 6 Abs 1 Z1 1. Fall KSchG begründet. Es soll dem Versicherer nicht die Möglichkeit gegeben werden, den Versicherungsnehmer über einen längeren Zeitraum hinweg in Unklarheit darüber zu lassen, ob Versicherungsschutz besteht oder nicht.

Wird vorläufige Deckung vereinbart, ergibt sich daraus der „unmittelbare Bindungswille“<sup>9</sup> des Versicherers, zumindest hinsichtlich dieser vorläufigen Deckung, die als eigener Versicherungsvertrag angesehen wird.

Sofern jedoch keine Vereinbarung hinsichtlich der Bindungsfrist besteht, gilt § 862 ABGB. Bei schriftlichen Anträgen errechnet sich die Bindungsfrist aus dem Postweg, einer angemessenen Überlegungsfrist und der nötigen Bearbeitungszeit durch den Versicherer.

## **D. Vertragsabschluss im Anwendungsbereich des m-commerce**

### **D.I. Anwendungsbereich des FernFinG**

§ 1 FernFinG legt den Anwendungsbereich fest. Somit gilt das Gesetz für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher iSd KSchG.

Ein Fernabsatzvertrag besteht, wenn er gem § 3 Z1 FernFinG unter ausschließlicher Verwendung eines oder mehrerer Fernkommunikationsmittel im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems des Unternehmers abgeschlossen wird. Die Vertragsparteien dürfen demnach nicht zur gleichen Zeit am gleichen Ort körperlich anwesend sein<sup>10</sup>. Auch in der vorvertraglichen Phase

---

<sup>7</sup> Vgl *Zankl*, Bürgerliches Recht (2002), 49; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht, 12. Auflage, I 112; *Mottl*, Zur Praxi des Vertragsabschlusses in Gruber/Mader, Internet und e-commerce (2000), 16.

<sup>8</sup> *Fenyves*, Vorwegzahlung der Prämie und konkludenter Versicherungsvertrag in *Enzinger*, Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift Gerhard Frotz (1993).

<sup>9</sup> *Lurger*, Zivilrechtliche Aspekte des E-Commerce unter Einschluss des Verbraucherrechts und des Kollisionsrechts 12. Versicherungswissenschaftliches Symposium Graz, 23.–24. November 2000 „Versicherung und E-Commerce“, VR 2001, 14.

<sup>10</sup> So auch ErwG 15 der FernFinRL.

darf es zu keinem persönlichen Kontakt zwischen Anbieter bzw Vermittler und Verbraucher kommen<sup>11</sup>.

Finanzdienstleistungen sind gem § 3 Z3 FernFinG jede Bankleistung sowie jede Dienstleistung im Zusammenhang mit einer Kreditgewährung, Versicherung, Altersversorgung von Einzelpersonen, Geldanlage oder Zahlung.

Die Bestimmungen des FernFinG gelten jedoch nur für die Grundvereinbarung<sup>12</sup> und nicht für die daran anschließenden Leistungen. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, dem Verbraucher oder dem Unternehmer keine unnötigen, weil wiederholenden Informationspflichten aufzuerlegen oder das Rücktrittsrecht auszuweiten.

Eine Grundvereinbarung ist idR der eigentliche Vertrag, also der Versicherungsvertrag an sich. Schließen sich daran nun weitere Leistungen, wie zB Prämienzahlungen, an, gilt das FernFinG nur für diese Grundvereinbarung und nicht für die weiteren Leistungen. Dies gilt für das gesamte FernFinG, also auch für die Informationspflichten und das Rücktrittsrecht.

## **D.II. Informationspflichten nach FernFinG**

Betrachtet man das FernFinG, lassen sich zwei große Säulen dieses Gesetzes feststellen. Die eine bildet das Rücktrittsrecht und die andere, noch umfassendere, eigentlich den Schwerpunkt des FernFinG bildende<sup>13</sup>, die Informationspflichten. Nach den Erwägungsgründen der FernFinRL<sup>14</sup> dient die Information des Verbrauchers vor allem der Transparenz, damit dieser einen Überblick über die abzuschließende Finanzdienstleistung erhält.

Das Gesetz unterscheidet grob zwischen Vertriebsinformationen in § 5 FernFinG, Informationen bei Ferngesprächen mit Verbrauchern in § 6 FernFinG und Übermittlung der Vertragsbedingungen und Vertriebsinformationen in § 7 FernFinG.

Im Folgenden werden aufgrund des Umfangs die einzelnen Informationspflichten keiner näheren Betrachtung unterzogen. Vielmehr werden nur jene, die für „mobile insurance“ besondere Bedeutung haben, erörtert.

## **D.III. Besonderheiten der Informationserteilung bei Versicherungen**

### **D.III.1. Information über die Finanzdienstleistung**

Der Verbraucher ist gem § 5 Abs 1 Z 2 FernFinG über die Finanzdienstleistung zu informieren.

Ein besonderer Stellenwert kommt dieser Regelung jedoch hinsichtlich des Abschlusses eines Versicherungsvertrages zu. § 9 VAG gibt den Inhalt des Versicherungsvertrages vor.

---

<sup>11</sup> Vgl *Blume*, FernFinG (2005), § 3, 1 mwN.

<sup>12</sup> Siehe § 2 FernFinG.

<sup>13</sup> So auch *Korinek* in Fletzberger/Schopper Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2004), 70.

<sup>14</sup> 21, 22, 23.

Darin unter anderem enthalten sind Informationen über die Dauer, den Umfang und die Art der Leistung. In Anbetracht dessen können diese Informationen als wesentliche Merkmale iSd § 5 Abs 1 Z 2 FernFinG angesehen werden.

### **D.III.2. Preis**

Bei dem Gesamtpreis gem § 5 Abs 1 Z 2 litb handelt es sich um den Bruttopreis, den der Verbraucher dem Unternehmen für die Finanzdienstleistung schuldet.

Kann kein genauer Preis angegeben werden, wie es häufig auch bei Dauerschuldverhältnissen der Fall ist (zB ein Versicherungsvertrag über einen längeren Zeitraum), so ist zumindest die Berechnungsgrundlage anzuführen. Im eben beschriebenen Fall wären das zB die monatlichen Prämien und allfällige Wertanpassungsklauseln<sup>15</sup>.

### **D.III.3. Information über das Rücktrittsrecht**

Die Informationen über den Fernabsatzvertrag gem § 5 Abs 1 Z 3 beziehen sich auch auf das Rücktrittsrecht. So ist nach lit a darüber zu informieren, ob grundsätzlich ein Rücktrittsrecht nach § 8 FernFinG besteht oder nicht, darüber hinaus, wie es ausgeübt werden muss sowie die Folgen der Nichtausübung dieses Rechts.

### **D.III.4. Sprache**

In diesem Zusammenhang ist auch § 9a Abs 6 VAG zu beachten, der normiert, dass Informationen gem §§ 9a und 18b VAG in deutscher Sprache sein müssen, außer der Versicherungsnehmer hat das Recht eines anderen Staates gewählt bzw der Verwendung einer anderen Sprache ausdrücklich zugestimmt<sup>16</sup>.

## **D.IV. Übermittlung der Informationen vor Vertragsabschluss**

Während § 5 FernFinG bestimmt, dass die Informationen vom Unternehmer zur Verfügung gestellt werden müssen, regelt § 7 FernFinG hingegen die aktive Übermittlung dieser Informationen und darüber hinaus der Vertragsbedingungen, also der AVB, an den Verbraucher. Sie müssen ihm also aktiv in seine Sphäre geschickt werden<sup>17</sup>. Dies kann nun entweder in Papierform oder auf einem dauerhaften Datenträger, der dem Verbraucher zur Verfügung steht und zu dem er Zugang hat, erfolgen.

Es stellt sich jedoch in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine SMS mit dem Link auf eine Website genügt. Der Verbraucher müsste hierzu die Möglichkeit haben, auf diese Internetseite zu gehen und diese Informationen abzurufen, was aber wiederum kein aktives Übermitteln des Unternehmers darstellt. Er stellt die Informationen nur auf seiner Website zur Verfügung und kann sie auch jederzeit verändern; sie sind also nicht wie gefordert unveränderbar. Darüber hinaus stellt dies auch einen Medienbruch dar (nicht jedes Mobiltelefon hat einen Internetzugang).

Analog zur Übermittlung der Informationen per E-Mail könnte eine Übertragung per SMS ins Auge gefasst werden, was aber momentan noch an der technischen Machbarkeit (zu kleines Display der Mobiltelefone) scheitert.

---

<sup>15</sup> Vgl *Schauer*, Die Informationspflichten in der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, VR 2004, 2; *Fletzberger*, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (2004), 82; *Blume*, FernFinG § 5, 55.

<sup>16</sup> Vgl *Blume*, § 5, 20, sowie *Fletzberger* Seite 90, 91 mwN.

<sup>17</sup> EB der RV 467 BlgNr 22. GP13.

Aus den erwähnten Gründen regelt § 7 Abs 2 FernFinG, dass der Unternehmer unverzüglich nach Abschluss des Fernabsatzvertrages der Vorlage der Vertragsbedingungen bzw der Informationen nachkommen kann, sofern der Vertrag auf Ersuchen des Verbrauchers geschlossen wurde und das Fernkommunikationsmittel die Vorlage dieser Informationen nicht gestattet. Die hM sowie auch die EV der RV sieht den primären Anwendungsbereich dieser Regelung im M-Commerce, da die optimale Darstellungsfähigkeit von Displays im Mobilfunkbereich noch nicht flächendeckend gegeben ist.

## **E. ECG im Anwendungsbereich des Mobile Insurance**

Die Anwendbarkeit ist gegeben, wenn ein Diensteanbieter einen Dienst der Informationsgesellschaft im elektronischen Rechtsverkehr anbietet. Der wichtigste Punkt für die Erörterung der Anwendbarkeit ist also, ob es sich bei einem Versicherungsvertragsabschluss mittels Mobiltelefon um einen solchen Dienst der Informationsgesellschaft handelt. Die Legaldefinition des § 3 Abs 1 ECG versteht darunter einen in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz auf individuellen Abruf des Empfängers bereitgestellten Dienst.

Eine Versicherung wird idR gegen Entgelt erbracht, wobei hierfür eine Ertragszielungsabsicht genügt, die beim Abschluss eines Versicherungsvertrages gegeben ist, da für die Versicherung eine Prämie zu bezahlen ist.

Ein Vertragsabschluss mittels Mobiltelefon geschieht ohne Zweifel elektronisch im Fernabsatz, wenn Versicherer und Versicherungsnehmer nicht zur gleichen Zeit am gleichen Ort physisch anwesend sind.

Die Voraussetzung des individuellen Abrufs des Dienstes liegt bei einem Vertragsabschluss mittels eines mobilen Endgerätes vor.

Somit ist eine Anwendbarkeit des ECG auf Versicherungsvertragsabschlüsse im M-Commerce gegeben<sup>18</sup>.

Fraglich ist jedoch, ob alle Finanzdienstleistungen in den Anwendungsbereich des ECG fallen. Bejahend ist hier explizit ErwG 27 der EC-RL<sup>19</sup>. Somit sind auch die im ECG verankerten Informationspflichten und einschlägigen Regeln (vgl § 10 und § 11 ECG) zu beachten.

## **F. AVB bei Mobile Insurance**

Besonders im Versicherungsrecht kommen den Allgemeinen (Geschäfts-)Versicherungsbedingungen (AVB) besondere Bedeutung zu, da AVB zwar Nebenabreden beinhalten, aber diese im Versicherungsbereich genau das zu versichernde Risiko umschreiben und somit integrierender Bestandteil des Versicherungsvertrages sind. Sie

---

<sup>18</sup> Vgl *Haberler*, Rechtssicherheit im Mobile Commerce?, wbl 2003, 297 hinsichtlich der Anwendbarkeit auf Finanzdienstleistungen; ebenso Zankl, ECG, § 9, 124.

<sup>19</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl L178 vom 17.7.2000, 1–16.

sind jedoch dispositiv<sup>20</sup>, könnten also, auch wenn dies seitens der Versicherer nicht intendiert ist, abbedungen werden.

Wichtig ist daher vor allem im Versicherungsbereich, dass diese AVB bereits vor Vertragsabschluss dem Versicherungsnehmer zur Kenntnis gebracht werden.

Eine Pflicht, AGB bzw AVB auszufolgen bzw zu übermitteln, findet sich neben den Bestimmungen des ECG<sup>21</sup> und FernFinG<sup>22</sup> auch in den Regelungen des VersVG<sup>23</sup>.

## F.I. Vereinbarung von AVB

Grundsätzlich gelten die AVB nur dann, wenn sie vereinbart worden sind, was jedoch nicht bedeutet, dass der Versicherungsnehmer sie auch gelesen haben muss. Auch wenn er sie nicht bei Vertragsabschluss einsehen kann, muss er zumindest die Möglichkeit haben, die AVB zu erhalten<sup>24</sup>. *Schauer*<sup>25</sup> setzt damit gleich, dass – meist auf der Rückseite des Antragsformulars – die AVB bei Vertragsabschluss angeführt werden. Es muss also vor Vertragsabschluss auf die AVB hingewiesen werden. Da ein Display eines Mobiltelefons jedoch von Natur aus unübersichtlich ist, sollte zu Beginn des Vertragsabschlusses klargestellt werden, dass zu bestimmten AVB abgeschlossen wird, und diese sollten auch in weiterer Folge eingesehen werden können und zwar in zumutbarer Weise.

Auch die Judikatur<sup>26</sup> geht in genau diese Richtung, fügt jedoch hinzu, dass die Aushändigung der AVB dann entfallen kann, wenn sie in den Vertrag einbezogen, also vereinbart werden und somit zum Vertragsinhalt gemacht werden.

Bei Versicherungen war jedoch lange Zeit, nach einer mittlerweile nicht mehr aktuellen Entscheidung des OGH<sup>27</sup>, davon auszugehen, dass in aller Regel nur auf Grundlage von AVB Versicherungsverträge abgeschlossen werden – was jedermann bekannt ist – und auf die Verwendung von AVB nicht hingewiesen werden muss.

Der OGH ist von dem ursprünglichen Ansatz in weiteren Entscheidungen<sup>28</sup> abgerückt, und es gilt mittlerweile als ständige Rechtsprechung, dass AVB ausdrücklich vereinbart werden müssen, damit sie Vertragsbestandteil werden<sup>29</sup>.

---

<sup>20</sup> *Ertl*, Allgemeine Versicherungsbedingungen als zwingendes Recht – zur E des OGH 7 Ob 264/02b, *ecolex* 2004, 163.

<sup>21</sup> Siehe § 11 ECG.

<sup>22</sup> Siehe § 7 FernFinG.

<sup>23</sup> Siehe § 5b Abs 2 VersVG.

<sup>24</sup> Siehe hierzu näher *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage, 84, mwN.

<sup>25</sup> *Schauer*, aaO.

<sup>26</sup> HG Wien, 28.7.2006, 1 R 136/05d, VRInfo 2006 H 9, 4.

<sup>27</sup> OGH, 5.4.1990, 7 Ob 17/90.

<sup>28</sup> Vgl 7 Ob 39/95; 7 Ob 31/03i; 7Ob 315/03d.

<sup>29</sup> Vgl *Bollenberger* (Hrsg.), ABGB, § 864a, Rz 4.

## **G. Rücktrittsrecht**

### **G.I. Rücktrittsrecht nach FernFinG**

Neben den Informationspflichten des FernFinG zeigt sich das Rücktrittsrecht als der zweite Schwerpunkt dieses Gesetzes.

Es soll den Verbraucher vor unüberlegten Vertragsabschlüssen schützen und auch bei übereilten Schritten die Möglichkeit offenlassen, von diesem Vertrag zurücktreten zu können. Von einem im Fernabsatz abgeschlossenen Finanzdienstleistungsvertrag kann unter den Voraussetzungen des § 8 FernFinG zurückgetreten werden. Es bedarf jedoch für diesen Rücktritt keines Grundes.

Der Rücktritt ist binnen 14 Kalendertagen<sup>30</sup> ab Vertragsabschluss schriftlich<sup>31</sup> oder auf einem anderen, dem Empfänger zur Verfügung stehenden und zugänglichen dauerhaften Datenträger beim Versicherer zu erklären<sup>32</sup> und binnen dieser Frist abzuschicken. Im Gegensatz zum KSchG bemisst sich die Frist in Kalendertagen und nicht in Werktagen.

Interessant erscheint hier § 10 Z2 FernFinG, wonach kurzfristige Versicherungen mit einer Laufzeit von weniger als einem Monat sowie Reise- und Gepäckversicherungen vom Widerrufsrecht ausgeschlossen sind.

Die Folgen des Rücktritts nach dem FernFinG orientieren sich an jenen des KSchG, wobei jedoch in § 12 FernFinG die Aliquotierung des Entgelts für die bereits konsumierte Leistung ausdrücklich festgehalten ist.

### **G.II. Rücktrittsrecht nach VersVG**

Das VersVG sieht ein Rücktrittsrecht des Versicherungsnehmers bei unterbliebener Ausfolgung der AVB (§ 5b VersVG)<sup>33</sup>, des Versicherers bei Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten durch den Versicherungsnehmer (§ 17 VersVG)<sup>34</sup> sowie des Versicherers bei Verzug des Versicherungsnehmers mit der Erstprämie (§ 38 VersVG)<sup>35</sup> vor.

---

<sup>30</sup> Im Vergleich zum Fernabsatzgesetz wird die Frist im FernFinG in Kalendertagen und nicht in Werktagen bemessen.

<sup>31</sup> Wie genau diese Formvorschriften zu verstehen sind, wird weiter unten erörtert.

<sup>32</sup> Siehe hierzu § 12 ECG, wonach die Erklärung dann zugeht, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt und unter normalen Umständen mit ihrer Kenntnisnahme gerechnet werden kann.

<sup>33</sup> Ausgeschlossen ist der Rücktritt bei Versicherungsverträgen mit einer Laufzeit unter 6 Monaten.

<sup>34</sup> Dieser Rücktritt wird gewährt, wenn der Versicherungsnehmer einen anzeigepflichtigen Umstand gem § 16 Abs 1 VersVG verabsäumt hat, oder eine unrichtige Angabe gemacht hat.

<sup>35</sup> Dieses Recht steht jedoch nur dann zu, wenn die Erstprämie, oder die einmalige Prämie, nicht binnen 14 Tagen ab Vertragsabschluss und nach Aufforderung zur Zahlung, gezahlt wird. Der Versicherer hat diesbezüglich ein Belehrungsrecht.



## **H. Zusammenfassung**

Der Versicherungsvertragsabschluss mittels mobiler Endgeräte ist für Versicherungsunternehmen ein durchaus interessantes Betätigungsfeld, was vor allem auf die rechtliche Unbedenklichkeit dieses Vertragsabschlusses zurückzuführen ist. Sowohl die österreichische als auch die europäische Rechtsordnung sehen in den einschlägigen Richtlinien und Gesetzen für den Versicherungsnehmer Schutzmechanismen vor, um vor einem übereilten Vertragsabschluss zu schützen. Durch das FernFinG sind das Rücktrittsrecht für den Verbraucher und die Informationspflicht für den Versicherer festgelegt worden und wurde somit auch dem Verbraucherschutz Rechnung getragen.

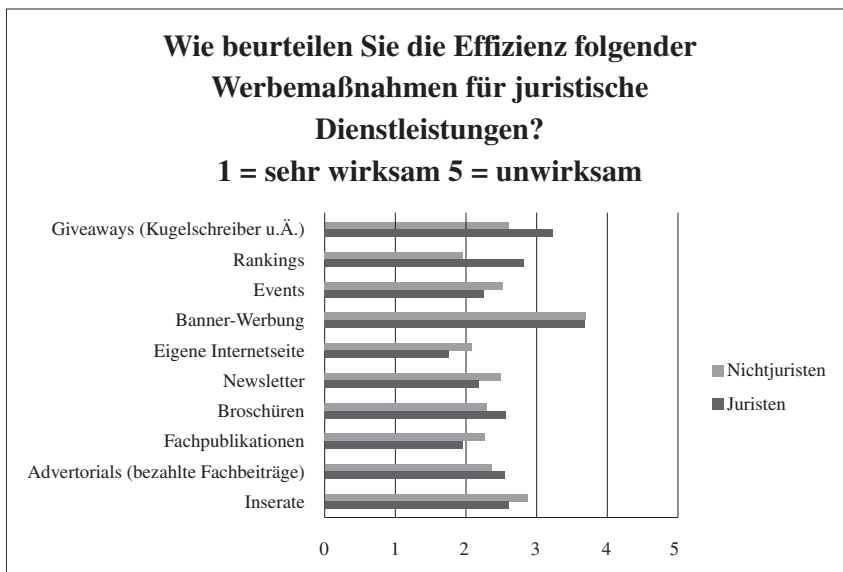
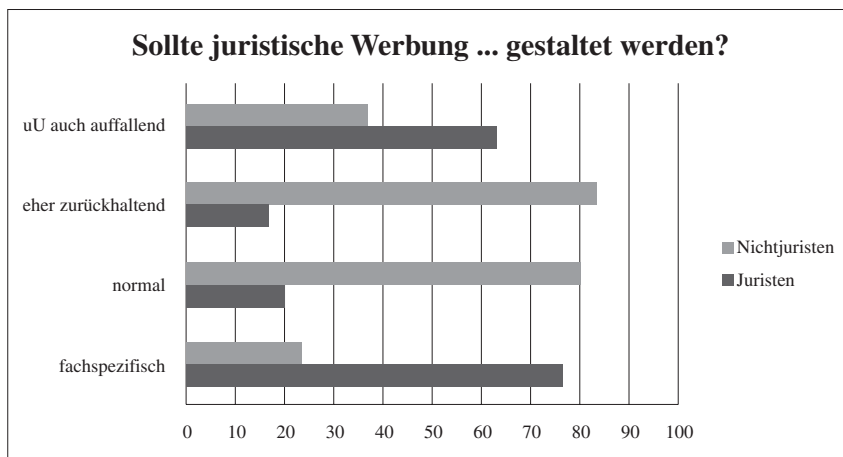
Es zeigt sich, dass die Gesetzeslage bereits für Mobile Insurance gerüstet ist, jedoch die meisten im Umlauf befindlichen mobilen Endgeräte hierfür noch nicht die technischen Voraussetzungen (Anzeigbarkeit der AVB und Informationen am Display) erfüllen.

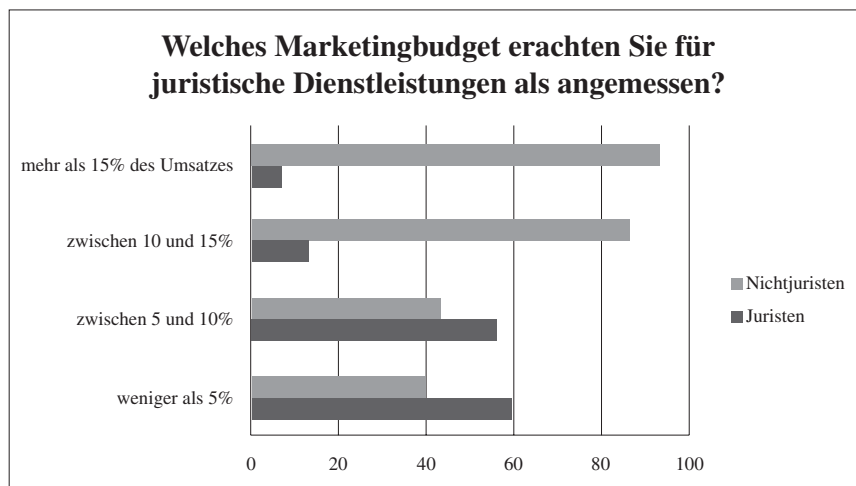
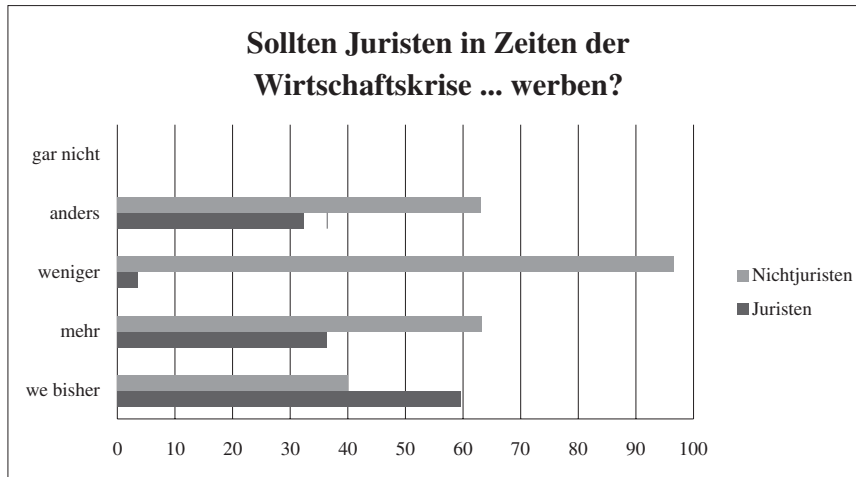


# Marketing und Rechtspraxis

*Pia Zankl, Wien*

Lange Zeit wurde – auch aus rechtlichen Gründen – für juristische Dienstleistungen gar nicht oder nur sehr verhalten geworben. Ein Blick in Tageszeitungen, Fachzeitschriften und ins Internet zeigt, dass sich die Zeiten geändert haben. Nach wie vor unterliegt juristisches Marketing aber standesrechtlichen Beschränkungen und folgt daher nicht nur rechtlich, sondern auch in der Werbebranche eigenen Regeln. Wie Juristen auf der einen Seite und diejenigen, die durch Werbung angesprochen werden sollen, auf der anderen Seite dazu stehen, ist bisher in dieser Form nicht untersucht worden. Eine Umfrage unter 50 Juristen und Nichtjuristen hat versucht, Fakten zu finden, und folgendes Ergebnis gebracht:





Fasst man die Haupttrends der Umfrage zusammen, so zeigt sich zunächst, dass juristische Werbung aus der Sicht von Nichtjuristen eher zurückhaltend, aber nicht zu fachspezifisch gestaltet werden sollte. Juristen sehen das hingegen genau umgekehrt: Sie wollen sich weniger Zurückhaltung auferlegen, dafür aber fachspezifischer werben.

Weitgehend einig ist man sich bei der Einschätzung der Effizienz bestimmter Werbemaßnahmen: Während Giveaways und Bannerwerbung (auf fremden Internetseiten) für weniger wirksam gehalten werden, rangieren der eigene Internetauftritt und Fachpublikationen ganz vorne, was aus der Sicht von Nichtjuristen insofern überrascht, als diese in der Regel keine Fachpublikationen lesen.

Große Unterschiede gibt es wieder bei der Frage, wie Juristen in Zeiten der Wirtschaftskrise werben sollten: Während fast alle Nichtjuristen der Meinung waren, dass

weniger Werbung angebracht wäre, sehen Juristen das wieder völlig anders, indem fast alle fanden, dass auch in Krisenzeiten nicht weniger geworben werden sollte.

Erhebliche Meinungsunterschiede sind schließlich auch bei der Frage nach dem Marketingbudget für juristische Dienstleistungen aufgetreten: Fast alle Nichtjuristen halten mehr als 15 % des Umsatzes für angemessen, während das so gut wie allen Juristen zu viel erschien.

Aus diesen zum Teil wesentlichen Auffassungsunterschieden zwischen Juristen und Nichtjuristen kann zusammenfassend der Schluss gezogen werden, dass sich erfolgreiches Marketing für juristische Dienstleistungen mit diesem Phänomen auseinandersetzen und daher verstärkt auch auf die Wahrnehmung von Nichtjuristen eingehen sollte.



# Juristische Ausbildung und Rechtspraxis

*Stella Zankl, Wien*

Der juristischen Ausbildung an den Universitäten wird oft vorgeworfen, zu wenig auf die Bedürfnisse der Rechtspraxis einzugehen. Dies mag zum einen daran liegen, dass manche Studienfächer per se kaum Praxisbezüge aufweisen, auf der anderen Seite vielleicht aber auch daran, dass die Bedürfnisse der Praxis nicht eindeutig definiert sind: Der Unternehmensjurist wird mit anderen Anforderungen konfrontiert als ein Notar oder Richter. Der auf Mergers and Acquisitions spezialisierte Rechtsanwalt hat andere juristische Bedürfnisse als der Scheidungsanwalt. Fragt man daher Angehörige verschiedener Berufsgruppen, so fallen die Antworten wahrscheinlich unterschiedlich aus. Im Rahmen einer Umfrage wurde die Probe aufs Exempel gemacht. Dabei wurden Repräsentanten verschiedener juristischer Berufsgruppen, aber auch diejenigen befragt, um deren Ausbildung und Zukunft es eigentlich geht – Studierende. Im Folgenden finden sich die Fragen und die Antworten:

## **I. Teilen Sie die Einschätzung, dass „Rechtsprobleme nicht im Hörsaal entstehen“?**

### **a) Praktiker**

„Ich bin mir zunächst nicht ganz sicher, was mit dieser Aussage überhaupt gewonnen werden soll bzw kann. Wenn man den Terminus ‚Rechtsprobleme‘ eher als ‚Rechtsfragen‘ versteht, so entstehen diese typischerweise bei der Subsumtion von Sachverhalten unter das geltende Recht. Dies wird – technisch wie rechtlich – im Hörsaal bzw an der Uni gelehrt und das Wissen anhand von Beispielfällen kommuniziert und geübt. Das ist aber auch logisch. Denn die Uni ist nicht ein Gericht, in dem wahre Lebenssachverhalte und die mit diesen verbundenen Rechtsfragen zu entscheiden sind. An der Uni können also per se Sachverhalte nur theoretisch erörtert werden. Die verbundenen Rechtsfragen entstehen demnach zwangsläufig nicht an der Uni, sie werden dort diskutiert. Sie entstehen vielmehr dadurch, dass kein Gesetzgeber alle tatsächlichen Geschehnisse voraussehen und ex ante durch einen rechtlichen Rahmen regeln kann. Vielmehr gibt es allgemeine Rechtsgrundsätze, die dann – durchaus auch über die Lösung von Rechtsfragen in der praktischen Anwendung – im Wege der Auslegung und/oder basierend auf ständiger Rechtsprechung in praxi angewandt werden. Aber an der Uni wird das geübt, dort entstehen keine Rechtsfragen. Allenfalls werden Rechtsfragen durch die Lehre diskutiert. Das ist wichtig und hilfreich, manchmal aber auch ein Sturm im Wasserglas.“ (*Jochen Artzinger-Bolten*, Rechtsanwalt, Frankfurt)

„Ich teile die Einschätzung; die Fülle an Rechtsproblemen aufgrund der verschiedensten Lebenssachverhalte, die sich im Gerichtsalltag ergeben, können – so scheint es manchmal – kaum ersonnen werden.“ (*Dr. Angela Bibulowicz*, Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien)

„Ja, aber sie können im Hörsaal adäquat kommuniziert werden.“ (*Dr. Philippe Borens*, Rechtsanwalt, Zürich)

Stella Zankl

„Ja, diese Aussage teile ich uneingeschränkt.“ (Mag. *Ludwig Gantner*, ORF, Wien)

„Ich teile diese Auffassung. Auch wenn ich noch so viele Falllösungspraktika absolviere – aus der Sicht eines Unternehmensjuristen –, habe ich trotzdem noch nicht die Luft der Praxis geschnuppert. Dort kommt es zB oft sehr stark darauf an, in einem breit gefächerten Kontext mit unterschiedlichsten Interessenslagen die richtigen Informationen herauszufiltern und darauf basierend Entscheidungen zu treffen, die praktikabel und effizient sein müssen.“ (Mag. *Johannes Gungl*, Head of Legal & Human Resources, Orange Austria Telecommunication GmbH, Wien)

„100 % ja.“ (Dr. *Oliver van Haentjens*, Abteilungsleiter Beteiligungsmanagement und Prokurist Raiffeisen Informatik Beteiligungs GmbH, Wien)

„Zunächst: Ja, ich teile diese Ansicht. Die Rechtsordnung entwickelt sich ja schon aufgrund ihrer Aufgabe hinter der Gesellschaft her – Regelungsbedarf entsteht dort, wo es Weiterentwicklungen gibt, seien diese technischer, sozialer oder sonstiger Natur. Die tatsächlichen Lebenssachverhalte kreieren die Gedankenspielräume der juristischen Wissenschaft. Nicht umgekehrt – oder?“ (Mag. *Claudia Hainz-Sator*, Richterin am Oberlandesgericht Wien)

„Selbstverständlich, wissenschaftliche Arbeit ist extrem wichtig, weil man hier in Ruhe überlegen und ausarbeiten kann, welche Rechtsprobleme entstehen können und Lösungen dafür bereitstellen; welche Probleme sich wirklich manchmal auftun, sieht man allerdings erst in der Praxis.“ (Mag. *Christina Hattinger*, Leiterin der Rechtsabteilung von mobilkom austria, Wien)

„Cum grano salis: ja.“ (Univ.-Prof. Dr. *Clemens Jabloner*, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs, Wien)

„Ja und nein. Ich würde sagen, das hängt von der oder dem Vortragenden ab. Ich habe zwar nie eine Vorlesung von Prof. *Zankl* erlebt, kann mir aber gut vorstellen, dass er sie sehr praxisnah hält (und sich daher tatsächlich mit Problemen befasst, die nicht im Hörsaal entstehen); ich kann mich andererseits aber sehr wohl an Lehrveranstaltungen in so manchem Fach erinnern, in denen es nach meinem Eindruck um sehr theoretische Fragestellungen ging.“ (Mag. *Benedikt Kommenda*, Chef vom Dienst der „Presse“, Leitung Rechtspanorama, Wien)

„Ist richtig, sie entstehen in der Praxis, daher ist ein guter Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis sehr wichtig. Die grundlegende Aufarbeitung von Rechtsthemen ist aber für die Praxis unverzichtbar.“ (Dr. *Birgit Puck*, Finanzmarktaufsicht, Wien)

„Von den zuweilen sehr konstruierten Fallbeispielen in zivilrechtlichen Übungen abgesehen, entstehen die ‚wirklichen‘ (die Bevölkerung bewegenden) Rechtsprobleme definitiv nicht im Hörsaal.“ (Dr. *Brigitte Schenk*, Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs, Wien)

„Ja, denn Laien sind, was das Aufwerfen von Rechtsproblemen betrifft, vielfach wesentlich kreativer, als es Juristen oft sind.“ (Dr. *Friedrich Stefan*, Notar, Wien)

„Selbstverständlich teile ich die Einschätzung dass Rechtsprobleme nicht im Hörsaal entstehen.“ (Dr. *Wilhelm Tschugguel*, Präsident des Landesgerichts Korneuburg)



„Rechtsprobleme entstehen selbstverständlich nicht im Hörsaal, jedoch genau dort sollten sie erörtert werden. Die Qualität der einzelnen universitären Veranstaltungen ist sehr unterschiedlich, daher ist es schwierig – hinsichtlich des Auftretens und Lösens von Rechtsproblemen im Hörsaal –, eine allgemein gültige Aussage zu treffen. Ein genereller Praxisbezug des Studiums wäre auf jeden Fall wünschenswert. Leider verabsäumen die juristischen Fakultäten der österreichischen Universitäten gerade in der Endphase der Ausbildung, die Studierenden auf die Praxis und somit den juristischen Alltag vorzubereiten.“ (Dr. *Klaus Woschnak*, Präsident der Österreichischen Notariatskammer, Wien)

„Ich teile die Einschätzung von Hrn. Professor Dr. *Zankl*.“ (Dr. *Wolfgang Zein*, Hauptabteilungsleiter für den RechtsService bei D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wien)

## **b) Studierende**

„Ja, denke ich auch.“ (*Alexander Abl*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich teile die Meinung von Professor *Zankl*. Im Hörsaal werden zwar auch praktische Fälle besprochen, jedoch nur auf theoretischen Grundlagen.“ (*Claudia Egger*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich bin mir nicht sicher, ob ich die Frage bzw die Aussage richtig verstehe. Meiner Meinung nach muss zwischen der tatsächlichen Entstehung eines Rechtsproblems und der Diskussion (inkl Lösungstheorien) darüber unterschieden werden. Ein Rechtsproblem entsteht grundsätzlich schon mit der legislativen Ausfertigung der Gesetze. Sie ist die Ursache aller Rechtsstreite. Diskussionen und Lösungsvorschläge sind hingegen überall, daher natürlich auch im Hörsaal möglich. Streng genommen teile ich also die von Prof. *Zankl* vertretene Meinung.“ (*Stefan Gutbrunner*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja, diese Ansicht teile ich schon, da ich der Meinung bin, dass die Studenten, die in den Hörsälen sitzen, das Recht und seine Probleme erst kennen lernen. Und wenn im Zuge einer Übung oder Vorlesung diskutiert wird, dann erörtern Studenten und Professoren gemeinsam Lösungen zu Rechtsproblemen, die es aber schon gibt, und wo die Lösung ja quasi schon feststeht. Also ich denke, neue Rechtsprobleme werden sich nicht wirklich ergeben, da diese ja meistens in der Praxis entstehen.“ (*Julia Hauser*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja, diese Meinung teile ich. Die Probleme, die in den Lehrveranstaltungen besprochen werden, findet man so eher selten in der Praxis.“ (*Karoline Krumpner*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja. Wobei ich oft Professoren habe, die sehr oft auch praktische Rechtsprobleme in der Übung besprechen.“ (*Barbara Lunzer*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja, ich teile die Ansicht.“ (*Stephanie Menz*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja, teile ich zu 100 %. Rechtsprobleme entstehen durch Ausformungen des alltäglichen Miteinanders, und im Hörsaal wird nur vorgetragen, denn Ziel des Vortrages ist

Stella Zankl

es nur, ein allgemeines Verständnis der Theorie zu entwickeln.“ (*Peter Rechter*, Student der Rechtswissenschaften, Linz)

„Ja, ich teile diese Einschätzung. Im Hörsaal wird größtenteils theoretisches Grundwissen vermittelt. Interessant ist, dass das im Hörsaal theoretisch Vermittelte in der Praxis des juristischen Berufslebens jedoch sehr verschieden ausgelegt und angewandt wird.“ (*Raimund Streitenberger*, Student der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Wirtschaftsuniversität Wien)

## **II. Welche Anforderungen stellt die moderne Rechtspraxis an Absolventen juristischer Studien?**

### **a) Praktiker**

„Das kommt darauf an, was der Absolvent im Leben mit dem Abschluss machen will. Ich kann nur für die Sicht einer internationalen Großkanzlei sprechen. Und da fallen mir vier große Anforderungen ein: gute bis sehr gute Rechtskenntnisse, gute bis sehr gute Englischkenntnisse (typischerweise erworben durch längere Auslandsaufenthalte sowie durch gegebenenfalls eine weitere in der Praxis einsetzbare Sprache), Sitzfleisch aufgrund langer Arbeitszeiten und schließlich Dienstleistungswillen und -ansatz (der Klient ist Kunde: er ist zu beraten und nicht zu belehren – Service, Service, Service)“ (*Jochen Artzinger-Bolten*, Rechtsanwalt, Frankfurt)

„Hohe Fachkenntnis kombiniert mit der Fähigkeit, diese bei Falllösungen – oder Beratungen – praktisch umzusetzen.“ (*Dr. Angela Bibulowicz*, Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien)

„Die moderne Rechtspraxis hat mit dem juristischen Studium oft nicht viel zu tun, die Halbwertszeit des Wissens wird immer kürzer. Das macht eine solide dogmatische Ausbildung natürlich nicht überflüssig, ganz im Gegenteil. Entscheidend ist aber, dass Uni-Absolventen viel früher in die Praxis kommen, idealerweise mit 23 oder 24 Jahren, wie dies in England und Frankreich der Fall ist, und die Praxis in der Praxis lernen (die Uni kann dies sowieso nicht vermitteln)“ (*Dr. Philippe Borens*, Rechtsanwalt, Zürich)

„Die Mindestanforderung ist die Kenntnis der Rechtsmaterie und Erfahrung mit der Spruchpraxis der Gerichte. Ein guter Jurist muss aber auch sprachlich begabt sein. Unverständliche Gesetzestexte zeigen, dass das nicht immer der Fall war und ist. Jeder Jurist muss außerdem einen Standpunkt mündlich gut vertreten können. Das lernt man kaum auf der Uni.“ (*Mag. Ludwig Gantner*, ORF, Wien)

„Denken in Prozessen, Denken in Projekten. Der Jurist ist heute nicht mehr der Einzelkämpfer, der im stillen Kämmerchen Fälle löst. Es wird auch ein sehr stark wirtschaftliches Denken gefordert. Lösungen müssen praktikabel und im täglichen Wirtschaftsleben umsetzbar sein.“ (*Mag. Johannes Gungl*, Head of Legal & Human Resources, Orange Austria Telecommunication GmbH, Wien)

„Neben den allgemeinen juristischen Fähigkeiten: vernetztes Denken, BWL, Sprachen, Soft Skills, insbesondere interkulturelle Skills.“ (*Dr. Oliver van Haentjens*, Abteilungsleiter Beteiligungsmanagement und Prokurist Raiffeisen Informatik Beteiligungs GmbH, Wien)

„Zu den Anforderungen an Absolventen kann ich nicht sehr viel sagen. Ich glaube, diese sind größer als die Anforderungen früher. Die jungen Menschen müssen einen höheren Grad an Ausbildung, Fremdsprachenkenntnisse etc aufweisen, um sich Chancen zu eröffnen.“ (Mag. *Claudia Hainz-Sator*, Richterin am Oberlandesgericht Wien)

„Exzellente juristische Grundausbildung, Problemlösungsorientierung nicht nur rein juristisch, sondern auch auf pragmatischer Ebene.“ (Mag. *Christina Hattinger*, Leiterin der Rechtsabteilung von mobilkom austria, Wien)

„Im Bereich der engeren juristischen Ausbildung geht es meines Erachtens nach wie vor um das Beherrschen von intellektuellen Werkzeugen; die Universitäten sind daher dazu da, eine sowohl allgemeine als auch tiefe Ausbildung im Rechtsdenken zu vermitteln. Über das rein Juristische hinaus verlangt die moderne Rechtspraxis aber auch andere Kenntnisse und Fertigkeiten, wie zB Sprachen, Rechtsdokumentation und überhaupt die Beherrschung wichtiger sozialer und wirtschaftlicher Zusammenhänge. Weiters ist eine Allgemeinbildung notwendig, die auch kulturelle Aspekte umschließt.“ (Univ.-Prof. Dr. *Clemens Jabloner*, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs, Wien)

„Nicht prinzipiell andere als die frühere, würde ich sagen, nur intensivere: Juristen müssen heute noch flexibler sein, noch mehr ständig weiterlernen, noch offener für fremde Rechtsordnungen sein.“ (Mag. *Benedikt Kommenda*, Chef vom Dienst der „Presse“, Leitung Rechtspanorama, Wien)

„Sehr hohe – neben einem sehr guten juristischen Basiswissen und wirtschaftlichem Verständnis – Spezialisierung in einem juristischen Bereich, soziale Kompetenz, Teamfähigkeit usw.“ (Dr. *Birgit Puck*, Finanzmarktaufsicht, Wien)

„Der Absolvent sollte juristisches Denken, Einsatz und Diskussionsbereitschaft, aber auch sog Soft Skills mitbringen, detailliertestes Fachwissen wird er sich ohnehin in der Praxis aneignen.“ (Dr. *Brigitte Schenk*, Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs, Wien)

„Erst der Erwerb fundierten juristischen Wissens befähigt den absolvierten Juristen, seinen Beruf in der sich ständig verändernden Rechtsordnung verantwortungsbewusst auszuüben.“ (Dr. *Friedrich Stefan*, Notar, Wien)

„Die Dynamik der heutigen Rechtsentwicklung erfordert von Absolventen juristischer Studien in der Praxis sehr viel Flexibilität. Dabei sollte nicht darauf vergessen werden, dass einzig und allein eine fundierte theoretische Grundlage, der wissenschaftliche Zugang, die rasche Einstellung auf neue Rechtsnormen ermöglicht.“ (Dr. *Wilhelm Tschugguel*, Präsident des Landesgerichts Korneuburg)

„Die heutige Rechtspraxis verlangt von Absolventen juristischer Studien – neben dem juristischen Wissen – ua Fremdsprachenkenntnisse, Kenntnisse der juristischen Sprache und Denkweise, logisch-analytische Fähigkeiten zur Problemerkennung und -lösung, Kompetenz zur Kommunikation sowie die Fähigkeit des Umgangs mit der EDV (Rechtsdatenbanken). Dessen ungeachtet wachsen der Rechtsbestand und die damit verbundene Komplexität juristischer Sachverhalte ständig. Aus diesem Grund könnten die Studierenden Gefahr laufen, sich zu viel Detailwissen zu Lasten juristischer Basis-Kenntnisse anzueignen. Man könnte sagen, ‚sie sehen vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr‘. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass trotz des Erfordernisses zusätzlicher – teilweise auch nicht-juristischer – Anforderungen das Grundla-

Stella Zankl

genwissen im Rahmen des Studiums nicht vernachlässigt werden darf.“ (Dr. *Klaus Woschnak*, Präsident der Österreichischen Notariatskammer, Wien)

„Die Anforderungen liegen meiner Meinung nach insbesondere in guten Kenntnissen in sämtlichen Rechtsgebieten, einer Spezialisierung auf zumindest ein bestimmtes Rechtsgebiet, in (betriebs)wirtschaftlichen Grundkenntnissen sowie Fremdsprachenkenntnissen (Englisch, jede weitere Fremdsprache ist ein Plus).“ (Dr. *Wolfgang Zein*, Hauptabteilungsleiter für den RechtsService bei D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wien)

## **b) Studierende**

„Ich glaube, dieselben wie schon früher: Redegewandtheit, Überzeugungskraft und das Sich-präsentieren-Können.“ (*Alexander Albl*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich nehme an, dass man fähig sein sollte, selbständig arbeiten zu können, Theoretisches nun in der Praxis anzuwenden, wobei das sehr schwierig ist, weil ja im Studium hauptsächlich Theorie gelehrt wird.“ (*Claudia Egger*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Da ich selbst nicht in die moderne Rechtspraxis involviert bin, kann ich darüber keine genauen Aussagen treffen. Es wird von Absolventen juristischer Studien wohl die Fähigkeit erwartet, das Erlernte in jeder Hinsicht in der Praxis umzusetzen: die Kenntnis der Gesetzeslage, die Fähigkeit, zu interpretieren und zu subsumieren, aber auch logisches Denken und eine bestimmte Herangehensweise an juristische Problemstellungen.“ (*Stefan Gutbrunner*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Die Anforderungen sind meiner Meinung nach deutlich höher und mehr geworden in den letzten 10, 20 Jahren. Die Absolventen benötigen mehr zusätzliche Ausbildungen, Spezialisierungen, Fremdsprachenkenntnisse, schon Praxiserfahrung (d.h. neben dem Studium schon Praktika usw), es wird deutlich mehr auf die Studiendauer und auf die Noten geschaut.“ (*Julia Hauser*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich denke, es ist sicherlich von Vorteil, wenn man schon praktische Erfahrung gemacht hat, weil man dann in etwa weiß, was von einem verlangt werden könnte, und praktische Kenntnisse werden immer gerne gesehen und helfen einem auch später in der weiteren Berufsausbildung.“ (*Karoline Krumptner*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Dass man schon Berufserfahrung hat und sich sofort in der Praxis zurechtfindet.“ (*Barbara Lunzer*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Die moderne Rechtspraxis fordert die Studenten auf, die juristischen Grundlagen, die man erlernt hat, in die Praxis umzusetzen.“ (*Stephanie Menz*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Flexibilität, Aufopferung, Vielseitigkeit und Erfahrung in der Praxis.“ (*Peter Rechter*, Student der Rechtswissenschaften, Linz)

„Dass das theoretische Wissen in der Praxis kreativ, individuell und überdisziplinär angewandt wird.“ (*Raimund Streitenberger*, Student der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Wirtschaftsuniversität Wien)

### **III. Sollte die universitäre Ausbildung auf diese Anforderungen eingehen oder reicht „learning by doing“, sodass sich die Universitäten eher auf akademische Grundlagen konzentrieren können/sollen?**

#### **a) Praktiker**

„Die goldene Mitte ist richtig. Ich bin in drei Ländern zugelassen und kann also drei juristische Ausbildungen im direkten Vergleich beurteilen. Die deutsche Version ist mE zu lang und zu akademisch – sie könnte mehr Praxisbezug schon in der universitären Ausbildung vertragen. Das ist historisch bedingt. Außerdem müsste man einige Themenkreise absichten und einer gezielten Spezialisierung vorbehalten. Die amerikanische Version ist zu oberflächlich, indem sie zu sehr auf Resultate und Bauchgefühl abstellt als auf einen strukturierten, akademisch unterfütterten Ansatz in der praktischen Rechtsanwendung, Subsumtion und Anwaltstätigkeit. Das wird natürlich auch nicht besser durch das mE vergleichsweise chaotische Gefüge des amerikanischen Rechts (Bundesstaat gegen Bundesebene, Case Law gegen Gesetze). Hier wird mE mehr gelabert als subsumiert. Die englische Version überlässt zu viel dem learning by doing. Schon die Ausbildung setzt kein intensives juristisches Studium voraus. Denn ich kann theoretisch Geschichte oder Biologie studieren, mache dann einen sog. ‚Conversion Course‘ sowie ein zweijähriges Training in einer Kanzlei und plötzlich bin ich Solicitor. Auch hier fehlt es am juristischen Tiefgang, der einen gut ausgebildeten Juristen dazu befähigt, sich durch einen erlernten strukturierten Ansatz auch in unbekannte Sachverhalte einzuarbeiten. Die Engländer sind tendenziell zu früh zu spezialisiert.“ (Jochen Artzinger-Bolten, Rechtsanwalt, Frankfurt)

„Ich glaube, eine praxisorientierte Ausbildung wäre von Vorteil; es zeigt sich häufig, dass vor allem Rechtspraktikanten zwar über theoretisches Wissen verfügen, jedoch die Umsetzung zum Teil erhebliche Schwierigkeiten bereitet.“ (Dr. Angela Bibulowicz, Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien)

„Letzteres, siehe oben. Gerade für die Anwaltsausbildung empfiehlt sich meines Erachtens das US-amerikanische/englische System sehr, bei dem ein großer Teil der Ausbildung zumindest der Anwälte nach der Universität in den Kanzleien stattfindet.“ (Dr. Philippe Borens, Rechtsanwalt, Zürich)

„Ja, die moderne Universität sollte auf diese Anforderungen unbedingt eingehen. Es besteht dann aber die Gefahr, dass wegen knapper Ressourcen andere Bereiche gestrichen werden, die möglicherweise heute als unwichtig erachtet werden (Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie). Da muss man einen guten Mittelweg finden. Ein Rechtsstudium ist auch keine reine Anwaltsausbildung, sondern eine Grundlage für sehr viele mögliche Tätigkeiten (wie in meinem Fall für einen journalistischen Beruf).“ (Mag. Ludwig Gantner, ORF, Wien)

„Aus meiner Sicht muss die Universität auf diese Anforderungen eingehen, widrigenfalls sie am Bedarf ‚vorbeiproduziert‘. Die akademischen Grundlagen sollten künftig vielleicht nur ein Teil der Aufgaben einer Universität sein.“ (Mag. Johannes Gungl, Head of Legal & Human Resources, Orange Austria Telecommunication GmbH, Wien)

Stella Zankl

„Ich denke, eine Mischform ist erstrebenswert: Die Praxis und hier insbesondere das Absolvieren von Praktika ist unerlässlich; im Sinne einer humanistischen Bildung denke ich aber, dass auch die akademischen Grundlagen nicht zu kurz kommen dürfen.“ (Dr. *Oliver van Haentjens*, Abteilungsleiter Beteiligungsmanagement und Prokurist Raiffeisen Informatik Beteiligungs GmbH, Wien)

„Ein Pflichtpraxissemester oder Monat (etwa bei einem Anwalt) wäre sicher von Vorteil, weil man hier schon lernen könnte, wie es in einem Büro zugeht. Ansonsten ist die juristische Ausbildung okay in dieser Art, denn das ‚Learning by doing‘ kann danach sowieso nicht ersetzt werden.“ (Mag. *Christina Hattinger*, Leiterin der Rechtsabteilung von mobilkom austria, Wien)

„Meiner Ansicht sollen die Universitäten wie gesagt theoretische Kenntnisse vermitteln. Nichts ist praxisrelevanter als eine gute Theorie. Freilich sollen die Probleme aus den Erfahrungen der Rechtspraxis gewonnen werden, aber ihre Lösung ist eine theoretische Sache.“ (Univ.-Prof. Dr. *Clemens Jabloner*, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs, Wien)

„Ja, die Studierenden sollen vom ersten Tag des Studiums an auf die Anforderungen in der Praxis eingestimmt werden, ohne dass allerdings das Erlernen systematischen Denkens und linearer Falllösung aus den Augen verloren werden darf.“ (Mag. *Benedikt Kommenda*, Chef vom Dienst der „Presse“, Leitung Rechtspanorama, Wien)

„Das Studium sollte sich an diesen Anforderungen orientieren, dann fallen der Berufseinstieg und der Aufstieg später leichter.“ (Dr. *Birgit Puck*, Finanzmarktaufsicht, Wien)

„Das Wichtigste aus meiner Sicht sind die wissenschaftlichen Grundlagen.“ (Dr. *Friedrich Stefan*, Notar, Wien)

„Die universitäre Ausbildung kann auf diese Anforderungen insofern eingehen, als sie dem Absolventen gutes theoretisches Rüstzeug vermittelt.“ (Dr. *Wilhelm Tschuguel*, Präsident des Landesgerichts Korneuburg)

„Ein gewisses ‚Grundgerüst‘ im Bereich der unter Punkt 2 angeführten zusätzlichen Anforderungen sollte den Studierenden während ihrer Studienzzeit jedenfalls mitgegeben werden, da ‚Learning by doing‘ nicht in allen Bereichen möglich ist (zB Fremdsprachenkenntnisse). Beispielsweise könnten diese Bereiche – um das Grundlagenwissen im Ausmaß nicht einzuschränken – in Form von Wahlfächern, Sommerkursen etc angeboten werden.“ (Dr. *Klaus Woschnak*, Präsident der Österreichischen Notariatskammer, Wien)

„Eine gute Mischung wäre zielführend: Basiswissen auf der Uni und aufbauendes Learning by doing.“ (Dr. *Wolfgang Zein*, Hauptabteilungsleiter für den RechtsService bei D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wien)

## **b) Studierende**

„Meiner Meinung nach weniger Theorie, mehr Praxis.“ (*Alexander Abl*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich finde, dass die Ausbildung auch auf diese Anforderungen eingehen soll, da es den Einstieg ins Berufsleben sicherlich leichter machen würde. Es sollten daher auch Möglichkeiten in den Lehrplan aufgenommen werden, um praktische Erfahrungen zu

sammeln. Beispielsweise im ersten Abschnitt liegt der Schwerpunkt der Lehre auf geschichtlichen Hintergründen, was zwar sehr interessant ist, aber für die weitere Tätigkeit im Berufsleben wenig relevant. Auf der Universität in Graz hingegen ist dies nicht mehr der Fall.“ (*Claudia Egger*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich halte das Jusstudium an der Universität Wien ohnehin für nicht mehr zeitgemäß und schwer reformbedürftig. Um die Frage zu beantworten: ‚Learning by doing‘ reicht zwar, ein praxisorientierteres Studium wäre besser. Dazu noch eine Internationalisierung der Ausbildung (zB Sprachen); und das Studium könnte sich wieder ‚modern‘ nennen.“ (*Stefan Gutbrunner*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Auf diese Dinge, die ich aufgezählt habe, kann die Universität gar nicht eingehen. Man muss sagen, dass das Angebot an Möglichkeiten zu Auslandsaufenthalten deutlich zugenommen hat (ERASMUS, die Universitäten in Europa, aber teilweise auch auf der ganzen Welt sind gut vernetzt). Was fehlt, ist die praxisnahe Ausbildung. Im ganzen Studium bekommt ein Student kein einziges Mal einen Vertrag zu sehen (zB einen Gesellschaftsvertrag oder einen Grundbuchsauszug usw), und ich bezweifle, dass alle Studenten überhaupt wissen, wo sich das Handelsgericht oder das Straflandesgericht in Wien befinden. Klar ist aber auch, dass die Universität natürlich nicht auf alles eingehen kann, was in der Praxis relevant ist. Ich denke, das hat man in keinem Studium. Die Universität soll sich auf die akademischen Grundlagen konzentrieren (im Wesentlichen, ein bisschen mehr Praxis würde aber nicht schaden), und den Rest muss man dann sowieso im Beruf erlernen.“ (*Julia Hauser*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich denke, es wäre wünschenswert, wenn den Studenten auch praktische Erfahrungen der Professoren mitgegeben werden würde, denn diese wissen, was später auf uns zukommt, und können uns deshalb gezielt darauf vorbereiten.“ (*Karoline Krumpfner*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Das Studium geht auf jeden Fall zu wenig auf diese Anforderungen ein. Es sollte bereits während des Studiums verpflichtende Praktika geben.“ (*Barbara Lunzer*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Die universitäre Ausbildung sollte mehr auf diese Anforderungen eingehen und die Studenten mehr auf die Praxis vorbereiten, denn es ist eine sehr große Herausforderung, das Erlernte in die Praxis umzusetzen.“ (*Stephanie Menz*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Meines Erachtens sollten vor allem die Prüfungsmodalitäten mehr auf Praxis eingehen. Viele Prüfungsfragen beziehen sich gar nicht auf praktische Dinge, die man im Arbeitsleben benötigen würde.“ (*Peter Rechter*, Student der Rechtswissenschaften, Linz)

„Ja, selbstverständlich. Ich würde mir wünschen, dass Universitäten mehr praxisbezogene und studienbegleitende Programme anbieten und das in einem möglichst internationalen Kontext.“ (*Raimund Streitenberger*, Student der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Wirtschaftsuniversität Wien)

## IV. Glauben Sie, dass die universitäre Ausbildung derzeit ausreichende Praxisbezüge aufweist?

### a) Praktiker

„Das kommt auf die Rechtsordnung an. In Deutschland hat es sich gebessert, ist aber immer noch nicht ausreichend.“ (Jochen Artzinger-Bolten, Rechtsanwalt, Frankfurt)

„Nein.“ (Dr. Angela Bibulowic, Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien)

„Nein, das halte ich aber auch nicht für nötig, wenn die Absolventen früh genug in die eigentliche Praxis kommen. Es ist richtig, dass erst während mehrerer Jahre die theoretischen Grundlagen und das juristisch-abstrakte, systematische Denken und Argumentieren eingeübt werden.“ (Dr. Philippe Borens, Rechtsanwalt, Zürich)

„Nein. Allerdings ist mein eigenes Studium schon lange her, deshalb kann ich nur aus glaubwürdigen Erzählungen von Bekannten schließen, dass sich nicht allzu viel geändert hat.“ (Mag. Ludwig Gantner, ORF, Wien)

„Ganz klar: Nein! Das gilt nicht nur für die rein juristische Komponente. Dies gilt auch für die wirtschaftliche Komponente und insbesondere für die sog. ‚Soft Skills‘ wie Teamfähigkeit, Kommunikation uä, die ein Jurist haben muss.“ (Mag. Johannes Gungl, Head of Legal & Human Resources, Orange Austria Telecommunication GmbH, Wien)

„Kann ich schwer beurteilen – der neue Studienplan orientiert sich jedenfalls weit mehr an der (Unternehmens-)Praxis, als dies vorhergehende getan haben.“ (Dr. Oliver van Haentjens, Abteilungsleiter Teilnehmendenmanagement und Prokurist Raiffeisen Informatik Beteiligungs GmbH, Wien)

„Ich weiß nicht viel über den derzeitigen Lehrplan an der Uni. In meiner Erinnerung war die Ausbildung zu wenig praxisbezogen, insbesondere auch zu wenig fächerübergreifend. Die Grundstruktur der Rechtsordnung zu erfassen, ist für einen Praktiker mindestens ebenso wichtig wie das heute eher weit verbreitete Spezialwissen. Schließlich gibt es Grundgedanken, die sich in der gesamten Rechtsordnung widerspiegeln, und kennt man diese, so ergibt sich der eine oder andere Gedanke, der sich in speziellen Wissensgebieten wiederfindet, fast von selbst. Es wird in unseren Zeiten der Normenvielfalt wohl kein Auskommen ohne Spezialistentum geben – ich bin aber trotzdem überzeugt, dass ein Verständnis der Grundstruktur sehr erheblich dazu beiträgt, Spezialwissen erfolgreich zu verwerten. Ich bin mir nicht sicher, ob das den Studenten vermittelt wird oder ob es nicht doch vielmehr um die Aneignung von – im schlimmsten Fall auswendig gelerntem – Wissen geht.“ (Mag. Claudia Hainz-Sator, Richterin am Oberlandesgericht Wien)

„Ich meine, dass der derzeitige Praxisbezug der Universitäten genügt. Die eigentliche berufliche Praxis muss jeder Jurist und jede Juristin dann in einer Rechtsanwaltskanzlei, in einer Verwaltungsbehörde, bei Gericht etc ohnedies lernen.“ (Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs, Wien)

„Kenne ich zu wenig aus eigener Erfahrung, und den aktuellen Stand habe ich schon länger nicht recherchiert.“ (Mag. Benedikt Kommenda, Chef vom Dienst der „Presse“, Leitung Rechtspanorama, Wien)



„Das hängt stark vom jeweiligen Universitätslehrer ab“. (Dr. *Birgit Puck*, Finanzmarktaufsicht, Wien)

„Der Praxisbezug scheint mir derzeit unterentwickelt, die meisten Absolventen können etwa mit dem Gang eines zivilgerichtlichen Verfahrens (und den Möglichkeiten, auf den Prozess zugunsten einer der Parteien Einfluss zu nehmen) nur sehr wenig anfangen.“ (Dr. *Brigitte Schenk*, Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs, Wien)

„Eine Verstärkung der Praxisbezüge würde zur Verschulung des Studiums und zur Herabstufung des Universitätsstudiums zu einem FH-Studium führen.“ (Dr. *Friedrich Stefan*, Notar, Wien)

„Gleichzeitig glaube ich auch, dass die Praxisbezüge der universitären Ausbildung etwas erweitert werden könnten, wobei die Wissenschaftlichkeit nicht vernachlässigt werden darf, weil es sich ja schließlich um keine Fachhochschulausbildung handelt. Was die juristische Ausbildung an den Universitäten betrifft, findet man ja auch schon derzeit in den Wahlfachkörben Lehrveranstaltungen, die von Praktikern gehalten werden. Das halte ich für einen richtigen und auch notwendigen Weg, der erweitert werden könnte.“ (Dr. *Wilhelm Tschugguel*, Präsident des Landesgerichts Korneuburg)

„Leider nein.“ (Dr. *Klaus Woschnak*, Präsident der Österreichischen Notariatskammer, Wien)

„Nein.“ (Dr. *Wolfgang Zein*, Hauptabteilungsleiter für den RechtsService bei D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wien)

## **b) Studierende**

„Definitiv nein. Theorie allein ist zu wenig. Ich finde, es sollte auch so wie auf diversen Wirtschaftsunis sein, dass man im Sommer ein zwei- bis dreimonatiges Praktikum absolvieren muss.“ (Alexander *Albl*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Nein.“ (Claudia *Egger*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Nicht wirklich. Die Lehrveranstaltungen von Prof. *Zankl* konnte ich leider nicht besuchen, aber ich kenne ihn und traue ihm zu, praxisorientierter als andere Professoren zu sein. Mir fällt als einzige echte Praxisübung nur ‚Moot Court‘ etc ein.“ (Stefan *Gutbrunner*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Wie gesagt, das glaube ich nicht. Was ich zB an den Lehrveranstaltungen von Prof. *Zankl* gut finde, ist das ‚Praxisquiz‘ in der ersten Stunde. Auf Fragen, was die einzelnen Buchstaben und Zahlen einer Geschäftszahl bedeuten, wo sich der Oberste Gerichtshof, das Handelsgericht, das Graue Haus und andere Gerichte befinden uä, entstehen doch manchmal sehr peinliche Pausen und das ist schon bedenklich. Zumindest weiß ich jetzt nach dem Besuch der Lehrveranstaltungen von *Zankl* auch, wie und womit man als Jurist am meisten Geld verdient, wo sich die Büsten der Rechtsprofessoren im Arkadenhof befinden, wo und warum *Moritz Schlick* auf der Hauptuniversität erschossen wurde und dass man nicht nur bei Prüfungen, sondern auch in der Praxis besser ‚das ist eine Wertungsfrage‘ statt ‚das weiß ich nicht‘ sagt, wenn man keine spontane Antwort parat hat.“ (Julia *Hauser*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich bin der Meinung, dass in vielen Lehrveranstaltungen das Hauptaugenmerk auf der Lösung von Fällen liegt, was ich auch sehr gut finde. Was zusätzlich aber hilf-

Stella Zankl

reich wäre, ist die Vermittlung von Kenntnissen, die in der Praxis eine Rolle spielen wie das Verfassen von Schriftsätzen. Projekte wie Moot Court sind eine sehr gute Idee und sollten auf jeden Fall weiterhin angeboten werden.“ (*Karoline Krumpfner*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Nein.“ (*Barbara Lunzer*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja.“ (*Stephanie Menz*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Von Professor zu Professor ist das verschieden. Die Frage hinsichtlich des ausreichenden Bezugs ist schwer zu beantworten, wenn man die Anzahl der Studierenden mit der Anzahl der dafür zur Verfügung stehenden Professoren vergleicht. Die Lehrveranstaltungen von Professor *Zankl* weisen aber viele kreative und praxisnahe Fälle auf und schaffen dadurch auch eine ideenreiche Atmosphäre.“ (*Peter Rechter*, Student der Rechtswissenschaften, Linz)

„Leider nein. Wobei man fairerweise sagen muss, dass es sehr wohl Unterschiede zwischen den Professoren und den Fächern gibt. Das resultiert wahrscheinlich daraus, dass die Universitäten in Österreich ein Massenbetrieb sind.“ (*Raimund Streitenberger*, Student der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften Wirtschaftsuniversität Wien)

## **V. Sollten auch Universitätslehrer Praxiserfahrung haben?**

### **a) Praktiker**

„Ja. Dann würden sie nicht stundenlang auf theoretischen Punkten herumreiten, bei denen ein Praktiker einen Lachkrampf bekommt. Aber auch hier gilt die goldene Mitte.“ (*Jochen Artzinger-Bolten*, Rechtsanwalt, Frankfurt)

„Das ist schwierig zu beantworten! Wenn man Punkt C. bejaht, muss dies wohl auch für Frage E. gelten. Wie sollte sonst Praxisnähe vermittelt werden? Allerdings meine ich, dass im Wege des Erfahrungsaustausches mit Praktikern, der Befassung mit gutachterlicher Tätigkeit etc einiges an Erfahrungswerten gesammelt werden kann.“ (*Dr. Angela Bibulowicz*, Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Wien)

„Das ist natürlich der Idealfall, scheint mir aber nicht zwingend. Der Lehrkörper sollte eine gesunde Mischung aufweisen. Aus den oben genannten Gründen scheint mir, dass Uni-Professoren primär gute Dogmatiker und Pädagogen sein sollten. Die Praxis soll dann in einem zweiten Schritt in der Privatwirtschaft und den Anwaltskanzleien gelehrt und gelernt werden.“ (*Dr. Philippe Borens*, Rechtsanwalt, Zürich)

„Unbedingt. Alles andere wäre lachhaft.“ (*Mag. Ludwig Gantner*, ORF, Wien)

„Auf jeden Fall! Wünschenswert wäre, dass ein guter Mix entsteht aus Praktikern von Gerichten, Anwaltskanzleien wie auch von Unternehmensjuristen, da dies ganz unterschiedliche juristische Arbeitsgebiete mit komplett unterschiedlichen Anforderungen sind. Daneben ist jedoch auch der traditionelle Universitätsprofessor, der akademische Grundlagenarbeit leistet, gefordert.“ (*Mag. Johannes Gungl*, Head of Legal & Human Resources, Orange Austria Telecommunication GmbH, Wien)

„Ja, jedenfalls“. (*Dr. Oliver van Haentjens*, Abteilungsleiter Beteiligungsmanagement und Prokurist Raiffeisen Informatik Beteiligungs GmbH)

„Nicht notwendig für alle, aber ein gesunder Mix bei den Professoren aus reinen ‚Lehrern‘ und beispielsweise Richtern, Anwälten, Juristen in Privatunternehmen wäre sicher ein Vorteil.“ (Mag. *Christina Hattinger*, Leiterin der Rechtsabteilung von mobilkom austria, Wien)

„Universitätslehrer sollten auch über ausreichende Praxiserfahrung verfügen, bei Juristen ist dies aber ohnedies meistens der Fall.“ (Univ.-Prof. Dr. *Clemens Jabloner*, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs, Wien)

„Ja, unbedingt.“ (Mag. *Benedikt Kommenda*, Chef vom Dienst der „Presse“, Leitung Rechtspanorama, Wien)

„Ist sicher von Vorteil, lässt sich aber auch durch ständige, intensive Kooperation mit der Praxis erreichen.“ (Dr. *Birgit Puck*, Finanzmarktaufsicht, Wien)

„Praxiserfahrung wäre sicher von Vorteil, ein Universitätslehrer mit Praxiserfahrung wird auch besser abschätzen können, welche Fertigkeiten und Kenntnisse die Studierenden in ihrer späteren Berufslaufbahn brauchen werden.“ (Dr. *Brigitte Schenk*, Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs, Wien)

„Ja, unbedingt.“ (Dr. *Friedrich Stefan*, Notar, Wien)

„Ich meine, dass die heute tätigen Universitätslehrer, soweit sie mir bekannt sind, ohnehin willens und in der Lage sind, Praxisbezüge einfließen zu lassen. Eine gewisse Praxiserfahrung könnte freilich nicht schaden, genauso wie umgekehrt den Praktikern zwischendurch gesammelte wissenschaftliche Erfahrung gut tun würde.“ (Dr. *Wilhelm Tschugguel*, Präsident des Landesgerichts Korneuburg)

„Universitätslehrer mit Praxiserfahrung sind, wie auch von Studierendenseite immer wieder gewünscht wird, zweifelsohne eine Bereicherung für den Lehrbetrieb.“ (Dr. *Klaus Woschnak*, Präsident der Österreichischen Notariatskammer, Wien)

„Praxiserfahrung eines Universitätslehrers ist sicherlich ein Vorteil.“ (Dr. *Wolfgang Zein*, Hauptabteilungsleiter für den RechtsService bei D.A.S. Österreichische Allgemeine Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Wien)

## **b) Studierende**

„Auf jeden Fall. Theorie und Praxis fallen mit Sicherheit oftmals extrem weit auseinander, und meiner Meinung nach ist es schon interessant und spannend, das Ganze vielleicht von zwei Seiten beleuchtet zu bekommen.“ (*Alexander Abl*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ich nehme an, dass es nicht schlecht ist, wobei es keine Voraussetzung sein sollte, da wir eine akademische Ausbildung absolvieren und keine Fachhochschule sind. Professoren, die in der Praxis tätig sind, können aber sicherlich praxisrelevante Informationen besser an die Studenten weitergeben.“ (*Claudia Egger*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Von Universitätslehrern erwarte ich eigentlich, dass sie die Materie perfekt beherrschen, also in der Theorie absolut und zu 100 % kompetent sind. Wie sie sich dieses Wissen aneignen, ist grundsätzlich zweitrangig. Dennoch ist Praxiserfahrung sicher hilfreich, vor allem auch, um den Studenten einen Einblick zu gewähren und et-

Stella Zankl

waige Fragen zu beantworten.“ (*Stefan Gutbrunner*, Student der Rechtswissenschaften, Wien)

„Natürlich ist es nicht schlecht, wenn Universitätslehrer Praxiserfahrung haben. Damit können sie den Studenten praxisbezogene Fälle näherbringen, und ein Student kann sich besser vorstellen, was ihn erwartet, wenn er erst mal fertig ist mit dem Studium. Aber ich glaube nicht, dass es ein Nachteil ist, wenn ein Universitätslehrer keine Praxiserfahrung hat. Wie gesagt, sollen sich die Universitäten auf die akademische Ausbildung konzentrieren (für das reichen die derzeitig angebotenen Lehrveranstaltungen ja fast nicht einmal, wie man an überfüllten Hörsälen sehen kann), und den Rest muss man sich in der Praxis, im Arbeitsleben später selbst erarbeiten.“ (*Julia Hauser*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Schaden tut es sicher nicht. Gerade für die Vermittlung praxisbezogener Kenntnisse ist eine Tätigkeit in der Praxis sicherlich hilfreich.“ (*Karoline Krumpfner*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja. Das Problem ist aber, dass Professoren, die auch in der Praxis tätig sind, ganz anders prüfen als Professoren, die ausschließlich forschen beziehungsweise lehren. Es kann Vorteile und Nachteile mit sich bringen. Ein Vorteil ist sicherlich, dass Professoren, die auch in der Praxis einen Beruf ausüben, die Studenten besser auf das Berufsleben vorbereiten können.“ (*Barbara Lunzer*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Grundsätzlich ja.“ (*Stephanie Menz*, Studentin der Rechtswissenschaften, Wien)

„Ja, auf jeden Fall! Besonders ein zweckmäßiger pädagogischer Ansatz wäre teilweise wünschenswert.“ (*Peter Rechter*, Student der Rechtswissenschaften, Linz)

„Ja, auf jeden Fall. Aus eigener Erfahrung kann ich sagen, dass es für Studenten eher nachteilig ist, von Professoren unterrichtet zu werden, die ausschließlich eine rein universitäre Karriere haben.“ (*Raimund Streitenberger*, Student der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften Wirtschaftsuniversität Wien)

*Erwartungsgemäß fallen die Antworten sehr unterschiedlich aus, weitestgehend einig ist man sich aber darüber, dass die Praxis für die juristische Ausbildung eine wichtige Rolle spielt und die Universitäten daher eine solide Grundausbildung vermitteln, sich aber nicht auf reine Theorie beschränken sollten. Zusammengefasst: „Rechtsprobleme entstehen nicht im Hörsaal“.*

# Travel Around the World, but Sue in Your Home Forum

*Mag. Wilfried Zankl, Wien*

In this article I address questions of forum selection and the doctrine of forum non conveniens under American law. The issues are illustrated by leading cases and by some cases related to travel and tourism.

## **A. Subject matter and personal jurisdiction**

In order to adjudicate a case, the court must have subject matter jurisdiction and either jurisdiction in personam or in rem.

### **A.I. Subject matter jurisdiction**

Subject matter jurisdiction is “a court’s authority over particular types of cases or of relief”<sup>1</sup>. A court must dismiss a case for lack of subject matter jurisdiction upon its own initiative or upon motion of a party. Diversity jurisdiction is “a form of federal court jurisdiction over state law disputes, based on the parties’ residence in different states (or one party being a noncitizen of the United States)”<sup>2</sup>. District courts have jurisdiction in diversity cases on condition that no defendant is a citizen of the same state as the plaintiff (“complete diversity requirement”) and that the matter in controversy exceeds \$75,000 (“amount in controversy requirement”) (28 U.S.C. § 1332). District courts have jurisdiction of “any civil case of admiralty or maritime jurisdiction, saving to suitors in all cases all other remedies to which they are otherwise entitled” (28 U.S.C. § 1333).

### **A.II. Personal jurisdiction**

Personal jurisdiction is “the court’s authority over an individual who resides or is found within the court’s geographical area”<sup>3</sup>. A defendant is subject to the personal jurisdiction of his home state, being defined for individuals by residence, citizenship and domicile, for corporations by the state of incorporation or where the corporation conducts its principal operations.

In *Pennoyer v. Neff* (1877)<sup>4</sup>, Pennoyer obtained a default judgment by an Oregon state court against Neff for attorney’s fees. Neff was not a citizen of Oregon and had not been served in that state. His property in Oregon was sold to Pennoyer in order to satisfy the judgment. Neff sued Pennoyer in federal court for recovery. The Supreme Court held that, if a state court exercises personal jurisdiction, the defendant “must be brought within its jurisdiction by service of process within the State or his voluntary appearance”<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Wiley Webster’s New World Law Dictionary, 2006, p. 168.

<sup>2</sup> Wiley Webster’s New World Law Dictionary, 2006, p. 127.

<sup>3</sup> Wiley Webster’s New World Law Dictionary, 2006, p. 168.

<sup>4</sup> *Pennoyer v. Neff*, United States Supreme Court, October 1, 1877, 24 L.Ed. 565; 95 U.S. 714.

<sup>5</sup> *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 at 30.

### **A.II.1. Minimum Contacts**

Later, the Supreme Court held that due process requires only that a defendant has “minimum contacts” with the forum. Minimum contacts are “a defendant’s activities within or affecting the state in which a lawsuit is brought, that are considered legally sufficient to support jurisdiction in that state’s courts”<sup>6</sup>.

For minimum contacts a two prong test (“purposeful availment” and “fair play and substantial justice”) is established. It is essential that by some act the defendant purposefully avails himself of the privilege of conducting activities within the forum State, addressing the benefits and protections of its laws. Where the defendant deliberately has engaged in significant activities within a State, or has created continuing obligations to residents of the forum, he manifestly has availed himself of the privilege of conducting business there. Because he takes advantage of the benefits and protections of the forum’s laws, it is reasonable to require him to submit to the burdens of litigation in that forum.

### **A.II.2. Selected Cases on Minimum Contacts**

#### ***A.II.2.a. International Shoe Co. v. Washington (1945)***

In *International Shoe Co. v. Washington* (1945)<sup>7</sup> *International Shoe*, a Delaware corporation, had no office in Washington and made no contracts for sale or purchase of merchandise in that state. It maintained no stock of merchandise and made no deliveries of goods in intrastate commerce. It employed 11 to 13 salesmen under supervision sales managers located in Missouri. The salesmen resided in Washington, their principal activities were confined to that state. They were compensated by commissions which totaled more than \$31,000 per year<sup>8</sup>. The authority of the salesmen was limited to exhibiting samples and soliciting orders. Prices and terms were fixed by *International Shoe*’s office in St. Louis and the salesmen sent the orders to this office for acceptance or rejection. The salesmen had no authority to enter into contracts or to make collections<sup>9</sup>.

The statutes of Washington set up a scheme of unemployment compensation by contributions to an unemployment compensation fund. These contributions were a percentage of the wages payable annually by each employer for his employees’ services in the state. The statutes authorized the Commissioner to issue a notice of assessment of contributions upon the employer within the state or by mailing the notice to the employer by registered mail at his last known address, and to collect the assessment by distraint<sup>10</sup>.

The Supreme Court held that *International Shoe*’s activities in Washington were systematic and continuous, that the obligation sued upon arose out of these contacts, were sufficient to establish “minimum contacts” and that *International Shoe* benefited

---

<sup>6</sup> Wiley Webster’s New World Law Dictionary, 2006, p. 179.

<sup>7</sup> *International Shoe Co. v. State of Washington, Office of Unemployment Compensation and Placement et al.* United States Supreme Court, December 3, 1945, 326 U.S. 310; 66 S.Ct. 154; 90 L.Ed. 95.

<sup>8</sup> *International Shoe Co. v. Washington* at 6.

<sup>9</sup> *International Shoe Co. v. Washington* at 7.

<sup>10</sup> *International Shoe Co. v. Washington* at 2.

from its sales in Washington. Therefore International Shoe must stand trial in Washington.

***A.II.2.b. Vergara v. Aeroflot Soviet Airlines (1975)***

In *Vergara v. Aeroflot* “Soviet airlines” (1975)<sup>11</sup> the plaintiffs had booked a flight around the world with a travel agent in Omaha. The Tashkent – Kabul link on Aeroflot was cancelled due to the Afghanistan war. Plaintiffs sued Aeroflot in Omaha. The court held that the Russian airline had authorized PanAm and PanAm had authorized the local travel agent to act as its agent. Therefore Aeroflot had transacted business in Omaha and there were minimum contacts for jurisdiction.

***A.II.2.c. Helicopteros Naionales de Colombia v. Hall (1984)***

In *Helicopteros Naionales de Colombia v. Hall*<sup>12</sup> a Colombian corporation provided helicopter transportation for a consortium with headquarters in Texas. Helicopteros had no place of business and never has been licensed to do business in Texas. After a helicopter owned by Helicopteros crashed in Peru, resulting in the death of United States citizens who were employed by the consortium, Elizabeth Hall instituted wrongful-death actions in a Texas state court against the consortium, the Texas manufacturer, and Helicopteros<sup>13</sup>.

The Supreme Court held that Helicopteros’s contacts with Texas were insufficient to satisfy the requirements of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, disallowing the Texas court to maintain personal jurisdiction over Helicopteros. The single trip to Texas of the chief executive officer cannot be regarded as “continuous and systematic” contact and cannot support an assertion of general jurisdiction. Helicopteros’s acceptance of checks drawn on a Texas bank, the purchases of helicopters and equipment from the Texas manufacturer and the training trips are no sufficient basis for the Texas court’s assertion of jurisdiction. “Mere purchases, even if occurring at regular intervals, are not enough to justify a State’s assertion of in personam jurisdiction over a nonresident corporation in a cause of action not related to the purchases.”<sup>14</sup>

***A.II.2.d. World-Wide Volkswagen v. Woodson (1980)***

In *World-Wide Volkswagen v. Woodson*<sup>15</sup> a New York couple purchased a new Audi automobile from Seaway Volkswagen in New York. As they passed through Oklahoma, another car struck the Audi in the rear, causing a fire which severely burned the wife and her children<sup>16</sup>. In a products-liability action in Oklahoma, they claimed that their injuries resulted from defective design and placement of the Audi’s gas tank and fuel system. They joined as defendants the manufacturer, the importer, the regional distributor, World-Wide Volkswagen Corp. and the retail dealer Seaway<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> *Vergara v. Aeroflot "Soviet Airlines"*, 390 F.Supp. 1266 (D.Neb.1975).

<sup>12</sup> *Helicopteros Nacionales de Colombia, S.A., Petitioner, v. Elizabeth Hall et al.*, United States Supreme Court, April 24, 1984, 80 L.Ed.2d 404; 104 S.Ct. 1868; 466 U.S. 408.

<sup>13</sup> *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall*, Syllabus.

<sup>14</sup> *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall*, Syllabus.

<sup>15</sup> *World-Wide Volkswagen Corporation et al., Petitioners, v. Charles S. Woodson, District Judge of Creek County, Oklahoma, et al.* United States Supreme Court, January 21, 1980, 62 L.Ed.2d 490; 100 S.Ct. 559; 444 U.S. 286.

<sup>16</sup> *World-Wide Volkswagen v. Woodson* at 2.

World-Wide Volkswagen was incorporated and had its business office in New York. It distributed vehicles, parts, and accessories to retail dealers in New York, New Jersey, and Connecticut. Seaway, one of these retail dealers, was incorporated and had its place of business in New York. Seaway and World-Wide were independent corporations. There was no evidence that World-Wide or Seaway did any business in Oklahoma, shipped or sold products to or in that State, had an agent to receive process there, or advertised in Oklahoma. No automobile sold by World-Wide or Seaway has ever entered Oklahoma with the exception of the vehicle involved in the accident<sup>18</sup>.

The Supreme Court held a state court may exercise personal jurisdiction over a nonresident defendant only so long as “minimum contacts” between the defendant and the forum State exist, which must be so strong that maintenance of the suit does not offend traditional notions of fair play and substantial justice. The relationship between defendant and forum must be such that it is “reasonable ... to require the corporation to defend the particular suit which is brought there”. The Due Process Clause “does not contemplate that a state may make binding a judgment in personam against an individual or corporate defendant with which the state has no contacts, ties, or relations”. World-Wide and Seaway did not avail themselves of the benefits of Oklahoma law. They did not regularly sell cars to Oklahoma residents or serve or seek to serve the Oklahoma market. Although it is foreseeable that automobiles might cause an injury in Oklahoma, “foreseeability” is not sufficient for personal jurisdiction. The conduct and connection of the defendant with the forum must be so strong that he should reasonably anticipate being taken into court in the forum State.

## **B. Selection of the forum by the plaintiff**

With regard to minimum contacts, plaintiffs have a choice among several fora. On the other hand, this can easily lead to “forum shopping”. American courts are likely to become the target of forum shopping by foreign plaintiffs, who often file lawsuits in the United States in order to take advantage of the American legal system. Many countries do not permit contingency fee agreements, which is a significant disincentive to plaintiffs in pursuing mass tort claims in those countries. Under the “loser pays system” plaintiffs have a considerable risk when commencing a suit because they might have to pay the costs and attorney’s fees of the winner. In most countries punitive damages are not available. High liability standards and jury trials are likely to lead to higher damage awards.

## **C. Forum Shopping**

Forum shopping is “a party’s action of looking for a court or judge that is deemed likely to render a favourable result”<sup>19</sup>. The Supreme Court’s dislike of forum shopping dates back to *Erie Railroad Co. v. Tompkins* (1938)<sup>20</sup>.

In *Erie Railroad v. Tompkins* a citizen of Pennsylvania was injured by a passing train of the Erie Railroad Company while walking along its right of way in Pennsylva-

<sup>17</sup> *World-Wide Volkswagen v. Woodson* at 3.

<sup>18</sup> *World-Wide Volkswagen v. Woodson* at 4.

<sup>19</sup> *Wiley Webster’s New World Law Dictionary*, 2006, p. 144.

<sup>20</sup> *Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).



nia. He claimed that the accident occurred through negligence in the operation or maintenance of the train, that he was rightfully on a commonly used footpath and that he was struck by a door projecting from a moving car. He brought an action in the federal court for Southern New York, which had jurisdiction because the company was incorporated there<sup>21</sup>.

The Erie Railroad Co. contended that its duties and liability should be determined in Pennsylvania courts and under Pennsylvania law. Tompkins contended that, since there was no statute of the state on the subject, the railroad's duty and liability is to be determined in federal courts as a matter of general law<sup>22</sup>.

The Supreme Court ruled that federal courts must apply state law, not federal common law ("Erie doctrine"), in order to prevent plaintiffs from controlling the result of a litigation by selecting the most favorable court. Some commentators state that forum shopping allows plaintiffs "to exploit loopholes in the system to gain unfair advantage over defendants because plaintiffs generally have greater control over determining which forum will hear the case"<sup>23</sup>.

## **D. Forum selection clauses**

Tour operators usually protect themselves against suits in another forum by including forum selection clauses in their tickets. A forum selection clause is "a clause in a contract stating that all disputes will be resolved in a particular court and waiving the right to file a suit in any other"<sup>24</sup>.

### **D.I. Reasonable communicativeness and Fundamental Fairness**

The legal effect of a forum-selection clause depends upon whether its existence was reasonably communicated to the plaintiff<sup>25</sup>. One focal point is the adequacy of the "warning language", often found on the front cover of a cruise ticket, directing a passenger to read the particular terms inside the ticket. The other focal point is the ticket terms, which concerns physical characteristics, as the location of the terms within the ticket, the size of the terms within the ticket, the size of the typeface in which they are printed, and the simplicity of the language they use.<sup>26</sup> The ticket provisions have to meet a "practical 'standard of reasonable communicativeness'"<sup>27</sup>.

A plaintiff challenging the validity of a forum selection clause has the burden to make a "strong showing" in order to overcome the presumption of enforceability. The court will examine such clauses carefully for fundamental fairness<sup>28</sup>. A choice of forum clause will be dismissed as „unreasonable“, when it came into being by fraud or

<sup>21</sup> Erie Railroad Co. v. Tompkins (1938) at 2.

<sup>22</sup> Erie Railroad Co. v. Tompkins (1938) at 3.

<sup>23</sup> John R. Wilson: Coming to America to File Suit: Foreign Plaintiffs and the Forum Non Conveniens Barrier in Transnational Litigation, Ohio Law Journal Vol. 65:661 footnote 13 (2004).

<sup>24</sup> Wiley Webster's New World Law Dictionary, 2006, p. 144.

<sup>25</sup> Effron v. Sun Line Cruises, Inc., 67 F.3d 7 (2d Cir. 1995) at 14.

<sup>26</sup> Hodes v. S.N.C. Achille Lauro, 858 F.2d 905 (3d Cir. 1988) at 6.

<sup>27</sup> Hodes v. S.N.C. Achille Lauro, 858 F.2d 905 (3d Cir. 1988) at 7.

<sup>28</sup> Carron v. Holland America Line-Westours (1999).

overreaching, the plaintiff effectively would be deprived of his day in court because of the inconvenience or unfairness of the chosen forum, the fundamental unfairness of the chosen law would deprive the plaintiff of a remedy or enforcement of such provisions would contravene a strong public policy<sup>29</sup>.

Factors that the Court must consider in deciding the fundamental fairness of a forum selection clause include: whether the plaintiffs had notice of the forum selection clause, whether the defendant chose its corporate location to avoid litigation, whether the forum selection clause designates a “remote alien forum”; and whether the defendant acted in bad faith in obtaining the plaintiff’s consent to the forum selection clause<sup>30</sup>.

There must be some evidence that the forum was selected as a means of “discouraging cruise passengers from pursuing legitimate claims”.

## **D.II. Selected cases on Forum Selection Clauses**

### **D.II.1. M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Company (1972)**

In *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Company* (1972)<sup>31</sup> the Bremen and Unterweser Reederei agreed to tow respondent’s drilling rig from Louisiana to Italy. The contract contained a forum-selection clause providing for the litigation of any dispute in London. When the rig was damaged in a storm, Zapata instructed Unterweser to tow the rig to Tampa, the nearest port of refuge. There, Zapata brought suit in admiralty against Unterweser. Unterweser invoked the forum clause in moving for dismissal for lack of jurisdiction. The Supreme Court held that the forum-selection clause is binding on the parties unless Zapata can meet the “heavy burden” of showing that its enforcement would be unreasonable, unfair, or unjust<sup>32</sup>.

### **D.II.2. Carnival Cruise Lines v. Shute (1991)**

In *Carnival Cruise Lines v. Shute* (1991)<sup>33</sup> a Washington State couple purchased a passage on a ship owned by a Florida-based cruise line. Carnival Cruise Lines sent them tickets containing a clause designating courts in Florida as the agreed-upon fora for the resolution of disputes. While in international waters off the Mexican coast, Mrs. Shute suffered injuries when she slipped on a deck mat. The Shutes filed suit in a Washington Federal District Court. The Court of Appeals held that the forum-selection clause should not be enforced, because it was not “freely bargained for” and because its enforcement would operate to deprive the Shutes of their day in court in light of evidence indicating that they were physically and financially incapable of pursuing the litigation in Florida<sup>34</sup>.

The Supreme Court held that a non-negotiated forum clause in a passage contract is enforceable although it was not the subject of bargaining. Including a reasonable

---

<sup>29</sup> *M/S BREMEN v. ZAPATA* at 15 to 18.

<sup>30</sup> *Carron v. Holland America Line-Westours* (1999).

<sup>31</sup> *M/S BREMEN and Unterweser Reederei, GmbH, Petitioners, v. ZAPATA OFF-SHORE COMPANY*, United States Supreme Court, June 12, 1972, 407 U.S. 1; 92 S.Ct. 1907; 32 L.Ed.2d 513.

<sup>32</sup> *M/S Bremen v. Zapata* Syllabus.

<sup>33</sup> *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991).

<sup>34</sup> *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, Syllabus.

forum clause in a form contract may be permissible for several reasons. Unfortunate accidents in a cruise could subject a cruise line to litigation in several fora. The cruise line has an interest in limiting such fora. A clause establishing beforehand the dispute resolution forum has the beneficiary effect of dispelling confusion as to where suits may be brought and defended, sparing litigants time and expense and conserving judicial resources. Passengers purchasing tickets containing a forum clause benefit in the form of reduced fares reflecting the savings that the cruise line enjoys by limiting the fora<sup>35</sup>.

## **E. Forum Non Conveniens**

“The doctrine of forum non conveniens permits a US court to decline to exercise its judicial jurisdiction if the court would be a seriously inconvenient forum and if an adequate alternative forum exists.”<sup>36</sup>

This doctrine has developed in response to the enlargement of jurisdictional limits after *International Shoe*, which encouraged forum shopping and created a need for the courts to limit a plaintiff’s choice of forum. The Supreme Court of the United States has repeatedly reaffirmed the doctrine of forum non conveniens even though it has no direct federal statutory or constitutional foundation.

The Supreme Court utilized a two-prong analysis: (1) whether an adequate alternate forum is available and (2) whether the balancing of private and public convenience factors weigh heavily in favour of litigation in the alternate forum<sup>37</sup>.

### **E.I. Selected cases on Forum Non Conveniens**

#### **E.I.1. Gulf Oil Corp. v. Gilbert (1947)**

In *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*<sup>38</sup> Gilbert, a Virginia resident, brought an action in New York against a Pennsylvania corporation qualified to do business in both Virginia and New York<sup>39</sup>. The defendant claimed that the appropriate forum was Virginia, because it was the place where the plaintiff lived, where the defendant did business, where all events in the litigation took place, where most of the witnesses resided, and where state and federal courts were available to the plaintiff and where the plaintiff was able to obtain jurisdiction over the defendant<sup>40</sup>.

The principle of forum non conveniens is simply that a court may resist imposition upon its jurisdiction, even when jurisdiction is authorized by the letter of a general venue statute. As the venue statutes were drafted with sufficient generality to give a plaintiff a choice of forums, a plaintiff may select a forum not simply to seek justice but “perhaps seeking justice blended with some harassment”. The Court acknowledged

---

<sup>35</sup> *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, Syllabus.

<sup>36</sup> Gary B. Born & David Westin, *International Civil Litigation in United States Courts* 275 (2d ed. 1994).

<sup>37</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) at 247-52.

<sup>38</sup> Title 28, U.S.C.A 11 *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947).

<sup>39</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947) at 2.

<sup>40</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947) at 3.

Wilfried Zankl

that a plaintiff may be tempted to adopt a trial “strategy of forcing the trial at a most inconvenient place for an adversary, even at some inconvenience to himself”<sup>41</sup>.

The Supreme Court did not attempt to catalogue the circumstances which justify the granting or denial of a motion to dismiss on grounds of forum non conveniens. These circumstances should be left to the discretion of the court resorted to by the plaintiff, i.e. the court hearing the motion<sup>42</sup>.

Nevertheless, the Supreme Court established a list of private and public interest factors which are relevant to a forum non conveniens analysis. The private interest factors include “the relative ease of access to sources of proof; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing, witnesses, the possibility of view of premises and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive”. Additional considerations are the enforceability of a judgment and the advantages and obstacles to a fair trial. The purpose of the private interest factors is to prevent a plaintiff, by choice of an inconvenient forum, from vexing, harassing or oppressing “the defendant by inflicting on him unnecessary expense or trouble unrelated to the plaintiff’s own right to pursue his remedy”. Ultimately, the Court concluded that “unless the balance is strongly in favor of the defendant, the plaintiff’s choice of forum should rarely be disturbed”<sup>43</sup>.

Public interest factors are administrative difficulties, i.e., docket congestion. Also jury duty should not be imposed on community members, where the litigation has no relation to the community, as “there is a local interest in having localized controversies decided at home”. In diversity cases it is appropriate to have the case decided in the “forum that is at home with the state laws that must govern the case, rather than having a court in some other forum untangle problems in conflict of laws, and in laws foreign to itself”<sup>44</sup>.

### **E.I.2. Piper Aircraft Co. v. Reyno (1981)**

The leading case regarding application of the doctrine of forum non conveniens in an international context is *Piper Aircraft Co. v. Reyno*<sup>45</sup>, in which the Supreme Court reaffirmed and expanded the doctrine of forum non conveniens.

A small commercial aircraft crashed in the Scottish highlands during a charter flight within the United Kingdom. The pilot and five passengers were killed. The decedents and their heirs were Scottish subjects and residents. There were no eyewitnesses. At the time of the crash the plane was subject to Scottish air traffic control<sup>46</sup>. The aircraft was manufactured in Pennsylvania by Piper Aircraft Co., the propellers were manufactured in Ohio. The aircraft was operated by a Scottish air taxi service, organized in the United Kingdom<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947) at 11.

<sup>42</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947) at 13.

<sup>43</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947) at 14.

<sup>44</sup> *Gulf Oil Corp. v. Gilbert* (1947) at 15.

<sup>45</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981).

<sup>46</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) at 3.

<sup>47</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) at 4.

Reyno, the administratrix of the estates of the five passengers, admitted that the action was filed in the U.S. because of its laws regarding liability, capacity to sue and damages were more favorable than those in Scotland. Scottish law does not recognize strict liability in tort<sup>48</sup>.

The Supreme Court held that plaintiffs may not defeat a motion to dismiss on the ground of forum non conveniens merely by showing that the substantive law that would be applied in the alternative forum is less favorable to the plaintiffs than that of the chosen forum. The substantive law should not be given substantial weight in the forum non conveniens inquiry<sup>49</sup>.

The presumption in favor of the plaintiff's forum choice is not so strong when the plaintiff or the parties in interest are foreign. When the plaintiff has chosen his home forum, it is reasonable to assume that the choice is convenient; but when the plaintiff or real parties in interest are foreign, this assumption is much less reasonable and the plaintiff's choice deserves less deference<sup>50</sup>.

The forum non conveniens determination is committed to the trial court's sound discretion and may be reversed only when there has been a clear abuse of discretion<sup>51</sup>.

With regard to the private interest factors, fewer problems of evidence would arise, if the trial was held in Scotland, a large proportion of the relevant evidence being located there. The problems posed by the petitioners' inability to implead potential Scottish third-party defendants also supported holding the trial in Scotland<sup>52</sup>.

The public interest factors favor trial in Scotland which has a very strong interest in this litigation. The accident occurred there, all of the decedents were Scottish and most parties are Scottish or English. Regarding the argument, that American citizens have an interest in ensuring that American manufacturers are deterred from producing defective products and that additional deterrence might be obtained by trial in the United States where they could be sued on the basis of both negligence and strict liability, the additional deterrence from trial in an American court is not sufficient to justify the commitment of judicial time and resources required<sup>53</sup>.

### **E.I.3. Walen v. Hansen (1991)**

In *Walen v. Hansen* (1991)<sup>54</sup> Mrs. Reid-Walen, a citizen of Minnesota, sought damages from Mr. and Mrs. Hansen, citizens of Missouri, for injuries she sustained while vacationing at cottages in Jamaica owned and run by the Hansens. She was swimming near the beach area, when she was struck by a motorboat driven by a Jamaican citizen, not associated with the Hansens, who was soliciting boat rides from guests of the cottages. Reid-Walen based her suit on Jamaican law, alleging that the Hansens violated their common law duty of care by failing to prevent motorboats from traveling through the area the Hansens had designated for swimming by their guests. She also al-

---

<sup>48</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) at 6.

<sup>49</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) at 21.

<sup>50</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) Syllabus.

<sup>51</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) Syllabus.

<sup>52</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) Syllabus.

<sup>53</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno* (1981) Syllabus.

<sup>54</sup> *Walen v. Hansen*, 933 F.2d 1390 (8th Cir. 1991).

leged that the Hansens violated Jamaican statutes, requiring defendants to provide a lifeguard and to place buoys around an area for swimming<sup>55</sup>.

The Court considered the following private interest factors: “residence of the parties and deference to plaintiff’s forum choice, location of key witnesses, access to evidence and view of premises, the defendants’ ability to implead and the plaintiff’s ability to litigate in a foreign forum” and the following public interest factors: “interest of the forum in the dispute, and application of substantive law”.

#### **E.I.4. Niv v. Hilton Hotels Corp. (2008)**

In *Niv v. Hilton Hotels Corp.* (2008)<sup>56</sup>, Israeli and Russian victims of a terror attack on an Egyptian Hilton hotel sued in New York, claiming the hotel’s security was below standard in light of warnings from Israeli intelligence about the likelihood of attacks. Attorneys for the hotel argued the case should be heard in Egypt, and the judge should dismiss on the theory of *forum non conveniens* because no U.S. citizens or residents were involved, the event took place in Egypt and all of the relevant documents and witnesses were in Egypt.

The judge found the plaintiffs’ choice was not entitled to substantial deference, as there was no indication that plaintiffs had any connection to the United States, that none of the evidence or witnesses were in New York and that there is evidence that the plaintiffs’ engaged in forum shopping. In a newspaper article plaintiffs’ counsel was quoted as saying the claim was filed in New York because of “the awareness of the Americans to terror activities since the Twin Towers disaster, and the fact that the proceedings there will be conducted before a jury, which usually awards higher amounts of compensation, including penalty compensation”. The judge found that this statement “does indicate that the generosity of juries in this district was a consideration for plaintiffs in deciding to bring suit here. Such consideration is indicative of forum shopping”. He made his decision despite the fact that the defendants are domiciled in New York, registered to do business here, and gain substantial revenues there. The Israeli plaintiffs claimed that Egypt was not an option because of the “pervasive and virulent anti-Semitism and anti-Israeli bias that permeates Egypt”. The judge noted that there are “emotional burdens” to bringing suit in Egypt, but that the plaintiffs could bring suit in Israel, which is a more appropriate forum than the United States

## **F. Conclusion**

The doctrine of *forum non conveniens* is applied in all Common Law countries. The case of *Owusu v Jackson and Others*<sup>57</sup> before the European Court of Justice, was concerned with the relationship between Article 2 of the Brussels Convention and the scope of *forum non conveniens* within the European Community.

Mr Owusu, a British national domiciled in the United Kingdom, suffered a serious accident during a holiday in Jamaica. He walked into the sea, and when the water was up to his waist, he dived in, struck his head against a submerged sand bank and sustained a fracture of his fifth cervical vertebra which rendered him tetraplegic. He

---

<sup>55</sup> *Walen v. Hansen* (1991) at 1.

<sup>56</sup> *Niv v. Hilton Hotels Corp.*, 06 Civ. 7839 (2008).

<sup>57</sup> *Andrew Owusu v N.B. Jackson* 01 March 2005 C-281/02.

brought an action in the United Kingdom for breach of contract against Mr Jackson, who is domiciled in the United Kingdom and had let to him the holiday villa in Jamaica. Mr Owusu claimed that the contract, which provided that he would have access to a private beach, contained an implied term that the beach would be reasonably safe or free from hidden dangers. He also brought an action in tort in the United Kingdom against several Jamaican companies: the owner and occupier of the beach, which provided the claimant with free access to the beach, the resort, whose guests were also licensed to use the beach, and another resort, which has a licence to use the beach, subject to the condition that it is responsible for its management, upkeep and control<sup>58</sup>.

The European Court of Justice held that the Brussels Convention “precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a more appropriate forum for the trial of the action even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State”<sup>59</sup>.

If we compare how jurisdiction is determined under Common Law and under European Law, we will find a different approach which has already been observed by Gustav Radbruch: “Die ... Methodik des Case-Law hält sich selbst nicht für eine Methode schöpferischer Rechtserzeugung aus der Idee des Rechts, sie glaubt vielmehr, eine empirisch-induktive Rechtsfindung aus der Natur der Sache zu sein. Deshalb ist das englische Rechtsdenken viel wirklichkeitsnäher als das kontinentale Rechtsdenken. Der englische Richter ist an dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung zugrunde liegt, viel weitergehend interessiert als der deutsche Richter. Dieser schält ... mit Hilfe des Gesetzes einen Tatbestand heraus, der nur ein unter juristischen Gesichtspunkten herauspräpariertes Skelett des wirklichen Sachverhalts ist; jener fasst den Sachverhalt in seiner ganzen konkreten Fülle und Farbigekeit auf, ohne ihn von vornherein zu reduzieren auf die juristisch entscheidenden Züge, die ja erst das Ergebnis seiner empirischen Analyse sein sollen.”<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Andrew Owusu v N.B. Jackson C-281/02 at 10-12.

<sup>59</sup> Andrew Owusu v N.B. Jackson C-281/02 at 46.

<sup>60</sup> Gustav Radbruch: *Der Geist des englischen Rechts*, 1956, Seite 35f.





# **Eine Immobilienverwaltung – 83 Rechtssysteme Das österreichische Außenministerium und seine Liegenschaften**

*Dr. Michael Zimmermann, Budapest*

## **A. Einleitung**

Zu den rechtlich, wirtschaftlich und technisch komplexesten Bereichen staatlicher Liegenschaftsverwaltung gehört das Management der diplomatischen, konsularischen und kulturellen Vertretungen im Ausland. Das Völkerrecht bietet eine wichtige, aber keineswegs erschöpfende Rechtsgrundlage für diese Art der Verwaltung, die zumeist sehr unterschiedlichen Rechtssystemen gleichzeitig unterliegt. Betriebswirtschaftliche Methoden lassen sich nur eingeschränkt anwenden. Klimatische Bedingungen, Funktionalität und vor allem Sicherheitsfragen bilden spezielle Herausforderungen für das Management von Immobilien, die punktuell über alle Kontinente verstreut sind.

Dieser Beitrag soll einen Überblick über Entwicklung und Funktion diplomatischer Immobilien geben, die Rahmenbedingungen für deren Verwaltung beleuchten und zuletzt auf die aktuelle Facility-Management-Strategie des Bundesministeriums für europäische und internationale Angelegenheiten der Republik Österreich (BMeiA)<sup>1</sup> eingehen.

## **B. Diplomatie und ihre Immobilien**

### **B.I. Historische Entwicklung**

Wer heute von „Botschaft“ spricht, kann damit eine förmlich übermittelte Nachricht ebenso meinen wie eine diplomatische Vertretungsbehörde, sich aber auch auf ein Gebäude beziehen, das eine solche Vertretung eines souveränen Staates beherbergt.

Das System der modernen Diplomatie hat sich über fast zweitausend Jahre entwickelt, beginnend mit den päpstlichen „Apocrisari“ in Byzanz, über die Gesandten der oberitalienischen Stadtstaaten in der Renaissance, das System des Wiener Kongresses 1815, die Wiener Diplomatenkonvention 1961, die die diplomatischen Privilegien und Immunitäten festschrieb, bis hin zur modernen bilateralen und multilateralen Diplomatie mit ihren tausenden Botschaften in praktisch allen Staaten der Welt.

Die Erfüllung der diplomatischen Aufgaben setzt sowohl Arbeits- als auch Repräsentationsmöglichkeiten für das diplomatische Personal voraus. Die dafür verwendeten Gebäude werden heute sichtbar als „Botschaften“, „Residenzen“<sup>2</sup> oder „Konsulate“ gekennzeichnet. Sie sind besonderen völkerrechtlichen Bestimmungen unterworfen und genießen besonderen Schutz durch das Gastland.

---

<sup>1</sup> im Folgenden als „Außenministerium“ bezeichnet.

<sup>2</sup> die den Missionschefs für Repräsentations- und Wohnzwecken zur Verfügung gestellten Objekte.

Diplomatie im engeren Sinne wurde seit dem 20. Jahrhundert auch um die ständig wachsende konsularische Tätigkeit (Betreuung der eigenen Staatsbürger/„Bürgerservice“, Ausstellen von Visa etc) erweitert, die ursprünglich von einem getrennten System von „Konsularagenten“ und unbezahlten (Honorar-)Konsuln wahrgenommen wurde.

Völkerrechtlich sind diplomatische und konsularische Aktivitäten durch zwei verschiedene rechtliche Instrumente regelt: die „Wiener Diplomatenkonvention“<sup>3</sup> („WDK“) aus 1961 und die „Wiener Konsularkonvention“<sup>4</sup> („WKK“) aus 1963.

Da Botschaften und Konsulate meist auch die Machtansprüche bzw das Selbstverständnis der sie nutzenden Staaten widerspiegeln, haben heute viele der von ihnen benutzten Gebäude große historische und architektonische Bedeutung.

Als staatliche Symbole werden Botschaften und Konsulate aber auch immer wieder Ziel spontaner oder organisierter Proteste oder von Terroranschlägen. Sicherheitsfragen spielen daher heute bei der Unterbringung von diplomatischen Vertretungen eine große Rolle. Das geht etwa bei den USA heute so weit, dass sie mehr und mehr auf die traditionelle zentrale Lage von Botschaften verzichten und Hochsicherheits-Botschaftskomplexe weitab der Stadtzentren errichten.

## **B.II.    Geschichtsträchtige Objekte**

Der deutsche Außenminister *Hans-Dietrich Genscher* beginnt seine Erinnerungen mit dem Satz: „Die Stunden in der deutschen Botschaft in Prag am 30. September 1989 gehören zu den bewegendsten meines Lebens.“

Zu den Gebäuden, in denen Geschichte gemacht wurde, zählt auch die ehemalige sowjetische, jetzt russische Botschaft in Teheran. Sie war Schauplatz der „Konferenz von Teheran“ vom 28. November bis 1. Dezember 1943, des ersten jener Treffen, bei denen *Churchill*, *Roosevelt* und *Stalin* das Schicksal Europas nach Kriegsende entschieden. Die ehemalige österreichische Gesandtschaft in Moskau diente Reichsaußenminister *Joachim von Ribbentrop* als Quartier, bevor er mit *Molotow* am 24. August 1939 den deutsch-sowjetischen Nichtangriffspakt unterzeichnete.

Fotos der Evakuierung vom Dach der US-Botschaft in Saigon, Vietnam, im Jahre 1975 sind heute weltweit bekannte zeithistorische Dokumente. In der Geschichte der österreichischen Außenpolitik nimmt etwa die (damalige) Gesandtschaft in Prag 1968 eine besondere Rolle ein.

## **C.        Die Immobilien des Außenministeriums**

### **C.I.       Historische Entwicklung**

Österreichische Konsulate, die vor allem dem Schutz der Kaufleute und damit der Förderung der Handelsbeziehungen dienten, wurden z.B. im Osmanischen Reich bereits ab 1718 (Frieden von Passarowitz) eröffnet.

---

<sup>3</sup> BGBl Nr 66/1966.

<sup>4</sup> BGBl Nr 318/1969.

Eine Institutionalisierung permanenter Vertretungen, als Nachfolge der ad personam (und oft auch auf eigene Kosten tätigen) Gesandten, erfolgte ab dem Wiener Kongress.

Mit der Schaffung des k. u. k. Ministerium des Äußern (1867), eines der drei für die Gesamtmonarchie Österreich-Ungarn zuständigen Ministerien, beginnt dann die eigentliche Geschichte eines zentral verwalteten Netzes von ständigen Vertretungsbehörden.

Das erste Gesandtschaftsgebäude wurde von Österreich-Ungarn 1888 in Belgrad erworben, gefolgt 1889 vom Palais Matignon in Paris und dem Palais Ratibor in Berlin.

Im Sommer 1914 umfasste das Vertretungsbehördennetz der k. u. k. Monarchie 137 Berufsvertretungsbehörden, davon zehn Botschaften und 23 Gesandtschaften. Der Zusammenbruch der Monarchie bedeutete aber auch einen Zusammenbruch dieses Netzes.

Viele der ehemals vom k. u. k. österreich-ungarischen auswärtigen Dienst genutzten Gebäude existieren aber heute noch zB in Cetinje (Montenegro), Prizren (Kosovo), Haifa (Israel) und Peking. *Rudolf Agstner*, selbst Diplomat, ist der Autor zahlreicher Monographien über diese Objekte<sup>5</sup>.

Nach dem Zusammenbruch der Donaumonarchie erfolgte die Aufteilung der Auslandsliegenschaften unter die Nachfolgestaaten<sup>6</sup>. Der Republik Österreich verblieben – gemeinsam mit Ungarn – nur das 1883 vom Sultan an *Kaiser Franz Josef* geschenkte Sommerpalais der k. u. k. Botschaft in Konstantinopel-Yeniköy, das Areal der ehemaligen k. u. k. Gesandtschaft Peking, und Gesandtschaftsgebäude in Den Haag und Bukarest und das Pachtrecht am alten k. u. k. Botschaftspalais in London, 18 Belgrave Square, das einzige Botschaftsgebäude aus k. u. k. Zeiten, das heute noch der Republik Österreich dient.

In der 1. Republik wurden aber auch einige bemerkenswerte Neubauten errichtet, vor allem die Österreichische Botschaft Ankara (Architekt *Clemens Holzmeister*) und das Historische Institut Rom (jetzt Österreichisches Kulturforum, Architekt *Karl Holy*)

Zum Zeitpunkt des Anschlusses verfügte Österreich lediglich über 20 Gesandtschaften, die Vertretung beim Völkerbund und acht Berufskonsulate.

Nach dem 2. Weltkrieg erfolgte ab Januar 1946 ein rascher Wiederaufbau eines Netzes österreichischer Vertretungsbehörden auf allen Kontinenten. Bereits 1948

<sup>5</sup> ZB *Agstner, Rudolf*: 130 Jahre Österreichische Botschaft Berlin - Von der Moltkestraße zur Stauffenbergstraße – Handbuch der Vertretungsbehörden von Österreich (-Ungarn) in Deutschland seit 1720, Berlin 2003.

s. auch *Agstner, Rudolf*: An Institutional History of the Austrian Foreign Service in the Twentieth Century in: *Günter Bischof, Anton Pelinka, Michael Gehler* (editors), *Austrian Foreign Policy in Historical Context, Contemporary Austrian Studies*, Volume 14, New Brunswick (USA) 2005, p. 39–57.

<sup>6</sup> Zur Frage der Liquidierung der im Eigentum Österreich-Ungarns stehenden Botschafts- und Gesandtschaftspalais bzw Konsulatsgebäude siehe einen von *R. Agstner* verfassten, voraussichtlich im Herbst 2009 im „Archiv“ erscheinenden Beitrag.

Michael Zimmermann

wurde die Zahl der Vertretungsbehörden, welche der „Bundesstaat Österreich“ im März 1938 unterhalten hatte, überschritten. Unter Außenminister Dr. *Karl Gruber* wurden insgesamt 46 konsularische und diplomatische Vertretungsbehörden errichtet – dh, über die Hälfte des heutigen österreichischen Netzes an Vertretungsbehörden wurde binnen sieben Jahren mit sehr beschränkten Mitteln errichtet.

## **C.II. Bedeutende Neubauten**

In den letzten Jahrzehnten hat das Außenministerium aber auch vielbeachtete Neubauten errichten lassen – zB in Tokio (Österreichische Botschaft, *Fumihiko Maki*, 1976), New York (Austrian Cultural Forum, *Rainer Abraham*, 2002), Berlin (Österreichische Botschaft, *Hans Hollein*, 2001), Riyadh (Österreichische Botschaft, *Lintl & Lintl*, 1999). Ziel dieser Objekte war es nicht nur, maßgeschneiderte Funktionalität zu bieten, sondern auch „Wahrzeichen“ Österreichs im Ausland zu setzen und damit Aufmerksamkeit für das Land und seine Kultur zu schaffen.

Zwar kein Neubau, aber dennoch ein besonderer Schritt war 2005 die Übersiedlung des Außenministeriums vom traditionsreichen „Ballhausplatz“, aus dem Gebäude, das sich der Außenminister bis dahin mit dem Bundeskanzler teilte<sup>7</sup>, in die beiden ehemaligen Gebäude der Niederösterreichischen Landesregierung mit der neuen Adresse „Minoritenplatz 8“.

## **C.III. Das Netz der österreichischen Vertretungsbehörden**

Aufgrund der weltpolitischen Entwicklungen und gemäß den Prioritäten der österreichischen Außenpolitik wird das Netz der Vertretungen ständig readjustiert. Neueröffnungen stehen auch immer wieder Schließungen gegenüber. Zu den in den letzten Jahrzehnten geschlossenen Vertretungen gehören die Botschaften in Lusaka (Sambia), Kinshasa (Kongo), Berlin („Hauptstadt der DDR“), Abidjan (Côte d’Ivoire), Guatemala City (Guatemala) und die Berufskonsulate in Triest (Italien), Düsseldorf und Frankfurt (das demnächst zum dritten Mal wiedereröffnet wird). Dafür befinden sich auf dem Territorium des ehemaligen Jugoslawien statt einer Botschaft (bis 1991) heute sieben österreichische Botschaften!

Werden Hauptstädte verlegt, wandern zumeist auch die Botschaften mit – so zB in Brasilien (von Rio de Janeiro nach Brasilia), Nigeria (von Lagos nach Abuja), aber auch Deutschland (von Bonn nach Berlin).

Im April 2009 verfügte Österreich über 107 selbständige Vertretungen, davon 81 bilaterale Botschaften, fünf „Ständige Vertretungen“ (entspricht Botschaften) bei internationalen Organisationen, 14 Generalkonsulate, sechs selbständige Kulturforen (sowie 24 Kulturforen im Botschaftsverband) und eine sonstige Vertretungsbehörde<sup>8</sup>.

## **C.IV. Internationale Kooperationen**

Budgetäre Gründe, aber auch der Wunsch nach engerer europäischer Zusammenarbeit haben in den letzten Jahren zu europäischen Kooperationen bei der Unterbringung von diplomatischem Personal geführt. Das Außenministerium arbeitet hier be-

<sup>7</sup> 1717–1719 nach Entwürfen von *Johann Lucas von Hildebrandt* als Staatskanzlei errichtet.

<sup>8</sup> in Taipei, Taiwan.

sonders eng mit dem ungarischen Außenministerium zusammen, zB in Podgorica (Montenegro), Caracas (Venezuela) und Jakarta (Indonesien).

Das Schengener Abkommen führt ebenfalls zur Kooperationen, etwa in Form gemeinsamer Schengen-Visa-Aannahmestellen<sup>9</sup>. Die EU gewährt mittlerweile auch finanzielle Anreize zur Einrichtung solcher gemeinsamer Fazilitäten<sup>10</sup>.

## **D. Das Immobilienmanagement des Außenministeriums**

### **D.I. Die Besonderheiten des Immobilienmanagements des Außenministeriums**

Welche Herausforderungen stellen sich heute bei der Verwaltung eines weltweiten Netzes von Vertretungsbehörden?

- Zunächst ist festzuhalten, dass dieses Immobilienmanagement in einem einzigartigen rechtlichen Umfeld stattfindet. Für das Management der Botschaften durch das Außenministerium sind gleichzeitig die österreichischen Rechtsvorschriften zu beachten, die lokalen Rechtsvorschriften (s.u. D. II.) und nicht zuletzt völkerrechtliche Bestimmungen.
- Auch das „Rotationssystem“ des Außenministeriums, bei dem entsandte Bedienstete im Regelfall ca vier Jahre in einer Auslandsverwendung eingesetzt werden, wirkt sich auch auf die Immobilienverwaltung aus: Sowohl Objektnutzer als auch lokale Facility Manager wechseln häufig.
- Die haushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes lassen rasches Reagieren auf Veränderungen der lokalen Immobilienmärkte nur bedingt zu.
- Krisen und Terrorismus verlangen oft rasche Implementierung von baulichen und/oder technischen Sicherheitsmaßnahmen.
- Die Fachbetreuer der Zentrale (Architekten, Haustechnikexperten) sind zudem tausende Kilometer von manchen betreuten Objekten entfernt.

Zu den in der täglichen Arbeit zu beachtenden Rechtsvorschriften und Richtlinien gehören insbesondere

- das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
- das Bundesministeriengesetz 1986 (BMG);
- das jeweils geltende Bundes-Finanzgesetz;
- das Bundeshaushaltsgesetz 1986 (BHG);
- das Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG);
- das Datenschutzgesetz 2000 (DSG);
- das Bundesgesetz über Aufgaben und Organisation des auswärtigen Dienstes – Statut<sup>11</sup>;
- das Handbuch für den Auswärtigen Dienst (HAD);
- die „Wiener Diplomatenkonvention“<sup>12</sup> („WDK“) 1961<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> mit österreichischer Beteiligung derzeit in Chisinau (Moldau), Astana (Kasachstan) und Podgorica (Montenegro).

<sup>10</sup> im Rahmen des „Außengrenzenfonds“ der EU.

<sup>11</sup> BGBl I Nr 129/1999.

<sup>12</sup> internes Dokument des Außenministeriums.

<sup>13</sup> BGBl Nr 66/1966.

- und die „Wiener Konsularkonvention“ („WKK“) 1963<sup>14</sup>;
- die „Haushaltsvorschrift für die Vertretungsbehörden“ (HVV);
- die „Richtlinien für die Inventar- und Materialverwaltung“ (RIM) uvam.

## **D.II. Exkurs: Die „Exterritorialität“**

Ein weitverbreitetes Missverständnis ist, dass Botschaften und andere diplomatische Liegenschaften „exterritorial“ sind. Das ist nicht der Fall. Auch Botschaften unterliegen allen Vorschriften des Empfangsstaates, wie zB bau- und feuerpolizeilichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen, aber auch dem Strafrecht. Aufgrund des besonderen völkerrechtlichen Schutzes, der diplomatischen Vertretungen gewährt wird, kann die Erfüllung der lokalen Vorschriften aber nicht zwangsweise durchgesetzt werden, und Exekutivorgane des Empfangsstaates dürfen in Botschaften ohne Zustimmung des Entsendestaates keine Amtshandlungen durchführen.

## **D.III. Das Portfolio des Außenministeriums**

Heute umfasst das Auslands-Immobilien-Portfolio des Außenministeriums ca 350 Objekte in 83 Staaten und unterliegt damit 83 unterschiedlichen Rechtsordnungen. Das Portfolio ist extrem heterogen:

- Es umfasst Objekte in Größenordnungen von 35 m<sup>2</sup> bis über 2.000 m<sup>2</sup>;
- es umfasst Objekte in allen bewohnten Klimazonen;
- es umfasst historische ebenso wie neu errichtete Objekte;
- es muss unterschiedliche Nutzungen ermöglichen: Büros, Objekte mit Parteienverkehr, Kultur- und andere Veranstaltungen, Wohnraum, Repräsentation;
- die Nutzung erfolgt in diversen in- und ausländischen Rechtsformen: Miete, Eigentum, Pacht, Superädifikat und Kombinationen davon;
- fast alle Objekte sind nutzungsspezifisch möbliert, die als Residenzen genutzten Objekte sind komplett ausgestattet;
- zT liegen Mitnutzungen durch andere Ressorts und Institutionen<sup>15</sup> sowie Kolokationen mit anderen Staaten vor.

Von der Übertragung der Liegenschaftes des Bundes an die Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) waren die Liegenschaften des Außenministeriums nicht betroffen. Sie werden daher weiter vom Ressort selbst verwaltet. In Berlin (Botschaft), Bern (Botschaft) und New York (Kulturforum) errichtete die BIG Gebäude auf Liegenschaften des Bundes und vermietet diese an das Außenministerium.

## **D.IV. Die „Facilitymanagement-Strategie“ des Außenministeriums**

Im Jahre 2001 überprüfte der Rechnungshof die Bau- und Liegenschaftsverwaltung des Außenministeriums. In Umsetzung der Empfehlungen dieser Prüfung und im Zusammenhang mit einer 2006 durchgeführten Follow-up-Prüfung<sup>16</sup> erarbeitete das Außenministerium 2006 eine Facilitymanagement-Strategie<sup>17</sup>, die auf die Spezifika

<sup>14</sup> BGBl Nr 318/1969.

<sup>15</sup> insbes durch Außenhandelsstellen der Wirtschaftskammer Österreich (WKO).

<sup>16</sup> Reihe Bund 2007/6.

<sup>17</sup> Internes Dokument des BMeiA.

des auswärtigen Dienstes eingeht und die Parameter festlegt, auf deren Grundlage Entscheidungen im Immobilienmanagement getroffen werden.

2006 wurde zudem ein Projekthandbuch erarbeitet, das die Durchführung von Projekten anhand standardisierter Abläufe und nachvollziehbarer Kriterien ermöglicht. Die Facilitymanagement-Strategie definiert ua

- die Aufträge an die Liegenschaftsverwaltung;
- die Ziele der Liegenschaftsverwaltung;
- und eine Umsetzungsstrategie, die auch die Investitionskriterien festlegt.

#### **D.IV.1. Die Aufträge an die Liegenschaftsverwaltung des Außenministeriums**

Die Liegenschaftsverwaltung des Außenministeriums hat die notwendige Immobilieninfrastruktur und Ausstattung zur Erfüllung der außenpolitischen Kernleistungen zur Verfügung zu stellen.

Damit ist die Liegenschaftsverwaltung ein Dienstleister innerhalb des Ressorts. Im Rahmen der außenpolitischen Entscheidungsfindung über Standorte und Art von Vertretungen liefert die Liegenschaftsverwaltung Standort- und Objektinformationen, Kostendaten und Wirtschaftlichkeitsberechnungen. Die Liegenschaftsverwaltung hat Bestandsformen zu wählen und Verträge auszuverhandeln, welche die Handlungsfähigkeit des Ressorts nicht beeinträchtigen.

Der Wert des Liegenschaftseigentums des Bundes und der Sachgüter im Ausland ist zu sichern und zu optimieren.

Die Substanz von bundeseigenen Immobilien und Sachgütern ist zu erhalten, entsprechende Investitionen sind durchzuführen, und das Portfolio ist durch Kauf/Verkauf von Immobilien unter Berücksichtigung der Marktentwicklungen und der Bedürfnisse des Außenministeriums zu optimieren.

#### **D.IV.2. Die Ziele der Liegenschaftsverwaltung des Außenministeriums**

Die Facilitymanagement-Strategie des Außenministeriums definiert vier Ziele:

**Ziel 1:** Die Immobilienstruktur des BMeiA entspricht den außenpolitischen Schwerpunkten, dh an allen Orten, für die eine österreichische Präsenz entschieden worden ist, stehen Amts- und Residenzobjekte je nach geplantem außenpolitischem Engagement für kurz-, mittel- oder langfristige Nutzung mit entsprechender Funktionalität zur Verfügung.

**Ziel 2:** Die vom Außenministerium genutzten Objekte

- sind **funktional**;
- sie ermöglichen die ordentliche und effiziente Erfüllung der Aufgaben und die Umsetzung der Vorhaben des Außenministeriums;
- sie sind **sicher**;
- sie bieten den größtmöglichen wirtschaftlich vertretbaren Schutz der Bediensteten, anderer Objektnutzer und des Bundesvermögens vor
  - Terror,
  - Kriminalität,
  - spontanen und organisierten Ausschreitungen,

- Naturereignissen und anderen Gefährdungen;
- sind **wirtschaftlich**;

Erwerb, Instandhaltung und laufender Betrieb erfolgen nach den Grundsätzen des modernen Facilitymanagements und in Umsetzung des Sparsamkeitsgebotes der Bundesverwaltung über den gesamten Nutzungszyklus; die Auswahl und Beibehaltung von Standorten und Objekten unterliegen Wirtschaftlichkeitsbeurteilungen.

**Ziel 3:** Die Liegenschaftsverwaltung kann auf politische, wirtschaftliche und andere Entwicklungen zügig und effizient reagieren.

**Ziel 4:** Bestandskosten, Betriebskosten, Instandhaltung und Investitionen halten den errechneten Planungs- und Budgetrahmen ein.

## **D.V. Struktur der Liegenschaftsverwaltung**

Grundprinzip ist das „Dezentralisierte Facilitymanagement“:

**Grundsatzentscheidungen**, das Management komplexer Projekte (mehrere Gewerke), Budgetzuweisungen und die Kontrolle erfolgen durch die Zentrale. Die dafür zuständige „Gruppe VI.A“ beschäftigt im Bereich des Facilitymanagements Ausland ca 20 Mitarbeiter, darunter Juristen, Architekten und Techniker, ein Stand, der seit zehn Jahren etwa gleich geblieben ist.

Die **lokale Objektbetreuung** erfolgt im Wesentlichen durch Mitarbeiterinnen der Vertretungsbehörden, insbesondere die Leiter der jeweiligen Verwaltung, die „Kanzler“. Das Facilitymanagement macht aber nur einen Teil ihrer Tätigkeit aus, sie sind weiters mit allgemeinen administrativen Arbeiten, meist auch mit konsularischer Arbeit und Bürgerservice, auch mit diplomatischen Aktivitäten befasst.

Der erfolgreiche Betrieb der Objekte ist aufgrund dieser dezentralen Struktur stark vom Engagement der Nutzerinnen, von deren „Ownership“ und von deren Verständnis für die Grundzüge des Facilitymanagements abhängig. Durch eine permanente Nutzereinbindung können aber auch Funktionalität und Wirtschaftlichkeit der Objekte optimiert werden.

Die Liegenschaftsverwaltung, auch im Ausland, unterliegt der Kontrolle durch das Generalinspektorat des Außenministeriums und durch den Rechnungshof, der dem Immobilien Thema große Aufmerksamkeit widmet.

Die nicht vom Außenministerium selbst durchgeführten Tätigkeiten werden zu meist auf Bestbieterbasis lokal oder zentral zugekauft.

## **D.VI. Spezifische rechtliche Aspekte im Bereich der Liegenschaftsverwaltung des Außenministeriums**

Die rechtlichen Besonderheiten betreffen sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche und völkerrechtliche Fragen. Beispielhaft seien erwähnt:

- Die Reziprozität: Das völkerrechtliche Prinzip der Reziprozität<sup>18</sup> findet im Bereich der Liegenschaften häufige Anwendung. So wird zB die

---

<sup>18</sup> siehe zB *Neuhold, Hummer, Schreuer: Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Wien 2004, Bd. 1, RN 66 ff.



Genehmigung zum Ankauf einer Liegenschaft für eine diplomatische Mission meist von der Reziprozität abhängig gemacht.

- Spezielle Rechtsfiguren des dinglichen Rechts, zB der „Long Lease“ in Großbritannien. Diese Rechtsfigur hat im Haushaltsrecht des Bundes keine direkte Entsprechung. Weder die Zuordnung zur Kategorie „bundeseigene Objekte“ noch die Zuordnung zu „angemietete Objekte“ wird dem Charakter des Long Lease gerecht.
- Staatliche Vertragspartner: Vor allem bis zur Wende 1989 konnten diplomatische Missionen in kommunistischen Staaten nur von speziellen staatlichen Organisationen Liegenschaften anmieten (selten auch erwerben). Dies trifft heute praktisch nur mehr auf Kuba zu. In der Russischen Föderation und der VR China sind diese Organisationen („UPDK“ bzw „DSB“) aber bis heute wichtige Vertragspartner des Außenministeriums, wobei die Vertragsbeziehungen nur zum Teil den Grundsätzen des Privatrechts folgen.
- „Diplomatenklausel“: Sowohl bei der Anmietung von Objekten für den offiziellen Gebrauch als auch bei Wohnungen von Diplomaten wird, so weit als möglich, die sogenannte „Diplomatenklausel“ in den Vertrag reklamiert. Sie ermöglicht es dem Mieter, das Mietverhältnis aufzulösen, wenn die diplomatische Mission an dem betreffenden Ort geschlossen wird oder die diplomatischen Beziehungen beendet werden.
- Grundbuchsfragen: Trotz der seit der Wende 1989 vorgenommenen Reformen im Grundbuchs- und Katasterwesen in den ehemaligen kommunistischen Staaten wirken fehlende bzw ungenaue Eintragungen in den dortigen Ländern bis heute nach. Probleme ergeben sich dabei vor allem bei Bauvorhaben oder beabsichtigten Veräußerungen von Objekten.

Aufgrund der staatlichen Souveränität und des speziellen Charakters des Völkerrechtes, in dem Reziprozität eine besondere Rolle spielt, bleiben rechtliche Fragen gelegentlich über lange Zeit formell ungelöst, auch wenn in der Praxis eine akzeptable Nutzung der betreffenden Liegenschaften möglich ist.

#### **D.VII. Investitionsprioritäten**

Bei der Erstellung der Investitionsplanung und der Entscheidung über Investitionen werden im Sinne der Facilitymanagement-Strategie vom Außenministerium folgende Prioritäten gesetzt:

- Schutz von Leben und Gesundheit der Objektnutzer;
- Erfüllung des spezifischen außenpolitischen Auftrages am Dienort;
- Schutz und Erhaltung der Vermögenswerte der Republik Österreich;
- Wahrung des Ansehens der Republik Österreich im Ausland;
- Nachhaltigkeit der Objektbewirtschaftung;
- Optimierung der Betriebskosten;
- Optimierung der Arbeitsbedingungen.

Auf internationale politische Entwicklungen (zB Staatengründungen, wie zuletzt im Kosovo), aktuelle Gefährdungssituationen und höhere Gewalt (zB Erdbeben) muss das Außenministerium aber auch unabhängig von der grundsätzlichen Mehrjahresplanung reagieren können.

## E. Die Zukunft

Nicht zuletzt im Zusammenhang mit den aktuellen budgetären Zwängen, aber auch durch die politische Entwicklung der EU wird es zum vermehrten Einsatz von Konzepten kommen, die es in der diplomatischen Geschichte erst seit kurzem gibt:

- die gemeinsame Nutzung von Gebäuden durch mehrere Staaten, mit neuen Formen der diplomatischen Vertretung<sup>19</sup>;
- die Einrichtung von gemeinsamen Visa-Stellen der Schengen-Staaten;
- die Auslagerung von gewissen Prozessen im Visa-Verfahren (zB die Erfassung von biometrischen Daten).

Mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon<sup>20</sup> wird auch ein „Europäischer Auswärtiger Dienst“ eingerichtet<sup>21</sup>, dessen Aufgaben über diejenigen hinausgehen werden, die von den bereits bestehenden „Vertretungen der Europäischen Kommission“ wahrgenommen werden. Ob dadurch auch das Netz der bestehenden bilateralen Vertretungsbehörden der EU-Staaten entlastet wird, wird erst die Praxis zeigen.

Steigende Aufmerksamkeit wird den ökologischen Aspekten der Immobilien gewidmet werden. So ist die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen bereits heute bei Sanierungen und bei Neubauten des BMeiA ein wichtiges Thema.

Einer Gesamtausgliederung der Immobilien des Außenministeriums und deren Management stehen unter anderem folgende Umstände entgegen:

- In vielen Staaten, in denen die Republik Österreich Eigentum besitzt, wäre eine Übertragung des Eigentums an einen anderen, privatrechtlich organisierten Rechtsträger, wie zB die BIG, entweder lokalrechtlich gar nicht möglich oder mit steuerlichen Belastungen verbunden, von denen die Republik Österreich als Eigentümer aufgrund der WDK befreit ist.
- Das Facilitymanagement im Ausland wird von den Bediensteten des Außenministeriums durchgeführt. Die Ausübung dieser Tätigkeiten für einen anderen Rechtsträger würde komplexe dienstrechtliche, völkerrechtliche und außenpolitische Fragen aufwerfen.
- Aufgrund des heterogenen Portfolios und dessen Aufsplitterung auf mehr als 80 Staaten ist das Management der Liegenschaften für kommerzielle Anbieter nicht interessant und wäre auch von diesen kaum kostengünstiger zu bewerkstelligen als in der derzeitigen Form.

## F. Schlussbemerkungen

Bei einem derartig dezentral angelegten Immobilienmanagement, das einer Balance zwischen Rechtssystemen, einem großen Einfluss lokaler Umstände und einem hohen Maß an Eigenverantwortung der Nutzer und der Facilitymanager unterliegt, spielt der menschliche Faktor eine große Rolle. Nur mit kontinuierlichem persönlichen

---

<sup>19</sup> Beides von der jeweiligen Zustimmung des Empfangsstaates abhängig.

<sup>20</sup> Amtsblatt der Europäischen Union, C 115, 51. Jahrgang, 9. Mai 2008, „Konsolidierte Fassungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“.

<sup>21</sup> „Vertrag von Lissabon“, (so) Artikel 27 (3).

Engagement und mit Eigeninitiative können die Funktionalität der Immobilien, die Sicherheit für die Nutzer und die Wirtschaftlichkeit des Betriebes gewährleistet werden.

Vertretungsnetze müssen aber immer wieder an sich ändernde geographische und inhaltliche Schwerpunkte angepasst werden, und die von ihnen genutzten Immobilien müssen den jeweiligen technischen und ökologischen Anforderungen entsprechen.

Dass eine neue Form der Diplomatie, etwa via Internet und Mobiltelefon, die Netze der Botschaften so ersetzt, dass damit auch deren Unterbringung hinfällig wird, ist kaum zu erwarten, jedenfalls nicht solange die Weltpolitik weitgehend von souveränen Staaten und deren nationalen Interessen bestimmt wird.