



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 1/2015



Editorial

Zur ersten Ausgabe des ALJ haben wir sehr freundliche Glückwünsche und Gratulationen erhalten, für die wir uns herzlich bedanken. Viele haben uns mitgeteilt, für wie wichtig sie eine Online-Zeitschrift wie das ALJ halten, was uns in unserem Vorhaben sehr bestärkt.

Wir freuen uns, Ihnen heute die zweite Ausgabe präsentieren zu können, deren Beiträge sehr unterschiedliche Rechtsbereiche betreffen. *Stefan Arnold*, ein Kollege, der erst jüngst an die Grazer Fakultät berufen wurde, hat uns einen Beitrag zu dem aktuellen Thema des Eigentums- und Verkehrsschutzes bei Kunstgegenständen im österreichischen Kollisions- und Privatrecht zur Verfügung gestellt, der aus seinem Vortrag, den er vor ca. einem Jahr vor der Grazer Berufungskommission gehalten hat, hervorgegangen ist. *Thomas Thiede*, ÖAW-Institut für Europäisches Schadensersatzrecht (Wien) und Zentrum für Europäisches Privatrecht der Universität Graz, sowie *Judith Schacherreiter*, Abteilung für Rechtsvergleichung, Einheitsrecht und Internationales Privatrecht der Universität Wien, befassen sich kritisch mit der überraschenden Erweiterung des kollisionsrechtlichen Verbraucherschutzes auf den „aktiven“ Verbraucher durch den EuGH. Der Gerichtshof hält es in einem kürzlich ergangenen Urteil nicht für erforderlich, dass die Tätigkeit des Unternehmers, die auf den Wohnsitzstaat des Konsumenten ausgerichtet ist, für den konkreten Vertragsschluss ursächlich war. Rechtsvergleichend ist der Beitrag von *Michael Ganner* (Universität Salzburg), der die verschiedenen Zugänge zum Recht der Vorsorgevollmacht im österreichischen und deutschen Recht vorstellt. *Elisabeth Staudegger* (Universität Graz) analysiert die Verantwortlichkeit von Medienunternehmen als Plattformbetreiber für Kommentare Dritter (Leserinnen und Leser von journalistisch aufbereiteten Online-Artikeln). Die differenzierten Privilegierungsregelungen des Medien- und E-Commerce-Rechts werden nicht immer – so argumentiert die Autorin – im erforderlichen Ausmaß voneinander getrennt.

Hoch aktuell ist auch der Beitrag von *Beate Sündhofer* (Universität Linz) zur umstrittenen Entscheidung des EGMR vom 1. 7. 2014 über das französische Verbot, das Gesicht an öffentlichen Orten zu bedecken. In der Entscheidung wird auf ein Recht anderer Bezug genommen, in einem Raum der Sozialisation zu leben, der das Zusammenleben erleichtert. Deshalb kann der EGMR nachvollziehen, dass ein Schleier, der das Gesicht bedeckt, als Kommunikationsbarriere interpretiert wird, die das Recht anderer verletzt. Ein Recht, sich kleiden zu dürfen wie man will, gibt es offenbar nicht (mehr). *Brian Carroll* ist Chief Legal Advisor der U.S. Security and Exchange Commission und stellt die differenzierte US-Judikatur zu Anlageberatern nach dem amerikanischen Vermögensanlagenberatergesetz 1940 vor.

Eine besondere Freude ist für uns, den Schwerpunkt dieser Ausgabe auf 20 Jahre Österreich in der Europäischen Union legen zu können. Vier rechts- und politikwissenschaftliche Artikel sind Folgeveröffentlichungen von Referaten, die auf der Tagung am 13. 1. 2015 zu Rück- und Ausblick aus der Sicht von Wissenschaft und Praxis unter der Leitung des Instituts für Europarecht in Graz stattgefunden hat. Die Beiträge befassen sich mit grundlegenden Fragen des EU-Rechts wie den

völker- und europarechtlichen Aspekten des Beitritts Österreichs in die EU (*Gerhard Hafner*), mit dem Vollzug von Unionsrecht in einem föderal organisierten Mitgliedstaat (*Stefan Börger*), mit dem österreichischen Parlament und der Willensbildung auf EU-Ebene (*Beatrix Karl*) sowie mit aktuellen Initiativen zur Verbesserung des Funktionierens der Europäischen Union und der österreichischen Position hierzu (*Peter Krois*).

In der Rubrik „Praxisartikel“ stellen wir die Antrittsvorlesung von *Helmut Tichy* an der Universität Graz am 5. 3. 2015 vor. Die Universität Graz hat mehrere sog Praktikerprofessuren eingerichtet, um Studierenden das Angebot zu unterbreiten, Rechtsstoff bereits in der universitären Ausbildung von Juristinnen und Juristen außeruniversitärer Berufe vermittelt zu bekommen. *Tichys* Beitrag behandelt die dogmatisch immer noch am Anfang der Entwicklung befindliche Rule of Law im Völker- und im Europarecht. Wissenschaftlich gibt es hier noch viel zu erforschen, weshalb es besonders interessant ist, über Entwicklungsperspektiven aus der Feder eines Botschafters zu lesen.

Das ALJ möchte neben der Publikation spannender rechtswissenschaftlicher Fachinhalte ganz bewusst auch Gelegenheit geben, die Entwicklung der Akademie mitzuzeichnen. Dazu dienen zB die Veröffentlichung von Berufungsvorträgen (auch Einsendungen von Videoaufzeichnungen sind möglich), Hinweise auf Veranstaltungen und Ähnliches. Wir laden alle Leserinnen und Leser herzlich ein, entsprechende Beiträge hochzuladen. Letztlich kann das ALJ über eine Online-Zeitschrift hinaus eine Plattform verwirklichen, auf der interessierte Juristinnen und Juristen regen Meinungs- und Informationsaustausch pflegen.

Brigitta Lurger, Elisabeth Staudegger, Stefan Storr

Eigentumsschutz und Verkehrsschutz bei Kunstgegenständen im österreichischen Kollisions- und Privatrecht

Stefan Arnold*, Universität Graz

Kurztext: Beim Erwerb von Kunstgegenständen muss das Recht in seiner sozialen Steuerungsfunktion einen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz schaffen: Im Interesse der Eigentümer – einschließlich der Erben ursprünglicher Eigentümer – liegt die Aufrechterhaltung der Ursprungsposition; im Interesse potentieller Erwerber liegt eine bestandskräftige Neuordnung der Eigentumsposition zu ihren Gunsten. Zugleich kann das Privatrecht auch öffentliche Anliegen integrieren – sicher die Schaffung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, vielleicht aber auch Allgemeinwohlbelange wie das öffentliche Interesse an der öffentlichen Sichtbarkeit bedeutender Kunstwerke. Die erste Weichenstellung für das sachenrechtliche Schicksal von Kunstgegenständen stellt das internationale Privatrecht. Über die abschließende Eigentumszuordnung entscheidet dann das jeweils anwendbare materielle Sachenrecht.

Das österreichische Kollisionsrecht bewirkt ebenso wie das österreichische Sachenrecht *de lege lata* einen angemessenen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz. Im österreichischen Internationalen Sachenrecht ist auch bei Kunstgegenständen gem § 31 Abs 1 IPRG an die *lex rei sitae* anzuknüpfen. § 7 IPRG ermöglicht eine angemessene Behandlung der daraus resultierenden Probleme des Statutenwechsels. Auch der Vindikationsanspruch und seine Verjährung unterliegen im österreichischen Kollisionsrecht der *lex rei sitae*. Im österreichischen Sachenrecht bewirken die §§ 367 und 368 ABGB einen angemessenen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz, wenn man die in § 368 Abs 2 ABGB angelegten Nachforschungsobliegenheiten fruchtbar werden lässt. So kann das Sachenrecht auch dazu beitragen, dass die Erwerber von Kunstgegenständen besondere Sorgfalt walten lassen und in Zweifelsfällen die Provenienz der Werke erforschen. Dieser Ansatz lässt auch eine rechtsfortbildende Beweislastumkehr bezüglich der Gutgläubigkeit entbehrlich werden. Die Regeln der Ersitzung schaffen auch bei Kunstgegenständen einen ergänzenden Verkehrsschutz, der zum Rechtsfrieden beiträgt. Schließlich verhindert die Unverjährbarkeit des Vindikationsanspruchs die dogmatisch, rechtspolitisch und verfassungsrechtlich zweifelhafte Verfestigung eines Eigentums ohne Sachherrschaft.

Schlagworte: Kunstgegenstände; Gurlitt; gutgläubiger Erwerb; Nachforschungsobliegenheiten; *lex rei sitae*.

* Univ.-Prof. Dr.iur. Stefan Arnold, LL.M. (Cambridge), ist Professor am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz. Der Verfasser dankt Frau Mag. Marie-Therese Fritzer und Frau Mag. Elisabeth Pirker für ihre wertvollen Anregungen und ihre Hilfe bei der Korrektur des Erstmanuskripts und der Erstellung der Fußnoten sowie Herrn Prof. Dr. Erwin Bernat für die Lektüre der Endfassung und wertvolle Anregungen.

I. Einführung

Kunstgegenstände sind nicht nur kulturell sondern auch wirtschaftlich bedeutsam: Für Europa werden jährliche Umsätze im dreistelligen Milliardenbereich berichtet.¹ Auch der illegale Kunstmarkt gehört zu den „großen Drei“ der Schwarzmärkte Europas – noch vor dem Waffen-, allerdings erst nach dem Drogenhandel.² Dementsprechend hoch sind die Risiken beim Erwerb von Kunstgegenständen. Das ergibt sich auch aus der möglichen Belastung mancher Kunstwerke als Beutekunst oder „entartete“ Kunst.³ Der Fall Gurlitt hat diese Besonderheiten spätestens seit dem Salzburger Kunstfund auch für das österreichische Recht in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt.⁴

Beim Erwerb von Kunstgegenständen muss das Recht in seiner sozialen Steuerungsfunktion einen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz schaffen: Im Interesse der Eigentümer – einschließlich der Erben ursprünglicher Eigentümer – liegt die Aufrechterhaltung der Ursprungsposition; im Interesse potentieller Erwerber liegt eine bestandskräftige Neuordnung der Eigentumsposition zu ihren Gunsten. Zugleich kann das Privatrecht auch öffentliche Anliegen integrieren – sicher die Schaffung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, vielleicht aber auch Allgemeinwohlbelange wie das öffentliche Interesse an der öffentlichen Sichtbarkeit bedeutender Kunstwerke.

Die erste Weichenstellung für das sachenrechtliche Schicksal von Kunstgegenständen stellt das internationale Privatrecht. Kunstobjekte sind oft leicht beweglich. Daher sind nicht nur Veräußerungen ins Ausland tägliches Brot des Kunsthandels; auch der Lageort von Kunstwerken wechselt häufig.⁵ „Wandernde“ Kunstobjekte führen aber unvermeidbar zu der oft vorentscheidenden Frage nach dem anwendbaren Recht. Über die abschließende Eigentumszuordnung entscheidet dann das jeweils anwendbare materielle Sachenrecht. Gegenstand der folgenden Zeilen sind einige Überlegungen dazu, wie das österreichische Kollisionsrecht und das österreichische Sachenrecht Eigentums- und Verkehrsschutz in Einklang bringen. Das hier gezeichnete Bild kann keine Vollständigkeit erreichen: Denn die kollisionsrechtlichen und privatrechtlichen Vorgaben werden vom öffentlichen Recht entscheidend überlagert – insbesondere dem öffentlichen Restitutionsrecht beispielsweise bei „entarteter“ Kunst, aber auch vom Denkmalschutzrecht und internatio-

1 Anton, Wem gehört die Monstranz? Diebstahl, Restitution und gutgläubiger Erwerb von Kunstwerken am Beispiel eines gestohlenen Sakralgegenstandes, in M. Weller/Kemle/T. Dreier/Lynen (Hrsg), Kunst im Markt – Kunst im Recht: Tagungsband des Dritten Heidelberger Kunstrechtstags am 09. und 10. Oktober 2009 (2010) 193; ders, Paradigmenwechsel im gutgläubigen Erwerb von Kunst- und Kulturgütern, JR 2010, 415 (415 f).

2 Anton in M. Weller/Kemle/T. Dreier/Lynen 193; ders, Handbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht I: Illegaler Kulturgüterverkehr (2010) § 1 Rz 2, 1. Teil Rz 7.

3 Zur Beutekunst Müller, Raubkunst – Rückblick und Ausblick, in FS Siehr (2010) 147; Anton, Illegaler Kulturgüterverkehr 273 ff; Hartung, Kunstraub in Krieg und Verfolgung: Die Restitution der Beute- und Raubkunst im Kollisions- und Völkerrecht (2005); Schoene, Der rechtliche Status von Beutekunst: Eine Untersuchung am Beispiel der aufgrund des Zweiten Weltkrieges nach Russland verbrachten deutschen Kulturgüter (2004); zur entarteten Kunst Anton, Illegaler Kulturgüterverkehr 955 ff; Jayme, „Entartete Kunst“ und Internationales Privatrecht (1994).

4 Dazu ua Jayme, Der Gurlitt-Fall – Grundfragen des Kunstrechts, in Mosimann/Schönenberger (Hrsg), Kunst & Recht (2014) 127; S. Arnold/S. Lorenz, Die Vindikationsverjährung und ihre Folgen im System des BGB, in FS Köhler (2014) 451; Baldus in Rixecker/Säcker/Oetker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI⁶ (2013) § 985 Rz 65 (Aktualisierung vom 14. 1. 2014); Ernst, Bilderbesitz im Rechtsstaat, JZ 2014, 28; M. Weller, Kunstrecht auf dem Prüfstand: Der „Schwabinger Kunstfund“ an der Schnittstelle von Strafverfolgung und Sachenrecht, KuR 2013, 183.

5 Siehe etwa Damm, Kollisionsrechtlicher Erwerbschutz im internationalen Kunsthandel, in Hoeren/Holztagel/Ernstschneider (Hrsg), Handbuch Kunst und Recht (2008) 243 (245); Wiese, Der Bedeutungswandel der Situs-Regel im Internationalen Sachenrecht der Kulturgüter, in FS Siehr (2010) 83 (84 f); Schack, Kunst und Recht² (2009) Rz 424 ff.

nen Abkommen wie etwa den Washington Principles von 1998.⁶ Dazu treten zahlreiche Regeln zur Rückführung von ins Ausland verbrachten Kulturgütern.⁷ Diese öffentlich-rechtlichen Aspekte werden im Folgenden nur am Rande Erwähnung finden.⁸

II. Zu den Weichenstellungen des Internationalen Privatrechts

In einem ersten Schritt gilt es, die Weichenstellungen des Internationalen Privatrechts näher zu beleuchten. Maßgeblich ist dabei aus Sicht der österreichischen Gerichte natürlich das österreichische Internationale Privatrecht. Dieses entscheidet über das auf den jeweiligen Erwerbsvorgang anzuwendende materielle Recht.

A. Zentrale kollisionsrechtliche Fragestellungen

Das Internationale Privatrecht ist der Anwendung sachrechtlicher Erwerbsvorschriften vorgeordnet. Denn zunächst muss feststehen, welches Sachrecht auf einen konkreten Erwerbsvorgang anzuwenden ist. Wenn kein Auslandsbezug erkennbar ist, scheint seine Anwendung entbehrlich, so etwa, wenn eine Österreicherin ein in Wien gemaltes Gemälde österreichischer Landschaften innerhalb Österreichs einer anderen Österreicherin verkauft und übereignet. Doch wenn wir in solchen einfachen Fällen österreichisches materielles Recht anwenden, haben wir die Entscheidung über das anwendbare Recht implizit getroffen. Bei Kunstgegenständen steht die Frage nach dem anwendbaren Recht aber oft im Fokus. Der Kunstmarkt ist ein höchst internationalisiertes Geschäft, für das Staatsgrenzen keine Hürden sind. Zudem kursieren Kunstwerke oft als Luxusgüter in einem globalen Kreis von Liebhabern. So verlangen Erwerbsvorgänge bei Kunstgegenständen häufig explizite Antworten des Kollisionsrechts auf die Frage nach dem materiellen Sachenrecht, das über die Eigentumszuordnung und damit den Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz entscheidet.

6 Zu den Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art *Fritsch*, Überblick Kunstrestitution in Österreich, in *Pfeffer/Rauter* (Hrsg), Handbuch Kunstrecht (2014) Rz 10/17; *Müller* in FS Siehr 150 f; *Ernst*, JZ 2014, 31 f; zu internationalen Abkommen *Arendholz*, Gutgläubiger Erwerb gestohlener Kunstgegenstände, in *Hoeren/Holz-nagel/Ernstschneider* (Hrsg), Handbuch Kunst und Recht (2008) 217 (237 ff); *Gräwe*, Internationaler Kulturgüter-schutz, in *Hoeren/Holz-nagel/Ernstschneider* (Hrsg), Handbuch Kunst und Recht (2008) 355 (355 ff); zum Denkmalschutz *Anton*, Illegaler Kulturgüterverkehr 77 ff; zum Denkmalschutz und zum Kulturgüterschutz als Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht *Kodek*, Divergenz und Konvergenz zwischen allgemeinem Zivilrecht und öffentlichem Recht im Kulturgüterschutz – Gedankensplitter aus Anlass zweier OGH-Entscheidungen, in FS Kerschner (2013) 299.

7 BG zur Umsetzung der Richtlinie 93/7/EWG über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft verbrachten Kulturgütern (Kulturgüterrückgabegesetz), BGBl I 1998/67; BG vom 27. Juni 1969 über die Bereinigung der Eigentumsverhältnisse des im Gewahrsam des Bundesdenkmalamtes befindlichen Kunst- und Kulturgutes (Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz), BGBl 1971/311; siehe auch BG über die Rückgabe von Kunstgegenständen und sonstigem beweglichem Kulturgut aus den österreichischen Bundesmuseen und Sammlungen und aus dem sonstigen Bundeseigentum (Kunstrückgabegesetz – KRG), BGBl I 1998/181; BG vom 15. 5. 1946 über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind (Nichtigkeitsgesetz), BGBl 1946/106; BG vom 26. 7. 1946 über die Rückstellung entzogener Vermögen, die sich in Verwaltung des Bundes oder Bundesländer befinden (Erstes Rückstellungsgesetz), BGBl 1946/156.

8 Umfassend dazu *Anton* in *M. Weller/Kemle/T. Dreier/Lynen* 197 f; *Fritsch* in *Pfeffer/Rauter* Rz 10/1 ff; *Gräwe* in *Hoeren/Holz-nagel/Ernstschneider* 355 ff; *Anton*, Illegaler Kulturgüterverkehr 489 ff (vor allem aus der Perspektive des deutschen Rechts); *Hartung*, Kunstraub 137 ff; *Noll*, Fortschritt und Versäumnis – Kunstrückgabe in Österreich, juridikum 2003/1, 31; *Rabl*, Die Begünstigtenstellung nach dem Kunstrückgabegesetz, JBl 2010, 681; *Wilhelm*, Arierisiertes Eigentum verjährt nicht, eolex 2003, 161.

Das Kollisionsrecht bestimmt, welches Sachrecht über den Eigentumserwerb und die Ansprüche potentieller Eigentümer entscheidet. Es schafft dabei zwar keinen konkreten Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz im Einzelfall; es entscheidet aber, welche Rechtsordnung dazu berufen ist, diesen Ausgleich vorzunehmen. Darin liegt oft zugleich eine zentrale Vorentscheidung. Denn rechtsvergleichend zeigt sich: Der sachenrechtliche Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz kann und wird schon innerhalb der Rechtsordnungen Europas ganz unterschiedlich geregelt.⁹ In der Praxis rücken Fragen nach dem anwendbaren Recht immer wieder in den Vordergrund, wenn Kunstgegenstände, die auf dunklen Wegen verschwunden sind, nach oft langer Reise durch die Welt wieder auftauchen und zurückgefordert werden. Ihre Antwort finden sie in den internationalen Privatrechten der angerufenen Gerichte, aus Sicht österreichischer Gerichte also im Gesetz über das internationale Privatrecht (das IPRG)¹⁰ von 1978.

B. Zur Anknüpfung der Eigentumszuordnung gem § 31 IPRG

1. Der Grundsatz der „*lex rei sitae*“ im österreichischen internationalen Sachenrecht

Die Zuordnung des Eigentums fällt in den Kernbereich des Sachenrechtsstatuts gem § 31 Abs 1 IPRG. § 31 Abs 1 IPRG folgt dabei dem rechtsvergleichend nahezu universal geltenden¹¹ Grundsatz der *lex rei sitae*: Erwerb und Verlust dinglicher Rechte beurteilen sich nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden. Diese Anknüpfung erfasst auch Kunstgegenstände. Eine Sonderregelung existiert allerdings für Kulturgüter, die unrechtmäßig aus einem anderen EU-Mitgliedstaat nach Österreich verbracht wurden: Wenn diese nach den Regelungen des Kulturgüterrückgabegesetzes¹² restituiert worden sind, gilt für den Erwerb und Verlust des Eigentums an diesen Gütern gem § 20 Kulturgüterrückgabegesetz abweichend von § 31 Abs 1 IPRG das Sachrecht des Rückstellungsempfängerstaates.¹³

Den inneren Grund für die Geltung der *lex rei sitae* hat Savigny im „humanen“ Gedanken der freiwilligen Unterwerfung unter die rechtliche Ordnung des Belegenheitsorts gesehen:

„Wer an einer Sache ein Recht erwerben, haben, ausüben will, begiebt sich zu diesem Zweck an ihren Ort und unterwirft sich freiwillig [...] dem in diesem Gebiet herrschenden örtlichen Recht. Wenn also behauptet wird, daß die dinglichen Rechte nach dem örtlichen Recht der gelegenen Sache (*lex rei sitae*) zu beurtheilen seyen, so beruht diese Behauptung auf demselben Grunde, wie die Anwendung der *lex domicilii* auf den persönlichen Zustand. Beides entspringt aus freiwilliger Unterwerfung.“¹⁴

9 Vgl nur den beeindruckenden rechtsvergleichenden Befund bei *Faber/Lurger* (Hrsg), Rules for the Transfer of Movables (2008) und die ebenfalls von *Faber/Lurger* herausgegebenen Länderberichte: National Reports on the Transfer of Movables in Europe (Volume 1: Austria, Estonia, Italy, Slovenia [2008]; Volume 2: England and Wales, Ireland, Scotland, Cyprus [2009]; Volume 3: Germany, Greece, Lithuania, Hungary, [2010]; Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal [2010]; Volume 5: Sweden, Norway and Denmark, Finland, Spain, [2010]; Volume 6: The Netherlands, Switzerland, Czech Republic, Slovakia, Malta, Latvia [2010]).

10 BG vom 15. 6. 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BGBl 1978/304.

11 Etwa *Schack*, Kunst und Recht² Rz 519.

12 BGBl I 1998/67; vgl oben Fn 7.

13 Dazu etwa *Wiese* in FS Siehr 94 ff; *Neumayr* in *Kozioł/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 31 IPRG Rz 6; *Verschraegen* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/6³ (2004) § 31 IPRG Rz 47; *Lurger/Melcher*, Bürgerliches Recht VII: Internationales Privatrecht (2013) Rz 6/6; *Jayme*, Entartete Kunst 24 f.

14 *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts VIII (1849), Neudr Berlin (1974) (bearb von O. L. Heuser), 169 (online abrufbar unter: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/index.htm> [abgefragt am 4. 3. 2015]).

Dieser Unterwerfungsgedanke überzeugt wegen seiner zu fiktiven subjektiven Grundlage im Willen des einzelnen nicht mehr vollständig. Heute wird die *lex rei sitae* zu Recht eher aus objektiven Erwägungen heraus begründet, die vom (vermuteten oder wirklichen) Willen der Rechtsunterworfenen abstrahieren.¹⁵ Im Vordergrund stehen neben dem Grundsatz der absoluten Geltung des Sachenrechts¹⁶ auch die Verkehrsinteressen¹⁷: Rechtssicherheit wird durch die Geltung der *lex rei sitae* nicht nur für Erwerber und Veräußerer, sondern auch für alle beobachtenden Dritten geschaffen.¹⁸ Zudem berücksichtigt die *lex rei sitae* die Territorialhoheit des Staates, der über die eigentumsrechtliche Güterzuordnung auf seinem Gebiet entscheidet.¹⁹

2. Die „lex originis“ als Sonderanknüpfung bei Kunstgegenständen?

Gerade bei Kunstgegenständen sind in der Literatur verschiedene Aufweichungen des *lex rei sitae*-Grundsatzes vorgeschlagen und diskutiert worden.²⁰ Eine Hauptrichtung zeichnet sich dabei dadurch aus, dass sie den Abstraktionsgrad des Kollisionsrechts zugunsten einer stärkeren Konkretisierung der spezifischen Lebenssachverhalte zurücknimmt²¹: Es geht in dieser vielleicht als postmodern²² charakterisierbaren Strömung darum, den besonderen Charakter von Kunstgegenständen im Kollisionsrecht widerzuspiegeln.²³ Dabei bietet die besondere Eigenart von Kunstgegenständen einen plausiblen Ausgangspunkt: Wir betrachten Kunstgegenstände als kategorial verschieden von bloßen Gebrauchsgegenständen. Die Gründe dafür sind vielschichtig. Ein Aspekt ist für die sachenrechtliche Anknüpfung besonders bedeutsam: Menschen einer bestimmten Nation verbinden mit manchen Kunstwerken gemeinsame Erzählungen – etwa geschichtlicher, wirtschaftlicher oder kultureller Art. Wenn es also so etwas wie eine „Identität einer Nation“ gibt,

15 Dazu eingehend *Goldt*, Sachenrechtliche Fragen des grenzüberschreitenden Versandungskaufs aus international-privatrechtlicher Sicht (2002) 58 ff.

16 Dieser Gedanke klingt etwa bei *Kreuzer* an, vgl. *Kreuzer*, Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und Sachen vom 21. 5. 1999, *RabelsZ* 2001, 383 (443).

17 *Wendehorst* in *Rixecker/Säcker/Oetker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch XI⁶ (2015) Art 43 EGBGB Rz 4.

18 Etwa *Kreuzer*, *RabelsZ* 2001, 443.

19 Differenzierend dazu *Damm* in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider* 252 ff (insbesondere 257).

20 *Damm* in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider* 248 ff; *Armbrüster*, Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland, *NJW* 2001, 3581 (zu Kulturgütern); siehe auch *Hanisch*, Internationalprivatrechtliche Fragen im Kunsthandel, in *FS Müller-Freienfels* (1986) 193; *Wiese* in *FS Siehr* 83; *Kunze*, Restitution „Entarteter Kunst“ (2000) 121; *Schack*, Kunst und Recht² Rz 523 ff; *Mansel*, DeWeerth v. Baldinger – Kollisionsrechtliches zum Erwerb gestohlener Kunstwerke, *IPRax* 1988, 268 (270 f); *Mansel* in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum BGB (2015) Art 46 EGBGB Rn 77 ff. (Anknüpfung an das Recht des Diebstahlsorts für die Frage des gutgläubigen Erwerbs); vgl. auch *Stoll*, Sachenrechtliche Fragen des internationalen Kulturgüterschutzes in Fällen mit Auslandsberührung, in *Dolzer/Jayme/Mußgnug* (Hrsg), Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes (1994) 53.

21 Besonders eindrucksvoll ist diese Anknüpfung von *Jayme* vertreten worden, vgl. ua *Jayme*, Die Nationalität des Kunstwerks als Rechtsfrage, in *Reichelt* (Hrsg), Internationaler Kulturgüterschutz – Wiener Symposium 18./19. Oktober 1990 (1992) 7; *ders*, Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im Internationalen Privatrecht, in *Dominicé* ua (Hrsg), *Études de Droit International en l'honneur de Pierre Lalive* (1993) 717 (718 ff); *ders*, Entartete Kunst 21 ff; *ders*, Internationaler Kulturgüterschutz: Lex originis oder lex rei sitae – Tagung in Heidelberg, *IPRax* 1990, 347; siehe auch *Anton*, Handbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht III: Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht (2010) 803 ff; *Damm* in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider* 258 ff.

22 Zum Verhältnis der Postmoderne zum Internationalen Privatrecht *Jayme*, Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur, *ZfRV* 1997, 230. Die Wurzeln dieser Strömung liegen freilich viel weiter zurück, vgl. *Damm* in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider* 263; *Jayme*, Entartete Kunst 22.

23 *Damm* in *Hoeren/Holznagel/Ernstschneider* 258 ff.

leisten Kunstgegenstände sicher einen wesentlichen Beitrag zu dieser Identität.²⁴ Diese faktische Besonderheit von Kunstgegenständen – ihr Beitrag zur Identität der Nationen – ließe sich gewiss auch im Internationalen Sachenrecht stärker berücksichtigen²⁵: Man könnte für den Eigentumserwerb eben an das Recht der in ihrer Identität betroffenen Nation anknüpfen – in Abweichung vom Grundsatz der *lex rei sitae*-Anknüpfung.²⁶ Anzuknüpfen wäre dann an eine *lex originis*, verstanden als das – freilich noch näher zu bestimmende – „Heimatrecht“ des Kunstwerks.²⁷ Dieser Weg wird zwar noch nicht ausdrücklich für das österreichische Internationale Sachenrecht beschritten; die maßgeblichen Argumente lassen sich jedoch auf das österreichische Kollisionsrecht übertragen. Geschichtlich hat dieser Vorschlag seine Wurzeln schon im 19. Jahrhundert.²⁸ Für ihn spricht, dass das Internationale Sachenrecht mit der Anknüpfung an die *lex originis* die oben beschriebenen Besonderheiten von Kunstgegenständen berücksichtigen würde; darin zeigt sich eine im Grunde begrüßenswerte Konkretisierung des Kollisionsrechts. Dazu tritt die Forderung nach einer Integration des Irrationalen und des Gefühls in das Kollisionsrecht.²⁹ Dieser Forderung würde es entsprechen, auch das Affektionsinteresse der Nationen kollisionsrechtlich zu berücksichtigen – durch eine Anknüpfung an die *lex originis*.³⁰ Den Vertretern dieser Auffassung zufolge hat zudem der Verkehrsschutz als Geltungsgrund der Situs-Regel bei Kunstgegenständen weniger Gewicht.³¹

Trotz dieser beachtlichen Argumente³² ist die Anknüpfung an die *lex originis* des Kunstgegenstandes für das österreichische Kollisionsrecht abzulehnen. Zunächst bleibt es ja auch bei einer *lex originis*-Anknüpfung weitgehend beliebig, ob die rechtliche Integration nationalen Affektionsinteresses gelingt. Das Kollisionsrecht kann die Rückbindung von Kunstwerken an die sie jeweils rezipierenden Nationen nicht sicher leisten. Es beantwortet ja nur die Frage nach dem anwendbaren Recht, nicht die Frage nach dem konkreten Rechtsanwendungsergebnis. Es hängt also allein vom Zufall ab, ob die *lex originis* die Heimkehr der Kunstwerke eher befördert als die *lex rei sitae*.³³ Ein Schutz der jeweiligen Nationen könnte nur sichergestellt werden, wenn bei Kunstgegenständen die Suche nach dem „Sitz des Rechtsverhältnisses“ aufgegeben werden würde – zugunsten einer Suche nach dem für die betroffenen Nationen günstigsten Anwendungsergebnis.³⁴ Dann ginge es allerdings nicht mehr um die kollisionsrechtliche Anknüpfungsgerechtigkeit, sondern um die

24 Deutlich etwa Jayme, Entartete Kunst 24, der in Kunstwerken Energien verkörpert sieht, die auch die Identität der Nation ausdrücken, die es als das ihre rezipiert; vgl auch Anton in M. Weller/Kemle/T. Dreier/Lynen 193; Jayme, Antonio Canova und das nationale Kunstwerk – Zur Ideengeschichte des europäischen Kulturgüterschutzes (1994), in Jayme (Hrsg), Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht (1999) 1; ders in Reichelt 7.

25 So insbesondere Jayme in zahlreichen Schriften, vgl etwa Jayme in Dominicé ua 718 ff; ders in Jayme 1; ders in Reichelt 7; ders, Entartete Kunst 21 ff; siehe auch Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 803 ff; Damm in Hoeren/Holznapel/Ernstschneider 258 ff.

26 Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 803 ff; Damm in Hoeren/Holznapel/Ernstschneider 258 ff.

27 Damm in Hoeren/Holznapel/Ernstschneider 258 ff; Jayme in Dominicé ua 723 ff; ders in Jayme 1; ders in Reichelt 7; Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 803 ff; Jayme, Entartete Kunst 21 ff.

28 Damm in Hoeren/Holznapel/Ernstschneider 263; Jayme, Entartete Kunst 22; Zur Vereinbarkeit des *lex originis*-Ansatzes mit Savigny's Aussagen zum internationalen Sachenrecht vgl Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 926 f.

29 Kienle/M. Weller, Die Vindikation gestohlener Kulturgüter im IPR, IPRax 2004, 290 (292).

30 Kienle/M. Weller, IPRax 2004, 292; s auch Damm in Hoeren/Holznapel/Ernstschneider 258 ff.

31 Stoll in Dolzer/Jayme/Mußnug 59 f; Kienle/M. Weller, IPRax 2004, 291; Mansel, IPRax 1988, 270 f; vgl auch Wiese in FS Siehr 84 mwN.

32 Vgl auch Mansel in Staudinger, BGB (2015) Art 46 EGBGB Rn 77 ff.

33 Schack, Kunst und Recht² Rz 523 ff; dazu auch Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht, 915 ff mwN.

34 Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 921 ff mwN.

Gerechtigkeit des konkreten materiell-rechtlichen Anwendungsergebnisses, letztlich also um einen *better law approach*.³⁵ Mit Blick auf viele Einzelfälle mag dessen Flexibilität attraktiv erscheinen. Als Grundprinzip des Kollisionsrechts führt er aber leicht zu Beliebigkeit. Daher scheint es vorzugswürdig, an der herkömmlichen kontinentaleuropäischen Idee des Kollisionsrechts festzuhalten: Das Kollisionsrecht soll den konkreten Ergebnissen gegenüber grundsätzlich Neutralität bewahren.³⁶ Dazu kommt, dass die Anknüpfung an die *lex originis* mit großer Unsicherheit einhergehen kann.³⁷ Das betrifft bereits den Begriff des Kunstgegenstandes. Hier ließe sich nur eine unzureichende Linderung erreichen, indem nur Kulturgüter einer Sonderanknüpfung unterworfen werden würden, die in einem staatlichen Publikationsakt als zum nationalen Kulturerbe zugehörig bezeichnet sind.³⁸ Auch über die jeweilige Nation, der ein Kunstwerk zugeordnet werden soll, mag man in manchen Fällen trefflich streiten – unter anderem mit Blick auf den jeweiligen Entstehungsort, die Nationalität des Künstlers, die Motive oder die religiösen und kulturellen Bezüge des Werkes.³⁹ Natürlich können Abgrenzungsschwierigkeiten im Internationalen Privatrecht auch an anderen Stellen nicht vermieden werden. Gerade im Internationalen Sachenrecht besteht jedoch ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Dieses Bedürfnis und die Interessen des Rechtsverkehrs wären empfindlich verletzt, wenn eine abweichende Anknüpfung ohne ausreichende gesetzliche Grundlage in das österreichische Kollisionsrecht eingeführt werden würde.⁴⁰ Das österreichische IPRG bietet eine solche Grundlage kaum. Es müsste ja eine von § 31 Abs 1 IPRG abweichende Anknüpfung ermöglichen, die allenfalls im Wege der Rechtsfortbildung zu erreichen wäre. Das IPRG kennt keine allgemeine Ausweichklausel; § 1 Abs 1 IPRG bringt zwar als Leitmotiv des Kollisionsrechts die „Suche nach dem Sitz des Rechtsverhältnisses“ klar zum Ausdruck. Zugleich verbietet aber § 1 Abs 2 IPRG eine freie Suche nach diesem Sitz und schreibt vielmehr – auch demokratietheoretisch plausibel – dem Gesetzgeber den Vorrang bei der Bestimmung dieses Sitzes zu.⁴¹ Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte damit die richterrechtliche Korrektur einzelner Kollisionsnormen durch das Leitprinzip ausgeschlossen werden.⁴² Der OGH hat an dieser allzu starren Linie zwar nicht streng festgehalten, einzelne Kollisionsnormen richterrechtlich korrigiert und § 1 Abs 1 IPRG auch als Instrument der Lückenfüllung eingesetzt.⁴³ Er bezeichnet jedoch § 1 Abs 1 IPRG in stRsp eben nur als Instrument der Auslegung und Lückenfüllung – und damit gerade nicht als echte Ausweichklausel.⁴⁴ Auch die österreichische Lehre versteht § 1 Abs 1 IPRG nicht als Ausweichklausel⁴⁵ und nimmt das Abweichungsver-

35 Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 921 ff mwN; Schack, Kunst und Recht² Rz 525.

36 Dazu allgemein nur Kropholler, Internationales Privatrecht⁶ (2006) 24 ff.

37 Wiese in FS Siehr 84 f; Hartung, Kunstraub 362 f; Schack, Kunst und Recht² Rz 523 ff, 542 ff.

38 Anton, Internationales Kulturgüterprivat- und -zivilverfahrensrecht 927 f.

39 Zu diesen Indizien anschaulich Jayme in Dominice ua 724 ff. Man könnte auch ein Ausstellungsland für maßgeblich halten wollen, in dem sich ein Kunstwerk lange Zeit befindet (also etwa französisches Recht auf die in Frankreich ausgestellte „Mona Lisa“ anwenden wollen).

40 Zur Ablehnung einer Anknüpfung an die *lex originis* aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrsinteresses Wiese in FS Siehr 83 (insbesondere 84 f sowie 99 f); Schack, Kunst und Recht² Rz 524 f.

41 Neumayr in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 1 IPRG Rz 4; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 1 IPRG Rz 5.

42 ErlRV 784 BlgNR 14. GP 10 f.

43 Grundlegend zur richterrechtlichen Korrektur kollisionsrechtlicher Tatbestände OGH 3 Ob 549/94 JBl 1995, 116; zur Lückenfüllung auf Grundlage des § 1 Abs 1 IPRG vgl OGH 4 Ob 512/93 ZfRV 1994, 32; relativ weitgehend OGH 1 Ob 253/97f SZ 71/76 = ZfRV 1998, 259 = RdW 1998, 551.

44 Aus jüngerer Zeit etwa OGH 3 Ob 240/13k Zak 2014/129; 3 Ob 183/13b JBl 2014, 56. Teils ist auch von einem programmatischen Grundsatz die Rede, s etwa OGH 1 Ob 2/03f ZfRV-LS 2003/53.

45 Neumayr in KBB⁴ § 1 IPRG Rz 4; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 1 IPRG Rz 5; Lurger/Melcher, IPR Rz 1/57 f; Schwimann, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht³ (2001) 29; Schwind, Internationales Privatrecht (1990) Rz 145; Neumayr in KBB⁴ § 1 IPRG Rz 4; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 1 IPRG Rz 5.

bot des § 1 Abs 2 IPRG zumindest insoweit ernst, als Korrekturen nur bei überwältigend starken Argumenten zulässig sind.⁴⁶ Solche sind bei Kunstgegenständen nicht ersichtlich. Auch *de lege ferenda* dürfte weniger eine nationale Lösung als vielmehr internationales oder zumindest europäisches Einheitsrecht vorzugswürdig sein, das die Besonderheiten von Kunstgegenständen ausreichend berücksichtigt.⁴⁷

C. Zur Reichweite des Sachenrechtsstatuts bei Kunstgegenständen

1. Rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb und Ersitzung

Für den Eigentumserwerb gilt bei Kunstgegenständen also wie bei anderen beweglichen Sachen auch das Sachrecht des Ortes, an dem sich die Sache bei Vollendung des Erwerbsvorgangs befindet. Werden beispielsweise Kunstgegenstände auf österreichischem Boden übereignet, gelten die Regeln des ABGB; erfolgt die Übereignung in Italien, ist italienisches Sachenrecht maßgeblich. Die *lex rei sitae* regelt dabei auch den gutgläubigen Erwerb⁴⁸, der bei Kunstgegenständen besonders bedeutsam ist. Das ist gerade auch mit Blick auf den Verkehrsschutz sachgerecht⁴⁹: Die Regeln über den gutgläubigen Erwerb erleichtern ja jeweils den Rechtsverkehr vor Ort. Die *lex rei sitae* bestimmt daher unter anderem, in welchen Fällen Kunstgegenstände auch gutgläubig erworben werden können und welcher Maßstab für den guten Glauben gilt.⁵⁰

Ebenso erfasst die *lex rei sitae* den Erwerb bei Versteigerungen.⁵¹ So gilt beispielsweise deutsches Sachenrecht, wenn die Versteigerung in Deutschland erfolgt – was wegen der Regelung des § 935 Abs 2 BGB von besonderer Brisanz ist: Gem § 935 Abs 2 BGB ist der gutgläubige Erwerb insbesondere auch bei gestohlenen Sachen möglich, wenn er im Wege öffentlicher Versteigerung erfolgt.⁵²

Nach der *lex rei sitae* wird auch die Ersitzung beurteilt⁵³; entscheidend ist dabei aber gem § 31 Abs 1 IPRG der Zeitpunkt der Rechtsvollendung, also des Ablaufs der Ersitzungsfrist. Daher gewinnt gerade bei der Ersitzung eine zentrale Konsequenz der *lex rei sitae*-Anknüpfung herausragende Bedeutung: Ändert das Kunstwerk seinen Lageort, ändert sich auch das anwendbare Recht⁵⁴; es

46 Neumayr in KBB⁴ § 1 IPRG Rz 4; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 1 IPRG Rz 5; Schwimann, IPR³ 29; Schwind, IPR Rz 145 ff. Aus der Rechtsprechung dazu etwa: OGH 2 Ob 196/04v JBl 2007, 60 (Gelter) = IPRax 2007, 457 (Koch): Anfechtungsansprüche; OGH 1 Ob 577/93 SZ 66/112; 7 Ob 281/00z SZ 74/44: Verlöbniß.

47 Wendehorst in Rixecker/Säcker/Oetker, MüKo BGB XI⁶ Art 43 EGBGB Rz 193; Reichelt, Kulturgüterschutz und Internationales Privatrecht, IPRax 1986, 73.

48 Vgl Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 1 IPRG Rz 10; Anton, Handbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht II: Zivilrecht – Guter Glaube im Internationalen Kunsthandel (2010) 40 f.

49 Looschelders, Internationales Privatrecht (2004) Art 43 Rz 14; Kropholler, IPR⁶ 556 f; Schack, Kunst und Recht² Rz 519; Mansel plädiert für das deutsche Kollisionsrecht für eine den ursprünglichen Eigentümer stärker schützende Lösung: Beim Gutglaubenserwerb von abhanden gekommenen Sachen sei der maßgebliche Anknüpfungzeitpunkt entgegen der hM (und auf Grundlage der Ausweichklausel des Art 46 deutsches EGBGB) der des Abhandenkommens, vgl Mansel in Staudinger, BGB (2015) Art 43 EGBGB Rn 827 ff sowie Art 46 EGBGB Rn 62 ff und 82 ff mwN auch zur hM.

50 Damm in Hoeren/Holznapel/Ernstschneider 248 f; Looschelders, IPR Art 43 Rz 31; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 10; Anton, Guter Glaube, 40 ff; Schack, Kunst und Recht² Rz 507, 523.

51 Siehe nur Müller-Katzenburg, Besitz- und Eigentumssituation bei gestohlenen und sonst abhanden gekommenen Kunstwerken, NJW 1999, 2551 (2554 f).

52 Zu den damit zusammenhängenden Problemen etwa Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2554 f.

53 Looschelders, IPR Art 43 Rz 30; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 20, 22; Schack, Kunst und Recht² Rz 522.

54 Neumayr in KBB⁴ § 31 IPRG Rz 3; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 22; Jayme, Entartete Kunst 26 f.

kommt zum Statutenwechsel.⁵⁵ Dessen Grundsätze gilt es zu beachten, wenn der Lageortwechsel noch vor Ablauf der Ersitzungszeit stattfindet oder – umgekehrt – die Ersitzungszeit nach dem Recht des ersten Ortes verstrichen ist, nach dem Statutenwechsel aber ein Recht mit längerer Ersitzungszeit zur Anwendung gelangt. Im österreichischen Kollisionsrecht ist dabei die Regelung des § 7 IPRG maßgeblich.

2. Zu den Grundsätzen des Statutenwechsels (§ 7 IPRG)

Das IPRG bringt den wichtigsten Grundsatz des Statutenwechsels in § 7 zum Ausdruck: Die Änderung der *lex rei sitae* hat, wie das Gesetz formuliert, „auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluß“. Damit ist der Grundsatz der wohlerworbenen Rechte ausgedrückt: Wenn an einem Kunstgegenstand bereits wirksam Eigentum erworben wurde, bleibt dieses Eigentum auch bei einem Statutenwechsel erhalten; das wirksam begründete Eigentum wird vom Eingangsstatut anerkannt.⁵⁶ Gem § 7 IPRG gilt also: Ein im Ausland vollendeter Eigentumserwerb wird auch dann anerkannt, wenn diesem Erwerb weniger strenge Voraussetzungen zugrunde lagen. Dafür bieten kürzere Ersitzungszeiten ein für Kunstgegenstände wichtiges und praktisch bedeutsames Beispiel.⁵⁷ Wenn nach dem Ausgangsstatut noch keine Ersitzung vollendet ist, weil die Frist noch nicht abgelaufen ist, geht es um eine etwas anders gelagerte Frage: Kann in diesen Fällen die im Ausland verlaufene Zeitspanne nach dem jetzt anwendbaren Ersitzungsrecht angerechnet werden? Dies ist zwar eine Frage, die sich im kollisionsrechtlichen Kontext stellt. Inhaltlich geht es bei ihr aber schon um die Anwendung des Sachrechts; sie betrifft die Auslegung der jeweiligen *lex rei sitae*⁵⁸: Die im Ausland verstrichene Zeit ist dabei eine Auslandstatsache, die das jeweils berufene Sachrecht tatbestandlich berücksichtigen kann oder auch nicht. Allgemeine Aussagen dazu sind naturgemäß schwer zu treffen; in aller Regel dürfte indes kein Grund erkennbar sein, weshalb der Fristenlauf nur im Inland erfolgen können sollte.⁵⁹

Die in § 7 IPRG beinhalteten Grundsätze des Statutenwechsels gelten auch für Fragen des gutgläubigen Eigentumserwerbs.⁶⁰ Die jeweils anwendbaren Gutglaubensvorschriften der *lex rei sitae* sind jedoch keineswegs einheitlich; der Ausgleich von Verkehrsschutz und Eigentumsschutz erfolgt in den nationalen Rechtsordnungen durchaus mit unterschiedlichen Akzentuierungen.⁶¹ So legt etwa das italienische Sachenrecht besonderes Gewicht auf den Verkehrsschutz und ermöglicht gem § 1153 Codice Civile den gutgläubigen Erwerb beweglicher Gegenstände auch bei

55 Neumayr in *KBB*⁴ § 7 IPRG Rz 1 f, § 31 IPRG Rz 3; Verschraegen in *Rummel*, ABGB II/6³ § 7 IPRG Rz 1 ff, § 31 Rz 22; Schwimann, IPR³ 35 f.

56 Neumayr in *KBB*⁴ § 7 IPRG Rz 1, § 31 IPRG Rz 3; Verschraegen in *Rummel*, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 21; Schwimann, IPR³ 139.

57 Neumayr in *KBB*⁴ § 7 IPRG Rz 1, § 31 IPRG Rz 3; Verschraegen in *Rummel*, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 20 f; Kropholler, IPR⁶ 559.

58 Verschraegen in *Rummel*, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 22; Hartung, Kunstraub 358; Schack, Kunst und Recht² Rz 522.

59 ErIRV 784 BlgNR 14, GP 47; Baldus in *Rixecker/Säcker/Oetker*, MÜKo BGB VI⁶ § 937 BGB Rz 15; Wendehorst in *Rixecker/Säcker/Oetker*, MÜKo BGB XI⁶ Art 43 Rz 9 EGBGB; Kropholler, IPR⁶ 562; vgl auch Damm in *Hoeren/Holznapel/Ernst-schneider* 269 (für Anknüpfung nach der *lex originis*).

60 Lurger/Melcher, IPR Rz 6/7; Schack, Kunst und Recht² Rz 520.

61 Vgl nur Jayme in *Dominicé* ua 717. Umfassend für die europäischen Privatrechtsordnungen *Faber/Lurger* (Hrsg), *Rules for the Transfer of Movables*; und die ebenfalls von *Faber/Lurger* herausgegebenen Länderberichte (siehe oben Fn 9).

gestohlenen Sachen.⁶² Auf solche Akzentuierungen scheint der internationale Kunstmarkt reagiert zu haben: man spricht etwa von der *Italian connection*⁶³: Gestohlene Kunstwerke werden wegen der niedrigen Hürden des gutgläubigen Erwerbs zunächst nach Italien gebracht und dort weiterverkauft.⁶⁴ So entsteht ein reingewaschenes Eigentum am Kunstwerk, das auch dann wirksam bleibt, wenn das Bild anschließend etwa nach Österreich verbracht wird – auch, wenn strengere Anforderungen des österreichischen Sachenrechts keinen Eigentumsübergang zugelassen hätten.⁶⁵

3. Vindikationsanspruch und Vindikationsverjährung

Die *lex rei sitae* umfasst auch den Inhalt des Eigentumsrechts, wie § 31 Abs 2 IPRG klarstellt. Bei Kunstgegenständen ist dabei der Vindikationsanspruch, also der Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer, die „eigentliche Eigentumsklage“ iSd § 366 ABGB, von entscheidender Bedeutung. Inhalt und Grenzen des Vindikationsanspruchs werden von der *lex rei sitae* bestimmt.⁶⁶ Diese beantwortet auch die Frage, ob und gegebenenfalls innerhalb welcher Frist ein Herausgabeanspruch des Eigentümers verjährt.⁶⁷ Der Grund dafür lässt sich in einer grundsätzlich akzessorischen Anknüpfung der Verjährung an den jeweils verjährenden Anspruch finden, also der Anknüpfung der Verjährung an die sog *lex causae*. Für das Vertragsrecht bringt etwa Art 12 Abs 1 lit d Rom I-VO diesen Grundsatz zum Ausdruck.⁶⁸ *Lex causae* ist bei der Vindikation aber gerade die *lex rei sitae*; sie entscheidet über den Herausgabeanspruch des Eigentümers. Dabei muss, was hier nur am Rande erwähnt sei, eine funktionelle Qualifikation *lege fori* vorausgehen, wenn ausländische Rechtsordnungen die Verjährung als prozessuales Institut begreifen.⁶⁹ Für die Verjährung des Vindikationsanspruchs gilt also die *lex rei sitae* als *lex causae*.

62 Dazu aus jüngerer Zeit etwa Jayme/Marzocco, Zum gutgläubigen Erwerb in Italien gestohlener Kraftfahrzeuge – Fragen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, in FS Schütze (2015) 205; siehe ferner Anton, Guter Glaube, 133 ff; Karner, Gutgläubiger Mobiliärerwerb (2006) 16; PEL/Lurger, Faber, Principles of European Law: Acquisition and loss of ownership of goods (2011) Chapter 3, Article VIII – 3:101, Notes, V, 112.

63 Arendholz in Hoeren/Holznagel/Ernstschneider 227 f; Damm in Hoeren/Holznagel/Ernstschneider 248 f; Anton, Guter Glaube 133 ff; Karner, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 16; Schack, Kunst und Recht² Rz 507, 523; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2554 f.

64 Arendholz in Hoeren/Holznagel/Ernstschneider 227 f; Schack, Kunst und Recht² Rz 507, 523; Ein anschauliches Beispiel für den gutgläubigen Erwerb gestohlener und nach Italien verbrachter Kunstwerke bietet der Sachverhalt in Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd. [1980] 1 All ER 1121, [1980] 2 WLR 937.

65 Vgl Neumayr in KBB⁴ § 7 IPRG Rz 1, § 31 IPRG Rz 3; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 21; siehe auch Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2554.

66 Neumayr in KBB⁴ § 31 IPRG Rz 2; Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 11 f.

67 Dazu aus der auf das österreichische Kollisionsrecht durchaus übertragbaren deutschen Judikatur etwa OLG Stuttgart 19 U 47/05 NJOZ 2007, 2064; Hachmeister, Gestohlene und unrechtmäßig verbrachte Kulturgüter im Kaufrecht (2012) 103; Hartung, Kunstraub 353 ff; Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2555 f.

68 Leible in Mansel/Hüftege (Hrsg), NomosKommentar BGB: Rom-Verordnungen VI (2013) Art 12 Rom I-VO Rz 27 ff; Musger in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) Art 12 Rom I-VO Rz 2; Spellenberg in Rixecker/Säcker/Oetker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch X⁶ (2015) Art 12 Rom I-VO Rz 124.

69 Sonnenberger in Rixecker/Säcker/Oetker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch X⁶ (2015) Art 4 EGBGB Rz 37 ff, 55, Art 6 EGBGB Rz 92; S. Lorenz in Bamberger/Roth (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB (2014) Art 6 EGBGB Rz 18; Lurger/Melcher, IPR Rz 1/78 ff. Die Verjährung hätte wegen der aktionenrechtlichen Konzeption des ABGB auch im österreichischen Recht prozessual konstruiert werden können.

III. Gutgläubiger Eigentumserwerb bei Kunstgegenständen im österreichischen Sachenrecht

A. Eigentumsschutz und Verkehrsschutz durch gutgläubigen Erwerb

Die zentrale Ordnungsaufgabe der Regeln über den gutgläubigen Eigentumserwerb liegt darin, einen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz zu schaffen.⁷⁰ Die für bewegliche Gegenstände maßgeblichen Bestimmungen des ABGB finden sich in dessen §§ 367 und 368. Bei Kulturgegenständen werden die Eigentümerinteressen in bestimmten Konstellationen zusätzlich vom öffentlichen Recht gestärkt, vor allem durch das Kulturgüterrückgabegesetz⁷¹, das die Richtlinie 93/7 EWG⁷² umsetzt: Gem § 2 Abs 5 iVm §§ 9 und 12 Kulturgüterrückgabegesetz können die österreichischen Gerichte die Rückgabe eines Kulturguts an einen anderen ersuchenden Mitgliedstaat anordnen, wenn sich das Gut in Österreich befindet und unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet des ersuchenden Mitgliedstaates verbracht wurde.⁷³ Die eigentumsrechtlichen Verhältnisse werden durch das Kulturrückgabegesetz allerdings nicht berührt.⁷⁴ Ein möglicher Herausgabeanspruch des Eigentümers eines gestohlenen Kulturgutes geht dem Rückgabeanspruch des ersuchenden Mitgliedstaates vor – kraft expliziter Regelung in § 15 Abs 1 des Kulturrückgabegesetzes.

Das ABGB selbst beinhaltet wie die meisten Privatrechtssysteme Europas keine Sonderregelungen für Kunstgegenstände.⁷⁵ Dagegen verstärkt übrigens der *Draft Common Frame of Reference* immerhin den Eigentumsschutz bei Kulturgütern, die von den Mitgliedstaaten als nationales Kulturgut von „künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert“ verzeichnet wurden.⁷⁶

B. Dogmatische Grundlagen des gutgläubigen Eigentumserwerbs

§§ 367 und 368 ABGB helfen im Wesentlichen über das fehlende Eigentum des Veräußerers hinweg.⁷⁷ Das Eigentum kann etwa fehlen, wenn der Veräußerer Kunstwerke nur geliehen oder auch gestohlen hat; denkbar ist wegen des Titelerfordernisses für den Eigentumserwerb (§ 424 ABGB) ebenso, dass der Eigentumserwerb wegen Anfechtung (etwa aufgrund von Täuschung oder List) mit dinglicher Ex-tunc-Wirkung rückwirkend entfallen ist.⁷⁸ Am Eigentum des Veräußerers kann

70 Eccher/Riss in Koziol/P. Bydliniski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 367 Rz 1; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang Kommentar zum ABGB³ (2011) § 367 Rz 3; Spielbüchler in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 367 Rz 1; Iro, Bürgerliches Recht IV: Sachenrecht⁵ (2013) Rz 6/45; Koziol – Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014) Rz 1030 ff; Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 1 ff.

71 Kulturgüterrückgabegesetz, BGBl I 1998/67.

72 RL 1993/7/EWG des Rates vom 15. 3. 1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern, ABI L 1993/74, 74.

73 OGH 6 Ob 38/12z ecolex 2012/243 (609); Verschraegen in Rummel, ABGB II/6³ § 31 IPRG Rz 46; PEL/Lurjer, Faber, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Notes, VII, 148; Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 46.

74 PEL/Lurjer, Faber, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Notes, VII, 148; Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 46 Fn 241.

75 PEL/Lurjer, Faber, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Notes, VII, 148.

76 Art VIII. – 3:101 paragraph (2) iVm Art VIII. – 4:102 paragraph (1) DCFR iVm Art 1 Abs 1 RL 93/7/EWG ABI L 1993/74, 74. Näher dazu PEL/Lurjer, Faber, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Comments, E, 39.

77 RIS-Justiz RS0010876; Eccher/Riss in KBB⁴ § 367 Rz 1, 5; Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 1; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 367 Rz 1; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 367 Rz 1; PEL/Lurjer, Faber, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Notes, I, 2; Iro, Sachenrecht⁵ Rz 6/45; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1029 ff, 1033.

78 Eccher/Riss in KBB⁴ § 424 Rz 3; Mader in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 424 Rz 6; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 424 Rz 6; Iro, Sachenrecht⁵ Rz 6/37; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1018.

es daher natürlich auch bei Beutekunst (Plünderungen) aus dem Dritten Reich fehlen, ebenso bei Werken, die als „entartete Kunst“ eingezogen wurden.⁷⁹ Aus dem Titelerfordernis ergibt sich auch, dass Kunstgegenstände nicht gutgläubig erworben werden können, wenn sie zu einer denkmalgeschützten Sammlung gehören. Denn die Veräußerung von Gegenständen aus denkmalgeschützten Sammlungen ist gem § 6 Abs 5 Denkmalschutzgesetz ohne schriftliche Bewilligung des Bundesdenkmalamtes nichtig iSd § 879 ABGB. Solche Veräußerungsverträge bilden daher keinen wirksamen Titel, der wegen des Kausalprinzips des österreichischen Privatrechts für den Eigentumserwerb unabdingbar ist.⁸⁰ So wirken die im Denkmalschutzgesetz verankerten öffentlichen Interessen auf den privatrechtlichen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz ein.

Gutgläubiger Erwerb ist nur bei einem Erwerb „gegen Entgelt“ möglich, wie § 367 ABGB ausdrücklich klarstellt. Wer sich also ein nicht im Eigentum des Veräußerers stehendes Bild schenken lässt, kann nicht gutgläubig erwerben. Dass der Verkehrsschutz hier hintangestellt wird, leuchtet ein. Denn der Erwerber hat keine schützenswerten Investitionen zum Erhalt des Kunstgegenstands vorgenommen.⁸¹

C. Zu den Erwerbssituationen des § 367 ABGB

§ 367 ABGB ermöglicht den gutgläubigen Erwerb nur in drei ausdrücklich benannten Konstellationen: Zunächst beim Erwerb in einer öffentlichen Versteigerung, sodann beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens und schließlich beim Erwerb von einer Person, der der Eigentümer die Sache anvertraut hat (der sogenannte „Vertrauensmann“).

1. Erwerb in öffentlicher Versteigerung

Zur ersten Alternative, der öffentlichen Versteigerung, ist § 269 EO zu lesen, der Verkäufe freier Hand durch Handelsmakler, Kreditinstitute, Versteigerungshäuser oder Vollstreckungsorgane der öffentlichen Versteigerung iSd § 367 ABGB gleichstellt. Der historische Hintergrund der Regelung des gutgläubigen Erwerbs in einer öffentlichen Versteigerung liegt in deren Öffentlichkeit, also letztlich im Institut der Verschweigung.⁸² Heute stehen die besondere Autorität und Vertrauenswürdigkeit, aber auch die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Versteigerung als Regelungszwecke

79 Zu den teils komplexen Einzelheiten *Noll*, Juridikum 2003/1, 31 ff; *Ortner*, Wiedererlangung arisierter Kunst von Privaten auf Grundlage des allgemeinen bürgerlichen Rechts, Juridikum 2003/1 (34 ff); *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 161 ff. Siehe ferner BG über die Nichtigerklärung von Rechtsgeschäften und sonstigen Rechtshandlungen, die während der deutschen Besetzung Österreichs erfolgt sind, BGBl I 1946/106; § 1 Kunstrückgabegesetz, BGBl I Nr 1998/181; § 2 Abs 3 Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz, BGBl I 1969/294; § 2 Abs 3 des 2. Kunst- und Kulturgutbereinigungsgesetz, BGBl I 1986/2. Zu den Eigentumsverhältnissen aus deutscher Perspektive etwa *Anton*, JR 2010, 417; *Heuer*, Die Kunstraubzüge der Nationalsozialisten und ihre Rückabwicklung NJW 1999, 2558; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2551 ff.

80 Zum sachenrechtlichen Kausalprinzip etwa *Eccher/Riss* in *KBB*⁴ § 424 Rz 1; *Illedits* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB-Taschenkommentar² (2012) § 424 Rz 1 f; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 424 Rz 1; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil⁶ (2013) Rz 5/14 ff; *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 1/9, 6/41; *Kozioł – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 388 ff, 1016.

81 *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 4; *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 43 f; *Spielbüchler* in *Rummel*, ABGB I³ § 367 Rz 4; *Kozioł – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1041; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 29 mwN.

82 *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 57; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 284 f mwN.

im Vordergrund.⁸³ Bei Kunstgegenständen dürfte diese Erwerbsform häufig sein. Internetversteigerungen etwa auf „ebay“ sollten mit Blick auf den Regelungszweck der Vorschrift ausgeschlossen bleiben – von besonderer Vertrauenswürdigkeit kann hier keine Rede sein.⁸⁴

2. Erwerb vom Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens

Die zweite Alternative begründet seit der Handelsrechtsreform 2005 ein einheitliches Regime für den Erwerb von Unternehmern⁸⁵: Der Verkäufer muss Unternehmer iSd UGB sein. Zugleich muss der Verkauf in den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens fallen. Der Erwerb vom Kunsthändler ist also ohne weiteres erfasst, nicht aber der Erwerb vom Industriellen, der das bislang sein Büro zierende Kunstwerk veräußert.⁸⁶

3. Erwerb vom Vertrauensmann

Die dritte Alternative betrifft den Erwerb vom sogenannten Vertrauensmann, dem der Eigentümer die Sache freiwillig anvertraut hat. Dieser Alternative liegt eine plausible Wertung zugrunde: Wo der Eigentümer sein Vertrauen gesetzt hat, soll er es auch suchen; die Konsequenzen seiner Enttäuschung kann man eher ihm aufbürden als dem Erwerber.⁸⁷

D. Zur Redlichkeit des Erwerbers

Bei Kunstwerken steht natürlich die Redlichkeit des Erwerbers als Erwerbsvoraussetzung im Vordergrund: Nur der redliche Erwerber kann gem §§ 367 und 368 ABGB gutgläubig Eigentum erwerben.

1. Dogmatische Grundlagen

Der Erwerber muss nach hA bis zur Vollendung des Rechtserwerbs redlich sein, also vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis hin zur jeweiligen Übertragungsart (regelmäßig der körperlichen Übergabe des Kunstgegenstandes).⁸⁸ Danach schadet dem Erwerber „böser Glaube“ nicht mehr: Selbst dann, wenn er nachträglich Kenntnis von der fehlenden Eigentumsstellung des Veräuße-

83 Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 7; Leupold in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 57 f; Spielbüchler in *Rummel*, ABGB I³ § 367 Rz 7; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 1043; Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb* 285 ff mwN.

84 Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 367 Rz 4; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 7; Klicka/Reidinger in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* II⁴ (2012) § 367 Rz 10; Leupold in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 59; Iro, *Sachenrecht*⁵ Rz 6/54; Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb* 282 ff, und dort Fn 1441.

85 HaRÄG 2005 BGBl I 2005/120. Zu den Neuerungen des gutgläubigen Erwerbs vom Unternehmer durch die Handelsrechtsreform 2005 etwa Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 8; Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb* und HGB-Reform, RdW 2004, 139.

86 Vgl Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 367 Rz 4; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 8; Klicka/Reidinger in *Schwimmann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 12; Leupold in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 64; Iro, *Sachenrecht*⁵ Rz 6/55; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 1044 aE.

87 Leupold in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 68; Iro, *Sachenrecht*⁵ Rz 6/55; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 1045; ausführlich dazu Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb* 223 ff.

88 OGH 1 Ob 614/87 JBl 1988, 314 (Czermak); OGH 2 Ob 144/02v JAP 2002/2003, 178 (Zeinhofer); Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 367 Rz 3; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 5; Klicka/Reidinger in *Schwimmann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 5; Leupold in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 367 Rz 24; Spielbüchler in *Rummel*, ABGB I³ § 367 Rz 5; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 1038.

ers erlangt, bleibt sein schon erworbenes Eigentum bestehen.⁸⁹ Der Bezugspunkt des guten Glaubens ist grundsätzlich die Eigentümerstellung des Veräußerers.⁹⁰ Der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Verkäufers genügt nur beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens, wie seit der Handelsrechtsreform 2005 weitgehend geklärt ist.⁹¹ Bei Kunstgegenständen ergeben sich hier keine Besonderheiten.

Die Voraussetzungen des guten Glaubens sind in § 368 ABGB geregelt. Redlich ist gem § 368 ABGB nur, wer weder weiß noch wissen muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Dem Erwerber schadet dabei nach hM schon leichte Fahrlässigkeit⁹². Der gute Glaube fehlt nicht nur bei positiver Kenntnis vom fehlenden Eigentum, sondern auch bei fahrlässiger Unkenntnis.⁹³ Dieser Ausgangspunkt bringt eine hohe Gewichtung des Eigentumsschutzes zum Ausdruck: Der Eigentumsschutz wird nicht erst – wie etwa im deutschen Sachenrecht⁹⁴ – bei *grober* Fahrlässigkeit des Erwerbers hintangestellt.

2. Kunstgegenstände und Nachforschungsobliegenheiten gem § 368 Abs 2 ABGB

Gerade beim Erwerb von Kunstgegenständen ist oft entscheidend, ob dem Erwerber Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dies hängt maßgeblich davon ab, in welchem Umfang man den Erwerber für gehalten ansieht, Nachforschungen über Herkunft und Eigentumsverhältnisse an den erworbenen Bildern anzustellen. Das österreichische Sachenrecht ermöglicht durch die Regelung des § 368 Abs 2 ABGB die dogmatische Integration besonderer Nachforschungsobliegenheiten bei Kunstgegenständen in vorbildlicher Weise: § 368 Abs 2 ABGB führt sehr spezifische Situationen auf, in denen der Erwerber fehlendes Eigentum vermuten muss. Die Vorschrift benennt die „Natur der Sache“, den „auffällig geringen Preis“ und die dem Erwerber „bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns“. Zugleich ist § 368 Abs 2 ABGB entwicklungsoffen formuliert, indem auch „andere Umstände“ benannt werden, wegen derer der Erwerber einen begründeten Verdacht hätte schöpfen müssen. Das ABGB beinhaltet also in § 368 Abs 2 ABGB nicht nur sehr detaillierte Konkretisierungen, sondern verfügt zugleich über die notwendige Offenheit für die richterrechtliche Entwicklung besonderer Obliegenheiten in sensiblen Bereichen – wie etwa dem Erwerb von Kunstgegenständen.⁹⁵ In anderen Zusammenhängen hat die österreichische Rechtsprechung solche Obliegenheiten bereits im Detail ausgeformt. So gelten etwa besonders strenge Sorg-

89 OGH 1 Ob 614/87 JBl 1988, 314 (Czermak); Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 367 Rz 24; Iro, *Sachenrecht*⁵ Rz 2/23. S auch PEL Art VIII. – 3:101 und dazu PEL/Lurjer, *Faber*, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Comments, C, 20.

90 Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 367 Rz 3; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 4; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 367 Rz 39 f.

91 Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 367 Rz 3; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 4; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 367 Rz 39 f, § 368 Rz 10; Iro, *Sachenrecht*⁵ Rz 6/51; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 1038. Zum Ansatz der PEL vgl PEL/Lurjer, *Faber*, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Comments, C, 19.

92 ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 67; Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 367 Rz 3, § 368 Rz 1; Klicka/Reidinger in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 367 Rz 3 und § 368 Rz 1; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 367 Rz 23, § 368 Rz 4; Iro, *Sachenrecht*⁵ Rz 6/50; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 1038; Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb* 332, 398 ff; Apathy, *Redlicher oder unredlicher Besitzer*, NZ 1989, 137.

93 Grüblinger in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), *Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch* II⁴ § 326 Rz 1; *Illedits* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 326 Rz 3; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 367 Rz 23, § 368 Rz 5; Koziol – Welser/Kletečka, *Bürgerliches Recht* I¹⁴ Rz 828; Karner, *Gutgläubiger Mobiliärerwerb* 401. Auch die PEL präferieren diesen strengen Standard, vgl PEL/Lurjer, *Faber*, Acq. Own., Chapter 3, Article VIII. – 3:101, Comments, C, 21.

94 Siehe nur *Kindl* in BeckOK BGB § 932 Rz 16; *Oechsler* in *Rixecker/Säcker/Oetker* (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* VI⁶ (2013) § 932 BGB Rz 46 f.

95 OGH 7 Ob 43/66 JBl 1967, 367; Eccher/Riss in *KBB*⁴ § 368 Rz 2; vgl auch *F. Bydliński*, *Der Inhalt des guten Glaubens beim Erwerb vom Vertrauensmann des Eigentümers*, JBl 1967, 355 (361).

fallsmaßstäbe beim Erwerb von Sachen, die üblicherweise im vorbehaltenen Eigentum stehen.⁹⁶ Gleiches gilt für den praktisch wichtigen Bereich des Kfz-Erwerbs.⁹⁷

Auch für Kunstgegenstände sollten auf der Grundlage des § 368 Abs 2 ABGB strenge Nachforschungsobliegenheiten angenommen werden. Der innere Grund leuchtet vor allem aus einer regulativen Perspektive des Privatrechts ein⁹⁸: Das Privatrecht kann nicht nur zum Schutz kulturell besonders bedeutsamer Gegenstände beitragen, sondern auch zur Lauterkeit des österreichischen Kunsthandels und der Eindämmung des Schwarzmarkts. § 368 Abs 2 ABGB begründet daher bei Verdachtssituationen eine Obliegenheit des Erwerbers, die Eigentumsverhältnisse an dem Kunstgegenstand zu überprüfen. Verletzt er diese Obliegenheit, scheidet ein gutgläubiger Erwerb aus. Zur Erfüllung dieser Nachforschungsobliegenheiten wird der Erwerber insbesondere die Herkunft des Kunstgegenstandes überprüfen, also eine sogenannte „Provenienzerforschung“ anstellen müssen.⁹⁹ Die Konkretisierung der Nachforschungsobliegenheiten bleibt in erster Linie der Rechtsprechung vorbehalten. Im Folgenden kann es naturgemäß nur um eine unvollständige Erörterung der hierfür relevanten Elemente gehen.

Explizit benennt § 368 Abs 2 ABGB die besondere Bedeutung des Kaufpreises in Relation zum Wert der Sache: Wird etwa weit unter Wert verkauft, muss der redliche Erwerber skeptisch werden und Nachforschungen anstellen. Das ABGB weist auch den Weg zu subjektiven Elementen, wenn es die „dem Erwerber bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns“ benennt. Dieser Gedanke ist verallgemeinerungsfähig: Strenge Maßstäbe sollten vor allem dann gelten, wenn der Erwerber kraft seiner Profession oder Ausbildung über Fachwissen verfügt, also etwa Kunsthändler, Galerist oder Kunsthistoriker ist. Bei Laien ist dagegen ein milderer Maßstab gerechtfertigt.¹⁰⁰ Natürlich ist auch die kulturelle und wirtschaftliche Eigenart des betroffenen Kunstwerks zu berücksichtigen¹⁰¹ – als Beispiel der „Natur der Sache“ iSd § 368 Abs 2 ABGB. Ebenso können die konkreten Erwerbsumstände Verdacht erwecken¹⁰²: Erfolgte der Erwerb außerhalb gewöhnlicher Geschäftsöffnungszeiten? Wurde er an außergewöhnlichen Orten vorgenommen, wie etwa auf dem Anhänger eines LKWs im Hafenbereich oder in der Freihandelszone eines Flughafens? Gibt es Diebstahlsspuren – war etwa das Bild mit der Leinwand nach innen gerollt?¹⁰³ Verdacht muss es auch erwecken, wenn es der Veräußerer ungewöhnlich eilig hat, oder wenn er ausweichend auf Fragen reagiert – etwa zu seinem Veräußerungsgrund oder der Provenienz des Bildes.¹⁰⁴

96 RIS-Justiz RS0010168 (T1) zuletzt OGH 9. 7. 2014, 7 Ob 116/14f; *Illedits* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 368 Rz 4; *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 368 Rz 9; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 410.

97 RIS-Justiz RS0080039; RIS-Justiz RS0080033; RIS-Justiz RS0010891 (T8); OGH 8 Ob 78/07i ZVR 2008/152 (*Huber*) = RdW 2008/344 = ÖJZ 2008/57. *Illedits* in *Schwimann*, ABGB-TaKom² § 368 Rz 3; *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 368 Rz 9; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 410.

98 Zur regulativen Perspektive des Privatrechts S. *Arnold*, Vertrag und Verteilung (2014) 5 ff mwN.

99 Zur Provenienzerforschung etwa *Anton*, JR 2010, 419 f; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2556. Skeptisch (allerdings zum deutschen Recht, das den gutgläubigen Eigentumserwerb gem § 932 BGB erst bei grober Fahrlässigkeit scheitern lässt) *Oechsler* in *Rixecker/Säcker/Oetker*, MüKo BGB VI⁶ § 932 BGB Rz 64 f. Vgl auch § 4a Kunstrückgabegesetz.

100 Zu diesen Umständen instruktiv mit Blick auf das deutsche Sachenrecht *Anton*, JR 2010, 419 f; *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2556.

101 Auch dazu *Anton*, JR 2010, 419 f.

102 *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 368 Rz 3 f mwN; *Oechsler* in *Rixecker/Säcker/Oetker*, MüKo BGB VI⁶ § 932 BGB Rz 49, 64; *Schulte-Nölke*, HK-BGB⁸ (2014) BGB § 932 Rz 12; *Schack*, Kunst und Recht² Rz 531 f; *Anton*, JR 2010, 420.

103 Zum Barkauf (€ 65.000,-) einer Gagnani-Geige nahe des Hauptbahnhofs vgl OLG München 19 U 4018/02 NJW 2003, 673; *Oechsler* in *Rixecker/Säcker/Oetker*, MüKo BGB VI⁶ § 932 BGB Rz 49; *Schack*, Kunst und Recht² Rz 532 *Anton*, JR 2010, 420.

104 Vgl *Schack*, Kunst und Recht² Rz 529 f; *Anton*, JR 2010, 420.

Natürlich können viele weitere Elemente für die Frage nach den Nachforschungsobliegenheiten relevant werden. § 368 Abs 2 ABGB ermöglicht in seiner Offenheit deren Integration und schafft so eine vorbildliche dogmatische Grundlage für einen flexiblen und sachgerechten Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz auch bei Kunstgegenständen. Nachforschungsobliegenheiten sind auch nicht etwa aus Verkehrsschutzgründen unzumutbar. Sie lassen sich zum einen damit rechtfertigen, dass es auch um die Lauterkeit des österreichischen Kunsthandels und die Bekämpfung des Kunst-Schwarzmarkts geht. Dazu tritt die kulturelle Einmaligkeit von Kunstgegenständen. Diese Besonderheiten rechtfertigen es, den Verkehrsschutz etwas schwächer zu gewichten: Der Vorzug des Eigentumsschutzes wird in vielen Fällen auch das Interesse an der Sichtbarkeit des Kunstwerks im Allgemeininteresse eher befriedigen. Zudem ist die Erfüllung potentieller Nachforschungsobliegenheiten heute keine unüberwindbare Hürde: Viele gestohlene Kunstgegenstände sind mittlerweile auf gut bekannten und auch zugänglichen Datenbanken und Registern verzeichnet – etwa auf dem „art-loss-register“.¹⁰⁵

Wurde eine Nachforschungsobliegenheit verletzt, sollte der gutgläubige Erwerb auch dann verneint werden, wenn die Nachforschung nichts Anrühiges ergeben hätte.¹⁰⁶ Dafür spricht jedenfalls beim Erwerb von Kunstgegenständen die potentiell verhaltenssteuernde Wirkung dieses Ergebnisses¹⁰⁷: Es könnte, wenn es in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt wird, zu verstärkter Provenienzerforschung im Kunsthandel führen. Das Sachenrecht könnte so vielleicht dazu beitragen, hohe Standards im Kunsthandel zu etablieren und den illegalen Kunsthandel zu bekämpfen.

E. Gutgläubiger Erwerb bei gestohlenen Kunstgegenständen

Das ABGB ermöglicht auch den gutgläubigen Erwerb von gestohlenen Kunstgegenständen. Der Erwerb vom Vertrauensmann gem § 367 Alt 3 ABGB scheidet zwar aus; denkbar ist der Erwerb gestohlener Kunstgegenstände aber in den ersten beiden Alternativen des § 367 ABGB, also bei öffentlichen Versteigerungen sowie beim Erwerb vom Unternehmer. Dass auch bei gestohlenen Kunstgegenständen gutgläubig erworben werden kann, trifft den ursprünglichen Eigentümer besonders hart. Das liegt zum einen daran, dass er den Erwerb nicht beeinflussen konnte – wie etwa durch die Auswahl der Vertrauensperson iSd § 367 Alt 3 ABGB. Zum anderen ergibt sich die besondere Härte für den Eigentümer daraus, dass er den Dieb in vielen Fällen nicht belangen können wird. Diebe sind oft geschickt und lassen sich weder auffinden noch in Haftung nehmen. Dieser Hintergrund führt zu der Frage nach der normativen Rechtfertigung für die Wertung des ABGB, die dem Verkehrsschutz gegenüber dem Eigentumsschutz selbst bei gestohlenen Gegenständen Vorrang einräumt, wenn der Erwerb in öffentlicher Versteigerung oder aber vom Unternehmer stattfindet.

Bei der Versteigerung lässt sich diese rechtspolitische Entscheidung des österreichischen Sachenrechts mit dem Bedürfnis erklären, öffentliche Versteigerungen problemlos, zügig und wirtschaft-

¹⁰⁵ Wiegand in Staudinger (Hrsg), Kommentar zum BGB III/2 (2011) § 932 BGB Rz 132 f; Schack, Kunst und Recht² Rz 527, 531; Anton, JR 2010, 419.

¹⁰⁶ Ebenso Karner, Gutgläubiger Mobiliarerwerb 413; und Bollenberger, Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641 (646); aA Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 368 Rz 5; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 368 Rz 9 (Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens); Iro, Sachenrecht⁵ Rz 6/50.

¹⁰⁷ Zur Verhaltenssteuerung als Aufgabe des Privatrechts S. Arnold, Vertrag und Verteilung 158, 391 ff.

lich erfolgreich durchführen zu können.¹⁰⁸ Beim Erwerb vom Unternehmer fehlt eine ähnlich klare Rechtfertigungslinie.¹⁰⁹ Die Handelsrechtsreform 2005 hat die Härten sogar verschärft: Früher schaffte das Erfordernis einer Gewerbebefugnis einen gewissen Ausgleich; dieses Erfordernis ist indes weggefallen. Daher sollten beim Erwerb vom Unternehmer besonders strenge Anforderungen an die Redlichkeit des Erwerbers gestellt werden. Dies stimmt auch mit den Materialien zur Handelsrechtsreform 2005 überein.¹¹⁰ In diesen wird betont, dass sich aus dem erweiterten Anwendungsbereich des Gutgläubenserwerbs eine größere Verantwortung des Erwerbers ergibt, die zu einem höheren Sorgfaltsmaßstab führen müsse.

D. Redlichkeit und Beweislast

Die Redlichkeit des Erwerbers wird gem § 328 S 2 ABGB vermutet. In der Literatur ist für „arisierte“ Kunst eine rechtsfortbildende Beweislastumkehr vorgeschlagen worden.¹¹¹ Diese Lösung geht indes unnötig weit: Denn auch bei unbilligen Beweisschwierigkeiten der Voreigentümer genügt das *de lege lata* umsetzbare Konstrukt der Nachforschungsobliegenheiten: Für den Nachweis der Fahrlässigkeit genügt, dass der Alteigentümer gem § 368 Abs 2 ABGB diejenigen objektiven Umstände darlegt und beweist, aus denen sich Nachforschungsobliegenheiten des Erwerbers ergeben. Für den Nachweis, dass der Erwerber die ihm obliegenden Nachforschungen tatsächlich angestellt hat, ist dann der Erwerber beweispflichtig.

IV. Der Einfluss der Zeit auf Eigentums- und Verkehrsschutz bei Kunstgegenständen

Eigentums- und Verkehrsschutz werden nicht nur durch die Regeln des gutgläubigen Erwerbs in Ausgleich gebracht. Zu diesem Ausgleich trägt auch bei, welchen Einfluss die Zeit auf die Eigentumsverhältnisse bei Kunstgegenständen nehmen kann. Das bestimmen im Wesentlichen die Regeln des ABGB zu Ersitzung und Verjährung.

A. Die Ersitzung im System des ABGB

Das ABGB regelt die Ersitzung in den §§ 1452 ff – ähnlich wie etwa das französische Zivilrecht – als Kehrseite der Verjährung.¹¹² Gleichwohl ist sie heute als eigenständiges Rechtsinstitut anerkannt.¹¹³ Das ABGB kennt – anders als der *Draft Common Frame of Reference*¹¹⁴ – keine Sonderregeln für Kunstgegenstände; ergänzend sind allerdings vor allem die Regeln des Kulturgüterück-

¹⁰⁸ Holzner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 367 Rz 7; Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 367 Rz 57 f; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 367 Rz 7; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1043; Karner, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 285 ff mwN.

¹⁰⁹ Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 367 Rz 11; Karner, Gutgläubiger Mobiliärerwerb 3, 118 ff, 279 f, 335. Allgemein zur Rechtfertigungsgrundlage etwa Leupold in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 367 Rz 65.

¹¹⁰ ErIRV 1058 BlgNR 22. GP 67.

¹¹¹ Vgl Anton, JR 2010, 421 f; Ortner, juridikum 2003/1 (35 ff).

¹¹² Gusenleitner-Helm/Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2012) Vor § 1451 Rz 2, 8; R. Madl/Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} §§ 1451, 1452 Rz 1; Meissel in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 1451 Rz 1; Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1052.

¹¹³ Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1452 Rz 1; Meissel in KBB⁴ § 1451 Rz 1; Vollmaier, Das Verjährungsrecht des ABGB, ÖJZ 2009, 749 (753).

¹¹⁴ Art VIII. – 4:102 paragraph (1) DCFR iVm Art 1 Abs 1 RL 93/7/EWG ABI L 1993/74, 74; näher dazu PEL/Lurger, Faber, Acq. Own., Chapter 4, Article VIII. – 4:102, Comments, A, 1, Notes, II, 15.

gabegesetzes zu beachten.¹¹⁵ Bei Kunstgegenständen steht die „uneigentliche“ Ersitzung (§§ 1470 und 1477 ABGB) im Zentrum, die einen Zeitablauf von 30 Jahren voraussetzt. Sie greift vor allem dann ein, wenn kein gültiger Titel vorlag.¹¹⁶ Das kann sich bei Kunstwerken etwa daraus ergeben, dass die Befugnis des Bundesdenkmalamts zur Veräußerung eines Gegenstands aus einer denkmalgeschützten Sammlung fehlt.¹¹⁷ Das ABGB verhindert auch in diesen Fällen, dass Besitz und Eigentum dauerhaft auseinanderfallen.¹¹⁸ Die Rechtmäßigkeit des Besitzes ist keine Voraussetzung der Ersitzung gem §§ 1470 und 1477 ABGB.¹¹⁹ Daher können auch gestohlene Kunstwerke ersessen werden – wenn auch nicht vom Dieb selbst, der nicht gutgläubig sein kann.¹²⁰

Das ABGB schreibt der „verdunkelnden Macht der Zeit“¹²¹ die Kraft zu, Eigentum originär zu begründen.¹²² Die Ordnungsaufgabe der Ersitzung zeigt sich im System des ABGB vor allem in den Fällen, in denen ein gutgläubiger Eigentumserwerb gescheitert ist: Die Ersitzung bietet in diesen Fällen einen ergänzenden Schutz des Rechtsverkehrs.¹²³ Die Regelungen über die Ersitzung stehen daher im Fokus, wenn es an einem gültigen Titel oder der Entgeltlichkeit fehlt, oder aber der Erwerbsvorgang keiner der drei von § 367 ABGB aufgeführten Erwerbsvarianten zugeordnet werden kann.¹²⁴ Die Ersitzung schafft in diesen Fällen Rechtssicherheit und Rechtsfrieden. In regulativer Perspektive geht es dabei auch um Streitvermeidung. Streitigkeiten über den gutgläubigen Eigentumserwerb werden unerheblich, wenn kein Zweifel daran besteht, dass die Ersitzungsvoraussetzungen vorliegen.¹²⁵ Rechtssicherheit wird rascher erreicht, wenn der Prätendent zumindest die Ersitzungsvoraussetzung nachweisen kann. Durch diesen Mechanismus wird vor allem auch der redlich Besitzende geschützt. Er wird davor bewahrt, ungerechtfertigte Angriffe auf seine Position abwehren zu müssen, die vielleicht lange Zeit nach dem Erwerbsvorgang erfolgen und gegen die er sich nur schwer verteidigen kann.¹²⁶

115 § 11 Kulturgüterrückgabegesetz; *Illedits* in *Schwimmann*, ABGB-TaKom² § 1452 Rz 3; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch VI³ (2006) § 1452 Rz 6; *R. Madl/Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} §§ 1451, 1452 Rz 16.

116 *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1452 Rz 3, § 1477 Rz 3 ff; *R. Madl/Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} §§ 1451, 1452 Rz 12, § 1477 Rz 1; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1056, 1062.

117 Dazu schon oben, 0.

118 *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1452 Rz 7.

119 Vgl. *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1477 Rz 3; *Illedits* in *Schwimmann*, ABGB-TaKom² § 1452 Rz 1; *Meissel* in *KBB*⁴ § 1452 Rz 2; *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 6/88, 6/91; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1056 f, 1062.

120 *Eccher/Riss* in *KBB*⁴ § 369 Rz 2.

121 So die berühmte Formulierung aus den Motiven zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch: Motive I 291.

122 Siehe nur *M. Bydlinski* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/3³ (2002) § 1452 Rz 1; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB VI³ § 1452 Rz 1, 6; *Meissel* in *KBB*⁴ § 1452 Rz 3.

123 *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1452 Rz 6 f; *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 6/85; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1059 aE; *Apathy*, Ausgewählte Fragen des Ersitzungsrechts, JBl 1999, 205 (213).

124 *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 6/85; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1059 aE und Rz 1062.

125 *Gusenleitner-Helm* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 1452 Rz 6 f; *Iro*, Sachenrecht⁵ Rz 6/85; *Apathy*, JBl 1999, 206.

126 Aus der deutschen Rechtsprechung etwa LG Braunschweig BeckRS 2012, 00721 (Ersitzung von Majolika-Tellern); OLG Celle 4 U 30/08 GRUR-RR 2011, 24 (Ersitzung eines abhandengekommenen Bildes); siehe auch *Kiechle*, Kunst und Restitution – Zu einigen Aspekten des rechtlichen Umgangs mit Kunst und des künstlerischen Umgangs mit Recht, NJOZ 2011, 193 (203); *Müller-Katzenburg*, NJW 1999, 2555; *Raue*, Die beschlagnahmten Gurlitt-Bilder – Eine Bestandsaufnahme, ZRP 2014, 2 (4).

B. Die Redlichkeit als Grenze der „Macht der Zeit“

Zentrale Erwerbsvoraussetzung bei der Ersitzung ist die Redlichkeit des Besitzers. Der Besitzer muss im Zeitpunkt des Besitzererwerbs und während der gesamten Ersitzungszeit gutgläubig iSd § 326 ABGB sein¹²⁷: Ersitzen kann daher nur, wer sich für den Eigentümer hält und zugleich der Überzeugung ist, das Eigentum auf Grundlage eines gültigen Rechtstitels (etwa eines gültigen Vertrages) erworben zu haben.¹²⁸ Auch hier wird der gute Glaube gem § 328 S 2 ABGB vermutet.¹²⁹ Die Anforderungen an die Gutgläubigkeit sind im Einzelnen umstritten.¹³⁰ Jedenfalls bei Kunstgegenständen ist es sachgerecht, die zu §§ 367 und 368 ABGB gefundenen Ergebnisse entsprechend heranzuziehen. Schon leichte Fahrlässigkeit schließt deshalb auch im Rahmen der Ersitzung den Eigentumserwerb aus; zudem greifen auch hier Nachforschungsobliegenheiten bei Verdachtsmomenten ein. So wird ein konsequenter Schutz der Eigentümerinteressen gegenüber den Verkehrsinteressen auch bei der Ersitzung erreicht. Allerdings gilt es zu differenzieren: Zweifel über die eigene Berechtigung müssen sich weniger schnell aufdrängen, wenn der Besitzerwerb erst einmal erfolgt ist. Dieser Aspekt lässt sich hinreichend als faktischer Umstand bei der Subsumtion berücksichtigen.¹³¹ Eine explizite systematische Differenzierung (so dass nach Besitzerlangung nur grobe Fahrlässigkeit oder Kenntnis Gutgläubigkeit hindern würde) würde *de lege lata* dem nicht differenzierenden Gesetzeswortlaut widersprechen, auch wenn sie *de lege ferenda* begrüßenswert sein mag.

C. Zur Unverjährbarkeit des Vindikationsanspruchs

Das ABGB setzt der Macht der Zeit eine wichtige Grenze, indem es Eigentumsschutz auch durch die Unverjährbarkeit des Vindikationsanspruchs verwirklicht. Auch wenn die §§ 1459 und 1479 ABGB nicht völlig eindeutig formuliert sind, besteht Einigkeit darüber, dass der Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer nicht verjährt – egal, wie lange er schon besteht.¹³² So vermeidet das ABGB, dass Besitz und Eigentum dauerhaft auseinanderfallen. Zudem berücksichtigt es, dass im Vindikationsanspruch eine zentrale Konkretisierung des auch verfassungsrechtlich geschützten Eigentumsrechts liegt. Zugleich vermeidet das österreichische Privatrecht die schwierigen dogmatischen Folgefragen, die sich aus dem „Eigentum ohne Sachherrschaft“

127 Etwa M. Bydlinski in Rummel, ABGB II/3³ § 1463 Rz 1; Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1463 Rz 9; Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB VI³ § 1463 Rz 1, 3.

128 Siehe nur Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1477 Rz 5; R. Madl/Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1477 Rz 1; Meissel in KBB⁴ § 1477 Rz 1.

129 Etwa Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1463 Rz 1, 18, § 1477 Rz 6; Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB VI³ § 1452 Rz 1, § 1463 Rz 8.

130 Siehe schon oben III.D.; vgl ferner RIS-Justiz RS0010184; RIS-Justiz RS0010189; Eccher/Riss in KBB⁴ § 326 Rz 1; Grüblinger in Schwimann/Kodek, ABGB II⁴ § 326 Rz 1; Gusenleitner-Helm in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1463 Rz 3; Kodek in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 326 Rz 10, 16 mwN; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1463 Rz 1; Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 326 Rz 2; Iro, Sachenrecht⁵ Rz 2/21; Koziol – Welser/ Kletečka, Bürgerliches Recht¹⁴ Rz 828.

131 Vgl etwa M. Bydlinski in Rummel, ABGB II/3³ § 1463 Rz 1; Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB VI³ § 1463 Rz 3; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1463 Rz 4. Klang in Klang VI² (1951) 581 (Nachträgliche Schlechtgläubigkeit erst bei positiver Kenntnis); ebenso Spielbüchler in Rummel, ABGB I³ § 326 Rz 2; Iro, Sachenrecht⁵ Rz 2/23.

132 Siehe nur M. Bydlinski in Rummel, ABGB II/3³ § 1459 Rz 1; Mader/Janisch in Schwimann/Kodek, ABGB VI³ § 1459 Rz 1; Meissel in KBB⁴ § 1459 Rz 1; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 1459 Rz 1; Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1459 Rz 2 f, § 1479 Rz 6; P. Bydlinski, Allgemeiner Teil⁶ Rz 3/33.

(*dominium sine re*) ergeben; das deutsche Privatrecht hat schwer mit ihnen zu kämpfen.¹³³ Das *dominium sine re* ließe sich freilich auch durch das Modell einer „außerordentlichen Ersitzung“ des bösgläubigen Besitzers vermeiden. Eine solche „außerordentliche Ersitzung“ beinhaltet etwa der *Draft Common Frame of Reference*, wobei bei Kulturgütern immerhin 50 Jahre verstreichen müssen (Article VIII. – 4:102 Abs 1 b).¹³⁴ Auch diesem verkehrsschutzfreundlichen Modell gegenüber scheint die Lösung des ABGB aber rechtspolitisch vorzugswürdig.

V. Schlussbemerkung

Kunstgegenstände begründen für das österreichische Kollisionsrecht ebenso wie für das österreichische Sachenrecht besondere Herausforderungen. Beide Rechtsgebiete erreichen schon *de lege lata* einen angemessenen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz. Im österreichischen Internationalen Sachenrecht ist auch bei Kunstgegenständen gem § 31 Abs 1 IPRG an die *lex rei sitae* anzuknüpfen. § 7 IPRG ermöglicht eine angemessene Behandlung der daraus resultierenden Probleme des Statutenwechsels. Auch der Vindikationsanspruch und seine Verjährung unterliegen im österreichischen Kollisionsrecht der *lex rei sitae*. Dies zu wissen, ist für im Kunstbereich tätige österreichische Anwälte unverzichtbar: Wenn lange zurückliegende Erwerbsvorgänge in Frage stehen, sollte der Anwalt den Besitzern dazu raten, die Kunstgegenstände von Österreich nach Deutschland zu verbringen: Denn im deutschen Recht verjährt der Herausgabeanspruch des Eigentümers binnen 30 Jahren¹³⁵ – im österreichischen Privatrecht dagegen nie. Im österreichischen Sachenrecht bewirken die §§ 367 und 368 ABGB insgesamt einen angemessenen Ausgleich von Eigentumsschutz und Verkehrsschutz. Dies gilt insbesondere, wenn man die in § 368 Abs 2 ABGB angelegten Nachforschungsobliegenheiten fruchtbar werden lässt. So kann das Sachenrecht auch dazu beitragen, dass die Erwerber von Kunstgegenständen besondere Sorgfalt walten lassen und in Zweifelsfällen die Provenienz der Werke erforschen. Dieser Ansatz lässt auch eine rechtsfortbildende Beweislastumkehr bezüglich der Gutgläubigkeit entbehrlich werden. Die Regeln der Ersitzung schaffen auch bei Kunstgegenständen einen ergänzenden Verkehrsschutz, der zum Rechtsfrieden beiträgt. Schließlich verhindert die Unverjährbarkeit des Vindikationsanspruchs die dogmatisch, rechtspolitisch und verfassungsrechtlich zweifelhafte Verfestigung eines Eigentums ohne Sachherrschaft.

133 Siehe etwa S. Arnold/S. Lorenz in FS Köhler 453, 463 f mwN; Baldus in Rixecker/Säcker/Oetker, MüKo BGB KlangVI⁶ § 985 BGB Rz 63 ff; Grothe in Rixecker/Säcker/Oetker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I⁶ (2012) § 194 BGB Rz 5; Peters/Jacoby in Staudinger (Hrsg), Kommentar zum BGB I/5 (2014) § 194 BGB Rz 19, § 197 BGB Rz 3; Klose, Vindikationsverjährung: Gewogen und für verfassungswidrig befunden! RW 2014, 228 (233 f); Müller-Katzenburg, NJW 1999, 2557 f; Siehr, Verjährung der Vindikationsklage? ZRP 2001, 346.

134 PEL/Lurger, Faber, Acq. Own., Chapter 4, Article VIII. – 4:102, Comments, A, 1, 9: A special protection for owners of cultural objects is achieved by extending the qualifying period for acquisition in bad faith to 50 years. Member States may adopt or maintain in force a higher national standard of protection.

135 § 197 Abs 1 Nr. 2 BGB; näher dazu S. Arnold/S. Lorenz in FS Köhler 451.

The Recent Shift from the Passive to the Active Consumer

On the causal link between 'directing activities (at the consumer's State)' and the consumer's conclusion of the contract with respect to Article 17.1 (c) Brussels I Regulation

Thomas Thiede*, University of Graz

Judith Schacherreiter**, University of Vienna

Abstract: *The debate on the protection of consumers in cross-border settings has flared up repeatedly since the introduction of the consumer protection rules of the Brussels I and Rome I Regulations. Whilst in the past consumer protection had not often been prioritised and the CJEU had insisted on strict interpretations to the consumers' detriment,¹ and though since then a middle road between the interests of the entrepreneur and the consumer has been sought,² it seems that the pendulum has now swung back the other way again. According to the CJEU's latest judgment in C-218/12 Emrek/Sabranovic, in all cases where an entrepreneur concludes a contract with a foreign consumer, this falls under the adjudicatory jurisdiction of the consumer's domicile, even if the entrepreneur's marketing activity in the consumer's state was not causally relevant for the eventual conclusion of the contract.*

Keywords: *Conflict of Laws; International Procedure; Adjudicatory Jurisdiction; Consumer Law; Cross-border Consumer Contracts.*

I. Introduction

When it comes to consumer claims against entrepreneurs, international jurisdiction is determined in the European context by the Brussels I Regulation.³ This Regulation provides for an adjudicatory jurisdiction, supplementing the general jurisdiction of the defendant entrepreneur's habitual domicile (Article 4 Brussels I Regulation). As well as the State where the obligation in question was to be performed – which usually coincides with the defendant's domicile (Article 7.1 (a) Brussels I Regulation) – the State where the consumer is domiciled also has jurisdiction insofar as the entrepreneur

* Dr. iur., Dipl.-Jur., LL.B., LL.M., Institute for European Tort Law, Austrian Academy of Sciences and University of Graz; Centre for European Private Law, University of Graz.

** PD Dr. iur., Department of European, International and Comparative Law, University of Vienna.

The authors wish to express their sincere thanks to Andrew Bell, University of Birmingham, UK, for providing his excellent linguistic expertise as well as to an anonymous reviewer for revealing crucial issues to be addressed.

1 For instance, CJEU 20. 1. 2005, C-464/01, *Johann Gruber/BayWa AG*.

2 For instance, CJEU 7. 12. 2010, C-585/08, C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter and Alpenhof/Heller*; cf Gillies, Clarifying the 'Philosophy of Article 15' in the Brussels I Regulation: C-585/08 Peter Pammer v Reederei Karl Schluter GmbH & Co and C-144/09 Hotel Alpenhof GesmbH & Co KG v Oliver Heller, ICLQ 2011, 557 (557 et seq).

3 Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition of judgments in civil and commercial matters, OJ 2012 L 351/1.

directs his or her commercial activity to that State and the contract falls within the scope of the activity (Article 17.1 (c) in connection with Article 18 Brussels I Regulation). Such specific rules also exist in the provisions on the applicable law for consumer contracts laid down in Article 6 Rome I Regulation. According to recitals 7 and 24 of that regulation, they must be understood as consistent with Article 17 Brussels I Regulation.

In light of the continuing growth in online commerce and the ubiquitous web presence of entrepreneurs, the debate has centred on the phrase ‘directed [...] to’ the State where the consumer is domiciled in relation to their commercial or professional activity.⁴ The question arose whether an online presence was sufficient to satisfy this criterion and establish the competence of the courts in the State where the consumer was domiciled. As is well known, the CJEU handed down a landmark decision on this issue in the joined cases C-585/08 and C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter and Alpenhof/Heller*,⁵ referred by the Austrian Supreme Court (Oberster Gerichtshof, OGH) for preliminary rulings.⁶ The court did not formulate any abstract definition of the legal phrase ‘directed to’, but instead provided a list of *indicia* it considered suitable to determine how the activity in question is ‘directed’. It remains to be seen whether the CJEU did itself any favours by proceeding in this way – we must expect that there will be ever more applications for preliminary rulings looking for resolutions in individual cases. This aspect will not, however, be examined in any more detail here.⁷

Nonetheless, it is striking that, while the CJEU went into depth on *indicia* for how the entrepreneur ‘directed’ the activity in question, it did not pay any attention to the subsequent event – the consumer’s conclusion of the contract.⁸ In contrast with this, Germanic supreme courts⁹ have always required that the consumer show this internal link as a restrictive criterion; the activity (directed to the consumer’s State) must have been the cause of the actual conclusion of the contract.

It may be assumed that the causal link between the marketing activity and the conclusion of the contract is only very rarely at issue in practice. The consumer, who bears the burden of proof in cases brought outside of the defendant’s domicile (Article 4 Brussels I Regulation), will usually submit that he took notice, first, of the entrepreneur’s marketing activity directed at his State (typically the entrepreneur’s online presence) and, second, of the entrepreneur himself. He will claim that in consequence he concluded the contract because of the marketing activity. This is not the position adopted in Luxembourg, however, as C-218/12 *Emrek/Sabranovic*¹⁰ illustrates.

4 See e.g. Øren, International Jurisdiction over Consumer Contracts in e-Europe, ICLQ 2003, 665 (665 et seq).

5 CJEU 7. 12. 2010, C-585/08, C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter und Alpenhof/Heller*.

6 OGH 6 Ob 192/08s ecolex 2009/114; OGH 6 Ob 24/09m ecolex 2009/300.

7 This is not a tenable objection to a flexible system in the present authors’ opinion, cf Thiede, A Topless Duchess and Caricatures of the Prophet Mohammed. A Flexible Conflict of Laws Rule for Crossborder Infringements of Privacy and Reputation, in Bonomi/Romano (eds), Yearbook of Private International Law 2012/2013 (2013) 247 (247 et seqq); Symeonides, Codification and Flexibility in Private International Law, in Brown/Snyder (eds), General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law (2011) 167 (167 et seq); with a different view Aubry/Poillot/Sauphanor-Brouillaud, Panorama de droit de la consommation 2013, Recueil Dalloz 2013, 945 (974); d’Avout, JCP G 2011, 226; Mankowski, Autoritatives zum „Ausrichten“ unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO, IPRax 2012, 144.

8 In the *Pammer/Reederei Schlüter und Alpenhof/Heller* case this was perhaps understandable because there was an undeniable causal link between the direction of the activity and the conclusion of the contract.

9 See OGH 2 Ob 256/08y EvBl 2009/136 (*Clavora*); BGH III ZR 71/08 CR 2009, 174 = EuZW 2009, 26 (*Leible/Müller*) = IPRax 2009, 258 (*Mankowski* 238) = NJW 2009, 298; OLG Köln 12 U 49/09 NZM 2010, 495; OLG Karlsruhe IPRax 2008, 348 = NJW 2008, 45 = AnwBl 2008, 380; OLG Schleswig WM 1997, 991 = RIW 1997, 955; OLG Karlsruhe 14 U 72/06 IPRax 2008, 348 (*Mankowski* 333) = IPRspr 2007/145 = NJW 2008, 85.

10 CJEU 17. 10. 2013, C-218/12, *Lokman Emrek/Vlado Sabranovic* (not published).

There it was clear that the contact between the defendant entrepreneur and the claimant consumer could not be traced back to the entrepreneur's website. The CJEU decided that Article 17 Brussels I Regulation did not require a causal link between the means employed to direct the activity at the consumer's state (such as a website) and the conclusion of the contract with that consumer.

In the following sections, the facts of the case (II) and the arguments of the CJEU (III) will be summarised, and the decision discussed with regard to its doctrinal justification (IV) and its underlying policy (V). It will be argued that, from a doctrinal perspective, the arguments raised by the CJEU are highly questionable and methodologically weak. Similarly, from a consumer protection perspective they reflect a trend of developments based on the use of law as a means to encourage certain consumer conduct, rather than as a means to balance unequal bargaining power.

II. Facts

The dispute in *Emrek/Sabranovic* arose from the following facts. A German consumer bought a car in France. It was possible to prove that the communication between the entrepreneur and the consumer was not linked to the entrepreneur's website, but instead to a recommendation given by an acquaintance of the claimant. The claimant only discovered the defendant's website after the contract was concluded, but he then tried to rely on it in order to establish that his domicile state had jurisdiction under Article 17.1 (c) Brussels I Regulation. Given the design of the website, there was no doubt that it was directed at foreign clients in the sense of the relevant rule. As the website had in no way provided the motive for the consumer to conclude the contract, however, and given that the consumer had travelled abroad on his own initiative and only learned of the website after the contract was concluded, there was, strictly speaking, no link between that aspect of the entrepreneur's activity and the actual contract. The crux of the matter was, therefore, whether a restrictive causality requirement applied, or else whether the mere co-existence of two elements (with no causal link) was sufficient to engage the jurisdiction of the consumer's domicile State in accordance with Article 17.1 (c) Brussels I Regulation.

III. CJEU's decision

To cut the story short, the CJEU rejected a causation requirement. Since the consumer, as the weaker party in contracts with professional entrepreneurs, must be protected, he or she must not be exposed to difficulties in proving his or her case. 'Difficulties' includes having to prove causation where it might be disputed by the professional entrepreneur. Requiring proof of causation might dissuade consumers from suing in their domestic courts, ultimately weakening the protection provided by the above rules.¹¹

IV. Legal doctrine

Strictly speaking, Article 17.1 (c) Brussels I Regulation requires only that the commercial activity was directed towards the consumer's State and that the specific contract should fall within the scope of the business area of the commercial activity directed in this way. The wording of Article 17.1 (c) Brussels I Regulation does not provide any basis for a causation requirement.

¹¹ *Op cit* No 10, para 25.

Nonetheless, a glance at the second part of the rule, which stipulates that the contract must fall within the business area of the activity directed at the consumer's State, is enough to cause legitimate doubts as to whether an internal link between the direction of the activity and the conclusion of the contract is unnecessary. It is difficult to conceive of scenarios in which the business area requirement retains an independent scope without there being a causal link between the marketing activity and the conclusion of the contract.¹² The entrepreneur would have to have directed the marketing activity in his or her business area in the relevant sense, without the purchase contract in this business area coming about through that marketing activity. As the interaction of the two requirements cannot just serve to exclude the jurisdiction of the consumer's domicile in the hypothetical case of inventory being sold, a requirement of a link to the conclusion of the contract seems to be implied.¹³

This interpretation also accords with the content of materials which authorise conclusions to be drawn on the concepts, values and aims underlying the rule; the ongoing criticism of Article 17.1 (c) Brussels I Regulation occasioned the Commission and the Council to make a joint declaration in 2000 concerning Article 17.1 (c) Brussels I Regulation.¹⁴ This declaration emphasises that, in respect of the application of Article 17.1 (c) Brussels I Regulation, 'it is not sufficient for an undertaking to target its activities at the Member State of the consumer's residence [...] a contract must also be concluded within the framework [*sic!*] of its activities.' It is questionable whether such a declaration can be relied on in itself, given its uncertain legal status and lack of normative authority. However, the declaration is not completely isolated from other, closely connected legislation, namely the Rome I Regulation.¹⁵ As mentioned above, Article 17.1 (c) Brussels I Regulation was adopted to determine the applicable law for consumer contracts in Article 6.1 Rome I Regulation. The joint declaration concerning Article 17.1 (c) Brussels Regulation is cited in detail in the Rome I Regulation, especially in respect of the need for the entrepreneur's marketing activity to cause the contract to be concluded. This requirement is also added in Recital 25 Rome I Regulation.¹⁶ According to that provision:

12 Cf Nielsen in Magnus/Mankowski (eds), Brussels I Regulation (2007) Art 15 No 37.

13 Cf F. Bydlinski, Methodenlehre² (1991) 444: „Führte eine bestimmte Interpretation [...] dazu, dass (die) Bestimmung [...] zweck- und funktionslos wird, so ist diese Auslegung nicht anzunehmen.“ ('If a certain interpretation would lead [...] to the provision [...] becoming purposeless and losing its function, then this interpretation should not be taken,' translation provided by the authors).

14 Joint declaration of the Council and the Commission on Articles 15 and 73 of Regulation No 44/2001, Annex II to the note of the General Secretariat of the Council of the European Union for the Permanent Representatives' committee of 14. 12. 2000 in the corrected version of 20. 12. 2000, 14139/00 and 14139/00 COR2 (en)-JUSTCIV 137.

15 Regulation (EC) No 593/2008, OJ L 2008/177, 6 et seqq.

16 The background to Recital 25 Rome I Regulation is the so-called 'El Corte Inglés' case: 'El Corte Inglés' is a department store chain with a flagship store in Madrid and, inter alia, a branch in Lisbon. A Portuguese citizen, living in Portugal, came to Madrid and went shopping there in the local 'El Corte Inglés'. Since the overall enterprise El Corte Inglés also directs its commercial activity at Portugal, given the fact that a branch is located there, the application of Portuguese law was a possibility. In the course of the negotiations regarding Rome I Regulation, however, the Spanish delegation ultimately managed to exclude this possibility. Cf Mankowski, Muss zwischen ausgerichteter Tätigkeit und konkretem Vertrag bei Art. 15 Abs. 1 lit. C EuGVVO ein Zusammenhang bestehen? IPRax 2008, 333 (337).

'[...] consumers should be protected by such rules of the country of their habitual residence [...] provided that the consumer contract has been concluded as a result of the professional pursuing his commercial or professional activities in that particular country. The same protection should be guaranteed if the professional, while not pursuing his commercial or professional activities in the country where the consumer has his habitual residence, directs his activities by any means to that country or to several countries, including that country, and the contract is concluded as a result of such activities.'

Thus the Rome I Regulation establishes that the specific contract at issue must be the result of the targeted activity.

Finally, it must be established whether Recital 24 Rome I Regulation (with the quotation from the joint declaration) and Recital 25 Rome I Regulation (requirement of a causal link) must be considered when interpreting the Brussels I Regulation. Recital 7 Rome I Regulation provides support for this idea, since it stipulates that the Rome I Regulation must be interpreted consistently with the Brussels I Regulation, and thus requires that the two Regulations be applied harmoniously. Since Recital 7 Rome I Regulation is intended to tie the more recent Regulation to the older one (i.e., it aims to produce coherence), it seems to be satisfied; no divergence of aims between the Brussels I and Rome I Regulations is identifiable in this area. The interpretation of Article 17.1 (c) Brussels I Regulation already mentioned at the beginning points in the same direction as Recital 25 Rome I Regulation. The only remaining question in respect of the transferability of a Recital from one piece of legislation – and a more recent one at that – to the interpretation of an older regulation was answered by the CJEU in C-463/06 *FBTO Schadeverzekeringen/Odenbreit*¹⁷ *apropos* the Brussels I Regulation. Specifically, the issue was whether Article 13 Brussels I Regulation should be construed in light of Recital 16a of the Fourth Motor Insurance Directive of 2000, which was only introduced in 2005 by Article 5 Fifth Motor Insurance Directive. The CJEU did not hesitate in that case to assume (incorrectly on the particular facts, in the opinion of the authors of this text)¹⁸ that this was a correct and authentic reproduction of the historical legislative ambit.

In consequence, we can note the following. Both the interpretation which preserves an independent scope for the requirement that the contract be within the business area of the targeted activity and the joint declaration of the Commission and the Council in this respect – which is unambiguous and is quoted in Recital 24 Rome I Regulation and also Recital 25 of the Rome I Regulation (the latter two being relevant on the basis of Recital 7 Rome I Regulation and the *FBTO Schadeverzekeringen* case) – strongly support imposing a requirement of a causal link between the directed activity and the consumer's conclusion of the contract.

V. Legal politics

Traditionally, European consumer protection in international procedural and private law has been directed towards the passive consumer. 'Passive' in this context means that the consumer is not the initiator of the international contract. The passive consumer principally limits his or her demand for goods to his or her home country, and is one who has no intention to enter the in-

¹⁷ CJEU 13. 12. 2007, C-463/06, *FBTO Schadeverzekeringen/Odenbreit*.

¹⁸ Likewise *Fuchs*, Gerichtsstand für die Direktklage am Wohnsitz des Verkehrsunfallopfers? IPRax 2007, 302; *Heiss*, Die Direktklage vor dem EuGH: 6 Antithesen zu BGH 29. 9. 2006 (VI ZR 200/05), VersR 2007, 327; *Thiede/Ludwischowska*, EuGH, 13. 12. 2007, C 463/06, *FBTO Schadeverzekeringen NV v Jack Odenbreit*, VersR 2008, 631; *Wittwer*, Direktklage im Inland gegen ausländische Kfz-Haftpflichtversicherung, ZVR 2006, 404 (406).

ternational market. A foreign trader, however, pursues the consumer in his or her home country with advertising activities and induces him or her to conclude a contract. The consumer thus becomes a party to an international contract because he or she is the target of the commercial activities of a foreign trader, and not because of his or her own desire to trade internationally. The counterpart to the passive consumer is the active consumer, who takes the initiative to enter the international market, for example by travelling to a foreign country in order to conclude a contract with a foreign trader.¹⁹

The traditional focus of international consumer protection on the passive consumer was obvious in the Rome²⁰ and Brussels Conventions.²¹ Article 13 Brussels Convention and Article 5 Rome Convention required that the consumer had taken all the steps necessary in his or her country on his or her part for the conclusion of the contract, and that these steps were preceded by an entrepreneur's specific invitation or advertisement.²² The active and mobile consumer, who travels to a foreign country and then enters into the contract, was subject to these provisions only if the journey was arranged by the seller for the purpose of inducing the consumer to contract.²³

In contrast, Article 6 Rome I Regulation and Article 17 Brussels I Regulation also apply to active consumers insofar as their applicability does not depend on the location where the contract was concluded.²⁴ It is irrelevant whether the contract was concluded in the consumer's home country, the entrepreneur's,²⁵ or even in a third country. If the entrepreneur pursues commercial activities in the consumer's country, or directs such activities to that country, then the link to the consumer's country is considered strong enough to subject the entrepreneur to its jurisdiction and its law.²⁶

In comparison to the previous rules of the Rome Convention and the Brussels Convention, Article 6 Rome I Regulation and Article 15 Brussels I Regulation are thus considered a compromise between the active and passive consumer²⁷ and an extension of the 'semi-passive'²⁸ consumer. As the following analysis will show, the *Emrek/Sabranovic* decision pushes this extension further.²⁹

The traditional restriction of consumer protection to passive consumers on the one hand, and the partial expansion to active consumers on the other, correspond to different goals of European consumer law. European consumer law aims not only to improve consumer protection in the

19 Cf *Ragno*, The Law Applicable to Consumer Contracts under the Rome I Regulation, in *Ferrari/Leible* (eds), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe* (2009) 129 (144 et seqq).

20 Convention on the law applicable to contractual obligations of 19 June 1980; regarding its focus on passive consumers see *Reich/Halfmeier*, *Electronic Commerce: Consumer Protection in the Global Village*, *Dick. L. Rev* 2001, 112 (117 et seq): 'The passive consumer is the beloved child of private international law who needs to be cuddled and protected, while the active consumer – whether an occasional surfer or an Internet addict – opts out of his or her home jurisdiction by choice and, therefore, may be subjected to whatever law the supplier proposes, even offshore jurisdiction.'

21 Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters of 27 September 1968.

22 Art 5.2 Rome Convention, Art 13.3 lit a and b Brussels Convention.

23 Art 5.2, second indent Rome Convention.

24 Cf *Ragno* in *Ferrari/Leible* 144 et seqq; *Staudinger* in *Rauscher* (ed), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: EuZPR/EuIPR* (2011) Art 15 Brüssel I-VO No 11; *Mankowski*, *IPRax* 2008, 335; *Schoibl*, *Vom Brüsseler Übereinkommen zur Brüssel-I-Verordnung: Neuerungen im europäischen Zivilprozessrecht*, *JBl* 2003, 149 (160 et seq).

25 See for example CJEU 6. 9. 2012, C-190/11, *Mühlleitner/Yusufi and Yusufi*.

26 Art 15.1 lit c Brussels I Regulation; Art 6.1 Rome I Regulation; cf *Staudinger* in *Rauscher*, Art 5 Brüssel I-VO No 11.

27 *Ragno* in *Ferrari/Leible* 145 et seq.

28 *Mankowski*, *IPRax* 2008, 338.

29 According to *Rühl*, *Kausalität zwischen ausgerichteter Tätigkeit und Vertragsschluss: Neues zum situativen Anwendungsbereich der Art. 15 ff. EuGVVO*, *IPRax* 2014, 41 (41, 43 et seq), this interpretation goes beyond the law and the intention of the legislator.

Member States, but also to establish and promote the internal market. This aim is to be realised by creating equal competition conditions for companies, and by making it easier for consumers to operate *actively* in other EU states without running the risk of being subject to foreign jurisdiction and law.³⁰ Consumers should thus be motivated to participate (actively) in the internal market. Some authors have recently stated that, although the main, traditional goal of consumer law was the protection of the weaker party for social reasons, the aim at present is increasingly dominated by the desire to strengthen the internal market. Accordingly, consumer confidence in the internal market should be increased in order to encourage those consumers to take advantage of the internal market and to buy consumer goods in other Member States.³¹

This also extends to the question of jurisdiction. The ultimate objective in granting the consumer the right to litigate in his or her own jurisdiction is not to compensate unequal bargaining power, but rather to encourage certain socially desirable conduct: (active) participation in the internal market. Accordingly, in *Emrek/Sabranovic* the Advocate General³² explicitly indicated that the special jurisdiction of Article 17 Brussels I Regulation serves as an incentive for consumers to conclude contracts in other Member States. The active consumer is thus not only an object of protection but the status principally encouraged in consumer law. This policy implies the assumption that people respond to such incentives, and that the law may serve as a powerful tool to encourage socially desirable conduct and discourage undesirable conduct. This assumption seems to be shared by parts of the so-called 'behavioral law and economics' movement,³³ even though an empirical behavioral approach to law would imply checking the consumers' reactions (or non-reactions) to such legal incentives in real life (in order to verify or falsify the assumption).³⁴

The requirement of a definite link between the entrepreneur and the consumer's home country fulfils different functions depending on whether consumer policy follows the traditional or the behavioural approach. Following the traditional approach, this link not only functions as a guarantee of foreseeability for the entrepreneur, but also as a 'lure' which induces the consumer to conclude the contract. Following the behavioural approach, by contrast, it functions only as a means to make sure that the special jurisdiction is foreseeable by the entrepreneur. In accordance with Article 17.1 Brussels I Regulation, there is foreseeability if the entrepreneur pursues his commercial activities in the consumer's country or if he directs those activities to that country.

In aiming to protect the passive consumer who has been pursued and lured by the entrepreneur, the traditional approach definitely requires a causal link. The consumer must have been caught in the net of the international contract not merely accidentally, but because of the trader's target-oriented advertising measures. On the other hand, by guaranteeing the consumer access to his

30 *Lurger/Augenhofer*, Österreichisches und europäisches Konsumentenschutzrecht² (2008) 12.

31 *Heiderhoff*, Zum Verbraucherbegriff der EuGVVO und des LugÜ, IPRax 2005, 230 (231); *Staudinger in Rauscher*, Art 5 Brüssel I-VO Art 15 Brüssel I-VO No 1.

32 Advocate General 18. 7. 2013, C-218/12, *Emrek/Sabranovic* No 37.

33 *Korobkin/Ulen*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California Law Review 2000, 1051 (1054); regarding the application of behavioural economics in consumer law cf *Bar-Gill*, The Behavioral Economics of Consumer Contracts, Minnesota Law Review 2008, 749; *Rischkowsky/Döring*, Consumer Policy in a Market Economy – Considerations from the Perspectives of the Economics of Information, the New Institutional Economics as well as Behavioural Economics, J Consum Policy 2008, 285; *Tscherner*, Can behavioral research advance information duties, boilerplate and withdrawal rights? Austrian Law Journal 2014, 144 (144 et seqq).

34 *Lurger*, Empiricism and Private Law: Behavioral Research as Part of a Legal-Empirical Governance Analysis and a Form of New Legal Realism, Austrian Law Journal 2014, 20 (25 et seqq).

or her own jurisdiction in order to motivate him or her to enter the internal market, the behavioural approach does not necessarily require a causal link between the entrepreneur's activities and the conclusion of the contract. The directed activity requirement does not function as a lure, but only as a guarantee of foreseeability for the entrepreneur. If the entrepreneur directs commercial activities to a certain country in order to acquire clients then it can be assumed that the jurisdiction and the law of that country do not come to him as a surprise.³⁵

This approach can already be seen when reading between the lines in the aforementioned decisions *Pammer/Reederei Schlüter* and *Alpenhof/Heller*,³⁶ as well as in *Mühlleitner/Yusufi and Yusufi*,³⁷ where the CJEU argued that the European Union legislature had removed the condition requiring the consumer to have taken the steps necessary for the conclusion of the contract in his state, replacing it with "conditions applicable to the trader *alone*".³⁸ It is sufficient if the trader pursues his or her commercial activities in the consumer's domicile, or by any means directs such activities to that Member State, and thus manifests his intention to establish commercial relations with the consumers who have their domicile there.³⁹

The Advocate General in *Emrek/Sabranovic* explicitly refers to this argument, confirms that the only conduct relevant to the special jurisdiction issue is the conduct of the entrepreneur, and denies that a causal link is required.⁴⁰ Whether the directed activities and the concluded contract are connected is irrelevant because the entrepreneur will hardly be aware of it. Whether the special jurisdiction was foreseeable to him or her therefore has no influence on the criterion. This means that the special jurisdiction applies to all consumers, passive and active, whenever a foreign jurisdiction would not come as a surprise to the entrepreneur.⁴¹

VI. Conclusion

From a doctrinal perspective, the above arguments clearly indicate that a causal link is a requirement. It is somewhat surprising that none of the arguments raised received any mention in the *Emrek/Sabranovic* decision; the CJEU takes as its sole motivation the potential evidential difficulties a consumer might face⁴². However, the CJEU cannot act to alleviate such difficulties for the consumer, since it does not have the relevant competence for the question of whether a *non liquet* can be held against the consumer. To be sure, this should be left to the European legislator to provide for the needs of the European consumers as it was done for victims of road traffic accidents in course of the Fifth Motor Insurance Directive.⁴³

35 Mankowski, IPRax 2008, 334.

36 CJEU 7. 12. 2010, C-585/08, C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter und Alpenhof/Heller*.

37 CJEU 7. 9. 2012, C-190/11, *Mühlleitner/Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi*.

38 CJEU 7. 12. 2010, C-585/08, C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter und Alpenhof/Heller* No 60; CJEU 7. 9. 2012, C-190/11, *Mühlleitner/Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi* No 39.

39 CJEU 7. 12. 2010, C-585/08, C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter und Alpenhof/Heller* No 60; CJEU 7. 9. 2012, C-190/11, *Mühlleitner/Ahmad Yusufi and Wadat Yusufi*.

40 Advocate General 18. 7. 2013, C-218/12, *Emrek/Sabranovic* No 17.

41 Cf Advocate General 18. 7. 2013, C-218/12, *Emrek/Sabranovic* No 20 und 38; Advocate General 18. 5. 2010, C-588/08 and C-144/09, *Pammer/Reederei Schlüter und Alpenhof/Heller* No 64.

42 CJEU 17. 10. 2013, C-218/12, *Lokman Emrek/Vlado Sabranovic* (not published) No 25.

43 By, for instance, taking prima facie evidence as the standard, since contracts are not coincidentally concluded, and in some circumstances the unsubstantiated contesting of a causal link may not be sufficient to necessitate full proof by the consumer.

With regard to the traditional purpose behind special jurisdiction for consumer contracts (the protection of the consumer who has been induced by the entrepreneur to enter into the contract), the CJEU's position is untenable; a consumer who concludes a contract abroad for reasons other than the entrepreneur's directed activity is simply not covered by the rule. In the absence of such coverage, he or she is not entitled to the jurisdiction of his or her home courts.

The CJEU reveals a single-minded focus on European consumers neglecting tenable interests of entrepreneurs, notably those of SMEs (small and medium-sized enterprises): not all entrepreneurs have sophisticated means to defend themselves in *fori* all over Europe. Must now even smallest Bed & Breakfast abstain from accommodating foreign guests just because it provides a website in a foreign language (which, we may add, had no influence on choosing this B&B in the first place)?

Without more, the *Emrek/Sabranovic* decision reflects a shift in consumer policy, which replaces the traditional stance of protecting the passive consumer with the aim of creating an active consumer. In this context, the special jurisdiction functions as an incentive to encourage the consumer to enter contracts with entrepreneurs in other Member States and, simultaneously, strengthens the internal market. Thus, the consumer who (whether physically or virtually through the internet) travels to another Member State and enters into a contract will be granted the right to proceed in his home jurisdiction whenever the special jurisdiction is foreseeable for the entrepreneur.

In accordance with this policy, consumer law does not primarily aim to balance the interests of the consumer against those of the entrepreneur with regard to unequal bargaining power and social justice, but rather to provide incentives to encourage certain consumer conduct with the intention of strengthening the internal market. Whether this approach favours consumers or entrepreneurs in the long-term, and whether it actually strengthens the internal market, remains to be seen.

Enduring Power of Attorney (EPoA) – comparison between Austrian and German Law

Michael Ganner*, University of Innsbruck

Abstract: *With the establishment of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) the treatment of people with disabilities is changing from a protective perspective to a rights-based approach. The Enduring Power of Attorney (EPoA) is an important instrument, which helps with the implementation of the CRPD into national law. As an instrument of self-determined substituted decision-making it is recognised as the best practice model to safeguard the autonomy of people suffering the deprivations of age and other disabilities. This article touches briefly on general supported and substituted decision-making instruments and then goes on to examine the differences and similarities, advantages and disadvantages between Austrian and German laws concerning EPoAs.*

Keywords: *Enduring Power of Attorney; United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities; Guardianship; Living Will; Decision Making.*

I. Overview

With the establishment of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)¹ a paradigm shift is taking place: The treatment of people with disabilities is changing from a protective perspective to a rights-based approach.² Supported decision-making should replace substituted decision-making, however “thus far there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies this shift from a substituted to a supported decision-making paradigm.”³ Nevertheless substituted decision-making is still both necessary and in accordance with the CRPD, but only as *ultima ratio*.⁴

* Michael Ganner is professor at the Institute of Civil Law at the University of Innsbruck.

1 The CRPD was ratified by Austria in 2008 without reservations and without interpretative explanations, but under the condition that it was not immediately applicable, but had to be transformed into national Austrian law (*Erfüllungsvorbehalt* according to Art 50 clause 2 lit 4 B-VG); Ganner/Barth, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax 2010, 204 (204 et seq).

2 Lachwitz, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung, BtPrax 2008, 143 (143 et seqq).

3 Draft General comment on Article 12 of the Convention-Equal Recognition before the Law (13. 9. 2013) Nr 3.

4 Lipp, Guardianship and Autonomy: Foes or Friends? in Arai/Becker/Lipp (eds), Adult Guardianship Law for the 21st Century – Proceedings of the First World Congress on Adult Guardianship Law 2010 in Yokohama, Japan (2013) 103 (108). Some countries like France, Norway, Australia and Canada have declared explicitly within their interpretative explanations that they will not abstain from substituted decision-making instruments, available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en (31. 1. 2015).

Our legal systems traditionally divide people into two broad groups. On the one hand there are those who are able to take care of themselves, who may decide about their own issues, even if they appear risky and irrational, but who also have to bear the consequences of their decisions. On the other hand there are those who need protection by law and the community and who are therefore not responsible for their decisions and sometimes not even for their acts. But as we have seen throughout history, this protection-based approach often leads to paternalism and restrictions of individual self-fulfilment. The law in books may be fine and mainly in accordance with the CRPD, but there is emerging evidence that the law in action differs significantly from the provisions of the CRPD. This means that, in reality, substituted decision-making still prevails in many cases and situations where supported decision-making could be more frequently used.⁵

The Enduring Power of Attorney (EPoA) is often meant to be the best instrument to guarantee the autonomy of people and it is according to the prevailing opinion within the community investigating and working on the implementation of the CRPD the main legal alternative to guardianship at the moment.⁶ But like guardianship it remains a legal instrument for substituted rather than supported decision-making.

Guardianship is the traditional instrument to protect people with mental disabilities from harming themselves, be it personally (medical treatment) or economically (unfavourable contracts). Over the last three decades guardianship has developed significantly and now provides numerous measures to enhance the autonomy of persons with mental disabilities (e.g. duty to detect and – with regard to his or her best interest – comply with the wishes of the person). Guardianship or custodianship (in Germany) should only be considered as an *ultima ratio*. It is subsidiary to all other instruments that are suitable to protect the adult person from any harm resulting from her/his mental or physical condition.⁷ Therefore a guardian or custodian must not be appointed if someone else can effectively take care of the individual's important affairs (such as through as EPoA) (§ 268 para. 2 ABGB⁸ and § 1896 para. 2 BGB⁹).

II. Living Will

A central principle of health care is the patient's free and informed consent. It is safeguarded by different legal instruments on the international level, such as the European Convention on Human Rights, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Bioethics (which Austria did not attend), the CRPD, as well as on the national level (ABGB, BGB, StGB, in particular § 110 öStGB – *Eigenmächtige Heilbehandlung*).

5 Müller, Entwicklungsbedarf des Sachwalterrechts aufgrund der UN-Behindertenrechtskonvention, iFamZ 2013, 241 (243).

6 Lipp/Bagniewski/Dankert/Newell, Representation Agreement in British Colombia (Kanada) – ein Modell für Deutschland? BtPrax 2013, 217; Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberger (eds), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa (2011).

7 Such instruments are a Living Will, a Power of Attorney, Substitution by Family Members, other substitutions by law (e.g. concerning the deprivation of liberty; *Patientenanwaltschaft* and *Bewohnerververtretung* in Austria) as well as social and psychological support of any kind.

8 Barth/Ganner, Grundlagen des materiellen Sachwalterrechts, in Barth/Ganner (eds), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 33 (50 et seqq with further references).

9 *Jurgeleit in Jurgeleit* (ed), Betreuungsrecht. Handkommentar³ (2013) Einleitung Rn 7 und § 1896 BGB Rn 1, 2, 111.

A Living Will enables people to freely make informed decisions on a certain medical treatment in advance. If a Living Will exists, it takes priority over an EPoA and is binding for an attorney. In Germany, a Living Will is regulated in §§ 1901a et seq BGB, in Austria a Living Will is regulated by the *Patientenverfügungsgesetz*.

Austrian law provides two types of Living Wills:¹⁰

- the "Binding Living Will" (*Verbindliche Patientenverfügung*) with a lot of formal requirements¹¹ but recognised as an actual will of the patient, which the physician is bound to, and
- the "Relevant Living Will" (*Beachtliche Patientenverfügung*), which includes information given by the patient (written, oral or conduct implying an intent) in advance concerning his or her medical treatment; the Living Will is "relevant" which means that a substitute (attorney or guardian) has to decide on behalf of the presumed will of the patient according to this Relevant Living Will.

In Germany, a *Patientenverfügung* (Living Will) is any written document containing an individual's decisions in advance about their consent to or the refusal of a medical treatment. If the described situation in the Living Will corresponds to the real situation, it has to be recognised as the actual will of the patient.¹² Notably in this case – and this is different from the Austrian system – an attorney or a custodian is necessary to enforce this will of the patient.¹³ So if the requirements in form and content are fulfilled there is no room left for a decision by another person.

III. Substitution by Family Members

In addition to the Enduring Power of Attorney the Substitution by Family Members is another alternative to guardianship provided under Austrian law.¹⁴ The implementation of this instrument was also discussed in Germany but was dismissed because of the danger of abuse. In Austria, there is no evidence of abuse at the moment. On the one hand this does not categorically mean that there is none but on the other hand abuse may also exist without the instrument of the *ex-lege* Substitution by Family Members. The question, which cannot be answered here is whether or not the Substitution by Family Members facilitates abuse more readily than other instruments.

At the moment, the adoption of the Substitution by Family Members is being discussed again in Germany. But the EPoA, according to German law, already covers some parts of the Austrian

10 König/Pesendorfer, *Patientenverfügung*, in Barth/Ganner (eds), *Handbuch des Sachwalterrechts*² (2010) 379 (379 et seqq).

11 Duty to medical and juridical advice, exact description of medical treatment which is refused and has to be renewed every five years.

12 Warmuth in Sonnenfeld (ed), *Die Patientenverfügung – Gesetzliche Neuregelung durch das 3. BtÄndG* (2010) 69.

13 So if no EPoA exists a custodian has to be appointed by court. The physician has to decide about the indication of a medical treatment and the custodian, if this correlates with the (presumed) will of the patient. If custodian and physician therefore do not reach an agreement, the custodian has to decide according to the (presumed) will of the patient which needs an additional approval by court (§§ 1901b and 1904 BGB); *Jurgeleit* (ed), *Betreuungsrecht. Handkommentar*³ (2013) § 1901a BGB Rn 3 f, § 1901b BGB Rn 9 et seqq and § 1904 BGB Rn 9 et seqq.

14 Barth/Kellner, *Die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger*, in Barth/Ganner (eds), *Handbuch des Sachwalterrechts*² (2010) 461 (461 et seqq); Schauer, *Vorsorgevollmacht und gesetzliche Angehörigenvertretung nach dem SWRÄG 2006, iFamZ 2006*, 148 (151 et seqq).

Substitution by Family Members because of the less formal requirements. In most cases people expect to be substituted by family members if there is a need and therefore grant them a Power of Attorney through an oral agreement or by conduct implying intent. This is an EPoA according to German but not to Austrian law. As a side note, Switzerland also established the Substitution by Family Members in 2013.¹⁵

In Austria, The Substitution by Family Members was established in 2007 (§§ 284b–e ABGB) and allows specific people to substitute a person with mental disabilities in a restricted field of matters automatically when that person loses their decision-making capacity. It comes into effect without any judicial procedure (*ex lege*). Only registration in the Austrian Central Substitution Register (*Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis*) is obligatory.¹⁶ The registration requires a personal medical attendance report which confirms that the concerned person has lost his/her decision-making capacity.

People with representation power are typically parents, children over 18 years, the spouse and registered homosexual partner if she or he has been living in the same domestic household with her/his partner for at least three years. The power to represent is restricted to daily dealings,¹⁷ contracts about nursing needs and “simple” medical treatment. Medical treatment entailing serious consequences is excluded.¹⁸

IV. Comparison of Guardianship and Enduring Power of Attorney

There are both advantages and disadvantages in having an EPoA in comparison with guardianship or custodianship. In general, the EPoA respects the autonomy of persons to a larger extent because it works without intervention by the state or other people.

The main difference seems to be that with an EPoA the substitute (attorney) can be chosen freely while the guardian is normally appointed by a court. Although in reality, the guardian can also be chosen by the ward. The Sachwalter-Betreuungsverfügung (§ 279 para. 1 ABGB;¹⁹ § 1897 para. 4 BGB²⁰) enables every person to name a guardian in advance. If this decision is made on the basis of sound decision-making capacity, the court is bound to the decision, if the chosen person is willing to take over the guardianship and if the appointment is not against the best interest of the ward. Hence the result here is very similar to that of an EPoA. Even if the person lacks decision-making capacity, the judge has to consider the wishes of the ward at the time. This means that the ward may propose a certain person as guardian at any time during the proceeding.

15 Häfeli, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht (2013) 76 et seqq; Boente, Reform des Erwachsenenschutzes in der Schweiz, BtPrax 2013, 175; Taban, Das neue Schweizer Erwachsenenschutzrecht – Die wichtigsten Regelungen im Rechtsvergleich mit Österreich, iFamZ 2012, 80 (81 et seqq); Wolf, Erwachsenenschutz und Notariat, ZBGR 2010, 73.

16 But the violation of this rule does not lead to any legal consequences because the law does not provide any. Hence the power to substitute will come into effect with or without registration; Ganner, Grundzüge des Alten- und Behindertenrechts² (2014) 116.

17 “Daily dealings” are such which are usual for the specific person with disabilities according to the own income and property; see Barth/Kellner in Barth/Ganner 474 et seqq.

18 That is the case if important organs are concerned or if the treatments may cause physical or mental consequences for the patient for more than 24 days (= grievous bodily harm; § 84 StGB); Barth/Dokalik, Personensorge, in Barth/Ganner (eds), Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 147 (185 et seqq).

19 Barth/Ganner in Barth/Ganner 59 et seqq.

20 *Jurgeleit* in *Jurgeleit*, Betreuungsrecht³ § 1897 BGB, Rn 28 et seqq; Lipp, Die Betreuungsverfügung als Instrument privater Vorsorge, in Sonnenfeld (ed), Nichtalltägliche Fragen aus dem Alltag des Betreuungsrechtes (2006) 177.

A clear advantage of the EPoA is the opportunity to make certain decisions in advance, such as who will get the house or car if the principal has to move into a nursing home, which medical treatment should be conducted under specific circumstances etc. The choice to accept or refuse a certain medical treatment may also be the subject of a Living Will.²¹ Hence this author would highly recommend combining an EPoA with a Living Will. The problem is that Living Wills are ignored in many cases (e.g. by physicians and/or family members),²² can be diminished by appointing an attorney who has the mandate to enforce any decisions made in the Living Will.²³ This is explicitly the obligation of the custodian in Germany (§ 1901a para. 1 BGB), but also a duty of the guardian in Austria.

Last but not least, an attorney has more freedom than a guardian concerning decisions in important property matters. A guardian is especially limited when it comes to investing in companies (partially) owned by the ward because the guardian's only purpose is the best interest of the represented person. Therefore investments are bound to the life expectancy of the ward. Attorneys in contrast only have to follow the will of the principal, which can be expressed in the EPoA and can include financial investments in the interest of a company, partners and other persons (e.g. family).

A significant difference to guardianship, and ultimately a disadvantage of the EPoA, is that an attorney is not accountable by anyone.²⁴ In Austria, an attorney, unlike to a guardian, does not even need any additional authorisation from a court or an additional personal medical attendance report from a physician in order to make a decision about important medical treatments. In Germany, the attorney needs, like the custodian, judicial approval for important medical treatments or refusing them (§ 1904 BGB), for deprivations of liberty, compulsory treatments (§ 1906 BGB) and for several matters concerning property. However, if someone is concerned by this issue, she or he can appoint a supervisor for the attorney and/or provide the duty within the EPoA to get a second opinion if certain important matters have to be dealt with.²⁵ Moreover, if someone suspects an attorney of abuse he or she may go to court, where the matter has to be proven. If abuse has occurred, either the court or the guardian, who would have been appointed for the time being, may cancel the EPoA.

V. Comparison of EPoA: Austria and Germany

A. Legal Framework for Personal Matters

In Austria and Germany Powers of Attorney concerning property and financial matters of the grantor have been in use since the 19th century. Both the ABGB and BGB provide the opportuni-

21 This is true for German law, but in Austria the Patientenverfügungsgesetz (PatVG) only provides the opportunity to refuse a certain medical treatment. Everything else, such as the selection of a special medical treatment, cannot be part of a Living Will, but only of an EPoA; König, Allgemeines zur Patientenverfügung, in Barth/Ganner (eds), *Handbuch des Sachwalterrechts*² (2010) 380 (381); Albrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung als Instrumente der vorsorgenden Rechtspflege, in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberger (eds), *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa* (2011) 45 (45 et seqq).

22 E.g. OGH 9 Ob 68/11g Zak 2012/762 (Kletecka) = ÖJZ 2012/116 (Rohrer) = iFamZ 2013/14 (Ganner) = ÖJZ EvBl 2013/60 (Rohrer) = RdM 2013/74 (Kopetzki) = JBl 2013, 106 = EF-Z 2013/3 (Bernat) = EF-Z 2013/22 = RZ 2013/2 = RZ 2013/EÜ 54.

23 Löhnig, Probleme der Vorsorgevollmacht nach deutschem Recht, in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberger (eds), *Vorsorgevollmacht* 15 (19).

24 The guardian is checked by court regularly, in general every year. Löhnig in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberger 24 et seqq.

25 Ganner, *Vorsorgevollmacht*, in Barth/Ganner (eds), *Handbuch des Sachwalterrechts*² (2010) 345 (349, 365 et seqq).

ty to readily appoint an attorney. An oral authorisation or even conduct implying this intent is sufficient (§§ 1002 et seq ABGB, §§ 167 et seq BGB).

In the 1980's and 1990's EPoAs also became rather popular for personal matters such as which medical treatments to undertake and when as well as an instrument to organise all the important issues associated with old age and serious illness.²⁶ But it was not clear if all personal matters were covered by the legal provisions. That is why in 1999 Germany clarified its position and stated that the *Vorsorgevollmacht* could also cover medical treatment (§ 1904 BGB). Again in 2009, the legislator explicitly acknowledged the long established practice that the *Vorsorgevollmacht* in health care allows the attorney to consent to or to withhold life-sustaining medical treatment (§ 1901a BGB). Moreover, since 1999, the BGB provides that an attorney may be granted the power, under certain circumstances and with the permission of the custodianship court, to place the grantor in a closed institution and consent to measures depriving him of his liberty (§ 1906 BGB). Recently, in February 2013, an amendment (to § 1906 BGB) opened up the possibility to grant the power to consent to compulsory treatment, again under specific conditions and with the permission of the custodianship court.

In Austria, the main reason to make a legal amendment was to safeguard the interests of the grantor. At times, grantors of an attorney can control the attorney, give him or her directives and revoke his or her power at any time. However, the problem arises that EPoAs are used mainly in situations where the grantor is not able to do this because he has lost decision-making capacity with the passage of time, hence more formal requirements seemed to be necessary. The Enduring Power of Attorney (*Vorsorgevollmacht*) was therefore regulated in Austria by a special statutory provision in 2007 in the civil code.²⁷ While both regulations, the "normal" mandate as well as the EPoA, have to be applied concurrently, the regulation of the EPoA is a *lex specialis* to the normal mandate, so if the regulations conflict, those concerning the EPoA take priority.²⁸

B. Coming into Effect and Scope

There are some differences concerning how EPoAs come into effect. In Austria, EPoAs come into effect automatically with the loss of the decision-making ability.²⁹ That is what the law provides for in Austria (§ 284f para. 1 ABGB), however a different time or another condition can be determined by the principal. In Germany, EPoAs usually come into effect immediately. Only where personal matters such as health care, deprivation of liberty and compulsory treatment are concerned is the legal situation similar to Austria. These measures can only be ordered by the attorney if the grantor has lost his or her decision-making capacity.³⁰

All matters that can be subject to guardianship, which are in general terms all financial and personal (health care, change of domicile etc.) matters of the principal, can also be subject to an EPoA. Only in strictly personal (*höchstpersönlichen*) matters, a substitution – even by an attorney – is

26 Wildeman, Protecting Rights and Building Capacities: Challenges to Global Mental Health Policy in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 2013, 48.

27 Schauer, Schwerpunkte des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes (SWRÄG 2006). Teil 2, *ÖJZ* 2007, 217 (219 et seqq).

28 Ganner in Barth/Ganner 347.

29 But the loss for a short temporary period is not enough; Schwimann, Neuregelung im Obsorge-, Kuratel- und Sachwalterrecht, *EF-Z* 2006, 68 (70).

30 *Jurgeleit-Kieß*, *Betreuungsrecht*³ § 1904 BGB Rn 28 et seqq and § 1906 BGB Rn 48.

banned by law.³¹ These matters include the creation of wills, a Living Will, the execution of an EPoA, the right to vote and marriage.

In Austria, an attorney is not allowed to decide about the deprivation of liberty or compulsory treatments. This has to be decided under a public law regime by certain persons who are appointed by law.³²

C. Requirements

The execution of an EPoA is strictly personal, so substitution is not possible.³³ At the moment of the execution, the principal needs to be in possession of decision-making capacity.³⁴

In Austria, all EPoAs have to be in writing and the scope must be described in detail (§ 284 et seq ABGB). Two forms are provided for by the law: (1) The *EPoA for simple matters*³⁵ that are not important in practice and the *EPoA for important matters*. It may only be established by a solicitor, notary or a court who have to inform the ward about both the consequences and possibility of cancellation. The act of informing has to be documented in the warrant of attorney. Important matters which make it obligatory to fulfil the formal requirements of the EPoA for important matters are: (1) Medical treatment with normally serious consequences; (2) the permanent change of domicile and (3) important property matters.

Whether the EPoA concerns simple or important matters, the selected attorney is not allowed to have a close relationship to the institution the person is living in (e.g. nursing home; § 284f para. 1 ABGB) and the attorney is not allowed to pass the mandate to another person for decisions on medical treatment or change of domicile.³⁶ As far as other matters are concerned, delegation is only possible if the principal did not prohibit this in the EPoA.

In Germany, only powers in personal matters must be granted explicitly and in writing (§ 1904 para. 2 and 5 as well as § 1906 para. 3, 4 and 5 BGB).³⁷ A general EPoA “for all affairs” or “all personal matters” will therefore not be sufficient, even if it is done in writing and signed by the grantor. The EPoA must specifically include medical treatment, compulsory treatment, or deprivation of liberty in its scope.³⁸

D. Duties and Obligations of the Attorney

31 Barth/Dokalik in Barth/Ganner 163 et seqq; Roglmeier/Lenz, Die neue Patientenverfügung (2009) 45.

32 If the person lives in a home for the elderly or for people with disabilities, the deprivation of liberty can be conducted there according to the Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG); Strickmann, Heimaufenthaltsrecht² (2012). All other measures of force (deprivation of liberty and compulsory treatment) have to be conducted in a psychiatric facility according to the Unterbringungsgesetz (UbG); Kopetzki, Grundriss des Unterbringungsrechts³ (2012).

33 ErlRV 1420 BlgNR 22. GP 28; Schauer, iFamZ 2006, 149.

34 Coeppecus, Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Sterbehilfe (2009) 120; Bauer/Klie, Patientenverfügungen/Vorsorgevollmachten – richtig beraten?² (2005) 60 et seq; Ganner in Barth/Ganner 353.

35 It can be compiled by being (1) written and signed by one's own hand, (2) written by someone else and signed by one's own hand and witnessed by three people who cannot be authorised, (3) written by someone else and notarised or (4) with a notarial deed (Notariatsakt); Schauer, iFamZ 2006, 149.

36 The purpose of this regulation (§ 284h clause 3 ABGB) is to avoid misuse and to guarantee that important issues are decided by the person whom the grantor placed his confidence in.

37 Bauer/Klie, Patientenverfügungen/Vorsorgevollmachten² 59 et seq.

38 §§ 1904 and 1906 BGB; Kieß in Jurgeleit, Betreuungsrecht³ § 1904 BGB Rn 64 et seqq and § 1906 BGB Rn 74 et seqq.

There are no important differences between Austria and Germany as far as the duties and obligations of an attorney are concerned. An attorney primarily has to act according to the will of the principal as expressed in the mandate, which is normally non-remunerated. That means that the will expressed in the EPoA has to be carried out even if this is against the “objective best interest” of the principal.³⁹ The will that the principal expresses after losing decision-making capacity also has to be taken into consideration, but the main determiner in these cases is the expressed will in the EPoA and if there is none, the best interest of the principal (*Wohl des Vollmachtgebers*). An attorney, like a guardian, has the obligation to perceive and fulfil the wishes of the principal and to protect him or her from harm (*Wunschermittlungspflicht*; § 284h para. 1 in conjunction with § 281 para. 1 and 2 ABGB; § 1901 para. 3 BGB).⁴⁰

E. Control

Contrary to a guardian, an attorney is in general not subject to a court. In Germany an attorney sometimes needs, just as a guardian, judicial approval for certain measures. That is the case with

- deprivations of liberty,
- compulsory treatment (§ 1906 BGB),
- medical treatments (§ 1904 BGB), if the attorney and attending doctor do not agree about the will of the patient and if there is a reasonable danger that the medical treatment could cause the death or severely damage the health of the patient and
- several matters concerning property (§§ 1821f and 1907f).⁴¹

In Austria, an attorney never needs judicial approval. Only in cases of proven abuse can a court or guardian cancel the EPoA.

F. Registration

The coming into effect as well as the termination, revocation and cancellation of EPoAs can be registered in the Austrian Central Substitution Register (*Österreichisches Zentrales Vertretungsverzeichnis*; ÖZVV; § 140h *Notariatsordnung*).⁴² This register is operated by the Austrian Notary Chamber (*Österreichische Notariatskammer*) and the registration is completely optional.

Although the registration of the coming into effect is only possible with a personal medical attendance report from a physician which declares that the principal has lost decision-making capacity, the registration is not a premise for the coming into effect of the EPoA.

The Austrian Central Substitution Register only shows the number of EPoAs currently registered. But as there is no legal obligation to register EPoAs, the actual number in Austria is unknown. Furthermore the Austrian Central Substitution Register does not provide information on how many of the registered EPoAs came into effect or how many are actually being used. This certainly means that many more EPoAs exist than are registered. A similar problem occurs regarding the Substitution by Family Members.

39 ErlRV 1420 BlgNR 22. GP 29; Ganner in Barth/Ganner 369.

40 Albrecht in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberger 47 et seq; Barth/Ganner in Barth/Ganner 92 et seqq; Kieß in Jurgeleit, Betreuungsrecht³ § 1901 BGB Rn 34 et seqq, 39.

41 BT-Drucks. 16/8442, 19.

42 Ganner in Barth/Ganner 374.

At the end of 2013 some 36,302 EPoAs were registered in the ÖZVV, whilst in Germany the number is approximately 2.2 million.⁴³ Given that registration in Germany is also optional, one could reasonably expect the number of unregistered EPoA's to also be in the millions. Since 2005, there has been a Central Register for Advanced Instruments at the German Federal Chamber of Public Notaries on a statutory basis (§§ 78a–c *Bundesnotarordnung*).⁴⁴

G. Registration

Being in possession of clear decision-making ability is not necessary to revoke an EPoA in Austria.⁴⁵ Rather, the capacity to simply build a natural will and to express that (*Äußerungsfähigkeit*) is sufficient for this to occur. This can lead to problems as this makes it relatively easy to revoke an EPoA, however once revoked the person without mental capacity is unable to renew the former EPoA. If an EPoA is revoked a normal mandate still exists, because the revocation of mandates according to §§ 1002 et seq ABGB requires decision-making capacity. But with a normal mandate an attorney is not able to make important decisions whereas usually a guardian has to be appointed.

By contrast, in Germany the revocation of an EPoA requires the same decision-making capacity as its execution.⁴⁶

VI. Conclusion

In general, there are very few specific differences in the regulations concerning EPoAs when comparing German and Austrian law. Both kinds of "Vorsorgevollmacht" are mainly designed with family members or other persons close to the grantor in mind. On the one hand, it is more difficult to execute an EPoA in Austria than in Germany because of the numerous formal requirements. On the other hand the high formal requirements in Austria lead to more autonomy for the attorney than is provided for in Germany (no judicial approvals even for important issues).

An EPoA is an important instrument which helps with the implementation of the CRPD into national law. As an instrument of self-determined substituted decision-making (the main purpose of the CRPD is the autonomous and therefore if necessary substituted decision-making) it is recognised as the best practice model to safeguard the autonomy of people suffering the deprivations of age and those with other disabilities. Many of the employed supported decision-making models, such as *Circle Networks* (New Zealand), *Microboards* (Canada),⁴⁷ *Personal Ombudsman* (Sweden), *Personal Assistance*, *Person of Trust* (Belgium and Austria)⁴⁸ and especially the *Representation Agreement* (British Columbia, Canada)⁴⁹ work in a similar way or do not offer more autonomy

43 Information of the *Österreichische Notariatskammer* and *Deinert*, *Betreuungszahlen* 2012, *BtPrax* 2013, 242 (the figure here is not current as the German data is from 30.9.2013)

44 <http://www.vorsorgeregister.de/> (31. 1. 2015).

45 *ErlRV* 1420 *BlgNR* 22. GP 4; *Ganner* in *Barth/Ganner* 363.

46 *Coeppicus*, *Patientenverfügung* 121, 133.

47 *Circle Networks* and *Microboards* are counsel group made up of family members, friends, social workers and other supporters who give the person with disabilities the necessary information and help to assist the person to make a "reasonable" decision on his or her own.

48 *Personal Ombudsman*, *Personal Assistance* and *Person of Trust* are usually individual persons who support the individual with disabilities and encourage him or her to make "reasonable" decisions on his or her own.

49 The *Representation Agreement* is an EPoA with two modes: the "standard powers" and the "broader powers" (also called non-standard provisions). The "standards powers" come into effect without the legally effective consent of the grantor. Decision-making capacity is not necessary. Its scope is restricted to not very important mat-

than an EPoA.⁵⁰ From this author's point of view it is, therefore, the most suitable instrument to accomplish the purposes of the CRPD as far as it concerns the aged, people with progressive degenerative illnesses or people with physical or mild intellectual disabilities.⁵¹ It is a widely known legal instrument in most countries and useable on an international level.⁵²

Obstacles for a wider-spread use in Austria seem to stem from the following: the form recommended by the Ministry of Justice is quite complicated; hence people are discouraged from executing an EPoA. Although one could argue that a declaration designed to cover such a wide range of often serious and unforeseen events in a person's future should be necessarily complicated.⁵³ Some people are also discouraged by the costs which arise from the execution of an EPoA by an attorney or notary. It was found that an EPoA is still not that well known in Austria. Austrians are generally not well informed about the instruments they can set up (EPoA, Living Will). Additionally, Austrians – perhaps to a greater degree than people in other countries – seem to be unwilling to take their future into their own hands, but rather prefer to rely on state institutions to take care of their problems if and when they arise.

In Germany, it may be seen as a weak point of an EPoA that attorneys who are family members may operate without sufficient checks and balances⁵⁴ whilst on the other hand, attorneys-at-law do not have enough personal contact with the principal.⁵⁵

Nevertheless, in general an EPoA is an appropriate and valuable instrument to both increase and improve autonomous decision-making for people with disabilities and should therefore be more heavily promoted within the implementation process of the CRPD.

ters. The “broader powers” enables the attorney to also decide about institutionalisation and termination of life sustaining measures, but require legally effective consent of the grantor; see *Lipp/Bagniewski/Dankert/Newell*, Das Representation Agreement in British Colombia (Kanada) – ein Modell für Deutschland? BtPrax 2013, 217.

50 For more information about these models see *Ganner*, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung, iFamZ 2014, 67

51 For other people with severe mental disabilities other instruments, including substituted decision-making, may be necessary.

52 The Hague Convention on the International Protection of Adults (13. 1. 2000) provides regulations determining which national law is applicable, see *Lipp in Rixecker/Säcker/Oetker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch X⁶ (2015) Art 24 EGBGB Anh I, ErwSÜ.

53 A number of forms may be found on the internet; the official form of the Austrian Ministry of Justice may be available at: http://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c948485246bff6f0124b96dd98b412f.de.0/formular_vorsorgevollmacht.pdf (31. 1. 2015).

54 E.g. *Löhnig in Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberger* 24 et seqq.

55 In Austria no distinction is made between attorneys-at-law and notaries, who are obliged to assume no more than five guardianships by law (§ 274 Abs 2 ABGB). The legal application against this rule with the argument that this is “forced labour” and therefore a violation of Art 4 Abs 2 ECHR was rejected by the European Court of Human Rights; EGMR 18. 10. 2011, 31950/06, *Graziani-Weiss*.

Haftungsprivilegierung des Hostproviders oder Medieninhaberschaft – tertium non datur

Elisabeth Staudegger*, Universität Graz

Kurztext: Presseunternehmen nutzen neben den Printmedien durchwegs auch die Möglichkeit, im Internet präsent zu sein.¹ Dabei wird LeserInnen häufig angeboten, Kommentare zu Artikeln abzugeben oder auch eigene Beiträge auf die Plattform hochzuladen. Das wirft die Frage auf, inwieweit Medienunternehmen als PlattformbetreiberInnen für diese Inhalte Dritter haften. Das Thema „Medieninhaberschaft und Providerprivilegierung“ wurde in mehreren höchstgerichtlichen Entscheidungen bereits behandelt, die allerdings (zT wohl aufgrund zeitlicher Nähe) nicht aufeinander Bezug nehmen. Der folgende Beitrag klärt die Rechtslage auf Basis des österr Rechts, stellt die einschlägige Rechtsprechung des EuGH und OGH dar und gibt unter Berücksichtigung von Lehrmeinungen eine Antwort auf die oben gestellte Frage.

Normen: EC-RL 2000/31/EG: Art 14, ECG: § 16; MedienG: § 1 Abs 1 Z 5a lit b, § 1 Abs 1 Z 8 lit c und d; §§ 6 ff.

Schlagworte: Medienrecht; E-Commercerecht; Providerhaftungsprivileg; Hosting; Hostprovider; Medium; Medium, elektronisches; Medienunternehmen; Medieninhaber, Verantwortlichkeit.

I. Einleitung

Im September 2014 hat der Gerichtshof der Europäischen Union in der Rs *Papasavvas* für ein Presseunternehmen, das seine Inhalte sowohl im Print- als auch im Onlinemedium publiziert, die Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Providerhaftungsprivilegierung bezüglich des Onlinemediums abgelehnt.² Zeitlich nahe qualifizierte der 4. Senat des OGH in einem Sicherungsverfahren die Stellung des Medieninhabers eines Printmediums, der gleichzeitig Betreiber eines Onlinemediums ist, in dem Dritte Inhalte veröffentlichen können, derart, dass bezüglich des Printmediums Medieninhaberschaft und damit volle Verantwortung für die Inhalte attestiert wurde, während sich dieselbe Beklagte als Betreiberin des Onlinemediums bezüglich der Inhalte Dritter auf das

* Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Staudegger ist Professorin am Institut für Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtsinformatik der Universität Graz.

1 Vgl zB <http://www.krone.at/>; <http://kurier.at/>; <http://diepresse.com/>; <http://derstandard.at/>; an Regionalmedien zB <http://www.kleinezeitung.at/> oder <http://www.salzburg.com/>. Viele MedieninhaberInnen bieten (registrierten) NutzerInnen das Hochladen eigener Beiträge schon auf der Startseite an; zB die Kronen Zeitung mit dem „krone.at-Forum“; Kurier und Presse unter „Meinung“/Kommentare, Blogs uÄ; derStandard unter „Blogs“. Die Salzburger Nachrichten publizieren unter „Meinung“ die Kommentare und Standpunkte der JournalistInnen der Salzburger Nachrichten, bieten Dritten aber ein „Salzburgwiki“ an.

2 EuGH 11. 9. 2014, C-291/13, *Papasavvas* *jusIT* 2015/4 (Staudegger).

Haftungsprivileg des Hostproviders stützen könne.³ Etwas länger zurückliegend hat ein Straf-senat des OGH sich in zwei (inhaltlich gleichlautenden) Entscheidungen differenziert mit der Haftung für APA-OTS-Inhalte⁴ befasst und dabei Kriterien für das Vorliegen der Medieninhaberschaft bzw des Providerhaftungsprivilegs formuliert.⁵ Die genannten Fälle behandeln also dasselbe Thema: Die Haftung des Medieninhabers für Online-Inhalte. Sie sollen vergleichend dargestellt und einer Gesamtbetrachtung unterzogen werden, um so die eingangs gestellte Frage nach der Haftung für Inhalte Dritter auf Plattformen, die von Medienunternehmen betrieben werden, beantworten zu können.

II. Rechtsgrundlagen

Bei der Untersuchung der Verantwortlichkeit des Presseunternehmens, das auch Inhalte Dritter auf seinem Onlinemedium ermöglicht und zugänglich macht, ist zunächst die materiell-rechtliche Haftungsgrundlage zu eruieren. Sie ist in erster Linie⁶ im MedienG⁷ verankert. Liegt danach grundsätzlich eine Verantwortlichkeit vor, ist weiters zu prüfen, ob sich das Presseunternehmen als Diensteanbieter auf die in §§ 13 ff ECG⁸ normierten Haftungsprivilegierungen berufen kann.⁹

A. MedienG

Das MedienG legt in § 1 die wesentlichen Termini¹⁰ des Rechtsbereichs fest, darunter das „Medium“ (§ 1 Abs 1 Z 1), das „Medienunternehmen“ (§ 1 Abs 1 Z 6) und den „Medieninhaber“ (§ 1 Abs 1 Z 8), gegen den insb nach den Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz (§§ 6 ff MedienG) Ansprüche wegen Verletzung näher bestimmter Rechtsgüter geltend gemacht werden können und der für Impressum (§ 24 MedienG) und Offenlegung (§ 25 MedienG) verantwortlich ist. Für das hier behandelte Thema ist die MedienG-Novelle 2005¹¹ von besonderer Bedeutung, weil durch sie Internet-Medien ausdrücklich ins MedienG einbezogen wurden.¹² § 1 Abs 1 Z 5a definiert das

3 OGH 4 Ob 140/14p jusIT 2015/5 (Staudegger).

4 APA-OTS ist ein multimediales Portal für Presseausstrahlungen, das von der APA-OTS Originaltext-Service GmbH, einem Unternehmen der Austria Presse Agentur, betrieben wird.

5 OGH 15 Os 34/10d jusIT 2010/84 (Bergauer) = ÖJZ EvBl 2010/128 (EvBl-Redaktion); inhaltlich gleichlautend mit OGH 26. 5. 2010, 15 Os 8/10f und daher von Bergauer in jusIT 2010/84 in einem besprochen.

6 Für manche Medien, wie zB den Rundfunk, gelten ergänzend Sonderbestimmungen wie insb das BVG vom 10. 7. 1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks BGBl 1974/396 (BVG-Rundfunk), das BG über den Österreichischen Rundfunk (ORF-Gesetz, ORF-G) BGBl 1984/379 (Wv) idF BGBl 1986/612 (DFB) und BGBl I 1999/194 (DFB) und das BG, mit dem Bestimmungen für privaten Hörfunk erlassen werden (Privatradiogesetz – PrR-G) BGBl I 2001/20 sowie für audiovisuelle Medien das BG über audiovisuelle Mediendienste (Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz – AMD-G) BGBl I 2001/84 idF BGBl I 2013/84. Bzgl anderer als Medieninhaltsdelikte liegt eine eventuelle Verantwortlichkeit in den jeweiligen Materiengesetzen (zB UrhG, DSG 2000 usf) begründet. Der Beitrag fokussiert jedoch in weiterer Folge auf das MedienG.

7 BG vom 12. 7. 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz – MedienG) BGBl 1981/314 idF BGBl I 2014/101.

8 BG, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG) BGBl I 2001/152. Promulgationsorgan? Das ECG wurde seit der Stammfassung aus 2001, mit der die EC-RL 2000/31/EG umgesetzt wurde, noch kein einziges Mal geändert.

9 ErlRV 817 BlgNR 21. GP, zu § 13 Pkt 1 Abs 3: „Die Richtlinie regelt auch nicht die Haftung oder Verantwortlichkeit dieser Anbieter, sondern setzt eine solche – auf der Grundlage der jeweils anwendbaren Rechtsvorschriften des Zivil- oder Strafrechts – voraus.“

10 Wie Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll (Hrsg), Mediengesetz. Praxiskommentar³ (2012) § 1 Rz 1 richtig hervorhebt, handelt es sich bei den in § 1 „definierten“ Begriffen um sog „Nominaldefinitionen“, die eigentlich keine inhaltliche Festlegung der Begriffe vornehmen, sondern auf Basis von bekannter Begrifflichkeit lediglich eine Klarstellung hins der Verwendung der Termini im gegenständlichen Kontext trifft.

11 BGBl I 2005/49.

12 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 1.

„periodische elektronische Medium“ als Medium, das auf elektronischem Wege lit a) ausgestrahlt wird (Rundfunkprogramm) oder lit b) abrufbar ist (Website) oder lit c) wenigstens vier Mal im Kalenderjahr in vergleichbarer Gestaltung verbreitet wird (wiederkehrendes elektronisches Medium). Den Kern der Neuregelung bildenden die in lit b erfassten Websites, die als „pull-medium“ charakterisiert sind¹³ und die in lit c grundsätzlich umschriebenen elektronischen Newsletter.¹⁴ Im Übrigen fußen die Neuregelungen auf dem bisherigen Verständnis des MedienG.¹⁵

Der zentrale Begriff des MedienG ist das „Medium“. An ihm setzen die weiteren Termini an. Das „Medium“ ist wiederum inhaltlich sehr breit angelegt und umfasst *expressis verbis* auch Websites. Wittmann/Zöchbauer definieren den Begriff umfassend als „Mittel zur Verbreitung von Information“, binden ihn aber ganz grundsätzlich an eine „publizistische Funktion“ und grenzen davon deutlich die bloße Zurverfügungstellung technischer Infrastruktur ab.¹⁶ Damit kann nach Ansicht der Autoren eine Website zwar ein Medium sein, wenn sie der Informationsvermittlung dient, aber: „Plattformen, die ausschließlich der Transaktion, also Abwicklung von technischen Vorgängen oder Verkaufsvorgängen dienen, fallen nicht unter den Medienbegriff“. ¹⁷ Ist der Zugriff auf Websites nur einem bestimmten, kleinen Nutzerkreis möglich, scheidet deren Qualifikation als Medium schon mangels Öffentlichkeit aus.¹⁸ Man kann damit festhalten, dass grundsätzlich alle frei zugänglichen Websites mit publizistischer Ausrichtung „Medien“ sind.

Jedoch gelten für solche Websites, die keinen über die Darstellung des persönlichen Lebensbereiches oder die Präsentation des Medieninhabers hinausgehenden Informationsgehalt aufweisen, der auch noch geeignet ist, die öffentliche Meinungsbildung zu beeinflussen – also zB private oder rein werbende (auch als sog „werbliche“ Webauftritte bezeichnet) Websites – erleichterte Bedingungen, die insb Gegendarstellungen oder Offenlegungspflichten betreffen.¹⁹ Wird allerdings die Darstellung der persönlichen/unternehmerischen Ziele und Aktivitäten mit der Darstellung publizistischer Inhalte, wie zB gesellschafts- oder kulturpolitischer Themen, verbunden, so genießt diese Website nicht mehr die genannten Privilegierungen.²⁰

Besonders bedeutend ist im gegebenen Zusammenhang, wie die Medieninhaberschaft an einer Website definiert ist. Auch hier erfolgte mit der MedienG-Novelle 2005 eine Klarstellung: „Medieninhaber“ iSv § 1 Abs 1 Z 8 MedienG ist – neben dem Medienunternehmen oder Mediendienst (lit a) und der Gestaltung und Verbreitung eines Medienwerks (lit b) – wer nach lit c „sonst im Fall eines elektronischen Mediums dessen inhaltliche Gestaltung besorgt und dessen Ausstrahlung, Abrufbarkeit oder Verbreitung entweder besorgt oder veranlasst“ oder (als Auffangtatbestand) wer nach lit d „sonst die inhaltliche Gestaltung eines Mediums zum Zweck der nachfolgenden Ausstrahlung, Abrufbarkeit oder Verbreitung besorgt“. Die ErlRV erklären dazu, dass die Eigenschaft des Medieninhabers grundsätzlich immer für den begründet wird, der die inhaltliche Gestaltung für das jeweilige Angebot vornimmt.²¹ Daher sei bei moderierten Diskussionsforen derjenige Medieninhaber, der die Auswahl der Diskussionsbeiträge besorgt und dem es möglich ist, den

13 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 4.

14 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 5.

15 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 4.

16 Wittmann/Zöchbauer in Röggla/Wittmann/Zöchbauer (Hrsg), Medienrecht. Praxiskommentar (2012) § 1 Rz 3.

17 Wittmann/Zöchbauer in Röggla/Wittmann/Zöchbauer, Medienrecht § 1 Rz 3 aE.

18 Noll in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Mediengesetz³ § 1 Rz 48 (Seite 48).

19 Vgl § 21 und § 25 Abs 5 MedienG.

20 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 25.

21 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 6 f.

Umfang der verbreiteten Beiträge inhaltlich zu steuern.²² Auch die Providertypen werden genannt und deutlich unterschieden: „Access und Service Provider sind daher solange keine Medieninhaber als sie nicht selbst auch Content Provider sind, die die inhaltliche Verantwortung für den ‚Content‘ tragen.“²³ Bei Websites ist „im Falle periodischer elektronischer Medien, die nicht von einem Medienunternehmen ausgehen“, die inhaltliche Gestaltung und Abrufbarkeit entscheidend. Es wird aber betont: „Hervorzuheben ist neuerlich, dass auch nach dem Mediengesetz die bloße Einräumung der technischen Zugriffsmöglichkeit nicht schon die Eigenschaft des Medieninhabers begründet.“²⁴

Trotz der Erklärungsversuche des Gesetzgebers in den ErlRV bleiben wesentliche Fragen im gegebenen Zusammenhang unklar. Denn § 6 Abs 2 Z 3a, § 7 Abs 2 Z 5, § 7a Abs 3 Z 5, § 7b Abs 2 Z 4a und § 7c Abs 2 (letzterer unter Verweis auf § 7a Abs 3) MedienG sehen jeweils vor, dass kein Anspruch auf zivilrechtliche Entschädigung besteht, „wenn es sich um die Abrufbarkeit auf einer Website handelt, ohne dass der Medieninhaber oder einer seiner Mitarbeiter oder Beauftragten die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat“. Berka interpretiert diese Normen, die von der verschuldensunabhängigen Verantwortung der Medieninhaber für den Persönlichkeitsschutz abweichen, eingrenzend als Haftungserleichterung, die nur Inhalte Dritter, wie insb Beiträge in Online-Diskussionsforen, -Gästebüchern und -Leserbriefen²⁵, aber auch Online-Archive²⁶ betreffe.²⁷ Koziol stimmt dem grundsätzlich zu, wendet jedoch ein, dass die Gleichsetzung von Medieninhaber und Contentprovider dann aber nicht stichhaltig sei, denn bei Beiträgen Dritter handle es sich eben nicht um „eigene“ Beiträge des Medieninhabers. Damit ergäbe sich die unerfreuliche Konsequenz, dass der Plattformbetreiber als Medieninhaber das Website-Privileg gerade nicht in Anspruch nehmen könne, gehe es aber um Äußerungen Dritter, falle die Medieninhaberschaft und in der Folge die Anwendbarkeit des MedienG (damit auch die Haftungserleichterung) überhaupt weg.²⁸ Koziol plädiert unter Rückgriff auf die Materialien und die thematische Nähe zu Rundfunk-Live-Sendungen in teleologischer Auslegung dafür, die für die Medieninhaberschaft vorausgesetzte Besorgung der inhaltlichen Gestaltung weit zu verstehen und zB schon die vom Medieninhaber initiierte Vermittlung fremder Inhalte einzubeziehen. Der „Website-Medieninhaber“ nehme so eine Zwischenstellung zwischen Content- und Hostprovider ein, wobei die im MedienG vorgeschriebene „gebotene Sorgfalt“ nach den ErlRV am ECG zu messen sei.²⁹ Damit ginge der Gesetzgeber aber offenbar doch von der Anwendung der Providerprivilegien auf den Website-Medieninhaber aus – eine Lösung, die dem „Grenz- und Mischbereich“ gerecht werde, „der weder dem einen noch dem anderen Anwendungsgebiet völlig zuzuordnen ist“.³⁰ Die Privilegierung soll nach Koziol allerdings nur für Echtzeitkommunikation gelten.³¹

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber unbestreitbar Websites mit publizistischer Funktion grundsätzlich ausdrücklich in den Regelungsbereich des MedienG aufnimmt

22 Zu diesem Ergebnis kommt auch die Rechtsprechung zu OGH 6 Ob 119/11k, *Frau Hauptmann*, *jusIT* 2012/61 (*Mader*) = *ecolex* 2012/367 (*Anderl*) = *ÖJZ* EvBl-LS 2012/157 (*Rohrer*).

23 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 6.

24 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 7.

25 Berka in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, Mediengesetz³ § 6 Rz 40 ff (Rz 42).

26 Berka in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, Mediengesetz³ § 6 Rz 43.

27 Ebenso Zöchbauer in *Röggla/Wittmann/Zöchbauer* (Hrsg), Medienrecht. Praxiskommentar (2012) § 1 Rz 7.

28 Koziol, Providerhaftung nach ECG und MedienG, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz in elektronischen Massenmedien (2012) 41 (43 ff).

29 Koziol in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* 46.

30 Koziol in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* 46.

31 Koziol in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* 47.

und die Medieninhaberschaft (und damit medienrechtliche Verantwortung) dem auferlegt, der die inhaltliche Gestaltung der Website besorgt. Die bloße Einräumung der technischen Zugriffsmöglichkeit begründet (und auch das ist letztlich unstrittig und entspricht den unionsrechtlichen Vorgaben, die der nationale Gesetzgeber ausdrücklich berücksichtigt³²) jedoch nicht schon die Eigenschaft des Medieninhabers. Doch kommen bei Website-Inhalten hinsichtlich der in §§ 6 ff MedienG genannten Persönlichkeitsrechtsverletzungen Haftungserleichterungen zum Tragen, die die Lehre veranlasst, eine „Website-Medieninhaberschaft“ zu verorten, die zwischen Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung liegen soll. Ob diese Privilegierung auch für eigene Inhalte des Website-Medieninhabers gilt, ist umstritten, wird aber eher abgelehnt. Unstrittig ist jedoch, dass der Medieninhaber hinsichtlich rechtsverletzender Inhalte Dritter haftungsbegünstigt ist, weil eine Sorgfaltsverletzung vorausgesetzt wird.

Abschließend ist anzumerken, dass das österr MedienG (im menschen- und grundrechtlichen Rahmen) genuin nationaler Rechtsbestand ist und nicht auf unionsrechtlichen Vorgaben beruht. Nationales Recht findet aber bekanntlich stets dort seine Grenze, wo es gegen Unionsrecht stoßen würde.

B. E-Commerce Gesetz

Sind die Haftungsvoraussetzungen eines Materiengesetzes erfüllt, muss das noch nicht bedeuten, dass tatsächlich eine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit besteht. Denn für Anbieter von sog „Diensten der Informationsgesellschaft“ sehen §§ 13 ff ECG in Umsetzung der Vorgaben der EC-RL 2000/31/EG³³ diverse Privilegierungen vor. So normiert insb § 16 ECG den „Ausschluss der Verantwortlichkeit des Diensteanbieters bei Speicherung fremder Inhalte (Hosting)“: Nach Abs 1 ist der Hostprovider, der von einem Nutzer eingegebene Informationen speichert, für diese gespeicherten Informationen nicht verantwortlich, sofern er nach Z 1 „von einer rechtswidrigen Tätigkeit oder Information keine tatsächliche Kenntnis hat und sich in Bezug auf Schadenersatzansprüche auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen eine rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird“, oder nach Z 2 „sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewusstsein erhalten hat, unverzüglich tätig wird, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren“. Nach Abs 2 ist Abs 1 nicht anzuwenden, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird. Die ErlRV stellen klar, dass neben dem klassischen sog „Webhoster“ (der ausschließlich die technische Infrastruktur zur Verfügung stellt), auch ein Anbieter in den Genuss der Regelung kommen kann, der es Nutzern ermöglicht, ihre Informationen auf seinem Dienst der Informationsgesellschaft einzugeben und nennen als Beispiel ausdrücklich *„etwa ein Medienunternehmen, das Kommentare und ‚Leserbriefe‘ von Nutzern zu bestimmten Nachrichten oder Artikeln online publiziert“*.³⁴ § 18 ECG verbietet einerseits, den privilegierten Providern allgemeine Prüfungspflichten aufzuerlegen (Abs 1) und regelt andererseits, dass und inwieweit sie über die Identität von Rechtsverletzern Auskunft zu geben bzw an der Aufklärung der Rechtsverletzungen mitwirken müssen (Abs 2–5). § 19 ECG normiert schließlich, dass die Haftungsprivilegierungen nicht verhindern, dass ein Gericht oder eine Behörde dem

32 Vgl ErlRV 784 BlgNR 22. GP 6.

33 RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABI L 2000/178, 1.

34 ErlRV 817 BlgNR 21. GP zu § 13 Pkt 1 Abs 4.

Diensteanbieter die Unterlassung, Beseitigung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung auftragen kann. Letzteres gilt nach § 19 Abs 2 ECG *expressis verbis* auch für Provider, die ihre Dienste unentgeltlich bereitstellen.

Der „Ausschluss der Verantwortlichkeit“ betrifft sowohl das Schadenersatzrecht als auch das Strafrecht.³⁵ Ebenso deutlich wird aus § 19 ECG, dass ein Unterlassungsbegehren von den Bestimmungen zur Haftungsprivilegierung unberührt bleibt.³⁶

Anzumerken ist, dass das ECG in Umsetzung der EC-RL 2000/31/EG geschaffen und seit seinem Inkrafttreten inhaltlich³⁷ noch kein einziges Mal geändert wurde. Auch die EC-RL wurde bislang nicht novelliert,³⁸ jedoch hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Haftungsprivilegierung des Hostproviders bereits mehrfach Stellung genommen.³⁹ Dieser höchstgerichtlichen Auslegung kommt bekanntlich unionsweit bindende Wirkung zu. Sie ist daher im Folgenden besonders zu beachten.

C. Medieninhaberschaft neben Hostproviderprivilegierung?

Die Darstellung einschlägiger Rechtsgrundlagen macht deutlich, dass die Haftung des Presseunternehmens für auf seiner Website eingestellte Inhalte Dritter an der Schnittstelle von Medienrecht und E-Commerce-Recht liegt. Während das eine den Besonderheiten der (grundrechtlich abgesicherten) Medien- bzw Kommunikationsfreiheit dient⁴⁰, soll das andere vor allem auch dazu beitragen, das Funktionieren des digitalen Binnenmarktes abzusichern.⁴¹ Im Kern beider Regelungen stehen letztlich Haftungserleichterungen für Websitebetreiber. *Koziol* sieht sich nun veranlasst, dem „Website-Medieninhaber“ eine Sonderstellung zuzuerkennen: „*Der im MedienG angesprochene Website-Medieninhaber hat daher eine Zwischenstellung zwischen einem Content- und einem Host-Provider*“ und daher seien „*beide Regelungen zu kombinieren*.“⁴² Kann aber der Medieninhaber tatsächlich gleichzeitig Hostprovider sein? Widerspricht dieses Auslegungsergebnis nicht der ausdrücklich geäußerten Meinung in den ErlRV, wonach die Regelungskomplexe einander „weitestgehend ausschließen“?

Dieses Ergebnis muss bezweifelt werden. Denn zunächst bleibt das Faktum aufrecht, dass in den genannten Bestimmungen zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen auf Websites im Gesetzestext selbst kein Hinweis auf die Einschränkung der Haftungsbegünstigung auf Inhalte Dritter erkennbar ist. Die von *Berka* und *Koziol* vorgenommene, teleologisch begründete Reduktion des „überschießenden Inhalts“ überzeugt daher nicht. Sie ist bei näherer Untersuchung auch aus systematischer Sicht nicht aufrecht zu erhalten. Gerade weil der Gesetzgeber in den einschlägigen Bestimmung in unmittelbarem Konnex sowohl Inhalte Dritter behandelt, als auch Live-Sendungen

35 ErlRV 817 BlgNR 21. GP zu § 16 Pkt 1 Abs 1.

36 So im Wortlaut § 19 Abs 2 ECG, der §§ 13–18 ECG insgesamt miteinbezieht.

37 Die bislang einzige Änderung, BGBl I 2015/34, tritt mit 1. 1. 2016 in Kraft und betrifft § 21 Z 4 ECG und betrifft die Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip in Bezug auf Versicherungsunternehmen.

38 Mit Ausnahme einer Berichtigung in italienischer Sprache liegen keine Folgedokumente vor.

39 Insb EuGH 23. 3. 2010, C-236/08, *Google France und Google* MR 2010, 169 (*Noha*); EuGH 22. 9. 2011, C-323/09, *Interflora* ÖBl 2011/75 (*Fehringer*); EuGH 12. 7. 2011, C-324/09, *L'Oréal ua* jusIT 2011/78 (*Staudegger*) = MR-Int 2011, 106 (*Burgstaller*) = ÖBl-LS 2012/10 (*Schumacher*) sowie zuletzt EuGH 11. 9. 2014, C-291/13, *Papasavvas* jusIT 2015/4 (*Staudegger*).

40 Dazu ausf *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, Mediengesetz³ Einleitung, Exkurs II, Rz 5 ff.

41 ErlRV 817 BlgNR 21. GP zu § 13 Pkt 1 Abs 2.

42 *Koziol* in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* 46.

des Rundfunks gesondert normiert, verbietet sich mE die Verkürzung des Wortlauts bzgl Websites. Man muss dem demokratisch legitimierten Organ zugestehen, die drei Fälle Rundfunk, Fremdzitat und Website als regelungsbedürftig erkannt und (zeitlich verschoben) durchaus unterschiedlich geregelt zu haben. So ist der Haftungsausschluss für Rundfunk-Live-Sendungen *expressis verbis* an die Einhaltung der „journalistischen Sorgfalt“ gebunden, während bzgl Websites die „gebotene Sorgfalt“ gefordert ist. Von einer für eine Rechtsfortbildung im Wege einer teleologischen Reduktion vorausgesetzten planwidrigen Regelungslücke kann daher nicht ausgegangen werden. Noch schwerer wiegt, dass der Ausschluss der Verantwortlichkeit für Äußerungen eines Dritten in den Gesetzesstellen ausdrücklich normiert ist und daran gebunden wird, dass es sich um eine wahrheitsgetreue Wiedergabe der Äußerung eines Dritten handelt und ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis der zitierten Äußerung bestand. Auch gilt diese Ausnahme nur für den Persönlichkeitsschutz gegen Üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung und Verleumdung (§ 6 Abs 2 Z 4 MedienG) und für den Schutz der Unschuldsvermutung (§ 7b Abs 2 Z 5 MedienG). Hingegen ist der Medieninhaber bzgl Äußerungen Dritter nicht auch bei Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches (§ 7 MedienG), des Schutzes vor Bekanntgabe der Identität in besonderen Fällen (§ 7a MedienG) und des Schutzes vor verbotener Veröffentlichung (§ 7c MedienG) haftungsbefreit. Jedoch genießt er bei allen letztgenannten Tatbeständen die Haftungserleichterung, wenn die Verletzung in einer Live-Sendung oder auf einer Website stattfindet. Und schließlich sind die immer wieder angeführten Aussagen in den Erläuterungen mangels Deckung im Gesetzeswortlaut wenig überzeugend; sie könnten auch bloß beispielhaft gemeint gewesen sein.

Zusammengefasst erlaubt mE die differenzierte Ausgestaltung der einzelnen Tatbestände durch den Gesetzgeber nicht, den Wortlaut der Norm mit Blick auf die anderen Regelungsgegenstände teleologisch zu verkürzen. Das Ergebnis, das eine zwischen Medieninhaberschaft und Hostprovider-eigenschaft verortete dritte Qualifikation mit eigener rechtlicher Qualität kreiert, scheint auch gar nicht erforderlich.

Was die exakte Zuordnung so schwierig macht, ist die jeweilige Terminologie, die Ergebnisse zulässt, bei denen es scheint, als wären Äpfel mit Birnen verglichen worden. Dabei ist das kumulative Zusammentreffen anwendbarer Rechtsvorschriften für JuristInnen nichts Außergewöhnliches und mit den Grundätzen der *lex specialis*- bzw *lex posterior*-Regel auch durchaus bewältigbar – vorausgesetzt, die jeweilige Terminologie wird strikt eingehalten. Mit diesen Vorgaben ist zunächst festzuhalten, dass das MedienG in seiner Stammfassung aus dem Jahr 1981 als modernes Recht der Massenmedien das Pressegesetz ablösen und insb Art 10 EMRK gewährleisten sollte.⁴³ Die Novelle 1992⁴⁴ diente dabei der verstärkten Berücksichtigung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes und brachte ua die hier bereits thematisierte gesetzliche Verankerung des sog „Zitatenschutzes“ (Äußerungen Dritter) und die Einschränkung der medienrechtlichen Verantwortlichkeit bei Live-Sendungen im Rundfunk. Am 1. 1. 2002 trat das ECG in Kraft.⁴⁵ Es setzt als monolithisch konstruierter Block die Vorgaben der EC-RL 2000/31/EG in Österreich um. Dazu zählt insb auch die Normierung der Providerhaftungsbegünstigungen in §§ 13 ff ECG. Dreieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des ECG reagierte der österr Gesetzgeber mit der MedienG-Novelle 2005 auf die technischen Entwicklungen im Internet und führte dazu die hier thematisierten Regelungen bzgl Websites ein.⁴⁶ Es kann also kein Zweifel daran bestehen, dass die Bestimmungen zur

43 Ausf zur Entwicklung des österr Medienrechts Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Mediengesetz³ Einleitung 1 ff.

44 BGBl 1993/20.

45 § 28 ECG.

46 BGBl I 2005/49.

Haftungserleichterung für Medieninhaber einer Website als *lex specialis* und als *lex posterior* die Haftung des Website-Medieninhabers abschließend determinieren: Der Website-Medieninhaber ist für – „eigene“ wie „fremde“ – rechtsverletzende Inhalte auf der Site nach §§ 6 ff MedienG bei Verletzung der gebotenen Sorgfalt verantwortlich. Platz für ein Drittes (und auch die Notwendigkeit dafür, wie noch zu zeigen ist) gibt es nicht.

Dennoch besteht, wie *Koziol* richtig feststellt, inhaltlich ein enger Konnex; denn die ErlRV zu den Haftungserleichterungen beziehen ausdrücklich die Handhabung der Inhalte Dritter und die Providerprivilegierungen nach dem ECG mit ein.⁴⁷ Hingegen vermeidet der Gesetzestext im finalen Wortlaut der Norm sowohl den Bezug zum ECG als auch die Einschränkung auf Dritte und konzentriert die Verantwortlichkeit des Website-Medieninhabers insgesamt auf die „gebotene Sorgfalt“. Diese ist von der „journalistischen Sorgfalt“ deutlich abgegrenzt, soll jedoch wie jene in der Rsp entwickelt werden.⁴⁸ Lediglich als Richtschnur also verweisen mE die ErlRV auf den Hostprovider und Linksetzer sowie auf das in § 18 ECG normierte Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht. Die Erläuterungen enden mit dem Hinweis darauf, dass die Anwendbarkeit der §§ 6 ff MedienG und die Freistellungen des ECG für Hostprovider einander, wie bereits erwähnt, „weitestgehend ausschließen“.⁴⁹

Und damit schließt sich ein Kreis, den *Koziol* selbst erkannt und betont hat, dass nämlich die EC-Haftungsfreistellungen sich mit österr Recht decken können und dann im Ergebnis gar keine Privilegierung, sondern eine Bestätigung der österr Haftungsregeln sind.⁵⁰ Die in der EC-RL begründeten unionsrechtlich notwendigen Privilegierungen für Provider waren selbstverständlich in österr Recht umzusetzen. Das bedeutet aber nicht, dass sie inhaltlich nicht zumindest zT schon bestanden haben bzw bestehen, dass also die unionsrechtlichen „Privilegierungen“ in Wirklichkeit (zumindest in manchen Bereichen) österr geltendes Recht abbilden. Denn tatsächlich kann der Provider für Rechtsverletzungen, die durch Dritte begangen werden, lediglich als Anstifter oder Gehilfe haften. Gehilfenhaftung aber setzt in Österreich nach stRsp entweder die Kenntnis des Sachverhalts oder die Verletzung einer Prüfpflicht voraus, die allerdings auf grobe und auffallende Verstöße beschränkt ist. Hostprovider haften damit im Regelfall nur dann, wenn der Rechteinhaber auf den Eingriff in seine Rechte hingewiesen hat und die Rechtsverletzung auch für einen juristischen Laien ohne weitere Nachforschungen offenkundig ist.⁵¹ Mit der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgabe in einem geschlossenen Gesetzeswerk, dem ECG, erhält der österr Gesetzgeber sich in bestimmten, unionsrechtlich (noch) nicht beeinflussten Bereichen (wie insb hier dem MedienG) weiterhin die Möglichkeit autonomer Rechtsgestaltung. Dieses Ergebnis wird aus unionsrechtlicher Sicht bestätigt. Denn Art 2 lit h EC-RL 2000/31/EG sieht ausdrücklich vor, dass den Mitgliedstaaten die Regelung der gesetzlichen Rahmenbedingungen im sog „koordinierten Bereich“ freisteht.⁵² Dass dazu auch die materiell-rechtliche Grundlage der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Diensteanbieters zählt, machte in der Folge der EuGH zu C-291/13 (*Papasavvas*) deutlich.⁵³ Die Grenze liegt dort, wo eine nationale Bestimmung der unionsrechtlichen Haftungsprivilegierung letztlich zuwiderlaufen würde.

47 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 9 ff.

48 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 9 Pkt 3.

49 ErlRV 784 BlgNR 22. GP 10.

50 *Koziol* in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* 48.

51 Vgl dazu jüngst instruktiv OGH 4 Ob 140/14p *iusIT* 2015/5 (*Staudegger*) mwN.

52 Vgl Art 2 lit h EC-RL-2000/31/EG.

53 EuGH 11. 9. 2014, C-291/13, *Papasavvas* Rz 32, deutlich zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bzgl der Regelung zivilrechtlicher Verantwortlichkeit der Diensteanbieter in Rz 53.

Nun hat der österr Gesetzgeber im Medienrecht den „Website-Medieninhaber“ – offenbar in Kenntnis der und unter bewusster Bezugnahme auf die EC-rechtlichen Providerprivilegierungen in den Materialien – als den für die inhaltliche Gestaltung Verantwortlichen definiert und damit geradezu als *Gegenstück* zum inhaltlich nicht involvierten Hostprovider konzipiert. Die Bestimmungen für privilegierte ECG-Provider können daher für Medieninhaber *per definitionem* nicht einschlägig werden. Denn wenn jemand rein passiv Inhalte Dritter hostet, besorgt er eben gerade nicht die medienrechtlich ausschlaggebende, inhaltliche Gestaltung; dasselbe gilt selbstverständlich vice versa. Damit aber vermeidet der österr Gesetzgeber sowohl die Situation, dass ein Medieninhaber haftungsfrei werden kann, als auch, dass ein Hostprovider verantwortlich wird. Man kann damit den Wortlaut der Bestimmungen zur Verantwortlichkeit des Website-Medieninhabers insgesamt als gelungenes Beispiel für ein harmonisches Haftungsregime anerkennen, das unter Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben das MedienG doch nicht über das Notwendige hinaus an Unionsrecht bindet.⁵⁴

Gilt nun aber als Grundsatz, dass Medieninhaberschaft und Hostproviderprivilegierung einander wechselseitig ausschließen, dann sollte auch eine Vermischung der Terminologien konsequent vermieden werden. Für die Medieninhaberschaft ist die „inhaltliche Gestaltung“ ausschlaggebend, die – darin ist *Koziol* ausdrücklich zuzustimmen – bei Website-Medieninhabern weit zu verstehen ist. Hingegen ist für die Hostproviderstellung Voraussetzung, dass „fremde“ Inhalte lediglich vermittelt werden. Macht sich der Diensteanbieter die Inhalte Dritter „zueigen“, verliert er als Contentprovider die Privilegierung.⁵⁵ Es wäre jedenfalls unzweckmäßig, die Medieninhaberschaft über die Begriffe „eigene“ oder „fremde“ Inhalte definieren zu wollen.

Die Lösung muss also lauten: Ein Websitebetreiber ist bzgl der Verantwortlichkeit für Website-Inhalte entweder privilegierter ECG-Hostprovider *oder* (im Ergebnis ebenfalls privilegierter) Medieninhaber.⁵⁶ Dabei ist für die Qualifikation als Hostprovider unionsrechtliches Verständnis (insb die autonome und unionsweit bindende Auslegung durch den EuGH) vorgegeben, während die Kriterien für die Medieninhaberschaft nach nationalem Verständnis gebildet werden können, im Ergebnis jedoch nicht das Unionsrecht unterlaufen dürfen. Durch die klug gewählte Definition des „Website-Medieninhabers“ seitens des österr Gesetzgebers sollte eine Überschneidung aber ohnehin grundsätzlich ausgeschlossen sein.

Die deutliche Abgrenzung von Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung hat zur Folge, dass den Websitebetreiber die Rechte und Pflichten des jeweiligen Regelungskomplexes zugutekommen bzw treffen. So ist der Medieninhaber zwar bei Verletzung der gebotenen Sorgfalt grundsätzlich haftungsrechtlich verantwortlich und zu diversen Veröffentlichungen (zB Gegendarstellung iSd §§ 9 ff MedienG) verpflichtet, kann sich aber andererseits auf das Redaktionsgeheimnis (§ 31 MedienG) berufen. Hingegen haftet der Hostprovider nicht, hat dafür aber umfassende Auskunft- und Mitwirkungspflichten bei Rechtsverletzungen. Vorabprüfpflichten, zB in Form von Filterverfahren, dürfen ihm jedenfalls nicht auferlegt werden.⁵⁷

54 Ein Beispiel, wie Freiraum willkürlich aufgegeben wurde, ist § 81 Abs 1a UrhG, der iZm dem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch (!) durch ausdrückliche Anführung der §§ 13 ff ECG eine unmittelbare Bindung an unionsrechtliche Vorgaben auch iZm dem (an sich vom ECG gar nicht erfassten) Unterlassungsanspruch nahelegt. Vgl dazu *Staudegger*, OGH: Abmahnung nach § 81 Abs 1a UrhG zu OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 140/14p, *jusIT* 2015, 17.

55 Vgl dazu die oben in FN 39 genannte Rsp des EuGH.

56 So deutlich auch *Berka* in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, Mediengesetz³ § 6 Rz 44.

57 Dazu iZm Host Providern EuGH 16. 2. 2012, C-360/10, *Sabam* *ecolex* 2012/147 (*Zemann*) = *jusIT* 2012/22 (*Staudegger*).

Die Unterscheidung hat über das Medienrecht hinaus Bedeutung für andere Delikte (zB Urheberrechtsverletzungen), weil die Qualifikation als Medieninhaber („Letztverantwortung für die inhaltliche Gestaltung“) gleichzeitig die Stellung als Hostprovider (bloße Vermittlung der Inhalte Dritter) auch für andere Rechtsverletzungen ausschließen sollte, denn „[d]ie Grundsätze für die Verantwortung nach dem Mediengesetz gelten auch für die zivilrechtliche Haftung“.⁵⁸

Als erstes Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten: Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung schließen einander aus. Ist jemand als „Letztverantwortlicher“ für die Inhalte einer Website verantwortlich, kann er nicht gleichzeitig nur fremde Inhalte vermitteln. Die Tatsache, dass der Website-Medieninhaber die Inhalte nicht selbst verfasst und hochlädt, ist dabei ohne Bedeutung. Denn bei Medieninhaberschaft wird er durch die inhaltliche Gestaltung der Website verantwortlich. Dem entspricht in EC-rechtlicher Sicht das „Zueigenmachen“ fremder Inhalte. Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung zeigen sich so als zwei Gegenpole. Diese Schlussfolgerung wirkt über das Medienrecht hinaus.

Die hier entwickelte These soll im Folgenden anhand bisher entschiedener Fälle überprüft werden. Denn tatsächlich hat sich die Rechtsprechung bereits mehrfach mit der Abgrenzung der beiden Begriffe bzw Funktionen befasst und dabei jeweils Kriterien für die Zuordnung entwickelt. Sie soll im Folgenden dargestellt und mit Blick auf die hier vertretene strenge Trennung der beiden Begriffe/Funktionen systematisiert aufgearbeitet werden.

III. Rechtsprechung zur Abgrenzung von Hostprovider und Medieninhaber

Die Gerichtshöfe mussten sich bereits mehrfach mit der Abgrenzung von Providerstellung und Medieninhaberschaft befassen. Dabei ging es überwiegend darum, dass ein Presseunternehmen im Online-Auftritt Dritten ermöglichte, Inhalte zu veröffentlichen. Aus EC-rechtlicher Sicht hat unlängst der EuGH die Kriterien der Hostprovidereigenschaft idZ weiter geklärt. Der EGMR beurteilte ein Internetnachrichtenforum nach Art 10 EMRK. Die österr Zivilsenate des OGH nahmen bereits mehrfach Stellung, wobei hier meist eine Providerprivilegierung angenommen wurde und daher in der Folge die Frage der Verfolgung des Täters (und damit Auskunftspflichten bzw Redaktionsgeheimnis) im Vordergrund standen und stehen. Schließlich befasste sich ein Strafsenat des Höchstgerichts mit dem Thema und kam zu einer durchaus überraschenden Lösung, nämlich der von Mehrfachmedieninhaberschaften an Inhalten auf einer Website.

A. EuGH 11. 9. 2014, C-291/13⁵⁹: Keine Hostprovidereigenschaft für Online-Zeitung

1. Sachverhalt, Rechtsfragen und Auslegung durch den EuGH

In dem aus Zypern stammenden Vorabentscheidungsverfahren steht die Verantwortlichkeit eines Presseunternehmens für Inhalte zur Diskussion, die einerseits im Printmedium veröffentlicht und andererseits auf zwei von derselben Presseverlagsgesellschaft betriebenen Websites im Internet zur Verfügung gestellt werden. Fraglich war, wie sich die in Art 12, 13 und 14 EC-RL 2000/31/EG

⁵⁸ So bereits in Abgrenzung zum Domaininhaber OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 226/05x, *Nacht der 1000 Rosen*, dbzgl zust besprochen von *Thiele*, Von 1000 Rosen nach tirolcom.at. Überblick über die österreichische Domainjudikatur des Jahres 2006, MR 2007, 103 (103 f), dem ich für diesen Hinweis herzlich danke.

⁵⁹ EuGH 11. 9. 2014, C-291/13, *Papasavvas* *iusIT* 2015/4 (*Staudegger*).

verankerte Haftungsprivilegierung für Access-, Caching und Hosting-Provider auf die zivilrechtliche Geltendmachung von Ansprüchen wegen Verleumdung auswirken. Für die hier verfolgte Fragestellung interessiert vor allem, dass sich die Siebte Kammer dabei ausführlich mit der Frage befasst, ob die in Art 12–14 EC-RL normierten Haftungsprivilegien auch in dem Fall anwendbar sind, dass eine Presseverlagsgesellschaft die elektronische Fassung seiner Zeitung auch auf einer Website im Internet anbietet.⁶⁰ Die dazu gestellte Frage 5 des Vorabentscheidungsersuchens lautet wörtlich:

„Inwieweit könnten in Anbetracht der Definition des ‚Anbieters von Informationsdiensten‘, die in Art. 2 der Richtlinie 2000/31 und in Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 festgelegt wird, die folgenden Fälle oder irgendeiner von ihnen als ‚reine Durchleitung‘ oder ‚Caching‘ oder ‚Hosting‘ für die Zwecke der Art. 12, 13 und 14 der Richtlinie 2000/31 angesehen werden:

a) eine Zeitung, die eine kostenlos zugängliche Website betreibt, auf der die elektronische Ausgabe der gedruckten Zeitung mit allen ihren Artikeln und Werbemitteilungen in Form einer PDF-Datei oder in einer anderen ähnlichen elektronischen Form veröffentlicht wird;

b) eine elektronische Zeitung, die frei zugänglich ist, wobei der Anbieter aber Geld für die kommerzielle Werbung erhält, die auf der Website erscheint. Die Informationen, die in der elektronischen Zeitung enthalten sind, stammen von den Angestellten der Zeitung und/oder freien Journalisten;

c) eine kostenpflichtige Website, auf der a) oder b) wie vorstehend geboten wird?“

Der EuGH antwortet, dass schon aus der Überschrift des entsprechenden Abschnitts IV der EC-RL deutlich werde, dass die Haftungsprivilegierung ausschließlich sog „Vermittlern“ zugutekommen soll (Rz 39). Aus der Rechtsprechung in der Rs *Google France und Google*⁶¹ konnte die Siebte Kammer unter Rückgriff auf ErwGr 42 EC-RL übernehmen, dass die Providerprivilegierung immer nur Fälle erfasst, „in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft rein technischer, automatischer und passiver Art ist, was bedeutet, dass der Anbieter weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt“.⁶² Aus dieser Entscheidung, bestätigt in der Rs *L’Oréal*⁶³, konnte die Kammer weiters bereits voraussetzen, dass „die Rolle dieses Anbieters insofern neutral ist, als sein Verhalten rein technischer, automatischer und passiver Art ist und er weder Kenntnis noch Kontrolle über die gespeicherte Information besitzt“.⁶⁴ Um diese Grundaussagen zu verdeutlichen, führt der Gerichtshof aus der zitierten Rsp Beispiele an, dass nämlich die Entgeltlichkeit eines Referenzierungsdienstes oder die einseitige Festlegung der Vergütungsmodalitäten durch den Provider die Anwendung der privilegierenden Bestimmungen nicht hindert,⁶⁵ dass aber begleitende Werbebotschaften oder die Einflussnahme auf Festlegung oder Auswahl von Schlüsselwörtern, die Hilfestellung bei der Präsentation bzw die Bewerbung von Verkaufsangeboten, letztlich jede *aktive* Rolle, die der Diensteanbieter übernimmt, die Privi-

60 EuGH 21. 9. 2014, C-291/13 Rz 20 Frage 5.

61 EuGH 23. 3. 2010, C-236/08, *Google France und Google* MR 2010, 169 (Noha). In Bezug auf das streitgegenständliche sog „Keyword-Advertising“ ausf besprochen von *Heidinger*, Keyword-Advertising: Nutzung fremder Kennzeichen als Schlüsselwörter. Gleichzeitig eine Besprechung der EuGH-Entscheidungen *Google France* und *Bergspechte* sowie *Eis.de* („Bananabay“), MR 2010, 119; *Schubert/Ott*, Mehr Fragen als Antworten – de *Google France* Entscheidung des EuGH zum Keyword Advertising, *jusIT* 2010, 85 und *Schuhmacher*, Keyword advertising und eine vorsichtige Neubestimmung der Markenfunktionen, *wbl* 2010, 273.

62 EuGH 21. 9. 2014, C-291/13 Rz 40.

63 EuGH 12. 7. 2011, C-324/09, *L’Oréal ua* *jusIT* 2011/78, 167 (*Staudegger*) = MR-Int 2011, 106 (*Burgstaller*) = ÖBI-LS 2012/10 (*Schumacher*).

64 EuGH 21. 9. 2014, C-291/13 Rz 41.

65 EuGH 11. 9. 2014, C-291/13 Rz 42.

legierung ausschließen muss.⁶⁶ Solcherart vorbereitet fällt die Beantwortung der gestellten Frage leicht⁶⁷: Da eine Presseverlagsgesellschaft, die auf ihrer Website die elektronische Fassung ihrer Zeitung veröffentlicht, grundsätzlich Kenntnis von den veröffentlichten Inhalten hat und daher Kontrolle darüber ausübt, ist sie kein „Vermittler“ iSv Art 12–14 EC-RL. Die dort normierten Haftungsprivilegien sind daher nicht anwendbar. Und das unabhängig davon, ob der Dienst kostenpflichtig oder unentgeltlich angeboten wird (Rz 46). Die Ablehnung der Qualifikation als privilegierter „Vermittler“ iSd EC-RL führte in der Sache zur Haftung nach den nationalen Bestimmungen.⁶⁸

2. Auswirkungen auf Österreich

Die Entscheidung des EuGH bestätigt die oben gewonnene, strikte Unterscheidung zwischen Medieninhaber und Hostprovider: Jede aktive Einflussnahme auf die Inhalte schließt die Inanspruchnahme der Providerhaftungsprivilegien aus. Genau das aber hat der österr Gesetzgeber durch das Abstellen auf die „inhaltliche Gestaltung“, die für die Website-Medieninhaberschaft ausschlaggebend ist, gesetzlich normiert. Für den konkreten Fall, dass ein Presseunternehmen seine Inhalte im Print wie online auf einer Website anbietet, scheidet die Providerstellung daher aus. Damit werden die materiell-rechtlichen Haftungsgrundlagen, bei Vorliegen der medienrechtlichen Voraussetzungen insb das MedienG, schlagend. Daher ist nach der österr Gesetzeslage bzgl der Website-Inhalte für Medieninhaber § 6 Abs 2 Z 3a MedienG zu beachten, der auf die gebotene Sorgfalt abstellt. Es ist Aufgabe der Rsp, diese zu entwickeln. Sie könnte, den Empfehlungen des Gesetzgebers in den ErlRV folgend, eine herabgesetzte Verantwortlichkeit (ähnlich der des Hostproviders, aber niemals „als“ Hostprovider) für fremde Inhalte bewirken, hingegen für eigene Inhalte einen an § 1299 ABGB orientierten strengen Haftungsmaßstab ansetzen.

Gleichsam als „Gegenprobe“ könnte der Fall nochmals aus EC-rechtlicher Sicht geprüft werden: Durch das Anbieten der Inhalte auf einer online-Plattform wird das Presseunternehmen zu einem „Diensteanbieter“ iSv § 3 Z 2 ECG. Damit unterliegt es jedenfalls den im 3. Abschnitt des ECG normierten Informationspflichten.⁶⁹ Ob die Haftungsprivilegien des 4. Abschnitts, insb der Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Speicherung fremder Inhalte (Hosting), anwendbar sind, hängt von der Erfüllung der dort normierten, unionsrechtlich geprägten Voraussetzungen ab. Die Lösung ist (insb unter Beachtung der oben unter Pkt III.A.1. dargestellten EuGH-Rsp) klar: Für ein Presseunternehmen, das dieselben Inhalte in Druck und online anbietet, wobei die Dateien von Beschäftigten des Unternehmens in die Internetplattform hochgeladen werden, entfällt die Privilegierung, weil dem Plattformbetreiber wegen Kenntnis und Kontrolle der Inhalte nicht die Stellung als „Vermittler“ nach § 16 ECG zukommen kann.

Als *weiteres Zwischenergebnis* steht damit fest, dass Medienunternehmen, die ihre Beiträge sowohl im Print- als auch im Online-Medium anbieten, sich nicht auf das Hostproviderprivileg berufen können, sondern in beiden Fällen für diese Inhalte medienrechtlich verantwortlich sind; und zwar auch dann, wenn das Angebot unentgeltlich ist.

66 EuGH 11. 9. 2014, C-291/13 Rz 43 f (Rz 44) mwN.

67 EuGH 11. 9. 2014, C-291/13 Rz 45 f.

68 Das zivilrechtliche Delikt der Verleumdung ist im zypriotischen Recht in Art 17–25 im Kapitel 148 des Gesetzes über zivilrechtliche Delikte geregelt; soweit der Hinweis in EuGH 11. 9. 2014, C-291/13 Rz 16.

69 Vgl §§ 5 ff ECG.

B. EGMR 10. 10. 2013, 64569/09⁷⁰: *Delfi AS*: Haftung eines Internetchrichtenportals

Auch der EGMR hat sich bereits mit der Haftung von Internetchrichtenportalen befasst. Dabei ging es nicht um ein Medienunternehmen, das seine Inhalte auch online anbietet, Gegenstand der Klage war vielmehr eines der größten Internet-Newsportale in Estland. Die NutzerInnen konnten Artikel des Portals an deren jeweiligem Ende kommentieren. Die Texte wurden automatisch hochgeladen und nicht redigiert oder moderiert, doch gab es eine automatisierte Kontrolle auf bestimmte Schlagworte und ein Meldesystem für LeserInnen und Betroffene. Die Betreiberin machte auf ihrem Portal darauf aufmerksam, dass die NutzerInnen für den Inhalt ihrer eigenen Kommentare selbst verantwortlich waren und verbot ausdrücklich bestimmte Kategorien von Kommentaren, wie zB Beleidigungen, Drohungen oder Obszönitäten. Als nach einem Artikel über die Zerstörung geplanter Eisstraßen persönliche Drohungen und Beleidigungen gegen den Hauptaktionär des involvierten Unternehmens gepostet wurden, verlangte dieser mit Erfolg die Löschung der Beiträge; die ebenfalls geforderte Entschädigung verweigerte die Websitebetreiberin jedoch. Die daraufhin eingebrachte Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Allerdings wurde die Betreiberin zu einer sehr geringen Schadenersatzzahlung iHv lediglich € 320,- verurteilt. Der Oberste Gerichtshof von Estland berücksichtigte in seiner Begründung neben den durch die große Zahl der NutzerInnen erheblichen, hohen Einnahmen auch, dass die NutzerInnen die Kommentare nicht selbst löschen konnten, sondern dass das ausschließlich der Websitebetreiberin möglich war. Daher seien sowohl die Websitebetreiberin als auch die Verfasser der Kommentare nach estnischem Recht als Herausgeber zu behandeln. Dagegen wendete sich *Delfi* an den EGMR und machte eine Verletzung von Art 10 EMRK geltend. Während sich die Websitebetreiberin auf ihr Haftungsprivileg nach der EC-RL 2000/31/EG berief, stellte die Regierung auf die nationale Rechtslage ab, wonach Medienherausgeber für ihre Veröffentlichungen gemeinsam mit dem Autor haften. Dazu stellte das Gericht gleich vorab klar, dass die estländischen Gerichte eine Hostproviderstellung verneint und die Verantwortlichkeit nach dem Medienrecht angenommen hatten. Diese Rechtslage war der Beschwerdeführerin als professioneller Herausgeberin klar, sodass sie sich informieren hätte können. Der Eingriff in Art 10 EMRK war daher „gesetzlich vorgesehen“. Die weitere Entscheidung befasst sich mit Details zur Haftung des Medieninhabers und kommt insgesamt – einstimmig – zum Schluss, dass darin keine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit erkannt werden kann.

Die hier interessierende Abgrenzung zur Hostprovidereigenschaft hat der EGMR also unkommentiert von den estnischen Gerichten übernommen.⁷¹ Insoweit können daraus auch keine inhaltlichen Kriterien abgeleitet werden. Dennoch ist die Entscheidung für das aktuelle Thema interessant. Denn ähnlich wie in der hier vertretenen Auslegung des österr MedienG scheint auch der estnischen Gesetzgeber streng zwischen Hostprovider und Medieninhaber abzugrenzen. Daran nimmt der EGMR keinen Anstoß, sondern prüft in der Folge sachgerecht die Vereinbarkeit der estnischen Rechtslage mit der EMRK (was in Österreich einer Überprüfung der § 6 Abs 2 Z 3a, § 7 Abs 2 Z 5, § 7a Abs 3 Z 5, § 7b Abs 2 Z 4a und § 7c Abs 2 MedienG entspräche).

70 EGMR 10. 10. 2013, 64569/09, *Delfi AS/Estland* MR-Int 2013, 69 (*Windhager/Gahleitner*) = jusIT 2014/25 (*Kettemann*); die E ist in deutscher Übersetzung in RIS/Justiz mittels Eingabe der Aktenzahl abrufbar.

71 Das bemängeln sowohl *Kettemann*, jusIT 2014/25, 53 als auch *Windhager/Gahleitner*, MR-Int 2013, 89 (94).

Als weiteres Zwischenergebnis kann damit vermerkt werden, dass der EGMR die strikte Trennung von Hostproviderstellung und (in österr Diktion) Medieninhaberschaft ohne Kritik anerkennt. Das mag auch daran liegen, dass die estnische Rechtslage im Ergebnis zwar eine Haftung des Presseunternehmens vorsieht, diese aber vergleichsweise milde ausfällt – ein Resultat, das der österr Gesetzgeber durch Abstellen auf die „gebotene Sorgfalt“ für Website-Medieninhaber ebenfalls ermöglicht. Anzumerken bleibt, dass der Fall inzwischen der Großen Kammer vorgelegt wurde und eine Entscheidung für 2015 erwartet wird.⁷² Ob sie die Frage der Hostproviderstellung aufgreifen wird, ist aber offen.

C. Zivilrechtliche Fälle: Medieninhaberschaft für Printmedium; Hostprovidereigenschaft für Onlinemedium

Die folgenden Entscheidungen aus der Rsp des OGH konzentrieren sich auf die Zivilsenate. Ausgangspunkt ist ein Sachverhalt, der bei urheberrechtlichen bzw leistungsschutzrechtlichen Fragen ansetzt und daher vom 4. Senat behandelt wurde. Dieser schließt sich in der hier interessierenden Frage allerdings unreflektiert einer Rechtsprechungslinie des 6. Senates an, die daher ebenfalls behandelt und in ihren Konsequenzen aufgezeigt wird. Ziel ist wieder, die Entscheidungen an der hier verfolgten These strikter Trennung von Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung zu prüfen und – soweit vorhanden – die jeweils für die Zuordnung verwendeten Kriterien deutlich zu machen.

1. OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 140/14p: bz-Wiener Bezirkszeitung

In dem unlängst in Österreich entschiedenen Fall ging es um ein urheberrechtliches⁷³ Unterlassungsbegehren gegen ein Unternehmen, das einerseits eine Zeitung vertreibt und andererseits als Plattformbetreiber einer Website auftritt, die unter demselben Namen den NutzerInnen ermöglicht, eigene Inhalte hochzuladen. Nach einem Aufruf zur Übermittlung von Fotografien zu einem bestimmten Thema, der im Print- und in den Onlinemedien platziert wurde, sandten LeserInnen einschlägige Bilder, von denen eines im Printmedium publiziert wurde. NutzerInnen des Onlinemediums luden die Bilder direkt in der Plattform hoch. Der Kläger machte Rechte an den Fotografien geltend und beantragte die Erlassung einer auf Unterlassung gerichteten einstweiligen Verfügung.⁷⁴ Der OGH hat die Tätigkeit der Beklagten mit knappen Worten wie folgt umrissen:

„Die Beklagte ist Medieninhaberin eines Printmediums und betreibt ein Onlinemedium. Dort publizieren (auch) Dritte, die sich bei der Beklagten registrieren, um in weiterer Folge eigene Artikel, Fotos und Ähnliches veröffentlichen zu können. Nach den bei der Registrierung akzeptierten AGB dürfen sie nur Lichtbilder veröffentlichen, deren Verwendung nicht in Rechte Dritter, insbesondere des Urhebers und der abgebildeten Personen, eingreift. Die Beklagte kontrolliert die Inhalte nicht; nur wenn es Beschwerden gibt und die Inhalte offenkundig unzulässig sind, werden sie gelöscht.“⁷⁵

⁷² Die öffentliche Anhörung fand am 9. 7. 2014 statt; weitere Details zum Verfahren sind auf der Website des EGMR abfragbar; abrufbar unter: <http://www.echr.coe.int/>.

⁷³ ErwGr 50 RL 2000/31/EG betont die zeitliche und inhaltliche Nähe zur sog „Info-Soc“-RL 2001/29/EG und erklärt sie damit, auf Unionsebene „ein klares Regelwerk“ schaffen zu wollen.

⁷⁴ Dazu ausf mit Details zum Sachverhalt Staudegger, *jusIT* 2015, 17.

⁷⁵ OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 140/14p (Hervorhebung im Original).

Der Gerichtshof qualifiziert das Unternehmen in Ansehung des Printmediums als Medieninhaber, gesteht ihm aber als Diensteanbieter bzgl des Onlinemediums die Privilegierung des Hostproviders nach § 16 ECG zu. Die Begründung dafür ist knapp: „Die Beklagte ermöglicht Dritten, Inhalte auf ihre Website hochzuladen und dort öffentlich zugänglich zu machen. Nach den Feststellungen sind die Dritten der Beklagten weder unterstellt, noch werden sie von ihr beaufsichtigt. Die Beklagte ist daher Hostprovider iSv § 16 ECG.“⁷⁶ Der Senat ergänzt noch, die Tätigkeit unterscheide sich nicht grundlegend vom Betreiben eines Diskussionsforums, das nach der Rsp⁷⁷ jedenfalls unter diese Bestimmung falle und fokussiert darauf, dass in beiden Fällen der Diensteanbieter Dritten ermöglicht, eigene Inhalte durch zentrale Speicherung anderen Personen zugänglich zu machen, ohne selbst darauf Einfluss zu nehmen.

Obwohl der Senat die Beklagte ausdrücklich als „Medieninhaberin eines Printmediums, die auch ein Onlinemedium betreibt“ bezeichnet, auf dem „(auch) Dritte“ eigene Inhalte veröffentlichen können, prüft er in der Folge mit keinem Wort eine mögliche Qualifikation der Beklagten als Medieninhaberin (und damit für die inhaltliche Gestaltung Letztverantwortliche) eines Onlinemediums. Den Einwand des Klägers, bei den hochgeladenen Dateien handle es sich nicht um „fremde Inhalte“, erwähnt der Gerichtshof zwar, jedoch nur iZm der Untermauerung des verfehlten Begehrens, das, anstelle auf den Tatbeitrag des Gehilfen gerichtet zu sein, die Untersagung der Rechtsverletzung selbst verfolge. Vielleicht aber lag der Kläger mit seiner (wenngleich offenbar zu wenig deutlich formulierten) Rechtsauffassung gar nicht so falsch. Die beiden Entscheidungen, auf die sich der 4. Senat in seiner Begründung ausdrücklich stützt, müssen daher besonders interessieren und werden im Folgenden kurz dargestellt.

2. OGH 22. 6. 2012, 6 Ob 119/11k: Frau Hauptmann

In der unter „Frau Hauptmann“ beschlagworteten Entscheidung ist die Beklagte „Medieninhaberin eines Internetportals“, auf dem auch ein „Online-Diskussionsforum“ betrieben wird. Die Postings werden nach den Sachverhaltsfeststellungen automatisiert ausgewertet, wenn kein Sperrwort aufscheint, online gestellt, in der Folge aber durch einen Mitarbeiter inhaltlich überprüft und gegebenenfalls (im gegenständlichen Fall 1 ½ Stunden später) entfernt. Die Klägerin begehrte nach § 18 Abs 4 ECG Auskunft über die IP-Adresse des (anonymen) Nutzers, um wegen Beleidigung nach § 115 StGB gerichtlich gegen ihn vorgehen zu können. Die Beklagte verweigerte die Auskunft unter Berufung auf das Redaktionsgeheimnis und brachte weiter vor, § 18 Abs 4 ECG sei wegen der aus datenschutzrechtlichen Gründen mangelnden Erfolgsaussichten keine taugliche Anspruchsgrundlage. Letzterem folgten die Gerichte durch alle Instanzen, prüften dabei jedoch nicht, ob das ECG überhaupt einschlägig ist. Kann aber der Websitebetreiber beides sein, nämlich Medieninhaber mit Letztverantwortung für die Website und gleichzeitig bloßer Vermittler fremder Inhalte, also Hostprovider? Keiner der Kommentatoren der Entscheidung geht auf diese Frage ein. Dabei wird am Ergebnis deutlich, wie unbefriedigend die Lösung ist: Die Haftung des Websitebetreibers scheidet wegen der Hostproviderprivilegierung aus, eine Auskunftspflicht wurde verneint. Die Rechtsverletzung ist damit nicht weiter verfolg-

76 OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 140/14p Pkt 1.1.

77 Der Senat beruft sich dazu auf OGH 6 Ob 133/13x, *E-Mail-Adresse des Posters*, *jusIT* 2014/46 (*Mader*) = *ÖJZ EvBl* 2014/105 (*Roher und Zib*) und OGH 6 Ob 119/11k, *Frau Hauptmann*, *jusIT* 2012/61 (*Mader*) = *ecolex* 2012/367 (*Anderl*) = *ÖJZ EvBl-LS* 2012/157 (*Rohrer*).

bar. Offen blieb, ob das Redaktionsgeheimnis schlagend wird. Mit dieser Frage befasst sich die zweite Entscheidung, auf die sich der 4. Senat in 4 Ob 140/14p bezieht und die im Folgenden dargestellt wird.

3. OGH 23. 1. 2014, 6 Ob 133/13x: E-Mail-Adresse

In diesem Fall war die Beklagte nach den Feststellungen wiederum „Medieninhaberin der Website [...] und betr[ieb] auf dieser Website ein ‚Online-Diskussionsforum‘“. Dritte können nach Registrierung und Bekanntgabe einer E-Mail-Adresse Inhalte auf der Plattform posten. Im Rechtsstreit ging es neuerlich um Behauptungen, die angeblich unwahr, ehrenbeleidigend, kreditschädigend und zum Teil strafrechtlich relevant waren und gegen deren Verfasser der Kläger gerichtlich vorgehen wollte. Die außerordentliche Revision der Beklagten griff aber ausschließlich die Frage auf, ob der Medieninhaber einer Website die Bekanntgabe der E-Mail-Adresse eines Nutzers, der einen Online-Kommentar zu einem auf der Website veröffentlichten redaktionellen Beitrag verfasste (Posting), unter Hinweis auf das Redaktionsgeheimnis nach § 31 MedienG verweigern darf – was der OGH unter Verweis auf 13 Os 130/10g⁷⁸ im Ergebnis für nicht moderierte Diskussionsforen mangels Zusammenhangs mit einer journalistischen Tätigkeit verneinte. Das Höchstgericht stellte jedoch – und das ist für das hier verfolgte Thema letztlich entscheidend – gleich vorab fest, dass der Anspruch nach § 18 Abs 4 ECG nicht mehr in Abrede gestellt werde und auch der Rsp des OGH entspreche (hier erfolgte ein Verweis auf 6 Ob 104/11d⁷⁹ und 6 Ob 119/11k). Eine Berufung auf das Redaktionsgeheimnis lehnt der Senat ab, weil es

„Postings, die völlig ohne journalistische Kontrolle und Bearbeitung und allein aus dem eigenen Antrieb des Nutzers veröffentlicht werden, am notwendigen Zusammenhang mit der journalistischen Tätigkeit der in § 31 Abs 1 MedienG genannten Personen mangelt. Es muss also zumindest irgendeine Tätigkeit/Kontrolle/Kenntnisnahme eines Medienmitarbeiters intendiert sein, damit der Schutz des § 31 MedienG in Anspruch genommen werden kann. Allein die durch das Zurverfügungstellen des Online-Forums erklärte Absicht, alles zu veröffentlichen, was die Nutzer posten, reicht hingegen nicht aus, um den notwendigen Mindestzusammenhang zur Tätigkeit der Presse herzustellen.“⁸⁰

Rohrer fasst den Sukkus der Entscheidung in einem Satz zusammen: „Auch Medienunternehmen, die Kommentare von Nutzern zu einem bestimmten Artikel online publizieren, sind als Host-Provider gem § 18 Abs 4 ECG grundsätzlich auskunftspflichtig.“⁸¹ Zib, der im Anschluss daran eine kurze Anmerkung verfasst⁸², fällt der Widerspruch ebenso wenig auf, wie den anderen Kommentatoren der weiteren einschlägigen Entscheidungen.

78 OGH 13 Os 130/10g ÖJZ EvBl 2011/20 (EvBl-Redaktion); ausf besprochen von Zeder, Hype um das Redaktionsgeheimnis, ÖJZ 2011, 5 und Zöchbauer, Neues zum Redaktionsgeheimnis? Eine Anmerkung zur OGH-Entscheidung 13 Os 130/10g, 13 Os 136/10i (MR 2010, 364), MR 2011, 3.

79 OGH 6 Ob 104/11d SZ 2011/114 = MR 2011, 323 (Haller) = jusIT 2011/101 (Tschermer) = ÖJZ EvBl 2012/17 (EvBl-Redaktion), hier hatten die Vorinstanzen die Beklagte „als Medieninhaberin einer Internetseite, auf welcher in Form eines Live-Chats gepostet werden konnte“, gemäß § 1330 ABGB rechtskräftig zur Unterlassung der Verbreitung einer konkreten, den Kläger betreffenden und von einer Person mit einem Benutzernamen in Form einer bestimmten Buchstaben-Ziffern-Kombination geposteten Behauptung sowie sinngleicher Behauptungen verpflichtet. Der OGH bestätigte letztlich lediglich die Verpflichtung zur Herausgabe der E-Mail-Adresse des Posters nach § 18 Abs 4 ECG.

80 OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 104/11d Pkt 1.3.

81 Rohrer, Die Identität von „Postern“ ist nicht immer durch das Redaktionsgeheimnis geschützt, ÖJZ EvBl 2014, 731 (733).

82 Zib, ÖJZ EvBl 2014/105, 733 f.

4. OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 188/14m

Das erkennbar unbefriedigende Ergebnis dieser Rechtsprechung wurde unlängst zu 6 Ob 188/14m neuerlich bestätigt.⁸³ Hier wurde nach den Feststellungen „im Anschluss an die Veröffentlichung eines Interviews mit dem Kläger auf der Internetmedienplattform der beklagten Partei von einem Nutzer mit dem User-Namen try_error [ein sehr wahrscheinlich rechtsverletzendes] Posting veröffentlicht“. Die Plattform sah vor Freischaltung der Beiträge ein automatisiertes Vorabkontrollverfahren mit Stichwörtern und ergänzend die Kontrolle (und bei Bedarf Löschung) durch JournalistInnen vor. Es handelte sich also um ein sog „moderiertes online-Diskussionsforum“. Der Rechtsstreit betraf die Herausgabe der Daten des Posters, an den sich der Geschädigte halten wollte. Die Revision an den OGH wurde nachträglich zugelassen, weil dazu keine oberstgerichtliche Rechtsprechung existierte. Der OGH ließ die Revision zu, stürzte sich mit § 16 ECG in medias res und anerkannte die Auskunftspflicht nach § 18 Abs 4 leg cit als stRsp (Pkt 1). Medienrechtliche Überlegungen kamen erst zur Sprache, als das Redaktionsgeheimnis thematisiert wurde (Pkt 2). Hier schloss sich der Senat der Entscheidung 6 Ob 133/13x, die zu 6 Ob 58/14v⁸⁴ bestätigt worden war, an. Inhaltlich betonte er, auch eine automatisierte Vorab-Prüfung reiche nicht aus, den erforderlichen Zusammenhang mit einer journalistischen Tätigkeit herzustellen. „Mangels eines derartigen Zusammenhangs mit der journalistischen Tätigkeit liegt aber auch kein unzulässiger Eingriff in das Recht der freien Meinungsäußerung nach Art 10 MRK oder das Redaktionsgeheimnis nach § 31 MedienG vor, wenn die Beklagte die Daten ihrer Nutzer bekannt geben muss, sobald eine Verurteilung des Posters nach § 1330 ABGB möglich erscheint.“ Wenn aber (was hier vertreten wird) die Medieninhaberschaft die Hostprovidereigenschaft ausschließt, wie kann dann den Medieninhaber die Auskunftspflicht des Hostproviders treffen? Auf Basis welcher Rechtsgrundlage sollte der Website-Medieninhaber, der ex lege für durch Inhalte Dritter verursachte Medieninhaltsdelikte nur bei Verletzung der gebotenen Sorgfalt haftet, den vom EGMR als so zentral anerkannten⁸⁵ Schutz des Redaktionsgeheimnisses verlieren?⁸⁶

Die Glossatoren erkennen das Problem nicht. Für *Höhne* existiert „das Spannungsverhältnis zwischen § 18 Abs 4 ECG und dem Redaktionsgeheimnis“ zwar, er hält es aber von 6 Ob 133/13x damit „aufgelöst“, dass es „Postings, die völlig ohne journalistische Kontrolle und Bearbeitung und allein aus dem eigenen Antrieb des Nutzers veröffentlicht werden, am notwendigen Zusammenhang mit der journalistischen Tätigkeit der in § 31 Abs 1 MedienG genannten Personen mangelt“.⁸⁷

5. Zusammenfassung der Argumente und Stellungnahme

In der zivilrechtlichen Rsp werden Website-Medieninhaber bzgl Inhalten Dritter trotz der medienrechtlichen Sonderregelung in § 6 Abs 2 Z 3a, § 7 Abs 2 Z 5, § 7a Abs 3 Z 5, § 7b Abs 2 Z 4a und § 7c Abs 2 MedienG durchwegs als Hostprovider eingestuft. Dieses Ergebnis geht auf eine sich immer wieder selbst zitierende Rechtsprechungskette des 6. Senates zurück und wird inhaltlich

83 OGH 6 Ob 188/14m jusIT 2015/22, 56 (*Staudegger*).

84 OGH 6 Ob 58/14v VbR 2014/97 (*Höhne*) = jusIT 2014/102 (*Sonntag*).

85 Vgl zB EGMR 8. 12. 2005, 40485/02, *Nordisk*: „The protection of journalistic sources is one of the cornerstones of freedom of the press.“

86 In einer weiteren, grundsätzlich einschlägigen Entscheidung, OGH 6 Ob 178/04a, *Online-Gästebuch*, MR 2007, 79 (*Thiele*), wurde die Website nicht von einem Medienunternehmen betrieben. Auch wurde die Klage deutlich vor der MedienG-Novelle 2005 eingebracht.

87 *Höhne*, VbR 2014, 162.

kaum begründet. Jedenfalls fokussiert die rechtliche Beurteilung erkennbar auf § 16 ECG, medienrechtliche Überlegungen werden erst bei offensichtlich unzureichenden Ergebnissen angestellt. Das betrifft insb die Möglichkeit des Medieninhabers, sich auf das Redaktionsgeheimnis zu berufen. Hier stehen einander Auskunftspflicht des Hostproviders und Schutz der journalistischen Quelle des Medieninhabers unübersehbar diametral entgegen.

Der 6. Senat versucht, das Problem über die mangelnde journalistische Tätigkeit des Website-Betreibers bei Postings Dritter zu lösen. Diese Lösung überzeugt nicht. Denn erstens hatte die Rsp des EGMR, auf die sich der Senat bezieht, der Nordisk-Fall, in ihren Anfängen investigativen Aufdeckungsjournalismus zum Gegenstand, bei dem die beobachteten Dritten tatsächlich keine schützenswerte „Quelle“ waren, weil sie die Inhalte gerade nicht freiwillig preisgaben. Die Sachverhalte sind also nicht vergleichbar. Zweitens hat der EGMR iZm Inhalten Dritter auf einem Nachrichtenportal, die im Anschluss an eine Berichterstattung des Websitebetreibers gepostet wurden, keinen Anlass gesehen, den Ausschluss der Hostprovidereigenschaft in Zweifel zu ziehen. Und drittens widerspricht die Eingrenzung journalistischer Tätigkeiten auf Medienunternehmen mE dem vom EuGH in datenschutzrechtlichem Zusammenhang bereits judizierten weiten Verständnis von „journalistischen Zwecken“.⁸⁸

Eine weitere Vertiefung der menschen- und grundrechtlichen Problematik erübrigt sich aber, da das Problem „hausgemacht“ scheint. Es entsteht überhaupt erst, weil Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung in einer Person angenommen werden. Dieses Ergebnis fußt nicht auf dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen, sondern beruht allein auf teleologischer Auslegung die, im Gegensatz zu dem in den Materialien erklärten Willen des Gesetzgebers, die strikte Trennung von Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung missachtet. Die Folge ist dann eine Überschneidung von Rechtskreisen, die gerade vermieden werden sollte. Das zeigt sich besonders deutlich bei Auskunftspflicht bzw Redaktionsgeheimnis. Die vom 6. Senat entwickelte Lösung ist nicht nur mit Blick auf die Kommunikationsfreiheit äußerst problematisch, sie ist auch aus Sicht der Verletzten mehr als unbefriedigend. Denn letztlich kann ein anonymer Poster aus datenschutzrechtlichen und telekommunikationsrechtlichen Gründen meist nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Fasste man hingegen mit den einschlägigen Normen den Medieninhaber als Betreiber einer Website als Letztverantwortlichen auch für die Inhalte Dritter auf, bliebe die Haftung bei allen genannten Fällen beim hinter dem Webauftritt stehenden, im Allgemeinen finanziell besser gestellten Medienunternehmen (ein Aspekt, den übrigens auch der EGMR in seiner Begründung heranzieht⁸⁹). Das dürfte die Bereitschaft zur Verhinderung von Medieninhaltsdelikten bereits im Vorfeld der Rechtsverletzung deutlich erhöhen. Die hier vertretene Lösung entspricht mE auch der Grundannahme des Gesetzgebers, der in der ErlRV davon ausgeht, dass *„die überwiegende Zahl von Websites weder von einem Medienunternehmen noch von einem Mediendienst veranlasst [wird] [...] Aus diesem Grund sieht der Entwurf zur Klarstellung vor, dass die Eigenschaft des Medieninhabers bei einer Person dann begründet wird, wenn diese Person die inhaltliche Gestaltung für das jeweilige Angebot vornimmt.“*⁹⁰ Nur im Falle *„periodischer elektronischer Medien die nicht von einem Medienunternehmen*

88 EuGH 16. 12. 2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* MR-Int 2009, 14 (Wittmann); vgl insb Rn 58, wonach die in Art 9 DS-RL 95/46/EG normierten Befreiungen und Ausnahmen nicht nur für Medienunternehmen, sondern für jeden, der journalistisch tätig ist, gelten.

89 EGMR 10. 10. 2013, 64569/09, *Delfi AS/Estland* Rn 92.

90 ErlRV 874 BlgNR 21. GP 6 zu Z 5 (Art I § 1 Abs 1 Z 8) Abs 1.

ausgehen“ (!) soll also auf die inhaltliche Gestaltung abgestellt werden.⁹¹ Für elektronische Medien, die von einem Medienunternehmen ausgehen, gilt hingegen mE zumindest prinzipiell die Vermutung der Medieninhaberschaft und damit Verantwortlichkeit. Das Gegenteil müsste entsprechend belegt werden.

Es ist zumindest dem 4. Senat zuzugestehen, dass im gegenständlichen Fall, einer Urheberrechtsverletzung, mangels ausreichend konkreten Vorbringens die Prüfung der Medieninhaberschaft nicht naheliegt. Der Einwand, es lägen keine eigenen, sondern fremde Inhalte vor, hätte bei einiger Aufmerksamkeit aber eine nähere Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Hostproviderstellung verdient. Die Feststellung, ein Medienunternehmen betreibe ein Onlinemedium, indiziert mE, wie oben ausgeführt, die Medieninhaberschaft und damit grundsätzlich auch die Letztverantwortung für die Websiteinhalte. Diese entspricht in EC-rechtlicher Sicht und Terminologie dem „Zueigenmachen“ der Inhalte Dritter und damit der Stellung des Contentproviders. Wenn auf der Website eines Medienunternehmens auch Dritten ermöglicht wird, eigene Inhalte einzustellen, wird daher grundsätzlich nur fraglich, ob *alle* Inhalte dieses Webauftritts dem Medieninhaber der Website haftungsrechtlich zugeordnet sind oder ob trotz der medienrechtlichen Sonderregelungen, die unstrittig jedenfalls für Inhalte Dritter gelten, die Medieninhaberschaft bei Inhalten, die Dritte einstellen, geteilt sein kann. Ein Strafsenat des OGH hat sich iZm APA-OTS Aussendungen bereits intensiv mit dieser Frage befasst und die Medieninhaberschaft dabei letztlich dem für den Inhalt des jeweiligen „Mediums“ jeweils „Letztverantwortlichen“ zugewiesen.

D. OGH 5 Os 8/10f und 15 Os 34/10d⁹²: APA-OTS – geteilte Medieninhaberschaft?

In den Medienrechtssachen wegen § 6 MedienG (der Sachverhalt beider Entscheidungen war ähnlich, die rechtlichen Ausführungen gleichlautend) war von den Vorinstanzen der Verfasser von APA-OTS Aussendungen wegen Übler Nachrede nach § 111 Abs 1 und 2 StGB zur Zahlung einer Entschädigung iHv € 7.000,- verurteilt worden. Der Antragsgegner wendete dagegen insb ein, er sei mangels Medieninhaberschaft an der Website APA-OTS nicht passiv legitimiert. Der 15. Senat hatte daher zu erörtern, ob der Betreiber einer Website (hier: www.ots.at) stets auch Medieninhaber aller dort geposteten Beiträge ist. Er findet eine kreative Lösung: Zwar definiere § 1 Abs 1 Z 5a lit b MedienG eine (abrufbare) Website als „periodisches elektronisches Medium“, an dem unter Rückgriff auf die Materialien zur MedienG-Novelle 2005 eine Medieninhaberschaft dann begründet wird, wenn eine Person die inhaltliche Gestaltung für das jeweilige Angebot vornimmt und damit „(als sogenannter ‚Content-Provider‘)“ die inhaltliche Verantwortung für den „Content“ trägt. Damit werde aber – so die Schlussfolgerung des Strafsenats –

„zugleich [...] der Gegenstand und Umfang des mit der vorliegend untersuchten Begriffsbestimmung gemeinten Begriffs ‚Medium‘ erst definiert: Denn ‚Medium‘ – für das ein durch das Mediengesetz ausnahmslos präsumierter (vgl die abschließende Regelung in § 1 Abs 1 Z 8 lit a bis d MedienG) Medieninhaber haftet – ist demnach jene (iSd § 1 Abs 1 Z 1 MedienG) ‚publizistische‘ Einheit, für die es – überhaupt – einen Letztverantwortlichen gibt“.

Die Medieninhaberschaft für eine Website wird damit daran gebunden, dass es tatsächlich einen Letztverantwortlichen für diese Website gibt. Fehlt dieser, so sind die Verfasser der einzelnen Bei-

91 ErlRV 874 BlgNR 21. GP 6 letzter Abs.

92 OGH 15 Os 34/10d *jusIT* 2010/84 (*Bergauer*) = *ÖJZ* EvBl 2010/128 (*EvBl-Redaktion*); inhaltlich gleichlautend mit OGH 26. 5. 2010, 15 Os 8/10f und daher von *Bergauer* in *jusIT* 2017/82, 176 in einem besprochen.

träge als einzelne „Medien“ nach § 1 Abs 1 Z 8 lit d MedienG als Medieninhaber verantwortlich. Das aber war im konkreten Fall bzgl der Texte des Parlamentsklubs einer politischen Partei eben dieser Parlamentsklub, der Aussendungen ins APA-OTS System eingespeist hatte. Denn er besorgte die inhaltliche Gestaltung des Mediums, dessen Ausstrahlung, Abrufbarkeit und Verbreitung.

Der 15. Senat betonte jedoch, dass eine Prüfung stets im Einzelfall erfolgen muss. Es darf daher besonders interessieren, nach welchen Kriterien er die „Letztverantwortung“ für ein Medium bewertet. Der Strafsenat nennt unter Rückgriff auf die Literatur zuerst als wesentliches Moment die selbständige Verbreitung (= einheitliche Abrufbarkeit) sowie ergänzend formelle Abgrenzungskriterien, wie einheitliche Aufmachung, eindeutige Unterordnung, Verhältnis des Umfangs der Teile und ein gesondertes Impressum mit Hinweisen auf den medienrechtlich Verantwortlichen. Im konkreten Fall wurden die Texte Dritter selbständig ausgewiesen, nämlich unter gesonderter Bezeichnung der Beiträge nach Stichwortzeile und Aussender und mit dem expliziten Hinweis auf dessen ausschließliche inhaltliche Verantwortung. Auch ist in den AGB von APA-OTS klargestellt, dass die Texte ohne irgendwelche Veränderungen übernommen werden. Die Aussendung erfolgt unter expliziter Klarstellung der ausschließlichen inhaltlichen Verantwortung des Aussenders. Damit aber war der einzelne Beitrag als „Medium“ und der Hochladende als Medieninhaber iSv § 1 Abs 1 Z 8 lit d MedienG zu qualifizieren. Dass die Beiträge rein technisch nur vom Betreiber der Website gelöscht werden können, ändert daran nach Ansicht des Strafsenats auch unter Berücksichtigung von § 36a Abs 1 MedienG nichts, weil in den AGB ein diesbezügliches Weisungsrecht des Nutzers die Löschung sicherstellt.

Die Entscheidung hat Eingang in das Schrifttum gefunden⁹³ und wird allgemein zitiert, vertiefte Auseinandersetzungen blieben jedoch aus. Allein *Rami* kritisiert, der Senat habe verkannt, dass die Orientierung daran, wer über den Inhalt der Aussendung entscheidet, dazu führt, dass auch der Verfasser eines Postings auf einer Internetseite Medieninhaber dieses Postings sein müsste, was aber nicht der Fall sei. Hingegen sei das Ergebnis dann richtig, wenn man den Aussender als Mediendienst iSv § 1 Abs 1 Z 7 MedienG verstehe, weil nach § 1 Abs 2 Mitteilungen von Mediendiensten in jeder Form Medien sind.⁹⁴ Dass der Verfasser eines Postings nicht Letztverantwortlicher ist, begründet *Rami* unter Verweis auf die Materialien damit, dass der Begriff Medieninhaber „[...] nur jene Personen [erfasst], denen ‚die inhaltliche und redaktionelle Letztverantwortung für die verbreiteten Inhalte zukommt‘ [...], also für das **gesamte** Medium (argumento e contrario aus § 1 Abs 1 Z 11 MedienG [mitwirkt])“.⁹⁵ *Rami* zieht aus den beiden Entscheidungen insgesamt den Schluss: „Ein Medium, etwa eine Tageszeitung oder eine Internet-Website, kann für verschiedene Teile über verschiedene Medieninhaber verfügen.“⁹⁶ Diese Aussage kann so aus den genannten Entscheidungen mE jedoch nicht abgeleitet werden. Denn der 15. Senat modifiziert Gegenstand und Umfang des Begriffs „Medium“ im Sinne der „publizistischen Einheit“ ausdrücklich nach der Existenz eines Letztverantwortlichen: Gibt es einen für die inhaltliche Gestaltung der Website Letztverantwortlichen, so trägt dieser als Medieninhaber die medienrechtliche Verantwortung über die Website. Gibt es keinen Medieninhaber der Website, soll diese gar kein Medium sein; vielmehr sind dann die einzelnen Mitteilungen Me-

93 Vgl zB Wittmann/Zöchbauer in Röggl/Wittmann/Zöchbauer, Medienrecht § 1 Rz 18, 22; Noll in Berka/Heindl/Höhnel/Noll, Mediengesetz³ § 1 Rz 48 (Seite 49 f).

94 *Rami* in WK² MedienG § 1 Rz 47b (Stand Juli 2011, rdb.at).

95 *Rami* in WK² MedienG § 1 Rz 47 (Stand Juli 2011, rdb.at); Hervorhebung im Original.

96 *Rami* in WK² MedienG § 1 Rz 47a (Stand Juli 2011, rdb.at); zust Wittmann/Zöchbauer in Röggl/Wittmann/Zöchbauer, Medienrecht § 1 Rz 22.

dien mit den jeweiligen Verfassern als den medienrechtlich verantwortlichen Medieninhabern. Es gibt also gerade keine geteilte Medieninhaberschaft in Bezug auf verschiedene Teile eines (!) Mediums, sondern vielmehr mehrere parallele Medieninhaberschaften für mehrere, deutlich unterschiedene Medien. Als Besonderheit bleibt, dass die Website selbst in diesem Fall die Eigenschaft als Medium zu verlieren scheint. Das ist weder aus dem Gesetzestext begründbar (der ganz offensichtlich zentral am Begriff des „Mediums“ ansetzt und die weiteren Termini davon ableitet) noch auch notwendig. Im Ergebnis kann die Medieninhaberschaft an der Website aufrecht bleiben, wenn die publizistische Funktion ausreichend berücksichtigt und die Verantwortlichkeit darauf beschränkt wird: Es gibt Websites, deren Informationsgehalt sich darauf reduziert, anderen als Verteilerplattform zu dienen (neben APA-OTS wäre hier zB auch an Facebook oder YouTube zu denken). Sie sind damit nach österr Recht ganz eindeutig „Medien“ nach § 1 Abs 1 Z 1 MedienG, nämlich „Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen“. Sie müssen für ihren „Mediengehalt“ auch medienrechtlich einstehen (zB Offenlegung und Impressum usw.). Wenn aber daneben weitere „publizistische Einheiten“ erkennbar sind, die selbst Mediencharakter aufweisen, kommt eine Haftung des Website-Medieninhabers dafür nur in Frage, wenn er die „gebotene Sorgfalt“ außer Acht lässt. Damit liegt es an den Gerichten, ihn für (deklariert!) fremde Inhalte, die er sich erkennbar nicht zueigen macht (so sind mE die Kriterien des Strafsenats zu verstehen), eingeschränkt, nämlich ähnlich *wie* (aber keinesfalls *als!*) einen Hostprovider haften zu lassen. Die Medieninhaber der einzelnen Beiträge auf der Website hingegen sind iSv § 1299 ABGB streng in die Pflicht zu nehmen. Das Ergebnis wären dann parallele Medieninhaberschaften, wobei jeder Medieninhaber für seinen Inhalt haftet.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

In Österreich wird die Meinung vertreten, dass Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung gleichzeitig nebeneinander bestehen können. Die Lehre stützt sich zur Untermauerung dieser Annahme auf „teleologische“ Auslegung, die (insb zivilrechtliche) Rsp stellt bei der Beurteilung einschlägiger Sachverhalte vorschnell und ohne nähere Prüfung auf die Hostproviderstellung des Medieninhabers ab. Die Ergebnisse sind unbefriedigend. Dabei lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut, der Systematik und den Materialien eine strenge Trennung der beiden Funktionen ableiten. Fraglich bleibt, nach welchen Kriterien die Abgrenzung vorzunehmen ist. Dabei kann auf die in der Literatur und (insb strafrechtlichen) Rsp entwickelten Kriterien zur Medieninhaberschaft und – gleichsam als „Gegenprobe“ zur Hostproviderstellung – zurückgegriffen werden. Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- **Medium**

Wenn Inhalte auf einer Website streitgegenständlich werden, ist zunächst zu prüfen, ob die Website – wie *Wittmann/Zöchbauer* richtig voraussetzen⁹⁷ – als Mittel zur Verbreitung von Information eine publizistische Funktion erfüllt. Das ist immer dann der Fall, wenn sie öffentlich zugänglich ist, denn nur dann kann sie medienrechtlich einschlägig werden. Dabei sind auch private und rein werbende Sites umfasst (wenngleich in bestimmten Aspekten begünstigt).

97 *Wittmann/Zöchbauer* in *Röggla/Wittmann/Zöchbauer*, Medienrecht § 1 Rz 3.

- **Medieninhaber**

Ist eine Website ein Medium, ist in der Folge zu prüfen, wer die Letztverantwortung für ihre – mit *Koziol* weit zu verstehende⁹⁸ – inhaltliche Gestaltung trägt und damit medienrechtlich verantwortlicher Medieninhaber ist. Dabei ist dann, wenn ein Medienunternehmen eine Website betreibt, grundsätzlich von dessen Medieninhaberschaft an der Website auszugehen. Daneben können auch Private als Websitebetreiber Medieninhaber sein. Inhaltliche Gestaltung und damit Website-Medieninhaberschaft liegt mE bereits dann vor, wenn der Websitebetreiber Themen vorgibt oder zB die Kommentierungen von ihm eingestellter Beiträge ermöglicht.

- **Kumulierende Medieninhaberschaft an einzelnen Medien**

Gibt es keinen Letztverantwortlichen für die gesamte Website mit allen Inhalten, weil der Websitebetreiber deutlich zu erkennen gibt, die „inhaltliche Gestaltung“ nicht allein zu besorgen, indem er Dritten ermöglicht, Inhalte auf eigene Verantwortung hochzuladen und sich von den Inhalten der Dritten ausdrücklich und erkennbar distanziert, ist *zusätzlich* zur Medieninhaberschaft an der Website auf die einzelnen Inhalte als „Medien“ abzustellen und der für den jeweiligen Inhalt Letztverantwortliche als Medieninhaber medienrechtlich verantwortlich. Damit wird die Verantwortung für Medieninhaltsdelikte ausgeweitet, weil neben die Verantwortlichkeit des Website-Medieninhabers die der Medieninhaber der einzelnen Beiträge tritt, jeweils allerdings nur für ihr Medium und nur bei Verletzung der (von der Rsp erst noch zu entwickelnden, den jeweiligen Besonderheiten angemessen Rechnung tragenden) gebotenen Sorgfalt.

- **Hostprovider**

Der österr Gesetzgeber hat mit der MedienG-Novelle 2005 den Website-Medieninhaber bewusst als Gegenstück zum Hostprovider konzipiert, um Überschneidungen zu vermeiden. Gleichzeitig wurde in den Materialien die Vermutung aufgestellt, dass Medienunternehmen grundsätzlich als Medieninhaber die Verantwortung für ihre Webauftritte tragen. Nur wenn, als Ausnahme vom Normalfall, tatsächlich keine inhaltliche Gestaltung und damit keine Medieninhaberschaft an einer Website vorliegt, kann eine Hostproviderstellung des Websitebetreibers in Frage kommen. Voraussetzung dafür ist, dass der angebotene Dienst nicht rein privat ist, sondern eine – wiederum weit zu verstehende – wirtschaftliche Tätigkeit darstellt.⁹⁹ Als Hostprovider darf der Diensteanbieter aber nur eine bloß passive Rolle einnehmen und muss insb ohne Kenntnis und Kontrolle der Inhalte Dritter sein. In diesem Fall wird die im Medienrecht grundlegend geforderte „publizistische Funktion“ des Websitebetreibers aber ohnehin nicht vorliegen. Die Prüfung des Vorliegens der Hostproviderstellung kann als Gegenprobe die Prüfung der Medieninhaberschaft ergänzend verifizieren (oder auch falsifizieren). Daher müsste bereits die Vorgabe von Themen oder die Ermöglichung, eigene Inhalte zu kommentieren, mE zu einer aktiven, die Hostprovidereigenschaft ausschließenden Rolle führen (= „Gegenprobe“ zur Medieninhaberschaft oben).

⁹⁸ *Koziol* in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* 46.

⁹⁹ ErwGr 18 EC-RL: „Die Dienste der Informationsgesellschaft umfassen einen weiten Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstatten gehen.“ Entgeltlichkeit ist aber jedenfalls nicht erforderlich (vgl. EuGH 11. 9. 2014, C-291/13, *Papasavvas* *iusIT* 2015/4 [Staudegger]).

- **Nutzer**

Nutzer iSv Art 2 lit d EC-RL ist jede natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken einen Dienst der Informationsgesellschaft in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen. Damit sind Personen, die die technische Infrastruktur eines Diensteanbieters verwenden, Nutzer, aber nicht selbst Diensteanbieter. Hingegen können sie nach dem Gesagten durchaus Medieninhaber sein.

- **Verantwortlichkeit außerhalb des Medienrechts**

Außerhalb des Medienrechts gelten die jeweiligen Besonderheiten der Materiengesetze. In allen Fällen ist eine Abgleichung mit der Stellung des Hostproviders nötig. „Medieninhaberschaft“ legt aber auch für andere Rechtsverletzungen als Medieninhaltsdelikte – wie zB Urheberrechtsverletzungen – die Verantwortlichkeit zumindest nahe. Dies anerkennt auch die Rsp: „Die Grundsätze für die Verantwortung nach dem Mediengesetz gelten auch für die zivilrechtliche Haftung“.¹⁰⁰ Der Befund wird durch die EC-rechtliche Gegenprobe bestätigt: Besorgt jemand die inhaltliche Gestaltung einer Website, ist anzunehmen, dass die Inhalte nicht „fremd“ iSd ECG sind und eine Providerprivilegierung daher ausscheidet. Eine Prüfung im Einzelfall ist allerdings unerlässlich. Dabei sind die in der Rsp des EGMR, EuGH und OGH entwickelten Kriterien anzuwenden. Insb die vom Strafsenat erarbeiteten Abgrenzungen können wertvolle Hinweise liefern.¹⁰¹

V. Fazit

Die Frage, inwieweit Medieninhaber von Printmedien, die auch einen Webauftritt betreiben, in dem Dritten ermöglicht wird, eigene Inhalte hochzuladen, für die Inhalte dieser Dritten verantwortlich sind bzw wie weit sie sich auf das Haftungsprivileg für Hostprovider stützen können, welche lediglich Speicherplatz für fremde Inhalte zur Verfügung stellen, kann unter Beachtung der Rechtsprechung und Berücksichtigung der Anregungen aus der Literatur wie folgt sachgerecht beantwortet werden:

Medienunternehmen, die Websites betreiben, sind grundsätzlich deren Medieninhaber. § 6 Abs 2 Z 3a, § 7 Abs 2 Z 5, § 7a Abs 3 Z 5, § 7b Abs 2 Z 4a und § 7c Abs 2 MedienG sehen in diesem Fall seit der MedienG-Novelle 2005 als *lex specialis* und *lex posterior* eine abschließend geregelte, auf die Verletzung der „gebotenen Sorgfalt“ beschränkte Haftung des Website-Medieninhabers vor. Sie gilt mE für eigene wie für fremde Inhalte und kann je nach Ausgestaltung der Sorgfaltsmaßstabes angemessen variiert werden. Dabei ist die technische Ausgestaltung des jeweiligen Systems zu berücksichtigen (unmoderierte Foren könnten die Haftung verschärfen, automatisierte Filter, menschliche Redaktion und Meldesystem hingegen mildern). Die Ermöglichung von Postings ohne Registrierung nimmt den Betreiber nach Ansicht des EGMR jedenfalls stärker in die Pflicht.

Wenn die Gestaltung einer Website deutliche Hinweise darauf bietet, dass keine Medieninhaberschaft an ihr insgesamt, also an allen Inhalten, besteht (das ist zB für APA-OTS der Fall, wäre aber auch für Facebook und YouTube einschlägig), ist zusätzlich auf die Einzelbeiträge als „publizisti-

100 OGH 24. 1. 2006, 4 Ob 226/05x, *Nacht der 1000 Rosen*, unter Verweis auf OGH 13. 3. 2002, 4 Ob 4/02w.

101 Die vom Strafsenat zu OGH 30. 6. 2010, 15 Os 34/10d und OGH 15 Os 8/10f jusIT 2010/84 (*Bergauer*) = ÖJZ EvBl 2010/128 (*EvBl-Redaktion*) entwickelten Kriterien sollen in einem eigenen, Beitrag zusammengefasst und in praxi angewendet werden; vgl dazu *Staudegger*, Medieninhaber als Hostprovider? jusIT 2015 Heft 3 (in Druck).

sche Subeinheiten“ abzustellen. Damit können auf einer Website mehrere Medien existieren, an denen jeweils (durchaus auch verschiedene) Medieninhaber Verantwortung tragen. Dabei kommen allen Medieninhabern bzgl der rechtsverletzenden Inhalte auf Websites die medienrechtlichen Haftungserleichterungen (Einschränkung auf Verletzung der [jeweils] gebotenen Sorgfalt) zugute.

Diese medienrechtliche Einstufung hat ihr Gegenstück im ECG: Wenn eine einheitliche Verantwortung für die Beiträge besteht, weil „eigene“ Inhalte angeboten werden, ist der Plattformbetreiber Contentprovider; eine Haftungsbegünstigung für „fremde“ Inhalte scheidet tatbestandsmäßig aus. Bietet der Websitebetreiber hingegen bloß die technische Infrastruktur an, ohne sich aktiv an den Inhalten zu beteiligen, genießt er als Hostprovider die im ECG normierten Privilegien. Die Trennlinie verläuft hier zwischen eigenen und fremden Inhalten. Dabei ist sowohl die Ausgestaltung der jeweiligen Systemumgebung (redaktionelle Eingriffe [zu denen auch der Einsatz von Filterprogrammen zählt] legen eine aktive Rolle nahe), als auch die inhaltliche Einflussnahme zu berücksichtigen. Greift der Websitebetreiber inhaltlich aktiv ein (wozu mE auch der Aufruf zum Hochladen thematisch bestimmter Bilder oder die Eröffnung eines thematischen Blogs zB iZm einem Artikel zählen können), macht er sich die Inhalte in EC-rechtlicher Diktion „zueigen“ und trägt dafür die Verantwortung. Wer auf seiner technischen Infrastruktur ein bestimmtes Thema eröffnet und Dritte ermuntert bzw diesen ermöglicht, Inhalte dazu hochzuladen, soll mE auch die Verantwortung für die hochgeladenen und durch die technische Infrastruktur zugänglich gemachten Beiträge tragen.

Die hier vertretene Unterscheidung wird durch ein weiteres Detail im Ergebnis bestärkt: Durch Zuerkennung der Hostproviderprivilegierung blieben bislang Medienunternehmen hinsichtlich durch Dritte auf ihren Websites begangener Rechtsverletzungen haftungsfrei; anonyme RechtsverletzerInnen konnten aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht verfolgt werden und blieben straffrei. Die Verletzten mussten neben dem Schaden auch noch dieses Übel tragen. Gleichzeitig waren Medieninhaber wenig motiviert, dem vorzubeugen, hätte doch ein Aktivwerden sie jedenfalls um die Providerprivilegierung gebracht. Schließt man sich hingegen der strikten Trennung von Hostprovidereigenschaft und Medieninhaberschaft an, ist das Ergebnis sachgerecht: Der Hostprovider, der selbst keinerlei Einfluss auf die Inhalte nimmt, bleibt bei Einhaltung der Kriterien nach § 16 ECG haftungsfrei, ist aber zur Auskunft über die Person des/der potentiellen RechtsverletzerIn verpflichtet. Dagegen kann sich der Medieninhaber, der die Letztverantwortung für die inhaltliche Gestaltung des Mediums trägt, auf das Redaktionsgeheimnis berufen, steht aber dafür haftungsrechtlich selbst in der Verantwortung. Ein Eingriff in das für die Kommunikationsfreiheit als so wesentlich erkannte Redaktionsgeheimnis ist damit obsolet.

Die deutliche Abgrenzung von Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung hat über das Medienrecht hinaus Wirkung, weil „die Letztverantwortung für die inhaltliche Gestaltung einer Website“ auch bei anderen Rechtsverletzungen die Verantwortlichkeit nahelegt und das bloße Vermitteln fremder Inhalte in diesem Fall eher unwahrscheinlich ist. Sie wurde in der Rsp auch bereits anerkannt.

Der Gesetzgeber schafft mit der gewählten gesetzlichen Konstruktion die Basis dafür, die Verantwortlichkeit des Medieninhabers und des Hostproviders bzgl der Haftung für Rechtsverletzungen Dritter weitgehend anzunähern, während sich die sonstigen Rahmenbedingungen deutlich

unterscheiden. Es wird Aufgabe der Rsp sein, das feine Instrumentarium der „gebotenen Sorgfalt“ so einzusetzen, dass im Einzelfall überzeugende Entscheidungen erzielt werden. Sollte sich zeigen, dass in der Praxis die Medieninhaber durch die Privilegierungen unsachlich gestärkt und die Verletzten dadurch unangemessen benachteiligt werden, ist es Sache des Gesetzgebers, die Rechtslage zu ändern. Es kann aber nicht Aufgabe der Lehre sein, Gesetze, die sich in der Praxis nicht bewähren, interpretativ zu korrigieren.

Die Kommunikationsfreiheit zählt, zumindest in Europa, zu den breit anerkannten und stark geschützten Grundrechtsgütern. Medienunternehmen nutzen das Internet gerne als zusätzliche Plattform neben dem Printmedium. Die Technologie erlaubt es, auf diesen Websites auch Dritten Raum zu geben, ihre Meinung zu äußern. Dabei kommt es immer wieder zu Rechtsverletzungen. Es ist dringend geboten, die Verantwortlichkeit der Medienunternehmen im Internet ausreichend zu klären. Das österr Medienrecht bietet in Berücksichtigung der unionsrechtlichen Providerprivilegierung ein konsistentes Haftungssystem an, indem es Medieninhaberschaft und Hostproviderstellung strikt voneinander trennt, inhaltlich aber die Möglichkeit zur Angleichung bietet. Lehre und Rechtsprechung hingegen vermischen medienrechtliche und EC-rechtliche Bestimmungen mit durchaus bedenklichen Ergebnissen. Der Beitrag versucht, auf die gesetzliche Ausgangslage zurückzuführen und so zur Lösung des bestehenden Dilemmas beizutragen.

Authoritarian Liberalism

Alexander Somek*, University of Iowa

Abstract: *In light of the reforms undertaken for the sake of the Euro, the article revisits the concept authoritarian liberalism that was introduced in 1933 by the German public law scholar Hermann Heller. This notion seeks to capture the liaison between the “strong state” and economic liberalism. The article suggests that this notion can be fruitfully used to designate the new governance of economic and monetary union. It argues, particularly, that it makes sense to speak of an authoritarian style of governance even if the latter does not wear vestiges of outright repression. Two different faces of authoritarian liberalism can be distinguished: one that looks more towards authoritarianism and another one that views authoritarian rule as a managerial strategy that is good for the economy. The article then speculates whether the European Union has been, indeed, successful because it shifts between the two. Disturbingly, there may be something deeply as well as more accidentally authoritarian about European integration.*

Keywords: *European Union; authority; transnational governance; delegation; trust.*

I. Major changes

As is well known, over the last six years the Member States of the European Union have been wrestling with a banking crisis, a fiscal crisis and a real economic crisis.¹ While responses to the first crisis have now materialized in plans for a “banking union”,² the two latter crises have occasioned to a whole series of measures, not least because they implicated the viability of Monetary Union. Various efforts at tackling the Fiscal Crisis and its implications for the financing of sovereign debt have profoundly altered the legal framework of Economic and Monetary Union. These relevant reforms concern two areas of law.

First, existing law concerning economic convergence³ was amended, in particular with regard to the multilateral surveillance of economic performance and the prevention of excessive benefits. The core of these reforms is manifest in the strong and deep-reaching involvement of the Commission the economic and budgetary planning of the Member States. Key thereto is the “Europe-

* Alexander Somek holds the Charles E. Floete Chair in Law at the University of Iowa.

Earlier versions of this article were presented at the Law Department of the London School of Economics and Political Science, the Iowa Legal Studies Workshop and at the Georgetown University Law Centre. The author would like to thank all participants for their feedback.

1 I am following Streeck's depiction of the situation. WOLFGANG STREECK, GEKAUFTE ZEIT: DIE VERTAGTE KRISE DES DEMOKRATISCHEN KAPITALISMUS (Suhrkamp 2013). For a more complex picture that identifies five crises, see Agustín Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, 14 GERMAN LAW JOURNAL, 2013, at 453.

2 See http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-570_en.htm?locale=en.

3 It has essentially its basis in Articles 121-126 and Article 136 TFEU.

an Semester”, which provides the Commission with access to the whole field of domestic policy planning.⁴ What is more, not only do Member States of Euro Zone have to submit to the Commission and to the Eurogroup a draft budgetary plan for the forthcoming year⁵ and are subject, under certain conditions, to visitations by “review missions”,⁶ sanctions can now be imposed on them on the ground of their failure to comply with recommendations⁷ or corrective actions plans.⁸ These are the innovations that we associate with the Reform of the Stability and Growth Pact (“Six Pack”,⁹ “Two Pack”¹⁰) and the Fiscal Compact.¹¹

4 See Article 2a of Regulation (EC) 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies. It was introduced by Regulation 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011. The European Semester involves the formulation, and surveillance of the implementation, of broad economic policy guidelines; the tasks of formulation and surveillance are extended also to employment guidelines (Art 148[2] TFEU), the stability or convergence programs, national reform programs supporting the Union’s strategy for growth and jobs and the prevention of correction of macroeconomic imbalances. Even the “enhanced monitoring of budgetary policies” is supposed to “complement” the European Semester. See Article 1 of Regulation (EU) 473/2013 of the European Parliament of the Council of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the Member States of the euro area. Arguably, the European semester is the gate through which the Commission enters domestic policy planning and through which it never leaves. For a sketch of how the European semester works, see http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/the_european_semester/index_en.htm.

5 See Article 6 of Regulation (EU) No 473/2013.

6 See Article 3(5) Regulation 472/2013.

7 See Council Regulation 1177/2011 of November 2011 amending Council Regulation 1467/97 of 7 July 1997 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure. The new Article 7 has speeded up the imposition of sanctions.

8 See Articles 3 to 5 of Regulation (EU) No 1174/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area.

9 The (reformed) Stability and Growth Pact consists of regulations concerning the prevention and correction of excessive deficits and macroeconomic imbalances. See Regulation (EU) No 1175/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies; Regulation (EU) No 1173/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the effective enforcement of budgetary surveillance in the euro area; Regulation (EU) No 1176/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on the prevention and correction of macroeconomic imbalances; Council Regulation (EU) No 1177/2011 of 8 November 2011 amending Regulation (EC) No 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure; Regulation (EU) No 1174/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 November 2011 on enforcement measures to correct excessive macroeconomic imbalances in the euro area; Council Directive 2011/85/EU of 8 November 2011 on requirements for budgetary frameworks of the Member States; Regulation (EU) No 473/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the Member States in the euro area; Regulation (EU) No 472/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on the strengthening of economic and budgetary surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability. For the legal problems raised, see Martin Höpner & Florian Rödl, *Illegitim und rechtswidrig: Das neue makroökonomische Regime im Euroraum*, 92 WIRTSCHAFTSDIENST 219, 219-222 (2012); Jürgen Bast & Florian Rödl, *Jenseits der Koordinierung? Zu den Grenzen der EU-Verträge für eine Europäische Wirtschaftsregierung*, 39 EUROPÄISCHE GRUNDRECHTEZEITSCHRIFT, 2012, at 269; Mark Dawson & Floris de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, 76 MODERN LAW REVIEW, 2013, at 817.

10 Two regulations, based upon Article 136 and Article 121(6) TFEU, were adopted in order to strengthen the coordination and surveillance of budgetary policies among Member States in the Eurozone. Regulation (EU) No 473/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on common provisions for monitoring and assessing draft budgetary plans and ensuring the correction of excessive deficit of the Member States in the euro area and Regulation (EU) No 472/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on the strengthening of economic and budgetary surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability. The first regulation applies to all euro area Member States, with special rules applying to those in the corrective arm of the Stability and Growth Pact, namely the Excessive Deficit Procedure. The second Regulation sets out “clear and simplified rules” for enhanced surveillance for Member States facing severe difficulties with regard to their financial stability, those receiving financial assistance, and those exiting a financial assistance program. We shall return to some of the provisions of these regulations below.

11 The official name of the Fiscal Compact is “Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union”.

Second, when the Member States were first confronted with the potential default of countries like as Greece, they had to answer the simple and important question whether the original treaty framework was indeed susceptible to flexible complementation.¹² As originally understood, the Treaty had made no credit available to Member States from the ECB qua lender of last resort (Article 123 TFEU) and had also seemed to have ruled out that Member States somehow assume the liability of any other (Article 125 TFEU). The exigency of rescuing the common currency, however, soon made the Member States divine ways of working around existing constraints, for example, by using the solidarity clause of Article 122(2) TFEU as a basis for adopting the regulation introducing the European Financial Stabilization Mechanism.¹³ More importantly, outside the Treaty framework they quickly created institutions charged with helping debt-challenged Member States to restructure their sovereign debt, such as the European Financial Stability Facility and the European Stability Mechanism. The Euro Zone remained sustainable owing to amendments that were anchored in Public International Law.¹⁴

II. Obvious problems

Not surprisingly, the amendment of existing law and the creation of new institutions have been persistently trailed by two recurring challenges. They have been concomitant to European integration for decades. The first challenge questions whether or not the Union or the Member States really have the legal power to adopt the relevant measures¹⁵ (for example, of introducing reverse qualified majority voting when it comes to imposing sanctions in the context of multilateral surveillance).¹⁶ This *ultra vires* challenge is often complemented with the other challenge alleging that European crisis management has exacerbated the already existing “democracy deficit”.¹⁷

Remarkably, in this context the competence challenge appears in a *dual format* that looks toward the democracy deficit. Not only is it debatable whether, for example, the Member States have the power to assign in the Fiscal Compact certain tasks to the Union institutions without the consent

12 As Scharpf points out correctly, it would have been possible to let Greece default on its debt on the basis of a strict construction of Maastricht rules. For such a “tough luck” approach, see FRITZ W. SCHARPF, NO EXIT FROM THE EURO-RESCUING TRAP? 5 MPIfG DISCUSSION PAPER at 7 (2014).

13 See Council Regulation 407/2010.

14 See Pieter-Augustin Van Malleghem, *Pringle: A Paradigm Shift in the European Union's Monetary Constitution*, 14 GERMAN LAW JOURNAL, 2013, at 141.

15 The *Pringle* case concerned the legality of the European Stability Mechanism. See Case C-370/12, *Pringle v. Ireland*, [2012] ECR I-nyr. The conclusion of the Fiscal Compact generated a great deal of critical observation. See, for example, P.P. Craig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: principle, politics, pragmatism*, 37 EUROPEAN LAW REVIEW 231, 238-239 (2012). The current saga concerning the Outright Monetary Policy (OMT) of the ECB, which allows it to buy debt from Member States that receive credits from the ESM, involves an *ultra vires* challenge by the Federal Constitutional Court, which still needs to be answered by the ECJ. For an account of the story, see Armin Steinbach, *The Legality of European Central Bank's Sovereign Bond Purchases*, 39 YALE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW ONLINE, 2013, at 15. This challenge seems to be a major blow to the rescue efforts not least because the OMT policy seems to have helped a lot to help the Member States concerned.

16 For a skeptical view, see Martin Höpner & Florian Rödl, *Illegitim und rechtswidrig: Das neue makroökonomische Regime im Euroraum*, 92 WIRTSCHAFTSDIENST 219, 219-222 (2012); Jürgen Bast & Florian Rödl, *Jenseits der Koordinierung? Zu den Grenzen der EU-Verträge für eine Europäische Wirtschaftsregierung*, 39 EUROPÄISCHE GRUNDRECHTEZEITSCHRIFT, 2012, at 269.

17 See, for example, Agustin Menendez, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, 20 EUROPEAN LAW JOURNAL, 2014, at 127; Ruth Fox, *Europe, Democracy and the Economic Crisis: Is It Time to Reconstitute the “Assise”?* 65 PARLIAMENTARY AFFAIRS, 2012, at 463. See already FRITZ W. SCHARPF, MONETARY UNION, FISCAL CRISIS AND THE PREEMPTION OF DEMOCRACY, 11 MPIfG DISCUSSION PAPER (2011).

of the Union;¹⁸ rather, the new institutions and strategies of crisis management *in their operation* threaten to unsettle the institutional balance between the Union and the Member States.¹⁹ Such an *indirect* subversion of the allocation of powers, which effectively absorbs powers on the part of the Member States, can be observed for both areas of reform,²⁰ i.e., the revised Stability and Growth Pact, on the one hand, and the working of various “bailout” arrangements, on the other.

First, a permanent and systematic interference with national competence can be observed for multilateral surveillance, in particular for the European Semester.²¹ Within its scope of application, this is particularly obvious for the alert mechanism concerning macroeconomic imbalances²² and the “enhanced surveillance” of Member States, in particular if these receive financial assistance from the IMF or European institutions.²³ Within the context of the macroeconomic imbalance procedure, the Commission is empowered to use a “scoreboard” of macroeconomic indicators²⁴ in order to assess a Member State’s situation and to initiate, possibly, an in-depth review.²⁵ The use of these indicators feeds into recommendations that the Member States will receive about where they have to save or where they had better improve. In the event that the Commission finds that the Member State might be confronted with an “excessive” economic imbalance the Member State is expected to come up with a corrective action plan. This plan is subject to censure and approval by the Council.²⁶

The review by the Commission and the interaction with the Council cut across all areas of public policy. They concern particularly those fields for which the Union has no jurisdiction. Therefore, it is *now* finally fair to say that owing to the Union’s impact on budgetary planning, there is “nucleus of sovereignty” left to the Member States.²⁷ What is more, national parliaments are not at all major players in this process.²⁸ While parliaments need to be informed and discuss budgetary planning in one or the other committee, any real opposition is likely to be told by the government that, in order to avert the imposition of severe sanctions, the government has to comply with the demands made by the Commission.²⁹ It also not the case that this loss of influence, which is fairly typical by standards of European integration, is matched with the growing influence of the Euro-

18 See Andreas Fischer-Lescano & Lukas Oberndorfer, *Fiskalvertrag und Unionsrecht: Unionsrechtliche Grenzen völkerrechtlicher Fiskalregulierung und Organleihe*, 66 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT, 2013, at 9; Lukas Oberndorfer, *Der Fiskalpakt: Umgehung der “europäischen Verfassung” und Durchbrechung demokratischer Verfahren?*, JURIDIKUM 168, 168-179 (2012).

19 See Mark Dawson & Floris de Witte, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, 76 MODERN LAW REVIEW, 2013, at 817. For an in-depth analysis of this development, see Philomila Tsoukala, *Euro-Zone Management and the New Social Europe*, 20 COLUMBIA JOURNAL OF EUROPEAN LAW, 2013, at 32.

20 This important point is made by Tsoukala, note 19.

21 See Mark Hallerberg & Benedicta Marzinotto & Guntram B. Wolff, *On the Effectiveness and Legitimacy of EU Economic Policies*, 4 BRUEGELPOLICYBRIEF 1,2 (2012). With regard to the European Semester Tsoukala, note 19 at 66, observes “a carry-over of loan conditionality into the overall process of policy coordination with the euro zone”. Fiscal coordination now implicates matters such as labour, social and tax policy.

22 See Article 3 of Regulation 1176/2011.

23 See Article 2(6) Regulation 472/2013.

24 See Article 4 of Regulation 1176/2011.

25 See Article 5 *leg cit.*

26 See, in particular, Article 8(3) *leg cit.*

27 See Koen Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, 38 AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, 1990, at 205, who claimed that no “nucleus of sovereignty” had been left for the Member States; in a similar vein, George A. Berman, *Taking Subsidiarity Seriously*, 94 COLUMBIA LAW REVIEW, 1994, at 331.

28 There is a great variety of different forms of involvement, mostly through committees. See DG FOR INTERNAL POLICIES, AN ASSESSMENT OF THE EUROPEAN SEMESTER at 68–76 (IP/A/ECON/ST/2010-24, 2012).

29 Of course, some political gamesmanship may be involved here too. Sometimes the recommendations by the Council do not fall on fertile ground. See Hallerberg et al, note 21 at 5.

pean Parliament.³⁰ The various processes precipitated in the context of the European Semester basically involve national governments and supranational executive institutions.

For example, members of the Euro Zone have to submit annually to the Commission and the Eurogroup a draft budgetary plan for the upcoming year. The Commission is to issue an opinion on this draft.³¹ Only at the request of the Member State's parliament has the Commission also to present its opinion to the national parliament.³² Nonetheless, this opinion is important, for it provides a basis for discussion within the Eurogroup.³³ Matters appear to be even more aggravated in the context of "enhanced surveillance" in which Member States, even if they are not subject to a bailout,³⁴ have to report to the European Central Bank and carry out various stress tests at its request.³⁵ What is more, a Member State concerned has to introduce mechanisms of closer monitoring of its financial situation and to submit quarterly reports.³⁶

The transfer of authority over policy-making from the domestic to the supranational level becomes more pronounced once a Member State has become subject to the excessive deficit procedure. The Member State is then under an obligation to present an "economic partnership program",³⁷ which is supposed "to identify and select a number of specific priorities aiming to enhance competitiveness and long-term sustainable growth and addressing structural weaknesses in the Member State concerned".³⁸ Unsurprisingly, these priorities are expected to be "consistent with the Union's strategy for growth and jobs."³⁹

Second, the refinancing of sovereign debt through the ESM is negotiated with the troika, among which the European Commission plays a most important role.⁴⁰ The terms of conditions of actual Memoranda of Understanding seem to be consistent with the mindset of the Washington consensus. They are likely to include the privatization of public services or to address certain "rigidities" of labour law or wage formation.⁴¹ In the case of Greece the package of conditions seems to amount even to a program for reinventing the Greek state.⁴² Since the Commission has over the years put greater emphasis on restoring external balance through internal devaluation (rather than reducing debt), employment relationships and employability through lower wages or lower employment costs have become a focus of concern.⁴³ It can be observed, in this context, that the conditionality

30 See, Menendez, note 17 at 138; Hallerberg et al, note 21 at 5.

31 See Article 6(1) and 7(1) of Regulation 473/2013.

32 See Article 7(3) of Regulation 473/2013.

33 See Article (5) of Regulation 473/2013.

34 The Commission has discretion to submit a Member State to enhanced surveillance if that Member State experiences or is threatened with experiencing "serious difficulties with respect to its financial stability which are likely to have adverse spill-over effects on other Member States in the euro area." Article 2(1) Regulation 472/2013.

35 See Article 3(3)(a) and (b) Regulation 472/2013.

36 See Article 10(2) and (3) Regulation 473/2013. Generally, such closer monitoring is supposed to be facilitated domestically through the introduction of independent bodies. See Article 5 of Regulation 473/2013.

37 See Article 9(1) of Regulation 473/2013.

38 Article 9(2) of Regulation 473/2013.

39 Ibid.

40 See Scharpf, note 12 at 12.

41 For a description, see Tsoukala, note 19 at 57–65. Article 7(1)(4) explicitly states that adjustment programs "shall take into account the practice and institutions of wage formation and the national reform programme of the Member State concerned in the context of the Union's strategy for growth and jobs." This can mean that the memorandum either is supposed to respect them or to address the problems that they pose in the context of the strategy for growth and jobs.

42 See Philomila Tsoukala, *Narratives of the European Crisis and the Future of Social Europe*, 48 TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL 241, 259 et seqq (2013).

43 See Scharpf, note 12 at 12; Tsoukala, note 19 at 61–65.

developed for GIIPS economies becomes generalized in the context of the European semester and may even amount to Europe's new—liberal and residual—social model.⁴⁴

Evidently, also in this context, participation by parliaments really does not play a role. Rather, Member States receiving financial assistance subject to conditionality on a precautionary basis are subject to enhanced surveillance.⁴⁵ Those Member States that receive financial assistance from one or several other Member States or third countries, the EFSM, the ESM, EFSK or the IMF are required to draw up macroeconomic adjustment programs.⁴⁶ These are to be harmonized with Memoranda of Understanding concluded between the Member State the relevant financial institution.⁴⁷ The Commission (in liaison with the ECB and possibly also the IMF) is in charge of monitoring the progress⁴⁸ made by the Member State and of examining (with the Member State) whether the adjustment program needs to be “updated”.⁴⁹ In the event that a state experiences “insufficient administrative capacity” or other significant problems in implementing the program it has to seek “technical assistance from the Commission, which may constitute, for that purpose, groups of experts composed of members from other Member States and other Union institutions or from relevant international institutions.”⁵⁰ Such a capacity building group may actually take residence in the Member State concerned.

This emergent picture of top-down and peer group governance is complemented by the fact that, aside from lip service paid to the social partners,⁵¹ national parliaments are merely assured their right to invite Commission members to an “exchange of views” before their relevant committee.⁵² This is a rather blatant way of admitting the national parliaments do not matter.

All of these regulations have one feature in common that goes to the heart of the rule of law. For the outside observer, at any rate, they comprise a rather confusing array of procedures that are supposed to “complement”⁵³ their recently introduced predecessors. De facto they are just grafted upon one another. Apparently, only those “in the know” or “in charge” will know how to knit their own procedural routines from a web of ever increasing complexity. Evidently, the powerlessness on the part of the Union to adopt national budgets—in neoliberal political newspeak: its lack of “ownership” of national budgetary processes—gives rise to a nasty overregulation of the national political progress that benefits those pulling the overlapping regulations together in the course of their application.

44 See Tsoukala, note 19 at 66, 74-75.

45 See Article 2(3) and (4) Regulation 472/2013.

46 Article 7(1) Regulation 472/2013. If the Member State is already in an economic partnership program pursuant to Article 9(1) of Regulation 473/2013 the adjustment program shall build upon it or replace it.

47 See Article 7(2)(2) Regulation 742/2013.

48 See Article 7(5) Regulation 742/2013.

49 See Article 7(5) Regulation 742/2013.

50 Article 7(8) Regulation 742/2013.

51 One provision is repeatedly to be found in the reform of the Stability and Growth Pact, which says that the applications of the relevant regulations “should be in full compliance with Article 152 TFEU”, which recognizes the importance of social partners and pays respect to national systems of wage formation. Moreover, the regulations claim to take into account Article 28 of the Fundamental Rights Charter, which guarantees the integrity of systems of collective bargaining. See, for example, Article 1(2) Regulation 473/2013. This means, in practice, however, is that the Member State is left to its own devices when it comes to dealing with social partners with “a view to contributing to building consensus over its content” (Article 8 of Regulation 472/2013). In clear language, this means that the Member States governments are expected to appease the representatives of labour and to communicate the necessity of harsh “adjustments”.

52 See Article 8(9) of Regulation 472/2013.

53 See Article 1(1) of Regulation 473/2013 listing five procedural contexts that enhanced monitoring of budgetary policies is supposed to complement. Evidently, potential collisions are supposed to be “harmonized” in practice. See recitals 5 and 6 of Regulation 472/2013.

III. Staying the course

Interestingly, legal scholarship, even though often depressingly brilliant in identifying legal problems in complex settings, has recently become more cautious and muted and when it comes to conceptualizing the consequences of these developments. This is to be regretted, not least because European Union scholarship has always been at its best when it linked the identification of new developments with bold speculations concerning what these developments reveal of the nature of the Union. Indeed, European Union legal scholarship would not be the wonderful genre that it is if it did not invite various efforts to explore the elusive essence of the beast.⁵⁴

In this vein — and light of the observations concerning the demise of parliamentary control over budgetary planning — the article suggests that the current situation is strangely reminiscent of what *Hermann Heller* described in 1932/33 as “authoritarian liberalism”.⁵⁵ *Heller’s* original observation concerned a certain program designed to rebuild Germany from economic and political collapse. In his view it deserved this appellation because it promised (1) to introduce a “strong state”, unyielding to the demands made by labour⁵⁶ (2) to solve the economic crisis in a manner that restores entrepreneurship and (3) to be informed by expertise and thus to rescue the exercise of public power from the vagaries of “politics”.⁵⁷

Having used the designator “authoritarian liberalism” recklessly before,⁵⁸ the author now takes it upon himself to move beyond polemical exploits. Of course, the fact needs to be addressed that “authoritarian liberalism” on its surface does not look authoritarian at all. European economic and monetary crisis management has not yet resorted to banning political parties or relied on marauding black shirts, aggressive storm troopers, the removal of unwanted people or the shut-down of constitutional courts. The powers that be also do not make it a point to symbolise unity

54 Honestly, it would otherwise be roughly as exciting as international trade law.

55 See HERMANN HELLER, *AUTORITÄRER LIBERALISMUS?* (1933), reprinted in *GESAMMELTE SCHRIFTEN*, VOL 2. 643–653 (A.W. Sijthoff 1971).

56 From a historical perspective, at any rate, a more fascinating story can be told about the economists who will come to be known as “ordoliberals” (Eucken, Rüstow, Röpke) or as active supporters of the “social market economy” (Müller-Armack). They were thrilled about the “strong state”, for it promised to restore the authority of the state vis-à-vis social forces. Quite remarkably, some (Röpke) believed that the strong state could only take hold if it was supported by an activating “myth”. See DIETER HASELBACH, *AUTORITÄRER LIBERALISMUS UND SOZIALE MARKTWIRTSCHAFT: GESELLSCHAFT UND POLITIK IM ORDOLIBERALISMUS* 40, 60 et seq. (Nomos, 1991). On the ordoliberals and European integration, see DAVID J. GERBER, *LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS* 334 (Oxford University Press, 1998).

57 Heller’s phenomenology of “authoritarian liberalism” is straightforward and simple. The core principle is that of authority instead of majority (Heller, note 55 at 645). Yet, the authoritarian support of economic liberalism was not at all about some quasi-religious redemption (646) to be precipitated by some fascist *duce* or *Führer*. Rather, authoritarian liberalism casts itself as a matter of *rational insight* into economic necessity. It bases itself not on libidinous identification with the leader but on syllogisms and inferences saying that there is no alternative to the depoliticization of the economy and cut-downs on social programs (652–653). Authoritarian liberalism purports to be based on *knowledge*. It is, put in currently fashionable vocabulary, the extension of the “knowledge-based” economy to the sphere of politics. The market is taken to be the ultimate template of social improvement. Heller cites Papen as saying that work is the happiness of a people (652). The authoritarian liberal state withdraws from economic production and distribution (652). It favours austerity without, however, reducing subsidies for large banks and large industries (652). It thereby indirectly supports inequality. Such a program, Heller contends, can be sustained only against the will of the people, “for the German people would not long tolerate this neoliberal state in democratic forms” (653).

58 See, for example, *Engineering Equality: An Essay on European Anti-Discrimination Law*, at 45 (Oxford University Press, 2011). Others have used it not recklessly at all. See Lukas Oberndorfer, *Die Renaissance des autoritären Liberalismus? Carl Schmitt und der deutsche Neoliberalismus vor dem Hintergrund des Eintritts der “Massen” in die europäische Politik*, 42 *PROKLA*, 2012, at 413; Michael A. Wilkinson, *The Spectre of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, 14 *GERMAN LAW JOURNAL* 527, 547–440 (2013).

by appearing in uniform or by posting outsized blue banners bearing the golden imprint “More Europe”. Rather, they present their actions as an outgrowth of *necessity*. They claim merely to do what would have to be done by anyone whose mind is amenable to rational insight. But precisely therein resides the authoritarian element.

It is submitted that the significance and adequacy of the concept can be proven by departing from the facile perspective on democratic legitimacy that one encounters not least in the jurisprudence of the German Federal Constitutional court. It puts delegation at its centre.⁵⁹ All actions by the Union are based upon the delegation of sovereign powers of the Member States. Against this background, the emergence of an authoritarian form of rule needs to be explained from within a relationship of delegation, more precisely, a reversal in the relationship of power between the delegator and the delegate. Most interestingly, however, the reversal is always and already built into the relationship. This can be seen, at least, if one recognizes that delegation is not only a legal relationship, but also encompassed by a broader relationship of trust. Authoritarian rule emerges, dialectically, from trust.

The article tries to show that the origin of authoritarian rule lies partly in the *modal indifference* of trust—which explains the reluctance of Courts to “bite” when they are confronted with potential *ultra vires*—and partly in what can be called the *trust trap*. Then the article suggests that authoritarian liberalism is an expression of the administrative face of the cosmopolitan constitutions of the Member States. Finally, it concludes by speculating that the only antidote to the consolidation of authoritarian liberalism in Europe might be national governments joining their people in their protest. Admittedly, the Euro Zone seems to be “saved” for now. But the rescue does *not* produce output legitimacy across the European Union. While Germans, Austrians and Dutch may be quite content the Greeks or Spaniards are paying a heavy prize for it. We can advance towards a reform of monetary union only through sustained democratic opposition.

IV. Reversing the cycle of power

Any suggestion that *Heller's* polemical intervention can be developed into a concept that sheds light on our current situation needs to address a significant difference. In contrast to the 1930s, parliaments stay in place or at least not repeatedly sent home and re-elected. What happens, instead, is that national representative institutions find themselves in a position disturbingly similar to outright receivership.⁶⁰ This can be observed for Member States benefiting from European bailouts. But even aside from this special constellation, representative institutions do definitely not expand their authority at a rate that would allow them to keep up with the growing powers of supranational executive institutions. This is true, in particular, of the European Parliament.⁶¹ The overall situation therefore roughly matches what Colin Crouch so famously and controversially described as “Post-Democracy.” Core democratic institutions, such as parliaments or recurring elections, stay *formally* in place while the *substance* of political decision-making is no

59 At has done so at least since *Solange I*. See Internationale HandelsGesellschaft mBH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (*Solange I*) [1974], 2 *Common Market Law Reports* 540. For a historical account, see BILL DAVIES, *RESISTING THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: WEST GERMANY'S CONFRONTATION WITH EUROPEAN LAW, 1949–1979*, 78–88 (Cambridge University Press, 2012).

60 For a highly perceptive case study concerning Greece, see Tsoukala, note 42 at 266.

61 See, with regard to the European Parliament, the very apt observations by Agustin Menendez, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, 20 *EUROPEAN LAW JOURNAL*, 2014, at 138.

longer determined by active citizens and their representatives. Rather, the political process is controlled by administrative and economic elites, in particular in the context of transnational governance structures.⁶² Putting the matter starkly, representative institutions appear to have become soft and conciliatory. They do not take risks or leave toying with hazardous ideas, such as leaving the Union, to the parties on the right end of the political spectrum.⁶³ They behave as though they had understood that it is their task to lend *symbolic* “mass support” to the demands of administrative and economic rationality.⁶⁴

In the terms of *Habermas’* legal philosophy, such a development implies a disturbing reversal of the democratically legitimate *cycle of power*. According to Habermas, democratic politics is in good shape so long as it originates from the “communicative power” that is being built up in the public sphere.⁶⁵ This power, which is based on mutual understandings arrived at in the course of communicative action, is supposed to determine, by means of law, the exercise of administrative power.⁶⁶ In light of *Habermas’ Theory of Communicative Action*,⁶⁷ such power must always appear to be a *countervailing* force offsetting the “functional imperatives” originating from the systemic reproduction of the economy and the administrative system of the state. It can prevail over such functional imperatives by constraining or directing administrative action through laws. It is through legislation that the defiant momentum of communicative power resists the demands of functional imperatives.

When, however, a lively and energetic public disappears and the people become apathetic⁶⁸ the functional imperatives of the economic and the political system no longer encounter resistance. They begin to “colonise” the political process. The focus of politics comes to rest on system-stabilisation, which is then pursued with great indifference towards the institutional or moral background rights of the people.

Assuming that notions such as “post-democracy” and the image of a “reversal of the cycle of power” are helpful in capturing current developments⁶⁹ they should nonetheless not be mistaken

62 See COLIN CROUCH, *POST-DEMOCRACY* 4, 19 et seq (Polity Press, 2004).

63 Britain, to be sure, is a special case.

64 Such a reduction of democracy to the function of lending mass support to economic and administrative imperatives has been a topic of critical social theory in the 1970s. See CLAUS OFFE, *CONTRADICTIONS OF THE WELFARE STATE* 53 (J. Keane ed, MIT Press, 1984). and JÜRGEN HABERMAS, *LEGITIMATIONSPROBLEME IM SPÄTKAPITALISMUS* 17 (Suhrkamp, 1973).

65 This is a more attractive view of democratic legitimacy compared with the dreary talk of “input legitimacy”. The latter does not recognize the role of civil society and the type of power that originates from the public sphere.

66 See JÜRGEN HABERMAS, *FAKTIZITÄT UND GELTUNG: BEITRÄGE ZUR DISKURSTHEORIE DES RECHTS UND DES DEMOKRATISCHEN RECHTSSTAATS* 187, 209 (Suhrkamp, 1992).

67 See JÜRGEN HABERMAS, *THEORIE DES KOMMUNIKATIVEN HANDELNS*, VOL. 2: *ZUR KRITIK DER FUNKTIONALISTISCHEN VERNUNFT* (Suhrkamp, 1981).

68 Popular apathy may be occasioned by a variety of factors, for example, a widespread sense of disempowerment or the impression that, at the end of the day, there are not really any alternatives to what the elite consensus presents to be the reasonable way.

69 Arguably, they are particularly helpful when one is confronted with a case like Greece. The European Commission is not only quite outspoken about what it perceives necessary to remedy Greece fiscal crisis (e.g., combating tax evasion, privatizations and, of course, flexible labour markets) it also expects Greece to adopt its liberal model of social policy. See Tsoukala, note 60 at 266: “[...] [D]espite the continuing lack of formal exclusive competence on social policy, the substance of the measures required by the MoU is such that in reality they are dictating social policy to the finest detail for the countries subjected to them under the guise of fiscal emergency.” It seems, hence, that supranational institutions tap the opportunity to recreate democratic polities in the image of a model competitive solidarity that endorses entrepreneurship, flexible labour markets and a minimal social safety net. See, generally, WOLFGANG STREECK, *COMPETITIVE SOLIDARITY—RETHINKING THE “EUROPEAN SOCIAL MODEL”*, available at <http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp99-8/wp99-8.html> (accessed 14 March 2014).

for contemporary authoritarian liberalism. The latter arises *within* a post-democratic situation and it is not co-extensive with it. Triangulating the phenomenon requires focussing on a certain aspect of *Habermas'* cycle of power, which generally suggests that the propulsion of administrative and economic "self-programming" can be halted through legislative norms. Many of these norms, however, need to make room for systemic operations, lest they run the risk of remaining ineffectual.⁷⁰ Constraining and directing while giving room is, however, the task of delegation. What comes into perspective, then, are *chains of delegation*.

It is submitted, therefore, that a concept of authoritarian rule that is faithful to *Heller's* intuitions⁷¹ can be developed—*sit venia verbo*: dialectically—from the concept of delegation.

V. Karlsruhe's view of democratic legitimacy

When it comes to this, it is helpful to begin with a Panglossian view of delegation. From this angle, the Union is perceived through the lens of multilevel constitutionalism. Every move that is made by Union institutions is deemed to be backed up by delegations.⁷² The people delegate power to an international organisation pursuant to their constitution. International agreements, such as the Union Treaties, provide the organisation with the power to adopt legislative acts, which in turn normatively underpin implementing acts. This process is democratic throughout because democratic legitimacy is transferred from one level to the next. Just like *Nozick's* notorious "justice in transfer" is allegedly "justice-preserving",⁷³ delegation is supposed to transmit democratic legitimacy without a loss.⁷⁴

In a similar vein, a straightforward defence of the democratic legitimacy of the Union in its current form would point out that the institutions of both lopsided intergovernmentalism and supranational fiscal discipline avail of a democratic pedigree, however "indirect" it might be.⁷⁵ The Commission is appointed with the consent of the European Parliament to which it also remains accountable (Article 17[8] EU Treaty, Article 234 FEU Treaty). The IMF is accountable to the governments of its member countries. Governments, at the end of the day, are created in the wake of elections and remain responsible to their folks. The ECB, even though independent, is based upon an international agreement to which the Member States of the EU consented pursuant to their own constitutional procedures. International agreements are not written in stone. They can be altered.

70 This is an old staple of the debate over "juridification". See GUNTHER TEUBNER, 'VERRECHTLICHUNG' IN VERRECHTLICHUNG VON WIRTSCHAFT, ARBEIT UND SOZIALER SOLIDARITÄT 289–343 (F. Kübler ed, Suhrkamp 1986).

71 The author has made a similar argument before. See his 'Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933 to 1938 and Its Legacy' In *THE DARKER LEGACIES OF LAW IN EUROPE. THE SHADOW OF NATIONAL SOCIALISM AND FASCISM OVER EUROPE AND ITS LEGAL TRADITIONS* 361, 383 (C. Joerges & Navraj Singh Ghaleigh eds, Hart, 2003).

72 See Ingolf Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited*, 36 COMMON MARKET LAW REVIEW, 1999, at 703.

73 See ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE, AND UTOPIA* (Basic Books, 1973).

74 The text below cannot be as nuanced as the more sophisticated apology of the Union provided by Andrew Moravcsik, *Is there a "Democratic Deficit" in World Politics? A Framework for Analysis*, 39 GOVERNMENT AND OPPOSITION, 2004, at 336.

75 It should be noted that this perspective on delegation is different from the paradigm of functionalist agency theory. Functionalist agency theory takes it for granted that principals have preferences and that they delegate powers to agents in order to see this preferences satisfied under conditions of high transaction costs and epistemic uncertainty. See, generally, ROBERT O. KEOHANE, *AFTER HEGEMONY: COOPERATION AND DISCORD IN THE WORLD POLITICAL ECONOMY* 80 (2nd ed, Princeton University Press, 2005).

What these observations suggest is that at a most elementary level democratic legitimacy flows from acts delegating authority to the authority's exercise. Delegation is believed to be, borrowing *Nozick's* parlance, "democracy-preserving",⁷⁶ no matter how long the chain of delegations might be. How easy or difficult it would be to revoke the delegation—and it is not all too easy in the case of the ECB—is a secondary matter.

VI. Obedience is good

This view of democratic legitimacy is charmingly simple.⁷⁷ It is presented here only for heuristic purposes in order to highlight how the means of safeguarding democratic legitimacy open the door for authoritarian liberalism.

To delegate means to grant others the power to use their own judgement when they are acting on behalf of one's interest in unforeseen situations. Whoever chooses to delegate relinquishes the right, at any rate *prima facie*, to meddle with how the delegate exercises a given power, at least as long as this power is not used excessively. Chains of delegations create powers in order to bring about chains of judgement substitutions.⁷⁸ National parliaments delegate powers to the European legislature; the European legislature delegates powers to the European Commission. Hence, the Commission can use its own judgement in order to regulate because the European legislature has surrendered its own. This surrender is, in turn, facilitated by the surrender on the part of national legislatures.

There are good reasons to have judgement substituted. Chief among them are lack of time, interest, knowledge, special expertise, or—in a supranational context—lack of problem-solving ability.⁷⁹ Evidently, delegation is supposed to fix some incapacity on the part of the delegator. There is good reason to delegate when there is reason to believe that the delegate knows better than we could what we have reason to do. The good reasons also explain why delegation is not merely a legal relationship but more broadly a relationship of trust. We shall return to this matter below.

What this comes down to, in other words, is that one ought to delegate if *obedience* is good for oneself. Whoever exercises delegated authority over some people is in the position to command

⁷⁶ See Moravcsik, note 74.

⁷⁷ I do not, of course, suggest that the liberal intergovernmentalism reflected in the sophisticated works of Andrew Moravcsik or Robert Keohane espouses such a simple view of the legitimacy of international institutions. These authors suggest, rather, that the values of *liberal* democracy are better served in a setting where the influence of local interest groups is neutralized.

⁷⁸ Obviously, how I think about delegation is deeply influenced by Joseph Raz's ideas concerning practical authority. The language of the exposition does not, however, slavishly follow Raz's lead. I mention this merely in order to appease those who might expect elaborate references to the "normal justification" or the "preemptive" thesis. See JOSEPH RAZ, *THE MORALITY OF FREEDOM* 53, 61, 71, 78, 80 (Clarendon Press, 1986). I do not offer exercises in "Raz scholasticism" in the text. Yet, American readers may want to ask: Why Raz and not a rational choice-based principal-agent theory, which is a more established theoretical vernacular? The answer is straightforward. Principal-agent theory does not focus *directly* on the problem of judgment substitution. It begins with preferences and how delegation might be necessary to overcome obstacles towards their satisfaction. Only a direct focus on judgment substitution allows one to encounter the authoritarian moment that emerges from the relation between a delegator (principal) and a delegate (agent). It is to be feared, indeed, that liberal intergovernmentalism is incapable of capturing this moment owing to its emphasis that delegation of power is a function of signalling the credibility of long-term commitments. For a highly useful discussion, see MARK A. POLLACK, *THE ENGINES OF EUROPEAN INTEGRATION: DELEGATION, AGENCY, AND AGENDA SETTING IN THE EU* 31 (Oxford University Press, 2003) at 31.

⁷⁹ Of course, principal-agent theories are very perceptive in analysing these reasons. See Pollack, note 78 at 21.

obedience by pointing out that obeying is in their interest. What matters, more precisely, is that obeying rather than using one's own judgement is what counts as rational behaviour. If delegation is warranted, obedience is good for the obedient. They abstain from asking stupid questions. This is what they are supposed to do.

VII. The modal openness of trust and the importance of democracy

Evidently, it is entirely unreasonable to delegate authority unless the delegate is worthy of trust.

Trust is a remarkable facilitator of action. It helps the trusting institution or person to avoid facing the complexity of incalculable consequences. Under conditions of uncertainty, trust makes action possible by replacing external predictability with internal confidence.⁸⁰ One can board an airplane so long as one is confident that it is piloted by someone who knows how to fly and to communicate with air traffic control. Trust makes boarding possible.

Trusting confidence must not be completely unfounded. It has to be informed by a variety of clues and conditions. Nevertheless, in contrast to law, trust leaves open whether the adequate reaction to disappointment is either the *normative* reassertion of an expectation ("you should have") or the *cognitive* adjustment to a new situation ("so, this is what you had to do"). Trust *defers* the decision whether one had better expect normatively or cognitively to the point at which one is confronted with action. One can either reprimand the delegate for overstepping his mandate or realise that a requisite power should have been explicitly granted to her in the first place (which is a learning process). Indeed, in the latter case trust is reconfirmed by an amendment made by the delegate so long as it is to the benefit of the delegator.

This modal openness of trust is part of the explanation why the control of delegated powers, even if they are legally constituted, is delicate and, indeed, intractable. Delegations presuppose trust. The relation of trust *overdetermines* legal constraints. Consequently, knowing that they have to be trusted, delegates can always expect confirmation after the fact, *i.e.*, they can expect *learning* on the part of the delegating body or person. Remarkably, the reversal in the direction of control is built into the relationship. Precisely because delegates know that they *have* to be trusted they may expect *normatively* that delegators expect *cognitively* and concede them rights to self-amendment. Owing to the relationship of trust the choice of the normative mode of expectation becomes *suspended*. Puzzlingly, the reversal insinuates even that the delegator ought to respect the delegator's right to amend the mandate flexibly in light of unforeseen situations.

The modal indifference of trust is not troublesome if the control of the delegate eventually returns to a political body. The judiciary would be bound to sustain the normative mode, which is, however, inadequate to the relationship in question. Judges realise this and are reluctant to "bite". Political bodies, by contrast, are free to redefine their relationship to the delegate in the face of prior experience. Hence, the effective way of dealing with delegation is democratic control. Among the mildest forms are oversight by a legislative body and rights of interpellation. Revocations of delegation or legislative vetoes sustain trust by rescinding it selectively.

Indeed, the point of modern parliamentary democracy can be understood from this angle. Governments can be cast in the role delegates of the people. They are monitored and overseen by

80 See NIKLAS LUHMANN, VERTRAUEN: EIN MECHANISMUS ZUR REDUKTION VON KOMPLEXITÄT 28, 33 (3rd ed. Emke, 1983).

representative assemblies that retain the right to question, to demand justifications, to remove officers, to dismiss governments and to give instructions in the form of laws. From this perspective, democracy is the *suspension* of judgement substitution. The delegate retains the full power to revoke obedience in one or the other instance. Authoritarian pretensions can be undone in processes of public debate as soon as the delegate is drawn into the forum of politics.

VIII. Output legitimacy

Generally, trusting is not unreasonable if it is complemented with a modicum of distrust. The infusion of misgivings, however, must not lead to permanent interference with the delegate's judgment. This would undermine the very purpose of delegation. In other words, the delegator must never behave as a meddling busybody.⁸¹ She may only retain, for example, the power to change the team periodically depending on how well or how badly it has served her interests during a period of stewardship. The basic justification of delegation is, then, accomplishments or, in the words of Scharpf, "output legitimacy".⁸² Patrons fill out the customer satisfaction form after having received the service.

There is nothing political about the exercise of delegated authority. It is not the type of authority that accrues from acting together under conditions of plurality.⁸³ Delegation is an essentially "private" affair. The legitimacy of delegated acts depends upon accomplishments. It is immaterial whether what is accomplished benefits a monarch, a priesthood, a democratic polity or a private person.

It is not entirely accurate, therefore, to speak, as Scharpf does, of *democratic* "output legitimacy". In the context of delegation, there is only "output legitimacy", from which a variety of entities can benefit, be these theocracies or pagan princes.

When it comes to delegations, democratic legitimacy extends only to the recognition of defectiveness and to the choice to fix it. It is not "conferred", as if it were a title, to the organ acting as the delegate. The source of legitimacy of bodies with delegated powers is that obedience is good for those choosing to obey them. But the sheer fact that the obedient are a democratic polity does not invest the delegates with democratic legitimacy.

In the literature, to be sure, one frequently encounters the claim that bodies such as central banks or even courts *enhance* democracy because they help to represent and to protect the diffuse interests of consumers against the influence of special interest groups.⁸⁴ If accepted, this claim would have us believe that with regard to their limited task the democratic credentials of these bodies are superior to those of elected assemblies. What is insinuated, thereby, is that democratic representation is tantamount to aggregating preferences in order to guarantee their satisfaction.⁸⁵ Of course, if such an aggregative function could be performed by one exceptionally sympathetic individual—the president, for example—then delegating this task to this one indi-

81 This explains why the usual principal-agents models of delegation do not fit our framework.

82 See, for example, FRITZ SCHARPF, *GOVERNING EUROPE: EFFECTIVE AND DEMOCRATIC?* (Oxford University Press, 1999).

83 Yes, Hannah Arendt sends her greetings here.

84 For a prominent example, see Robert Keohane, Steven Macedo & Andrew Moravcsik, *Democracy-Enhancing Multilateralism*, 63 *INTERNATIONAL ORGANIZATION* 1, 6, 10, 24 (2009).

85 In the article cited in note 84, at 10, the basic assumption appears to be that democracy ought to maximize economic rationality for the greater good.

vidual would make his choices “democratic”. But saying that the president (or, for that matter, the Central Bank) is the voice of the people would stretch our understanding of democracy considerably since the president (or the Central Bank) could then legitimately aggregate preferences in an *authoritarian* manner. That is, he could claim vis-à-vis all individuals concerned to be blessed with greater insight. Exempting oneself from challenges by claiming greater insight is, however, not a move that is available to participants in democratic debates.

Bodies invested with delegated authority can at best be conceived of as extensions of democratic institutions. But, similar to crutches, they are not part of the body.

IX. The trust trap

In the manner in which the Union presents itself in everyday life it is about accomplishments. It is supposed to be good for peace among European nations and to benefit “the consumer.” Delegations of authority to the Union would be democratic only if the Union’s doings could be debated, contested and undone within one larger constituency. Yet, we do not avail of it, at least not in the *full-fledged form* in which public contestation feeds directly into constitutional reform. In exceptional cases, European voters express their critical voice—such as in the notorious French and Dutch referenda—but only in order to be told by political elites that they had been too stupid to understand the question. It is on these occasions that the European Union reveals its authoritarian face.

If there is a lack of opportunity to undo delegations in democratic *fora* the people remain locked into what might be called the *trust trap*. If they are not given an outlet to assert their expectations normatively (“This is what we want and you ought to deliver”) they shift, automatically, into the cognitive mode (“Okay, we can’t have it”). They begin to “learn.” They adapt to what appears to them to be the way of the world. High unemployment, rising inequalities, eroding social standards, broken lives, meaningless biographies—apparently, this is as good as it gets in a post-utopian world. Europeans surrender their judgement: “*Es ist so bequem, unmündig zu sein*”⁸⁶ (it is so convenient to receive guidance from others).

To be sure, the democratic defectiveness of the Union is not caused by the absence of political rights or the widespread repression of political opinion. Rather, it is a by-product of its structure. While resistance against European Union policies is pointless at home, it is largely homeless in the Union. European voters have no party system to connect to and there is no electoral process that would allow for real choices concerning the course of European public policy.⁸⁷ This is not so say that this cannot change in the future.⁸⁸

Today, however, those Europeans who learn and adapt are perceived to be “reasonable.” They demonstrate to have understood that obedience is good for them, at least when they have been told to be obedient. There is no alternative.

86 Immanuel Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* in 11 *WERKE IN ZWÖLF BÄNDEN* 53, 53 (W. Weischedel ed., Insel 1968).

87 See Mattias Kumm, *Why Europeans will not embrace constitutional patriotism*, 6 *INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW*, 2008, at 117.

88 It must not be ignored, however, that the European Union is so overconstitutionalised, in particular as regards its economic constitution, that there is not much room left for political choices.

X. Authoritarian rule: From paternalism to blind faith

Obedience is good for the obedient. This is the basic principle of delegated authority. This principle becomes *authoritarian* if it is extended to assessing the soundness of delegations. More precisely, while delegation creates authority by virtue of surrendering judgment, the expectation of yielding and deference becomes *authoritarian* if the delegate vicariously surrenders on behalf of the delegator. The former then confers power on himself in the name of the latter.

The idea underlying the move from delegation to authoritarianism is, however, distressingly plausible. The delegator delegates to the delegate because she perceives in herself a certain incapacity. But why should the delegator, given that she is burdened with an incapacity, be capable of recognizing the circumstances under which it is imperative to delegate? Doesn't it take a delegate for that? As is well known, intoxicated persons are not only severely impaired in their driving skills, but also incapable of recognizing their impairment. Authoritarian solutions make the relevant call for those lacking the capacity to do so themselves.

The authoritarian principle according to which the delegate must delegate on behalf of the delegator can be encountered in at least three different contexts.

First, authority becomes authoritarian when a further extension of delegation is taken for granted, that is, whenever the delegate acts on the basis of the supposition that the delegators would have given him more power had they only known in advance about newly arisen circumstances.⁸⁹ This explains why executive powers expand. Their self-amendment is an outgrowth of trust. Indeed, it is perfectly legitimate for the delegate to presume that in tricky situations the delegators *should* resolve the question of trust *cognitively* ("well, of course that's what she has to do") and provide the delegate *post factum* with a clean bill of health. Thus understood, the delegate can attribute to herself, paradoxically, a *right* to self-amendment. I mentioned already above that authoritarianism is distressingly plausible.

Second, authority becomes authoritarian when democratic scrutiny of the reasonableness of delegation is at least strongly presumed to be ill-founded. The language of modern political science, such as liberal intergovernmentalism, bespeaks the relevant perspective.⁹⁰ Where the democratic pursuit of interests is contrasted with the supposedly impartial judgement of executive bodies, any well-organized group with a visible agenda must, by virtue of its very existence, raise the suspicion of overriding the voice of the silent majority. Authoritarianism would then counsel in favour of putting groups into their place.

Third, authority is clearly authoritarian if the choice of people on whether to delegate is considered to be an *obstacle* towards something *greater*. This obstacle may be attributed to the influence of myopia, lack of class-consciousness or other factors. The will of the people counts as an obstacle that has to be overcome by the authoritarian leader.

Here is, then, the core of authoritarianism: Obedience is good for the obedient *even if they do not understand why*. Precisely because they do not understand that obedience is good for them they need to obey.

⁸⁹ Principal-agent models of delegation would at this point say that delegation facilitates the amendment of incomplete bargains. See Pollack, note 78 at 23. This bespeaks the bias of the theory in favour of stronger international integration, for it thereby ignores the operation of the trust trap.

⁹⁰ See, for example, the work cited in note 84.

Since authoritarianism is basically about obedience it is consistently applied only if the exercise of authority is itself presented as obedience to something greater. Moreover, given that obedience is owed, in its authoritarian form, *precisely* because one does not understand the reason for obedience, truly authoritarian rule is based upon *blind faith or unconditional devotion* to a cause.

- With that in mind we can return to *Heller's* little piece and tease out two complementary understandings of authoritarian liberalism.

XI. The ambivalence of authoritarian liberalism

In retrospect, *Heller's* tentative exploration of "authoritarian liberalism" must appear to be so plausible that it almost looks trivial. Drastic historic examples such as Chile may come to mind. At a theoretical level, the writings by *Friedrich August von Hayek* have made it quite plain that economic liberalism is not too easily reconciled with democratic majorities. *Hayek* believed that the ideal legislature would not be numerous and composed of persons of mature age, elected for a long period, such as fifteen years. Also, he wanted the election of representatives to be reduced to a once in a lifetime opportunity for citizens who belong to a certain age group. This would increase the incentive for choosing wisely.⁹¹

The concept, however, loses its trivial ring if one moves beyond *Heller* and explores its deep ambivalence.

"Authoritarian liberalism" can signify, *first*, a preservation strategy of economic liberalism to which the bourgeoisie shifts in times of crisis. This would be fully consistent with the prevalence of capitalism over democracy with which this article began. Economic liberalism would come first, authoritarianism second and play only an ancillary role. Owing to the prevalence of liberalism the authoritarianism would be rather *mild* and merely manifest, for example, in the indignation with which parliamentary opposition to austerity measures is met: they "do not get it," they "act irresponsibly," they "have no idea what is at stake."

Yet, particularly in the context of the European Union we have to reckon with a *second version* of authoritarian liberalism. It would actually put authoritarianism at the centre and view liberalism as a means to pursue it. Again, liberalism would definitely exercise a tempering influence.

In order to gain a better perspective on this second version, we again need to return to the 1930s, in this case, to a first major work by the political scientist *Eric(h) Voegelin*. In his 1936 book *The Authoritarian State*,⁹² which appears to offer an apology of the Austrian *Ständestaat*,⁹³ he reconstructed the foundations of authoritarian governments under conditions where these conceive of themselves as charged with a founding mission.

91 See FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK, *LAW, LEGISLATION AND LIBERTY*, VOL. 3, 113 (Chicago University Press, 1979). See the highly instructive analysis by William E. Scheuerman, *The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek*, 4 *CONSTELLATIONS*, 1997, at 172.

92 See ERICH VOEGELIN, *DER AUTORITÄRE STAAT: EIN VERSUCH ÜBER DAS ÖSTERREICHISCHE STAATSPROBLEM* (G. Winkler ed., Springer, 1997). The English translation is: *THE AUTHORITARIAN STATE: AN ESSAY ON THE PROBLEM OF THE AUSTRIAN STATE* (R. Hein trans., University of Missouri Press, 1989).

93 See ERIKA WEINZIERL, *Historical Commentary on the Period* (F. Lawrence trans.) in *THE AUTHORITARIAN STATE* 10, 27 (note 92).

Drawing on the constitutional theory of *Maurice Hauriou*,⁹⁴ Voegelin explains that the legitimacy of a government or of a ruler is derivative of their role in realising an institution—which was, in the case explored by Voegelin, the state. A government possesses authority to the extent that it succeeds at *presenting* itself as *representative* of the leading idea of an institution.⁹⁵ A government has authority inasmuch as it actively and creatively works towards the realisation of this idea. What accounts for the legitimacy of an authoritarian government is this creative task.⁹⁶ A government of this type is not bound by norms. The equivalence to legality is the impersonal idea of the institution.⁹⁷ The deposit of authoritarian rule is the institution to which it gives birth as soon as it finds customary consent on the part of those who are subject to it (*Consentement coutumier*).

These elementary ideas were reformulated—paradoxically, *both* more darkly and more starkly—in what was to become Voegelin's perhaps most famous work, namely, *The New Science of Politics*.⁹⁸ In this book, the authoritarian ruler reappears in the guise of the "representative" that "articulates" society. The "articulation" of society is characterised as the process by which human beings form themselves "into society for action".⁹⁹ This cannot be done without a representative. The implicit authoritarian element of representation is revealed in the two senses in which such representation is supposedly "existential". First, the representative brings society into existence by virtue of having his acts imputed to something that would not be there if it were not for this imputation. Second, the representative *de facto* succeeds in the eyes of a multitude to have his or her acts count as acts of society. This is not a matter of formal legal procedures ("elemental representation") but of *effectively* generating obedience and cohesion vis-à-vis an idea.¹⁰⁰

Voegelin underscores that a representative is not an agent. The latter receives instructions, the former not:

By an agent [...] shall be understood a person who is empowered by his principal to transact a specific business under instructions, while by a representative shall be understood a person who has power to act for a society by virtue of his position in the structure of the community, without specific instructions for a specified business and whose acts will not be effectively repudiated by the members of society.

Evidently, the creator of the governing institutions who assigns to himself the role of the representative of society precedes all constitutional arrangements. He exercises the constituent power on behalf, not of a subject, but of an *idea*. Voegelin elaborates this connection between the authority of the representative and the idea by adding *another* concept of representation, namely, "transcendental representation".¹⁰¹ The idea is that a society itself is "representative of something beyond itself, of a transcendent reality."¹⁰² Not by accident, Voegelin establishes a link between the two concepts of representation by seeing the existential representative in charge of representing the truth that society is supposed to live up to.¹⁰³

94 Carl Schmitt presents Hauriou's constitutional theory with great fondness in his notorious 1934 pamphlet on three types of legal thought. See CARL SCHMITT, *ON THE THREE TYPES OF JURISTIC THOUGHT* (J. Bendersky trans., Praeger 2004).

95 See Voegelin, note 92 at 48. (99 Eng. trans.)

96 See *ibid.* at 182 (249-250 Eng. trans.).

97 The source of authority remains anonymous. See *ibid.* at 185 (252 Eng. trans.).

98 See ERIC VOEGELIN, *THE NEW SCIENCE OF POLITICS: AN INTRODUCTION* (2nd ed., Chicago University Press, 1987).

99 See *ibid.* at 37.

100 See *ibid.* at 49-50.

101 See *ibid.* at 76.

102 *Ibid.* 54.

103 *Ibid.* at 75.

XII. Executive summary (as it behoves the topic)

The analytical exercise is therewith completed. We have explored the close relationship between authority and delegations. The authority of a delegate becomes authoritarian if the delegate delegates on behalf of the delegator. The reason for a judgement substitution is a perceived incapacity on the part of the delegator to realise that delegation is rationally warranted. The two mechanisms for the reversal of authorisation are the modal openness of trust and the trust trap. They move a relationship into an authoritarian direction, which indicates a lack of democratic control and contestation.

Authoritarian rule claims to be legitimate. It is supposed to be good for those who are subject to it. But since they, by definition, can neither assess the circumstances of rational delegation nor understand why they are better off on account of the delegate, they need to obey *blindly*. They have to be gullible. Of course, their gullibility is supposed to pay a dividend.¹⁰⁴ The delegate may therefore rightly expect them to trust cognitively and to adjust their behaviour to whatever the delegate regards as an exercise of his power.

It may be objected that the authoritarianism sketched here appears to be far too epistemic in its orientation and too benign in practice. Where are outright acts of oppression? Where is discrimination against minorities or the use of political justice¹⁰⁵ in order to take care of political opponents? Without a doubt, these become part of authoritarian rule if people do not sheepishly succumb to the supposition that they are too dim-witted to decide whom to obey and for what reason. Authoritarianism begins to look ugly when confronted with an unruly people. Nevertheless, repression is not one of its necessary components. If folks are sufficiently trusting, authoritarian rule can come with a much more friendly face. Think of Singapore.

Authoritarian liberalism represents a commitment to the administration of free markets. It refuses to have delegations deconstructed in processes of public contestation and votes. Institutionally, it is visible in the constitutional entrenchment of economic liberties vis-à-vis legislatures or trade unions and in institutions that shift control of economic or monetary governance from the people to expert bodies and to the executive branch.

Authoritarian liberalism is, however, ambivalent. If the emphasis rests on economic *liberalism* then authoritarian modes of policy definition and policy implementation are subservient to—using old-fashioned parlance—the interests of private property. If, by contrast, the authoritarian realisation of a founding mission is at stake, economic *liberalism* may be a means of mitigating its impact by making it more palatable to the pursuit of the individual self-interest.

XIII. Liberal and authoritarian authoritarian liberalism

In the case of the European Union, the identifications of elements of authoritarian liberalism can be left to the discerning power of judgement. It is submitted here, however, that the European Union owes its appeal in no small part to the ambivalence of authoritarian liberalism. Authoritarianism reinforces economic liberalism, which itself reinforces the authoritarian construction of

104 See my *Accidental Cosmopolitanism*, 4 TRANSNATIONAL LEGAL THEORY, 2012, at 371.

105 See OTTO KIRCHHEIMER, POLITICAL JUSTICE: THE USE OF LEGAL PROCEDURE FOR POLITICAL ENDS (Princeton University Press, 1969).

Europe. Governance from above can be justified with regard to the economy. Fixing the economy, in turn, benefits the European project. The people do not revolt. Supposedly, they are swayed by the “Idea” of Europe.

More precisely, the *liberal* face of authoritarian liberalism is most clearly revealed—aside from the *Lochner* style jurisprudence on fundamental freedoms¹⁰⁶—in the legal twists and turns underlying the introduction of fiscal and monetary crisis management. No longer is the law of the Treaty limited to preventing irresponsible fiscal Member State policies and their balance of payment problems. They have been *reread* into a framework that can accommodate various strategies of crisis management. To that end, certain “clarifications” had to be made, in particular by the European Court of Justice,¹⁰⁷ in order to cast into new light a Treaty that had not been designed with crisis management in mind. The necessity thereto arose for the purpose of reinforcing the lending power of Member States on financial markets. Had the Union done nothing for them, the interest for their debts would have skyrocketed for at least those states that could not but pump money into their collapsing banking system. Any default of one Member State would have had potentially disastrous consequences for the Euro Zone as a whole. The article has referred to these matters in the introduction.

European crisis management is an example for how action taken under unforeseen adverse circumstances invites cognitive adaptation. The confrontation with what needs to be done in an unprecedented situation easily overrides what one would have previously imagined to be normative constraints on delegation. Such cognitive adaptations occur not least because delegations are based upon trust. The resulting *fait accompli* is often trailed by much erudite commentaries on the part of legal scholars. But commentaries have no power to change the world.

The stretching of powers in order to stabilise the European economy is consistent with the liberal face of authoritarian liberalism. But what about its authoritarian counterpart? Arguably, one encounters the authoritarian face in the overall ethos of integration, in particular, in its often-recognised absence of a final direction.

According to *Voegelin*, an authoritarian ruler is in charge of creating institutions, thereby inviting loyalty to these creations. Eventually, institutions have to elicit customary consent to their existence. This authoritarian mode of “articulating society” is obviously reminiscent of the “neofunctional” hypothesis according to which sectoral integration gives rise to political integration. The latter, according to Haas, is the “process whereby political actors in several distinct national settings are persuaded to shift their loyalties, expectations and political activities to a new centre, whose institutions possess or demand jurisdiction over pre-existing national states.”¹⁰⁸ Such a shift concerns, however, mostly elites, that is, members of the public service and interested persons from the private sector.¹⁰⁹ Initially, Europe was to be made without Europeans, indeed, it

106 See my *Idealization, De-Politicization and Economic Due Process: System Transition in the European Union* in *THE LAW/POLITICS DISTINCTION IN CONTEMPORARY PUBLIC LAW ADJUDICATION* 137 (B. Iancu ed., Eleven International Publishing 2009).

107 See, notably, Case C-370/12, *Pringle v. Ireland*, [2012] ECR I-nyr.

108 See ERNST B. HAAS, *THE UNITING OF EUROPE: POLITICAL, SOCIAL, AND ECONOMIC FORCES 1950-1957*, 16 (Stanford University Press, 1958).

109 See Philip Schmitter, *Ernst B. Haas and the Legacy of Neofunctionalism*, 12 *JOURNAL OF EUROPEAN PUBLIC POLICY* 255, 260 (2005).

has been established with the aim of creating Europeans. This goes to the heart of what Voegelin perceives authoritarian rule to accomplish: "authorship".¹¹⁰

The authoritarian spirit of European integration is ever more clearly revealed in the practice that Majone calls either "cryptofederalism" or "integration by stealth". This is the method of integration that he attributes to *Jean Monnet*.¹¹¹ Cryptofederalism is federalism short of a plan for a federal constitution. The forces and players driving the integration process do not work openly towards a federal constitution—a goal that neofunctionalism still had in mind—but pursue a strategy of "minor steps and grand effects" (*Monnet*).¹¹² This strategy lacks, however, a final orientation. The movement towards "more Europe" takes the place of the goal. It becomes everything. Again, translating this mindset into *Voegelin's* categories, it can be said that the repeated choice for "more Europe", regardless of where it may arise, reveals an authoritarian faith that we are, if only we remain faithful enough, moving into the right direction. Not by accident, *Majone* diagnoses a lack of serious interest in what Europe is supposed to be and more "fascination with the process of institution-building."¹¹³ The *fait accompli*, the creation of "more Europe" ad hoc, by taking little steps, is consistent with the faithful dedication to a cause whose ultimate justification no one understands. Europe rendered as "more Europe" is an authoritarian project that uses liberalism as its means.

XIV. Conclusion

The current governance of Economic and Monetary Union shows us the administrative face of the cosmopolitan constitution of its Member States.¹¹⁴ Generally, a constitution of this type commits states to submit their performance to processes of peer review. Its administrative dimension concerns the growing importance of transnational problem-solving processes, such as the surveillance and compliance mechanisms that were mentioned in the introduction to this article. In this context, the principle that powers be exercised proportionately is replaced with the principle that powers be proportionate to unpredictable challenges. Not surprisingly, executive powers grow. While parliaments no longer are the central locus of political authority, citizens retreat into the private sphere and allow themselves to be governed by those who claim to be in the know.

But Europe is not doomed to stay the authoritarian liberal project that it currently is. The key to a change may well be that governments of the Member States pass on to the Union the democratic resistance that they encounter at home.¹¹⁵ This is perfectly legitimate for the reason that the current situation does in no manner generate "output legitimacy." More precisely, the output legitimacy exists only for the lending Northern Member States.¹¹⁶ The Euro has not collapsed and the budgetary expenses for rescue measures have been minimal so far. They enjoy the benefits of the Euro Zone. It allows them to operate with what is effectively an undervalued currency.

110 See Voegelin, note 92 at 101 (Engl. trans.).

111 GIANDOMENICO MAJONE, *EUROPE AS THE WOULD-BE WORLD POWER: THE EU AT FIFTY* 72 (Cambridge University Press, 2009).

112 Cited in Schmitter, note 109 at 257.

113 Majone, note 111 at 73.

114 On the following see my *THE COSMOPOLITAN CONSTITUTION* (Oxford University Press, 2014).

115 The concluding remarks are indebted to Scharpf, note 12 at 16–18.

116 See Scharpf, note 12 at 12–13.

Some Southern Member States get the raw end of the deal. They do not benefit from Europe's arrogation of delegated authority. Under such unequal conditions it makes sense for them to act in a manner as though the public power that rules them were illegal and illegitimate.

There is no other alternative left for the Southern Member States than to alter an equilibrium in which they have no bargaining power. They can only affect it still by threatening to leave the Euro Zone. While this would make an end to all rescue credits from ESM and all OMT support from the ECB it would also reintroduce the specter of the collapse of the Euro. While such a scenario is quite regrettable, it is to be feared that defection is the only leverage left to these states to motivate Northern States to rethink and to renegotiate the project of Economic and Monetary Union.

Konventionskonformität des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit

Beate Sündhofer*, Universität Linz

Kurztext: Ausgehend vom Urteil der Großen Kammer des EGMR zum Gesichtsbedeckungsverbot in der Öffentlichkeit in Frankreich (S.A.S.) vom Juli 2014 setzt sich der vorliegende Beitrag mit der Judikatur des EGMR zu Verboten des Tragens religiöser Kleidung und Symbole auseinander. Daran anknüpfend werden grundsätzliche Überlegungen zum Konzept des „margin of appreciation“ angestellt. Anhand des Falls S.A.S. werden Probleme bei der Anwendung dieses Konzepts durch den EGMR aufgezeigt.

Schlagworte: Gesichtsbedeckung; Verschleierung; Europäische Menschenrechtskonvention; Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; margin of appreciation; Religionsausübung; europäischer Konsens.

I. Gesetzliches Verbot der Bedeckung des Gesichts in der Öffentlichkeit

In ihrem Urteil *S.A.S. gegen Frankreich*¹ hatte sich die Große Kammer des EGMR mit dem Verbot der Bedeckung des Gesichts in Frankreich auseinanderzusetzen. Mit 11. 4. 2011 trat in Frankreich ein Gesetz in Kraft, das die gänzliche Bedeckung des Gesichts an öffentlichen Orten, etwa in öffentlichen Verkehrsmitteln, Parks, Schulen, Geschäften und anderen Einrichtungen, verbietet.² Gemäß dem Ministerialerlass zur Durchführung des Gesetzes ist vom allgemein formulierten Verbot jedes Kleidungsstück erfasst, das dazu dient, das Gesicht zu verdecken. Als Beispiel erwähnt der Erlass das Tragen einer Burka bzw eines Niqab.³ Eine praktizierende Muslima, die aus religiöser Überzeugung in der Öffentlichkeit ihr Gesicht bedecken wollte, erhob Beschwerde an den EGMR. Sie sah sich durch das mit Sanktionen belegte Verbot in ihrem Recht auf freie Religionsausübung und ihrem Recht auf Achtung des Privatlebens verletzt. Die Beschwerdeführerin (Bf) war nicht bestraft worden, sondern wandte sich mit ihrer Beschwerde unmittelbar gegen das Verbot an

* Mag. iur. Beate Sündhofer ist Universitätsassistentin am Institut für Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johannes Kepler Universität Linz.

1 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*.

2 Art 1 de la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public: „Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage.“ (Niemand darf an öffentlichen Orten Kleidungsstücke tragen, die dazu dienen, das Gesicht zu bedecken.) Nähere Ausführungen im Ministerialerlass Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public; EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 28.

3 Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en oeuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

den Gerichtshof.⁴ Sie wies ausdrücklich darauf hin, dass sie die Burka bzw den Niqab freiwillig und als Ausdruck ihrer religiösen und persönlichen Überzeugungen in der Öffentlichkeit tragen wolle, wobei sie diese Kleidungsstücke zu Zwecken der Identitätsfeststellung jedoch jederzeit ablegen würde.

II. Verbot des Tragens religiöser Kleidung und Symbole in der bisherigen Rechtsprechung des EGMR

Einmal mehr stellt sich im Fall *S.A.S.* die Frage, inwieweit ein Staat berechtigt ist, die Religions- (ausübungs)freiheit der Rechtsunterworfenen zu beschränken.⁵ Das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit gemäß Art 9 EMRK schützt auch die Freiheit, seine Religion durch Gottesdienst, Unterricht und dem Praktizieren von Bräuchen oder Riten auszuüben. Religiöse Bräuche können im Tragen einer bestimmten Kleidung bzw bestimmter religiöser Symbole bestehen.⁶ Die Judikatur des EGMR zeigt, dass der Gerichtshof bereits mehrfach über die Untersagung des Tragens bestimmter religiöser Kleidungsstücke bzw Symbole zu entscheiden hatte.⁷ Eine erste Gruppe bilden in diesem Zusammenhang verschiedene Ausprägungen des Kopftuchverbots, die Gegenstand von Beschwerden beim EGMR waren. Der Gerichtshof stellte diesbezüglich jeweils keine Verletzung des Art 9 EMRK fest. Eine Gemeinsamkeit ist, dass das Tragen des Kopftuchs in einem speziellen Umfeld untersagt wurde: dem Schul- bzw Universitätsbereich. Weder ein Kopftuchverbot für Lehrerinnen an Schulen⁸ und Professorinnen an Universitäten⁹ noch für Schülerinnen¹⁰ und Studentinnen¹¹ stellte für den EGMR einen ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf freie Religionsausübung gemäß Art 9 EMRK dar. Er begründete dies unter anderem mit dem an staatlichen Bildungseinrichtungen anwendbaren Prinzip des Laizismus.¹² Eine zweite Gruppe von Fällen betraf die Verpflichtung, religiöse Kleidungsstücke bei Maßnahmen zur Identitätsfeststellung abzulegen. Es handelte sich etwa um die Pflicht zur Abnahme eines Turbans bzw eines Kopftuches bei der Sicherheitskontrolle am Flughafen¹³ sowie bei einem Generalkonsulat¹⁴ oder auch die Pflicht, sich auf einem amtlichen Passfoto ohne religiöse Kopf-

4 Der EGMR bejaht im vorliegenden Fall die Opfereigenschaft der Bf sowie die Zulässigkeit der Beschwerde ohne vorhergegangene Ausschöpfung des (aussichtslosen) innerstaatlichen Instanzenzuges; vgl dazu EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 57, 61.

5 Auch der EGMR legt im vorliegenden Fall ein Hauptaugenmerk auf den religiösen Aspekt; siehe dazu EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 109.

6 Walter in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² (2013) Kap 17 Rn 47 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ (2012) § 22 Rn 102.

7 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 133 ff; vgl dazu *Marboe*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Verhältnis Menschenrechte und Islam, in *Marko/Schleifer* (Hrsg), Staat und Religion 221 (226 ff).

8 EGMR 15. 2. 2001, 42393/98, *Dahlab*; vgl zum Kopftuch in der Schule *Pabel*, Religion im öffentlichen Schulwesen, in *Prisching/Lenz/Hauser* (Hrsg), Bildung und Religion (2006) 37 (66 ff).

9 EGMR 24. 1. 2006, 65500/01, *Kurtulmus*.

10 EGMR 30. 6. 2009, 43563/08, *Aktas*; EGMR 30. 6. 2009, 14308/08, *Bayrak*; EGMR 30. 6. 2009, 18527/08, *Gamaleddyn*; EGMR 30. 6. 2009, 29134/08, *Ghazal*; EGMR 30. 6. 2009, 25463/08, *Jasvir Singh*; EGMR 30. 6. 2009, 27561/08, *Ranjit Singh*; EGMR 4. 12. 2008, 27058/05, *Dogru*; EGMR 4. 12. 2008, 31645/04, *Kervanci*; EGMR 24. 1. 2006, 26625/02, *Köse ua*.

11 EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin*; siehe dazu von Bülow, Das Kopftuchurteil des EGMR (2008).

12 EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 116.

13 EGMR 11. 1. 2005, 35753/03, *Phull*.

14 EGMR 4. 3. 2008, 15585/06, *El Morsli*.

bedeckung ablichten zu lassen.¹⁵ Diese Eingriffe in das Recht auf freie Religionsausübung hielt der EGMR jeweils für notwendig und verhältnismäßig im Hinblick auf die Erreichung des verfolgten Ziels (Schutz der öffentlichen Sicherheit bzw Ordnung) und die entsprechenden Beschwerden somit für unzulässig.

In zwei Konstellationen hingegen erkannte der Gerichtshof im Verbot, gewisse religiöse Symbole und Kleidung zu tragen, sehr wohl eine Verletzung des Rechts auf freie Religionsausübung. Im Fall *Ahmet Arslan ua* waren die Bf aufgrund des Verstoßes gegen Vorschriften, die das Tragen bestimmter religiöser Kleidungsstücke an öffentlichen Orten unter Strafe stellen, gerichtlich verurteilt worden. Die Bf wurden als Mitglieder einer religiösen Gruppierung in ihrer religiösen Tracht (bestehend aus einem Turban, einer knielangen Hose und einer Tunika) auf ihrem Weg durch die Stadt zu einer religiösen Zeremonie von der Polizei aufgegriffen.¹⁶ Der Unterschied zu den oben genannten Fällen besteht darin, dass es sich in *Ahmet Arslan ua* um ein allgemeines Verbot handelt, in der Öffentlichkeit religiöse Kleidungsstücke zu tragen. In jenen Fällen, in denen der EGMR keine Verletzung der Religionsausübungsfreiheit feststellte, bezog sich das Verbot jeweils auf einen speziellen Bereich wie Schule bzw Universität.

Ein weiterer Fall (*Eweida*), in dem der EGMR eine Verletzung annahm, betrifft eine Konstellation des privaten Arbeitsrechts. Eine Angestellte einer Fluggesellschaft hatte sich beschwert, dass es ihr während der Arbeit verwehrt sei, ein kleines Kreuz an einer Halskette zu tragen.¹⁷ *Eweida* weicht in wesentlichen Punkten von den oben genannten Entscheidungen ab. Ein Unterschied liegt in der Größe und Wirkung des religiösen Symbols. Während der EGMR das Kopftuch als starkes äußeres Symbol bezeichnete,¹⁸ erkannte er im kleinen („discrete“) Kreuz an einer Halskette keine nennenswerte negative Beeinflussung. Das schützenswerte Ziel sei die Wahrung eines gewissen Erscheinungsbilds des Unternehmens, so der Gerichtshof.¹⁹ Ein weiterer Unterschied besteht in der Tatsache, dass es sich um ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis handelte und der EGMR insofern die Verletzung einer Gewährleistungspflicht feststellte.²⁰

Nach der bisherigen Rechtsprechung stellte somit das Verbot des Tragens religiöser Kleidung und Symbole dann keinen ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf freie Religionsausübung dar, wenn das Verbot im Rahmen eines speziellen Bereichs wie Schule oder Universität bzw im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Identitätsfeststellung galt. Der EGMR begründete dies unter anderem unter Verweis auf die legitimen Ziele des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer. Ferner verwies er auch auf das Prinzip des Laizismus, des Pluralismus sowie der Gleichheit der Geschlechter vor dem Gesetz.²¹

15 EGMR 11. 6. 2007, 24479/07, *Mann Singh*, bzw EGMR 3. 5. 1993, 16278/90, *Karaduman* (Verpflichtung, ein Passfoto entsprechend den Vorschriften der Universität einzureichen, um das Diplom zu erhalten; hier lehnte der EGMR bereits das Vorliegen eines Eingriffs ab).

16 EGMR 23. 2. 2010, 41135/98, *Ahmet Arslan ua*.

17 EGMR 15. 1. 2013, 48420/10, *Eweida ua*.

18 EGMR 15. 2. 2001, 42393/98, *Dahlab*; vgl dazu *Sahlfeld*, Aspekte der Religionsfreiheit (2004) 363; *Ulrich*, Die Kopftuch-Entscheidungen des EGMR und deren Implikationen für das österreichische Bildungssystem aus der Genderperspektive, in FS Brünner (2007) 633 (633 ff); *Tafner*, Das islamische Kopftuch: Brennpunkt des verschleierte Kampfes um die europäische Identität. Eine europapädagogische Kurzbetrachtung, öarr 2010, 98 (98 ff).

19 EGMR 15. 1. 2013, 48420/10, *Eweida ua* Rn 94; siehe dazu *Pabel*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit im Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des EGMR, in FS Brünner (2014) 604 (604 ff).

20 Vgl dazu *Pabel* in FS Brünner 612 ff; für den EGMR stellt sich der Sachverhalt im Fall *Ahmet Arslan ua* als dem Sachverhalt in *S.A.S.* am ähnlichsten dar; siehe dazu EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 136.

21 So etwa in EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 99, 116.

Im Verbot des Tragens bestimmter religiöser Kleidung an öffentlichen Orten erkannte der Gerichtshof hingegen eine Verletzung.²² In seiner Begründung verwies der EGMR dabei darauf, dass jene Prinzipien, die einen Eingriff in die Religionsausübungsfreiheit in einer staatlichen (Bildungs-) Einrichtung wie einer Universität rechtfertigen, im Fall des Verbots an öffentlichen Orten gerade nicht anwendbar seien.²³

III. Das Konzept des „margin of appreciation“

A. Begründungsansätze für den „margin of appreciation“ in der bisherigen Rechtsprechung

Im Fall *S.A.S.* geht es um ein allgemeines Verbot, das Gesicht an öffentlichen Orten zu bedecken. Der neutrale Wortlaut des Gesetzes ist ohne religiösen Bezug und betrifft jedes Kleidungsstück. Dies stellt einerseits einen Unterschied zum Fall *Ahmet Arslan ua* dar, in dem ausdrücklich das Tragen religiöser Kleidung untersagt wurde.²⁴ Andererseits erstreckt sich in Abgrenzung zu den Fällen des Kopftuchverbots das Verbot in Frankreich nicht auf eine spezielle staatliche Einrichtung wie Schule oder Universität, sondern auf alle öffentlichen Orte.²⁵ Im Ergebnis stellt der EGMR im Urteil *S.A.S.* fest, dass das allgemeine Verbot der Gesichtsbedeckung an öffentlichen Orten Art 8 bzw Art 9 EMRK nicht verletze. Er gesteht Frankreich diesbezüglich einen weiten Ermessensspielraum („margin of appreciation“) zu und beschränkt seine eigene Kontrolle auf die Prüfung, ob die staatliche Maßnahme offensichtlich ungerechtfertigt ist („justified in principle“).²⁶

In der bisherigen Rechtsprechung des EGMR lassen sich unterschiedliche Begründungsansätze erkennen, aufgrund derer der Gerichtshof den Staaten einen weiten bzw engen Ermessensspielraum zugesteht.²⁷ Ein Argument für einen weiten Spielraum ist, dass die nationalen Behörden in bestimmten Fällen besser geeignet seien, um auf die Bedürfnisse der lokalen Bevölkerung eingehen zu können. Für den EGMR trifft dies etwa in Angelegenheiten von allgemeinpolitischer Bedeutung²⁸ bzw bei allgemeinen Maßnahmen von ökonomischer und sozialer Bedeutung²⁹ zu. Er betont dabei die subsidiäre Rolle des Konventionsmechanismus.³⁰ Als anderes Argument dient dem Gerichtshof die Rücksichtnahme auf einen einheitlichen europäischen Konsens zu einem bestimmten Thema. Gibt es einschlägige übereinstimmende Regelungen bzw einen dahingehen-

22 EGMR 23. 2. 2010, 41135/98, *Ahmet Arslan ua* Rn 44 ff.

23 EGMR 23. 2. 2010, 41135/98, *Ahmet Arslan ua* Rn 49, unter Verweis auf EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 109 (Prinzip des Laizismus).

24 Der EGMR selbst nennt als wesentlichen Unterschied den das ganze Gesicht (mit möglicher Ausnahme der Augen) verdeckenden islamischen Schleier; EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 136.

25 Vgl dazu schon die Abgrenzung zum Fall *Leyla Şahin* in EGMR 23. 2. 2010, 41135/98, *Ahmet Arslan ua* Rn 49.

26 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 129 ff, 154 ff.

27 Vgl dazu *Marauhn/Merhof in Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² Kap 7 Rn 58 f; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 18 Rn 21; *Pellonpää*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, 483 (483 ff); *de la Rasilla del Moral*, The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine, GLJ 2006, 611 (611 ff); *Wildhaber*, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in FS Ress (2005) 1101 (1101 ff); *Hutchinson*, The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights, ICLQ 1999, 638 (638 ff); *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, 240 (240 ff).

28 So etwa EGMR 18. 1. 2011, 39401/04, *MGN Limited* Rn 200; EGMR 23. 11. 2010, 60041/08 ua, *Greens u M.T.* Rn 113; EGMR 6. 11. 2005 (GK), 11810/03, *Maurice* Rn 117; EGMR 8. 7. 2003, 36022/97, *Hatton ua* Rn 97.

29 EGMR 15. 3. 2012, 25951/07, *Gas u Dubois* Rn 60; EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk u Kopf* Rn 97; EGMR 12. 4. 2006 (GK), 65731/01, *Stec ua* Rn 52.

30 EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 109; EGMR 6. 11. 2005 (GK), 11810/03, *Maurice* Rn 117; vgl dazu *Schäffer*, Die Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive, ZÖR 2007, 1 (29).

den Trend oder Diskurs, so schränkt dies die Kontrolldichte des EGMR ein.³¹ Bei einigen besonders wichtigen Konventionsrechten besteht hingegen ein geringer Ermessensspielraum der Staaten, etwa der Meinungsfreiheit als Funktionsvoraussetzung der Demokratie.³² Umgekehrt hat der EGMR in gesellschaftspolitisch heiklen Fragestellungen (wie etwa dem Abtreibungsverbot in Irland) wiederum einen weiten Ermessensspielraum zugestanden.³³

Ein Blick auf die bisherige Judikatur des EGMR zu Verboten des Tragens religiöser Kleidungsstücke bzw Symbole zeigt, dass der EGMR den Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet bisher einen weiten Ermessensspielraum zugestanden hat. In den oben genannten Fällen des Kopftuchverbots unterstreicht der EGMR die Bedeutung des nationalen Gesetzgebers für die Ausgestaltung des Verhältnisses von Staat und Religion. Seine eigene Kontrolle beschränkt er auf die Prüfung, ob die staatliche Maßnahme offensichtlich ungerechtfertigt ist („justified in principle“).³⁴ Auch in den Fällen, die Maßnahmen zur Identitätsfeststellung betreffen, begründet der Gerichtshof am Schluss seiner Argumentation jeweils kurz den Ermessensspielraum der Staaten.³⁵ Im Fall *Ahmet Arslan ua* hingegen, in dem er eine Verletzung des Art 9 EMRK feststellt, grenzt der EGMR den Sachverhalt von jenem in *Leyla Şahin* ab. Die nationale Gesetzgebung sei im Fall des Verbots des Tragens religiöser Symbole in staatlichen Bildungseinrichtungen vom Gerichtshof in seiner Abwägung eher zu respektieren als im Fall des Verbots von religiöser Kleidung an öffentlichen Orten.³⁶

B. Umsetzung des Konzepts des „margin of appreciation“ im Fall S.A.S.

Bemerkenswert am Urteil S.A.S. ist, dass der EGMR vorweg eine umfassende Prüfung des Vorliegens eines legitimen Ziels vornimmt. Er kommt (wie im Folgenden ausgeführt) zum Schluss, dass zwei Ziele den Eingriff in das Recht auf freie Religionsausübung rechtfertigen. Im Anschluss daran betont er die Notwendigkeit einer eingehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung, nur um am Ende seine eigene Kontrolldichte aufgrund eines weiten Ermessensspielraums wieder einzuschränken.³⁷ Ungewohnt ausführlich setzt sich der Gerichtshof zunächst mit der Frage auseinander, ob ein den Eingriff in das Recht auf freie Religionsausübung rechtfertigendes Ziel vorliegt. Für den EGMR sind es zwei Ziele, die in Frankreich mit dem Verbot, sich an öffentlichen Orten das Gesicht zu bedecken, verfolgt werden können: der Schutz der öffentlichen Sicherheit und der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.³⁸ In Bezug auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit bezweifelt der EGMR zwar, ob Sicherheitsaspekte tatsächlich von großer Bedeutung für die Rechtsetzungsorgane gewesen wären, lässt dieses Ziel allerdings als legitim gelten.³⁹ Dabei stellt sich jedoch die

31 EGMR 7. 7. 2011 (GK), 23459/03, *Bayatyan* Rn 98 ff; EGMR 11. 7. 2002 (GK), 28957/95, *Goodwin* Rn 84 f.

32 *Marauhn/Merhof* in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² Kap 7 Rn 59; von *Ungern-Sternberg* in *Karpenstein/Mayer* (Hrsg), EMRK¹ (2012) Art 9 Rn 43 mwN; EGMR 19. 2. 2013 (GK), 19010/07, *X./Österreich* Rn 148 (Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung).

33 EGMR 16. 12. 2010 (GK), 25579/05, *A., B. und C./Irland* Rn 229 ff; dazu *Nußberger*, Der Wandel der Grund- und Menschenrechte, in FS Stern (2012) 117 (134 ff); siehe auch EGMR 3. 11. 2011 (GK), 57813/00, *S.H. ua/Österreich* Rn 94.

34 EGMR 4. 12. 2008, 31645/04, *Kervanci* Rn 63; EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 110.

35 EGMR 4. 3. 2008, 15585/06, *El Morsli*; EGMR 11. 6. 2007, 24479/07, *Mann Singh*; EGMR 11. 1. 2005, 35753/03, *Phull*.

36 EGMR 23. 2. 2010, 41135/98, *Ahmet Arslan ua* Rn 49 mit Verweis auf EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 109.

37 Siehe dazu EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 113–122 (Prüfung des Vorliegens eines legitimen Ziels) sowie Rn 129 ff (Einschränkung der Kontrolldichte).

38 Dass das Gesichtsbedeckungsverbot darauf abziele, die öffentliche Ordnung zu schützen, lässt der EGMR mit dem Argument, dass dieser Begriff in Art 8 Abs 2 EMRK nicht enthalten sei, nicht gelten; EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 117; siehe dazu jedoch *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (1 ff).

39 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 115.

Frage, ob ein generelles Verbot, das Gesicht zu bedecken, tatsächlich dem Ziel des Schutzes der öffentlichen Sicherheit dient. Nach den Angaben, auf die sich auch der EGMR bezieht, tragen nur circa 1.900 Frauen von einer Gesamtzahl von 65 Millionen Französisinnen einen Gesichtsschleier. Dass ein derart geringer Prozentanteil der Bevölkerung überhaupt von dem Verbot der Gesichtsbedeckung betroffen ist, spielt für den EGMR erst bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eine Rolle.⁴⁰ Allerdings spricht diese geringe Zahl schon dagegen, dass von Menschen mit bedecktem Gesicht generell eine bedeutende Gefahr für die öffentliche Sicherheit ausgeht. Im Unterschied etwa zur religiös angespannten Situation in der Türkei, die Argument für eine strikte Umsetzung des Prinzips des Laizismus und damit auch Argument für einen Eingriff in die Religionsausübungsfreiheit der Einzelnen ist,⁴¹ werden derartige Probleme in Frankreich nicht ins Treffen geführt. Im Gegenteil wird das Phänomen der gänzlichen Bedeckung des Gesichts in den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf als unbedeutend („marginal“) bezeichnet.⁴² Im Besonderen gibt es keine Hinweise darauf, dass ein Gesichtsbedeckungsverbot etwa dem Schutz der Bevölkerung vor Spionage oder Terrorismus dienen soll bzw derartige Angriffe bereits stattgefunden haben oder bevorstehen.⁴³ Insofern ist es, entgegen der Ansicht des EGMR, zweifelhaft, ob das Gesichtsbedeckungsverbot in Frankreich tatsächlich dem Ziel des Schutzes der öffentlichen Sicherheit dient.

Auch den „Respekt vor den Mindestanforderungen des gesellschaftlichen (Zusammen-)Lebens“ lässt der EGMR als legitimes Ziel im Sinne des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer gelten.⁴⁴ Der EGMR bezieht sich darauf, dass die Regierung neben dem Schutz der öffentlichen Sicherheit auch die Achtung der Grundwerte einer offenen und demokratischen Gesellschaft als legitimes Ziel anführt. Zu diesen Grundwerten sollen die Gleichheit von Mann und Frau, die Menschenwürde und die Mindestanforderung des Lebens in der Gesellschaft gehören. Von diesen drei Grundwerten subsumiert der EGMR nur die Mindestanforderungen des Lebens in der Gesellschaft unter das in Art 8 Abs 2 und Art 9 Abs 2 EMRK normierte Ziel des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer. Das Gesicht spiele zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen für das soziale Zusammenleben eine essentielle Rolle.⁴⁵ Dem treten die Richterinnen *Nußberger* und *Jäderbloom* in ihrer „dissenting opinion“ entgegen. Sie betonen, es sei wichtig, die hinter diesem Ziel stehende Überlegung zu beachten. Ein Gesichtsbedeckungsverbot zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer einzuführen bedeutet Personen davor zu schützen, mit jemandem zusammenzutreffen, der sein Gesicht bedeckt hat.⁴⁶ Der EGMR zieht hierfür die Argumentation der Regierung heran, wonach das Gesicht wesentlich für die soziale Interaktion sei. Sich das Gesicht verhüllende Personen würden durch diese Barriere das Recht von anderen verletzen, in einem sozialen Raum zu leben, der insgesamt das Zusammenleben erleichtert.⁴⁷ Als schützenswertes Recht wird vom EGMR in diesem Zusammenhang somit das Recht auf ein Zusammenleben angesehen. Zu schützende Rechte und Freiheiten anderer können sich aus Konventionsrechten, aber

40 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 145.

41 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 30 ff, wobei in diesem Fall die öffentliche Sicherheit nicht als legitimes Ziel angeführt wird; *Pabel*, Islamisches Kopftuch und Prinzip des Laizismus, EuGRZ 2005, 12 (13 f); vgl auch *Kokott*, Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum, Der Staat 2005, 343 (357 ff).

42 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 25; projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Etude d'impact, Mai 2010, 5, 21.

43 Vgl dazu *Marauhn/Thorn* in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² Kap 16 Rn 90.

44 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 116 ff.

45 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 121.

46 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*, separate opinion, Rn 6.

47 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 122.

auch aus einfach- bzw verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten in den Mitgliedstaaten ergeben.⁴⁸ Wie in der „dissenting opinion“ zum Ausdruck gebracht wurde, ist unklar, inwiefern das Zusammenleben der Menschen ein von der Konvention geschütztes Recht (anderer) darstellt. Weder das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK) noch das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK erfassen in ihrem Schutzbereich eindeutig den Schutz des Zusammenlebens. Wird das Zusammenleben nämlich dadurch geschützt, dass das Gesicht nicht verdeckt sein darf, um Interaktion bzw Kommunikation zu ermöglichen, bedeutet dies im Umkehrschluss, dass im Zusammenleben Interaktion möglich sein muss. Aus der Konvention ist allerdings keine Pflicht abzuleiten, mit anderen Menschen interagieren bzw kommunizieren zu müssen.⁴⁹ Ferner wird weder begründet noch lässt es sich erschließen, aufgrund welcher einfach- bzw verfassungsgesetzlichen Regelung sich eine derartige Verpflichtung ergeben würde.⁵⁰ Insofern ist es dem EGMR nicht gelungen, überzeugend darzulegen, welche Rechte Personen mit unbedecktem Gesicht beim Zusammentreffen mit Personen mit bedecktem Gesicht schützen sollen.⁵¹

Abgesehen von diesen wenig überzeugenden Ausführungen im Hinblick auf das Vorliegen eines legitimen Ziels stellt sich Frage, weshalb sie der EGMR überhaupt einer so eingehenden Prüfung unterzogen hat. Der Gerichtshof selbst bezeichnet seine bisherige Praxis diesbezüglich als eher knapp („succinct“).⁵² Dass der EGMR ausführlich und kritisch auf die von der Regierung hinsichtlich des Vorliegens eines legitimen Ziels vorgebrachten Argumente wie etwa der Gleichberechtigung der Geschlechter oder der Achtung der Menschenwürde eingeht, erweckt den Anschein, als wolle er die „öffentliche Bühne“ des Urteils nutzen, um auch gesellschaftspolitisch Stellung nehmen zu können.⁵³

Eingehend setzt sich der Gerichtshof allerdings nicht nur mit dem Vorliegen eines legitimen Ziels, sondern in weiterer Folge auch mit der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit des Verbots der Gesichtsbedeckung auseinander. Am Ende der Prüfung, ob ein legitimes Ziel vorliegt, betont er doch zunächst noch, dass aufgrund der Flexibilität des Begriffes des Zusammenlebens und des Risikos eines exzessiven Gebrauchs eine eingehende Verhältnismäßigkeitsprüfung vonnöten ist.⁵⁴ Dabei wägt er die von der Regierung bzw der Bf und den Drittbeteiligten vorgebrachten Argumente ab.⁵⁵ Während zunächst alles auf die Feststellung einer Verletzung hindeutet, nimmt der EGMR seine Kontrolldichte in letzter Konsequenz wegen des weiten Ermessensspielraumes, der in diesem Fall zuzugestehen sei, allerdings wieder zurück.⁵⁶ Der EGMR widerspricht sich somit im Zuge seiner Argumentation nicht bloß selbst, er ist auch im Hinblick auf die Umsetzung des Konzepts des „margin of appreciation“ inkonsequent.

48 Vgl dazu *Schiedermair* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), IntKomm EMRK (15. Lfg 2013) Art 10 Rn 49; von *Ungern-Sternberg* in *Karpenstein/Mayer* (Hrsg), EMRK¹ (2012) Art 9 Rn 37; *Grabenwarter* in *Pabel/Schmahl* (Hrsg), IntKomm EMRK (8. Lfg 2007) Art 9 Rn 86.

49 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*, separate opinion, Rn 6 ff; vgl dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 22 Rn 13 mwN; *Finke*, Warum das „Burka-Verbot“ gegen die EMRK verstößt, NVwZ 2010, 1127 (1131).

50 Siehe dazu ausführlich *Grabenwarter/Struth*, Das französische Verbot der Vollverschleierung, EuGRZ 2015, 1 (2 ff).

51 So auch *Aziz*, Kein Recht, Außenseiter_in zu sein, Juridikum 2014, 269 (273).

52 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 114 mit Verweis auf EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 99 und EGMR 23. 2. 2010, 41135/98, *Ahmet Arslan ua* Rn 43.

53 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 118 ff.

54 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 122.

55 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 137 ff.

56 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 155 ff.

C. Begründungsansätze für den „margin of appreciation“ im Fall S.A.S.

1. Religion und allgemeinpolitische Gegenstände

Im Fall S.A.S. führt der EGMR als erstes Argument für das Bestehen eines weiten Ermessensspielraums an, dass in Fragen von allgemeinpolitischer Bedeutung dem nationalen Gesetzgeber eine bedeutende Rolle zukäme. Interessant ist, dass der EGMR in weiterer Folge – ganz im Gegenteil zu *Ahmet Arslan ua* zuvor – seine Begründung hinsichtlich der bedeutenden Rolle der nationalen Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Verhältnisses von Staat und Religion aus *Leyla Şahin* wieder aufgreift und so den weiten Ermessensspielraum der Staaten rechtfertigt.⁵⁷ Abgrenzend zu *Ahmet Arslan ua* handle es sich im Fall des französischen Verbots jedoch gerade nicht um das Verbot eines religiösen Kleidungsstückes, sondern lediglich um das allgemeine Verbot der Verhüllung des Gesichts.⁵⁸ Der EGMR führt somit zur Begründung des weiten Ermessensspielraumes seine zurückhaltende Rolle im Verhältnis von Staat und Religion an, obwohl er gleichzeitig feststellt, dass das Gesichtsbedeckungsverbot in der Öffentlichkeit religiös-neutral formuliert ist. Wohl aus diesem Grund begründet er den Beurteilungsspielraum darüber hinaus mit dem Vorliegen einer Frage von allgemeinpolitischer Bedeutung. Der Rolle der staatlichen Entscheidungsträger sei eine besondere Bedeutung zuzumessen, wenn es um allgemeinpolitische Fragen gehe, bei denen in den Staaten tiefgreifende Unterschiede bestünden.⁵⁹ Eine nähere Begründung, weshalb in diesem Fall eine Frage von allgemeinpolitischer Bedeutung vorliegt, die den weiten Ermessensspielraum rechtfertigt, vermisst man am Ende der Argumentation jedoch. Sehr knapp mahnt sich der EGMR zur Zurückhaltung.⁶⁰ Dass den Mitgliedstaaten in Angelegenheiten von allgemeinpolitischer Bedeutung ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht, erscheint durchaus sinnvoll, wenn dadurch gesellschaftspolitisch umstrittene Fragestellungen in die Zuständigkeit der demokratisch legitimierten Gesetzgeber gelegt sind. Allerdings ist dieser Begründungsansatz in der Rechtsprechung des EGMR noch nicht entwickelt. Es ist unklar, welche Kriterien der Gerichtshof zur Beurteilung einer Angelegenheit von allgemeinpolitischer Bedeutung heranzieht.⁶¹

2. Europäischer Konsens an seinen Grenzen

Am Ende der Prüfung der Verhältnismäßigkeit führt der EGMR in S.A.S. erstmals als Argument auch den europäischen Konsens an.⁶² In seiner bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich des Verbots des Tragens von religiöser Kleidung bzw religiösen Symbolen spielte diese Begründung bislang keine Rolle. Für den EGMR ist in S.A.S. das Fehlen eines europäischen Konsenses ein Argument für den weiten Ermessensspielraum des Staats.

57 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, S.A.S./Frankreich Rn 129 ff; vgl dazu EGMR 10. 11. 2005 (GK), 44774/98, *Leyla Şahin* Rn 109 sowie schon EGMR 27. 6. 2000 (GK), 27417/95, *Cha'are Shalom Ve Tsedek* Rn 84 und EGMR 26. 9. 1996, 18748/91, *Manoussakis ua* Rn 44.

58 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, S.A.S./Frankreich Rn 151.

59 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, S.A.S./Frankreich Rn 129.

60 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, S.A.S./Frankreich Rn 154 mit Verweis auf Rn 129.

61 Vgl dazu ua EGMR 18. 1. 2011, 39401/04, *MGN Limited* Rn 200 (Verpflichtung zur Zahlung einer Erfolgsprämie an den Anwalt der gegnerischen Partei eines Gerichtsverfahrens); EGMR 23. 11. 2010, 60041/08 ua, *Greens u M.T.* Rn 113 (Wahlrecht für Strafgefangene); EGMR 6. 11. 2005 (GK), 11810/03, *Maurice* Rn 117 (Schadenersatz bei falschen Ergebnissen der Pränataldiagnostik iZm der Geburt eines Kindes mit körperlicher Behinderung); EGMR 8. 7. 2003, 36022/97, *Hatton ua* Rn 97 (Immissionsschutz bei Fluglärm).

62 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, S.A.S./Frankreich Rn 156.

Gelegentlich zieht der EGMR den europäischen Konsens als Maßstab für die Intensität seiner Kontrolldichte heran. Gibt es in einem bestimmten Regelungsbereich bereits übereinstimmende Standards in den europäischen Mitgliedstaaten, so prüft der Gerichtshof das Vorliegen einer Verletzung unter strengen Kriterien. Einem einzelnen Mitgliedstaat steht in diesem Fall nur ein beschränkter Ermessensspielraum zu. Kann der EGMR im umgekehrten Fall keinen europäischen Konsens feststellen, so erkennt er hingegen einen weiten Beurteilungsspielraum des Staats an. Aufgrund der subsidiären Funktion des Konventionsmechanismus als völkerrechtliche Letztkontrolle im Hinblick auf den Grundrechtsschutz nimmt der EGMR dabei bloß eine Prüfung vor, ob die in Frage stehende staatliche Maßnahme offensichtlich ungerechtfertigt ist.⁶³

Das Fehlen eines europäischen Konsenses begründet der EGMR in seiner Judikatur dabei auf unterschiedliche Weise: Teilweise stellt er fest, dass es innerhalb der Mitgliedstaaten unterschiedliche Regelungen in Bezug auf ein bestimmtes Thema gibt.⁶⁴ In anderen Fällen erkennt er, dass sich das Recht der Mitgliedstaaten in einer „Umbruchphase“ befindet und zwar möglicherweise ein Trend, aber (noch) kein europäischer Konsens ableitbar ist.⁶⁵ Eine weitere Möglichkeit ist die Feststellung, dass es in den Mitgliedstaaten überhaupt keine gesetzliche Regelung zu einem speziellen Thema gibt, wie es der EGMR in *S.A.S. gegen Frankreich* tat.⁶⁶ Bislang hätten nur zwei Staaten ein gesetzliches Verbot bezüglich der Bedeckung des Gesichts in der Öffentlichkeit normiert, während es in einigen anderen Staaten Diskussionen diesbezüglich gäbe.⁶⁷ Es herrsche unter den Mitgliedstaaten jedenfalls auch kein Konsens gegen ein Verbot des Gesichtsschleiers in der Öffentlichkeit. Deshalb stünde Frankreich bei der Regelung ein weiter Ermessensspielraum zu.⁶⁸ Der EGMR führt das (beinahe) gänzliche Fehlen von gesetzlichen Regelungen bezüglich des Gesichtsbedeckungsverbots auf nationaler Ebene damit als Argument für das Vorliegen eines europäischen Konsenses an.

In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist die im Sondervotum vertretene gegenteilige Ansicht, dass sehr wohl ein europäischer Konsens erkennbar sei, der den Gerichtshof zu einer genauen Prüfung verpflichte. Die Tatsache, dass es 45 von 47 Mitgliedstaaten des Europarats bislang (trotz mancher Diskussionen) nicht für nötig erachtet hätten, ein Gesichtsbedeckungsverbot gesetzlich zu verankern, sei ein Indiz für das Vorliegen eines europäischen Konsenses.⁶⁹ Der EGMR zieht das Fehlen einer gesetzlichen Regelung als Argument gegen das Vorliegen einer übereinstimmenden Ansicht beim Thema Gesichtsbedeckungsverbot heran, während im Sondervotum eben dieses Fehlen als Argument dafür verstanden wird.

Problematisch ist es, aus dem Fehlen gesetzlicher Regelungen abzuleiten, dass es keinen europäischen Konsens gibt. Bestehen in den Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Thema keine gesetz-

63 *Marauhn/Merhof in Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² Kap 7 Rn 59; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ § 18 Rn 21; *de la Rasilla del Moral*, GLJ 2006, 617; *Wildhaber* in FS Ress 1101 ff; *Hutchinson*, ICLQ 1999, 649; *Brems*, ZaöRV 1996, 276.

64 EGMR 11. 12. 2014, 28859/11 ua, *Dubská u Krejzová* Rn 59–61, 93; EGMR 28. 11. 1984, 8777/79 *Rasmussen* Rn 41; EGMR 25. 11. 1994, 18131/91, *Stjerna* Rn 39; EGMR 13. 2. 2003, 42326/98, *Odièvre* Rn 47.

65 EGMR 3. 11. 2011 (GK), 57813/00, *S.H. ua Österreich* Rn 94 ff; EGMR 24. 6. 2010, 30141/04, *Schalk u Kopf* Rn 105 f; EGMR 22. 4. 1997, 21830/93, *X., Y. und Z./Großbritannien* Rn 44; EGMR 27. 9. 1990, 10843/84, *Cossey* Rn 40; EGMR 17. 10. 1986, 9532/81, *Rees* Rn 37.

66 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 156.

67 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 156 mit Verweis auf Rn 40: eine gesetzliche Verankerung des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit gibt es bislang in Belgien und Frankreich, innerstaatliche Diskussionen diesbezüglich ua in der Schweiz, den Niederlanden und Spanien.

68 Unter Verweis auf EGMR 22. 4. 1997, 21830/93, *X., Y. und Z./Großbritannien* Rn 44.

69 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*, separate opinion, Rn 19.

lichen Vorschriften, kann dies ebenso als Argument für das Vorliegen eines europäischen Konsenses verstanden werden. Das Fehlen gesetzlicher Regelungen kann also in beide Richtungen gedeutet werden. Das zeigt, dass der Begründungsansatz des fehlenden europäischen Konsenses nicht in jedem Fall geeignet ist, einen weiten Ermessensspielraum der Staaten zu begründen.

Zu überlegen ist auch, inwiefern die zeitliche Dimension bei der Feststellung eines europäischen Konsenses eine Rolle spielt.⁷⁰ Mit dem Fall S.A.S. hat der EGMR hinsichtlich eines allgemeinen Verbots der Gesichtsbedeckung den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum aufgrund eines fehlenden europäischen Konsenses zugesprochen, den er aus der Tatsache ableitet, dass in den Mitgliedstaaten keine gesetzliche Regelung besteht. Es stellt sich die Frage, wie der europäische Konsens zu beurteilen ist, wenn auch infolge dieses Urteils in den Mitgliedstaaten keine gesetzlichen Vorschriften erlassen werden. Dies könnte einerseits als (noch immer) fehlender Konsens gedeutet werden bzw andererseits als nun doch vorhandener Konsens, aufgrund der langen Zeitspanne, in der die Staaten sich nicht veranlasst sahen, gesetzliche Regelungen zu treffen. Auch angesichts dessen ist das Argument der fehlenden gesetzlichen Bestimmungen in den Mitgliedstaaten für die Begründung eines fehlenden europäischen Konsenses nicht geeignet.

Zur Beurteilung, ob ein europäischer Konsens vorliegt bzw fehlt, gibt es für den EGMR somit unterschiedliche Begründungsweisen.⁷¹ Im Zuge einer Rechtsvergleichung zieht er einerseits die in den Ländern vorhandenen, andererseits aber auch die fehlenden gesetzlichen Regelungen in Betracht.⁷² Er beruft sich unter anderem auf völkerrechtliche Verträge und internationales soft law.⁷³ Und nicht zuletzt spielen der europäische bzw internationale Diskurs und die Entwicklungen hin zu einem erkennbaren Trend eine Rolle.⁷⁴ Die Entwicklung einheitlicher Kriterien, unter welchen Voraussetzungen der EGMR das Vorliegen bzw das Fehlen eines europäischen Konsenses annimmt, würde zur Transparenz und Vorhersehbarkeit der Entscheidungen in diesem Bereich beitragen.⁷⁵

IV. Résumé

Das Urteil des EGMR im Fall S.A.S. kann trotz der eingehenden rechtlichen Begründung nicht in allen Punkten überzeugen. Schon das Vorliegen eines legitimen Zieles, das mit dem generellen Gesichtsbedeckungsverbot in der Öffentlichkeit verfolgt wird, kann entgegen der Argumentation des EGMR bezweifelt werden. Obwohl der Gerichtshof seine eigene Kontrolldichte angesichts des weiten Ermessensspielraumes einschränkt, geht er nach einer ausführlichen Prüfung hinsichtlich des Vorliegens eines legitimen Zieles im Rahmen der Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehend auf die vorgebrachten Argumente ein. Seine Ausführungen deuten zunächst auf die Feststellung einer Verletzung hin⁷⁶, bis er mit dem letzten Argument („having regard to

70 Vgl dazu *Grabenwarter*, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte, EuGRZ 2011, 229 (231).

71 Siehe dazu ausführlich *Donnelly/Hjartarson/Wildhaber*, No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights, HRLJ 2013/33, 248 (248 ff).

72 Siehe dazu oben Fn 64, Fn 65 u Fn 66.

73 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich*, separate opinion, Rn 19; EGMR 9. 6. 2009, 33401/02, *Opuz* Rn 164; EGMR 13. 6. 1979, 6833/74, *Marckx* Rn 41.

74 Siehe dazu oben Fn 65.

75 Vgl dazu *Donnelly/Hjartarson/Wildhaber*, HRLJ 2013/33, 262; *Pabel* in FS Brünner 616.

76 Siehe dazu EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 113–149.

the breadth of the margin of appreciation“) einen weiten Ermessensspielraum und damit seine Feststellung, dass keine Verletzung vorliegt, zu rechtfertigen scheint.⁷⁷

Die beiden Argumente, die den EGMR letztlich zur Annahme eines weiten Beurteilungsspielraumes führen, überzeugen ebenfalls nicht restlos. Inwieweit im Fall des Gesichtsbedeckungsverbots in der Öffentlichkeit eine Frage des Verhältnisses von Staat und Religion bzw von allgemeiner politischer Bedeutung vorliegt, begründet der Gerichtshof nicht näher. Seine Annahme eines fehlenden europäischen Konsenses aufgrund fehlender einheitlicher Standards ist nicht unproblematisch. Grundsätzlich ist das Instrument des „margin of appreciation“ in der Rechtsprechung des EGMR zu begrüßen. So ist etwa in Fällen, in denen die nationalen Behörden besser in der Lage sind, auf die Bedürfnisse der jeweiligen Bevölkerung einzugehen⁷⁸ bzw in Bereichen, in denen tatsächlich sehr unterschiedliche Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehen,⁷⁹ die eingeschränkte Prüfungskompetenz des EGMR durchaus nachvollziehbar. Werden die Grenzen einer derartigen eingeschränkten Kontrollsdichte wie im Fall *S.A.S.* jedoch aufgeweicht, besteht die Gefahr, den Anschein einer willkürlichen Anwendung des Prinzips des „margin of appreciation“ zu erwecken. Nachvollziehbare und vorhersehbare Kriterien, in welchen Fällen eine Frage von allgemeiner politischer Bedeutung vorliegt bzw wie das Fehlen eines europäischen Konsenses beurteilt wird, würden dieser Gefahr entgegenwirken.

77 EGMR 1. 7. 2014 (GK), 43835/11, *S.A.S./Frankreich* Rn 157.

78 Vgl dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK² § 18 Rn 20 ff mwN; *Marauhn/Thorn* in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² Kap 16 Rn 97 ff; *Walter* in *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg), EMRK/GG I² Kap 17 Rn 130 ff.

79 Siehe dazu oben Fn 64.

Observations on Judicial Approaches to Discerning Investment Adviser Status under the Investment Advisers Act of 1940

Brian Carroll*, U.S. Securities & Exchange Commission/Villanova Law School

Abstract: *This article analyzes judicial approaches to interpreting the definition of an investment adviser under the Investment Advisers Act of 1940, the United States federal statute governing investment advisers. It starts by noting the role of investment advisers in the United States financial services industry and introduces the statutory definition of an investment adviser and each element of this definition. It explains briefly why adviser status is important and touches on the relationship between investment adviser status and registration as an investment adviser with the United States Securities & Exchange Commission. Based on cases initiated by the United States Securities & Exchange Commission, the United States Department of Justice and investment adviser clients alleging investment adviser violations of the Investment Advisers Act of 1940, the article discusses key judicial interpretations of the elements of the definition of investment adviser. Along the way, the author shares his observations about these judicial approaches to interpreting the definition of an investment adviser by, among other things, evaluating some of the strengths and weaknesses reflected in these judicial approaches.*

Keywords: *investment adviser; investment advice; investment management; Section 202(a)(11); Investment Advisers Act.*

I. Introduction

Under United States federal securities law, the definition of an investment adviser under Section 202(a)(11) of the Investment Advisers Act of 1940 ("Advisers Act") covers services provided by thousands of investment management professionals ranging from portfolio managers advising private investment funds, such as hedge funds, to certain types of personal financial advisers and financial planners,¹ collectively overseeing trillions of dollars in investment assets.² The most signifi-

* *Brian Carroll*, an attorney and a certified public accountant, serves as a Senior Special Counsel at the United States Securities & Exchange Commission, Philadelphia Regional Office. He is also an Adjunct Professor of Law at Villanova Law School. The United States Securities & Exchange Commission ("Commission") disclaims responsibility for any private publications or statements of any of the Commission's employee or commissioner. This article expresses the author's views and does not necessarily reflect those of the Commission, the commissioners, or other members of the staff.

1 See SEC. AND EXCH. COMM'N, STUDY ON ENHANCING INVESTMENT ADVISER EXAMINATIONS 1, 32 (Jan. 2011) (discussing diversity of investment advisory industry as "ranging from small, locally-operated financial planning firms to money managers that are part of global financial institutions [...]").

2 See *id.* at 10 (noting that as of Sept. 30, 2010, registered investment advisers managed \$ 38.3 trillion in assets); see also SEC. AND EXCH. COMM'N, DODD-FRANK ACT CHANGES TO INVESTMENT ADVISER REGISTRATION REQUIREMENTS 5 (Jan. 13, 2013) ("There are 10,754 advisers registered with the Commission with total assets under management of \$ 49.66 trillion.").

cant part of Section § 202(a)(11) defines an investment adviser as one who “for compensation, engages in the business of advising others [...] as to the value of securities or as to the advisability of investing in, purchasing, or selling securities [...]”³ While much of the work of these and other financial professionals falls clearly under this definition, investment adviser status is not always obvious, particularly when dealing with newly created financial services and products.

This article examines how courts approach the elements of this definition and some of the challenges they face. It starts by noting briefly why investment adviser status is important. It then reviews the complete statutory definition of an investment adviser and touches on the relationship between investment adviser status and investment adviser registration with the U.S. Securities & Exchange Commission (“Commission”), a federal agency charged with administering the Advisers Act. Next, the article identifies the types of cases that may implicate this definition. Finally, it outlines key judicial approaches to interpreting this definition while sharing some observations about these approaches.

II. Investment Adviser: Definition, Exceptions and an Exemption

Investment adviser status is important because it carries with it certain responsibilities and opportunities. At the very least, an adviser that meets this definition owes a fiduciary duty to its clients⁴ and is subject to the Commission’s authority to investigate and prosecute in civil proceedings investment adviser fraud under provisions of § 206,⁵ regardless of whether or not an investment adviser is required to register with the Commission.⁶ Similarly, an investment adviser is designated by law as a potential whistleblower target under § 21F⁷ of the Securities Exchange Act of 1934 (“Exchange Act”).⁸ On the other hand, registered investment advisers may participate as a

3 Investment Advisers Act of 1940 (“Advisers Act”), § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11) (1940). Hereafter references to sections of Advisers Act and rules promulgated thereunder will not be identified as part of the Advisers Act, but simply by section number and rule number.

4 Sec. & Exch. Comm’n v. Capital Gains Research Bureau, Inc., 375 U.S. 180, 191 (1963) (citations omitted) (“The Investment Advisers Act of 1940 thus reflects a congressional recognition of the delicate fiduciary nature of an investment advisory relationship.”); Santa Fe Indus., Inc. v. Green, 430 U.S. 462, 472 n.11 (1977) (“[...] Congress intended the Investment Advisers Act to establish federal fiduciary standards for investment advisers.” (citations omitted)); Transamerica Mortg. Advisors, Inc. v. Lewis, 444 U.S. 11, 17 (1979) (“[T]he [Advisers] Act’s legislative history leaves no doubt that Congress intended to impose enforceable fiduciary obligations.”).

5 See § 206(1)-(2), Prohibited Transactions by Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-6(1-2), (“It shall be unlawful for any investment adviser, by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly – (1) to employ any device, scheme, or artifice to defraud any client or prospective client; (2) to engage in any transaction, practice, or course of business which operates as a fraud or deceit upon any client or prospective client [...].”).

6 See § 206, Prohibited Transactions by Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-6; Transamerica Mortgage Advisors, Inc. v. Lewis, 444 U.S. 11, 17 n.6 (1979) (When amending Section 206 by adding Section 206(4), “[...] Congress also extended the provision of § 206 to all investment advisers, whether or not such advisers were required to register under § 203 of the [Advisers] Act, 15 U.S.C. § 80b-3. 74 Stat. 887.”); see also “Investment Adviser Status and Investment Adviser Registration with the Commission” in this article.

7 § 21F Securities Exchange Act of 1934 (“Exchange Act”), Securities Whistleblower Incentives and Protection, 15 U.S.C. § 78u-6; see Securities Whistleblower Incentives and Protections, Securities Exchange Act Release No. 64545 (May 25, 2011) 3, 76 FR 34300 (June 13, 2011) (adopting rule release) (“Section 21F directs that the Commission pay awards, subject to certain limitations and conditions, to whistleblowers who voluntarily provide the Commission with original information about a violation of the securities laws that leads to the successful enforcement of an action brought by the Commission that results in monetary sanctions exceeding \$ 1,000,000.”); see also Exchange Act § 3(a)(47), 15 U.S.C. 78c(47) (“The term ‘securities laws’ means [...] the Investment Advisers Act of 1940 [...].”).

8 15 U.S.C. § 78a et seq.

qualified institutional buyer in the private resale of certain securities pursuant to Rule 144A⁹ of the Securities Act of 1933 ("Securities Act").¹⁰ Under United States federal securities laws, other consequences flow from investment adviser status.¹¹

Section 202(a)(11) defines an investment adviser and provides eight exceptions¹² to this definition. Section 202(a)(11), in its complete form, defines an investment adviser as "any person who, for compensation, engages in the business of advising others, either directly or through publications or writings, as to the value of securities or as to the advisability of investing in, purchasing, or selling securities, or who, for compensation and as a part of a regular business, issues or promulgates analyses or reports concerning securities."¹³ Some of the terms appearing in this definition are defined further by the Advisers Act.¹⁴

By parsing the language of § 202(a)(11), three categories of investment adviser emerge. The first category, which was identified at the beginning of this article, covers persons who are engaged in the business of providing advice to others on investment in or the value of securities for compensation. Those meeting this definitional language are referred to in this article simply as investment advisers. The second category of investment adviser covers persons who provide investment advice through publications or writings, and are referred to in this article as "Publication Advisers."¹⁵ The third category includes those who, for compensation, are in the regular business of issuing analyses or reports on securities, and are referred to as "Report

9 See Securities Act of 1933 ("Securities Act") § 5(d), 15 U.S.C. § 77e(d); Securities Act Rule 144A, Private Resale of Securities to Institutions, 17 C.F.R. § 144A (defining a qualified institutional buyer as "[a]ny investment adviser registered under the Investment Advisers Act."); see also Eliminating the Prohibition Against General Solicitation and General Advertising in Rule 506 and Rule 144A Offerings, Investment Advisers Act Release No. 3524 (July 10, 2013) 3, 78 FR 44771 (July 24, 2013) (adopting rule release) (footnote omitted) ("The term 'Rule 144A offering' in this release refers to a primary offering of securities by an issuer to one or more financial intermediaries – commonly known as the 'initial purchasers' – in a transaction that is exempt from registration pursuant to § 4(a)(2) or Regulation S under the Securities Act, followed by the resale of those securities by the initial purchasers to QIBs [qualified institutional buyers] in reliance on Rule 144A.").

10 15 U.S.C. § 77a et seq.

11 See, e.g., Selective Disclosure and Insider Trading, Exchange Act Release No. 43154 (Aug. 15, 2000) 1, 65 FR 56,716 (Aug. 24, 2000) (adopting rule release) ("Regulation FD (Fair Disclosure) is a new issuer disclosure rule that addresses selective disclosure. The regulation provides that when an issuer, or person acting on its behalf, discloses material nonpublic information to certain enumerated persons (in general, securities market professionals and holders of the issuer's securities who may well trade on the basis of the information), it must make public disclosure of that information."); Regulation FD, 17 C.F.R. § 243.100(b)(1)(iii) (identifying investment advisers as defined under § 202(a)(11) as a member of a class of recipients of material nonpublic information triggering public disclosure of that information).

12 Section 202(a)(11)(A)-(G), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(A)-(G). In addition to these exclusions under § 202(a)(11), § 202(b), 15 U.S.C. § 80b-2(b), excludes the application of the Advisers Act to certain federal and state government agencies, instrumentalities and officers. See *Sec. & Exch. Comm'n v. DiBella*, 587 F.3d 553, 567-568 (2d Cir. 2009) (interpreting § 202(b)).

13 Section 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11); see also Exchange Act § 3(a)(2), 15 U.S.C. § 78c(2) (definition of investment adviser identical to definition of investment adviser under § 202(a)(11)). But see § 2(a)(20) Investment Company Act of 1940 ("Investment Company Act"), 15 U.S.C. § 80a-2(a)(20) (definition of investment adviser different than § 202(a)(11) definition). See U.S. Sec. & Exch. Comm'n Investment Management Staff Issue of Interest, "Persons Who Provide Advice Solely Regarding Matters Not Concerning Securities," 4 (comparing Advisers Act § 202(a)(11) (definition of investment adviser) with Investment Company Act § 2(a)(20) (definition of investment adviser)).

14 See, e.g., § 202(a)(5), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(5) (defining "company"); § 202(a)(16), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(16) (defining "person").

15 For a discussion of what is referred to in this article as a "Publication Adviser," see *Lowe v. Sec. & Exch. Comm'n*, 472 U.S. 181 (1985) (application of § 202(a)(11) to an investment adviser who publishes a newsletter offering impersonal investment advice).

Advisers.”¹⁶ Although this article focuses on discerning investment adviser status under the first category of investment adviser, Publication Advisers and Report Advisers marginally come into play when discussing investment adviser status.

This definition of an investment adviser is limited by eight exceptions under § 202(a)(11)(A)-(G).¹⁷ Only those exceptions that add significantly to our discussion of investment adviser status are noted. Two categories of exceptions stand out. First, there are two “solely incidental” exceptions, which play a recurring role. Section 202(a)(11)(B) excepts from the definition of an investment adviser lawyers, accountants, engineers and teachers who perform investment adviser services that are “solely incidental” to their professional practice.¹⁸ Similarly, § 202(a)(11)(C) excepts a broker or dealer if it performs investment adviser services that are “solely incidental” to their broker or dealer business and does not receive any “special compensation” for these investment adviser services.¹⁹ The second exception category authorizes the Commission to create exceptions. Under § 202(a)(11)(H), the Commission is authorized to promulgate rules and regulations or issue orders excluding from the definition of an investment adviser “other persons not within the intent”²⁰ of the § 202(a)(11).

16 For examples of what is referred to in this article as a “Report Adviser,” see, e.g., *Abrahamson v. Fleschner*, 568 F.2d 860, 862, cert. denied, 436 U.S. 905 (1978) (interpreting the application of § 202(a)(11) to investment adviser that, *inter alia*, issued reports); *Sec. & Exch. Comm’n v. Saltzman*, 127 F. Supp. 2d 660 (E.D. Pa. 2000) (same); *Sec. & Exch. Comm’n v. Smith*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 22352 (E.D. Mich. Jan. 6, 1995) (same). But see *Pozez v. Ethanol Capital Management, LLC*, 2009 WL 2176574 (D. Ariz. 2009) (reports did not adequately concern securities).

17 See § 202(a)(11)(A-G). In summary and without noting limitations, these exceptions generally cover certain (A) banks and bank holding companies unless it provides as defined under the Bank Holding Company Act of 1956; (B) professional offering investment advice that is “solely incidental” to their professional services; (C) broker and dealers offering investment adviser this is “solely incidental” to brokerage services and without receiving special compensation for the investment advice; (D) certain “bona fide” newspapers and other types of publications; (E) persons advising exclusively on securities designated by the Secretary of the Treasury pursuant to § 3(a)(12) of the Securities Exchange Act; (F) nationally recognized statistical rating organization, as defined under § 3(a)(62) of the Securities Exchange Act; (G) advisers offering family office services, as defined by the Commission; and (H) advisers excluded by Commission rule, regulation or order. Except as noted in the article text, discussions of these exceptions are beyond the scope of this article.

18 See § 202(a)(11)(B), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(B); *Crabtree Invs., Inc. v. Aztec Enters., Inc.*, 479 F. Supp. 448, 450 (M.D. La. 1979) (investment advice provided by certified public accountant “incidental”); *S & D Trading Academy, LLC v. AAFIS, Inc.*, 2008 WL 2325167 (S.D. Tex. 2008) (discussing teacher exception to definition of investment adviser under Texas Securities Act, the language of which is identical to § 202(a)(11)(B)). See generally Brian Carroll, *SEC Jurisdiction over Investment Advice*, 192 J. ACCOUNTANCY, Aug. 2001, at 32.

19 See § 202(a)(11)(C), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(C); *Thomas v. Metro. Life Ins. Co.*, 631 F.3d 1153 (10th Cir. 2011) (analysis of “solely incidental” and “special compensation” language of § 202(a)(11)(C)); *Fin. Planning Ass’n v. Sec. & Exch. Comm’n*, 482 F.3d 481 (D.C. Cir. 2007) (vacating Commission rule, Certain Broker-Dealers Deemed Not to be Investment Advisers, 70 Fed. Reg. 20,424 (Apr. 19, 2005), permitting broker-dealer to receive special compensation for investment advice but still maintain exemption from definition of investment adviser); see also *Sec. & Exch. Comm’n v. Kenton Capital, Ltd.*, 69 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 1998) (broker-dealer received special compensation for providing non-incidental investment advice); *Sec. & Exch. Comm’n v. Rauscher Pierce, Refsnes, Inc.*, 17 F. Supp. 2d 985 (D. Ariz. 1998) (broker-dealer investment advice not “solely incidental”); *Polera v. Altorfer, Podesta, Woolard and Co.*, 503 F. Supp. 116 (N.D. Ill. 1980) (broker-dealer investment advice “solely incidental”).

20 Section 202(a)(11)(H), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(H). See *Atwater v. Nat’l Football League Players Ass’n*, 2007 WL 1020848 (N.D. Ga. 2007). (Commission exemption under § 202(a)(11)(H), formerly § 202(a)(11)(G), noted).

III. Investment Adviser Status and Investment Adviser Registration with the Commission

Once the definition of an investment adviser is met, the adviser may or may not be required to register with the Commission. Sections 203 and 203A, and rules promulgated by the Commission thereunder, outline the circumstances triggering investment adviser registration.²¹ Commission registration carries with it a host of obligations as reflected in the Advisers Act and its rules promulgated by the Commission. These obligations include, for example, filing with the Commission a registration form, Uniform Application for Investment Adviser Registration ("Form ADV"),²² and maintaining certain books and records,²³ which are subject to Commission examination.²⁴ As noted, while § 206, antifraud provisions generally apply to both registered and unregistered investment advisers,²⁵ not all antifraud rules promulgated by the Commission pursuant to § 206(4)²⁶ apply to all investment advisers.²⁷

-
- 21 See § 203, Registration of Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-3; § 203A, State and Federal Responsibilities, 15 U.S.C. § 80b-3A (establishing requirements for Commission registration and exclusion from Commission registration). The Commission has promulgated a series of rules interpreting the reach of these provisions. See, e.g., Rule 203A-1, Eligibility for SEC Registration: Switching to or from SEC Registration, 17 C.F.R. § 275.3A-1; Rule 203A-2, Exemption from Prohibition on SEC Registration, 17 C.F.R. § 275.3A-2.
 - 22 See § 203(c)(1)(A)-(H), Procedure for Registration; Filing of Application, Effective Date of Registration; Amendments of Registration, 15 U.S.C. § 80b-3(c)(1) (requiring certain investment advisers to complete and file with the Commission Form ADV); Rule 203-1, Application for Investment Adviser Registration, 17 C.F.R. § 275.3-1; see also Amendments to Form ADV, Investment Advisers Act Release No. 3060 (July 28, 2010), 75 FR 49234 (Aug. 12, 2010) (adopting rule release).
 - 23 See § 204, Annual and Other Reports, 15 U.S.C. § 80b-4; Rule 204-2, Books and Records to Be Maintained by Investment Advisers, 17 C.F.R. § 275.4-2.
 - 24 See § 204(a), Annual and Other Reports, 15 U.S.C. § 80b-4(a) ("All records (as so defined) of such investment advisers are subject at any time, or from time to time, to such reasonable periodic, special, or other examinations by representatives of the Commission as the Commission deems necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors."). See generally Brian Carroll, *When the SEC Knocks ...*, 194 J. ACCOUNTANCY, Aug. 2002, at 35.
 - 25 See § 206(1)-(2), 15 U.S.C. § 80b-6(1-2) ("It shall be unlawful for any investment adviser, by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly – (1) to employ any device, scheme, or artifice to defraud any client or prospective client; (2) to engage in any transaction, practice, or course of business which operates as a fraud or deceit upon any client or prospective client [...]."); Sec. & Exch. Comm'n v. Capital Gains Research Bureau, Inc., 375 U.S. 180, 186 (1963) (seminal case interpreting the reach of § 206(2) as imposing on investment advisers a fiduciary duty owed to clients). See generally Brian Carroll, *How To Prevent Investment Adviser Fraud*, 201 J. ACCOUNTANCY, Jan. 2006, at 40; Brian Carroll, *The Mutual Fund Trading Scandals*, 198 J. ACCOUNTANCY, Dec. 2004, at 32.
 - 26 See § 206(4), 15 U.S.C. § 80b-6(4), ("It shall be unlawful for any investment adviser, by use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce, directly or indirectly – [...] (4) to engage in any act, practice, or course of business which is fraudulent, deceptive, or manipulative. The Commission shall, for the purpose of this paragraph (4) by rules and regulations define, and prescribe means reasonably designed to prevent, such acts, practices, and courses of business as are fraudulent, deceptive, or manipulative.").
 - 27 Pursuant to § 206(4), 15 U.S.C. § 80b-6(4), the Commission to date has promulgated eight anti-fraud rules. Five anti-fraud rules state that the rule applies to "any registered investment adviser or required to be registered." See Rule 206(4)-1, Advertisements by Investment Advisers, 17 C.F.R. § 275.6(4)-1. See Brian Carroll, *Investment Adviser Advertising*, 196 J. ACCOUNTANCY, Nov. 2003, at 39; Rule 206(4)-2, Custody of Funds or Securities of Clients by Investment Advisers, 17 C.F.R. § 274.6(4)-2. See Brian Carroll, *Custody of Client Assets under Rule 206(4)-2*, 1 J. INV. COMPLIANCE, Spring 2001, at 47 (discussing predecessor rule to current Rule 206(4)-2); Rule 206(4)-3, Cash Payments for Client Solicitations, 17 C.F.R. § 275.6(4)-3. See Brian Carroll, *Third-Party Cash Solicitation Arrangements under Rule 206(4)-3 of the Investment Advisers Act*, Inv. Counsel Ass'n of America, Dec. 8, 2000, 1, 7; Rule 206(4)-6, Proxy Voting, 17 C.F.R. § 275.6(4)-6; and Rule 206(4)-7, Compliance Procedures and Practices, 17 C.F.R. § 275.6(4)-7. In contrast, Rule 206(4)-5, Political Contributions by Certain Investment Advisers, 17 C.F.R. § 275.6(4)-5, states that it applies to "any investment adviser registered (or required to be registered) with the Commission, or unregistered in reliance on the exemption available under § 203(b)(3) of the Advisers Act [...]." Finally, Rule 206(4)-8, Pooled Investment Vehicles, 17 C.F.R. § 275.6(4)-8, states that it applies to "any investment adviser to a pooled investment vehicle."

Investment adviser registration requirements have changed over time.²⁸ For example, historically, many investment advisers advising private funds,²⁹ such as hedge funds,³⁰ relied on a so-called private adviser exemption under former § 203(b)(3) as a basis for avoiding investment adviser registration with the Commission. This exemption applied to an investment adviser that maintained fewer than fifteen clients within a discrete twelve-month period, did not hold itself out to the public as an investment adviser,³¹ and did not provide advice to an investment company.³² In 2004, however, the Commission promulgated a rule reinterpreting the term “client,”³³ which caused the exemption to be applied more narrowly.³⁴ As a result, many investment advisers to private funds were required to register with the Commission. In 2006 the court in *Goldstein v. SEC* found the Commission’s reinterpretation of “client” was arbitrary and vacated this Commission rule.³⁵ More recent amendments to the Advisers Act eliminated this private adviser exemption,³⁶ again triggering Commission registration for many investment advisers advising private funds. Currently, investment advisers to a wide range of private funds³⁷ are now required to register with the Commission.³⁸

28 See Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, § 410, PL 111-203, 124 Stat. 1376 (July 1, 2010) (“Dodd-Frank Act”), *inter alia*, amending § 203A, State and Federal Responsibilities, 15 U.S.C. § 80b-3A (effectively increasing minimum amount of client assets under management from \$ 25 to \$ 100 million for Commission registration of certain investment advisers).

29 See § 202(a)(29), § 80b-2(a)(29) (“The term ‘private fund’ means an issuer that would be an investment company, as defined in section 3 of the Investment Company Act of 1940, but for section 3(c)(1) or 3(c)(7) of that Act.”); see also Rule 206(4)-8, Pooled Investment Vehicles, 17 C.F.R. § 275.6(4)-8.

30 Registration Under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers, Investment Advisers Act Release No. 2333 (Dec. 2, 2004) 4, 69 FR 72054, 72055 (Dec. 10, 2004) (adopting rule release), *vacated*, *Goldstein v. Sec. & Exch. Comm’n*, 451 F.3d 873 (D.C. Cir. 2006) (footnotes omitted) (“There is no statutory or regulatory definition of hedge fund, although many have several characteristics in common. Hedge funds are organized by professional investment managers who frequently have a significant stake in the funds they manage and receive a management fee that includes a substantial share of the performance of the fund. Advisers organize and operate hedge funds in a manner that avoids regulation as investment companies under the Investment Company Act of 1940, and hedge funds do not make public offerings of their securities.”)

31 See “Engaged in the Business” section of this article for a discussion of the concept of an investment adviser “holding out” to the public.

32 See former Section 203(b)(3), 15 U.S.C. § 80b-3(b)(3), and Rule 203(3)(b)-1, 17 C.F.R. § 275.3(3)(b)-1.

33 See Registration Under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers, Investment Advisers Act Release No. 2333 (Dec. 2, 2004), 69 FR 72054 (Dec. 10, 2004) (adopting rule release), (*inter alia*, reinterpreting the term “client” as it appears in § 203(b)(3), 15 U.S.C. § 80b-3(b)(3), and defined under Rule 203(b)(3)-1(a)(2), 17 C.F.R. § 275.3(b)(3)-1(a)(2)).

34 See *Goldstein v. Sec. & Exch. Comm’n*, 451 F.3d 873 (D.C. Cir. 2006) (vacating Registration Under the Advisers Act of Certain Hedge Fund Advisers, Investment Advisers Act Release No. 2333 (Dec. 2, 2004), 69 FR 72054 (Dec. 10, 2004) (adopting rule release)).

35 See *id.*

36 § 403 Dodd-Frank Act amended § 203 by eliminating the § 203(b)(3) private adviser exemption. See also Rules Implementing Amendments to the Investment Advisers Act of 1940, Investment Advisers Act Release No. 3221 (June 22, 2011) n.4, 76 FR 42950 (July 19, 2011) (adopting rule release).

37 See, e.g., § 203(m), Exemption of and Reporting by Certain Private Fund Advisers, 15 U.S.C. § 80b-3(m); Rule 203(m)-1, Private Fund Adviser Exemption, 17 C.F.R. § 275.3(m)-1; Section 203(l), Exemption of Venture Capital Fund Advisers, 15 U.S.C. § 80b-3(l); Rule 203(l)-1, Venture Capital Fund Defined, 17 CFR § 275.3(l)-1. See generally Exemptions for Advisers to Venture Capital Funds, Private Fund Advisers With Less Than \$ 150 million in Assets Under Management, and Foreign Private Advisers, Investment Advisers Act Release No. 3222 (June 22, 2011), 76 FR 39646 (July 6, 2011).

38 SEC. AND EXCH. COMM’N, DODD-FRANK ACT CHANGES TO INVESTMENT ADVISER REGISTRATION REQUIREMENTS 5 (Jan. 2, 2013) (reporting on number of registered investment advisers advising private funds such as hedge funds, private equity funds, venture capital funds, securitized asset funds, liquidity funds and the like).

IV. Cases that Implicate the Investment Adviser Definition

Three types of cases inform this discussion on the definition of an investment adviser. The first is Commission enforcement actions filed in federal court alleging a violation of the Advisers Act.³⁹ These enforcement actions require that the Commission establish investment adviser status as a basis for subject matter jurisdiction.⁴⁰ Second, the U.S. Department of Justice is authorized to initiate criminal prosecutions against investment advisers for violating the Advisers Act,⁴¹ which also requires establishing investment adviser status. Similarly, in criminal prosecutions, investment adviser status may play a role in calculating an appropriate criminal sentence under U.S. Sentencing Guidelines.⁴² When sentencing a defendant convicted of committing a federal crime, the court may consider whether the defendant was acting as an investment adviser, as defined under § 202(a)(11), which could serve as a basis for lengthening the sentence.⁴³ Third, the Advisers Act permits certain investment adviser clients⁴⁴ to seek a limited private-civil remedy⁴⁵ against an investment adviser based primarily on contract law. If successful in establishing a violation of the Advisers Act,⁴⁶ an advisory client may seek to rescind the investment adviser contract, recover

39 See § 203, Registration of Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-3; § 209, Enforcement of Title, 15 U.S.C. § 80b-9. Sections 203 and 209, *inter alia*, authorize the Commission to initiate enforcement actions against investment advisers and persons associated with an investment adviser for violating the Advisers Act in United States district court or as an administrative proceeding, or both. See also Commission Rules of Practice, 17 C.F.R. § 201.300-360 (rules governing administrative proceedings). See generally Sec. & Exch. Comm'n v. Mgmt. Dynamics, Inc., 515 F.2d 801, 808 (2d Cir. 1975) (the Commission appears "not as an ordinary litigant, but as a statutory guardian angel charged with safeguarding the public interest in enforcing the securities laws").

40 See 28 U.S.C. § 1331. See, e.g., Sec. & Exch. Comm'n v. Berger, 322 F.3d 187 (2d Cir. 2003) (an enforcement action alleging, *inter alia*, a violation of § 206, court applied "conduct test" as basis for subject matter jurisdiction); Sec. & Exch. Comm'n v. Smith, 1995 U.S. Dist. LEXIS 22352 (E.D. Mich. 1995); Conrardy v. Ribadeneira, 1990 WL 66603 (D. Kan. 1990) (applying 28 U.S.C. § 1331 to private action against an investment adviser).

41 See § 217, Penalties, 15 U.S.C. § 80b-17. ("Any person who willfully violates any provision of this subchapter, or any rule, regulation, or order promulgated by the Commission under authority thereof, shall, upon conviction, be fined not more than \$ 10,000, imprisoned for not more than five years, or both."); see, e.g., U.S. v. Eberhard, 525 F.3d 175 (2d Cir. 2008) (defendant convicted of, *inter alia*, investment adviser fraud in violation of § 206); U.S. v. Gilman, 478 F.3d 440 (1st Cir. 2007) (defendant pleaded guilty to, *inter alia*, investment adviser fraud in violation of § 206); U.S. v. Mintz, 2010 WL 3075477 (W.D.N.C. 2010) (defendant pleaded guilty to one count of fraud by an investment adviser in violation of § 206).

42 See U.S. v. Onsa, 2013 WL 789182 (E.D.N.Y. 2013), *aff'd* 523 Fed. App'x 63 (2d Cir. 2013).

43 See, e.g., U.S. v. Stein, 2010 WL 678122 (E.D.N.Y. 2010) (defendant's investment adviser status resulted in four-point enhancement in sentencing calculation under U.S.S.G. § 2B1.1(b)(17)(A)(iii)); see also U.S. v. Booker, 543 U.S. 220, 245-46 (2005) (rendering sentencing guidelines "advisory").

44 See § 215, Validity of Contracts, 15 U.S.C. § 80b-15; see, e.g., Rifkin v. Bear Stearns & Co., 248 F.3d 628 (7th Cir. 2001) (taxpayers lack standing to vindicate county's right under its agreement with an investment adviser); Oliver v. Black Knight Asset Management, LLC, 812 F. Supp. 2d 2, 13 (D.D.C. 2011) ("As the Supreme Court has stated, sections 206 and 215 were intended to benefit the *clients* of investment advisers.") (italics in original); Kassover v. UBS AG, 619 F. Supp. 2d 28, 32 (S.D.N.Y. 2008) ("Courts have required plaintiffs to allege that the parties entered into an investment advisory contract in order for the Advisers Act to apply."); Shaidi v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 2003 WL 21488228 (M.D. Fla. 2003) (shareholders of fund were beneficiaries but lacked standing to assert a claim under § 215 based on fund-adviser contract).

45 See Transamerica Mortg. Advisors, Inc. v. Lewis, 444 U.S. 11, 17 (1979) (holding that no private right of action exists under § 206 but §§ 214 and 215 create, based on equity principles, a private injunctive and contract rescission action against the continued operation of a contract between the adviser and its clients, with a restitution claim seeking recovery of contractual fees paid by the client to the adviser); see Brian Carroll, *Investment Advisers: The Bounds of Regulatory Authority and Private Causes of Action*, 10 INV. LAWYER 1, 17 (Oct. 2003); see also Reg'l Props., Inc. v. Fin. and Real Estate Consulting Co., 678 F.2d 552 (5th Cir. 1982) (comparing Advisers Act § 215 with Exchange Act § 29).

46 A private action under § 215 must be based on a violation of the Advisers Act. See, e.g., Laird v. Intergrated Res., Inc. 897 F.2d 826, 841 (5th Cir. 1990) (plaintiff may allege "any provision of this chapter" to sustain a violation of § 215); In re Mutual Fund Investment Litigation, 384 F. Supp. 2d 873 (D. Md. 2005); see Brian Carroll, *Investment Advisers: The Bounds of Regulatory Authority and Private Causes of Action*, 10 INV. LAWYER 1, 17 (Oct. 2003).

limited restitution and enjoin the further operation of the contract.⁴⁷ Although there are other types of actions that may call into play investment adviser status,⁴⁸ the vast majority of federal court actions interpreting § 202(a)(11) are initiated by one of these three parties.

V. Observations on Judicial Approaches to Discerning Investment Adviser Status

This article focuses on judicial approaches to interpreting investment adviser status. For purposes of this discussion, the elements of the definition of an investment adviser are that a person: 1) engages in the business of providing 2) investment advice 3) to others 4) concerning securities 5) for compensation. The discussion of each element varies according to the issues raised in relevant judicial decisions and the nature of the author's observations offered along the way. Some elements provoke more commentary than others.

Because this article focuses on judicial approaches, Commission or Commission staff guidance on investment adviser status is generally discussed to the extent that it is relied upon in a judicial opinion. Two key examples come to mind. *In the Matter of Augustus P. Loring, Jr.*, ("In re Loring"),⁴⁹ a Commission order exempting a court-supervised trustee from the definition of investment adviser pursuant to § 202(a)(11)(H), has played a recurrent role in determining whether certain trust services meet the definition of an investment adviser and the role of "solely incidental" advice. Also significant is a Commission staff interpretive guidance discussing application of the definition of an investment adviser to certain financial services. In "Applicability of the Investment Advisers Act to Financial Planners, Pension Consultants, and Other Persons Who Provide Investment Advisory Services as a Component of Other Financial Services,"⁵⁰ ("SEC Release 1092") Commission staff, not the Commission, express views on how each element of the definition may be interpreted.

47 *Transamerica Mortg. Advisors, Inc. v. Lewis*, 444 U.S. 11, 19 (1979) (Section 215 "permitting federal suit for rescission of a contract or injunction against continued operation of the contract, and for restitution."); see also *Douglass v. Beakley*, 900 F. Supp. 2d 736, 746 (N.D. Tex. 2012) ("[...] the only apparent remedy available to an aggrieved investor under the IAA, aside from rescission, would be commissions, fees, or other compensation paid to the investment adviser pursuant to the investment contract."); *Filson v. Langman*, 2002 WL 31528616 (D. Mass. 2002) (no claim for damages permitted under Section 215); *Fraioli v. Lemcke*, 328 F. Supp. 2d 250 (D.R.I. 2004) (dismissed action because lost investment not recoverable and no standing to sue adviser).

48 In addition to these types of cases, other potential parties may initiate civil or criminal actions implicating investment adviser status. See, e.g., Employment Retirement Income Security Act of 1974, 29 U.S.C. § 1002(38)(B) (incorporating by reference definition of an investment adviser under Advisers Act); West's Ann. Cal. Corp. Code § 25009 (defining an investment adviser under California law); McKinney's General Business Law § 359-eee(a) (defining an investment adviser under New York law); see generally Uniform Securities Act of 1956 § 401(f) (defining an investment adviser).

49 *Investment Advisers Act Release No. 33*, 1942 WL 34539 (July 22, 1942); see also *In the Matter of Augustus P. Loring, Jr.*, 11 S.E.C. 885, *Investment Company Act Release No. 33*, 1942 WL 34853 (July 20, 1942).

50 *Investment Advisers Act Release No. 1092* (Oct. 8, 1987), 52 FR 38400 (Oct. 16, 1987) (interpretive release).

A. Advice Must Concern Securities

An investment adviser must provide advice concerning securities.⁵¹ The definition of a security under § 202(a)(18)⁵² is consistent with other United States federal securities statutes' definition of a security.⁵³ Consequently, these definitions are generally interpreted as a single body of law.⁵⁴

This body of law reflects several interpretative themes. Consistent with the broad legislative goal of United States federal securities laws to eliminate serious abuses in the securities markets, courts view as securities not only financial instruments that fall within the ordinary concept of a security, but also "virtually any instrument that might be sold as an investment".⁵⁵ When deciding whether an instrument meets the definition of a security, courts are not bound by any legal formalism,⁵⁶ rather they engage in a case-by-case⁵⁷ examination of the economic reality underlying the transaction.⁵⁸ Two Supreme Court opinions anchor the framework for determining whether a security is created: *SEC v. W.J. Howey Co.*⁵⁹ and *Reves v. Ernst & Young*.⁶⁰ In addition, Congress continues to play a legislative role in defining a security.⁶¹ At bottom, the breath of the definition of an investment adviser is tied directly to the definition of a security. As more financial instruments are created and meet the definition of a security, the scope of investment adviser status correspondingly expands.

51 See, e.g., *Rasmussen v. Thomson & McKinnon Auchincloss Kohlmeier, Inc.*, 608 F.2d 175 (5th Cir. 1979) (commodities advice does not meet securities advice requirement under § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11); *Mechigian v. Art Capital Corp.*, 639 F. Supp. 702 (S.D.N.Y. 1986) (art purchase does not meet securities advice requirement under § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)).

52 Section 202(a)(18), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(18), defines a security as "any note, stock, treasury stock, security future bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, any put, call, straddle, option, or privilege on any security (including a certificate of deposit) or on any group or index of securities (including any interest therein or based on the value thereof), or any put, call straddle, option, or privilege entered into on a national securities exchange relating to foreign currency, or, in general, any interest or instrument commonly known as a 'security', or any certificate on interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe to or purchase any of the foregoing."

53 See Securities Act, § 2(a)(1), 15 U.S.C. § 77b(a)(1); Exchange Act, § 3(a)(10); 15 U.S.C. § 78c(a)(1), Investment Company Act, § 2(a)(36), 15 U.S.C. § 80a-2(a)(36).

54 See, e.g., *Sec. & Exch. Comm'n v. Edwards*, 540 U.S. 389 (2004); *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56, 61 n.1 (1990); *Marine Bank v. Weaver*, 455 U.S. 551, 555 n.3 (1982); *United Hous. Found., Inc. v. Forman*, 421 U.S. 837 (1975).

55 *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56, 61 (1990).

56 *Sec. & Exch. Comm'n v. Edwards*, 540 U.S. 389, 393 (2004) ("Congress' purpose in enacting the securities laws was to regulate *investments*, in whatever form they are made and by whatever name they are called. [...] To that end, it enacted a broad definition of 'security,' sufficient to 'encompass virtually any instrument that might be sold as an investment.'") (emphasis in original).

57 See *U.S. v. Leonard*, 529 F.3d 83, 89 (2d Cir. 2008) (citing *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56, 61 (1990)).

58 See *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56, 61 (1990); *Sec. & Exch. Comm'n v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946).

59 328 U.S. 293 (1946). Under *SEC v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946) and its progeny, the Supreme Court established a multiple factor test for determining when an investment contract constitutes a security, including horizontal and vertical commonality tests.

60 494 U.S. 56 (1990). Under *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56 (1990), the Court adopted the "Family Resemblance" approach for determining when a note may meet the definition of a security. It applied a rebuttable presumption that a note is a security unless it bears a "family resemblance" to a judicially recognized list of notes that do not meet the definition of a security.

61 For example, §§ 761(a)(2) and 768(a)(1) of the Dodd-Frank Act amend the definition of a security under the Exchange Act § 3(a)(10), 15 U.S.C. § 78c(a), and Securities Act § 2(a)(1), 15 U.S.C. § 77b(a)(1), respectively, to define a security-based swap as a security. See also SEC. & EXCH. COMM'N, LIFE SETTLEMENTS TASK FORCE, STAFF REPORT TO THE U.S. SECURITIES & EXCHANGE COMMISSION (July 22, 2010) (recommending that the Commission considers requesting Congress to amending the definition of a security under federal securities law to include life settlements).

B. Compensation for Investment Advice

Section 202(a)(11) requires that an investment adviser be compensated for providing investment advice.⁶² Unlike the definition of a security, the term compensation is neither defined by the Advisers Act nor is there a single body of United States federal securities law interpreting it. In the investment advisory business, it is common practice for investment advisers to be compensated by receiving a fee from clients based on a percentage of the amount of client's funds managed by the adviser or based on the rate of return on investments made by the adviser on behalf of the client, or some combination of both.⁶³ Beyond these widely recognized forms of compensation, the Eleventh Circuit Court of Appeals⁶⁴ has adopted an approach to interpreting the compensation element that is referred to in this article as the economic benefit approach. After presenting this approach, the discussion turns to two observations. The first discusses other provisions of United States federal securities law that may support further developing the economic benefit approach. The second takes an entirely different tact by offering a contract analysis approach.

1. The Eleventh Circuit's Economic Benefit Approach

The seeds of the economic benefit approach were sowed into the Eleventh Circuit by *U.S. v. Elliott*.⁶⁵ In appealing their criminal convictions under the Advisers Act, two defendants argued that they had not received a discrete fee for investment advice, were not compensated for investment advice and therefore were not investment advisers. Each defendant, however, had advised clients to invest in "investment vehicles"⁶⁶ created and marketed by defendants. One defendant received sales commissions⁶⁷ charged on client purchases of these investment vehicles and the other comingled client investment funds in his personal account to pay living expenses. The court

62 See, e.g., *Korman v. Sec. & Exch. Comm'n*, 592 F.3d 173 (D.C. Cir. 2010) (upholding Commission finding that adviser had provided investment advice for compensation); *Sec. & Exch. Comm'n v. SBM Inv. Certificates, Inc.*, 2007 WL 609888 (D. Md. 2007) (evidence of compensation insufficient to grant Commission motion for preliminary injunction against future violations of Advisers Act); *Washington v. Baenziger*, 656 F. Supp. 1176 (N.D. Cal. 1987) (failure to allege compensation element); *Brown v. Producers Livestock Loan Co.*, 469 F. Supp. 27 (D. Utah 1977) (failure to allege compensation element). But see *Political Contributions by Certain Investment Advisers*, Investment Advisers Act Release No. 3043 (July 1, 2010), 38 & n.121, 75 FR 41018 (July 15, 2010) (adopting rule release) ("Rule 206(4)-5(a)(1) makes it unlawful for investment advisers covered by this rule to provide investment advisory services for *compensation* to a government entity within two years after a trigger [political] contribution. [...]. The adviser, therefore, should return all such compensation promptly upon discovering the triggering contribution.") (italics in original).

63 See, e.g., *Sec. & Exch. Comm'n v. Berger*, 322 F.3d 187 (2d Cir. 2003) (noting investment adviser management fee of one percent of investment fund assets under management and incentive fee of twenty percent of fund's net gains); *Abrahamson v. Fleschner*, 568 F.2d 862 (2d Cir. 1978) (investment adviser earned a fee equal to twenty percent of the firm's net profit and net capital gains for each year and, for some years, an annual salary); *Sec. & Exch. Comm'n v. Juno*, 2012 WL 685302 (S.D.N.Y. 2012) (investment performance-based fee viewed as compensation); *U.S. v. Young*, 2011 WL 1376045 (E.D. Pa. 2011) (noting payment for investment advisory services); *Sec. & Exch. Comm'n v. Rabinovich & Associates*, 2008 WL 4937360 (S.D.N.Y. 2008) (fifty percent share of trading profits from client investments viewed as compensation); *Sec. & Exch. Comm'n v. Saltzman*, 127 F. Supp. 2d 660 (E.D. Pa. 2001) (receipt of twenty percent of investment fund's net profit and net capital gains as compensation).

64 See 28 U.S.C. § 43 (a) ("There shall be in each circuit a court of appeals, which shall be a court of record, known as the United States Court of Appeals for the circuit."). See generally *Litman v. Mass. Mutual Life Ins. Co.*, 825 F.2d 1506, 1508 (11th Cir. 1987) ("As early as 1789, Congress created district courts and circuit courts. Judiciary Act of 1789, ch. 20, 1 Stat. 73. In 1891, Congress passed the Evarts Act, Act of Mar. 3, 1891, 26 Stat. 826, which established the circuit court of appeals as a separate intermediate level court.") The Eleventh Circuit is one of thirteen geographically based judicial circuits within the United States Court of Appeals. 28 U.S.C. § 41.

65 62 F.3d 1304 (11th Cir. 1996), *order amending opinion*, 82 F.3d 989 (11th Cir. 1996).

66 *Id.* at 1310-11. (court does not specify legal form of the "investment vehicles").

67 *Id.* at 1310. In *Elliott*, the court does not address whether this conduct meets the definition of a broker or dealer under federal securities law.

summarily rejected a discrete fee requirement by holding that even though defendants had not received a separate fee, they did receive compensation (sales commissions and comingling client funds) for investment advice. It found support for its holding in SEC Release 1092, particularly the court's italicized sentence:

"This reading of § 80b-2(a)(11) is consistent with the SEC's definition of compensation for investment advice. The SEC Release [1092] states: This compensation element is satisfied by the receipt of any economic benefit, whether in the form of an advisory fee or some other fee relating to the total services rendered, commissions, or some combination of the foregoing. *It is not necessary that a person who provides investment advisory and other services to a client charge a separate fee for the investment advisory portion of the total services.*"⁶⁸

While *Elliot* makes clear that receipt of a discrete fee is not required to meet the compensation element, the importance of this decision lies not with this narrow holding but with its inclusion of the "economic benefit" language in its quotation of SEC Release 1092. Although *Elliot* does not explicitly identify or rely upon this language,⁶⁹ this reference has led to a series of cases within the Eleventh Circuit adopting the economic benefit approach. For example, in *U.S. v. Ogale*,⁷⁰ an unpublished opinion,⁷¹ the defendant, convicted of wire fraud, appealed the application of a sentencing guidelines enhancement based on his status as an investment adviser. The defendant argued that he was not acting as an investment adviser, in part, because he was not compensated for investment advice. He argued that the investor funds that he misappropriated for personal use were "ill-gotten gains,"⁷² not compensation. The court in *Ogale* relied on *Elliot*'s inclusion of the economic benefit language in SEC Release 1092 as its authority for holding that "the receipt of any economic benefit qualifies as compensation under the Investment Advisers Act [...]."⁷³

Application of the economic benefit approach was extended within the Eleventh Circuit in *Thomas v. Metropolitan Life Insurance Company*.⁷⁴ In *Thomas*, the court was called upon to decide what type of compensation met the "special compensation" requirement under § 202(a)(11)(C), the

68 *Elliot* at 3011 n.8 (emphasis in original).

69 This reference to economic benefit tends to support implicitly *Elliot*'s holding that a defendant's comingling of client funds to pay personal expenses satisfied the compensation element.

70 378 Fed. App'x 959 (11th Cir. 2010).

71 *Joyner v. Astrue*, 2011 WL 4530678 7 n.11 (M.D. Fla. 2011) ("Unpublished opinions of the Eleventh Circuit Court of Appeals are not considered binding authority; however, they may be cited as persuasive authority pursuant to the Eleventh Circuit Rules, 11th Cir. R. 36-2.').

72 See *Ogale* at 960-61. Generally, the term "ill-gotten gains" is used to describe funds obtained through a violation of federal securities laws and subject to disgorgement, an equitable remedy available in certain Commission enforcement actions. See, e.g., Sec. & Exch. Comm'n v. Platforms Wireless Inter. Corp., 617 F.3d 1072, 1096 (9th Cir. 2010) (citations omitted) ("A district court has broad equity powers to order disgorgement of ill-gotten gains obtained through the violation of securities laws. Disgorgement is designed to deprive a wrongdoer of unjust enrichment, and to deter others from violating securities laws by making violations unprofitable."); Sec. & Exch. Comm'n v. Cavanagh, 445 F.3d 105, 120 (2d Cir. 2006) (tracing development of disgorgement as an equitable remedy).

73 See *Ogale* at 960-61. ("The receipt of any economic benefit qualifies as compensation under the Investment Adviser's [sic] Act and thus the investment adviser enhancement. See *id.* [*Elliot*] at 1131 ('Th[e] compensation element is satisfied by the receipt of any economic benefit, whether in the form of an advisory fee or some other fee relating to the total services rendered, commissions, or some combination of the foregoing.') (quoting SEC Release notes for 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11) [...]'). *Ogale* appears to be relying on *Elliot*'s finding that one of the defendant's had comingled investor funds and used investor funds for personal expenses. As noted, *Elliot*, however, did not explicitly apply the economic benefit approach to these funds, or any other compensation issue in the case. See also *U.S. v. Ellia*, 2014 WL 4289389 (Cir. 11) (quoting *Ogale* quoting *Elliot* in holding that personal use of investor funds meets the compensation element); Sec. & Exch. Comm'n v. Young, 2011 WL 1376045 7 (E.D. Pa. 2011) (noting *Ogale* held that "ill-gotten gains qualify as compensation under the Advisers Act").

74 631 F.3d 1153 (10th Cir. 2011).

broker-dealer exception to the definition of an investment adviser.⁷⁵ Initially the court reviewed *Elliott's* any economic benefit language of SEC Release 1092 to note that the compensation element has been "defined broadly."⁷⁶ *Thomas* went on to view the compensation component of the "special compensation" branch under the broker-dealer exception as a "subset of the economic benefit received from a transaction involving investment advice."⁷⁷ With *Thomas*, the economic benefit approach gained further acceptance as the Eleventh Circuit's primary approach for interpreting not only the compensation element in the definition of an investment adviser but the special compensation component of the broker-dealer exception to this definition. In contrast, no other circuits have explicitly considered the economic benefit approach when interpreting any provision under § 202(a)(11).

2. Advisers Act Support for Developing the Economic Benefit Approach

Under the Advisers Act, Form ADV requires an investment adviser to disclose its receipt of an "economic benefit" from a source other than the client in connection with giving investment advice. This disclosure requirement seeks to reveal whether an adviser has a conflict of interest created by the adviser receiving an economic benefit from another party for recommending an investment to a client.⁷⁸ An adviser's failure to meet this requirement may violate § 207, Material Misstatements,⁷⁹ which prohibits an adviser from making an untrue statement of material fact or omitting a required material fact in certain Commission filings, including Form ADV.

Judicial analysis of this economic benefit language in deciding whether a violation of § 207 is established may prove helpful in developing the economic benefit approach for interpreting compensation under § 202(a)(11). In *Vernazza v. SEC*,⁸⁰ an enforcement action, the court held that an investment adviser violated § 207 by failing to disclose on its Form ADV,⁸¹ among other places, the existence of two intertwined financial incentives offered by another investment adviser sponsoring investment funds. Under the first incentive, the adviser's clients had to invest at least a total of \$ 1 million in certain investment funds in order for the adviser to be eligible to receive a success fee.⁸² The second incentive was the actual success fee based on a percentage of client funds invested in the investment funds.⁸³

In *Vernazza*, both forms of incentive were viewed by the court as requiring disclosure under the economic benefit language of Form ADV. This is important because the first incentive-meeting the

75 The broker-dealer exception to the definition of an investment adviser reads as follows: "any broker or dealer whose performance of such services is solely incidental to the conduct of his business as a broker or dealer and who receives no special compensation thereof." Section 202(a)(11)(C), 15 U.S.C. § 2(a)(11)(C).

76 See *Thomas* 631 F.3d at 1160 (quoting *Elliott*, 62 F.3d at 1311 n.8 (citation omitted)).

77 *Id.* at 1165.

78 Rule 203-1, Application for Investment Adviser Registration, 17 C.F.R. § 275.3-1. See, e.g., Amendments to Form ADV, Investment Advisers Release No. 3060 (July 28, 2010), 75 FR 49234 (Aug. 12, 2010).

79 See § 207, Material Misrepresentations, 15 U.S.C. § 80b-7, which reads as follows: "It shall be unlawful for any person willfully to make any untrue statement of a material fact in any registration application or report filed with the Commission under Section 203 or 204, or willfully to omit to state in any such application or report any material fact which is required to be stated therein."

80 *Vernazza v. Sec. & Exch. Comm'n*, 327 F.3d 851, 861 (9th Cir. 2003).

81 *Id.* at 856 (Form ADV, Part II, Question 13(A) requests information concerning "whether the investment adviser, or a related person, 'receives some economic benefit [...] from a non-client in connection with giving advice to the client.'").

82 *Id.* at 859.

83 *Id.* at 859.

\$ 1 million investment threshold to be eligible for the success fee—is a contingent financial incentive, an investment threshold incentive not designed to deliver a payment but only to qualify the adviser for a potential payment (the success fee). *Vernazza's* holding that a contingent financial incentive is an economic benefit provides support for viewing an investment adviser's unrealized investment performance fee⁸⁴ as an economic benefit that would satisfy the compensation element.

Similarly, the case of *SEC v. Tandem Management, Inc.* supports this economic benefit approach.⁸⁵ In this enforcement action, the court held that an investment adviser violated, among other provisions, § 207 by failing to disclose on its Form ADV certain “soft dollar” arrangements. Under § 28(e)⁸⁶ of the Exchange Act, soft dollar arrangements between investment advisers and broker-dealers permit the adviser to place securities trades on behalf of investment adviser clients with the broker-dealer at a commission rate higher than the lowest rate available, if the broker-dealer is providing the adviser with certain investment research or other permissible “soft dollar” benefits.⁸⁷ As is typical with most brokerage arrangements, the investment adviser client, not the investment adviser, pays for the brokerage commission on trades placed on the client's own behalf. Here, the court found that the adviser engaged in several undisclosed fraudulent schemes to profit from abusing its soft dollar arrangements. These included permitting a broker-dealer to charge investment adviser clients excessively high brokerage commissions in return for investment research and then requiring the broker-dealer to kick back half of the excessive brokerage commission to the adviser.

Tandem Management's holding that undisclosed kickbacks of client commission brokerage payments constitute an economic benefit supports *Ogale's* holding that misappropriated client funds are an economic benefit that meets the compensation element. The client of *Tandem Management* paid an excessively higher brokerage commission, more than the amount permitted under a disclosed soft dollar arrangement. The amount of the commission paid in excess of the disclosed soft dollar ar-

84 Under certain terms and conditions, *see, e.g.*, § 205, Investment Advisory Contracts, 15 U.S.C. § 80b-5, and Rule 205-3, Exemption from the Compensation Prohibition of Section 205(a)(1) for Investment Advisers, 17 C.F.R. § 275.5-3, an investment adviser may charge a client an investment performance fee, which, essentially, is based on amount of gains, if any, resulting from the adviser's investment advice. If the investment advice achieves adequate investment gains to trigger payment by the client of the investment performance fee, the investment performance fee is “realized.” If the investment adviser fails to achieve adequate gains to trigger the payment by the client of the investment performance fee, it is “unrealized.” When an investment performance fee is “unrealized” the client does not pay the adviser an investment performance fee. It remains “unrealized” until the investment advice creates an adequate gain. Courts have not resolved whether an unrealized investment performance fee satisfies the compensation element. *See Fife v. SEC*, 311 F.3d. 1, 11 (1st Cir. 2002) (a Commission enforcement action where the court held, without explanation, that the compensation element was met, in part by finding that the adviser “understood” he would be compensated by receiving a percentage of investment profits “if successful, pursuant to a formula to be agreed upon at a later time.”) (*italics in original*); but *see U.S. v. Regensberg*, 635 F. Supp. 2d 306 (S.D.N.Y. 2009), *aff'd* 381 F. App'x 60 (2d Cir. 2010) (a criminal appeal, the district court held, without explanation, that a contractual right to receive a contingent performance fee without actually meeting the conditions to receive the fee, did not constitute compensation under § 202(a)(1)).

85 2001 WL 1488218 (S.D.N.Y. 2001).

86 Effect on Existing Law, 15 U.S.C. § 78bb(e).

87 *See, e.g.*, Amendments to Form ADV, Investment Advisers Act Release No. 3060 (July 28, 2010) n.126, 75 FR 49234 (Aug. 12, 2010) (adopting rule release) (“Under Section 28(e) [of the Exchange Act], a person who exercises investment discretion over a client account has not acted unlawfully or breached a fiduciary duty *solely* by causing the account to pay more than the lowest commission rate available, so long as that person determines in good faith that the commission amount is reasonable in relation to the value of the brokerage and research services provided. [...] Section 28(e) [...] provides a limited ‘safe harbor’ for [investment] advisers with discretionary authority in connection with their receipt of soft dollar benefits. [...] Advisers must disclose their receipt of soft dollar benefits to clients, regardless of whether the benefits fall inside or outside of the safe harbor.”); *see also* Interpretive Release Concerning the Scope of Section 28(e) of the Securities Exchange Act of 1934 and Related Matters, Exchange Act Release No. 23170 (Apr. 23, 1986), 51 FR 16004 (Apr. 30, 1986).

rangement was arguably “misappropriated” from the client by the broker, who kicked back a portion of these “misappropriated” client funds to the investment adviser. These client funds paid to the investment adviser constituted an economic benefit that should have been disclosed. This analysis lends support to *Ogale’s* broader view that “misappropriated” client funds are an economic benefit that satisfies the compensation element.⁸⁸

In addition to § 207, other provisions of United States federal securities laws implicate an economic benefit approach to determine whether a compensation requirement is met. For example, an economic benefit approach was used to determine whether an employee of a securities issuer was compensated for participating in an unregistered, public securities offering in violation of § 5 of the Securities Act.⁸⁹ Also, in interpreting § 15(a) of the Investment Company Act of 1940,⁹⁰ the companion legislation to the Advisers Act, at least one court has applied an economic benefit approach to determine whether inappropriate compensation was paid to an investment adviser under contract with an investment company.⁹¹ The economic benefit concept is also used to determine whether a security has been created.⁹² In further developing the compensation element of § 202(a)(11), courts may find useful these examples of the application of an economic benefit approach in United States federal securities laws.

3. Another Way to Approach Compensation: Contract Analysis

Taking a step back from the economic benefit approach, the language and structure of the Advisers Act also supports viewing compensation within a contractual framework. Like other professional services providers, an adviser typically enters into a contract that establishes what services are to be provided and the compensation to be paid for those services. Consistent with this practice, the Advisers Act contemplates that a contract between the investment adviser and client will be formed.⁹³ Indeed, the Advisers Act specifically regulates the content of an advisory contract,⁹⁴

88 Both *Vernazza* and *Tandem Management* are enforcement actions alleging violations of § 207, 15 U.S.C. § 80b-7, based on the economic benefit disclosure requirements of Form ADV. One of the purposes of Form ADV’s economic benefit language, however, is to compel disclosure of investment adviser conflicts of interest, a goal arguably requiring a broader view of economic benefit than traditional notions of compensation in professional service relationships. See generally *Sec. & Exch. Comm’n v. Capital Gains Research Bureau*, 375 U.S. 180, 190 (1963) (discussing actual and potential conflicts of interest arising from investment adviser’s undisclosed “economic self-interest”).

89 *Prohibitions Relating to Interstate Commerce and the Mails*, 15 U.S.C. § 77e (2012). See, e.g., *Sec. & Exch. Comm’n v. Phan*, 500 F.3d 895 (9th Cir. 2007) (receipt of an economic benefit by issuer employees for sale or distribution of securities relevant in determining whether a violation of Securities Act § 5 occurred); see also *Sec. & Exch. Comm’n v. Solomon Inc.*, 1995 WL 412429 (S.D.N.Y. 1995) (economic benefit of ownership of securities in prearranged, sham transactions), *vacated on other grounds by* 78 F.3d 802 (2d Cir. 1996); Securities Act § 17(b), *Fraudulent Interstate Transactions*, 15 U.S.C. § 77q, (undisclosed compensation paid to stock touter of securities is element of violation of Securities Act § 17(b)).

90 Investment Company Act § 15(a), *Contracts of Advisers and Underwriters*, 15 U.S.C. § 80a-15(a).

91 *Steadman v. Sec. & Exch. Comm’n*, 603 F.2d 1126 (5th Cir. 1979) (applying economic benefit approach in holding that interest fee loan to adviser qualified as compensation under Investment Company Act § 15(a)(1)).

92 See, e.g., *Sec. & Exch. Comm’n v. Kirkland*, 521 F. Supp. 2d 1281 (M.D. Fla. 2007) (economic benefit relevant in determining if an investment contract meets the definition of a security).

93 See, e.g., § 201(1), *Findings*, 15 U.S.C. § 80b-1(1) (“[I]nvestment advisers are of national concern, [...] their [...] contacts [...] with clients are negotiated and performed, by the use of the mails and means and instrumentalities of interstate commerce [...]”); § 205(d), 15 U.S.C. § 80b-5(d) (defines for certain purpose an investment advisory contract as “any contract or agreement whereby a person agrees to act as investment adviser to or to manage any investment or trading account of another person other than an investment company registered under title I of this Act [Advisers Act]”).

94 See, e.g., § 205(a)(3), 15 U.S.C. § 80b-5(a)(3) (requires that an investment advisory contract includes a provision requiring an investment adviser organized as a partnership to notify the client of any change in membership of the partnership).

conditions for assigning the advisory contract,⁹⁵ and limitations on contractual waiver of certain rights under the Advisers Act.⁹⁶ Section 205 authorizes and regulates the circumstances under which an investment advisory contract may permit an adviser to receive a performance-based fee.⁹⁷ In addition, certain Commission rules promulgated under § 203 rely on the date the advisory contract is executed⁹⁸ as the trigger for requiring delivery of Form ADV (or its equivalent) to a client. Written advisory contracts must be maintained as a record available for Commission examination.⁹⁹ Under § 215, a private client action against an investment adviser requires that a contract be formed between the client and the investment adviser¹⁰⁰ and limits standing to initiate an action to the parties to the contract.¹⁰¹ Based in part on these provisions, the contract analysis approach is consistent with canons of statutory construction requiring that every provision of a statute be given effect¹⁰² and, at least initially, both language itself along with the specific context used and broader context of the statute as a whole¹⁰³ be considered.

A contract analysis approach would build on this statutorily created contract framework. The essential inquiry would focus on whether an advisory contract was formed between the adviser and the client. Consistent with the Supreme Court's decision in *Transamerica Mortgage Advisors, Inc. v. Lewis*,¹⁰⁴ this inquiry will be guided by the application of state law concepts of contract

95 See § 205(a)(2), 15 U.S.C. § 80b-5(a)(2) (prohibits assignment of an investment advisory contract without the consent of the other party to the contract); see also § 202(a)(1), Assignment, 15 U.S.C. § 80b-2(a)(1); Rule 202(a)(1)-1, Certain Transactions Not Deemed Assignments, 17 C.F.R. § 275.2(a)(1)-1.

96 See § 215, Validity of Contracts, 15 U.S.C. § 80b-15 (limits waiver of provisions of the Advisers Act in investment advisory contracts).

97 15 U.S.C. § 80b-5.

98 Rule 204-3(b), Delivery of Brochures and Brochure Supplements, 17 C.F.R. § 275.3(b) (requires an investment adviser provide Form ADV to a client at least forty eight hours before entering into an investment advisory contract or, if not provided forty eight hours before entering into a contract, the client is permitted, without charge, to terminate the contract within five days of entering into the contract).

99 Rule 204-2(a)(10), Books and Records to Be Maintained by Investment Advisers, 17 C.F.R. § 275.4-2(a)(10) (requiring written agreements between an investment adviser and a client be maintained).

100 See, e.g., *Transamerica Mortg. Advisors, Inc. v. Lewis*, 444 U.S. 11, 17 (1979).

101 See *id.* § 214, Jurisdiction of Offenses and Suits, 15 U.S.C. § 80b-14; § 215, Validity of Contracts, 15 U.S.C. § 80b-15; see also *Clark v. Nevis Capital Mgmt., LLC*, 2005 WL 488641 1, 2-3 (S.D.N.Y. 2005) ("Only parties to an investment advisory contract may sue for rescission under section 215. See *Zurich Capital Markets, Inc. v. Coglianese*, 332 F. Supp. 2d 1087, 1114 (N.D. Ill. 2004) ('In order to sue under the Act and seek rescission of the contract, [a plaintiff investor] must be a party to the contract.') (citing *Shahidi v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, No. 2:02CV483FTM29SC, 2003 WL 21488228, at 3 (M.D. Fla. Apr. 28, 2003) (concluding that the plaintiff 'shareholders have no standing to individually sue either defendant in this case to void the contracts'); *Soderberg v. Gens*, 652 F. Supp. 560, 564 (N.D. Ill. 1987) (observing that the courts limit claims to 'persons actually in an advise/client relationship'); *Neely v. Bar Harbor Bankshares*, 240 F. Supp. 2d 44, 49 (D. Me. 2003) (observing that 'there is no right of action under the Act unless there is first an investment adviser contract between the parties') (citing *Paul S. Mullin & Assoc., Inc. v. Bassett*, 632 F. Supp. 532, 537 (D. Del. 1986) (stating that 'only the parties to [an investment adviser] contract can avail themselves of the remedy of rescission'); *Washington*, 656 F. Supp. at 1178 (holding that only parties to an investment adviser contract are proper parties in a claim brought under section 215).").

102 *Corley v. U.S.*, 556 U.S. 303, 314 (2009) (quotations omitted) (Under this "most basic [of] interpretative canons [...] [a] statute should be construed so that effect is given to all of its provisions, so that no part will be inoperative or superfluous, void or insignificant [...]"). But see *Marx v. Gen. Revenue Corp.*, 133 S.Ct. 1166 (2013) (discussing limitations on application of canon against surplusage).

103 *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 341 (1997) (citation omitted) (In determining whether statutory language has a plain and unambiguous meaning, courts should refer "to the language itself, the specific context in which the language is used, and the broader context of the statute as a whole").

104 444 U.S. 11 (1979).

law¹⁰⁵ to the extent consistent with the Advisers Act.¹⁰⁶ Depending on the applicable state's contract law, a wide array of contract theories may be available, including: third-party beneficiary status,¹⁰⁷ quasi-contract, unilateral contract, estoppel, equitable contract and the like.¹⁰⁸ These forms of contract provide an ample legal basis for developing this approach. Assuming that a contract is formed, the inquiry would then shift to determining whether a legally recognized form of compensation was exchanged consistent with the applicable contract theory.

C. What Constitutes Investment Advice?

Under § 202(a)(11) investment advice is described as “advising others [...] directly [...] as to the value of securities or as to the advisability of investing in, purchasing, or selling securities [...].”¹⁰⁹ Courts have discussed three types of investment advice without explicitly labeling them. For purposes of this article, these three types of advice are identified as traditional personal advice; allocation, selection and monitoring personal advice; and impersonal advice. As appropriate, some observations are offered with this analysis.

1. Traditional Personal Advice

Some courts have viewed investment advice as reflecting the personal nature of the relationship between an investment adviser and its client. Under this traditional notion of an investment adviser's role, the adviser questions the client about, among other things, its investment goals, risk tolerance, financial needs, and time horizon. Next, consistent with this personal information, the adviser tailors an investment strategy and executes it. This personal advice may be offered as either advisory, where an investment adviser recommends the purchase or sale of securities to a

105 See, e.g., *id.* at 19 (the court concluded that “[w]hen Congress declared in § 215 that certain contracts are void, it intended that the customary legal incidents of voidness would follow, including the availability of a suit or rescission or for an injunction against continued operation of the contract, and for restitution.”); *id.* at 25 n.14 (“Where rescission is awarded, the rescinding party may of course have restitution of the consideration given under the contract, less any value conferred by the other party. See 5 A. Corbin, Contracts § 1114 (1964).”); *Wisniewski v. Rodale*, 510 F.3d 294, 305 n.32 (3d Cir. 2007) (applying *Restatement (Second) of Contracts* § 7 when interpreting meaning of “void” under § 215, 15 U.S.C. § 80b-15); *Omega Overseas Partners, Ltd. v. Griffith*, 2014 WL 3907082 1, 3 (S.D.N.Y. 20014) (“[...] § 215(b)’s text strongly echoes the description of illegal contracts found in the *Restatement of Contracts*, which was published only a few years before the IAA’s enactment.”); *Conrardy v. Ribadeneira*, 1990 WL 66603 1, 4 (D. Kan. 1990). See generally *Sekhar v. U.S.*, 133 S.Ct. 2720, 2724 (2013) (citation omitted) (“[W]here Congress borrows terms of art in which are accumulated the legal tradition and meaning of centuries of practice, it presumably knows and adopts the cluster of ideas that were attached to each borrowed word in the body of learning from which it was taken and the meaning its use will convey to the judicial mind unless otherwise instructed.”); *Carter v. U.S.*, 530 U.S. 255, 266 (2000) (“[W]e have not hesitated to turn to the common law for guidance when the relevant statutory text does contain a term with an established meaning at common law.”); *U.S. v. Shabani*, 513 U.S. 10, 13 (1994) (“[A]bsent contrary indications, Congress intends to adopt the common law definition of statutory terms.”); *Miller v. Bridgeport Board of Education*, 2013 WL 3936925 1, 8 (D. Conn. 2013) (citations omitted) (“The term ‘contract’ pursuant to [42 U.S.C.] § 1981 adopts its ordinary common law meaning.”).

106 See § 203A, State and Federal Responsibilities, 15 U.S.C. § 80b-3A (addressing division of state and federal responsibilities for overseeing investment advisers); § 222, State Regulation of Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-22 (addressing, *inter alia*, state responsibilities for regulating investment advisers).

107 See generally *Bayerische Landesbank v. Aladdin Capital Mgmt., LLC*, 692 F.3d 42 (2d Cir. 2012).

108 To the extent consistent with the Advisers Act, application of state law concepts of contract may be supported by other provisions of federal securities laws addressing certain types of compensation contracts and other compensation arrangements. See, e.g., Investment Company Act § 36, Breach of Fiduciary Duty, 15 U.S.C. 80a-36, Exchange Act § 10C, Compensation Committees, 15 U.S.C. § 78j-3; Exchange Act § 14A, Shareholder Approval of Executive Compensation, 15 U.S.C. § 78n-1; Regulation S-K, Item 402, Executive Compensation, 17 C.F.R. § 229.402; Sarbanes-Oxley Act of 2002, § 304, Forfeiture of Certain Bonuses and Profits, Pub.L.107-204, 116 Stat. 745, codified at 15 U.S.C. § 7243.

109 § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11).

client and the client makes the ultimate decision; or discretionary, where the client authorizes an investment adviser to make investment decisions to purchase and sell securities on behalf of the client without the client first approving of each investment decision.¹¹⁰

Aspects of this personal one-on-one relationship were relied on by the Supreme Court in *SEC v. Capital Gains Research Bureau, Inc.*,¹¹¹ which held that § 206(2) imposed on an investment adviser a fiduciary duty to its client.¹¹² Moreover, the Advisers Act recognizes that some investment advisers offer personal advice, while others do not.¹¹³ Investment advisory business models based on offering personal advice, either on an advisory or discretionary basis, include individual client account management, financial planning services, certain sports and entertainment agent services, and certain internet advisory services.¹¹⁴

2. Allocation, Selection and Monitoring Personal Advice

Although § 202(a)(11) speaks primarily in terms of advising others on purchasing and selling securities, in *SEC v. Washington Investment Network*,¹¹⁵ (“WIN”), an enforcement action, the court recognized as investment advice three different forms of personal advice, which, in varying degrees, are removed from the traditional process of selecting securities on behalf of clients. The first form of advice focuses on how to allocate client funds among different types of securities investments, essentially recommending what asset classes to invest in (equities, debt, and the like).¹¹⁶ The second form of advice is to assist the client in selecting another investment adviser to invest client funds consistent with the asset allocation advice. Lastly, the third type of advice provided by the adviser is the monitoring of the execution of the asset allocation plan by the selected investment adviser. In *WIN*, this monitoring advice included periodically reviewing the investment

110 *Lowe v. Sec. & Exch. Comm’n*, 472 U.S. 181, 191–92 n. 31 (1985) (*inter alia*, describing advisory and discretionary forms of personal investment advice).

111 375 U.S. 180, 184 (1963).

112 *See id.* at 187 n.5, 191 (Court relied in part on the legislative history of the Advisers Act that described the “personalized counseling,” and “personalized character” of providing investment advice on a “personal basis,” as well as describing the relationship between an adviser and client as one of “trust and confidence.”); *see also* *Lowe*, 472 U.S. 181, 192, n.31 (1985) (*inter alia*, discussing legislative history of the Advisers Act that addresses personal investment advice, as opposed to impersonal investment advice, in holding that the “bona fide” publication exemption under § 202(a)(11)(D) for Publishing advisers was appropriate when applied to purely impersonal investment advice).

113 *See* § 202(a)(13), 15 U.S.C. § 2(a)(13), (“Investment supervisory services” means the giving of continuous advice as to the investment of funds on the basis of the individual needs of each client.”); § 208(c), General Prohibitions, 15 U.S.C. § 8(c) (prohibiting use of “investment counsel” as description of investment adviser business unless: “a substantial part of his or its business consists of rendering investment supervisory services.”); *see, e.g.*, § 203(c)(1)(H), Procedures for Registration; Filing of Applications; Effective Date of Registration; Amendment of Registration, 15 U.S.C. § 80b-3(c)(1)(H) (“[A] statement as to whether a substantial part of the business of such investment adviser, consists or is to consist of rendering investment supervisory services.”).

114 Rule 203A-2(e), Exemption from Prohibition on SEC Registration, 17 C.F.R. § 275.3A-2(e) (defines internet investment adviser as “an investment adviser that provides investment advice to its clients exclusively through an interactive website. [...] interactive website means a website in which computer software-based models or applications provide investment advice to clients based on personal information each client supplies through the website.”); *see also* *Sec. & Exch. Comm’n v. Terry’s Tips, Inc.*, 409 F. Supp. 2d 526 (D. Ver. 2006) (investment adviser advising client *via* telephone and e-mail meets definition of investment adviser); *Sec. & Exch. Comm’n v. Park*, 99 F. Supp. 2d 889 (N.D. Ill. 2000) (internet adviser meets definition of investment adviser under § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)); Exemption for Certain Investment Advisers Operating Through the Internet, Investment Advisers Act Release No. 2091 (Dec. 12, 2002), 67 FR 77620-01 (Dec. 18, 2002).

115 475 F.3d. 392 (D.C. Cir. 2007).

116 *Id.* at 400 (“[B]ecause [WIN] also advised clients in regard to ‘asset allocation,’ we think WIN’s activities easily fall within the Act’s definition of investment adviser.”).

returns or losses under each investment class and rebalancing the client's portfolio consistent with the client's personal investment strategy.¹¹⁷

The *WIN* court relied primarily on a factual analysis of each form of advice, including a discussion of the investment adviser's own description of the advice offered, in finding that those forms of advice satisfied the investment advice requirement. The court did not resort to an analysis of the Advisers Act or judicial interpretations of it. The first form of advice (asset allocation advice) is supported, however, by the language and structure of the Advisers Act. Section 202(a)(11) can be viewed as including two types of advice: 1) "[T]he advisability of [...] purchasing, or selling securities [...]" and 2) "advisability of investing in [...] securities [...]" Here, Congress chose to include the word "investing" in addition to the purchasing or selling securities. Invest is defined as "to commit (money) in order to earn a financial return."¹¹⁸ In comparison to the specific acts of purchasing and selling, invest is a more general term that focuses on the initial decision to commit money, which could lead to purchasing and selling securities or some other means of earning a financial return. Arguably, asset allocation advice is a form of investing advice that is, in the context of the Advisers Act,¹¹⁹ a precursor to purchasing and selling securities. Similarly, to the extent that the third form of advice (monitoring advice) represents an ongoing obligation to reallocate client investment funds among assets classes, it is arguably a continuous form of "investing," as interpreted under allocation advice.

The most developed analysis offered by the *WIN* court focused on the third form of advice, referred to here as manager selection advice: "WIN's business of selecting particular investment managers in lieu of others had the effect of channeling client funds to particular security investments."¹²⁰ Here, the *WIN* court's reliance on the "effect of channeling" client funds to securities investments is supported by the statutory interpretation of the word "investing" as discussed above. In *WIN*, the court took a significant step in recognizing asset allocation, monitoring and manager selection advice as investment advice, a view long held by the Commission.¹²¹

3. Impersonal Advice

Abrahamson v. Fleschner,¹²² is the seminal case in establishing impersonal advice as satisfying § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11).¹²³ In *Abrahamson*, an investment partnership was formed to

117 *Id.* at 399–400. *But see* *Pozex v. Ethanol Capital Mgmt., LLC*, 2009 WL 2176574 (D. Ariz. 2009) (rejecting insufficient monitoring activities as providing investment advice under Report Adviser definition of an investment adviser).

118 WEBSTER'S NINTH NEW COLLEGIATE DICTIONARY 636 (9th ed. 1985).

119 Under § 205(d), Investment Advisory Contracts, 15 U.S.C. § 80b-5(d), the definition of an investment advisory contract includes "to manage any investment [...] of another person [...]" In turn, BLACK'S LAW DICTIONARY 865 (5th ed. 1979) defines "manage," as among other things: "To control and direct, to administer, to take charge of." The use of the word "manage" under § 205(d), 15 U.S.C. § 80b-5(d), supports interpreting "the advisability of investing" language of § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11), as including asset allocation advice.

120 475 F.3d. at 400.

121 Rule 203A-2(a), Pension Consultants, 17 C.F.R. § 275.3A-2(a) (defining investment advice provided by an investment adviser acting as a pension consultant as "including any advice with respect to the selection of an investment adviser to manage such [employee benefit plan] assets."); *see* SEC. & EXCH. COMM'N, STAFF REPORT CONCERNING EXAMINATION OF SELECTED PENSION CONSULTANTS, THE OFFICE OF COMPLIANCE INSPECTIONS AND EXAMINATIONS (May 16, 2005); *see also* Rule 204-3(h)(5), Delivery of Brochures and Brochure Supplements, 17 C.F.R. § 275.4-3(h)(5) ("Wrap Fee program means an advisory program under which a specified fee or fees not based directly upon transactions in a client's account is charged for investment advisory services (which may include portfolio management or advice concerning the selection of other investment advisers) and the execution of client transactions."); SEC Release 1092.

122 568 F.2d 862 (2d Cir. 1977), *cert. denied*, 436 U.S. 905, *cert. denied*, 436 U.S. 913 (1978).

123 *Abrahamson*, 568 F.2d at 870–71 (analysis of investment advice is couched in terms of the "engaged in the business" element of § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)).

raise capital by selling limited partnership interests in the partnership to investors. The capital held by the partnership was invested by the general partners in securities, consistent with a conservative investment policy. The general partners were authorized to decide what securities to purchase, hold and sell, while the limited partners did not participate in investing in securities. The general partners were compensated primarily¹²⁴ by receiving a percentage of the profits and net capital gains earned by the investment partnership.

In *Abrahamson*, the court held that the general partners provided investment advice because they were charged with “exercising control over what purchases and sales are made with their clients’ funds.”¹²⁵ In support of its interpretation, the court relied on the plain language of § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11),¹²⁶ the statutory structure of the Advisers Act,¹²⁷ and the legislative intent¹²⁸ and “broad remedial purposes of the Act.”¹²⁹

Supported by this analysis, *Abrahamson* has proven to be noteworthy because it held that an adviser providing impersonal advice to an investment partnership under discretionary authority satisfies the investment advice element.¹³⁰ Under this form of impersonal investment advice, the advice need not be tailored to an individual investor’s needs (like personal advice), but is provided directly to the investment partnership, which typically explains its investment strategy to potential investors and leaves it to them to decide whether investing in the partnership is appropriate.¹³¹ It stands in contrast to the traditional personal advice approach with an adviser providing

124 See *id.* at 870 (“In addition, the partnership agreement of October 1, 1968, provided for an annual salary of \$ 25,000 for each general partner who managed the partnership’s investments.”).

125 See *id.* at 871 (in addition to finding managing investment partnership securities to be investment advice, court noted that adviser provided limited partner investors with a monthly report stating the percentage increase or decrease in value of the investment partnership holding and compared this performance with Standard and Poor 500 stock average, consistent with Report Adviser language of § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11); see also, Sec. & Exch. Comm’n v. Saltzman, 127 F. Supp. 2d 660, 669–70 (E.D. Pa. 2000) (applying *Abrahamson* in holding that adviser sending limited partnership investors a copy of investment fund financial statements constituted a report under § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)).

126 *Abrahamson*, 568 F.2d at 871.

127 *Id.* (The court looked to § 203, 15 U.S.C. § 80b-3, requiring disclosure of an adviser’s authority over client funds, and § 205, 15 U.S.C. § 80b-5, setting standards for advisory contracts governing an adviser managing “investments or trading accounts.”).

128 *Id.* at 870–71 (The court in *Abrahamson* reviewed numerous congressional committee reports, for example, Report of the Senate Committee on Banking and Currency, reflecting that the Advisers Act was intended to cover persons investing client funds, including “pools of liquid funds of the public.”).

129 *Id.* at 870. Since the *Abrahamson* decision was issued in 1968, the traditional canon of statutory interpretation that remedial statutes should be construed liberally has been criticized. See *Estate of Heiser v. Islamic Republic of Iran*, 885 F. Supp. 2d 429, 440 (D.D.C. 2012) (citing Antonin Scalia, *Assorted Cannards of Contemporary Legal Analysis*, 40 CASE W. RES. L. REV. 581, 581–82 (1990)) (In discussing remedial statute canon: “Justice Scalia describes this canon as ‘surely among the prime examples of lego-babble.’”).

130 See, e.g., *U.S. v. Elliott*, 62 F.3d 1304, 1310 (11th Cir. 1996) (applying *Abrahamson* to definition of investment adviser); *Wang v. Gordon*, 715 F.2d 1187 (7th Cir. 1983) (applying *Abrahamson* to definition of investment adviser); Sec. & Exch. Comm’n v. Montana, 2005 WL 645143 1, 2 (S.D. Ind. 2005) (applying *Abrahamson* to definition of investment adviser); *Saltzman*, 127 F. Supp. 2d at 669–70 (E.D. Pa. 2000) (applying *Abrahamson* to definition of investment adviser); Sec. & Exch. Comm’n v. Smith, 1995 U.S. Dist. LEXIS 22352 (Jan. 6, 1995) (applying *Abrahamson* to definition of investment adviser).

131 See Sec. & Exch. Comm’n v. Goldstein, 451 F.3d 873, 881 (D.C. Cir. 2006) (“As recently as 1997, it [SEC] explained that a ‘client of an investment adviser typically is provided with individualized advice that is based on the client’s financial situation and investment objectives. In contrast, the investment adviser of an investment company need not consider the individual needs of the company’s shareholders when making investment decisions, and thus has no obligation to ensure that each security purchased for the company’s portfolio is an appropriate investment for each shareholder.’ Status of Investment Advisory Programs Under the Investment Company Act of 1940, 62 Fed.Reg. 15,098, 15,102 (Mar. 31, 1997).”); Sec. & Exch. Comm’n v. Mannion, 2013 WL 5999657 1, 3 (N.D. Ga. 2013) (“In *Goldstein*, the court explained that, generally, a hedge fund manager’s client is the hedge fund itself, and not the investors in the fund.”). Commission rules promulgated under the Advisers Act reflect this con-

one-on-one personal advice with its client. *Abrahamson* provides legal analysis to support application of § 202(a)(11) to a wide range of advisers offering impersonal advice as sub-advisers,¹³² advisers participating in wrap fee programs,¹³³ and advisers to certain private investment funds¹³⁴ and collateralized debt obligations.¹³⁵

D. The Relationship between Investment Advice and Compensation: The Intertwined Purposes Issue

The structure of § 202(a)(11) requires that an investment adviser be compensated for investment advice. In *Elliott* the court held that discrete fee for investment advice need not be paid in order to meet the compensation element. The ambiguity created by permitting payment for unspecified services, however, has forced courts to unravel the intertwined purposes issue: whether compensation is paid for investment advice, as opposed to some other type of advice or service that is intertwined with investment advice. In addressing this intertwined purposes issue under § 202(a)(11), two different approaches have emerged: the “Purpose of the Partnership” and the “Primary v. Incidental” approaches.

cept of impersonal advice. *See, e.g.*, Rule 203A-3(a)(3)(ii), Definitions, 17 C.F.R. § 275.3A-3(a)(3)(ii) (“‘Impersonal investment advice’ means investment advisory services provided by means of written material or oral statements that do not purport to meet the objectives or needs of specific individuals or accounts.”); Rule 204-3(h)(1), Delivery of Brochures and Brochure Supplement, 17 C.F.R. § 275.4-3(h)(1) (“Impersonal investment advice means investment advisory services that do not purport to meet the objectives or needs of specific individuals or accounts.”); Rule 206(4)-3(d)(3), Cash Payments for Client Solicitations, 17 C.F.R. § 275.6(4)-3(d)(3) (“Impersonal advisory services means investment advisory services provided solely by means of (i) written materials or oral statements which do not purport to meet the objectives or needs of the specific client [...]”).

¹³² *See* Sec. & Exch. Comm’n v. Treadway, 430 F. Supp. 2d 293 (S.D.N.Y. 2006) (investment adviser as sub-adviser); *see also* Sec. & Exch. Comm’n Press Release, SEC, PIMCO equity Mutual Funds’ Adviser, Sub-Adviser, and Distributor Agree to Pay \$ 50 Million to Settle Fraud Charges for Undisclosed Market Timing, No. 2004-127 (Sept. 13, 2004).

¹³³ Rule 204-3(h)(5), Delivery of Brochures and Brochure Supplements, 17 C.F.R. § 275.4-3(h)(5), (“Wrap fee program means an advisory program under which a specified fee or fees not based directly upon transactions in a client’s account is charged for investment advisory services (which may include portfolio management or advice concerning the selection of other investment advisers) and the execution of client transactions.”); *Sec. & Exch. Comm’n v. Washington Investment Network*, 475 F.3d 392 (D.C. Cir. 2007) (discussing wrap fee program structure); *Geman v. Sec. & Exch. Comm’n*, 334 F.3d 1183, 1185-86 (10th Cir. 2003) (“Under the wrap fee program, the firm’s customers paid an ‘all-inclusive’ fee calculated as a percentage of the customer’s assets under management. In return, the firm provided brokerage, advisory, and custodial services.”); *see also* Disclosure by Investment Advisers Regarding Wrap Fee Programs, Investment Advisers Act Release No. 1411 (Apr. 19, 1994), 59 FR 21657 (Apr. 26, 1994) (adopting rule release).

¹³⁴ *See generally* Reporting by Investment Advisers to Private Funds and Certain Commodity Pool Operators and Commodity Trading Advisors on Form PF, Investment Advisers Act Release No. 3308 (Oct. 31, 2011), 76 FR 71128 (Nov. 16, 2011); Exemptions for Advisers to Venture Capital Funds, Private Fund Advisers With Less Than \$ 150 Million in Assets Under Management, and Foreign Private Advisers, Investment Advisers Act Release No. 3222 (June 22, 2011), 76 FR 39646 (July 6, 2011); STAFF OF THE DIVISION OF INVESTMENT MANAGEMENT, U.S. SECURITIES & EXCHANGE COMMISSION, ANNUAL STAFF REPORT RELATING TO THE USE OF DATA COLLECTED FROM PRIVATE FUND SYSTEMIC RISK REPORTS 6 (July 25, 2013) (listing private funds filing with the Commission under Form PF (private fund): hedge funds, private equity funds, other private funds, real estate funds, securities asset funds, venture capital funds and liquidity funds).

¹³⁵ The Commission has initiated enforcement actions against investment advisers serving as collateral managers for collateralized debt obligations. *See, e.g.*, In the Matter of Harding Advisory LLC and Wing F. Chau, Investment Advisers Act Release No. 3696, 2913 WL 5670841 (Oct. 18, 2013) (order instituting enforcement action alleging investment adviser serving as collateral manager violated, *inter alia*, § 206); In the Matter of Delaware Asset Advisers and Wei, Investment Advisers Act Release No. 3434, 104 S.E.C. Docket 651 (July 18, 2012) (settled enforcement action) (investment adviser serving as collateral manager and then portfolio manager found to have violated, *inter alia*, § 206(2)); In the Matter of GSCP (NJ), LP, Investment Advisers Act Release No. 3261101, S.E.C. Docket 3325 (Aug. 25, 2011) (settled enforcement action) (investment adviser serving as collateral manager found to have violated, *inter alia*, § 206(2)).

1. The Purpose of the Partnership

In *Wang v. Gordon*,¹³⁶ a private action, the defendant was a general partner to a limited partnership formed to own and operate an apartment building. The terms of the partnership agreement entitled the defendant to a five percent brokerage commission upon the sale of the apartment building, which he eventually received. The plaintiff was unsatisfied with the sale and sought relief under the Advisers Act. Plaintiff argued, among other things, that the defendant acted as an investment adviser in arranging for the sale of the apartment building. As part of the transaction, the defendant sent a letter to limited partnership investors outlining the terms of the sale. Because the apartment building was held by a limited partnership, plaintiff reasoned, the sale of the building would require the sale of securities, the limited partnership interests held by the limited partners. Plaintiff argued that the defendant's letter constituted investment advice concerning the sale of the building and, concomitantly, the securities (the limited partnership interests) required to transact the sale. Plaintiff contended that the defendant was compensated to this advice by receiving the five percent commission payment.

In rejecting plaintiff's argument, the *Wang* court found that the defendant was compensated for his advice concerning the sale of the apartment building, not the sale of the limited partnership interests. In making this determination, the court looked to the "purpose of the partnership"¹³⁷ to decide whether the advice satisfied the investment advice element. It distinguished the purpose of the real estate partnership at issue from the investment partnership discussed in *Abrahamson*. The *Wang* court viewed the "purpose of the partnership" in *Abrahamson* as advising on purchasing or selling securities for a limited partnership, which constituted investment advice. In contrast, the "purpose of the partnership" in *Wang* was to own and operate a building, not securities. The defendant had arranged the sale of a partnership asset, an apartment building, not a security, and therefore was not compensated for providing investment advice. Under *Wang*, the "purpose of the partnership" dictated the purpose of the compensation paid to the defendant.

In creating this "purpose of the partnership" approach to resolve the intertwined purposes issue, the court in *Wang* provides no guidance on how to determine this purpose or how to resolve competing purposes. For example, though investment partnerships typically state their purpose in limited partnership offering documents,¹³⁸ the activities of the partnership may diverge substantially from its stated purpose. In its simplest form, an investment partnership may state that its purpose is to invest in commodities, which are not a security, but instead it may invest in securities, ultimately satisfying the definition of an investment adviser. Indeed, courts have emphasized that it is not the description of a business that determines whether it falls within the definition of an investment adviser, but the actual business conduct.¹³⁹ On balance, the "purpose of the partnership" has gained no judicial support.

¹³⁶ 715 F.2d 1187 (7th Cir. 1983).

¹³⁷ *Id.* at 1192.

¹³⁸ Generally, in a non-public securities offering under Securities Act § 4(a)(2), 15 U.S.C. 77a(d)(a)(2), the issuer of the securities may circulate privately among qualified, prospective investors offering documents explaining, *inter alia*, the securities offering, including the nature of the investment opportunity. These documents are known as a Private Placement Memorandum, Private Offering Memorandum, or some other non-public offering document. These documents, however, are generally the responsibility of the general partner, who may be a legal entity separate from the investment adviser.

¹³⁹ See, e.g., *U.S. v. Onsa*, 523 Fed. App'x 63, 65 (2d Cir. 2013) (in upholding enhanced sentence based on investment adviser status, court held that defendant having "explicitly told investors that he was not an 'investment adviser' under the [Advisers] Act" did not affect defendant's investment adviser status); see also *Fresenius Medical Care Holdings v. U.S.*, 763 F.3d 64, 70 (1st Cir. 2014) (In tax cases, courts "look to the substance – that is, the economic reality of the particular transaction, objectively viewed – rather than to the form chosen by the parties.").

2. Primary v. Incidental

In *U.S. v. Elliott*,¹⁴⁰ the defendants argued that they, like the defendant in *Wang*, had not received compensation for investment advice. They claimed that clients came to them to purchase a security, an investment vehicle created by the defendants, not to receive investment advice. In rejecting defendants' argument, the court held that investment advice to clients constituted a "significant component of the 'product' sold."¹⁴¹ The defendants in *Elliott* assisted clients in "choosing individually tailored investment vehicles."¹⁴² Next, it noted that after providing advice about the investment selection, the defendants continued to advise the clients by managing the underlying investments. The court held that these two forms of advice – the assistance in choosing an investment vehicle and management of the underlying investments held by the investment vehicle – were the "primary," not "incidental" reasons for investing in the investment vehicles. This primary role of the advice in making a decision to invest met the investment advice element.

While *Elliott's* "primary v. incidental" approach was helpful in distinguishing *Wang*,¹⁴³ *Elliott* did not offer a standard to measure primary as opposed to incidental advice. In *Thomas v. Metropolitan Life Insurance Company*,¹⁴⁴ a private action, however, the court adopted a standard to measure "solely incidental" conduct under the § 202(a)(11)(C) broker-dealer exception to the definition of an investment adviser. As discussed, under this exception, a broker-dealer may offer investment advice that is "solely incidental to" its broker-dealer services and may not receive "special compensation" for this advice.¹⁴⁵ In *Thomas*, the court noted that

the word "incidental" has two components. To be considered incidental, two actions or objects must be related in a particular way – the incidental action or object must occur only as a result of or in connection with the primary. Additionally, the incidental action or object must be secondary in size or importance to the primary.¹⁴⁶

Thomas's approach to distinguishing between primary and incidental services may assist in developing *Elliott's* distinction between primary and incidental advice.

E. Advising Others

Section 202(a)(11) requires that an adviser be engaged in advising "others." Typically, the adviser's client is the recipient of the adviser's advice and this would satisfy that the advice had been provided to "others." In interpreting this advising "others" language, courts have addressed two issues: 1) whether the person receiving the investment advice must be in a position to act on the advice;¹⁴⁷ and 2) whether a trustee's investment advice to a trust is advice to itself or "others."

¹⁴⁰ 62 F.3d 1304 (11th Cir. 1996), *order amending opinion*, 82 F.3d 989 (11th Cir. 1996).

¹⁴¹ *Id.* at 1311.

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ See *Sec. & Exch. Comm'n v. Saltzman*, 127 F. Supp. 2d 660 (E.D. Pa. 2000) (distinguishing application of *Wang v. Gordon*, 715 F.2d 1187 (7th Cir. 1983)).

¹⁴⁴ 631 F.3d 1153 (10th Cir. 2011).

¹⁴⁵ In addition to § 202(a)(11)(C), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(C), § 202(a)(11)(B), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(B), exempts lawyers, accountants, engineers and teachers who offer investment advice that is "solely incidental."

¹⁴⁶ *Thomas*, 631 F.3d at 1162.

¹⁴⁷ Some courts have held that the advice element is satisfied if an adviser provides advice regardless of whether the advice is acted upon. See, e.g., *U.S. v. Elia*, 2014 WL 4289389 2 (11th Cir. 2014) (per curiam) ("It [§ 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)] does not require that the adviser actually make an investment or act on that advice."); see also *U.S. v. Olga*, 378 F. App'x 959, 960 (11th Cir. 2010) (per curiam) ("Although *Ogale* never actually used investors' money to trade foreign currencies, his scheme involved 'advising others.'").

1. An Opportunity to Act by the Recipient of Investment Advice

The *Wang* decision also raised an issue of whether the recipient of advice must be in a position to act on that advice. As noted, Wang argued that by the defendant sending a letter to limited partnership investors outlining the sales terms of the property, he provided investment advice. In rejecting this argument, the court relied, in part, on its conclusion that Wang, as a limited partner, “had no input or say as to the sale [of the apartment building]”¹⁴⁸ by the limited partnership and his “inability to participate”¹⁴⁹ in the decision to sell meant that the advice was not investment advice. This “inability to participate” limitation on the advising “others” element, strongly implies that Wang as the recipient of the advice must be in a position to participate in the decision to sell the property for the advice to meet the requirements of § 202(a)(11).

An ability to participate in certain business decisions may run afoul of United States federal securities laws. A requirement that a holder of a security (Wang as a limited partner) must participate in the business affairs of the issuer of securities (the limited partnership) may contradict the definition of a security. In 1945, the Supreme Court in *SEC v. W.J. Howey*,¹⁵⁰ held that an investment contract may meet the definition of a security if, among other requirements, an investor is “led to expect profits solely from the effort of the promoter or a third party.”¹⁵¹ More recently, in developing this requirement, courts have not only made a distinction between passive investor conduct and significant investor control,¹⁵² but, in determining whether a limited partnership interest is a security, have required that the relevant partnership agreement give the general partner the “exclusive right and power to manage, conduct, and operate [...]” the partnership’s business.¹⁵³ To the extent that *Wang* is required to participate in investment decisions of a partnership, *Wang* jeopardizes the limited partnership interest meeting the requirements of a security.

2. The Trustee Conundrum – Is Advising “Yourself” Advising Others?

Given the legal relationship between a trustee and the trust, courts have struggled over whether trustee investment advice to a trust constitutes advice to itself or to another entity. By way of background, in 1942, the Commission granted an application of Augustus P. Loring, Jr. requesting an order, pursuant to then § 202(a)(11)(F),¹⁵⁴ exempting him from the definition of an investment adviser. After a public hearing, the Commission concluded that Mr. Loring served as a professional trustee in the administration of trusts and estates and the management of property. The vast majority of Loring’s business¹⁵⁵ consisted of acting as a court appointed fiduciary (a trustee, guardian, conservator or executor) under court supervision. Loring administered both personal and real property. When acting under court appointment, he held legal title to the property and acts as a principal.¹⁵⁶

¹⁴⁸ 715 F.2d at 1192.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ Sec. & Exch. Comm’n v. W. J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946) (multiple factor tests for determining whether an investment contract meets the definition of a security).

¹⁵¹ *Id.* at 298–99.

¹⁵² Sec. & Exch. Comm’n v. Aqua-Sonic Products Corp., 687 F.2d 577, 582 (2d Cir. 1982).

¹⁵³ Sec. & Exch. Comm’n v. Rabinovich & Associates, LP, 2008 WL 4937360 1, 3 (S.D.N.Y. 2008) (citations omitted); *see, e.g.,* Sec. & Exch. Comm’n v. Northshore Asset Mgmt., 2008 WL 1968299 1, 7 (S.D.N.Y. 2008).

¹⁵⁴ Since the Commission issued its order in the Matter of Augustus P. Loring, Jr. in 1942, § 202(a)(11)(F), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(F), has been renumbered as § 202(a)(11)(G), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)(G).

¹⁵⁵ Loring also provided trustee services under trust indenture appointment and power of attorney arrangements. Investment Advisers Act Release No. 33, 1942 WL 34539 1 (July 22, 1942).

¹⁵⁶ *Id.* at 2.

As a court fiduciary, Loring was required to give a “bond of acceptance for each trust” in an amount sufficient to protect the property, which is discharged after filings accounts with the court.¹⁵⁷ Loring’s activities outside of court supervision but under power of attorney, constituted “only a minor part of his business and are, in effect, incidental to his business of acting as a trustee.”¹⁵⁸ At the close of its order, the Commission noted that Loring neither solicited business, nor held himself out to the public as being engaged in the business of providing investment advice. Any advice given to others “as to securities” was “solely incidental to his activity as a professional trustee.”¹⁵⁹

In *Selzer v. Bank of Bermuda*,¹⁶⁰ a private action, a beneficiary to an investment trust managed by defendant Bank of Bermuda alleged that while acting as a trustee the Bank of Bermuda met the definition of an investment adviser and violated the Advisers Act. The court summarily noted that the Commission in *In re Loring* held that a trustee is not an investment adviser. It went on to explain that historically a trustee is the legal owner of the trust corpus and the beneficiary is the equitable owner. A trustee acts as a principal in making investment decisions for the trust and, therefore, does not provide advice to others.¹⁶¹ Although the court acknowledged that there may be public policy reasons in support of trustees operating under the definition of an investment adviser, the “common sense”¹⁶² meaning of the word “adviser”¹⁶³ militated against applying the Advisers Act. Since *Selzer*, the Commission’s staff has expressed in No-Action Letters¹⁶⁴ its disagreement with the *Selzer* court’s characterization of *In re Loring* and its broad holding that a trustee is does not meet the definition of an investment adviser.¹⁶⁵

The *Selzer* court’s approach to the trustee issue was rejected in *SEC v. Smith*¹⁶⁶, In *Smith*, an enforcement action, a formerly registered investment adviser created a new trust entity and transferred investment adviser client accounts to it. Smith then restyled his adviser role as one of a trustee. Smith argued that under *Selzer* and *In re Loring* he was operating as a trustee and, therefore, did not meet the definition of an investment adviser. The court in *Smith* rejected *Selzer* and instead applied the holding in *Abrahamson*, namely that exercising control over investments constitutes investment advice. *Smith* noted that the *Abrahamson* decision was the more cogent decision and because *Abrahamson* was an opinion of the circuit court of appeals that *Selzer* was

157 *Id.* at 1.

158 *Id.* at 2.

159 *Id.*

160 385 F. Supp. 415 (S.D.N.Y. 1974).

161 *Id.* at 420; *see also* Sec. & Exch. Comm’n v. Ficeto, 839 F. Supp. 2d 1101 (C.D. Cal. 2011) (defendant unsuccessfully argued that it served as the investment adviser to investment funds that it sponsored and therefore could not defraud itself).

162 *Selzer*, 385 F. Supp. at 420.

163 *Id.*

164 Commission staff will provide informal written advice – in the form of a No-Action Letter – in response to a letter providing specific facts and representations about an unresolved securities regulation issue. In its No-Action Letter, the Commission staff will state whether, under the facts and representations presented, it would or would not recommend any Commission enforcement action. *See* Procedures Applicable to Requests for No-Action and Interpretative Letters, Investment Advisers Act Release No. 281 (Feb. 8, 1971).

165 These Commission staff positions are reflected in various No-Action Letters. *See, e.g.*, Clair H. Spring (pub. avail. Sept. 13, 1990) (“In *Selzer*, et al. v. The Bank of Bermuda, 385 F. Supp. 415 (S.D.N.Y. 1974) (enclosed), the district court held that a trustee, acting as legal owner of a trust and principal, is not an adviser with the meaning of Section 202(a)(11) of the Investment Advisers Act of 1940. However, in [No-Action Letter] Joseph J. Nameth, Jr. (pub. avail. Jan. 31, 1983) (enclosed), the [Sec. & Exch. Comm’n] Division of Investment Management specifically disagreed with the district court’s holding in *Selzer* because it rested on a misreading of an earlier SEC decision (*In re Loring*, 11 S.E.C. 885 (1942)). The Division’s position, as reflected in our no-action letters, has not changed on this issue.”).

166 1995 U.S. Dist. LEXIS 22352 (E.D. Mich.).

charged with following,¹⁶⁷ it undercut *Selzer's* precedential value, a view shared by at least one other court.¹⁶⁸

Importantly, *Smith* viewed *In re Loring's* exclusion of a trustee from the definition of an investment adviser as limited to situations where a trustee's business activities are subject to an alternative oversight scheme. It noted that the Commission's order emphasized that Loring's trustee activities were under court supervision and the amount of activities outside this court supervision was "incidental."¹⁶⁹ Moreover, *Smith* noted that the trustee in *Selzer* was a highly regulated foreign bank (Bank of Bermuda), while no similar alternative regulatory structure oversaw the defendant's activities in *Smith*.¹⁷⁰

While relying on *Abrahamson*, *Smith* did not address the legal-equitable ownership distinction relied on by *Selzer*. *Selzer* viewed a trustee as advising only itself as the legal owner of the trust corpus (securities) and therefore not as an investment adviser, while acknowledging the role of beneficiaries as equitable owners of corpus of the trust. As an equitable owner, however, a beneficiary generally has standing to initiate a legal proceeding against a trustee alleging violations of the trustee's fiduciary duty, including challenging the appropriateness of the trustee's investment advice.¹⁷¹ This legal standing, at the very least, recognizes that in the investment advice context beneficiaries have a separate legal status from that of the trustee, which supports viewing them as recipients of the investment advice for purpose of § 202(a)(11). Moreover, this view is supported in part by the court's holding in *SEC v. Montana*.¹⁷² There, UTA-BVI, Ltd, the trustee, invested the trust's funds of two other trusts, First National Equity Trust and P.K. Trust. In finding that UTA-BVI met the definition of an investment adviser, the court relied on relevant trust agreements that "[...] identified First National Equity Trust and P.K. Trust as beneficiaries of the trust and provide that UTA-BVI would manage the trust funds for the benefit of the beneficiaries."¹⁷³ The *Montana*

167 *Id.* at 19. See also *Condon v. Haley*, 21 F. Supp. 3d 572, 583 (D.S.C. 2014) ("It is axiomatic that a decision of a circuit court, not overruled by the United States Supreme Court, is controlling precedent for the district courts within the circuit."); *Cartica Management, LLC v. Corpbanca, S.A.*, 2014 WL 4804491 (S.D.N.Y. 2014) 6 ("District courts and other inferior courts are bound by decisions of the Circuit Court of Appeals in the appropriate circuit unless overturned by an intervening Supreme Court decision or other change in the law.")

168 See *Sec. & Exch. Comm'n v. Montana*, 2005 WL 645143 1-2 (S.D. Ind. 2005) (court, without noting either *In re Loring* or *Sec. & Exch. Comm'n v. Smith*, held that under *Abrahamson*, a "trust management agreement" with a trustee investing trust funds met the definition of an investment adviser, without making a distinction between beneficial and legal ownership of the trust corpus).

169 1995 U.S. Dist. LEXIS 22352 (E.D. Mich.) 18.

170 The presence of an alternative oversight authority scheme plays a role determining whether an instrument meets the definition of a security. See *Reves v. Ernst & Young*, 494 U.S. 56 (1990); *Sec. & Exch. Comm'n v. J.T. Wallenbrock*, 313 F.3d 532, 537 (9th Cir. 2002) ("[F]our *Reves* factors [...]: (4) whether some factor such as the existence of another regulatory scheme significantly reduces the risk of the instrument [...]."); *Stober v. Sec. & Exch. Comm'n*, 161 F. 3d 745 (D.C. Cir. 1998) (noting other Supreme Court cases holding that the regulatory schemes imposed by the Federal Deposit Insurance Corporation and Comptroller of the Currency met alternative regulatory scheme requirements under *Reves'* fourth factor); *Sec. & Exch. Comm'n v. Smart*, 2011 WL 2297659 (D. Utah 2011) (noting *Reves'* fourth factor as including alternative regulatory scheme); *Sec. & Exch. Comm'n v. Novu Techs., LLC*, 2010 WL 4180550 (D. Utah 2010) (same); *Sec. & Exch. Comm'n v. Global Telecom Servs., LLC*, 325 F. Supp. 2d 94 (D. Conn. 2004) (same); see also *Inv. Co. Inst. v. Commodity Futures Trading Comm'n*, 720 F.3d 370 (D.C. Cir. 2013) (discussing Commodity Futures Trading Commission's authority to exclude "otherwise regulated" entities from its regulations).

171 RESTATEMENT (THIRD) OF THE LAW OF TRUSTS: REMEDYING BREACH OF TRUST: GENERAL PRINCIPLES § 94 (2012), ("(1) A suit against a trustee of a private trust to enjoin or redress a breach of trust or otherwise to enforce the trust may be maintained by only a beneficiary or by a co-trustee, successor trustee, or other person acting on behalf of one or more beneficiaries.")

172 2005 WL 645143 (S.D. Ind. 2005).

173 *Id.*

court's acceptance of the trust beneficiaries as clients of the trustee's investment advice is an important step in light of *Selzer*. The court in *Montana*, however, relied primarily not on the separate legal status and roles of the trustee and beneficiary but on the strength of the holding in *Abrahamson*. In addition to the court's analysis in *Smith* and *Montana*, provisions of the Advisers Act support holding that a trustee is an investment adviser.¹⁷⁴

E. Engaged in the Business

Section 202(a)(11) requires an investment adviser to "engage in the business" of providing investment advice. In interpreting this element, the Commission staff in SEC Release 1092¹⁷⁵ and courts¹⁷⁶ have relied primarily on the decision in *Zinn v. Parrish*¹⁷⁷. After reviewing *Zinn*, some observations are offered.

1. Zinn v. Parrish

In *Zinn v. Parrish*, a private action, the court held that Zinn, a sports manager, provided services to Parish, a professional football player, that did not, among other things, satisfy the engaged in the business element. While providing sports management services, Zinn obtained a list of securities recommendations prepared by other persons, screened it and forwarded it to Parrish. The court acknowledged that had Zinn "made a business"¹⁷⁸ of screening securities recommendations, he would be required to register as an investment adviser. However, this "isolated transaction"¹⁷⁹ with Parrish was "incident"¹⁸⁰ to the main purpose of the manager-client relationship.

While *Zinn's* holding has factual support, its legal analysis raises questions. The court in *Zinn* analogized the sport manager's role to that of the professional trustee described in *In re Loring*. *Zinn* characterized the trustee in *re Loring* as a "professional trustee whose advice to his clients is 'solely incidental' to his duty as a professional trustee."¹⁸¹ Also, as part of its discussion of *In re Loring*, the court in *Zinn* noted that the "SEC further concluded that the trustee was not an investment adviser because he did not 'hold himself out as being engaged in the business of giving advice to others as to securities.'"¹⁸² *Zinn* went on to apply factors noted in Commission staff No-Action

174 Section 203, Registration of Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-3, requires and exempts certain investment advisers (as defined under § 202(a)(11), 15 U.S.C. § 80b-2(a)(11)) to register with the Commission. Section 203(b)(4), 15 U.S.C. § 80b-3(b)(4), exempts from registration an investment adviser that is a trustee to a charitable organization. § 203(b)(5), 15 U.S.C. § 80b-3(b)(5), exempts from registration an investment adviser that is a trustee to a plan described under § 414(e) of the Internal Revenue Code of 1986 that provides investment advice exclusively to the plan.

175 SEC Release 1092, 4 & n.7 ("The 'Business' Standard [...] The staff considers a person to be 'in the business' of providing advice if the person: [...] (iii) on anything other than rare, isolated and non-periodic instances, provides specific investment advice. FN7 (*Zinn v. Parrish*, 644 F.2d 360 (7th Cir. 1981)).

176 See, e.g., *Wang v. Gordon*, 715 F.2d 1187, 1192-93 (7th Cir. 1983) (relying on the *Zinn v. Parrish* "engage in the business" approach); *Pozez v. Ethanol Capital Mgmt., LLC*, 2009 WL 2176574 6 (D. Ariz. 2009) (relying on the *Zinn v. Parrish* "isolated transactions" language).

177 644 F.2d 360 (7th Cir. 1981).

178 *Id.* at 364.

179 *Zinn*, 644 F.2d at 364.

180 *Id.*

181 *Id.*

182 *Id.*

Letters¹⁸³ for determining whether one “holds himself out”¹⁸⁴ to the public as an investment adviser. More fundamentally, *Zinn*’s characterization of *In re Loring* fails to recognize that the vast majority of services provided by Loring were under court supervision, subject to a bonding requirement. This fact would support the Commission granting the exemptive request in *In re Loring*. Similarly, *Zinn* appears not to appreciate that the standard applied by the Commission in the *In Re Loring* exemptive application under § 202(a)(11)(H) is whether the applicant is a person “not with- in the intent” of § 202(a)(11). This is a far more general and inclusive standard than determining the reach of the engage in the business language of § 202(a)(11).

Finally, the *Zinn* decision does not acknowledge that Congress in enacting the Advisers Act choose to include “solely incidental” and “holding out” language in other provisions of the Adviser Act but not § 202(a)(11). Indeed, *Zinn*’s imposition of the “holding out” to the public test and “solely inci- dental” limitation is not supported by the language of § 202(a)(11) and is undercut by the struc- ture of the Advisers Act. Under § 202(a)(11), the definition of an investment adviser does not include “solely incidental” language. In contrast, the professionals exception under § 202(a)(11)(B) and broker-dealer exception under § 202(a)(11)(C) both limit offering investment adviser that is “solely incidental to the conduct” of the practice of a profession and business as a broker or deal- er, respectively. Under § 202(a)(11) the definition of an investment adviser does not include any reference to “holding out” to the public. Under former § 203(b)(3) an investment adviser is not required to register with the Commission if certain requirements are met, such as that it does not “hold[s] itself out to generally to the public as an investment adviser.” *Zinn*’s approach is difficult to accept in light of the Supreme Court’s holding in *Barnhart v. Sigmon Coal Company, Inc.*,¹⁸⁵ where the court held that “when ‘Congress includes particular language in one section of a statu- te but omits it in another section of the same Act, it is generally presumed that Congress acts intentionally and purposely in the disparate inclusion or exclusion.’”

2. Alternative Approaches to Engage in the Business

Courts may benefit from taking a fresh approach to the engage in the business element. Although neither the word “engage” nor “business” is defined by the Advisers Act, these words appear in other federal statutes and courts have routinely looked to their “ordinary and natural”¹⁸⁶ mean- ings in interpreting the words “engage”¹⁸⁷ and “business”¹⁸⁸. Some courts have been called upon

183 See *supra* footnote 165 above; see also *Wilson v. Merrill Lynch & Co.*, 671 F.3d 120, 137 n.11 (2d Cir. 2011) (dis- cussing degree of judicial deference due Commission staff No-Action Letters); *Gryl ex rel. Shire Pharm. Grp. PLC. v. Shire Pharm. Grp. PLC.*, 298 F.3d 136, 145 n.8 (2d Cir. 2002) (citations omitted) (“It must be remembered, howev- er, that SEC no action letter responses are staff interpretations rather than formal Commission action and thus are of more limited utility than formal rulemaking or policies announced in SEC releases.”).

184 *Zinn*, 644 F.2d at 363 (citations omitted) (“Among the factors the SEC looks to in determining whether someone ‘holds himself out’ as an investment adviser are: ‘(t)he maintenance of a listing as an investment adviser in a tele- phone or business directory’; ‘the expression of willingness to existing clients or others to accept new clients’; or ‘the use of a letterhead indicating any activity as an investment adviser.’”).

185 534 U.S. 438, 453, (2002) (citations omitted).

186 *Scherr v. Marriott Int’l, Inc.*, 703 F.3d 1069, 1077 (7th Cir. 2013) (“When we do not have statutory definitions available, we accord words and phrases their ordinary and natural meaning and avoid rendering them mean- ingless, redundant, or superfluous; we view words not in isolation but in the context of the terms that sur- round them; we likewise construe statutes in the context of the entire statutory scheme and avoid rendering statutory provisions ambiguous, extraneous, or redundant; we favor the more reasonable result; and we avoid construing statutes contrary to the clear intent of the statutory scheme.”).

187 See, e.g., *U.S. v. Graham*, 305 F.3d 1094, 1102 (10th Cir. 2002) (“The term ‘engage’ is commonly defined as ‘to occupy or involve oneself; take part; be active.’ Webster’s New World College Dictionary at 450 (3rd ed.

to interpret the phrase “engage in the business” as it appears in other federal statutes,¹⁸⁹ including definitional provisions of the Commodity Exchange Act.¹⁹⁰

In addition to interpreting this language, the Advisers Act itself offers guidance. § 222, State Regulation of Investment Advisers, among other things, addresses the allocation investment adviser oversight authority among states. In part, this allocation is dependent on the location of the advisers “place of business.”¹⁹¹ To explain the meaning of this term, the Commission promulgated Rule 222-1, Definitions, which states in part: “(a) Place of business. ‘Place of business’ of an investment adviser means: (1) An office at which the investment adviser regularly provides investment advisory services, solicits, meets with, or otherwise communicates with clients [...].”¹⁹² Putting aside the office location context, these factors arguably describe in general terms conduct that tend to reflect engaging in the business of an investment adviser. They focus on regularly providing investment advice, soliciting clients and servicing clients. At its essence, these activities speak to the potential components of an engaged in the business approach that are consistent with the language and structure of the Advisers Act.

VI. Conclusion

This analysis of judicial approaches to interpreting the elements of § 202(a)(11) and the accompanying observations illustrate the variety of definitional issues that for the most part remain undeveloped. In some instances, courts have tended toward an “I know it when I see it”¹⁹³ tact in relying on certain facts to support investment adviser status, with little resort to the language or structure of the Advisers Act. In others, there is some effort to identify a nascent legal concept to support a particular approach, but again without developing it within the structure of the Advisers Act or other relevant legal authority. It is hoped that some of the observations offered may provide a starting point for building a more grounded and reflective approach to interpreting these elements, which may eventually be recognized by courts as an appropriate approach.

1997”); see also *Gibbs v. I-Flow, Inc.* 2009 WL 482285 3 (S.D. Ind. 2009) (applying similar dictionary definition to define the term “engage”); BLACK’S LAW DICTIONARY 474 (5th ed. 1979) (defining “engaged” as “to employ or involve oneself; to take part in; to embark on.”).

188 See, e.g., *U.S. v. Graham*, 305 F.3d 1094, 1103 n.5 (10th Cir. 2002) (“See also Black’s Law Dictionary at 198 (6th ed. 1990) (defining business as ‘[e]mployment, occupation, profession, or commercial activity engage in for gain or livelihood.’); see also *U.S. v. Mazza-Alaluf*, 607 F. Supp. 2d 484, 489 (S.D.N.Y. 2009) (“The statute [USA Patriot Act] does not define the ‘business,’ which should be afforded its ordinary meaning as an enterprise that operates for profit. See *Travelers Insurance Co. v. Carpenter*, 411 F.3d 323, 334 (2d Cir. 2005) (utilizing Black’s Law Dictionary to define a term undefined by statute); Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004) (defining business as ‘[a] commercial enterprise carried on for profit.’)).

189 See, e.g., *Bryan v. U.S.*, 524 U.S. 184 (1998) (discussing, *inter alia*, the “engaged in the business” language of 18 U.S.C. 922(a)(1)); *U.S. v. Day*, 476 F.2d 562, 567 (6th Cir. 1973) (citations omitted) (interpreting “engaged in the business” phrase).

190 *U.S. Commodity Futures Trading Commission v. Hall*, 2014 WL 4942312 (M.D.N.C. 2014) (discussing, *inter alia*, the engaged in the business language of § 1a(12)(A) of the Commodity Exchange Act defining a commodity trading advisor).

191 See § 222, State Regulation of Investment Advisers, 15 U.S.C. § 80b-22 (reference to investment adviser “place of business” throughout § 222).

192 Rule 222-1, Definitions, 17 C.F.R. § 275.22-1. See also Rule 202(a)(30)-1(c)(4), 17 C.F.R. § 275.2(a)(30)-1(c)(4), (defining investment adviser “place of business” as identical to definition of investment adviser “place of business” appearing in Rule 222-1(a), 17 C.F.R. § 275.22-1(a)). See generally Rules Implementing Amendments to the Investment Advisers Act of 1940, Investment Advisers Act Release No. 1633 (May 15, 1997), 62 FR 28112 (May 22, 1997) (adopting rule release).

193 *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184, 197 (1964) (Stewart concurring) (when discussing difficulty in defining hard-core pornography, Justice Stewart stated, “I know it when I see it.”)

Völker- und europarechtliche Fragen des Beitritts Österreichs zur und der Mitgliedschaft in der Europäischen Union

Gerhard Hafner*, Universität Wien

Kurztext: Der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union mit 1. Jänner 1995 wie auch die Mitgliedschaft in der EU bereiteten einige Probleme und verliefen nicht immer spannungsfrei. Probleme wurden und werden unter anderem im Bereich der Behauptung der eigenstaatlichen Souveränität, der Außenpolitik, der Neutralität, der Vereinbarkeit mit dem österreichischen Staatsvertrag 1955, der Beteiligung an Sanktionen sowie an Operationen der EU, der Beziehung zu Südtirol, der Transitbelastung, der Frage der Atomenergie sowie des Hochschulzugangs identifiziert oder zumindest behauptet. Doch weist das System der EU genügend Flexibilität auf, um diese Probleme auch unter Berücksichtigung der Interessen Österreichs zu bewältigen.

Schlagworte: Beitritt zur Europäischen Union; Neutralität; Souveränität; Sanktionen; Südtirol.

I. Einleitung

Das Thema „Völker- und europarechtliche Fragen des Beitritts Österreichs zur und der Mitgliedschaft in der Europäischen Union“ erfordert es, 20 Jahre nach dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union (EU) am 1. Jänner 1995 in alten Erinnerungskisten zu kramen, Erinnerungen abzustauben und wiederzubeleben.¹

Die Thematik ist sehr breit, sodass sicher nicht alle Probleme völkerrechtlicher und europarechtlicher Art erschöpfend² und in gebotener Tiefe dargestellt werden können, sondern eine Einschränkung auf eine Auswahl und eine eher kursorische Darstellung geboten sind. Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass völker- und europarechtliche Bezüge kaum voneinander getrennt werden können, zumal die Grundlagen der EU zweifellos auch völkerrechtliche Verträge sind. Genauso wenig lassen sich diese Probleme von innerstaatlichen Dimensionen trennen, sodass bei der Diskussion immer wieder eine Gemengelage dieser verschiedenen Rechtssysteme zu Tage tritt.

* Univ.-Prof. i.R. Dr. Gerhard Hafner ist Professor in der Abteilung für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

1 Zu den Erfahrungen nach 10-jähriger Mitgliedschaft Österreichs bei der EU siehe insb Hummer/Obwexer (Hrsg), 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Bilanz und Ausblick (2006).

2 Einige Probleme wurden nicht aufgenommen, so etwa die Frage des Grundverkehrs, des Bankgeheimnisses oder der Umweltstandards. Das Thema der sog Maßnahmen der 14 EU-Staaten gegen Österreich wird hier bewusst nicht diskutiert, da es sich um keine Maßnahme der EU handelte; siehe dazu näher Hummer, Behinderung der Mitwirkung Österreichs an der Willensbildung in der EU. Die „Maßnahme der Vierzehn“ gegen die österreichische Bundesregierung und ihre Konsequenzen, in Hummer/Obwexer (Hrsg), 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Bilanz und Ausblick (2006) 139 ff.

Unter diesen Voraussetzungen seien folgende Probleme herausgegriffen:

- Souveränität
- Außenpolitik
 - Neutralität
 - Österreichischer Staatsvertrag
 - Beteiligung an Sanktionen
 - Beteiligung an Operationen
 - Südtirol
- Transitprobleme
- Atomenergie
- Hochschulzugang

Einige dieser Probleme betrafen lediglich den Umstand des Beitritts, während andere bis heute weiter aktuell sind und immer wieder in die politische und rechtliche Diskussion einfließen. Allerdings soll der Weg Österreichs zur EU nur soweit als unbedingt notwendig einbezogen werden, wiewohl schon dieser Weg mit diesen und anderen Problemen gepflastert war.

II. Substanzielle Probleme

A. Souveränität

Generell wurde anlässlich des Beitritts Österreichs zur EU von einem drohenden Souveränitätsverlust gesprochen; so wäre etwa gemäß dem Abgeordneten *Voggenhuber* in der EU unschwer der Entwurf eines westeuropäischen Gesamtstaates in den Dimensionen einer neuen Weltmacht zu erkennen³; längst wären alle staatlichen Grundfunktionen ausgebildet: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollziehung. Die Einführung der Unionsbürgerschaft sollte offenkundig die nationale Staatsbürgerschaft ablösen, sie auf die EU übertragen und so zu einem Element der eigenen Staatlichkeit werden. Offensichtlich komme es hier zur Aufhebung der staatlichen Souveränität und zur Übertragung auf die EU, dem nicht einmal das Prinzip der Subsidiarität Einhalt gebiete, das überdies auch der Entscheidung durch die EU unterliege.

Es ist offenkundig, dass diese Aussagen lediglich Erwartungen widerspiegeln, die jedoch der Realität nicht standhalten. *Voggenhubers* Argumenten wurde entgegengehalten, dass die Mitgliedstaaten der EU (EU-MS) weiterhin „Herren der Verträge“ bleiben und schon das Prinzip der Subsidiarität und der begrenzten Einzelermächtigung sehr wohl die Ausbildung eines europäischen Bundesstaates verhindere.

Obwohl gerade der Vertrag von Lissabon (LV) deutlich die Unhaltbarkeit jener Ansicht beweist, brach im Zusammenhang mit dessen Ratifizierung dieses Problem von Neuem auf, da dafür eine Volksabstimmung gefordert wurde. In der Diskussion im Nationalrat am 9. April 2008 bezeichnete Abgeordneter *Strache* den Vertrag als ein europäisches Verfassungsdiktat, einen Anschlag auf die österreichische Verfassung und auch als einen Anschlag auf unsere österreichische Demokratie, wodurch eine weitere Abschaffung unserer Souveränität erfolge.⁴ Doch erhielt die Abstimmung

3 *DIE GRÜNEN – Grüne Alternative Wien*, EU: Pro & Kontra. Maastricht: Der Vertrag, auf den es ankommt. Der komplette Vertragstext analysiert von Dr. Alois Mock und Johannes Voggenhuber, GA-Wien aktuell 1994/25.

4 So in der Nationalratsdebatte vom 9. 4. 2008 zum Thema EU-Reformvertrag, abrufbar unter: <http://www.wien-konkret.at/politik/eu/vertrag-von-lissabon/parlament/strache/> (abgefragt am 13. 3. 2015).

über den LV im Nationalrat mit 151 „Ja“-Stimmen und 27 „Nein“-Stimmen die notwendige Zweidrittelmehrheit. Von Regierungsseite wurde jedoch eine derartige Volksabstimmung nicht für notwendig erachtet, da der LV nicht in die Baugesetze der Bundesverfassung eingreife.⁵ 2010 wies der Verfassungsgerichtshof (VfGH) den Antrag der FPÖ, wonach der LV einer Volksabstimmung zu unterwerfen sei, zurück, da die FPÖ nicht unmittelbar betroffen und aus der Verfassung zwar ein Recht auf Teilnahme an einer Volksabstimmung, nicht aber ein Recht auf Durchführung einer solchen abzuleiten sei.⁶

Der LV ist auch eher von einer Renationalisierung als von einer europäischen Zentralisierung geprägt, da er den nationalen Parlamenten vermehrte Mitwirkungsrechte einräumt⁷, wie auch schon allein das nunmehr gegebene Austrittsrecht ebenfalls zugunsten der Souveränität wirkt.

B. Außenpolitik

In allgemeiner Hinsicht steht die Führung einer eigenen Außenpolitik in einem Spannungsverhältnis zur Union, sowohl zur externen Aktivität im Bereich der Kommission (zB Außenwirtschaftsbeziehungen) als auch zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP).

Im ersten Bereich verursachten die von Österreich früher abgeschlossenen bilateralen Abkommen, wie jene über den Flugverkehr⁸ oder auch im Bereich der Investitionen und der BIT⁹, einige Probleme, die auch vor den EuGH gelangten. Wie immer diese Entscheidungen einzuordnen sind, zeigen sie doch, dass der Gerichtshof bei jenen Themen, bei denen Grundelemente der Union, wie zB die Freizügigkeit oder Kapitalverkehrsfreiheit, betroffen sind, der Außenpolitik der Union Priorität einräumt, der sich die MS einschließlich Österreich zu unterwerfen haben.

Demgegenüber ist die sonstige außenpolitische Bewegungsfreiheit insofern größer, als in der GASP bekanntermaßen nur sehr rudimentäre Ansätze einer Unionsaußenpolitik bestehen. Die Gegenüberstellung von der Existenz der GASP und ihren Zielen mit den Erklärungen Nr 13¹⁰ und 14¹¹, wonach die GASP der eigenen Außenpolitik der einzelnen MS nicht entgegensteht, verdeutlicht das Dilemma der eigenen Außenpolitik der Union.

5 Siehe die Erläuterungen zum LV in RV 417 BlgNR 23. GP 45.

6 Beschluss vom 12. 6. 2010, GZ SV1/10.

7 Siehe zB das Protokoll (Nr 1) über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union sowie Protokoll (Nr 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

8 Siehe EuGH 5. 12. 2002, C-475/98, *Open Sky*.

9 Siehe EuGH 9. 3. 2009, C-205/06, *Bilaterale Investitionsabkommen*.

10 „Erklärung zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Die Konferenz unterstreicht, dass die Bestimmungen des Vertrags über die Europäische Union betreffend die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, einschließlich der Schaffung des Amtes des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik und der Errichtung eines Auswärtigen Dienstes, weder die derzeit bestehenden Zuständigkeiten der MS für die Formulierung und Durchführung ihrer Außenpolitik noch ihre nationale Vertretung in Drittländern und internationalen Organisationen berühren. Die Konferenz erinnert außerdem daran, dass die Bestimmungen über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik der MS unberührt lassen. Sie hebt hervor, dass die EU und ihre MS nach wie vor durch die Bestimmungen der Charta der Vereinten Nationen und insbesondere durch die Hauptverantwortung des Sicherheitsrats und seiner Mitglieder für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit gebunden sind.“

11 „Erklärung zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Zusätzlich zu den in Art 11 Abs 1 des Vertrags über die Europäische Union genannten besonderen Regeln und Verfahren betont die Konferenz, dass die Bestimmungen zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, einschließlich zum Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik und zum Auswärtigen Dienst, die bestehenden Rechtsgrundlagen, die Zuständigkeiten und Befugnisse der einzelnen MS in Bezug auf die Formulierung und die Durchführung ihrer Außenpolitik, ihre nationalen diplomatischen Dienste, ihre Beziehungen zu Drittländern und ihre Beteiligung an internationalen Organisationen, einschließlich der Mitgliedschaft eines MS im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, nicht

Dieser Freiraum ist aber von den politischen Wahrnehmungen zu unterscheiden, da es Österreich unbenommen ist, im Lichte seiner Erfahrungen und Kenntnisse eigene Initiativen allein oder in Kooperation mit anderen MS im Rahmen der GASP zu setzen. Innerhalb der Außenpolitik können einzelne Problemfelder identifiziert werden, bei denen sich besondere Spannungen zur Union herausbildeten.

1. Neutralität

Eines der wesentlichsten außenpolitischen, in der Öffentlichkeit thematisierten Probleme hinsichtlich des Beitritts zur EU bestand in der mit dem Bundesverfassungsgesetz über die immerwährende Neutralität aus dem Herbst 1955 begründeten dauernden Neutralität Österreichs.¹² Bekanntlich hatte die Sowjetunion immer wieder die Neutralität als rechtliches Hindernis eines Naheverhältnisses zur EG gesehen.¹³ Es ist hier nicht der Ort, die Vielfalt der Wendungen des österreichischen Neutralitätsverständnisses wiederzugeben.¹⁴ Es sei lediglich festgehalten, dass die österreichische Position der dauernden Neutralität vor allem vor dem Hintergrund der Abhängigkeit von sowjetischem Erdöl und Erdgas sowie einem ausgeweiteten Neutralitätsverständnis zu erklären war.¹⁵

Jedenfalls hatte Österreich nach Beendigung des Kalten Krieges die Gunst der Stunde genutzt, um die damals noch bestehende Blockade des Beitritts zu überwinden. Das von der Österreichischen Industriellenvereinigung initiierte Gutachten im Jahre 1987 verwies insbesondere auf die irische Position, die irische Erklärung zur Einheitlichen Europäischen Akte (EEA) sowie auf die Schutzklauseln in den damaligen Art 223 und 224 EWGV. Die Europäische Politische Zusammenarbeit (EPZ) selbst, die Vorgängerin der GASP, galt aber nicht als mögliches Hindernis eines Beitritts. Eine Stellungnahme des Bundesministeriums für auswärtige Angelegenheiten (BMAA) vom 21. November 1988 bestätigt dies ausdrücklich und verweist auch darauf, dass die Beschlüsse in der EPZ der Einstimmigkeit unterlägen und sie eine Koordinierung im Bereich der militärischen Aspekte der Sicherheit nicht betreffen.¹⁶

In dem im Jahre 1989 überreichten Beitrittsansuchen erklärte Österreich, dass es davon ausgehe, dass die Mitgliedschaft bei den Gemeinschaften es nicht daran hindern werde, „die ihm aus seinem Status als immerwährend neutraler Staat erfließenden rechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen und seine Neutralitätspolitik als spezifischen Beitrag zur Aufrechterhaltung von Frieden und Sicherheit in Europa fortzusetzen“¹⁷.

berühren. Die Konferenz stellt ferner fest, dass der Kommission durch die Bestimmungen zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik keine neuen Befugnisse zur Einleitung von Beschlüssen übertragen werden und dass diese Bestimmungen die Rolle des Europäischen Parlaments nicht erweitern. Die Konferenz erinnert außerdem daran, dass die Bestimmungen über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik der MS unberührt lassen.“

12 BGBl 1955/211.

13 Vgl zB *Hafner*, Die permanente Neutralität in der sowjetischen Völkerrechtslehre. Eine Analyse, *ÖZöR* 1969, 248 ff; siehe zu diesem Abschnitt *Hafner*, Österreich und die GASP: 10 Jahre Beteiligung, in *Hummer/Obwexer* (Hrsg), 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Bilanz und Ausblick (2006) 109 ff.

14 Siehe hiezu für die frühere Zeit *Strasser*, Der Weg Österreichs zu den Verträgen mit Brüssel (1972); für später vgl zB *Thun-Hohenstein/Cede/Hafner*, Europarecht (2005) 10 ff; *Scheich*, Tabubruch. Österreichs Entscheidung für die Europäische Union (2005) passim.

15 Siehe für die Ansätze dazu schon in den 1980er Jahren *Hafner*, The Impact of Developments in the East European "Socialist" States on Austria's Neutrality, in *Neuhold* (Hrsg), The European Neutrals in the 1990s (1992) 175 f.

16 *BMAA* (Hrsg), Österreichische Außenpolitische Dokumentation (Jänner 1990) 32.

17 *Mock*, Der Brief nach Brüssel an den Präsidenten des EG-Ministerrates Roland Dumas vom 17. 7. 1989.

In den österreichischen Bundesministerien, insbesondere im Außenministerium und im Bundeskanzleramt, fanden laufend knapp vor und während der Beitrittsverhandlungen Diskussionen über alle möglichen politischen Konstellationen statt, die neutralitätsrelevant hätten sein können.¹⁸ Die EU war aber von der österreichischen Position, die sich besonders auf die Art 223 und 224 EWGV stützte, nicht besonders überzeugt. Das *Avis préliminaire* der Kommission hatte schon die extensive österreichische Interpretation der Art 223 und 224 EWGV zurückgewiesen und gleichzeitig festgestellt, dass Österreich als Mitglied der Union in der Lage sein müsse, „die mit der künftigen Außen- und Sicherheitspolitik einhergehenden Verpflichtungen zu übernehmen“¹⁹.

Infolge des Inkrafttretens des Maastrichter Vertrags am 1. November 1993 musste Österreich einerseits seine drei Beitrittsansuchen nunmehr in ein einziges zur Union umwandeln, andererseits wurde das Problem der Neutralität immer akuter. Schließlich begann sich die EU im ehemaligen Jugoslawien zu engagieren, wie etwa durch die Übernahme der Verwaltung Mostars. Angesichts dieser Entwicklung formulierte die Bundesregierung drei Kernelemente der Neutralität: die Nichtteilnahme am Krieg, das Verbot der Teilnahme an Militärallianzen und das Verbot von ausländischen Militärstützpunkten in Österreich.²⁰ Auf diese Weise war die rechtliche Möglichkeit gesichert, an der GASP teilzunehmen.

Diese Entwicklung kann aber nicht isoliert und allein auf den Beitritt zur EU fixiert gesehen werden. Die internationale Stellung Österreichs zu Beginn der 1990er Jahre war schon von der Beteiligung an den Maßnahmen der Vereinten Nationen (UN) auf dem Balkan beeinflusst, zumindest durch die Durchfahrtsrechte für NATO-Truppen²¹, die österreichische Mitgliedschaft im Sicherheitsrat 1991–1992 sowie die Beteiligung am „Partnership for Peace“-Programm der NATO.²² Alle diese Ereignisse ließen ein umfassendes Neutralitätsverständnis in den Hintergrund treten.

Demgegenüber forderte aber die EU von Österreich und den anderen Kandidatenstaaten die Zusage, das bisher in der EPZ erreichte *acquis politique* zu akzeptieren und zuzusichern, im Moment des Beitritts rechtlich in der Lage zu sein, die GASP voll und ganz mitzutragen. Die Kandidatenstaaten gaben diese Zusicherung in der Erklärung (Nr 1) ab, die in die Schlussakte zum Beitrittsvertrag aufgenommen wurde.²³

Die weitere Haltung Österreichs zum Verhältnis von Neutralität und GASP variierte. Die Erläuterungen zur Erklärung (Nr 1) stellen fest, dass „zwischen den Verpflichtungen eines EU-Mitgliedstaates und den Kernelementen der Neutralität kein Widerspruch“ bestünde.²⁴ Nichtsdestotrotz erließ Österreich Art 23f B-VG²⁵ mit der Absicht, die Beteiligung an der GASP – unbeschadet des

18 Vgl. Scheich, Tabubruch 65 ff.

19 Text in BMAA (Hrsg), Österreichische Außenpolitische Dokumentation. Sonderdruck. Stellungnahme der Europäischen Kommission zum Beitrittsantrag Österreichs (ohne Datum) 28 ff; vgl Mitteilung der Kommission, Zurückziehung von überholten Vorschlägen der Kommission, ABI L 1993/293, 61.

20 Diese Formulierung wurde als Runderlass an alle österreichischen Vertretungsbehörden versandt; abgedruckt bei Scheich, Tabubruch 79.

21 BGBl 1995/869.

22 BMAA (Hrsg), Jahrbuch der österreichischen Außenpolitik. Außenpolitischer Bericht (1995) 51 f.

23 Gemeinsame Erklärung zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, ABI C 1994/241, 381.

24 RV 11 BlgNR 19. GP 430.

25 Art 23f B-VG lautete: „(1) Österreich wirkt an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf Grund des Titels V des Vertrages über die Europäische Union mit. Dies schließt die Mitwirkung an Maßnahmen ein, mit denen die Wirtschaftsbeziehungen zu einem oder mehreren dritten Ländern ausgesetzt, eingeschränkt oder vollständig eingestellt werden. (2) Für Beschlüsse im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf Grund des Titels V sowie für Beschlüsse im Rahmen der Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres auf Grund des Titels VI des Vertrages über die Europäische Union gilt Art. 23e Abs. 2 bis 5, BGBl. Nr. 1013/1 994.“

Verfassungsgesetzes über die Neutralität (1955) – zu ermöglichen. Diese Formulierung war ein Kompromiss der politischen Parteien und sollte ausschließen, dass Regierungsmitglieder wegen einer allfälligen Verletzung von § 320 StGB (Neutralitätsgefährdung) angeklagt werden können.

In den Jahren um und knapp nach der Jahrtausendwende wurde stärker die Solidarität betont und innerstaatliche Vorsorge für solidarische Aktionen getroffen, wie durch das KSE-BVG²⁶ oder das TrAufG²⁷. Angesichts der Einbeziehung der Petersberg-Aufgaben²⁸ in den Kompetenzkatalog der Union setzte sich Österreich während seines Vorsitzes 1998 für die verstärkte Verbindung zur Westeuropäischen Union (WEU) und die Vorbereitung der neuen Instrumente der GASP ein, so etwa durch die Vorbereitung der Einrichtung der Strategieplanungs- und Frühwarninheit, des Hohen Vertreters für die GASP, von Grundsätzen und allgemeinen Leitlinien der GASP sowie – bereits in Vorwegnahme des Amsterdamer Vertrages²⁹ – der „Gemeinsamen Strategien“.

Während dieses österreichischen Vorsitzes einigten sich Großbritannien und Frankreich in der französisch-britischen Erklärung von St. Malô³⁰, wodurch der tatsächliche Ausbau eines glaubwürdigen Potenzials der EU erst ermöglicht wurde. In diesem Zusammenhang veranstaltete Österreich eine Art „Rat der Verteidigungsminister“, indem es die 15 Verteidigungsminister zu einem Treffen nach Wien einlud und einen offiziellen politischen Dialog mit dem NATO-Generalsekretär begann.³¹

In Österreich entflammte im Zusammenhang mit dem Ausbau der EU zur Europäischen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (ESVP; später Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, GSVP) die Diskussion um einen möglichen Beitritt zur NATO sowie um eine österreichische Sicherheits- und Verteidigungsdoktrin. Die im Jahre 2001 von der Bundesregierung angenommene Doktrin³² bestätigt die Entwicklung von einer strikten Neutralität zur Solidarität sowie die österreichische Unterstützung der dynamischen Entwicklung der GSVP. Gemäß diesem Dokument hat Österreich seinen völkerrechtlichen Status der dauernden Neutralität nachhaltig verändert; sein Status entspreche dem eines allianzfreien Staates. Gleichzeitig unterstreicht aber jenes Dokument, dass Österreich in der Beschränkung oder sogar Aufhebung der Neutralität völkerrechtlich frei ist. Diese Aussage steht jedoch im Gegensatz zu späteren Aussagen vom 14. und 15. Mai 2005, wonach maßgebliche österreichische Politiker Österreich noch immer als neutralen Staat betrachten.³³

Im Zuge der Ausarbeitung des Verfassungsvertrages und des LV wurde wieder die Frage nach der Neutralität aufgeworfen; die traditionelle Meinungsdivergenz hinsichtlich der Stellung Österreichs in der EU brach wieder durch, doch schließlich wurde mit der sogenannten irischen Klausel in Art 42 Abs 7 EUV³⁴ ein Freiraum geschaffen, der Österreich die Entscheidung überlässt, ob es eine neutrale Position im Fall der Geltendmachung dieser kollektiven Selbstverteidigungsklausel

26 BGBl 1997/38.

27 BGBl I 2001/57.

28 Humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, friedenserhaltende Aufgaben sowie Kampfeinsätze bei der Krisenbewältigung einschließlich friedensschaffender Maßnahmen.

29 Vertrag von Amsterdam, ABI C 1997/340, 1.

30 Britisch-französische Erklärung von St. Malô, abrufbar unter: <http://www.iss.europa.eu/uploads/media/cp047e.pdf> (abgefragt am 13. 3. 2015).

31 *Federal Ministry for Foreign Affairs* (Hrsg), *Austrian Foreign Policy Yearbook* (1998) 20.

32 Abrufbar unter: http://www.bka.gv.at/2004/4/4/doktrin_d.pdf (abgefragt am 13. 3. 2015).

33 Siehe die Rede von Bundeskanzler *Wolfgang Schüssel*, abrufbar unter: <http://www.oesterreich2005.at/DesktopDefault.aspx?TabID=4506&Alias=jubilaum2005&cob=11305> (abgefragt am 13. 3. 2015).

34 „Dies lässt den besonderen Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten unberührt.“

einnehmen will. Soweit sich die lediglich verfassungsrechtliche Verankerung der dauernden Neutralität durchsetzt, bleibt diese Entscheidung Österreich vorbehalten. Es ist aber interessant, dass von französischer Seite erklärt wurde, dass in Art 42 Abs 7 EUV der Verweis auf die bei der kollektiven Selbstverteidigung einzusetzenden militärischen Mittel, der noch in Art 5 des WEU-Vertrages enthalten ist, im Interesse der neutralen Staaten nicht aufgenommen wurde.³⁵ Es sei jedoch dahingestellt, ob dies von entscheidender Bedeutung ist, zumal der Verweis auf „alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung“ keine Ausnahme betreffend Kriegsmaterial erkennen lässt.

Wieweit die Solidaritätsklausel in Art 222 AEUV neutralitätsrelevant ist, sei ebenfalls dahingestellt; jedoch stellt die Erklärung Nr 37 zum LV fest, dass es den einzelnen MS obliegt, Art und Umfang der Unterstützung festzulegen, sodass selbst im Fall einer Neutralitätsinkompatibilität der Neutrale die Unterstützung nach seinen Neutralitätsbefindlichkeiten ausrichten darf.

Insgesamt ist somit davon auszugehen, dass es Österreich freisteht, sich innerhalb der EU neutral zu verhalten, ohne gezwungen zu sein, einen entsprechenden allfällig neutralitätswidrigen Beschluss der EU zu verhindern. Art 42 Abs 7 ist auch so konstruiert, dass der einzelne MS, nicht jedoch die EU in ihrer Gesamtheit, die Verantwortlichkeit für die militärischen Unterstützungsmaßnahmen zu tragen hat, somit der daran nicht beteiligte Staat keine derartige Verantwortlichkeit zu übernehmen braucht.

2. Österreichischer Staatsvertrag

Ebenso wie die Neutralität bildete ein Spezifikum des Beitritts Österreichs zur EU der österreichische Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich von 1955³⁶, insbesondere das Anschlussverbot in Art 4. Das gleichwohl bestehende mögliche Hindernis des Art 22 Z 13 über das Rückveräußerungsverbot ehemaligen deutschen Eigentums wie auch das Verbot des Erwerbs deutscher Flugzeuge sowie des Beschäftigungsverbots von Deutschen in der Luftfahrt³⁷ war schon vor dem Beitritt durch die Obsoleterklärung hinfällig geworden³⁸.

Das Anschlussverbot, demzufolge Österreich sich verpflichtete, keine wie immer geartete politische und wirtschaftliche Vereinigung mit Deutschland einzugehen, war immer wieder insbe-

35 Art V des Vertrags über die Westeuropäische Union lautet: „If any of the High Contracting Parties should be the object of an armed attack in Europe, the other High Contracting Parties will, in accordance with the provisions of Article 51 of the Charter of the United Nations, afford the Party so attacked all the military and other aid and assistance in their power.“ Abrufbar unter: <http://www.weu.int/> (abgefragt am 12. 3. 2015). Demgegenüber lautet Art 42 Abs 7 EUV diesbezüglich: „Im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats schulden die anderen Mitgliedstaaten ihm alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung, im Einklang mit Artikel 51 der Charta der Vereinten Nationen.“

36 BGBl 1955/152.

37 Art 12–16 Staatsvertrag.

38 Siehe die Mitteilung der österreichischen Bundesregierung betreffend einige Bestimmungen des Staatsvertrags vom 15. 5. 1955 von Wien an die vier Signatarstaaten des Staatsvertrags, in *BMAA* (Hrsg), Österreichische Außenpolitische Dokumentation. Texte und Dokumente (Dezember 1990) 28; weiters *Hecht/Muzak*, Zur Geltung der für obsolet erklärten Bestimmungen des Staatsvertrags von Wien, *JB1* 1994/11, 720; *Köck*, Ist der österreichische Staatsvertrag „obsolet“? Grundsätzliche Überlegungen zu Vertragserrichtung und Vertragsendigung nach Völkerrecht, *ZÖR* 1996/50, 75; *Rotter*, The Austrian State Treaty – or What is Left of It, in *Benedek/Isak/Kicker* (Hrsg), Development and Developing International and European Law (1999), 725; *Ermacora*, Die Obsoleterklärung von Bestimmungen des österreichischen Staatsvertrags 1955, *AJPIL* 1991/42, 319; *Hafner*, „L'obsolescence“ de certaines dispositions du traité d'Etat Autrichien de 1955, *Annuaire Français de Droit International* 1991/37, 239.

sondere von Seiten der Sowjetunion, aber auch in anderen Mitgliedstaaten der EU, wie etwa in Großbritannien, als Hindernis des Beitritts vorgebracht worden. Erinnerungen an Vorgänge wie das Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofs aus dem Jahre 1931 wurden wach, wo der Plan einer Zollunion Österreichs mit Deutschland als Verstoß gegen den Staatsvertrag von St. Germain von 1919 und die Genfer Protokolle von 1922 qualifiziert wurde.³⁹ Österreichs Gegenargument bestand aber darin, dass dieser Beitritt nicht eine politische und wirtschaftliche Verbindung zu Deutschland bewirke, sondern zur EU, und somit eine Verbindung zu allen MS der EU schaffe. Dieser Beitritt verfolge Zwecke, die jenen des von Art 4 verbotenen Anschlusses diametral entgegenstünden, da er eine Diversifizierung des österreichischen Außenhandels bezwecke, während Art 4 Staatsvertrag davon ausgehe, dass der dort gemeinte Anschluss eine wirtschaftliche Verflechtung allein mit Deutschland bewirken und Österreich dem politischen Willen Deutschlands unterwerfen würde. Allerdings wurde in der weiteren Folge das Problem des Anschlussverbots nicht mehr angeschnitten, sodass sich die österreichische Ansicht durchsetzte.

Zweifellos bestand die Furcht vor einer Germanisierung der EU oder vor einer Stärkung des germanischen oder deutsch sprechenden Blocks, doch schwand diese Furcht angesichts der Realität innerhalb der Union.

Aus der Beitrittsgeschichte sei noch eine kleine Begebenheit betreffend die Kompatibilität mit dem Staatsvertrag angefügt: Art 10 Z 2 Staatsvertrag verpflichtet Österreich dazu, das Habsburgergesetz⁴⁰ beizubehalten, womit die Habsburger aus Österreich vertrieben wurden, soweit sie keine Thronverzichtserklärung abgegeben hatten. Anlässlich des Beitritts wurde argumentiert, dass die Personenfreizügigkeit in der EU das Habsburgergesetz verdränge und den Habsburgern die Einreise erlaube.⁴¹ Diesem Argument stand und steht aber der jetzige Art 351 AEUV zum Schutz von mit Drittstaaten abgeschlossenen Verträgen entgegen; im Übrigen ist das Problem derzeit obsolet, da kein Thronnachfolgersanspruch mehr besteht.

Nichtsdestoweniger tauchte jenes Problem des Anschlussverbots wieder in einem anderen Zusammenhang auf, als sich nämlich Zypern um die Mitgliedschaft in der EU bewarb. Der Garantievertrag⁴², der zu den Grunddokumenten der Entstehung Zyperns zählt, verbietet Zypern in Art 1⁴³, an irgendeiner politischen oder wirtschaftlichen Union mit irgendeinem anderen Staat teilzunehmen.

39 IGH, *Austro-German Customs Union*, Advisory Opinion of 5 September 1931, StIGH Ser A/B41 (1931).

40 StGBI 1919/209.

41 <http://sga.monarchisten.org/home/aktuelles/186-verfassungsexperte-restauration-kein-verfassungsbruch.html> (abgefragt am 13. 3. 2015); interessanterweise ist auf der Website <http://www.verfassungen.de/at/at18-34/habsburgergesetz19.htm> (abgefragt am 13. 3. 2015) festgehalten: „Heute kann jedoch das Gesetz, insbesondere hinsichtlich der Landesverweisung, als nicht mehr bindend betrachtet werden, da Österreich durch seinen Status als Mitgliedstaat der Europäischen Union dieses Gesetz als im Widerspruch mit dem Europäischen Recht stehend anerkennen muss (wegen ‚Freizügigkeit‘).“

42 Vertrag betreffend die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit, territorialen Unversehrtheit und Sicherheit sowie der staatsrechtlichen Verhältnisse der Republik Zypern (Garantievertrag) vom 16. 8. 1960, UKTS 1961 No 5; 164 BFSP 388.

43 „The Republic of Cyprus undertakes to ensure the maintenance of its independence, territorial integrity and security, as well as respect for its Constitution. It undertakes not to participate, in whole or in part, in any political or economic union with any State whatsoever. It accordingly declares prohibited any activity likely to promote, directly or indirectly, either union with any other State or partition of the Island.“

Sowohl in der Generalversammlung als auch im Sicherheitsrat wurde 2001 die Frage nach der Kompatibilität von Zyperns Beitritt zur EU mit dieser Verpflichtung aufgeworfen. Dabei wurde zugunsten Zyperns die Vereinbarkeit von Österreichs Beitritt zur EU mit dem Anschlussverbot in Art 4 des Staatsvertrags zitiert.⁴⁴ Das Gegengutachten hielt mit der Behauptung dagegen, dass das Anschlussverbot sehr wohl gegen das Beitrittsrecht spreche, doch die Staatsvertragsparteien darauf verzichtet hätten, diese Rechtsverletzung geltend zu machen.⁴⁵ Ein weiteres Gutachten hielt dem wieder entgegen, dass der Verhandlungsverlauf des österreichischen Beitritts keinen Anlass geboten hätte, eine Unverträglichkeit des Beitritts mit Art 4 anzunehmen.⁴⁶ Die Geschichte lehrt aber, dass sich die österreichische Ansicht auch hinsichtlich Zyperns durchgesetzt hat.

3. Beteiligung an Sanktionen

Schon seit Beginn der Erörterungen eines Beitritts zur EU stellte sich die Frage einer Beteiligung an Sanktionen, wobei jedoch auf die reichhaltige Praxis der österreichischen Beteiligung an Sanktionen der UN aufgebaut werden konnte.⁴⁷ Verschiedene Szenarien wurden entwickelt, um die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit der Neutralität beweisen zu können, wobei sich auch die Frage stellte, ob eine Nichtbeteiligung zulässig sei. In dieser Hinsicht wurde auf das Beispiel der EU-Sanktionen gegen Argentinien⁴⁸ und die – zugegeben umstrittene – Ausgliederung Irlands und Italiens aus der Sanktionsverlängerung sowie die Frage des innerdeutschen Handels⁴⁹ zur Bestätigung dessen verwiesen, dass eine derartige Nichtteilnahme möglich sei. In Österreich wurde diesbezüglich auch auf den nunmehrigen Art 28 Abs 5 EUV verwiesen, der Ausnahmen mit Zustimmung des Rates zuließe.

Soweit rein wirtschaftliche Sanktionen betroffen waren, räumte Art 23j B-VG nunmehr alle neutralitätsrechtlichen Bedenken aus⁵⁰, die mE von vornherein nur in Randbereichen bestanden⁵¹, so dass heute keine Schwierigkeiten mehr bestehen, sich an den Sanktionen zu beteiligen.

44 Siehe General Assembly Security Council A/52/481-S/1997/805 sowie General Assembly Security Council A/51/951-S/1997/585 add.

45 General Assembly Security Council A/56/451-S/2001/953.

46 General Assembly Security Council A/56/723-S/2001/1222.

47 Hummer, Der internationale Status und die völkerrechtliche Stellung Österreichs seit 1918, in *Reinisch* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts I (2013) 722 ff.

48 VO (EWG) 877/82 des Rates vom 16. 4. 1982 zur Aussetzung der Einfuhr aller Erzeugnisse mit Ursprung in Argentinien, ABl L 1982/102, 1; VO (EWG) 1176/82 des Rates vom 18. 5. 1982 zur Verlängerung der Aussetzung der Einfuhr aller Erzeugnisse mit Ursprung in Argentinien, ABl L 1982/136, 1; VO (EWG) 1254/82 des Rates vom 24. 5. 1982 zur Verlängerung der Aussetzung der Einfuhr aller Erzeugnisse mit Ursprung in Argentinien, ABl L 1982/146, 1.

49 Siehe Protokoll über den innerdeutschen Handel und die damit zusammenhängenden Fragen, <http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/EWGV-Protokoll-innerdeutsch.pdf> (abgefragt am 13. 3. 2015).

50 Art 23j B-VG lautet: „ (1) Österreich wirkt an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf Grund des Titels V Kapitel 1 und 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon mit, der in Art. 3 Abs. 5 und in Art. 21 Abs. 1 insbesondere die Wahrung beziehungsweise Achtung der Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen vorsieht. Dies schließt die Mitwirkung an Aufgaben gemäß Art. 43 Abs. 1 dieses Vertrags sowie an Maßnahmen ein, mit denen die Wirtschafts- und Finanzbeziehungen zu einem oder mehreren Drittländern ausgesetzt, eingeschränkt oder vollständig eingestellt werden. Auf Beschlüsse des Europäischen Rates über eine gemeinsame Verteidigung ist Art. 50 Abs. 4 sinngemäß anzuwenden. (2) Für Beschlüsse im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Europäischen Union auf Grund des Titels V Kapitel 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon gilt Art. 23e Abs. 3 sinngemäß. (3) Bei Beschlüssen über die Einleitung einer Mission außerhalb der Europäischen Union, die Aufgaben der militärischen Beratung und Unterstützung, Aufgaben der Konfliktverhütung und der Erhaltung des Friedens oder Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten umfasst, sowie bei Beschlüssen gemäß Art. 42 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon betreffend

Daneben traten insofern auch andere Probleme auf, als die österreichischen Behörden mit der direkten Anwendbarkeit von Verordnungen nicht zurechtkamen. Gewohnt, die Sanktionsresolutionen mithilfe des innerstaatlichen Gesetzesapparates umzusetzen (Kriegsmaterialgesetz⁵², Bankwesengesetz⁵³, Sanktionengesetz⁵⁴, Außenhandelsgesetz⁵⁵), da die Sicherheitsratsresolutionen nicht dem Bestimmtheitsgebot entsprachen, wollten sie auch die Sanktionsverordnungen der Union entsprechend vor allem dann umsetzen, wenn sie lediglich die Sicherheitsratsresolutionen kopierten. Hier musste erst Überzeugungsarbeit geleistet werden, um das Umsetzungsverbot zu erklären. Die Umsetzung über die Strafbarkeitsbestimmungen zu erwirken, erwies sich zwar als möglich, jedoch mühsam. Auch die allgemeine Klausel im Außenhandelsgesetz über die Strafbarkeit des Verstoßes gegen unmittelbar anwendbare Rechtsakte der Union galt jedoch nicht als rechtlich unumstritten⁵⁶; das Außenhandelsgesetz 2011⁵⁷ rief schließlich nicht mehr derartige Zweifel hervor.

4. Beteiligung an Operationen

Von besonderer Brisanz war und ist die Beteiligung Österreichs an Operationen der EU, wobei jedoch Österreich sehr wohl an seine Erfahrungen in den UN anknüpfen konnte. Wenn auch anfangs eher Zweifel daran überwogen, ob nicht die historisch engen Verbindungen Österreichs zum Balkan einer Beteiligung an den Operationen auf diesem Gebiet im Wege stünden, so wurde gerade die Vertrautheit Österreichs mit jenen Verhältnissen von der Union geschätzt, sodass Österreich in besonderem Maße am Balkan engagiert wurde. Derzeit ist Österreich an der Mission EULEX Kosovo, EUMM Georgien, EUPOL Afghanistan, EUPOL COPPS (Palästina), EUSEC RD Kongo (2) sowie an den militärischen Operationen EUFOR Althea in Bosnien (330), EUFOR RCA (7) und EUTM Mali (7) beteiligt.⁵⁸

Die rechtliche Basis für diese Beteiligung besteht insbesondere im KSE-BVG⁵⁹, das auf dem Gedanken der Solidarität beruht, der für einige Zeit sogar die Neutralität zu verdrängen schien, doch heute wieder im Zusammenhang mit ihr gesehen wird. Das Verfahren der Entsendung im Zusammenhang mit der GSVP ergibt sich aus der Bundesverfassung, da Art 23j Abs 4 B-VG die Entsendung in den Rahmen eines entsprechenden verfassungsrechtlich vorgesehenen Rahmens einspannt.⁶⁰ Dieser ist durch das KSE-BVG gegeben, das die Entsendung von den völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs, den Grundsätzen der Satzung der UN sowie der Schlussakte von Helsinki und der GASP der EU aufgrund des Titels V des Vertrages über die Europäische Union

die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik ist das Stimmrecht im Einvernehmen zwischen dem Bundeskanzler und dem für auswärtige Angelegenheiten zuständigen Bundesminister auszuüben. (4) Eine Zustimmung zu Maßnahmen gemäß Abs. 3 darf, wenn der zu fassende Beschluss eine Verpflichtung Österreichs zur Entsendung von Einheiten oder einzelnen Personen bewirken würde, nur unter dem Vorbehalt gegeben werden, dass es diesbezüglich noch der Durchführung des für die Entsendung von Einheiten oder einzelnen Personen in das Ausland verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens bedarf.“

51 Eine umfassende wirtschaftliche Gleichbehandlungspflicht lässt sich aus dem Neutralitätsrecht nicht ableiten, sondern lediglich dann, wenn ein neutraler Staat Ausfuhrverbote betreffend Kriegsmaterial erlässt.

52 BGBl 1977/540.

53 BGBl 1993/532.

54 BGBl I 2010/36.

55 BGBl 1995/172.

56 Siehe die Stellungnahme des BMJ, BMJ-L712.506/0001-II 2/2004, 3.

57 BGBl 2005/50.

58 BMEIA (Hrsg), Außen- und europapolitischer Bericht 2013, 151 f.

59 BGBl 1997/38.

60 Hummer in Reinisch 722 ff.

abhängig macht. Die Abhängigkeit von völkerrechtlichen Verpflichtungen lässt es offen, ob innerhalb der EU auf die Neutralität rekurriert werden muss oder wird, wodurch eine zumindest konstruktive Stimmenthaltung gefordert wäre, sollte die Neutralität betroffen werden.

Der Handlungskatalog der EU ist durch den LV erweitert⁶¹, sodass gemeinsame Abrüstungsmaßnahmen, humanitäre Aufgaben und Rettungseinsätze, Aufgaben der militärischen Beratung und Unterstützung, Aufgaben der Konfliktverhütung und der Erhaltung des Friedens sowie Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen und Operationen zur Stabilisierung der Lage nach Konflikten fallen. Die hier erfassten Maßnahmen sind meistens nicht solche, die den Kernbestand der Neutralität berühren, doch lässt sich nicht ausschließen, dass unter Kampfeinsätze im Rahmen der Krisenbewältigung einschließlich Frieden schaffender Maßnahmen auch solche fallen könnten, bei denen in einen Krieg einseitig eingegriffen wird.⁶² Allerdings sind diesen Maßnahmen enge Grenzen durch die Bedingung der völkerrechtlichen Zulässigkeit gesetzt, denen auch die Union unterworfen ist⁶³, wodurch – anders als bei Maßnahmen nach Art 42 Abs 7 EUV – ein tatsächlicher Konflikt mit dem Neutralitätsrecht nicht sehr realistisch ist; schließlich ist auch die EU an das völkerrechtliche Gewaltverbot gebunden.

5. Südtirol

In der österreichischen Außenpolitik kommt Südtirol ein besonderer Stellenwert zu. Während der Beitrittsverhandlungen wurde auch das Problem Südtirol aus der Furcht heraus releviert, dass der Beitritt Errungenschaften des Gruber-De Gasperi-Abkommens von 1946⁶⁴ sowie des Pakets und Operationskalenders⁶⁵ und schließlich des Autonomiestatuts⁶⁶ untergraben könnte, ungeachtet dessen, dass Italien schon seit Beginn an Mitglied der EU war.

Mit dem Beitritt Österreichs fiel jedoch das Abkommen unter das Unionsrecht, soweit es Regelungen enthält, die dem Unionsrecht widersprechen. Als davon möglicherweise betroffene Thematiken galten die Bestimmungen über

- a. die Stellenvermittlung gem Art 10 Autonomiestatut⁶⁷,
- b. den Zweisprachigkeitsnachweis für die Aufnahme in öffentliche Stellen⁶⁸,
- c. die Proporzregelung gem Art 89 Autonomiestatut und
- d. Schulen.

In der Praxis wurde aber eine mögliche Divergenz zwischen den beiden Regelungsbereichen nicht schlagend. Der LV schützt die nationalen Minderheiten insbesondere im Rahmen des Diskriminierungsverbots, da entsprechende unterschiedliche Behandlungen der nationalen Minderheiten als gerechtfertigte Differenzierung gelten und der EUV schon in Art 2 den Schutz der Rechte

61 Siehe Art 43 EUV.

62 Siehe dazu *Majchrzak*, Die Krisenkapazität der Europäischen Union im Kontext der Petersberg Aufgaben (2010) 122 ff.

63 Siehe Art 3 (5) EUV.

64 *Verosta*, Die internationale Stellung Österreichs 1938–1947 (1947) 114 f.

65 *BMAA* (Hrsg), Österreichische Außenpolitische Dokumentation. Sonderdruck Südtirol. Dokumentation (o.J.) 18 ff.

66 Autonomiestatut 1972, genehmigt durch das Dekret des Präsidenten der Republik vom 31. 8. 1972, Nr 670.

67 3. Kapitel, Punkt 10 (3) Autonomiestatut sieht vor, „daß die in der Provinz Bozen ansässigen Bürger das Recht auf Vorrang bei der Arbeitsvermittlung innerhalb des Gebietes dieser Provinz (haben); jegliche auf Sprachgruppenzugehörigkeit oder Ansässigkeitsdauer beruhende Unterscheidung ist ausgeschlossen“.

68 Siehe VIII. Abschnitt, Punkt 89.

der Minderheitenangehörigen zu den Unionswerten sowie in Art 3 den Reichtum der kulturellen und sprachlichen Vielfalt zu den Zielen der Union zählt.

Das Minderheitenrecht kam im Fall *Bickel/Franz*⁶⁹ auf den Prüfstand des EuGH, in dem der Gerichtshof jedoch besonderen Wert dem Schutz der Minderheiten beimaß. Das Sprachenerfordernis war schon im Fall *Groener*⁷⁰ als zulässig erkannt worden. Im Fall *Angonese*⁷¹ beschäftigte sich der EuGH ebenfalls mit dem Sprachenerfordernis, allerdings lediglich hinsichtlich der Feststellung der entsprechenden Sprachkenntnisse.

Wenn auch das gegenwärtige Unionsrecht etwas zögerlich gegenüber affirmativen Rechten von nationalen Minderheiten ist, lässt sich schließen, dass die besonderen Rechte der Südtiroler derzeit nicht gefährdet sind, entweder weil sie europarechtlich als gerechtfertigt gelten oder nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. So liegt zB die gegenwärtig aktuelle Frage der Finanzhoheit Südtirols, die durch den Brief des italienischen Regierungschefs gelöst zu sein scheint⁷², außerhalb des Unionsrechts.

C. Transitprobleme

Außerhalb des außenpolitischen Problemkreises stand Österreich dem durch den Beitritt zu erwartenden Anwachsen des Transitverkehrs gegenüber, zur Zeit des Beitritts insbesondere im Gebiet der Alpenüberquerung. In dieser Hinsicht waren besondere nachteilige Auswirkungen auf die im Alpenbereich sensible Umwelt zu erwarten, was eine Internalisierung der externen Effekte erforderte. Mit dem Beitritt der mittel- und osteuropäischen Länder (MOEL) im Jahre 2004 erweiterte sich dieser Problemkatalog um den Ost-West-Transitverkehr durch Österreich.⁷³

Österreich hatte schon vor dem Beitritt im Jahre 1992 im Transitabkommen EWG-Österreich von Porto mittels des Ökopunktesystems und der Begrenzung der Transitarbeiten eine Lösung für einen Zeitraum von 12 Jahren getroffen, die es auch nach dem Beitritt zu wahren galt.⁷⁴ Es gelang in den Beitrittsverhandlungen, die wesentlichen Inhalte dieser Regelung mittels Überführung in das Protokoll Nr 9, somit in das Primärrecht, zu erhalten. Die Anwendungspraxis blieb jedoch nicht ohne Schwierigkeiten.

Nach Auslaufen dieses Protokolls erließ die EU eine Übergangsregelung für den Transitverkehr durch Österreich, bis später eine generelle Regelung durch die Wegekostenrichtlinie zwecks Harmonisierung der Benutzungs- und Mautgebühren für das gesamte transeuropäische Straßennetz getroffen wurde, deren Änderung jedenfalls eine höhere Mautgebühr für die Durchfahrt durch sensible Gebiete gestattet.⁷⁵

69 EuGH 24. 11. 1998, C-274/96, *Bickel/Franz*.

70 EuGH 28. 11. 1989, C-379/87, *Groener*.

71 EuGH 6. 6. 2000, C-281/98, *Angonese*.

72 Siehe http://www.provinz.bz.it/news/de/news.asp?news_action=4&news_article_id=479837 (abgefragt am 13. 3. 2015).

73 Siehe *Zatl*, Transitverkehrspolitik in Österreich, Verkehrsjournal 02/10 abrufbar unter: <file:///I:/graz%202015/Verkehrsjournal.html>; *Puwein*, Auswirkungen der EU-Erweiterung auf den Verkehr in Österreich, WIFO Monatsberichte 2001/8, 513 ff.

74 Siehe dazu im Detail *Obwexer* in *Hummer/Obwexer* 299 ff.

75 RL 2011/76/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 9. 2011 zur Änderung der RL 1999/62/EG über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge, ABI L 2011/269, 1.

Besondere Probleme boten und bieten aber die Versuche, sektorale Fahrverbote einzurichten, was auch den EuGH beschäftigte, der in einer ersten Entscheidung Österreich vorwarf, versäumt zu haben, gelindere Mittel zum Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens und aus zwingenden Gründen des Umweltschutzes untersucht und angewendet zu haben.⁷⁶ Nichtsdestotrotz hat Tirol wieder sektorale Fahrbeschränkungen hinsichtlich des Transports von bestimmten Gütern, des LKW-Nachtfahrverbots sowie des Einsatzes schadstoffreicher Schwerfahrzeuge wie auch eine bestimmte allgemeine Geschwindigkeitsbegrenzung eingeführt.⁷⁷ Es wird sich zeigen müssen, wieweit die Union die besondere Situation Tirols, den Bedarf des Umweltschutzes und des Schutzes der Bevölkerung entsprechend würdigen wird.

D. Atomenergie

Die österreichische Bevölkerung reagierte schon immer sensibel auf die Frage der Verwendung der Atomenergie; das berühmte Referendum unter Bundeskanzler *Kreisky* 1978 betreffend Zwentendorf resultierte im Bundesgesetz über das Verbot der Nutzung der Kernspaltung für die Energieversorgung in Österreich.⁷⁸ Als Österreich im Jahre 1989 seinen Antrag zum Beitritt zur EU, genau genommen zu den drei einzelnen Gemeinschaften EGKS, EWG und EAG (Euratom) stellte, wurde auch angeregt, der EAG nicht beizutreten. Es wurde befürchtet, dass Österreich in der EAG seine atomablehnende Politik nicht weiterführen könnte. Mit dem Maastrichter Vertrag erübrigte sich jedoch diese Diskussion, als Österreich nach dessen Inkrafttreten seine drei Beitrittsanträge auf einen zur Union, innerhalb der die EAG Bestandteil des ersten Pfeilers bildete, reduzieren musste.

In der Erklärung Nr 4 zum Beitrittsvertrag anerkannten aber die Vertragsparteien, dass die Entscheidung über die Erzeugung von Kernenergie den MS entsprechend ihrer eigenen politischen Ausrichtung überlassen bleibe. Gemäß den Erläuterungen garantiert diese Erklärung, dass das Atomsperrgesetz unangetastet bleiben werde und Österreich nicht dazu verpflichtet werden könne, Atomkraftwerke auf seinem Gebiet zu errichten, deren Errichtung zuzulassen oder radioaktive Abfälle aus dem Ausland zu übernehmen.⁷⁹

In weiterer Folge erging 1999 das Verfassungsgesetz für ein atomfreies Österreich und die österreichische Antinuklearpolitik erhielt durch den Verzicht auch anderer EU-MS auf die nukleare Energieerzeugung beträchtlichen Aufwind.

Doch konnte Österreich nicht die weitere Verwendung und sogar den Ausbau von Kernkraftwerken (KKWs) in seinen Nachbarstaaten verhindern, was in der Auseinandersetzung um das KKW Temelin in der Tschechischen Republik gipfelte. Noch vor dem Beitritt dieses Staates zur EU war es aber gelungen, mit ihm ein Abkommen über Sicherheitsstandards und ein Informationssystem, nicht zuletzt mithilfe der EU, abzuschließen, das auch EU-Kommissar *Verheugen*

76 EuGH 21. 12. 2011, C-28/09, *Kommission/Österreich*.

77 Siehe LKW Fahrverbote – A12 Inntalautobahn (Tirol), [https://www.wko.at/Content.Node/Service/Verkehr-und-Betriebsstandort/Verkehr-allgemein/Verkehrsrecht/LKW_Fahrverbote_-_A12_Inntalautobahn_\(Tirol\).html](https://www.wko.at/Content.Node/Service/Verkehr-und-Betriebsstandort/Verkehr-allgemein/Verkehrsrecht/LKW_Fahrverbote_-_A12_Inntalautobahn_(Tirol).html) (abgefragt am 13. 3. 2015).

78 BGBl 1978/676.

79 RV 11 BlgNR 16. GP 432.

unterzeichnet hatte.⁸⁰ In die Schlussakte zum Beitrittsvertrag 2003 der Tschechischen Republik wurde mit Bezug auf diese bilaterale Vereinbarung über das KKW Temelin eine Gemeinsame Erklärung aufgenommen.⁸¹

Doch gelangte die Angelegenheit Temelin bis vor den EuGH, da erst der OGH in einem Verfahren des Landes Oberösterreich gegen den Betreiber des KKW Temelin, ČEZ, um eine Vorabentscheidung zur Frage der gerichtlichen Zuständigkeit einkam⁸², während das LG Linz in diesem Verfahren später um Feststellung ersuchte, ob die Nichtanwendung des § 364a ABGB auf bestimmte ausländische KKWs eine Diskriminierung darstelle, was der EuGH auch bejahte.⁸³

In jüngerer Zeit versucht Österreich erneut, seiner Anti-Atompolitik in der Union stärkeren Ausdruck zu verleihen, nachdem die Kommission eine Subvention des britischen KKW Hinkley Point als mit dem Unionsrecht vereinbar erklärt hatte.⁸⁴ Österreichische Regierungsmitglieder erklärten jedoch, Klage gegen diese Kommissionentscheidung einbringen zu wollen.⁸⁵

Darin bestätigt sich, dass Österreich auch in der EU bestrebt ist, seine Antinuklearpolitik in umfassender Weise, somit nicht nur im Hinblick auf die Nachbarstaaten, fortzuführen. Gleichzeitig wirkt aber der Grundsatz, wonach jeder MS selbst über seinen Energiemix entscheidet, auf den sich Österreich bei Beitritt stützte, wiederum gegen die österreichische Position, da die Kommission eben wieder auf diesen Grundsatz rekurrierte, um die Subvention genehmigen zu können.

E. Hochschulzugang

Ein andauerndes, von den Grundfreiheiten der Union ausgelöstes Problem bildet die Frage des Hochschulzugangs. Die Freizügigkeit in der Union und die unterschiedlichen Zugangssysteme zu Hochschulstudien insbesondere von Deutschland und Österreich verursachten einen verstärkten Zugang von deutschen „*numerus clausus* Flüchtlingen“ an die österreichischen Universitäten. Schon die Beteiligung am EWR provozierte Gutachten zum Beweis dessen, dass deutsche Studenten auch für Studien in Österreich die heimatischen *numerus clausus*-Bedingungen erfüllen müssten, wie es dann in § 36 des Universitätsstudiengesetzes⁸⁶ Eingang fand.

Allerdings hielt diese Ansicht nicht der EU stand: Im Urteil C-147/03 erklärte der EuGH diese Bestimmung als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und folglich mit dem Unionsrecht unvereinbar. Die österreichischen Universitäten erließen daraufhin Zugangsbeschränkungen zu einzelnen Studienfächern; besonders prekär war und ist die Situation beim Medizinstudium,

80 Abgedruckt in *Binder/Bufard/Hafner/Hagemann*, Austrian Diplomatic and Parliamentary Practice in International Law, ARIEL 2002/7, 374 ff.

81 Siehe http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/II_00230/fnameorig_008802.html (abgefragt am 13. 3. 2015).

82 EuGH 18. 5. 2006, C-343/04, *Land Oberösterreich/ČEZ*.

83 EuGH 27. 10. 2009, C-115/08, *Land Oberösterreich/ČEZ*.

84 Pressemitteilung 8. 10. 2014, Staatliche Beihilfen: Kommission beschließt, dass geänderte britische Fördermaßnahmen für Kernkraftwerk Hinkley Point mit EU-Recht vereinbar sind; abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1093_de.htm (13.03.2015) Siehe: http://ec.europa.eu/ireland/press_office/media_centre/oct-2014_en.htm#23 (abgefragt am 13. 3. 2015).

85 Siehe Österreich will gegen AKW-Neubau in Großbritannien klagen, http://www.wienerzeitung.at/nachrichten/europa/europaeische_union/666986_Mehrheit-fuer-AKW-Neubau-in-Grossbritannien.html (abgefragt am 13. 3. 2015); Siehe auch *Musil/Reyhani*, Zuwanderung internationaler Studierender aus Drittstaaten nach Österreich (2012).

86 BGBl 1997/48.

weswegen bei dessen Zulassung in den Fächern Human- und Zahnmedizin 75 % der Studienplätze an den drei Medizinischen Universitäten Graz, Innsbruck und Wien für Inhaber österreichischer Reifeprüfungszeugnisse, 20 % für EU-Bürger und fünf Prozent für Nicht-EU-Bürger reserviert wurden.⁸⁷ Die Kommission akzeptierte diese Regelung unter dem Vorbehalt, dass bis Dezember 2016 entsprechend belegt werde, dass anderenfalls eine Gefährdung der ärztlichen Versorgung damit verbunden sei.⁸⁸ Der EuGH bestätigte schließlich in seiner Entscheidung *Bressol*⁸⁹, dass auf das Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit Rücksicht zu nehmen ist.

Dieses Problem resultiert auch aus noch fehlender Harmonisierung der rechtlichen Systeme der EU-MS; insoweit hat der bekannte Spill-over-Effekt noch nicht gegriffen.

III. Schlussfolgerungen

Die genannten Beispiele illustrieren, dass der Beitritt und die Zugehörigkeit Österreichs zur EU nicht friktionsfrei vorstättengingen und gehen. Probleme ergaben sich einerseits aus der besonderen geografischen Situation Österreichs (alpenquerender Transit), andererseits aus der besonderen politischen Stellung (Neutralität, Atompolitik, Südtirol) oder rechtlichen Position (Hochschulzugang) Österreichs.

Zur Bewältigung dieser Friktionen bestanden unterschiedliche Alternativen: Entweder konnte

- Österreich darauf aufbauen, dass der betreffende Bereich nicht in den Kompetenzbereich der Union falle, oder
- versuchen, eine besondere Position innerhalb der Union zu erlangen, oder
- musste schließlich der Union nachgeben.

Gleichzeitig ist auch zu beachten, dass Österreich beim Beitritt einem gegebenen Rechtssystem ausgesetzt war, das es nicht mehr verändern konnte, während es in den weiteren Vertragsänderungen bis hin zum LV bereits an der Vertragsgestaltung beteiligt war und somit schon dort seine Interessen einbringen konnte. Das beste Beispiel dafür ist die irische Klausel in Art 42 Abs 7 EUV.⁹⁰

Im Bereich der Außenpolitik gelang es, insbesondere mithilfe der irischen Klausel, die Möglichkeit zur Wahrung der eigenen Position zu erlangen, darüber hinaus auch teilweise im Bereich des Hochschulzugangs wie auch des Transits. Dagegen musste es aufgrund der Urteile des EuGH im Bereich der auswärtigen Beziehungen seine eigene Position revidieren und entsprechende Anpassungen vornehmen.

Eine eigene Position zu verfolgen oder gar durchzusetzen, fällt dann leichter, wenn es gelingt, Koalitionen zu bilden; wie zB beim Hochschulzugang mit Belgien, das sich in einer Österreich vergleichbaren Lage befindet.

Den Erfolgsaussichten einer eigenen Politik ist durch den Gerichtshof eine Grenze gesetzt, da sich dieser nach dem Unionsrecht zu richten hat. Jedoch zeigte sich, dass Österreich selbst dort, wo ein gerichtliches Verfahren droht oder sogar schon eingeleitet wurde, die eigene Posi-

87 Siehe <https://www.i-med.ac.at/mypoint/news/668733.html> (abgefragt am 13. 3. 2015).

88 Siehe http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1388_de.htm (abgefragt am 13. 3. 2015).

89 EuGH 13. 4. 2010, C-73/08, *Bressol*.

90 Siehe oben.

tion durchzusetzen vermag, bedingt allerdings durch die entsprechend seriöse Beweisführung. So hat der Gerichtshof Verfahren gegen Österreich ausgesetzt (wie etwa beim Hochschulzugang) oder hat die Kommission das Verfahren aufgeschoben. Gleichzeitig erweist sich, dass dem Unionsrecht durchaus Flexibilität innewohnt, die eine eigene individuelle Position erlaubt.

Die eigene Position zu behaupten, ist jedenfalls dort leichter, wo der Gerichtshof keine Zuständigkeit besitzt, wie etwa bei der GASP, oder keine Unionskompetenz besteht.

Österreich bietet somit ein Beispiel dafür, dass das Motto der Union „Vielfalt in der Einheit“ durchaus seine Berechtigung findet.

Die Durchführung von Unionsrecht durch die Verwaltung eines föderal organisierten Mitgliedstaats

Stefan Börger*, Amt der Steiermärkischen Landesregierung

Kurztext: Eine föderale Struktur erleichtert die Durchführung von Unionsrecht nicht. In Österreich hat sich jedoch nach 20 Jahren EU-Mitgliedschaft eine zweckmäßige Struktur etabliert, um mit den Herausforderungen in der Umsetzung und Anwendung von Unionsrecht im Bundesstaat umgehen zu können. Der Beitrag bespricht anhand aktueller Themen und Beispiele typische Fragen im Verhältnis EU-Mitgliedstaat-Bundesland wie die Umsetzungszuständigkeit von Richtlinien, den Umgang mit Vertragsverletzungsverfahren und Bußgeldverfahren oder die Frage unionsrechtlich begründeter subjektiver Rechte.

Schlagworte: Unionsrecht; Bundesstaat; Vertragsverletzungsverfahren; Richtlinienumsetzung.

I. Einleitung

Unter Durchführung von Unionsrecht wird im Sinne dieses Beitrags jede Form der administrativen, aber auch legislativen und judikativen Anwendung und Umsetzung von Unionsrecht verstanden.¹

Da die für diesen Beitrag gewählte Perspektive die eines österreichischen Bundeslandes ist, werden sich die Ausführungen jedoch auf die – aus diesem Blickwinkel besonders relevanten – legislativen und administrativen Erfahrungen im Umgang mit Unionsrecht im Dreiecksverhältnis EU, Mitgliedstaat und Bundesland beschäftigen.

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Für die Durchführung von Unionsrecht in einem föderalen Kontext sieht das Unionsrecht keine spezifischen Bestimmungen vor, sodass die verfassungsrechtlichen Grundlagen maßgebend sind; folgerichtig können beispielsweise auch Umstände der staatlichen Rechtsordnung oder föderale Strukturen nicht die Nichtbeachtung von Unionsrecht oder die verspätete Umsetzung von Unionsrecht rechtfertigen.²

* Mag. Stefan Börger, LL.M., ist Leiter des Referats Europa und Außenbeziehungen des Amtes der Steiermärkischen Landesregierung.

1 Vgl. Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht. Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich⁵ (2013) 99.

2 Vgl. aber beispielsweise die durch den Lissabon-Vertrag hinzugekommenen Erwähnungen der regionalen und lokalen Ebene im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung.

Wesentlich ist nach wie vor Art 23d B-VG bzw die bereits 1992 in Hinblick auf den EWR abgeschlossene Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art 15a B-VG über die Mitwirkungsrechte der Länder und Gemeinden in Angelegenheiten der europäischen Integration.³

Die darin vorgesehenen, in der Praxis bedeutsamsten Inhalte sind einerseits Informationsrechte der Länder gemäß Art 23d Abs 1 B-VG sowie Mitwirkungsmöglichkeiten an der  sterreichischen Haltung in EU-Angelegenheiten gemäß Abs 2 und andererseits die zentrale Regelung der Durchf hrungsverpflichtung von Unionsrecht durch die Länder in Art 23d Abs 5 B-VG verbunden mit der Devolutionsregelung an den Bund nach einer entsprechenden Entscheidung des Gerichtshofs, um dem Bund die Erfüllung der unionsrechtlichen Verpflichtung als Angelegenheit der Republik Österreich zu ermöglichen.⁴

In der Praxis haben sich diese Regelungen bewährt, auch wenn sie in unterschiedlicher Intensit  angewandt werden:

Die Informationspflicht des Bundes gegenüber den Ländern funktioniert grundsätzlich umfassend und ohne Schwierigkeiten. Der Umstand, dass die Informationen durch den Bund mitunter so kurzfristig vor Sitzungen in Brüssel erfolgen, dass eine Stellungnahme durch die Länder kaum noch möglich ist, ist wohl tatsächlich im Regelfall auf die Kurzfristigkeit der Abläufe in Brüssel zurückzuführen und nicht auf ein Versäumnis des Bundes.

Rechtliche Fragen tun sich beispielsweise dann auf, wenn die verfassungsrechtliche Informationspflicht des Bundes mit Geheimhaltungsvorschriften und Regelungen über Dokumentenmanagement auf EU-Ebene kollidiert, wie dies beispielsweise im Falle der Verhandlungen zum Freihandelsabkommen EU-USA (TTIP) der Fall ist. Insbesondere Art 339 AEUV über Geheimhaltungspflichten sowie der Beschluss des Rates über den Schutz von EU-Verschlussachen⁵ stehen aus Bundessicht – wohl zurecht – einer gewohnten Informationsweitergabe an die Länder im Wege der Verbindungsstelle der Bundesländer entgegen, während die Länder in diesem Zusammenhang – etwa im Rahmen von Stellungnahmen der Landesamtsdirektorenkonferenz und einheitlichen L nderstellungnahmen – darauf hinweisen, dass nur bei einer vollständigen Information auch die Entscheidung darüber getroffen werden kann, ob Stellungnahmen der Länder erforderlich sind.

Zur Mitwirkung der Länder an EU-Angelegenheiten durch Stellungnahmen an den Bund hat sich das verfassungsrechtlich vorgesehene System ebenfalls gut etabliert. Mit Stichtag 1. 1. 2015 haben die Länder 97 einheitliche L nderstellungnahmen gemäß Art 23d Abs 2 B-VG beschlossen, die für den Bund verbindlich sind – von Fragen des Liegenschaftserwerbs aus dem Jahr 1993 bis zum TTIP von Mitte 2014.

Dabei gibt es nur vier dokumentierte Abweichungen des Bundes von diesen bindenden Stellungnahmen aus „zwingenden außen- und integrationspolitischen Gründen“ iSd Art 23d Abs 2 letzter Satz B-VG. Die in diesen Fällen vorgebrachten Begründungen des Bundes erscheinen jedoch die

3 BGBl 775/1992 idF BGBl I 2/2008; in der Steiermark LGBl 58/1992.

4 Die in Art 23d Abs 3 B-VG vorgesehene Möglichkeit der Ratsteilnahme eines Mitglieds einer Landesregierung wird nicht wahrgenommen – lediglich im Rahmen einer informellen Ratstagung kam es bislang zu einer Teilnahme eines Landesvertreters; für diese Information danke ich Priv.-Doz. Dr. *Klemens Fischer*, Leiter der Abteilung L nderangelegenheiten bei der Ständigen Vertretung Österreichs bei der EU.

5 Beschluss des Rates vom 31. 3. 2011 über die Sicherheitsvorschriften für den Schutz von EU-Verschlussachen (2011/292/EU), ABl L 141 vom 27. 5. 2011.

Voraussetzung eines zwingenden Grundes, der den Ländern unverzüglich mitzuteilen ist, kaum zu erfüllen.⁶ So wurde beispielsweise in einem Fall darauf verwiesen, dass man bei Befolgung einer negativen einheitlichen Länderstellungnahme einen Beschluss nicht hätte verhindern können, da die notwendige qualifizierte Mehrheit im Rat schon vorlag und eine ablehnende Haltung Österreichs als „unfreundlicher“ Akt gesehen worden wäre. Im jüngsten Fall, der mittlerweile beschlossenen Richtlinie über Maßnahmen zur Erleichterung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen⁷, wurden als Gründe zusammengefasst mitgeteilt, dass das federführend zuständige Bundesministerium schlicht anderer Meinung sei, der Inhalt der Richtlinie teilweise ohnehin schon österreichische Rechtslage darstelle, die Richtlinie vor allem für die Nachbarstaaten Österreichs wichtig sei und es daher dem „Grundsatz der guten Beziehungen“ zu diesen widersprechen würde, sich gegen diese Bestimmungen auszusprechen.

Derartige Abweichungen und damit verbundene Begründungen sind die Ausnahme, würden jedoch bei regelmäßiger Anwendung und angesichts der begrenzten Justiziabilität⁸ des Art 23d Abs 2 B-VG ein wesentliches Länderinstrument erheblich beeinträchtigen.

Die Durchführungspflicht der Länder gemäß Abs 5 ist selbstverständlich, die vorübergehende Devolution einer Landeszuständigkeit an den Bund nach einer Feststellung durch den Gerichtshof der EU wird bislang praktisch nicht wahrgenommen. Auch wenn mittlerweile schon zahlreiche mögliche Anwendungsfälle von Verurteilungen im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren, die auf Handlungen oder Unterlassungen von Ländern zurückzuführen waren, vorlagen, steht außer Frage, dass das betreffende Land/die betreffenden Länder selbst umgehend tätig wird/werden. Lediglich in einem Fall machte der Bund bisher von dieser Zuständigkeit Gebrauch und erließ eine Verordnung auf Grundlage des Kärntner Bedienstetenschutzgesetzes; dies war notwendig, da das Land Kärnten die Richtlinie als bewusste politische Entscheidung nicht umsetzte.⁹

III. Umsetzung von Richtlinien

A. Richtlinienumsetzung in einem föderalen Rahmen

1. Faktor 10 als Hindernis?

Als föderaler Staat mit 10 Gesetzgebern hat Österreich eine andere Situation als Staaten ohne regionale Gesetzgebungszuständigkeiten. Das ist der oft zitierte „Faktor 10“ in der Umsetzung von Unionsrecht.¹⁰

6 Den Materialien folgend liegen zwingende Gründe vor, wenn dies „zur Wahrnehmung wichtiger österreichischer Interessen in der Europäischen Union unabweisbar ist“.

7 RL 2014/54/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 4. 2014 über Maßnahmen zur Erleichterung der Ausübung der Rechte, die Arbeitnehmern im Rahmen der Freizügigkeit zustehen, ABl L 128 vom 30. 4. 2014.

8 Die im B-VG dafür vorgesehene „Ministeranklage“ gem Art 142 Abs 2 lit c B-VG nach einem gleichlautenden Beschluss aller Landtage ist wohl praktisch nicht denkbar; wahrscheinlicher wäre hingegen ein Feststellungsantrag eines Landes gem Art 138 B-VG, da die Bindungswirkung der einheitlichen Länderstellungnahmen auch in der Art 15a-Vereinbarung von 1992 enthalten ist.

9 Vgl dazu Okressek, Die Durchsetzung von Verpflichtungen aus EMRK und Gemeinschaftsrecht vor europäischen Gerichten – dargestellt anhand von zwei Beispielen, in *Rosner/Bußjäger* (Hrsg), FS 60 Jahre Verbindungsstelle der Bundesländer (2011) 511 (517 ff); *Novak*, Richtlinienumsetzung aus der Froschperspektive. Zur Umsetzung von Richtlinien im Landesbereich, in *Abteilung 2V – Verfassungsdienst, Amt der Kärntner Landesregierung* (Hrsg), Landesgesetzgebung – Beruf und Berufung, FS Havranek (2007) 160 (172).

10 Dieser Argumentationstopos scheint auf die Wirtschaftskammer Österreich zurückzugehen; vgl dazu *Bußjäger/Bär/Willi*, Kooperativer Föderalismus im Kontext der Europäischen Integration (2006) 44.

Die Kommission wertet die Umsetzung von Binnenmarktrichtlinien – Richtlinien, von denen angenommen wird, dass sie sich positiv auf die Funktionsweise des Binnenmarkts iSd Art 26 und 114 Abs 1 AEUV auswirken¹¹ – durch die Mitgliedstaaten regelmäßig statistisch aus.

Auch wenn man dieser Auswertung nur bedingte Relevanz zumessen kann – sie ist eine Momentaufnahme und konzentriert sich alleine auf Fristen, ohne etwas über die Umsetzungsqualität zu sagen –, so ist doch auffällig, dass Österreich hier traditionell nicht unter den zügigen Umsetzern ist.

Österreich war beispielsweise im Vergleich des Umsetzungsdefizits¹² letztmalig 2009 besser als der EU-Durchschnitt; die aktuelle Statistik von Mai 2014 weist Österreich sogar als Schlusslicht unter den EU-28 in der fristgerechten Umsetzung von Binnenmarktrichtlinien aus. Österreich scheint daher tatsächlich strukturell vergleichsweise langsam in der Umsetzung zu sein.¹³

Eine solche Auswertung, die sich mit der Geschwindigkeit von Richtlinienumsetzungen im Binnenmarkt beschäftigt, sollte allerdings immer parallel zur Frage gesehen werden, wie viele Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Staat anhängig sind. Dadurch wird auch die Frage der Rechtsanwendung relevant und Rückschlüsse darauf sind möglich, ob Richtlinien zwar formal richtig – und fristgerecht – in nationales Recht übernommen wurden, durch möglicherweise weitgehend wörtliche Übernahme des mitunter vagen Richtlinientextes das Problem des unionsrechtskonformen Vorgehens aber nur auf die Anwendungsebene verlagert wurde. In dieser Statistik ist Österreich seit vielen Jahren durchgängig besser als der EU-Schnitt.¹⁴

Aktuell¹⁵ gibt es gegen Österreich 16 anhängige Vertragsverletzungsverfahren ab der zweiten Verfahrensstufe gemäß Art 258 AEUV. Davon betreffen 11 Verfahren die Umsetzung von Unionsrecht und nur 5 betreffen Anwendungsfälle.

Betrachtet man diese 11 Verfahren, in denen es um die Umsetzung von Richtlinien (bzw in einem Fall auch um den Erlass von begleitenden Maßnahmen zu einer Verordnung) aus föderaler Sicht ging, so betreffen 8 dieser Verfahren nur den Bund und nur 3 betreffen Richtlinien, die sowohl vom Bund als auch von den Ländern umzusetzen sind.

Obwohl dies eine Momentaufnahme ist, entspricht es doch auch den Erfahrungen der Durchführung von Unionsrecht in den letzten Jahren; eine föderale Struktur erleichtert die Umsetzung von Richtlinien zweifellos nicht und ist in verschiedenen Fällen auch Grund für Verzögerungen. Andererseits sind diese Fälle tatsächlich keineswegs die Regel, sodass der „Faktor 10“ kein grundsätzliches Umsetzungserschweris darstellt.

11 Dazu zählen die 4 Grundfreiheiten und flankierende Maßnahmen mit direkten Auswirkungen auf den Binnenmarkt, zB Steuern, Beschäftigung und Sozialpolitik, Bildung und Kultur, Gesundheitswesen und Verbraucherschutz, Energie, Verkehr, Umwelt, Informationsgesellschaft und Medien; zum Stichtag 1. 4. 2014 waren dies 1.221 Richtlinien.

12 Der Europäische Rat legte 2007 fest, dass sich die Mitgliedstaaten ab dem 1. 1. 2009 um ein Umsetzungsdefizit, dh die Zahl nicht umgesetzter Richtlinien, von höchstens 1 % bemühen müssen. Eine zweite Norm legt die Null-Toleranz bezüglich Richtlinien fest, die eine Umsetzungsverzögerung von 2 Jahren haben.

13 Allerdings gibt es hierbei auch keine Gesetzmäßigkeit, wie sich eine Mehrzahl von Gesetzgebern innerhalb eines Staates auswirkt – nur unwesentlich besser als Österreich sind in der aktuellen Statistik etwa Slowenien und Zypern, beides Staaten ohne regionale Gesetzgebungszuständigkeiten; die Statistik ist abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/transposition/index_de.htm (abgefragt am 26. 2. 2015).

14 Die Statistik ist abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/infringements/index_de.htm (abgefragt am 26. 2. 2015).

15 Stand 1. 1. 2015

2. Feststellung der innerstaatlichen Zuständigkeit

Die Richtlinien, die aktuell Gegenstand von Vertragsverletzungsverfahren sind und die auch die Länder betreffen, sind jedoch tatsächlich solche, anhand derer sich die besondere Herausforderung der Richtlinienumsetzung in einem Bundesstaat illustrieren lässt – die Frage der innerstaatlichen Zuständigkeit.

Das ist bei zahlreichen Richtlinien kein großes Problem und eindeutig, mitunter aber auch höchst komplex.¹⁶ Zentral ist die „doppelte Inkongruenz“¹⁷ der Kompetenzverteilung mit den Erfordernissen einer Richtlinienumsetzung. Einerseits inkongruent vertikal (eine Richtlinie kann sowohl Bundes- als auch Landeszuständigkeiten erfassen), andererseits horizontal (eine Richtlinie kann auch innerhalb einer Gebietskörperschaft gänzlich unterschiedliche Kompetenzen betreffen).

Diese doppelte Inkongruenz führt erstens zu Verzögerungen, bedingt durch Unklarheiten wer nun zuständig ist. Mitunter muss erst der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts mit einem Gutachten die Frage lösen.¹⁸

Andererseits kann es aber sowohl durch den Einbau von verfassungsrechtlichen Kompetenzdeckungsklauseln¹⁹ als auch durch vereinzelt vorkommende weite Auslegungen von Kompetenzregeln des B-VG bzw ebenso großzügig ausgelegte Sekundärrechtsbestimmungen²⁰ zu einer Zentralisierung von Richtlinieninhalten kommen. Eine grundsätzliche Kompetenzverschiebung – über Kompetenzdeckungsklauseln im Einzelfall, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist, hinaus – findet bei den Ländern jedoch, einem Beschluss der Landeshauptleutekonferenz von 1996 folgend, kaum Zustimmung. Diesem zufolge stimmen die Länder außerhalb der Bundesstaatsreform keiner Verfassungsänderung zugunsten der Länder zu.²¹

Ein besonders markantes Beispiel, wenn auch mit einem ungewöhnlichen Ausgang, für einen zweckmäßigen Umgang mit der Kompetenzfrage war die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie²² in Österreich. Die Richtlinie umfasst zahlreiche Gegenstände auf Bundes- und auf Landesebene und beinhaltet einen nicht unbeträchtlichen Teil an horizontalen Regelungen, wie Verfahren über den einheitlichen Ansprechpartner, Verwaltungszusammenarbeit, Regelungen über elektronische Verfahrensabwicklung etc.

Die Landesamtsdirektorenkonferenz sowie die Landeshauptleutekonferenz haben frühzeitig beschlossen, dass diese „horizontalen“ Elemente in einem zwischen Bund und Ländern akkor-

16 Typische Beispiele sind etwa das Planungsrecht, das Energierecht oder das Anlagenrecht; vgl dazu etwa Hörmanseder, Probleme der EG-Richtlinienumsetzung aus Ländersicht, in *Kärntner Verwaltungsakademie* (Hrsg), Bildungsprotokolle – Klagenfurter Legistik-Gespräche 2006 (2007) 133 (137 ff).

17 Vgl Ranacher, Die Funktion des Bundes bei der Umsetzung des Rechts durch die Länder (2002) 208 ff.

18 So beispielsweise unlängst und vor dem Hintergrund eines laufenden Vertragsverletzungsverfahrens zur Umsetzungszuständigkeit der Art 12, 17 und 18 der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden.

19 Vgl etwa die aktuelle Diskussion zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über die Schaffung einer transeuropäischen Energieinfrastruktur erlassen und das Gaswirtschaftsgesetz 2011 geändert wird im Zusammenhang mit der VO (EU) 347/2013.

20 Typische Beispiele wären die Bereiche Tierzucht/Tierkennzeichnung, die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien oder verschiedene Richtlinien im Bereich Elektrizitätswirtschaft; vgl für Beispiele auch die Auflistung bei Ranacher, Durchführung von EU-Recht (insbesondere Gemeinschaftsrecht) durch die Länder und Ersatzvornahme des Bundes, in Hummer/Obwexer (Hrsg), 10 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs (2006) 256 (267).

21 Darauf wurde kürzlich als Antwort der Länder auf eine Anfrage des Bundes Bezug genommen, ob ein Wechsel des Landarbeitsrechts von Art 12 B-VG zu Art 11 B-VG denkbar sei.

22 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 376 vom 27. 12. 2006.

dierten Bundesgesetz, versehen mit einer Kompetenzdeckungsklausel, umgesetzt werden sollen, da dies die praktikabelste Variante darstellt – davon unberührt waren die notwendigen Änderungen der Materiengesetze.²³ Ein entsprechender Entwurf eines Bundesgesetzes wurde daher gemeinsam von Bund und Ländern erarbeitet, konnte jedoch nicht beschlossen werden, da für die Verfassungsmehrheit im Parlament zumindest eine Oppositionspartei notwendig gewesen wäre, was aus Gründen, die nicht im Zusammenhang mit den Inhalten der Richtlinie standen, nicht gelang. Da die Kommission zwischenzeitlich ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet hatte, musste man das Vorhaben wieder aufgeben und den – wenig zweckmäßigen – Weg einer „9+1“-Regelung wählen; Bund und Länder erließen daher weitgehend gleichlautende Gesetze im jeweiligen Bereich.

In der österreichischen Praxis der Klärung der Umsetzungszustandigkeit steht am Beginn jeweils das Bundeskanzleramt, das alle Ministerien sowie die Länder über neu erschienene Richtlinien informiert. In jedem Ministerium bzw in den Ländern gibt es dafür eigene „Umsetzungsbeauftragte“, die die Richtlinienumsetzung koordinieren und sich jährlich im Rahmen der sog Umsetzungskommission treffen.

Die Länder bzw Ministerien prüfen in weiterer Folge, ob sie zuständig sind bzw wenn ja, in welchen Materien bzw Gesetzen und – soweit möglich – bis wann eine Umsetzung erfolgen wird. Diese Daten werden in eine – ebenfalls vom Bundeskanzleramt eingerichtete – Richtlinien Datenbank eingegeben. Die Länder haben untereinander noch eine zusätzliche Abstimmung eingefügt und übermitteln sich die Ergebnisse der Zustandigkeitsprufungen wechselseitig über die Verbindungsstelle der Bundesländer.

So ist es möglich, dass recht bald nach Erscheinen der Richtlinien für alle relevanten Stellen ersichtlich ist, wer sich für welche Richtlinie zuständig erachtet und wo es weiteren Abstimmungsbedarf gibt – wenn etwa einige Länder eine Landerzustandigkeit sehen, andere hingegen nicht.

In Fällen, in denen es Bundes- und Landeszustandigkeiten gibt, werden bei Bedarf wiederum gemeinsame Arbeitsgruppen gebildet²⁴ oder bestehende Koordinationseinrichtungen, etwa das österreichische Institut für Bautechnik, genutzt.

3. Beispiel Umsetzung der Richtlinie 2009/28/EG

Die Umsetzung der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen²⁵ ist ein Beispiel dafür, wie komplex die Umsetzung einer Richtlinie – vor dem Hintergrund der „doppelten Inkongruenz“ – sein kann.

Ziel der Richtlinie ist es, den Energieverbrauch der Union im Jahr 2020 zu 20 % aus erneuerbaren Quellen zu decken. Österreich wurde, um die Erreichung dieses Gesamtziels zu gewährleisten, dazu verpflichtet, seinen Energieverbrauch bis zum Jahr 2020 zu 34 % aus erneuerbaren Quellen zu decken. Das umfasst eine breite Palette an möglichen Maßnahmen und Rechtsmaterien, die betroffen sein können. Der Standpunkt Österreichs war zunächst, dass dies eine reine Bundeszu-

23 In der Steiermark wurden 11 Materiengesetze in Umsetzung der Richtlinie geändert.

24 Etwa bei den Richtlinien zur Patientenmobilität oder der Public-Sector-Information-Richtlinie.

25 RL 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der RL 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABI L 140 vom 5. 6. 2009.

ständigkeit sei, was auch im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens wegen Fristüberschreitung der Umsetzung der Kommission mitgeteilt wurde.

Was dann folgte, war jedoch eine immer öfter vorkommende Vorgangsweise, gerade bei inhaltlich komplexen und umfassenden Richtlinien: Die Kommission lagerte die Erhebung des genauen Umsetzungsbedarfs an Rechtsanwaltskanzleien oder sonstige Einrichtungen des Mitgliedstaates aus, und so war mit der begründeten Stellungnahme im Verfahren klar, dass sowohl seitens des Bundes als auch durch die Länder zusätzliche Umsetzungsmaßnahmen erwartet wurden.

So wuchsen während des Vertragsverletzungsverfahrens der Anwendungsbereich und die Breite der Umsetzung von anfangs 7 bis 8 Gesetzen und Verordnungen auf mittlerweile 185 Gesetze und Verordnungen von Bund und Ländern an, die als Umsetzungsmaßnahmen der Richtlinie gemeldet wurden.

4. Die Anwendung des Art 260 Abs 3 AEUV im föderalen Kontext

Art 260 Abs 3 AEUV ermöglicht es der Kommission, in Vertragsverletzungsverfahren, deren Gegenstand die „Nichtmitteilung von Umsetzungsmaßnahmen von Richtlinien“ innerhalb der vorgesehenen Frist ist, zugleich mit der Klage auch ein Bußgeld zu beantragen; die Kommission hat auch bald nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in einer Mitteilung²⁶ deutlich gemacht, dass sie dies grundsätzlich tun wird, woran sie sich in der Praxis auch hält. In diesen Fällen dient daher das Bußgeld nicht – wie es eigentlich der Systematik entspricht – der Absicherung der Umsetzung von Urteilen gemäß Art 258 AEUV durch ein eigenes Verfahren, sondern setzt in Fällen eines evidenten Verstoßes – die nicht fristgerechte Richtlinienumsetzung – schon früher an. Die Kommission begnügt sich aber, ihrer Mitteilung folgend, damit, in diesen Fällen nur ein Zwangsgeld ab dem Tag des Urteils im Vertragsverletzungsverfahren zu verhängen, was auch dem Beugecharakter von Art 260 AEUV – anstelle eines pönalisierenden Charakters – besser entspricht.

Diese Verschärfung des Umgangs mit Vertragsverletzungen und insbesondere mit der drohenden Verhängung von Bußgeldern ist für die Länder von besonderer Bedeutung, da zu Bußgeldern grundsätzlich der Mitgliedstaat verurteilt wird; allerdings kann der Bund diese Kosten gemäß § 3 Abs 2 FAG 2008 von den verursachenden Ländern zurückfordern²⁷ – diese Bestimmung geht auf die Art 15a B-VG-Vereinbarung von 1992 zurück. Noch gab es keine derartigen Bußgeldurteile gegen Österreich; zu beobachten ist allerdings eine deutliche Beschleunigung von Bußgeldverfahren allgemein und die Anwendung von Art 260 Abs 3 AEUV im Besonderen.

Art 260 Abs 3 AEUV erfasst dem Wortlaut nach nur die Nichtumsetzung bzw eine nicht vollständige Umsetzung. Daher ist auf den ersten Blick der Fall einer „Schlechtumsetzung“ – ein Mitgliedstaat hat also eine vollständige Umsetzung gemeldet, diese sei allenfalls nicht korrekt – davon nicht betroffen.

Im Vertragsverletzungsverfahren zur Umsetzung der Richtlinie 2009/28/EG ist genau diese Frage aufgetreten.

26 Mitteilung der Kommission – Anwendung von Artikel 260 Absatz 3 AEUV, ABI C 12 vom 15. 1. 2011.

27 Vgl Posch/Riedl in Mayer/Stöger (Hrsg) EUV/AEUV, Art 260 (2013) Rz 113.

Österreich hat, wie beschrieben, 185 Maßnahmen als Umsetzung notifiziert und ist im Vertragsverletzungsverfahren der Ansicht, damit sei die Richtlinie vollständig umgesetzt. Wenn der Gerichtshof zur Ansicht gelangt, dass die Richtlinie möglicherweise nicht richtig umgesetzt sei, müsse dies mit einem eigenen Bußgeldverfahren gemäß Art 260 Abs 1 AEUV behandelt werden. Die Kommission wendete in ihrer Klage allerdings Art 260 Abs 3 AEUV an und hat mit der Klage bereits ein Bußgeld beantragt.

Es gibt zu dieser Frage erst seit Kurzem eine umfangreiche Stellungnahme von Generalanwalt *Wathelet*²⁸; interessanterweise geht es auch dabei inhaltlich um die Richtlinie 2009/28/EG, die insgesamt zu Schwierigkeiten in der Umsetzung führt – gegen 19 Mitgliedstaaten wurde ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

Der Generalanwalt verweist einerseits explizit auf die Genese der Bestimmung, die eindeutig dahingeht, dass tatsächlich von der Nichtumsetzung eine Schlechtumsetzung („vollständige Umsetzung“ bzw. „ordnungsgemäße Umsetzung“) zu unterscheiden ist. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die mitgeteilten Umsetzungsmaßnahmen ausreichend sind, seien in einem regulären Vertragsverletzungsverfahren auszutragen. Das übernimmt sinngemäß auch die Kommission in ihrer Mitteilung zu Art 260 Abs 3 AEUV.

Der Generalanwalt stellt dann jedoch den Zweck der Vorschrift in den Vordergrund. Dieser ließe sich zu leicht von den Mitgliedstaaten umgehen, indem man Umsetzungen melde, und kommt so letztendlich zum Ergebnis, die Trennung in Nichtumsetzung und Schlechtumsetzung sei eigentlich irrelevant. Bei der Inanspruchnahme von Art 260 Abs 3 AEUV müsse man eine inhaltliche Prüfung vornehmen, wenn nicht tatsächlich offenkundig nicht gemeldet wurde. Art 260 Abs 3 AEUV berechtige daher die Kommission, vor dem Gerichtshof ein Bußgeld zu beantragen, wenn es „eine unvollständige oder nicht ordnungsgemäße Umsetzung“ der Richtlinie sei. Schließlich, so der Generalanwalt weiter, könne der Gerichtshof diese Umstände in der Frage berücksichtigen, ob und in welcher Höhe er ein Bußgeld festlegt.

Im Ergebnis sieht der Generalanwalt – im Gegensatz zum Wortlaut der Bestimmung sowie der Kommissionsmitteilung²⁹ – eine Trennung zwischen Nichtumsetzung und Schlechtumsetzung als überflüssig an. Anzumerken ist dabei, dass die Bestimmung des Art 260 AEUV bzw dessen Vorgängerregelung ja bereits in der Vergangenheit durch eine besonders dynamische Auslegung des Gerichtshofs unter maximaler Ausdehnung des Wortlauts aufgefallen ist.³⁰

Eine zweite Problematik in diesem Zusammenhang ist die Vorgangsweise in Art 12 B-VG-Materien, die vor dem Hintergrund von Richtlinienumsetzungen ganz besonders unzweckmäßig sind, hat doch der „letzte Gesetzgeber“ gleich zwei umzusetzende bzw auszuführende Vorgaben, die den Rahmen bilden.

Klar ist, dass eine Richtlinie nicht durch ein Grundsatzgesetz, sondern erst durch die Ausführungsgesetzgebung umgesetzt wird, da nur diese au enwirksam und vollzugstauglich ist. Die

28 Schlussanträge (EuGH) 11. 12. 2014, C-320/13.

29 ISd Kommissionsmitteilung argumentieren auch *Posch/Riedl* in *Mayer/St ger* (Hrsg) EUV/AEUV, Art 260 (2013) Rz 99; *Hummer*, Finanzielle Sanktionen gegen Mitgliedstaaten bei Nichterfüllung von EuGH-Urteilen, in *Hummer* (Hrsg), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 553 (607); *Karpenstein* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), Art 260 AEUV (2013) Rz 62.

30 Vgl das Urteil EuGH 12. 7. 2005, C-304/02 zur – dem Wortlaut der Bestimmung widersprechenden – Kumulierbarkeit von Pauschalbetrag und Zwangsgeld.

Praxis zeigt nun, dass der Bund mitunter die Umsetzungsfrist zu großen Teilen oder darüber hinaus für die Grundsatzgesetzgebung in Anspruch nimmt, sodass für die Ausführungsgesetzgebung wenig Zeit verbleibt. Die Länder könnten den grundsatzfreien Raum zwar richtlinienkonform ausfüllen, was aber oft unzweckmäßig ist, da der Bund das Grundsatzgesetz im Nachhinein in einer Weise beschließen kann, die dem Ausführungsgesetz widerspricht. Wenn die Grundsätze richtlinienwidrig sind, wird die Problematik noch deutlicher. Die Länder haben nun kürzlich dazu ihre Position gegenüber dem Bund geäußert, die eine Frist von zumindest 6 Monaten für die Länder nach der Grundsatzgesetzgebung einräumt; ein etwaiger Bußgeldausspruch innerhalb dieser Zeit sei daher noch dem Bund zuzurechnen. Diese 6 Monate beruhen auf Art 15 Abs 6 B-VG, wonach das Bundesgesetz eine Frist für den Erlass der Ausführungsgesetzgebung einräumen darf; diese darf ohne Zustimmung des Bundesrates nicht kürzer als 6 Monate sein.

5. Zwischenergebnis

Das föderale System bedingt zweifellos ein höheres Maß an Koordination. Österreich hat jedoch ein grundsätzlich gut funktionierendes System der Abstimmung der Länder untereinander bzw des Bundes mit den Ländern.

Zunehmender Druck entsteht eher durch Aktivitäten der EU, Vertragsverletzungsverfahren und insbesondere finanzielle Maßnahmen iSd Art 260 AEUV zu verschärfen.

Eine – durchaus nicht immer unvorteilhafte – Folge davon ist, dass ein Mechanismus der gleichförmigen Umsetzung eintritt. Die Länder gehen gerade in komplexen Materien, die stark EU-rechtlich determiniert sind, immer öfter dazu über, gemeinsame Grundsätze oder gleich fertige Gesetzesentwürfe zu schaffen. Beispiele hierfür sind die Tierzuchtgesetze der Länder, zu denen eine Arbeitsgruppe ein Mustergesetz erarbeitet hat. Andere Fälle der jüngeren Vergangenheit waren die EVTZ-Anwendungsgesetze oder die Umweltinformationsgesetze der Länder.

IV. Anwendung von Unionsrecht in einem föderalen Rahmen

A. Allgemein

Die Erfahrungen des administrativen Vollzugs von Unionsrecht in Österreich nach 20 Jahren EU-Mitgliedschaft sind vielfältig und in vielen Fällen und Rechtsmaterien spezifisch. Es besteht kein Zweifel, dass das Unionsrecht und dessen Anwendung heute behördliches Alltagsgeschäft darstellen.

Grundsätzliche Herausforderung in der Rechtsanwendung im Umgang mit Unionsrecht ist vor allem die Ermittlung der „Fallnorm“ – die anzuwendende Normenkonstellation, bestehend aus nationalen, regionalen und unionsrechtlichen Vorschriften, die materiellrechtlich, verfahrensrechtlich und organisationsrechtlich sein können.³¹

Diese unterschiedlichen Vorschriften unterscheiden sich oft in ihrer Geltungsart, in ihrer legislativen Qualität und in ihrer Klarheit, ihren Anwendungs- und Auslegungsregeln, bilden aber gemeinsam den anzuwendenden Rechtsbestand. Das vereinfacht die Rechtsanwendung nicht gerade.

31 Vgl. *Handtanger*, Vollziehung des EU-Rechts in Österreich, dargestellt am Beispiel der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch den VwGH, in *Hummer* (Hrsg), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 123 (135 ff)

Die Grundsätze wie unmittelbare Anwendbarkeit oder Vorrang vor nationalem Recht sind zweifellos keine Frage mehr, auch wenn es in der Praxis vorkommen kann, dass komplexere Anwendungsfälle der Instanz überlassen werden, wenn etwa eine Bezirksverwaltungsbehörde eine Verwaltungsstrafe auch dann ausspricht, wenn eine unionsrechtliche Beurteilung zum Ergebnis kommt, dass das mit einer Sanktion belegte Verbot gegen die Warenverkehrsfreiheit verst  t³² – ist doch das eine gerade angesichts des Legalitätsprinzips eine eindeutig zu vollziehende Maßnahme, während das andere erst das Ergebnis einer mehrseitigen unionsrechtlichen Ausführung ist.

B. Beispiel Wasserrecht

Ein erstes aktuelles Beispiel im komplexen Vollzug von Unionsrecht ist ein laufendes Vertragsverletzungsverfahren – das geplante Wasserkraftwerk an der Schwarzen Sulm in der Weststeiermark.

Zum Hintergrund: Im Jahr 2007  r ffnete die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich wegen der erstinstanzlichen Genehmigung eines Wasserkraftwerks an der Schwarzen Sulm. Aus Sicht der Kommission stand diese Bewilligung – in Vollziehung des Wasserrechtsgesetzes – in Widerspruch zu Art 4 der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG³³, die eine Verschlechterung eines Oberfl chenwasserk rpers (OWK) nur bei übergeordnetem öffentlichem Interesse zulasse.

Gegen diesen bewilligenden Bescheid erhob das wasserwirtschaftliche Planungsorgan Berufung an den zuständigen Bundesminister. Diese Berufung war 2009 erfolgreich; der Antrag auf wasserrechtliche Bewilligung wurde abgewiesen, insbesondere, da kein übergeordnetes öffentliches Interesse vorliege, und das Vertragsverletzungsverfahren wurde eingestellt.

Die Entscheidung des Bundesministers führte jedoch zu einer Beschwerde an den VfGH. Der VfGH hat aus Anlass dieses Beschwerdeverfahrens ein Gesetzesprüfungsverfahren gemäß Art 140 B-VG eingeleitet und jene Regelungen des Wasserrechtsgesetzes, die dem wasserwirtschaftlichen Planungsorgan Parteistellung in wasserrechtlichen Verfahren einräumen, für verfassungswidrig erkl rt³⁴; der Bescheid des Ministers von 2009 wurde aufgehoben und der erstinstanzliche Bewilligungsbescheid war plötzlich rechtskräftig.

Das führte gleich zu einer Reihe von ganz grundsätzlichen Fragen im Kontext nationales Verfahrensrecht und Unionsrecht wie den Umgang mit rechtskräftigen und mutmaßlich unionsrechtswidrigen Bescheiden sowie zu einer Fortsetzung des Vertragsverletzungsverfahrens.

In weiterer Folge wurde ein Verfahren gemäß § 21a WRG durchgeführt – diese Bestimmung erlaubt explizit, rechtskräftige wasserrechtliche Bewilligungen abzuändern; bewilligte Wasserbenutzungen können untersagt werden.

Dieses Verfahren führte jedoch nicht zu einer Änderung der rechtskräftigen Bewilligung. Die Behörde kam vielmehr zum Ergebnis, dass der Gewässerzustand des OWK ohnehin nicht auf „sehr

32 So etwa der Handel mit Zuchtrindersamen und die bis vor Kurzem in Tierzuchtgesetzen noch üblichen „Samenmonopole“.

33 RL 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, Abl L 327 vom 22. 12. 2000.

34 VfGH 16. 3. 2012, G 126/11; vgl bereits zum Pr fungsbeschluss *Lachmayer*, Der Landeshauptmann als wasserwirtschaftliches Planungsorgan und Behörde, RdU 2012/3, 5 ff.

gut“ lautete, wie dies den bisherigen Erwägungen zugrunde gelegen war, sondern auf „gut“. Daher komme es durch das Kraftwerk auch nicht zu einer Verschlechterung.³⁵

Die Rechtmäßigkeit einer solchen ad-hoc-Einstufung und Änderung derselben, die in Österreich ständig geübte Praxis ist, wurde erst kürzlich vom VfGH in einem anderen Fall bestätigt.³⁶ Die Kommission wiederum ist in der Klage gegen Österreich der Ansicht, diese Vorgangsweise widerspreche angesichts der darin vorgesehenen Planungszyklen der Wasserrahmenrichtlinie – nur in diesem Rahmen könnten Änderungen an der Bewertung eines Oberflächenwasserkörpers vorgenommen werden.³⁷

Aktueller Stand ist daher nach wie vor, dass die Kommission von einer Verletzung des Art 4 Wasserrahmenrichtlinie durch die rechtskräftige wasserrechtliche Bewilligung ausgeht. Das schriftliche Verfahren vor dem Gerichtshof ist mittlerweile beendet.

Das Verfahren zeigt einige Schwierigkeiten im Umgang mit dem Unionsrecht auf: Erstens: Wie weit kann man gehen, um im Falle einer möglichen Unionsrechtswidrigkeit eines Bescheides die Rechtskraft anzutasten? In einem Falle wie im Wasserrechtsgesetz, wo es in § 21a eine eigene Bestimmung dafür gibt, gebietet es wohl das Unionsrecht und dessen Grundsätze, diese Möglichkeit zumindest in Anspruch zu nehmen, was auch geschehen ist.

Ganz allgemein – und wenn es keine Sonderregelung wie im WRG gibt – stellt sich aber natürlich gerade in mehrpoligen Verhältnissen die Frage, wie damit umgegangen wird und welche innerstaatliche Rechtsgrundlage herangezogen werden könnte.³⁸

Ein zweites, damit in Zusammenhang stehendes Thema ist die große praktische Schwierigkeit für das Bundeskanzleramt, österreichische Positionen in einem Vertragsverletzungsverfahren zu vertreten, in dem die Rechtsansichten von Bund und Land divergieren.

Der Landeshauptmann hat den erstinstanzlichen Bescheid erlassen, der Bundesminister hat ihn behoben. Das Land hat in einem § 21a WRG-Verfahren eine Herabstufung der Qualität des OWK festgestellt, der Bundesminister hat gegen die Details der Einstufung – nicht gegen die Neubewertung an sich – Amtsbeschwerde erhoben.

Jede Argumentation des Landes in der Verteidigung des konkreten Verfahrens ist somit im Ergebnis ein Widerspruch zur Haltung des zuständigen Ministers und umgekehrt. Entsprechend aufwändig ist die Herbeiführung einer gemeinsamen Stellungnahme der Republik Österreich. Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskanzleramt aktuell eine zweckmäßige Lösung gefunden: Kern der Argumentation ist nunmehr, dass die Aufsichtsbefugnis der Kommission nicht so weit reicht, dass sie in einem ordnungsgemäß durchgeführten Verfahren in einem Mitgliedstaat faktisch den individuell konkreten Vollzug wahrnehmen darf. Wenn ein unionsrechtlich vorgegebenes Verfahren vollständig durchgeführt wurde, bleibt dem Mitgliedstaat immer noch ein Ermessen, gerade

35 Vgl. allerdings das aktuelle Vorabentscheidungsverfahren Rs C-346/14; Generalanwalt *Jääskinen* hat in den Schlussanträgen vom 23. 10. 2014 vorgeschlagen, dass das Verschlechterungsverbot nicht notwendigerweise an die Herabstufung des Gewässerzustandes eines OWK gebunden sein muss.

36 VfGH 6. 10. 2014, B 351/2013.

37 Zu den dadurch entstandenen Unklarheiten im Vollzug vgl. *Eisenberger/Brenneis/Bayer*, Divergierende Rechtsansichten von EU-Kommission und VfGH zum nationalen Gewässerbewirtschaftungsplan, RdU 2014/135, 225.

38 Vgl. zum aktuellen Stand der Diskussion im Rahmen von Urteilen in Vorabentscheidungsverfahren etwa *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht 75 f; *Kahl*, Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber „rechtskräftigen“ Bescheiden, in *Hummer* (Hrsg), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010) 267 (295 ff); *Ranacher/Frischhut*, Handbuch Anwendung des EU-Rechts (2009) 379 ff.

wenn dieses Verfahren eine Güterabwägung beinhaltet. Dabei kann es durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen zwischen den Instanzen kommen, ohne dass eines der beiden Ergebnisse notwendigerweise unionsrechtswidrig sein muss. Die Kommission sei jedoch nicht in der Lage – mangels Verfahrensbeteiligung und Detailinformationen –, dieses Verfahren faktisch durchzuführen: Genau das tue sie aber, wenn sie sich in ihrer gesamten Argumentation pauschal auf eines der beiden Ergebnisse stützt.

Relevant ist schließlich die Frage der Kostentragung zwischen Bund und Ländern, sollte es zu einem Urteil und in weiterer Folge auch zu einem Bu geldausspruch gemäß Art 260 AEUV kommen. Die Besonderheit hier: Das Verfahren liegt im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung.

Die Regelung des Art 12 der Art 15a-Vereinbarung von 1992 spricht von Kosten (die dem Bund zu ersetzen sind), die der Republik Österreich „im Zusammenhang mit Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wegen eines EG-rechtswidrigen Verhaltens der Länder erwachsen“. Die Erläuterungen zur Art 15a-Vereinbarung sowie zum Finanzausgleichsgesetz³⁹ geben keinerlei Auskunft über die Frage der Anwendung dieser Bestimmung in der mittelbaren Bundesverwaltung.

Es erscheint jedoch aus zweierlei Gründen naheliegend, Akte im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung nicht unter   3 Abs 2 FAG 2008 zu subsumieren. Erstens ist die Analogie zum Amtshaftungsrecht naheliegend: Im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung handelt der Landeshauptmann bzw handeln die Landesbehörden als Bundesorgane im funktionellen Sinn. In diesen Fällen haftet der Rechtsträger, dem das Verhalten kraft funktioneller Zuständigkeit zuzurechnen ist – in Fällen der mittelbaren Bundesverwaltung haftet daher der Bund.⁴⁰ Die Amtshaftungsregelung des Art 23 B-VG spricht nun ebenso wie die Art 15a B-VG-Vereinbarung und das FAG 2008 von einem „rechtswidrigen Verhalten“ von Organen der Gebietskörperschaft, das in weiterer Folge dem Rechtsträger zugerechnet wird, für den der Akt in funktioneller und nicht in organisatorischer Hinsicht gesetzt wurde.

Zweitens muss die gegenständliche Art 15a-Vereinbarung (sowie in weiterer Folge das FAG 2008) im Konnex zur Bestimmung des Art 23d Abs 5 B-VG gesehen werden. Die Bestimmungen wurden in einem unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang erarbeitet und kundgemacht⁴¹, sodass es naheliegt, dass sie auch in einem Regelungszusammenhang zu verstehen sind. Die Bestimmung über die Kostentragung in der Art 15a B-VG-Vereinbarung soll daher zusätzlich zur Devolutionsregelung des Art 23d Abs 5 B-VG die Gesamtverantwortung des Bundes im Rahmen der EU-Mitgliedschaft auch im selbstständigen Wirkungsbereich der Länder absichern bzw den Bund in diesem Bereich schadlos halten, wenn er im Rahmen seiner Verantwortung nach außen für Handlungen der Länder haften muss.⁴²

39 Die Bestimmung wurde erstmals im FAG 1997 in das FAG aufgenommen.

40 Vgl etwa *Kucsko-Stadlmayer*, Österreich, in *D rr* (Hrsg) *Staatshaftung in Europa*, 2014 (429) 442.

41 Die Bestimmung des Art 23d Abs 5 B-VG wurde zunächst mit BGBl 1992/276 vom 5. 6. 1992 als Art 16 Abs 6 B-VG eingeführt; die Art 15a-Vereinbarung wurde mit BGBl 1992/775 vom 9. 12. 1992 auf Bundesseite kundgemacht.

42 Vgl dazu auch *Ranacher*, Bezüge zur Europäischen Union, in *P rgy* (Hrsg), *Das Recht der Länder I* (2012) 87 (151).

C. Beispiel Luftreinhaltung

Ein weiteres, seit mittlerweile einigen Jahren laufendes Vertragsverletzungsverfahren betrifft die Luftqualitätsrichtlinie 2008/50/EG⁴³ wegen eines Verstoßes gegen die zulässigen Tages- bzw Jahresgrenzwerte.

Die Richtlinie erlaubt pro Jahr 35 Überschreitungstage der PM₁₀-Grenzwerte, was im Ballungsraum Graz – wesentlich bedingt durch ungünstige klimatische Gegebenheiten, insbesondere durch „Inversionslagen“, die zu einer Verringerung des Luftaustauschs führen – auf besondere Schwierigkeiten stößt.

Vor dem Hintergrund dieses Verfahrens ist insbesondere die Frage von subjektiven Rechten auf Grundlage von EU-Recht bzw auf effektiven Rechtsschutz und Klagerechte relevant. Ausgangspunkt der aktuellen Entwicklungen dazu ist insbesondere das „Janecek-Urteil“ des EuGH aus dem Jahr 2008⁴⁴, in dem der Gerichtshof zur Vorgängerrichtlinie der aktuellen Luftqualitätsrichtlinie ein subjektives Recht eines betroffenen Bürgers auf den Erlass eines geeigneten Aktionsplans sieht; etwas, das im deutschen nationalen Luftreinhalterecht bzw verfahrensrechtlich nicht vorgesehen war.

Seitdem ist die Frage des Umgangs mit diesem Recht von hoher Aktualität. Vor dem VwGH anhängig ist derzeit ein entsprechendes Verfahren, in dem zusammengefasst – unter Berufung auf das Janecek-Urteil – die Einrichtung einer Umweltzone in Graz beantragt wurde. Nachdem der Antrag in erster Instanz vom Landeshauptmann zurückgewiesen wurde, wurde die dagegen gerichtete Beschwerde vom Landesverwaltungsgericht als unbegründet abgewiesen.

Ohne hier im Detail auf dieses anhängige Verfahren eingehen zu wollen, liegen die wesentlichen Gründe für die Entscheidung des Landeshauptmannes erstens darin, dass sich die Richtlinie, zu der das Janecek-Urteil ergangen ist, geändert hat und eine „Kann-Bestimmung“ dort eingefügt wurde, wo bei Janecek noch eine Verpflichtung vorgesehen war, sodass eine unmittelbare Übertragung der Ergebnisse des Janecek-Urteils ausscheidet. Zweitens war der Gegenstand im Janecek-Urteil allgemein ein Aktionsplan, während sich das steirische Verfahren explizit auf die Forderung nach konkreten Maßnahmen, namentlich eine Umweltzone als Ergänzung zur Luftreinhalteverordnung, beziehen; ein Luftqualitätsplan iSd Art 23 der Luftqualitätsrichtlinie liege aber ohnehin vor. Schließlich ist, was auch der VwGH in einem Niederösterreich betreffenden Fall⁴⁵ bereits deutlich gemacht hat, eine konkrete Betroffenheit des Einzelnen von Luftqualitätsproblemen erforderlich. Hier hat sich gezeigt, dass im Wohnbereich des Beschwerdeführers die Grenzwerte mittlerweile eingehalten werden können.

Dessen ungeachtet, wäre es einer Fortentwicklung und Klärung der Rechtslage sicherlich zuträglich, wenn der VwGH entweder sehr klare Stellungnahmen in diesem Verfahren abgibt oder, wie es in der Revision angeregt wird, den EuGH im Wege der Vorabentscheidung befasst.

43 RL 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa, ABl L 152 vom 11. 6. 2008.

44 EuGH 25. 7. 2008, C-237/07.

45 VwGH 26. 6. 2012, 2010/07/0161.

Die Entwicklung der Judikatur in Luxemburg sowie beispielsweise in Deutschland⁴⁶ lässt nämlich – unabhängig von den Besonderheiten des Ausgangsfalles Graz – kaum einen Zweifel daran zu, dass im Grundsatz ein subjektives Recht auf luftqualittsbezogene Maßnahmen auch aus der neuen Luftqualitätsrichtlinie abzuleiten ist. Die Durchsetzung dieser Ansprüche passt jedoch nicht in das sterreichische Verfahrensrecht, insbesondere da ein Luftreinhalteplan iSd Art 23 der Luftqualitätsrichtlinie – und die Verpflichtung, einen solchen zu erlassen, scheint nach der Richtlinie unbedingt und hinreichend genau zu sein – im sterreichischen Recht mittels Verordnung zu ergehen hat. Der Umstand, dass subjektive Rechte auf den Erlass einer Verordnung, ein damit verbundenes Antragsrecht oder ein effektiver Rechtsschutz dem sterreichischen Verfahrensrecht fremd sind, wird jedoch angesichts des gebotenen Effektivittsprinzips und des Äquivalenzprinzips bei der Ausübung von unionsrechtlich verliehenen Rechten keine ausreichende Rechtfertigung sein, einen solchen Anspruch zu verweigern. So ergab sich schon aus dem Janecek-Urteil der Anspruch auf einen Plan als innerbehrdliches Dokument, für das weder ein Antragsrecht noch ein Verfahren unter Einbeziehung Privater vorgesehen war.

In diesem Zusammenhang ist schließlich darauf hinzuweisen, dass ein weiteres Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich – dieses betrifft inhaltlich sowohl den Bund als auch alle Länder – wegen der Umsetzung von Art 9 Abs 3 der Aarhus-Konvention⁴⁷ anhängig ist, wo es darum geht, dass Nichtregierungsorganisationen und Einzelpersonen eine Klagebefugnis einzuräumen ist, um unter anderem Handlungen oder Unterlassungen iVm der Luftqualitätsrichtlinie von einem Gericht überprüfen zu lassen.

V. Ergebnis

Das Unionsrecht vereinfacht weder die Rechtsanwendung noch die Gesetzgebung. Ein föderales System ist dabei sicherlich kein grundsätzlicher Vorteil, dennoch hat sich Österreich gut darauf eingestellt.

Auch wenn im Beitrag oft Schwierigkeiten und Probleme im Vordergrund gestanden sind, so ist es doch wichtig, noch einmal zu betonen, dass die tägliche Praxis in der Kooperation von Bund und Ländern hervorragend funktioniert und von einem höchst kooperativen Klima geprägt ist – was auch notwendige Bedingung für ein funktionierendes System ist. So hat gerade die Notwendigkeit der Abstimmung zwischen den Ländern und zwischen dem Bund und den Ländern im Ergebnis zu einer Stärkung des kooperativen Föderalismus geführt.

46 Vgl. *Klinger/Giera*, Tu felix, Deutschland? Das europäische Recht auf saubere Luft und seine Umsetzung im nationalen Recht Österreichs und Deutschlands, in RdU 2014/136 (229) 233 f.

47 Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, BGBl III 2005/88.

Das österreichische Parlament als Akteur der Europäischen Integration – Rechtliche Möglichkeiten und praktische Umsetzung

Beatrix Karl*, Universität Graz

Kurztext: Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit den Informations- und Mitwirkungsrechten der nationalen Parlamente an der europäischen Gesetzgebung. Die Einflussmöglichkeiten der nationalen Parlamente auf die Tätigkeiten der EU wurden im Rahmen eines Subsidiaritätskontrollmechanismus, der mit dem Vertrag von Lissabon eingeführt wurde, ausgeweitet. Ziel dieses Mechanismus ist es, das Zusammenwirken der EU-Institutionen und der nationalen Parlamente zu stärken und den nationalen Akteuren die Möglichkeit zu geben, zu überprüfen, ob neue Legislativvorschläge der EU mit den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vereinbar sind. Im Besonderen geht die Verfasserin hierbei auf die Wahrnehmung dieser Mitwirkungsrechte durch das österreichische Parlament ein.

Schlagworte: Subsidiaritätsprinzip; Verhältnismäßigkeitsprinzip; Parlament; Gesetzgebung; Mitwirkungsrechte.

Im Protokoll Nr 1 zum Vertrag von Lissabon über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union ist vom Wunsch der hohen Vertragsparteien, „eine stärkere Beteiligung der nationalen Parlamente an den Tätigkeiten der Europäischen Union zu fördern und ihnen bessere Möglichkeiten zu geben, sich zu den Entwürfen von Gesetzgebungsakten der Europäischen Union sowie zu anderen Fragen, die für sie von besonderem Interesse sein können, zu äußern“, die Rede. Im Protokoll Nr 2 zum Lissabon-Vertrag über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit liest man vom Wunsch, „sicherzustellen, dass die Entscheidungen in der Union so bürgernah wie möglich getroffen werden“. Dementsprechend wurde mit dem Vertrag von Lissabon eine Reihe von neuen Informations- und Mitwirkungsrechten der nationalen Parlamente vorgesehen.

Die Beziehungen zwischen den Organen der EU und den nationalen Parlamenten sind vielfältiger Natur. Eine besondere Ausprägung erfahren sie im Rahmen des Subsidiaritätskontrollmechanismus, der mit dem Vertrag von Lissabon eingeführt wurde, um zu überprüfen, ob neue EU-Legislativvorschläge mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar sind. Die dafür relevanten Regelungen sind auf verschiedenen Ebenen verankert: auf europäischer Ebene¹ sowie – bezogen auf

* ao. Univ-Prof. Mag. Dr. Beatrix Karl ist Professorin am Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Graz.

1 Der Vertrag von Lissabon trat am 1. 12. 2009 in Kraft (ABl C 2007/306, 1; BGBl III 132/2009).

Österreich – im österreichischen Verfassungsrecht² und in den Geschäftsordnungen des Nationalrats und des Bundesrats³. Neben der Subsidiaritätskontrolle findet auch ein politischer Dialog statt, um den Austausch von Informationen und Meinungen zu politischen Fragen im Zusammenhang mit Legislativvorschlägen und nichtlegislativen Initiativen zu verbessern. Dies geschieht im Wege allgemeiner bilateraler und multilateraler Debatten und Diskussionen, im Wege des Austausches schriftlicher Stellungnahmen der nationalen Parlamente und der Antworten darauf sowie schließlich im Wege von Kontakten und Zusammenkünften während des ganzen Jahres.⁴

Mit dem Vertrag von Lissabon und der darauf folgenden Lissabon-Begleitnovelle wurden dementsprechend auch für den österreichischen Nationalrat und Bundesrat neue Informations- und Mitwirkungsrechte in EU-Angelegenheiten begründet. Zu den seit 1995 möglichen Stellungnahmen an Mitglieder der Bundesregierung (Art 23e B-VG) traten neue Rechte hinzu, wie insbesondere die Möglichkeit, begründete Stellungnahmen im Rahmen der Subsidiaritätsprüfung abzugeben, beim EuGH eine Klage wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip einzubringen sowie Stellungnahmen und Mitteilungen im Rahmen des politischen Dialogs mit EU-Institutionen zu übermitteln. Hinzu kommen weitreichende Rechte auf Information durch die europäischen Organe und die österreichischen Regierungsmitglieder, Mitwirkungsrechte bei Vertragsänderungsverfahren, insbesondere im Fall der „Brückenklauseln“ oder „Passerelles“, und die Mitwirkung an der parlamentarischen Kontrolle von Europol und Eurojust.⁵

I. Informationsrechte der nationalen Parlamente

Um den nationalen Parlamenten eine effektive Ausübung der Mitwirkungsrechte zu ermöglichen, müssen sie die dafür notwendigen Informationen erhalten. Daher werden ihnen nicht nur Entwürfe von Gesetzgebungsakten, sondern auch andere Dokumente direkt von den zuständigen EU-Organen zugeleitet. Es sind dies zB Konsultationsdokumente (Grün-, Weißbücher, Mitteilungen, jährliche Rechtsetzungsprogramme; Art 1 des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente), Legislative Entschlüsse (Art 4 des Subsidiaritätsprotokolls), Standpunkte des Rates im Gesetzgebungsverfahren (Art 4 des Subsidiaritätsprotokolls) sowie Tagesordnungen, Ergebnisse und Protokolle von Ratstagungen, auf denen der Rat über Entwürfe von Gesetzgebungsakten berät (Art 5 des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente). Diese EU-Dokumente sind in der EU-Datenbank des österreichischen Parlaments, die so weit wie möglich öffentlich zugänglich ist, abrufbar.

Ergänzend dazu wurden auf nationaler Ebene Regelungen getroffen, um in EU-Angelegenheiten den Informationsfluss zwischen den jeweils zuständigen Bundesministern und dem Nationalrat und dem Bundesrat zu optimieren.⁶ Neben Art 23e und 23f B-VG wurde auch ein eigenes EU-Informationsgesetz erlassen. Der zuständige Bundesminister hat den Nationalrat und den Bun-

2 Die Lissabon-Begleitnovelle trat am 1. 8. 2010 in Kraft (BGBl I 57/2010).

3 Die Novelle zu den Geschäftsordnungen des Nationalrats (BGBl I 114/2011) und des Bundesrats (BGBl I 141/2011) sowie das EU-Informationsgesetz (BGBl I 113/2011) traten am 1. 1. 2012 in Kraft.

4 Zu den Beziehungen zwischen der Kommission und den nationalen Parlamenten siehe den Bericht der Kommission: Jahresbericht 2013 über die Beziehungen zwischen der Europäischen Kommission und den nationalen Parlamenten, COM(2014) 507 final, 2.

5 AB 827 BlgNR 24. GP 12.

6 Ausführlich zu diesen Informationspflichten *Jedliczka*, Über die neuen Regeln betreffend die Unterrichtung des Nationalrates über Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2013 (2013) 321.

desrat unverzüglich über alle Vorhaben im Rahmen der Europäischen Union zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (Art 23e Abs 1 B-VG). Darüber hinaus hat er zu Beginn jedes Jahres dem Parlament über das Arbeitsprogramm und die Legislativvorhaben auf EU-Ebene sowie über die voraussichtliche österreichische Position zu diesen Vorhaben zu berichten (Art 23f Abs 2 B-VG). Dies ermöglicht bereits im Vorfeld die notwendige Information und die Einbindung der Abgeordneten in die politische Meinungsbildung.

II. Ausgewählte Mitwirkungsrechte der nationalen Parlamente

Von besonderer Bedeutung für die parlamentarische Mitwirkung in EU-Angelegenheiten ist die Zusammenarbeit im Rahmen des Subsidiaritätskontrollmechanismus.

Die Kommission, das Europäische Parlament und der Rat haben den nationalen Parlamenten alle Entwürfe von Gesetzgebungsakten zu übermitteln (Art 2 Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente).⁷ Gemäß Art 5 des Subsidiaritätsprotokolls werden diese Entwürfe im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit begründet. Jeder Entwurf sollte einen Vermerk mit detaillierten Angaben enthalten, die es ermöglichen, zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden. Dadurch soll eine zielgerichtete und effiziente Kontrolle durch die nationalen Parlamente ermöglicht werden. Dies ist gerade im Hinblick auf die knappe Frist, die für die Kontrolle zur Verfügung steht, von Bedeutung.⁸ Zudem führt die Kommission bereits vor dem Vorschlag eines Gesetzgebungsakts umfangreiche Anhörungen durch, bei denen der regionalen und lokalen Dimension eines Vorhabens Rechnung zu tragen ist (Art 2 Subsidiaritätsprotokoll).

Jedes nationale Parlament hat sodann die Möglichkeit, innerhalb von acht Wochen in einer begründeten Stellungnahme darzulegen, weshalb der Legislativvorschlag seines Erachtens nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip vereinbar ist (Art 6 des Subsidiaritätsprotokolls). Es handelt sich dabei um die sog Subsidiaritätsrüge. Vor dem Hintergrund, dass sich die nationalen Parlamente binnen dieser acht Wochen äußern und zweckmäßigerweise koordinieren müssen, erscheint diese Frist sehr kurz.⁹ *Pabel*¹⁰ weist in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hin, dass die Wirksamkeit des Frühwarnsystems in erheblichem Maß davon abhängen wird, ob sich die nationalen Parlamente koordinieren können. Die Möglichkeiten, dem Standpunkt der nationalen Parlamente im Gesetzgebungsverfahren Gehör zu verschaffen, schätzt sie umso größer ein, je besser die Positionen unter mehreren Parlamenten abgestimmt sind. Wichtiger als die Erreichung der vorgesehenen Quoren scheint ihr dabei die Formulierung von Stellungnahmen, die in die gleiche Richtung zielen und es so der Kommission oder dem anderen Initiativorgan umso schwerer machen, den ursprünglichen Entwurf politisch durchzusetzen. Um zu einem möglichst frühen Zeitpunkt Informationen darüber abrufen zu können, ob und wenn ja, in welchen Punkten ein bestimmtes EU-Dossier in anderen nationalen Parlamenten einer Prüfung unterzogen wird, gibt es eine eigene Internet-Plattform für Informationsaustausch in EU-Angelegenheiten (IPEX – „Interparliamentary EU Information Exchange“).

7 Zum Begriff des „Gesetzgebungsakts im Rahmen der Europäischen Union“ siehe *Bußjäger/Grass*, Die Lissabon-Begleitnovelle zur Bundesverfassung und die parlamentarische Mitwirkung in EU-Angelegenheiten, *ÖJZ* 2011, 60 (62).

8 *Pabel*, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips durch die Parlamente der Mitgliedstaaten, *JRP* 2011, 287 (289).

9 Siehe auch *Bußjäger/Grass*, *ÖJZ* 2011, 63; *Pabel*, *JRP* 2011, 293 ff.

10 *Pabel*, *JRP* 2011, 294 f.

Das Verfahren zur Subsidiaritätskontrolle läuft parallel zum politischen Dialog, der nicht nur auf die Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsprinzip ausgerichtet ist. Daher fordert die Kommission die nationalen Parlamente dazu auf, in ihren Stellungnahmen zwischen Aspekten des Subsidiaritätsprinzips und Anmerkungen zum Inhalt eines Legislativvorschlags zu unterscheiden und ihre Aussagen zur Übereinstimmung eines Vorschlags mit dem Subsidiaritätsprinzip möglichst eindeutig zu formulieren.¹¹ Wird ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip geltend gemacht, spricht man von einer begründeten Stellungnahme.

Wenn mindestens ein Drittel der nationalen Parlamente eine solche begründete Stellungnahme abgibt, muss der Entwurf überprüft werden. Nach dieser Überprüfung kann die Kommission – bzw. ein anderes für den Gesetzgebungsentwurf zuständiges Organ – beschließen, an dem Entwurf festzuhalten, ihn zu ändern oder ihn zurückzuziehen. Dieser Beschluss muss begründet werden (Art 7 Abs 2 Subsidiaritätsprotokoll). Wendet sich im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens mindestens die einfache Mehrheit der nationalen Parlamente gegen einen Gesetzgebungsentwurf und will die Kommission daran festhalten, kann der europäische Gesetzgeber mit einer Mehrheit von 55 % der Mitglieder des Rates oder mit einer Mehrheit der abgegebenen Stimmen im Europäischen Parlament entscheiden, dass der Vorschlag nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang steht und daher nicht weiter geprüft wird (Art 7 Abs 3 Subsidiaritätsprotokoll). Diese Regelung stößt als rein symbolische Rechtsetzung auf Kritik.¹² So weisen etwa *Bußjäger* und *Grass*¹³ unter Berufung auf *Calliess*¹⁴ darauf hin, dass es dann, wenn beispielsweise der Rat mehrheitlich die Auffassung vertritt, dass ein Gesetzgebungsvorschlag gegen das Subsidiaritätsprinzip verstößt, wohl naheliegender ist, ihn gar nicht mit der erforderlichen Mehrheit anzunehmen, als mit einer Mehrheit festzustellen, dass er gegen das Subsidiaritätsprinzip verstößt. Zutreffend räumt jedoch *Pabel*¹⁵ ein, dass durch ein Votum der Hälfte der nationalen Parlamente unbestritten politischer Druck auf den Gesetzgeber erzeugt wird.

Insgesamt zeigt sich aber vor allem, dass die nationalen Parlamente keine Möglichkeit haben, die Rechtsetzung auf EU-Ebene zu blockieren.¹⁶ Wie *Bußjäger* und *Grass*¹⁷ ausführen, „erweist sich das Instrument der Subsidiaritätsrüge daher als rechtlich insgesamt relativ schwach, gewinnt jedoch durch die Möglichkeit, beim EuGH eine Klage wegen Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip einzubringen, an Schärfe“. *Pabel*¹⁸ kommt nach einer Analyse der einschlägigen Bestimmungen zum Ergebnis, dass die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente am ehesten ihre Wirkung durch politische Einflussnahme auf die europäischen Organe entfalten wird können. Zutreffend führt sie aus, dass die europäischen Organe eine gut begründete, womöglich unter verschiedenen Parlamenten koordinierte Kritik an der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips im Einzelfall nicht außer Acht lassen werden können. *Galiciani*¹⁹ kritisiert die Subsidiaritätsrüge als eine relativ starre Mitwirkungsmöglichkeit und geht davon aus, dass eine wirkliche Mitgestal-

11 Modalitäten für die Anwendung des Verfahrens zur Subsidiaritätskontrolle gemäß Protokoll Nr 2 des Vertrags von Lissabon, 4.

12 Siehe *Pabel*, JRP 2011, 293 mwN.

13 *Bußjäger/Grass*, ÖJZ 2011, 63.

14 *Calliess*, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon (2010) 199.

15 *Pabel*, JRP 2011, 293.

16 *Bußjäger/Grass*, ÖJZ 2011, 63; *Pabel*, JRP 2011, 293.

17 *Bußjäger/Grass*, ÖJZ 2011, 63.

18 *Pabel*, JRP 2011, 300.

19 *Galiciani*, Die Stärkung der Mitwirkungsrechte des Nationalrates und Bundesrates durch die Lissabon-Begleitnovelle, JRP 2011, 173 (178).

tung an einem Gesetzgebungsentwurf, insb im Hinblick auf das Subsidiaritätsprinzip, besser im vorgelagerten Konsultationsprozess der Kommission zu verwirklichen ist. Er regt daher eine verstärkte Koordination und Zusammenarbeit der nationalen Parlamente im Rahmen der COSAC (die Konferenz der EU-Ausschüsse der nationalen Parlamente) an. Dadurch könnten die nationalen Parlamente vermehrt mit geeinter Stimme politischen Druck ausüben und somit einen potenziellen Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip bereits im Vorfeld verhindern. Die Möglichkeit einer Subsidiaritätsrüge bzw einer Subsidiaritätsklage unterstützt nach Auffassung von *Galiciani* die Position der nationalen Parlamente im Konsultationsprozess.

Insgesamt gehen auf europäischer Ebene pro Jahr etwas mehr als 600 schriftliche Stellungnahmen ein. Im Jahr 2013 waren es 621, davon waren 88 – also etwa 14 % – begründete Stellungnahmen im Rahmen des Subsidiaritätskontrollmechanismus.²⁰ Inhaltlich geht es dabei überwiegend um Justiz und Inneres, den Binnenmarkt und Aspekte der Europäischen Währungsunion. Die Kommission beantwortet die Stellungnahmen in der Regel binnen einer selbst gesetzten Frist von drei Monaten.²¹ Sofern die nationalen Parlamente ihre Stellungnahmen frühzeitig vorlegen, können diese nach Auffassung der Kommission als ein Frühwarnsystem dienen, das ihr einen Überblick über die wichtigsten Argumente zum Inhalt ihrer Vorschläge gibt. Die Kommission kann sodann in völliger Kenntnis der von den nationalen Parlamenten zum Ausdruck gebrachten Auffassungen Verhandlungen mit dem Rat und dem Europäischen Parlament führen.²²

Die im Jahr 2013 von den nationalen Parlamenten eingereichten 88 begründeten Stellungnahmen betrafen 36 unterschiedliche Kommissionsdokumente. Nach Auffassung der Kommission bestätigt dies einen Trend, der bereits in den vergangenen Jahren beobachtet werden konnte:

„Die nationalen Parlamente verfolgen unterschiedliche politische Interessen und setzen unterschiedliche Prioritäten, wenn sie im Rahmen des Subsidiaritätskontrollmechanismus Vorschläge der Kommission auswählen und die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips prüfen. Ferner legen die nationalen Parlamente offenbar unterschiedliche Kriterien an, wenn sie einen Vorschlag hinsichtlich der Wahrung des Subsidiaritätsprinzips bewerten.“²³

III. Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte durch das österreichische Parlament

Bereits im Zuge des EU-Beitritts Österreichs war man bestrebt, dem nationalen Parlament Einfluss auf die Gestaltung der europäischen Gesetzgebung einzuräumen. Dies geschah im Wege der Einflussnahme des Parlaments auf die Verhandlungs- und Abstimmungsposition der im Rat der EU und im Europäischen Rat verhandlungs- und stimmberechtigten österreichischen Regierungsmitglieder. Durch die Abgabe einer Stellungnahme nach Art 23e Abs 1 B-VG haben sowohl Nationalrat als auch Bundesrat die Möglichkeit, bei ihnen wichtig erscheinenden Themen in der Phase der Verhandlungen im Rat der EU bzw im Europäischen Rat dem zuständigen Bundesminister bzw dem Bundeskanzler eine Verhandlungsposition und sogar eine Abstimmungsposition vorzugeben. Das österreichische Parlament kann somit schon aktiv werden, bevor die Entschei-

20 Bericht der Kommission: Jahresbericht 2013 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, COM(2014) 506 final, 4.

21 Jahresbericht 2013 der Kommission über die Beziehungen zu den nationalen Parlamenten, 5.

22 Jahresbericht 2013 der Kommission über die Beziehungen zu den nationalen Parlamenten, 5.

23 Subsidiaritäts-Jahresbericht 2013 der Kommission, 15.

zung auf EU-Ebene fällt und hat damit ein starkes Mitwirkungsrecht in EU-Angelegenheiten. Eine solche Stellungnahme kann auch verbindlich sein. Dann darf der zuständige Bundesminister bzw der Bundeskanzler nur aus zwingenden integrations- und außenpolitischen Gründen davon abweichen und muss diesbezüglich Rücksprache mit dem Parlament halten. In der parlamentarischen Praxis werden anstelle von Stellungnahmen auch bloße Empfehlungen, sog Ausschussfeststellungen, beschlossen, die nicht rechtlich bindend sind.

Mit dem Vertrag von Lissabon und der dazu ergangenen Lissabon-Begleitnovelle sind noch weitere Mitwirkungsmöglichkeiten des österreichischen Parlaments hinzugekommen, wie zB die bereits dargestellte Abgabe von begründeten Stellungnahmen bei Annahme eines Verstoßes gegen das Subsidiaritätsprinzip, die Möglichkeit, sich mit sonstigen Stellungnahmen oder Mitteilungen direkt an die EU-Organen zu wenden, um zu einem bestimmten EU-Vorhaben seinen Standpunkt zu kommunizieren, oder die Möglichkeit, beim EuGH eine Subsidiaritätsklage zu erheben.

Im Nationalrat kommen die Zuständigkeiten zur Abgabe begründeter Stellungnahmen (Art 23g B-VG), sonstiger Stellungnahmen (Art 23e B-VG) sowie von Mitteilungen (Art 23f Abs 4 B-VG) grundsätzlich dem Hauptausschuss zu, der endgültig, dh ohne Befassung des Plenums, über diese Angelegenheiten entscheidet und sich aus 26 Mitgliedern zusammensetzt (Art 23k Abs 2 B-VG). Entsprechend Art 23k Abs 2 B-VG und der Geschäftsordnung des Nationalrats hat jedoch der Hauptausschuss einen aus 16 Mitgliedern bestehenden Ständigen Unterausschuss in Angelegenheiten der Europäischen Union gewählt, dem er diese Zuständigkeiten übertragen hat. Für grundlegende Themen und Fragestellungen betreffend die EU bleibt der Hauptausschuss jedoch weiter zuständig. Dies gilt zB für geplante Änderungen der EU-Verträge und Themen, die auf der Tagesordnung des Europäischen Rates oder anderer formeller und informeller Gremien der Staats- und Regierungschefs (etwa der Euro-Gruppe) stehen. Im Bundesrat werden diese Zuständigkeiten von seinem EU-Ausschuss wahrgenommen, der sich aus 14 Mitgliedern zusammensetzt (§§ 13a und 13b GO-BR). Bevor die Debatte über ein EU-Vorhaben beginnt, wird in der Regel dem anwesenden Mitglied der Bundesregierung die Gelegenheit zu einer einleitenden Stellungnahme gegeben (§ 31d Abs 2 GOG-NR und § 13b Abs 6 GO-BR). Dies dient zur Information der Ausschussmitglieder über den aktuellen Verhandlungsstand und über die österreichische Position dazu. Während der Debatte kann jedes Ausschussmitglied Anträge einbringen, über die am Ende der Diskussion abgestimmt wird (§ 31d Abs 3 GOG-NR und § 13b Abs 7 GO-BR). Die in Österreich gewählten Mitglieder des EU-Parlaments können mit beratender Stimme an den Sitzungen dieser Ausschüsse teilnehmen (§ 31c Abs 9 GOG-NR und § 13b Abs 4 GO-BR). Sitzungen des Hauptausschusses in Angelegenheiten der EU und seines EU-Unterausschusses sowie des EU-Ausschusses des Bundesrats sind grundsätzlich öffentlich, Bild- und Tonaufnahmen sind zulässig (§ 31c Abs 7 GOG-NR und § 13b Abs 3 GO-BR). Die Beratungen der EU-Ausschüsse des Nationalrates und des Bundesrates werden durch Beratungen in den jeweiligen Fachausschüssen und in den Plenarsitzungen des Nationalrates bzw des Bundesrates ergänzt. So werden zB die von jedem Bundesminister vorzulegenden Berichte über die in diesem Jahr zu erwartenden EU-Vorhaben („EU-Jahresvorschauen“) entweder in den jeweiligen Fachausschüssen abschließend beraten oder dem Plenum zur Diskussion weitergeleitet. In den Fachausschüssen können auch „Aktuelle Aussprachen zu EU-Themen“ auf die Tagesordnung gesetzt werden, in der an den fachlich zuständigen Bundesminister Fragen zu EU-Themen gestellt werden und dieser dazu Auskunft zu geben hat.

Dem Plenum vorbehalten sind die Erhebung einer Subsidiaritätsklage sowie die Ablehnung einer sog. „Passerelle-Initiative“. Zudem können im Plenum des Nationalrats aktuelle Europastunden und Erklärungen zu EU-Themen abgehalten werden.

Begründete Stellungnahmen, also solche, mit denen ein Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip geltend gemacht wird, können sowohl vom Nationalrat als auch vom Bundesrat unabhängig voneinander abgegeben werden (Art 23g Abs 1 B-VG). Sie beschließen ihre Subsidiaritätsrüge mit einfacher Mehrheit und haben im Rahmen des Subsidiaritätskontrollmechanismus auf EU-Ebene jeweils eine Stimme. Um eine möglichst umfassende Entscheidungsgrundlage zu haben, können sie vom zuständigen Bundesminister eine Äußerung zur Vereinbarkeit des jeweiligen Entwurfs mit dem Subsidiaritätsprinzip verlangen, die im Regelfall innerhalb von zwei Wochen vorzulegen ist (Art 23g Abs 2 B-VG). Dem Bundesrat kommt zudem die Aufgabe zu, die Landtage unverzüglich über alle Entwürfe zu unterrichten und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Bei Beschlussfassung einer begründeten Stellungnahme hat der Bundesrat gemäß Art 23g Abs 3 B-VG die Stellungnahmen der Landtage zu erwägen und die Landtage über solche Beschlüsse zu unterrichten.²⁴ Die Stellungnahmen werden von den zuständigen EU-Organen beantwortet; sowohl die Stellungnahmen als auch die Antworten sind im Internet abrufbar.

Im Jahr 2013 war vor allem der EU-Ausschuss des Bundesrats bei der Abgabe von begründeten Stellungnahmen zu Gesetzgebungsvorschlägen der Kommission sehr aktiv. Mit sechs begründeten Stellungnahmen nimmt er im EU-weiten Vergleich hinter dem schwedischen Reichstag den zweiten Platz unter den 39 Parlamentskammern ein.²⁵ In den fünf Jahren seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 hat der EU-Ausschuss des Bundesrats das Instrument der Subsidiaritätsrüge bereits 22 Mal genützt.

Das für die „gelbe Karte“ erforderliche Quorum von mindestens einem Drittel der nationalen Parlamente (Art 7 Abs 2 Subsidiaritätsprotokoll) wird nur selten erreicht, konkret ist dies seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon erst zweimal geschehen.

Im Rahmen einer aktuellen Aussprache des EU-Ausschusses des Bundesrates über die neue Rolle der Parlamente im Rahmen des Vertrags von Lissabon vom 4. April 2013 wurde die für die Abgabe einer begründeten Stellungnahme vorgesehene Frist von acht Wochen kritisiert. Wie der Ausschussvorsitzende *Edgar Mayer* betonte, ist diese Zeitspanne eher kurz für die nötige Koordination mit den Bundesländern. Oft beginne die Frist in einem sehr frühen Verhandlungsstadium der einzelnen Gesetzesmaterien, was ebenfalls die Sache erschwere. Man war sich darüber einig, dass man zwar in puncto Koordinierung und Vernetzung mit den Bundesländern gut unterwegs sei, hier aber noch einiges Potenzial genützt werden müsse. Bundesrat *Stefan Schennach* übte Kritik an den Reaktionen der Kommission auf begründete Stellungnahmen und Mitteilungen. Sie ließen sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht zu wünschen übrig. Dennoch räumte er ein, dass die Kommission auf Äußerungen der Länderkammer sensibel reagiere, ohne dass vorher die „gelbe Karte“ ausgespielt wurde. Der Dialog zeige Wirkung.

Gegen einen bereits erlassenen Gesetzgebungsakt der Europäischen Union können Nationalrat und Bundesrat innerhalb von zwei Monaten mit einfacher Mehrheit eine sog. Subsidiaritätsklage an den EuGH erheben. Anders als beim Instrument der Subsidiaritätsrüge muss die Erhebung

24 Zum Begriff „zu erwägen“ siehe *Bußjäger/Grass*, ÖJZ 2011, 63.

25 Außen- und Europapolitischer Bericht 2013, III-533-BR/2014 der Beilagen, 23.

einer Subsidiaritätsklage jedenfalls durch das Plenum des Nationalrats oder des Bundesrats beschlossen werden. Eine Zuständigkeit des Hauptausschusses oder eines Ausschusses des Bundesrates kann nicht vorgesehen werden (Art 23h B-VG iVm Art 23k Abs 2 und 3 B-VG). Die Übermittlung der Klage wird durch den Bundeskanzler vorgenommen, dem aber keine Ingerenz auf den Inhalt zukommt (Art 23h Abs 2 B-VG).

Der Nationalrat und der Bundesrat können ihre Wünsche über EU-Vorhaben, insbesondere betreffend die Gesetzgebung und Anwendung des Unionsrechts, auch in Form von Mitteilungen an die Organe der Europäischen Union herantragen (Art 23f Abs 4 B-VG). Diese Ermächtigung entspricht zwar dem im Vertrag von Lissabon vorgesehenen aktiven Beitrag der nationalen Parlamente zur guten Arbeitsweise der Union (vgl Art 12 EUV), geht aber über die im Vertrag von Lissabon vorgesehenen Instrumente der Subsidiaritätsrüge und der Subsidiaritätsklage hinaus. Daher können diese Wünsche den Materialien zufolge auch allgemeine politische Ausführungen enthalten.²⁶ Nationalrat und Bundesrat können somit Resolutionen zu europäischen Vorhaben fassen und diese in Form von Mitteilungen an die Organe der EU herantragen.²⁷

Im Jahr 2013 wurden in 26 Sitzungen des Hauptausschusses des Nationalrates und seines Ständigen EU-Unterausschusses sowie des Plenums und des EU-Ausschusses des Bundesrates neben den bereits erwähnten sechs begründeten Stellungnahmen sechs Stellungnahmen gemäß Art 23e B-VG und sechs Mitteilungen gemäß Art 23f Abs 4 B-VG verabschiedet.²⁸

Erwähnt sei auch, dass den Ländern für ihren Zuständigkeitsbereich jeweils ein dem Nationalrat und Bundesrat analoges Informations- und Stellungnahmerecht zukommt (Art 23d B-VG).

IV. Ausblick

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass im zweiten Halbjahr 2014 innerhalb der EU auf Vorschlag des italienischen Ratsvorsitzes ein Prozess eingesetzt hat, der darauf abzielt, die Funktionsweise der Union im Rahmen der bestehenden Verträge genauer unter die Lupe zu nehmen. Eine eigens dafür eingesetzte Ratsarbeitsgruppe unter dem Namen „Freunde der Präsidentschaft“ soll diesem Auftrag nachkommen und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Die bestehenden Instrumente zur Subsidiaritätsprüfung werden von der Arbeitsgruppe zwar als ausreichend erachtet, es wird jedoch die Auffassung vertreten, dass diese besser genutzt werden sollten. Dies gelte insbesondere für die Folgenabschätzung. Vor allem wird vorgeschlagen, die Kommission sollte substantiell geänderte Gesetzgebungsvorschläge nochmals vorlegen, um den nationalen Parlamenten die Möglichkeit zu geben, den voraussichtlichen Letztstand des Entwurfs nochmals einer Subsidiaritätsprüfung unterziehen zu können. Außerdem wird angeregt, die Fristen für die Subsidiaritätsprüfung durch nationale Parlamente möglichst flexibel zu handhaben.²⁹

Im österreichischen Parlament wird die Mitwirkung von in Österreich gewählten Mitgliedern des Europäischen Parlaments an den Verhandlungen des Nationalrats und seiner Ausschüsse gestärkt. Während eine solche Mitwirkung bisher auf die für EU-Angelegenheiten zuständigen Ausschüsse und auf EU-Enqueten beschränkt war, können österreichische Mitglieder des Europäischen Parla-

26 AB 827 BlgNR 24. GP 12.

27 Bußjäger/Grass, ÖJZ 2011, 62.

28 Außen- und Europapolitischer Bericht 2013, III-533-BR/2014 der Beilagen, 22.

29 OTS 0274 vom 3. 12. 2014.

ments künftig mit beratender Stimme zu Verhandlungen des Nationalrates und seiner Ausschüsse zu EU-Themen beigezogen werden. Damit bekommen sie vor allem ein Rederecht im Plenum des Nationalrats. Zudem wird eine Beratung von EU-Vorhaben auch außerhalb des Hauptausschusses bzw dessen Ständigen Unterausschusses in EU-Angelegenheiten ermöglicht und eine Erklärung von Persönlichkeiten der europäischen und internationalen Politik (zB Generalsekretär der Vereinten Nationen, Präsident des Europäischen Rates, Präsident der Europäischen Kommission oder des Europäischen Parlaments) anstelle der bisherigen EU-Enquete eingeführt.³⁰

Das Zusammenwirken der EU-Institutionen und der nationalen Parlamente ist somit ein Prozess, der noch lange nicht abgeschlossen ist, sondern noch viel an Potenzial bietet.

30 674/A 25. GP 4.



20 Jahre Österreich in der Europäischen Union

Rück- und Ausblick aus der Sicht von Wissenschaft und Praxis. Aktuelle Initiativen zur Verbesserung des Funktionierens der Europäischen Union – Wie steht Österreich dazu?

Peter Krois*, BM für Europa, Integration und Äußeres

Kurztext: Ein stark geraffter Rückblick auf die Geschichte der Vertragsänderungen und die Darstellung der Ausgangssituation vor der Wahl zum Europäischen Parlament 2014, bei der die Auswirkungen des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon auf die Zusammenarbeit der EU-Institutionen ebenso berücksichtigt werden wie jene der Finanz- und Wirtschaftskrise bieten eine gute Basis für das eigentliche Thema. Die Diskussion aktueller Initiativen setzt mit den Spitzenkandidaturen für das Amt des Kommissionspräsidenten ein und fokussiert auf die neuen Strukturen in der Kommission und die Entwicklung der Prioritäten für die neue fünfjährige Funktionsperiode ebenso wie auf die Arbeiten an einer besseren Funktionsweise der EU, die unter italienischem Ratsvorsitz im zweiten Halbjahr 2014 begonnen wurden und unter lettischem Vorsitz weitergeführt werden. Es wird versucht, dabei auch Hintergründe und aktuelle Trends sowie die österreichische Haltung zu den Vorschlägen aufzuzeigen.

Schlagworte: EU-Reform; interinstitutionelle Zusammenarbeit; legislative Programmierung; EU-Institutionen; Österreich in der EU; Vertrag von Lissabon.

Für die Einladung, im Rahmen der Veranstaltung des Instituts für Europarecht der Karl-Franzens-Universität Graz aus Anlass des österreichischen Beitritts zur Europäischen Union vor 20 Jahren sowie des 25-jährigen Bestehens des genannten Instituts über aktuelle Initiativen zur Verbesserung des Funktionierens der Europäischen Union zu sprechen, möchte ich an dieser Stelle nochmals herzlich danken. Gleichzeitig darf ich dem Institut für Europarecht zum Festtag herzlich gratulieren und für die Zukunft meine besten Wünsche mitgeben.

* Ges. Mag. Dr. Peter Krois ist Leiter des Referats „EU-Institutionen und institutionelle Fragen“ im Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres. Dieser Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung und die persönlichen Rechtsauffassungen des Autors wieder.

I. Vorbemerkung aus integrationsgeschichtlicher Perspektive

Bevor wir einen Blick auf die aktuellen Initiativen für eine bessere Union werfen, lohnt es, sich kurz schlaglichtartig die Vorgeschichte in Erinnerung zu rufen, um die gegenwärtige Dynamik auch aus dieser Perspektive einschätzen zu können.

Österreichs EU-Beitrittsverhandlungen sowie die ersten Jahre seiner Mitgliedschaft in der EU fielen in eine Phase häufiger Änderungen des EU-Primärrechts. Auf den 1992 unterzeichneten und 1993 in Kraft getretenen Vertrag von Maastricht, der mit dem Vertrag über die Europäische Union einen Meilenstein in der Entwicklung der europäischen Integration setzte, folgten innerhalb weniger Jahre der Vertrag von Amsterdam (Unterzeichnung 1997, Inkrafttreten 1999) und der Vertrag von Nizza (Unterzeichnung 2001, Inkrafttreten 2003). Kurz darauf wurde erstmals von einem Europäischen Konvent der Vertrag über eine Verfassung für Europa ausgearbeitet und 2004 unterzeichnet. Dieser scheiterte letztlich aufgrund der Ablehnung in zwei Referenden in Frankreich und den Niederlanden, Gründungsstaaten der Europäischen Gemeinschaften, am 29. Mai bzw am 1. Juni 2005, also innerhalb weniger Tage. Dessen wesentliche Inhalte wurden nach einer Reflexionsphase wieder im Rahmen einer sehr kurzen und vorwiegend technischen, klassischen Regierungskonferenz und eines im Unterschied zum Ergebnis des Europäischen Konvents konventionellen Änderungsvertrags im Vertrag von Lissabon (Unterzeichnung 2007, Inkrafttreten 2009) aufgenommen. Auch dieser Vertrag scheiterte zunächst im einzigen Mitgliedstaat, der verfassungsrechtlich vor der Ratifikation eine Volksabstimmung durchzuführen hatte, nämlich in Irland. Erst eine Reihe von Garantien aller anderen Mitgliedstaaten (siehe Ratsdok. 11225/2/09), darunter die Zusage, anders als in diesem Vertrag eigentlich vorgesehen, keine Verkleinerung der Europäischen Kommission ab 2014 vorzunehmen, brachte beim zweiten irischen Referendum zum Vertrag von Lissabon schließlich ein positives Ergebnis und machte damit den Weg zum Inkrafttreten frei. Auf die Probleme im tschechischen Ratifikationsprozess möchte ich an dieser Stelle nur kurz hinweisen, ohne näher darauf einzugehen.

Ein Vergleich mit den ersten 30 Jahren nach der Unterzeichnung der Römischen Verträge 1957 zeigt, dass in diesen 30 Jahren, abgesehen vom Fusionsvertrag (Unterzeichnung 1965, Inkrafttreten 1967) und der einheitlichen Europäischen Akte (Unterzeichnung 1986, Inkrafttreten 1987), keine Vertragsänderungen stattgefunden haben. Österreichs EU-Beitrittsverhandlungen und die ersten 14 Jahre unserer EU-Mitgliedschaft fielen daher in eine Zeit vergleichsweise häufiger Vertragsänderungen. Hintergrund dafür war ohne Zweifel die politische Wende in Europa 1989, die den österreichischen EU-Beitritt erleichtert hat, und vor allem die Gewissheit, dass die meisten der Staaten, die den Kommunismus hinter sich gelassen hatten, einen Vollbeitritt zur europäischen Integration anstrebten. Darüber hinaus hatten die Entwicklungen in Südosteuropa zu Beginn der 1990er Jahre gezeigt, dass den Europäischen Gemeinschaften die Instrumente fehlten, um auf diese außen- und sicherheitspolitischen Entwicklungen gemeinsam und kohärent Antworten zu finden.

Im Zuge der genannten Vertragsänderungen der letzten gut 20 Jahre traten immer wieder die gegensätzlichen Vorstellungen von Befürwortern und Gegnern eines europäischen Bundesstaats zur Weiterentwicklung der europäischen Integration zutage und erforderten teils durchaus komplizierte Kompromisse. Dieser Gegensatz war auch Thema im Zuge der Referenden zum Vertrag über eine Verfassung für Europa.

Für die derzeitige Debatte über eine Verbesserung der Funktionsweise der Europäischen Union kann jedenfalls festgehalten werden, dass der Schreck über das Scheitern des Vertrags über eine Verfassung für Europa in vielen Mitgliedstaaten nach wie vor tief sitzt und mit ein Grund für die nach wie vor spürbare Zurückhaltung der meisten Mitgliedstaaten jede größere Änderung der EU-Verträge betreffend ist.

II. Ausgangssituation vor der Wahl zum Europäischen Parlament 2014

Der Vertrag von Lissabon ist am 1. Dezember 2009, deutlich später als ursprünglich geplant, in Kraft getreten. Das verspätete Inkrafttreten, wie bereits erwähnt insbesondere aufgrund der Abhaltung eines zweiten Referendums zum Vertrag in Irland auf der Grundlage weitreichender Garantien, um den Sorgen der irischen Abstimmungsberechtigten entgegenzukommen, brachte es mit sich, dass die Wahl zum Europäischen Parlament 2009 noch auf der Grundlage der Verträge in der Fassung des Vertrags von Nizza stattfand und sich die Ernennung der Europäischen Kommission zeitlich stark verzögerte. Diese konnte ihr Amt anstelle des vorgesehenen Termins am 1. November 2009 erst im Februar 2010 antreten.

Die mit dem Vertrag von Lissabon verbundenen Neuerungen, darunter die starke Ausweitung der Befugnisse des Europäischen Parlaments, neue Abstimmungsregeln im Rat, Organstatus für den Europäischen Rat, gewählter fester Vorsitz sowohl im Europäischen Rat als auch im Rat „Auswärtige Angelegenheiten“, Einführung einer klaren Kompetenzaufteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten, neue Funktion eines Hohen Vertreters mit Mehrfachfunktion in Rat und Kommission sowie Schaffung eines neuen, aus EU-Beamten und Diplomaten der Mitgliedstaaten zusammengesetzten Europäischen Auswärtigen Dienstes zur Unterstützung des Hohen Vertreters, hatten mit einem Schlag viele institutionelle Neuerungen gebracht, deren Umsetzung 2009 und 2010 umfangreiche Verhandlungen erforderte.

Die Bewertung der durch den Vertrag von Lissabon eingeführten Neuerungen insbesondere institutioneller Natur, die eine Verbesserung des Funktionierens der Europäischen Union zum Ziel hatten, wurde jedoch bereits ab 2010 stark durch die Auswirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise, die im Herbst 2008 in den USA ihren Ausgang genommen hatte, beeinflusst, da sich in der Folge die Aufmerksamkeit auf Mängel in der im Wesentlichen von nationalen Behörden wahrgenommenen Finanzmarktaufsicht und Bankenaufsicht sowie auf die Konstruktion der Wirtschafts- und Währungsunion insgesamt richtete. Das Wirksamwerden der mit dem Vertrag von Lissabon eingeführten Änderungen wurde nach 2010 weitgehend von außergewöhnlichen Maßnahmen zur Krisenbewältigung überlagert. Das Ausmaß der Krise erforderte Maßnahmen, die vor der Krise das Vorstellungsvermögen der maßgeblichen Akteure im Rahmen des Europäischen Konvents und der Regierungskonferenzen gesprengt hätten und daher auch in den Verträgen nicht vorgesehen waren. Da der Union die Kompetenzen zur Bewältigung der Krise fehlten, mussten die Mitgliedstaaten handeln, und der Europäische Rat musste als neues EU-Organ in bisher nicht dagewesenem Ausmaß Krisenfeuerwehr spielen.

Die aufgrund der Krisensituation augenfällig gestärkte Position des Europäischen Rats sowie Verhandlung und Abschluss völkerrechtlicher Verträge zur Bekämpfung der Folgen der Krise außerhalb des Rahmens der EU-Verträge ließen viele Beobachter eine Schwächung der in den EU-Verträgen geregelten Zusammenarbeit zwischen Kommission, Europäischem Parlament und

Rat zugunsten intergouvernementaler Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten vermuten. Der Vertrag von Lissabon hatte jedoch im Gegensatz dazu mit der massiven Ausweitung des Mitentscheidungsverfahrens zum ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und damit zum Regelfall das Gegenteil beabsichtigt.

Ein genauerer Blick zeigt jedoch, dass ein Großteil der Maßnahmen zur Bewältigung der Krise und zur Bekämpfung ihrer Ursachen sehr wohl im Rahmen der EU-Verträge und mittels der klassischen „Gemeinschaftsmethode“ auf Basis von Vorschlägen der Europäischen Kommission und mit Zustimmung der beiden Unionsgesetzgeber EP und Rat beschlossen worden ist. Sowohl die 2011 neu aufgesetzten europäischen Finanzmarktaufsichtsbehörden als auch die später beschlossene einheitliche Bankenaufsicht durch die Europäische Zentralbank sowie die sekundärrechtlichen Reformen im Rahmen des sogenannten Six-Pack und des Two-Pack sind wesentliche Beispiele dafür. Die Hilfspakete für jene Mitgliedstaaten, die aufgrund der Krise Schwierigkeiten hatten, sich auf den Finanzmärkten mit der erforderlichen Liquidität zu versorgen, konnten aufgrund des Umfangs der benötigten Mittel nur mithilfe der Mitgliedstaaten in Einklang mit ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften bereitgestellt werden; ein in dieser Größenordnung bisher beispielloser Akt der Solidarität. Der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (auch Fiskalpakt genannt) sowie der Vertrag über den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) sind Beispiele völkerrechtlicher Verträge außerhalb des EU-Rahmens, obschon ihr Zweck in der Reformierung und Absicherung der Wirtschafts- und Währungsunion liegt.

Die Bewältigung der Auswirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise war rückblickend gesehen in der Zeit zwischen dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und der EP-Wahl 2014 das dominante Thema in der Europäischen Union.

Die Kommission legte nicht nur umfangreiche Gesetzgebungsvorschläge zur Verbesserung der Finanzmarktaufsicht und zur Verbesserung der Funktionsweise der Wirtschafts- und Währungsunion vor, sondern leistete in ihrer umfassenden Blaupause (nicht nur) zur Wirtschafts- und Währungsunion (28. November 2012 COM[2012] 777 final) einen substanziellen Beitrag zur Reformdiskussion, die von den vier Präsidenten (Kommission, Europäischer Rat, Euro-Gruppe und Europäische Zentralbank) im Rahmen des Europäischen Rates angeführt wurde.

Im Zuge der Krisenbewältigung zeigte sich, dass der Regelungsbedarf innerhalb der Euro-Gruppe aufgrund der gemeinsamen Währungspolitik viel größer war als im Rahmen der Gesamt-EU. Die rasante Weiterentwicklung des Regelbestandes inner- und außerhalb des Rahmens der EU-Verträge betraf somit vor allem die Eurozone und führte unter dem Eindruck der Finanz- und Wirtschaftskrise sowie unter dem Diktat der Finanzmärkte vor allem im Bereich der Wirtschafts- und Währungsunion zu wachsenden Unterschieden zwischen Euro-Mitgliedstaaten und Nicht-Euro-Mitgliedstaaten in der Union, die vor allem von letzteren mit Sorge registriert wurden.

Das Europäische Parlament nutzte seine durch den Vertrag von Lissabon erweiterten Handlungsmöglichkeiten intensiv und verarbeitete einerseits die geänderten interinstitutionellen Rahmenbedingungen und andererseits die im Zuge der Krisenbewältigung gesetzten Maßnahmen in einer Reihe von sehr weitgehenden Resolutionen (siehe Dokumentennachweis am Ende des Beitrags), die auch Reformvorschläge einschließlich einer größeren Zahl von teils sehr weitreichenden Vertragsänderungen enthielten. Kritisch setzte sich das Europäische Parlament na-

turgemäß mit jenen Maßnahmen auseinander, die nicht seiner Kontrolle und Mitbestimmung unterlagen. Das Europäische Parlament hat auch interne Veränderungen vorgenommen und insbesondere eine Direktion für Folgenabschätzung und europäischen Mehrwert eingerichtet.

Auf Initiative des seinerzeitigen deutschen Außenministers *Guido Westerwelle* traf sich im Jahr 2012 insgesamt fünfmal die sogenannten Zukunftsgruppe, an der insgesamt elf Außenminister von EU-Mitgliedstaaten teilnahmen, um die Überwindung der Staatsschuldenkrise und langfristige Vorschläge für die Zukunft Europas zu diskutieren. Der „Abschlussbericht der Gruppe zur Zukunft Europas“ wurde im September 2012 den europäischen Institutionen sowie den Parlamenten und Regierungen der Mitgliedstaaten zugeleitet und enthielt sowohl Vorschläge, die ohne Vertragsänderung umsetzbar sind, als auch Vorschläge zur Änderung der Verträge.

III. Aktuelle Initiativen zur Verbesserung der Funktionsweise der EU

Schon vor der Wahl zum Europäischen Parlament 2014 wurde ein Vorschlag umgesetzt, der bereits von der oben erwähnten Zukunftsgruppe von elf Außenministern von EU-Mitgliedstaaten präsentiert und vom Europäischen Parlament sowie der Europäischen Kommission unterstützt worden war. Die bedeutendsten europäischen politischen Parteien bestimmten vor der Wahl jeweils Spitzenkandidaten für das Amt des Kommissionspräsidenten und gaben damit erstmals ein deutliches, auch in der breiten Öffentlichkeit EU-weit wahrnehmbares Lebenszeichen von sich. Der Spitzenkandidat jener europäischen politischen Partei, die bei der Wahl in allen EU-Mitgliedstaaten die meisten Mandate im Europäischen Parlament erringen kann, sollte dann Präsident der Europäischen Kommission werden. Die Spitzenkandidaten sollten den Wahlkampf europäisieren und es wurde auch eine stärkere Wahlbeteiligung durch den Wahlkampf der Spitzenkandidaten erwartet. Die Wahlbeteiligung ist letztlich gegenüber der EP-Wahl 2009 wieder leicht gesunken, ein Trend, der angesichts laufender institutioneller Stärkung des Europäischen Parlaments im Zuge der Vertragsänderungen seit Maastricht erstaunt. Wie bekannt, wurde mit *Jean-Claude Juncker* dann tatsächlich der Spitzenkandidat der mandatsstärksten europäischen politischen Partei für das Amt des Kommissionspräsidenten nominiert, wenn es auch im Vorfeld der Nominierung durch den Europäischen Rat Unstimmigkeiten gab und die Nominierung erstmals per Abstimmung anstelle durch Konsens erfolgte.

Etwa einen Monat nach der EP-Wahl einigte sich der Europäische Rat am 26./27. Juni 2014 auf eine „Strategische Agenda für die Union in Zeiten des Wandels“ (EUCO 79/14, Anhang I) mit fünf strategischen Prioritäten für die nächsten fünf Jahre auf EU-Ebene. Diese fokussieren erwartungsgemäß auf folgende Bereiche: Beschäftigung, Wachstum und Wettbewerbsfähigkeit; faire Lebenschancen und Schutz vor Armut für BürgerInnen; Energiesicherheit und verantwortungsvolle Klimapolitik; Verbesserungen in Migrationspolitik, Kriminalitäts- und Terrorbekämpfung sowie justizieller Zusammenarbeit; Positionierung der Union als starker globaler Akteur.

Diese vom Europäischen Rat festgelegten Prioritäten wurden von *Jean-Claude Juncker* in dessen politischen Leitlinien für die Arbeit der Europäischen Kommission bis 2019 unter dem programmatischen Motto „Neustart für Europa“ am 15. Juli 2014 aufgegriffen und auf insgesamt zehn Prioritäten erweitert.

Nicht weniger bedeutend als die Festlegung der Prioritäten für die nächsten fünf Jahre sind die strukturellen Neuerungen in der Kommission zu werten, die Präsident *Juncker* initiiert hat. Er hat

damit auch Vorschläge des Europäischen Parlaments in dessen bereits im vorangehenden Abschnitt erwähnten reformorientierten Resolutionen aufgegriffen. Die Kommission bleibt auch künftig ein Kollegialorgan, die Verträge haben sich ja nicht geändert, die Beziehungen innerhalb des Kollegiums werden jedoch radikal neu gestaltet. Es gibt nunmehr einen ersten Vizepräsidenten, *Frans Timmermans*, dem *Juncker* als unmittelbarem Stellvertreter eine Reihe wesentlicher Koordinierungsaufgaben übertragen hat und der insbesondere auch die Einhaltung der Prinzipien von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit bei der Vorbereitung neuer Gesetzgebungsvorschläge durch die Kommission sicherzustellen hat. *Federica Mogherini* kann als Hohe Vertreterin im Gegensatz zu ihrer Vorgängerin mit voller Unterstützung des Kommissionspräsidenten, wie in den Verträgen vorgesehen, die Arbeit der Kommissare mit Zuständigkeit für Teilbereiche des auswärtigen Handelns der EU koordinieren. *Kristalina Georgieva* hat mit Zuständigkeit für die Kernbereiche Budget und Personal eine starke Stellung innerhalb der Kommission, die eine Koordination mit allen Kommissionsmitgliedern erfordert. Die weiteren vier Vizepräsidenten haben erstmals keine eigenen Zuständigkeitsbereiche, sind jedoch für die Koordination großer prioritärer Projekte der Kommission zuständig: *Andrus Ansip* für den digitalen Binnenmarkt; *Maroš Šefčovič* für die zu schaffende Energieunion; *Valdis Dombrovskis* für den Euro und den sozialen Dialog, eine Kombination, die auch das soziale Engagement der Kommission unterstreichen soll; und schließlich *Jyrki Katainen*, der für Arbeitsplätze, Wachstum, Investitionen und Wettbewerbsfähigkeit zuständig ist. *Junckers* Kommission weist mit sieben Vizepräsidenten einen weniger auf als die Kommission Barroso II, aber *Juncker* hat seinen Vizepräsidenten im Gegensatz zur bisherigen Praxis in der Kommission einen Teil seiner präsidialen Koordinierungsaufgaben übertragen. Damit ist die Funktion eines Vizepräsidenten der Kommission nun kein protokollarischer Ehrentitel mehr, sondern mit operativen Aufgaben und Verantwortlichkeiten verbunden.

Präsident *Juncker* hat seine Erwartungen an „seine“ Kommissionsmitglieder umfassender und konkreter als bisher üblich in sogenannten „mission letters“ an ebendiese niedergelegt und diese veröffentlicht, sodass sie für jedermann im Internet nachlesbar sind. Dies verdeutlicht *Junckers* neuen Zugang zu Transparenz. Der Anspruch der neuen Kommission ist es, sich künftig auf das Wesentliche zu beschränken, nach dem Grundsatz „weniger ist mehr“ die Arbeit der Kommission auf die Prioritäten zu beschränken und diese dafür optimal auszugestalten. Die neue Kommission will politischer, dynamischer, effizienter, transparenter und dialogfähiger als ihre Vorgänger sein. Dies zeigte sich bereits an den Plänen der Kommission, insgesamt 80 Gesetzgebungsvorschläge zurückzuziehen, deutlich mehr als von Europäischem Parlament und Rat erwartet, und im Vorhaben, 2015 mit 23 Initiativen eine im Vergleich zum bisherigen Durchschnitt deutlich geringere Zahl an neuen Initiativen vorzulegen.

Im Rahmen des Rates hatten in den Jahren 2012 bis 2014 bereits verschiedene Ratspräsidentschaften punktuell Reformdiskussionen bei informellen Europaministertreffen organisiert, ein Follow-up blieb jedoch jeweils aus. Der italienische Ratsvorsitz schlug gleich nach Übernahme der Vorsitzfunktion im Juli 2014 vor, eine „Gruppe der Freunde der Präsidentschaft“ zur Verbesserung der Funktionsweise der EU als erste tiefergehende Initiative des Rates nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon einzurichten. So geschah es auch. Die Gruppe, die sich aus hochrangigen Beamten der Mitgliedstaaten, sowohl aus den Ständigen Vertretungen als auch aus den Hauptstädten, zusammensetzte, traf sich von September bis Anfang Dezember jeweils einmal pro Monat in Brüssel. Das Mandat für die Gruppe sah die Erarbeitung möglichst konkreter Vorschläge

zur Verbesserung der Funktionsweise der Union auf der Grundlage der bestehenden Verträge vor – die Mitgliedstaaten schlossen damit Diskussionen über Vertragsänderungen aus. Die Gruppe sollte sich laut Mandat auf die folgenden vier Themenbereiche konzentrieren: horizontale Fragen wie Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit und die Rolle nationaler Parlamente; der Rat der EU im Rahmen interinstitutioneller Beziehungen; Funktionsweise des Rates der EU; unausgeschöpftes Potenzial des Vertrags von Lissabon. Für die Gruppe bezog sich die Verbesserung der Funktionsweise der EU zudem ganz klar auf die vom Europäischen Rat Ende Juni 2014 festgelegte „Strategische Agenda für die Union in Zeiten des Wandels“.

Der italienische Ratsvorsitz fasste nach der vierten Sitzung die Ergebnisse in einem relativ knappen ratsinternen Vorsitzdokument zusammen. Offen blieb zu Ende des italienischen Ratsvorsitzes, ob diese breit unterstützte Initiative nachhaltige Wirkung durch effiziente Umsetzung zumindest einiger der konkreten Vorschläge entfalten kann oder das Schicksal früherer punktueller Versuche vorangehender Ratsvorsitze teilen wird.

Einer der Vorschläge der Gruppe konnte allerdings noch unter italienischem Ratsvorsitz zumindest teilweise realisiert werden: die Einbindung des Rates bei der Vorbereitung des Jahresarbeitsprogramms der Kommission für das kommende Jahr. Der Rat war in die Vorbereitung des Jahresarbeitsprogramms der Kommission bis 2009 regelmäßig eingebunden gewesen, in der Funktionsperiode der Kommission Barroso II wurde jedoch nur mehr das Europäische Parlament eingebunden, auf der Basis des bilateralen Rahmenabkommens der Kommission mit dem Parlament aus 2010. Sogar das Europäische Parlament hatte in einer seiner in Abschnitt II erwähnten Reformresolutionen eine Einbindung des Rates gefordert. Die Kommission reagierte rasch und übermittelte dem Rat ebenfalls die Vorüberlegungen für das Jahresarbeitsprogramm 2015. Aufgrund des Amtsantritts der neuen Kommission per 1. November 2014 war die Zeit für Ausarbeitung und Verabschiedung des Jahresarbeitsprogramms für das kommende Jahr aber nur sehr kurz und daher blieb auch nicht viel Zeit für eine echte Abstimmung. Ein Anfang ist jedoch gemacht und es steht zu hoffen, dass heuer mehr Zeit für die Abstimmung zum Jahresarbeitsprogramm 2016 bleiben wird. Wesentlich für viele Mitgliedstaaten ist dabei die Gleichbehandlung von Europäischem Parlament und Rat bei dieser Abstimmung.

Abgesehen von der Abstimmung des Jahresarbeitsprogramms der Kommission mit Europäischem Parlament und Rat soll es heuer aber auch Gespräche über eine zwischen Kommission, Europäischem Parlament und Rat abgestimmte mittelfristige legislative Programmierung geben. Hier stehen die Arbeiten aber noch am Anfang und es ist noch nicht klar, welche Folgen eine abgestimmte mittelfristige legislative Programmierung auf das Präsidenschaftsprogramm der Triopräsidenschaft im Rat haben könnte.

Angeregt wurde insbesondere eine Novellierung der 2003 abgeschlossenen Interinstitutionellen Vereinbarung (IIV) über Bessere Rechtsetzung (2003/C 321/01). In diesem Rahmen könnte eine verbesserte durchgehende Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens ebenso verankert werden wie eine verstärkte laufende Folgenabschätzung vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und auch ex-post.

Eine solche Novellierung wäre auch eine gute Gelegenheit, eine Reihe weiterer Fragen aufzugreifen. Die Mitgliedstaaten haben die Kommission seit Längerem um systematische Einbindung nationaler Experten bei der Vorbereitung delegierter Rechtsakte, um mehr Transparenz durch

Veröffentlichung der Entwürfe delegierter Rechtsakte und Einrichtung einer öffentlichen Datenbank für delegierte Rechtsakte ähnlich der Komitologiedatenbank ersucht und eine Einigung mit Kommission und Europäischem Parlament auf gewisse Parameter zur leichteren Abgrenzung zwischen delegierten Rechtsakten und Komitologierechtsakten angestrebt. Hier hat die Kommission zuletzt Entgegenkommen signalisiert.

In die Novellierung der genannten IIV könnte auch die angestrebte Einigung über regelmäßige gleichberechtigte Einbindung des Rates in die Vorbereitung des Jahresarbeitsprogramms der Kommission und über die Abstimmung der mittelfristigen legislativen Programmierung zwischen Kommission, Europäischem Parlament und Rat einfließen.

Derzeit ist jedoch noch offen, ob es zu einer Novellierung der „IIV Bessere Rechtsetzung“ kommen wird und wie ambitioniert der angekündigte Entwurf der Kommission dafür sein wird.

IV. Österreichische Erwartungen

Österreich hat sich seit 2012 offen für einen neuen europäischen Konvent und damit einhergehende Vertragsänderungen gezeigt, diese Bereitschaft ist auch im Regierungsprogramm der Bundesregierung aus 2013 nachzulesen. Diese Offenheit steht in deutlichem Kontrast zur Haltung vieler anderer Mitgliedstaaten. Vielleicht liegt ein Grund auch darin, dass die EU-Beitrittsverhandlungen Österreichs und seine EU-Mitgliedschaft in eine Phase häufiger Vertragsänderungen fielen und Vertragsänderungen daher aus österreichischer Sicht gleichsam „business as usual“ darstellen. Dagegen ließe sich einwenden, dass sich diese Offenheit gegenüber Vertragsänderungen nicht bei allen Mitgliedstaaten, die gleichzeitig oder nach Österreich der EU beigetreten sind, gleichermaßen findet. Es zeigen sich hier auch deutliche Unterschiede unter den Gründerstaaten, den Mitgliedstaaten der ersten Stunde der europäischen Integration.

Die neue Struktur und Arbeitsweise der Europäischen Kommission wurde in Österreich durchaus begrüßt und hat jedenfalls hohe Erwartungen geweckt.

Österreich hat in der Gruppe der Freunde der Präsidentschaft zur Verbesserung der Funktionsweise der EU aktiv mitgearbeitet und sich mit einer ganzen Reihe von Vorschlägen eingebracht. Daraus ergibt sich die Erwartung, dass diese bisher konkreteste Initiative des Rates nicht versandet, sondern heuer unter den nachfolgenden lettischen und luxemburgischen Ratsvorsitzen energisch weiterverfolgt wird.

Die im November und Dezember 2014 im Auftrag der Europäischen Kommission in Österreich, Finnland und Schweden durchgeführte Eurobarometerumfrage aus Anlass des bevorstehenden 20. Jahrestags des EU-Beitritts dieser Staaten am 1. Jänner 2015 wurde im Jänner 2015 veröffentlicht und gibt interessante Einblicke in die Erwartungen der ÖsterreicherInnen und ihre Haltung zur Europäischen Union. Sahen sich 1995 nur elf Prozent der ÖsterreicherInnen als EuropäerInnen, so waren es Ende 2014 beachtliche 87 %. Immerhin 59 % der ÖsterreicherInnen haben laut dieser Umfrage eine positive Einstellung zur EU, in Schweden sind es 61 %, in Finnland 67 %. Die Einführung des Euro ist für 92 % der befragten ÖsterreicherInnen das Ereignis, an welches sie sich aus den 20 Jahren EU-Mitgliedschaft am besten erinnern und damit auch die stärkste Assoziation mit der EU. Bemerkenswert ist, dass sich 49 % der ÖsterreicherInnen eine engere Zusammenarbeit zwischen den EU-Mitgliedstaaten wünschen würden, in Finnland sind es 36 %, in

Schweden 27 %. Mehrheitlich negative Auswirkungen der europäischen Integration orten die ÖsterreicherInnen in der Wirtschaftssituation und in der Sozialfürsorge, prioritär ist für 51 % der Befragten die Förderung von Beschäftigung und für 39 % die Stabilisierung des Euro. Insgesamt 54 % der Befragten sehen eine positive Zukunft für die EU. Neben einem enorm gewachsenen Europagefühl zeigt das Umfrageergebnis ein durchaus positives Gesamtbild der EU in Österreich.

Dokumentennachweis

Garantien an Irland: Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Tagung des Europäischen Rates in Brüssel vom 18./19. Juni 2009 (Ratsdok. 11225/2/09).

Reform der Wirtschafts- und Währungsunion: „Auf dem Weg zu einer echten Wirtschafts- und Währungsunion Bericht und Fahrplan von Präsident Van Rompuy – 7. Dezember 2012 in enger Zusammenarbeit mit: Jose Manuel Barroso, *Präsident der Europäischen Kommission*, Jean-Claude Juncker, *Präsident der Euro-Gruppe*, Mario Draghi, *Präsident der Europäischen Zentralbank*“ in: Der Europäische Rat 2012, herausgegeben vom Generalsekretariat des Rates, Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, Luxemburg 2013, 64-72.

Reformresolutionen des Europäischen Parlaments:

Organisation der Wahlen zum Europäischen Parlament im Jahr 2014 (Bericht Duff): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0323&language=DE&ring=A7-2013-0219>.

Festlegung der Sitze der Organe der Europäischen Union (Bericht Fox/Häfner): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2013-0498&language=DE&ring=A7-2013-0350>.

Beziehungen des Europäischen Parlaments zu den Organen, in denen die Regierungen der Mitgliedstaaten vertreten sind (Bericht Lamassoure): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0599+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

Konstitutionelle Probleme ebenenübergreifender Verwaltungsmodalitäten in der EU (Bericht Gualtieri/Trzaskowski): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0598+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

Umsetzung des Vertrags von Lissabon in Bezug auf das Europäische Parlament (Bericht Rangel): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0249+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

Rolle und Tätigkeiten der Troika in Bezug auf Programmländer des Euro-Raums (Bericht Karas): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0239+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>.

Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und den nationalen Parlamenten (Bericht Casini): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0255+0+NOT+XML+V0//DE>.

Gruppe zur Zukunft Europas: <http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/626324/publicationFile/171784/120918-Abschlussbericht-Zukunftsgruppe-Deutsch.pdf>.

Strategische Agenda des Europäischen Rates für die Union in Zeiten des Wandels vom 26./27. Juni 2014 (EUCO 79/14, Anhang I).

Politische Leitlinien von Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker für die Funktionsperiode der Kommission 2014-2019: „Ein neuer Start für Europa: Meine Agenda für Jobs, Wachstum, Fairness und demokratischen Wandel“: http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_de.pdf.

„*Mission letters*“ von Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker an die Mitglieder der Kommission jeweils auf der Seite des betreffenden Kommissionsmitglieds zu finden: http://ec.europa.eu/commission/2014-2019_en.

Mandat und Endbericht der Gruppe der Freunde der Präsidentschaft zur Verbesserung der Funktionsweise der EU sind interne Ratsdokumente und daher nicht öffentlich zugänglich.

Eurobarometerumfrage: Österreich, Finnland und Schweden 20 Jahre in der EU – Flash Eurobarometer 407, durchgeführt von TNS Political & Social im Auftrag der Generaldirektion Kommunikation der Europäischen Kommission November-Dezember 2014, veröffentlicht Jänner 2015.

Die Rule of Law im Völker- und im Europarecht – aktuelle Probleme

Helmut Tichy^{*}, BM für Europa, Integration und Äußeres/Universität Graz

Kurztext: Diese am 5. März 2015 in Graz gehaltene Antrittsvorlesung eines Praxisprofessors, der im Hauptberuf Leiter des Völkerrechtsbüros im österreichischen Außenministerium ist, beschäftigt sich mit dem Begriff der Herrschaft des Rechts in den internationalen Beziehungen (Rule of Law) und mit den Möglichkeiten Österreichs, zur Stärkung der Rule of Law und zur Lösung aktueller Probleme beizutragen. Dabei werden insbesondere die Mitwirkung an Kodifikationsbemühungen und an der Verbesserung der Einhaltung des humanitären Völkerrechts, die Umsetzung der Menschenrechte (auch in Österreich) und Fragen der internationalen Gerichtsbarkeit angesprochen.

Schlagworte: Rule of Law; Immunität; humanitäres Völkerrecht; Menschenrechtsrat; Internationaler Strafgerichtshof.

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich freue mich über diese Gelegenheit, der Universität Graz für die Bestellung zum Praxisprofessor danken und mich Ihnen in diesem schönen Rahmen vorstellen zu können. Mein Dank gilt ganz besonders dem Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen dieser Universität und meinem Institutsvorstand, Professor *Wolfgang Benedek*.

Andreas Kumin und ich sind Freunde und Kollegen im Völkerrechtsbüro des österreichischen Außenministeriums. Wir sind das gemeinsame Arbeiten gewöhnt und haben uns daher auch bemüht, unsere heutigen Ausführungen unter ein gemeinsames Thema zu stellen: die aktuellen Probleme der Rule of Law im Völkerrecht und im Europarecht.

Bevor ich auf meinen Teil dieses Themas eingehe, möchte ich Ihnen versichern, dass ich als Praxisprofessor alle Anstrengungen unternehmen werde, nicht nur Anekdoten aus dem für mich auch nach über 30 Dienstjahren immer noch faszinierenden Bereich des Zusammentreffens von Recht und Außenpolitik zu erzählen. Ich möchte den Studierenden gerne jene Teile des Völkerrechts nahebringen, die einerseits für die österreichische Praxis von besonderer Bedeutung sind, denen man aber andererseits als Jurist auch außerhalb einer Karriere in der Diplomatie oder bei internationalen Organisationen begegnet. In der Tradition des Völkerrechtsbüros, das sich immer

^{*} Univ.-Prof. Botschafter Dr. *Helmut Tichy* ist Leiter des Völkerrechtsbüros des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres sowie Praxisprofessor am Institut für Völkerrecht und Internationale Beziehungen der Universität Graz.

schon um einen intensiven Austausch mit der Wissenschaft bemüht hat, soll dies in einer möglichst wissenschaftlich-systematischen Weise geschehen. Besonders wichtig scheint es mir auch, das Völkerrecht nicht als eine in höheren Sphären schwebende Disziplin darzustellen, sondern mit seinen konkreten Auswirkungen auf die Gesetze der Republik Österreich.

Erlauben Sie mir, an dieser Stelle jene Lehrer und Vorbilder zu erwähnen, denen ich meine juristische Arbeitsweise verdanke: den Römischrechtler Professor *Bruno Schmidlin*, der mich für die Rechtswissenschaft begeistert hat, meinen Chef am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien, Professor *Robert Walter*, der mir die auch für die Arbeit im Außenministerium notwendige strenge kelsenianische Trennung zwischen geltendem Recht und politischen Wünschen eingeschränkt hat, und meinen ersten Chef im Völkerrechtsbüro, Botschafter *Helmut Türk*, dem ich die Einführung in das Denken von Außenamtsjuristen und den richtigen Einsatz von Bürokratie als Mittel zur Effizienz verdanke.

Unser Thema lautet „Die Rule of Law im Völker- und im Europarecht. Aktuelle Probleme“, wobei ich mich den Problemen der Rule of Law im Völkerrecht im engeren Sinn zuwenden werde und das Europarecht gerne *Andreas Kumin* überlasse. Es ist hier nicht der Ort, unsere laufende Diskussion über meine Auffassung fortzusetzen, dass das Europarecht, trotz gegenteiliger und wohl herrschender Meinung von Judikatur und Wissenschaft, nur einen besonderen Teil des Völkerrechts darstellt, der unter anderem durch die unmittelbare Anwendbarkeit eines Teils seiner Normen gekennzeichnet ist, etwas, das es aber sonst im Völkerrecht auch geben kann. Aber bitte – als Diplomat bin ich bereit, alles Mögliche zu konzedieren, was nicht die vitalen Interessen der Republik Österreich betrifft. Ich muss aber schon darauf hinweisen, dass die Beziehungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten zu jenen Staaten, die aus Brüsseler Sicht den „Rest der Welt“ darstellen, durch die so betonte Eigenständigkeit des Europarechts nicht gerade erleichtert werden. Ein Beispiel dafür ist einerseits das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg in der Rechtssache Kadi II vom Juli 2013¹, das sich über den Vorrang im Stufenbau der internationalen Rechtsordnung gemäß Art 103 der Satzung der Vereinten Nationen hinwegsetzt, der den Sanktionsbeschlüssen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen vor dem Europarecht zukommt. Ein weiteres Beispiel ist das Gutachten desselben machtbewussten und jeder Unterordnung unter den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg abgeneigten Europäischen Gerichtshofs vom Dezember 2014 zum Entwurf des Abkommens über den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention.² Es wird schwer sein, im Europarat unter jenen Mitgliedstaaten, die nicht der Europäischen Union angehören, Verständnis für dieses Gutachten zu finden. Aber hier bin ich bei einem Thema, das *Andreas Kumin* sicherlich noch vertiefen wird.

Mein Thema sind heute also die aktuellen Probleme der Rule of Law im Völkerrecht. Um das, was ich dazu sagen kann, in den richtigen Rahmen zu stellen, möchte ich ein Zitat des früheren deutschen Richters am Internationalen Gerichtshof in Den Haag, *Hermann Mosler*, wiedergeben, auf das ich bei der Lektüre der aktuellen Nummer der Heidelberger Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht³ gestoßen bin. Es lautet:

1 EuGH 18. 7. 2013, C-584/10 P, *Kadi*.

2 Gutachten des EuGH 2/13 vom 18. 12. 2014.

3 *Kreß*, Nachruf Richter am Internationalen Strafgerichtshof Dr. h.c. Hans-Peter Kaul, ZaöRVR 2014, 689 (690).

"Everyone is of course aware of the fact that the world of today is far from being governed by the law. Resignation would however not be the appropriate reaction to this alarming situation. On the contrary, the undeniable danger makes evident that every effort is necessary to overcome political disorder by more efficient application of the law."

Mosler hat dies vor über 40 Jahren in Den Haag, das wir manchmal als die Hauptstadt des Völkerrechts bezeichnen, vorgetragen. An der Situation haben sich seither Details verändert, von einer weltweiten Rule of Law sind wir aber weiterhin weit entfernt. Zwar konnte die Zeit in den ersten Jahren nach dem Fall des Eisernen Vorhangs für verschiedene Reformschritte im Bereich des Völkerrechts genützt werden – hier ist insbesondere die Schaffung des ersten ständigen Internationalen Strafgerichtshofs in Den Haag zu nennen –, man würde sich aber einer Illusion hingeben, zu glauben, dass die heute bestehenden Gefahren für die Rule of Law mit den heutigen Mitteln des Völkerrechts leicht in den Griff zu bekommen wären. Ich erwähne nur die horrende Missachtung und Verhöhnung des humanitären Völkerrechts durch den sog „Islamischen Staat“ im Irak und in Syrien, die russische Aggression auf der Krim und in der Ostukraine sowie die Unfähigkeit der Staatengemeinschaft, das Problem des Klimawandels völkervertragsrechtlich zu lösen.

Aber lassen Sie mich noch einen Moment bei Professor *Mosler* bleiben: *Mosler* sprach sich gegen Resignation aus. Das gilt auch heute noch. Es bedeutet freilich nicht, dass die Völkerrechtler die Situation beschönigen und zu „leidigen Tröstern“ werden sollen, als welche sie *Immanuel Kant* verspottet hat. Aber ohne ein Minimum an Optimismus lässt sich Völkerrecht kaum betreiben. Und selbst für einen kleinen Staat wie Österreich gibt es Möglichkeiten, zu einer Stärkung der „Herrschaft des Rechts in den internationalen Beziehungen“ und zur Lösung aktueller Probleme dieser in vielen Bereichen nur angestrebten Herrschaft beizutragen. Über einzelne dieser Bemühungen will ich nun berichten.

Ich habe gerade den Ausdruck „Herrschaft des Rechts in den internationalen Beziehungen“ verwendet – ein etwas mühsamer Übersetzungsversuch für den Begriff „Rule of Law“. Ich halte es ganz grundsätzlich für notwendig, sich bei völkerrechtlichen Begriffen um den passenden deutschsprachigen Ausdruck zu bemühen, was auch zeigen soll, dass es sich bei diesen Begriffen um uns alle betreffende und für uns alle rechtlich relevante Angelegenheiten handelt und nicht etwa nur um etwas Fernes, das Spezialisten in New York, Genf und anderswo vorbehalten ist. Aber die Rule of Law macht uns die Übersetzung nicht leicht: Der uns geläufigere Ausdruck „Rechtsstaatlichkeit“ stellt den einzelstaatlichen Aspekt in den Vordergrund und passt nicht zu den internationalen Beziehungen. Sucht man Orientierung in der Satzung des Europarats, in der der Begriff zweimal vorkommt, stößt man in der offiziellen österreichischen Übersetzung gleich auf zwei Varianten: „Herrschaft ...“ und „Vorherrschaft des Rechts“, was die diesbezüglich schon 1956, beim österreichischen Beitritt zum Europarat, bestehende Unsicherheit erkennen lässt. Vielleicht bleiben wir also für heute doch, der Einfachheit halber, bei dem fremdwörtlichen Begriff „Rule of Law“.

Auch die Abgrenzung der Rule of Law von der Demokratie und den Menschenrechten ist nicht einfach: Während die Satzung des Europarats, etwa in Art 3, die „Vorherrschaft des Rechts“ und die Menschenrechte und Grundfreiheiten nebeneinanderstellt, werden diese im grundlegenden Rule of Law-Bericht des Generalsekretärs der Vereinten Nationen aus 2004 folgendermaßen verbunden:

„For the United Nations, the rule of law refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency.“⁴

Es hat andere Gelegenheiten gegeben, auf die verschiedenen Rule of Law-Definitionen und das Verhältnis der in ihnen enthaltenen Elemente zueinander einzugehen: etwa 2014 bei einer Konferenz in Innsbruck während des österreichischen Vorsitzes im Ministerkomitee des Europarats, der einen Schwerpunkt auf die Rule of Law legte. Bei der eben zitierten Definition der Vereinten Nationen ist anzumerken, dass sie eine Rechtsstaatlichkeitsdefinition ist und den völkerrechtlichen Aspekt, mit Ausnahme der Menschenrechte, unbeachtet lässt. Das Bestreben der Vereinten Nationen, für die Einhaltung des Völkerrechts im Allgemeinen und damit für die Rule of Law auch in den internationalen Beziehungen einzutreten, lässt sich freilich aus verschiedenen Bestimmungen der Satzung der Vereinten Nationen erschließen, wie insbesondere dem Gewaltverbot und dem Grundsatz der friedlichen Streitbeilegung.

Die Rule of Law in den internationalen Beziehungen und ihre Beachtung durch den Sicherheitsrat war auch ein Schwerpunkt der bisher letzten österreichischen Mitgliedschaft in diesem Gremium in den Jahren 2009 und 2010. In Vorbereitung dieser Mitgliedschaft veranstaltete Österreich eine Reihe von Tagungen zum Thema „Der Sicherheitsrat und die Rule of Law“, die zu einem von Professor *Simon Chesterman* verfassten Abschlussbericht führten. In diesem wurde ua versucht, die „International Rule of Law“ durch folgende Kernelemente zu umschreiben: „Herrschaft des Rechts“, zB durch Kodifikation des Völkerrechts, „Vorrang des Rechts“, zB durch Akzeptanz der Zuständigkeit internationaler Gerichte, und „Gleichheit vor dem Recht“, der Grundsatz der souveränen Gleichheit aller Staaten. Diese Kernelemente der nun ausdrücklich die internationale Ebene betreffenden Rule of Law wurden schließlich auch vom damaligen Präsidenten des Internationalen Gerichtshofs, *Hisashi Owada*, in einer Rede vor dem Sicherheitsrat aufgegriffen.

Mir ist es in diesem Zusammenhang aber auch wichtig, den in der Rule of Law-Definition des Generalsekretärs der Vereinten Nationen hervorgehobenen engen Zusammenhang zwischen Rule of Law und Menschenrechten zu betonen: Die Verbesserung des Menschenrechtsschutzes stellt auch einen wesentlichen Teil der österreichischen Bemühungen – und der Bemühungen unseres Völkerrechtsbüros – um die Rule of Law dar.

Im Völkerrecht bedarf es ebenso wie auf einzelstaatlicher Ebene klarer Regeln, um den Bedingungen der Rule of Law gerecht zu werden. Bei der Festlegung der völkerrechtlichen Normen wurden in den letzten Jahrzehnten große Fortschritte erzielt, sodass man durchaus, wenn auch verallgemeinernd, davon sprechen kann, dass die aktuellen Probleme der Rule of Law im Völkerrecht weniger in der Schaffung neuer Normen als in der Einhaltung der bestehenden Normen liegen. Diese Fortschritte beruhen vor allem auf der Arbeit der Völkerrechtskommission der Vereinten Nationen, der es gelang, eine Reihe von kodifikatorischen und nur leicht rechtsfortbildenden Vertragsentwürfen zu erstellen, die von den Staaten weitgehend akzeptiert wurden, wie etwa

4 Report of the Secretary-General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies; UN-Dok. S/2004/616.

durch das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge aus 1969. In den letzten Jahrzehnten entstanden allerdings auch weniger erfolgreiche Vertragsentwürfe, wie jene über die Staatennachfolge. In beiden Staatennachfolge-Übereinkommen aus den Jahren 1978 und 1983 wurde eine seit dem Ende der Dekolonisierung überholte Unterscheidung zwischen den Rechten und Pflichten von „neuen unabhängigen Staaten“ und anderen, von Fragen der Staatennachfolge betroffenen Staaten festgeschrieben, was auch nach österreichischer Auffassung nicht dem herrschenden Völkerrecht entspricht.

Heute stehen bei den Bemühungen der Völkerrechtskommission, die noch vorhandenen Regelungslücken zu schließen, Entwürfe im Vordergrund, die die Staatengemeinschaft zunächst einmal einem jahrelangen, vielleicht jahrzehntelangen Test der Völkergewohnheitsrechtskonformität und Brauchbarkeit unterziehen möchte, bevor sie allenfalls Entscheidungen über das weitere Schicksal dieser Texte trifft, wie etwa beim Artikelentwurf zur Staatenverantwortlichkeit aus 2001. Einflussreich, aber nicht unumstritten und daher immer noch mit offenen Fragen verbunden, ist auch das noch nicht in Kraft getretene Übereinkommen über die Immunität von Staaten und ihrem Vermögen aus 2004.

Es ist Österreich zwischen 1961 und 1986 gelungen, Staatenkonferenzen, bei denen Vertragsentwürfe der Völkerrechtskommission finalisiert und schließlich angenommen wurden, nach Wien einzuladen und auf diese Weise wichtige völkerrechtliche Verträge als „Wiener Übereinkommen“ in die Welt zu schicken. Unter den derzeitigen Projekten der Völkerrechtskommission befindet sich eines, das – wenn es einmal fertiggestellt sein wird – eine bedeutende, heute immer wieder zu Streitigkeiten Anlass gebende Regelungslücke schließen wird: Es betrifft die Immunität staatlicher Funktionäre von der Strafgerichtsbarkeit fremder Staaten und internationaler Einrichtungen. Ich hoffe, dass ich noch in meiner aktiven Dienstzeit vorschlagen und erreichen kann, dass Österreich nach Fertigstellung der Arbeiten der Völkerrechtskommission an diesem Projekt neuerlich zu einer Kodifikationskonferenz nach Wien einlädt und damit zur Lösung dieses umstrittenen Rechtsproblems beiträgt.

Österreich gehört zu jenen Staaten, die bei der jährlichen Behandlung des Berichts der Völkerrechtskommission in der Generalversammlung der Vereinten Nationen durch die Qualität ihrer – mit starker wissenschaftlicher Unterstützung ausgearbeiteten – Stellungnahmen auffallen und auf diese Weise zur Fortentwicklung des Völkerrechts beitragen. Außerdem streben wir, nach bisher drei Mitgliedschaften in der Völkerrechtskommission durch die Professoren *Alfred Verdross*, *Stephan Verosta* und *Gerhard Hafner*, nunmehr mit der Kandidatur von Professor *August Reinisch* neuerlich die Wahl eines österreichischen Mitglieds in dieses wichtige Expertengremium an, um wieder eine österreichische Perspektive in die Arbeiten der Völkerrechtskommission einbringen zu können. Es spricht für das österreichische Engagement im Bereich der Rule of Law, dass das Bemühen um diese Wahl, bis zu ihrer Abhaltung im Herbst 2016, den Schwerpunkt der internationalen Wahlwerbeaktivitäten des österreichischen Außenministeriums darstellt.

Auch im humanitären Völkerrecht, dem in bewaffneten Konflikten anzuwendenden Recht, besteht das Hauptproblem in der mangelhaften Einhaltung der bestehenden Normen. Aber auch hier gibt es auf der Ebene der generellen Regelungen noch Unklarheiten: Während sehr detaillierte Regelungen für internationale bewaffnete Konflikte bestehen, sind die ausdrücklichen Regelungen für nicht-internationale Konflikte, wie etwa Bürgerkriege, wesentlich knapper gehalten

und stehen oft in Konflikt mit innerstaatlichen Regelungen, zB jenen über die Bestrafung von Rebellen und Terroristen. Es gibt daher Bemühungen zu klären, ob und in welchem Ausmaß die für internationale bewaffnete Konflikte geltenden Normen durch Völkergewohnheitsrecht auch für nicht-internationale bewaffnete Konflikte verbindlich geworden sind. Während internationale Strafgerichte wie das Jugoslawientribunal in Den Haag sowie das Internationale Komitee vom Roten Kreuz in Genf in dieser Frage eine Haltung vertreten, die einer Gleichbehandlung beider Arten von Konflikten sehr nahe kommt, wird dies von verschiedenen militärisch bedeutsamen Staaten anders gesehen. Auf der Suche nach einem Weg aus diesem Dilemma bemüht man sich an der Columbia Universität in New York im Rahmen eines sog „Harmonisierungsprojekts“, jede einzelne Norm des humanitären Völkerrechts auf ihre gewohnheitsrechtliche Geltung auch im nicht-internationalen Konflikt hin zu prüfen. Wie uns in New York erläutert wurde, zielt das Projekt darauf ab, den Staaten die Möglichkeit zu bieten, durch Erklärungen die von ihnen akzeptierte Geltung von Normen auch im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt zu bestätigen.

Österreich kann in diese Diskussionen zwar gewisse Erfahrungen aus seiner Mitwirkung an friedenserhaltenden Missionen einbringen, insgesamt aber nur eine bescheidene Rolle spielen. Wo es aber möglich ist, bemühen wir uns, zur Klärung der Regelungen des humanitären Völkerrechts beizutragen, etwa im Rahmen der Rotkreuzkonferenzen, die alle vier Jahre in Genf stattfinden, und bei den Vorbereitungstreffen zu diesen. Bei der nächsten Rotkreuzkonferenz im Dezember dieses Jahres wird der von Österreich intensiv unterstützte Vorschlag des Internationalen Komitees vom Roten Kreuz und der Schweiz im Mittelpunkt stehen, die weltweite Einhaltung des humanitären Völkerrechts durch eine Überprüfung auf jährlichen Staatentreffen zu verbessern. Dies mag als bescheidener Schritt erscheinen, dürfte aber angesichts des in der Staatengemeinschaft herrschenden Konsensprinzips die – immer noch sehr umkämpfte – einzige Möglichkeit sein, für das humanitäre Völkerrecht einen eigenständigen Einhaltungsmechanismus zu schaffen.

Ein weiteres, in diesem Fall allerdings sehr diskretes Forum zur Behandlung der aktuellen Fragen des humanitären Völkerrechts ist der Dialog zwischen den Rechtsberatern der Außenministerien der EU-Mitgliedstaaten und der Vereinigten Staaten von Amerika, der von meinem Vorgänger im Völkerrechtsbüro, Botschafter *Ferdinand Trauttmansdorff*, einem Absolventen und früheren Assistenten dieser Universität, unter dem österreichischen EU-Ratsvorsitz 2006 eingeführt wurde und seither regelmäßig halbjährlich in Straßburg und New York stattfindet.

Zu den offenen Fragen im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten und der Terrorbekämpfung gehört auch das Verhältnis zwischen dem humanitären Völkerrecht und den Menschenrechten. Dabei geht es etwa um das Problem des gezielten Tötens und den zweifelhaften Versuch seiner Rechtfertigung durch einen „Krieg gegen den Terror“, aber auch um die Frage, ob und inwieweit Lücken im humanitären Völkerrecht durch die Heranziehung menschenrechtlicher Normen geschlossen werden können. Diese Frage stellt sich zB bei der Behandlung von Gefangenen in Bürgerkriegen oder von Bewohnern besetzter Gebiete.

Bei den für die Lückenschließung in Frage kommenden menschenrechtlichen Regelungen handelt es sich oft um solche empfehlenden Charakters, um sog „Soft Law“. Ich kann die grundsätzliche Skepsis des Kelsenianers, aber auch des Außenamtsjuristen, der auf die Frage „Verbindlich – ja oder nein?“ Antwort geben muss, gegenüber dem Soft Law nicht verhehlen. Außerdem besteht hier neuerlich ein Übersetzungsproblem; aber über Soft Law lässt sich viel leichter sprechen als

über „rechtsähnliche Normen empfehlenden Charakters“. Ich komme aber nicht darum herum, die große Bedeutung zu betonen, die dem Soft Law gerade bei den Menschenrechten, natürlich nur in Ergänzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen, zukommt. Auch bei den Menschenrechten ist die generelle, verbindliche Normsetzung durch völkerrechtliche Verträge nahezu abgeschlossen, wenn auch noch zahlreiche Ratifikationen und Beitritte zu diesen Verträgen ausstehen. Die Konkretisierung der menschenrechtlichen Normen in Bezug auf bestimmte Rechts- und Sachgebiete, ihre Individualisierung in Bezug auf bestimmte Staaten, erfolgt aber auf internationaler Ebene sehr häufig durch formalisierte Stellungnahmen internationaler Einrichtungen, die dem Soft Law zuzurechnen sind, und nur in Ausnahmefällen durch internationale Gerichte.

Manche der internationalen Einrichtungen, die die Einhaltung der Menschenrechte prüfen, beruhen auf völkerrechtlichen Verträgen, wie der gerade hier in Graz durch die langjährige Mitgliedschaft von Frau Professor *Renate Kicker* bestens bekannte Folterverhütungsausschuss des Europarats, andere beruhen auf Beschlüssen internationaler Organisationen, wie zB die Spezialberichterstatte des Menschenrechtsrats der Vereinten Nationen. Die Prüfung erfolgt aufgrund von regelmäßigen Staatenberichten und unter Berücksichtigung der mündlichen Ausführungen und Reaktionen der Delegationen der betroffenen Staaten. Die Erstellung der zahlreichen Berichte an diese Einrichtungen bedeutet auch für einen relativ gut organisierten Staat wie Österreich eine große Herausforderung und jeweils monatelange Arbeit. Ähnliches gilt für die Vorbereitung auf die Anhörungen in Genf und die Besuche von Ausschuss-Delegationen oder Sonderberichterstatte in Österreich. Im Ergebnis ist aber nicht zu leugnen, dass die unabhängig von der Rechtsgrundlage der internationalen Prüfeinrichtung dem Soft Law zuzurechnenden Schlussfolgerungen dieser Einrichtungen Einfluss auf die Menschenrechtsentwicklung auf einzelstaatlicher Ebene haben – in einigen Staaten, wie in Österreich, mehr, in anderen weniger.

Ein spezifisches Rule of Law-Problem bestand lange Zeit darin, dass sich die menschenrechtliche Überprüfung auf die Vertragsparteien der betreffenden völkerrechtlichen Verträge beschränkte. Diesem Problem wurde 2006 durch die Einführung der Universellen Periodischen Überprüfung (UPR) durch den Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen entgegengewirkt, der sich alle Staaten zu unterziehen haben, was bisher auch – trotz der Androhung der Aufkündigung der Zusammenarbeit durch einen Staat – geschehen ist. Es gibt viel Kritik an der UPR, in der alle Staaten, das aber nur sehr kurz, nämlich nur wenige Minuten lang, Gelegenheit haben, Empfehlungen zur Menschenrechtslage im gerade zu prüfenden Staat zu äußern; Empfehlungen, die die betroffenen Staaten dann annehmen oder auch ablehnen können. Aber immerhin. Auch hier gilt, dass durch das Konsensprinzip weitergehenden Ambitionen zur Verbesserung der Rule of Law im Menschenrechtsbereich enge Grenzen gesetzt sind.

Nach einer ersten Überprüfung 2011 wird die nächste UPR-Überprüfung Österreichs im November dieses Jahres in Genf stattfinden. Derzeit wird der dafür notwendige Staatenbericht erstellt. Eine UPR-Empfehlung, die Österreich 2011 noch ablehnen musste, die aber im jetzigen Regierungsprogramm aufgegriffen wurde, betrifft die Ausarbeitung eines „Nationalen Aktionsplans Menschenrechte“, der einzelne konkrete neue Impulse für den Menschenrechtsschutz in Österreich bringen soll und für den wir derzeit gemeinsam mit dem Bundeskanzleramt und der Volksanwaltschaft Vorschläge der Ministerien, der Bundesländer, der Zivilgesellschaft und der Wissenschaft sammeln.

Es besteht kein Zweifel, dass dem internationalen Menschenrechtsschutz vor allem durch Gerichte gedient wird, die gegenüber Staaten entscheidungsbefugt sind und deren Urteile auch umgesetzt werden, was entsprechende Mechanismen verlangt. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg hat eine Vorbildfunktion in diesem Bereich; aber auch in Lateinamerika und anderen Regionen gibt es Menschenrechtsgerichte oder Versuche, solche zu errichten. Alle diese Gerichte bzw Gerichtsprojekte haben mit unterschiedlichen, aber jedenfalls großen Problemen zu kämpfen. Unter diesen Umständen bin ich kein Befürworter eines österreichischen Engagements für einen weltweiten Internationalen Menschenrechtsgerichtshof, da ich fürchte, dass nur jene Staaten die Zuständigkeit eines solchen Gerichtshofs anerkennen würden, die schon jetzt einer internationalen Menschenrechtsgerichtsbarkeit, wie etwa jener durch den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof, unterliegen, wodurch wenig gewonnen wäre.

Hinsichtlich der aktuellen Probleme des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs, insbesondere der Flut von oft gleichgelagerten Fällen, mit denen der Gerichtshof konfrontiert ist, muss zunächst festgehalten werden, dass Österreich zu jenen Staaten gehört, die sich ganz massiv für die Aufrechterhaltung des Individualbeschwerderechts an den Gerichtshof einsetzen. Wir lehnen Vorschläge ab, die es dem Gerichtshof – wie etwa dem U.S. Supreme Court – erlauben würden, sich aus den möglichen Fällen jene wenigen auszusuchen, die ihm aus prinzipiellen Gründen interessant erscheinen. Das hat natürlich zur Folge, dass andere Möglichkeiten gesucht werden müssen, die es dem Gerichtshof erlauben, effizient zu arbeiten. Wir sind der Auffassung, dass mit den Zusatzprotokollen Nr 14 und 15 zur Europäischen Menschenrechtskonvention, die die Filterung und rasche Erledigung bestimmter Fälle ermöglichen, sowie mit den vom Gerichtshof selbst ergriffenen Reformschritten, wie dem Pilotverfahren, der richtige Weg gefunden wurde. Tatsächlich ist es in wenigen Jahren gelungen, die Zahl der unerledigten Fälle beim Straßburger Gerichtshof auf die Hälfte zu reduzieren. Nunmehr ist der Schwerpunkt auf die verbesserte Umsetzung der Urteile durch die Mitgliedstaaten des Europarats zu legen: Dies ist das Ziel einer Reformkonferenz, die Ende März dieses Jahres in Brüssel stattfinden wird.

Nicht nur beim Menschenrechtsschutz, ganz allgemein im Völkerrecht ist die internationale Gerichtsbarkeit das beste Mittel, die Rule of Law sicherzustellen. Österreich gehört zu jenen, leider nur 71 Staaten, die die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs in Den Haag für die Entscheidung zwischenstaatlicher Streitigkeiten anerkannt haben, und seine sog „Unterwerfungserklärung“ ist, anders als die Erklärungen vieler anderer Staaten, mit keiner materiellen Einschränkung versehen. Der Internationale Gerichtshof kann allerdings nur tätig werden, wenn beide Streitparteien seine Zuständigkeit anerkennen. Keinesfalls zu unterschätzen ist die präventive Wirkung der Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs auf die Entwicklung möglicher Streitigkeiten – deshalb war auch die Begründung der Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs für die Südtirolfrage ein wichtiges Element der Streitbeilegung zwischen Österreich und Italien im Jahr 1992, der Absicherung des Bestands und der Weiterentwicklung der Autonomie von Südtirol sowie der Ausübung der österreichischen Schutzfunktion für dieses Land. Wir würden es, gerade vom Standpunkt der Streitprävention her gesehen, sehr begrüßen, wenn sich auch andere Nachbarstaaten Österreichs, zu denen das Verhältnis ebenfalls sehr freundschaftlich, aber in einzelnen Punkten nicht ganz friktionsfrei ist, entschlossen, die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs anzuerkennen.

Manchmal gelingt es dem Internationalen Gerichtshof, auch in Ausübung seiner Gutachterfunktion, wichtige Beiträge zur Rule of Law zu leisten. Das gilt zB für das Gutachten zur Völkerrechtskonformität der Unabhängigkeitserklärung des Kosovo aus 2009, in dem der Internationale Gerichtshof ganz im Sinne der in diesem Verfahren abgegebenen österreichischen Stellungnahme entschieden hat. Ohne das für den Kosovo positive Gutachten des Internationalen Gerichtshofs wären die Schritte, die dieser Staat auf dem Weg zu seiner vollständigen Integration in die internationale Gemeinschaft bereits erreichen konnte, kaum vorstellbar. Neben der Anerkennung als Staat durch eine Mehrheit der Staatengemeinschaft gehört dazu die Aufnahme eines Kosovaren in die „Venediger Kommission“, eine Rechtsexpertenkommission, der im Bereich der Bemühungen des Europarats um die Rule of Law zentrale Bedeutung zukommt.

Ein internationales Gericht, das von der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten nachdrücklich unterstützt wird, ist der 2002 geschaffene Internationale Strafgerichtshof in Den Haag. Dieses Gericht soll immer dann tätig werden, wenn die Vertragsparteien seines Statuts nicht willens oder in der Lage sind, ein Strafverfahren wegen des Vorwurfs des Völkermords, des Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder von Kriegsverbrechen durchzuführen. Zu den Problemen dieses Gerichtshofs gehört, dass die bei ihm anhängigen Verfahren regional sehr unterschiedlich verteilt sind, was bei afrikanischen Staaten den Eindruck einer Voreingenommenheit gegenüber Afrika entstehen ließ, obwohl einige von ihnen dem Gerichtshof ihre „Situationen“ selbst unterbreitet haben. Der mit 1. April 2015 wirksame Beitritt Palästinas zum Statut des Internationalen Strafgerichtshofs wird zwar die regionale Verteilung leicht verbessern, die Beschäftigung mit Vorfällen, die sich im Westjordanland und im Gazastreifen ereignet haben, könnte den Internationalen Strafgerichtshof aber die Unterstützung wichtiger Partner verlieren lassen, die sich nur sehr zögerlich zur Zusammenarbeit mit ihm entschlossen haben.

Was das Verhältnis Österreichs zum Internationalen Strafgerichtshof und die Regelungen seines Statuts betrifft, so ist es uns nach langen Vorbereitungen gelungen, mit Wirkung vom 1. Jänner dieses Jahres die Tatbestände des Verbrechens gegen die Menschlichkeit und der Kriegsverbrechen in das Strafgesetzbuch aufzunehmen. Es freut mich daran erinnern zu können, dass die innerstaatlichen Bemühungen um diese Straftatbestände durch ein Symposium eingeleitet wurden, das 2008 an der Universität Graz stattgefunden hat. Vor wenigen Wochen haben wir nun auch begonnen, über die Umsetzung des Verbrechens der Aggression im österreichischen Strafrecht nachzudenken, um der 2010 in Kampala in Aussicht genommenen Hinzufügung der Aggression zu den der Gerichtsbarkeit des Internationalen Strafgerichtshofs unterliegenden Verbrechen Rechnung zu tragen.

Schwierige Rechtsfragen für den Internationalen Strafgerichtshof wirft auch die Möglichkeit seiner Befassung durch den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen auf, von der ua hinsichtlich der Situation in Darfur im Sudan und in Libyen Gebrauch gemacht wurde. Im Fall des sudanesischen Präsidenten *Al-Bashir* stoßen die Konzepte der Unbeachtlichkeit der amtlichen Stellung, auch jener eines Staatspräsidenten, vor der internationalen Strafgerichtsbarkeit einerseits und jenes der völkerrechtlichen Immunität eines amtierenden Staatsoberhauptes andererseits aufeinander. Es fällt dem Internationalen Strafgerichtshof nicht leicht, gegenüber den afrikanischen Staaten, die dem gegen *Al-Bashir* erlassenen Haftbefehl des Gerichtshofs nicht Folge leisten wollen, überzeugend zu argumentieren, warum der Haftbefehl verbindlich ist. Dabei geht es insbesondere darum zu begründen, warum es nicht nur bei Staatsangehörigen von Vertragsparteien des Statuts

des Internationalen Strafgerichtshofs, sondern auch bei Staaten wie dem Sudan, deren Situation durch den Sicherheitsrat an den Gerichtshof verwiesen wurde, keines Verzichts auf die Immunität bedarf, und dass selbst ein Staatspräsident unter diesen Umständen festzunehmen und an den Gerichtshof zu überstellen ist. Ich teile nicht die Auffassung jener Wissenschaftler, die meinen, eine Festnahme Präsident *Al-Bashirs* dürfe nur nach einem Immunitätsverzicht des Sudan erfolgen, und vertrete – wie der Gerichtshof – die Auffassung, dass die Verweisung der Situation in Darfur durch den Sicherheitsrat an den Internationalen Strafgerichtshof auch das Nichtbestehen der Immunität des sudanesischen Präsidenten zur Folge hat.

Die völkerrechtliche Immunität vor nationalen Gerichten fremder Staaten, wie sie etwa amtierende Staatsoberhäupter, Regierungschefs, Außenminister und Diplomaten, aber auch internationale Organisationen genießen, wird von manchen als problematisch für die Rule of Law angesehen. Es gibt eine interessante Judikatur des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs, die eine Abwägung zwischen der Immunität internationaler Organisationen und dem Recht auf ein faires Verfahren vornimmt und von der Feststellung einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nur insoweit Abstand nimmt, als ein alternativer Rechtsweg, zB innerhalb der betroffenen internationalen Organisation, besteht. Als Sitzstaat internationaler Organisationen verfolgt Österreich diese Judikatur natürlich mit größtem Interesse. Insgesamt ist bei allen Spielarten der völkerrechtlichen Immunität – zumindest in Europa – eine einschränkende Tendenz festzustellen, der ich mich auch nicht verschließen möchte. So halte ich es etwa durchaus für angebracht, über Einschränkungen der Immunität bei internationalen Verbrechen auch vor nationalen Gerichten nachzudenken, aber auch beim Missbrauch von Hausangestellten von Diplomaten. Inwieweit diplomatische Vorrechte und Immunitäten von EU-Funktionären und Diplomaten von EU-Staaten innerhalb der Europäischen Union noch gerechtfertigt sind, ist eine weitere Frage, der man sich stellen sollte.

Zum Abschluss möchte ich noch Probleme der Rule of Law erwähnen, die außerhalb einer rein rechtlichen Betrachtung liegen. Bei der Beschäftigung mit Fragen der zwischenstaatlichen Streitbeilegung und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist die Kostenfrage ein Faktor von zunehmender Bedeutung. Es gibt gar nicht so wenige Fälle, in denen wegen der hohen Verfahrenskosten auf die vertraglich vorgesehene Streitbeilegung verzichtet und eine andere, rechtlich weniger überzeugende Lösung gesucht wurde. Bedenken wegen der hohen Verfahrenskosten, die durch teure ad hoc-Gerichte und die Zusammenführung hochspezialisierter Experten verursacht werden, tragen auch zur wachsenden Skepsis gegenüber der internationalen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bei. Und noch ein weiterer, allerletzter Punkt, fast schon ein Ausflug in die Rechtssoziologie: Es gibt viele Studien über die Auswirkungen der sozialen Herkunft von Richtern auf die, auch internationale Rechtsprechung. Ebenso wichtig für die Rule of Law in den internationalen Beziehungen und in jedem einzelnen Staat scheint mir aber das Vorliegen von Rahmenbedingungen für das Bestehen einer Beamtenschaft zu sein, die nach den Grundsätzen der Rule of Law handeln kann, ohne deswegen persönliche Nachteile befürchten zu müssen.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

