

Kasseler Personalschriften

Band 5

Andreas Hänlein, Alexander Roßnagel (Hrsg.)

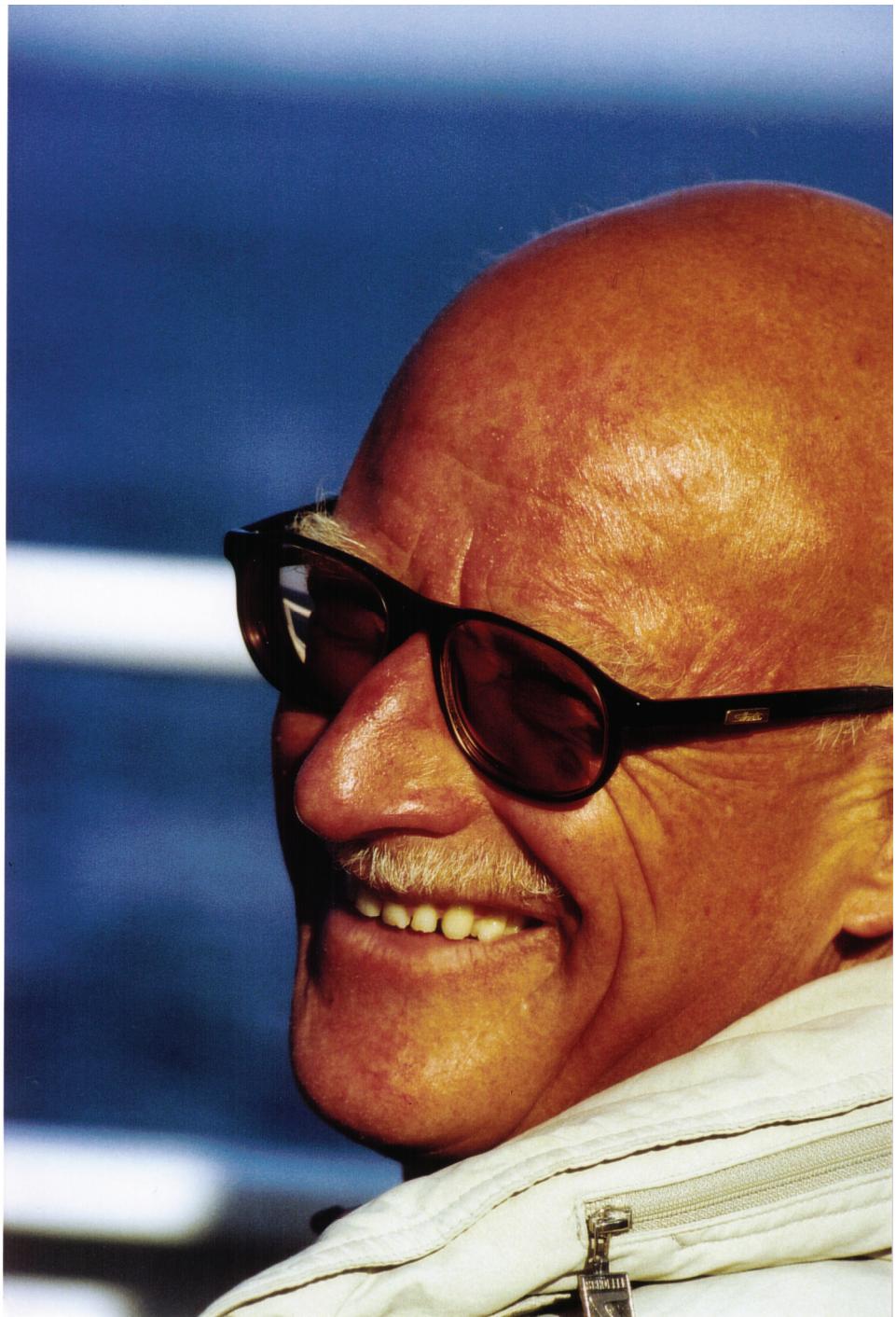
Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa
Festschrift für Bernhard Nagel

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

ISBN 078-3-89958-235-2
URN urn:nbn:de:0002-2359

2007, kassel university press GmbH, Kassel
www.upress.uni-kassel.de

Umschlaggestaltung: Jörg Batschi, Kassel
Druck und Verarbeitung: Digital Print Group, Erlangen
Printed in Germany



Bernhard Nagel

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	11
I. Verfassung des Bildungswesens	19
<i>Gerhard Bosch</i> Überlegungen zur Finanzierung von Bildung	21
<i>Ute Clement</i> Der Europäische Qualifikationsrahmen — mögliche Konsequenzen für Deutschland	33
<i>Peter Faulstich</i> Ordnung wissenschaftlicher Weiterbildung: "Mittlere Systematisierung" im Spannungsfeld zwischen Hochschule und Weiterbildung	49
<i>Andreas Hänlein</i> Europabezüge und Europaneigungen im deutschen Berufsbildungsrecht	57
<i>Roman Jaich</i> Verfassung der beruflichen Bildung	69
<i>Barbara M. Kehm und Ulrich Teichler</i> Der Einfluss des Bologna-Prozesses auf die europäische Hochschullandschaft	79
II. Verfassung von Energiesystemen	99
<i>Peter Becker</i> Der Parlamentsvorbehalt im Energierecht	101
<i>Sebastian Haslinger</i> Vorschlag zur Entflechtung von Stromnetzen in Deutschland	113
<i>Anja Hentschel</i> Ansätze eines Energieumweltrechts auf nationaler Ebene	125
<i>Hans G. Nutzinger und Sven Rudolph</i> Der EU-Emissionshandel mit Treibhausgasen	141

<i>Alexander Roßnagel</i>	
Atomausstieg und Restlaufzeiten	155
<i>Joachim Sanden</i>	
Die Kontrolle der Strompreise — Mechanismen im Regulierungsnetzwerk	171
<i>Hermann Scheer</i>	
Zurück zu Metternich? Die Gefahren des Liberalisierungsabsolutismus für die EU	187
<i>Ben Schlemmermeier und Hans-Peter Schwintowski</i>	
Das deutsche Handelssystem für Emissionszertifikate: Rechtswidrig ?	199
<i>Gisela Theis</i>	
10 Jahre Europäisches Umweltmanagement- und Umweltbetriebsprüfungssystem (EMAS) — Entwicklung – Stand – Perspektiven	211
III. Arbeitnehmerbeteiligung und Unternehmensverfassung	227
<i>Thomas Blanke</i>	
Erweiterung der betrieblichen Mitwirkungsrechte der Europäischen Arbeitnehmervertretung durch Beteiligungsvereinbarung?	229
<i>Rudolf Buschmann</i>	
Gewerkschaften im Betrieb	245
<i>Wolfgang Däubler</i>	
Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat — ein falscher Traum?	267
<i>Thomas Dieterich</i>	
Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat	279
<i>Alper Köklü</i>	
Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften und die deutsche GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen	293
<i>Hartmut Oetker</i>	
Gesellschaftsrechtliche Rahmendaten für unternehmerische Entscheidungen zugunsten betrieblicher Umstrukturierungen	311
<i>Karsten Schneider</i>	
Public Corporate Governance	327

<i>Jürgen von Stuhr</i>	
Europäische Aktiengesellschaft — eine Lösung im Spannungsfeld zwischen Europarecht und grenzüberschreitendem nationalen Recht?	339
IV. Law and Economics	357
<i>Thomas Eger und Petra Ebermann</i>	
Zur markenrechtlichen Schutzfähigkeit von Eventmarken aus rechtsökonomischer Sicht. Einige Bemerkungen zur aktuellen Rechtsprechung anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006	359
<i>Manfred J. Holler</i>	
Ethische Gefühle, Marktwirtschaft oder doch Gerechtigkeit?	375
<i>Rainer Stöttner</i>	
"Ordnung" globalisierter Finanzmärkte durch Marktwertorientierung?	387
<i>Georg von Wangenheim</i>	
Sie denken anders — Verfassungsökonomik und Verfassungsrecht	407
<i>Peter Weise</i>	
Kartellschäden und -geschädigte	423
V. Haftungsfragen der Industriegesellschaft	433
<i>Walter Blocher</i>	
Zur Haftung des Zertifizierungsdiensteanbieters nach § 11 Signaturgesetz 2001	435
<i>Thomas Klindt</i>	
Multinationale produktsicherheitsrechtliche Selbstanzeigen bei Behörden — der industrielle Preis für die Globalisierung des Warenvertriebs?	451
<i>Karl Linnenkohl</i>	
Haftungsstrukturen in der Industriegesellschaft und Arbeitnehmerhaftung	461
<i>Gerald Spindler</i>	
Steuerungsfunktionen des Produkthaftungsrechts im IT-Recht und Reformbedarf	473

<i>Florian Tennstedt</i>	
Die Ablösung privater Haftpflicht durch öffentliche Pflichtversicherung gegen Unfälle: die Folgen für die private Unfallversicherung — ein historischer Rückblick aus aktuellem Anlass	483
VI. Veröffentlichungen von Bernhard Nagel	495
VII. Autorenverzeichnis	507

Vorwort

Am 25. Januar 2007 vollendet Professor Dr. jur. Bernhard Nagel sein 65. Lebensjahr. Autorinnen, Autoren und Herausgeber möchten den Jubilar mit dieser Festschrift ehren, deren Beiträge sich als Resonanz auf sein wissenschaftliches, politisches und literarisches Wirken begreifen.

Bernhard Nagel wurde in Stuttgart als das ältere von zwei Kindern geboren. Sein Vater war Bibliothekar in der Württembergischen Landesbibliothek, seine Mutter Lehrerin, die ihren Beruf wieder ausübte, als die Kinder schon älter waren. In Stuttgart besuchte Bernhard Nagel das humanistische Eberhard-Ludwigs-Gymnasium. Bereits in dieser Zeit entdeckte er seine Leidenschaft für Jazz und spielte Klavier in einer Schülerband. Diese Leidenschaft begleitete ihn sein bisheriges Leben, er spielt noch heute in einer Jazzband.

Während der Schulzeit hegte er zuerst den Wunsch, Journalist zu werden. Allerdings war er auch stark von seinem Onkel Alfons Nagel geprägt. Dieser hatte als Rechtsanwalt in einer jüdischen Anwaltskanzlei gearbeitet und diese in der Nazizeit bald nur noch allein geführt. In dieser Zeit hatte er sich — soweit damals möglich — für das Schicksal von Juden engagiert und — unter Ausnutzung seiner Rechtskenntnisse — viele aus dem Land gebracht. Dieses Vorbild mutigen und abgewogenen Handelns imponierte Bernhard Nagel und ließ in ihm nach und nach den Wunsch reifen, ebenfalls Rechtsanwalt zu werden. Er nahm zwar zuerst in Mannheim ein Studium der Betriebswirtschaftslehre auf, besuchte jedoch nebenbei auch rechtswissenschaftliche Vorlesungen in Heidelberg. Bereits nach einem Semester traf er dann die Entscheidung, an die Universität Heidelberg zu wechseln und dort Rechtswissenschaften zu studieren. Während des Studiums hat vor allem Wolfgang Hefermehl mit seinen packenden Vorlesungen sein Interesse am Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht geprägt. Das Interesse an wirtschaftswissenschaftlichen Fragen blieb auch während des Jurastudiums erhalten und führte Bernhard Nagel immer wieder in Vorlesungen der Volkswirtschaftslehre. Sein Studium hat er durch Zuwendungen seiner Eltern und durch Nachhilfe in Latein und Mathematik finanziert. Er schloss sein Studium des deutschen Rechts 1966 durch das erste juristische Staatsexamen in Heidelberg ab.

Inzwischen war in Bernhard Nagel das Interesse am Wirtschaftsrecht gereift. Er wollte seine wirtschaftsrechtlichen Kenntnisse im Land der größten Wirtschaftsaktivitäten, den USA, vertiefen und die einschlägige Fachsprache erlernen. Auch faszinierte ihn — wie viele Intellektuelle damals — der "Spirit of America". Mit einem Stipendium des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD) setzte er daher 1967 sein Studium der Rechtswissenschaften an der University of Michigan in Ann Arbor fort. Er fertigte eine Master-Thesis zum Thema "Consumer Protection in Time Sales by Disclosure and a Right of Cancellation" an und erwarb nach einem Jahr den akademischen Abschluss eines "Master of Comparative Law". Danach arbeitete er in einer Anwaltskanzlei in New York, musste jedoch nach einem halben Jahr nach Deutschland zurück. Sein Vater war verstorben und er musste seine Mutter unterstützen und den Nachlass ordnen. Bleibende Kontakte zu einigen Professoren führten ihn zehn Jahre später — diesmal als Research Fellow — erneut an die Law School in Ann Arbor zurück.

Zurück in Deutschland absolvierte Bernhard Nagel von 1969 bis 1971 den juristischen Vorbereitungsdienst zuerst in Heidelberg und dann in Frankfurt. Während dieser Zeit hielt er den Kontakt zur Rechtswissenschaft aufrecht und übernahm neben dem Referendariat Assistenzarbeiten am Lehrstuhl Hefermehl und später am Lehrstuhl Wiethölter. Politisch engagierte er sich im Referendarverband in Baden-Württemberg und in Hessen und setzte sich intensiv für eine einphasige Juristenausbildung ein. Auch wirkte er im Redaktionsteam der kritischen Juristen-Zeitschrift "Die rote Robe" mit. Den juristischen Vorbereitungsdienst schloss er 1971 mit dem zweiten juristischen Staatsexamen in Hessen ab.

Während seiner Referendarzeit lernte Bernhard Nagel seine spätere Frau Christine (geb. Schmeißer) kennen. Sie begegneten sich das erste Mal 1969 in Heidelberg bei einem gemeinsamen Bekannten, den Bernhard Nagel in Ann Arbor kennen gelernt hatte. Sie heirateten 1977, als beide, sie als Lehrerin und er als Hochschullehrer, in Kassel einen neuen beruflichen und privaten Lebensabschnitt begannen.

Angeregt durch sein Studium in den USA und seine Master-Thesis zum amerikanischen Verbraucherschutz schrieb Bernhard Nagel unter der Betreuung von Rudolf Wiethölter während seiner Referendarzeit seine Dissertation zum Thema "Die Aufklärung des Verbrauchers im Teilzahlungskredit — Vergleiche des Rechts der Bundesrepublik Deutschland mit dem der USA". Er hat damit ein Thema aufgegriffen, das in der späteren Entwicklung des deutschen und europäischen Privatrechts eine herausragende Rolle spielen sollte und zu dem er immer wieder mit Aufsätzen, Monographien und Lehrbüchern beigetragen hat. Mit dieser Arbeit und Gutachten von Wiethölter und Simitis erlangte er 1972 an der Universität Frankfurt den Titel eines "Dr. jur.".

Nach dem Referendardienst fand Bernhard Nagel 1972 seine erste Anstellung als Hochschulreferent beim Hauptvorstand der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) in Frankfurt. Dieser Schritt fiel ihm nicht leicht, weil er einen Bruch mit einer klassischen Juristenkarriere bedeutete. Anknüpfend an sein Engagement im Referendarverband wollte er aber dennoch sein Interesse an Verfassungsfragen der Bildung weiter verfolgen. In dieser Funktion fand er Kontakt zu einem Kreis junger Juristen, die sich mit Fragen des Hochschulrechts und insbesondere des Hochschulzugangs und dessen Begrenzung durch Zulassungsbeschränkungen beschäftigten. In diesem Kontext entstanden bereits damals mehrere wissenschaftliche Veröffentlichungen. Sein Engagement führte später zur Mitarbeit am Kommentar zum Hochschulrahmengesetz des Bundes von Erhard Denninger. Die Beschäftigung mit Bildungsfragen sollte Bernhard Nagel während seines gesamten Berufslebens begleiten.

Drei Jahre später, 1975, erhielt Bernhard Nagel einen Ruf auf die Professur für Wirtschaftsrecht im Fachbereich "Angewandte Sozialwissenschaften, Rechtswissenschaft" an der vier Jahre zuvor gegründeten damaligen Gesamthochschule Kassel. Der Fachbereich "Angewandte Sozialwissenschaften, Rechtswissenschaft" hatte keine eigenen Studierenden, sondern war ein "Service-Fachbereich". Daher unterrichtete Bernhard Nagel vor allem Studierende des Studiengangs Ökonomie im Fachbereich Wirtschaftswissenschaften. Aufgrund seines Interesses an wirtschaftswissenschaftlichen Fragestellungen und seiner ausgeprägten Kooperationsbereitschaft entwickelte sich eine intensive interdisziplinäre Zusammenarbeit mit Wirtschaftswissenschaftlern, insbesondere mit Peter Weise und Thomas Eger, aus der viele Untersuchungen zur ökonomischen Analyse des Rechts hervorgingen. Zur Pflege dieser Zusammenarbeit veranstaltete Bernhard Nagel seit dem Wintersemester 1989/1990 ununterbrochen im Semester jeden Dienstag Vormittag das Kolloquium "Recht und Ökonomie".

An der Universität Kassel baute er in den folgenden Jahren sein Fachgebiet in Lehre und Forschung auf. In seinem Selbstverständnis interpretierte er "Wirtschaftsrecht" relativ weit als die wirtschaftlich relevanten Rechtsnormen des privaten und auch des öffentlichen Rechts, soweit diese nicht dem engeren Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts angehören. Das Wirtschaftsrecht ist für ihn eng mit dem Arbeitsrecht verknüpft. Dies demonstriert er an der Entwicklung des Gesellschaftsrechts. Es entwickelt sich — jedenfalls in Deutschland — seit der Einführung der Unternehmensmitbestimmung zu einem einheitlichen Unternehmensrecht, das auch die Arbeitnehmer erfasst.

Seine wirtschaftsrechtlichen Lehrveranstaltungen waren so aufgebaut, dass die wirtschaftlich relevanten Grundrechte, insbesondere der Eigentumsschutz und die Berufsfreiheit diskutiert werden und dann das bürgerliche Vermögensrecht (Schuld- und Sachenrecht) anhand von Fällen erklärt wird. In späteren Lehrveranstaltungen wurden dann auch das Handels- und Gesellschafts-(Unternehmens-)recht, das Wettbewerbs- und Kartellrecht behandelt. Bereits früh berücksichtigte Bernhard Nagel in seinen Lehrveranstaltungen auch die europäische Dimension, indem er europarechtliche und privatrechtliche Fragestellungen miteinander verband und dabei die Bedeutung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für die Entwicklung des europäischen Wirtschaftsrechts betonte. Bernhard Nagel bereitete seine Lehrveranstaltungen intensiv vor und entwickelte sie von mal zu mal weiter. Dieses Engagement in der Lehre bildete eine solide Grundlage für eine ganze Reihe von Lehrbüchern, die er seit 1987 überwiegend im Oldenbourg-Verlag in mehreren Auflagen veröffentlichte. Zu diesen Lehrbüchern gehören "Wirtschaftsrecht I — Grundrechte und Einführung in das Bürgerliche Recht" (4. Aufl. 2000), "Wirtschaftsrecht II — Eigentum, Delikt, Vertrag — mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts" (4. Aufl. 2003), "Wirtschaftsrecht III — Unternehmens- und Konzernrecht" (1994), "Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht" (2000) sowie "Wirtschaftsrecht der europäischen Union" (4. Aufl. 2003, Nomos).

In der Forschung galt sein Interesse insbesondere der Verknüpfung von rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen, der sich die neue Disziplin "Rechtsökonomie" widmet. In diesem Zusammenhang wurden — hauptsächlich mit Unterstützung der Hans-Böckler-Stiftung oder von Bundesministerien — Forschungsprojekte zur Konzernmitbestimmung, zur Entwicklung von Europäischen Betriebsräten in Deutschland, Frankreich, Großbritannien und Italien, zum Gesetzgebungswettbewerb bei der Europäischen Aktiengesellschaft und zu den sozialen Auswirkungen von Studiengebühren in den USA, Großbritannien, den Niederlanden, Österreich, Australien und Neuseeland bearbeitet. Außerdem leitete er ein länderübergreifendes Forschungsprojekt zur Bildungsfinanzierung und ein Forschungsprojekt zu Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen.

Bernhard Nagel ist ein international orientierter Wissenschaftler. Er bezog in seinen Forschungsprojekten und Veröffentlichungen immer die rechtsvergleichende Perspektive mit ein und untersuchte die Sach- und Rechtslösungen in anderen Staaten in Europa und Übersee. Er unterhielt und unterhält darüber hinaus nicht nur wissenschaftliche Kontakte in die USA, die auf sein Studium in Ann Arbor zurückgehen, sondern auch in viele andere Länder insbesondere in Europa. Sie führten ihn 1977 als Gastwissenschaftler an die University of Michigan und 1997 an der Université de Paris X — Nanterre.

Im Jahr 2001 initiierte Bernhard Nagel zusammen mit Alexander Roßnagel und mit kräftiger Unterstützung von Peter Weise den neuen Studiengang "Wirtschaftsrecht".

Der nach vielen Vorarbeiten und einer externen Akkreditierung zum Wintersemester 2004/05 aufgenommene konsekutive Bachelor- und Masterstudiengang folgt einer völlig neuen Konzeption der Juristenausbildung. Er orientiert sich nicht an dem herkömmlichen Berufsbild des universell einsetzbaren, schwerpunktmäßig auf den Richterberuf hin ausgebildeten (Einheits-)Juristen. Dieses ist den Erfordernissen des modernen Wirtschaftslebens nicht mehr angemessen. Stattdessen zielt der neue Studiengang auf die Ausbildung eines Wirtschaftsjuristen, der Rechtskonflikte vermeidet, auf den planenden, gestaltenden, verhandelnden und schlichtenden Juristen mit soliden wirtschaftswissenschaftlichen Grundkenntnissen. Das methodische Konzept des Studienganges ist geprägt von der Verzahnung wirtschafts- und rechtswissenschaftlicher Inhalte, der Beschränkung auf wirtschaftsnahe Rechtsfächer unter Verzicht auf den "Wissensballast" wirtschaftsferner Rechtsgebiete, vom Einsatz praxisnaher Methoden und der Vermittlung von Schlüsselqualifikationen, die bisher weder in der traditionellen Juristenausbildung noch in der klassischen wirtschaftswissenschaftlichen Ausbildung Berücksichtigung finden. Die Kombination wirtschaftswissenschaftlicher Kenntnisse mit juristischen Fähigkeiten bietet eine Antwort auf den Bedarf vieler Unternehmen an Wirtschaftsjuristen.

Schließlich darf der Historiker Bernhard Nagel nicht unerwähnt bleiben. Er hat in allen seinen rechtswissenschaftlichen Vorlesungen darauf Wert gelegt, rechtliche Prinzipien und Strukturen historisch herzuleiten. Insbesondere in seiner Vorlesung "Grundlagen des Rechts" verfolgte er die Konzeptionen von Recht und Gerechtigkeit in ihrer geschichtlichen Entwicklung und verfasste vor dem Hintergrund seiner Erfahrungen mit dieser Lehrveranstaltung sein Lehrbuch "Recht und Gerechtigkeit im gesellschaftlichen Wandel" (2006). Er veranstaltete sogar mit der Historikerin Ingrid Bäumgärtner im Wintersemester 1998/99 ein historisches Seminar zum Thema "Der Einfluss von Organisationsnormen auf die wirtschaftliche und rechtliche Entwicklung: Städte und Mönche, der wirtschaftliche Aufschwung vom späten 11. bis zum 13. Jahrhundert". Aber nicht nur in der Lehre verfolgte Bernhard Nagel sein wissenschaftliches Interesse an der Verfasstheit früherer Gesellschaftsformationen und ihrer geschichtlichen Entwicklung, sondern auch in mehreren Forschungsprojekten. Seit über zehn Jahren befasst er sich mit der normativen Verfassung und der gelebten Wirklichkeit des Zisterzienserordens, der sich im Mittelalter von einer durch Askese und Eigenarbeit geprägten Gemeinschaft zur ersten kapitalistisch wirtschaftenden Organisation entwickelt hat. Neben mehreren Vorträgen und Aufsätzen ging aus dieser Forschungsarbeit auch das Buch "Die Eigenarbeit der Zisterzienser" (2006) hervor. Ein weiteres historisches Forschungsthema war die Inflation von 1923 und der Gesetzespositivismus des Reichsgerichts ("Mark ist gleich Mark", 2006).

Bernhard Nagel engagierte sich sehr in der Selbstverwaltung der Universität. Er arbeitete seit seiner Berufung in den verschiedenen Fachbereichen, deren Mitglied er war, ununterbrochen im Fachbereichsrat und auch immer wieder in unterschiedlichen Ausschüssen mit. In den akademischen Jahren 1984/1985 und 1996/1997 übernahm er das Amt des Dekans im Fachbereich "Angewandte Sozialwissenschaften, Rechtswissenschaft". In seiner zweiten Amtszeit bereitete er den 1998 vollzogenen Zusammenschluss mit dem Fachbereich "Berufs- und Wirtschaftspädagogik" zu dem neuen Fachbereich 10 "Berufsbildungs-, Sozial- und Rechtswissenschaften" vor. Schließlich war er nach der Auflösung dieses Fachbereichs auch intensiv am Wechsel der rechtswissenschaftlichen Fachgebiete in den Fachbereich Wirtschaftswissenschaften zum Jahr 2004 und an der anschließenden Gründung des Instituts für Wirtschaftsrecht (IWR) beteiligt. Seitdem wirkt er als dessen Geschäftsführender Direktor.

Mit ihrem Titel bezeichnet die Festschrift ein zentrales Thema im Wirken Bernhard Nagels. Ob in den Auseinandersetzungen über Wirtschaftskonzentration und ihre Kontrolle, über Mitbestimmung und neue Unternehmensformen, Zulassungsbeschränkungen zu Hochschulen und Studiengebühren, Energiewende und erneuerbare Energien oder neue technische Risiken und Haftungsfragen — stets nahm Bernhard Nagel zu aktuellen politischen und sozialen Konflikten nachdrücklich Stellung. Dabei hat er sich durch seine Teilnahme an den Auseinandersetzungen nicht den nüchternen Blick auf die jeweiligen Zeitumstände trüben lassen. Vielmehr hat er stets die richtige Mischung zwischen Intervention und kritischer Distanz gewahrt, die einen guten Wissenschaftler als Zeitgenossen seiner Lebensumstände auszeichnet. Er hat sich für verallgemeinerbare Strukturen und Prozesse sowie ihre Veränderung in der Zeit und unter Machteinfluss interessiert. Normativ gewendet ging es ihm immer um die "gute" Verfassung des Wirtschaftslebens.

Der biographisch erste Lebensbereich, in dem er in diesem Sinn seine rechtswissenschaftlichen Kenntnisse und Fähigkeiten einbrachte, war die Verfassung des Bildungswesens, insbesondere der Hochschulbildung. Ihn interessierten die Streitfragen der jeweiligen Epochen: in den 70er Jahren die Beschränkung der Hochschulzulassung, die Binnenverfassung der Hochschulen und die Mitbestimmung in diesen, in den 80er Jahren die berufliche Weiterbildung, in den 90er Jahren die Befristung der Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals und seit der Jahrtausendwende die Finanzierung der Weiterbildung. In jüngster Zeit traten zusätzlich zwei Themen in den Vordergrund: Zum einen war er von 2001 bis 2003 Mitglied der Expertenkommission "Finanzierung Lebenslangen Lernens" des Bundesministeriums für Bildung und Forschung. Hier engagierte er sich für einen von Unternehmen gespeisten Fonds zur Finanzierung von Weiterbildungsaktivitäten. Zum anderen führte er mehrere Untersuchungen zu den positiven und negativen Wirkungen der Einführung von Studiengebühren durch und entwickelte sich aufgrund seiner dadurch gewonnenen Erkenntnisse zu einem entschiedenen Gegner dieser Form privater Finanzierung öffentlicher Aufgaben. Die Beiträge des ersten Teils reflektieren heutige Fragen der Verfassung unseres Bildungssystems.

Nicht ganz so alt ist Bernhard Nagels Interesse für die Verfassung unserer Energiesysteme. Allerdings veranstaltete er bereits 1984 ein Seminar zum Thema "Energieversorgung und Wettbewerb". Intensiv hat er sich in den letzten zehn Jahren mit Fragen des Energiewirtschaftsrechts auseinander gesetzt. Dabei ging es ihm zum einen um das Wettbewerbsrecht, das durch Gebietsmonopole von Energieversorgungsunternehmen herausfordert wird, und zum anderen um das europäische Wirtschaftsrecht, das von den großen Energieversorgungsunternehmen als Waffe gegen die Energiewende — weg von fossilen und atomaren Energien hin zu erneuerbaren Energien — instrumentalisiert wurde. In der Auseinandersetzung mit diesen Fragen reifte in ihm die Erkenntnis, dass eine gesellschafts- und umweltverträgliche Energieversorgung eine geänderte Verfassung unserer Energieversorgungsstrukturen erfordert. Mit mehreren anderen an dieser Frage Interessierten gründete er 1996 die "Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER)" und wirkt seither als geschäftsführender Mitherausgeber. Mit dem gleichen Impetus wie Bernhard Nagel versuchen die Beiträge des zweiten Teils, Antworten auf aktuelle Teilfragen der heutigen Verfassung unserer Energiesysteme zu geben.

Wichtige Fragen der Wirtschaftsverfassung in Deutschland und Europa, denen Bernhard Nagel immer wieder seine Arbeitskraft widmete, waren die Verfassung von Unternehmen und die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Willensbildung in diesen.

Unternehmensverfassung und Unternehmensmitbestimmung sind für ihn wichtige Ordnungsinstrumente für die Verfassung moderner Arbeit. Dabei teilt für Bernhard Nagel das Recht der Arbeitnehmerbeteiligung mit dem Kartellrecht die Intention der Begrenzung wirtschaftlicher Macht. Hinsichtlich der Unternehmensverfassungen untersuchte er beispielsweise neue Konzernstrukturen, Konzentrationsprozesse und Instrumente der Konzentrationskontrolle, die Verschmelzung von Unternehmen sowie Strukturen der Machtausübung in Zulieferbeziehungen und deren Veränderung durch technische Neuerungen hin zur Just-in-Time-Produktion. Sein besonderes Interesse galt in der jüngsten Zeit der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE). Das Engagement Bernhard Nagels für die Unternehmensmitbestimmung ist geprägt von einem partizipatorischen Demokratiekonzept. Er untersuchte dessen verfassungsrechtliche Wurzeln in Vorgaben des Grundgesetzes, konkretisierte dessen Geltung in der Mitbestimmung in öffentlichen Einrichtungen, in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und in Privatunternehmen und brachte es auf neue Konzernstrukturen zur Anwendung. Vor allem zwei europäische Neuerungen erregten sein Interesse: die Mitbestimmung durch Europäische Betriebsräte und die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft. Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit entwarf er ein deutsches Gesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, das weitgehend so, wie von ihm vorgeschlagen, Gesetz wurde. Diese Pionierarbeit ergänzte er durch einen Kommentar zu diesem SE-Beteiligungsgesetz, der 2005 im Beck Verlag erschien. An diese Arbeiten Bernhard Nagels knüpfen die Beiträge des dritten Teils an und behandeln Fragen der zeitgenössischen Wirtschaftsverfassung.

Eine Leidenschaft Bernhards Nagels ist es, einer rein juristischen Betrachtung eines Problems eine rechtsökonomische entgegen zu stellen und den Gesprächspartner damit zu verblüffen. Der interdisziplinären Lösungssuche verschrieb er sich nicht nur in seinen eigenen Lehrveranstaltungen und Lehrbüchern, sondern auch in vielen gemeinsamen Veranstaltungen und Diskussionen mit Peter Weise und Thomas Eger, im Kolloquium Recht und Ökonomie und auf den Symposien zur ökonomischen Analyse der Rechts, die seit 1989 alle zwei Jahre in Travemünde stattfinden. In diesem Bemühen fand er große Anerkennung, was sich zum Beispiel darin ausdrückt, dass er seit 1997 Supervisor im Studiengang "Law and Economics" der Universität Utrecht ist. Die interdisziplinäre Frage nach den Voraussetzungen und Folgen bestimmter Rechtsregeln oder Rechtsentscheidungen wandte Bernhard Nagel mit Gewinn auf eine Vielzahl von Fragestellungen an — etwa auf gesellschaftsrechtliche Schlichtungsinstanzen, Flächentarifverträge, Europäische Betriebsräte, Haftungsbestimmungen, Vertragsregelungen, Wettbewerbsregulierungen, Effizienz und Menschenwürde sowie schließlich auch auf die Verfassungsentwicklung des Zisterzienserordens. Die schwierige Verbindung der Sichtweisen unterschiedlicher Disziplinen, die zumindest in Deutschland wenig miteinander kommunizieren und einander noch weniger verstehen, wird in den Beiträgen des vierten Teils versucht.

Die Wirtschaftsverfassung wird wesentlich auch davon bestimmt, wer welche Risiken von Innovationen zu tragen hat. Je nach dem, wie diese Frage im Sinn einer Privatisierung oder Sozialisierung des Risikos, im Sinn einer Wissensfundierung oder Ignoranz der Risiken oder im Sinn einer Schadensvorsorge oder eines Schadensausgleichs beantwortet wird, tendiert die Gesellschaft dazu, Innovationen zu fördern oder zu behindern und eine Gerechtigkeitslücke zu öffnen oder zu schließen. Für Bernhard Nagel sind daher die Haftungsregelungen für neue Technologien nicht nur Konstrukte einer hohen rechtstechnischen Spezialisierung, sondern vor allem ein entscheidender Grad-

messer sowohl für die Innovationsoffenheit als auch für die Gerechtigkeitsorientierung einer Gesellschaft. Die Beiträge des fünften Teils untersuchen Haftungsfragen in der Industriegesellschaft und sind der Suche nach ihren Hintergründen, Begründungen und Folgen gewidmet.

Die Herausgeber danken Frau Christiane Becker, Frau Anja Hentschel und Herrn Jörg Craney für die engagierte und umsichtige Betreuung des Manuskripts und Herrn Dr. Alper Köklü für die Diskussionen zum Konzept der Festschrift. Ihr Dank gilt ebenso der Hans-Böckler-Stiftung, die durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss die Drucklegung dieser Festschrift ermöglicht hat.

Kassel, im November 2006

*Andreas Hänlein
Alexander Roßnagel*

Teil I.

Verfassung des Bildungswesens

Überlegungen zur Finanzierung von Bildung

von Gerhard Bosch

1. Zu starke Frontlastigkeit des deutschen Bildungssystems?

Die OECD hat Deutschland schlechte Noten für sein Bildungssystem ausgestellt. Die Erzieherinnen seien zu schlecht ausgebildet, es würden — vor allem in Westdeutschland — zu wenig Kinderkrippenplätze angeboten, das Schulsystem sei zu selektiv und es würden zu wenig Akademiker ausgebildet. Vor allem der Ausbau der Vorschulerziehung, die Verbesserung der Ausbildung der Erzieherinnen, die nicht ohne Folgen für die Bezahlung bleiben kann, und die Erhöhung der Zahl der Hochschulabsolventen wird selbst bei Ausschöpfung aller Effizienzreserven nicht ohne zusätzliche Mittel zu bewältigen sein.

Diese Themen beherrschen gegenwärtig die bildungspolitische Diskussion. Kaum noch berichtenswert sind die drastischen Mittelkürzungen vor allem in der Förderung der beruflichen Weiterbildung für über 25-Jährige durch die Bundesagentur für Arbeit und in der öffentlich geförderten allgemeinen Erwachsenenbildung. Obgleich alle wichtigen Akteure immer wieder die Notwendigkeit eines lebenslangen Lernens über die Jugendphase und die Erstausbildung hinweg betonen, sprechen die konkreten Budgetentscheidungen des Bundes, der Länder und der Kommunen eine andere Sprache. In kaum einem anderen politischen Bereich ist der Widerspruch zwischen politischen Bekenntnissen und der Realität größer als bei der Weiterbildung.

Für mehr Bildungsinvestitionen in die nachwachsende Generation sprechen viele gute Gründe — im Übrigen auch aus Sicht der Älteren, deren Rente von den Jüngeren später finanziert werden soll. In der Kindheit und Jugend lernt man eben Vieles besser und schneller als im höheren Lebensalter. Dies gilt vor allem für die Allgemeinbildung und die berufliche Erstausbildung, die den Grundstein für die spätere Fähigkeit zum Weiterlernen legen. Versäumnisse in der Allgemeinbildung, insbesondere in der Entwicklung der kognitiven Basisfähigkeiten und im Sozialverhalten, sind im Erwachsenenalter kaum noch aufzuholen. Sogar die Schulen kommen hier teilweise zu spät, so dass man mittlerweile sogar von einem Bildungsauftrag für den Kindergarten spricht. Allgemeinwissen über weiterführende Schulabschlüsse oder berufliche Abschlüsse kann man durchaus später erwerben. Dies ist häufig aber schwieriger und zudem auch erheblich teurer, vor allem wenn man den entgangenen Verdienst von Erwachsenen in Rechnung stellt. Je später die Investition in die allgemeine und berufliche Bildung erfolgt, desto kürzer ist zudem die verbleibende Erwerbsphase und es wird fraglich, ob sich die Bildungsinvestitionen dann noch rentieren. Solche Argumente dienen teilweise im politischen Raum als Rechtfertigung, Weiterbildung als Reparaturbetrieb abzulehnen mit den entsprechenden budgetären Konsequenzen.

Ohne Zweifel ist es richtig, dass die Basis für eine breite Bildung möglichst früh gelegt werden muss. Deshalb muss auch jedes funktionierende Bildungssystem frontlastig sein. Frontlastig muss aber nicht heißen, dass öffentliche Investitionen in Bildung sich nur auf die Jugendphase beschränken. Länder, wie Schweden oder Finnland, mit exzellenten Schul- und Erstausbildungssystemen geben zusätzlich erheblich mehr als Deutschland für die Bildung Erwachsener aus. Die Erhöhung der Bildungsinvestitionen in Kinder und Jugendliche sind nicht durch Kürzungen in der Förderung Erwachsener gegen finanziert worden. Die Erfolge lassen sich sehen. Während in Deutschland nach Angaben der OECD nur 2,8% der 30- bis 39-Jährigen Vollzeit- oder Teilzeitstudierende in privaten oder öffentlichen Bildungseinrichtungen sind, liegt diese Teilnahmequote in Finnland bei 10,4% und in Schweden bei 14,6% (OECD 2003: 300)¹. Die Teilnahmequoten an betrieblicher Weiterbildung liegen dort ebenfalls über dem deutschen Niveau (Grünewald/Moraal/Schönfeld 2003)². Wenn zusätzlich noch das informelle Lernen am Arbeitsplatz berücksichtigt wird, von dem insbesondere Erwachsene profitieren, wächst der Abstand noch weiter, da in den skandinavischen Unternehmen modernere und lernförderlichere Formen der Arbeitsorganisation als in Deutschland eingeführt wurden (Bosch 2000)³.

Mit der Doppelstrategie von hohen Bildungsinvestitionen in der Jugendphase und im Erwachsenenalter ist es den genannten Ländern gelungen, entgegen dem Trend in der restlichen EU die Beschäftigungsquote der Erwerbspersonen zwischen 55 und 64 in den letzten Jahrzehnten hoch zu halten oder wie in Schweden sogar noch von 59,5% im Jahre 1970 auf 68,6% im Jahre 2000 zu erhöhen (Europäische Kommission 2003: 167). Im gleichen Zeitraum ist hingegen in Deutschland die Beschäftigungsquote der Älteren von 51,5% auf unter 40% gesunken und steigt erst jetzt wieder langsam an (Europäische Kommission 2003: 167, Bosch/Schief 2005)⁴.

Der Blick auf andere Länder ermöglicht es, mit praktischen Beispielen zu belegen, was in der Lernforschung wie folgt resümiert wird: "Folgt man den Untersuchungen, die zur beruflichen Leistungsfähigkeit im höheren Erwachsenenalter durchgeführt wurden, so ist die Aussage gerechtfertigt, dass unter der Bedingung der kontinuierlichen beruflichen Weiterbildung beim größten Teil der älteren Arbeitnehmer die berufliche Leistungsfähigkeit in vollem Umfang erhalten bliebe." (Kruse/Rudinger 1997:75)⁵. Er zeigt weiterhin, dass Bildungs- und Beschäftigungssysteme durchlässiger werden mit sehr positiven Folgen für die Produktivität und Kreativität in der Wirtschaft. Sie ergeben sich aus der Kombination des Erfahrungswissens Älterer mit dem Elan theoretisch gut gebildeter Jugendlicher sowie aus der Offenheit für nichtlineare Karrieren, d.h. für Migranten, Seiteneinsteiger und Quergeister, die mit ihren vielfältigen Erfahrungen die infolge uniformer Lebenswege zunehmend sterilen Unternehmenskulturen bereichern.

¹ OECD (2003): Bildung auf einen Blick. OECD Indikatoren, Paris.

² Grünewald, E./ Moraal, D./ Schönfeld, G. (2003): Betriebliche Weiterbildung in Deutschland und Europa. Hg.: Bundesinstitut für Berufsbildung, Bonn.

³ Bosch, G. (2000): Neue Lernkulturen und Arbeitnehmerinteressen. In: Arbeitsgemeinschaft Qualifikations-Entwicklungsmanagement (Hg.): Kompetenzentwicklung 2000: Lernen im Wandel — Wandel durch Lernen. Münster: Waxmann, S. 227–270.

⁴ Europäische Kommission (2003): Beschäftigung in Europa 2003. Bosch, Gerhard / Schief, Sebastian, 2005: Die Beschäftigung Älterer in Europa zwischen Vorruhestand und "Work-Line". In: Arbeit 14, S. 275–290.

⁵ Kruse, A./ Rudinger, G. (1997): Leistung und Lernen im Erwachsenenalter und Alter, in: Weinert, F. E./ Mandl, H. (Hg.): Enzyklopädie der Psychologie — Pädagogische Psychologie: Psychologie der Erwachsenenbildung, Göttingen, S. 46–77.

2. Doppelstrategie — Förderung von Jüngeren und Älteren nötig

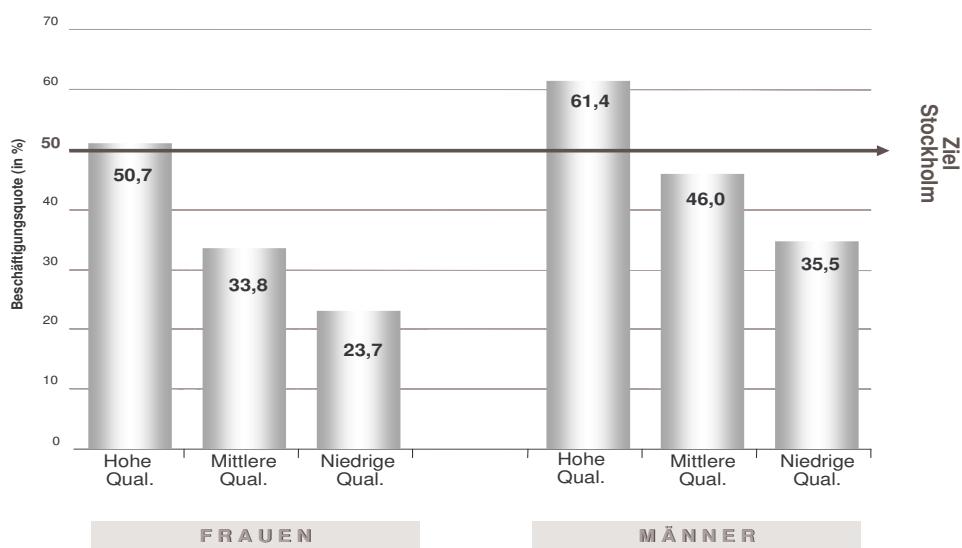
Eine solche Doppelstrategie muss man auch in Zukunft in Deutschland verfolgen, nicht zuletzt da sich in den nächsten Jahrzehnten die Alterstruktur des Erwerbspersonenpotentials kräftig verschieben wird. Die Altersgruppe der über 55-Jährigen wird bis 2020 gegenüber dem Jahr 2000 auf 14,4 Mio., d.h. um fast 5 Mio. Personen, zunehmen. Dies entspricht einem Zuwachs von über 50 Prozent. Der Anteil der über 50-Jährigen am Erwerbspersonenpotenzial, der 2000 bei 22% lag, wird bis 2020 um 12% ansteigen (Prognos 2002: 62)⁶. In einer alternden Gesellschaft wird man das Erwerbspotential der 55 bis 64-Jährigen wieder stärker nutzen müssen als bisher, da ansonsten die Renten nicht mehr finanzierbar sind. Aus diesem Grund hat sich die Bundesrepublik mit den anderen EU-Staaten auf dem Stockholmer EU-Gipfel von 2002 das Ziel gesetzt, bis 2010 die Beschäftigungsquote der 55- bis 64-Jährigen von heute unter 40% auf 50% zu erhöhen. Gegenwärtig erreicht sie dieses Ziel nur bei den hochqualifizierten Frauen und Männern (Abbildung 1). Schweden liegt als einziges europäisches Land in allen sechs Qualifikationsgruppen über der 50% Grenze.

Die ersten Schritte zur Beendigung der Vorruhestandspraxis sind in Deutschland durch die Renten- und Arbeitsmarktreformen der letzten Jahre gegangen worden. Der vorzeitige Rentenbezug ist erheblich erschwert und verteuert worden. Allerdings sind noch nicht die Voraussetzungen dafür geschaffen worden, dass Ältere auch tatsächlich länger arbeiten können. Die geringen Beschäftigungsquoten der geringer qualifizierten Älteren (Abbildung 1) zeigen, dass die Reformen auch bildungspolitisch unterfüttert werden müssen. Ohne eine solche Flankierung werden sie nur die Arbeitslosigkeit Älterer ansteigen lassen. Bildlich gesprochen, muss also auch das Heck des deutschen Bildungssystems ausgebaut werden, damit es nicht durch die demographische Herausforderung ins Schleudern kommt. Dies gilt umso mehr, als auch das Innovationstempo so zugenommen hat, dass die Erstausbildung nicht mehr reicht, sondern kontinuierlich aufgefrischt und ergänzt werden muss. Weiterhin muss eine große Zahl von Zuwanderern integriert werden. Schließlich differenzieren sich Bildungs- und Erwerbsbiographien in Deutschland aus.

Nicht jeder nimmt den gradlinigen Weg durchs Bildungssystem: So ist der Anteil der Jugendlichen ohne Hauptschulabschluss von 8,2% 1992 auf 9,6% 2001 gestiegen. Etwa ein Viertel der Auszubildenden löst sein Ausbildungsverhältnis auf. 1984 waren es nur 14%. 30% der Studenten brechen ihr Studium ab (Expertenkommission 2004). Ähnliche Brüche finden sich in Patchwork-Karrieren auf dem Arbeitsmarkt. Mit der Verschärfung der Zumutbarkeitsregelungen, der Einschränkung des Kündigungsschutzes, der finanziellen Privilegierung prekärer Beschäftigungsformen (Mini-, Midijobs, Ich-AG) fördert die Politik heute zielgerichtet solche Karrieren. Wer aber mehr externe Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt in einer Wissensgesellschaft ohne ihre negativen Begleiterscheinungen, wie Fachkräftemangel und wachsende soziale Polarisierung, will, muss die Beschäftigungsfähigkeit dieser mobilen Arbeitskräfte durch zusätzliche Lernangebote stärken.

⁶ Prognos (2002): Deutschland Report 2002 – 2020, Basel.

Abbildung 1: Beschäftigungsquoten der 55- bis 64-Jährigen nach Qualifikation und Geschlecht, Deutschland, 2004



Quelle: Europäische Arbeitskräftestichprobe 2004, Berechnungen des IAT

3. Öffentliche Verantwortung für Bildung im Erwachsenenalter

Künftig müssen mehr Ressourcen für lebenslanges Lernen aufgebracht werden als bisher und zwar sowohl vom Staat, als auch von den Betrieben und den Individuen. Die OECD hat gezeigt, dass die besten Ergebnisse durch eine Kofinanzierung zu erzielen sind (OECD 2003)⁷. Wenn einzelne Akteure nur in die Bildungsmaßnahmen investieren, die sich für sie auszahlen (höhere Produktivität für die Unternehmen, höheres Einkommen für den Einzelnen, höhere Steuereinnahmen für den Staat, um nur die monetären Erträge von Bildungsinvestitionen zu erwähnen), kommt es zur Unterinvestition. Eine zweite Ursache der Unterinvestition ergibt sich daraus, dass Lernergebnisse nur zum Teil, etwa in Form von Abschlüssen oder Zertifikaten, sichtbar werden. Wenn aber die Lernergebnisse insbesondere für den potenziellen Arbeitgeber nicht transparent werden, zahlen sie sich für den individuellen Lerner nur unzureichend aus. Schließlich lassen sich Kosten zumeist sehr genau messen, Erträge jedoch häufig nicht. Diese treten oft erst langfristig auf, und es bleiben immer hohe Unsicherheitsgrade, inwieweit sie dem lebenslangen Lernen zuzurechnen sind. In einer Wirtschaft und Gesellschaft, die kurzfristig auf Kosten schaut, wird daher zu wenig in lebenslanges Lernen investiert, umso mehr wenn man es nicht mehr als Bürgerrecht, sondern als Investition sieht, die sich rechnen muss. Ein Teil der Erträge von Bildungsmaßnahmen — vor allem die sozialen Erträge (Verbesserung der Lebensqualität, Erhöhung des sozialen Zusammenhalts, Förderung der Demokratie, etc.), die keinen direkten Verwertungsbezug haben — sind gar nicht oder nur schwer messbar. Ihre Finanzierung kann nicht aus Ertragszurechnungen abgeleitet werden.

Kofinanzierung, langfristiges Denken und marktgängige Transparenz erworberner Qualifikationen, aber auch Bürgerrechte auf eine zweite Chance und auf eine Weiter-

⁷ OECD (2003): The Policy Agenda for Growth. An Overview of The Sources of Economic Growth in OECD Countries, Paris.

entwicklung allgemeiner und politischer Bildung sind also Voraussetzungen für die Vermeidung von Unterinvestition in lebenslanges Lernen. Der Logik der Kofinanzierung folgen bereits viele Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge. Typisch ist etwa folgende Kostenteilung: Für die Finanzierung rein betriebsbezogener Bildungsmaßnahmen sind die Betriebe verantwortlich. Falls diese Maßnahmen jedoch in eine breitere arbeitsmarktgängige Qualifikation münden, hat der Einzelne einen größeren Nutzen und es wird ein Beitrag von ihm gefordert. Falls schließlich die Maßnahmen keine betriebsnotwendigen Anteile enthalten, liegt die Finanzierung in der Verantwortung des Einzelnen. Der Beitrag der Beschäftigten kann durchaus auch in Zeit bestehen, die eine wesentliche Ressource ist und sich als entgangenes Einkommen monetär quantifizieren lässt. Alle Bildungsinvestitionen im Zusammenhang mit individuellen Bürgerrechten bedürfen der öffentlichen Unterstützung.

In allen Kostenteilungsmodellen ist allerdings die Einkommens- und Vermögenslage zu berücksichtigen. Eine finanzielle Eigenbeteiligung kann nur vom leistungsfähigen Teil der Bevölkerung erwartet werden. Es ist zu berücksichtigen, dass vor allem die untersten 20% der Haushalte in der Einkommenshierarchie oft Schulden haben und nur sehr begrenzt eigene Beiträge leisten können. Ein beachtlicher Teil der Haushalte verfügt allerdings über erhebliche Ersparnisse, die sich auch für Bildung mobilisieren lassen (Arens/Quinke 2003)⁸.

Selbst wenn unbestritten ist, dass künftig mehr Ressourcen für die allgemeine und berufliche Weiterbildung Erwachsener aufgebracht werden müssen als bisher, ist damit noch nichts darüber ausgesagt, ob und in welchem Ausmaß die öffentliche Hand diese Ressourcen aufbringen soll. Einen öffentlichen Auftrag in der Finanzierung der Bildung Erwachsener zu definieren, ist schwieriger, als bei der von Kindern und Jugendlichen. Denn im Unterschied zu Kindern sind Erwachsene mündig und für sich selbst verantwortlich. Zudem führen viele Bildungsmaßnahmen, vor allem Aufstiegsfortbildungen, zu hohen individuellen Renditen, die eine Finanzierung durch das Individuum, das von diesen Renditen profitiert, nahe legen. Allerdings haben Bildungsinvestitionen auch hohe externe Effekte, wie die Erhöhung der Innovationsfähigkeit und des Wachstums, die Verringerung von Armut sowie die Stärkung des gesellschaftlichen Zusammenhalts und der Demokratie.

In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wird seit 30 Jahren versucht, die öffentliche Verantwortung bei der Finanzierung von Bildung aus der Verteilung von Nutzen und Erträgen abzuleiten. Dabei wird im Allgemeinen wie folgt argumentiert: Bildung wirft zum Teil hohen sozialen Nutzen ab, der die privaten Erträge bei weitem übersteigt. Es kommt daher zu einem Versorgungsproblem, weil der gesellschaftliche Nutzen über diesen privaten Erträgen liegt, die Nachfrage jedoch die privaten Erträge reflektiert. Es wird behauptet, dass die sozialen Erträge der Elementarbildung am größten sind und mit zunehmender weiterführender Bildung sinken. Daraus wird abgeleitet, dass sich staatliche Interventionen folglich auf die Subventionierung der Allgemeinbildung bis zu einem gesellschaftlich festzulegenden Basisniveau zu beschränken haben und darüber hinaus die Individuen selbst die Finanzierung übernehmen müssen. Allerdings wird zugestanden, dass die Individuen bei der Finanzierung der Bildung ein Liquiditätsproblem haben können, da bei der Finanzierung von Bildung die Kreditmärkte nicht funktionieren. Anders als Sachkapital sei Humankapital nicht beleihbar, private Banken gewährten nur bei beleihbarem Sachkapital Kredite. Der

⁸ Arens, T./ Quinke, H. (2003): Bildungsbedingte öffentliche Transfers und Investitionspotenziale privater Haushalte in Deutschland, Gutachten für die Expertenkommission "Finanzierung Lebenslangen

Staat habe daher durch die Gewährung von Darlehen diese Liquiditätsfalle zu überbrücken. Unglücklicherweise gehen die Auffassungen über Ausmaß und Umfang der gesellschaftlichen Erträge weit auseinander und es liegen widersprüchliche Ergebnisse zu den sozialen Erträgen vor, die sich überdies vielfach der Quantifizierbarkeit entziehen. Schließlich hat der Staat Entscheidungsfreiheit, ob er Eigenbeiträge für private Bildungsrenditen über Gebühren, Darlehen oder ex post über progressive Besteuerung einfordert. Auffällig ist, dass in solchen bildungökonomischen Modellen die allgemeine politische und kulturelle Bildung überhaupt nicht mehr vorkommt. Vermutlich wird sie stillschweigend als privates Vergnügen angesehen.

Den unterschiedlichen Vorschlägen zur Finanzierung lebenslangen Lernens liegen unterschiedliche Vorstellungen über die öffentliche Verantwortung zugrunde, die sich nicht allein aus ökonomischer Sachlogik ableiten lassen, sondern von politischen Wertentscheidungen abhängen. Zur Entwicklung eines Bündels konsistenter Finanzierungsvorschläge müssen diese Wertentscheidungen offen gelegt und präzisiert werden.

Die von der Bundesregierung beauftragte unabhängige Expertenkommission "Finanzierung Lebenslangen Lernens" (2004)⁹ ist in ihrer Definition der öffentlichen Verantwortung von den oben genannten externen Effekten ausgegangen und hat sie mit den individuellen Renditen abgewogen. Sie hat weiterhin die unterschiedliche finanzielle Leistungsfähigkeit von Personen berücksichtigt. Sie sieht eine öffentliche Aufgabe in der Finanzierung von Maßnahmen der allgemeinen, politischen und kulturellen Weiterbildung, die Orte der Kommunikation und des Lernens in einer demokratischen Gesellschaft sind. Die Kommission geht weiterhin davon aus, dass der Staat wie bisher auch künftig jedem Bürger freien Zugang zu einem bestimmten Niveau der Allgemeinbildung und zu einer beruflichen Erstausbildung gewährleistet. Er trägt die Maßnahmekosten (Schulen, Universitäten) und unterstützt die Familien von Lernenden und die erwachsenen Lernenden bei der Finanzierung des Lebensunterhalts. *Mit dem Übergang in die Wissensgesellschaft erweitert sich dieser öffentliche Auftrag.* Einfache Tätigkeiten, die ohne Mindestkenntnisse in der Allgemeinbildung (Sprache, Mathematik etc.) und nur mit geringen Sozialkompetenzen ausgeübt werden können, verlieren quantitativ an Bedeutung. Viele Erwachsene verfügen aber nicht über diese Basisqualifikationen, daher beschränkt sich die öffentliche Verantwortung für die Allgemeinbildung nicht mehr nur auf die Jugendphase, sondern muss sich auch auf das Erwachsenenalter erstrecken. Gleichzeitig hat der Staat die Aufgabe, durch die Gewährung von Mitteln für berufliche Bildung Bedürftige zu unterstützen, Liquiditätsprobleme durch Darlehen zu überbrücken und das Ausfallrisiko zu tragen. Ein Kommissionsmitglied vertrat allerdings die Ansicht, dass jeder Erwachsene für die Finanzierung seines Lebensunterhalts selbst verantwortlich ist.

4. Die Vorschläge der Expertenkommission zur Finanzierung Lebenslangen Lernens

Bei der Entwicklung ihrer Vorschläge hat die Kommission Erfahrungen aus Nachbarländern berücksichtigt. Eine besondere Rolle haben die positiven Erfahrungen mit Erwachsenenstipendien in Schweden und Dänemark beim Nachholen von Schul- und

Lernens", Bielefeld.

⁹ Mitglieder dieser Kommission waren Uschi Backes (Zürich), Gerhard Bosch (Duisburg/Gelsen-

Studienabschlüssen sowie die französischen Erfahrungen der Umlagefinanzierung insbesondere für befristete Beschäftigte und Leiharbeiter sowie das neue französische Weiterbildungsgesetz, das jedem Beschäftigten jährlich einen Weiterbildungsanspruch von 20 Stunden einräumt, gespielt.

Weiterhin wurden die Vorschläge durch Einschätzungen ihrer möglichen Realisierung maßgeblich beeinflusst. Die Kommission war sich einig, dass es sinnvoll wäre, jedem Bürger eines Landes einen öffentlichen finanzierten Grundstock von Bildung zu finanzieren. Idealtypisch könnte jeder Bürger über ein Konto verfügen, über das er — sofern noch Ziehungsrechte vorhanden sind — auch als Erwachsener verfügen könnte. Solch ein Lebenskontenmodell, das schon frühzeitig von Gösta Rehn (1974)¹⁰ vorgeschlagen wurde, ist in einem kleinen Zentralstaat wie Schweden denkbar, nicht aber in einem föderalen Staat wie Deutschland mit ganz unterschiedlicher Verantwortung des Bundes, der Länder und der Kommunen für Bildung in unterschiedlichen Lebensphasen. Selbst die Schweden haben den Vorschlag von Gösta Rehn nicht verwirklicht. Sie wollten die Verwaltung von unzähligen Konten vermeiden, die niemals genutzt werden und sind deshalb den einfachen Weg gegangen, Ziehungsrechte auf Antrag zu gewähren. Genau hier lag der Anknüpfungspunkt an das deutsche Modell mit seiner vielfältigen Struktur solcher Ziehungsrechte. Deutschland verfügt über ein Lehrlingsbafög (Berufsausbildungsbeihilfe der BA), ein Schülerbafög, ein Studentenbafög und ein Meisterbafög (Aufstiegsfortbildungsförderungsgesetz). Das Schüler- und Studentenbafög enthält noch eine verkrüppelte Variante einer elternunabhängigen¹¹ Förderung bis zum 30. Lebensjahr, die man allerdings ohne große technische und juristische Probleme ausbauen konnte.

Die Kommission war sich weiterhin einig, dass es neben diesen allgemeinen Ziehungsrechten noch zusätzliche Bildungschancen für Beschäftigte geben sollte (Jaich/Nagel 2002)¹², deren Qualifikation durch wirtschaftlichen Strukturwandel entwertet wurde oder die aus individuellen Gründen (z.B. Krankheit) einen erlernten Beruf nicht mehr ausüben können. Deutschland verfügte mit der über die Bundesanstalt für Arbeit (heute Bundesagentur für Arbeit) geförderten Fortbildung und Umschulung über ein ausgezeichnetes System einer zweiten Chance, das durch die Hartz-Gesetze mittlerweile allerdings auf ein Minimum reduziert worden ist. Die Kommission ging davon aus, dass die Beitragsfinanzierung der BA eine Form eines Umlagesystems ist, da die Beiträge von der Bruttolohnsumme abgeführt werden. Allerdings konzentriert sich die Weiterbildungsförderung weitgehend auf Arbeitslose und die große Gruppe der an- und ungelernten Beschäftigten im Betrieb bleibt ausgeschlossen. Bernhard Nagel schlug vor, einen eigenen Weiterbildungsfonds nach französischem Vorbild zu bilden, der gewährleistet, dass eine bestimmte Summe für Weiterbildung im Betrieb ausgegeben wird. Dafür konnten gute Argumente ins Feld geführt werden. In Frankreich haben sich Betriebe durch die Umlage nicht, wie dies in Deutschland immer behauptet wird, von der Weiterbildung freigekauft. Die französische Forschung ist sich einig, dass die Fonds zu einem beträchtlichen Ausbau der Weiterbildung in Frankreich beige-

kirchen), Gisela Färber (Speyer), Bernhard Nagel (Kassel) und Dieter Timmermann (Bielefeld).

¹⁰ Rehn, G. (1974): Die Verbindung von Arbeit, Bildung und Freizeit — Ein Modellvorschlag, in: Gewerkschaftliche Monathefte Heft 7 S. 424–433.

¹¹ Die elternunabhängige Förderung war in der Vergangenheit bis 35 Jahre möglich und ist unter dem Bundesbildungsminister Möllemann auf 30 Jahre heruntergesetzt worden mit dem Argument, das BAfög sei ein Jugandinstrument.

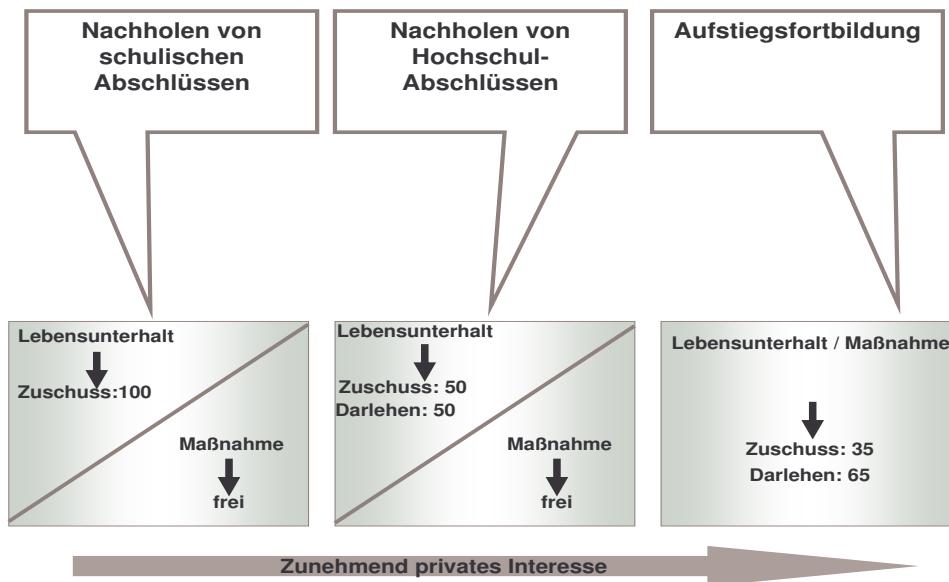
¹² Jaich R./ Nagel B. (2002): Bildungsfinanzierung in Deutschland, Analyse und Gestaltungsvorschläge — Endbericht an die Max-Träger-Stiftung, Frankfurt/Main.

tragen haben (Bosch 2003)¹³. Die Kommission entschied sich in ihrer Mehrheit aber gegen einen solchen Vorschlag, da sie für Deutschland keine Realisierungschancen eines Fondsmodells für Weiterbildung sah. Ein Fonds wird in Deutschland seit Jahren für die Erstausbildung vorgeschlagen und in dem ohnehin verhärteten Diskussionsklima sah sie keine Chance für einen zweiten Fondsvorschlag. Sie schlug mit ihrer Mehrheit im Anschluss an die französischen Erfahrungen einen solchen Fonds allerdings für Leiharbeiter vor, da die kurze Beschäftigungs dauer von Leiharbeitnehmern Bildungsinvestitionen für Unternehmen nicht lohnend macht und in diesem Markt daher ein klassisches Marktversagen vorliegt. Gleichzeitig sah sie die Notwendigkeit, dass die BA sich an der Finanzierung der beruflichen Weiterbildung von An- und Ungelernten beteiligt.

Auf dieser Basis hat die Kommission folgende Vorschläge entwickelt:

- (1) Im Anschluss an das schwedische Vorbild sollen Maßnahmekosten und Lebensunterhalt beim Nachholen schulischer und beruflicher Abschlüsse von Erwachsenen auch über 30 Jahre mit niedrigem Einkommen und geringem eigenem Vermögen durch Zuschüsse und Darlehen gefördert werden. Die vorgeschlagenen neuen Instrumente sollen mit dem AFBG ("Meisterbafög") in einem Erwachsenenbildungsförderungsgesetz (EBIFG) zusammengefasst werden. Die öffentliche Förderung nimmt bei steigendem privaten Interesse an den Maßnahmen ab (Abbildung 2).

Abbildung 2: Staffelung der Förderung nach öffentlichem und privatem Interesse



Quelle: Expertenkommission 2004¹⁴

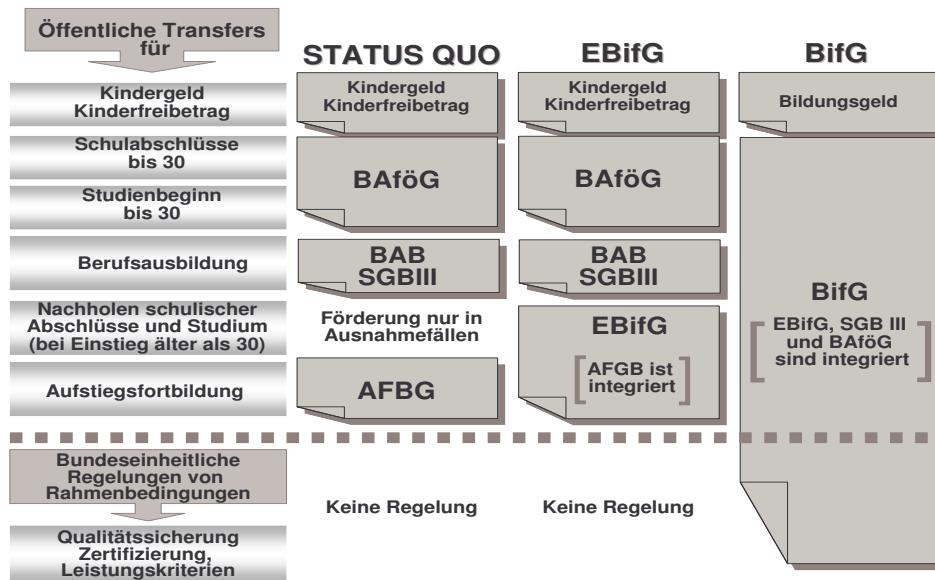
Langfristig sollen die Leistungen nach dem Erwachsenenbildungsförderungsgesetz und dem BAföG in einem einheitlichen Bildungsförderungsgesetz zusammengefasst werden. Die bisherigen Bildungstransfers an die Eltern (Kinder geld, Kinderfreibeträge etc.) sollten dann in Form eines Bildungsgeldes direkt

¹³Bosch, G. (2003): "Lebenslanges Lernen" als "freiwillige Pflicht". Fonds zur Finanzierung beruflicher Weiterbildung in Frankreich. IAT-Report 2003-08. Gelsenkirchen. Online: <http://iat-info.iatge.de/iat-report/2003/report2003-08.html>.

¹⁴Expertenkommission (2004): Schlussbericht der unabhängigen Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens, Der Weg in die Zukunft, Bielefeld: Bertelsmann, Schriftenreihe der Ex-

an die Lernenden ausgezahlt werden. Leitbild ist der selbständige erwachsene Bildungsteilnehmer, die nicht mehr wie bislang bis zum 27. Lebensjahr als abhängige Kinder betrachtet werden. Alle Transfers sollten harmonisiert und von einheitlichen Kriterien abhängig gemacht werden. (Abbildung 3)

Abbildung 3: Öffentliche Förderung des Lebensunterhaltes: Status Quo im Vergleich zu den Kommissionsempfehlungen



Quelle: Expertenkommission 2004¹⁵

- (2) Bundesländer und Kommunen sollen wie bislang eine flächendeckende Grundversorgung mit Angeboten allgemeiner, politischer und kultureller Weiterbildung gewährleisten. Dazu zählt auch die Infrastruktur für das Nachholen von Schulabschlüssen, für die Sprach- und Integrationsförderung von Zuwanderern und für die Förderung des Erwerbs von internationaler Kompetenz (z.B. Sprach- und kulturelle Kompetenz). Alle Altersgruppen sollen freien Zugang zu diesen Maßnahmen haben. Mit der Alterung der Gesellschaft werden Angebote zur Selbsthilfe insbesondere im Zusammenhang mit Gesundheit und Pflege sowie der ehrenamtlichen Tätigkeit als sinnvolle Tätigkeiten im Ruhestand an Bedeutung gewinnen (Künemund 2004; Wurm/Tesch-Römer 2004)¹⁶, wodurch sich nicht allein Potenziale für die Älteren, sondern auch die Gesellschaft insgesamt (z.B. Dämpfung der Gesundheitsausgaben oder Aktivierung brachliegender Qualifikationen) erschließen lassen.
- (3) Die staatliche Förderung nach dem 5. Vermögensbildungsgesetz (VermBG) soll um die Möglichkeit erweitert werden, auch ein Bildungssparen staatlich zu fördern. Damit sollen auch für bisher bildungsferne Personengruppen mit niedri-

pertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens, Bd. 6. Online: http://www.bmbf.de/pub/schlussbericht_kommission_ill.pdf.

¹⁵ Ebenda.

¹⁶ Künemund, H. (2004): Tätigkeiten und Engagement im Ruhestand, in: Tesch-Römer C. (Hg.), Sozialer Wandel und individuelle Entwicklung in der zweiten Lebenshälfte. Ergebnisse der zweiten Welle des Alterssurveys, Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin S. 267–290. Wurm S., Tesch-Römer C. (2004): Gesundheit, Hilfebedarf und Versorgung, in: Tesch-Römer C. (Hg.), Sozialer Wandel und individuelle Entwicklung in der zweiten Lebenshälfte. Ergebnisse der zweiten Welle des Alterssurveys,

gem Einkommen und geringem eigenem Vermögen Anreize geschaffen werden, einen Teil ihres Einkommens in lebenslanges Lernen zu investieren. Erwachsene Lernende sollen auch ein kostengünstiges Darlehen für Bildungszwecke aufnehmen können. In das Bildungskonto können auch die vermögenswirksamen Leistungen des Arbeitgebers eingebracht werden.

- (4) Die Finanzierung betrieblicher Weiterbildung ist originäre Aufgabe der Betriebe. Der Staat kann allerdings die Rahmenbedingungen für betriebliche Weiterbildung verbessern. Vereinbarungen zu betrieblichen Lernzeitkonten zwischen den Sozialpartnern sollen durch gesetzliche Regelungen zur Insolvenzsicherung der Guthaben, durch eine nachgelagerte Besteuerung der Einzahlungen sowie durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von freiwilligen Vereinbarungen zur Umlagefinanzierung wie in der Bauwirtschaft verbessert werden. Ähnlich wie in Dänemark, Schweden oder Frankreich sollen Beschäftigte für Bildungsmaßnahmen mit einem Rückkehrrecht freigestellt werden. Angesichts der hohen Arbeitsmarktrisiken von Leiharbeitnehmern soll nach französischem Vorbild eine Umlage von 1%¹⁷ der Lohnsumme für Qualifizierung erhoben werden.
- (5) Die Bundesagentur für Arbeit soll künftig stärker als bisher präventiv die Weiterbildung von An- und Ungelernten im Betrieb fördern. Dabei sollen nicht nur wie bisher Maßnahmen gefördert werden, die mit einem Berufsabschluss enden, sondern auch anerkannte Module, die zu solchen Abschlüssen hinführen können.

Aus Sicht der Kommission ist die Bereitstellung von Geld allein bei weitem nicht ausreichend, um die Bildungsbereitschaft zu erhöhen. Notwendig sind die Verbesserung der Transparenz der Angebote und eine individuelle Bildungsberatung. Weiterhin müssen erkennbare "Trampelpfade" durch das Bildungssystem durch die Entwicklung von anerkannten Weiterbildungsmustern und Abschlüssen im Zusammenhang der Neuordnung von Berufen und durch bundesweit anerkannte Weiterbildungsabschlüsse geschaffen werden. Weitere zentrale Rahmenbedingungen sind die Einführung von Zertifizierungsverfahren für die Anerkennung auch informell erworbbener und schulischen bzw. betrieblichen Qualifikationen gleichwertiger Kompetenzen, zeitliche wie inhaltlich-thematische Flexibilisierung der Weiterbildungsangebote für Erwachsene (Modularisierung), lernförderliche Formen der Arbeitsorganisation und Stärkung der Lernanreize durch eine entsprechende Arbeitsmarkt- und Produktgestaltung. Durch den Ausbau der Forschung zum lebenslangen Lernen sollen die Erfahrungen evaluiert und die Instrumente weiterentwickelt werden. Der Bund erhält eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Regelung von Rahmenbedingungen für lebenslanges Lernen (Beratung, Bildungsprofiling, Zertifizierung, Qualitätssicherung, Anerkennung informell erworbbener Qualifikationen), da diese Rahmenbedingungen in einem einheitlichen Arbeitsmarkt nicht länderspezifisch geregelt werden sollten.

Die Kommission hat ihre Vorschläge als Paket formuliert, aus dem nicht einzelne Teile herausgebrochen werden können, ohne die Gesamtarchitektur grundsätzlich zu verändern. Ressourcen aus unterschiedlichen Quellen sollen miteinander kombiniert werden können. So sollte ein Arbeitsloser zum Beispiel die Möglichkeit haben, seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld ruhen zu lassen, um mit Mitteln des Erwachsenenbil-

Deutsches Zentrum für Altersfragen, Berlin S. 291–356.

¹⁷ In Frankreich beträgt die Umlage für alle Beschäftigten 1,6% und für Leiharbeitnehmer und befristet Beschäftigte wegen ihres höheren Bildungsrisikos 2%.

dungsförderungsgesetzes einen Schulabschluss nachzuholen, der ihm dann den Eintritt in eine berufliche Qualifizierung der Bundesagentur für Arbeit eröffnet. Solche Kombinationsmöglichkeiten sollten erprobt und gefördert werden. Die von der Kommission vorgeschlagenen Instrumente werden nur greifen, wenn sie in ein bildungsfreundliches Umfeld eingebettet sind. Dazu muss zu lebenslangem Lernen ermuntert und auch die Leistungen des Personals in Bildungseinrichtungen anerkannt werden. Diese "weichen" Faktoren sind oft der Grundstein für Motivation der Lernenden und der Lehrenden. Die notwendigen Reformen im Bildungssystem kann man nicht mit einem Generalverdacht gegen die Effizienz von Bildungseinrichtungen einleiten. Dieser Verdacht beherrscht in den letzten Jahren die Diskussion um Erwachsenen- und berufliche Weiterbildung und diente zur Rechtfertigung drastischer Kürzungen und zur Auflösung der bisherigen Tarifstrukturen für das Weiterbildungspersonal. Die Wertschätzung einer Gesellschaft für Weiterbildung erkennt man an den Gehaltsstrukturen in diesem Bereich. An der Tatsache, dass ein beträchtlicher Teil der Lehrkräfte in der öffentlich geförderten Erwachsenen- und der beruflichen Weiterbildung mittlerweile in den Niedriglohnsektor abgerutscht ist, kann man den Stand der Debatte über lebenslanges Lernen in Deutschland ablesen.

Der Europäische Qualifikationsrahmen — mögliche Konsequenzen für Deutschland

von Ute Clement

Der Europäische Qualifikationsrahmen (EQF)¹ und das European Credit System for Vocational Education and Training (ECVET) sollen nach dem Willen der Europäischen Kommission einen Ordnungsrahmen schaffen, mit dessen Hilfe sich Zertifikate beruflicher Bildung (also: nicht die Ausbildungen selbst!) in Europa schlüssiger ordnen, bewerten und zueinander in Beziehung setzen lassen.

Dass es in Deutschland ausgerechnet an zusätzlichen Bescheinigungen und Zertifikaten fehle, scheint zunächst eine gewagte Behauptung zu sein, auch und gerade wenn von Berufsbildung die Rede ist. Und dass es die Europäische Kommission ist, die Maßnahmen ergreift, um das Zertifizierungswesen zu reformieren, trägt auch nicht unbedingt dazu bei, eine diesbezügliche Skepsis zu zerstreuen.

Wenn ich im Folgenden dennoch eine Lanze für die Anstrengungen der Europäischen Kommission breche, die Zertifikate der allgemeinen und beruflichen Bildung auf europäischer Ebene zu systematisieren, so geschieht dies aus der Vorstellung heraus, dass zumindest potenziell auf diesem Wege Abschlüsse übersichtlicher und kohärenter gestaltet werden können — wenn die Chancen der Reform in der politischen Umsetzung genutzt und bewahrt werden.

Zertifikate beruflicher Bildung

Unter Zertifikaten beruflicher Bildung verstehe ich formalisierte, schriftlich fixierte Bescheinigungen autorisierter Stellen, die Personen eine bestimmte Leistungsfähigkeit zuerkennen. "Die Zertifizierung ist eine schriftlich fixierte Fremdbewertung, die in der Regel auf einer externen Prüfung basiert, outcomeorientiert und an fachlichen Kenntnissen und Fertigkeiten ausgerichtet ist. Diese Bewertung wird anhand von Standards und Referenzniveaus vorgenommen. Eine Zertifizierung zeichnet sich durch eine allgemein anerkannte Verkehrsgeltung aus und führt zumeist zu bestimmten Berechtigungen für gesellschaftliche Teilbereiche." (Deutsches Institut für Erwachsenenbildung; Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung; Institut für Entwicklungsplanung und Strukturforschung (2004) S. 6; vgl. auch Desy et al. (2002) S. 90).

Zum Teil haben diese Leistungsbestätigungen zugleich eine Funktion im Berechtigungswesen eines Landes (Nuissl (2003) S. 9; Bjornavold (2001) S. 231; Käpplinger (2002) S. 3), d. h. sie berechtigen Personen dazu, eine bestimmte Laufbahn einzuschlagen und schließen andere davon aus.

Kompetenzen und Qualifikationen werden durch so unterschiedliche Zertifikate wie Schulabschlüsse, Führerscheine, akademische Titel, Teilnahmebescheinigungen an Bildungsveranstaltungen, Berufsabschlüsse oder Arbeitszeugnisse bescheinigt, d. h. Zer-

¹ Vgl. http://ec.europa.eu/education/policies/educ/equ/index_en.html.

tifikate unterscheiden sich nach Art, Inhalt, zertifizierender Instanz und Geltungsbereich ganz erheblich. Sie treffen zum Beispiel Aussagen über

- die während einer Bildungsmaßnahme vermittelten Inhalte,
- die Art der Institution, in der eine Bildungsmaßnahme stattfand,
- die Dauer der Aus- bzw. Weiterbildung,
- eine abgeleistete Prüfung bzw. ein im Rahmen einer Prüfung erstelltes Produkt.

Es existieren parallel zueinander Formen der Zertifizierung, die jeweils für sich verschiedene Geltungsbereiche, legitimatorische Grundlagen, Prüfungsbereiche und institutionelle Verfasstheiten beanspruchen. Zum Teil ergänzen sich diese Zertifizierungsformen, sie duplizieren und widersprechen sich jedoch in anderen Bereichen und lassen bestimmte andere Kompetenzbereiche letztlich unberücksichtigt.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen verschiedenen Arten von Zertifikaten liegt darin, ob sie den Input zertifizieren, den eine Person in einer bestimmten Institution für den Erwerb einer Kompetenz mitgenommen hat (z. B. die Zeit für die Teilnahme an einem Lehrgang) oder ob sie das Vorhandensein der Kompetenz selbst, also den Outcome eines Lernprozesses, bescheinigen.

Input-Zertifikate sind z. B. Teilnahmebescheinigungen, aber auch Schulzeugnisse oder Universitätsdiplome, mit deren Hilfe eine Person nachweisen kann, dass sie erfolgreich einen Bildungsgang in einer einschlägigen Institution absolviert hat. Zertifikate mit Outcome-Orientierung, wie z. B. der Führerschein oder der Englisch-Test Toefl, bescheinigen dagegen, dass eine Person über eine bestimmte Kompetenz tatsächlich verfügt (z. B. Autofahren oder in englischer Sprache kommunizieren) und zwar weitgehend unabhängig davon, auf welchem Wege, in welchen Zeiträumen und in welcher Institution diese Fähigkeit erworben wurde.

Input-Zertifikate werden besonders dann vergeben, wenn es sich um komplexe, zeitlich umfangreiche Bildungsgänge handelt, bei denen umfassende Kompetenzen erworben werden sollen, die sich nur schwer auf messbare Verhaltensweisen reduzieren lassen würden. Das Vertrauen, das sie genießen, bzw. ihre legitimatorische Grundlage beruht auf der allgemeinen gesellschaftlichen Anerkennung der Institution, die das Zertifikat verleiht.

Innerhalb historisch gewachsener Zertifizierungssysteme spielt es auch keine wesentliche Rolle, ob Zertifikate zentral oder durch die jeweilige Bildungsinstitution vergeben werden: Wir unterstellen, eine Person mit einem Diplom aus München verfüge über vergleichbare Qualifikationen wie eine Person mit einem Diplom aus Hamburg, weil wir implizit annehmen, die zertifizierenden Universitäten unterrichteten und prüften auf der Grundlage ähnlicher und im Großen und Ganzen rational nachvollziehbarer Standards. Solange gesellschaftlich relative Einigkeit über diese Voraussetzung besteht (bzw. Zweifel an ihnen keine entscheidenden Handlungskonsequenzen zeitigen), funktionieren entsprechende Zertifizierungen auch mehr oder minder reibungslos.

Schwierig wird es erst dann, wenn entweder Systemgrenzen überschritten werden und Inhaber eines Zertifikates z. B. dort um Anerkennung ihrer Kompetenznachweise ersuchen, wo die zertifizierende Institution nicht bekannt ist, oder wenn die beteiligten Akteure aus irgendwelchen Gründen Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Objektivität der Bescheinigungen entwickeln. Ein Ausweg aus einer solchen Akzeptanzkrise

kann darin bestehen, dass zusätzliche Steuerungsmaßnahmen wie z. B. die Akkreditierung der zertifizierenden Institutionen genutzt werden, um das Vertrauen in die betroffenen Zertifikate wieder zu stärken. Es können aber auch zusätzliche, institutionenübergreifende Prüfinstrumente wie z. B. Staatsexamina, Querschnittsarbeiten oder das Zentralabitur Anwendung finden, wie dies nicht erst seit den problematischen Ergebnissen der PISA-Studie in Deutschland zunehmend diskutiert wird.

Das bedeutet: In den Fällen, in denen aus irgendeinem Grund kein (impliziter) gesellschaftlicher Konsens mehr über die Qualität eines Bildungsganges hergestellt werden kann und auch stützende Maßnahmen wie zentrale curriculare Vorgaben, Akkreditierungen etc. nicht mehr greifen, werden dezentral vergebene Zertifikate durch standardisierte und zentral ausgestellte Bescheinigungen ersetzt, um ihre Legitimität und Akzeptanz sicher zu stellen.

Vor- und Nachteile gewachsener Zertifikatsstrukturen

Berufliche Zertifikate wie Gesellen- und Meisterbriefe, Diplome oder Doktortitel haben in vielen Ländern eine lange Tradition. Sie verfügen in der Regel über hohe gesellschaftliche Akzeptanz und Symbolkraft. Ihre Bedeutung ist für viele Gesellschaftsmitglieder mindestens subjektiv transparent; sie sind in Rekrutierungsstrategien von Unternehmen integriert und orientieren Bildungs- und Ausbildungsanstrengungen von Individuen. Sie weisen wie selbstverständlich Karriereoptionen zu und lenken Bildungsinvestitionen.

Ihrer hohen gesellschaftlichen Wirkungskraft zum Trotz sind an traditionellen Arbeitsmarkt- und Bildungszertifikaten jedoch Defizite erkennbar, die im Kontext moderner gesellschaftlicher und arbeitskultureller Entwicklungen zunehmend wichtiger erscheinen:

Erstens weisen sie vor allem formal erworbene Fachkenntnisse und Fachkompetenzen aus. So genannte weiche Kompetenzen wie Sozialkompetenz, Personalkompetenz, Lernkompetenz oder Problemlösefähigkeit sind in herkömmlichen Arbeitsmarkt- und Bildungszertifikaten allenfalls implizit enthalten. Und auch Erfahrungswissen wird durch diese Zertifikate nicht erfasst. Bestimmte moderne Formen der Arbeitsorganisation z. B. in teilautonomen Arbeitsgruppen erhöhen jedoch die Bedeutung sowohl ganzheitlich verstandener Kompetenzen als auch des Erfahrungswissens. Zugleich lassen nicht-lineare Lebensläufe mit Familienphasen, Berufswechseln oder Phasen der Erwerbslosigkeit das Bedürfnis nach Dokumentation auch außerfachlicher Erfahrungen anwachsen.

Zweitens verknüpfen die genannten Zertifikate das Beschäftigungssystem und das Bildungssystem nur unzureichend. Zwar werden in vielen europäischen Ländern Anstrengungen unternommen, um die Durchlässigkeit zwischen beruflicher und allgemeiner Bildung zu erhöhen, doch ein gemeinsames, wechselseitig kompatibles Zertifizierungssystem ist ohne bildungspolitisch steuernde Intervention in keinem mir bekannten Staat entstanden. In einer Zeit, in der Mobilität innerhalb und zwischen Gesellschaften wichtiger zu werden scheint, wird die Bindung der Zertifikate entweder an das Bildungs- oder an das Beschäftigungssystem als problematisch empfunden, denn lebenslanges Lernen und berufliche Flexibilität sollen dadurch befördert werden, dass erworbene Zertifikate für unterschiedliche Bildungswege und Lernkontexte nutzbar gemacht werden können.

Aus diesen Gründen werden traditionelle Arbeitsmarkt- und Bildungszertifikate heute von ordnungs- und bildungspolitischer Seite um zwei Aspekte zu ergänzen versucht: Erstens um die Erfassung ganzheitlicher Kompetenzen und zweitens um die Entwicklung durchlässiger Zertifizierungssysteme.

Qualitätskriterien für Zertifikate

Damit ein Zertifizierungssystem gut funktionieren und wirksam werden kann, müssen die ausgestellten Bescheinigungen bestimmten Qualitätskriterien genügen:

- Sie müssen verlässlich sein, d. h. sie müssen solche Kompetenzen bescheinigen, die tatsächlich vorhanden und intersubjektiv überprüfbar sind.
- Sie müssen objektiv sein, d. h. die Messung und Bewertung der Kompetenzen muss unabhängig und frei von persönlicher Willkür erfolgen.
- Der Geltungsbereich der Zertifikate sollte umfassend sein, d. h. betriebsübergreifend für unterschiedliche Arbeitsbereiche Relevanz und Gültigkeit besitzen.
- Die Zertifikate sollten inhaltlich so geschnitten sein, dass sie Relevanz für den Arbeitsmarkt besitzen, d. h. sie sollten eine Entsprechung mit Qualifikationsbedarfen der Betriebe aufweisen.
- Sie sollten jedoch Bildungsbedarfe der Bildungsnachfrager berücksichtigen und z. B. die Beherrschung solcher ganzheitlich angelegten beruflichen Handlungen ausweisen, die gesundheits- und lernförderlich gestaltet sind.
- Und schließlich sollten die Zertifikate in rechtliche und tarifliche Regelungen eingebunden sein, so dass für alle Beteiligten eine gewisse Erwartungssicherheit in Bezug auf Kosten und Nutzen der mit dem Erwerb von Zertifikaten verbundenen Investitionen geschaffen werden kann.

Europäischer Prozess

Wenn die Europäische Kommission mit Hilfe des European Qualification Framework einen Bezugsrahmen für nationale Zertifizierungssysteme schaffen möchte, dann geschieht dies mit der Absicht, Zertifikaten innerhalb von Europa mehr Akzeptanz und Reichweite zu verschaffen. Durch die gemeinsame Festlegung von Standards und Bezugskategorien soll der Geltungsbereich, die Transparenz und die Möglichkeit, Zertifikate auch außerhalb nationaler und systemischer Grenzen zu verwerten, erhöht werden.

Die Europäische Kommission bezieht sich in ihren Aktivitäten auf die Kopenhagen Deklaration zur beruflichen Bildung, welche die europäische Berufsbildungspolitik auf das Konzept des lebenslangen Lernens verpflichtet (Europäische Kommission 2002, 24).

Implizit ist damit die europäische Politik gefordert, Strukturen und Rahmenbedingungen zu entwickeln, die eine Formalisierung, Anerkennung und marktliche Verwertung der erworbenen Qualifikationen ermöglichen. Europäische Berufsbildungspolitik hat sich im Brügge–Kopenhagen–Prozess die folgenden Ziele gesetzt:

- die europäische Dimension im Bereich Bildung und Ausbildung zu stärken,
- Transparenz, Information und Beratung zu verbessern,
- die wechselseitige Anerkennung von Kompetenzen und Qualifikationen zu verstärken, und
- die Qualität der beruflichen Bildung, insbesondere durch verbesserte Berücksichtigung der Lernbedürfnisse von Lehrkräften und Ausbildenden zu verbessern.

Besonders der dritte Punkt (wechselseitige Anerkennung von Kompetenzen und Qualifikationen) hat erhebliche Konsequenzen für die Systementwicklung in der beruflichen Bildung, denn die Kopenhagen Deklaration formuliert weiter: "Investigating how transparency, comparability, transferability and recognition of competences and/or qualifications, between different countries and at different levels, could be promoted by developing reference levels, common principles for certification, and common measures, including a credit transfer system for vocational education and training." (Europäische Kommission (2002) S. 25) Und: "Measures should be voluntary and principally developed through bottom-up cooperation." (Europäische Kommission (2002) S. 26)

Auch auf nationaler Ebene soll Berufsbildungspolitik zur Erreichung der Ziele von Kopenhagen und Brügge beitragen. Dazu sollen gemeinsame Instrumente, Bezugspunkte und Grundsätze, z. B. im Hinblick auf Transparenz, lebenslanges Lernen, Qualitätssicherung und die Validierung nicht formalen und informalen Lernens entwickelt und eingesetzt werden. Das Maastricht-Kommuniqué fordert eine Verbesserung der privaten und/oder öffentlichen Investitionen in die berufliche Bildung. Die Berufsbildungssysteme sollen weiter entwickelt werden, um mit einer Kombination von gezielten Investitionen, angemessener Bewertung früherer Lernerfahrungen und einem maßgeschneiderten Schulungs- und Lernangebot den Bedürfnissen von Einzelnen und Gruppen besser gerecht zu werden (Europäische Kommission 2004).

Offene Lernansätze sollen Einzelnen die Möglichkeit bieten, ihren persönlichen Bildungs- und Berufsweg zu planen. Unterstützend dazu sollen Rahmenbedingungen hergestellt werden, in denen die Barrieren zwischen allgemeiner und beruflicher Bildung abgebaut sind und die Grenzen zwischen Aus- und Weiterbildung sowie zwischen akademischer und nicht-akademischer Bildung verringert werden (Europäische Kommission 2004, S. 3). Auf europäischer Ebene sollen die folgende Punkte Priorität erhalten:

- Entwicklung eines offenen und flexiblen Europäischen Qualifikationsrahmens mit gemeinsamen Referenzniveaus,
- Entwicklung und Umsetzung des European Credit Transfer Systems for VET; die praktische Umsetzung soll die Ausarbeitung freiwilliger Vereinbarungen zwischen Berufsausbildungsanbietern in ganz Europa einschließen,
- Feststellen der spezifischen Lernbedürfnisse und Rolle von Lehrkräften und Ausbildenden
- Verbesserung des Erfassungsbereichs, der Genauigkeit und der Zuverlässigkeit von Berufsbildungsstatistiken (Europäische Kommission 2004, S. 4)

Das Ergebnis der Europäischen Arbeitsgruppe zur Entwicklung des European Qualifi-

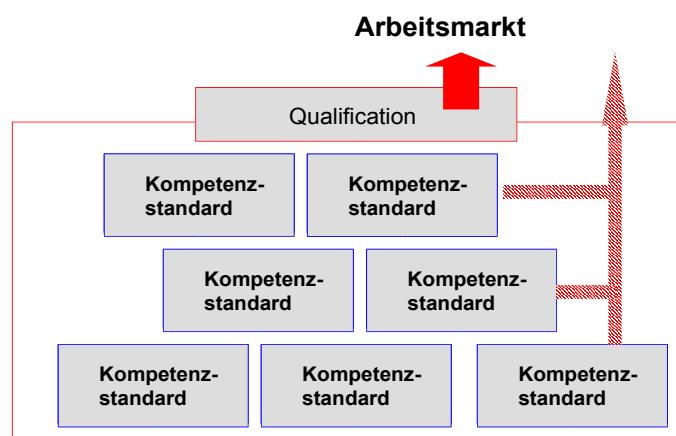
cation Framework wurde zuletzt am 05.09.2006 in einem Consultation Document festgehalten. Das Rahmenwerk soll eine Art Metasystem darstellen, dem nationale Zertifikate zugeordnet werden können (Europäische Kommission 2006).

Im Kern besteht der Europäische Qualifikationsrahmen aus einer Tabelle mit 8 vertikal angeordneten Stufen, welche jeweils durch so genannte Deskriptoren beschrieben werden. Kompetenzen sollen auf diese Weise nicht nur fachübergreifend durch vergleichbare Kriterien abgebildet werden, sondern lassen sich mit Hilfe des Schemas auch hinsichtlich ihrer Komplexität, Spezialisierung und ihres Verantwortungsgehaltes hierarchisieren.

Die Beschreibung der Kompetenzen erfolgt entlang der Kategorien (Deskriptoren) Kenntnisse, Fertigkeiten, Selbständigkeit und Verantwortung (knowledge, skills, autonomy and responsibility) (Europäische Kommission 2005) — Begrifflichkeiten, deren inhaltlicher Sinn von den in Deutschland diskutierten Begriffsdefinitionen abweicht. Weder sind mit *skills* wirklich Fertigkeiten in unserem Verständnis, noch mit *qualifications* Qualifikationen im deutschen Wortsinn gemeint. Will man den europäischen Partnern nicht zumuten, sich mit den deutschen Subtilitäten der Begriffsdefinition auseinander zu setzen, und will man andererseits Missverständnisse vermeiden, so scheint es hilfreich, die englischen Bezeichnungen zu benutzen.

Qualifications heißen in kompetenzorientierten Ausbildungssystemen Bündel von Kompetenzstandards, die einen vollständigen Berufsabschluss umfassen. Am ehesten ließe sich *qualification* daher mit Berufsbild übersetzen. Eine Unit of *learning outcomes* dagegen beschreibt die Anforderungen, die an eine Person gerichtet werden, um eine bestimmte berufliche Handlung effizient und sicher ausüben zu können. Diese Anforderungen beinhalten ein bestimmtes spezialisiertes Wissen ebenso wie praktische Fähigkeiten, soziale und kommunikative Kompetenzen, die Kompetenz, sich künftigen Veränderungen lernend anzupassen und die Fähigkeit, Verantwortung für die Konsequenzen der Handlung zu übernehmen.

Systematik europäischer Zertifizierung



Auf jeder der acht Stufen des Europäischen Qualifikationsrahmens wurde nun für jede dieser Kategorien beschrieben, auf welchem Grad der Komplexität, Spezialisierung und Verantwortung eine Zuordnung angemessen erscheint. So verlangt z. B. in der Kategorie *knowledge* die Stufe 1 grundlegende allgemeine Kenntnisse, in der Stufe 2 ein Wissensspektrum, das auf Fakten und Grundkenntnisse beschränkt bleibt, in der

Stufe 3 Kenntnisse, die Prozesse, Techniken, Materialien, Instrumente, Ausrüstungen, Terminologie und einige theoretische Gedanken umfassen usw. bis es dann schließlich in Stufe 8 darum geht, Fachwissen zu nutzen, um neue und komplexe Ideen, die in einem Bereich völlig neu sind, kritisch zu analysieren, zu bewerten und zu verbinden.

Eine Institution, die Kompetenzstandards definiert, würde also zu entscheiden haben, auf welchem Niveau der Komplexität, Spezialisierung und Verantwortung die berufliche Handlung bzw. die zu ihrer Ausführung notwendige Kompetenz einzuordnen ist und hätte die entsprechenden Anforderungen für die drei genannten Deskriptoren zu konkretisieren.

Denkbar wäre es dann, dass sich Bildungsgänge aus unterschiedlichen Units zusammensetzen und diese unterschiedlichen Niveaustufen zugeordnet sind. Bei einer solchen Regelung (die der EQF meines Erachtens nahe legt, jedoch nicht erzwingt) könnten Anrechnungen über Ausbildungsgänge hinweg deutlich erleichtert werden. Personen, die über eine Kompetenz x auf einer Niveaustufe y verfügen, könnten sich diese entweder in Ausbildungsgängen aus demselben Berufsfeld oder auch für Bildungsgänge, die insgesamt zu höherwertigen Abschlüssen führen, anerkennen lassen.

Kompetenzniveaus

Ausbildung 1		Ausbildung 3	Ausbildung 4	Ausbildung 5
		Standard a-f		
Standard g		Standard g		
	Standard h-j		Standard h-m	
Standard n-o	Standard n		Standard n-p	
Standard q	Standard s-u			Standard w-z

Da der Rahmen branchen- und berufsübergreifend formuliert ist, sind die verwendeten Deskriptoren unabhängig von Wissensdomänen und Fachgebieten beschrieben, d. h. sie sind abstrakt und teilweise interpretationsbedürftig. Nur durch den hohen Abstraktionsgrad ist es möglich, ein Raster zu schaffen, in dem sowohl die unterschiedlichen Branchen als auch die beteiligten Nationen Bezugspunkte für die Gestaltung ihrer Zertifikatsformen finden können.

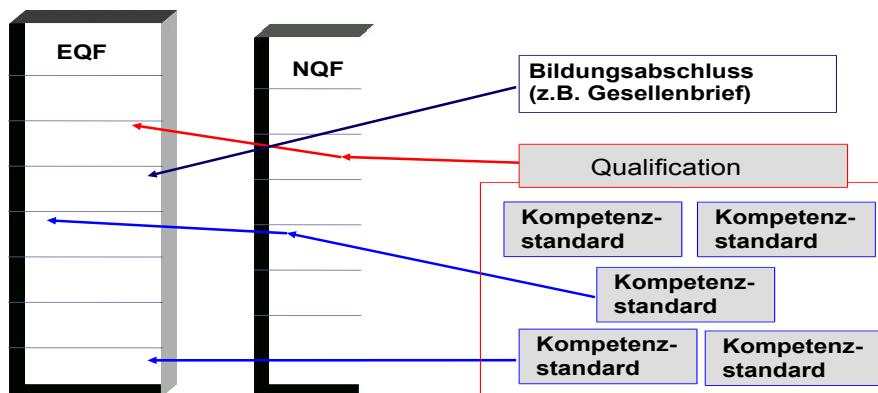
Auf der Grundlage dieses Schemas soll es möglich werden, Units zu formulieren, über die Individuen Zertifikate erwerben und verwerten können. In welche übergeordneten Berufsbilder, Ausbildungsrahmen und Curricula diese Kompetenzstandards jeweils eingebunden sind, wird in Nationalen Qualifikationsrahmenwerken oder aber durch nationales Recht wie das deutsche Berufsbildungsgesetz geregelt. Die Definition von Kompetenzstandards als kleinster Einheit einer gemeinsamen Währung beruflicher Bildung und ihre Zuordnung zu einheitlichen Qualifikationsebenen eröffnen jedoch neue Wege der Organisation des lebenslangen Lernens, die auch einfache Kompetenzen abbildbar und anrechenbar machen. So können Zertifikate auf der Stufe 1 schrittweise um andere z. B. auf der Qualifikationsstufe 2 oder 3 ergänzt und modular zu einer höherwertigen Qualifikation ausgebaut werden. Qualifikationsanforderungen an

einem Arbeitsplatz könnten einzeln identifiziert, in einem mittleren Abstraktionsgrad formuliert und als Standard eingesetzt werden. Auf diese Weise lassen sie sich einzeln oder in Gruppen erwerben, untereinander kombinieren und schrittweise zu höherwertigen Qualifikationen verkoppeln.

In Deutschland soll in den kommenden Jahren ein Nationaler Qualifikationsrahmen geschaffen werden, der sich auf den Europäischen Qualifikationsrahmen bezieht und ihn für deutsche Verhältnisse konkretisiert. Auf welche Weise die Koppelung der beiden Rahmenwerke stattfinden und mit den bislang üblichen Abschlüssen in Deutschland verknüpft werden soll, ist jedoch noch weitgehend ungeklärt.

Klar ist nur, dass ein Nationaler Qualifikationsrahmen anschlussfähig an die Systematik des Europäischen Qualifikationsrahmens zu sein hat, wenn er die Ziele der Transparenz und Durchlässigkeit in Europa verfolgen will.

Varianten der Übersetzung zwischen Kompetenzen, NQF und EQF



Fragen und Zweifel

Seitdem im Sommer 2005 die zuständige Arbeitsgruppe der Europäischen Union ihr Konzept zum Europäischen Qualifikationsrahmen der Fachöffentlichkeit erstmals vorgestellt hat und im Kontext der weiteren Debatte bis zur Veröffentlichung des aktuellen Stands im September 2006, sind von verschiedener Seite Kritik und Zweifel laut geworden. Ein wesentlicher Kritikpunkt bezog sich auf den Konsultationsprozess an sich. So erwies sich die ursprüngliche Frist für Stellungnahmen bis Ende 2005 — angesichts der Tatsache, dass ein Papier zum ECVET innerhalb der geplanten Frist noch gar nicht vorlag — als unrealistisch. Andererseits verblieb die nationale Beteiligung an der Debatte auf einem wegen der Kürze der Zeit nur unzureichend institutionalisierten und moderierten Kommunikationsniveau.

Inhaltlich meldeten insbesondere gewerkschaftliche Akteure, aber auch Fachwissenschaftlerinnen und Fachwissenschaftler Vorbehalte an (Abteilung Bildung und Qualifizierung (2005); Drexel (2005); Rauner et al. (2004); IG Metall; Verdi (Wissenschaftlicher Beraterkreis) (2006)). Ihre Einwände richten sich in erster Linie gegen die Gefahr, die der EQF aus ihrer Sicht für die deutsche Form der Beruflichkeit und damit indirekt für

das duale System bedeute. Rauner etwa (2005) sieht in der Definition von Qualifikationsebenen unterhalb der Facharbeiterqualifikation einen "Rückfall in eine Tradition, die mühsam nach dem Zweiten Weltkrieg in Deutschland zurück genommen wurde" (S. 4) und geht davon aus, damit werde das Ziel, allen Jugendlichen eine vollständige Ausbildung zu ermöglichen, aufgegeben. Auch die Gewerkschaften ver.di und IG Metall befürchten die Entstehung eines Marktes für Ausbildungsmodule bzw. eine Individualisierung der Ausbildungswege, die dazu beitrage, einheitliche Ausbildungsstandards zu untergraben. Zugleich wird bezweifelt, dass ein neuer Zertifizierungsrahmen überhaupt erforderlich sei und die Vermutung ausgesprochen, ein solches Regelwerk schaffe vor allem einen neuen Markt für Zertifizierer und Akkreditierer mit bislang ungeklärten institutionellen Zuständigkeiten (IG Metall; Verdi (2006)).

Andere Verbände wie die Spitzenverbände der Arbeitgeber, der DGB sowie BIBB und BMBF reagierten eher positiv auf das Rahmenwerk (Blötz et al. (2005); Abteilung Bildung und Qualifizierung (2005); Hauptausschuss des Bundesinstituts für berufliche Bildung (2005); Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft (2005)). Die genannten Stellungnahmen begrüßen grundsätzlich die Einführung eines Europäischen Qualifikationsrahmens mit der Begründung, dieser könne zu mehr Transparenz und Vergleichbarkeit beitragen. Auch die Aufteilung in acht Qualifikationsstufen wird insgesamt als akzeptabel bewertet, wenngleich der DGB betont, eine Reduktion auf weniger Stufen sei im Grunde wünschenswert. Allerdings herrscht auch Einigkeit darüber, dass die Abgrenzung der Stufen und die Festlegung der Deskriptoren noch nicht klar und eindeutig genug formuliert seien. Die Spitzenverbände der Wirtschaft schlagen (in Anlehnung an ein früheres Papier der Zentrale des deutschen Handwerks) eine alternative Stufung anhand der Kriterien der Komplexität, der Unsicherheit, der Vernetztheit und der Dynamik von Arbeitssituationen (Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft (2005) S. 3) vor. Zur Beschreibung der Lernkompetenz solle ein zusätzlicher quantitativer Deskriptor zur Beschreibung des Lernaufwandes eingeführt werden.

Die Gleichwertigkeit allgemeiner und beruflicher Bildung gehört zum Credo aller Stellungnahmen aus Deutschland, bietet doch gerade der EQF die Möglichkeit, betriebliche Erfahrung, informelles Lernen, Berufstätigkeit und lebenslanges Lernen für die Zertifizierung und Anrechnung vorgängig erworbener Kompetenzen wirksam zu machen. Anders als andere Ordnungsrahmen (z. B. ISCED oder die im Sommer 2005 verabschiedete europäische Anerkennungsrichtlinie) soll der EQF nicht auf bestehende Bildungswege und -abschlüsse rekurrieren. Das bietet einerseits die Möglichkeit, lebenslanges Lernen aufzuwerten und für Arbeitsmarktprozesse relevant werden zu lassen. Andererseits führt es innerhalb der Europäischen Gemeinschaft dazu, das duale System beruflicher Bildung mit seinen hohen betriebspraktischen Anteilen angemessener zu berücksichtigen, als dies bisher der Fall war. Die Einordnung der Gesellen-UND der Meisterebene auf Stufe 2 der fünfstufigen Anerkennungsrichtlinie, die auf deutscher Seite für Unruhe und Entsetzen gesorgt hat, trug sicherlich dazu bei, dass in dieser Frage sämtliche Stellungnahmen sehr entschieden dafür plädierten, alle Stufen des EQF von allen Bildungswegen aus zugänglich zu halten. So lehnen die Spitzenverbände der Wirtschaft eine Bezugnahme des EQF auf die Anerkennungsrichtlinie explizit ab.

Einheitlich und eindeutig ist in allen Stellungnahmen das Bekenntnis zum deutschen Verständnis der Beruflichkeit. Die Gefahr, die von der Implementation eines Europäischen Qualifikationsrahmens für die deutsche Form nicht-akademischer Beruflichkeit und für die Beibehaltung von den bislang üblichen Strukturen dualer Berufsbildung ausgeht, wird allerdings unterschiedlich eingeschätzt.

Zunächst einmal müsste eine Veränderung im Bereich der Zertifizierung keine unmittelbaren Auswirkungen auf Strukturen und Inhalte beruflicher Ausbildung zeitigen. Vorstellbar wäre durchaus auch eine Entkoppelung von Ausbildung und Zertifizierung in der Weise, dass Ausbildung wie bisher vonstatten geht und eine externe Zertifizierungsstelle bei Bedarf (z. B. im Falle von Mobilität oder wenn Anerkennung von Qualifikationen und Teilqualifikationen notwendig werden) entsprechende Bescheinigungen zusätzlich erstellt.

Die nationalen Akteure, die an der Konsultation teilnehmen, gehen jedoch implizit davon aus, dass neue Maßstäbe der Zertifizierung auch direkte oder indirekte Wirkungen auf die Ausbildung haben werden — und sehen dies je nach politischer Position mit Sorge oder als Chance.

So geht Eckart Severing vom Forschungsinstitut des Bayrischen Unternehmerverbandes f-bb davon aus, die Einführung von EQF und ECVET würde die deutsche Berufsbildung "ausgrenzen, wenn nicht eine innere Differenzierung der Berufsbildungsniveaus und eine Modularisierung von Ausbildungsgängen ermöglicht werden." (Severing (2005), 19)

Der DGB denkt in eine ähnliche Richtung, wenn auch mit den umgekehrten Vorzeichen einer Sorge um die Wahrung beruflicher Ausbildungsstandards und formuliert: "Entsprechende Risiken ergeben sich, wenn zertifizierte Ausbildungsinhalte arbeitsrelevanten Fähigkeiten sich nicht mehr auf relativ breite, ganzheitlich strukturierte Berufsprofile beziehen sollten, sondern auf schmale Bündel von Fähigkeiten." (Abteilung Bildung und Qualifizierung (2005) S. 5)

Diese Problematik werde allerdings weniger durch den EQF als durch das Creditverfahren berührt, das "eine reale Fragmentierung komplexer, umfassender Qualifikationen in einzelne Units" (ebda. S. 6) nahe lege. Unklar sei weiterhin, wer die Anzahl der Units festlegen solle, durch wen und nach welchen Kriterien kompetenzorientiert zu prüfen sei und wer für die entstehenden Kosten aufkommen müsse. Da zum Zeitpunkt der Stellungnahme ein Papier der EU zum ECVET aber noch gar nicht vorlag, beschränkt sich der DGB an dieser Stelle auf die Formulierung allgemeiner Überlegungen.

Diskussion

Die Realisierungschancen und die möglichen Folgen einer europaweiten Umsetzung des EQF sind derzeit — so kann resümierend festgehalten werden — kaum prognostizierbar, ist doch zum einen das institutionelle und bildungspolitische Umfeld schon innerhalb von Deutschland und umso mehr in der Summe der Mitgliedstaaten hochkomplex und die Interessen und Strategien der Akteure entsprechend schlecht nachvollziehbar. Zum anderen aber ist die konkrete Gestalt des Qualifikationsrahmens mit ihren institutionellen und rechtlichen Implikationen keineswegs so weit definiert, dass man daraus zum aktuellen Zeitpunkt Prognosen für weitere Entwicklungen bereits ableiten könnte.

Denkbar sind für die Ausgestaltung des Zertifizierungsrahmens sowohl lose verkoppelte Strukturen, bei denen die Art der Zertifizierung nur in indirektem Zusammenhang mit Ausbildung steht, die Entwicklung und Prüfung der Kompetenzstandards nicht zentral gesteuert und die Anerkennung der Zertifikate durch abnehmende Bil-

dungsinstitutionen und Betriebe nicht einheitlich geregelt ist. Solche "weak frameworks" sind beispielsweise aus Australien bekannt, wo die Orientierung an den Zertifizierungsmaßgaben einen eher freiwilligen Charakter hat (Young (2005)).

"Strong frameworks" dagegen regeln Entwicklung von Units, Prüfung und Zertifizierung sowie die Anerkennung von abnehmenden Institutionen verbindlicher. Sie werden von Regierungen wegen ihrer besseren Koordinierbarkeit und Zurechenbarkeit bevorzugt, sind aber politisch in der Regel schwerer durchzusetzen (Young (2005)).

Da jedoch Akzeptanz die Grundlage für das Funktionieren jedes Zertifizierungssystems ist, sind Bildungspolitiker darauf angewiesen, einen möglichst breiten gesellschaftlichen Konsens für das jeweilige Zertifizierungssystem herzustellen. Internationale Erfahrungen zum Beispiel aus Schottland verweisen ebenfalls auf die Bedeutung von Kontinuität und dem Anknüpfen an existente Strukturen, wenn es darum geht, kompetenzorientierte Zertifizierungssysteme einzuführen (Young (2005)).

Obgleich die genannten Bedenken schwer wiegen und internationale Erfahrungen nahe legen, bei der Einführung von Zertifizierungssystemen ausgesprochen umsichtig vorzugehen, möchte ich dafür plädieren, künftig Anstrengungen zu unternehmen, um den Europäischen Qualifikationsrahmen weiter zu entwickeln und zu implementieren. Drei Argumente sprechen meines Erachtens für ein Engagement in diese Richtung:

1. Die Orientierung beruflicher Zertifikate am Europäischen Qualifikationsrahmen kann die Transparenz beruflicher Bildungsabschlüsse erhöhen.

Das Funktionieren traditionell gewachsener Systeme beruflicher Zertifizierung ist zu einem nicht unerheblichen Teil davon abhängig, dass die beteiligten Akteure Vertrauen entwickeln: Vertrauen in die Qualität der Ausbildung einer bestimmten Institution, Vertrauen in die Unbestechlichkeit und Kompetenz von Prüfern, Vertrauen in die Bereitschaft und Fähigkeit der zertifizierten Person, Wissen und Kompetenz nicht nur zu erwerben, sondern in beruflichen Handlungssituationen auch zu nutzen. Auch politisch gesetzte Zertifizierungssysteme benötigen ein solches Vertrauen, denn Prüfungen werden durch sie nicht per se objektiver und Menschen nicht kompetenter. Gleichwohl können Zertifikate unter bestimmten Bedingungen durch ein gemeinsames Bezugssystem transparenter werden und dadurch eindeutigere Investitions- und Marktbedingungen herstellen.

Wenn nämlich die Kompetenzen, über die Zertifikate ausgestellt werden, nach einheitlichen Kriterien beschrieben werden, so wird einerseits nachvollziehbar, welche Art von Fähigkeiten und Wissen hier erworben wurde. Zum anderen kann die — zwar notwendig mit Unschärfen versehene, aber gleichwohl Komplexitätsstufen markierende — Differenzierung von Niveaustufen Hinweise auf hierarchische Unterschiede zwischen Kompetenzansprüchen geben. Über die Orientierung an beruflichen Handlungen, d. h. sichtbaren und auf dem Arbeitsmarkt verwertbaren mehr oder minder komplexen Tätigkeiten wird verhindert, dass Zertifikate lediglich Titel und abstrakte Themenbereiche nennen. Wenn z. B. "Einführung in Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre" in Curricula und Zeugnissen der Berufsschule, der Fachschule, kaufmännischen Gymnasien oder an der Universität und Fachhochschule auftaucht, so ist die Aussagekraft sehr gering. Würde man gezwungen sein zu explizieren, was denn eine Absolventin dieser Bildungsgänge mit den erworbenen Kenntnissen zu tun in der Lage ist und auf welcher Komplexitäts- und Verantwortungsstufe die berufliche Handlung stattfindet, so könnte man vermutlich besser nachvollziehen, welche Kompetenzen diese Person mitbringt.

Sobald die Inhaberin eines solchen Zertifikates Systemgrenzen (nationale oder interne) überschreitet und sich mit der ausbildenden Institution nicht mehr klare Anspruchsniveaus und inhaltliche Festlegungen assoziieren lassen, kann eine solche explizite Darlegung von Inhalten besonders hilfreich sein. Vielleicht können wir uns noch vorstellen, was "Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre" an einer deutschen Berufsakademie beinhaltet könnte, geht es jedoch um eine Academia Profesional in Barcelona verschwimmt diese Gewissheit. Eine genauere Darstellung der erworbenen Kompetenz auf der Grundlage eines gemeinsamen Bewertungssystems unterstützt in diesem Fall Mobilität.

Zugleich hat Transparenz jedoch nicht nur etwas mit der Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Inhalte zu tun, sondern auch mit Transparenz hinsichtlich Qualität und Zuverlässigkeit der Zertifizierung selbst. Eine Kammerprüfung hat u. a. deshalb einen hohen Stellenwert, weil die Institution verlässlich und bekannt ist, die Güte der Prüfung nachvollziehbar ist und — nicht zuletzt — auch weil die Menschen, die Absolventen einer solchen Prüfung einstellen, häufig über ähnliche Nachweise verfügen, sich also durch die Anerkennung des Zertifikats auch ihrer eigenen Kompetenz gleichermaßen wieder selbst versichern.

Entsprechend müssten auch die Zertifikate über Kompetenzstandards möglichst von einer allgemein als verlässlich bekannten Institution verliehen werden, wenn sie als glaubwürdig akzeptiert werden sollen. Die institutionellen Konsequenzen der Einführung eines Europäischen Qualifikationsrahmens sind jedoch in Deutschland noch nicht konkret diskutiert worden.

2. Die Einführung des Europäischen Qualifikationsrahmens kann dazu beitragen, Ausbildungsqualität zu sichern.

Auch wenn bislang nicht geklärt ist, welche Institutionen auf welche Weise und mit welcher Verbindlichkeit Kompetenzen messen und zertifizieren würden, wenn es zur Umsetzung des Europäischen Qualifikationsrahmens in Deutschland kommt, so ist doch davon auszugehen, dass schon die Diskussion um Kompetenzstandards und ihre Einordnung in Niveaustufen des EQF sich positiv auf die Qualität von Bildungsmaßnahmen auswirken kann.

Selbst wenn die Koppelung zwischen Zertifikat und Ausbildung lose bleibt und für die einzelne Institution keine neuen Verbindlichkeiten schaffen würde, so wird es Bildungsanbieter zu einer neuen Reflexion über die Qualität ihrer Maßnahmen veranlassen, wenn sie vor sich und anderen mit Hilfe einheitlicher Kriterien begründen müssen, für welche beruflichen Handlungen sie auf welcher Komplexitäts-, Spezialisierungs- und Verantwortlichkeitsstufe ausbilden. Selbstverständlichkeiten in Bezug auf Institution und Titel werden auf Hochschulebene schon durch Bologna stark erschüttert, stehen nun Universitäten, Fachhochschulen und Berufsakademien im direkten Wettbewerb. Ganz unterschiedliche Wege innerhalb und außerhalb des formalen Bildungssystems können seither zu vergleichbaren Zertifikaten führen. Die bloße Behauptung, eine "höher" angesiedelte Institution bilde auch auf "höherem" Niveau aus, lässt sich mit Hilfe eines Kriterienkatalogs wie dem EQF nun substantiell füllen — oder eben nicht.

Meiner Erfahrung nach erweist es sich durchaus als heilsam, wenn Bildungsinstitutionen auf diesem Wege gezwungen werden, die eigenen Lehrinhalte zu konkretisieren und auf berufliche Praxis zu beziehen. Schon durch diese Selbstreflexion werden Qualitätsverbesserungen initiiert.

Darüber hinaus kann die Trennung von Bildung und Zertifizierung auch weitere positive Effekte auf Bildungsqualität zeitigen. Nicht von ungefähr werden heute im allgemeinbildenden Schulsystem zunehmend Bildungsstandards und zentrale Vergleichsarbeiten wieder eingeführt. Die Außensicht auf Bildungsprozesse durch externe Prüfungen hat durchaus negative Begleiterscheinungen (wie eine stärkere Rigidität der Prozesse und Inhalte bei weitgehend ungeklärten Ursachen von Leistungsunterschieden), aber eben auch den großen Vorteil, dass die Beteiligten gezwungen werden, Ziele, Bedingungen und Ergebnisse ihres Bildungsangebotes sich und anderen gegenüber zu rechtfertigen. Wenn es dazu käme, dass Teilnehmerinnen und Teilnehmer aller Ausbildungsgänge (nicht nur der betrieblichen Ausbildung) regelmäßig extern und nach allgemein gültigen Maßstäben geprüft würden, so stünden damit auch zusätzliche Kennzahlen für das Controlling von Bildungsmaßnahmen zur Verfügung.

3. Die Ausdifferenzierung beruflicher Bildungsangebote kann mit Hilfe des EQF aktiv gestaltet und für die betroffenen Jugendlichen produktiv gemacht werden.

Schon heute ist die berufliche Bildung keineswegs der monolithische Block, den der Begriff "duales System" suggeriert. Die Zahl der neu abgeschlossenen Ausbildungsverträge war 2005 so niedrig wie noch nie im wiedervereinigten Deutschland. Laut Statistik des BIBB (www.bibb.de/de/1905.htm vom 7.3.06) registrierten die für die Berufsausbildung zuständigen Stellen 550.180 neue Ausbildungsverträge, das sind 22.800 oder fast 4 % weniger als im Vorjahr. Mündeten 1992 noch 77 von hundert Abgängern allgemeinbildender Schulen in das duale System ein, so sind es 2005 bloß noch 58 (ebda.).

Von 929.806 Absolventinnen und Absolventen allgemeinbildender Schulen traten 2003 nur noch 497.243 in ein betriebliches Ausbildungsverhältnis ein. Die Zahl der Jugendlichen, die eine berufliche Schule besuchen, stieg seit 1994 kontinuierlich an. Bis zum Jahr 2003 erhöhte sie sich um 64 % (Bundesministerium für Bildung und Forschung (2005b)). Der Anteil der Berufsfachschulen, die zu einem berufsqualifizierenden Abschluss führen, verdoppelte sich seit 1994 — eine Entwicklung, der auch die Reform des Berufsbildungsgesetzes im Mai 2005 insofern Rechnung trug, als es die Zulassung dieser Absolventinnen und Absolventen zu den Kammerprüfungen erleichtert.

Von den Ausbildungsverträgen, die im dualen System abgeschlossen werden, wird rund ein Fünftel vorzeitig wieder gelöst (Bundesministerium für Bildung und Forschung (2005b)). Die hiervon betroffenen Jugendlichen können die während der abgebrochenen Ausbildung erworbenen Teilqualifikationen meist weder bei einem Wechsel des Ausbildungsberufs, noch auf dem Arbeitsmarkt formal verwerten. Bedenkt man gleichzeitig, dass im Jahr 2003 rund 379.000 Schülerinnen und Schüler an einem beruflichen Bildungsgang teilnahmen, der — wie das BVJ oder das BGJ — nicht zu einem beruflichen Abschluss führt, so erscheint die Vorstellung, das duale System böte in seiner aktuellen Verfasstheit "allen" Jugendlichen eine umfassende berufliche Bildung, nahezu zynisch.

Stattdessen ist eine große Zahl von Jugendlichen in Bildungsgängen untergebracht, die ihnen — für alle Beteiligten erkennbar — kaum mehr zu bieten vermögen, als die vage Hoffnung, es nach Abschluss der Maßnahme noch einmal versuchen zu dürfen. Überwinden sie auch dann die Schwelle in die betriebliche Ausbildung nicht und werden sie auf allgemein bildenden Schulen nicht weiter beschult, so sinken ihre Aussichten, je eine gesicherte Position im ersten Arbeitsmarkt zu erhalten, noch weiter. Nach wie vor ist der berufliche Ersteinstieg in Deutschland einer der wichtigsten Prädiktoren für

Karriereverläufe. In einem System, in dem $3\frac{1}{2}$ -jährige Erstausbildungen zu einer Art Mindestqualifikation geworden sind, hat dies für alle jene, die in ihrer Jugend diese Hürde nicht überwunden haben, desaströse Folgen.

Natürlich entstehen durch neue Formen beruflicher Zertifikate keine zusätzlichen Arbeitsplätze. Und aus meiner Sicht sind auch Befürchtungen, die Zertifizierung von Qualifikationen unterhalb der Facharbeiterebene könne sich negativ auf die Marktbedingungen für Inhaber einer solchen Qualifikation auswirken, teilweise nachvollziehbar. Doch angesichts der sehr großen Zahl der jungen Menschen ohne betriebliche Ausbildungsmöglichkeiten darf die Forderung nach Erhalt des dualen Systems nicht zu einer Politik der sozialen Schließung werden. Wenn Personen, die wegen eines Ausbildungsabbruchs oder weil sie keinen Ausbildungsplatz erhalten haben, die Möglichkeit geboten werden kann, sich im Laufe des lebenslangen Lernens in berufsfachliche Teilarbeitsmärkte vorzuarbeiten, dann spricht m.E. vieles dafür, diese Möglichkeit sehr ernsthaft zu prüfen.

Abteilung Bildung und Qualifizierung. *Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB)*, 2005.

Bjornavold, Jens. *Lernen sichtbar machen*. Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft, 2001.

Blötz, Ulrich; Hanf, Georg; Le Moullour, Isabelle; Metin, Gisela; Mucke, Kerstin; Rein, Volker und Reymers, Margret. *Fachlicher Prüfbericht zu den Grundbegriffen und Deskriptoren des Entwurfs für einen Europäischen Qualifikationsrahmen*. Bonn, 2005.

Bundesministerium für Bildung und Forschung. *Berufsbildungsbericht 2005*. Bonn, 2005.

Bundesministerium für Bildung und Forschung. *Erste deutsche Stellungnahme zu einem europäischen Qualifikationsrahmen*. Berlin, 2005a.

Descy, Pascaline und Tessaring, Manfred. "Zertifizierungssysteme, Bewertung und Anerkennung von Kompetenzen," in Pascaline Descy and Manfred Tessaring, eds., *Kompetent für die Zukunft — Ausbildung und Lernen in Europa*. Luxemburg: UNO Verlag, 2002, pp. 89–101.

Deutsches Institut für Erwachsenenbildung; Deutsches Institut für Internationale Pädagogische Forschung; Institut für Entwicklungsplanung und Strukturforschung. *Kurzfassung der Machbarkeitsstudie des BLK-Verbundprojektes "Weiterbildungspass mit Zertifizierung informellen Lernens"*, 2004.

Drexel, Ingrid. *Das duale System und Europa*. Berlin / Frankfurt, 2005.

Europäische Kommission. European Qualifications Framework. Proposal, http://ec.europa.eu/education/policies/educ/eqf/index_en.html vom 26.09.2006.

Europäische Kommission. *Kommuniqué von Maastricht*. Maastricht, 2004.

Europäische Kommission. *The Copenhagen Declaration*. Kopenhagen, 2002.

Hauptausschuss des Bundesinstituts für berufliche Bildung. *Stellungnahme des Hauptausschusses des Bundesinstituts für berufliche Bildung gegenüber der Bundesregierung zum Europäischen Qualifikationsrahmen (EQF)*, 2005.

IG Metall; Verdi (Wissenschaftlicher Beraterkreis). *Bildung ist keine Ware*. Frankfurt, 2006.

Käplinger, Bernd. *Anerkennung von Kompetenzen: Definitionen, Kontexte und Praxiserfahrungen in Europa*, 2002.

Nuissl, Ekkehard. "Leistungsnachweise in der Weiterbildung." *Report*, 2003, 26 (4), pp. 9 – 24.

Rauner, Felix und Grollmann, Philipp. "Einheitlicher Qualifikationsrahmen im Brügge/ Kopenhagen-Prozess zwischen Schulabschluss und Kompetenz." *Die berufsbildende Schule*, 2004, 56 (7 – 8), pp. 159 –165.

Rauner, Felix. *Berufsbildung auf dem Weg nach Europa*. Bürgerhaus Frankfurt Griesheim, 2005.

Severing, Eckart. "Warum europäische Standards in der Berufsbildung?" *Berufsbildung*, 2005, (96), pp. 18 –19.

Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft. *Stellungnahme der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft zur Arbeitsunterlage der EU-Kommission "Auf dem Weg zu einem europäischen Qualifikationsrahmen für Lebenslanges Lernen"*., 2005.

Young, Michael. *National Qualification Frameworks*. London, 2005.

Ordnung wissenschaftlicher Weiterbildung: "Mittlere Systematisierung" im Spannungsfeld zwischen Hochschule und Weiterbildung

von Peter Faulstich

Auf die Frage, wohin sich die Ordnung wissenschaftlicher Weiterbildung in der Bundesrepublik Deutschland entwickeln wird, gibt es selbstverständlich keine abschließende Antwort. Hintergrund dafür ist, dass sich eine Vielzahl divergierender Trends und gegenläufiger Prozesse überlagern und so die Gesamtentwicklung ins Schwingen bringen. Resultat ist eine zunehmende Instabilität sowohl des Systems der Weiterbildung als auch der Hochschule.

Wissenschaftliche Weiterbildung, wenn man sie unter institutionellen Aspekten betrachtet, umfasst genau das Überschneidungsfeld zwischen diesen beiden Partialsystemen: der Hochschule und der Weiterbildung. Sie stellen zwei sehr unterschiedliche Ausprägungen von Lernsystemen mit deutlich differenzierten Profilen dar. Beide sind sowohl unterschiedlichen als auch gemeinsamen Impulsen unterworfen, welche erhebliche Veränderungstendenzen erzeugen.

Nach Gesetzeslage ist wissenschaftliche Weiterbildung Kernaufgabe der Hochschulen in Deutschland (Graessner 2006a). Nichtsdestoweniger ist die rechtliche Situation kompliziert und nach wie vor kontrovers. Es käme darauf an, mehr Ordnung in die curriculare und institutionelle Struktur zu bringen. Das Hochschulrahmengesetz war immerhin ein Schritt in diese Richtung.

Bernhard Nagel hatte in einem Kommentar zum Hochschulrahmengesetz (In: Denninger 1984) zum — bereits 1998 weggefallenen — Paragraphen 21 "Weiterbildendes Studium" erläutert: "Satz 1 regelt als Sollvorschrift die allgemeine Verpflichtung der Hochschule zur Entwicklung und zum Angebot von Weiterbildungsmaßnahmen" (ebd. 239–240). Nagel kennzeichnet eine "Trias der Weiterbildungsbereiche", die sowohl berufliche Aspekte (Fortbildung und Umschulung) als auch politische, allgemeine und fachliche Bildung, die nicht primär an berufliche Verwertungsinteressen anknüpft, umfasst: dem weiterbildenden Studium zu dienen, sich an Veranstaltungen der Weiterbildung zu beteiligen und die Weiterbildung ihres Personals zu fördern. In diesem Spektrum bewegen sich die Weiterbildungsinitiativen der Hochschulaktivitäten. Dies war z. B. auch kennzeichnend für die Arbeitsfelder der "Kontaktstelle für wissenschaftliche Weiterbildung" an der Gesamthochschule Kassel – Universität, deren Leiter ich von 1978 bis 1995 war. In dieser Zeit haben wir oft über Weiterbildungsfragen als Hochschulaufgaben diskutiert.

Allerdings ist die Wirklichkeit der "Wissenschaftlichen Weiterbildung" durch Hochschulen dem juristischen Postulat nur langsam gefolgt. Nichtsdestoweniger hat im Gegensatz zu der verbreiteten Unterstellung einer geringen Weiterbildungsbeteiligung dieses Aktivitätsspektrum an Hochschulen bereits erhebliches Gewicht gewonnen: im "Hochschulkompass" der Hochschulrektorenkonferenz findet man über 1.500 Einträge in der Rubrik "Weiterführende Studienangebote". (Im Vergleich dazu sind etwa 9.000 grundständige Studienmöglichkeiten verzeichnet.) Es werden außerdem mehr als 300

Weiterbildungsinstitutionen im Hochschulkontext ausgewiesen. Eine Recherche der "Deutschen Gesellschaft für wissenschaftliche Weiterbildung und Fernstudium" (DG-WF) schätzt die jährlichen Teilnahmefälle auf fast 100.000. Zusätzlich weist die Gasthörerstatistik der Hochschulen etwa 40.000 Teilnehmende aus. Die tatsächliche Gesamtzahl dürfte noch wesentlich höher sein (Bade-Becker u. a. 2004).

Es ist allerdings nur schwer möglich, die Angebots- wie die Teilnahmestruktur empirisch zu beschreiben, weil auf beiden Seiten — Hochschule und Weiterbildung — hinreichende Statistiken fehlen. Auch im Bildungsbericht für Deutschland wird wissenschaftliche Weiterbildung zwar erwähnt, aber zahlenmäßig nicht erfasst. Insofern sind wir bezogen auf die Frage nach der Perspektive darauf angewiesen, Schätzungen und Hochrechnungen vorzunehmen. Allerdings gibt es dafür einige Anhaltspunkte, die in unseren Erhebungen belegbar sind: Zum einen gibt es neben dem "Berichtssystem Weiterbildung" in unseren Länderstudien für Hessen einige Hinweise über Entwicklungstendenzen (Faulstich/Teichler 1992; Faulstich/Gnabs 2006). Zum anderen haben wir auch mehrere Wellen von Erhebungen bezogen auf die wissenschaftliche Weiterbildung selbst durchgeführt (Graessner/Lischka 1996; Bade-Becker/Faulstich/Graessner 2004). Die Länderstudie für Deutschland schließt daran an (Faulstich u. a. 2006).

Um die sich abzeichnenden Tendenzen begrifflich zu fassen, haben Ulrich Teichler und ich (Faulstich/Teichler 1992) das Theorem der "mittleren Systematisierung" (M.S.) entworfen. Dies kann zum einen dazu dienen, vorhandene Entwicklungslinien und die Besonderheit des Weiterbildungsbereichs zu erfassen. Gemeint ist: Weiterbildung ist im Unterschied zu anderen Lernsystemen wenig strukturiert und bezogen auf die verschiedenen Aspekte von Lernsystemen "weich". Zum anderen ist die durch "mittlere Systematisierung" gekennzeichnete Zwischenlage entwicklungsoffen. Das "M.S.-Theorem" kann benutzt werden, um die Perspektiven wissenschaftlicher Weiterbildung zu klären.

1. Aspekte von Lernsystemen

Wenn man die Entwicklung gesellschaftlicher Organisationen des Lernens langfristig betrachtet, kann man feststellen, dass sich eine Tendenz zur Herausverlagerung von Lernaktivitäten aus anderen gesellschaftlichen Zusammenhängen wie Familien- oder Arbeitssituationen abzeichnet. Diese Besonderung von Lernaktivitäten führt dann zur Herausbildung eigenständiger Partialsysteme für Lernfunktionen. Dies gilt für unterschiedliche Teilbereiche in verschiedenem Maße. Hochschulen waren die ersten Institutionen, welche gesondert institutionalisiert und reguliert worden sind. Das Wappen der Universität Bologna, welche sich selbst als die älteste Universität bezeichnet, trägt die Jahreszahl 1088.

Demgegenüber ist die Weiterbildung ein Spätentwickler im Bildungsbereich. Selbst wenn man frühe Aktivitäten des Bürgertums in den Lesegesellschaften des 18. Jahrhunderts oder der Arbeiterbildung Mitte des 19. Jahrhunderts einbezieht, hat Weiterbildung eine kurze Geschichte. Zu einem über das Okkasionelle hinausgehenden, relativ stabilen Aktivitätsspektrum ist Weiterbildung eigentlich erst mit der Gründung der Volkshochschulen nach 1919 bzw. ihrer Expansion nach 1965 geworden.

Aspekte "mittlerer Systematisierung"

- Regulierung
- Institutionalisierung
- Curricularisierung
- Zertifizierung
- Professionalisierung
- Finanzierung

Betrachtet man aus dieser Perspektive die Ausprägungen der verschiedenen Merkmalsaspekte von Lernsystemen, gibt es sehr unterschiedliche Grade von "Härte" bzw. "Weichheit". Dies bezieht sich auf die Steuerungs- und Regulationsmuster, die Formen und Vielzahl der Institutionalisierung, die Festgelegtheit durch Curricularisierung, die Abschlüsse in Zertifizierungen, den Stellenwert des Personals und seiner Professionalisierung, sowie die unterschiedlichen Formen der Ressourcenerbringung besonders der Finanzierung.

2. Kontrastierender Vergleich zwischen Hochschule und Weiterbildung

Vergleicht man in dieser Systematik die einzelnen Ausprägungen der beiden Lernsysteme Hochschule und Weiterbildung gemessen am M.S.-Theorem, kann man poiniert Kontraste gegenüber stellen. Im traditionellen Verständnis waren Adressaten der Hochschulen "Jugendliche" — nicht Erwachsene insofern sie über ihre eigene Reproduktion nicht verfügten. Z. B. lehnte der Senat der Berliner Universität 1897 eine Eingabe bekannter Dozenten wie Delbrück, Dilthey, Harnack, Paulsen, Schmoller u. a. zur Einrichtung "volkstümlicher Hochschulkurse" mit der Begründung ab, dass die Universität auf den Unterricht gehörig vorbereiteter Jünglinge zum Zwecke des Eintritt in den höheren Staats- und Kirchendienst beschränkt sei (Faulstich 1982, 49). Der Zugang zur Hochschule ist nach wie vor hoch selektiv und jedenfalls bei der Planung geht es um Vollzeitangebote. Es werden langfristige als Studiengang organisierte Lernangebote gemacht, welche von der Institution selbst getragen werden. Die Inhalte sind disziplinorientiert und es geht um Präsenz in den Veranstaltungen. Die Abschlussbescheinigungen bestehen in großen Diplomen. Das Personal besteht aus beamteten Personen. Die Leitungen werden quasi "ehrenamtlich" durch gewählte Mitglieder des Lehrkörpers durchgeführt. Die Finanzierung der Hochschulen ist nach wie vor auf Steuern basiert und insofern abhängig von der Regulation durch den Staat.

Kontrastiv dazu geht es bei den Adressaten der Weiterbildung um Erwachsene und der Zugang zu den Angeboten, die meistens in Teilzeit stattfinden, ist weitgehend offen. Es werden kleinere Programme bzw. einzelne Kurse durchgeführt, die an einer Vielfalt von Lernorten stattfinden. Die Inhalte beziehen sich — im optimalen Fall — auf Probleme der Teilnehmenden. Es werden eine Vielfalt von Medien flexibel eingesetzt. Als Abschluss werden — wenn überhaupt — kleine Zertifikate verliehen. Die Personalsituation in der Weiterbildung ist gekennzeichnet durch nebenberufliche bzw. freiberufliche Dozenten. Demgegenüber sind die planenden und leitenden Funktionen hauptberuflich besetzt. Immer schon gab es in der Weiterbildung einen Finanzmix aus Gebühren, Zuschüssen und Steuern. Insofern ist die ökonomische Kennzeichnung von Weiterbildung ein "gemischtwirtschaftliches System".

Lernsysteme: Vergleich Hochschule Weiterbildung

	Hochschule	Weiterbildung
Adressaten	Jugendliche	Erwachsene
Zugang	Auslese	Offenheit
Zeitstruktur	Vollzeit	Teilzeit
Aufbau	Studiengang	Programme/Kurse
Lernort	Institution	Vielfalt
Inhalte	disziplinorientiert	problemorientiert
Methoden	Präsenzstudium	Medienkombination
Bescheinigungen	Diplome	(Zertifikate)
Personal	Professoren	Dozenten
Leitung	Kollegien/Präs.	Hauptberuflich
Finanzen	Steuern	Finanzmix
Regulation	Staat	Gemischtwirtschaft

Diese Differenzkonstellation verschiebt sich. Die Kontraste werden weicher. Die Grade von M.S. werden in der Hochschule niedriger, in der Weiterbildung höher.

3. Tendenzen in der Weiterbildung

Für die Weiterbildung ist es wegen fehlender Datengrundlage besonders schwierig, einen Überblick über anstehende Entwicklungen zu bekommen. Im "Weiterbildungsbericht Hessen" für 2005 haben wir versucht, dies knapp zusammenzufassen (Faulstich/Gnahs 2005). Es überlagern sich drei Haupttrends: eine Veränderung der Angebotsstruktur, der Personalentwicklung und eine Verschiebung in der Profession. Entsprechend gibt es drei Reaktionsweisen: Versuche höhere Effizienz der Programme durch Kurzfristigkeit zu erreichen, eine stärkere Technisierung und immer ausfeilte Marketingstrategien. Wenn man die generellen Tendenzen der Weiterbildungsentwicklung zusammenfasst, kann man von einer Entstaatlichung, einer Kommerzialisierung, einer Diversifizierung und einer Ökonomisierung sprechen. Gleichzeitig hat aber der Umfang des Weiterbildungsbereichs ein Niveau erreicht, wo mittlerweile stärkere Strukturen greifen z. B.. bezogen auf Qualität und auch bezogen auf Zertifikate.

Generelle Tendenzen der Weiterbildungsentwicklung

- *Entstaatlichung:* Angesichts der Finanzkrise des Staates und gleichzeitig anschwellender Bürokratiekritik gibt es einen Rückzug aus der Verantwortung für die Gestaltung des Weiterbildungsbereichs.
- *Kommerzialisierung:* An die Stelle einer Finanzierung über Zuschüsse tritt zunehmend die Vermarktung von Programmen und Kursen. Dies verschiebt das Angebotsspektrum auf Marktängigkeit und orientiert sich an kaufkräftiger Nachfrage.
- *Diversifizierung:* Die Konzentration auf die öffentlichen Träger der Weiterbildung, d. h. vor allem die Volkshochschulen löst sich auf. Sie werden zu einer Institution unter anderen in einem breiten Spektrum von Anbietern. Öffentliche Mittel fließen an eine Vielfalt von Trägern, die partiellen Interessen dienen.

- **Ökonomisierung:** Weiterbildung wird den Regulationsmechanismen des dominanten neoliberalen Denkens unterworfen. Sowohl die Systemregulation über den Markt, als auch die resultierende interne Verbetriebswirtschaftlichung leugnen politische Gestaltungsmöglichkeiten.

4. Tendenzen in der Hochschule

Die Debatten in der Hochschule werden beherrscht durch den Bolognaprozess und die Exzellenzinitiative. Gleichzeitig laufen vielfältige, unterschiedliche und gleichzeitig divergierende Einflüsse, welche über die Hochschulen herziehen und vielfältige personelle und institutionelle Verunsicherungen erzeugen. Als Haupttendenzen können wir die Bolognarisierung, die Vermarktlichung und die Managementisierung unterscheiden. Bei der Reorganisation der Studiengänge in BA-/MA-Strukturen sind Hauptmerkmale die Modularisierung und die Stufung. Ein wichtiger Punkt für die Schaffung eines europäischen Hochschulraumes ist die damit einhergehende Vermarktlichung. Die Hoffnung auf Einnahmen durch Gebühren bzw. Entgelte ist hier ein wichtiger Impuls. Dabei ist generell zu konstatieren, dass eine Kommerzialisierung ansteht. Daraus folgt auch eine verstärkte relative Autonomisierung von Teileinheiten. Die Fachbereich bzw. Fakultäten erhalten eine stärkere Rolle. Die Hochschule als ganze wird institutional relativiert und zu einer "Multiversity" mit zum Teil eigenständigen "schools". In diesen agieren die internen Partialsysteme auf eigene Rechnung.

Die relativ autonomen Teileinheiten werden geführt nach Prinzipien des "new public management". Die Führung und Leitung wird übertragen aus den Kollegialorganen von Wissenschaft hin zu leitenden Managern. Diese können als Präsidenten oder Dekane zunehmend weitreichendere Entscheidungen treffen. Dies bezieht sich auf die Finanzen, wo durch die Globalhaushalte entsprechend vergrößerte Entscheidungsspielräume entstanden sind. Gleichzeitig betrifft es auch das Personal, wo durch eigenständige Stellenbewirtschaftung Möglichkeiten einer Verschiebung und Variation im Verhältnis von Stammpersonal und Randpersonal möglich wird.

Generelle Tendenzen der Hochschulentwicklung

Haupttrends	Untertrends
Bolognarisierung	Modularisierung BA-MA-Strukturen Akkreditierung Dezentralisierung
Vermarktlichung	Kommerzialisierung
Managementisierung	Leitungsstrukturen Finanzautonomisierung Personalautonomisierung

5. Auf dem Weg zu einem einheitlichen und gleichzeitig differenzierten Lernsystem "Lebenslangen Lernens"?

Wenn man die verschiedenen Haupt- und Untertrends in den Bereichen der Hochschule und der Weiterbildung überblickt, drängt sich das Bild überlagernder Schwingun-

gen auf, welche zu riskanten Konstellationen führen. Durch den Bolognaprozess ist vieles in Bewegung gekommen und es sind Offenheiten erzeugt worden. Die Grenzen der bisher relativ lose gekoppelten Institutionen verschieben sich und die Durchlässigkeit wird erhöht. Wissenschaftliche Weiterbildung steht dabei im Zentrum dieses Prozesses. Die Trennung zwischen Erstausbildung und Weiterbildung wird zunehmend fraglich. Spätestens im Zusammenhang mit der Diskussion um die "Master-Programme" ist eine klare Differenz kaum noch systematisch begründbar.

Bezogen auf das Theorem der "mittleren Systematisierung" könnte eine Entwicklung in Gang gekommen sein, in welcher die Hochschulen "weicher" und die Weiterbildung "härter" werden. Der geringe Grad der Systematisierung, der in der Weiterbildung üblich war, holt die Hochschulen ein.

Lernsysteme: Tendenzen Hochschule Weiterbildung

Adressaten	Individualisierung
Zugang	Selektierung
Zeitstruktur	Modularisierung
Aufbau	Bolognarisierung/Lissabonisierung
Lernort	Entgrenzung
Inhalte	Bachelorisierung
Methoden	Medialisierung
Bescheinigungen	Zertifizierung/ECTS/EQF
Personal	Verselbständigung
Leitung	Managementisierung
Finanzen	Kommerzialisierung
Regulation	Vermarktlichung

Allerdings geht es insgesamt um eine "mittlere Systematisierung" der anderen Art. Die ordnungspolitischen Grundsatzdebatten können kaum noch in der Alternative Markt vs. Staat geführt werden. Als neuer Regulationsmechanismus hat sich eine quasi-öffentliche Kontrollform etabliert: die Akkreditierungsagenturen operieren privatwirtschaftlich im öffentlichen Auftrag.

Es zeichnet sich eine Tendenz ab, bei der eine Individualisierung sowohl der institutionellen Profile als auch der Lernwege erfolgt. Dies ist bezogen auf das Verhältnis von Bildungs- und Beschäftigungssystemen durchaus riskant, weil die durch vereinheitlichende Zertifikate gegebene Verlässlichkeit der unterstellten Kompetenzen fraglich wird. Eine entstehende Diffusität auf den Arbeitsmärkten ist aber langfristig weder im Interesse der Absolventen noch der Rekrutierer. Insofern ist es auch möglich, dass nach einer entstehenden Diffusität mittel- und langfristig sich eine wieder neu bestimmte Systematik verstärkt (Szenarien bei Graessner 2006b).

Allerdings gehen gravierende Impulse in die falsche Richtung: Die Föderalismusreform bedeutet einen Paradigmenwechsel in der Bildungs- und Hochschulpolitik. Gesetzgebungskompetenzen des Bundes gehen auf die Länder über, die die alleinige Zuständigkeit in zentralen Regelungsbereichen erhalten. Vom Hochschulrahmengesetz bleibt dem Bund nur noch das Recht, Zugang und Abschlüsse zu regeln. Wichtige Gemeinschaftsaufgaben wie der Ausbau und Neubau von Hochschulen sollen nach einer Übergangszeit zukünftig von den Ländern in Eigenverantwortung geleistet werden. Die Föderalismusreform setzt dem gemeinschaftlichen Innovationsprogramm ein Ende. Der Bund zieht sich aus der gemeinsamen Förderung weitgehend zurück.

Für die wissenschaftliche Weiterbildung ist der Wegfall der Modellversuchsprogramme mit dramatischen negativen Konsequenzen verbunden. Zahlreiche Aktivitäten in diesem Bereich sind auf Impulse durch Modellversuche entstanden: der Aufbau der "Kontaktstellen für wissenschaftliche Weiterbildung" in den 1970 Jahren verdankt sich dieser Förderung; die meisten Weiterbildenden Studiengänge sind dadurch angestoßen worden; das letzte Modellversuchsprogramm der "Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Forschungsförderung" hat zahlreiche Vernetzungen erzeugt und Informationssysteme aufgebaut. Wenn dies nun entfällt, wird das Innovationspotential wissenschaftlicher Weiterbildung beschränkt. Angesichts der Diagnose einer riskanten Flexibilität bezogen auf den Grad "Mittlerer Systematisierung" und den Tendenzen der Bolognarisierung, Vermarktlichung und Managementisierung gerät die "wissenschaftliche Weiterbildung" wieder einmal in eine prekäre Situation. Hilfreich waren dagegen die von Bernhard Nagel kommentierte Soll-Vorschrift des § 21 Hochschulrahmengesetz und die 1998 im Hochschulrahmengesetz gestellte Aufgabe: "Die Hochschulen dienen entsprechend ihrer Aufgabenstellung der Pflege und der Entwicklung der Wissenschaften und der Künste durch Forschung, Lehre, Studium und Weiterbildung in einem freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat".

Literatur

Bade-Becker, U./Faulstich, P./Graessner, G.: Bestandsaufnahme wissenschaftlicher Weiterbildung an Hochschulen. In: Hochschule und Weiterbildung (2004) H.1, 117–125.

Deutsche Gesellschaft für wissenschaftliche Weiterbildung und Fernstudium (DGWF): Perspektiven wissenschaftlicher Weiterbildung aus Sicht der Einrichtungen an Hochschulen. Hamburg 2005.

Faulstich, P.: Erwachsenenbildung und Hochschule. München 1982.

Faulstich, P./Gnabs, D.: Weiterbildungsbericht Hessen. Frankfurt/M. 2005.
(http://weiter.bildung.hessen.de/laku/laku_material/wb_bericht_hessen_2005.pdf).

Faulstich, Peter/ Gernot Graessner: Studiengänge Weiterbildung in Deutschland. Grundständige Studiengänge und weiterführende Studienangebote für professionelle Lernvermittler an Hochschulen in Deutschland, Bielefeld 2003 (Sonderbeilage zum REPORT).

Faulstich, Peter u. a.: Länderstudie Deutschland. Oldenburg, 2006.

Faulstich, P./Graessner, G./Tippelt, R.: Wissenschaftliche Weiterbildung als bildungswissenschaftliche Aufgabe. In: Datenreport Erziehungswissenschaft. Opladen 2004.

Faulstich, P./Teichler, U./Bojanowski, A./Döring, O.: Bestand und Perspektiven der Weiterbildung. Weinheim 1991.

Graessner, G.: Wissenschaftliche Weiterbildung. In: Praxishandbuch Weiterbildungsrecht Neuwied 2004 10.0 (Stand Juni 2006)a.

Graessner, G.: Wissenschaftliche Weiterbildung — Aspekte, Megatrends, Szenarien. In: Ludwig, J./Zeuner, Chr. (Hrsg.): Erwachsenenbildung 1990–2022. Weinheim 2006b, 133–148.

Graessner G./Lischka I, (Hrsg.): Weiterbildung an Hochschulen in Deutschland — Ergebnisse einer Gesamterhebung, AUE–Beiträge 33, Bielefeld 1995.

Nagel, B.: Weiterbildendes Studium. In: Denninger, E. (Hrsg.): Hochschulrahmenge-setz. München 1984, 239–250.

Europabezüge und Europaneigungen im deutschen Berufsbildungsrecht

von Andreas Hänlein

I. Einleitung¹

Berufsbildungspolitik entwickelt seit einigen Jahren auf europäischer Ebene eine Dynamik, die in der deutschen Öffentlichkeit kaum zur Kenntnis genommen wird. Den rechtlichen Rahmen einer europäischen Berufsbildungspolitik stellt Art. 150 EG bereit, der auf den Vertrag von Maastricht zurückgeht.² Diese Vorschrift ermächtigt die Gemeinschaft zu einer "Politik der beruflichen Bildung", die die Politik der Mitgliedstaaten "unterstützt und ergänzt" (Abs. 1). Die Ziele dieser europäischen Bildungspolitik sind einerseits weit gesteckt, andererseits gibt es allerlei Schutzklauseln, die die bildungspolitischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten schützen sollen.

Die berufsbildungspolitischen Ziele, die der EG-Vertrag nennt, lassen sich teilweise unter dem Aspekt der Förderung der Mobilität zwischen den Mitgliedstaaten zusammenfassen, insbesondere wenn es um die Förderung der Mobilität der in beruflicher Bildung befindlichen Personen geht (Abs. 2 3. Spiegelstrich). Teilweise werden aber auch allgemeine berufsbildungspolitische Ziele formuliert, die mit der Mobilität der Arbeitskräfte nur wenig zu tun haben, etwa die Erleichterung der Anpassung an die industriellen Wandlungsprozesse (Abs. 2 1. Spiegelstrich).

Auf den Schutz der bildungspolitischen Kompetenzen der Mitgliedstaaten zielen verschiedene Instrumente: es gibt ein Respektierungsgebot hinsichtlich der Verantwortung der Mitgliedstaaten (Abs. 2), es findet sich ein Harmonisierungsverbot (Abs. 4), und daneben sind noch der allgemeine Subsidiaritätsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 EG) sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EG) zu beachten. Diese Kautelen ziehen der europäischen Ebene umso engere Grenzen, je weniger grenzüberschreitenden Bezug eine europäische Maßnahme hätte³. Dementsprechend kann die europäische Berufsbildungspolitik, die sich keineswegs auf grenzüberschreitende Themen beschränkt, weithin nur koordinierenden Charakter haben.

Im folgenden Beitrag soll zunächst grob skizziert werden, in welchen Schritten sich europäische Berufsbildungspolitik unter den dargestellten "verfassungsrechtlichen" Ausgangsbedingungen entwickelt hat. Sodann soll gezeigt werden, dass sich das deutsche Berufsbildungsrecht ausweislich einer ganzen Reihe von Regelungen schon jetzt offen oder auch kaum merklich in die Richtung der sich abzeichnenden europäischen Politik entwickelt hat.

¹ Anregungen und Kritik verdanke ich meiner Kollegin Ute Clement.

² Damals als Art. 127 EGV; dazu Shaw, From the Margins to the Centre: Education and Training Law and Policy, in: Craig/de Burca, The Evolution of EU Law, Oxford, 1999, S. 556 (572ff.); die Umnummerierung beruht auf dem Vertrag von Amsterdam.

³ Ähnlich Classen in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Band 3 2003, Art. 150, Rz. 13.

Der Anlass dieser berufsbildungsrechtlichen Darstellung ist das intensive Interesse, das Bernhard Nagel für bildungsrechtliche, insbesondere auch für berufsbildungsrechtliche Fragen aufgebracht hat⁴. So gehört er dem wissenschaftlichen Beraterkreis der Gewerkschaften IG Metall und ver.di an, der kürzlich eine "Streitschrift zur beruflichen Bildung" vorgelegt hat, deren Fragestellungen mit diesem Beitrag aufgegriffen werden sollen⁵.

II. Zur Entwicklung einer europäischen Berufsbildungspolitik seit "Lissabon"

Als Ausgangspunkt der aktuellen Entwicklung erscheint in vielen einschlägigen Dokumenten die Lissabonstrategie, die im März 2000 vom Europäischen Rat in Lissabon beschlossen wurde. In den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Lissabon wurde das strategische Ziel formuliert, die EU bis 2010 "zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu machen".⁶ Das in dieser Zielformulierung enthaltene bildungspolitische Element ("Wissensbasierung") wurde in den folgenden Jahren in verschiedenen Beschlüssen auf europäischer Ebene konkretisiert, u.a. in Bezug auf die berufliche Bildung. Auch in der Bildungspolitik ist die Vorgehensweise einer "neuen Methode der offenen Koordinierung" verpflichtet, die im Rahmen der "Lissabon–Strategie" für alle dort angesprochenen Politikbereiche ins Auge gefasst wurde⁷. So rief der Europäische Rat von Barcelona im März 2002 zur Einführung von Instrumenten auf, die die Transparenz von Diplomen und Qualifikationen gewährleisten, und zwar einschließlich solcher Maßnahmen, die dem Bologna-Prozess ähneln, jedoch an den Bereich der beruflichen Bildung angepasst sind⁸.

Im November nahm der Rat "Bildung, Jugend und Kultur", also der Rat der zuständigen Fachminister, eine Entschließung zur Förderung einer verstärkten europäischen Zusammenarbeit bei der beruflichen Bildung an⁹. Bei einer Tagung in Kopenhagen, zwei Wochen danach, wurde diese Ratsentschließung von den Fachministern der Mitgliedstaaten der Union, der EWR-Staaten und der Kandidatenländer, außerdem von der Kommission und den Europäischen Sozialpartnern ausdrücklich in Form der

⁴ Vgl. etwa Nagel, Das Rechtssystem in der Weiterbildung, in: Krug/Nuissl (Hrsg.), Praxishandbuch WeiterbildungsRecht, Loseblatt Grundwerk 2004, Abschnitt 1.0. S. 1 – 81.

⁵ Wissenschaftlicher Beraterkreis der Gewerkschaften IG Metall und ver.di, Bildung ist keine Ware. Wie wir morgen arbeiten, leben und lernen wollen. Eine Streitschrift zur beruflichen Bildung, 2006; vgl. auch die Beiträge von Bernhard Nagel zu dieser Streitschrift in der Langfassung: Nagel, Gerechtigkeit und Solidarität, Langfassung S. 67 ff., und Nagel/Jaich: Umlagefonds als zentrale Finanzierungsinstrumente für die Aus- und Weiterbildung, Langfassung, S. 71 ff.; die Langfassung ist zu finden unter http://www.igmetall-wap.de/publicdownload/Bildung_ist_keine_Ware_Langfassung.pdf.

⁶ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24.3.2000, Nr. 5; vgl. auch die Analyse von Ennuschat, Europäische Impulse zur Entstaatlichung des Bildungswesens, WissR, 2003, 186, 192 ff.

⁷ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon, 23. und 24.3.2000, Nrn. 7 und 37 f.; für die Bildungspolitik findet sich dieses Konzept bereits in der Entschließung des Rates vom 17.12.1999 zur Entwicklung neuer Arbeitsweisen für die europäische Zusammenarbeit im Bereich der allgemeinen und beruflichen Bildung ("An der Schwelle zum neuen Jahrtausend"), ABl. EG C 8/6 vom 12.1.2000; näher Ennuschat, aaO (Fn. 4), S. 199 ff.

⁸ Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Barcelona, 15. und 16.3. 2002, Nr. 44.

⁹ Rat "Bildung, Jugend und Kultur", 12.11.2002, Entschließung vom 19.12.2002, ABl. C 13/02 vom 18.1.2003.

"Kopenhagen-Erklärung" unterstützt¹⁰. Dieses Dokument ist eine intergouvernementale politische Erklärung der Absicht, in Bezug auf die berufliche Bildung und Ausbildung ("vocational education and training") verstärkt freiwillig zusammenzuarbeiten, um gegenseitiges Vertrauen, Transparenz und Anerkennung von Kompetenzen und Qualifikationen zu befördern und so eine Basis für mehr Mobilität und einen verbesserten Zugang zum Lebenslangen Lernen zu schaffen¹¹.

Zwei Jahre später wurde die Kopenhagen-Erklärung bei einem ebensolchen Treffen fortgeschrieben. Das "Kommuniqué von Maastricht" vom Dezember 2004¹² definierte Prioritäten sowohl für die nationalen Reformpolitiken im Bereich der beruflichen Bildung wie auch für die europäische Ebene. Ein grundlegendes Element dieser Prioritätenlisten ist das Ziel, die Durchlässigkeit der Bildungs- und Ausbildungssysteme zu verbessern, um so zum reibungslosen und effizienten Funktionieren der europäischen, nationalen und sektoralen Arbeitsmärkte beizutragen; dabei soll auch die Verwertung informell erworbener Kompetenzen erleichtert werden¹³. Für die europäische Ebene werden in dem Kommuniqué sehr konkrete Maßnahmen befürwortet, insbesondere die "Entwicklung eines offenen und flexiblen Europäischen Qualifikationsrahmens" [EQF], der "als gemeinsamer Bezugsrahmen für die Anerkennung und Übertragbarkeit von Qualifikationen dienen, sowohl die berufliche als auch die allgemeine (Sekundar- und Hochschul-) Bildung abdecken und hauptsächlich auf Kompetenzen und Lernergebnissen aufbauen" (soll)¹⁴. Eine weitere Priorität wird der Entwicklung und Umsetzung des "Europäischen Anrechnungssystems für die Berufsbildung (European Credit Transfer System for VET; ECVET") eingeräumt. Dieses System soll Lernenden den Wechsel zwischen Lernsystemen erleichtern, indem es ihnen ermöglicht, bei einem solchen Wechsel auf erreichten Lernleistungen aufzubauen¹⁵.

Im März 2005 beauftragte der Europäische Rat die Kommission, einen Europäischen Qualifikationsrahmen zu entwickeln¹⁶. Elemente für ein solches Instrument hat die Kommission im Juli 2005 vorgelegt¹⁷. Auf dieser Grundlage wurde ein Konsultationsverfahren¹⁸ durchgeführt, nach dessen Abschluss die Kommission den Entwurf einer "Empfehlung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Einrichtung eines Europäischen Qualifikationsrahmens für lebenslanges Lernen" vorgelegt hat¹⁹.

¹⁰ "Declaration of the European Ministers of Vocational Education and Training, and the European Commission, convened in Copenhagen on 29 and 30 November 2002, on enhanced European cooperation in vocational education and training" (http://ec.europa.eu/education/copenhagen/copenhagen_declaration_en.pdf).

¹¹ Politisch und auch rechtlich ist diese Erklärung mit der für den Hochschulbereich so bedeutsamen Bologna-Erklärung zu vergleichen; zum Rechtscharakter der Bologna-Erklärung etwa Wex, Bachelor und Master. Die Grundlagen des neuen Studiensystems in Deutschland, 2005, S. 90.

¹² Kommuniqué von Maastricht zu den künftigen Prioritäten der verstärkten Europäischen Zusammenarbeit in der Berufsbildung vom 14.12.2004 (http://ec.europa.eu/education/news/ip/docs/maastricht_com_de.pdf).

¹³ Vgl. insbesondere Kommuniqué von Maastricht, Nationale Ebene, Priorität v (S. 3) und Europäische Ebene, Priorität ii (S. 4).

¹⁴ Kommuniqué von Maastricht, Europäische Ebene, Priorität ii (S. 4).

¹⁵ Kommuniqué von Maastricht, Europäische Ebene, Priorität iii (S. 4).

¹⁶ Europäischer Rat vom 22./23.3.2005, Brüssel, Ziff. 35

¹⁷ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen. Auf dem Weg zu einem Europäischen Qualifikationsrahmen für lebenslanges Lernen, vom 8.7.2005, SEK (2005) 957.

¹⁸ Dazu etwa Zedler, Berufliche Bildung in der Europäischen Union, BArBBl 5-2006, S. 12 (15 f.); Clement, Der Europäische Qualifikationsrahmen — mögliche Konsequenzen für Deutschland, in diesem Band.

¹⁹ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, "Vorschlag für eine Empfehlung des Europäischen

Mit der Entwicklung eines Leistungspunkte- und Anrechnungssystems für die berufliche Bildung befasst sich eine von der Kommission eingesetzte Arbeitsgruppe, die "Technische Arbeitsgruppe Anrechnung von Leistungspunkten"²⁰. In ihrem — später wieder zurückgezogenen — Bericht vom Juni 2005 hat die Arbeitsgruppe das ECVET-System definiert als ein europäisches System zur Akkumulierung und Übertragung von Leistungspunkten in der beruflichen Aus- und Weiterbildung, das die Dokumentation, Validierung und Anerkennung im Ausland erreichter Lernziele erlaubt, und zwar sowohl in der formalen Berufsausbildung wie auch in nicht formalen Kontexten²¹. In den Jahren 2007/2008 sollen Entscheidungen über die neuen Instrumente europäischer Berufsbildungspolitik herbeigeführt werden.

III. Ausdrückliche Europabezüge im BBiG

Die hier skizzierte europäische Berufsbildungspolitik ist in Deutschland auf ein gemischtes Echo gestoßen²². Kritik hat insbesondere der wissenschaftliche Beraterkreis der Gewerkschaften IG Metall und ver.di geäußert. In dessen "Streitschrift" heißt es, die zentralen Projekte der europäischen Politik, EQF und ECVET, mit ihren Elementen der Outcome-Orientierung, der Modularisierung von Bildungsgängen und der Fragmentierung ganzheitlicher Qualifikationen seien nicht mit dem das deutsche Berufsbildungssystem prägenden Berufsprinzip zu vereinbaren; die Verdrängung des dualen Systems durch einen Markt von Modulen und Zertifikaten müsse durch Widerstand und Kritik verhindert werden²³. Auch vor dem Hintergrund dieser Kritik soll nun genauer untersucht werden, ob das deutsche Berufsbildungsrecht und die europäischen Konzepte tatsächlich so weit auseinander liegen, wie es die Streitschrift nahelegt. Dabei bietet es sich an, in einem ersten Schritt nach Regelungen zu suchen, die sich ausdrücklich auf europäische oder internationale Aspekte beziehen. Diese Suche führt zu folgendem Befund:

1. "Europaklausel"

Die Vorschrift mit dem deutlichsten Europabezug scheint diejenige zu sein, die den amtlichen Namen "Europaklausel" trägt (§ 31 BBiG²⁴). Und doch geht es hier gera-

Parlaments und des Rates zur Einrichtung eines Europäischen Qualifikationsrahmens für lebenslanges Lernen" vom 5.9.2006 – KOM (2006) 479 endgültig.

²⁰ Folgende Papiere hat die TAG inzwischen vorgelegt: "Principles and essential rules for implementation of a European Credit Transfer System for Vocational Education and Training (ECVET)", Zwischenbericht der Arbeitsgruppe vom 23.11.2004; Europäisches Leistungspunktesystem für die Berufsbildung. Technische Spezifikationen, Bericht der Arbeitsgruppe vom 28.6.2005.

²¹ Europäisches Leistungspunktesystem für die Berufsbildung. Technische Spezifikationen, Bericht der Arbeitsgruppe vom 28.6.2005, S. 7.

²² Überblick bei Clement, Der Europäische Qualifikationsrahmen — mögliche Konsequenzen für Deutschland, in diesem Band.

²³ Wissenschaftlicher Beraterkreis der Gewerkschaften IG Metall und verdi, Bildung ist keine Ware. Wie wir morgen arbeiten, leben und lernen wollen. Eine Streitschrift zur beruflichen Bildung, 2006, S. 62. Der die europäische Politik betreffende Teil dieser Streitschrift geht zurück auf den Beitrag von Drexel, Europa als einheitlicher Bildungsraum — begrenzte Chancen, große Risiken, vgl. http://www.igmetall-wap.de/publicdownload/Bildung_ist_keine_Ware_Langfassung.pdf, S. 34 ff.

²⁴ Vor der Reform des BBiG durch das Gesetz zur Reform der beruflichen Bildung vom 23.3.2005, BGBl. I S. 931 war § 112 BBiG a.F. Standort der Europaklausel; diese Vorgängervorschrift betraf allerdings nicht nur die mobilen Ausbilder, sondern auch andere Aspekte, die heute jeweils spezifisch geregelt

de nicht um die Anliegen der neuen europäischen Berufsbildungspolitik, sondern um ein sehr viel älteres europäisches Thema. Die Regelung steht im dritten Abschnitt des zweiten Teils des Gesetzes, der die Eignung von Ausbildungsstätten und Ausbildungspersonal regelt. Dort ist vorgesehen, dass nur Personen als Ausbilder tätig werden dürfen, die persönlich und fachlich geeignet sind. Die fachliche Eignung setzt voraus, dass die betreffende Person die erforderlichen beruflichen Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten in einer Abschlussprüfung nachgewiesen hat (§ 30 BBiG). Gegenstand der Europaklausel ist die Frage, wie es um die fachliche Eignung von Personen als Ausbilder steht, die ihren Befähigungsnachweis nicht in Deutschland, sondern in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR erworben haben. Dass die Anerkennung ausländischer Befähigungsnachweise möglich sein muss, folgt aus der im EG-Vertrag garantierten Freizügigkeit der Personen, insbesondere aus der Dienstleistungsfreiheit und auch aus der Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Diese primärrechtlichen Vorgaben wiederum sind im europäischen Recht durch die sog. Anerkennungsrichtlinien konkretisiert²⁵. Der Umsetzung der Anerkennungsrichtlinien wiederum dient die Europaklausel, die also die Freizügigkeit der Ausbilder ermöglichen soll. Mit der Europäisierung der Ausbildung selbst hat die Regelung nur insofern etwas zu tun, als es natürlich einen europäischen Akzent setzt, wenn die ausbildenden Personen aus dem europäischen Ausland kommen.

2. Gleichstellung von Prüfungszeugnissen aus dem Ausland

Eine ähnliche Funktion hat die Regelung über die Gleichstellung von Prüfungszeugnissen aus dem Ausland (§ 50 Abs. 2 BBiG²⁶). Die Vorschrift ermöglicht es dem zuständigen Bundesministerium, durch Rechtsverordnung, also in genereller Form, im Ausland erworbene Prüfungszeugnisse den entsprechenden deutschen Zeugnissen der Abschlussprüfung gleichzustellen. Diese Möglichkeit einer generellen Zeugnisgleichstellung, auf deren Grundlage — ergänzt um jeweils bilaterale Abkommen — Prüfungszeugnisse aus Österreich und Frankreich anerkannt wurden, tritt neben die — individuelle — Anerkennung von Prüfungszeugnissen aus den EG-Mitgliedstaaten auf der Grundlage der Anerkennungsrichtlinie²⁷. Auch hier geht es um die Sicherstellung der Freizügigkeit derjenigen, die eine Ausbildung im Ausland absolviert haben

sind.

²⁵ Richtlinie 89/48/EWG vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung voraussetzen, ABl. EG 1989 Nr. L 19 S. 16; Richtlinie 92/51/EWG vom 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EG, ABl. EG Nr. L 209, S. 25, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2001/19/EG vom 14.5.2001, ABl. EG Nr. L 206 S. 1; Richtlinie 1999/42/EG vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anrechnung von Befähigungsnachweisen für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anrechnung der Befähigungsnachweise, ABl. EG 1999, Nr. L 201, S. 77; ab Oktober 2007 ersetzt durch Richtlinie 2005/36/EG vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EG Nr. L 255, S. 2 ff.; dazu auch Tiedje/Troberg in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Band 1 2003, Art. 47 EG, Rz. 87 ff.; Zedler, Berufliche Bildung in der Europäischen Union, BArBBl 5/2006, S. 12 ff. (13 f.).

²⁶ Vor der Reform des BBiG Gegenstand des § 43 Abs. 2 BBiG a.F.

²⁷ Ab Oktober 2007 Richtlinie 2005/36/EG vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. EG Nr. L 255, S. 2 ff.; zur Anerkennung nach der RL 1999/42/EG Tiedje/Troberg in: von der Groeben/Classen, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Band 1 2003, Art. 47 EG, Rz. 95 ff.

und sie nun in Deutschland verwerten wollen. Die Berufsausbildung selbst wird davon nicht berührt.

3. Übersetzung der Abschlusszeugnisse

Im Jahr 2005 wurde das Berufsbildungsgesetz umfassend reformiert²⁸, eine Initiative der rot-grünen Koalition, die letztlich auch von der damaligen Opposition mitgetragen wurde²⁹. Zu den Reformzielen gehört — genannt an erster Stelle! — auch die Internationalisierung der beruflichen Bildung³⁰. Dieses Reformziel schlägt sich u.a. in einer neuen Regelung nieder, nach der dem Abschlusszeugnis auf Antrag des Auszubildenden eine englischsprachige und eine französischsprachige Übersetzung beizufügen sind (§ 37 Abs. 3 S. 1 BBiG). Die Regelung soll den nationalen und europäischen Bemühungen zur Förderung der grenzüberschreitenden Mobilität und zur Transparenz der Befähigungsnachweise Rechnung tragen und soll zudem, wie es in der Gesetzesbegründung weiter heißt, die Praxis der letzten Jahre ergänzen, bei der Neuordnung von Ausbildungsberufen sog. Ausbildungsprofile in englischer und französischer Sprache zu erstellen³¹.

Dieses Reformelement hat in erster Linie, wie die Europaklausel, die Mobilität derjenigen im Blick, die eine Berufsausbildung absolviert haben und nun im Ausland eine Beschäftigung suchen. Allerdings könnten übersetzte Abschlusszeugnisse durchaus auch dazu beitragen, die in Deutschland absolvierte Berufsausbildung in einen weiteren Ausbildungsgang im Ausland einzubringen.

4. Lernort im Ausland

Einen deutlich anderen Akzent trägt eine Vorschrift, die ebenfalls auf die Reform des BBiG im Jahr 2005 zurückgeht. Seitdem sieht das BBiG ausdrücklich vor, dass Teile der Berufsausbildung im Ausland durchgeführt werden können, wenn dies dem Ausbildungsziel dient (§ 2 Abs. 3 S. 1 BBiG). Die Gesamtdauer der Auslandsausbildung soll ein Viertel der in der Ausbildungsordnung festgelegten Ausbildungsdauer nicht überschreiten (§ 2 Abs. 3 S. 2 BBiG). Bei einer dreijährigen Berufsausbildung kann ein Auszubildender also bis zu neun Monate seiner Ausbildung im Ausland absolvieren³². Mit dieser Form von Ausbildungsabschnitten im Ausland, die in die in Deutschland vereinbarte Ausbildung integriert werden sollen, befasst sich außerdem die Regelung über die Überwachung der Berufsbildung seitens der zuständigen Stelle: Diese überwacht und fördert die Durchführung der Auslandsaufenthalte "in geeigneter Weise" (§ 76 Abs. 3 S. 1 BBiG). Dauert ein Auslandsaufenthalt länger als vier Wochen, wird "ein mit der zuständigen Stelle abgestimmter Plan" verlangt (§ 76 Abs. 3 S. 2 BBiG). Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass die neuen Regelungen mit Blick auf die Europäischen Berufsbildungsprogramme gestaltet wurden. Insbesondere hatte der Ge-

²⁸ Durch das Gesetz zur Reform der beruflichen Bildung vom 23.3.2005, BGBl. I S. 931.

²⁹ Die Fraktion von CDU und CSU stimmte dem Gesetz zu, die FDP enthielt sich, vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokolle, 15. WP, 154. Sitzung v. 27.1.2005, S. 14432 f.

³⁰ BT-Drs. 15/3980, S. 38.

³¹ BT-Drs. 15/3980, S. 50; zu den mehrsprachig erstellten Ausbildungsprofilen siehe die entsprechende website des Bundesinstituts für Berufsbildung: www.bibb.de/de/ausbildungsprofile-start.htm.

³² Vgl. hierzu auch Stück, Aktuelle Rechtsfragen der Auslandsausbildung, NZA 2005, 1393ff.; Hänlein, Die Verbundausbildung im neuen Berufsbildungsgesetz, NZA 2006, S. 348 ff. (351).

setzgeber das Leonardo da Vinci–Programm³³ im Blick. Der Zeitrahmen für die Ausbildungsabschnitte im Ausland wurde an die Angebote der europäischen Programme angepasst³⁴. Mit dem für längere Auslandsaufenthalte vorgeschriebenen "Plan" (§ 76 Abs. 3 S. 2 BBiG) wurde bewusst eine offene Formulierung gewählt, die auch auf die im Rahmen der EU–Förderung üblichen Instrumente angewendet werden kann, insbesondere auf den bei Leonardo–Projekten notwendigen "detaillierten Vertrag zwischen aufnehmendem und entsendendem Betrieb und Auszubildendem"³⁵.

Damit ist ein für den Transfer von Lernleistungen zentraler Punkt angesprochen, der auch in den europäischen Planungen zur Einführung eines Leistungspunktesystems in der beruflichen Bildung eine Rolle spielt: Die Anerkennung anderweit, insbesondere im Ausland erworbener Lernleistungen setzt Vertrauen darauf voraus, dass das dort durchlaufene Ausbildungsbereich dem behaupteten Standard entspricht und dass das aus dem Ausland mitgebrachte Zertifikat unter seriösen Umständen erteilt wurde. Das in diesem Sinne notwendige Vertrauen lässt sich unter anderem durch Vorab–Vereinbarungen der beteiligten Akteure herstellen. Im Bericht der "Technischen Arbeitsgruppe Anrechnung von Leistungspunkten" vom Juni 2005 ist in diesem Zusammenhang von einer Validierungs- und Anrechnungsvereinbarung die Rede³⁶.

IV. Versteckte Europaneigungen im BBiG

In einem zweiten Schritt wird nun untersucht, welche Elemente des geltenden Berufsbildungsrechts inhaltliche Nähe zu den wesentlichen Merkmalen der europäischen Berufsbildungspolitik aufweisen, ohne dass dieser Zusammenhang im Gesetz ausdrücklich thematisiert wird. Die Untersuchung fördert einige einschlägige Befunde zu Tage, die überwiegend auf die jüngere Reformgesetzgebung zurückgehen.

1. Gesetzliche Verankerung der "gestreckten Abschlussprüfung"

Das System der Berufsausbildung war in Deutschland bisher von der Abschlussprüfung vor der Kammer geprägt, die am Ende der Ausbildungszeit stattfand. Daneben gab es zwar auch die Zwischenprüfung (§ 42 BBiG a.F.), die jedoch bei der Abschlussprüfung keine Berücksichtigung fand. Dieses System war seit einiger Zeit in die Kritik geraten. Ausgehend von dieser Kritik wurde das Modell einer "gestreckten Abschlussprüfung" entwickelt, die, wie der Name andeutet, in zwei zeitlich auseinander fallenden Teilen absolviert werden kann. Dieses Modell wurde auf der Basis von Erprobungsregelungen nach § 28 Abs. 3 BBiG a.F. in verschiedenen Ausbildungsgängen vorrangig der gewerblich-technischen Berufe getestet³⁷. Das Reformgesetz von 2005 hat die Möglichkeit, in den Ausbildungsordnungen gestreckte Abschlussprüfungen vorzusehen, als reguläre Option festgeschrieben (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 mit § 44 BBiG)³⁸.

³³ Dazu Fahle, Europäische Union, in: Krug/Nuissl (Hrsg.), Praxishandbuch WeiterbildungsRecht, Loseblatt Grundwerk 2004, 11.0, S. 45 ff.

³⁴ BT-Drs. 15/3980, S. 43.

³⁵ BT-Drs. 15/3980, S. 58.

³⁶ Europäisches Leistungspunktesystem für die Berufsbildung. Technische Spezifikationen, Bericht der Arbeitsgruppe vom 28.6.2005, S. 20 f.

³⁷ Vgl. Berufsbildungsbericht 2004, S. 128 f.; Frank, BWP 2005, S. 28 ff. (29 f.).

³⁸ Dazu BT-Drs. 15/3980, S. 38 u. 45.

Dieses Reformelement wird in der Gesetzesbegründung unter dem Stichwort "Modernisierung des Prüfungswesens" aufgeführt³⁹. Es ist aber auch im Kontext der Europäisierung der beruflichen Bildung von Bedeutung: Die gestreckte Abschlussprüfung ist ein Schritt zu einer gewissen Fragmentierung der Ausbildung: diese wird in Abschnitte zerlegt, deren Ausbildungsthemen jeweils zum Gegenstand separater Prüfungen gemacht werden, wobei allerdings ein Zertifikat, sprich: das Zeugnis erst nach dem zweiten und letzten Teil der Prüfung erteilt wird.

2. Aufwertung konsekutiver Ausbildungsgänge

Über das dargestellte Modell der gestuften Abschlussprüfung hinaus hat das Reformgesetz zwei weitere Ausbildungsvarianten aufgewertet, die die Fragmentierung der Ausbildung noch etwas weiter treiben, indem sie nämlich bereits für einen ersten Ausbildungsabschnitt einen berufsqualifizierenden und zertifizierten Abschluss vorsehen.

Das eine dieser Modelle ist das der Stufenausbildung. Dieses Modell, das bereits vor der Reform gesetzlich verankert war (§ 26 BBiG a.F.), wurde nun in die allgemeine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass der Ausbildungsordnungen integriert und sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers auf diese Weise "als ein Regelfall der geordneten Berufsausbildung anerkannt" werden⁴⁰. Dieses Modell konsekutiver Berufsausbildung hat eine lange Geschichte politischer Auseinandersetzungen hinter sich⁴¹. Seine praktische Bedeutung nimmt ab, und wird in Zukunft vor allem deshalb noch stärker zurückgehen, weil eine ebenfalls neue arbeitsrechtliche Vorschrift im Fall der Stufenausbildung das Berufsausbildungsverhältnis erst mit dem Abschluss der zweiten Stufe enden lässt (§ 21 Abs. 1 S. 2 BBiG) und die Arbeitgeber von Stufenausbildungsverträgen eher abhalten wird⁴².

Dieses Problem stellt sich nicht, wenn, wie es in neueren Ausbildungsordnungen vielfach geschieht, aufeinander aufbauende Ausbildungsgänge einander nach dem sog. "Anrechnungsmodell" zugeordnet sind. Dies bedeutet, dass auf eine Ausbildung eine andere bereits zurückgelegte einschlägige Ausbildung angerechnet werden kann. Die Möglichkeit, derartige Anrechnungsmodelle in den Ausbildungsordnungen vorzusehen, ist seit der Reform 2005 erstmals im Gesetz ausdrücklich verankert (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 BBiG)⁴³. Ein Beispiel hierfür bieten etwa die neuen Ausbildungsberufe "Servicefachkraft für Dialogmarketing" (zweijährig)⁴⁴ und "Kaufmann/Kauffrau für Dialogmarketing" (dreijährig)⁴⁵. In der Ausbildungsordnung für die dreijährige Ausbildung findet sich eine Vorschrift, nach der die Berufsausbildung im Ausbildungsberuf "Servicefachkraft für Dialogmarketing" im Ausbildungsberuf "Kaufmann für Dialogmarketing" nach den Vorschriften für das dritte Ausbildungsjahr fortgesetzt werden kann (§ 10 der Ausbildungsordnung).

³⁹ BT-DRs. 15/3980, S. 38.

⁴⁰ BT-Drs. 15/3980, S. 44.

⁴¹ Vgl. Berufsbildungsbericht 2006, S. 35 f.

⁴² Dazu auch Hänlein, NZA 2006, S. 348 ff. (350 f.).

⁴³ Dazu BT-Drs. 15/3980, S. 44 f.

⁴⁴ BGBl. 2006 I S. 1238.

⁴⁵ BGBl. 2006 I S. 1228.

3. Erleichterte Anerkennung anderweitiger Lernleistungen

Das Konzept der Anrechnung bereits erbrachter Lernleistungen findet sich auch in drei weiteren Instituten des BBiG, die allesamt durch die jüngste Reform im Sinne größerer Flexibilität und verbesserter Durchlässigkeit verändert wurden.

Nach wie vor sieht das BBiG zunächst vor, dass betriebliche Ausbildungszeiten durch die Anrechnung gewisser außerbetrieblicher beruflicher Vorbildungszeiten zu kürzen sind; das Gesetz nennt insoweit Bildungsgänge berufsbildender Schulen und die Berufsausbildung in sonstigen Einrichtungen der Berufsbildung (§ 7 BBiG n.F.; § 29 BBiG a.F.). Nach bisherigem Recht musste die Möglichkeit der Anrechnung in einer Rechtsverordnung des Bundes vorgesehen sein. Eine Reihe einschlägiger Rechtsverordnungen sah die Anrechnung schulischer Berufsgrundbildungsjahre bzw. den Besuch einer Berufsfachschule auf die Ausbildungszeit vor⁴⁶. Nunmehr wurde die Kompetenz zum Erlass solcher Rechtsverordnungen auf die Länder verlagert, um "das bestehende, weitgehend starre System der Anrechnung auf der Grundlage der sog. Berufsgrundbildungsjahr-Anrechungsverordnungen (abzulösen)"⁴⁷.

Denkbar ist auch eine Zulassung zur Abschlussprüfung ganz ohne vorangegangene betriebliche Ausbildung, wenn die Ausbildung in einer berufsbildenden Schule oder einer sonstigen Berufsbildungseinrichtung der Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf entspricht (§ 43 Abs. 2 BBiG; § 40 Abs. 3 BBiG a.F.). Nach dem bisherigen Recht konnte durch Rechtsverordnung des Bundes festgelegt werden, welche Schulen oder sonstigen Einrichtungen hierfür in Betracht kamen; solche Rechtsverordnungen waren jedoch nicht ergangen. Die Reform hat auch hier die Kompetenz zum Erlass der Rechtsverordnungen auf die Länder verlagert (§ 43 Abs. 2 S. 3 und 4 BBiG n.F.). Auf diese Weise soll den Ländern die Chance eröffnet werden, "durch vollzeitschulische Ausbildungsgänge arbeitsmarktverwertbare Qualifizierungen auf hohem Niveau anzubieten und einer Abschlussprüfung nach dem Berufsbildungsgesetz zuzuführen"⁴⁸.

Die dritte Anrechnungsmöglichkeit bietet das Institut der "Externenprüfung". Bereits bisher bestand ein Anspruch auf Zulassung zur Kammerprüfung, wenn jemand das Zweifache der als Ausbildungszeit für einen Beruf vorgeschriebenen Zeit in eben dem Beruf tätig war, in dem er sich nun prüfen lassen wollte (§ 40 Abs. 2 BBiG a.F.). Die erforderliche Mindestzeit berufspraktischer Tätigkeit ist nun auf das Eineinhalbfache der Ausbildungszeit desjenigen Berufes reduziert, in dem die Prüfung abgelegt werden soll (§ 45 Abs. 2 S. 1 BBiG). Auf diese Weise soll "das Lernen im Arbeitsprozess stärker als bisher berücksichtigt" werden können⁴⁹. Eine weitere Änderung der Regelungen über die Externenprüfung besteht darin, dass künftig auch Ausbildungszeiten in einem anderen einschlägigen Ausbildungsberuf als anrechnungsfähige Zeiten der Berufstätigkeit gelten (§ 45 Abs. 2 S. 2 BBiG). Diese Änderung zielt vor allem auf Absolventen zweijähriger Berufsausbildungen, die nun bereits nach zweieinhalbjähriger Berufstätigkeit zur Abschlussprüfung in einem verwandten dreijährigen Ausbildungsberuf zugelassen werden können; der Gesetzgeber wollte so "einen wichtigen Beitrag (leisten) zur Anschlussfähigkeit und Durchlässigkeit des Berufsbildungssystems"⁵⁰.

⁴⁶ Übersicht über die Rechtsverordnungen bei Braun in: Braun/Mühlhausen/Munk/Stück, Berufsbildungsgesetz, 2004, § 29 Rz. 3.

⁴⁷ Dazu BT-Drs. 15/3980 S. 45 f.; beachte auch die besonderen Regeln zum Inkrafttreten des § 7 BBiG n.F. in Art. 8 Abs. 3 und 4 des Berufsbildungsreformgesetzes vom 23.3.2005, BGBl. I S. 931.

⁴⁸ BT-Drs. 15/3980, S. 52.

⁴⁹ BT-Drs. 15/3980, S. 52.

⁵⁰ BT-Drs. 15/3980, S. 52; nach der Grundregel des Satzes 1 setzt die Zulassung zur Externenprüfung bei

Hinzuweisen ist schließlich auf die spezifische Europaklausel für die Externenprüfung, die in dieser Form ebenfalls auf das Reformgesetz 2005 zurückgeht. Nach dieser Klausel sind bei der Prüfung der Voraussetzungen der Externenzulassung sowohl formale Bildungsabschlüsse aus dem Ausland wie auch Zeiten der Berufstätigkeit im Ausland zu berücksichtigen. Soweit es hier um die Berücksichtigung formaler Abschlüsse geht, handelt es sich um eine Umsetzung der Vorgaben aus den Anerkennungsrichtlinien der EG⁵¹. Soweit es um die Anerkennung im Ausland erworbenen informellen Wissens geht, sind die Anerkennungsrichtlinien nicht einschlägig, vielmehr wird darüber hinausgehend die Gleichbehandlung ausländischer Arbeitnehmer befördert, wie es Art. 12 EG entspricht.

Insgesamt gibt es also inzwischen eine ganze Reihe von Möglichkeiten, extern erworbene Lernleistungen in das formale Schema der Berufsausbildung einzuspeisen. Damit sind mehrere Elemente des deutschen Berufsbildungsrechts identifiziert, die ganz auf der Linie der europäischen berufsbildungspolitischen Absichtserklärungen liegen, die die Aspekte der Anrechenbarkeit und Durchlässigkeit sehr stark hervorheben. Auch ist deutlich geworden, dass das weitere europäische Ziel der verstärkten Berücksichtigung informell erworbener Qualifikationen für das positive deutsche Berufsbildungsrecht ebenfalls ein bereits bekanntes Phänomen darstellt.

4. Qualifizierungsbausteine bei Berufsausbildungsvorbereitung

Bemerkenswerte Nähe zu den europäischen Trends weist schließlich das Institut des "Qualifizierungsbausteins" auf. Dieses Institut geht zurück auf das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom Dezember 2002 ("Hartz II")⁵². Zum 1.1.2003 wurde die Berufsausbildungsvorbereitung als Form der Berufsbildung im Sinne des BBiG eingeführt. Diese Form der beruflichen Bildung richtet sich an Personen, "deren Entwicklungsstand eine erfolgreiche Ausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf noch nicht erwarten lässt" (§ 68 Abs. 1 S. 1 BBiG; § 50 Abs. 1 BBiG a.F.). Berufsausbildungsvorbereitung ist dementsprechend noch nicht Berufsausbildung, sondern soll "an eine Berufsausbildung in einem anerkannten Ausbildungsberuf heranführen" (§ 1 Abs. 2 BBiG; § 1 Abs. 1a BBiG a.F.). Sie soll Grundlagen für den Erwerb beruflicher Handlungsfähigkeit vermitteln, und zwar "insbesondere durch inhaltlich und zeitlich abgegrenzte Lerneinheiten . . . , die aus den Inhalten anerkannter Ausbildungsberufe entwickelt werden"; diese Lerneinheiten bezeichnet das Gesetz als "Qualifizierungsbausteine" (§ 69 Abs. 1 BBiG; § 51 Abs. 1 BBiG a.F.). Über die erworbene Grundlagen beruflicher Handlungsfähigkeit stellt der Anbieter der Berufsausbildungsvorbereitung eine Bescheinigung aus (§ 69 Abs. 2 S. 1 BBiG; § 51 Abs. 2 S. 1 BBiG a.F.). In welcher Form Qualifizierungsbausteine bescheinigt werden, ist des Näheren in einer Rechtsverordnung des Bundes geregelt (§ 69 Abs. 2 S. 2 BBiG; § 51 Abs. 2 S. 2 BBiG a.F.)⁵³.

Qualifizierungsbausteine sind also Teileinheiten von Berufsausbildungen, hinsichtlich

einem dreijährigen Ausbildungsberuf eine einschlägige Berufstätigkeit von 4,5 Jahren voraus; wird hierauf die vorangegangene zweijährige Ausbildung angerechnet, bedarf es nur noch einer zweieinhalbjährigen einschlägigen Berufstätigkeit ($3 \times 1,5 - 2 = 2,5$).

⁵¹ Bisher fand sich insoweit eine äquivalente Regelung in § 112 BBiG a.F.; vgl. zur Verlagerung in § 45 Abs. 2 auch BT-Drs. 15/3980, S. 53.

⁵² Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003, BGBl. 2002 I S. 4621.

⁵³ Verordnung über die Bescheinigung von Grundlagen beruflicher Handlungsfähigkeit im Rahmen der Berufsausbildungsvorbereitung (Berufsausbildungsvorbereitungs-Bescheinigungsverord-

derer, und das ist daran bemerkenswert, die Möglichkeit einer separaten abschließenden Zertifizierung geschaffen worden ist. Auf diese Weise soll "die Grundlage für eine Strukturierung der Bildungsmaßnahme geschaffen (werden), die den besonderen Bedürfnissen der Zielgruppe gerecht wird." Für den Fall, dass dem betreffenden Jugendlichen nicht oder nicht sofort der Übergang zu einer Berufsausbildung gelingt, sollen ihm die Qualifizierungsbausteine bessere Chancen am Arbeitsmarkt eröffnen. Gelingt der Übergang in eine Berufsausbildung, sollen sie eine Verkürzung der Ausbildungszeit ermöglichen (gem. § 8 Abs. 1 S. 1 BBiG; § 29 Abs. 2 BBiG a.F.)⁵⁴.

Die Entwicklung von Qualifizierungsbausteinen auf der Basis der neuen Regelungen wurde mit verschiedenen Instrumenten öffentlich gefördert⁵⁵. Inzwischen ist eine beachtliche Anzahl insbesondere über die Datenbank beim Good Practice Center Benachteiligtenförderung⁵⁶ des Bundesinstituts für Berufsbildung verfügbar, die Betrieben und Bildungsträgern Informationen liefern und die eigene Nutzung vorliegender Bausteine ermöglichen soll⁵⁷.

V. Ergebnisse

Festzuhalten ist, dass sich im BBiG zum einen Spuren einer älteren Schicht europäischer Berufsbildungspolitik ausmachen lassen. Das Kennzeichen dieses politischen Ansatzes ist die Ausrichtung auf die Mobilität im gemeinsamen Markt, konkret: die Ausrichtung auf die Mobilität der Dienstleister und der Arbeitnehmer. Dieser Ansatz hat in erster Linie diejenigen im Blick, die eine bestimmte Berufsrolle ausüben wollen, die ihre Ausbildung bereits abgeschlossen haben und ihre erworbene Qualifikation im Binnenmarkt der Gemeinschaft verwerten wollen.

Beispiele bieten die Europaklausel in § 30 BBiG, die Gleichstellung von Prüfungszeugnissen (§ 50 Abs. 2 BBiG) sowie die Übersetzung von Prüfungszeugnissen (§ 37 BBiG). Normative Basis dieses Ansatzes ist die Freizügigkeit der Personen sowie die hierauf beruhenden Anerkennungsrichtlinien.

Zum anderen lassen sich im geltenden BBiG Elemente einer Entwicklung ausmachen, die das hergebrachte Schema der (dualen) Berufsausbildung deutlich modifizieren. Neben der gestreckten Abschlussprüfung (§§ 5 Abs. 2 Nr. 2, 44 BBiG), den konsekutiven Ausbildungsgängen nach dem Anrechnungsmodell (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 BBiG) und den diversen Erleichterungen bei der Anrechnung von Lernleistungen sind hier vor allem die Aufwertung des Lernorts im Ausland (§§ 2 Abs. 3, 76 Abs. 3 BBiG) und die Qualifizierungsbausteine bei Berufsausbildungsvorbereitung (§ 69 BBiG) zu nennen. Diese

nung — BAVBVO) vom 16.7.2003, BGBl. 2003 I S. 1472.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 15/26, S. 29 f.; erwähnt bereits im Bericht der Hartzkommission: Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt. Bericht der Kommission, 2002, S. 108: "Für jugendliche Arbeitslose werden verstärkt arbeitsmarktfähige Qualifizierungsbausteine aus bestehenden Ausbildungsberufen angeboten".

⁵⁵ Eingehend Bundesministerium für Bildung und Forschung (Hrsg.), Berufsbildungsbericht 2005, S. 185 – 189; vgl. etwa das Sonderprogramm Einstiegsqualifizierung Jugendlicher (Rechtsgrundlage: Richtlinie zur Durchführung des Sonderprogramms Einstiegsqualifizierung Jugendlicher [EQJ-Programm-Richtlinie — EQJR] vom 28.7.2004, BAnz Nr. 145 vom 5.8.2004, S. 17 385; dazu kritisch Kühlein/Klein, Einstiegsqualifizierung für Jugendliche (EQJ), Arbeitspapier Nr. 124 der Hans-Böckler-Stiftung, 2006).

⁵⁶ www.good-practice.de/bbigbausteine.

⁵⁷ Ende 2005 waren in der Datenbank 361 Einträge verfügbar; vgl. für Bildung und Forschung (Hrsg.), Berufsbildungsbericht 2006, online-Version, S. 491 (www.bmbf.de/pub/bbb_2006.pdf).

Modifikationen bewegen sich in eine Richtung, die einer zweiten, der neueren Schicht europäischer Berufsbildungspolitik inhaltlich sehr nahe kommt.

Bei der damit angesprochenen Schicht europäischer Berufsbildungspolitik geht es um wirkliche Bildungspolitik, also um die Durchsetzung von Konzepten zum Ablauf von Bildungsgängen, nicht nur um Ermöglichung ungehinderter Verwertung von deren Ergebnissen. Normativ stehen hinter diesem politischen Konzept nicht die Grundfreiheiten, sondern die bildungspolitischen Ermächtigungen, wie sie im Vertrag von Maastricht ausgeformt worden sind. Das Konzept, das auf europäischer Ebene entwickelt wird, zielt auf den Erwerb von Qualifikationen in kleineren Einheiten, die auch für sich einen Wert haben sollen, weil sie übertragen und akkumuliert werden können.

Es ist nun schwer zu sagen, ob die europäische Politik bereits Vorwirkungen auf die Akteure des deutschen Gesetzgebungsverfahrens hatte, ob etwa umgekehrt die deutschen Akteure die europäischen Diskussionsprozesse beeinflussen oder ob es eben einfach die anstehenden Sachprobleme sind, die ähnliche Lösungen nahe legen. Jedenfalls steht etwa hinter dem Instrument des Qualifizierungsbausteins das konkrete Sachproblem der vielen Jugendlichen, die keinen betrieblichen Ausbildungsort finden und denen dieses Instrument immerhin die Möglichkeit bietet, mit Zertifikaten auf dem Arbeitsmarkt aufzutreten, die überdies zur Grundlage womöglich später zu absolvierender weiterer "Module" werden können⁵⁸.

Alles in allem erweist sich die Diskrepanz zwischen den europäischen Konzepten und dem status quo des deutschen Berufsbildungsrechts als weniger groß, als es auf den ersten Blick scheinen mag⁵⁹. Vor dem Hintergrund der bereits existierenden Europa-geneigtheit des deutschen Berufsbildungsrechts empfiehlt es sich m.E., den bevorstehenden Entwicklungen aufgeschlossen entgegenzusehen.

⁵⁸ So lautet ein zentrales Argument, das Ute Clement für die Umsetzung des Europäischen Qualifikationsrahmens anführt, vgl. Clement, Der Europäische Qualifikationsrahmen — mögliche Konsequenzen für Deutschland, in diesem Band.

⁵⁹ Vgl. auch Clement, aaO: schon heute sei die berufliche Bildung "keineswegs der monolithische Block, den der Begriff 'duales System' suggeriert".

Verfassung der beruflichen Bildung

von Roman Jaich

1. Die Krise der beruflichen Bildung

Die Entwicklung der Zahl der jährlich abgeschlossenen Ausbildungsverträge in der dualen Berufsausbildung in den letzten Jahren wirft erneut die Frage nach der Zukunfts- und Entwicklungsfähigkeit der Dualen Berufsausbildung auf. Die Zahl der neu abgeschlossenen Ausbildungsvverträge ist seit dem Jahre 1999 — mit Ausnahme des Jahres 2004, in dem es vorübergehend einen leichten Anstieg gegeben hatte — kontinuierlich gesunken. Wurden in den 80er Jahren noch jährlich über 700.000 neue Ausbildungsvverträge allein in den alten Bundesländern abgeschlossen, so waren es im Jahre 2005 in ganz Deutschland nur noch ca. 550.180.¹ Aus dem Rückgang der jährlich abgeschlossenen Ausbildungsvverträge resultiert einerseits das Problem, dass Jugendliche nach Abschluss der allgemeinbildenden Schule zu wenige Möglichkeiten geboten bekommen, einen berufsqualifizierenden Abschluss zu erwerben und damit die Grundlage für ihre spätere qualifizierte Erwerbsarbeit zu legen. Zum anderen führen Schwankungen in der Ausbildungsbereitschaft auch in regelmäßigen Zyklen zu einem Fachkräftemangel für die Unternehmen, mit der Folge, dass aus gesamtwirtschaftlicher Sicht Wachstumspotenziale nicht ausgeschöpft werden können.²

Von verschiedener Seite wird die Finanzierung der dualen Berufsausbildung, insbesondere die Zahlung einer Ausbildungsvvergütung durch die Betriebe, als zentrale Ursache für deren Krise gesehen.³ Die daraus folgende mangelnde Ausbildungsbereitschaft der Betriebe kann spieltheoretisch als Gefangenens-Dilemma interpretiert werden.⁴ Vereinfacht wird dieses Spiel als Zwei-Akteure-Modell konzipiert.⁵ Beide Betriebe verfügen über jeweils zwei Strategien, eine kooperative Strategie, d.h. ein Betrieb bildet aus, und eine defekte Strategie, d.h. ein Betrieb bildet nicht aus. Die Auszahlungen,⁶ die aus den Strategien resultieren, werden in der folgenden Matrix dargestellt:

¹ Vgl. Bundesministerium für Bildung und Forschung: Infoservice-Paket zur Ausbildungssituation. Ausgewählte Aspekte der Ausbildungssituation in Deutschland, Berlin — Bonn, 2006.

² Vgl. Bosch, G./Heinecker, P./Kistler, E./Wagner, A.: Aktueller und künftiger Fachkräftemangel und Fachkräftebedarf, Schriftenreihe der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen, Bd. 57, Berlin, 2003.

³ Vgl. z. B. Nagel, B/Jaich, R: Bildungsfinanzierung in Deutschland. Analyse und Gestaltungsvorschläge, Baden-Baden, 2004, S. 173 ff.

⁴ Vgl. allgemein zu spieltheoretischen Modellen Weise, P./Brandes, W./Eger, T./Kraft, M.: Neue Mikroökonomie, Heidelberg, 2002, S. 95 ff.

⁵ In der Realität steht natürlich eine große Anzahl von Betrieben vor der Alternative "ausbilden" oder "nicht ausbilden". Würde man ein Modell mit mehreren Betrieben konzipieren, so wird dieses komplizierter; an den hier relevanten Aussagen ändert sich jedoch nichts. Darüber hinaus haben wir eine statische Betrachtungsweise gewählt. Der Vorteil besteht ebenfalls darin, dass die Argumentation einfacher nachzuvollziehen ist. Eine dynamische Betrachtungsweise ist dem Problem zwar angemessen, am prinzipiellen Ergebnis ändert sich jedoch nichts.

⁶ Mit Auszahlung wird in der Spieltheorie der Gewinn eines Spielers bezeichnet. Hier kann die Auszahlung als Unternehmensgewinn interpretiert werden.

		Betrieb 1	
		kooperative Strategie	defekte Strategie
Betrieb 2	kooperative Strategie	3 , 3	1 , 4
	defekte Strategie	4 , 1	2 , 2

Abbildung: Berufsausbildung und Gefangenens-Dilemma

Bei den Zahlen in der Matrix handelt es sich um die Auszahlungen, die aus der jeweiligen Strategie, in Abhängigkeit vom Verhalten des jeweils Anderen, resultieren. Diese sind ordinalskaliert mit $4 > 3 > 2 > 1$.

Der Modellierung liegen die Annahmen zugrunde, dass erstens die langfristigen Erträge der Ausbildung größer sind als die Nettoteilkosten,⁷ da ansonsten für die Betriebe kein Anreiz besteht, auszubilden, und zweitens, dass die Erträge der defekten Strategie (nicht auszubilden) größer sind als die langfristigen Erträge.⁸

Wählen beide Betriebe die kooperative Strategie, so verursacht dies Ausbildungskosten in beiden Betrieben. Sie verfügen dann aber über den notwendigen Fachkräftebedarf (Auszahlung 3,3⁹ in Abbildung 3). Bildet Betrieb 1 aus, nicht jedoch Betrieb 2, so entstehen Ausbildungskosten in Betrieb 1, aber nicht in Betrieb 2. Werden die ausgebildeten Fachkräfte von Betrieb 2 abgeworben, so erhält Betrieb 2 die höchste Auszahlung (4), da ihm keine Ausbildungskosten, aber qualifiziertes Personal zur Verfügung steht. Demgegenüber erhält Betrieb 1 die schlechteste Auszahlung (1). Ihm entstehen Ausbildungskosten; er kann aber nicht von dem ausgebildeten Personal profitieren. Bildet Betrieb 2 aus, nicht jedoch Betrieb 1, so erhält Betrieb 1 die beste Auszahlung (4) und Betrieb 2 die schlechteste (1). Bilden beide Betriebe nicht aus, so vermeiden sie Ausbildungskosten, verfügen aber nicht über qualifiziertes Personal. Für beide resultiert die zweitschlechteste Auszahlung (Auszahlung 2,2 in Abbildung 3).

Die defekte Strategie (nicht auszubilden) ist für beide Betriebe die dominante Strategie. Unabhängig von der Strategie des Anderen resultiert immer eine höhere Auszahlung, wenn ein Betrieb defekt spielt: 4 statt 3, wenn der andere Betrieb ausbildet, und 2 statt 1, wenn der andere Betrieb nicht ausbildet. Verhalten sich beide Betriebe individuell rational, so resultiert ein Gleichgewicht, bei dem beide einen Anreiz haben, nicht auszubilden. Sie könnten sich aber besser stellen, wenn sie ausbilden würden: 3 statt 2.

Dieses Ergebnis dürfte insbesondere dann zu erwarten sein, wenn die Ausbildungsgänge weitgehend normiert und die erworbenen Qualifikationen gut dokumentiert

⁷ Eine Annahme, die auch empirisch gut belegt ist. Vgl. hierzu von Bardeleben, R./Beicht, U./Fehér, K.: Was kostet die betriebliche Ausbildung. Fortschreibung der Ergebnisse von 1991 auf den Stand 1995, Bielefeld 1997.

⁸ Die zweite Annahme ist nicht zwingend erforderlich. Können die Ausbildungsbetriebe sich nicht sicher sein, die langfristigen Erträge aus der Ausbildung zu realisieren, so werden sie diese mit Null bewerten.

⁹ Die erste Zahl gibt die Auszahlung für Betrieb 2, die zweite Zahl die Auszahlung für Betrieb 1 an.

sind, wie es bei der dualen Berufsausbildung in Deutschland der Fall ist. Hierdurch sinken die Abwanderungskosten der Arbeitnehmer; ein potenzieller Arbeitgeber kann sich zu relativ geringen Informationskosten einen Überblick über die vorhandenen Fähigkeiten der Bewerber verschaffen.

Wenn dieses Modell eine adäquate Beschreibung der beruflichen Bildung darstellt, dann fragt sich, warum das duale System der Berufsausbildung über lange Jahre relativ gut funktioniert hat. Erklärt werden kann dies mit verschiedenen Ursachen: Verträge, Gesetze, informelle Normen, Moral, Vertrauen sowie kollektive Lösungen. Explizite Verträge und Gesetze scheiden aus. Es gibt sie nicht. Von besonderer Bedeutung dürfte die moralische Verpflichtung auszubilden gewesen sein. Weiterhin ist davon auszugehen, dass informelle Sanktionsmechanismen innerhalb der Kammern lange Zeit die defekte Strategie verhindern konnten. Veränderungen können sich ergeben, wenn der kurzfristige Unternehmenswert für eine Unternehmensleitung an Bedeutung gewinnt; die moralische Verpflichtung wird zurückgedrängt. Informelle Sanktionsmechanismen verlieren an Bedeutung, wenn gesellschaftliche Interaktionen anonym werden.

Notwendig erscheint es daher, die Finanzierungsmodalitäten zu ändern, um die Ausbildungsbereitschaft der Betriebe zu erhöhen. Bereits im Jahre 1974 wurde von der damaligen Edding-Kommission eine Reform der Finanzierung der Dualen Berufsausbildung empfohlen.¹⁰ Vorgeschlagen wurde, von der bestehenden individuellen Finanzierung, insbesondere der direkten Finanzierung der Ausbildungsvergütungen durch die Unternehmen, auf eine kollektive Finanzierung in Form von Fonds überzugehen.¹¹ Diese Diskussion ist seither nicht abgerissen, in konjunkturschwachen Phasen keimt sie immer wieder auf. Die letzten beiden Etappen dieser Diskussion stellten zum einen das Jahr 1997 dar, in dem drei Fraktionen des Bundestages (SPD, Bündnis 90/Die Grünen, PDS) jeweils eigene Gesetzentwürfe für eine Umlagefinanzierung der Dualen Berufsausbildung einbrachten.¹² Alle drei Vorschläge knüpften an das im Jahr 1976 verkündete Ausbildungsplatzförderungsgesetz an, dass jedoch nie angewendet wurde, und 1980 vom Bundesverfassungsgericht mit dem Grundgesetz als unvereinbar erklärt wurde. Die derzeit letzte Etappe wurde 2003 eingeläutet: Die rot-grüne Bundesregierung erwog erneut die Einführung einer Ausbildungsplatzumlage. Der Gesetzentwurf wurde jedoch "auf Eis gelegt". Statt dessen wurde zwischen der damaligen Bundesregierung und Wirtschaft ein "Nationaler Pakt für Ausbildung und Fachkräftenachwuchs in Deutschland" vereinbart, der unter anderem vorsah, jährlich 30.000 neue Ausbildungsplätze zu schaffen.

Parallel dazu erfolgt die Finanzierung der dualen Berufsausbildung in immer stärkerem Umfang durch die öffentliche Hand.¹³ Im Jahre 1980 wurden ca. 4,1 Mrd. € öffentliche Mittel für die Berufsausbildung aufgewendet. Im Jahr 2002 betrug die Summe bereits ca. 10 Mrd. €, trotz eines erheblichen Rückgangs der Auszubildendenzahlen. Ebenso ist es zu einer deutlichen Verschiebung der öffentlichen Aufwendungen gekommen. Wurden im Jahre 1980 noch 84,4 % der öffentlichen Mittel für die beruflichen

¹⁰ Edding, F. u. a.: Struktur und Finanzierung der Aus- und Weiterbildung, Göttingen, 1974.

¹¹ Für aktuelle Vorschläge zur Finanzierung der dualen Berufsausbildung vgl. Nagel, B./Jaich, R. Bildungsfinanzierung in Deutschland, Analyse und Gestaltungsvorschläge, Baden-Baden, 2004, S. 165 ff.

¹² Wobei die Umlagefinanzierung mit Fondmodellen nicht vollständig identisch ist, sie zielt aber tendenziell in die gleiche Richtung.

¹³ Vg. Nehls, H.: Verteilungsprobleme des dualen Ausbildungssystems, in: Haubner, D./Metzger, E./Schwengel, F. (Hg.): Wissensgesellschaft, Verteilungskonflikte und strategische Akteure, Marburg,

Schulen aufgewandt und nur ca. 15,6 % für die außerschulische Berufsausbildung so sank der Anteil der Ausgaben für die Berufsschulen im Jahr 2002 auf 68 % und der Anteil für die außerschulische Berufsbildung stieg auf 31,8 %.¹⁴ Für 2003 zeigt sich sogar, dass über 60.000 von Unternehmen abgeschlossene Ausbildungsverträge vollständig durch die öffentliche Hand finanziert werden. Damit wurde jede neunte Ausbildungsstelle öffentlich finanziert.

Neben den Reformvorschlägen der Finanzierung der Dualen Berufsausbildung und der zunehmenden öffentlichen Förderung wird auch eine Diskussion geführt, die auf eine inhaltliche Reform der Dualen Berufsausbildung abzielt.¹⁵ Kennzeichnend für diesen Diskussionsstrang war die Frage nach der Anpassungsfähigkeit der Berufsausbildung an veränderte Umweltbedingungen. Diskutiert wurden hier Flexibilisierungsmöglichkeiten, schnellere Anpassungen der Berufsbilder an veränderte berufliche Anforderungen sowie eine Modularisierung von Lerneinheiten. So wurden seit 1996 54 neue Berufe geschaffen und 146 Berufe modernisiert. Bei ungefähr 350 bestehenden Berufen macht dies immerhin über 50 % aus. Ihren Höhepunkt fand diese Diskussion in der Schaffung und Ausgestaltung der IT-Ausbildungsberufe. Die Neugestaltung ist gekennzeichnet durch unterschiedliche Zugangsmöglichkeiten, die auch einen Quereinstieg beinhalten sowie ein modularer Aufbau, der Zusatzqualifikationen ermöglicht. Im Kern geht es um die Frage nach der Zukunftsfähigkeit des Berufsprinzips, die auch bei den IT-Berufen durchaus kontrovers diskutiert wird. Nach dem Berufsprinzip geht es bei Berufen nicht ausschließlich um die Kompetenzbündel, die im Rahmen systematischer und formalisierter Qualifizierungsprozesse erworben werden und Beschäftigungsfähigkeit vermitteln sollen. Mit dem beruflichen Qualifizierungsprozess sind beim Berufskonzept auch verschiedene Funktionen auf der individuellen, betrieblichen und gesellschaftlichen Ebene verbunden:¹⁶ Neben der Schaffung von Beschäftigungsfähigkeit kommt Berufen auch eine Gliederungs-, Schichtungs- und Strukturfunktion zu. Berufe schaffen somit Orientierung bei der Berufswahl und erhalten Erwerbs- und Handlungsfähigkeit der Individuen:

- Berufen kommt eine wichtige Informationsfunktion für die Tauschprozesse auf dem Arbeitsmarkt zu. Durch Berufsbenennungen und festgelegte Ausbildungsinhalte werden Angebot und Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt mit relativ geringen Transaktionskosten zusammengeführt. Nachfrager auf dem Arbeitsmarkt (Unternehmen) können sich zu geringen Kosten über die vorhandenen Qualifikationen der Beschäftigten informieren, Anbieter (Arbeitnehmer) über die Anforderungen, die an eine ausgeschriebene Stelle gestellt werden.
- Durch das Berufsprinzip werden Freiheitsrechte verbürgt, es ist Grundlage für die Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG), der Entscheidung für oder gegen Arbeitsplätze (Art. 12 GG) und Basis für den Erwerb von Eigentum (Art. 14 GG).

Weiterhin erfolgt eine Anpassung der Dualen Berufsausbildung an einen vermeintlich veränderten Bedarf durch die Schaffung sogenannter "theoriegeminderter" Berufe. Im

¹⁴ 2004, S. 207–216.

¹⁵ Bundesministerium für Bildung und Forschung: Berufsbildungsbericht 2005, Berlin Bonn 2005, S. 131.

¹⁶ Für eine Übersicht der Diskussion vgl. Steinke, R. (Hg.): Expertisen für ein Berliner Memorandum zur Modernisierung der Beruflichen Bildung, Schriftenreihe der Senatsverwaltung für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen, Nr. 38, Berlin, 1999.

¹⁶ Vgl. Stooß, F.: Gehört die PatchWork-Biografie die Zukunft? Zur Stabilität von Berufen in Dienstleistungsbranchen, in: Herzberg, G. et al. (Hg.): Bildung schafft Zukunft. Über die Perspektiven von Bil-

Jahre 2002 standen ca. 58.000 Ausbildungsplätze in solchen zweijährigen Berufen zur Verfügung. Dies entspricht etwa 3,6 % aller Ausbildungsplätze. Die Gefahr ist hier nicht von der Hand zu weisen, dass ein Verdrängungswettbewerb zu einer Absenkung der Qualität führt.

2. Substitutionsbeziehungen zwischen Bildungssystemen

Gemeinsam ist allen Überlegungen zur Krisensituation der beruflichen Bildung, dass sie ihr Augenmerk häufig nur auf einen Teil der Berufsausbildung lenken,¹⁷ und unterstellen, dass die bestehenden Säulen der beruflichen Bildung in Deutschland — die Duale Berufsausbildung, die vollzeitschulische Berufsausbildung sowie die Hochschulausbildung — unverbunden nebeneinander existieren.¹⁸

Vergleicht man demgegenüber die Entwicklung der beruflichen Qualifizierung im Bereich der dualen Berufsausbildung mit der Entwicklung im Hochschulbereich, gerät ein neuer Gesichtspunkt in das Blickfeld: Attraktivitätsgewinne bzw. -verluste eines Bildungsbereichs führen zu einer Auf- bzw. Abwertung im Verhältnis zu alternativen Pfaden. So würde eine Modernisierung der dualen Berufsausbildung nur dann deren Attraktivität erhöhen, wenn keine Veränderungen in anderen Ausbildungsbereichen erfolgten. Oder anders herum, wenn ein Trend bei den Jugendlichen zu höherwertigen Ausbildungsgängen besteht und Unternehmen verstärkt höhere Qualifikationen nachfragen, kann ein Bedeutungsverlust auch durch eine andere Ausgestaltung der Finanzierung oder einer Modernisierung nicht aufgehalten werden.

Die Zahl junger Menschen in der Dualen Berufsausbildung in Westdeutschland lag im Jahre 1980 mit 1,7 Mio. Auszubildenden deutlich über den damals ca. 1 Mio. Studierenden.¹⁹ Bereits 1990 waren bereits etwa gleich viele Lernende in der Dualen Berufsausbildung (ca. 1,5 Mio.) und an den Hochschulen (ca. 1,58 Mio.) in einer Ausbildung befindlich. Berücksichtigt werden muss bei diesem Vergleich, dass eine Hochschulausbildung zur Zeit noch deutlich länger als eine Berufsausbildung dauert, und daher ein Vergleich der Gesamtbestände zu einem verzerrten statistischen Bild führt. Legt man die Zahl der neu abgeschlossen Ausbildungsverträge bzw. der Studienanfänger zugrunde, so ist jedoch eine ähnliche Entwicklung festzustellen: Im Jahr 1980 wurden in Westdeutschland 650.000 neue Ausbildungsverträge abgeschlossen und es gab 190.000 Studienanfänger. Im Jahr 1990 wurden nur noch 545.600 neue Ausbildungsverträge abgeschlossen, die Anzahl der Studienanfänger stieg jedoch auf 277.900. Dieser

dung, Beruf und Beschäftigung. Hamburg, 2001, S. 89–98, hier S. 95.

¹⁷ Es bestehen aber einige Ansätze, Wechselwirkungen zwischen der Dualen Berufsausbildung und dem Hochschulbereich aufzuzeigen. So beispielsweise Rauner "Je mehr Arbeitsplätze auch auf dem mittleren Niveau mit Hochschulabschlüssen besetzt werden, desto schmäler werden die Entfaltungs- und Aufstiegschancen über andere Wege. Damit droht insbesondere der dual orientierten, kaum an das allgemeine Bildungswesen angeschlossenen Berufsausbildung eine *qualitative* Auszehrung: Die Gefahr droht, dass nur noch Jugendliche, die in ihrem Umfeld zumindest aktuell als relativ leistungsschwach eingestuft werden, diesen Bildungsweg "wählen". Dessen wesentliche Stärke, die bisher sowohl Arbeitgebern als auch der Arbeitnehmerschaft insgesamt zugute kam, nämlich auch Leistungsstärkeren eine annehmbare Perspektive zu eröffnen, ginge damit verloren." Rauner, F: Reformbedarf in der beruflichen Bildung, in: Steinke, R. (Hg.): Expertisen für ein Berliner Memorandum zur Modernisierung der Beruflichen Bildung, Schriftenreihe der Senatsverwaltung für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen, Nr. 38, Berlin, 1999, S. 187–196, hier S. 189.

¹⁸ Auch wenn Veränderungen der Preise der Dualen Berufsausbildung immer auch Veränderungen der relativen Preise bedeuten. Dies wird aber explizit nicht thematisiert.

¹⁹ Vgl. hierzu und zum Folgenden Bundesministerium für Bildung und Forschung: Grund- und Struk-

Trend setzt sich bis heute fort.²⁰ Im Jahr 2000 wurden in ganz Deutschland 621.700 Ausbildungsverträge abgeschlossen, während 315.000 Personen ein Studium neu aufnahmen. Bis 2003 ist der Zahl der jährlich abgeschlossenen Ausbildungsverträge weiter kontinuierlich auf 570.000 zurückgegangen, die der Studienanfänger jedoch auf 373.000 gestiegen.

Die Zahlen deuten darauf hin, dass der Rückgang der Dualen Berufsausbildung nicht vorrangig demografischen oder konjunkturellen Zyklen folgt. Gegen einen Zusammenhang des Ausbildungsplatzrückgangs und der demografischen Entwicklung, insbesondere der Geburtenraten spricht, dass die Entwicklung der abgeschlossenen Ausbildungsverträge vorrangig vom Angebot an Ausbildungsplätzen determiniert wird, also eher für eine veränderte Personalpolitik und veränderte Ausbildungsstrategien der Unternehmen spricht.²¹ Auch der Zusammenhang zwischen dem Ausbildungsplatzrückgang und der konjunkturellen Entwicklung scheint zumindest seit Mitte der 90er Jahre nur noch schwach ausgeprägt zu sein. So ist zwar ein Zusammenhang zwischen der Arbeitslosenquote und der Ausbildungplatz–Angebots–Nachfrage–Relation in den einzelnen Bundesländern bis Ende der 90er Jahre festzustellen.²² Andererseits ist für alle Betriebsgrößen seit 1990 ein Rückgang der Ausbildungsquote (Zahl der Beschäftigten im Verhältnis zur Zahl der Auszubildenden) von 7,1 % auf 5,6 % in 2001 zu verzeichnen.²³ Dieser Rückgang ist sowohl in prosperierenden und relativ beschäftigungsstabilen als auch in eher Beschäftigung abbauenden Branchen zu beobachten. Das gleiche ist bei einer Betrachtung nach Berufen festzustellen. Ein Rückgang ist sowohl in eher traditionellen handwerklichen Berufen als auch bei als zukunftweisend geltenden und inhaltlich modernisierten Berufen festzustellen.²⁴

Für die Hochschulausbildung ist demgegenüber eine, wie oben angedeutet, andere Entwicklung festzustellen. Die Hochschulausbildung, ursprünglich vorrangig für den "Eigenbedarf" des Staates, entwickelte sich zunehmend zu einer zweiten Säule der Berufsausbildung, insbesondere seit der Bildungsexpansion in den 70er Jahren. Mittlerweile nehmen knapp 1/3 eines Altersjahrgangs ein Hochschulstudium auf. Diese Tendenz wird sich voraussichtlich noch verstärken, wenn die im Zuge der Harmonisierung der europäischen Studienbedingungen gestuften Studiengänge eingerichtet und die Studiendauer bis zum "ersten berufsqualifizierenden Abschluss", dem Bachelor, wesentlich verkürzt wird. So wurden bereits im Jahre 2002 etwa 1.100 Bachelor- und Masterstudiengänge in Deutschland angeboten. Die neuesten Strukturvorgaben

turdaten 2001/2002, Bonn, 2002.

²⁰ Diesen Trend konnte bisher auch das zunehmende finanzielle Engagement des Staates nicht aufhalten. So wurde 2003 jeder neunte Ausbildungplatz, neben den Ausbildungsplätzen im öffentlichen Dienst, vollständig öffentlich finanziert. Mittlerweile macht die öffentliche Förderung sowohl in Westdeutschland als auch in Ostdeutschland bis zu 70 % der Ausbildungskosten aus.

²¹ Vgl. Baethge, M./Haase, P: Plädoyer für eine neue Berufsbildungsreform, in: Steinke, R. (Hg.): Expertisen für ein Berliner Memorandum zur Modernisierung der Beruflichen Bildung, Schriftenreihe der Senatsverwaltung für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen, Nr. 38, Berlin, 1999, S. 167–186, hier S. 167.

²² Vgl Kutscha, G: Vielfalt und Modernisierung der Berufsbildung im europäischen Kontext, in: Steinke, R. (Hg.): Expertisen für ein Berliner Memorandum zur Modernisierung der Beruflichen Bildung, Schriftenreihe der Senatsverwaltung für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen, Nr. 38, Berlin, 1999, S. 101–126, hier S. 110.

²³ Bundesministerium für Bildung und Forschung: Berufsbildungsbericht 2005, Berlin Bonn, 2005, S. 115.

²⁴ Vgl. Baethge, M./Haase, P: Plädoyer für eine neue Berufsbildungsreform, in: Steinke, R. (Hg.): Expertisen für ein Berliner Memorandum zur Modernisierung der Beruflichen Bildung, Schriftenreihe der Senatsverwaltung für Arbeit, Berufliche Bildung und Frauen, Nr. 38, Berlin, 1999, S. 167–186, hier S. 171.

der KMK sehen eine wesentliche Beschleunigung dieses Prozesses vor. Die OECD-Daten²⁵ belegen, dass Länder mit überwiegend kurzen Studiengängen (von 3 bis unter 5 Jahren) eine deutlich höhere Studienabschlussquote aufweisen, als Länder mit überwiegend langen Studiengängen.²⁶ So liegt die Abschlussquote in Ländern mit überwiegend kurzen Studiengängen im Tertiärbereich in Australien über 40 %, in Dänemark, Großbritannien und Island über 35 % in Japan über 30 % und in Schweden bei fast 30 %. In Ländern mit überwiegend langen Studiengängen wie Deutschland, Italien, Österreich und der Schweiz liegt sie jedoch unter 20 %. Daher kommt die OECD insgesamt zu dem Schluss, dass in Ländern, die ein Angebot an kürzeren Bildungsängen aufweisen, in der Regel auch der Zugang zur tertiären Bildung höher ist. Kurze Studiengänge bieten zum einen die Möglichkeit, Qualifikationen besser auf den Bedarf am Arbeitsmarkt mit seinen immer kürzeren Veränderungszyklen abzustimmen. Zum anderen können durch kürzere Studienzeiten individuelle Hemmschwellen, ein Studium anzutreten, unter Umständen merklich gesenkt werden. Letztlich führen kürzere Studiengänge zu einer Verringerung der Opportunitätskosten im Vergleich zu einer Dualen Berufsausbildung.

Die duale Berufsausbildung gerät damit nicht nur aus Richtung der Angebotsseite unter Druck sondern auch aus Richtung der Nachfrageseite.²⁷ Die häufig geäußerte Klage von Unternehmen und Arbeitgeberverbänden über die schlechte schulische Qualifikation der Ausbildungsplatzbewerber ließe sich aus dieser Sicht dann auch anders interpretieren. Die vermeintlich unzureichende Qualifikation der Ausbildungsplatzbewerber resultiert dann aus dem Umstand, dass Schulabgänger mit ausreichender Qualifikation nicht in die duale Berufsausbildung einmünden, sondern andere berufliche Qualifizierungsformen wählen.

Aus dieser Entwicklung könnte folgen, dass das traditionell — auch im Ausland — hoch angesehene deutsche Modell der Dualen Berufsausbildung ein Auslaufmodell darstellt, dass nur in einigen Nischen langfristig bestehen kann, möglicherweise überall dort, wo nur ein geringer Qualifizierungsbedarf besteht?²⁸ Diese Tendenz könnte sich durch die demografische Entwicklung verschärfen. In dem Maße wie die Zahl der Jugendlichen, die in die Berufsausbildung einmünden, zurückgeht, verschärft eine Ausweitung des Hochschulbereichs das Problem.

²⁵ Vgl. OECD: Bildung auf einen Blick, Paris, 2002.

²⁶ Bei den Ländern Polen und Finnland trifft dies jedoch nicht zu. Es handelt sich hier um Länder mit einem großen Anteil langer Studiengänge und einer hohen Abschlussquote.

²⁷ Mit der Angebotsseite werden die Anbieter von Ausbildungsplätzen, in der Regel die Unternehmen, bezeichnet, mit der Nachfrageseite, die Nachfrager nach Ausbildungsmöglichkeiten. Hiermit wird der in der Bildungsökonomie typischen Begriffsverwendung gefolgt, auch wenn diese von der sonst üblichen Verwendung in der Ökonomie abweicht. Dies bietet den Vorteil, Ausbildungsplatzbewerber und Studienplatzbewerber gleichermaßen als Nachfrager zu bezeichnen und andererseits Unternehmen und Hochschulen als Anbieter von Ausbildungen (Es würde ansonsten schon einiger Anstrengungen bedürfen, den Studienplatzbewerber als Anbieter zu definieren). Ansonsten werden in der Ökonomie jedoch die Unternehmen als Nachfrager von Arbeitsleistung bezeichnet und Arbeitnehmer als Anbieter ihrer Arbeitsleistung. Dies hat den Vorteil, dass man normal verlaufende Nachfragekurven (fallend) und Angebotskurven (steigend) erhält. Diese zweite Definition wird jedoch verwendet, wenn auf arbeitsmarktrelevante Fragen eingegangen wird.

²⁸ Eine andere Auffassung vertritt Bosch, der davon ausgeht, dass die Zunahme des Anteils der Hochschulabsolventen vor allem Auswirkungen auf den Dienstleistungsbereich hat, der industrielle Bereich hiervon weniger betroffen ist. Vgl. Bosch, G.: Bildung und Beruflichkeit in der Dienstleistungsgesellschaft, in: Herzberger, G. et. al. (Hg.): Bildung schafft Zukunft, Hamburg, 2001, S. 19–45, hier S. 26.

3. Herausforderungen für die berufliche Bildung

Die Ursachen für die Krise der dualen Berufsausbildung liegen somit nicht allein in dem Finanzierungsmodell, sondern es sind weitere Faktoren relevant, die sowohl auf der Angebotsseite als auch auf der Nachfrageseite liegen. Als Ursachen für die Krise der beruflichen Bildung werden in der Literatur im wesentlichen die "alten Bekannten" genannt:²⁹ die Dynamik der Arbeitswelt, die Globalisierung der Güter-, Kapital- und Arbeitsmärkte, die demografische Entwicklung. Die Folge ist, dass die duale Berufsausbildung nicht mehr das leisten kann, was jahrzehntelang ihre positive Wirkung war, die Integration aller Jugendlichen in den Arbeitsprozess.

- **Globalisierung**

Bereits seit Ende der 80er Jahre wird eine zunehmende internationale Verflechtung von Produktion und Verteilung ausgemacht und deren Auswirkung auf Beschäftigungssysteme unter dem Stichwort Globalisierung diskutiert. Danach führt die internationale Arbeitsteilung zu einer Veränderung der Produktionsstruktur in den einzelnen Ländern. Nach der Theorie komparativer Kostenvorteile konzentrieren sich entwickelte Länder auf die Produktion technologie- und wissensintensiver Produkte, mit der Folge, dass die Nachfrage nach einfacher Arbeit zurückgeht. Damit verbunden sind neue Qualifikationsanforderungen für die Betriebe. Die mittlere Qualifikationsebene, die bisher von den Absolventen der dualen Berufsausbildung bedient wurde, kommt immer weniger Bedeutung zu, eine zunehmende Bedeutung wird für höhere Qualifikationen erwartet. Dies wirkt aber auch auf die Nachfrageseite. Das Wegfallen der mittleren Qualifikationsebene bewirkt auch eine Ausweitung der Nachfrage nach höheren beruflichen Qualifikationen. So ist das Risiko von Erwerbslosigkeit bei Hochschulabsolventen deutlich geringer als bei Absolventen der dualen Berufsausbildung.

- **Sektoraler Wandel**

Deutschland hat sich im Rahmen der internationalen Arbeitsteilung auf die Produktion von Industriegütern spezialisiert und erreicht daher im industriellen Sektor ein höheres Beschäftigungs niveau als andere europäische Länder. Dennoch steigt auch in Deutschland der Anteil von Dienstleistungstätigkeiten an. Die Beschäftigungsstruktur in den alten Bundesländern zeigt von 1985 bis 1998 eine Abnahme des Anteils der Industriebeschäftigten von 41,7 % auf 34,1 % und eine Zunahme des Anteils der Dienstleistungsbeschäftigte von 53,3 % auf 63,2 %.³⁰ Auf dem Weg zu einer Dienstleistungsgesellschaft sind unterschiedliche Pfade denkbar. Einerseits kann die Dienstleistungsproduktion durch eine Erhöhung der Staatsquote erreicht werden, indem Dienstleistungen öffentlich finanziert werden, wie dies zum Teil in Skandinavien der Fall ist. Andererseits kann durch eine starke Lohndifferenzierung und eine niedrigere Besteuerung die private Nachfrage nach Dienstleistungen angeregt werden, wie dies in den USA erfolgt. Einen dritten Weg könnte Deutschland gehen, indem Dienstleistungen durch Qualitätsmanagement, Professionalisierung und Innovationen sowie neue Technologien verbessert und verbilligt würden, und somit die Nachfrage angeregt würde. Hieraus würden sich jedoch veränderte Anforderungen an das Berufs-

²⁹ Wissenschaftlicher Beraterkreis der Gewerkschaften IG Metall und ver.di: Bildung ist keine Ware. Wie wir morgen arbeiten, leben und lernen wollen, Berlin Frankfurt 2006, S. 16 f.

³⁰ Vgl. Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens: Auf dem Weg zur Finanzierung Lebenslangen Lernens, Bielefeld, 2002, S. 40 f.

bildungssystem ergeben, insbesondere würde der Bedarf an Qualifikationen, die bisher nicht im dualen System vermittelt werden, ansteigen.

- Wandel der Arbeitsorganisation

Das Aufkommen von posttayloristischen Unternehmens- und Arbeitskonzepten hat auch Auswirkungen auf den Qualifikationsbedarf und die Qualifikationsnachfrage der Unternehmen. Zur Sicherung der Qualität der Produktion, aber auch um die Motivation der Beschäftigten zu erhöhen, reduzieren Unternehmen häufig tayloristische Formen der Arbeitsteilung. Sie integrieren Aufgaben mit der Folge, dass der Bedarf an "ganzheitlichen" Qualifikationen der Beschäftigten steigt. Aufgaben werden an Teams oder Arbeitsgruppen delegiert, wodurch die Arbeitszeitsouveränität der Beschäftigten steigt. Diese Formen der Arbeitsorganisation führen zu veränderten Anforderungen an die Beschäftigten. Dienen neue Formen der Arbeitsorganisation der Kompensation einer durch Turbulenzen gekennzeichneten Unternehmensumwelt, so stellt dies größere Anforderungen an die unternehmensinterne Flexibilität. Flexibilität bedeutet für die Beschäftigten, dass diese nicht nur für ein enges Tätigkeitsfeld im Betrieb qualifiziert sondern für ein breites Spektrum von Tätigkeiten einsetzbar sein müssen. Hieraus erwächst ein Qualifizierungsbedarf, dessen Grundstein von der Berufsausbildung gelegt wird, der jedoch eine fortlaufende Qualifizierung erfordert.

Andererseits führen neue Formen der Arbeitsorganisation auch dazu, dass traditionelle betriebliche Berufs- und Aufstiegsperspektiven, die auf eine tief gegliederte Hierarchie ausgerichtet sind, in neu gestalteten Arbeitsprozessen abgebaut oder gar abgeschafft werden. Die Verflachung betrieblicher Hierarchien setzt die herkömmlichen Erwartungen und Perspektiven, durch formale Aufstiegswege einen hohen betrieblichen und auch gesellschaftlichen Status zu erlangen, immer stärker außer Kraft und erweist sich für berufliche Entwicklungswege in vielen modernen Unternehmen zunehmend als schwer lösbares Problem. Von den zunehmend flacher werdenden betrieblichen Hierarchieebenen sind vor allem die Ebenen vom Abbau betroffen, die insbesondere von Absolventen der dualen Berufsausbildung besetzt wurden. Die duale Berufsausbildung erweist sich dann als Sackgasse für den beruflichen Aufstieg. Es bestehen zwar für die meisten Ausbildungsberufe geregelte Aufstiegsfortbildungen zum Meister oder Techniker, wenn diese Qualifikationen aber in der Arbeitsorganisation nicht vorgesehen sind, verlieren sie an Bedeutung. Demgegenüber besteht aber eine Durchlässigkeit zu anderen Bildungspfaden, z. B. eine abgeschlossene Berufsausbildung als Zugangsberechtigung zu einem Studium nur ansatzweise.

Die beschriebenen Problemfelder deuten auf einen Veränderungsdruck auf die duale Berufsausbildung, der auf die Angebotsseite ebenso wie auf die Nachfrageseite wirkt. Das Angebot an dualen Ausbildungsplätzen geht aufgrund veränderter Unternehmensstrategien und der fehlenden Bereitschaft, die Kosten der Ausbildung zu tragen, zurück. Reaktion hierauf ist derzeit die öffentliche Subventionierung der Berufsausbildung. Aber ebenso gibt es Veränderungen auf der Nachfrageseite, die zu einem Attraktivitätsverlust der Dualen Berufsausbildung führen.

4. Warum es die duale Berufsausbildung zu erhalten gilt

Es gibt gute Gründe, die für eine Duale Berufsausbildung auf hohem Niveau sprechen. Mit der Verbindung von Lernen und Arbeiten wird eine Gruppe von Jugend-

lichen erreicht, die über ein rein schulisches Bildungssystem nur schwer für eine berufliche Qualifizierung gewonnen werden können. Sie sichert immer noch ein hohes durchschnittliches Qualifikationsniveau der Beschäftigten auf mittlerer Ebene. Zudem schafft die Duale Berufsausbildung Integrationsmöglichkeiten für eine breite Bevölkerungsgruppe in den Arbeitsmarkt. In Großbritannien z. B. bestehen demgegenüber im Prinzip nach der Allgemeinbildenden Schule nur die beiden Optionen Studium oder *training on the job*. In der Folge wird ein Großteil der Ausbildungswilligen bereits relativ früh von einem qualifizierten Erwerbsleben ausgeschlossen. Es spricht daher einiges dafür, nach Reformmöglichkeiten zu suchen, die einen Erhalt der Dualen Berufsausbildung sicherstellen.

Diese kann sich, wie gezeigt, nicht nur auf den Übergang von einer individuellen Ausbildungsförderung auf ein kollektives Finanzierungsmodell beschränken. Die Finanzierung spielt zwar eine zentrale Rolle, und die Forderung für die Duale Berufsausbildung flächendeckend eine Fondsfinanzierung einzuführen, wie sie auf tarifvertraglicher Basis bereits seit langem im Baugewerbe in Deutschland besteht, ist ein wichtiger Aspekt bei einer Reform der Dualen Berufsausbildung, reicht aber allein nicht aus. Zudem ist es erforderlich, die Duale Berufsausbildung in ihrem Verhältnis zu den anderen Bildungsbereichen zu sehen. Dies bezieht sich zum einen auf den Hochschulbereich, wo der massive Ausbau von Bachelor- und Masterstudiengängen unkoordiniert mit der Berufsausbildung erfolgt. Denn wenn von den Hochschulen 6–semestrige Bachelor-Abschlüsse angeboten werden, deren Absolventen das gleiche Beschäftigungsprofil aufweisen, wie Absolventen der Dualen Berufsausbildung — so z. B. betriebswirtschaftliche Studiengänge mit Schwerpunkt Bankensektor der Universitäten einerseits und der Ausbildungsberuf Bankkaufmann andererseits — haftet der Dualen Berufsausbildung schnell der Ruf von Drittklassigkeit an. Erforderlich erschien daher an dieser Stelle eine bessere Koordination der Ausbildungsangebote.

Zum anderen bezieht sich dies auf den Weiterbildungsbereich, dem die Aufgabe zu kommen könnte, eine Durchlässigkeit zwischen Bildungsgängen zu ermöglichen. Dies wird bereits verschiedentlich diskutiert, von der Expertenkommission "Finanzierung Lebenslangen Lernens" wird an verschiedenen Stellen ihres Schlussberichtes auf die Notwenigkeit hingewiesen, die Durchlässigkeit zwischen den Bildungsgängen zu erhöhen.³¹ Mit dem IT-Aus- und Weiterbildungssystem ist ein Schritt in diese Richtung unternommen worden. Es entspricht einem eigenständigen Berufsbildungssystem von der Ausbildung über mittlere Positionen bis zu Abschlüssen im tertiären Bereich. Es ist ein Beispiel dafür, wie Kompetenzentwicklung und Aufstiegsfortbildung im Sinne einer "diagonalen Karriere", wie betriebliche und berufliche Weiterbildung sinnvoll miteinander verbunden werden können.

³¹ Expertenkommission Finanzierung Lebenslangen Lernens: Finanzierung Lebenslangen Lernens — der Weg in die Zukunft, Bielefeld, 2004.

Der Einfluss des Bologna–Prozesses auf die europäische Hochschullandschaft

von Barbara M. Kehm und Ulrich Teichler

1. Reformdokumente und Vielfalt der Erwartungen

Wenn sich Hochschulreformbemühungen zu "Bewegungen" verdichten, sind die Erwartungen meistens sehr vielfältig. Um 1970 zum Beispiel — in der vorangehenden großen Reform–"Bewegung" — sollten die Hochschulreformen gleichzeitig dem wirtschaftlichen Wachstum dienen, die bestehende Ungleichheit der Bildungschancen verringern, zum Aufbau eines differenzierten Systems von Studiengängen und Abschlüssen führen, die Beteiligung aller Mitgliedergruppen der Hochschulen an den Entscheidungen erhöhen und Wissenschaft in gesellschaftlicher Verantwortung stärken. Auch der "Bologna–Prozess" ist einem bemerkenswert breiten Spektrum von Erwartungen ausgesetzt.

Der Kern des Reformprogramms ist äußerst übersichtlich. In erster Linie geht es um die Einführung eines gestuften Systems von Studiengängen und -abschlüssen. Dabei wird der Versuch unternommen, die bisherige Struktur von — relativ langen — universitären und vierjährigen fachhochschulischen Studiengängen durch drei- bis vierjährige Bachelor–Studiengänge und ein- bis zweijährige Master–Abschlüsse abzulösen. Die mehr oder weniger strukturierte Qualifizierungsphase bis zur Promotion wird im Bologna–Prozess als dritte Studienphase bezeichnet. Zum operativen Kern gehört noch ein zweiter Aspekt: Ein solches System soll nicht allein in Deutschland eingeführt werden, sondern in ganz Europa. In Deutschland ist die Einführung von gestuften Studiengängen seit 1996 ein wichtiges hochschulpolitisches Thema, aber mit der "Gemeinsamen Erklärung der Europäischen Bildungsminister" am 19. Juni 1999 in Bologna geht es um "größere Kompatibilität und Vergleichbarkeit der Hochschulsysteme": Ein System "leicht verständlicher und vergleichbarer Abschlüsse" soll in Europa "innerhalb der ersten Dekade des dritten Jahrtausend" auf dem Weg zur "Errichtung des europäischen Hochschulraums" etabliert werden.

Andere operative Ziele werden genannt, ohne dass ihnen das gleiche Gewicht zuge-rechnet wird. Dabei sind vor allem zwei zu nennen:

- Die Transparenz und die Wahrscheinlichkeit der Anerkennung sollen durch die möglichst flächendeckende Vergabe von "Diploma Supplements" — internatio-nal lesbare Erläuterungen der Abschlusszertifikate — und durch Einführung von Credits zur Berechnung erfolgreich abgeschlossener Veranstaltungen und Zwi-schenschritte des Studiums erhöht werden.
- Die europäischen Länder sollen bei der Weiterentwicklung von Maßnahmen zur Qualitätssicherung zusammenarbeiten.

Aber die grundlegenden Ziele dieser neuen Reform–"Bewegung" sind zweifellos weitaus vielfältiger. Dabei geht es nicht einfach darum, einen Katalog der Ziele oder

der erwarteten Erträge des Bologna-Prozesses herauszudestillieren. Die zentralen Dokumente (vgl. HRK Service-Stelle Bologna 2004) lassen vielerlei Deutungen zu. Die begleitenden, mehr oder weniger offiziellen Konferenzen zur Auswertung der Erfahrungen im Einführungsprozess und zur Weiterentwicklung der Programmatik trugen teilweise zu einer Präzisierung der Ziele bei, zum Teil aber auch zu einer Ausweitung und Aufweichung. Salopp könnte man sagen, die Bologna-Nachfolgekonferenzen sind der Erwartung ausgesetzt, ein immer breiter werdendes Bündel von Zielen und Maßnahmen zur Hochschulreform — alles, was jetzt gut und wichtig ist — durch Aufnahme in einen Spiegelstrich des jeweiligen Kommuniqués "heilig zu sprechen".

Sicherlich lässt sich mit Blick auf die verschiedenen Beschlüsse, Empfehlungen und Beratungen feststellen, dass die Bologna-Reformen in jedem Falle vierlei bewirken sollen:

- die weltweite Attraktivität und "Wettbewerbsfähigkeit" europäischer Universitäten erhöhen,
- die studentische Mobilität innerhalb Europas erleichtern,
- insgesamt ein differenziertes, flexibles und transparentes System von Studienangeboten sichern, wobei Studiengänge von kürzerer Dauer sicherlich an Attraktivität gewinnen sollen,
- curriculare Reformen auslösen, wobei insbesondere "arbeitsmarktrelevante" Qualifikationen der Studierenden stärker gefördert werden und bei der Gestaltung universitärer Bachelor-Studiengänge besondere Beachtung finden sollen.

In den zentralen Dokumenten des Bologna-Prozesses wird hervorgehoben, dass im Jahre 2010 ein "Europäischer Hochschulraum" verwirklicht sein soll. Hochschulpolitische Bemühungen sind darauf gerichtet, bis zu diesem Zeitpunkt eine konvergente Struktur von Studiengängen und -abschlüssen voll zu etablieren und andere begleitende Maßnahmen zu verwirklichen. Somit war 2005 der Zeitpunkt für eine "Halbzeit"-Zwischenbilanz gekommen:

- *Stand der Implementation:* Wieweit sind die operativen Reformintentionen — insbesondere ein gestuftes System von Studiengängen und -abschlüssen — Gegenstand offener und möglicherweise kontroverser hochschulpolitischer Diskussionen bzw. wieweit sind sie mehrheitlich von den zentralen Akteuren des Hochschulsystems akzeptiert? Wieweit ist ein gestuftes System von Studiengängen und -abschlüssen tatsächlich eingeführt? Wieweit haben sich die verschiedenen begleitenden Maßnahmen durchgesetzt?
- *Verwirklichung bzw. Modifikation des Reformprogramms:* Wieweit sind die operativen Ziele im Implementationsprozess stabil geblieben, präzisiert oder verändert worden? Wie einheitlich bzw. wie variantenreich entwickelt sich insbesondere die Struktur der Studiengänge und Abschlüsse in den einzelnen Ländern? Wie weit entwickelt sich in Europa eine Einheitlichkeit, "Konvergenz" oder gar Heterogenität der Studiengangs- und Studienabschlussstrukturen? Was schält sich als Bild von akzeptabler Vielfalt auf dem Wege zu einem konvergenten System heraus, und was liegt außerhalb? Wie einheitlich bzw. vielfältig werden die begleitenden Maßnahmen verwirklicht?

- *Wirkungen des Reformprogramms:* Wie weit erfüllen sich die Erwartungen, die mit der Einführung der gestuften Struktur von Studiengängen und -abschlüssen vor allem verbunden sind, so insbesondere eine Erleichterung der inner-europäischen studentischen Mobilität, eine wachsende weltweite Attraktivität europäischer Hochschulen, eine erhöhte Transparenz, Flexibilität und Effizienz im Hinblick auf die Studienwege und ein Voranschreiten curricularer Reformen, die arbeitsmarktrelevante Qualifikationen der Absolventen stärken? Welche unerwarteten Wirkungen treten im Veränderungsprozess auf?

Inzwischen gibt es zahlreiche systematische Analysen zum Bologna-Prozess. Noch zahlreicher sind die Versuche einzelner Akteure und Experten, ihre Impressionen zu diesem Thema zu resümieren. Im Jahre 2005 ragen jedoch insbesondere zwei systematische Studien heraus, auf deren Basis sich eine solche Zwischenbilanz ziehen lässt:

- In der Studie "Trends IV: European Universities Implementing Bologna" ziehen Sybille Reichert und Christian Tauch (2005) im Auftrag der European University Association — des Verbandes der Universitäten und der nationalen Rektorenkonferenzen in Europa — eine Bilanz. Neben der Analyse verschiedener Berichte, einer Umfrage bei nationalen Rektorenkonferenzen und der Kommunikation mit vielen Experten stützt sich der Bericht auf Fallstudien von 62 Universitäten, deren Reformen bei Besuchen in Augenschein genommen wurden. Die Studie setzt die Reihe der zentralen Bestandsaufnahmen fort, die in Absprache zwischen den Europäischen Bildungsministern, den Hochschulrepräsentanten und der Europäischen Kommission, dem Finanzier der Studie, durchgeführt werden (Haug, Kirstein und Knudsen 1999; Haug und Tauch 2001; Reichert und Tauch 2003); dabei wurde in "Trends III" ein quantitative Bilanz zum Einführungsprozess bis zum Jahre 2002 gezogen.
- Mitglieder des Internationalen Zentrums für Hochschulforschung der Universität Kassel untersuchten die Einführung von Bachelor- und Master-Studiengängen in ausgewählten europäischen Ländern (Alesi, Bürger, Kehm und Teichler 2005). In dieser vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Studie untersuchten sie in Zusammenarbeit mit nationalen Experten die Entwicklungen in Frankreich, den Niederlanden, Norwegen, Österreich und Ungarn im Vergleich zu Deutschland und darüber hinaus auch die Verarbeitung dieses europäischen Reformprozesses in Großbritannien, wo bereits zuvor Bachelor- und Master-Studiengänge bestanden. Dabei wurden Dokumente analysiert sowie Experten und Akteure interviewt. Dieser Studie war zwei Jahre zuvor eine ebenfalls vom Bundesministerium geförderte quantitative Bilanz zum Einführungsprozess in Deutschland vorangegangen (Schwarz-Hahn und Rehburg 2004).

Hier soll der Versuch unternommen werden, vor allem mit Hilfe dieser beiden Zwischenbilanzen, ihrer Vorgänger-Studien und weiterer Studien der Autoren zur strukturellen Differenzierung der Hochschulsysteme (Teichler 2005a, 2005b) einzuschätzen, wie weit der Bologna-Prozess vorangeschritten ist und welche Wirkungen zu erkennen sind. Dabei wird besonderer Wert darauf gelegt, die Entwicklungen in Deutschland vergleichend einzuordnen.

2. Stand der Einführung und Akzeptanz des Reformprogramms

2.1 Das Reformklima

Im Trends III Bericht von 2003 hieß es, die Bologna-Reformen "have yet to reach the majority of higher education grass root representatives who are supposed to implement them and to give them concrete meaning" (Reichert und Tauch 2003, S. 7). Bei Regierungen, Hochschulpolitikern und bei den Hochschulleitungen schien sich zwar auch damals schon die Idee weitgehend durchgesetzt zu haben, dass in Europa ein System ähnlicher, gestufter Studiengänge und -abschlüsse eingeführt werden sollte; bei den Verantwortlichen für Forschung und Lehre, bei den Studierenden und in manchen Ländern auch bei Vertretern des Beschäftigungssystems aber waren diese Reformintentionen nur zum Teil akzeptiert. Manchen waren sie nicht oder kaum bekannt, Manchen nicht wichtig und Manche nahmen diese Ideen mit Skepsis, Ablehnung oder anders gerichteten Reformintentionen auf.

Die beiden Zwischenbilanzen von 2005 kommen jedoch zu dem Schluss, dass im Jahre 2004 die europaweite Einführung einer konvergenten Struktur gestufter Studiengänge und -abschlüsse weitgehend akzeptiert ist. In der ländervergleichenden Studie heißt es: "Die Gesamtstimmung über die Einführung der gestuften Studienstruktur lässt sich als "vorsichtiger Optimismus" charakterisieren" (Alesi u.a. 2005, S. I). Zur deutschen Situation wird festgestellt, dass es zu Beginn des Bologna-Prozesses unter den Akteuren und Betroffenen eine "breite Mischung" der Einschätzungen "von sehr positiv bis sehr ablehnend" gab. In der Zwischenzeit sei die Akzeptanz deutlich gewachsen, aber weiterhin seien kritische Stimmen vor allem einiger Lehrender und einiger Vertreter des Beschäftigungssystems "unüberhörbar" (ebenda, S. III f.). Das heißt, 2004 bewegte sich in Europa die Diskussion nicht mehr in erster Linie um das "ob" der "Bologna-Reform", sondern eher um das "wieweit" und das "wie" sowie um die Fragen, welche Wirkungen zu erwarten und welche wünschenswert seien. Eine Stimmenvielfalt zwischen Enthusiasten und Skeptikern blieb zwar erhalten, aber dass sich eine konvergente gestufte Studienstruktur durchsetzen würde, wurde kaum mehr bezweifelt.

2.2 Stand der Einführung in Europa

Im Rahmen der im Jahre 2003 veröffentlichten Trends III Studie war eine schriftliche Umfrage bei 1.800 Hochschulen der am Bologna-Prozess beteiligten europäischen Länder durchgeführt worden, auf die 45 Prozent der angefragten Hochschulen geantwortet hatten. Ein Drittel der Hochschulen, die dazu Informationen bereitgestellt hatten, hatten bereits vor 1999 eine gestufte Studienstruktur. Gut ein Fünftel hatten sie — ob flächendeckend oder teilweise, war nicht erfragt worden — bereits in den ersten drei Jahren nach der Bologna-Erklärung eingeführt. Die meisten der übrigen Hochschulen planten die Einführung einer Bachelor-Master-Struktur; nur acht Prozent hatten dies nicht vor (Reichert und Tauch 2003, S. 48 f.). Insbesondere Hochschulen in Italien, Norwegen und den Niederlanden führten die neue Struktur sehr zügig ein.

In der ländervergleichenden Studie wird ebenfalls hervorgehoben, dass die Einführung der Bachelor-Master-Struktur in den Niederlanden und Norwegen im Jahre 2004 bereits fast flächendeckend vollzogen war. In Österreich machten im Herbst 2004 die Bachelor-Master-Studiengänge ein Viertel aller Studiengänge aus. In Frankreich dagegen war ein längerer, gestufter Prozess der Einführung in Gang gesetzt worden, und

in Ungarn sollte die Einführung in großem Umfange erst nach einem mehrjährigen Vorbereitungsprozess beginnen.

2.3 Stand der Einführung in Deutschland

Nach einer Analyse der Hochschulrektorenkonferenz stieg die Zahl der Bachelor-Studiengänge an deutschen Hochschulen relativ langsam von 123 im Wintersemester 1999/2000 auf 854 im Wintersemester 2003/04. In den folgenden Jahren gab es dagegen einen sprunghaften Anstieg auf 2.317 im Sommersemester 2006. Bei den Master-Studiengängen folgte einem langsamen Wachstum von 60 im Wintersemester 1999/2000 ein Anstieg auf 1.044 im Wintersemester 2003/04 und schließlich auf 1.777 im Sommersemester 2006 (HRK 2006).

Die Angabe, dass die neuen Studienangebote nunmehr 36 Prozent aller bestehenden Studiengänge ausmachen (*ibid.*), ist insofern irreführend, als in vielen Fällen aus alten universitären Studiengängen jeweils zwei neue Studiengänge — ein Bachelor- und ein Master-Studiengang — entstanden sind. Im Wintersemester 2004/05 waren 7,9 Prozent aller Studierenden und 15,1 Prozent aller Studierenden des ersten Hochschulsemesters in den neuen Studiengängen immatrikuliert; inzwischen dürften diese Werte über 10 Prozent bzw. über 20 Prozent erreicht haben.

Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass in Deutschland die Fachhochschulen bei der Einführung der Bachelor-Master-Struktur schneller voranschritten als die Universitäten. Für Europa insgesamt hatte die Trends Studie von 2003 noch festgestellt, dass Universitäten die gestufte Studienstruktur schneller eingeführt hätten als andere Hochschulen (Reichert und Tauch 2003, S. 48). Verbreitet ist an den deutschen Fachhochschulen die Einschätzung, dass der Bologna-Prozess ihnen eine Chance zur Stärkung ihrer Position und zur Verbesserung der Beschäftigungsaussichten ihrer Absolventen biete.

Deutschland scheint ein Wechselbad im Tempo europäischer Hochschulreformtrends zu durchlaufen: "Bis Mitte der 1990er Jahre erschien Deutschland häufig als Spätkommer auf der europäischen Hochschulszene, weil es Barrieren für Reformansätze gab und von deutscher Seite nicht alle europäischen Trends als wünschenswert betrachtet wurden. Erst ab Mitte der 1990er Jahre änderte sich das Reformklima ..." (Alesi u.a. 2005, S. III).

Bereits 1996 wurden in Deutschland Forderungen laut, Bachelor- und Master-Studiengänge einzuführen, um die Attraktivität der deutschen Hochschulen für Studierende aus anderen Weltregionen zu erhöhen. Deutschland war eines der vier Unterzeichner-Länder der Sorbonne-Erklärung im Jahre 1998 und schuf fast gleichzeitig mit der Novellierung des Hochschulrahmengesetzes die gesetzliche Voraussetzung, dass nach entsprechenden Änderungen der Ländergesetze Bachelor- und Master-Studiengänge als Pilotstudiengänge eingerichtet werden können. So "gehörte Deutschland für den Kern des Bologna-Prozess zu den Schnellstartern" (ebenda).

Inzwischen ist Deutschland jedoch ein Beispiel für einen relativ langsamen Prozess der Einführung der Bachelor-Master-Struktur. In der ländervergleichenden Studie wird deutlich gemacht, dass die im europäischen Vergleich relativ langsame Zunahme von gestuften Studiengängen in Deutschland nicht allein einer zumindest anfangs sehr kontroversen Einschätzung der gestuften Studiengangsstruktur in diesem Land zugeschrieben werden kann, sondern auch mit dem Regelungssystem für die Einführung der neuen Studiengangsstruktur zusammenhängt. Erstens hat die Entscheidung

von 1998, die Tür für gestufte Studiengänge durch eine "Kann"-Bestimmung zu öffnen, zwar den Einstieg in die Strukturreform erleichtert, aber auch den Weg zu einem langsamem Implementationsprozess vorgezeichnet. Zweitens hat die Entscheidung von 1998, für die neuen Studiengänge ein Akkreditierungssystem einzuführen und die gestuften Studiengänge möglichst vor deren Einführung zu akkreditieren, in vielen Fällen die Umstellung auf Bachelor- und Master-Studiengänge verzögert (ebenda, S. 10).

3. Das Ausmaß von struktureller Einheitlichkeit und Konvergenz

3.1 Studiendauer

Die Bologna-Erklärung von 1999 spezifiziert nur, dass der erste Studienzyklus mindestens drei Jahre dauern soll, aber sie lässt offen, was die Höchstlänge des ersten Zyklus ist. Sie präzisiert auch nicht, wie eine vergleichbare Struktur für die Master-Ebene aussehen soll. Die Ebene der Doktorandenprogramme erhielt in den offiziellen Dokumenten überhaupt erst mit der Berliner Konferenz der Bildungsminister von 2003 Gewicht. Aus der Fülle begleitender Beschlüsse und offiziöser Konferenzen haben sich jedoch weithin akzeptierte strukturelle Leitvorstellungen herausgebildet:

- Bachelor-Programme haben mindestens drei Studienjahre (oder in Rechnung europäischer Credits: 180 Credits) zu umfassen und sollten nicht länger als vier Studienjahre sein.
- Master-Studienprogramme sollten zwischen einem und zwei Studienjahren dauern.
- Bachelor- und Master-Programme sollten gemeinsam viereinhalb oder fünf Jahre erfordern.
- Wünschenswert ist ein flächendeckendes System gestufter Studiengänge und -abschlüsse.
- Gleichgültig, ob es in einem Land eine oder mehrere Typen von Bachelor- und Master-Studiengängen und ob es in einem Land einen oder mehrere Arten von Hochschulen mit unterschiedlichen curricularen Akzenten gibt, sollte jeder Bachelor als Zugangsvoraussetzung zu jedem Master-Studium und jeder Master als Zugangsvoraussetzung zu einem Promotionsstudium akzeptiert werden.

In der Trends IV Studie wird hervorgehoben, dass die Strukturreformen in den einzelnen europäischen Ländern keineswegs darauf ausgerichtet sind, eine weitest mögliche europäische Harmonisierung zu erreichen: "...the process of moving towards a comprehensive three-cycle system throughout Europe is a highly complex cultural and social transformation that has set off a chain of developments with their own dynamics in different contexts" (Reichert und Tauch 2005, S. 6). Die ländervergleichende Studie formuliert härter: Es "...kann keine einheitliche Logik des Systems gestufter Studiengänge festgestellt werden" (Alesi u.a. 2005, S. I) und "...dass von einer Einheitlichkeit der Studienarchitektur keine Rede sein kann" (ebenda, S. 7).

Zur Dauer stellt der Trends IV Bericht (Reichert und Tauch 2005, S. 14) fest, dass dreijährige Bachelor- und zweijährige Master-Studiengänge am häufigsten vorzufinden

sind (zu den einzelnen europäischen Ländern siehe auch Eurydice 2005). Bei den nationalen Regelungen zum Bachelor zeigt sich jedoch, dass

- in manchen Ländern drei Studienjahre generell vorgesehen sind,
- in anderen Ländern ein Spielraum von drei bis vier Jahren gegeben ist, so z. B. in Deutschland,
- in einer kleinen Zahl von Ländern an den Universitäten drei Jahre und an anderen Hochschulen vier Jahre Standard sind (z.B. in den Niederlanden) und
- in einigen Ländern vier Jahre die Norm sind (so in Bulgarien, Kroatien, Griechenland, Schottland und der Türkei).

Master–Programme, die im Zuge des Bologna–Prozesses eingeführt wurden, umfassen überwiegend zwei Studienjahre (120 Credits). Studiengänge mit einjähriger oder ein- bis zweijähriger Dauer sind vor allem dann anzutreffen, wenn entsprechende Bachelor–Studiengänge an der gleichen Hochschule mehr als drei Jahre umfassen. In einigen Ländern, in denen für den Abschluss beider Studiengangzyklen häufig weniger als fünf Jahre vorgesehen sind (so in Schweden und an den niederländischen Universitäten), wird — so die Aussage im Trends IV Bericht (Reichert und Tauch 2005, S. 16) — zunehmend argumentiert, dass sich einjährige Master–Studiengänge und eine Gesamtdauer von nur vier Jahren auf die Dauer nicht werden behaupten können. Lediglich von englischer Seite wird eindeutig gefordert, einjährige Master–Studiengänge und eine vierjährige Gesamtdauer beider Zyklen als Teil einer konvergenten europäischen Hochschulstruktur zu akzeptieren.

In der ländervergleichenden Studie wird eine Fülle von Ausnahmen gegenüber einer 3+2–Struktur aufgezeigt. Unter anderem wird in Norwegen in Psychologie und Theologie für beide Zyklen zusammen eine Studienzeit von sechs Jahren vorgesehen; das gleiche gilt in den Niederlanden für die Lehrerbildung. An österreichischen Universitäten darf die Gesamtdauer der beiden Zyklen in einem Fach nicht die Dauer der früheren Magister–Studiengänge überschreiten, also in vielen Fällen nicht länger als vier Jahre sein (siehe Alesi u.a. 2005, S. 6 f.).

Beide Studien zeigen nicht, wie verbreitet die verschiedenen Zeitmodelle sind. Für Deutschland liegen jedoch detaillierte Daten zum Stand des Wintersemesters 2005/06 vor: An den Universitäten waren 96 Prozent der Bachelor–Studiengänge sechssemestrige, drei Prozent siebensemestrige und nur ein Prozent achtsemestrige angelegt. Bei den Masterstudiengängen überwiegen viersemestrige mit 73 Prozent nicht ganz so eindeutig; 16 Prozent sind dreisemestrige und 11 Prozent zweisemestrige. Bei den Fachhochschulen ergibt sich eine größere Streuung nicht zuletzt dadurch, dass viele Bachelor–Studiengänge über ein sechssemestriges Studienangebot hinaus ein Praxissemester oder -jahr vorsehen: 57 Prozent der Bachelor–Studiengänge sind sechssemestrige, 37 Prozent siebensemestrige und sechs Prozent achtsemestrige. Von den Master–Studiengängen an Fachhochschulen sehen 53 Prozent vier Semester, 39 Prozent drei Semester und acht Prozent zwei Semester vor (HRK 2006). Die Gesamtstudiendauer für ein Bachelor– und Master–Studium betrug nach einer Umfrage im Wintersemester 2002/03 in 66 Prozent der Fälle zehn Semester, in 31 Prozent der Fälle neun Semester, in drei Prozent acht Semester und nur in wenigen Fällen mehr als zehn Semester (Schwarz–Hahn und Rehburg 2004, S. 38 f.).

3.2 Einbezogene Fachrichtungen

Laut Trends IV Bericht scheint sich die Bachelor–Master–Struktur in fast allen Fächern durchzusetzen. Lediglich in medizinischen Fächern werde in den meisten Ländern an einem langen Studiengang von oft sechsjähriger Dauer festgehalten. Daneben würden in manchen Ländern die Lehrerbildung und einige andere Fächer — vielfach staatlich regulierte Studiengänge — aus der gestuften Struktur herausgehalten. "Overall, however, the situation is remarkably different from two or three years ago, when not only medicine, but also teacher training, engineering, architecture, law, theology, fine arts, psychology and some other disciplines were excluded from the two–cycle system in many countries" (Reichert und Tauch 2005, S. 13). In der ländervergleichenden Studie wird dagegen hervorgehoben, dass es in vier der sieben untersuchten Länder über die medizinischen Fächer hinaus mehrere Fächer gibt, für die keine gestufte Studienstruktur vorgesehen wird (Alesi u.a. 2005, S. 7 und 27).

In Deutschland war es zunächst, als die HRG–Novellierung von 1998 die gestuften Studiengänge lediglich als Kann–Lösung und Pilot–Studiengänge vorsah, natürlich auch offen, ob alle Fachrichtungen in das neue Modell einbezogen werden sollten. Nachdem die gestuften Studiengänge im Jahre 2002 durch eine erneute Novellierung des HRG zu einem Regelangebot werden sollten, beschloss die Kultusministerkonferenz im Herbst 2003, dass die gestuften Studiengänge in der Mehrheit der Fächer flächendeckend eingeführt werden sollten, nahm jedoch Studiengänge mit staatlichen und kirchlichen Abschlüssen sowie künstlerische Studiengänge von der obligatorischen Regelung aus. Das bedeutete nicht, dass nicht auch in diesen Fächern gestufte Studiengänge eingeführt werden konnten, wie z.B. inzwischen eine große Zahl der Bundesländer für die Lehrerbildung beschlossen hat (siehe ebenda, S. 27–29).

3.3 Der Stellenwert von Hochschul- und Studiengangsarten

Beide Studien, die eine Zwischenbilanz des Bologna–Prozesses ziehen, weisen darauf hin, dass in manchen Ländern die Zyklen der gestuften Studiengangsstruktur in verschiedene Typen aufgegliedert sind:

- Auf der Bachelor–Ebene überwiegt ein Typus, bei dem allenfalls die Bezeichnungen nach Fächern oder Fachrichtungsgruppen variieren. In einigen Ländern, die eine Zweitypenstruktur von Hochschulen haben, wird allerdings zwischen einem "academic" und einem "professional"–Bachelor unterschieden; Beispiele hierfür sind Finnland, Lettland und die Niederlande (Reichert und Tausch 2005, S. 15).
- Auf der Master–Ebene ist die Variationsbreite größer: "No European consensus exists with regard to the question of whether Master programmes should be differentiated systematically between more applied/professional on the one hand, and more research–oriented on the other" (ebenda, S. 16). In Großbritannien und Irland kämen Unterscheidungen zwischen "taught" und "research" Masters sowie zwischen Masters "with thesis" und "without thesis" hinzu. In der ländervergleichenden Studie wird darauf verwiesen, dass in einigen Ländern auch Unterscheidungen zwischen disziplinären und interdisziplinären oder zwischen kontinuierlichen und weiterbildenden Master–Studiengängen gemacht werden (Alesi u.a. 2005, S. 7 f.).

- Doktoranden–Programme werden in den beiden Zwischenbilanzen verständlicherweise kaum angesprochen, da sie jenseits der Erwähnung in der Sorbonne–Erklärung von 1998 und in dem Communiqué der Berliner Konferenz von 2003 kaum zu einem zentralen Diskussions- und Aktionsbereich des Bologna–Prozesses geworden sind. Die ländervergleichende Studie verweist jedoch auf Ansätze in einigen Ländern, neben dem üblichen wissenschaftsorientierten Doktor ein "professional doctorate" einzuführen. In der Trends IV Studie wird betont, dass trotz unterschiedlicher Vorstellungen über das wünschenswerte Maß der Strukturierung eine gemeinsame Richtung der Reformen erkennbar sei: "...the common characteristics of ongoing reforms concerning doctoral provision seem to focus on more orientation, more guidance, more integration, more training of professionally relevant skills as well as clearer institutional structures to allow for more exchange and critical mass" (Reichert und Tauch 2005, S. 38).

Deutschland gehört zweifellos zu den Ländern, in denen formale Differenzierungen zwischen verschiedenen Master–Studiengängen besonders elaboriert sind: Unterschieden wird zwischen stärker forschungsorientierten und stärker anwendungsorientierten Studiengängen, zwischen konsekutiven und nicht–konsekutiven Studiengängen, weiterbildenden Studiengängen und schließlich MBA–Studiengängen; darüber hinaus ist festzuhalten, ob Master–Studiengänge an Fachhochschulen den Zugang zum höheren Dienst eröffnen oder nicht. Dies alles ist bei der Akkreditierung zu klassifizieren (siehe Alesi u.a. 2005, S. 27 f.).

Deutlich wird aus beiden bilanzierenden Studien, dass derartige Profil–Klassifizierungen von Studiengängen der neuen Struktur eher, aber nicht ausschließlich in den Ländern anzutreffen sind, in denen das Hochschulsystem nach zwei oder mehr Hochschultypen gegliedert ist. In der ländervergleichenden Studie wird hervorgehoben, dass die Einführung des gestuften Systems in diesen Ländern zumeist zu einer größeren "Funktionsüberschneidung und damit zu einer Annäherung" der Hochschultypen geführt habe (ebenda, S. I).

4. Strukturreformbegleitende Maßnahmen und Aktivitäten

4.1 Diploma Supplement und Europäisches Credit System

In der Bologna–Erklärung von 1999 wurden neben der Reform der Studiengangsstruktur zwei Instrumente explizit genannt, die die Verwirklichung der Ziele dieser Erklärung unterstützen sollten:

- das Diploma Supplement,
- Credit Systeme (ähnlich dem ECTS).

Damit griffen die für Hochschulfragen zuständigen Minister auf zwei bereits seit langem von supranationalen Instanzen geförderte Maßnahmen zurück. Die Vergabe eines international verständlichen Zusatzdokuments zu dem üblichen, beim erfolgreichen Studienabschluss überreichten Zertifikat, wurde seit 1988 von der UNESCO und dem Europarat empfohlen, und die Europäische Kommission förderte seit 1989 im Rahmen des ERASMUS–Programms die Berechnung und Buchung der Studienleistungen

mit Hilfe von Credits, dem sogenannten European Credit Transfer System (ECTS). Bei beiden handelt es sich primär um Instrumente der "Buchführung", die aufgrund der Annahme gefördert wurden, dass eine klarere Buchung von Studienleistungen deren Anerkennung im Falle von grenzüberschreitender Studien- und beruflicher Mobilität wahrscheinlicher machen; dabei wird empfohlen, Leistungsprüfungen primär studienbegleitend zu arrangieren und der Abschlussprüfung nur ein Gewicht entsprechend dem zeitlichen Aufwand zu geben.

Zum Diploma Supplement hebt der Trends IV Bericht hervor, dass es grundlegende Vorbehalte nur in Einzelfällen gibt. Ansonsten werden primär Fragen der Einführung — so insbesondere Fragen der erforderlichen Datensammlung und Administration sowie der damit verbundenen Kosten — angesprochen. Die Trends IV Studie resümiert den Stand der Einführung wie folgt: "A majority of higher education institutions appears to be able to comply with the specification in the Berlin Communiqué that the Diploma Supplement be issued to every graduate by the end of 2005" (Reichert und Tauch 2005, S. 23 f.). Im Jahre 2004 sei dies bereits in sieben Ländern verwirklicht; bei 17 Ländern sei dies im Jahre 2005 zu erwarten, während es in sechs der in die Untersuchung einbezogenen Länder — darunter Deutschland — nicht klar sei, wann mit einer vollständigen Einführung zu rechnen sei (ebenda, S. 24).

In Deutschland hatten von den Hochschulen, die auf eine Umfrage der Hochschulrektorenkonferenz Informationen bereit stellten, bis zum Herbst 2004 nur 13 Prozent das Diploma Supplement für alle Studiengänge und weitere 13 Prozent für mindestens die Hälfte der Studiengänge eingeführt. 40 Prozent hatten es für eine Minderheit der Studiengänge und 34 Prozent gar nicht etabliert (HRK Service-Stelle Bologna 2005, S. 261 f.).

Wieweit Credit Systeme zur Erleichterung der Anerkennung bei grenzüberschreitender Mobilität in den am Bologna-Prozess beteiligten Ländern bestehen, lässt sich angesichts von zwei konzeptionellen Vagheiten nicht feststellen (siehe dazu Reichert und Tauch 2003, S. 66–72). Erstens nannte die Bologna-Erklärung mit ECTS verständlicherweise nur ein Beispiel von Credit Systemen, von denen viele nationale Varianten schon vor der Förderung von ECTS im Rahmen des ERASMUS-Programms existiert hatten. Für diese Länder bzw. Hochschulen stellt sich lediglich die Frage, ob sie mehr als die Umrechnung ihrer jährlich vorgesehenen Zahl von Credits auf 60 ECTS unternehmen müssen, um eine ECTS-Kompatibilität zu sichern. Zweitens besteht kein einheitliches Konzept, was im Rahmen des Bologna-Prozesses ein Credit System über die gestückelte Buchführung von Studienleistungen hinaus noch zu beinhalten hat: eine lernzeitbezogene Berechnung der Studienleistungen sicherlich, aber noch etwas darüber hinaus (siehe dazu ausführlicher Schwarz und Teichler 2000)?

4.2 Weitere unmittelbar mobilitätsorientierte Maßnahmen

In den der Bologna-Erklärung nachfolgenden Communiqués der für Hochschulfragen zuständigen Minister werden verschiedene Maßnahmen gefordert, die grenzüberschreitende Mobilität anders als über die generelle Gestaltung der Studiengangsstruktur, der Curricula, Prüfungen, Modi des Lehrens und Lernens, Zertifizierung o.ä. zu fördern. So werden im Bergener Communiqué von 2005 befürwortet bzw. gefordert:

- Aktivitäten, die sich unmittelbar auf die Anerkennung von Studienleistungen im Falle der Mobilität richten, so die Ratifizierung der Lissaboner Anerkennungskonvention von 1997 und die Entwicklung von nationalen Aktionsplänen zur

Verbesserung der Anerkennung. Es wird berichtet, dass 36 der 45 am Bologna-Prozess beteiligten Länder die Lissaboner Konvention ratifiziert haben;

- der Ausbau von Joint Degrees, d. h. von einzelnen Hochschulen unterschiedlicher Länder gemeinsam entwickelter Studiengänge und gemeinsam getragener Studienabschlüsse;
- Maßnahmen zum Abbau direkter Mobilitätshindernisse, so die Erleichterung der Visa-Vergabe zur Erteilung von Arbeitsberechtigungen und der Ausbau der internationalen Nutzbarkeit von Stipendien.

Die beiden Zwischenbilanzen gehen auf diese Themen nicht ausführlich ein. Die Trends IV Studie stellt fest, dass nach dem Trends Bericht von 2003 das Interesse von Rektorenkonferenzen und Regierungen an Fragen von Joint Degrees noch "medium to low" gewesen sei, aber das habe sich inzwischen bei der Mehrzahl der Länder geändert: Auch schließe nur in einer Minderheit der europäischen Länder das offizielle Regelwerk von Gesetzen und anderen Regelungen die Vergabe gemeinsamer Abschlüsse aus.

4.3 Arbeitsmarktrelevante Qualifizierung durch das Bachelor-Studium

Zweifellos finden im Kontext der Einführung der gestuften Studiengangsstruktur und der Verbreitung der oben genannten begleitenden Maßnahmen — Diploma Supplement und Credit Systeme — eine Fülle weiterer Veränderungen in der Gestaltung von Curricula, Lehre und Studium statt. Dabei bestehen offenkundig sehr große Interpretationsunterschiede, wieweit solcherlei Aktivitäten systemnotwendig zum Bologna-Prozess gehören oder nur ergänzend "draufgesattelt" werden.

Die Bologna-Erklärung empfiehlt keinerlei weitere generelle Veränderungen in der Gestaltung des Studiums mit dem Ziel, grenzüberschreitende Mobilität in Europa zu erleichtern. Aber sie bekundet die Absicht, das System "leicht verständlicher und vergleichbarer Abschlüsse" mit den Zielen zu gestalten, "die arbeitsmarktrelevanten Qualifikationen der europäischen Bürger ebenso wie die internationale Wettbewerbsfähigkeit des europäischen Hochschulsystems zu fördern". Sie fordert, dass auch der Studienabschluss nach dem ersten Zyklus eine für den europäischen Arbeitsmarkt relevante Qualifikationsebene attestierte. Im Communiqué von Berlin im Jahre 2003 wird die Zusammenarbeit von Hochschulen und Vertretern des Beschäftigungssystems bei der Entwicklung der Curricula ebenfalls empfohlen.

Aus den beiden hier diskutierten Zwischenbilanzen des Bologna-Prozesses wird deutlich, dass die generelle Akzeptanz des Bachelors auf dem Arbeitsmarkt in den Ländern, die eine gestufte Studiengangsstruktur neu eingeführt haben, keineswegs als gesichert betrachtet wird. In der ländervergleichenden Studie wird unterstrichen, dass die Beschäftigungsaussichten von universitären Bachelor-Absolventen — im Gegensatz zu solchen von anwendungsorientierten Hochschulen — unsicher und prekär seien (Alesi u.a. 2005, S. II, 6 und 36–38). Nach dem Trends IV Bericht haben die staatlichen Instanzen in vielen Ländern ihre Rekrutierungs- und Karriere-Strukturen noch nicht entsprechend der neuen Struktur der Studienabschlüsse verändert (Reichert und Tauch 2005, S. 7).

Die beiden Studien verweisen — mit unterschiedlicher Akzentsetzung — auf vier Kontroversen und Vorbehalte:

- Umstritten ist, ob und in welchem Maße das curriculare Profil der Erststudienfächer stärker als zuvor auf berufliche Verwendung ausgerichtet werden sollte, etwa durch berufsspezifische Spezialisierung, ein anwendungsorientiertes Programm, praxisorientierte Akzente oder — wie in Deutschland im Rahmen der Akkreditierung gefordert — durch die gezielte Vermittlung von "Schlüsselqualifikationen". Nicht selten wird die Befürchtung geäußert, dass dies zu Lasten der wissenschaftlichen Qualität gehen würde. Im Prager Communiqué von 2001 wurde deshalb eine Harmonisierung dieser Ziele gefordert: "developing study programmes combining academic quality with relevance to lasting employability".
- Oft wird befürchtet, dass Absolventen dreijähriger universitärer Studiengänge kein Niveau von Befähigungen erreicht haben könnten, das sie hinreichend auf hochqualifizierte Berufstätigkeiten vorbereitet. Deswegen wird es häufig auch vorgezogen, die universitären Bachelor-Studienangebote generell und als wissenschaftliche Grundlegung anzulegen. Den Studierenden wird entsprechend empfohlen, ein Master-Studium anzuhängen.
- Die Einführung gestufter Studiengänge wird nicht selten als Versuch interpretiert, für die Mehrheit der Studierenden die gesamte Studiendauer und damit auch das Qualifikationsniveau der Absolventen insgesamt abzusenken; dies sollte durch eine arbeitsmarktorientierte Akzentsetzung der Bachelor-Studiengänge befördert werden.
- Um die berufliche Relevanz des Bachelor-Abschlusses zu sichern, scheinen schließlich bei der curricularen Gestaltung der Studiengänge Entscheidungen verbreitet, die dreijährigen Studiengänge stofflich so zu überfrachten, dass möglichst eine ähnliche Qualifikationsebene wie früher bei den langen universitären Studiengängen erreicht wird. Dies wird zum Teil als ein Unterfangen kritisiert, dass die Qualität des Studiums untergräbt und zum Teil als mangelnde Akzeptanz der Logik der neuen gestuften Studiengangsstruktur.

Die Diskussion wird dadurch noch zusätzlich verwirrt, dass sich in der englischen Sprache für diese Thematik der Begriff "employability" durchgesetzt hat und auch in die nationalen Diskussionen vieler europäischer Länder aufgenommen wurde. Dieser Begriff ist insofern irreführend, als er in der europäischen arbeitsmarktpolitischen Diskussion mit einer anderen Bedeutung belegt ist: Herstellung von "employability" meint die Frage, was getan werden kann, um für schwer vermittelbare Personen (z.B. Langzeitarbeitslose, Jugendliche ohne Schulabschluss) überhaupt einen Zugang in das Beschäftigungssystem zu erreichen. Obendrein akzentuiert der Begriff alles, was mit Absorption auf dem Arbeitsmarkt, Status oder Beschäftigungsbedingungen verbunden ist, aber kaum die Frage der professionellen Relevanz der Studienangebote (siehe dazu Teichler 2005a, S. 315–317).

4.4 Andere studienbezogene Maßnahmen und Aktivitäten

Rückblickend können wir feststellen, dass die Bologna-Erklärung von einem recht großen Optimismus getragen war, dass nämlich mit der Einführung gestufter Studiengänge und -abschlüsse eine weit reichende strukturelle Ähnlichkeit der Studiengänge erreicht werde und dass sich dabei auch die Niveaus und Profile der Studiengänge sowohl ähnlich entwickeln würden, dass damit die Mobilität in Europa erleichtert würde

und die Chance zur Anrechnung von Studienleistungen, die in anderen europäischen Ländern erzielt worden sind, wachsen würde. Bereits das Prager Kommuniqué von 2001 konzidierte jedoch, dass eine relative große strukturelle Variationsbreite fortbestehen werde, und rechtfertigte dies als Stärke der europäischen Vielfalt. Das Vertrauen darauf, dass eine ähnliche Struktur der Studiengänge eine wirkungsvolle Voraussetzung für die gegenseitige Akzeptanz von Studienleistungen sein werde, war offenkundig geringer geworden. So mehrten sich seit 2001 die Empfehlungen, die Strukturreform durch Maßnahmen zu begleiten, die auf die Substanz der Studiengänge zielen.

Inzwischen scheint an europäischen Hochschulen die Vorstellung weite Verbreitung gefunden zu haben, dass alles das, was in Fragen der Studienreform dem "Zeitgeist" entspricht, durch den Bologna-Prozess gefordert oder gefördert werden sollte. Sicherlich trifft es zu, dass viele Hochschulen die Einführung der gestuften Studiengänge und -abschlüsse nutzen, "um über Modernisierungen ihrer Curricula insgesamt nachzudenken" (Alesi u.a. 2005, S. II). Auch sind manche der angestrebten Veränderungen in Substanz und Organisation von Studien eng mit der Logik von Credit Systemen verbunden, d. h. einer der von Beginn an geforderten organisatorischen Begleitmaßnahmen zur Erleichterung der Mobilität. Aber manche der genannten Reformthemen — dazu gehörten studentenzentriertes Lernen, Lernerträge ("learning outcomes") und die kompetenzbasierte Bewertung von Studienleistungen, Modularisierung, Anerkennung nicht-formaler Qualifikationen, Anrechnung früherer Lernleistungen — ist von den Kommuniqués der Minister nicht "heilig gesprochen" worden.

Tatsächlich wandte sich das Prager Kommuniqué von 2001 — als erster Schritt zu einer substanziellen Flankierung der Strukturreform — der "Qualitätssicherung" zu, wobei es zugleich die Sicherung

- einer hohen Qualität als Ziel sui generis und
- der Vergleichbarkeit von Studienleistungen und -abschlüssen

nannte: "Ministers recognised the vital role that quality assurance systems play in ensuring high quality standards and in facilitating the comparability of qualifications throughout Europe." Die Minister forderten die Hochschulen und die Qualitätssicherungsagenturen der europäischen Länder auf, bei der Entwicklung von Qualitätsbewertungsverfahren zusammenzuarbeiten und dazu Erfahrungen auszutauschen. Auch empfahlen sie den Instanzen der Qualitätssicherung und der Anerkennung von Leistungen mobiler Studierender, miteinander zu kooperieren. Nicht akzeptiert wurden von der Versammlung der Minister dagegen Vorschläge, ein europäisches Qualitätssicherungssystem aufzubauen, das für die Evaluierung bzw. Akkreditierung von Studienangeboten in den europäischen Ländern zuständig sein sollte. In den Berliner und Bergener Beschlüssen wurden die Prager Vorschläge fortgeschrieben und weiterentwickelt. Im Bergener Kommuniqué von 2005 hieß es unter anderem: "We adopt the standards and guidelines for quality assurance in the European Higher Education Area as proposed by ENQA ... We welcome the principle of a European register of quality assurance agencies based on national review."

Im dritten Trends Report von 2003 wird die These vertreten, die erhobenen Daten zeigten, dass "improvement of academic quality" nunmehr neben der Vorbereitung der Absolventen auf den Arbeitsmarkt als "the most important driving force of the Bologna Process" gesehen werde (Reichert und Tauch 2003, S. 73). Im Trends IV Report wird

wiederum hervorgehoben, dass den Hochschulen Fragen der Qualität im Rahmen des Bologna-Prozesses besonders wichtig seien.

Als zweiten Schritt zur substanziellen Flankierung der Strukturreform rief das Berliner Communiqué von 2003 auf, nationale Qualifikationsrahmen (national qualifications frameworks) zu entwickeln. In dem Bergener Communiqué von 2005 heißt es dazu ausführlicher: "We adopt the overarching framework for qualifications in the EHEA, comprising three cycles (including, within national contexts, the possibility of intermediate qualifications), generic descriptors for each cycle based on learning outcomes and competences, and credit ranges in the first and second cycles. We commit ourselves to elaborating national frameworks for qualifications compatible with the overarching framework ... by 2010 ...". Der Trends IV Bericht stellt fest, dass bis Ende 2004 wenig Fortschritte in der Entwicklung nationaler Qualifikationsrahmen gemacht worden seien, allerdings zu bedenken sei, dass es in vielen Ländern bereits anders geartete curriculare Standards gebe (Reichert und Tauch 2005, S. 18).

5. Zwischenbilanz mit Blick auf die Ziele

Zur "Halbzeit" auf dem Wege von der Bologna-Erklärung im Jahre 1999 und dem bis zum Jahre 2010 zu realisierenden "Europäischen Hochschulraum" kann verständlicherweise mehr darüber gesagt werden, wieweit die operativen Reformprogramme umgesetzt worden sind, als darüber, wieweit die mit den operativen Reformprogrammen verfolgten Ziele verwirklicht worden sind. Der Trends IV Bericht konzentriert sich fast ausschließlich auf die operative Umsetzung. Die Autoren weisen jedoch wiederholt darauf hin, dass gesetzliche Regelungen für die Einführung formaler Maßnahmen und die tatsächliche Umsetzung der formalen Maßnahmen allein nicht die Anerkennung erhöhen und somit die Mobilität erleichtern und auch nicht allein die Qualität verbessern und zu arbeitsmarktrelevanten Qualifikationen führen. Sie fordern deshalb, Fragen der Curricula und der Lehr- und Lernprozesse, so z. B. "a pedagogical shift to student-centered learning" (ebenda, S. 6), einen höheren Stellenwert im Bologna-Prozess zu geben.

Die ländervergleichende Studie (Alesi u.a. 2005, S. II–V) äußert sich resümierend zu folgenden Bereichen potenzieller Wirkungen der Bologna-Reformen:

- Eine größere Einheitlichkeit der nationalen Hochschulsysteme in Europa wird erreicht, und innerhalb der einzelnen Länder wächst die Funktionsüberschneidung der bestehenden Hochschultypen. Offen sei jedoch, ob die Durchlässigkeit zugenommen habe.
- Ob das gestufte Studiensystem die mit ihrer Einführung weithin gehegten Erwartungen, die Studiendauer zu verkürzen und den Studienabbruch zu verringern, erfüllen werde, könne noch nicht beurteilt werden.
- Die Zahl der mobilen Studierenden aus anderen Weltregionen hat innerhalb der letzten Jahre zugenommen, aber es ließe sich schwer beantworten, ob und inwieviel dies auf die neuen Studienstrukturen zurückzuführen sei.
- Weithin werde angenommen, dass — im Gegensatz zu den ursprünglichen Erwartungen — mit dem Fortschreiten des Bologna-Prozesses die inner-europäische studentische Mobilität vielfach sogar zurückginge. Dass sei u. a. dar-

auf zurückzuführen, dass die Curricula von Bachelor-Studiengängen oft "stofflich so dicht" angelegt würden, dass "Studierende davon abgehalten werden, eine temporäre Auslandsstudienphase zu absolvieren" (ebenda, S. II).

- Verbreitet seien schließlich Sorgen, dass die universitären Bachelor-Absolventen großen Problemen auf dem Arbeitsmarkt ausgesetzt seien.

Die ländervergleichende Studie legt offenkundig die Vermutung nahe, dass die Erträge der Bologna-Reformen deutlich bescheidener ausfallen werden, als zu Beginn erwartet worden war.

6. Eine Bilanz

Für den Bologna-Prozess gilt ebenso wie für die europäischen Programme, die unter der Ägide der Europäischen Kommission stehen (so das SOKRATES-Programm), dass ein "Monitoring" der Reformpläne, ihrer Umsetzung und ihrer Wirkungen einen höheren Stellenwert hat, als das in der Mehrheit der europäischen Ländern bei ähnlich bedeutsamen Reformen auf nationaler Ebene der Fall ist. Nicht zuletzt, weil Reformprozesse auf europäischer Ebene schwerer zu lenken und schwerer zu überblicken sind als auf nationaler Ebene, gibt es auf europäischer Ebene eine dichtere Beobachtung und Reflexion der Reformprozesse.

Zur "Halbzeit" zwischen der Bologna-Erklärung von 1999 und der intendierten Verwirklichung eines "europäischen Hochschulraums" bis zum Jahre 2010 wurden zwei größere Zwischenbilanzen vorgelegt. Beide Studien kommen in den Grundlinien zu gleichartigen Befunden:

- Grundlegende Vorbehalte gegenüber den zentralen Programmpunkten des Bologna-Prozesses haben im Laufe der Zeit hochschulpolitisches Gewicht verloren: Zur "Halbzeit" geht es kaum mehr um das "ob", sondern um das "wie weit" und "wie" der gestuften Studiengänge und der sie begleitenden Maßnahmen.
- Die Einführung von gestuften Studiengängen und die Verbreitung von Credit-Systemen und des Diploma Supplements schreiten fort, allerdings in unterschiedlichem Tempo und mit vielerlei besonderen Akzenten.
- Insgesamt ist ein Trend zu einer größeren Konvergenz der Systeme zu beobachten, aber das Maß der strukturellen Einheitlichkeit ist deutlich geringer als anfangs erwartet.
- Im Laufe des Bologna-Prozesses — und der wachsenden Einsicht, dass das Maß struktureller Einheitlichkeit nicht so groß wird wie anfangs erwartet — nehmen Aktivitäten zur Steigerung der Konvergenz der substanzialen Gestaltung der Studiengänge zu, so in den curricularen Akzenten, in der Gestaltung der Lehr-, Lern- und Prüfungsmodi sowie in der Qualitätssicherung.

Diese Kernaussagen ergänzen und interpretieren die beiden bilanzierenden Studien allerdings unterschiedlich. Die Trends IV Studie scheint von der Hoffnung getragen, dass die erwarteten Wirkungen weitaus stärker erreicht werden können, wenn

im Bologna-Prozess Aktivitäten zur substantiellen und prozessualen Gestaltung von Lehre und Studium verstärkt und die Autonomie der Hochschulen erhöht werden.

Die ländervergleichende Studie vermisst im fortschreitenden Prozess eine "einheitliche Logik" des Systems bzw. eine "Einheitlichkeit der Studienarchitektur"; sie erwartet offenkundig ein Höchstmaß von Konvergenz, um die damit verbundenen Ziele von Transparenz, Mobilitätserleichterung u.a.m. verwirklichen zu können. Sie versucht stärker eine Zwischenbilanz der Wirkungen zu ziehen: In vielen Fällen sei das zwar noch zu früh, aber erkennbar sei, dass die Fortschritte im Bologna-Prozess kaum mobilitätserleichternde Wirkung in Europa zeitigten und dass die Förderung des temporären Auslandsstudiums der eigenen Studierenden an vielen Hochschulen aus dem Blick geraten sei.

Diese Unterschiede zwischen den beiden Studien machen darauf aufmerksam, welche Vagheiten und Ungeklärtheiten im Bologna-Prozess bestehen — sei es, dass sie nicht hinreichend bedacht werden, oder sei es, dass unüberbrückbarer Dissens bei den Akteuren besteht:

- Erstens ist zu fragen, wie groß die Vielfalt struktureller Lösungen sein darf, um noch als "konvergentes" System funktionieren zu können und wo "Divergenz" einsetzt. Wie breit sind die "Zonen des gegenseitigen Vertrauens" (siehe Le Moullour und Teichler 2004, S. 97 f.), in denen verschiedene Lösungen als mehr oder weniger äquivalent angesehen werden können, und wo sind die Grenzen solcher Zonen erreicht? Kann man zum Beispiel annehmen, dass ein Master, der auf insgesamt viereinhalb Studienjahren basiert, als ungefähr äquivalent mit einem Master nach fünfjährigem Studium angesehen werden kann, ein Master nach insgesamt vier Jahren dagegen ein geringeres Qualifikationsniveau anzeigt?
- Zweitens ist zu fragen, in welchem Maße überhaupt eine relative Konvergenz aller Bachelor-Studiengänge und -abschlüsse und aller Master-Studiengänge und -abschlüsse in Qualität und Profil gewünscht wird. Je eher angesichts der Talente der Studierenden, der Ressourcen der Hochschulen und der Anforderungen des Beschäftigungssystems eine große Differenzierung für nützlich und unabdingbar gehalten wird, desto weniger können Maßnahmen der strukturellen und auch der studiengestaltenden Konvergenz tatsächlich die Chancen der Mobilität erhöhen. Gibt es hier einen Konflikt zwischen dem, was als europäisch wünschbare Kompetenzen angesehen wird, und dem, was Mobilität fordert? In diesem Zusammenhang ist auf die Aussage vieler Experten zu verweisen, dass die Ziele des Bologna-Prozesses und des Lissabon-Prozesses im Hinblick auf das wünschenswerte Ausmaß der Differenzierung des Hochschulsystems gegensätzlich sind (siehe z.B. van Vught, van der Wende und Westerheijden 2002).
- Damit verbunden ist — drittens — zu fragen, wieweit strukturelle Konvergenz gefördert wird, um gegenüber der gegebenen inhaltlichen Vielfalt von Qualität und Profilen die Anerkennung etwas wahrscheinlicher zu machen, oder wie weit strukturelle Konvergenz ein Instrument zur Vergrößerung der substantiellen Konvergenz in Qualität und Profilen sein soll.
- Ebenfalls eng damit verbunden ist — viertens — die Frage, ob der Bologna-Prozess mit der zunehmenden Hinwendung zu Fragen von Qualität, Curricula sowie Lehren, Lernen und Prüfen ein ähnliches Maß an Konvergenz verfolgen kann wie bei Fragen der Struktur von Studiengängen, oder ob hier eine Vielfalt zu akzeptieren ist, die kaum zu erhöhter "Vergleichbarkeit" beiträgt.

- Fünftens: Wieweit erfordern — so muss man nach einiger Zeit fragen — Bemühungen, die europäischen Hochschulen weltweit für Studierende attraktiver zu machen, ähnliche, wieweit aber auch ganz andere Maßnahmen als Bemühungen, in Europa die Mobilität zu erleichtern? Nicht selten ist die Kritik zu hören, dass eine Erhöhung der Attraktivität für Studierende aus aller Welt im Bologna-Prozess völlig an den Rand geraten ist (siehe z.B. Muche 2005).

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Wirkungen der Maßnahmen, die im Rahmen des Bologna-Prozesses ergriffen werden, deshalb schwer einzuschätzen sind, weil sie in einen weiteren Kontext von Hochschule und Gesellschaft eingebettet sind. Deswegen wird zum Beispiel auch in der ländervergleichenden Studie festgestellt, dass die Bologna-Reform für eine Fülle von nationalen Reformen in der Gestaltung des Studiums zum Anlass genommen wird, die nicht ohne weiteres als Teil des Bologna-Prozesses angesehen werden können. So lassen sich die Maßnahmen, die der Mobilitätserleichterung und erhöhter weltweiter Attraktivität der europäischen Hochschulen für Studierende dienen sollen, nur bedingt nach diesen Zielen optimieren, weil auch andere Ziele auf der Tagesordnung stehen und der Zeitgeist der Reformbestrebungen auch andere Maximen setzt.

Der Bologna-Prozess ist sicherlich ein irreversibler Prozess: Um 2010 werden wir in Europa noch mehr und möglicherweise fast flächendeckend gestufte Studiengänge und -abschlüsse haben, mehr Credits, mehr Diploma Supplements bzw. deren terminologische Nachfolger, mehr Zusammenarbeit in Qualitätsfragen, mehr Beschreibungen von zu erwartenden Kompetenzen am Ende eines Studiengangs und Ähnliches. Aber je weiter das operative Reformprogramm voranschreitet, desto offener ist, was das im Hinblick auf Konvergenz bedeutet und was von den erwarteten Wirkungen eintritt. Mit Sicherheit ist zu erwarten, dass auch wieder neue Maßnahmen bedacht werden müssen, um gerade den ursprünglich mit der Bologna-Erklärung betonten Zielen näher zu kommen. Wenn sich zum Beispiel der Befund erhärtet, dass die inner-europäische Mobilität unter den vorherrschenden Trends der curricularen Gestaltung von Bachelor-Studiengängen verringert, dann stehen neue Richtungen von Reformen zur Debatte. Der Bologna-Prozess ist sicherlich nicht das Ende der Geschichte von Reformen zur Stärkung von Mobilität an und weltweiter Attraktivität von Hochschulen in Europa.

7. Gestufte Studiengänge und -abschlüsse — ein "alter Hut"

Als Mitte der neunziger Jahre in Deutschland die Forderung, gestufte Studiengänge und -abschlüsse sollten als neues Strukturmodell eingeführt werden, um die deutschen Hochschulen international attraktiv zu machen und die Mobilität der Studierenden in Europa zu erleichtern, sehr schnell Popularität gewann, konnten die Angehörigen der Kasseler Hochschule nur staunen. Denn die Gesamthochschule Kassel war 1971 mit dem Mandat gegründet worden, die Konzeptionen und Studiengänge von Universitäten und Fachhochschulen zu einem neuen Modell zu integrieren, und seit Mitte der siebziger Jahre waren gestufte Studiengänge in den Ingenieurwissenschaften, Wirtschaftswissenschaften, Architektur, Stadt- und Landschaftsplanung, Sozialwesen und Sozialpädagogik sowie mit Einschränkungen auch in der Agrarwirtschaft eingeführt worden.

Zu Beginn der siebziger Jahre waren die hochschulpolitischen Signale in Deutschland auf die Verknüpfung von Universitäten und Fachhochschulen zu Gesamthochschu-

len gestellt, wobei allerdings offen war, in welchem Umfang Studiengänge integriert werden sollten und welches Modell dabei vorzuziehen sei. In der ersten Version des Hochschulrahmengesetzes, die im Januar 1976 verabschiedet worden war, war die Gesamthochschule als zukünftiger Regeltyp der Hochschulen vorgesehen. Somit sollte intra-institutionelle Differenzierung statt inter-institutioneller Differenzierung das vorherrschende Strukturprinzip werden (siehe dazu Teichler 2001).

Aber schon 1977 "kippte" diese Stimmung. Die wenigen schon vorher etablierten Gesamthochschulen wurden Ausnahmen in der Hochschullandschaft, und die Gesamthochschule Kassel blieb die einzige deutsche Hochschule, an der gestufte Studiengänge und -abschlüsse (letztere bezeichnet als "Diplom I" und "Diplom II") angeboten wurden.

Zu Beginn der achtziger Jahre wurde die Entwicklung der Gesamthochschulen in Deutschland von einem internationalen Forschungsteam untersucht (Cerych u.a. 1981). Als Mitte der achtziger Jahre der Terminus "Gesamthochschule" ganz aus dem Hochschulrahmengesetz gestrichen wurde, vertrat das Bundesministerium für Bildung und Wissenschaft die Ansicht, dass diese Studie das Scheitern der Gesamthochschule belegt habe. Tatsächlich zeigte die Studie, dass das Modell sich nicht durchgesetzt hatte, aber dass die Potenziale von gestuften Studiengängen keineswegs in Frage gestellt worden seien. Dazu einige Ergebnisse der Studie (nach Teichler 2001, S. 104):

Das Gesamthochschulmodell hatte gemäß seiner Zielsetzung positive Erträge, da die Studienerfolge von Studierenden mit Fachhochschulreife im Durchschnitt fast ebenso hoch waren wie die von Studierenden mit Hochschulreife. Das Kasseler "Konsekutiv-Modell" — nach dem alle Studierenden integrierter Studiengänge zunächst einen ersten Abschluss zu absolvieren hatten, der dem des Fachhochschul-Diploms nicht allzu unähnlich war, und dann auf eine zweite Studienstufe übergehen konnten, die im Erfolgsfall mit einem universitären Abschluss endete — geriet seitens der universitären Fachvertreter weitaus stärker in die Kritik als das in Nordrhein-Westfalen eingeführte Y-Modell. Dort wurden die Studierenden nach einer kurzen gemeinsamen Studienzeit in einen kürzeren "Ast", der zu einem fachhochschul-äquivalenten Diplom führte, und einen längeren, universitären "Ast" aufgegliedert. Die massivste universitäre Kritik am Konsekutiv-Modell war, dass durch den Verzicht auf eine lange, rein propädeutische Phase vor Beginn des Fachstudiums im engeren Sinne das wissenschaftliche Anspruchsniveau der angebotenen Fachkurse und damit die fachliche Qualifikation insgesamt auf ein nicht akzeptables Niveau sinken müssten.

Das Y-Modell dagegen war bei Studierenden offenkundig weniger als offenes Optionsmodell akzeptiert. Sie sahen sich stärker zur Wahl des langen "Astes" genötigt, um nicht alle Chancen zu verpassen. Die Absolventen der ersten Stufe des Konsekutivmodells konnten demgegenüber in relativ großer Gelassenheit wählen. Sie entschieden sich nur dann mehrheitlich für die zweite Studienstufe, wenn die Beschäftigungsaussichten für Absolventen ihres Faches sehr ungünstig waren. Die Studierenden im Y-Modell drängten dagegen in großer Zahl zu dem langen "Ast".

Die Idee, dass Gesamthochschulen in Forschung und Lehre stärker als klassische Universitäten praxisorientiert sein sollten, fand wachsende Akzeptanz — nicht zuletzt, weil auch die Universitäten immer stärker zu Akzentverschiebungen in dieser Richtung aufgefordert wurden. Problematisch war für die Gesamthochschulen vielmehr, dass sich alle neuen Universitäten in der Etablierung qualitativ anspruchsvoller Forschung und in der Einwerbung zusätzlicher Forschungsmittel schwer taten, mit den alt-etablierten Universitäten gleich zu ziehen, und dass die Gesamthochschulen dabei

— nicht zuletzt wegen der genannten Zwei-Typen-Struktur, die auch die Hochschullehrer in solche mit hoher und solche mit weniger hoher Lehrverpflichtung teilte — besonders große Probleme hatten.

Die Gesamthochschule hielt an den gestuften Studiengängen fest, obwohl der Druck von innen und außen groß war, sich in den Mainstream der deutschen Hochschullandschaft einzufügen. Als schließlich alle Hochschulen in Deutschland auf gestufte Studiengänge und -abschlüsse umzuschwenken begannen, ergab sich eine höchst ambivalente Situation für die Gesamthochschule Kassel. Man konnte pointiert formulieren: "Alle wollen die Gesamthochschulidee, niemand will die Gesamthochschule" (ebenda, S. 102). Auf der einen Seite konnte sie sich als Gewinnerin ihrer Reformpolitik verstehen, auf der anderen Seite war sie nicht mehr "Unikat im Uni-Reigen" und musste neu über ihr zukünftiges Profil nachdenken. Konsequent war es, in diesem Augenblick den Namen "Gesamthochschule" aufzugeben, da die alten Charakteristika keine Besonderheit mehr darstellten und der Name für die öffentliche Reputation eher ein Hindernis gewesen war. Die Suche nach dem besonderen Profil der Kasseler Universität in der Zukunft ist noch keineswegs abgeschlossen.

Bernhard Nagel war über drei Jahrzehnte Professor an der Kasseler Hochschule. Er hat sich immer für das Modell der gestuften Studiengänge und -abschlüsse eingesetzt. Er versuchte stets, diejenigen, die den Außendruck für zu stark hielten oder vom Modell der gestuften Studiengänge ohnehin nicht überzeugt waren, mit überzeugenden, aber nie dogmatischen Argumenten für dieses Modell zu gewinnen. Er plädierte auch seit langer Zeit für die Einführung dieses Modells in den Studienfächern, in denen es auch in Kassel nicht eingeführt worden war: in den Fächern der Geistes-, Sozial- und Naturwissenschaften, in denen es im deutschen Hochschulsystem keine kurzen Studiengänge gab und in denen keine entsprechende Stufung von beruflichen Einsatzbereichen vorgezeichnet war. Er traute den Hochschulen frühzeitig zu, sich durch innovative Studiengänge als Trendsetter auf dem Arbeitsmarkt durchzusetzen. Bernhard Nagel hat im Augenblick der Beendigung seiner beruflichen Pflichten keinerlei Grund, auf diese Haltung mit Selbstzweifeln zurückzublicken.

Literatur

Alesi, B., Bürger, S., Kehm, B.M. und Teichler, U. (2005): Bachelor- und Master-Studiengänge in ausgewählten Ländern Europas im Vergleich zu Deutschland. Bonn und Berlin: Bundesministerium für Bildung und Forschung.

Cerych, L., Neusel, A., Teichler, U. und Winkler, H. (1981): Gesamthochschule — Erfahrungen, Hemmnisse, Zielwandel. Frankfurt/M. und New York: Campus.

Eurydice (2005): Focus on the Structure of Higher Education in Europe 2004/05. National Trends in the Bologna Process. Brüssel.

Haug, G., Kirstein, J. und Knudsen, I. (1999): Trends in Learning Structures in Higher Education. Copenhagen: Danish Rectors' Conference Secretariat.

Haug, G. und Tauch, C. (2001): Trends in Learning Structures in Higher Education (II). Helsinki: National Board of Education.

Hochschulrektorenkonferenz (2005): Statistische Daten zur Einführung von Bachelor-

und Masterstudiengängen. Wintersemester 2005/2006. Bonn: HRK (Statistiken zur Hochschulpolitik, 2/2005).

HRK (2006): Statistische Daten zur Einführung von Bachelor- und Masterstudiengängen. Sommersemester 2006. Statistiken zur Hochschulpolitik 1/2006.
(URL: http://www.hrk.de/de/download/dateien/HRK_Doku1_2006_SoSe2006.pdf
Zugriff am 10.8.2006).

HRK Service-Stelle Bologna (2004): Bologna-Reader. Texte und Hilfestellungen zur Umsetzung der Ziele des Bologna-Prozesses an deutschen Hochschulen. Bonn: Hochschulrektorenkonferenz (Beiträge zur Hochschulpolitik, 8/2004).

HRK Service-Stelle Bologna (2005): Diploma Supplement. Funktion — Inhalte — Umsetzung. Bonn: Hochschulrektorenkonferenz (Beiträge zur Hochschulpolitik, 4/2005).

Kehm, B. M., Teichler, U.: "Mit Bachelor- und Master-Studiengängen und -abschlüssen wohin?" In: Das Hochschulwesen, 54. Jg., Heft 2/2006, S. 57–67.

Le Moullour, I. und Teichler, U. (2004): "Making European Credit Transfer Work". In: Actes du symposium Construction des qualifications européennes. Paris and Strasbourg: Mission éducation—économie—emploi/Béta-Céreq — Université Louis Pasteur, S. 93–102.

Muche, F. (Hg.) (2005): Opening up to the Wider World. The External Dimension of the Bologna Process. Bonn: Lemmens.

Reichert, S. und Tauch, C. (2003): Trends 2003. Progress Toward the European Higher Education Area. Brüssel: European University Association.

Reichert, S. und Tauch, C. (2005): Trends IV: European Universities Implementing Bologna. Brüssel: European University Association.

Schwarz, S. und Teichler, U. (Hg.) (2000): Credits an deutschen Hochschulen. Kleine Einheiten — große Wirkung. Neuwied, Kriftel und Berlin: Luchterhand.

Schwarz-Hahn, S. und Rehburg, M. (2004): Bachelor und Master in Deutschland. Empirische Befunde zur Studienstrukturreform. Münster: Waxmann.

Teichler, U. (2001): "Alle wollen die Gesamthochschulidee, niemand will die Gesamthochschule". In: Das Hochschulwesen, 49. Jg., H. 1, S. 102–107.

Teichler, U. (2005a): Hochschulstrukturen im Umbruch. Eine Bilanz der Reformdynamik seit vier Jahrzehnte. Frankfurt/Main und New York: Campus.

Teichler, U. (2005b): Hochschulsysteme und Hochschulpolitik. Quantitative und strukturelle Dynamiken, Differenzierungen und der Bologna-Prozess. Münster: Waxmann.

Van Vught, F., van der Wende, M. und Westerheijden, D. (2002): "Globalisation and Internationalisation: Policy Agendas Compared". In: Enders, J. und Fulton, O. (Hg.) Higher Education in a Globalising World. Dordrecht: Kluwer, S. 103–120.

Teil II.

Verfassung von Energiesystemen

Der Parlamentsvorbehalt im Energierecht

von Peter Becker

Rechtsanwalt und Notar in Marburg, der mit dem Jubilar in zahlreichen Materien verbunden ist, in den letzten Jahren vor allem im Energiewirtschaftsrecht.

Das Energiewirtschaftsgesetz, das die Rechtsverhältnisse der herkömmlichen Energiewirtschaft einschließlich der staatlichen Aufsicht regelt, galt in seiner Ausgangsfassung vom 13. Dezember 1935¹ mit nur unwesentlichen Retuschen bis 1998. In der Präambel war noch von den "volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen des Wettbewerbs" die Rede. Die Gemeinwohlziele sollten "durch Verbundwirtschaft" gefördert werden. Im Gesetzentext erschien freilich die Aufsichtsbehörde, der "Reichswirtschaftsminister", in Kursivsatz. Mit dem Nachfolgegesetz, dem EnWG vom 24. April 1998², wurde der Umsturz geplant: Der Wettbewerb galt jetzt nicht mehr als schädlich, sondern — freilich unter europäischem Druck — als segensreich. Deswegen wurden mit Art. 2 des gleichzeitig erlassenen Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts³ die Regelungen für die monopolistische Verfassung der Energiewirtschaft, die §§ 103 und 103 a GWB, für Strom und Gas gestrichen. Für Wasser gelten sie fort.

Das Gesetz verfehlte freilich völlig seinen Zweck. Das erste Änderungsgesetz verböserte die Wirkungen noch. Erst mit dem EnWG vom 07. Juli 2005⁴ wurde — wiederum unter europäischem Druck — der Versuch einer intensionsgerechten Neuregelung gemacht — die freilich schon wieder umstritten ist. Die nachfolgenden Überlegungen gehen der Frage nach, woran das liegt. Die Antwort mag Widerspruch auslösen. Es gibt aber viele Belege dafür, dass die Wirkungslosigkeit der Gesetzgebung, was die Liberalisierung angeht, insbesondere an der "Staatsnähe der Energiewirtschaft" liegt. Die Einzelheiten werden im zweiten Kapitel des Aufsatzes dargestellt. Die staatstheoretische Schlussfolgerung löst vielleicht gar echten Widerstand aus: Der Parlamentsvorbehalt gilt im Energiewirtschaftsrecht, soweit es die Energiewirtschaft auf Basis fossiler und atomarer Energie verfasst, nur der Form nach. Die materiellen Entscheidungen fallen woanders.

Anders war das bei den erneuerbaren Energien, wiederum gezeigt an den maßgeblichen Gesetzgebungswerken, dem Stromeinspeisungsgesetz vom 07. Dezember 1990⁵ sowie dem Erneuerbare Energien-Gesetz vom 29. März 2000⁶.

¹ RGBI I. Seite 1451; BGBl III. 752–1.

² BGBl I. Seite 730.

³ vom 28. April 1998, BGBl I. Seite 730.

⁴ BGBl I. Seite 1970.

⁵ BGBl I. Seite 2633.

⁶ BGBl I. Seite 305.

Beide Gesetze hatten ihre Initialzündung in der Mitte des Bundestags. Insofern stellt sich hier die staatstheoretische Frage und Antwort ganz anders: Der Parlamentsvorbehalt ist beachtet.

Es überrascht, dass sich die Staats- und Verwaltungsrechtler der Universitäten mit dieser Frage noch nicht befasst haben. Es liegt vielleicht am Fehlen des empirischen Materials. Diesem Missstand versucht der Beitrag beizukommen. Vielleicht entsteht ja eine wissenschaftliche Diskussion mit der Aussicht auf Abhilfe — die einmünden müsste in eine Regulierung der Karrieren von Führungspersönlichkeiten aus Verwaltung und Gesetzgebung in die Vorstände der Energiewirtschaftsunternehmen. Ein weiterer Mangel betrifft die bisher völlig unzureichend ausgestatteten Aufsichtsbehörden. Erst die Schaffung der Bundesnetzagentur (vgl. § 55 ff. EnWG 2005) schafft Abhilfe — freilich nur für Netzzugang und -entgelte. Die Energiepreise entwickeln sich dagegen nach einem "Spiel der Kräfte", das man wohl kaum "frei" nennen kann.

I. Die neue Energiewirtschaftsgesetzgebung

1. Das EnWG 1998

Das EnWG 1998 sollte, angestoßen durch Richtlinien der Europäischen Union⁷, die Liberalisierung der Energiemarkte herbeiführen. Die Strom-Richtlinie sah dafür insbesondere drei Instrumente vor:

- Die Abschaffung der geschlossenen Versorgungsgebiete (12. Erwägungsgrund),
- den Netzzugang Dritter (Art. 16 ff.), sowie
- die buchhalterische Entflechtung der Unternehmensaktivitäten (Art. 13 ff.).

Schon für das wichtigste Element, die Netzöffnung, gestand die Richtlinie freilich ein Wahlrecht zu, nämlich das zwischen verhandeltem und reguliertem Netzzugang (Art. 16).

Bei der Entflechtung findet sich ferner eine unklare Begrifflichkeit: Die "Verteilungsaktivitäten" können allein das Netz, können aber auch Netz und Energievertrieb meinen. Aufzuklären wäre, ob diese Begrifflichkeit auf Schlampperei oder eine gezielte Einflussnahme interessierter Kreise zurückgeht.

Während der Regierungsentwurf zunächst auf einen Netzöffnungstatbestand vollständig verzichtete und dem konkurrierenden Leitungsbau eine ausreichende Netzöffnungsfunktion beimaß, forderte die damalige SPD–Opposition einen Netzöffnungstatbestand⁸ und insbesondere eine Rechtsverordnung, "die die Netztarifstruktur und Kriterien für die Vertragsbedingungen regelt."⁹ Das Land Schleswig–Holstein brachte sogar den Entwurf einer NetzzugangsVO¹⁰ ein. Erst im letzten Moment wurde mit § 6 Abs. 1 ein Netzzugangsanspruch in das Gesetz eingefügt, woran sicherlich engagierte

⁷ Richtlinie 96/92/EG — Binnenmarktrichtlinie Elektrizität vom 19.12.1996, und Richtlinie 98/30/EG – Binnenmarktrichtlinie Gas vom 22.06.1998.

⁸ Abgeordneter Volker Jung, 169. Sitzung vom 17.04.1997, Seite 15220.

⁹ Abgeordneter Volker Jung, Rundschreiben vom 11.11.1997.

¹⁰ Entschließungsantrag in BR–Drs. 1019/97, dazu Cronenberg, RdE 1998, 85, 87.

Beiträge des (heutigen) Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts¹¹ sowie des Vorsitzenden der 8. Beschlussabteilung beim Bundeskartellamt¹² nicht unschuldig waren. Der Gesetzgeber baute freilich an entscheidender Stelle einen Widerspruch ins Gesetz ein ("verhandelter Netzzugang" in der Überschrift der Vorschrift, trotz Netzzugangsanspruchs¹³), der der Vorschrift ihren "Biss" nahm und die Marktteilnehmer auf die Rechtsprechung verwies, ganz abgesehen vom Verzicht auf eine Regulierungsbehörde.

Der Netzöffnungstatbestand sah in Abs. 2 ferner eine VO-Ermächtigung für die Setzung der Vorschriften über die Verträge und die Bemessung der Netzentgelte vor. Diese Ermächtigung wurde jedoch nie genutzt. Schon im Gesetzgebungsverfahren wurde vielmehr auf Verbändevereinbarungen gesetzt, die den Verband der Stromwirtschaft ermächtigte, nach vielen Jahrzehnten Monopol nunmehr die Liberalisierung der eigenen Netze durchzuführen: So wurde der Bock zum Gärtner.

Auch für die Entflechtung von Netz und Vertrieb wurde keine klare Regelung geschaffen. Vielmehr sah § 9 Abs. 2 Satz 1 vor, dass die Unternehmen "getrennte Konten für die Bereiche Erzeugung, Übertragung und Verteilung ... zu führen" hätten. Dieser Begriff nahm die Unklarheit der Richtlinie auf und wurde in der Praxis prompt dahingehend interpretiert, dass das Gesetz keine buchhalterische Trennung von Netz- und Vertriebskosten fordere. Mit dieser Unklarheit räumte erst § 9a Abs. 2 des Ersten Neuregelungsgesetzes¹⁴ auf, wo es hieß, dass die Unternehmen "jeweils ein von den Gashandels- und Vertriebsaktivitäten getrenntes Konto für die Bereiche ... Verteilung ... zu führen" haben. Denn die Separierung der Kosten des Netzes von denen des Vertriebs ist für die Findung angemessener Netzentgelte unerlässlich.

So mussten die Kartellbehörden sowohl die Schaffung der Regeln als auch deren Durchsetzung übernehmen; eine Aufgabe, an der sie prompt gescheitert sind: Nach dem Bericht der Kartellbehörden des Bundes und der Länder zu Netznutzungsentgelten¹⁵ dauerte es noch fast zwei Jahre, bis die erste Missbrauchsverfügung des Bundeskartellamts gegen die Thüringer Energie AG (TEAG) vom 14.02.2003¹⁶ erging, die vom OLG Düsseldorf¹⁷ aufgehoben wurde. An dieser Stelle zeigt sich die entscheidende Schwäche der kartellrechtlichen Ex-post-Kontrolle: Die Marktteilnehmer und die Kartellbehörden müssen, solange das Gesetz nur unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, das einschlägige Recht überhaupt erst vor Gericht erkämpfen, bis der Gesetzgeber gar nicht mehr anders kann.

Insbesondere verzichtete das Gesetz auf eine umfassende Energiepreisregulierung. Zwar hielt das Gesetz in seinem § 1 am Grundsatz des § 1 EnWG 1935 (das bis 1998 galt!) fest, dass Energiepreise "preisgünstig" sein müssen. Die Befugnis des alten § 7, die allgemeine Tarifpreise sowie die Energieeinkaufspreise (!) der Energieverteiler "wirtschaftlich zu gestalten", wurde aber aufgegeben. Nach § 11 EnWG 1998 darf der Minister nur noch "die Gestaltung der allgemeinen Tarife ... regeln". Diese Zurückhaltung mag allerdings, jedenfalls vom Ansatz her, wegen der Beibehaltung der Preisauf-

¹¹ Papier, Durchleitungen und Eigentum, BB 1997, 1213.

¹² Markert, BB 1997, 1421.

¹³ So Cronenberg, a. a. O., 86.

¹⁴ Vom 20.05.2003, BGBl I. Seite 686.

¹⁵ Vom 19.04.2001.

¹⁶ ZNER 2003, 145.

¹⁷ Vom 11.02.2004, ZNER 2004, 76; eine Rechtsbeschwerde wurde nicht eingelegt.

sicht im Tarifkundenbereich¹⁸ und im Sonderkundenbereich durch die Aussicht auf Wettbewerb durch Netzöffnung vertretbar gewesen sein: Denn in der Tat sprang der Stromwettbewerb in den Jahren 1999 bis 2001 durch unternehmerische Entscheidungen an, die die Beteiligten heute freilich als "Fehler"¹⁹ einschätzen: Der Gesetzgeber hatte nämlich auch auf Regelungen zu den langfristigen Energiebezugsverträgen verzichtet, die Strom und Gas beziehende Weiterverteiler auf i. d. R. 20jährige Bindungen mit Gesamtbedarfsdeckungsverpflichtung festlegten.

Es bedurfte der Initiative der Marktteilnehmer, in Schlüsselprozessen²⁰ für eine Bezugsdiversifizierung zu sorgen. Auslöser des Preiswettbewerbs im Strom war freilich die unternehmerische Entscheidung der Energie Baden-Württemberg (EnBW), durch Preisunterbietungen in fremde Versorgungsgebiete, vor allem die des RWE in Nordrhein-Westfalen, einzudringen, was RWE prompt mit vorwärtsschreitendem Wettbewerb in Baden-Württemberg beantwortete. EnBW verlor dadurch etwa die Hälfte der Stadtwerke-Stammkundschaft in Baden-Württemberg und bewirkte vor allem eine Reduzierung der Preise auf ca. 40 % der vorherigen, die sich vor allem im Sonderkundenbereich bemerkbar machte. Eine nachhaltige Öffnung der Bezugsverträge trat aber nicht ein, so dass sich das Bundeskartellamt mit einer Missbrauchsverfügung gegen Ruhrgas²¹ genötigt sah, langfristige Bezugsbindungen zu beanstanden. Auch im Strombereich werden heute noch langfristige Verträge verteidigt.

So war es kein Wunder, wenn die Monopolkommission in ihrem 15. Hauptgutachten 2004²² die fehlende Ex-ante-Regulierung des Netzzugangs bemängelte und eine "intensivierte wettbewerbliche Aufsicht über die Stromgroßhandelsmärkte forderte, um Marktmachtproblemen auf dem Stromgroßhandelsmarkt Rechnung zu tragen". Alle Liberalisierungsmängel waren durch Fehlentscheidungen oder Unterlassungen des Gesetzgebers bzw. der Energiebehörden verursacht.

2. EnWG 2005

Die Europäische Union hat, provoziert durch die offensichtliche Verweigerungshaltung der deutschen Gaswirtschaft²³, die Einführung eines regulierten Netzzugangs in Deutschland erzwungen²⁴. Einige Umsetzungsentscheidungen im Verlauf des Gesetzbungsverfahrens der Großen Koalition sind aber sehr bemerkenswert:

¹⁸ Durch die Bundestarifordnung Elektrizität — BTOElt — vom 18.12.1998, BGBl I. Seite 2255, zuletzt geändert durch VO vom 29.10.2001, BGBl I. Seite 2785.

¹⁹ "Preisdumping war ein Fehler", so RWE-Vorstand Roels drei Jahre später, ZfK 9/2004, Seite 5.

²⁰ Thyssengas/STAWAG, OLG Düsseldorf, ZNER 2002, 255, mit Anm. von Markert; GVS/Stadtwerke Schwäbisch Hall, OLG Stuttgart, ZNER 2002, 232, mit Anm. von Markert: In beiden Fällen wurde die Revision "weggekauft".

²¹ Vom 13.01.2006, ZNER 2006, 74; Sofortvollzug bestätigt durch OLG Düsseldorf, B. v. 20.06.2006, demnächst in ZNER.

²² Vom 09.07.2004, Kapitel VI. "Entwicklung und Perspektiven des Wettbewerbs in der Elektrizitätsversorgung"

²³ Die Verbändevereinbarung Gas (VV Gas), abgedruckt bei Herrmann/Schweers, Rechtsgrundlagen der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2002, 119, verharrete beim Punkt zu Punkt-System, das wegen der Vielzahl der berührten Netzebenen auch eine Vielzahl von Verträgen erzwang; beim Strom war das entsprechende System der VV I alsbald durch das transaktionsunabhängige Modell der VV II abgelöst worden.

²⁴ Sog. Beschleunigungsrichtlinien vom 26.06.2003, Strom: RiLi 2003/54/EG, Gas: RiLi 2003/55/EG.

- Die Große Koalition verzichtete zunächst auf die Schaffung einer eigenständigen Regulierungsbehörde und überantwortete sowohl die Schaffung der grundsätzlichen Regeln als auch den Verwaltungsvollzug den Kartellbehörden,
- damit wurde zugleich das — gescheiterte — System der Ex-post-Kontrolle der Netzentgelte beibehalten,
- vor Allem wurde auf eine weitergehende Energiepreis-Regulierung verzichtet, wobei freilich einerseits die Aufsicht über die Haushaltskundenpreise durch Abschaffung der BTOElt zum 01.07.2007 (Art. 5 Abs. 3²⁵) beseitigt, andererseits aber eine "besondere Missbrauchsaufsicht" für Haushaltskundenpreise (§ 40 EnWG) geschaffen werden sollte.

Die Mehrzahl dieser — industriefreundlichen — Grundentscheidungen sollte im Gesetzgebungsverfahren keinen Bestand haben. Die Grünen setzten die Einrichtung einer Bundesregulierungsbehörde durch, der Bundesrat eine Ex-ante-Netzentgeltregulierung bei gleichzeitiger föderaler Verfassung der Behördenzuständigkeiten (§§ 21 a EnWG und Strom- bzw. GasNEV)²⁶. Andererseits verzichtete auch der Bundesrat auf die Energiepreisregulierung und schaffte sogar die vorgesehene besondere Missbrauchsaufsicht über Haushaltskundenpreise (§ 40 EnWG-E) mit dem Argument ab, die Preisaufsicht nach BTOElt sei wirkungsvoller²⁷; allerdings hatte er deren Geltung gerade bis zum 30.06.2007 befristet (s. o.).

Fast zum Krimi geriet die Regelung des Gasnetzzugangs. Die Ausgangsfassung des § 20 Abs. 1 b Satz 2 des Entwurfs hielt — wohl aufgrund direkter Einflussnahmen der Gaswirtschaft — am Punkt zu Punkt-Modell der VV Gas fest, obwohl diese nicht zu einem effektiven Netzzugang geführt hatte. Erst im letzten Moment wurde im Vermittlungsverfahren aufgrund der Initiativen einiger Mitglieder des Vermittlungsausschusses mit dem neuen Abs. 2 ein transaktionsunabhängiges Entry-Exit-Modell eingeführt, das allerdings mit der GasNZV nicht kompatibel war, so dass der Streit um die Umsetzung in die Praxis verlegt wurde.

Damit sind unter dem Blickwinkel des Parlamentsvorbehalts insbesondere zwei Entscheidungen zu würdigen:

- Der Verzicht auf die Energiepreisregulierung,
- die mangelhafte Umsetzung eines effektiven Gasnetzzugangs.

Entscheidend ist der Verzicht des Gesetzes auf eine Energiepreisregulierung. Das sei an der Entwicklung der Strompreise aufgezeigt: Kostete die Megawattstunde Strom in den Jahren 2000 und 2001 noch 24,00 €/MWh, so werden für das Jahr 2007 70,00 € veranschlagt, was auch mit der Auspreisung der CO₂-Zertifikate zusammen hängt²⁸. Basis einer Preiskontrolle sind die zivilgerichtliche Billigkeitsrechtsprechung nach § 315 BGB, deren Bedeutung angesichts der gewaltig anschwellenden Zahl an Entscheidun-

²⁵ Zweites Neuregelungsgesetz vom 07.07.2005, BGBl I. Seite 1970.

²⁶ Vom 25. Juli 2005, BGBl I. Seite 2225 (Strom) und 2197 (Gas).

²⁷ BR-Drs. 613/1/04, Empfehlungen der Ausschüsse, Seite 51.

²⁸ Beim Bundeskartellamt ist ein Missbrauchsverfahren anhängig, in dem am 30.03.2006 eine Abhörung stattgefunden hat, die das Amt durch ein — sehr interessantes — "Sachstandspapier" vom 20.03. vorbereitet hat (B8-88/05-1/02).

gen²⁹ und Veröffentlichungen³⁰ deutlich wird, sowie die kartellrechtliche Preismissbrauchskontrolle des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, die sich freilich damit auseinandersetzen muss, dass die Preisbildung in den Strombezugsverträgen der Stadtwerke und industriellen Großkunden an die Preisbildung der Leipziger Strombörsen EEX anknüpft und diese wiederum das Marktgeschehen abbildet oder — vielleicht auch nur — abbilden soll. Die Monopolkommission³¹ nennt es "strategisches Angebotsverhalten marktmächtiger Erzeugungsunternehmen", des "Oligopols aus den vier Verbundunternehmen", das seinen Einfluss auf die Preisbildung an den Großhandelsmärkten weiter erhöht habe. Sie fordert eine Regulierung auch der Großhandels- und Regelenergiemärkte für Strom und brandmarkt ihr Fehlen als "unverständliches Versäumnis des Deutschen Gesetzgebers". In der Tat: Durch die Netzregulierung kommen Verbraucher vielleicht in den Genuss (geringfügig) niedrigerer Strompreise, soweit die Netzentgelte dafür verantwortlich sind, können aber nicht von Strompreisentwicklungen partizipieren, wie sie funktionierender Wettbewerb als denkbar erscheinen lässt, orientiert an den Preisentwicklungen in den Jahren 2000/01.

Ein Mangel anderen Kalibers ist der Gasnetzzugang: Die gesetzlichen Regelungen geben exakt die politischen Auseinandersetzungen im Vorfeld der Gesetzgebung wieder; mit dem Ergebnis, dass — wie beim Stromnetzzugang auf Basis des EnWG 1998 — der Streit vorprogrammiert ist. Das Problem war, dass "der Verordnungsgeber fast vor dem Nichts stand"³²; was freilich angesichts der Gasrichtlinie vom 26.06.2003 verwunderlich war. Wegen der fehlenden Kompetenz für einen eigenen fachlichen Standpunkt, vergab das BMWi einen Gutachtensauftrag für ein Netzzugangsmodell, und zwar ausgerechnet an die Anwaltskanzlei, die ständig das Haus E.ON berät³³.

Deswegen enthielt der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14.10.2004³⁴ noch keine Regelung für den Gasnetzzugang. Das war in der "konsolidierten Arbeitsfassung" (Stand 09.03.2005) schon anders; danach waren die Netzbetreiber verpflichtet, "den Netzzugang ohne Festlegung eines transaktionsabhängigen Transportpfades zu ermöglichen", ferner war eine Kooperationsverpflichtung vorgesehen. Ein echtes transaktionsunabhängiges Entry-Exit-Modell³⁵ war das aber nicht. Dieses kam, wie berichtet, erst in der Sitzung des Vermittlungsausschusses am 15.06.2005 zustande und wurde so Gesetz. Die GasNZV³⁶ basierte allerdings noch auf dem Zwischenentwurf und vollzog diese Änderung nicht nach; bis heute (8/2006).

Es war nunmehr Aufgabe der Bundesnetzagentur (BNetzA), ein Entry-Exit-Modell in Zusammenarbeit mit den Verbänden zu entwickeln, was zum 31.01.2006 geschah. Es sollte das bisherige einzelfallbezogene und entfernungsabhängige Transportpfadmodell nach der VV Gas ablösen. Allerdings schuf es lediglich die Grundlage für zwei

²⁹ Vgl. etwa ZNER 2005, 177 ff., 181 ff., 238 ff., 335 ff.; ZNER 2006, 54 ff., 56 ff., 162 ff., 170 ff.

³⁰ Arzt/Pfitzner, ZNER 2005, 305; Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von FernwärmeverSORGungsverträgen nach § 315 BGB, 2005; Säcker, RdE 2006, 65 ff.; Ehricke, JZ 2005, 599; vgl. auch Markert, Anm. zur MVV-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.10.2005, RdE 2006, 81 ff.

³¹ 16. Hauptgutachten, der Bundesregierung überreicht am 06.07.2006, Einleitung Seite 6 ff.

³² Schultz, BMWi, im Berliner Institut für Energierecht am 16.02.2004.

³³ Wie man hört, aufgrund eigener Entscheidung des Staatssekretärs.

³⁴ BT-Drs. 15/3917.

³⁵ Beim transaktionsabhängigen Transportmodell ist ein Netznutzungsvertrag mit jedem Betreiber der Netze zwischen Ein- und Ausspeisung zu schließen; das Entry-Exit-Modell betrachtet nur noch die Ein- und die Ausspeisung und verpflichtet die dazwischen liegenden Netzbetreiber zur Kooperation: Vgl. § 20 Abs. 1 b EnWG 2005.

³⁶ Vom 25.07.2005, BGBl I. Seite 2210.

konkurrierende Modelle, nämlich für das sogenannte "Optionsmodell" des Bundesverbands der Gas- und Wasserwirtschaft (BGW) und des Verbandes kommunaler Unternehmen (Vku), während die GEODE, ein internationaler Verband von Netzbetreibern, empfiehlt, dem BGW/Vku-Modell nur unter dem Vorbehalt beizutreten, Netze nicht einzeln buchen zu müssen. Letztlich dokumentieren beide Modelle, dass der Modellstreit beim Gasnetzzugang fortbesteht, und zwar, was das BGW/Vku-Modell angeht, auf fragwürdiger Rechtsgrundlage. Das eigentlich Bemerkenswerte an dem Vorgang ist aber nicht der Verbändestreit, sondern die Untätigkeit des eigentlich berufenen Verordnungsgebers, des BMWi! Warum?

II. Recht der erneuerbaren Energien

1. Das Stromeinspeisungsgesetz

Das Recht der Erneuerbaren Energien und insbesondere die Regelung der Einspeisevergütungen hat eine ganz überraschende parlamentarische Basis: Es ist nicht etwa entstanden aus parlamentarischen Initiativen der GRÜNEN, die in den frühen 90er Jahren die Hauptprotagonisten des Umwelt- und Klimaschutzes waren. Vielmehr entstand das Stromeinspeisungsgesetz (StrEG) aus einer Initiative der Fraktionen von CDU/CSU und der FDP vom 07. September 1990³⁷. Vorläufer war eine staatliche Preisregelung, nämlich die Bayerische Anordnung By 2/52 für die Einspeisevergütung aus Wasserkraftstrom³⁸. Damit wird auch der eigentliche Anreger für das Gesetz deutlich: Der Mittelstand, beispielsweise verkörpert in der Bayerischen Vereinigung der kleinen Wasserkraftbetreiber, deren Geschäftsführer, Dr. Peter Ramsauer, später in den Bundestag kam und heute Vorsitzender der CSU-Gruppe in der CDU/CSU-Fraktion ist.

Aus dem Fraktionsentwurf entstand der Gesetzentwurf der Bundesregierung³⁹, der im Wirtschaftsausschuss, eingebracht von dem CSU-Abgeordneten Engelsberger, Zustimmung fand⁴⁰. Der Bundesrat stimmte, obwohl es sich nicht um ein zustimmungspflichtiges Gesetz handelte, mit seiner regierungstragenden Mehrheit zu⁴¹, wobei er auch die Zustimmung der SPD-Länder fand; Vorsitzender der Wirtschaftskonferenz war seinerzeit der nordrhein-westfälische Bundeswirtschaftsminister Joachimsen. Die BR-Vorlage ist insofern sehr interessant, als darauf aufmerksam gemacht wird, dass der Vorläufer für die Einspeisevergütungen, die Verbändevereinbarung⁴² insbesondere zum Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung nur sehr viel niedrigere Einspeisevergütungen erbracht hätte. Auf Basis des Gesetzes sollte sich eine Mindestvergütung von 13,91 bzw. 16,70 Pf./kWh ergeben. Gefördert würden über 4.000 bereits laufende Anlagen auf Basis erneuerbarer Energien mit einer elektrischen Leistung von rd. 470 MW. Den kleineren Wasserkraftwerken sollten dadurch zusätzlich über 40 Mio. DM zufließen, den Windkraftwerken ca. 220.000 DM und den Solaranlagen ca. 10.000 DM p. a. Auch die Anlagen zur Verwertung von Deponegas und Klärgas sind nennenswert dabei, nämlich mit 7 Mio. DM.

³⁷ BT-Drs. 11/7816.

³⁸ Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 25.09.1990, BT.-Drs. 11/7971, zu § 3, Seite 6.

³⁹ S. die vorherige Fußnote.

⁴⁰ Beschlussempfehlung und Bericht vom 26.09.1990, BT-Drs. 11/7978.

⁴¹ BR-Drs. 581/90.

⁴² Vom 01.08.1979, dazu Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2006, Einführung Rz. 5 ff.

Der Bundestag stimmte dem Gesetz am 12.10.1990⁴³ ebenfalls zu — obwohl inzwischen die Vereinigung deutscher Elektrizitätswerke den Braten gerochen hatte und Sturm lief gegen das Gesetz. Jedoch war es zu spät. Die parlamentarischen Mehrheiten waren gesichert. Überflüssig, zu sagen, dass die SPD–Bundestagsfraktion, die die Bedeutung des Gesetzes seinerzeit in weiten Teilen verkannte, dem Gesetz ebenfalls zustimmte (Redner im Bundestag Dr. Sperling); und natürlich erst recht die Fraktion der GRÜNEN (Abgeordneter Dr. Daniels/Regensburg).

Das Stromeinspeisungsgesetz ist mithin das Produkt einer großen Koalition; die heute vielleicht etwas in Vergessenheit geraten ist, der Sache nach aber heute noch hält.

2. Das Erneuerbare Energien–Gesetz

Auslöser für eine Novellierung des StrEG war das Erreichen des sogenannten 5 %-Deckels für die Versorgungsgebiete der Schleswag (Rendsburg) und von EWE (Oldenburg): Danach überstieg der eingespeiste Strom 5 % des im Versorgungsgebiet insgesamt abgesetzten Stroms, so dass die Aufnahmepflicht der Unternehmen entfiel. Aufnahmeverpflichtet war nunmehr der vorgelagerte Netzbetreiber (vgl. § 4 StrEG, Härteklausel). Bei den Regierungsfraktionen aus SPD und GRÜNEN bestand Einigkeit, dass eine umfassende Novellierung des Rechts der Erneuerbaren Energien nötig geworden war. Anders als üblich wurde aber der Gesetzentwurf nicht von dem innerhalb der Bundesregierung damals für erneuerbare Energien federführenden Bundeswirtschaftsministerium erarbeitet, sondern von einer Arbeitsgruppe der Regierungsfraktionen⁴⁴.

Hintergrund waren Differenzen zwischen den Fraktionen und dem BMWi, beispielsweise über die Verwendung des eingespeisten Stroms. Das BMWi wollte diesen den Netzbetreibern überlassen, entweder zur eigenen oder zur Verwertung am Markt. Im letzten Moment entstand im Parlament eine davon völlig abweichende Konzeption, nämlich die des physikalischen Belastungsausgleichs, wie sie in § 11 des Gesetzes⁴⁵ schließlich geregelt wurde. Das Gesetz fand eine deutliche parlamentarische Mehrheit. Auch der Bundesrat stimmte zu. Die ablehnenden Stimmen kamen insbesondere aus der CDU/CSU–Bundestagsfraktion. Die FDP enthielt sich. Damit war die parlamentarische Basis nicht mehr ganz so überzeugend.

Allerdings führte das EEG in den ersten vier Jahren zu einem deutlichen Zuwachs des Anteils der Erneuerbaren Energien in der Stromerzeugung: Er stieg von 4,6 % im Jahre 1998 auf rd. 10 % Ende 2004⁴⁶. Der stärkste Zuwachs fand bei der Windenergie statt, die im Jahre 2003 etwa 18,5 Mrd. kWh Strom erzeugte. Der Anteil aus Wasserkraft lag mit 20 Mrd. kWh jedoch immer noch darüber. Die Wirtschaftskraft und auch der Beschäftigtenanteil in der erneuerbare Energien–Branche sind damit dermaßen gestiegen, dass eine Umkehr nicht mehr denkbar ist. Selbst die der CDU angehörenden Ministerpräsidenten von Niedersachsen und Schleswig–Holstein sind Anhänger der erneuerbaren Energien. Damit hat der parlamentarische Gesetzgeber in voller Legitimität den Siegeszug der erneuerbaren Energien durchgesetzt.

⁴³ BGBI I. Seite 2633.

⁴⁴ So die Darstellung der Entstehungsgeschichte bei Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 2006, Einführung Rz. 17.

⁴⁵ Vom 29.03.2000, BGBI I. Seite 305.

⁴⁶ Vgl. die Zahlenangaben des Bundesumweltministeriums unter www.erneuerbare-energien.de.

III. Reform der parlamentarischen Legitimität der herkömmlichen Energiewirtschaft

Die aufgezeigten Legitimitätsmängel beim "fossilen" Energiewirtschaftsrecht werfen die Frage auf, wie man die parlamentarische Legitimität der Gesetzgebung verbessern könnte. Damit ist nicht nur die Gesetzesfolgenabschätzung gemeint⁴⁷. Es geht vielmehr um die Verbesserung der Legitimität der Gesetzgebung, um zu einer klaren Gemeinwohlorientierung zu gelangen. Dafür muss nochmals kurz auf die drei Gesetzgebungsstufen eingegangen werden:

1. Distanz zur Branche

In allen drei Gesetzgebungsverfahren gab es Grundentscheidungen, die die fehlende Distanz des Gesetzgebungsverfahrens zur Branche zeigten.

Das war beim EnWG 1998 die frühe Entscheidung für den verhandelten Netzzugang, obwohl der Gesetzgeber dann einen Netzzugangsanspruch wollte und genau wusste, was zu seiner effektiven Durchsetzung nötig war, wie die Rechtsverordnungsermächtigung in § 6 Abs. 2 zeigt. Der Bundesrat hatte auch deutlich mit dem Finger darauf gewiesen.

In der Praxis zeigte sich dann sehr schnell, dass die Bedenken begründet waren. Dennoch handelte das BMWi nicht, sondern sah dem Filibuster der Branche insbesondere bei der Entwicklung der VV Gas tatenlos zu.⁴⁸

Dasselbe gilt für die Verrechtlichung der Verbändevereinbarungen mit dem ersten Änderungsgesetz Mitte 2003: Obwohl der verhandelte Netzzugang offensichtlich gescheitert war und das Bundeskartellamt vor der Verrechtlichung warnte, zog die Koalition sie unter dem Einfluss der Lobby durch.

Über das Zustandekommen des neuen Gesetzes wurde berichtet. Zwar sind durch die entschiedene und sorgfältige Arbeit des Bundesrates und das Vermittlungsverfahren wichtige Branchenwünsche wie etwa die Ex-post-Kontrolle mit zentraler Regulierung verhindert worden. Aber die Streichung der besonderen Missbrauchsauflösung über die Gestaltung der Energiepreise zeigt, dass es mit der Verbraucherfreundlichkeit im Zweck des Gesetzes (§ 1 Abs. 1) noch nicht so weit her ist.

Ein erster Schritt zur Abhilfe muss in einer größeren Transparenz der Einflüsse liegen. Klar ist, dass das zuständige Ministerium und die gesetzgebenden Instanzen auf Informationen angewiesen sind. Jedoch muss offen gelegt werden, wer wann in welchem Verfahren auf die Organe einwirkt. Eingaben müssen grundsätzlich ins Internet

⁴⁷ Vgl. etwa Schröder, Zur Erfolgskontrolle der Gesetzgebung, in: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 3, 1972, 271 ff.; Zur Effektivität des Rechts; Ryffel, Bedingende Faktoren der Effektivität des Rechts, ebenda, 225 ff.; Böhret/Hugger, Der Praxistest von Gesetzentwürfen, 1980 (zum Referentenentwurfs des JHG); Schäffer/Triffterer, Rationalisierung der Gesetzgebung, Jürgen Rödig Gedächtnissymposium, 1984; Höland, Zum Stand der Gesetzesevaluation in der BRD; Zeh, Gesetzgebung als Hemmnis für den Gesetzesvollzug, 1995; Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 1998; Gehricke, Möglichkeiten und Grenzen eines Abbaus der Verrechtlichung: Eine kritische Analyse von Gesetzgebung und Gesetzgebungslehre, 2004; Karpen, AÖR 124, 400 ff.

⁴⁸ Minister Müller beschränkte sich mit Drohungen und stellte klar, dass er eine ausgehandelte Lösung einer staatlichen Regulierung vorziehen würde: vwd TradeNews vom 26.01.2001.

gestellt werden. Die direkte arkane Rückkopplung zu den Brancheninteressen ist zu unterbinden.

2. Die Anbindung der Regulierungsbehörden und des Bundeskartellamts

Der nächste Punkt ist heikler: Er betrifft die Rechtsstellung von Bundeskartellamt und Regulierungsbehörde. Beide unterstehen der Aufsicht des BMWA. Das Ministerium versteht sich, wie seine Haltung im Gesetzgebungsverfahren und im Verwaltungsvollzug zeigt, als Interessenwahrer der Branche, insbesondere der großen Konzerne. Seine Funktion als Hüter des Wettbewerbs kommt unter ferner liegen: Das kann man schon an der Personalausstattung für die Überwachung des Energiesektors sehen: 17 Mitarbeiter, davon 10 im höheren Dienst, so Präsident Böge⁴⁹.

Diese Verortung des Amtes könnte sich auch im mangelnden "Biss" zeigen. Zumindest in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des EnWG 1998 ist der Eindruck entstanden, dass das Amt jedenfalls zwei wichtige Tätigkeitsfelder hat schleifen lassen:

- Eines betrifft die langfristigen Energielieferverträge, die das Amt trotz einschlägiger Vorgaben aus Brüssel⁵⁰ über mehrere Jahre hinweg nicht aufgegriffen hat,
- das zweite betrifft die Welle von Stadtwerksaufkäufen.

Ist wirklich das BMWA, dass sich als Wahrer für die Interessen der Branche versteht, die richtige Aufsichtsbehörde für die Hüter des Wettbewerbs, Bundeskartellamt und Regulierungsbehörde, den das Ministerium jahrelang verhindert hat?

Geboten wären Stellungen als unabhängige Bundesoberbehörden entsprechend Art. 87 Abs. 3 GG.

3. Die Stellung der Gerichte

Die Ex-post-Kontrolle hätte dazu geführt, dass praktisch der BGH zur Regulierungsbehörde geworden wäre, was natürlich nicht seine Aufgabe ist. Aber auch die Ex-ante-Kontrolle einer Flut von Regulierungsentscheidungen wirft zahlreiche Fragen auf:

- Reicht die Personalausstattung?
- Sollten nicht die Verfahrensordnungen für einen schnellen und effektiven Rechtsschutz sorgen, wie beispielsweise durch Setzung von Fristen?
- Sind Regulierungsbehörde und Gerichte gerüstet, im Rahmen des neuen § 104 Abs. 2 EnWG Beweisaufnahmen zu vermeiden, für die ohnehin keine unabhängigen Sachverständigen gefunden werden können?

Der gesamte Bereich der Rechtsprechung muss vor den Erfahrungen der gerichtlichen Kontrolle des TKG überdacht werden; er hat im EnWG-Gesetzgebungsverfahren praktisch keine Rolle gespielt.

⁴⁹ Vortrag anlässlich der 12. Handelsblatt-Jahrestagung Energiewirtschaft 2005 am 18. Januar 2005.

⁵⁰ Gemeint ist insbesondere die sogenannte VertikalVO vom 22.12.1999, AbI EG L 336/21 vom

4. Unabhängigkeit des Personals

Es ist ein Unding, dass Minister und Staatssekretäre unmittelbar nach dem Ausscheiden aus dem Dienst in die Vorstände von Unternehmen wechseln können, deren Ziele sie vorher — objektiv gesehen — mit staatlichen Entscheidungskompetenzen unterstützt haben.

Zwar sieht § 42 a BRRG vor, dass der ausgeschiedene Beamte anzeigen muss, wenn er nach dem Ausscheiden eine Tätigkeit aufnimmt, die mit seiner dienstlichen Tätigkeit im Zusammenhang steht oder die dienstlichen Interessen beeinträchtigt. Die Aufnahme dieser Tätigkeit kann dann untersagt werden. Im Bundesbeamten gesetz fehlt allerdings eine solche Regelung.

Das ist bei der Europäischen Kommission anders, die den ausscheidenden Kommissar Bangemann denn auch nach § 213 Abs. 2 EGV verklagt hat.

IV. Ergebnis

Es muss noch viel passieren, um die Distanz des Staates zur Branche so zu fördern, dass der parlamentarische Gesetzgeber die ihm eigentlich zustehende Position wahrnehmen kann. Kritischer Überprüfung bedarf insbesondere die Sicherung der Unabhängigkeit der maßgeblichen Parlamentarier. Ergibt sich aus ihren Internetauftritten "Nähe zur Branche" in dem Sinne, das die Unabhängigkeit nicht gewährleistet erscheint, ist es Aufgabe der Fraktionsführungen, dafür zu sorgen. Ebenso muss Verdachtsmomenten nahe gegangen werden, wenn in den Ministerien bedenkliche Loyalitäten aufscheinen. Sicher: Es geht hier ans "Eingemachte". Aber es ist eben leider häufig so, dass das allzu Menschliche verheerende Auswirkungen hat. Die Bundesrepublik darf eben nicht Bananenrepublik werden, wie der Vorsitzende der Monopolkommission Herrn Staatssekretär Adamowitsch gelegentlich der 40 Jahres-Feier der Monopolkommission in Berlin anlässlich der Ministererlaubnis für die Fusion E.ON/Ruhrgas zurief⁵¹. Da muss noch etwas passieren.

29.12.1999; dazu Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 13.10.2000, ABI 2000/C291.

⁵¹ Vgl. dazu Meessen, Kommentar: Von der Würde der Monopolkommission, WuW 2005, 983; dazu Becker, Leserbrief: Von der Würde des Rechtsstaats, WuW 2005, 1242.

Vorschlag zur Entflechtung von Stromnetzen in Deutschland

von Sebastian Haslinger

1. Einleitung

Bei der Stromversorgung handelte es sich um einen Wirtschaftszweig, der bis zu seiner Liberalisierung 1998 von Gebietsmonopolen auf allen Versorgungsstufen geprägt war. Diese Monopole gründeten im Wesentlichen auf dem natürlichen Monopol des Stromnetzes sowie — in früheren Zeiten — auf der strategischen Bedeutung¹ der Stromversorgung. Neben dem auch nach der Liberalisierung noch bestehenden natürlichen Monopol bei den Stromnetzen ist der Markt noch immer durch die etablierten ehemaligen Gebietsversorger und ihre sehr gute Vernetzung untereinander sowie mit der Politik geprägt. Solche Pfadabhängigkeiten verstärken das Machtproblem und erschweren die Liberalisierung von Branchen, die wie die Stromversorgung wesentlich auf ein natürliches Monopol wie Stromnetze angewiesen sind.

Um liberalisierungsbedingte Markttransformationen zum gewünschten Erfolg zu führen, müssen sie auf die Bedingungen der zu regulierenden Branche abgestimmt sein. Damit nicht einzelne mächtige Akteure, wie z. B. die ehemaligen Gebietsmonopolisten, ihre Interessen zu Lasten des erwünschten Wettbewerbs durchsetzen, sind gegebenenfalls Anpassungen der Marktstruktur erforderlich. Eine wesentliche strukturelle Voraussetzung ist die Trennung des Netzbetriebs von anderen Marktstufen.²

1.1 Entflechtungsgründe

Die Gründe für die Entflechtung liegen in den vielen Behinderungsmöglichkeiten bei der Netznutzung,³ die im Wesentlichen von den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen wegen ihrer Interessen auf vor- und nachgelagerten Marktstufen praktiziert werden; sie werden von den oftmals wettbewerblich sensiblen Informationen, die der Netzbetreiber erlangt, noch begünstigt.⁴ Dies verstärkt das Monopolproblem bei vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen noch, weswegen es unabdingbar ist, den Netzbetrieb aus der Einflussssphäre von Interessen aus anderen Markt-

¹ Vgl. Herzig, T., Wirtschaftsgeschichtliche Aspekte der deutschen Stromversorgung von 1880–1990, in: Fischer (Hg.), Die Geschichte der Stromversorgung, 1992, S. 134.

² So hat sich z. B. in England und Wales die Entflechtung als Schlüssel zum Wettbewerb auf den dem Netz vor- und nachgelagerten Märkten erwiesen. Vgl. Lamprecht, F., Ein reguliertes System muss atmen können, in: ET 2004, S. 575 f. sowie Newbery, D. M., Privatising Network Industries, 2003, S. 23.

³ Vgl. Beisheim, C. E., Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU — Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 27 f., Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht — Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 60–64 sowie Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendler et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 398–404; insbes. S. 401.

⁴ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten — Wettbewerbspolitik im Schatten "Nationaler Champions", 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 464, Tz. 1206.

stufen herauszulösen.⁵ Nur wenn der Netzbetreiber keinerlei Interessen auf den vor- oder nachgelagerten Märkten wie der Energieerzeugung und des -vertriebs verfolgen kann, beschränkt sich die Wirkung des Monopols auf das Netz.

Die aus der Unteilbarkeit des Netzes herrührende Gefahr von Behinderungen des Wettbewerbs auf vor- und nachgelagerten Märkten oder gar des Versagens dieser Märkte und die daraus resultierenden Wohlfahrtsverluste können erheblich verringert werden.⁶ Durch die Entflechtung nehmen Diskriminierungen, Quersubventionen und Wettbewerbsverzerrungen ab,⁷ während zugleich der Wettbewerbsdruck auf den vor- und nachgelagerten Märkten steigt.⁸ Daneben nehmen mit zunehmendem Entflechtungsgrad der Regulierungsaufwand und der dafür notwendige Ressourceneinsatz ab sowie die Transparenz zu. Abgrenzungsprobleme zwischen den einzelnen Unternehmensparten bei der Gemeinkostenzuordnung entfallen bei einem Netzbetreiber als "Einproduktunternehmen" genauso wie die Möglichkeit, kostenintensive, aber nicht mit dem Netz zusammenhängende Altlästen aus Monopolzeiten dem Netzbetreiber zuzuschlagen.⁹ Diesem Umstand sind im Gefolge der gesellschaftsrechtlichen Entflechtung teilweise die Bestimmungen für die Rechnungslegung des § 10 EnWG 2005 sowie einige Bestimmungen der Stromnetzentgeltverordnung¹⁰ geschuldet.

Grundsätzlich sollte der Netzbetreiber weitestgehend unabhängig von den Interessen der (vertikal integrierten) Elektrizitätsversorgungsunternehmen sein.¹¹ Wichtig ist hier die faktische Unabhängigkeit. Eine formale Unabhängigkeit allein ist keine hinreichende Voraussetzung, welche eine unerwünschte Einflussnahme durch den Eigentümer erschwert und die Stabilität der Unabhängigkeit steigert.¹²

1.2 Entflechtungsarten

Im Wesentlichen wird zwischen drei Entflechtungsarten unterschieden, die unterschiedlich tief in die bisherige Unternehmensstruktur eingreifen:¹³

- a) die organisatorische Entflechtung oder management unbundling,

⁵ Vgl. Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht — Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 46 sowie Monopolkommission (Hg.), XV. Hauptgutachten — 2002/2003 — Wettbewerbspolitik im Schatten "Nationaler Champions", 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 451, Tz. 1166.

⁶ Vgl. Eickhof, N./Kreikenbaum, D., Die Liberalisierung der Märkte für leistungsgebundene Energien, in: WuW 1998, S. 672 sowie Joskow, P. L., The Difficult Transition to Competitive Electricitymarkets in the U. S., 2003, S. 11 und Joskow, P. L., Electricity Restructuring: Lessons Learned, in: Latin American Journal of Economics 2003, S. 549 f.

⁷ Vgl. schon Art. 14 Abs. 3 S. 1 RL 96/92/EG.

⁸ Vgl. Newbery, D. M., Privatising Network Industries, 2003, S. 22 f.

⁹ Vgl. Spreer, F., Regulierung des Netzzugangs bei Strom und Gas: Die Ländersicht, in: ZNER 2003, S. 192.

¹⁰ So z. B. die sehr detaillierten Vorgaben im 2. Teil der StromNEV.

¹¹ Vgl. Monopolkommission (Hg.), XIV. Hauptgutachten — Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 403, Tz. 885 sowie dies. (Hg.), XV. Hauptgutachten — Wettbewerbspolitik im Schatten "Nationaler Champions", 2004, BT-Drs. 15/3610, S. 72 f., Tz. 255 sowie Temle-Lang, J., Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to supply Competitors and Access to Essential Facilities, in: FILJ 1994, S. 480.

¹² Vgl. Feld, L./Voigt, S., Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators, 2003, S. 23 f. sowie Hayo, B./Voigt, S., Explaining de facto judicial independence, 2003, S. 2.

¹³ Vgl. Quack, U., Rechtlicher Rahmen des Strom- und Gashandels in Deutschland — Einzelfragen des Netzzugangs, in: Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemarkte in Europa, 2003, S. 75.

- b) die gesellschaftsrechtliche Entflechtung oder legal unbundling und
- c) die eigentumsrechtliche Entflechtung oder ownership unbundling.

Bei der organisatorischen Entflechtung wird für den Netzbetrieb eine separate Unternehmensabteilung eingerichtet, deren Rechnungslegung/Buchhaltung und Verwaltung von den restlichen Unternehmenseinheiten getrennt sind; gelegentlich werden buchhalterische und organisatorische/verwaltungstechnische Entflechtung als eigenständige Formen genannt.¹⁴ Diese Entflechtungsvariante wurde bei der Liberalisierung des deutschen Strommarktes zunächst gewählt und — nicht zuletzt wegen ihrer Wirkungslosigkeit¹⁵ — durch die RL 2003/54/EG nicht wieder aufgegriffen. Sie wird deswegen im vorliegenden Beitrag nicht weiter vorgestellt.

Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung geht etwas weiter: Das Netz muss von einer eigens dafür zuständigen Gesellschaft betrieben werden, die aber zu einem Unternehmen mit Aktivitäten auf den vor- und nachgelagerten Märkten gehören darf. Diese Entflechtungsform ist für sich allein kaum wirksamer als die organisatorische Entflechtung, bietet aber mehr Transparenz über Finanzströme zwischen den einzelnen Gesellschaften eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens. Informationsflüsse und Einflussnahmen zu Lasten unverbundener Netznutzer vermag sie indes kaum zu vermeiden.¹⁶ Selbst eine sehr rigide Kontrolle lässt Missbrauch zunächst zu, was bis zu dessen Unterbindung bereits der Entwicklung des Wettbewerbs auf den vom Netz abhängigen Wertschöpfungsstufen schaden kann.¹⁷ Eine stärkere Trennung des Netzbetreibers von integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen ist notwendig, um deren Einfluss und Marktmacht effektiver zu verhindern.

Die tiefgreifendste Entflechtungsform ist die eigentumsrechtliche Entflechtung. Damit können den integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen praktisch sämtliche Möglichkeiten genommen werden, aus dem Netz Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Konkurrenten zu ziehen.¹⁸ Daraus motivierte missbräuchliche Netznutzungspreise zur Quersubventionierung anderer Geschäftsfelder, Angaben von zu geringer verfügbarer Netzkapazität, Wechselgebühren oder schleppende Vertragsbearbeitung werden damit wirksam unterbunden;¹⁹ das Missbrauchspotential des Netzbetreibers wäre damit auf das bei einem desintegrierten natürlichen Monopol reduziert, welches die Wettbewerbsbedingungen auf den vor- und nachgelagerten Märkten nicht verzerrt. Insbesondere ist hier auf die Person des Eigentümers abzustellen: Wer — als natürliche oder juristische Person — auf anderen Märkten im Wettbewerb steht, darf

¹⁴ Vgl. Bausch, C., Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 333. Manche sprechen zudem noch von einem Informationsunbundling. Vgl. Koenig, C./Kühling, J./Rasbach, W., Das energierechtliche Unbundling—Regime, in: RdE 2003, S. 222 f. und Hohmann, H., Vereinbarkeit des organisatorischen Unbundling mit dem Gesellschafts-, EG- und Verfassungsrecht, in: ET 2004, S. 822. Dies ist allerdings Bestandteil aller Unbundlingregimes und wird für sich allein wohl kaum etwas nützen.

¹⁵ Vgl. Hohmann, H., Geregelter Netzzugang und Unbundling: notwendig und verhältnismäßig?, in: ET 2002, S. 340.

¹⁶ Vgl. Beisheim, C. E., Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU — Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling—Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 26.

¹⁷ Vgl. Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht — Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 246.

¹⁸ Vgl. Koenig, C./Kühling, J./Rasbach, W., Das energierechtliche Unbundling—Regime, in: RdE 2003, S. 223 sowie Bausch, C., Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 333.

¹⁹ Vgl. Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht — Konzept und Funktion von Entflechtungs-

keine Anteile an einem Netzbetreiber halten oder erwerben können;²⁰ dem ist bei der Konstitution des Netzbetreibers Rechnung zu tragen.

2. Das Entflechtungsgebot im Energierecht

2.1 Die Entflechtungsvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003

Die Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 sieht für netzbesitzende oder -betreibende Versorgungsunternehmen, die auch als Erzeuger oder Verteiler tätig sind, eine gesellschaftsrechtliche Trennung des Netzbetriebs von den anderen Unternehmensaktivitäten als neuen Mindeststandard vor,²¹ obwohl sie bereits von den (meist größeren) integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen praktiziert wird²² und bislang zu keiner spürbaren Wettbewerbsbelebung führte. Folglich bevorzugt die Generaldirektion Energie und Verkehr der Europäischen Kommission eine weitergehende Trennung.²³

Die mit diesem Entflechtungsregime einhergehenden Nachteile sollen mit flankierenden Bestimmungen eingedämmt werden: Erstens ist eine weitgehende Unabhängigkeit des Netzbetreibers von Weisungen des Mutterunternehmens vorgesehen.²⁴ Deswegen dürfen leitende Personen des Netzbetreibers nicht anderen Unternehmensteilen des integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmens angehören.²⁵ Es sind Maßnahmen zu treffen, damit diese Personen auch unter Berücksichtigung ihrer eigenen beruflichen Interessen unabhängig in ihren Handlungen sind.²⁶ Des Weiteren müssen die Entscheidungsbefugnisse über die für den Netzbetrieb relevanten Vermögenswerte in einer Weise beim Netzbetreiber liegen, welche jener von vollkommen unabhängigen Unternehmen gleichkommt. Die Aufsichtsrechte des Mutterunternehmens werden im Wesentlichen auf die Genehmigung des jährlichen Finanzplans einschließlich einer Verschuldungsgrenze beschränkt.²⁷ Ferner sind in einem Gleichbehandlungsprogramm Maßnahmen zu treffen, die diskriminierendes Verhalten ausschließen sollen. Die Einhaltung des Programms ist zu überwachen und darüber der Bundesnetzagentur Bericht zu erstatten.²⁸ Damit sollen wettbewerbsschädigende Einzelweisungen des Netzeigentümers an den Netzbetreiber verhindert werden.²⁹ Zweitens müssen wirtschaftlich sensible Informationen, die der Netzbetreiber im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt, vertraulich behandelt werden. Legt er wettbewerbsrelevante Informationen über seine eigene Geschäftstätigkeit offen, so hat das diskriminierungsfrei zu erfolgen.³⁰

maßnahmen, 2003, S. 183–186.

²⁰ Vgl. Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht — Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 177.

²¹ Vgl. Art. 10, 15 u. 17 RL 2003/54/EG.

²² Vgl. Bausch, C., Entflechtungsregeln im Stromsektor: Die Vorgaben des Gesetzentwurfs zum Energiewirtschaftsrecht, in: ZNER 2004, S. 341.

²³ Vgl. Koenig, C./Rasbach, W., Trilogie komplementärer Regulierungsinstrumente: Netzzugang, Unbundling, Sofortvollzug, in: DÖV 2004, S. 736.

²⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a)–d), Art. 15 Abs. 2 lit. a)–d) u Art. 17 lit. a)–d) RL 2003/54/EG.

²⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a), Art. 15 Abs. 2 lit. a) u Art. 17 lit. a) RL 2003/54/EG.

²⁶ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. b), Art. 15 Abs. 2 lit. b) u Art. 17 lit. b) RL 2003/54/EG.

²⁷ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. c), Art. 15 Abs. 2 lit. c) u Art. 17 lit. c) RL 2003/54/EG.

²⁸ Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. d), Art. 15 Abs. 2 lit. d) u Art. 17 lit. d) RL 2003/54/EG.

²⁹ Vgl. Lecheler, H./Herrmann, J., Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 488 m. w. N.

³⁰ Vgl. Art. 12 u. 16 RL 2003/54/EG.

Drittens ist in Art. 19 der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 ausdrücklich eine von den übrigen Unternehmensaktivitäten getrennte Rechnungslegung für den Netzbetrieb vorgeschrieben. Sie soll unabhängig von der Rechtsform des Netzbetreibers nach den für Kapitalgesellschaften gültigen Bestimmungen erfolgen und zumindest den Aufsichtsbehörden zu Kontrollzwecken zugänglich sein.³¹ Von den Entflechtungsbestimmungen können allerdings Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit weniger als 100 000 Kunden ausgenommen werden.³² Diese Schwelle wurde auf deutsches Betreiben zum Schutz kleiner integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen (i. d. R. kleinere Stadtwerke) in die Richtlinie aufgenommen. Sie sollen von überproportionalen Belastungen der Entflechtung und dem Betrieb kleiner unrentabler Netze verschont bleiben.³³ Diese in das Energiewirtschaftsgesetz übernommene Schwelle³⁴ ist wegen des weitgefassten Begriffs des "vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens"³⁵ in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 bzw. des "vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens"³⁶ des EnWG von 2005 eng auszulegen.³⁷ Sind an einem solchen Unternehmen andere Elektrizitätsversorgungsunternehmen beteiligt oder kontrollieren es, so werden die Kunden aller miteinander verbundenen Unternehmen gewertet.³⁸ Ausschlaggebendes Kriterium ist hierfür, ob das Unternehmen im Sinne des Art. 3 Abs. 2 der EG-Fusionskontrollverordnung von einem oder mehreren anderen vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen kontrolliert wird.³⁹ Der Begriff der Kontrolle ist in der Fusionskontrollverordnung sehr weit gefasst: Es bedarf keines Eigentums am Unternehmen, sondern es genügt, wenn ein bestimmender Einfluss auf seine Tätigkeit ausgeübt werden kann.

2.2 Die Entflechtung nach dem Energiewirtschaftsgesetz von 2005

In der Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes von 2005 wurden für die Entflechtung des Netzbetriebs aus vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen zu meist die Mindestanforderungen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 übernommen.⁴⁰ Für die Unabhängigkeit des Personals des Netzbetreibers und die Bestimmungen zur Rechnungslegung sind die Anforderungen des Energiewirtschaftsgesetzes höher als nach der Richtlinie nötig. Zum einen müssen auch Personen, welche mit wesentlichen Tätigkeiten des Netzbetriebs — damit sind insbesondere die Vermarktung von Netzkapazitäten und die Netzsteuerung gemeint — betraut sind, dem Netzbetreiber angehören.⁴¹ Zum anderen müssen Geschäfte "größeren Umfangs"

³¹Vgl. Art. 19 Abs. 2 2. Uabs. RL 2003/54/EG.

³²Vgl. Art. 15 Abs. 2 2. Uabs. RL 2003/54/EG.

³³Vgl. Staebe, E., Zur Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG), in: DVBl. 2004, S. 856.

³⁴Vgl. § 7 Abs. 2 EnWG 2005.

³⁵Vgl. Art. 2 Nr. 21 RL 2003/54/EG.

³⁶Vgl. § 3 Nr. 38 EnWG 2005.

³⁷Vgl. zur Auslegung Europäische Kommission, Die Entflechtungsordnung, Vermerk der GD Energie und Verkehr zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt v. 16. 1. 2004, S. 17 f. sowie: Just, C./Lober, A., Wer ist zum Unbundling verpflichtet?, in: ET 2005, S. 98–100.

³⁸Vgl. Klees, A., Legal Unbundling und deutsches Gesellschaftsrecht — Die europäischen Vorgaben zur rechtlichen und organisatorischen Entflechtung vertikal integrierter Unternehmen und gesellschaftsrechtliche Konstruktionen zu ihrer Umsetzung, in: VW 2003, S. 249 sowie Lecheler, H./Herrmann, J., Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 485.

³⁹Vgl. §§ 6–10 EnWG 2005.

⁴⁰Vgl. §§ 6–10 EnWG 2005.

⁴¹Vgl. § 8 Abs. 2 Nr. 2 EnWG 2005.

des Netzbetreibers mit verbundenen Gesellschaften nach § 10 Abs. 2 EnWG 2005 im Anhang des Jahresabschlusses offengelegt werden;⁴² der größere Umfang ist jedoch nicht näher quantifiziert. Ferner sind Jahresabschlüsse abweichend von Art. 19 Abs. 2 2. Uabs. RL. 2003/54/EG generell offen zu legen.⁴³

Die Entflechtungsmaßnahmen der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 und des Energiewirtschaftsgesetzes von 2005 sollen mit dem geringstmöglichen Eingriff in die Struktur netzbetreibender, integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen deren Einflussmöglichkeiten auf den Strommarkt über den Netzbetrieb weitestgehend ausschalten.⁴⁴ Die so herbeigeführte Trennung des Netzbetriebs von den anderen Aktivitäten der Energieversorgungsunternehmen ist suboptimal; wettbewerbsschädliches und diskriminierendes Verhalten vertikal integrierter Netzbetreiber im Interesse des Mutterunternehmens lässt sich damit nicht im erforderlichen Maß verhindern. Den Netzbetreibern verbleibt zumindest theoretisch die Möglichkeit, für ihre verbündeten Unternehmen unentgeltliche Dienstleistungen zu erbringen, die nicht in die Unternehmensrechnung eingehen, sofern sie nicht von leitenden oder mit wesentlichen Tätigkeiten betrauten Personen erbracht werden. Diese Form der verdeckten Wettbewerbsverzerrung dürfte nur schwer nachweisbar sein, da sie sich nicht in der Unternehmensrechnung nachverfolgen lässt.⁴⁵ Führungskräfte werden sich, wenn sie damit ihre Karrierechancen verbessern können, auch ohne Absprachen oder Anordnungen im Interesse des Mutterunternehmens verhalten.⁴⁶ Damit laufen insbesondere die Bestimmungen der Art. 10 Abs. 2 lit. b) und Art. 15 Abs. 2 lit. b) RL. 2003/54/EG ins Leere und die Unabhängigkeit des Netzbetriebes bleibt hinter den Erfordernissen zurück.

Die dem Netzbetreiber und seinen leitenden Mitarbeitern auferlegte Pflicht, keine für Wettbewerbsverzerrungen geeigneten Informationen weiterzugeben, vermag informelle Informationskanäle kaum zu schließen. Selbst wenn darüber laufende Informationsflüsse illegitim sind, werden sie vorkommen, solange sie nur schwer nachweisbar sind und schwer sanktioniert werden können. Dadurch können weiterhin Informationsasymmetrien zu Lasten außenstehender Energieversorgungsunternehmen entstehen und zu Wettbewerbsverzerrungen führen, ohne dass die Netzbetreiber diese unmittelbar behindern müssen. So ist es möglich, dass ein vertikal integrierter Netzbetreiber, der z. B. Kenntnis vom Namen des Endabnehmers und der kontrahierten Elektrizitätsmenge erhält, diese an die Versorgungssparte des Unternehmens weiterleitet. Dort könnten die Daten genutzt werden, den Kunden vom Wechseln abzuhalten, sei es durch ein günstigeres Angebot oder Schikanen.⁴⁷ Des Weiteren können auch durch die Migration von Mitarbeitern der Führungsebene zwischen dem Netzbetreiber und den übrigen Versorgungssparten wenigstens temporäre Informationsvorsprünge für integrierte Elektrizitätsversorgungsunternehmen entstehen.⁴⁸ Überdies kann selbst

⁴² Diese Bestimmung geht noch auf Art. 14 Abs. 5 RL. 96/92/EG zurück.

⁴³ Vgl. § 10 Abs. 1 EnWG 2005.

⁴⁴ Vgl. Schneider, J.-P./Prater, J., Das europäische Energierichterrecht im Wandel. Die Vorgaben der EG für die Reform des EnWG, in: RdE 2004, S. 59.

⁴⁵ Vgl. Apfelstedt, G., Energiegesetz und Verbändevereinbarung: Stellen sie wettbewerbsfördernde Netzbewertungsregeln dar?, in: ZNER 3/1998, S. 31.

⁴⁶ Vgl. Beisheim, C. E., Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU — Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 27 f. sowie ähnlicher Ansicht Püttner, G., Das neue Energiewirtschaftsrecht. Anmerkungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: ZögU 2005, S. 395.

⁴⁷ Vgl. Klafka, P./Ritzau, M./Zander, W./Held, C., Ein gerechtes Durchleitungs-Tarifmodell für elektrischen Strom, in: ZNER 1997, S. 46.

⁴⁸ Vgl. Europäische Kommission, Die Entflechtungsordnung, Vermerk der GD Energie und Verkehr

bei reinen Finanzbeteiligungen die Möglichkeit der Quersubventionierung anderer, im Wettbewerb stehender Konzerngesellschaften nicht vollkommen ausgeschlossen werden.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund sind erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit der Entflechtungsmaßnahmen in der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie angebracht. Sollte ein solches Verhalten des Netzbetreibers dennoch aufgedeckt werden und gegen andere Normen verstößen, kann dies unter Umständen für die geschädigten Wettbewerber bereits zu spät sein.⁵⁰

Die nach der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 erforderliche gesellschaftsrechtliche Entflechtung mit ihren Begleitmaßnahmen kann zwar einfacher umgesetzt werden als eine eigentumsrechtliche Trennung der Netzbetreiber. Dafür ist sie ob ihrer Kompliziertheit mit Rechtsunsicherheiten behaftet, welche auch zu dauerhaften Mehrkosten führen.⁵¹ Indes ist äußerst zweifelhaft, ob eine Regelung, die sowohl die Rechte der vertikal integrierten Mutterunternehmen als auch den Nutzen der Entflechtung wahren will,⁵² tatsächlich geeignet ist, die Ziele der Strommarktliberalisierung⁵³ zu erreichen. Auf mittlere und lange Sicht dürften die zuvor genannten Nachteile der de-minimis-Entflechtung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 und des novellierten Energiewirtschaftsgesetzes mögliche Vorteile überwiegen. Eine solch unvollständige Systemtransformation kann neben Umstellungsverlusten auch zu fortlaufenden gesellschaftlichen Wohlfahrtsverlusten führen.⁵⁴ Eine eigentumsrechtliche Entflechtung des Netzbetreibers oder des Netzes könnte in diesem Fall ein besseres Resultat liefern, sofern der mit ihr einhergehende Nutzen die damit verbundenen höheren Kosten überkompensiert.⁵⁵ Davon ist auszugehen, wenn sich Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten etablieren kann, der den nötigen Effizienzdruck auf die Marktteilnehmer entfaltet.⁵⁶ Übersteigen die Mehraufwendungen der de-minimis-Entflechtung im Energiewirtschaftsgesetz von 2005 für die vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen den verbliebenen Nutzen des Netzbetriebs, so könnte dies sie veranlassen, ihre Netze zu verkaufen.⁵⁷ Dies führte indirekt zu einer eigentumsrechtlichen Entflechtung.

2.3 Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf entflochte Netzbetreiber

Je nach Ausgestaltung der Entflechtung können sich Auswirkungen auf die Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts bei wettbewerbsbeschränkendem Verhalten des Netzbetreibers ergeben. Nach aktueller Rechtslage ist zwar der

zu den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG über den Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt v. 16. 1. 2004, S. 8 f.

⁴⁹ Vgl. Dannischewski, J., Unbundling im Energierecht — Konzept und Funktion von Entflechtungsmaßnahmen, 2003, S. 245 f.

⁵⁰ Vgl. Bohne, E./Frenzel, S., Formale und informale Ordnung des Zugangs zum Strommarkt, in: Hendl et al. (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, 2003, S. 401.

⁵¹ Vgl. Hohmann, H., Vereinbarkeit des organisatorischen Unbundling mit dem Gesellschafts-, EG- und Verfassungsrecht, in: ET 2004, S. 824.

⁵² Vgl. Mombaur, P. M./Balke, J., EU-Binnenmarkt für Strom und Gas: Ursprung und wirklicher Inhalt des jetzt verabschiedeten neuen Gemeinschaftsrechts, in: RdE 2003, S. 162.

⁵³ Vgl. § 1 Abs. 1 EnWG 2005.

⁵⁴ Vgl. Newbery, D. M., Privatising Network Industries, 2003, S. 20.

⁵⁵ Vgl. Klafka, P./Ritzau, M./Zander, W./Held, C., Ein gerechtes Durchleitungs-Tarifmodell für elektrischen Strom, in: ZNER 1997, S. 45 f.

⁵⁶ Vgl. Newbery, D. M., Privatising Network Industries, 2003, S. 22 f.

⁵⁷ Vgl. Brunekreeft, G./Keller, K., Competition in European Electricity Supply: Issues and Obstacles, in: Eekhoff (Hg.), Competition Policy in Europe, 2004, S. 170 f.

Netzbetrieb von der Anwendung der §§ 19 und 20 GWB ausgenommen, da hierfür im Energiewirtschaftsgesetz und in den auf dessen Teil 3 beruhenden Rechtsverordnungen abschließende Regelungen vorgesehen sind.⁵⁸ Dennoch soll unabhängig davon wenigstens kurz auf die Auswirkungen der Entflechtung auf die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts eingegangen werden. Die Anwendbarkeit des europäischen Wettbewerbsrechts bleibt vom deutschen Energiewirtschaftsgesetz ohnedies unberührt.⁵⁹

Bereits bei der gesellschaftsrechtlichen, aber auch der eigentumsrechtlichen Entflechtung könne § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht mehr direkt als Anspruchsgrundlage für den Netzzugang verwendet werden, da der Netzbetreiber nach der Entflechtung nicht mehr auf den vor- und nachgelagerten Märkten tätig sei.⁶⁰ Diese Sichtweise ist zwar nach dem Wortlaut von § 19 Abs. 4 GWB zu streng, denn die Aufzählung der Missbrauchstatbestände ist, wie durch das Wort "insbesondere" hervorgeht, nicht abschließend. Vielmehr handelt es sich um eine Präzisierung der nach § 19 Abs. 1 GWB verbotenen Missbrauchstatbestände, so dass sich die Zugangsverweigerung auch direkt unter § 19 Abs. 1 GWB subsumieren ließe; eine Anpassung von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, damit er auch Zugangsverweigerungen durch vertikal nicht integrierte Netzbetreiber explizit einschließt, ist indes nicht notwendig: Denn ohnehin könnte § 19 GWB nur in dem hypothetischen Fall angewendet werden, wenn ein vertikal desintegrierter Netzbetreiber sämtliche Nutzungsbegehren abschläge. Sobald er hingegen auch nur einem die Nutzung gestattet, stellt eine Netzzugangsverweigerung eine unbillige Behinderung dar, die unter § 20 Abs. 1 GWB subsumiert werden kann.⁶¹ Danach darf ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln. Das behinderte Unternehmen muss nicht mit dem behindernden im Wettbewerb stehen. Damit bliebe der Kontrahierungsanreiz für den Netzbetreiber erhalten, sofern er Missbrauchsverfahren nach dem Wettbewerbsrecht gegen sich vermeiden will.⁶²

Die Mindestvorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 2003 zur Entflechtung wirken sich auch auf die Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts aus: Die gesellschaftsrechtliche Entflechtung wurde mit erheblichen Einschränkungen der Weisungsrechte vertikal integrierter Mutterunternehmen mit dem Ziel unterfüttert, mehr Transparenz zu schaffen, damit Quersubventionen zwischen Netzbetrieb und den übrigen Geschäftsfeldern vermieden werden.⁶³

Die Einflussmöglichkeiten integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf ihre Netzbetreiber beschränken sich nun auf die Genehmigung des jährlichen Finanzplans und von Verschuldungsobergrenzen.⁶⁴ Die Entscheidungsbefugnisse für die operati-

⁵⁸ Vgl. § 111 EnWG i. V. m. § 130 Abs. 3 GWB i. d. F. v. Art. 3 Nr. 31 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechtes v. 7. 7. 2005. Siehe hierzu auch Säcker, F. J., Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht, in: AÖR 2005, S. 215–217.

⁵⁹ Vgl. hierzu Baur, J. F., Zur künftigen Rolle der Kartellbehörden in der Energiewirtschaft, in: RdE 2004, S. 280 f.

⁶⁰ Vgl. Quack, U., Rechtlicher Rahmen des Strom- und Gashandels in Deutschland — Einzelfragen des Netzzugangs, in: Immenga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemarkte in Europa, 2003, S. 76.

⁶¹ Vgl. Wiedemann, G. (Hg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, S. 824.

⁶² Vgl. Monopolkommission (Hg.), XIV. Hauptgutachten — Netzwettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 359, Tz. 734.

⁶³ Vgl. Scholtka, B., Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: NJW 2005, S. 2423.

⁶⁴ Vgl. Art. 15 Abs. 2 lit. c) RL 2003/54/EG sowie § 8 Abs. 4 EnWG 2005.

ven Geschäfte obliegen vollständig der Unternehmensleitung des Netzbetreibers. Infolgedessen kann die Desintegration des Netzbetriebs als Beleg der fehlenden wirtschaftlichen Einheit mit dem Eigentümerunternehmen gewertet werden,⁶⁵ weshalb konzerninterne Absprachen auch bei hundertprozentigen Tochterunternehmen gegen das Kartellverbot des Art. 81 Abs. 1 EG verstossen können.⁶⁶

Bei einem vollständig in das Unternehmen integrierten Netzbetrieb — wie er nach der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie von 1996 noch möglich war⁶⁷ — konnte ein Marktmachtmisbrauchsverfahren nicht auf Art. 82 lit. c) EG gestützt werden, weil die Versorgungssparte desselben Unternehmens nicht unter den Begriff des Handelspartners subsumiert werden konnte.⁶⁸ Mit der Ausgliederung des Netzbetriebs in ein rechtlich selbständiges Unternehmen kann die Versorgungssparte des Eigentümers als Handelspartner angesehen und nunmehr auch Art. 82 lit. c) EG angewendet werden.⁶⁹

Überdies steht — sofern andere Maßnahmen versagen — der Europäischen Kommission bei Verstößen gegen das europäische Wettbewerbsrecht mit Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003/EG der Weg offen, weitere strukturelle Maßnahmen anzuordnen,⁷⁰ worunter gegebenenfalls auch eine weitere Entflechtung fallen kann.

3. Lösungsvorschlag: Die Übertragung des Netzbetriebs auf einen eigentumsrechtlich unabhängigen Betreiber

Da es bei der Entflechtung um die Vermeidung wettbewerbsschädlicher Einflussnahmen integrierter Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf die Netzbetreiber geht, ist es sogar denkbar, dass das Eigentum am Netz bei den bisherigen Eigentümern verbleiben kann, wenn sie es zum Beispiel verpachten. Doch darf sich der Netzbetreiber selbst nicht im Eigentum von natürlichen und juristischen Personen befinden, die auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind.⁷¹ Wenn der Netzeigentümer nicht wechselt, müsste er zumindest für notwendige Netzausbauten und Ersatzinvestitionen auftreten.⁷² Den Aufwand muss er mittels eines entsprechend höheren Pachtzinses an den Betreiber weitergeben können, der diesen seinerseits über höhere Netznutzungsgebühren von den Abnehmern einhebt. Der Netzeigentümer ist weiterhin zu verpflichten, für die Leitungen erforderliche Nutzungsrechte an fremden Grundstücken aufrecht zu erhalten. Die Pachtlösung ist freilich nicht ganz unproblematisch, denn für beide Seiten gibt es Anreize, die sich negativ auf die Versorgungssicherheit auswirken können: Der Eigentümer kann Ersatzinvestitionen hinauszögern — was zu häufigeren Störungen führt — oder notwendige Ausbauten nicht vornehmen — was Engpässe nach sich zieht. Überdies kann er Grundstücksnutzungsverträge nicht verlängern,

⁶⁵ Vgl. Lecheler, H./Herrmann, J., Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 488 f.

⁶⁶ Vgl. EuGH, U. v. 24. 10. 1996, Rs. C-73/95 P, EuGH-Slg. 1996, S. I-5457, 1595 f., Tz. 15–18.

⁶⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 4 RL 96/92/EG.

⁶⁸ Vgl. Schröter, H., Art. 82, in: Schröter/Jakob/Mederer (Hg.), Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, S. 944, Rn. 225.

⁶⁹ Vgl. Lecheler, H./Herrmann, J., Energierechtliches Unbundling und EG-Wettbewerbsrecht, in: WuW 2005, S. 490 f.

⁷⁰ Vgl. Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003/EG.

⁷¹ Dies dürfte auch hinsichtlich des Schutzes der Grundrechte der Netzeigentümer das mildere Mittel sein, mit dem der gewünschte Wettbewerbseffekt erreicht werden kann. Vgl. Hierzu ausführlich: Haslinger, S., Netzmanopole in der Elektrizitätswirtschaft und Wettbewerb, 2006, S. 98–109.

⁷² Vgl. Lieb-Dóczy, E., Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern — internationale Erfahrungen,

was zu Lücken im Netz führen kann, wodurch der Zugang zur Stromversorgung nicht mehr gewährleistet wäre. Der Netzbetreiber wird insbesondere bei befristeter Netzüberlassung gegen Ende der Nutzungszeit seinen Sorgfaltspflichten nicht mehr im nötigen Umfang nachkommen, was ebenfalls zu häufigeren Störungen führen kann.⁷³ Wegen dieser Umstände ist die Eigentumsübertragung der Netze der Pachtlösung vorzuziehen.

Langfristig bietet sich eine Möglichkeit des Eigentumsübergangs an den Anlagen, Grundstücken und Nutzungsrechten an, indem sie über Ratenkauf vom Netzbetreiber erworben werden. Von ihm vorgenommene Kapazitätserweiterungen und Neubauten sollen aus seinen Netznutzungserlösen bestritten werden. Das Eigentumsrecht an diesen Anlagen erwürbe damit der Netzbetreiber. Bloße Aufwendungen für Unterhalt oder Reparatur der überlassenen Netze können hingegen keinen Eigentumsübergang generieren, da sie dem angemessenen Unterhalt und Werterhalt des Netzes dienen. Wenn die netzeignenden integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen von einem Netzausbau keinen höheren Nutzen haben als ihre netzlosen Konkurrenten, besteht für sie kein Anreiz, Überinvestition in die Netze zu fordern, zu fördern oder zu akzeptieren. Auf diesem Weg geht das Eigentum an den Netzen und den dazugehörigen Anlagen über einen langen Zeitraum an die Netzbetreiber über. Das Problem der auf einmal fälligen hohen Entschädigungszahlungen bei einer sofortigen Enteignung im Rahmen der Entflechtung wäre damit gelöst.

Statt eines Ratenkaufs, bei dem der bisherige Eigentümer Kreditgeber wäre, ist eine Finanzierung über den Kapitalmarkt denkbar. Die Finanzierungskosten dürften wegen geringer und überschaubarer Risiken in Verbindung mit gut prognostizierbaren Erträgen aus dem Netzbetrieb relativ niedrig ausfallen. Der bisherige Eigentümer wäre der Kreditrisiken ledig und hätte zudem sofort keinerlei Einflussmöglichkeiten auf das Netz und seinen Betrieb.

Eine weitere Möglichkeit des Betreiberwechsels eröffnen die Konzessionsverträge zwischen Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Kommunen. Die Gebietskörperschaften verfügen aufgrund des kommunalen Wegerechts für Versorgungsleitungen in öffentlichen Flächen (z. B. Straßen) über ein unveräußerbares Rückkaufsrecht für Stromnetze. Dieses Recht kann bei Auslaufen der auf maximal 20 Jahre befristeten Konzessionsverträge zum endgültigen Erwerb der Stromnetze durch die Netzbetreiber genutzt werden. Hier könnten zur Finanzierung im Gegenzug eventuell noch vorhandene kommunale Beteiligungen am bisherigen Netzeigentümer (meist dem ehemaligen Gebietsmonopolisten) den anderen Anteilseignern überlassen werden. Als Kaufpreis sollte der Restwert des Netzes angesetzt werden: Erhielten die Eigentümer einen darüber liegenden Preis, benachteiligte dies Konkurrenten ohne Netzeigentum; sie können keine überhöhten Gewinne aus der Veräußerung des Netzes zur Verbesserung ihrer Marktstellung einsetzen. Zudem wären (kostenorientierte) Netznutzungspreise höher, da der neue Netzeigentümer seiner Kalkulation seinen Kaufpreis zugrunde legen wird. Die Netznutzer — und letztendlich auch die Verbraucher — finanzierten ansonsten über die Netznutzungsentgelte die Gewinne der Netzverkäufer für vor dem Eigentumsübergang bereits kalkulatorisch abgeschriebene Netze.⁷⁴

in: ET 2005, S. 395.

⁷³ Vgl. zu den Problemen der Gebrauchsüberlassung: Lieb-Dóczy, E., Hochspannungsnetze mit mehreren Eigentümern — internationale Erfahrungen, in: ET 2005, S. 396 f.

⁷⁴ Vgl. Klaue, S., Zur Wertberechnung von Netzanlagen beim Neuabschluss von Konzessionsverträgen, in: ZNER 2004, S. 352.

Streng genommen darf der Netzbetreiber auch nicht auf anderen wettbewerblichen Märkten — auch außerhalb des Strommarkts — tätig sein oder zu einem Unternehmen gehören, das dort tätig ist.⁷⁵ Sonst könnten im Extremfall integrierte Versorger verschiedener Sparten ihre Netze tauschen: Übernimmt und betreibt z. B. ein Gasversorger ohne Verflechtung zum Strommarkt das Stromnetz, so wären von überhöhten Netznutzungspreisen alle Stromversorger — einschließlich des bisherigen Netzeigentümers — betroffen und deswegen der Wettbewerb unter ihnen nicht verzerrt. Dem Stromnetzbetreiber kann nicht vorgeworfen werden, er halte damit unerwünschte Konkurrenz aus seinem Netzgebiet fern. Das Gasversorgungsunternehmen könnte mit den Gewinnen aus dem Stromnetz im Gasmarkt eine Verdrängungsstrategie finanzieren und dort den Wettbewerb verzerren. Umgekehrt könnte das Stromunternehmen mit dem Gasnetz genauso verfahren. Das bisherige System faktisch verschlossener Märkte könnte so fortgeführt werden, ohne in irgendeiner Weise gegen das Diskriminierungsverbot zu verstößen; sogar eine verdeckte Diskriminierung über eine unterschiedslose Behandlung⁷⁶ könnte wegen mangelnder eigener Nutzung der Netze nicht unterstellt werden. Der Betrieb verschiedener Netze (z. B. für Gas und Strom) durch einen Netzbetreiber wäre unter diesen Gesichtspunkten indes unproblematisch,⁷⁷ zumindest solange sie nicht zur Quersubventionierung anderer Geschäftsbereiche missbraucht werden können und dort den Wettbewerb zugunsten des Netzbetreibers verzerrn.⁷⁸

Ferner schließt selbst die eigentumsrechtliche Entflechtung die Errichtung und den Betrieb paralleler Netze zu den bereits bestehenden Netzen nicht aus. Ob dadurch allerdings eine Entflechtung unterbleiben kann, ist fragwürdig: Haben sämtliche Netzbetreiber kein Interesse an Konkurrenz, so können sie wieder auf die Praxis verdeckter Diskriminierungen verfallen, was sämtliche Elektrizitätsversorgungsunternehmen ohne eigenes Netz vom Markt fernhielte; der Wettbewerb reduzierte sich auf die netzbetreibenden Unternehmen. Allerdings kann damit schon im engen Oligopol das Ziel einer preisgünstigen Versorgung erreicht werden, sofern zwischen den Netzen ein oligopolistischer Wettbewerb herrscht.⁷⁹

4. Fazit

Die Entflechtung ist eine umfangreiche Aufgabe, die mit erheblichen rechtlichen Auseinandersetzungen einhergehen kann und sich über etliche Jahre erstrecken wird. Dennoch sollte deswegen keine scheinbar bequemere Lösung gewählt werden, die sich aufgrund ihrer geringeren Entflechtungstiefe leichter umsetzen lässt. Auf lange Sicht dürften die damit verbundenen, immer wiederkehrenden Rechtsstreitigkeiten wegen Marktmachtmissbrauchs durch ungünstige Netznutzungskonditionen und -preise die scheinbar niedrigeren Markttransformationskosten weit übersteigen. So kann beispielsweise im Rahmen der Entflechtung die Anzahl der Netzbetreiber auf ein öko-

⁷⁵Vgl. Begründung zu § 6 EnWGE, BT-Drs. 15/3917, S. 89.

⁷⁶Vgl. Eickhof, N./Kreikenbaum, D., Die Liberalisierung der Märkte für leitungsgebundene Energien, in: WuW 1998, S. 675; Büdenbender, U., EnWG, 2003, S. 255, § 6 Rn 79 sowie Bausch, C., Netznutzungsregeln im liberalisierten Strommarkt der Europäischen Union, 2004, S. 206 f.

⁷⁷Vgl. Scholtka, B./Baumbach, A., Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 2002 und 2003, in: NJW 2004, S. 724 sowie die Begründung zu § 6 EnWGE, BT-Drs. 15/3917, S. 89.

⁷⁸Vgl. Beisheim, C. E., Europarechtliche Vorgaben zur Entflechtung von EVU — Überlegungen zur praktischen Umsetzung der Unbundling-Vorschriften, in: EW 21/2003, S. 28.

⁷⁹Vgl. Knieps, G., Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspoli-

nomisch sinnvolles Maß reduziert werden, was neben Größenvorteilen auch den Regulierungsaufwand verringert. Solange unter der mit einer weniger weitreichenden Entflechtung einhergehenden größeren Rechtsunsicherheit die Stabilität des Marktes leidet, wird sich ein funktionierender Wettbewerb schwerer etablieren. Dies führt für sämtliche Marktteilnehmer zu höheren Transaktionskosten und damit — gegenüber der gründlicheren, aber unpopulären eigentumsrechtlichen Entflechtung — zu einer ineffizienten Ressourcenallokation.⁸⁰

tik, 2001, S. 115–147.

⁸⁰ Im Zuge der Beratungen über die Neufassung der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie präferierte das Europäische Parlament die eigentumsrechtliche Entflechtung. Vgl. Faross, P., Rechtlicher Rahmen der Liberalisierung der europäischen Strom- und Gasmärkte — Stand und Perspektiven, in: Immenaga et al. (Hg.), Die Liberalisierung der Energiemärkte in Europa, 2003, S. 37.

Ansätze eines Energieumweltrechts auf nationaler Ebene

von Anja Hentschel

I. Einleitung

Energie und Umwelt — zwei Themenbereiche, die eng miteinander verknüpft und in letzter Zeit auf Grund verschiedener Umstände wieder stark in unser Bewusstsein getreten sind. Der Verbrauch endlicher Ressourcen wie Kohle, Öl und Gas, Krisen und Kriege in den ölproduzierenden Ländern und dadurch bedingt steigende Weltmarktpreise für diese Rohstoffe, steigender Energiebedarf und die Diskussion um den Ausstieg aus der Atomenergie, aber auch die Problematik der "Verschandlung der Landschaft" durch Windenergieanlagen und des großflächigen Anbaus von Energienutzpflanzen, also die verstärkte Nutzung erneuerbarer Energien, zeigen nur ansatzweise den Handlungsbedarf auf diesem Gebiet.

Dem Abbau endlicher Ressourcen stehen anderweitige lokale oder globale Umweltbeeinträchtigungen etwa bei der Gewinnung von Energierohstoffen und bei deren Umwandlung gegenüber. Die Nutzung erneuerbarer Energien ist ebenfalls nicht frei von Umweltbelastungen, jedoch sind diese Beeinträchtigungen meist nur graduell, reversibel und künftig in noch weiterem Maße zu vermindern. Im Sinne eines Systemwandels können erneuerbare Energien jedoch dann einen hinreichenden Beitrag zu einer umweltverträglichen und nachhaltigen Energieversorgung leisten, wenn sie nicht nur fossile und nukleare Energie ersetzen, sondern zugleich mit Effizienzgewinnen in Verbrauch und Umwandlung einhergehen. Diese Möglichkeiten müssen Politik und Recht mit Blick auf eine umweltverträgliche Energieversorgung fördern und vorantreiben. Die Zielsetzung einer solchen Energieversorgung, die mittlerweile das Handeln auf europäischer Ebene, aber auch die nationalen Rechtsordnungen¹ prägt, stellt sich als zentrale und wichtigste Herausforderung für die Umweltpolitik und das Umweltrecht im 21. Jahrhundert dar.

Im Folgenden soll ausgehend von einer kurzen Darstellung einer nachhaltigen Energiepolitik als wichtiger Gegenwartsaufgabe (II.) auf die mögliche Verpflichtung zur Schaffung eines umweltverträglichen und nachhaltigen Energieumweltrechts auf europäischer und nationaler Ebene (III.) eingegangen werden. Sodann sollen die möglichen Instrumente, die ein Energieumweltrecht prägen könnten und müssten, dargestellt werden (IV.), bevor ein Überblick über die bisherigen Tendenzen im deutschen Energie- und Umweltrecht gegeben wird.

¹ Siehe hierzu Kuxenko, Umweltverträgliche Energieversorgung, Analyse eines neuen Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht, Baden-Baden 2004.

II. Nachhaltige Energiepolitik als wichtige Aufgabe der Gegenwart

Der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung ist in erster Linie eine politische Handlungsmaxime.² In seiner weitesten Formulierung werden dem Nachhaltigkeitsgrundsatz drei Dimensionen zugeschrieben: Erforderlich sei ein Ausgleich erstens zwischen den Interessen der Industrie- und Entwicklungsstaaten, zweitens zwischen gegenwärtigen und künftigen Generationen und drittens zwischen ökologischen und ökonomisch-sozialen Gesichtspunkten.³ Seinen "Durchbruch" auf internationaler politischer Ebene verdankt er dem Umweltgipfel in Rio de Janeiro im Jahre 1992 (sog. Rio-Konferenz).⁴ Seit den 90er Jahren prägt das Leitbild eines "sustainable development" auch die europäische Umweltpolitik. Das 5. Umweltaktionsprogramm der EU "Für eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung" für die Jahre 1992 bis 2000⁵ nahm den Ansatz der Rio-Konferenz auf und richtete die gemeinschaftliche Umweltpolitik am Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung aus; mit dem 6. Umweltaktionsprogramm der EU für die Jahre 2001 bis 2010 wird diese Ausrichtung weiter verfolgt.⁶ Den letzten Entwicklungsschritt auf europäischer Ebene im Schnittfeld von Energie und Umwelt bildet das Grünbuch der Kommission vom 8. März 2006 "Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie", in dem das Nachhaltigkeitsprinzip der europäischen Energiepolitik auf den Einsatz für den Klimaschutz durch die Förderung von erneuerbaren Energiequellen und von Energieeffizienz festgelegt wird.⁷

Auf nationaler Ebene haben sich alle politischen Akteure einschließlich der Bundesregierung zum Nachhaltigkeitsprinzip als grundlegendem Leitbild der Umwelt- und Ressourcenpolitik bekannt.⁸ Der zweite Monitoring- und Zwischenbericht zur nationalen Nachhaltigkeitsstrategie "Wegweiser Nachhaltigkeit" aus dem Jahr 2005 führt dabei weiterhin den Energiebereich als zentrales Schwerpunktthema neben den Bereichen nachwachsende Rohstoffe, zukunftsfähige Waldwirtschaft, biologische Vielfalt, Generationenbilanz und gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen auf.⁹

Die Politik steht derzeit vor der Aufgabe, die Grundzüge einer nachhaltigen Energiepolitik zu konzipieren und diese in ein nachhaltiges Energierecht zu fassen. Dabei ist für den Bereich der Umweltpolitik und des Umweltrechts anerkannt, dass das weite Nachhaltigkeitskonzept der Rio-Konferenz hier eingegrenzt werden muss, damit

² Rehbinder, Nachhaltigkeit als Prinzip des Umweltrechts: konzeptionelle Fragen, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht, Berlin 2001, 721 (724).

³ Rehbinder, Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit, NVwZ 2002, 657 ff.

⁴ United Nations Conference on Environment and Development (UNCED); dazu Beyerlin/Ehrmann, Fünf Jahre nach dem Erdgipfel von Rio, UPR 1997, 356 (357).

⁵ Ruffert, Das Umweltvölkerrecht im Spiegel der Erklärung von Rio und der Agenda 21, ZUR 1993, 208 (213); Ewer, Energierechtliche Regelungen als Instrumente des Umweltschutzes, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, Neuwied, Kriftel 2002, § 9 Rn. 12.

⁶ Beschluss Nr. 1600/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juli 2002 über das sechste Umweltaktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaft, Abl. EG Nr. L 242/1; Kritisch hierzu Sachverständigenrat für Umweltfragen, Umweltgutachten 2002 — Für eine neue Vorreiterrolle, Baden-Baden 2002, Tz. 254.

⁷ KOM (2006) 105 endgültig.

⁸ Bundesregierung, Nationale Nachhaltigkeitsstrategie "Perspektiven für Deutschland", Berlin 2002; Bundesregierung, Wegweiser Nachhaltigkeit 2005 — Bilanz und Perspektiven, Berlin 2005; Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Auf dem Weg zu einer nachhaltigen Entwicklung, Bonn 1997, 9 ff., 15 ff.

⁹ Bundesregierung, Wegweiser Nachhaltigkeit 2005 — Bilanz und Perspektiven, Berlin 2005, 82 ff.

es funktionabel wird.¹⁰ Im Ergebnis reduziert es sich auf den Gedanken der Ressourcenschonung. Zentraler Bestandteil dieses reduzierten Nachhaltigkeitsgrundsatzes ist das Ziel einer langfristigen Sicherung natürlicher Ressourcen durch vorausschauende Planung, Pflege und Bewirtschaftung.¹¹ Nutzung und Verbrauch erneuerbarer natürlicher Ressourcen sind an deren Regenerationsfähigkeit zu orientieren und nicht erneuerbare natürliche Ressourcen sind sparsam und schonend zu verwenden, so dass sie auch zukünftigen Generationen zur Verfügung stehen. Besonders diese Aufgabe hat die Energiepolitik in der Gegenwart und in naher Zukunft zu meistern. Die Versorgung mit ausreichend Energie stellt dabei ähnlich wie die Versorgung mit Trinkwasser eine existentielle Frage für die Menschheit dar und ist Voraussetzung für eine würdige Lebensführung und die Schaffung der Lebensgrundlagen durch wirtschaftliche Aktivitäten.¹² Damit ist eine umweltverträgliche Energiepolitik zugleich ein zentraler Baustein einer Politik der nachhaltigen Entwicklung. In diesem Zusammenhang lässt sich dann auch die Bedeutung der Zielsetzung eines umweltverträglichen Energierights erkennen, allen voran der Schutz des Klimas und die Schonung nicht erneuerbarer Energieressourcen (Substitutionsprinzip).

III. Schaffung eines nachhaltigen Energieumweltrechts

Fraglich ist allerdings, ob der Normgeber sowohl auf europäischer als auch auf nationaler Ebene verpflichtet ist, die Initiative hinsichtlich der Schaffung eines nachhaltigen Energieumweltrechts zu ergreifen bzw. ob eine solche spezifische Zielsetzung aus verschiedenen höherrangigen Normen abgeleitet werden kann.

Das Rechtsprinzip einer nachhaltigen Entwicklung ist ausdrücklich im europäischen Primärrecht in einer weiten, die drei Säulen Ökonomie, Ökologie und Soziales umfassenden Form in der Präambel und in Art. 2 des EUV verankert. Darüber hinaus findet sich das Rechtsprinzip als spezifisch umweltpolitisches Integrationsprinzip in Art. 6 EG. Dieser verpflichtet dazu, die Erfordernisse des Umweltschutzes zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung bei den Gemeinschaftspolitiken einzubeziehen, worunter auch der Schutz natürlicher Ressourcen fällt.¹³ Nach zutreffender Auffassung meint "einbeziehen" mehr als eine bloße Berücksichtigung. Die Umweltschutzerfordernisse müssen vielmehr integrativer Bestandteil der Sektorpolitiken — hierzu gehört ebenfalls der Energiebereich nach Art. 3 Abs. 1 lit. u) EG — sein und deren Inhalt im Ergebnis ersichtlich mitprägen, sie führen im Bereich der Energiepolitik schrittweise zu einer Umgestaltung hin zu einer Energieumweltpolitik.¹⁴ Art. 174 Abs. 1, Spiegelstrich 3 EG bringt dies noch deutlicher zum Ausdruck, wenn er festlegt, dass die Umweltpolitik der Gemeinschaft zur Verfolgung des Ziels der umsichtigen und rationellen Verwendung von natürlichen Ressourcen beiträgt. Die Ausfüllung dieser umweltpolitischen Aufgaben obliegt jedoch vor allem den umweltpolitischen Aktionsprogrammen, die

¹⁰ Kahl, Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft, Recht, Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstags von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, 111 (126); Britz, Die Bedeutung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes für die Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens von Energieerzeugung und Energieverwendung, in: Lange (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Recht — Eine Annäherung, Baden-Baden 2003, 145 (146).

¹¹ Vgl. § 4 UGBE; siehe auch Kahl (Fn. 10), 111 (126).

¹² Rodi, Grundstrukturen eines Energieumweltrechts, EurUP 2005, 165 (166).

¹³ Britz (Fn. 10), 145 (151).

¹⁴ Kahl, in: Streinz (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der europäi-

sich als politische Absichtserklärung verstehen und selbst keine verbindlichen Rechtsnormen darstellen, sondern den Rahmen und die Zielsetzung für Richtlinien im Bereich des Umweltrechts abstecken.

Auf nationaler Ebene verpflichtet Art. 20a GG den Staat, auch in Verantwortung für die zukünftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Daraus lässt sich ohne Probleme eine Verpflichtung zum schonenden Umgang mit natürlichen Ressourcen herleiten. Die Literatur sieht zum größten Teil von Art. 20a GG auch die Verpflichtung zur sparsamen Verwendung endlicher Ressourcen, insbesondere auch die Energieeinsparung umfasst.¹⁵ Jedoch enthält Art. 20a GG keine Aussagen über das genaue Ziel und das geforderte Schutzniveau im Hinblick auf die Umwelt und lässt damit die für den Umweltschutz entscheidende Frage offen, welches Maß an Schutz geboten ist. Konkrete Aussagen in Bezug auf ein nachhaltiges Energieumweltrecht lassen sich nicht entnehmen.

Der Frage, ob dem europäischen oder nationalen Normgeber aus höherrangigem Recht eine Verpflichtung zu Schaffung eines nachhaltigen umweltverträglichen Energierights auferlegt wurde, muss im Ergebnis also verneint werden. Zu entnehmen wäre ihr ohnehin nur eine wenig konkrete Bindung des Normgebers.¹⁶ Es ist vielmehr gerade seine Aufgabe, die politische Entscheidung über das Maß der zulässigen Nutzung endlicher Ressourcen und die Förderung anderer Energieträger zu treffen.

IV. Instrumente

Das umweltrelevante Energierrecht ist ebenso wie das Umweltrecht allgemein und das Klimaschutzrecht im Besonderen durch eine Vielzahl von immer stärker differenzierenden Regelungsstrategien und Instrumenten gekennzeichnet. Neben klassischen ordnungsrechtlichen Ansätzen treten verstärkt verschiedene ökonomische Instrumente, die das umweltökonomische Ziel der Internalisierung externer Kosten verfolgen.¹⁷

Informale und besonders informationsgestützte Regelungsstrategien, wie zum Beispiel das Umwelt- oder Ökoaudit¹⁸, aber auch konsensuale und kooperative Instrumente, wie Selbstverpflichtungserklärungen¹⁹ oder partizipative Steuerungsansätze²⁰ runden das Instrumentenspektrum ab.

schen Gemeinschaften, Kommentar, München 2003, Art. 6 Rn. 15.

¹⁵ Murswieck, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 20a Rn. 37 f.; Murswieck, Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG), NVwZ 1996, 222 (225); Frenz, Klimaschutz und Instrumentenwahl — Zum Stand nach der Konferenz von Den Haag und vor der Konferenz in Bonn, NuR 2001, 301 (305).

¹⁶ Britz (Fn. 10), 145 (152); ähnlich auch Ketteler, Der Begriff der Nachhaltigkeit im Umwelt- und Planungsrecht, NuR 2002, 513 (521); Frenz (Fn. 15), NuR 2001, 301 (305).

¹⁷ Rodi (Fn. 12), EurUP 2005, 165 (168).

¹⁸ Siehe hierzu Willnow, Öko-Audit als ein Instrument der ökologieorientierten Unternehmensführung — Die neue EG-Öko-Audit-Verordnung (EMAS II): Neue Anforderungen an das Umweltmanagement, Chemnitz 2004 (Onlineveröffentlichung); Säcker/Timmermann, Energieumweltrecht, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierrecht: Energiewettbewerbsrecht, Energieregulierungsrecht und Energieumweltschutzrecht, 2004, Kapitel 6, Rn. 50.

¹⁹ Siehe V.3.b); ausführlich hierzu Frenz, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, Tübingen 2001; aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht Zerle, Kooperationslösungen zwischen Staat und Wirtschaft — Selbstverpflichtungen als umweltpolitisches Instrument, Augsburg 2005 (Onlineveröffentlichung); siehe auch Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 6), Tz. 1209 ff.

²⁰ Sachverständigenrat für Umweltfragen (Fn. 6), Tz. 1215 ff.

Zum Kernstück eines umweltrelevanten Energierechts haben sich mittlerweile die ökonomischen Anreizinstrumente entwickelt.²¹ Neben Subventionen, Energiesteuern, der Förderung erneuerbarer Energien und des Einsatzes der Kraft–Wärme–Kopplung spielt auch der 2005 neu eingeführte Treibhausgaszertifikatehandel eine wesentliche Rolle in diesem Bereich. Mit letzterem dürfte der Einfluss ökonomischer Konzeptionen auf das Umweltrecht auch seinen vorläufigen Höhepunkt erreicht haben.²²

Trotz dieser Entwicklungen sollte der Bereich der klassischen verwaltungsrechtlichen Instrumente im Hinblick auf ein umweltrelevantes Energierecht nicht vergessen werden. Auch für diesen Bereich lassen sich Beispiele finden, die das Energieumweltrecht prägen. Insbesondere sind hierzu die Regelungen zur Wärmenutzung in Gebäuden im Energieeinsparungsgesetz, die Energie- und Effizienzspargebote des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sowie die Zielsetzung einer umweltverträglichen Energieversorgung im Energiewirtschaftsgesetz zu nennen.

Über die gesamte Instrumentendiskussion sollte jedoch letztlich nicht verkannt werden, dass auf Grund der Vielzahl an Instrumenten diese auch in einen Einklang gebracht werden müssen, um nicht entgegengesetzte Wirkungen zu entfalten bzw. sich zu neutralisieren. Dies scheint jedoch oftmals schwer zu fallen. So tritt die ordnungsrechtliche Pflicht einer effizienten und sparsamen Energieverwendung im Sinne des Bundes-Immissionsschutzrechts im gewerblichen Sektor neben Ökosteuer, freiwillige Selbstverpflichtung und Klimaemissionshandel. Allein dieses Beispiel zeigt, dass in Deutschland der quantitative Normenbestand im Bereich des Ressourcenschonungs- und Klimaschutzrechts beeindruckend ist; im Gegensatz dazu sind allerdings nur bescheidene Lenkungserfolge in diesem Bereich zu verzeichnen.²³ Deshalb ist in der Tat zu fragen, ob an die Stelle einer Vielzahl unter Umständen wenig wirksamer Instrumente nicht eher ein einzelnes, dafür aber wirksames Instrument treten sollte. Diese differenzierte Frage soll hier aus Raumgründen jedoch offen gelassen werden.

V. Energieumweltschutz in Deutschland

Bevor auf die bereits skizzierten Instrumente eines umweltrelevanten Energierechts, differenziert nach Instrumenten direkter und indirekter Verhaltenssteuerung, bezogen auf nationale Regelungen näher eingegangen wird, sollen zunächst die Ansätze einer nachhaltigkeitsorientierten Ausgestaltung des deutschen Energierechts aufgezeigt werden.

1. Allgemeine Nachhaltigkeitsansätze im Bereich eines Energieumweltrechts

Im besonderen Verwaltungsrecht sind die Ansätze eines nachhaltigkeitsorientierten Energieumweltrechts nicht in einem Gesetz zusammengefasst, sondern über die verschiedenen Materien verstreut. Dies macht es besonders schwer, von der Entwicklung eines allgemeinen Energieumweltrechts zu sprechen. Konzentrierte energiespezifische

²¹ Aus europarechtlicher Sicht Boie, Ökonomische Steuerungsinstrumente im europäischen Umweltrecht, Berlin u.a. 2006; allgemein Michaelis, Ökonomische Instrumente in der Umweltpolitik: Eine anwendungsorientierte Einführung, Heidelberg 1996, 25 ff.

²² So Rodi (Fn. 12), EurUP 2005, 165 (168).

²³ Ekardt, Förderung effizienter Energieverwendung: Europäische und deutsche Steuerungsinstrumente, ZUR 2004, 405 (409).

Nachhaltigkeitsbestimmungen finden sich allerdings einerseits im Energiewirtschaftsgesetz²⁴, andererseits im Erneuerbare-Energien-Gesetz²⁵.

Zweck des Energiewirtschaftsgesetzes ist es nach dessen § 1 Abs. 1 unter anderem, eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Energieversorgung mit Elektrizität und Gas sicherzustellen. Vom Zweck der Versorgungssicherheit wird auch die dauerhafte Verfügbarkeit von Energie und damit indirekt auch das Nachhaltigkeitsanliegen erfasst.²⁶ Das Erfordernis einer umweltverträglichen Energieversorgung wird in § 3 Nr. 33 EnWG konkretisiert, indem festgelegt wird, dass die Energieversorgung den Erfordernissen eines nachhaltigen, insbesondere rationellen und sparsamen Umgangs mit Energie genügen muss, eine schonende und dauerhafte Nutzung von Ressourcen zu gewährleisten ist und die Umwelt möglichst wenig belastet wird, wobei der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung und erneuerbaren Energien eine besondere Bedeutung zukommt.

Jedoch wird man bei der neu gefassten Zielbestimmung des EnWG ähnlich wie bei der alten Fassung die Effektivität als eher gering zu veranschlagen haben.²⁷ Die schon damals kritisierte Verwendung von verschiedenen unbestimmten Kriterien wird auch im neuen EnWG fortgesetzt. Wann in hinreichendem Maße Endenergie und Primärenergie eingespart ist, lässt sich wenig rational beantworten und unterliegt einer Wertung. Fraglich ist auch, wie sich die genannten Zielsetzungen des § 1 EnWG und Pflichten des § 2 Abs. 1 EnWG im Rahmen der Aufsicht nach § 65 EnWG durchsetzen lassen. Insgesamt regelt das EnWG auch nur Ansätze eines nachhaltigkeitsorientierten Energieumweltrechts.²⁸

Das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) kann als zentrales Nachhaltigkeitsinstrument im deutschen Energierecht bezeichnet werden.²⁹ Ziel des Gesetzes ist es nach § 1 EEG, im Interesse des Klima- und Umweltschutzes eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen und den Beitrag erneuerbarer Energien am gesamten Energieverbrauch bis zum Jahr 2010 mindestens zu verdoppeln. Neben dem ausdrücklich genannten Klimaschutz hat das EEG aber auch die Ressourcenschonung zum Ziel. Im Sinne einer auf die Zukunft gerichteten energiespezifischen Nachhaltigkeitspolitik wird die Erhöhung des Einsatzes erneuerbarer Energieträger und eine zunehmende Verdrängung des Einsatzes endlicher Ressourcen bezweckt. Konkretisiert wird die Zielbestimmung des § 1 EEG durch ein feinsinniges Förderinstrumentarium, welches im Gegensatz zu seiner Vorgängerregelung im Strom einspeisungsgesetz jedoch nicht mehr europarechtlichen³⁰ und verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist. Hat das deutsche Abnahme- und Vergütungssystem mit der Grundsatzentschei-

²⁴ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung — Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) vom 7. Juli 2005, BGBl. I 1970 ff., ber. BGBl. I, 3621 ff.

²⁵ Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien vom 21. Juli 2004, BGBl. I, 1918 ff.; zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 35 des Gesetzes vom 7. Juli 2005, BGBl. I, 1970 ff.

²⁶ Britz (Fn. 10), 145 (157).

²⁷ Britz (Fn. 10), 145 (158).

²⁸ Weitere Regelungen mit Bezug zu erneuerbaren Energien und zur Kraft-Wärme-Kopplung finden sich unter anderem in §§ 2 Abs. 2, 13 Abs. 1 S. 2, 18 Abs. 2 S. 3 EnWG.

²⁹ Britz (Fn. 10), 145 (159).

³⁰ Siehe hierzu die Entscheidung des EuGH vom 13.3.2001 — Rs. C-379/98 (Preußen-Elektra AG / Schleswig AG), ZUR 2001, 259 ff. mit Anmerkung Nagel, ZUR 2001, 263 ff.; siehe zur Vereinbarkeit des EEG mit dem Beihilferecht der EG ebenfalls Nagel, Die Vereinbarkeit des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) mit dem Beihilferecht der EG, ZNER 2000, 100 ff. sowie Nagel, Erneuerbare Energien und Rechtsordnung, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Atomrechtssymposium (09. – 10. Oktober 2001 in Berlin), Baden-Baden 2002, 457 (465 ff.).

dung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 2003³¹ nunmehr seine vorerst letzte juristische Hürde genommen und in bestimmten Gebieten spürbare Wirkungen gezeigt³², so bleibt doch die Frage seiner volkswirtschaftlichen Effizienz weiterhin politisch umstritten.³³

Diesen beiden Gesetzen werden eine Reihe weiterer Regelungen an die Seite gestellt, die mittels unterschiedlicher Instrumente auf das Verhalten der verschiedenen Akteure im Bereich des Energieumweltrechts einwirken wollen.

2. Instrumente direkter Verhaltenssteuerung

Sowohl das öffentliche Wirtschaftsrecht als auch das Planungsrecht enthalten zahlreiche Gebote und Verbote, Genehmigungsvoraussetzungen und Bestimmungen zu Grenzwerten, die unmittelbar auf die Tätigkeiten und das Verhalten der Wirtschaftssubjekte im Bereich der Energieversorgung einwirken. Neben Genehmigungen, die einen gewerbe- und polizeirechtlichen Ursprung haben, sowie Anzeigepflichten und Vorschriften zur Energieeinsparung stehen Planungs-, Genehmigungs- und Sicherheitsbestimmungen, die sich nicht zuletzt auch auf Umweltbelange beziehen. Da das Energieanlagenrecht hier nicht im Vordergrund stehen soll, seien im Folgenden nur vier Bereiche exemplarisch herausgegriffen, die eine Verbindung von Energie- und Umweltrecht enthalten und damit als Bestandteil eines Energieumweltrechts gelten können(t).

a) Immissionsschutzrecht

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG³⁴ sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt Energie sparsam und effizient verwendet wird.³⁵ Mit dieser Regelung enthält das Immissionsschutzrecht nunmehr eine spezifische Regelung des umweltrelevanten Energierechts.³⁶ Die Norm ersetzt in Umsetzung des Art. 3 S. 1 lit.d) der IVU-Richtlinie die vorherige Regelung zur Abwärmenutzung³⁷ und geht wesentlich über diese hinaus, denn nunmehr muss nicht nur die Abwärme effizient genutzt werden, sondern auch die für die Anlage erzeugte Energie muss effizient erzeugt sein. Zu beachten ist diese Grundpflicht vor allem in den Bereichen wie Licht, Heizung oder anlagenzweckbedingte Transporte.

³¹ BGH, Urteil vom 11.6.2003 — VIII ZR 160/02 — BGHZ 155, 141 ff. = NVwZ 2003, 1143 ff.

³² Vgl. dazu Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Erneuerbare Energien in Zahlen — nationale und internationale Entwicklung, Stand: Juni 2006.

³³ So Rodi (Fn. 12), EurUP 2005, 165 (172); siehe zum Streit um die volkswirtschaftlichen Kosten BT-Drs. 15/2370, 3, 15/2036; 15/4014.

³⁴ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge vom 26. September 2002, BGBl. I, 3830 ff., zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 25. Juni 2005, BGBl. I, 1865 ff.

³⁵ Hierzu Winkler, Die neue Betreiberpflicht, Klimaschutz und Emissionshandel, ZUR 2003, 395 ff.; Britz, Zur Effektivität der Energiesparinstrumente des BImSchG, Anspruch und Wirklichkeit ambitionierter Klima- und Ressourcenschutzpolitik, UPR 2004, 55 ff.; siehe auch die Regelung in § 32 Abs. 1 Nr. 1c KrW-/AbfG.

³⁶ Rodi (Fn. 12), EurUP 2005, 165 (170).

³⁷ Siehe hierzu Roßnagel, in: Koch/Scheuing/Pache, Gemeinschaftskommentar Bundes-Immissionschutzgesetz, Stand: Juni 1994, § 5 Rn. 702 ff.

Gerade bei § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG zeigt sich jedoch auch das Problem begrenzter effektiver Steuerung. Besonders hilfreich für eine effektive Anwendung der Norm wäre der Schritt der Bundesregierung, über die Verordnungsermächtigung des § 7 BImSchG eine Konkretisierung der neuen Grundpflicht herbeizuführen, dies ist aber gerade nicht geplant.³⁸ Auch schon die frühere Abwärmennutzungspflicht wurde in Ermangelung einer konkreten Ausgestaltung in einem untergesetzlichen Regelwerk nie vollzogen. Solange allerdings die Grundpflicht nicht auf dem Verordnungswege konkretisiert wird, wird auch nicht deutlich, was genau technisch mit effizienter und sparsamer Energieverwendung gemeint ist und ob und inwieweit auch detaillierte Vorgaben zur Anlagen- und Produktionstechnik möglich sind. Eine untergesetzliche Regelung würde somit zu mehr Rechtssicherheit in der Anwendung der Grundpflicht führen, sie kann jedenfalls nicht mit einem Hinweis auf die Klimaselbstverpflichtung der deutschen Wirtschaft unterbleiben.³⁹

Eine weitere Bedeutungseinschränkung erfährt § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BImSchG auch dadurch, dass diejenigen Großanlagen, die nach dem Treibhausgasemissionshandelsgesetz (TEHG)⁴⁰ am Emissionshandel teilnehmen, von der Erfüllung dieser Grundpflicht freigestellt werden.

b) Bauplanungsrecht

Auch im Bereich des Bauplanungsrechts lassen sich Ansatzpunkte des Nachhaltigkeitsgrundsatzes mit Bezug zum Energiebereich nachweisen. Von dem allgemeinen Zusammenhang zwischen Energieversorgung und bauplanerisch vorgegebener Siedlungsstruktur abgesehen enthält das Bauplanungsrecht Möglichkeiten, den rationellen Umgang mit Energie zu beeinflussen und den Umgang und Bedarf mit herkömmlichen, nicht regenerativen Energieträgern zu steuern und im Idealfall zu vermindern.⁴¹ Gemeinden haben bei der Aufstellung von Bebauungsplänen neben anderen abwägungserheblichen Belangen nach § 1 Abs. 5 S. 2 Nr. 7 BauGB⁴² die Belange des Umweltschutzes, insbesondere die Nutzung erneuerbarer Energien und die sparsame und effiziente Nutzung der Energie sowie Auswirkungen auf das Klima zu berücksichtigen. Dem kann die Gemeinde zum Beispiel dadurch gerecht werden, dass sie in ihrem Flächennutzungsplan oder Bebauungsplan gem. §§ 5 Abs. 2 Nr. 4, 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB Versorgungsflächen für Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien reserviert⁴³ beziehungsweise Gebiete nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB festsetzt, in denen bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien wie insbesondere Solarenergie getroffen werden müssen. Die Nutzung erneuerbarer Energien bei der Stromerzeugung wird auch durch § 35 BauGB gefördert. Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind im Außenbereich Anlagen zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wasser- und Windenergie privilegiert, wo-

³⁸ Roßnagel, in: Koch/Scheuing/Pache, Gemeinschaftskommentar Bundes-Immissionsschutzgesetz, Stand: Oktober 2004, § 7 Rn. 105a ff.

³⁹ So auch Ehardt (Fn. 23), ZUR 2004, 405 (409).

⁴⁰ Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz — TEHG) vom 8. Juli 2004, BGBl. I, 1578 ff., zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 22. September 2005, BGBl. I, 2826.

⁴¹ Säcker/Timmermann (Fn. 18), Kapitel 6, Rn. 61.

⁴² Baugesetzbuch (BauGB) vom 23. September 2004, BGBl. I, 2414 ff., zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 5. September 2006, BGBl. I, 2098.

⁴³ Für die Windkraft siehe zum Beispiel Stenneken, Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen, Frankfurt am Main u.a. 2000, 77.

mit die Rechtsprechung jedoch ausdrücklich keine einseitige planungsrechtliche Förderung dieser bestimmten Energieformen verbindet, sondern eine dem Außenbereich und der gemeindlichen Bauleitplanung angepasste Nutzung ermöglicht.⁴⁴ Ihre Privilegierung ist nur in Abwägung mit den Belangen des § 35 Abs. 3 BauGB auszuschließen, insbesondere wenn der immissionsschutzrechtliche Nachbarschutz (Nr. 3) betroffen ist oder eine Beeinträchtigung von Natur und Landschaft (Nr. 5) stattfindet. Darüber hinaus besitzt die Gemeinde jedoch nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB die Möglichkeit, in ihrem Flächennutzungsplan Konzentrationszonen für die Windkraftnutzung, so genannte Windvorrangflächen, auszuweisen, die der Windkraftnutzung im restlichen Gemeindegebiet entgegenstehen. Bei einer solchen Festsetzung muss die Gemeinde neben der ortsabhängigen Wirtschaftlichkeit und der vom Gesetzgeber gewünschten Förderung der erneuerbaren Energien auch natur- und immissionsschutzrechtliche Beschränkungen, die Wohnverhältnisse und Erholungsbedürfnisse der Bevölkerung sowie bereits bestehende Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien berücksichtigen.⁴⁵

Ferner steckt im Gebäudebereich ein erhebliches Energieeinsparpotential — etwa ein Drittel des gesamten Endenergieverbrauchs entfällt auf Raumwärme und Warmwasserbereitstellung⁴⁶ —, womit dem Baurecht auch hier besondere Bedeutung zukommt. Im BauGB findet sich jedoch keine ausdrückliche Verpflichtung, bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Erfordernisse einer sparsamen Energienutzung zu beachten. Allerdings bietet das BauGB den Gemeinden zahlreiche Möglichkeiten, die sie nutzen und ergreifen können, wenn sie das wollen. So können nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB Festsetzungen zur Stellung der baulichen Anlage getroffen werden, die es ermöglichen, durch eine optimierte Stellung der Gebäude zur Sonne die Ausnutzung der natürlichen Sonneneinstrahlung zum Zweck der Energieeinsparung zu nutzen.⁴⁷ Ebenfalls kann die Gemeinde nunmehr nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien festsetzen. So kann ein Bebauungsplan unter engen Voraussetzungen auch den Einbau von Solarzellen zur Erzeugung von Solarstrom oder für die Erzeugung von Warmwasser aus Solarenergie vorschreiben.

c) Naturschutzrecht

Das Naturschutzrecht normiert in § 2 Abs. 1 Nr. 6 S. 1 BNatSchG⁴⁸ den Grundsatz, dass Beeinträchtigungen des Klimas zu vermeiden sind. Dabei soll dem Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung insbesondere durch die zunehmende Nutzung erneuerbarer Energien besondere Bedeutung zukommen. Dient die Nutzung Erneuerbarer Energien hiernach auch dem Naturschutz, können naturschutzrechtliche Belange wie Arten- und Biotopschutz oder der Schutz des Landschaftsbildes gegen diese Art der Energieversorgung nur noch eingeschränkt berücksichtigt werden.⁴⁹ Diese undifferenzierte Aufnahme der Nutzung Erneuerbarer Energien in die Grundsätze des

⁴⁴ Statt vieler BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 — 4 C 15.01 — ZNER 2003, 37 (39).

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 17.12.2002 — 4 C 15.01 — ZNER 2003, 37 (40).

⁴⁶ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Energiedaten, Zahlen und Fakten, Stand: August 2006. URL: <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Energie/Energiestatistiken/energiедaten,did=51884.html> (11.10.2006).

⁴⁷ Roller/Gebers/Jülich, Umweltschutz durch Bebauungspläne, 2. Aufl. 2000, 68; Britz (Fn. 10), 145 (169).

⁴⁸ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege — Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) vom 25. März 2002, BGBl. I, 1193 ff., zuletzt geändert durch Art. 40 des Gesetzes vom 21. Juni 2005, BGBl. I, 1818 ff.

⁴⁹ Louis, Das Gesetz zur Neuregelung des Rechtes des Naturschutzes und der Landschaftspflege

BNatSchG erscheint bedenklich, da alternative Energien nicht immer natur- und landschaftsschonend sind.⁵⁰ Darüber hinaus muss die Steuerungswirkung der Norm als gering eingeschätzt werden.⁵¹ Die Ziele des Naturschutzes und der Landschaftspflege sind zwar nach Maßgabe unter anderem des genannten Grundsatzes zu verwirklichen, jedoch nur soweit es im Einzelfall zur Verwirklichung erforderlich, möglich und unter Abwägung aller sich aus den Zielen nach § 1 BNatSchG ergebenden Anforderungen untereinander und gegen die sonstigen Anforderungen der Allgemeinheit an Natur und Landschaft angemessen ist. Zu beachten ist des Weiteren, dass das BNatSchG lediglich einen Rahmen⁵² im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege vorgibt, der von den einzelnen Bundesländern auszufüllen ist. Gemäß § 11 BNatSchG gelten die Festlegungen des § 2 BNatSchG nicht unmittelbar. Sie erlangen auf landesrechtlicher Ebene erst ab dem Zeitpunkt Geltung, in dem sie in die Landesnaturschutzgesetze umgesetzt sind. Das Hessische Naturschutzgesetz (HENatG)⁵³ hat in seiner neuen Fassung diese Vorgabe nicht explizit aufgenommen.

d) Energieeinsparung und Energieeffizienz

Nicht mehr in Zweifel gezogen wird die Aussage, dass das Energieumweltrecht über angebotsseitige Maßnahmen auch bei der Energienachfrage anzusetzen hat.⁵⁴ Wichtige Regelungen zur Reduzierung des Endenergieverbrauchs finden sich deshalb im Energieeinsparungsgesetz⁵⁵ und der auf der Grundlage dieses Gesetzes ergangenen Energieeinsparverordnung⁵⁶. Letztere wird derzeit gerade novelliert, um die Anforderungen der Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden⁵⁷ in nationales Recht umzusetzen.

Die Neufassung hat unter anderem die Einführung von Energieausweisen im Gebäudebestand und eine Berücksichtigung (Berechnung und Bewertung) des Energieaufwands durch Klimatisierung und Beleuchtung bei Nichtwohngebäuden zur Folge. Ergänzt werden diese Bestimmungen durch die aufgezeigten bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften zum Wärmeschutz an Gebäuden.⁵⁸

In einigen Bundesländern hat der Landesgesetzgeber Vorschriften zur Energieeinsparung geschaffen, die unter anderem "eine sparsame und umweltverträgliche Energie-

(BNatSchGNeuregG), NuR 2002, 385 (385).

⁵⁰ So auch Louis (Fn. 49), NuR 2002, 385 (385); Gellermann, Das modernisierte Naturschutzrecht, NVwZ 2002, 1025 (1027).

⁵¹ Britz (Fn. 10), 145 (165).

⁵² Im Zuge der Förderalismusreform wurde die Rahmengesetzgebungszuständigkeit des Bundes abgeschafft und die Materie des Naturschutzes und der Landschaftspflege in Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG überführt. BT-Drs. 16/813; Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006, BGBl. I, 2034 ff.

⁵³ Hessisches Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (HENatG) vom 16. April 1996, GVBl. I, 145; zuletzt geändert durch Gesetz vom 29. November 2005, GVBl. I, 769.

⁵⁴ Sachverständigenrat für Umweltfragen, Umweltgutachten 2004 — Umweltpolitische Handlungsfähigkeit sichern, Baden-Baden 2004, Tz. 43 ff.; Rodi (Fn. 12), EurUP 2005, 165 (174).

⁵⁵ Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden — Energieeinsparungsgesetz (EnEG) vom 1. September 2005, BGBl. I, 2684 ff.

⁵⁶ Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden — Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 2. Dezember 2004, BGBl. I, 3146 ff.

⁵⁷ ABl. EG Nr. L 1(2003)/65.

⁵⁸ Siehe unter V.2.b).

versorgung"⁵⁹ beziehungsweise den "Schutz des Klimas durch Energieeinsparung"⁶⁰ bezoeken. Der Erlass derartiger landesrechtlicher Vorschriften hält sich auf Grund der insoweit nicht ausgeschöpften Gesetzgebungsbefugnis des Bundes im Rahmen der Kompetenzordnung des Grundgesetzes.⁶¹

Die Bestimmungen zur gebäudebezogenen Energieeinsparung werden durch gerätebezogene Vorschriften flankiert. Das in erster Linie informationsbezogene Instrumentarium des Energieverbrauchskennzeichnungsgesetzes vom 30. Januar 2002⁶², mit welchem ebenfalls europäische Richtlinien⁶³ umgesetzt wurden, ermächtigt einerseits dazu, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, das bei Geräten und Bestandteilen von Geräten sowie bei Kraftfahrzeugen Angaben über den Verbrauch von Energie zu machen sind. Andererseits können durch Rechtsverordnung zulässige Höchstwerte für den Energieverbrauch von Geräten festgelegt werden.

Ein wichtiger zusätzlicher nachfrageorientierter Ansatz zur Verbesserung der Endenergieeffizienz liegt in der Schaffung eines konsistenten Rechtsrahmens für Energiedienstleistungen.⁶⁴ Mit der Verabschiedung der Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG des Rates⁶⁵ ist auf Europäischer Ebene ein erster Schritt getan worden, der allerdings wegen seiner mangelnden Verbindlichkeit des Einsparziels von neun Prozent für die Mitgliedstaaten im Zeitraum 2008–2017 von den Umweltverbänden scharf kritisiert wird⁶⁶ und letztlich auch noch der Umsetzung in nationales Recht bedarf.

3. Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung

Das klassische Ordnungsrecht ist seit den siebziger Jahren im Umweltrechtssystem vorherrschend, sieht sich jedoch heutzutage vielfältiger Kritik⁶⁷ ausgesetzt und wird

⁵⁹ Siehe Berliner Einspargesetz vom 2. Oktober 1990 (GVBl., 2144 ff.); Bremisches Energiegesetz vom 17. September 1991 (BremGBl., 325 ff.).

⁶⁰ Hamburgisches Klimaschutzgesetz vom 25. Juni 1997 (GVBl., 261 ff.).

⁶¹ Säcker/Timmermann (Fn. 18), Kapitel 6, Rn. 59.

⁶² Gesetz zur Umsetzung von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet der Energieeinsparung bei Geräten und Kraftfahrzeugen — Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz (EnVKG) vom 30. Januar 2002, BGBl. I, 570 ff.; zuletzt geändert durch Art. 135 der Verordnung vom 25. November 2003, BGBl. I, 2304 ff.

⁶³ Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 92/57/EWG des Rates vom 22. September 1992 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch Haushaltsgeräte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen (Abl. EG Nr. L 297/16), der Richtlinie 96/57/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. September 1996 über Anforderungen im Hinblick auf die Energieeffizienz von elektrischen Haushaltskühl- und -gefriergeräten und entsprechende Kombinationen (Abl. EG Nr. L 236/36), der Richtlinie 1999/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen (Abl. EG Nr. L 12/16) sowie der Richtlinie 2000/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. September 2000 über Energieeffizienzanforderungen an Vorschaltgeräte für Leuchtstofflampen (Abl. EG Nr. L 279/33).

⁶⁴ Rodi (Fn. 12), EurUP 2005, 165 (174).

⁶⁵ Abl. EG Nr. L 114/64.

⁶⁶ Siehe hierzu nur die Stellungnahme vom BUND unter http://www.bund.net/lab/reddot2/pdf/eu_energieeffizienz.pdf (11.10.2006).

⁶⁷ Kritisiert werden unter anderem die gesamtwirtschaftliche Ineffizienz des Umweltordnungsrechts, fehlende Anreize zur überobligatorischen Normerfüllung, fehlende klare Vollzugsimperative, mangelnde Harmonisierung der Gesetzgebung und eine mangelnde Aktualität.

mehr und mehr durch Instrumente der indirekten Veraltenssteuerung ergänzt beziehungsweise ersetzt. Derartige Instrumente einer indirekten Verhaltenssteuerung setzen nicht auf den Normbefehl und dessen Befolgung, sondern wirken auf die Motivation des Adressaten, bieten ihm Anreize für umweltschonendes Verhalten und lassen ihm einen Entscheidungsspielraum.⁶⁸ Die neuen Regelungsansätze sind dabei zu einem nicht unerheblichen Teil auf die fortschreitende Europäisierung des Umweltrechts zurückzuführen. Die Instrumente umfassen Informationen und Appelle, direkte Finanzhilfen und steuerliche Vergünstigungen, Umweltabgaben, Zertifikats- und Kompensationslösungen, Haftungsregelungen sowie Umweltabsprachen.⁶⁹

a) Marktanreizprogramme

Eine nur mittelbare Beeinflussung der Wirtschaftstätigkeit haben Programme zum Ziel, die auf Bundes- und Landesebene Anreize für den Energiemarkt geben. Das Marktanreizprogramm des Bundeswirtschaftsministeriums förderte zwischen 1999 und 2004 die Nutzung erneuerbarer Energien durch private Investoren, insbesondere auf dem Wärmemarkt. Seit 2002 wurden vor allem die Förderkonditionen bei Solarkollektoren und Biomasseanlagen verbessert. Nunmehr liegt die Betreuung und Abwicklung dieses Programms im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit und enthält immer noch drei verschiedene Förderbereiche für Zuschüsse, nämlich Solarkollektor- und Biomasseanlagen sowie den Programmteil "Wärme aus erneuerbaren Energien in der Schule". Das Förderprogramm des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit ist im Jahr 2006 so gut angenommen worden, dass die für dieses Jahr zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel für die Bewilligung von Zuschussanträgen bereits im Juni erschöpft waren.⁷⁰ Es soll jedoch auch im nächsten Jahr fortgeführt werden.

Zum 1. Januar 2005 startete die KfW-Förderbank die drei neuen wohnwirtschaftlichen Programme "Wohnraum Modernisieren", "Ökologisch Bauen" und "Solarstrom Erzeugen", die neben dem KfW-CO₂-Gebäudesanierungsprogramm angeboten werden. Mit dem Programm "Wohnraum Modernisieren" sind vor allem langfristige Finanzierungen von CO₂-Minderungs- und Modernisierungsmaßnahmen im Wohnungsbestand förderbar, das Programm "Ökologisch Bauen" fasst die Förderung der am Markt gut angenommenen KfW-Energiesparhäuser und Passivhäuser zusammen. Mit dem Programm "Solarstrom Erzeugen" bietet die KfW ein neues Finanzierungsprodukt für den Photovoltaik-Markt in Deutschland. Es steht mit Ausnahme von Kommunen allen Antragstellern offen.

Die Mittel des CO₂-Gebäudesanierungsprogramms, die für die Verbilligung von Krediten der KfW-Förderbank zur Wohngebäudesanierung zur Verfügung stehen, wurden im Jahr 2006 um 350 Millionen Euro auf insgesamt 1,5 Milliarden Euro aufgestockt. Seit dem Start im Februar 2006 wird das Programm von Eigentümern, Wohnungsunternehmen und Investoren gut genutzt.

⁶⁸ Helberg, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, Neuwied, Kriftel 2002, § 3 Rn. 102; Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 5 Rn. 166.

⁶⁹ Säcker/Timmermann (Fn. 18), Kapitel 6, Rn. 43; ausführlich hierzu Kloepfer (Fn. 68), § 5 Rn. 166 ff.

⁷⁰ Das Ministerium hatte auf die große Nachfrage zu Beginn des Jahres mit einer Anpassung der Förderung reagiert. Nach den neuen Förderkonditionen erhalten nunmehr Antragsteller, deren Anträge ab dem 1. Februar 2006 beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) eingegangen sind, Förderbescheide mit zwischen 20 und 50 Prozent reduzierten Förderbeträgen. Damit soll der großen

b) Selbstverpflichtungsvereinbarungen

Im Hinblick auf europäische und innerstaatliche Klimaschutzziele spielen auch Selbstverpflichtungen der deutschen Wirtschaft eine bedeutende Rolle. Hierbei handelt es sich um rechtlich unverbindliche Absprachen zwischen Unternehmen oder Wirtschaftsverbänden einerseits und staatlichen Stellen (meist der Regierung oder einem Ministerium) andererseits, in denen sich das Unternehmen bzw. der Verband für seine Mitglieder verpflichtet, innerhalb einer bestimmten Frist bestimmte Umweltschutzziele zu erreichen.⁷¹ Die Vertreter der staatlichen Interessen sagen im Gegenzug zu, auf eine gesetzliche Regelung vorerst zu verzichten. In solchen Umweltabsprachen kommt zum Ausdruck, dass Umweltschutz im Bereich der Energieversorgung nicht allein eine Aufgabe des Staates ist und vor allem nicht einseitig von diesem gegen die Wirtschaft und Gesellschaft durchgesetzt werden kann.⁷² Im System einer Selbstregulierung nehmen Selbstverpflichtungen für sich einerseits die Vorteile der Flexibilität und Effizienz in Anspruch, andererseits sind sie verschiedenartigen Vorbehalten ausgesetzt, denn neben der Gefahr, dass zu Lasten des Gemeinwohls Abstriche bei den Zielsetzungen gemacht werden, um Akzeptanz zu schaffen, bestehen bei Nichteinhaltung außer dem Erlass der an sich abgewendeten Norm keinerlei Sanktionsmöglichkeiten.⁷³

Im Bereich des Energieumweltschutzes ist die bekannte Klimaschutz–Selbstverpflichtung der deutschen Industrie hervorzuheben, bei der im Gegenzug für eine freiwillige Reduzierung der klimaschädlichen Treibhausgase die Bundesregierung zugesagt hat, keine Initiative zu ergreifen, um die klimaschutzpolitischen Ziele auf ordnungsrechtlichem Wege zu erreichen.⁷⁴ Im Zuge der politischen Debatte um das Kraft–Wärme–Kopplungs–Modernisierungsgesetz wurde diese Selbstverpflichtungserklärung durch die am 25. Juni 2001 geschlossene Vereinbarung zur Minderung der CO₂–Emissionen und der Förderung der Kraft–Wärme–Kopplung ergänzt.⁷⁵

c) Abgaben

Ein wesentliches Instrument indirekter Verhaltensteuerung im Bereich des umweltrelevanten Energierechts sind Energiesteuern.⁷⁶ Steuern sind nach der Legaldefinition

Anzahl der Förderanträge und der gestiegenen Wirtschaftlichkeit der Maßnahmen Rechnung getragen werden.

⁷¹ Helberg (Fn. 68), § 3 Rn. 134.

⁷² Säcker/Timmermann (Fn. 18), Kapitel 6, Rn. 45; Kuhnt, Energie und Umweltschutz in europäischer Perspektive, DVBl. 1996, 1082 (1089 f.).

⁷³ Helberg (Fn. 68), § 3 Rn. 134.

⁷⁴ Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Klimavorsorge vom 9. November 2000. URL: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/J-L/klimavereinbarung-09-11-2000,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (11.10.2006).

⁷⁵ Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Minderung der CO₂–Emissionen und der Förderung der Kraft–Wärme–Kopplung in Ergänzung zur Klimavereinbarung vom 9.11.2000, URL: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/J-L/klimavereinbarung2001,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf> (11.10.2006).

⁷⁶ Dazu grundsätzlich Jobs, Steuern auf Energie als Element einer ökologischen Steuerreform, Baden-Baden 1999; zu Umweltabgaben allgemein Hendler, Ökonomische Instrumente des Umweltrechts unter besonderer Berücksichtigung der Umweltabgaben, in: Dolde (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25–jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht, Berlin 2001, 285 ff.

in § 3 Abs. 1 AO⁷⁷ Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht anknüpft. Der deutsche Gesetzgeber hat sich im Rahmen der ökologischen Steuerreform⁷⁸ mit der Stromsteuer für eine Verbrauchssteuer entschieden. Der verfolgte Grundgedanke liegt darin, die Verursacher finanziell dafür aufkommen zu lassen, dass durch Energieverbrauch Umweltschäden hervorgerufen werden. Die Stromsteuer stellt die zweitjüngste aller Verbrauchssteuern dar und hatte im Jahr 2005 ein Aufkommen von ca. 6,5 Mrd. Euro.⁷⁹ Sie entsteht unter anderem durch die Entnahme des Stroms⁸⁰ durch den im Inland ansässigen Verbraucher (§ 5 Abs. 1 StromStG⁸¹).⁸²

Mit Blick auf den Umwelt- und Klimaschutz bedarf eine im Stromsteuergesetz geregelte Steuervergünstigung besonderer Erwähnung. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 StromStG ist der aus erneuerbaren Energieträgern erzeugte Strom unter der Voraussetzung von der Steuer befreit, dass er aus einem ausschließlich aus solchen Energieträgern gespeisten Netz oder einer entsprechenden Leitung entnommen wird (so genannter "Sauberer Strom"). Mit der Anknüpfung an ausschließlich erneuerbare Energieträger soll ein Beitrag zur Ressourcensicherung getroffen werden. Zwar reduziert die Verteuerung von Energie in der Regel auch die Nachfrage und führt über veränderte Preisverhältnisse zu Energieeffizienz, leistet letztlich damit auch einen Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz, politisch ist der Nutzen derartiger Regelungen allerdings nicht ganz unumstritten.⁸³

Die jüngste Verbrauchssteuer ist mit der Energiesteuer im August 2006 in Deutschland eingeführt worden. Mit dem Energiesteuergesetz⁸⁴, welches das Mineralölsteuergesetz⁸⁵ ablöst, wird die auf europäischer Ebene erlassene Energiesteuerrichtlinie⁸⁶ in deutsches Recht umgesetzt. Künftig werden neben Mineralöl, Erdgas und Flüssiggas insbesondere auch Steinkohle, Braunkohle und Koks als Energieerzeugnisse erfasst

⁷⁷ Abgabenordnung vom 1. Oktober 2002, BGBl. I, 3866 ff., ber. BGBl. I 2003, 61 ff. zuletzt geändert durch Art. 18 des Gesetzes vom 5. September 2006, BGBl. I, 2098 ff.

⁷⁸ Siehe hierzu Gesetz zum Einstieg in die ökologische Steuerreform vom 24. März 1999, BGBl. I, 378 ff.; Gesetz zur Fortführung der ökologischen Steuerreform vom 16. Dezember 1999, BGBl. I, 2432, ber. BGBl. I 2000, 440 ff.; Gesetz zur Fortentwicklung der ökologischen Steuerreform; siehe hierzu Orth, Nachhaltigkeit im Steuerrecht, in: Lange (Hrsg.), Nachhaltigkeit im Recht — Eine Annäherung, Baden-Baden 2003, 245 (251 ff.).

⁷⁹ Siehe hierzu http://www.zoll.de/b0_zoll_und_steuern/b0_verbrauchsteuern/d0_strom/index.html (11.10.2006).

⁸⁰ In § 1 S. 1 StromStG wird durch Verweis auf die kombinierte Nomenklatur des EG-Zollrechts (Position 2716) in der am 21. Januar 2002 geltenden Fassung der Steuergegenstand sachlich festgelegt. Als Bemessungsgrundlage legt das Stromsteuerrecht die Megawattstunde (MWh) fest.

⁸¹ Stromsteuergesetz — StromStG — vom 24. März 1999, BGBl. I, 378 ff., zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2006, BGBl. I, 1534 ff.

⁸² Zu den Einzelheiten des Stromsteuergesetzes vgl. Jatzke, Die Stromsteuer, DStZ 1999, 520 ff.

⁸³ Endbericht der Enquete-Kommision "Nachhaltige Energieversorgung unter den Bedingungen der Globalisierung und der Liberalisierung", Ziffer 6.3.3.1.2. (Rn. 1804), <http://www.bundestag.de/parlament/gremien/kommissionen/archiv14/ener/schlussbericht/index.htm>. (11.10.2006); siehe auch Kloepfer (Fn. 68), § 16 Rn. 56 ff.

⁸⁴ Energiesteuergesetz — EnergieStG vom 15. Juli 2006, BGBl. I, 1534 ff.

⁸⁵ Mineralölsteuergesetz vom 21. Dezember 1992, BGBl. I, 2150 ff., 2185, Gesetz aufgehoben mit Wirkung zum 1. August 2006.

⁸⁶ Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, Abl. EG Nr. L 283/51.

und besteuert.⁸⁷ Entsprechend der Vorgaben der Richtlinie werden die zur Stromerzeugung verwendeten Energieerzeugnisse grundsätzlich von der Steuer befreit und die Vorschriften zur Steuerbegünstigung von Anlagen der Kraft–Wärme–Kopplung wesentlich vereinfacht. Neu eingeführt wurde mit dem Gesetz die teilweise Besteuerung von Biodiesel. Wie sich diese doch sehr umstrittene Regelung auf die Akzeptanz von Biokraftstoffen auswirken wird, wird sich in Zukunft zeigen.

d) Abnahme- und Vergütungspflichten

Seit dem Inkrafttreten des Stromeinspeisungsgesetzes zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien haben Abnahme- und Vergütungspflichten zunehmend an Bedeutung für den Energieumweltschutz gewonnen. Der Gesetzgeber hat vor allem im EEG einen in dieser Form bislang einzigartigen Mechanismus zur Förderung der erneuerbaren Energien geschaffen. Dieser ergibt sich aus der in § 4 EEG geregelten Abnahme- und Vergütungspflicht einerseits und den Regelungen zum bundesweiten Ausgleich nach § 14 EEG andererseits.⁸⁸ Die Netzbetreiber werden verpflichtet, Anlagen zur Erzeugung umweltfreundlicher Energie an ihr Netz anzuschließen, den Strom abzunehmen und nach bestimmten Sätzen zu vergüten (erste Stufe). Auf der zweiten Stufe ist gem. § 4 Abs. 6 EEG der dem durch Abs. 1 verpflichteten Netzbetreiber vorgelagerte Übertragungsnetzbetreiber zur Abnahme und Vergütung verpflichtet. Zur Verhinderung regionaler Ungleichheiten findet auf der dritten Stufe gem. § 14 Abs. 1 und 2 EEG ein bundesweiter Ausgleich der Abnahme- und Vergütungspflichten zwischen den Übertragungsnetzbetreibern statt. Auf der vierten und letzten geregelten Stufe werden gem. § 14 Abs. 3 EEG alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Strom an Letztverbraucher liefern, gleichmäßig anteilig verpflichtet, die nach § 4 EEG aufgenommenen Strommengen von ihrem Übertragungsnetzbetreiber abzunehmen und diesem zu vergüten. Der letzte Schritt — die Vermarktung an den Letztverbraucher — ist vom Gesetzgeber nicht mehr reguliert worden.

Die ökologische Wirksamkeit der Regelungen des EEG beruht im Ergebnis nicht auf einer Steuerung der Verbraucherentscheidung, sondern vielmehr darauf, unmittelbar bei potentiellen Stromerzeugern Anreize für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien zu setzen, indem deren Vermarktungsrisiko durch Abnahme- und Vergütungsgarantien verringert wird. Eine nachfrageorientierte Förderung der erneuerbaren Energien durch Motivation des ökologisch bewussten Verbrauchers findet mit dem EEG hingegen nicht statt.

Einen bedeutenden Beitrag dazu, die Energieerzeugung aus fossilen Primärenergieträgern effektiver zu machen, leistet ebenfalls die Kraft–Wärme–Kopplung, indem durch diese Technologie die beim Veredelungsprozess anfallende Wärmeenergie verwertet wird. Das mit dem Kraft–Wärme–Kopplungs–Modernisierungsgesetz⁸⁹ verfolgte Ziel ist ausweislich der Zweckbestimmung in § 1 Abs. 2 KWKModG, den Ausbau der Stromerzeugung in kleinen KWK–Anlagen und die Markteinführung der Brennstoffzelle im Interesse der Energieeinsparung, des Umweltschutzes und der Erreichung der

⁸⁷ Somit wird Kohle und Koks bei Verwendung als Heiz- oder Kraftstoff grundsätzlich besteuert. Private Haushalte sind bezogen auf die Verwendung von Kohle bis zum 31.12.2010 von der Steuerzahlung vorerst befreit (§ 37 Abs. 2 Nr. 6 EnergieStG).

⁸⁸ Zu diesem Mechanismus siehe ausführlich Britz (Fn. 10), 145 (160 ff.); Kloepfer (Fn. 68), § 16 Rn. 96 ff.

⁸⁹ Gesetz für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der Kraft–Wärme–Kopplung — KWK–ModG — vom 19. März 2002, BGBl. I, 1092 ff., zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. September 2005, BGBl. I, 2826 ff.

Klimaschutzziele der Bundesregierung zu fördern. Auch das KWKModG enthält eine Abnahme- und Vergütungspflicht nach § 4 Abs. 1 KWKG bezüglich des in KWK-Anlagen erzeugten Stromes. Ähnlich wie beim EEG will der Gesetzgeber auch hier einen Anreiz für den Einsatz der KWK-Technologie schaffen.⁹⁰

VI. Schluss

Über die Zielsetzung einer nachhaltigen Entwicklung sind Energie- und Umweltpolitik untrennbar miteinander verbunden. Dies spiegelt sich vor allem in der rasanten Fortentwicklung der europäischen und der nationalen Gesetzgebung in diesem Bereich wider. Mittlerweile kann auf nationaler Ebene auch von ersten Grundzügen eines Energieumweltrechts gesprochen werden. Wie die Darstellung zeigt, ist dieses jedoch über viele Einzelmaterien verstreut und sind die Instrumente teilweise wenig aufeinander abgestimmt. Dies mag einerseits daran liegen, dass von europäischer Ebene in diesem Bereich vielfältige Anstöße und Umsetzungsvorgaben kommen, die mit den Ansätzen im deutschen Recht nicht immer harmonieren. Andererseits spiegelt sich darin auch das immer noch auf bestimmte Sektoren beschränkte Vorgehen des Gesetzgebers wider, der vielfach Anwendungsbereiche aus geschaffenen und zu schaffenden Regelungen ausklammert oder diese für bestimmte Bereiche abschwächt oder separat regelt.

Das Gebiet des Energieumweltrechts ist jedoch derzeit stark in Bewegung, so dass es sich in Zukunft noch erheblich fortentwickeln wird. Darin liegt die Hoffnung, dass der Gesetzgeber Unstimmigkeiten beseitigt, bestehende Vorschriften konkretisiert und mit effektiven Durchsetzungsinstrumentarien versieht sowie sektorübergreifende Regelungen schafft und vielleicht den Gedanken einer einheitlichen Kodifikation in einem Umweltgesetzbuch aufgreift.

⁹⁰ Hierzu ausführlich Schneider, § 18. Energieumweltrecht: Erneuerbare Energien, Kraft-Wärme-Kopplung, Energieeinsparung, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, Die Grundsätze der neuen Rechtslage, München 2003, § 18 Rn. 202 ff.

Der EU–Emissionshandel mit Treibhausgasen

von Hans G. Nutzinger und Sven Rudolph

Die politische Verwässerung eines umweltökonomischen Lehrbuchinstruments aus politisch–ökonomischer Perspektive

1. Zur Durchsetzungsfähigkeit ökonomischer Instrumente: einführende Bemerkungen

Mit diesem Beitrag wollen wir nicht zuletzt an das umweltpolitische Engagement des Jubilars Bernhard Nagel erinnern, der sich über seine zahlreichen rechtswissenschaftlichen Buch- und Aufsatzveröffentlichungen hinaus auch in mehreren Publikationen (Nagel 2002, 2001, 2000a, 2000b) besonders im Bereich erneuerbarer Energien immer wieder für eine nachhaltige Energiepolitik einsetzte. Er sah sich bei seinem Engagement dem gleichen Problem ausgesetzt, das auch uns immer wieder beschäftigte, nämlich der Frage, warum sich sinnvolle Konzepte oft nur mit großen Schwierigkeiten in der umweltpolitischen Praxis durchsetzen konnten, und wenn überhaupt, dann oft nur in stark verwässerter Form. Die Antwort, welche eine umfassende ökonomische Theorie der Politik hierfür liefert, überzeugt dabei insofern, als sie die Akteursinteressen und ihre Einflusspotentiale analysiert, wie wir anhand des EU–Emissionshandels und seiner nationalen Umsetzung in Deutschland beispielhaft veranschaulichen wollen.

2. Handelbare Emissionslizenzen in Theorie und Praxis

Seit gut 35 Jahren, beginnend mit Dales (1968) in Kanada und Bonus (1972) in Deutschland, diskutiert die ökonomische Wissenschaft die Einsetzbarkeit und die Funktionsweise handelbarer Umweltnutzungsrechte als marktorientiertes Instrument der Umweltpolitik. Im angloamerikanischen Sprachraum wird das umweltökonomische Instrument handelbarer Emissionslizenzen oft als *cap-and-trade* bezeichnet. In seiner zu *cap-distribute-and-trade* erweiterten Form stellt bereits die sprachliche Bezeichnung die charakteristischen Merkmale der Lizenzlösung heraus: Ausgehend von einem umweltpolitischen Ziel, das nicht nur auf rein ökonomischen Kosten–Nutzen–Abwägungen beruht, wird zunächst im politischen Prozess eine absolute Begrenzung der Emissionsmengen für ein bestimmtes geographisches Gebiet festgelegt (*cap*), welche die Knappheit der Umweltressource in das Wirtschaftssystem hinein teleskopiert. Aus der Gesamtmenge der für zulässig erklärt Emissionen wird nun eine Vielzahl kleiner Anteile geschaffen, die als Emissionserlaubnisscheine mittels eines genauer zu bestimmenden Verfahrens an die Emittenten verteilt werden (*distribute*). Jede Emission ist nunmehr an den Besitz einer Emissionslizenz gebunden, wobei diese Nutzungsrechte jedoch nicht beim durch die ursprüngliche Verteilung bestimmten Besitzer verbleiben müssen, sondern frei zwischen Emittenten übertragen werden können (*trade*). Durch solche Übertragungen entsteht ein Markt für Emissionsrechte.

Wie allokativtheoretische Wirkungsanalysen überzeugend zeigen (Endres 2000, Tietenberg 1985), führt ein derartiger Markt über die Angleichung der Grenzvermeidungskosten aller Emittenten zu einer volkswirtschaftlich effizienten Allokation von Vermeidungsmaßnahmen (*statische ökonomische Effizienz*). Zudem werden umweltpolitische Ziele über die Festlegung einer Emissionsgesamtmenge, die legaler Weise nicht überschritten werden darf, ökologisch effektiv umgesetzt (*ökologische Effektivität*). Nicht zuletzt implementiert die Lizenzlösung dauerhaft Innovationsanreize, da die durch verbesserte Reduktionstechnologien frei werdenden Emissionsrechte am Markt gewinnbringend veräußert werden können (*dynamische ökonomische Effizienz*). Damit weist die Lizenzlösung aus theoretischer Sicht deutliche Vorteile gegenüber ordnungsrechtlichen Regulierungen und auch gegenüber der Abgabenlösung auf.

Ein Blick auf empirische Erfahrungen in den USA zeigt, dass sich, entgegen einem auf beiden Seiten des Atlantiks gerne und lange gehegten Vorurteil, die theoretischen Vorteile eines Systems handelbarer Emissionslizenzen durchaus auch in der Praxis realisieren lassen. Im Rahmen des *Acid Rain Program* konnten mit Hilfe eines Lizenzsystems für die U.S.-Energiewirtschaft die Schwefeldioxid-Emissionen im Vergleich zu 1980 bereits im Jahr 2000 halbiert werden (und nicht erst, wie eigentlich vorgesehen, im Jahr 2010); das ökologische Ziel konnte aufgrund kostengünstiger Vermeidungsoptionen zeitweise sogar übererfüllt werden. Verglichen mit einem ordnungsrechtlichen Ansatz wurden die Kosten um rund 50 % gesenkt, und technischer Fortschritt wurde in erheblichem Umfang angeregt. Der amerikanische Umweltökonom Ellerman (2000: S. 314) formuliert angesichts dieses Befundes mit verständlichem Stolz: "We are unaware of any U.S. environmental program that has achieved that much."

Seit dem Jahr 2005 setzt nun auch die EU-Klimapolitik auf ein System handelbarer Emissionslizenzen (EU-Kommission 2003), dessen Ausgestaltung wesentlich vom U.S.-amerikanischen *SO₂-Allowance–Trading* inspiriert ist; konkret strebt es die Erfüllung des Kyoto-Ziels der EU einer Reduktion der Treibhausgase um acht Prozent bis 2008 – 2012 gegenüber 1990 an. Nationale Allokationspläne (NAP) müssen hierbei die Zuteilungen von Emissionslizenzen an die volkswirtschaftlichen Sektoren und die einzelnen Anlagen auf der Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten konkretisieren. Dies wird notwendig, da weitgehend auf eine Versteigerung der Emissionslizenzen verzichtet wird und allein die Energiewirtschaft inklusive der energieintensiven Industrie vom zunächst auf CO₂-Emissionen beschränkten EU-Emissionshandel direkt betroffen ist. Gerade dieser Erstvergabemechanismus über Nationale Allokationspläne (NAP) ist aber mit erheblichen Problemen behaftet. So fallen die Reduktionsziele des NAP I vom 31. März 2004 für das Emissionshandelssegment im deutschen Makroplan (BMU 2004b) — dieser legt die Aufteilung auf die volkswirtschaftlichen Sektoren fest — für die Handelsperiode 2005 – 2007 einerseits gegenüber dem ursprünglichen Ziel aus der Klimavereinbarung der deutschen Wirtschaft mit der Bundesregierung (Bundesregierung 2000, 2001) und andererseits gegenüber dem NAP-Vorschlag des Bundesumweltministeriums (BMU) vom 29. Januar 2004 (BMU 2004b) sowie nicht zuletzt sogar gegenüber einem internen Kompromissvorschlag des damaligen Kanzleramtsministers Steinmeier deutlich schwächer aus (Darstellung 1). Da das Gesamtreduktionsziel aus dem Kyoto-Protokoll völkerrechtlich bindend bleibt, müssen daher die Anforderungen an die übrigen Sektoren Haushalte und Verkehr erheblich verschärft werden.

Darstellung 1: Abschwächung der Reduktionsziele des Emissionshandels

Zieljahre (Basis 2000-2002)	KVV 2000	BMU 29. Januar 2004	Steinmeier 17. März 2004	NAP I 31. März 2004
2005-2007	-10 Mio. t.	-17 Mio. t	-7 Mio. t	-2 Mio. t
2008-2012	-45 Mio. t.	-28 Mio. t	–	-10 Mio. t

Quelle: eigene Darstellung.

Erzwungen wird die Ausweitung der Gesamtmenge für das Emissionshandelssegment im Wesentlichen durch die gegenüber dem BMU–Entwurf großzügigen Zuteilungsregeln im Mikroplan des NAP I (BMU 2004b), der die Verteilung der Lizenzen des Emissionshandelssegments auf die betroffenen Anlagen vornimmt:

- Neuanlagen erhalten einen doppelt so hohen Benchmark.
- Vermeidungsaktivitäten vor der für die Zuteilungsberechnung zugrunde gelegten Basisperiode (*Early Action*) werden mit einem mehr als dreimal so hohen Lizenzkontingent belohnt.
- Die Rückstellung von Lizenzen für Prozessemissionen, die keinen Reduktionsanforderungen unterliegen, fallen fast doppelt so hoch aus.

Hinzu treten Sonderregelungen, durch die bestimmte Tatbestände mit einem Erfüllungsfaktor von Eins versehen werden und die damit keiner Reduktionsverpflichtung unterliegen (Darstellung 2).

Darstellung 2: Sonderregelungen mit dem Erfüllungsfaktor Eins

Tatbestand	Grundlage	Gewährungszeitraum
Inbetriebnahme zwischen dem 1.1.2003 und dem 31.4.2004	Basiszuteilung	12 Jahre
Neuanlagen ab 2005 nach 4jährigem Lizenz-Übertragungszeitraum	Übertragungsregel	14 Jahre
Anlagen mit Inbetriebnahme ab 1996	Early-Action-Regel	12 Jahre
Modernisierte Altanlagen ab 1996 mit spezifischen Emissionsminderungen	Early-Action-Regel	12 Jahre
prozessbedingte Emissionen	Prozessemissionen-Regel	unbegrenzt

Quelle: eigene Darstellung.

Von politisch-ökonomischer Brisanz sind zudem folgende Regelungen:

- *Neuanlagen*: Die Zuteilung enthält brennstoffspezifische Elemente, die den Wechsel zu kohlenstoffärmeren Brennstoffen unattraktiv machen. Der Reservefond für Neuanlagen ist um ein Drittel geringer und wenn dieser erschöpft ist, müssen

Neuanlagen erforderliche Lizenzen am Markt erwerben. Insgesamt benachteiligt dies Neuanlagen, da die Betreiber von Altanlagen ihre Erstzuteilung kostenlos erhalten haben.

- *Übertragungsregel:* Bei der Übertragung von Lizenzen von stillgelegten Alt- auf Neuanlagen wurde der Übertragungszeitraum um mehr als zwei Drittel verringert, was den Modernisierungsanreiz mindert.
- *Kernenergieausstieg:* Als Kompensation für durch den Kernenergieausstieg notwendig werdende fossile Ersatzkapazitäten wurde eine Reserve im Umfang von 4,5 Millionen Tonnen CO₂ geschaffen.
- *KWK:* Die Sonderreserve für die effiziente Kraft–Wärme–Kopplung wurde um ein Viertel reduziert.

Insgesamt erscheint der gesamte NAP I als ein erhebliches Zugeständnis an etablierte Interessenstrukturen. Da diese Strukturen nicht homogen sind, konnte die Erfüllung der Summe von Sonderwünschen aus den unterschiedlichen betroffenen Industrien allein über eine Ausweitung des Gesamtbudgets für das Emissionshandelssegment erfolgen. Die Ausführungen im dritten Abschnitt zeigen, wie sich diese Forderungen durch den realpolitischen Einfluss der Gegner des EU–Emissionshandels durchsetzen konnten (Rudolph 2005: Kap. 7).

3. Empirische Beobachtungen zum Einfluss der Emissionshandelsgegner

Der von der EU geplante und schließlich durchgesetzte Emissionshandel stieß in Deutschland auf den Widerstand weiter Teile der betroffenen Industrie, der damaligen Oppositionsparteien sowie zweier wichtiger Mitglieder des damaligen Bundeskabinetts, nämlich des Bundeswirtschafts- und -arbeitsministers und des Bundeskanzlers. In der deutschen Wirtschaft erwies sich der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) als zentraler Akteur auf Verbandsebene. Ökologische Problemlagen werden vom BDI vorwiegend unter ökonomischen Gesichtspunkten mit Blick auf die Produktionsbedingungen der Unternehmen betrachtet, und daher wurden (und werden) kostenwirksame oder Zwang ausübende Instrumente der Umweltpolitik abgelehnt. Unterstützung fand die grundlegend ablehnende Haltung besonders bei den Energiekonzernen und der energieintensiven Industrie sowie deren Verbänden, aber auch bei den bedeutendsten deutschen Einzelgewerkschaften und dem Deutschen Gewerkschaftsbund (DGB). Die Arbeitnehmervertretungen konnten diesbezüglich als Spiegel ihrer Branche gelten, da intensivierte umweltpolitische Anstrengungen Abwanderungstendenzen der betroffenen Unternehmen verbunden mit Arbeitsplatzverlusten befürchten ließen. Diese Koalition setzte zunächst ausschließlich auf eine Totalverhinderung des EU–Emissionshandels. Die vorgebrachten Argumente gegen den Emissionshandel richteten sich dabei jedoch im Kern gegen die klimaschutzpolitischen Ziele selbst. Beklagt wurden dabei vor allem

- zu hohe Kosten,
- resultierende Wettbewerbsnachteile und
- Einschränkung von Wachstumschancen aufgrund absoluter caps,

wohingegen lobend auf die vermeintliche Vorteilhaftigkeit anderer Instrumente hingewiesen wurde.¹ Nachdem eine Totalverhinderung misslungen war, wurden zahlreiche Detailforderungen für den NAP I erhoben, die allesamt die Vermeidung von Zusatzbelastungen für die betroffenen Anlagen zum Ziel hatten.

In dieser Phase zerfiel dann auch Ende 2003 die vormals geschlossene Koalition der Emissionshandelsgegner, da sich ein Verteilungskampf um Lizenzzuteilungen abzeichnete. Dieser Konflikt resultierte aus einer von der Klimavereinbarung ausgehenden ersten internen Zielvorgabe des Bundesumweltministeriums (BMU) und dem zugrunde gelegten Prinzip kommunizierender Röhren, nach dem eine Mehrzuteilung an eine Anlage eine Reduktion der Zuteilung für eine andere bedeuten sollte. Die Einzelunternehmen und -branchen versuchten, über Sonderzuteilungen für den jeweils eigenen Anlagen-Mix die besten Bedingungen zu erstreiten. So sprachen sich die folgenden Unternehmen bzw. Branchen für die genannten Regelungen aus:

- Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerke (RWE): Als führender Betreiber von Kohlekraftwerken setzte sich RWE bei der Übertragungsregel für eine Befristung des Übertragungszeitraums ein, denn je eher Lizenzen nicht mehr übertragen werden konnten, desto geringer war der Vorteil für effizientere oder nicht-kohlebasierte, CO₂-ärmere Anlagen gegenüber traditionellen Kohlekraftwerken. Für Neuemittenten wurde zudem für eine brennstoffabhängige Zuteilung plädiert, die Vorteile für Neueinsteiger mit kohlenstoffärmeren Brennstoffen unterbindet.
- Energie Baden-Württemberg (EnBW): Als Betreiber zahlreicher Kernkraftwerke forderte EnBW eine umfangreiche Sonderreserve für den politisch beschlossenen Kernenergieausstieg, da die Schaffung von Ersatzkapazitäten auf fossiler Basis zusätzliche kompensationsbedürftige Kohlendioxid-Emissionen verursache.
- *Vattenfall*: Als Eigentümer zahlreicher nach der Wende modernisierter Braunkohlekraftwerke in den ostdeutschen Bundesländern verlangte Vattenfall eine möglichst umfangreiche Anerkennung von "Early Action", also von bereits vor der Basisperiode getätigten Minderungsmaßnahmen.
- *Stahl-, Roheisen-, Glas- und Zementindustrie*: Als wesentliche Emittenten von prozessbedingten Kohlendioxid-Emissionen — von Emissionen also, die nicht bei Verbrennungsprozessen entstehen — sprachen sich die Unternehmen und Verbände gegen jegliche Minderungsanforderungen an Prozessemissionen aus.

Die Positionierung des BDI in dieser Phase spiegelte die Addition der geforderten Sonderregelungen wieder; sie wurde besonders plastisch in der zentralen Forderung nach einer bedarfsorientierten Zuteilung. Eine Bedienung aller Sonderansprüche war jedoch ohne Ausweitung der Gesamtlizenzmenge nicht möglich, und dies ließ Mitte Februar 2004 die Gespräche der betroffenen Unternehmen und Verbände mit der Bundesregierung vertreten durch die zuständigen Staatssekretäre scheitern. Erst der im Folgenden näher betrachtete "Krisengipfel" im Kanzleramt in der Nacht zum 30. März 2004 brachte die endgültige Entscheidung.

¹ Der in der umweltpolitischen Regulierungsgeschichte in Deutschland oftmals von der betroffenen Wirtschaft vorgebrachte Wunsch nach einem Wechsel zu angeblich überlegenen alternativen Instrumenten, im Amerikanischen anschaulich als *instrument hopping* bezeichnet, zielt im Wesentlichen jeweils auf die Verhinderung des aktuell geplanten umweltpolitischen Instruments und allenfalls am

Als zentrale Gegner des Emissionshandels auf Seiten der politischen Entscheider agierten die Fraktionen der Christlich–Demokratischen/Sozialen Union (CDU/CSU) und der Freien Demokratischen Partei (FDP) sowie die damaligen Kabinettsmitglieder der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD) Bundeswirtschafts- und -arbeitsminister Clement und Bundeskanzler Schröder. Die Position der CDU/CSU–Bundestagsfraktion wies eine deutliche Übereinstimmung mit den Positionen der Gegner in der deutschen Wirtschaft auf. Zwar wurde jetzt die grundsätzliche Vorteilhaftigkeit des Emissionshandels anerkannt und die Erreichung der Klimaschutzziele als zentrale umweltpolitische Aufgabe akzeptiert, jedoch nur unter der Maßgabe, dass klimapolitische Maßnahmen die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft nicht gefährden dürften und dass der bereits geleistete erhebliche Beitrag der deutschen Wirtschaft zum Klimaschutz anzuerkennen sei. In den konkreten Forderungen zur Ausgestaltung des NAP I finden sich zahlreiche Detailforderungen der Emissionshandelsgegner in der deutschen Wirtschaft wieder bis hin zur Übernahme zentraler Begrifflichkeiten. So verlangte die CDU/CSU–Fraktion vor allem

- eine angemessene Beteiligung aller volkswirtschaftlicher Sektoren an den ange strebten Emissionsreduktionen,
- die Einrichtung einer Wachstumsreserve zur Vermeidung von Wachstumshemm nissen,
- eine bedarfsgerechte Erstausstattung,
- die umfassende Anerkennung der Vorleistungen der deutschen Industrie (Early Action),
- die Einrichtung einer Kompensationsreserve für den Kernenergieausstieg und
- die Ablehnung strukturpolitischer Vorfestlegungen zugunsten eines Energieträgers.

Die Bundestagsfraktion der FDP begrüßte zwar zunächst den EU–Emissionshandel als modernes, kosteneffizientes Instrument des Klimaschutzes, kritisierte jedoch letztendlich seine konkrete Ausgestaltung. Auch hier finden sich in den Forderungen wesentliche Elemente der Anliegen der Emissionshandelsgegner in der betroffenen Wirtschaft wieder, vor allem

- die Streichung der Ökosteuer bei Einführung des Emissionshandels,
- eine unbürokratische Administration des Handelssystems,
- die weitgehende Anerkennung von Early Action und
- eine bedarfsgerechte Erstausstattung.

Politischen Einfluss entfalteten die Bundestagsfraktionen der Parteien jedoch kaum, nicht zuletzt, weil wesentliche Diskussionen und Vorfestlegungen außerhalb des parlamentarischen Raums in der Verwaltung und dem Kabinett erfolgten. Insbesondere zwei Emissionshandelsgegner im Kabinett prägten über die schlussendliche Vorgabe von Eckpunkten des Makro- und sogar zahlreicher Detailregelungen des Mikroplans

maßgeblich den NAP I, nämlich Bundeswirtschafts- und -arbeitsminister Clement und Bundeskanzler Schröder. Clement erwies sich dabei als zentraler Gegner eines ökologisch anspruchsvollen Emissionshandels. Bereits im Vorfeld der Verhandlungen um den NAP I hatte es Differenzen zwischen ihm und Bundesumweltminister Trittin im Hinblick auf die zukünftige Energiepolitik gegeben. Anlass war neben dem EU–Emissionshandel die Überarbeitung des Gesetzes über Erneuerbare Energien (EEG). Zwei interne Strategiepapiere hatten Mitte Juli 2003 die jeweiligen Richtungen der Kabinettmitglieder vorgegeben; dabei zeigten sich grundsätzliche Differenzen: Während der bündnisgrüne Umweltminister grundsätzlich eine größere Rolle der regenerativen Energien einforderte, plädierte der sozialdemokratische Wirtschafts- und Arbeitsminister weiterhin für die zentrale Bedeutung der Kohlenutzung. Bezuglich des EU–Emissionshandels hatten bereits die ab September 2003 stattfindenden "Energiegipfel" unter Beteiligung von Schröder, Clement und Vertretern der Energiewirtschaft, der energieintensiven Industrie sowie der Gewerkschaften — und zeitweise unter explizitem Ausschluss von Trittin — vor dem Hintergrund der beiden Papiere eine zentrale Vorgabe bestimmt: Die Ziele des EU–Emissionshandels sollten wirtschaftsverträglich formuliert werden. Zahlreiche strittige Details waren jedoch offen geblieben und sollten in Staatssekretärsgesprächen mit den betroffenen Unternehmen und Verbänden geklärt werden. Nach dem bereits skizzierten Scheitern dieser Runden legte das Umweltministerium einen Entwurf für den NAP I vor, der eine Kompromisslinie zwischen den freiwilligen Zusagen der deutschen Wirtschaft aus der Klimavereinbarung und den Forderungen der betroffenen Wirtschaft darstellte (BMU 2004a). Diesen Vorschlag lehnte Clement jedoch entschieden ab. Im März 2004 wurden zur Beilegung des Konflikts Treffen zwischen den Ministern Trittin und Clement anberaumt, um doch noch eine termingerechte Meldung des NAP I an die EU–Kommission bis zum 31. März 2004 zu ermöglichen. Fehlende Erfolge dieser Ministergespräche ließen das Eingreifen des Bundeskanzlers in der Nacht zum 30. März 2004 notwendig werden.

Während Umweltminister Trittin weiterhin eine ökologisch–ökonomische Kompromisslinie vertrat, übernahm Clement nahezu unverändert die Argumente der Emissionshandelsgegner in Wirtschaft und Gewerkschaften: Weitere Belastungen für die deutsche Wirtschaft könnten nicht mehr hingenommen werden, denn diese führten nur zur Abwanderung der energieintensiven Industrie und damit zu Beschäftigungsverlusten und höheren Emissionen in Ländern mit niedrigeren Umweltstandards. Zudem habe Deutschland im Klimaschutz bereits erhebliche Vorleistungen erbracht. Eine strukturelle Benachteiligung der Kohle als Energieträger sei nicht akzeptabel. Besonders in den konkreten Ausgestaltungsforderungen finden sich fast alle Argumente und Sonderforderungen der Emissionshandelsgegner nahezu wortgetreu wieder:

- bedarfsgerechte Zuteilung,
- Einrichtung einer Wachstumsreserve,
- zeitliche Begrenzung der Übertragbarkeit bei der Übertragungsregel,
- Bedienung von Neuemittenten allein aus der Übertragungsregel oder mindestens eine brennstoffspezifische Zuteilung,
- keine Reduktionsanforderungen für Prozessemissionen sowie Einrichtung einer großzügigen Reserve,
- umfassende Anerkennung von Vorleistungen (Early Action),
- Einrichtung einer Kompensationsreserve für den Kernenergieausstieg.

Erst das Eingreifen des sozialdemokratischen Bundeskanzlers führte zu einer Eingang. Noch im Bundestagswahlkampf 2002 hatte Schröder die Chance zu nutzen verstanden, aufgrund der erhöhten Aufmerksamkeit für die Klimapolitik nach der Flutkatastrophe an der Elbe mit umweltpolitischen Themen bedeutsame Stimmengewinne zu realisieren. So reiste er in die Überschwemmungsgebiete und zum Weltklimagipfel nach Johannesburg und sprach sich bei beiden Gelegenheiten für eine intensivierte Klimapolitik aus. Nachdem die Aufmerksamkeit für das Klimathema allerdings aufgrund der kurzfristig drängenderen Probleme von hoher Arbeitslosigkeit und generell schlechten Wirtschaftsdaten deutlich zurückgegangen und über die Umsetzung konkreter Maßnahmen im Klimaschutz zu entscheiden war, äußerte sich Bundeskanzler Schröder klimapolitisch zurückhaltend und unterstützte nunmehr die Position seines Wirtschafts- und Arbeitsministers.

Vor diesem Hintergrund erfolgte die abschließende Entscheidung über die Ausgestaltung des NAP I in der Nacht zum 30. März 2004 nach einem fünfständigen Krisengipfel im Bundeskanzleramt unter Beteiligung des Bundeskanzlers, der beiden zuständigen Bundesminister und des Vizekanzlers in weiten Teilen zugunsten der betroffenen Wirtschaft und auf Kosten der ökologischen Rigidität des Emissionshandels. Sowohl die Festlegung der Gesamtmenge deutlich oberhalb früherer Ziele als auch die Ausgestaltung zahlreicher Detailregelungen entsprach den Vorstellungen dieser Koalition aus Emissionshandelsgegnern. Erklärungen für das geschilderte spezifische Verhalten der Emissionshandelsgegner und für deren politische Durchsetzungspotentiale lassen sich in einer erweiterten ökonomischen Theorie der Politik, nämlich in ihrer Ausprägung als *Political Economy of Tradable Permits* finden (Rudolph 2005: Kap. 4).

4. Die politische Ökonomie handelbarer Emissionslizenzen

Traditionell greifen Wirtschaftswissenschaftler für die Analyse von Defiziten der Umsetzung ökonomisch für sinnvoll erachteter politischer Programme gerne auf die ökonomische Theorie der Politik, auch als Neue Politische Ökonomie bezeichnet, zurück (Kirsch 2004). Diese baut auf den normativen Grundsätzen des methodologischen Individualismus und des Rationalhandelns und damit auf dem Menschenbild des homo oeconomicus auf (Kirchgässner 2000). Verschiedentlich hat dieser ökonomietheoretische Ansatz bereits Anwendung auf die Umweltpolitik (Horbach 1992, Meyer 1996) sowie auf die umweltpolitische Instrumentenwahl (Endres/Finus 1996, Schneider/Volkert 1999) gefunden. So wurde mindestens teilweise überzeugend dargelegt, dass es Anreize für den politischen Prozess gibt, marktorientierte Instrumente zur Rationierung knapper Ressourcen abzulehnen, also eine "market tendency for the political process to resist market mechanisms for rationing scarce environmental resources" (Hahn/Hester 1986 nach Horbach 1992: S. 210). Eine gezielte Anwendung traditioneller politisch-ökonomischer Überlegungen auf die Lizenzlösung kommt zu den im Folgenden dargestellten theoretischen Schlüssen hinsichtlich des Agierens der empirischen Gegner des EU–Emissionshandels in Deutschland (ausführlicher Rudolph 2005: Kap. 4).

Unternehmen betreiben gemäß der traditionellen Mikroökonomik Gewinnmaximierung, innerhalb derer Kostenminimierung ein zentraler Bestandteil ist. Gewinnmaximierende Emittenten werden demgemäß grundsätzlich solche Umweltschutzmaßnahmen ablehnen, die zusätzliche Kosten verursachen, ohne einen entsprechenden Ertrag zu generieren. Um dies zu erreichen, betreiben sie politisches *rent-seeking* statt eines

ökonomischen *profit-seeking*, d.h. sie versuchen politische Entscheidungen zu ihren Gunsten zu beeinflussen statt tatsächlich in ihren Unternehmen unmittelbar Produktivitätssteigerung zu verwirklichen. Bereits dies erklärt, warum die Emissionshandelsgegner in der deutschen Wirtschaft zunächst eine Totalverhinderungsstrategie verfolgten, um so nicht nur den Emissionshandel, sondern auch jegliche Verschärfung klimapolitischer Regulierungen oder auch nur die Verfolgung bestehender Klimaschutzziele abzuwenden.

Für die Gesamtheit aller Unternehmen senkt die volkswirtschaftliche Effizienz der Lizenzlösung zwar die Kosten des Umweltschutzes, jedoch streuen die Kosteneinsparungen so breit, dass einzelne Unternehmen meist nicht spürbar davon profitieren. Individuell drohen den Emittenten aber Zusatzkosten in Form von (teil-)versteigerten oder anderweitig käuflich zu erwerbenden Lizenzen, von Mehrkosten für neue Vermeidungstechnologien, von Umstrukturierungskosten u.a.m.; all dies würde für die Betroffenen eine erhebliche Zusatzbelastung bedeuten, die es zu vermeiden gilt. Zudem verursacht die Lizenzlösung als mengensteuerndes Instrument Unsicherheiten bezüglich zukünftiger Preisentwicklungen für Emissionslizenzen. Mit dem Hinweis auf zu hohe und unberechenbare Kosten mit der Folge von Wettbewerbsnachteilen verwiesen auch die empirischen Gegner des EU–Emissionshandels auf diese Aspekte, ganz entsprechend den theoretischen Überlegungen.

Emittenten fürchten, wie sich auch in der Praxis u.a. anhand der Forderung nach einer Wachstumsreserve im NAP I zeigen lässt, die absolute Begrenzung der Gesamtemissionsmenge, da eine solche als planwirtschaftliche Beschränkung von Wachstumspotentialen über die künstliche Verknappung eines möglicherweise nicht substituierbaren Produktionsfaktors interpretiert und daher äußerst kritisch gesehen wird.

Mit der Erstzuteilung von handelbaren Emissionslizenzen erhalten Emittenten indessen weitreichende, geldwerte Eigentumsrechte, die sie gewinnsteigernd nutzen können, nicht zuletzt, um Wettbewerbsvorteile gegenüber Konkurrenten zu erlangen. Werden die Emissionslizenzen wie im Fall des NAP I kostenlos vergeben, so muss jedes gewinnmaximierende Unternehmen versuchen, die ihm selbst zugeteilte Menge an Emissionsrechten zu maximieren und die Menge zu reduzieren, die Mitbewerber erhalten. So erklären sich die Spezialforderungen der einzelnen Branchen in den Diskussionen um den NAP I, insbesondere auch das Anliegen, Neuemittenten mit möglichst wenig kostenlosen Lizenzen auszustatten.

Den Gegnern in der Wirtschaft gelang die Durchsetzung ihrer Interessen im NAP I aufgrund verschiedener empirischer Machtquellen, die auch die ökonomische Theorie der Politik hervorhebt: Die Organisierbarkeit der Interessen der Emittenten als wesentliche Determinante der politischen Einflussmöglichkeiten ist ziemlich gut. Während die individuelle finanzielle Betroffenheit der Emittenten von Umweltschutzmaßnahmen groß und der individuelle Beitrag zur Erreichung des Gruppenziels aufgrund der gerade im Vergleich zu den umweltpolitischen Gegenspielern aus der Umweltzene kleinen Gruppengröße beträchtlich und zudem sozial sanktionierbar ist, fallen die Grenzkosten der Organisation zur Äußerung umweltpolitischer Interessen wegen oft bereits aus anderen Zusammenhängen bestehender Zusammenschlüsse gering aus. Damit lohnt sich für das einzelne Unternehmen eine Beteiligung an den Gruppenaktivitäten. Gerade für die zentralen Akteure der Gegner des Emissionshandels in der deutschen Wirtschaft auf Verbandsebene — die einzelnen Wirtschaftsverbände und den Dachverband BDI — lassen sich diese Charakteristika bestätigen.

Zur guten Organisierbarkeit tritt die auch in den Diskussionen um den EU–

Emissionshandel zu beobachtende Interessenkongruenz von Emittenten und Arbeitnehmern ("Umweltschutz als Jobkiller") hinzu, die den Emittenten, also den betroffenen Unternehmen sowie den Verbänden der Energiewirtschaft und der energieintensiven Industrie, über eine gemeinsame Positionierung mit den besonders in Deutschland mächtigen Einzelgewerkschaften und dem DGB zusätzliches politisches Gewicht verleiht. Sowohl die Wirtschaftsverbände als auch potente Einzelunternehmen verfügen gerade gegenüber den umweltpolitischen Gegenspielern aus der Umweltzene über eine erhebliche Ausstattung mit finanziellen und personellen Mitteln, die ihre Einflussmöglichkeiten zusätzlich vergrößern. Hinzu treten offiziell institutionalisierte Einflusskanäle (Hearings, Mitgliedschaft in Entscheidungsgremien usw.) sowie etablierte informelle Beziehungen zu politischen Entscheidungsträgern. Gerade letztere basieren auf langjährigen, oft aus anderen Sachzusammenhängen hervorgegangenen persönlichen Kontakten zu Politikern und Bürokraten. Der BDI und die Energieversorger liefern in diesem Kontext sowohl für die finanzielle und personelle Überlegenheit als auch für die Vorteile bei den informellen Kontakten zu politischen Entscheidern hervorragende empirische Beispiele.

Insgesamt scheint damit sowohl das empirisch beobachtete Verhalten der Emissionshandelsgegner in der deutschen Wirtschaft — grundsätzlich skeptische Haltung, Versuch der Totalverweigerung, dann aber um Sonderzuteilung gegeneinander feilschende Branchen und Unternehmen — als auch deren erhebliches politisches Machtpotential in der Praxis gut mit der ökonomischen Theorie der Politik vereinbar. Analoges lässt sich auch für die Politiker zeigen.

Auf einem Wahlstimmenmarkt, auf dem Stimmen gegen politische Programme in Form der geplanten Produktion öffentlicher Güter getauscht werden, ist für den eine Wiederwahl anstrebenden Politiker Wahlstimmenmaximierung handlungsleitendes Motiv. Wahlstimmenmaximierende Politiker haben nur dann ein Interesse an bestimmten politischen Themen, wenn sich damit Wähler gewinnen lassen. Wähler sind aufgrund positiver Kosten der Informationsaufnahme und -verarbeitung in vielen Fragen "rational uninformiert" und als Folge davon nur an solchen Politikfeldern interessiert, die ihre Nutzensituation unmittelbar beeinflussen. In den Diskussionen um den EU–Emissionshandel lässt sich mit dieser Überlegung das schwankende Interesse des Bundeskanzlers an klimapolitischen Themen erklären. Während die Klimapolitik zu Zeiten der Elbeflut im Sommer 2002 bei den Wählern und damit auch beim sich im Bundestagswahlkampf befindlichen Bundeskanzler eine erhebliche Bedeutung besaß, verlor das Thema spätestens ab Anfang 2003 an Aufmerksamkeit. In den Vordergrund traten dann für den Wähler unmittelbar bedeutsame Themen wie die Lage am Arbeitsmarkt und die wirtschaftliche Gesamtsituation. So wird auch das Einschwenken des Bundeskanzlers auf diese Themen und die Benachteiligung der Klimapolitik zugunsten beschäftigungs- und wirtschaftspolitischer Aspekte während des Krisengipfels nur zu verständlich.

Vor dem Hintergrund der rationalen Unwissenheit von Wählern ist die Generierung von Parteiideologien für Politiker sinnvoll. So können Informationskosten sowohl bei den Wählern als auch bei den einzelnen Politikern gesenkt werden. Politiker können einigermaßen sicher sein, dass ideologiekonforme politische Programme bei der Stammwählerschaft ankommen, und sie selbst müssen zudem nicht jedes Detail politischer Entscheidungsvorlagen überprüfen, sondern allein deren grundsätzliche Übereinstimmung mit der Parteiideologie. Wähler können Wahlentscheidungen auf der Basis der Parteiideologie treffen, ohne jeweils das tatsächliche Programm der Partei detailliert zu prüfen. Im Falle des EU–Emissionshandels erklärt dies die Positionierung

der beteiligten Parteien. Die Fraktionen von CDU/CSU und FDP übernahmen gemäß ihren Ideologien wirtschaftsfreundlicher Parteien die Argumente der Emissionshandelsgegner in der deutschen Wirtschaft. Besonders deutlich wird dies an den Forderungen nach einer bedarfsgerechten Zuteilung, der Einrichtung einer Wachstumsreserve und der umfassenden Anerkennung von Vorleistungen der deutschen Wirtschaft (Early Action). In ähnlicher Weise folgte die FDP mit der Forderung nach einer Abschaffung der Ökosteuer bei Einführung des EU–Emissionshandels ihrem Ruf als Steuersenkungspartei. Zwar verstehen sich die drei Parteien auch als marktwirtschaftsfreundliche Parteien und müssten damit einem marktwirtschaftlichen Instrument der Umweltpolitik offen gegenüber stehen, jedoch versprach eine umweltpolitische Profilierung bei der Existenz einer ökologisch motivierte Wählerkreise bindenden anderen Partei (Bündnis 90/Die Grünen) kaum politische Stimmengewinne; dies erklärt auch die bemerkenswerte Differenz in der positiven Beurteilung von Umweltnutzungsrechten generell durch die FDP und ihrer Kritik an der geplanten konkreten Ausgestaltung.

Auch in den Diskussionen zwischen den Kabinettsmitgliedern sind wieder unterschiedliche Ideologieorientierungen erkennbar. So vertrat Bundesumweltminister Trittin eine deutlich stärker an Umweltfragen orientierte Position als die Sozialdemokraten Clement und Schröder. Im Sinne der sozialdemokratisch traditionell arbeitnehmerfreundlichen Parteiideologie sahen beide die Beschäftigungssicherung als oberstes Ziel ihrer Wirtschaftspolitik an, so dass die weitgehende Übernahme der bereits genannten zentralen Arbeitsplatzargumente von Gewerkschaften und Wirtschaftsunternehmen sinnvoll erschien. Gerade bei Wirtschaftsminister Clement zeigte sich in seiner Positionierung auf Seiten der Gewerkschaften und der Emissionshandelsgegner in der Wirtschaft zugleich auch die enge Bindung an die traditionelle Stammklientel der SPD, insbesondere im Kohlerevier des Bundeslands Nordrhein–Westfalen, dessen Ministerpräsident er noch kurz zuvor gewesen war. Ihren Ausdruck findet diese Grundeinstellung besonders in der Ablehnung einer strukturellen Benachteiligung der Kohle und den konkreten Forderungen nach einer Begrenzung der Übertragbarkeit von Lizenzen bei der Übertragungsregel und nach einer brennstoffspezifischen Zuteilung an Neuemittenten — beides politische Vorgaben, die mögliche Wettbewerbsvorteile für CO₂–ärmere Brennstoffe verhindern.

Als zentraler Grund für die Positionierung des Bundeskanzlers auf Seiten der Emissionshandelsgegner in Gewerkschaften und Wirtschaft kann neben den bereits genannten Argumenten aus politisch–ökonomischer Sicht die bereits im Wahlkampf 1998 erfolgte Fokussierung der Erfolgswertung der Regierungspolitik auf den Arbeitsmarkt identifiziert werden. Der Erfüllungsdruck aus diesem Wahlversprechen dominierte über weite Teile der Regierungszeit andere Themen. Die Flutkatastrophe brachte zwar ein kurzes Aufblitzen des Klimaschutzthemas, das aber bereits mit dem Abklingen der Symptome wieder in den Hintergrund rückte, insbesondere angesichts ständig schlechter Arbeitslosenzahlen. Personalpolitisch fand die Bedeutsamkeit der Beschäftigungs- und Wirtschaftspolitik ihre Institutionalisierung in der Ernennung eines "Superministers" für Wirtschaft und Arbeit nach der Bundestagswahl 2002. Damit stellte Wirtschafts- und Arbeitsminister Clement für Bundeskanzler Schröder eine, wenn nicht gar die zentrale Person im Kabinett dar.

Besondere Bedeutung kam dieser zentralen Stellung des Ministers vor dem Hintergrund eines von Clement angedrohten Rücktritts zu für den Fall, dass durch die spezifische Ausgestaltung des Nationalen Allokationsplans neuerliche Belastungen für den ohnehin angegriffenen Wirtschaftsstandort Deutschland entstehen sollten. Ein Verlust Clements hätte die gesamte Regierung unter Bundeskanzler Schröder in Gefahr ge-

bracht. In der Folge bestand für den Kanzler ein erheblicher Anreiz, Clement als Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit im Kabinett zu halten; dass Bundesumweltminister Trittin beim vorbereitenden Energiegipfel im September 2003 nicht beteiligt war, zeigt bereits deutlich, dass Bundeskanzler Schröder die Position seines Wirtschaftsministers im Streit um den NAP I stützen wollte und tatsächlich stützte.

Unser Fallbeispiel des deutschen Nationalen Allokationsplans für die erste Handelsperiode 2005–2007 im Rahmen des EU–Emissionshandels weist also insgesamt nicht nur alle wesentlichen Ausgestaltungsmerkmale auf, die zur Aufweichung der ökologischen Effektivität des innovativen marktwirtschaftlichen Instruments handelbarer Emissionslizenzen beigetragen haben. Vielmehr belegt es auch die Tatsache, dass sich diese aus dem Zusammenspiel eigennutzorientierter Verbands- und Regierungsakteure erklären lassen, wie sie insbesondere die ökonomische Theorie der Politik betont.

5. Fazit

Die Implementierung eines ersten Emissionshandelssystems in der Europäischen Union zeigt also sowohl Chancen als auch Gefahren der Nutzung dieses umweltökonomischen Vorzeigeinstruments. Interessengeleitetes Individualverhalten kann sowohl bei der grundsätzlichen Durchsetzung als auch bei der Ausgestaltung umweltpolitischer Instrumente zu erheblichen negativen Einflüssen, mithin Effizienz- und Effektivitätsverlusten bei ihrer Nutzung, führen. Die ökonomische Theorie der Politik bietet in einer ersten Annäherung Erklärungsmodelle für solche Entwicklungen an. Jedoch sei abschließend auch vor einer allzu unkritischen Anwendung der ökonomischen Politiktheorie gewarnt, denn diese baut auf stark simplifizierenden Annahmen auf, die der Komplexität politischer Entscheidungsprozesse — gerade im Umweltbereich — oftmals nicht ausreichend Rechnung tragen (Rudolph 2005).

Literatur

BMU (2004a): Nationaler Allokationsplan für die Bundesrepublik Deutschland — Entwurf des BMU vom 29. Januar 2004. Berlin.

BMU (2004b): Nationaler Allokationsplan für die Bundesrepublik Deutschland 2005–2007 vom 31. März 2004. Berlin.

Bonus, H. (1972): Über Schattenpreise von Umweltressourcen. In: Jahrbuch für Sozialwissenschaften, 131, S. 342–354.

Bundesregierung (2000): Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Klimavorsorge vom 9. November 2000.

Bundesregierung (2001): Vereinbarung zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der deutschen Wirtschaft zur Minderung der CO₂-Emissionen und der Förderung der Kraft–Wärme–Kopplung in Ergänzung zur Klimavereinbarung vom 9.11.2000 vom 14. Mai 2001.

Dales, J. H. (1968): Land, Water, and Ownership. In: Canadian Journal of Economics, 1, S. 791–804.

Ellerman, A. D. et al. (2000): Markets for Clean Air. The U.S. Acid Rain Program. Cambridge, Massachusetts.

Endres, A. (2000): Umweltökonomie. Stuttgart et al.: Kohlhammer.

Endres, A./Finus, M. (1996): Zur Politischen Ökonomie der Umweltgesetzgebung — Umweltschutzinstrumente im politischen Prozess. In: Zeitschrift für angewandte Umweltforschung, Sonderheft Nr. 8, S. 88–103.

EU–Kommission (2003): Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates.

Horbach, J. (1992): Neue Politische Ökonomie und Umweltpolitik. Frankfurt/New York: Campus.

Kirchgässner, G. (2000): *Homo Oeconomicus* — das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Tübingen: Mohr.

Kirsch, G. (2004): Neue Politische Ökonomie. Stuttgart: Lucius & Lucius.

Meyer, S. (1996): Ökonomische Theorie der Umweltpolitik — Der Erklärungswert der Neuen Politischen Ökonomie für umweltpolitische Entscheidungsprozesse, Bergisch Gladbach/Köln: Josef Eul.

Nagel, B. (2000a): Die Vereinbarkeit des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) mit dem Beihilferecht der EG. In: Zeitschrift für Neues Energierecht, S. 100–111.

Nagel, B. (2000b): Die Vereinbarkeit des EEG mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, verfahrensrechtliche Analyse. In: Zeitschrift für Neues Energierecht, S. 161–170.

Nagel, B. (2001): Ökostrom darf durch Mindestpreise gefördert werden – Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in Sachen Preußen–Elektra AG/Schleswig AG. In: Zeitschrift für Umweltrecht, 4, S. 263–265.

Nagel, B. (2002): Erneuerbare Energien und Rechtsordnung. In: Koch, H. J./Roßnagel, A. (Hrsg.): 11. Deutsches Atomrechtssymposium. Baden-Baden: Nomos, S. 457–482.

Rudolph, S. (2006): Ein Jahr EU–Emissionshandel mit Treibhausgasen — Prototyp mit Kinderkrankheiten. In: Ökologisches Wirtschaften, 1, S. 12–13.

Rudolph, S. (2005): Handelbare Emissionslizenzen. Die politische Ökonomie eines umweltökonomischen Instruments in Theorie und Praxis. Marburg: Metropolis.

Schneider, F./Volkert, J. (1999): No chance for incentive-oriented environmental policies in representative democracies? A Public Choice Analysis. In: Ecological Economics, Nr. 31, S. 123–138.

Tietenberg, T. H. (1985): Emission Trading — an exercise in reforming pollution policy. Washington D.C.: Resources for the Future.

Atomausstieg und Restlaufzeiten

von Alexander Roßnagel

Eine für die Verfassung des Energiebereichs zentrale Entscheidung wurde mit dem Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität vom 22.4.2001¹ getroffen. Es legt fest, dass eine seit über 40 Jahren betriebene Form der Energieerzeugung beendet wird. Zugleich ist der Ausstieg aus der Atomenergie der Einstieg in eine neue Energiepolitik.² Er ist Teil einer Energiewende hin zu einer nachhaltigen und risikofreien Energieversorgung.³ Mit dem Gesetz ist ein langer, tiefer Streit über Energiepolitik und Risikozumutungen entschieden worden. Dabei hat sich die demokratische Politik als ausreichend stark erwiesen, eine als technologische Fehlentwicklung erkannte industrielle Struktur auch gegen große Widerstände zu korrigieren.⁴ In dieser Frage hat sich auch Bernhard Nagel mehrfach engagiert.⁵

Das Gesetz organisiert den Ausstieg nicht durch die Bestimmung eines eindeutigen Termins oder fester Restlaufzeiten, sondern durch die Festlegung von Reststrommengen, die jedes Atomkraftwerk durch Kernenergiedissipation im Leistungsbetrieb noch produzieren darf. Diese Reststrommengen dürfen auf andere Atomkraftwerke übertragen werden. Dadurch steht für kein Atomkraftwerk der Tag des endgültigen Abschaltens definitiv fest. Da die Betreiber der Anlagen die Möglichkeit der Übertragung von Reststrommengen in Anspruch nehmen wollen, ergeben sich aktuell schwierige Rechtsfragen im Spannungsfeld zwischen vereinbartem Atomausstieg und intendierter individueller Laufzeitverlängerung.

Im Folgenden wird die Frage verfolgt, wie sich die Festlegung und Übertragung von Reststrommengen mit der gesamten Ordnung des Atomausstiegs verträgt. Hierfür ist es notwendig, nach der Darstellung aktueller Planungen (I.) die Frage in das Gesamtgefüge der rechtlichen Regelungen zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung einzuordnen (II.) und die spezifischen Regelungen zur Übertragung von Rest-

¹ BGBl. I, 1351.

² S. z. B. Hennicke, Der Weg in die Energieeffizienz- und Solarenergiewirtschaft führt über den Atomausstieg, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 10. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2000, 29 ff.

³ So die amtliche Begründung BT-Drs. 14/6890, 14.

⁴ Zum Verhältnis Demokratie und Atomausstieg s. Roßnagel, Demokratische Politik und Vertrauenschutz, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 10. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2000, 91 ff.

⁵ Nagel/Roßnagel, Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder oder Geschäftsführer von Unternehmen im Rahmen eines Konsenses zur Beendigung der Kernenergienutzung, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, 2000; Nagel, Erneuerbare Energien und Rechtsordnung, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2002, 457 ff.; ders., Ökostrom darf durch Mindestpreise gefördert werden — Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in Sachen Preußen-Elektra AG/Schleswag AG, ZUR 2001, 263 ff.; ders., Norm und Markt bei den kommunalen Stromversorgern, NVwZ 2000, 758 ff.; ders., EU-Gemeinschaftsrecht und nationales Gestaltungsrecht, ZNER 2000, 3 ff.; ders., Die Vereinbarkeit des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) mit dem Beihilferecht der EG, ZNER 2000, 100 ff.; ders., Die Vereinbarkeit des EEG mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, verfahrensrechtliche Analyse, ZNER 2000, 161 ff.

strommengen vor diesem Hintergrund zu untersuchen. Dies erfordert, sowohl die materiellen Voraussetzungen der Übertragung zu prüfen (III.) als auch die damit verbundenen Verfahrensfragen zu klären (IV.). Abschließend werden die Ergebnisse zusammengefasst und auf die aktuellen Planungen bezogen (V.).

I. Aktuelle Vollzugsfragen des Atomausstiegs

Die Festlegung der Reststrommengen ist zwar für alle Atomkraftwerke an einem Leistungsbetrieb von jeweils 32 Jahren orientiert. Die Möglichkeit der Übertragung von Reststrommengen und die damit verbundene Unsicherheit der verbleibenden Laufzeit führen jedoch zu Unklarheiten und Streitigkeiten hinsichtlich der Abschaltung einzelner Atomkraftwerke.

Nachdem 2003 das Atomkraftwerk Stade wegen mangelnder Rentabilität vorzeitig vom Netz ging und das Atomkraftwerk Obrigheim 2005 seinen Betrieb einstellte,⁶ während — gemessen an der zulässigen Laufzeit — 2007 das Atomkraftwerk Biblis A, 2008 das Atomkraftwerk Neckarwestheim 1 und Anfang 2009 die Atomkraftwerke Biblis B und Brunsbüttel an der Reihe.

RWE AG hat jedoch am 26.9.2006 beantragt, die Laufzeit des am 26.2.1975 in Betrieb gegangenen Atomkraftwerks Biblis A durch Strommengenübertragungen von 21,45 TWh von dem Ende der 80er Jahre nur kurzzeitig betriebenen Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich bis 2011 zu verlängern — hilfsweise durch Übertragung von Strommengen aus dem Atomkraftwerk Emsland, das seinen Betrieb am 20.6.1988 aufgenommen hat. Auch die EnBW AG will Strommengen von dem 2003 vorzeitig abgeschalteten Atomkraftwerk Stade der Eon AG sowie vom jüngsten Atomkraftwerk Neckarwestheim 2 (Betriebsbeginn 1989) auf das am 1.12.1976 in Betrieb gegangene Atomkraftwerk Neckarwestheim 1 übertragen. Ebenso strebt die Vattenfall AG an, die Laufzeit des am 9.2.1977 in Betrieb gegangenen Atomkraftwerks Brunsbüttel durch Strommengenübertragungen in Form eines Ringtauschs über 2009 hinaus zu verlängern. Die RWE AG soll Strommengen vom Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich auf das am 31.1.1977 in Betrieb gegangene Atomkraftwerk Biblis B übertragen und von diesem dann ausreichende Strommengen auf das 10 Tage jüngere Atomkraftwerk Brunsbüttel. Mit diesen Anträgen und Planungen verfolgen die Betreiber nicht nur ökonomische Interessen, sondern auch das politische Ziel, die Laufzeit ihrer Atomkraftwerke über die gegenwärtige Legislaturperiode hinaus zu verlängern, um dann bei einer neuen Regierung weitere Laufzeitverlängerungen zu erreichen.⁷

II. Die Ordnung des Atomausstiegs

Das Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität regelt nicht nur die Beendigung des Betriebs von Atomkraftwerken, sondern zielt auf eine umfassende Reduzierung der Verletzlichkeit unserer Gesellschaft durch die Energiegewinnung durch Kernenergiespaltung.

⁶ Die Laufzeit des Atomkraftwerks Obrigheim war um zwei Jahre verlängert worden, nachdem das Bundesumweltministerium einer Übertragung von Reststrommengen von dem jüngeren Atomkraftwerk Philippsburg 1 zugestimmt hatte. Diese Zustimmung entsprach einer Zusage von Bundeskanzler Schröder im Rahmen der Konsensverhandlungen. Die Zustimmung war an einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geknüpft, der für das Abschalten des Atomkraftwerks Obrigheim einen festen Termin bestimmte und weitere Übertragungen von Strommengen ausschloss.

⁷ S. FAZ vom 27.9.2006, 1; FAZ vom 27.10.2006, 5; taz vom 17.6.2006, 6.

1. Gründe für die Beendigung der Kernenergienutzung

Die Notwendigkeit, die Kernenergienutzung geordnet zu beenden, ergab sich für den Gesetzgeber aus einer Neubewertung⁸ ihrer Risiken und der dazu seit Beginn der Nutzung der Kernkraft zur Elektrizitätserzeugung weltweit gewonnenen Erkenntnisse über

- den Betrieb von Kernkraftwerken,
- die Entsorgung radioaktiver Abfälle,
- die Wiederaufarbeitung und
- den Missbrauch von Kernbrennstoffen.

Zugleich dienen diese Regelungen zur Befriedung eines tiefen gesellschaftlichen Konflikts. Die weltweit bestehenden Risiken, die bislang als sozialadäquate Restrisiken toleriert wurden, sind, soweit der deutsche Gesetzgeber auf sie einzuwirken vermag, nach dessen Auffassung nur noch für einen begrenzten Zeitraum hinnehmbar. Sie sind nur durch einen Verzicht auf die Nutzung der Kernenergie zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität aus deutschen Anlagen vollständig zu beseitigen.⁹ Mit dem Gesetz zur geordneten Beendigung der Kernenergienutzung zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität zielt der Gesetzgeber auf die Vermeidung oder Minderung der mit der Kernenergienutzung verbundenen Risiken.¹⁰

2. Regelungen zur Risikominimierung

Um dieses Ziel zu erreichen, ordnete der Gesetzgeber in diesem Gesetz einen Strauß risikomindernder Maßnahmen an:¹¹

In § 1 Nr. 1 AtG wurde der bisherige Förderzweck durch die doppelte Zwecksetzung ersetzt, die Nutzung der Kernenergie zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität geordnet zu beenden und bis zum Zeitpunkt der Beendigung den geordneten Betrieb sicherzustellen. Der Beendigungszweck gilt nur für den kommerziellen Leistungsbetrieb, der in großen Anlagen stattfindet, und nicht für die Forschung mit radioaktiven Substanzen, weil die davon ausgehenden Risiken erheblich geringer sind und das Gesetz nicht in die Forschungsfreiheit eingreifen wollte.¹² Der Sicherstellungszweck dient dem Bestandsschutz für Anlagen, die nach vorheriger Rechtslage über unbefristete Genehmigungen verfügten. Den Betreibern für die verbleibende Nutzungsdauer den ungestörten Betrieb ihrer Anlagen wie auch deren Entsorgung zu gewährleisten, wenn sie die bisher geltenden atomrechtlichen Anforderungen einhalten, schien dem

⁸ Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die Nutzung der Kernenergie ist eine Aufgabe des Gesetzgebers — s. BVerfGE 49, 89 (127); 53, 30 (56); s. hierzu auch Roßnagel/Roller, Die Beendigung der Kernenergienutzung durch Gesetz, Baden-Baden 1998, 21 f.

⁹ So die amtliche Begründung BT-Drs. 14/6890, 13.

¹⁰ BT-Drs. 14/6890, 14.

¹¹ S. hierzu z. B. auch Kühne/Brodowski, Das neue Atomrecht, NJW 2002, 1459 ff., Renneberg, Das Gesetz zur Beendigung der Kernenergienutzung, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechts-symposium, Baden-Baden 2002, 27 ff.; Wegner, Atomkompromiss und Ausstiegsgesetz, NVwZ 2001, 1089 ff.; Cloosters, Atomgesetznovelle 2002 — offen gebliebene Fragen aus der Sicht einer Aufsichtsbehörde, in: Pelzer (Hrsg.), Brennpunkte des Atomenergierechts, Baden-Baden 2002, 248 ff.

¹² S. BT-Drs. 14/6890, 19.

Gesetzgeber für eine Übergangszeit "gerechtfertigt, da die deutschen Kernkraftwerke auf einem international gesehen hohen Sicherheitsniveau betrieben werden". Das Zusammenspiel beider neuer Gesetzeszwecke sollte auch der Verhältnismäßigkeit des ausgewogenen "Gesamtpakets" der neuen gesetzlichen Regelungen dienen.¹³

In § 7 Abs. 1 Satz 2 AtG wurden entsprechend der Risikoneubewertung durch den Gesetzgeber Errichtungs- und Betriebsgenehmigungen für neue Atomkraftwerke zur Erzeugung von Elektrizität und für Wiederaufarbeitungsanlagen ausgeschlossen. Allerdings bleiben Änderungsgenehmigungen zulässig, insbesondere um einen hohen Sicherheitsstandard aufrecht zu erhalten.¹⁴

Um die Rechtslage der Altanlagen an die neue Rechtslage anzupassen, regelt § 7 Abs. 1a bis 1d AtG, dass die Berechtigung der bestehenden Atomkraftwerke zum Leistungsbetrieb von selbst erlischt, wenn sie bestimmte Elektrizitätsmengen produziert haben. Die in Anlage 3 Spalte 2 zum Atomgesetz aufgeführten Reststrommengen sollen für jedes Atomkraftwerk eine durchschnittliche Laufzeit von insgesamt 32 Jahren ermöglichen. Nach Erlass des Gesetzes dürfen die bestehenden Atomkraftwerke somit im Durchschnitt noch elf Jahre Strom produzieren. Durch diese Regelung wird zum einen erreicht, dass die Gesellschaft das Risiko, das vom Leistungsbetrieb von Atomkraftwerken ausgeht, nur noch für einen überschaubaren Zeitraum tragen muss und dass dieses Risiko durch das Erlöschen der Berechtigung zum Leistungsbetrieb für einzelne Anlagen nach und nach geringer wird.¹⁵ Zum anderen erscheint dem Gesetzgeber die Fortführung des Leistungsbetriebs bis dahin verantwortbar, weil die Anlagen auf einem international gesehen hohen Sicherheitsniveau betrieben werden.¹⁶ Außerdem war das Vertrauen der Betreiber in die bisherige Rechtslage zu berücksichtigen. Die getroffenen Regelungen stellen jedoch sicher, dass den Betreibern die Amortisation ihrer Investitionen ermöglicht wird und darüber hinaus ein angemessener Gewinn erzielt werden kann. Dadurch werden sie durch die nachträgliche Begrenzung ihrer Genehmigungen nicht unverhältnismäßig belastet.¹⁷

Das für die Restlaufzeiten erforderliche Sicherheitsniveau wird dadurch sichergestellt, dass die Regelungen zur Aufsicht in § 19 AtG und zu nachträglichen Auflagen und Widerrufen der Genehmigung in § 17 AtG uneingeschränkt fort gelten, sowie dadurch, dass die neu geschaffene Regelung in § 19a AtG die Betreiber zu periodischen Sicherheitsüberprüfungen verpflichtet.¹⁸

Die Risiken durch die Wiederaufarbeitung abgebrannter Brennelemente wurden dadurch beseitigt, dass § 9a Abs. 1 Satz 2 AtG die Entsorgung auf die direkte Endlagerung beschränkt und die Abgabe bestrahlter Brennelemente aus Atomkraftwerken an Wiederaufarbeitungsanlagen ab dem 1.7.2005 verbietet.¹⁹

Die Risiken von Atomtransporten wurden dadurch verringert, dass § 9a Abs. 2 Satz 3 AtG die Betreiber verpflichtet, Zwischenlager für abgebrannte Brennelemente am

¹³ BT-Drs. 14/6890, 16.

¹⁴ S. BT-Drs. 14/6890, 21.

¹⁵ S. hierzu auch Böhm, Festlegung der Stommengen, Übertragungsmöglichkeiten und Restlaufzeit, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2002, 47.

¹⁶ S. näher Renneberg (Fn. 11), 32 ff.

¹⁷ S. BT-Drs. 14/6890, 15f.

¹⁸ S. BT-Drs. 14/6890, 25.

¹⁹ S. BT-Drs. 14/6890, 22.

Standort zu errichten und zu nutzen. Der Entsorgungsvorsorgenachweis wurde durch § 9a AtG entsprechend angepasst.²⁰

Schließlich wurde in § 13 AtG die Deckungsvorsorge für Atomkraftwerke von 250 Millionen Euro auf 2,5 Milliarden Euro erhöht.²¹

3. Geschichte des Gesetzes

Um die Regelungen des Gesetzes und insbesondere die Regelungen zur Beendigung des Leistungsbetriebs der Atomkraftwerke zu verstehen, ist es hilfreich, sich die besondere und einmalige Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes zu vergegenwärtigen.²²

Im Koalitionsvertrag vom 20.10.1998 hatten die Regierungsparteien festgestellt: "Wegen ihrer großen Sicherheitsrisiken mit der Gefahr unübersehbarer Schäden ist die Atomkraft nicht zu verantworten." Sie hatten deshalb vereinbart, "alles (zu) unternehmen, die Nutzung der Atomkraft so schnell wie möglich zu beenden". Zur Umsetzung dieses Reformvorhabens vereinbarten die Koalitionsparteien das folgende schrittweise Verfahren:

"In einem ersten Schritt wird als Teil des 100–Tage–Programms eine erste Änderung des Atomgesetzes ... eingebracht", die den Ausstieg vorbereitet. "Im zweiten Schritt wird die neue Bundesregierung die Energieversorgungsunternehmen zu Gesprächen einladen, um eine neue Energiepolitik, Schritte zur Beendigung der Atomenergie und Entsorgungsfragen möglichst im Konsens zu vereinbaren. ... Als dritten Schritt wird die Koalition nach Ablauf dieser Frist ein Gesetz einbringen, mit dem der Ausstieg aus der Kernenergienutzung entschädigungsfrei geregelt wird."

Dem "Drei–Stufen–Plan" der Koalitionsvereinbarung entsprechend war als erste Stufe noch im Spätherbst 1998 im Bundesumweltministerium der Entwurf eines 100–Tage–Gesetzes²³ erarbeitet worden,²⁴ das den Ausstieg vorbereiten, aber die Begrenzung der geltenden Genehmigungen Konsensverhandlungen überlassen sollte. Ende Januar 1999 entschloss sich jedoch Bundeskanzler *Schröder*, vom Koalitionsvertrag abweichend nicht nur diese zentrale Frage, sondern auch alle anderen Fragen des "Atomausstiegs" in Konsensverhandlungen mit den Energieversorgungsunternehmen einzubringen. Vom 26.1.1999 bis zum 14.6.2000 verhandelten beide Seiten eineinhalb Jahre über eine Konsensvereinbarung.²⁵

Diese war ein Kompromiss, für den beide Seiten von ihren ursprünglichen Positionen abrücken mussten. Die Energieversorgungsunternehmen akzeptierten, dass die Nutzung ihrer Atomkraftwerke befristet wird, und die Bundesregierung, dass dies — entgegen ursprünglichen Planungen — erst nach durchschnittlich 32 Jahren erfolgt

²⁰ S. BT–Drs. 14/6890, 22.

²¹ S. BT–Drs. 14/6890, 18, 24 f.

²² S. hierzu näher Roßnagel, Das Beendigungsgesetz als Umsetzung einer Konsensvereinbarung, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden–Baden 2002, 305 ff.

²³ Dieser Entwurf wurde veröffentlicht in atw 1999, 66.

²⁴ Der Entwurf beruht auf einer Ausarbeitung des Verf. vom November 1998/Januar 1999.

²⁵ Die Konsensvereinbarung ist u. a. abgedruckt in NVwZ, Beilage IV/2000, zu Heft 19/2000; s. zu dieser u. a. Sendler, Überlegungen zur geplanten Atomgesetz–Novelle, in: Ossenbühl (Hrsg.), Deutscher Atomrechtstag 2000, Baden–Baden 2001, 185 ff.; Schorkopf, Die "vereinbarte" Novellierung des Atomgesetzes, NVwZ 2000, 1111 ff.; Langenfeld, Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Ausstieg aus der Kernenergie, DÖV 2000, 929 ff., s. auch Roßnagel, Rechtsprobleme des Ausstiegs aus der Kernenergie, ZUR 1999, 241 ff.

und bis dahin "der ungestörte Betrieb der Atomkraftwerke und auch deren Entsorgung gewährleistet werden". Die Bundesregierung sagte zu, den Gesetzentwurf "auf der Grundlage" der relativ präzis vereinbarten Eckpunkte zu erarbeiten. Im Gegenzug einigten sie sich darauf, dass ein Gesetz, das die Vereinbarung umsetzt, nicht zu Entschädigungsansprüchen führt.²⁶ In ähnlicher Weise einigte man sich auch auf die anderen umstrittenen Fragen der Transporte, der Zwischen- undendlagerung, der Wiederaufarbeitung und der Sicherheitsgewährleistung.

Das Gesetz versteht sich ausdrücklich als Umsetzung der Konsensvereinbarung.²⁷ Gemäß Kap. V.2. der Vereinbarung wurde der Gesetzentwurf vor der Kabinetsbefassung sogar zwischen den Verhandlungspartnern beraten. Dabei war vor allem die Gesetzesbegründung umstritten: Die Energieversorgungsunternehmen befürchteten rechtliche Nachteile in Rechtsstreitigkeiten um ihre Atomkraftwerke, wenn die Gesetzesbegründung die Risiken der Atomenergie zu deutlich darlege. Umgekehrt befürchtete die Bundesregierung Rechtsnachteile in einem Verfassungsrechtsstreit um das Beendigungsgesetz, wenn dessen Begründung die Notwendigkeit einer Beendigung nicht ausreichend deutlich darstelle. Im Ergebnis sind sowohl der Gesetzeswortlaut als auch die Gesetzesbegründung Wort für Wort mit den Betreibern der Atomkraftwerke abgestimmt.²⁸ Daher kommt der amtlichen Begründung für dieses Gesetz eine besondere Bedeutung zu, da sie nicht nur die Absichten der Bundesregierung zum Ausdruck bringt, sondern in gleichem Maß auch die Akzeptanz durch die Adressaten des Gesetzes.²⁹

III. Reststrommengen und ihre Übertragbarkeit

§ 7 Abs. 1a AtG begrenzt den Leistungsbetrieb zur gewerblichen Erzeugung von Elektrizität auf die in der Anlage 3 Spalte 2 für jedes Atomkraftwerk aufgeführte oder auf die durch Übertragung nach § 7 Abs. 1b AtG sich ergebende Reststrommenge. Die Restlaufzeit eines Atomkraftwerks bestimmt sich somit nicht nach einem festen Termin oder einem eindeutigen Zeitraum, sondern nach Strommengen, die in ihm noch erzeugt werden dürfen.³⁰

1. Strommengen

Die Bundesregierung wollte ursprünglich feste Laufzeiten festlegen.³¹ Der Einwand der Betreiber, dass die Risiken hauptsächlich vom Betrieb ausgingen und dass die ih-

²⁶ Außerdem verzichteten die Energieversorgungsunternehmen auf die Rückzahlung von Vorauszahlungen für die Endlagerprojekte Gorleben und Schacht Konrad und die RWE AG sagte zu, ihre Schadensersatzklage gegen das Land Rheinland-Pfalz wegen der rechtswidrigen ersten Teilgenehmigung für Mülheim-Kärlich zurückzunehmen.

²⁷ BT-Drs. 14/6890, 1.

²⁸ Zur rechtlichen Bedeutung dieses Vorgehens für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes s. Roßnagel (Fn. 22), 305 ff. und Huber, Konsensvereinbarungen und Gesetzgebung, ebenda, 329 ff.

²⁹ Dies reduziert das Gewicht von Argumenten, die — wie etwa bei Rebentisch, Zweifelsfragen der gesetzlichen Vorgaben und Optionen, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2002, 61 ff. — sich auf Inkonsistenzen des Gesetzes oder seiner Begründung zu Lasten der Adressaten berufen.

³⁰ Wird die Anlage nicht in Vollast gefahren, kann sich der Termin des Abschaltens noch deutlich über die geplanten 32 Jahre hinausziehen — s. z. B. Cloosters, Sicherheitsstandards während der vereinbarten Laufzeiten, in: Ossenbühl (Hrsg.), Deutscher Atomrechtstag 2000, Baden-Baden 2001, 43.

³¹ Im Bundesumweltministerium war eine Gesamtauflaufzeit von 25 Jahren im Gespräch — s. z. B. Dennin-

nen zugestandene Möglichkeit zur Amortisation ihrer Investitionen oder zur Gewinnerzielung beeinträchtigt werde, wenn die Anlage wegen einer Störung, einer Nachrüstung oder einer Revision still stehe oder nicht mit Volllast gefahren werde, führte dazu, dass die Laufzeit dadurch flexibilisiert wurde, dass sie in Strommengen in Terawatt-Stunden netto umgerechnet wurde, die in dieser Zeit erzeugt werden können.³² Bei dieser Umrechnung wurde von einer Regellaufzeit von 32 Kalenderjahren ab Beginn des kommerziellen Leistungsbetriebs ausgegangen. Sodann wurde errechnet, wie groß die verbleibende Restlaufzeit ab dem 1.1.2000 war.³³ Für die Umrechnung in Reststrommengen wurde eine jahresbezogene Referenzmenge zu Grunde gelegt, die sich für jedes Kraftwerk aus dem Durchschnitt der fünf höchsten Jahresproduktionen zwischen 1990 und 1999 ergab. Der daraus abgeleitete Durchschnittswert wurde dann noch einmal um den Faktor 5,5 % erhöht. Die so errechnete Referenzmenge pro Jahr wurde mit der Zahl der Jahre der verbleibenden Restlaufzeit multipliziert und ergab die noch produzierbare Reststrommenge.³⁴ Die so in der Konsensvereinbarung festgelegten Reststrommengen wurden als Anlage 3 des Atomgesetzes übernommen.

§ 7 Abs. 1a Satz 2 bis 7 AtG begründet für die Betreiber von Atomkraftwerken Pflichten, die sicherstellen sollen, dass genau festgestellt werden kann, welche Strommengen produziert werden. Sie müssen geeichte und zugelassene Messgeräte einsetzen und die in jedem Kalenderjahr erzeugte Strommenge binnen eines Monats durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft überprüfen und testieren lassen. Nach § 7 Abs. 1c AtG sind Messungen und Testate dem Bundesamt für Strahlenschutz mitzuteilen. Um für alle Interessierten die Entwicklung der Strommengen transparent zu machen, werden die Mitteilungen im Bundesanzeiger veröffentlicht. Mit diesen Regelungen soll erreicht werden, dass der Zeitpunkt, in dem die Genehmigung automatisch erlischt, sich von selbst ergibt. Besondere Feststellungen sind dadurch entbehrlich. Die Regelung ist somit selbstvollziehend ausgestaltet.

Strommengen sind hinsichtlich der Frage der Beendigung des Leistungsbetriebs Recheneinheiten, die das noch verbleibende Maß zur Ausnutzung der atomrechtlichen Betriebsgenehmigung ausdrücken. Sie sind zugleich eine öffentlich-rechtliche Berechtigung,³⁵ da sie ihrem Berechtigten zusammen mit der Genehmigung nach § 7 AtG die Befugnis zum Betrieb des jeweiligen Atomkraftwerks in einem bestimmten Umfang vermitteln. Da sie begrenzt verkehrsfähig und übertragbar sind, haben sie einen gewissen Vermögenswert. Die vermögenswerte Befugnis zu einem der Strommenge entsprechenden Restbetrieb und zur Übertragung dieser Befugnis auf andere Atomkraftwerke untersteht als vermögenswertes Recht — wie die Genehmigung auch — dem Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG.³⁶ Die Bedingungen der Übertragung, insbesondere der Zustimmungsvorbehalt des § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG sind jedoch Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die bewirken, dass das vermögenswerte Recht nur in dem

ger, Verfassungsrechtliche Fragen des Ausstiegs aus der Nutzung der Kernenergie zur Stromerzeugung, Baden-Baden 2000, 87.

³² S. II. 2. der Konsensvereinbarung vom 14.6.2000 (Fn. 25).

³³ Für das Atomkraftwerk Obrigheim, das schon mehr als 32 Jahre betrieben worden war, wurde eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2002 eingeräumt.

³⁴ S. Anlage I der Konsensvereinbarung vom 14.6.2000 (Fn. 25).

³⁵ Ebenso Böwing, Die Übertragung von Reststrommengen nach neuem Atomgesetz, in: Ossenbühl (Hrsg.), Deutscher Atomrechtstag 2002, Baden-Baden 2003, 146; Huber, Restlaufzeiten und Strommengenregelungen, DVBl. 2003, 160.

³⁶ Ähnlich Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 160; Posser, in: Posser/Schmans/Müller-Dehn, Atomgesetz — Kommentar zur Novelle 2002, Köln 2003, § 7 Rn. 131.

von ihnen umschriebenen Umfang besteht. Den Charakter als öffentlich-rechtliche Befugnis und die mit ihr verbundenen Beschränkungen verlieren die Strommengen nicht dadurch, dass ihrer Übertragung ein privatrechtliches Rechtsgeschäft zugrunde liegen kann, wenn sie zwischen zwei unterschiedlichen Betreibern erfolgt.³⁷

2. Übertragbarkeit von Strommengen

§ 7 Abs. 1b AtG erlaubt, Reststrommengen von einer Anlage auf eine andere Anlage zu übertragen. Dadurch wird die Restlaufzeit der abgebenden Anlage verkürzt und die Restlaufzeit der empfangenden Anlage verlängert. Ingesamt bleibt jedoch die Restlaufzeit aller Atomkraftwerke in der Bundesrepublik Deutschland — ausgedrückt in 2.623,31 TWh — auch bei der Übertragung von Strommengen gleich.

Übertragungen sind nach § 7 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AtG binnen einer Woche dem Bundesamt für Strahlenschutz mitzuteilen. Dieses macht sie umgehend im Bundesanzeiger bekannt.

Mit dieser Flexibilisierung der Regelung, soll den Energieversorgungsunternehmen ermöglicht werden, "die betriebs- und volkswirtschaftlich günstigsten Restlaufzeiten für die einzelnen Kernkraftwerke" zu vereinbaren.³⁸ Diese Regelung war verfassungsrechtlich nicht notwendig,³⁹ sondern stellt ein Entgegenkommen der Bundesregierung im Rahmen der Konsensvereinbarung dar. Die Einräumung von Übertragungsmöglichkeiten ist keine Einschränkung einer durch Art. 14 GG gewährleisteten Rechtsposition, sondern eine Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten der Kraftwerksbetreiber. Ebenso wenig wie eine Begrenzung der Restlaufzeiten nach Zeitpunkten oder Zeiträumen statt nach Strommengen verfassungsrechtlich problematisch gewesen wäre, wäre eine Regelung verfassungswidrig gewesen, die keine Übertragbarkeit von Strommengen vorgesehen hätte. Schließlich wird bei anderen technischen Systemen eine zeitlich begrenzte Zulassung auch nur von Zeiträumen oder Zeitpunkten abhängig gemacht und nicht von Leistungsmengen und eine Übertragung von Zulassungszeiträumen auf andere Systeme ausgeschlossen.⁴⁰

Für die Übertragung von Reststrommengen sind zwei Fälle zu unterscheiden, nämlich die Übertragung von Strommengen von einer älteren Anlage auf eine neuere und umgekehrt die Übertragung von Strommengen von einer neuen auf eine ältere Anlage.

3. Übertragung "Alt" auf "Neu"

Die Übertragung von Strommengen nach § 7 Abs. 1b Satz 1 AtG von einer älteren Anlage auf eine neuere wird in der amtlichen Begründung als der Regelfall bezeichnet.⁴¹

³⁷ So aber offensichtlich Böwing (Fn. 35), 139.

³⁸ BT-Drs. 14/6890, 22.

³⁹ S. z. B. Schneider und Böhm, nach dem Diskussionsbericht von Wieneke, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2002, 74 f.; s. zur grundrechtlichen Bewertung des "Atomausstiegs" Roßnagel/Roller, (Fn. 8); Böhm, Der Ausstieg aus der Kernenergienutzung — Rechtliche Probleme und Möglichkeiten, NuR 1999, 661 ff.; Denninger (Fn. 31); Koch/Roßnagel, Neue Energiepolitik und Ausstieg aus der Kernenergie, NVwZ 2000, 1 ff.; Koch, Der Atomausstieg und der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, NJW 2000, 1529 ff.; a.A. z. B. Schmidt-Preuß, Rechtsfragen des Ausstiegs aus der Kernenergie, Baden-Baden 2000.

⁴⁰ S. z. B. die "Absterbeordnung" nach § 20 der 13. BImSchV, s. hierzu Roßnagel, in: Koch/Scheuing/Pache, GK-BImSchG, Düsseldorf, 1994 ff., § 7 BImSchG, Rn. 252 ff.

⁴¹ BT-Drs. 14/6890, 16, 22.

Hat die empfangende Anlage den kommerziellen Leistungsbetrieb später begonnen als die abgebende Anlage, ist die Übertragung ohne weitere Voraussetzungen zulässig. Sie erfordert nur eine entsprechende Vereinbarung zwischen den beiden Betreibergesellschaften oder, wenn beide Anlagen vom selben Betreiber betrieben werden, eine entsprechende Entscheidung der Unternehmensführung.

Die Übertragung "Alt auf Neu" erscheint deswegen vertretbar, weil in typisierter Betrachtungsweise davon ausgegangen werden kann, dass sie das verbleibende Gesamtrisiko der Kernenergienutzung nicht erhöht, sondern entsprechend der Zielsetzung des Gesetzes minimiert. Die Transportmenge abgebrannter Brennelemente und die Entsorgungsmenge werden im Durchschnitt durch die Übertragung nicht erhöht. Dagegen ist zu erwarten, dass die Sicherheit bezogen auf die übertragene Strommenge erhöht wird, weil die neuere Anlage im Regelfall eine bessere konstruktive Auslegung, geringere Korrosionen und Versprödungen des Materials und geeignete Schutzmaßnahmen gegen Anschläge aufweist. Unter diesen Voraussetzungen verringert sich das Risiko, wenn die sicherere Anlage länger und die weniger sichere Anlage kürzer läuft.

In der Praxis wird die Übertragung von Reststrommengen "Alt auf Neu" ihren Grund in Mängeln der Altanlage haben. Sie dürfte vor allen Dingen dann in Frage kommen, wenn sich ein Betreiber nach Durchführung einer Sicherheitsüberprüfung vor die Situation gestellt sieht, dass Nachrüstungen in der abgebenden Anlage erforderlich werden, die sich im Hinblick auf die noch verbleibende Restlaufzeit als unwirtschaftlich darstellen.⁴²

Ein Sonderfall stellt das Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich dar, das nur acht Monate betrieben und dann mangels ausreichender Errichtungsgenehmigung stillgelegt wurde.⁴³ In der Konsensvereinbarung vom 14.6.2000 wurde vereinbart, dass die RWE AG den Antrag auf die fehlende Genehmigung zurückzieht und die Klage gegen das Land Rheinland-Pfalz auf Schadensersatz zurücknimmt. Im Ausgleich dafür darf die für das Kernkraftwerk Mülheim-Kärlich aufgeföhrte Reststrommenge von 107,25 TWh auf die Kernkraftwerke Emsland, Neckarwestheim 2, Isar 2, Brokdorf, Gundremmingen B und C sowie bis zu einer Elektrizitätsmenge von 21,45 TWh auf das Kernkraftwerk Biblis B übertragen werden.⁴⁴ § 7 Abs. 1d AtG setzt in Verbindung mit der Anlage 3 zum Atomgesetz diese Vereinbarung einschließlich der Beschränkungen der Übertragungsmöglichkeiten um.

4. Übertragung "Neu" auf "Alt"

Die Übertragung von Strommengen von einer neuen auf eine ältere Anlage wird von § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG nur ausnahmsweise zugelassen. "Durch den grundsätzlichen Ausschluss der Übertragung von ("neu auf alt") (wird) sichergestellt, dass die betriebswirtschaftliche Optimierung nicht zu Lasten der Sicherheit geht."⁴⁵ Bei einer typisierenden Betrachtung ist davon auszugehen, dass neuere Atomkraftwerke in der Regel sicherheitstechnisch höheren Anforderungen genügen, als dies bei älteren Kraftwer-

⁴² S. Böhm (Fn. 15), 50.

⁴³ S. BVerwGE 106, 115.

⁴⁴ S. II. 5. der Konsensvereinbarung vom 14.6.2000 (Fn. 25).

⁴⁵ BT-Drs. 14/6890, 22. Die amtliche Begründung spricht in diesem Satz von der Übertragung "alt auf neu". Dies ist offensichtlich ein Redaktionsverssehen, weil der Satz eine Erläuterung zu Satz 2 von § 7 Abs. 1b AtG ist und nicht eine Erläuterung zu Satz 1. Außerdem wäre der Satz so widersinnig, was der Bundesregierung nicht als Absicht unterstellt werden darf — s. auch Rebentisch (Fn. 29), 67 f.

ken der Fall ist.⁴⁶ Eine solche Übertragung widerspricht somit regelmäßig dem Ziel des Gesetzes, das Gesamtrisiko der Kernenergienutzung zu verringern.

Wie bei jeder typisierenden Betrachtung kann sich der Einzelfall jedoch durchaus anders darstellen und die Situation eintreten, dass auch eine Übertragung "Neu auf Alt" unter Sicherheitsgesichtspunkten sinnvoll sein kann. Daher ist die Möglichkeit einer Übertragung von "Neu auf Alt" in § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG als Ausnahmeregelung gestaltet. Diese Vorabprüfung ist kein eigenständiger Grundrechtseingriff, sondern eine immanente Beschränkung zusätzlicher, grundrechtlich nicht geforderter Handlungsoptionen der Betreiber.⁴⁷ Um prüfen zu können, ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, bedarf diese Form der Übertragung von Reststrommengen der Zustimmung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Einvernehmen mit dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

Keiner Prüfung und Zustimmung bedarf jedoch ein besonders geregelter Fall. Nach § 7 Abs. 1b AtG ist ausnahmsweise auch eine Übertragung von einer jüngeren auf eine ältere Anlage zulässig, wenn der Betreiber auf den weiteren Betrieb der jüngeren Anlage verzichtet und einen Stilllegungsantrag gestellt hat. Die Regelung soll insbesondere für den Fall gelten, dass beispielsweise durch einen Störfall und dadurch bedingte hohe Ertüchtigungskosten die jüngere Anlage des Betreibers nicht mehr zu wirtschaftlichen Bedingungen zur Verfügung steht und deshalb die vorgesehene Strommenge nicht mehr produzieren kann.⁴⁸ Die Verfolgung des Sicherheitsziels müsste dazu führen, dass die Strommengen verfallen. Diese Schlussfolgerung wird in einem solchen Fall jedoch als unbillig betrachtet. Daher wollte der Gesetzgeber dem Betreiber entgegenkommen und ihm die Übertragung der Strommenge auf andere Anlagen nicht verwehren. Insoweit handelt es sich um eine Härtefallklausel.⁴⁹ Dieser Fall ist jedoch nicht auf sonstige Fälle übertragbar, in denen beide Atomkraftwerke weiterbetrieben werden.

Von dieser Ausnahme abgesehen, ist bei einer geplanten Übertragung von "Neu auf Alt" eine Zustimmung des Bundesumweltministeriums erforderlich. Diese Zustimmung ist als Ermessensentscheidung ausgestaltet,⁵⁰ ohne dass die Ermessenskriterien ausdrücklich im Gesetz geregelt sind. Die notwendigen Kriterien ergeben sich aber, wenn man die Zwecksetzung des Zustimmungsvorbehalts in Bezug setzt zu den Zwecksetzungen des Gesetzes und zur Zwecksetzung der Übertragungsregelungen insgesamt.⁵¹

Sowohl aus den Übertragungsregelungen wie auch aus ihrer Entstehungsgeschichte und ihrer Begründung ergibt sich eindeutig der Bedingungszusammenhang, dass den Betreibern ein Höchstmaß an Flexibilität für wirtschaftliche Lösungen eingeräumt werden soll, sofern die Zielsetzung des Gesetzes, die Risiken der Kernenergienutzung durch ihre Beendigung zu verringern, nicht beeinträchtigt wird.⁵² Dabei geht es nicht

⁴⁶ S. Böhm (Fn. 15), 51.

⁴⁷ S. oben Kap. III. 2.

⁴⁸ Hierunter fällt auch der von Böhm (Fn. 15), 52 im Zusammenhang mit § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG erwähnte Fall, dass es sich nach einer Störung als sicherheitstechnisch sinnvoller und wirtschaftlicher erweist, die Strommengen von einem neueren auf ein älteres Kraftwerk zu übertragen und die Produktion in dem neueren Kraftwerk vorzeitig auslaufen zu lassen.

⁴⁹ Renneberg (Fn. 11), 33.

⁵⁰ Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 158.

⁵¹ Ebenso Böhm (Fn. 15), 51.

⁵² Dagegen führen Böwing (Fn. 35), 141; Posser (Fn. 36), Rn. 141 und Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 160,

um das Vorliegen von Widerrufsgründen oder von Gründen für aufsichtsrechtliche Maßnahmen mangels ausreichender Schutzvorkehrungen der empfangenden Anlage,⁵³ sondern um die für den Gesetzgeber nicht mehr akzeptablen Restrisiken, die durch den Beendigungszweck verringert und vermieden werden sollen.⁵⁴ Da das Gesamtrisiko⁵⁵ im Regelfall vermindert wird, ist eine Übertragung von "Alt auf Neu" ohne Prüfung zulässig und da bei einer Übertragung von "Neu auf Alt" im Regelfall das Gesamtrisiko verschlechtert wird, ist diese nur zulässig, wenn dies ausnahmsweise nicht der Fall ist. Ob dieser Ausnahmefall vorliegt, muss das Bundesumweltministerium prüfen und durch seine Zustimmung bestätigen. Diese Zwecksetzung der Übertragungsregelungen wird auch vom Beendigungszweck des § 1 Nr. 1 AtG gefordert und widerspricht nicht dem ebenfalls dort geregelten Zweck, den geordneten Betrieb der Atomkraftwerke bis zu ihrem Abschalten sicherzustellen.⁵⁶

Von den Zwecksetzungen des Gesetzes und der Zwecksetzung der Übertragungsregelungen her ist das entscheidende Kriterium für die Zustimmung des Bundesumweltministeriums somit, ob sich durch die Übertragung von "Neu nach Alt" ausnahmsweise das Gesamtrisiko der Kernenergienutzung nicht verschlechtert.⁵⁷

Die Gesamtrisikobetrachtung erfordert einen umfassenden Vergleich der beiden Anlagen. In diesen Vergleich müssen insbesondere die Ergebnisse der periodischen Sicherheitsüberprüfungen eingehen. Hinsichtlich der Anlagensicherheit ist zum Beispiel zu vergleichen, in welcher Weise in beiden Anlagen die Sicherheitsprinzipien der Redundanz, der Diversität und der räumlichen Trennung umgesetzt worden sind, inwieweit das deterministische Konzept der Sicherheitsstufen realisiert worden ist oder mit welchen Wahrscheinlichkeitswerten bestimmte Auslegungsstörfälle und auslegungsüberschreitende Störfälle zu erwarten sind und beherrscht werden können.⁵⁸ In diesem Zusammenhang kann es von Bedeutung sein, ob die ältere Anlage über ein vergleichbares Notstandssystem, ein vergleichbares Containment oder einen vergleichbaren Betonmantel verfügt wie die abgebende neuere Anlage. Schneidet bei einem solchen umfassenden Vergleich der Anlagensicherheit die älteren Anlage schlechter ab als die neuere Anlage, von der übertragen werden soll, so darf das Bundesumweltministerium dieser Übertragung nicht zustimmen.

Gleiches gilt für andere Risikofaktoren, die durch die Beendigung der Kernenergienutzung verringert werden sollen. So könnten unter Umständen durch die Übertragung von Strommengen die Risiken terroristischer Anschläge, von Flugzeugabstürzen, der Entsorgung und der Transporte abgebrannter Brennelemente erhöht werden, wenn

den Zustimmungsvorbehalt ad absurdum, indem sie ihm nahezu jeden inhaltlichen Prüfungsauftrag absprechen und von vornherein eine Ermessensreduzierung auf Null zugunsten einer Zustimmung annehmen. Dieses Ergebnis war jedenfalls nicht das Ziel des Gesetzgebers, als er den Zustimmungsvorbehalt beschlossen hat.

⁵³ So aber Rebentisch (Fn. 29), 68; Böwing (Fn. 35), 139, 141.

⁵⁴ S. zu der Unterscheidung zwischen den abstrakten Risiken der Kernenergienutzung und den konkreten Sicherheitsanforderungen an einzelne Anlagen im Rahmen der Restlaufzeiten Renneberg (Fn. 11), 31 ff.

⁵⁵ Auf dieses stellt auch Böhm (Fn. 15), 51 ab.

⁵⁶ S. dagegen Böwing (Fn. 35), 141, der allein auf den Sicherstellungszweck abstellt und den Beendigungszweck völlig ignoriert. S. dagegen Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 160, der beide Zwecke des § 1 Nr. 1 AtG berücksichtigt sehen will.

⁵⁷ Ähnlich Böhm (Fn. 15), 52; Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 158.

⁵⁸ S. zum Verhältnis deterministischer und probabilistischer Sicherheitsbetrachtungen z. B. Roßnagel/Neuser, Die rechtliche Festlegung von Risikogrenzwerten — zu einem grundsätzlichen Problem von Recht und Technik, UPR 2006, 125 ff.

diese Risiken im Vergleich beider Anlagen in der neueren Anlage geringer sind als in der älteren empfangenden Anlage. Auch ist relevant, ob ausreichend Zwischenlagerkapazität beim empfangenden Kraftwerk vorhanden ist.

Schließlich ist die Frage zu untersuchen, ob und wie sich die rechtliche Situation beim empfangenden Atomkraftwerk durch die Übertragung verändert und ob dies zu Vollzugsproblemen führt, die erst beseitigt sein müssen, bevor die faktische Verlängerung der Laufzeit der empfangenden Anlage wirksam wird.⁵⁹ So könnte zum Beispiel auf eine periodische Sicherheitsüberprüfung einer Anlage nach § 19 Abs. 2 AtG verzichtet worden sein, weil sie nur noch weniger als drei Jahre reguläre Restlaufzeit hat. Wenn innerhalb der letzten drei Jahre Strommengen auf sie übertragen werden und dadurch die Laufzeit — zum Beispiel um zwei Jahre — verlängert wird, fehlt ihr für eine so lange Laufzeit die erforderliche periodische Sicherheitsüberprüfung. Ein anderer Fall der zur Überprüfung und unter Umständen zur Ablehnung der Zustimmung führen muss, sind Nachrüstungen oder Ertüchtigungen, die eigentlich erforderlich sind und nur deshalb unterbleiben, weil bei einer nur noch kurzen Restlaufzeit die dafür erforderlichen Kostenbelastungen nicht mehr verhältnismäßig erscheinen.⁶⁰ Wenn nun nach dieser Bewertung die Laufzeit um Jahre verlängert wird, kann das Bundesumweltministerium der Übertragung allenfalls zustimmen, wenn die Nachrüstung oder Ertüchtigung noch erfolgt. Ein dritter Fall, in dem die Übertragung die Rechtssituation des empfangenden Atomkraftwerks verändert, könnte die Entsorgungsvorsorge sein. Soll die Laufzeit der Anlage verlängert werden, setzt dies voraus, dass auch für die verlängerte Laufzeit ein Entsorgungsvorsorgennachweis vorliegt.

Öffentliche Interessen können außerdem berührt sein, wenn sich die Übertragung negativ auf die Infrastruktur der atomtechnischen Aufsicht auswirkt. Haben etwa einzelne Länder mit Blick auf die Beendigung des Betriebs einer Altanlage ihre Aufsichtsbehörden reduziert, kann eine Übertragung von Strommengen auf diese Altanlage zu Überwachungsdefiziten führen, die erst beseitigt sein müssten, bevor die Zustimmung zu einer Übertragung erfolgen kann.⁶¹

Für die Zustimmung kann zu berücksichtigen sein, dass eine Übertragung von einer Anlage auf eine andere stattfinden könnte, die ihren kommerziellen Leistungsbetrieb nur wenige Tage nach der abgebenden Anlage aufgenommen hat, so dass "Alt" und "Neu" eng beieinander liegen.⁶² So hat beispielsweise das Atomkraftwerk Neckarwestheim 1 den kommerziellen Leistungsbetrieb am 1.12.1976 aufgenommen, das Atomkraftwerk Biblis B am 31.1.1977 und das Atomkraftwerk Brunsbüttel am 9.2.1977. Andererseits kann der Unterschied zwischen "Alt" und "Neu" aber auch beträchtlich sein, wie ein Vergleich des derzeit ältesten Atomkraftwerks Biblis A, das den kommerziellen

⁵⁹ Dies soll nicht bedeuten, dass die entsprechenden Maßnahmen im Rahmen des Zustimmungsverfahrens entschieden werden. Sie festzulegen und zu kontrollieren ist Aufgabe der Landesbehörden, auf die das Bundesumweltministerium nur im Rahmen der Bundesaufsicht Einfluss hat. Die Zustimmungsentscheidung muss aber berücksichtigen, inwieweit notwendige Regelungen getroffenen sind oder werden.

⁶⁰ S. hierzu Cloosters (Fn. 11), 43 ff.; Scheuten, Sicherheitsstandards in der Restlaufzeit von Kernkraftwerken, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 10. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2000, 175 ff.; Martin, Gefahrenverdacht und Nachweislagen im Atomrecht, ebenda, 195 ff.; Böhm, Nachträgliche Anordnung und Atomaufsicht in der Restlaufzeit, ebenda, 211 ff.; Leidinger, Sicherheitsverantwortung des Betreibers: Sicherheitsmanagement und Sicherheitsüberprüfung, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2002, 123 ff.; Heitsch, Sicherheitsmaßstäbe in der Beendigungsphase, ebenda, 167 ff.

⁶¹ Ähnlich Böhm (Fn. 15), 53.

⁶² Hierauf weist Böhm (Fn. 15), 52 hin.

Leistungsbetrieb am 26.2.1975 aufnahm, und dem jüngsten Atomkraftwerk Neckarwestheim 2 zeigt, bei dem der maßgebliche Termin auf dem 15.4.1989 lag. Letztlich kann aber nicht das große oder kleine Auseinanderfallen des jeweiligen Betriebsbeginns entscheidend sein, sondern nur die Differenz in einer Gesamtbetrachtung des zu minimierenden Restrisikos.

Die Regelung der Zustimmung in § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG ist sprachlich nicht ausgeformt und könnte daher als zu unbestimmt angesehen werden.⁶³ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss das Handeln der Verwaltung voraussehbar und berechenbar sein. Die Kriterien des Handelns müssen sich jedoch nicht ausschließlich aus dem Gesetzestext ergeben, weshalb die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln zulässig ist.⁶⁴ Allerdings muss sich aus dem gesamten Gesetzestext und der Gesetzesbegründung das Ziel des gesetzgeberischen Wollens eindeutig ergeben.⁶⁵ Von diesen Anhaltspunkten ausgehend muss es mit den üblichen juristischen Methoden möglich sein, zu klaren Ergebnissen zu gelangen.⁶⁶ Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist es möglich, für die Zustimmung zu der Übertragung von Strommengen "Neu" auf "Alt" im Weg der Auslegung, aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, der Zwecksetzung des Ausstiegsgesetzes und aus der Begründung des Gesetzes zu eindeutigen Kriterien für ihre Erteilung oder Versagung zu gelangen.⁶⁷

III. Zustimmungsverfahren

Soweit eine Übertragung von "Neu" nach "Alt" stattfinden soll, ist nach § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG die Zustimmung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit einzuholen.

Die Zustimmung ist nur notwendig und aber auch nur möglich für den Fall des § 7 Abs. 1b Satz 2. Die Zustimmung kann nicht von sonstigen Bestimmungen des Gesetzes befreien. Sie kann zum Beispiel auch nicht den gesetzlich festgelegten Kreis der möglichen Empfänger der Reststrommengen des Atomkraftwerks Mülheim-Kärlich über den Gesetzeswortlaut hinaus ausweiten.⁶⁸

1. Zustimmung

Die Zustimmung ist kein Teil eines innerbehördlichen Verfahrens — wie die Bezeichnung nahe legen könnte⁶⁹ —, sondern ein Verwaltungsakt mit Außenwirkung.⁷⁰ Die Zustimmung ist eine Gestattung der Übertragung der Strommengen und für die genehmigungsrechtliche Wirkung der Übertragung konstitutiv.⁷¹ Das Bundesministeri-

⁶³ So Rebentisch (Fn. 29), 67; kritisch auch Böhm (Fn. 15), 57 f.

⁶⁴ BVerfGE 56, 1 (12 f.); 87, 234 (263 f.).

⁶⁵ BVerfGE 87, 287 (317); 17, 306 (314).

⁶⁶ BVerfGE 87, 287 (318).

⁶⁷ Ebenso Böwing (Fn. 35), 141, allerdings mit einem anderen Ergebnis.

⁶⁸ Unzutreffend daher Keienburg, Übertragung von Elektrizitätsmengen des Kernkraftwerks Mülheim-Kärlich gem. § 7 Abs. 1b, Abs. 1d AtG, atw 2006, 166 ff.

⁶⁹ S. hierzu z. B. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München 2006, § 9 Rn. 30.

⁷⁰ S. auch Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 160; Posser (Fn. 36), Rn. 135.

⁷¹ Ebenso Böhm (Fn. 15), 45; Rebentisch (Fn. 29), 67; Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 160.

um für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit ist in diesem Verwaltungsverfahren Verwaltungsbehörde.⁷²

Wird die Zustimmung versagt oder erteilt, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Die Zustimmung ist ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Sie ist für den empfangenden Betreiber ein begünstigender Verwaltungsakt, weil sie die Übertragung der Strommengen atomrechtlich wirksam werden lässt, und für die Nachbarn belastend, weil sich die Pflicht, die Risiken des Betriebs zu dulden, verlängert. Für den Betreiber besteht eine Klagebefugnis, wenn die Zustimmung versagt wird,⁷³ und für den Nachbarn, wenn sie erteilt wird. Die Zustimmung soll verhindern, dass die allgemeinen Risiken der Kernenergienutzung entgegen der Zielsetzung des Gesetzes, sie zu verringern, durch die Übertragung der Strommengen im konkreten Fall erhöht werden. Dieser Zweck der Zustimmung besteht zumindest auch im Interesse all derer, die verpflichtet sind, die Risiken der Kernenergienutzung noch eine gewisse Zeit zu dulden. Insofern hat § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG auch eine drittschützende Wirkung und vermittelt eine Klagebefugnis gegen die Erteilung einer Zustimmung.⁷⁴

2. Einvernehmen

Für die Erteilung der Zustimmung durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit ist das Einvernehmen mit dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie notwendig.

Zwar wurde darüber hinaus in der Konsensvereinbarung vom 14.6.2000 abgesprochen, dass es des Einvernehmens zwischen den Verhandlungspartnern im Rahmen der so genannten Monitoring–Gruppe unter Beteiligung des betroffenen Energieversorgungsunternehmens bedarf, wenn Strommengen von einer neueren auf eine ältere Anlage übertragen werden sollen.⁷⁵ Diese Absprache ist aber nicht Gesetz geworden, sondern nur Teil des Gentlemen's Agreements⁷⁶ geblieben.

Das geforderte Einvernehmen ist Teil eines gestuften Verwaltungsverfahrens, bei dem die interne Mitwirkung des Chefs des Bundeskanzleramts⁷⁷ und des Wirtschaftsministers für den Adressaten der Zustimmung keine Rechtswirkung entfaltet.⁷⁸ Das Einvernehmen ist daher auch nicht selbstständig anfechtbar oder einklagbar. Eine Belastung des Antragstellers oder der Nachbarn erfolgt durch Erteilung oder Versagung der Zustimmung durch das Bundesumweltministerium.

Kann kein Einvernehmen hergestellt werden, kann die Zustimmung nicht erteilt werden und die Übertragung ist unwirksam. Das geforderte Einvernehmen erfordert eine einheitliche positive Willensbildung in allen drei genannten Institutionen, um eine Zustimmung des Bundesumweltministeriums zu ermöglichen.⁷⁹

⁷²Dies ist — wie § 22 Abs. 2 AtG im Hinblick auf das Bundesministerium der Finanzen zeigt — kein grundsätzliches verfassungsrechtliches Problem — s. Böhm (Fn. 15), 53 ff.; a.A. z. B. Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 161 ff.

⁷³S. z. B. Posser (Fn. 36), Rn. 136.

⁷⁴A.A. Böwing (Fn. 35), 145.

⁷⁵S. II. 4. der Konsensvereinbarung vom 14.6.2000 (Fn. 25).

⁷⁶S. hierzu Roßnagel (Fn. 22), 305 ff.

⁷⁷S. Renneberg, nach dem Diskussionsbericht von Wieneke, in: Koch/Roßnagel (Hrsg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden 2002, 76.

⁷⁸S. auch Böwing (Fn. 35), 140; Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 162; Posser (Fn. 36), Rn. 136.

⁷⁹S. auch Böwing (Fn. 35), 139; Huber (Fn. 35), DVBl. 2003, 162; Posser (Fn. 36), Rn. 136.

Das Einvernehmen ist nur für die Erteilung der Zustimmung durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit notwendig, nicht für die Ablehnung der Zustimmung. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 1b Satz 2 AtG, aber auch aus dem Sinn und Zweck des Einvernehmens gerade durch die beiden anderen Stellen. Den Risikovergleich führt das Bundesumweltministerium durch, hierfür sind das Bundeswirtschaftsministerium und das Bundeskanzleramt weder zuständig noch kompetent. Ihre Mitwirkung beschränkt sich auf die Prüfung weiterer öffentlicher Interessen, die einer Zustimmung entgegenstehen könnten — wie etwa energiewirtschaftliche oder arbeitsmarktpolitische Gründe oder außenpolitische, gesamtstaatliche oder föderale Aspekte. Lässt bereits der Risikovergleich zwischen der abgebenden und der empfangenden Anlage eine Zustimmung zu der Übertragung nicht zu, ist es weder notwendig noch zulässig, das Bundeswirtschaftsministerium und das Bundeskanzleramt über die übliche Ressortabstimmung hinaus, an dem Zustimmungsverfahren zu beteiligen.

V. Ergebnis

Die Möglichkeit, die Laufzeit eines Atomkraftwerks durch die Übertragung von Reststrommengen zu verlängern, ist den Betreibern im Interesse, die betriebs- und volkswirtschaftlich günstigsten Restlaufzeiten für die einzelnen Kernkraftwerke zu vereinbaren, eingeräumt worden, ohne dass hierfür eine grundrechtliche Verpflichtung bestanden hätte. Eine Übertragung von "Alt auf Neu" kann ohne weiteres stattfinden, eine Übertragung von "Neu auf Alt" bedarf jedoch der Zustimmung des Bundesumweltministeriums. Diese kann nur ergehen, wenn nachgewiesen wird, dass durch die Übertragung in einem Gesamtvergleich die Restrisiken der Atomenergienutzung nicht entgegen dem Gesetzeszweck erhöht werden.

Bezogen auf die aktuellen Planungen der Energieversorgungsunternehmen bedeutet dies: Eine Übertragung von Reststrommengen vom Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich aus das Atomkraftwerk Biblis A ist nicht zulässig, weil das Atomkraftwerk Biblis A kein im Anhang 3 zum Atomgesetz vorgesehener Empfänger ist. Ein Ringtausch vom Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich über das Atomkraftwerk Biblis B zum Atomkraftwerk Brunsbüttel ist unzulässig, weil dies eine Umgehung der ausdrücklichen Beschränkung der Übertragungsmöglichkeiten der 107,25 TWh des Atomkraftwerks Mülheim-Kärlich auf genau bestimmte Atomkraftwerke darstellen würde. Dagegen ist eine Aufstockung der Reststrommengen des Atomkraftwerks Biblis B bis zur Höhe von 21,45 TWh aus den Reststrommengen vom Atomkraftwerk Mülheim-Kärlich zulässig. Auch ist eine Übertragung "Alt auf Neu" vom Atomkraftwerk Stade auf das Atomkraftwerk Neckarwestheim 1 möglich. Die Übertragung von Strommengen von "Neu auf Alt" vom Atomkraftwerk Emsland auf das Atomkraftwerke Biblis A und vom Atomkraftwerk Neckarwestheim 2 auf das Atomkraftwerk Neckarwestheim 1 ist dann zulässig, wenn dadurch die Restrisiken der Atomenergienutzung nicht entgegen dem Gesetzeszweck erhöht werden.

Die Kontrolle der Strompreise — Mechanismen im Regulierungsnetzwerk

von Joachim Sanden

Einführung¹

Der Energiepreis und die rechtlichen Grundlagen für seine Zusammensetzung und Kontrolle in der "(Energie-)Verfassung" — so der Titel dieses Abschnittes — sind die sichtbarsten Indikatoren für den Zustand der Energiewirtschaft. Sind die Preise im Vergleich zu anderen Gütern zu hoch, wird das Ziel der Schaffung eines leistungsfähigen Europäischen Binnenmarktes erschwert.

Der aktuelle Streit in Hessen² um die Höhe der Strompreise³ belegt die Relevanz der staatlichen Kontrolle eines wesentlichen Bereichs der Daseinsvorsorge. Der hessische Wirtschaftsminister A. Rhiel versucht, die Senkung der Netzentgelte bei kommunalen Stromversorgern zu erzwingen und bremste hierzu im Dezember 2005 die Strompreiserhöhung des in Frankfurt ansässigen Energieversorgungsunternehmens Mainova. 37 Anbieter, so der Minister, lägen ca. 10 % (u. in einem Fall um 25 %) zu hoch. Allein die Steigerung 2005 um ca. 7 Mrd. € bedeute eine Mehrbelastung in Höhe von ca. 176 € pro Haushalt.

Die Preiskalkulation, insbes. die Netzdurchleitungskosten, sei allem Anschein nach überhöht. Erste Judikate, wie das Urteil des VG Gießen vom Februar 2006⁴, deuten in diese Richtung; der Eilantrag des OVAG–Regionalversorgers gegen das hessische Wirtschaftsministerium wurde abgelehnt.

Dagegen kontern die Stadtwerke: Preistreiber seien nicht die Kommunen; vielmehr seien insbesondere die Steuern ausschlaggebend für die hohen Strompreise. Der Anteil der staatlich veranlassten Kosten verhindere günstigere Preise, Investitionen würden unmöglich gemacht.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass die preisgünstige Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität nach dem novellierten Energiewirtschaftsgesetz eines der gesetzgeberisch angestrebten Kernziele (vgl. § 1 Abs. 1 EnWG) ist. Dessen ungeachtet, ist die Liberalisierung des Energiemarktes, so zeigen die selbstkritischen Berichte der EG–

¹ Der Beitrag ist die erweiterte Fassung eines Vortrags im vom Jubilar am Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel veranstalteten Colloquium "Recht und Ökonomie" vom 13.6.2006. Der Verfasser dankt Herrn Ass. Thomas Paliege, Lüneburg, für wertvolle Hinweise.

² Vgl. "Rhiel greift bei Strompreisen durch", Frankfurter Rundschau vom 15.5.2006, S. 9.

³ Vgl. zur Kontrolle im Gassektor Kunth/Tüngler, Die gerichtliche Kontrolle von Gaspreisen, NJW 2005, 1313 ff.; Arzt/Fitzner, Zulässigkeit von Preiserhöhungen durch Gasversorgungsunternehmen gegenüber Haushaltskunden, ZNER 2005, 305; Salje, Das Wettbewerbs- und Kartellrecht als Maßstab einer Gaspreis–Billigkeitskontrolle durch die Zivilgerichte, ET 2005, 278.

⁴ VG Gießen, Beschl. v. 13.2.2006, ZNER 2006, 66.

Kommission⁵ und die eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren⁶, aber längst nicht so weit gediehen, wie erwartet: Die Energiepreise sind kräftig angestiegen. Zudem ist der Ansatzpunkt der Preiskontrolle schwierig zu bestimmen: Am ehesten der staatlichen Kontrolle zugänglich erscheinen die Netzentgelte, die ca. 34 % der Strompreise ausmachen. Egal, wo auch der Regulierer (Staat) ansetzt, es geht immer um die Disziplinierung der Marktmacht in natürlichen Monopolen, hier konkret um die Kontrolle der Kalkulation und der Höhe der Stromentgelte.⁷

Der Beitrag zeigt die komplexe Systematik der Preiskontrolle auf und geht auf die wesentlichen Kernprobleme ein, die mit diesen Eckpunkten verbunden sind.

I. Grobübersicht über die Systematik der Entgeltprüfung

Zu differenzieren ist zwischen der eigentlichen Preiskontrolle für Energielieferung an den Letztabbraucher und sonstigen Preiskontrollen. Die Preiskontrolle beim Endverbraucher unterliegt den Regeln der §§ 36 ff. EnWG, wesentliches Kernstück ist der Erlass einer Rechtsverordnung für die Grundversorgung nach § 39 EnWG. Die bisher maßgebliche Bundesstarifordnung Elektrizität (BTOElt) gilt nur noch bis zum 31.6.2007⁸. Für die Energiepreise von essentieller Bedeutung ist ferner die Netzentgeltprüfung nach § 21 ff. EnWG n.F. Wesentliches Kennzeichen der staatlichen Kontrolle ist die Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang nach § 23a EnWG n.F. Sie erfolgt materiell auf der Basis der Maßstäbe, die in der StromNEV bzw. der GasNEV vom Juli 2005 festgelegt sind. Die beiden genannten Verordnungen wurden auf § 24 EnWG n.F. gestützt. Auch auf diesem Feld ist der Streit um die Angemessenheit der Preise entbrannt: In einem Positionspapier der Bundesnetzagentur (BNA) vom 7.3.2006 zeigten sich von der Branche abweichende Positionen. Diskussionspunkte sind u.a. die Nutzungsdauer des Anlagevermögens (vgl. § 32 Abs. 3 StromNEV) und die Eigenkapitalverzinsung bzw. der Gewerbesteueransatz.⁹ Im ersten Fall der Nutzungsdauer argumentieren die Betreiber mit der betriebsgewöhnlichen Anlagennutzungsdauer unter Anwendung des § 6 Abs. 5 StromNEV i.V.m. Anlage 1 zur StromNEV. Bei der Eigenkapitalverzinsung geht es um die Absenkung für die Quote ab 40 % (§ 7 Abs. 3 StromNEV) bzw. die Absenkung der Fremdkapitalverzinsung. Bei der Gewerbesteu-

⁵ Vgl. das Grünbuch der EU-KOM vom 08.03.2006 — Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie: KOM(2006) 105 endg. Eine Einigung über einen gemeinschaftlichen Rahmen konnte beim Energiegipfel vom 24.3.2006 (noch) nicht erreicht werden. S. auch Kroes, Towards an efficient and integrated European Energy Market — First findings and next steps, European Commission Conference Energy Sector Inquiry, Brüssel, 16.2.2006, S. 6 ff.; Piebalgs, The situation of Internal Markets in Gas and Electricity, Presentation of Preliminary Findings of the Energy Sector Inquiry, Brussels, 16.2.2006, 2 ff.; EG-Kommission (Hrsg.), Mitteilung von Frau Neelie Kroes in Absprache mit Herrn Piebalgs, Untersuchung des europäischen Elektrizitäts- und des europäischen Gasmarktes gemäß Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Ziff. 7 ff.

⁶ Die Europäische Kommission hat am 4.4.2006 u.a. gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen der mangelnden Öffnung des Strommarktes erhoben.

⁷ Vgl. hierzu aus ökonomischer Sicht etwa Eisenkopf, Zur Rolle von sektorspezifischen Regulierungsinstitutionen in Netzindustrien, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2003, 449; zur Dichotomie von Staat und Markt vgl. aus politikwissenschaftlicher Perspektive grundlegend Czada, Grenzprobleme zwischen Politik und Markt, in: Czada/Zintl (Hrsg.), Politik und Markt, Wiesbaden 2004, 11, 16.

⁸ Vgl. Art. 5 Abs. 3 des 2. Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970).

⁹ Vgl. zu den Einzelheiten Schalle/Boos, Stromnetzentgeltprüfungen durch die Regulierungsbehörden, ZNER 2006, 20 (21).

er schließlich will die Bundesnetzagentur unter Hinweis auf § 7 Abs. 4 StromNEV nicht die kalkulatorische, d.h. dem Betrieb sachgerecht zuzuordnende ermittelte, sondern nur die tatsächlich gezahlte Steuer berücksichtigen lassen. Letzteres führt zu einer Verschlechterung der Position von kommunalen Versorgern, die oft im Querverbund andere Unternehmen mitfinanzieren müssen. Die Versorgungsunternehmen wurden seitens der Bundesnetzagentur mit der Übersendung des Papiers gleichzeitig zur Neuberechnung ihrer Entgelte aufgefordert. In einer Entscheidung gegenüber Vattenfall Europe Transmission (VET) hat die BNA am 6.6.2006 erstmals die Netzentgelte für die Nutzung des Übertragungsnetzes eines Netzbetreibers genehmigt und hierbei einen Abschlag von 18 % gegenüber den vom Unternehmen angegeben Kosten vorgenommen.¹⁰ Die Kürzungen bezogen sich auf die "Prüfung des Sachanlagevermögens, der Eigenkapitalverzinsung, der kalkulatorischen Gewerbesteuer, der Kosten für die Veredelung regenerativer Energien sowie der Kosten für Verlustenergie".¹¹ Der zuständige Hamburger Wirtschaftssenator hat das Unternehmen daraufhin aufgefordert, die Entscheidung zu akzeptieren und seine Preise zu senken.¹²

Dabei ist das Instrumentarium der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle nicht ohne weiteres anwendbar. Denn seit der EnWG-Novelle¹³ ist das Verhältnis des GWB zum Energierecht neu geregelt worden.¹⁴ Gem. § 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG verdrängen die §§ 21, 21a EnWG samt der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) nunmehr die auf die Netznutzungsentgelte abstellenden §§ 19, 20 GWB. Sachlicher Grund ist der Lex-specialis-Gedanke. Während die GWB-Normen "Grenznormen für die eigennützige Ausübung privatautonomer unternehmerischer Gestaltungsfreiheit" darstellen, statuiert das EnWG als Netzrecht "Richtnormen für eine gemeinwohlorientierte Ausübung der unternehmerischen Autonomie im Netzinfrastrukturbereich"¹⁵. Anders stellt sich die Situation bei den Verbraucherentgelten dar, bei denen der Vorrang nicht gilt. Das hat zur Konsequenz, dass die Netznutzungsentgelte nunmehr durch die neu errichtete Regulierungsbehörde (BNA)¹⁶ bzw. Landesbehörden kontrolliert werden, aber die Strom- u. Gaspreise beim Letztverbraucher in der Kontrolle der Kartellbehörden gem. §§ 19 f. GWB bleiben.¹⁷ Als ein Fazit kann festgehalten werden: Die Kartellbehörden haben über den Netznutzungsentgeltanteil somit indirekt Kontrolle über die Netznutzungsentgelte, die neben dem staatlich bestimmten Anteil (u.a. Steuern und Umlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz) den größten Einfluss auf die Strompreise haben. Mittelbar der Preiskontrolle dient daneben auch die Kontrolle der Werbeaktivitäten. Neben §§ 21, 21a ff. EnWG bleibt das

¹⁰ Kurth, Genehmigung Netzentgelte Strom, Sprechzettel zur Pressekonferenz der BNA vom 8.6.2006, veröffentlicht unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/6397.pdf>.

¹¹ Kurth (Fn. 10), S. 3.

¹² Freie und Hansestadt Hamburg (Hrsg.), "Senator Uldall: Strompreise müssen jetzt sinken", Pressemeldung vom 8.6.2006, veröffentlicht unter <http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/pressemeldungen/2006/juni/>.

¹³ Vgl. nur etwa Scholtka, Das neue Energiewirtschaftsgesetz, NJW 2005, 2421.

¹⁴ Vgl. zur alten Rechtslage BGH ZNER 2005, 230 ("Stadtwerke Mainz"); Braband, Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle, Diss. Jena, München 2003; Schomerus, Legal Aspects of Electricity Tariff Fixation in Germany, Mountbatten Journal of Legal Studies, Vol. 8 No. 2, 2004, 20; Nagel, Norm und Markt bei den kommunalen Stromversorgern, NVwZ 2000, 758.

¹⁵ Säcker, Das Regulierungsrecht im Spannungsfeld von öffentlichem und privatem Recht, AöR 130 (2005), 180 (190).

¹⁶ Vgl. Neveling, Die Bundesnetzagentur — Aufbau, Zuständigkeiten und Verfahrensweise, ZNER 2005, 263.

¹⁷ Siehe zur dann erfolgenden Zusammenarbeit der Kartellbehörden mit der BNA § 58 Abs. 2 EnWG. Vgl. auch Neveling (Fn. 16), ZNER 2005, 263 (269).

Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) anwendbar, insbesondere die §§ 1 und 3 UWG. Bei der unternehmensrechtlichen Kontrolle geht es um die Verhinderung unlauteren Wettbewerbs, z.B. beim Ein- und Verkauf des Gutes Elektrizität.

Die Preiskontrolle obliegt damit im Europäischen Regulierungsverbund¹⁸ oder besser in transnationalen Regulierungsnetzwerken¹⁹ fast ausschließlich den nationalen Regulierungsbehörden (NRAs). Der EG-Kommission verbleiben über die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle²⁰ hinaus nur wenige entgeltbezogene Regulierungsmöglichkeiten — Hauptfall ist nach Art. 8 Abs. 3 der Stromhandelsverordnung der Erlass von Richtlinien zur Harmonierung der Grundsätze für die Tarifsysteme der Zugänge der grenzüberschreitenden Verbindungsleitungen.²¹ Hauptsteuerungsfeld — auch im Feld der Preiskontrolle — dürfte daher die Koordination der nationalen Regulierungsagenturen²² sein. Über die Einbindung der EG-Kommission in die im November 2003 gegründete Europäische Regulatorengruppe ERGEG hinaus, wird hier im Zuge der *new modes of governance* vermehrt *soft law* zur Anwendung kommen.²³ Nur wenn diese Abstimmung im mehrgliedrigen Regulierungssystem²⁴ funktioniert, die mit einem "shaping" der nationalen Regulierungsinstitutionen²⁵ verbunden sein wird, kann es zur Konsolidierung des (Energie-)Binnenmarktes und zu einer konsistenten Anwendung des europäischen Energiewirtschaftsrechts kommen.²⁶ Nächste Schritte wie etwa der von der Kommission skizzierte Europäische Energieregulierer²⁷ erscheinen nicht vor dringlich.

Bevor auf die Einzelfragen der also schwerpunktmäßig auf nationaler Ebene erfolgenden Regulierung eingegangen wird, lohnt es sich, die Prüfparameter für die Regulierung zu reflektieren. Die Regulierung wird dann erfolgreich sein, wenn das Ergebnis sinkende Netzentgelte, abnehmende Gesamtentgelte, steigende Wechselquoten mit dem zahlreichen Markteintritt neuer Wettbewerber sind und gleichzeitig die Versorgungszuverlässigkeit²⁸ nicht signifikant abnimmt.

¹⁸ Britz, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund?, EuR 2006, 46; Arndt, Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund, Die Verwaltung 2006, 100 (105 ff.).

¹⁹ Eberlein, Formal and informal governance in Single Market regulation, in: Christiansen/Piattoni (Hrsg.), *Informal Governance in the European Union*, Cheltenham 2003, S. 150 ff.; Mayntz: Policy-Netzwerke und die Logik von Verhandlungssystemen, in: A. Héritier (Hrsg.), *Policy-Analyse, Kritik und Neuorientierung*, Opladen 1993; Kohler-Koch/Eising (Hrsg.), *The Transformation of Governance in the European Union*, London 2002.

²⁰ Vgl. den Überblick bei Nagel, *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, 4. Aufl., Baden-Baden 2003, S. 149 ff. (151 ff.); Evans/Padilla, Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules, *Journal of Competition Law and Economics* 2005 1(1), 97–122; Napolitano, Towards a European Legal Order for Services of General Economic Interest, *European Public Law* 11 (2005), 565.

²¹ Schwintowski, Grundlinien eines zukünftigen europäischen Energierechts, ZNER 2000, 93 (97 ff.); Britz (Fn. 18), EuR 2006, 46 (65). Vgl. auch den Überblick bei Cameron, The internal market in energy: harnessing the new regulatory regime, E.L.Rev 30 (2005), 631 (642).

²² Vgl. aus deutscher Sicht auch § 57 EnWG.

²³ Vgl. Eising, Reshuffling power: the liberalisation of the EU electricity markets and its impact on the German governance regime, in: Kohler-Koch/Eising (Hrsg.), *The transformation of Governance in the European Union* (Fn. 19), S. 208 ff.

²⁴ Arndt (Fn. 18), 100 (110 ff.); Neveling (Fn. 16), ZNER 2005, 263 (269).

²⁵ Napolitano (Fn. 20), *European Public Law* 11 (2005), 565 (575), der u.a. auf spezifische Berichtspflichten verweist.

²⁶ Cameron, (Fn. 21), E.L.Rev. 30 (2005), 631 646.

²⁷ Grünbuch der EU-KOM vom 08.03.2006 (Fn. 5), S. 7.

²⁸ Vgl. auch insoweit die Zielbestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG, die mit der Forderung nach einer möglichst sicheren Energieversorgung ein Optimierungsgebot enthält.

II. Netznutzungsentgeltregulierung

Bei der Netznutzungsentgeltregulierung ist noch immer weitgehend ungeklärt, in welchem Verhältnis die spezialgesetzlich geregelte Entgeltkontrolle nach dem Energiewirtschaftsgesetz einerseits und die normale zivilrechtliche Billigkeitskontrolle nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch andererseits zueinander stehen. Weil letztere durch staatliche Gerichte erfolgt, erscheint es gerechtfertigt, sie ebenfalls unter den Regulierungsbegriff zu fassen. Zunächst gilt es aber, die Mechanismen der Entgeltkontrolle nach dem Energiewirtschaftsgesetz zu untersuchen.

1. Netzentgeltregulierung nach den §§ 21 ff. EnWG

Nach einem Überblick über die materiellen Maßstäbe der Netzentgeltkontrolle werden die formellen Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörden vorgestellt.

a) Materielle Maßstäbe

Die Preiskontrolle hinsichtlich der Netznutzungsentgelte ist Voraussetzung für den funktionierenden Wettbewerb im Energiemarkt. Abwägungspunkte sind die Effizienz des Netzzugangs contra die Sicherheit der Energieinfrastruktur (Versorgungssicherheit). Kriterien sind nach § 21 EnWG: Die Entgelte müssen angemessen, diskriminierungsfrei und transparent sein. Grundregel ist, dass sie nicht ungünstiger sein dürfen als für Leistungen innerhalb des Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen (sog. internes und externes Gleichbehandlungsgebot). Vermieden werden muss eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen. Nicht zuletzt muss auch eine zu starke Wegentwicklung von den Preiskontrollmechanismen der anderen europäischen Mitgliedsländer²⁹ verhindert werden.

Das System der Methodenregulierung³⁰ ist gestuft: § 24 Satz 1 Nr. 1 EnWG enthält eine Ermächtigung der Bundesregierung zur Methodenfestlegung mit letztlich zwei verschiedenen Kontrollmethoden: Auf die erste Phase mit der herkömmlichen Kostenregulierung (§ 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG) folgt als zweite Phase der sog. kostenorientierte Ansatz mit Vergleichsverfahren (§ 21 Abs. 3 und 4 EnWG) und schließlich die 3. Phase mit einem anreizorientierten Ansatz (§ 21a EnWG). Wegen des Ansatzwechsels kann man hier von einem Paradigmenwechsel³¹ sprechen. Wenn jetzt zunehmend auf die Effizienz abgestellt wird, treten gesellschaftliche Grundwertungen zugunsten eher pragmatischer Ansätze zurück, was den Schwierigkeiten der staatlichen Steuerung technischer Infrastrukturbereiche entgegenkommen dürfte.³²

²⁹ Vgl. den Überblick bei Petrov/Keller/Speckamp, Optionen der Ausgestaltung des Regulierungsverfahrens, ET 2005, 547 (548 ff.).

³⁰ Vgl. zu den Hintergründen Koenig/Rasbach, Methodenregulierung in der Energiewirtschaft, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 54 (2004), 702.

³¹ V. Adrian/Betermieux, Energieversorger zwischen Wettbewerb und Regulierung, ET 2005, 708.

³² Der These von Mai (Steuerungstheoretische Überlegungen über die veränderte Rolle des Staates bei technischen Infrastrukturen, Zeitschrift für Politik 2004, 52, 64) einer Entideologisierung muss aber entgegengehalten werden, dass Effizienzstreben auch eine gesellschaftsbezogene Ausrichtung darstellt.

Für die Kostenkontrolle mit Vergleichsverfahren nach den §§ 21 Abs. 2 bis 4 EnWG gilt: Die Festsetzung erfolgt — bezogen auf die Kostenartenfeststellung — auf der Grundlage der Kosten einer Betriebsführung, die denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Relevant sind also Kosten, die bei effizienter Leistungserbringung unvermeidbar sind. Kosten, die im Wettbewerb nicht durchsetzbar wären, sollen keine Berücksichtigung mehr finden. Es gilt der sog. Effizienzkostenmaßstab³³: Entscheidend sind nicht die Ist-Kosten, sondern die Soll-Kosten (Kostenermittlung plus Vergleich). Die Regulierungsbehörden können auf diese Weise einen Vergleich zwischen den Kosten und Kostenbestandteilen hinsichtlich der einzelnen Unternehmen ziehen, welches letztlich auch ein Benchmarking gebietsstrukturunabhängiger Kosten ermöglicht.³⁴ Weiter zu berücksichtigen sind Anreize für effiziente Leistungserbringung, die Verzinsung, die Angemessenheit, die Wettbewerbsfähigkeit sowie schließlich die Risikoangepasstheit. Die Kapitalgeber, so der Grundansatz, sollen ihr Interesse an Investitionen in Energieversorgungsnetze behalten. Nach der auf diese Weise durchgeführten Kostenartenrechnung erfolgt die Kostenstellenrechnung sowie die Kostenträgerrechnung. Die Ausgestaltung erfolgt durch §§ 22-26 StromNEV.

Im Verfahren zur Vergleichbarmachung der unterschiedlich strukturierten Netze bei ca. 800 Betreibern von Stromnetzen wurden sechs Strukturklassen pro Spannungsebene nach der Absatzdichte der Netz- oder Umspannebene sowie der Lage in alten oder neuen Bundesländern gebildet. Die Regulierungsbehörde vergleicht die Entgelte für Netzzugang, Erlöse und Kosten. Vergleichsgegenstände sind die Netzentgelte, die Erlöse daraus sowie die Kosten. Normierte Vergleichsmaßstäbe helfen bei der Ermittlung (vgl. z.B. § 23 Abs. 1 Nr. 3 StromNEV: Kosten pro Leitungslänge). Die Ergebnisse des Vergleichs sind bei der kostenorientierten Entgeltbildung, d.h. der nach den Kostenträgern sortierten Entgeltermittlung, zu berücksichtigen. Im Rahmen des Vergleichsverfahrens ist insbesondere § 21 Abs. 4 S. 2 EnWG hervorzuheben. Danach wird widerlegbar vermutet, dass bei vergleichbaren Netzbetreibern höhere durchschnittliche Entgelte, Erlöse oder Kosten nicht einer effizienten Betriebsführung entsprechen.

Die Vorgaben für die kostenorientierte Entgeltbildung nach § 21 Abs. 2 EnWG bis Beginn der Anreizregulierung (bis ca. 2007) bestehen aus einer zweigeteilten Kalkulation: Für den eigenfinanzierten Anteil der Altanlagen (bis 1.1.2006 aktiviert) gilt das Prinzip der Nettosubstanzerhaltung auf Tagesneuwertbasis (§ 6 Abs. 2, 3 StromNEV) mit einer Verzinsung von 6,5 % vor Steuern. Der Zinssatz setzt sich aus einem Basiszinssatz von 4,8 % sowie einem Wagniszuschlag (§ 7 Abs. 5 StromNEV) in Höhe von 1,7 % zusammen. Der fremdfinanzierte Anteil der Altanlagen ist zu den erstmalig aktivierten Anschaffungs- und Herstellungskosten abzuschreiben (§ 6 Abs. 2 Nr. 2 StromNEV). Für Neuanlagen (ab 1.1.2006) dagegen gilt insgesamt das Prinzip der Realkapitalerhaltung auf der Basis der historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten (§ 6 Abs. 4 StromNEV) mit einer Verzinsung von nominal 7,91 % vor Steuern. Eine Anrechnung der Körperschaftssteuer unterbleibt. Zudem kommt eine Rabattregelung für Großkunden zum Tragen, die für stabile Netzauslastung sorgen. Dort ist eine bis zu 50%ige Reduktion der Entgelte möglich (§ 19 StromNEV). Diese Übergangsphase gestaltet sich vor allem für solche Versorgungsunternehmen schwierig, die langfristig planen.

³³ Vgl. dazu sektorenübergreifend Säcker (Fn. 15), AöR 130 (2005), 180 (200 ff.) sowie für den Energie sektor Koenig/Kühling/Rasbach, Energierecht, Frankfurt/M. 2006, S. 89 f.

³⁴ Stumpf/Gabler, Netzzugang, Netznutzungsentgelte und Regulierung in Energienetzen nach der Energierechtsnovelle, NJW 2005, 3177.

Die neue Anreizregulierung (ab ca. 2007) ist dagegen an der Effizienz orientiert: Es erfolgt die Festlegung eines Eigenkapitalzinssatzes durch die Regulierungsbehörde (§ 7 Abs. 6 StromNEV). Der durchschnittlich effiziente Netzbetreiber, so der Grundgedanke, soll eine durchschnittliche Rendite erzielen. Leitbild ist der Anreiz zu höherer Effizienz. Bewirkt wird das durch die Bildung von Obergrenzen.³⁵ Der Unterschied zur kostenorientierten Regulierung besteht darin, dass das Entgelt nur einmal zu Beginn einer Regulierungsperiode von vier bis fünf Jahren auf Kostenbasis gebildet wird. Die Zielvorgaben erfolgen in Form eines "Preissenkungspfads", die der Betreiber übertreffen kann. Gewinne verbleiben beim Betreiber. Als Probleme sind der befürchtete Investitionsrückgang sowie eine mögliche Gefährdung der Versorgungssicherheit erkennbar, wenn Zusatzgewinne nicht nur durch Innovationen, sondern durch Produktqualitätssenkungen bewirkt werden. Die Details der Anreizregulierung werden im Wege der Rechtsverordnung (§ 21a Abs. 6 Nr. 1 EnWG) festgelegt. Zunächst musste bis zum 1.7.2006 ein Bericht der Bundesnetzagentur vorgelegt werden (§ 112a Abs. 1 EnWG), danach erfolgt dann unverzüglich die Vorlage der Verordnung (§ 118 Abs. 5 EnWG). Die Anreizregulierung ist nicht an Kostenüberlegungen orientiert, Sinn ist vielmehr die Verhaltensbeeinflussung des Netzbetreibers durch gezielte Vorgaben, z. B. die Vorgabe eines "Preissenkungspfads". Weil ein Pfad im Sinne eines Anreizes vorgegeben werden soll, müsste die reine Genehmigung einer unternehmerischen Obergrenzungsplanung eigentlich ausscheiden. Das Modell wird durch Pönalisierungen (so z. B. Abschläge bei Verfehlern von Qualitätszielen) bzw. Boni flankiert. Zusätzliche Entgeltkomponenten sind an der Einhaltung bestimmter Qualitätsziele festgemacht. Die Konkretisierung wird in der bevorstehenden Anreizverordnung erfolgen, die eine Genehmigungspflicht für Maßnahmen der Netzbetreiber vorsehen kann (vgl. § 21a Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 EnWG). Danach erfolgt die Festlegung von Vorgaben, die durchaus individuell und damit adressatenbezogen erfolgen können.³⁶ Schon jetzt muss aber kritisch angemerkt werden, dass das vorgesehene Modell der Methodenregulierung nicht nur besonders detailreich, sondern auch recht unflexibel hinsichtlich auftretender Marktänderungen gestaltet wurde.³⁷

Die beiden Grundkonzepte der Anreizregulierung³⁸ sind demnach:

- Als erster Weg kommt eine Price–Cap–Regulierung (Preisobergrenzenbindung) in Betracht, die mit einer Bindung an den allgemeinen Preisindex verbunden werden kann. Sie hat den Zweck, dass sich das Unternehmen innerhalb seiner Preissetzungsfreiheit flexibel an die Wettbewerbsintensität anpassen kann. Dieser Freiraum in Gestalt von Rationalisierungsgewinnen steht dem Unternehmen in voller Höhe zu. Weiterer Vorteil dieses Modells ist seine einfache administrative Handhabung.
- Bei der sog. Revenue–Cap–Regulierung, d.h. der Festlegung der Erlösobergrenze erfolgt eine Entkopplung der Kosten vom Erlös. Es erfolgt eine Festlegung der

³⁵ S. zur Vorgehensweise Leprich/Bauknecht, Anreizregulierung für aktive Stromnetzbetreiber, ET 2006, 32 (33 ff.).

³⁶ So auch Britz, Behördliche Befugnisse und Handlungsformen für die Netzentgeltregulierung nach dem neuen EnWG, RdE 2006, 1 (2) unter Hinweis auf die Fassung des § 21a Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 EnWG, die die Festlegung u.a. auf einzelne Netzbetreiber erlaubt.

³⁷ Das kritisieren zu Recht Koenig/Rasbach (Fn. 30), 702 (704).

³⁸ Vgl. den Überblick bei Koenig/Kühling/Rasbach (Fn. 33), S. 108 ff.; Wolf/Porbatzki/Hiller, Anreizregulierung wird Strom- und Gasnetzbetreiber zur kontinuierlichen Effizienzverbesserung zwingen, ET 2005, 778.

Erlösobergrenze für den Gesamtumsatz. Faktoren sind die Inflationsrate, Effizienzfaktoren sowie die Kundenzahl. Notwendig ist eine Ergänzung durch eine Qualitätsregulierung.³⁹

Die Präferenz der Bundesnetzagentur ist ausweislich ihres u.a. aufgrund von Unternehmensberichten⁴⁰ erstellten Berichts vom 2.5.2006 ein hybrides (d.h. um Mengeneffekt- oder Qualitätsüberlegungen ergänztes⁴¹) Revenue-Cap, das von einer Yardstick-Competition⁴² gefolgt werden soll. Dabei soll dem vergleichsweise effizientesten Unternehmen eine Supereffizienzzusatzrente zugesprochen werden und damit der Anreiz für die Unternehmen zusätzlich erhöht werden. Zur Erprobung der Modelle für die anzustellenden Vergleichsmarktstudien kann auf Erfahrungen im Telekommunikationsmarkt (vgl. § 35 TKG) zurückgegriffen werden. Derzeit werden verschiedene Modelle des Yardstick-Wettbewerbs diskutiert.⁴³ Allen Verfahren sind gewisse prognostische Elemente eigen, welche die Auswahl des Regulierungsmodells beeinflussen.⁴⁴ Nicht zuletzt sind auch die Wechselwirkungen zwischen der Kosten- und der Anreizregulierung zu beachten.⁴⁵

Allerdings wird die Entwicklung des optimalen Modells, das ist schon jetzt erkennbar, nicht ohne Probleme ablaufen. Eine Grundschwierigkeit bei der Entwicklung des optimalen Modells könnte neben dem Daten- und Rechenaufwand die bestehende Konzentration des deutschen Übertragungsnetzmarktes auf vier große Anbieter sein. Ferner scheint die Vorgabe aus § 21a Abs. 5 S. 4 EnWG, dass Effizienzvorgaben tatsächlich vom jeweils betroffenen Netzbetreiber erreicht werden können, mit der pauschalen Bezugnahme auf die grundsätzliche Erreichbarkeit des effizientesten Vergleichsunternehmens nicht gewahrt.⁴⁶ Fraglich erscheint auch, ob die in der gleichen Bestimmung genannte Zumutbarkeit im Konzept der Bundesnetzagentur hinreichende Berücksichtigung gefunden hat.⁴⁷ Schließlich ist das Maß der anzustrebenden Entgeltabsenkung zu Beginn der ersten Regulierungsperiode möglicherweise unverhältnismäßig.⁴⁸

b) Formelle Verfahrensanforderungen

Zunächst war im gesetzgeberischen Verfahren nur eine Ex-post-Kontrolle der Entgelte geplant. Formell ist nach der Endfassung des Energiewirtschaftsgesetzes, beruhend auf einem Ergebnis des Vermittlungsverfahrens, nunmehr eine Vorabgenehmigung

³⁹ E-Bridge-Consulting (Hrsg.), 4. Referenzbericht Anreizregulierung — Konzept einer Qualitätsregulierung, Bericht im Auftrag der Bundesnetzagentur, April 2006.

⁴⁰ Vgl. dazu den im Vorfeld entschiedenen Rechtsstreit OLG Düsseldorf, Beschl. vom 20.3.2006, 3 Kart 151/06 zur Auskunftsanordnung der Bundesnetzagentur (s. §§ 69 Abs. 1 Satz 1, 112a EnWG) zwecks der Erarbeitung des Konzepts zur Durchführung der Anreizregulierung.

⁴¹ Vgl. Franz/Schäffner/Trage, Anreizregulierung nach dem neuen EnWG — Optionen und offene Fragen, ZfE 29(2005), 89 (97).

⁴² Vgl. zum Konzept Lundborg/Ruhle/Schulze/zur Wiesche, Entgeltregulierung im Energiesektor mittels Yardstick-Competition, ZfE 29 (2005), 115 (117 ff.).

⁴³ Vgl. zu den Einzelheiten Kühn, Ein Vorschlag für eine Yardstick-Regulierung der Verteilungsnetzentgelte für Strom, ZfE 29 (2005), 125 ff.

⁴⁴ Vgl. zur Modellauswahl Bums/Jenkins/Milczarek/Riechmann, Anreizregulierung — Kostenorientierung oder Yardstick Competition?, ZfE 29 (2005), 99 ff.

⁴⁵ Vgl. v. Adrian/Betermieux (Fn. 31), 710.

⁴⁶ Balzer/Schönefuß, Rechtliche Bewertung der Vorschläge der Bundesnetzagentur zur Einführung einer Anreizregulierung, ET 2006, 20.

⁴⁷ Balzer/Schönefuß (Fn. 46), 20 (21).

⁴⁸ Balzer/Schönefuß (Fn. 46), 20 (21).

von kostenbasierten Netzentgelten vorgesehen. So erfolgt die Ex-Ante-Genehmigung der Netzentgelte (6 Monate vor Anwendung) nach § 23 Abs. 1 EnWG.⁴⁹ Im Verfahren können in ihren Interessen betroffene Wirtschaftsverbände beigeladen werden (vgl. § 66 Abs. 2 Nr. 3 1. Hs. EnWG)⁵⁰, was schon wegen des dann eingeräumten Rechts auf Akteneinsicht über das bloße Recht zur Stellungnahme nach § 67 Abs. 2 EnWG weit hinausgeht. Gegebenenfalls greifen, vorausgesetzt der Antrag ist wirklich vollständig⁵¹ und die BNA hat keine Informationen mehr angefordert⁵², die Genehmigungsfiktion (§ 23a Abs. 4 Satz 2 EnWG) bzw. die Höchstpreisgenehmigung nach § 23a Abs. 5 Satz 2 EnWG. Bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen besteht mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG ein Genehmigungsanspruch (§ 23a Abs. 2 EnWG). Bei den genehmigten Preisen handelt es sich um Höchstpreise. Für den Fall der Versagung der Genehmigung steht den Unternehmen die Beschwerde nach § 75 EnWG offen, die aber keine aufschiebende Wirkung hat (§ 76 EnWG). Nach der Novelle des EnWG galt zunächst eine Übergangsregelung in § 118 Abs. 1b EnWG. Danach mussten die Strom-Energieversorgungsunternehmen erstmals zum 1.10.2005 bei der BNA einen Genehmigungsantrag gestellt haben. In der Praxis wurden daraufhin einige Erhöhungen versagt. Das hat zur Folge, dass zunächst einmal die nach vorherigen Grundlagen kalkulierten Netzentgelte fortgelten (vgl. § 23a Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 118 Abs. 1b Satz 2 EnWG).

Daneben, also zusätzlich zur Ex-ante-Kontrolle, ist ein Ex-post-Missbrauchsverfahren nach § 30 Abs. 1 EnWG vorgesehen.⁵³ Hierfür wurde das Konzept der Strukturklassen aus der Verbändevereinbarung zwei plus (VV II+) beibehalten, ferner wurde das Vergleichsmarktkonzept des § 30 EnWG konkretisiert. Wegen der Orientierung an durchschnittlichen Kosten, Entgelten und Erlösen erfolgt aber faktisch immer noch ein Vergleich von Monopolpreisen und nicht von echten Wettbewerbspreisen. Im Falle des Vorliegens der Vorab-Genehmigung nach § 23a EnWG gilt statt § 21 EnWG vielmehr die Vermutung nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 EnWG, wonach das genehmigte Entgelt als sachlich gerechtfertigt gilt. Damit, also insbesondere mit dieser Fiktion, ist der Schluss gerechtfertigt, dass für die Ex-post-Kontrolle kein großer Anwendungsbereich mehr verbleiben wird. Der Fall, dass eine Genehmigung erteilt wurde, dass sich das Energieversorgungsunternehmen an die Obergrenzen hält und trotzdem ein Missbrauchsfall vorliegt, erscheint unwahrscheinlich.⁵⁴

Die Zuständigkeit für die Genehmigungen ist, was auf den ersten Blick überraschen mag, geteilt: Gemäß § 54 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EnWG sind die Landesregulierungsbehörden für die Genehmigung oder Festlegung im Zuge der Bestimmung der Entgelte für den Zugang zu kleineren Netzen im Wege der Anreizregulierung nach § 21a EnWG

⁴⁹ Zu den derzeitigen zahlreichen Problemen der Genehmigungsverfahren vgl. den Bericht von Becker, Rechtsfrage der Genehmigung von Netzentgelten, ZNER 2005, 190 ff.

⁵⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 7.4.2006, 3 Kart 161/06 unter Hinweis auf den Gesetzeszweck nach § 1 Abs. 1 EnWG. Eine echte Öffentlichkeitsbeteiligung dagegen findet in Deutschland nicht statt, vgl. Hira/Huxtable/Leger, Deregulation and Participation: An International Survey of Participation in Electricity Regulation, Governance 18 (2005), 53 (61).

⁵¹ Vgl. den Praxisbericht von Schalle/Boos, Stromnetzentgeltprüfungen durch die Regulierungsbehörden — Erfahrungen und bevorstehende Auseinandersetzungen, ZNER 2006, 20 (21).

⁵² Kurth, Genehmigung Netzentgelte Strom, Sprechzettel zur Pressekonferenz der BNA vom 8.6.2006, veröffentlicht unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/6397.pdf>, S. 7.

⁵³ Vgl. etwa den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 2.3.2006, BK 8–05/006, ZNER 2006, 69 zu § 19 Abs. 3 StromNEV.

⁵⁴ Britz (Fn. 36), RdE 2006, 1 (4): "kaum Raum".

zuständig. Dagegen verbleibt die Festlegung der Strukturkriterien sowie auch die Berechnung der Methoden für die Entgeltbestimmung mangels Zuständigkeitszuweisung über die Auffangzuständigkeit des § 54 Abs. 3 EnWG bei der Bundesnetzagentur.⁵⁵ Die Aufteilung der Zuständigkeit innerhalb der Regulierung war im Gesetzgebungsverfahren dem Kompromissziel geschuldet, sie ist aber in der Sache unglücklich. Daran ändern auch die Einsetzung eines Landesausschusses (§ 60a EnWG) oder die Verpflichtung zur Kooperation (§ 64a EnWG) nichts. Die Kompetenzverflechtung kann zu einer mangelnden Erkennbarkeit der Verantwortung führen.⁵⁶ Es dürfte insbesondere schwer werden, im Einzelfall zwischen vom Bund vorzunehmenden abstrakten Festlegungen und durch die Länder zu treffenden konkreten Ausgestaltungen zu unterscheiden. Damit besteht ein Regulierungsdilemma zwischen der Notwendigkeit möglichst zentraler Regelungen im deutschen Energiemarkt einerseits und der andererseits fehlenden Bereitschaft der Länder, dem Bund das Regulieren zu überlassen. Nicht zuletzt begegnet es auch verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Bund den Ländern abstrakt–generelle Vorgaben machen soll, die letztere dann bei den Adressaten im Rahmen von Genehmigungsakten anwenden sollen.

Nach den Regeln des Art. 84 GG kann beim Vollzug von Bundesgesetzen durch die Landesbehörden eigentlich nur durch eine Verwaltungsvorschrift (Art. 84 Abs. 2 GG) bzw. durch eine Einzelweisung (Art. 84 Abs. 5 GG) gehandelt werden. Für Allgemeinverfügungen, die dem Gesetzgeber beim Erlass des EnWG offenbar vorschwebten, dürfte aber kein Raum bestehen. Das hätte zur Folge, dass eine Methodenfestlegung auf der Grundlage einer Allgemeinverfügung für die Landesbehörde nach Art. 84 GG keine Verbindlichkeit entfalten könnte.⁵⁷ Versperrt ist auch der Weg der Einzelweisungen, die nach Art. 84 Abs. 5 GG von der Bundesregierung als Kollegialorgan, nicht aber einer Regierungsagentur in Gestalt der BNA erlassen werden können.⁵⁸ Auch der Weg einer Verwaltungsvorschrift dürfte ungeachtet der Aspekte der Zuständigkeit der Bundesregierung, der wohl angestrebten Außenwirkung und der Zustimmungspflicht des Bundesrates schon deshalb kompliziert zu beschreiten sein, weil die Landesbehörde keine nachgeordnete Behörde im Verhältnis zur Bundesnetzagentur ist.⁵⁹ Ob aber der möglicherweise zu beschreitende Weg identischer Verwaltungsvorschriften von Bund und Ländern realisierbar ist, erscheint zweifelhaft.⁶⁰ Ebenso nicht frei von Bedenken ist der derzeit verhandelte Weg eines Tätigwerdens der BNA im Wege der Organleihe für einzelne Länder.⁶¹

2. Entgeltkontrolle nach § 315 BGB

Über den verbleibenden Anwendungsbereich der zivilrechtlichen Preiskontrolle beim Netzentgelt nach § 315 BGB herrscht intensiver Streit, ohne dass bereits eine endgültige

⁵⁵ Britz (Fn. 36), RdE 2006, 1 (3).

⁵⁶ Hier sei an die Warnung vor einer "Verflechtungsfalle" von F.W. Scharpf (zit. bei Benz, Politikverflechtung ohne Politikverflechtungsfalle, Politische Vierteljahrsschrift 39 [1998], 558, 561 ff.) erinnert. Grundlegend zur Verantwortungsteilung bei mehreren Regulierungsinstitutionen: Jordana/Sancho, Regulatory designs, institutional constellations and the study of the regulatory state, in: Jordana/Levi-Faur (Hrsg.), The Politics of Regulation, Cheltenham 2004, S. 296 (305 ff.).

⁵⁷ Britz (Fn. 36), RdE 2006, 1 (6).

⁵⁸ Vgl. zum Atomrecht BVerfG, DVBl. 1999, 976 = NuR 2000, 29= JuS 2000, 601.

⁵⁹ Britz (Fn. 36), RdE 2006, 1 (7).

⁶⁰ Kritisch zu Recht auch Britz (Fn. 36), RdE 2006, 1 (9).

⁶¹ Kurth, Zum Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes, Rede vom 20.7.2005, veröffentlicht un-

Klärung der Rechtsfragen in Sicht wäre. Ähnliches gilt für die sog. Preisklauseln⁶² in den Stromlieferungsverträgen, denen man eine zumindest mittelbare Preislenkungsfunktion beimessen kann, die aber hier im Regulierungszusammenhang außer Betracht bleiben sollen. Der Bundesgerichtshof (BGH)⁶³ hält § 315 BGB für die Netznutzungsentgeltkontrolle für entsprechend anwendbar. Insoweit wird also der Anwendungsbereich der Norm auf Verträge ohne vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht ausgeweitet. Sachlicher Grund für die analoge Anwendung ist die rechtliche oder zumindest tatsächliche Monopolstellung, die der Energieversorger im Bereich der Daseinsvorsorge innehat sowie die Abhängigkeit des Abnehmers von der Leistung.⁶⁴ Als Hauptbegründung für die Heranziehung des § 315 BGB wird über das faktische Leistungsbestimmungsrecht des Energieversorgungsunternehmens⁶⁵ hinaus angeführt, dass § 111 EnWG § 315 BGB nicht nennt, die Anwendung also nicht ausschließe und auch der regulierte Netzzugang auf Basis privatrechtlicher Verträge erfolgt⁶⁶. Als Ausnahme solle allerdings die Konstellation gelten, dass zwei Handelsgesellschaften untereinander Strom handeln — in diesem Fall bestimme eine Partei die Leistung nicht individuell bzw. frei.⁶⁷ Der Auffassung, nach der § 315 BGB unter bestimmten Voraussetzungen also anwendbar ist und damit die Rückabwicklung der Leistungen nach dem Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) vermieden werden kann, hat sich ein Teil der Rechtsprechung⁶⁸ sowie der rechtswissenschaftlichen Literatur⁶⁹ angeschlossen. Als Kriterien werden das Fehlen eines Versorgungsmonopols sowie die Unzumutbarkeit eines Ausweichens auf andere Energieträger (Aspekt der Daseinsvorsorge) genannt.⁷⁰

Nach der Gegenauaffassung, u.a. von den Oberlandesgerichten Karlsruhe⁷¹ und Stuttgart⁷² vertreten, soll § 315 BGB nicht anwendbar sein: Die Situation, die der genannten Norm zugrunde liege, sei mit der hier vorliegenden nicht vergleichbar: In der Praxis der Belieferung von Privat- und Gewerbekunden mit elektrischer Energie werde auf Tarife verwiesen, so dass kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht vorliegt. Die Planwidrigkeit der Regelungslücke sei schon wegen §§ 19, 20, 33 GWB zweifelhaft. Einer allgemeinen richterlichen Vertragshilfe bedürfe es nicht.

Wenn man § 315 BGB mit dem BGH für analog anwendbar halten will, stellt sich die Anschlussfrage, welchen eigenständigen Inhalt der Maßstab der "Billigkeit" in § 315 BGB gegenüber den oben geschilderten energiewirtschafts- bzw. kartellrechtlichen Kri-

ter <http://www.bundesnetzagentur.de/enid/3c67d245fc95c92e6cdbe95684f5049e,0/3u.html>; Neveling (Fn. 17), ZNER 2005, 263 (267 f.).

⁶² S. zuletzt (für den Gasbereich) LG Bremen, Teilur. v. 24.5.2006, 8 O 1065/05; Büdenbender, Die Bedeutung von Wirtschaftsklauseln in Energielieferverträgen für den Preiswettbewerb, in: Büdenbender/Kühne (Hrsg.), Das neue Energierecht in der Bewährung, FS zum 65. Geb. von Jürgen Baur, Baden-Baden 2002.

⁶³ Urt. v. 18.10.2005, KZR 36/04, NJW 2006, 684.

⁶⁴ Vgl. hierzu eingehend Held, Strompreise und Verbraucherschutz durch § 315 BGB?, veröffentlicht unter <http://www.energieverbraucher.de>; zur Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Monopolisteneigenschaft vgl. AG Rostock, ZNER 2005, 335.

⁶⁵ Zur einseitigen Preisfestsetzung vgl. OLG Düsseldorf, Rde 2005, 169.

⁶⁶ Kühne, Gerichtliche Entgeltkontrolle im Energierecht, NJW 2006, 656.

⁶⁷ Zum Kriterium des individuellen Aushandelns vgl. auch AG Euskirchen, Urt. v. 5.8.2005, 17 C 260/05.

⁶⁸ LG Mönchengladbach, Urt. v. 10.11.2005, 7 O 116/05.

⁶⁹ V. Hammerstein, Zivilrechtliche Bestimmung von Netznutzungsentgelten, ZNER 2005, 9 (10 ff.).

⁷⁰ LG Mönchengladbach (Fn. 68).

⁷¹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.10.2004, 6 U 22/04, ZNER 2004, 397 m. Anm. Boos.

⁷² OLG Stuttgart, Urt. v. 17.2.2005, ZNER 1/2005, 71 (Anwendbarkeit von § 315 BGB auf Netznutzungsentgelte).

terien überhaupt noch haben soll. Richtig dürfte zudem sein, dass nur die Preiserhöhung, nicht aber der gesamte Entgeltbetrag überprüft werden kann, mit der Folge dass auch nur die Teilkalkulation untersucht wird.⁷³

Die wohl h.M. sieht unterschiedliche Maßstäbe, was die Abgrenzung schwierig macht. Der BGH⁷⁴ hat bei der Beurteilung eines Stromnetznutzungsentgeltes für die Zeit seit dem Jahresbeginn 2004 der Einhaltung der Maßstäbe der Verbändevereinbarung VV II-plus keinen Indizcharakter in Gestalt der Einhaltung der Bedingungen der guten fachlichen Praxis mehr zugemessen. Er hat damit deutlich gemacht, dass die VV IIplus keine weitere Anwendung mehr finden könne. Das ist konsequent, ist doch § 6 des EnWG 2003 nicht mehr anwendbar. Die Anwendung der herkömmlichen Maßstäbe der Preiskontrolle muss auch schon deshalb ausgeschlossen sein, weil das neue EnWG einer geänderten Konzeption folgt. Der Wortlaut sowie der Wunsch des Gesetzgebers, Rechtssicherheit für die Übergangszeit schaffen zu wollen, verbieten die weitere Anwendung der Norm über den 31.12.2003 hinaus.⁷⁵

Die Gegenauffassung (u.a. LG Mönchengladbach⁷⁶ und Kühne⁷⁷) hält die Maßstäbe demgegenüber für identisch: Ein energiewirtschafts-/kartellrechtlich beanstandungsfreies Entgelt sei nicht "unbillig" i.S. des § 315 BGB und umgekehrt sei ein energiewirtschafts-/kartellrechtlich zu beanstandendes Entgelt nicht "billig". Nichts anderes gelte jetzt hinsichtlich der mit dem EnWG 2005 unter gleichzeitiger Verdrängung der §§ 19, 20 GWB (§ 111 Abs. 1 Satz 1 EnWG) vorgegebenen Kriterien für die Bildung der Netznutzungsentgelte (§§ 21, 21a EnWG, StromNEV, GasNEV).

Für die letztgenannte Auffassung spricht zunächst, dass auf diese Weise eine schon mit Blick auf die Komplexität zu begrüßende Verzahnung zwischen dem Energiewirtschaftsrecht und dem Kartellrecht erreicht werden kann. Damit werden Doppelprüfungen vermieden, ohne dass die Prüfungstiefe insgesamt leidet. Richtig ist auch, dass die öffentlich-rechtliche Beurteilung keine präjudizielle Wirkung für einen Zivilprozess hat.⁷⁸ Letztlich sind aber die Zielrichtungen der beiden Rechtsmaterien unterschiedlich. Während die energiewirtschaftsrechtliche Prüfung auf die Ziele des § 1 EnWG festgelegt ist, haben das Kartellrecht sowie das Zivilrecht den Ansatz der Billigkeitskontrolle. Wegen der verschiedenen Zielrichtungen ist demnach der ersteren Ansicht zu folgen, wonach unterschiedliche Maßstäbe bei den Kontrollen nach dem EnWG bzw. § 315 BGB gelten.

Interessant ist schließlich, ob dem die Preiskontrolle betreibenden Kläger ein Anspruch auf Offenlegung der Preiskalkulation gegen den Netzbetreiber oder Versorger zusteht. Teilweise wird dem Kläger ein solches Recht zugestanden, weil nur so die Transparenz, die auch nach dem EnWG anzustreben sei, sichergestellt werden könne.⁷⁹ Nur wenn das Energieversorgungsunternehmen seine Kalkulation samt Gewinnspanne offen legt, seien die Angemessenheit, die Preisgünstigkeit sowie die Verbraucherfreundlichkeit

⁷³ AG Euskirchen (Fn. 67); LG Heilbronn, Urt. v. 19.1.2006, 6 S 16/05 Ab, veröffentlicht unter http://www.energieverbraucher.de/files.php?dl_mg_id=593&file=dl_mg_1138746451.pdf; a.A. LG Mühlhausen, Urt. vom 12. April 2005, Az: 2 S 83/2004, veröffentlicht unter http://www.energieverbraucher.de/files.php?dl_mg_id=455&file=dl_mg_1115880608.doc.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 18.10.2005, KZR 36/04, NJW 2006, 684 LS 3 = ZNER 2005, 320.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 18.10.2005 (Fn. 74), Rdnr. 27.

⁷⁶ LG Mönchengladbach (Fn. 68).

⁷⁷ Kühne, Gerichtliche Entgeltkontrolle im Energerecht, NJW 2006, 654 ff.

⁷⁸ LG Mönchengladbach (Fn. 68), unter Hinweis auf BGHZ 115, 311 (315); BGH v. 5.7.2005, X ZR 60/04, S. 8).

⁷⁹ LG Mönchengladbach (Fn. 68); kritisch Salje (Fn. 3), 278 (279).

keit der Entgelte sowohl für das Gericht als auch für den Endverbraucher überprüfbar. Die Vorlage von Vergleichsübersichten sei nicht ausreichend, weil sie keinen Schutz vor Kartellabsprachen biete und auch die konkrete Preiskalkulation des EVUs nicht begründen könne.

III. Die Tarifkontrolle im Verhältnis zum Endverbraucher

Wie bereits dargestellt, ist für die Preiskontrolle (oder genauer Tarifkontrolle) beim Letztverbraucher das Regime der §§ 36 ff. EnWG maßgeblich, deren Details durch den Erlass einer Rechtsverordnung für die Grundversorgung nach § 39 EnWG vorgegeben werden. Die seit langen Jahren geltende Bundestarifordnung Elektrizität (BTOElt), die noch auf § 7 des EnWG a.F. gestützt wurde, tritt am 1.7.2007 außer Kraft. § 12 BTOElt sieht eine ex-ante erfolgende Tarifgenehmigung vor. Materiell ist die Erteilung der Genehmigung daran gekoppelt, dass das Elektrizitätsversorgungsunternehmen nachweist, dass entsprechende Preise in Anbetracht der gesamten Kosten- und Erlöslage bei elektrizitätswirtschaftlich rationeller Betriebsführung erforderlich sind (§ 12 Abs. 2 Satz 1 BTOElt). Die dazugehörigen Aufsichtsmittel sind in § 14 der BTOElt festgehalten. Zuständig für den Vollzug der Bundestarifordnung und damit auch für die Genehmigung der Tarife für die Letztversorgung ist die nach dem Landesrecht zuständige Landesbehörde.

IV. Konsequenzen der neuen "dreifachen" Preiskontrolle

Die neue Lösung einer gekoppelten Ex-ante und Ex-post-Kontrolle der Netznutzungsentgelte durch die Bundesnetzagentur und der unabhängig davon notwendigen Genehmigung der Endverbrauchertarife stellt ein sehr komplexes System dar. Es ist nur vor dem Hintergrund einer kontroversen Diskussion zu verstehen, die das Gesetzgebungsverfahren zum EnWG 2005 prägte. Zum Abschluss des aufwändigen Verfahrens, das im Vermittlungsverfahren und mit der späten Implementierung einer Ex-ante-Kontrolle endete⁸⁰, fehlte die politische Kraft zur Schaffung eines kohärenten Gesamt-Regulierungsregimes.⁸¹ Eine Verzahnung mit dem zivilrechtlichen Urteilsverfahren, etwa mit einer Aussetzungsmöglichkeit nach dem Vorbild des § 148 ZPO, wurde versäumt.⁸² Von einer disaggregierten Regulierungspolitik, die sich auf die Regelung der monopolistischen Bottlenecks beschränkt⁸³, ist man jetzt weit entfernt. Zwar erscheint die mehrfache Kontrolle des an sich einheitlichen Vorgangs der Preisbildung für den Strom nicht verfassungswidrig und auch nicht europarechtswidrig. Insgesamt wurde aber eine Chance vertan, die sich so schnell nicht wieder bieten dürfte: Ein überschaubares System der Verbindung von Ex-ante- und Ex-post-Kontrolle, Methoden- und Anreizregulierung im Stromsektor zu schaffen, das dauerhaft sein kann.

Nicht von der Hand zu weisen ist zunächst der Verdacht der Überregulierung durch zwei Behörden und zwei Regulierungssysteme (Netznutzungsentgelte und Endver-

⁸⁰ Neveling (Fn. 16), ZNER 2005, 263 (266); Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, BT-Drs. 15/5737 v. 15.6.2005.

⁸¹ Wie hier Britz (Fn. 36), RdE 2006, 1.

⁸² Säcker (Fn. 15), AöR 130 (2005), 180 (219).

⁸³ Vgl. die wettbewerbsökonomisch begründeten Vorschläge von Eisenkopf (Fn. 7), 452 ff.

brauchertarife). Auf einen wohlfahrtssteigernden Wettbewerb der Regulierer und Regulierungsansätze kann man wohl nicht ernsthaft hoffen.⁸⁴ Es wäre schlüssiger und einfacher gewesen, die Preiskontrolle für den Strom allein den Kartellbehörden zu überlassen. Ob sich die Energieversorger mit der Präferenz für die Bundesnetzagentur, deren Kosten sie tragen müssen, einen Gefallen getan haben, bleibt abzuwarten. Wenn im besten Fall keine Überregulierung eintreten sollte, so stehen doch Abstimmungsprobleme im Verhältnis der EG-Kommission, der ERGEG, der BNA, des Bundeskartellamtes sowie der Landesregulierungsbehörden zueinander zu befürchten. So sind z.B. unterschiedliche Ausrichtungen der Regulierungspolitiken, etwa eine differenzierte Gewichtung innerhalb der Ziele des § 1 EnWG, denkbar. Die Abstimmungsprobleme könnten durch die Wettbewerbssituationen innerhalb der Länderlandschaft untereinander noch einmal verstärkt werden. Ein "race-to-the-bottom" wäre auch aus Verbrauchersicht auf lange Frist sicher kein Gewinn.

Die durch die Strukturendopplung des § 54 EnWG verursachte Regulierungskonkurrenz zwischen Bund und Ländern muss kritisch bewertet werden. Überträgt man die in der Politikwissenschaft⁸⁵ für das Regulierungsnetzwerk EU/Mitgliedsstaaten herausgearbeiteten potenziellen Defizite ("dark side"), können folgende Gefahren auftreten: Neben dem Problem des demokratischen Defizits der informalen Governance (nicht gewählte Offizielle und private Akteure üben faktische Regulierungsmacht aus und sind nicht transparent oder teilweise sogar autark in ihrem Entscheidungsverhalten) besteht die Gefahr der beeinflussten Politik oder schlimmstenfalls captiveness — technische Expertise und professionelle Best-practice-Standardsetzung sind nicht neutral, d.h. die generelle Öffentlichkeit bzw. das Gemeinwohl sind ausgeblendet. Nicht zuletzt stellen sich Fragen der Partizipation. Fest steht auch schon jetzt, dass ein erheblicher Koordinierungsbedarf im Bund–Länder–Verhältnis die Folge sein wird: Gefragt ist eine informale Harmonisierung der Regulierungspraktiken. Diese Schwierigkeiten wären vermeidbar gewesen, wenn man den Länderbehörden mit § 54 Abs. 2 EnWG nicht einen eigenständigen Regulierungsbereich eingeräumt hätte.

Von den Adressaten der Regulierung her betrachtet, scheinen die entflochtenen Großunternehmen einen auf den ersten Blick leichteren Stand zu haben. Sie verfügen wohl über eine breitere Argumentationsbasis, was die Darlegung der Angemessenheit der Preise angeht. Schwieriger erscheint dagegen die Situation der konzernabhängigen Stadtwerke: Sie müssen gegenüber den Netzbetreibern für angemessene Netznutzungsentgelte kämpfen, sind aber nach unten dem Druck der Verbraucher über die Tarifkontrolle ausgesetzt, an die sie die hohen Durchleitungskosten nur bedingt weitergeben können. Es kommt für diese Unternehmen zu einer Art "Sandwichsituation", die die Diskussion um das Sterben der Stadtwerke und die Probleme der weiteren Investitionsfähigkeit neu beleben könnte.

IV. Fazit

Dem föderalen Staatsaufbau geschuldet, musste das deutsche Regulierungssystem für die Strompreise notwendigerweise komplex werden. Dass aber der Gesetzgeber im Mitgliedstaat Deutschland auch in der Sache so komplizierte Regelungen getroffen hat, muss kritisiert werden. Der Regulierungsdschungel, der die Verbändevereinbarung

⁸⁴ Eisenkopf (Fn. 7, 454) spricht von einem theoretischen Wettbewerb.

⁸⁵ Grundlegend Eberlein (Fn. 19).

abgelöst hat, muss sich jetzt erst einmal bewähren. Dennoch sollte der Königsweg einer Vereinfachung im Zusammenhang mit einer korrigierenden Novelle nicht aus den Augen verloren werden. Stellt sich nämlich heraus, dass die These der Überregulierung belegt werden kann, muss der doppelte Regulierungsmechanismus mit seinen Ex-Ante- und Ex-Post-Elementen auf den Prüfstand. Ob es mit Hilfe des jetzt so im Energiewirtschaftsgesetz angelegten "zweifachen Dualismus" der Regulierungs- und Kartellbehörden zwischen Bund und Land zu geringeren Preisen für den Endverbraucher kommen kann, darf schon jetzt bezweifelt werden.

Zurück zu Metternich? Die Gefahren des Liberalisierungsabsolutismus für die EU

von Hermann Scheer

Es ist von seltsamer Merkwürdigkeit, in welcher Weise die die Europäische Union betreffenden Volksabstimmungen kommentiert werden — in Politik wie Medien — stets wird ein "Nein" mit Kopfschütteln begleitet sowie mit abfälligen Bemerkungen versehen, hier sei ein "nationalistischer Rückfall" geschehen oder die Bevölkerung sei nicht ausreichend informiert worden; und im Übrigen seien irrationale Ängste im Spiel. So geschehen nach der Ablehnung des EU-Verfassungsentwurfs durch die französische und die niederländische Bevölkerungsmehrheit, und so geschehen nach der Ablehnung des Maastricht-Vertrags in Dänemark, des Beitritts Schwedens zum EURO-Raum oder Norwegens in die EU. Ein "Nein" zu einem EU-Vertrag löst Kollektivbeschimpfungen und Verständnislosigkeit über soviel "Irrationalismus" aus — bis zu buchstäblich demokratiefeindlichen Äußerungen. Tatsächlich geht es, ohne Ironie, darum, die Demokratie in Europa vor einem die Demokratie aushöhlenden und insofern kontraproduktiv angelegten Interpretationsprozess zu retten.

Unter dem Eindruck des Protestes von Nizza und einer in den Jahren zuvor gewachsenen Europa-Müdigkeit in der Bevölkerung — die sich u. a. in der Wahlbeteiligung bei den Europaparlamentswahlen von 1999 zeigte, der niedrigsten aller bisherigen Wahlen — beschloss der Europäische Rat in Nizza, einen Konvent für die Ausarbeitung einer EU-Verfassung einzusetzen. Dessen Hauptaufgabe sollte die Prüfung sein, "wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedsstaaten hergestellt und danach aufrechterhalten werden kann". Ein Jahr später, auf der Europäischen Ratstagung im belgischen Laeken, wurde dieser Auftrag noch deutlicher formuliert: Der EU-Konvent soll "die Aufteilung der Zuständigkeiten transparenter" gestalten und die Zuständigkeiten neu ordnen.

Der Hintergrund der EU-Müdigkeit und des Auftrags für den Konvent ist der zu hohe Zentralisierungsgrad der EU, deren Kommission im Laufe der 90er Jahre durch den Maastricht-Vertrag von 1992 und den Amsterdam-Vertrag von 1997 immer mehr Zuständigkeiten zugewiesen bekommen hatte. Darüber hinaus hatte sie weitere, vertraglich gar nicht vorgesehene Zuständigkeiten an sich gezogen, ohne dass sich der Europäische Rat dagegen gewehrt hätte. Ein Beispiel dafür sind die EG-Richtlinien zur Energiepolitik, die tief in die nationale politische Selbstbestimmung eingreifen, obwohl die EU nach den EG-Verträgen keinerlei Zuständigkeit für die Energiepolitik hat. Die Rechtfertigung, trotzdem hierzu Richtlinien auf den Weg zu bringen, leitete sie aus dem Primärrecht des freien Wettbewerbs in der EU ab. Dieses ist zu einer Generalermächtigung geworden, die zur dauernden unmittelbaren Einmischung der EU-Kommission — insbesondere ihrer Generaldirektion Wettbewerb — in die Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedsländer und in die Entscheidungen von Regierungen, Parlamenten, Landes- bzw. Regionalregierungen und Kommunalverwaltungen führt. Einzelne EU-Beamte dirigieren auf diese Weise in zunehmend mehr Fällen die Parlamente und versuchen, in deren Gesetzesberatung zu intervenieren. Je mehr Anläufe

die EU-Kommission — die bisher als einzige das Initiativrecht für neue EU-Richtlinien hat — macht, desto größer die Erfolgsquote — ein schleichender Auszehrungsprozess der Demokratie in allen Mitgliedsländern! Die Parlamente der Mitgliedsstaaten stehen der Richtlinienflut wehrlos gegenüber, weil sie aus diesem Prozess bereits ausgeschaltet sind. Längst herrscht eine europäische "Regierungsdiktatur", wie es der Spitzenkandidat der FDP bei der Europawahl 1994, der ehemalige deutsche UN-Botschafter von Wechmar, auf den Begriff brachte. Helmut Schmidt spricht von der "nahezu täglichen Verletzung des Subsidiaritätsprinzips durch alle Organe der EU", also einschließlich des Europa-Parlaments.¹

Bei der Ratifizierung des Maastricht-Vertrages im Bundestag enthielt ich mich der Stimme und begründete das damit, dass diese Zuständigkeitsanhäufung eine unheilvolle Entdemokratisierung bedeute; ich wollte dennoch nicht mit "nein" stimmen, um nicht als Gegner der europäischen Integration missverstanden zu werden. Ich erinnerte daran, dass das Europaparlament vor der Beschlussfassung des Europäischen Rates über den Maastricht-Vertrag angekündigt hatte, es werde mit "nein" stimmen, wenn dieser Vertrag keine vollen parlamentarischen Rechte für dieses Parlament vorsehe; und dass niemand ein solches Votum nicht als anti-europäisch hätte auslegen können, sondern als Kampf des Parlaments für die Schaffung einer parlamentarischen Demokratie in Europa verstanden und sicher auch in der Europäischen Öffentlichkeit unterstützt worden wäre.² Tatsächlich geht es bei der Demokratiefrage in Europa nicht nur um die Rechte des Europaparlaments, sondern auch darum, welche Zuständigkeiten die Organe der EU haben. Die übermäßige Zentralisierung der Zuständigkeiten und die damit verbundene Entmachtung der Verfassungsorgane der Mitgliedsstaaten hat auch das Europaparlament überwiegend mitgetragen. Es sah sich darin bisher im Einvernehmen mit der EU-Kommission und im Konflikt mit dem Ministerrat. Immer wieder drängten Kommission und Parlament darauf, dass der Ministerrat bei seinen Entscheidungen über die Richtlinien, also die EU-weit geltenden Gesetzgebungsaufträge, vom Einstimmigkeitsprinzip abkehren und Mehrheitsentscheidungen zulassen solle. Damit aber wären weitere Bremsen gegenüber der übermäßigen Anhäufung von Zuständigkeiten auf EU-Ebene gelockert, weshalb ich die Aufhebung des Einstimmigkeitsprinzips nur dann für gerechtfertigt halte, wenn es eine maßstabsgerechte — d. h. die demokratische Substanz der EU-Mitgliedsstaaten nicht weiter aushöhlende — neue Zuständigkeitsverteilung gibt. Es gibt bereits zentralisierte Zuständigkeiten, die meiner Auffassung nach von der EU-Kommission auf die Ebene der Mitgliedsstaaten zurückgeholt werden müssen; in anderen Fragen sollte die EU-Ebene neue Zuständigkeiten bekommen, etwa in der Außen- und Sicherheitspolitik. Im Kern geht es mir um eine eurodemokratische statt eurokratische Entwicklung im Integrationsprozess und um ein anderes Verständnis von Subsidiarität.

Subsidiarität bedeutet: So wenig Zentralisierung wie möglich und nur so viel wie unbedingt nötig aus elementaren Gründen demokratischer Selbstbestimmung und Transparenz. Doch tatsächlich herrscht die Praxis: So viel Zentralisierung wie möglich, eine "Subsidiarität von oben". Die EU-Kommission hat mit ihrem alleinigen Initiativrecht für EU-Richtlinienentwürfe eine Art Vorentscheidungsrecht, wie die Subsidiarität auszulegen ist. Sie handhabt es mit der Mentalität, Subsidiarität quasi als großzügige Gefälligkeit gegenüber den Verfassungsorganen der Mitgliedsländer zu betrachten, wenn diesen eine Kompetenz gelassen wird. "Subsidiarität von unten" hingegen bedeutet,

¹ Helmut Schmidt: *Die Selbstbehauptung Europas*. Stuttgart 2000. S. 138.

² Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode, 126. Sitzung, 2.12.1992, S. 10868.

dass die demokratischen Verfassungsorgane der Mitgliedsstaaten — also nicht nur deren Regierungen — ein exklusives demokratisches Selbstbestimmungsrecht haben — außer in den Fragen, die explizit an die Gemeinschaftsorgane durch Verfassungbeschluss abgetreten worden sind. So funktioniert es in der Schweiz: die Volkssouveränität ist bei den Kantonen, die Bundesbehörden haben allein die Kompetenzen, die in der Verfassung stehen: die Außenvertretung, die Verteidigung, die Außenwirtschaftsvertretung, die Festlegung der Mehrwertsteuer, die Atomenergieaufsicht. Das ist eine föderale Struktur, die offensichtlich, trotz der vielen Kantone existenzfähig ist und das bruchlos über längere Zeiträume bewiesen hat als jedes andere europäische Gemeinwesen. Von einer das Demokratieprinzip achtenden Entwicklung kann beim bisherigen Integrationsprozess keine Rede sein. Die Summe dieser Entwicklungsschritte hat einen anfangs unmerklichen, mittlerweile aber breit wirkenden Funktionsverlust der parlamentarischen Demokratie und zugleich den zunehmenden Politikverdruss, eine Lähmung des politischen Institutionensystems und eine Bürokratisierung der Politik mit zu verantworten — und all dies, ohne dass den Politikern selbst oder ihren Kritikern die Ursachen bewusst sind.

Das unterschätzte Demokratiedefizit

Der Widerstand gegen diese tiefwirkende Entdemokratisierung und Eurotechnokratisierung regte sich sofort nach Abschluss des Maastricht–Vertrages: Dänemark stimmte in einer ersten Volksabstimmung mit 51 % gegen das Abkommen, die französische Volksabstimmung entschied mit nur 51 % Mehrheit extrem knapp dafür. Norwegen stimmte dem EU–Beitritt per Volksabstimmung nicht zu, in Schweden stand der Beitritt lange auf der Kippe. So auch in Österreich: Erst als sich der FPÖ–Chef Jörg Haider dagegen aussprach und die negative Stimmung der Bevölkerung in seine politische Richtung kanalisierten wollte, wurde daraus eine Mehrheit für den Beitritt.

Wo immer Volksabstimmungen stattfanden, gab es breiten Widerstand, der nachdenklich stimmen müsste: Alle einflussreichen gesellschaftlichen Gruppen — die großen Parteien, die Massenmedien, die Gewerkschaften, die Arbeitgeber — waren einhellig für den Maastricht–Vertrag; die Initiatoren für ein "Nein" waren dagegen fast ausnahmslos "nobodies" — und lehrten dennoch die in dieser Frage einträchtigen politischen, wirtschaftlichen und publizistischen Meinungsführer das Zittern. Dennoch taten diese den Protest als letztes Gefecht einiger rückständiger "Anti–Europäer" ab oder verwiesen darauf, dass die Menschen nicht ausreichend informiert gewesen seien. Dabei hatten die Vertragsbefürworter die überwältigende Mehrheit der Medien auf ihrer Seite und hatten bei ihren Informationskampagnen nicht gespart. Dass der ganze Maastricht–Prozess eine geradezu ideologische Eigendynamik entwickelt hatte, zeigt nur ein kleines Beispiel: Eine Woche vor dem dänischen Referendum über Maastricht war ich zufällig wegen eines Vortrags in Kopenhagen. Im Fernsehen sah ich abends die Diskussion zwischen dem dänischen Außenminister, der den Maastricht–Vertrag mit ausgehandelt hatte, und dem Sprecher der Initiative dagegen. Letzterer begründete seine Haltung mit konkreten Beispielen, welche demokratischen Selbstbestimmungsrechte der Maastricht–Vertrag aushebeln werde. Der Außenminister stritt das ab und warf seinem Kontrahenten vor, nicht informiert zu sein — bis dieser als Beleg konkrete Textpassagen aus dem Vertrag vorlas. Sie waren dem Außenminister entfallen.

Zwar hat der Amsterdam–Vertrag von 1997 eine Reihe von Einseitigkeiten der bisherigen EU beseitigt, u.a. durch die Aufnahme von Primärrechten wie dem Umweltschutz,

so dass nicht länger die Wettbewerbsgleichheit der alleinige Dreh- und Angelpunkt aller Integrationsschritte ist. Einige zusätzliche Mitgestaltungsmöglichkeiten für das Europaparlament wurden eingebaut, wie die Bestätigung der vorgeschlagenen Kommissare durch das Parlament. Doch am kardinalen Punkt ändert sich nichts: Der Trend zur Zentralisierung der EU-Zuständigkeiten und damit zur Entdemokratisierung der Politik der Mitgliedsländer ist ungebrochen. Die Demokratie ist abhanden gekommen, schlimmer noch: schon die Sensibilität für den Verlust.

Der für die demokratische Zukunft Europas heikelste Punkt — und der wichtigste Grund für die systematische Anhäufung von EU-Kompetenzen ergibt sich aus einem dogmatischen, kaum noch in Frage gestellten Punkt: dem *europäischen Binnenmarkt* als vermeintlich wichtigstem Antriebsaggregat der europäischen Integration in allen wirtschaftlichen Bereichen. Die einseitige Orientierung darauf, die politische Integration über die wirtschaftliche voranzutreiben, gehört zur Geschichte der EU. Das Credo ist, die Europa-Idee über das große gemeinschaftliche wirtschaftliche Wohlstandsversprechen populär zu machen und wirtschaftliche Anreize zur Erweiterung der Integration zu bieten — über den gemeinsamen Markt zur gemeinsamen Gesellschaft, und nicht über die gemeinsamen Grundwerte der freiheitlichen Demokratie, die der Ausgangspunkt der europäischen Integration waren.

Der 1949 gegründete Europarat ist die älteste existierende europäische Integrationsform. Er ist kein Organ der EU. Voraussetzung für die Europaratsmitgliedschaft ist eine demokratische Verfassung auf der Grundlage der Menschenrechte und der Gewaltenteilung. Der Europarat, der mehr Mitgliedsstaaten zählte als selbst die erweiterte EU, wurde zum Wächter der gewaltengeteilten Demokratie in Europa: Deshalb konnte Portugal in der Zeit seiner Diktatur, also bis 1975, nie Mitglied werden — obwohl es Mitglied der NATO zur "Verteidigung der Freiheit" war; Spanien konnte ebenfalls erst nach der Überwindung der Diktatur aufgenommen werden. Die Türkei und Griechenland wurden, trotz kontinuierlicher NATO-Mitgliedschaft, während der Zeit ihrer Militärdiktatur aus dem Europarat ausgeschlossen. Die Aufnahme der Länder des ehemaligen Ostblocks wurde von ihrer verfassungsmäßigen Demokratisierung abhängig gemacht. Bei Rückfällen werden Mitgliedschaften suspendiert, wie im Fall Russlands — immerhin des größten und bevölkerungsreichsten Mitglieds — geschehen. In den 50er Jahren war der Europarat *das* Zentrum der europäischen Integration — auf der Grundlage der demokratischen Verfassungsidee. Dieser Entwicklungsweg scheint erfolgreich durchschritten, spätestens seit Beendigung der iberischen Diktaturen, der der einstigen Ostblockländer und der Länder des ehemaligen Jugoslawiens. Die Aufgabe des Europarats scheint damit nahezu erfüllt, weshalb ihm deutlich weniger politische und öffentliche Aufmerksamkeit gewidmet wird als der EU. Warum dieser Hinweis?

Die europäische Integrationsgeschichte nach dem zweiten Weltkrieg ist ein einzigartiger Erfolg — insbesondere vor dem Hintergrund der Selbstzerfleischungskonflikte Europas in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Es ist ein Erfolg seiner demokratischen Verfassungsordnungen als gemeinsam gehütete Grundbedingung. Diese Kernaufgabe des Europarats war für die europäische Entwicklung entscheidender als die Entwicklung der Wirtschaftsgemeinschaft, die zur EU führte. Welche wirtschaftlichen Wohlstandserfolge zumindest in den Kernländern der europäischen Wirtschaftsintegration — den Benelux-Staaten, Deutschland, Frankreich und Italien — ihren eigenen Leistungen und welche auf Leistungen der Europäischen Gemeinschaften zurückzuführen sind, ist eine offene Frage. Dass Spanien, Portugal, Griechenland und Irland als hinzugestoßene Mitglieder den EU-Geldern einen wirtschaftlichen Aufschwung verdanken, ist offensichtlich. Bei den Kernländern spricht jedoch kein Argument dafür, dass sie oh-

ne die Institutionen der Wirtschaftsgemeinschaft nicht den gleichen Wirtschaftserfolg gehabt hätten wie etwa Österreich und Schweden, die erst 1997 hinzugestoßen sind. Es stellt sich sogar die Frage, ob einige der zentralen wirtschaftlichen Gemeinschaftsprojekte nicht bereits einen wohlstandsmindernden, die soziale Balance beeinträchtigenden, die Umweltqualität systematisch verschlechternden und die Zukunftsfähigkeit gefährdenden Effekt haben. Allen voran der EU-Agrarmarkt, der seit Jahrzehnten riesige und teilweise unsinnige öffentliche Subventionen verschlingt, die Landwirtschaft in die Rolle einer Umweltzerstörerin drängte und eine monströse Planwirtschaft mit einem unüberschaubar gewordenen bürokratischen Vorschriftensalat unterhält, der das Bauernsterben in Europa beschleunigt und damit die Zahl der Arbeitslosen erheblich gesteigert hat! Etwa zehn Millionen Menschen haben in den letzten 30 Jahren in der EU ihre Existenz in der Landwirtschaft verloren, was 40 % der gesamten Arbeitslosigkeit des Jahres 2003 in der "EU 15" entspricht (also der Zahl der Mitgliedsländer vor der Erweiterung des Jahres 2004). Die besondere Förderung und Privilegierung der Atomenergie durch die EU, seit dem Jahr 1957 gesichert durch EURATOM, bedeutete eine jahrzehntelange und anhaltende forschungs-, wirtschafts-, struktur- und umweltpolitische Fehlsteuerung — um den Preis unkalkulierbarer Zukunftslasten und der Vernachlässigung zukunftsfähiger ökologischer Energietechnologien. Die EU-weite Liberalisierung im Bereich der Energieversorgung, der Telekommunikation, des Flugverkehrs hat nicht nur erhebliche Beschäftigungsverluste gebracht, sondern auch einen bisher einmaligen unternehmerischen Konzentrationsprozess hervorgerufen — mit dem Ergebnis einer Zerstörung marktwirtschaftlicher Verhältnisse, zu denen viele konkurrierende Anbieter gehören. Das sind Resultate einer europäischen Integrationspolitik, die den Binnenmarkt mit einer wirtschaftsliberalen Doktrin als treibende Kraft der beschleunigten politischen Integration ansieht — und dafür scheinbar zum Wohle aller den Mitgliedsländern demokratische Selbstbestimmungsrechte entzogen hat.

Wenn immer es darüber Beschwerden gab — z. B. dass die Generaldirektion Wettbewerb einem Bundesland verbot, die Herkunft seiner landwirtschaftlichen Produkte zu deklarieren, um die regionale Vermarktung zu fördern —, hieß der europapolitische Refrain: "Das ist der Preis des Binnenmarkts. Wer die EU-Integration will, muss den Binnenmarkt wollen." Das war und ist das Totschlagsargument, denn wer will schon gegen die europäische Integration sein, das große historische Projekt? Die demokratische Verfassung der Mitgliedsländer gilt als so belastbar, dass daraus in bedenkenloser technokratischer Überheblichkeit und politischer Fahrlässigkeit ein Steinbruch wurde.

Der für 2004 datierte Beitritt der zehn neuen Mitgliedsländer — wovon acht zum ehemaligen Ostblock gehören — war in deren innenpolitischer Diskussion sehr umstritten, was in Westeuropa Erstaunen hervorrief angesichts der Fördermittel für die wirtschaftliche Entwicklung, die aus Brüssel zu erwarten sind. Die weitverbreiteten Vorbehalte in diesen Ländern stützen sich jedoch auf Zweifel, ob die Einbindung und Anpassung an die Wirtschaftsstrukturen der EU tatsächlich eine Besserung für sie bedeuten wird — und ob nicht die 1990 frisch erworbenen demokratischen Rechte, noch ehe sie gefestigt sind, von den EU-Organen wieder großenteils eingesammelt werden könnten. Die Phantasie der Konstrukteure des Integrationsprozesses reicht offenbar nicht so weit, sich die Folgen für das innere Gefüge der EU vorzustellen, wenn der wirtschaftliche Erfolg einmal ausbleibt. Dann werden alle politischen Institutionen nackt dastehen: Hier die Organe der EU mit ihren absorbierten Zuständigkeiten, aber ohne wirkliche demokratische Legitimation; da die politischen Institutionen der Mitgliedsstaaten mit demokratischer Legitimation, aber nur noch rudimentären Zuständigkeiten.

Doch wie konnte man in eine Situation hineinschlittern, in der die demokratische Integrationsidee des "Europarats"-Europas so sehr von der wirtschaftlichen Doktrin Europas abgelöst wird, als seien die Grundsätze selbstbestimmter Demokratie nur noch ein Diskussionsthema für Universitätsseminare und Wochenzeitungen; eine Asservatenkammer für Demokratietheoretiker? Auch eine EU-Richtlinie ist, wie ein internationaler Vertrag, nur sehr schwer korrigierbar. Eine Änderung ist weniger kompliziert und langwierig als bei einem globalen Vertragswerk, aber sie bleibt wesentlich schwieriger als bei einem eigenstaatlichen Gesetz. Es gibt kein Initiativrecht des EU-Ministerrats, des Europa-Parlaments, einer Regierung oder des Parlaments eines Mitgliedslandes für Änderungen oder für die Außerkraftsetzung von Richtlinien. Die EU-Kommission hat zugleich eine exekutive Funktion, das alleinige Initiativrecht für europäische Gesetze und mit ihrer Generaldirektion Wettbewerb auch eine richterliche Funktion. Sie integriert machtvoll in sich alle Gewalten, die sie nur bei Richtlinien mit dem Europa-Parlament und dem Ministerrat und mit dem Europäischen Gerichtshof teilen muss. Protokolle bleiben Verschlussache. Es gibt keine gewählte Regierung, kein Initiativrecht des Parlaments, keine wirkliche Gewaltenteilung. Kurz: Ein Staat, der die Mitgliedschaft im Europarat beantragen würde und eine ähnliche Verfassung wie die EU hätte, hätte keine Chance, Mitglied im Europarat zu werden. Er würde durch den demokratischen Eignungstest fallen.

Dieser eurokratische Übermut ist nicht allein mit der geistigen Hegemonie des Wirtschaftsliberalismus und der Geschwindigkeitsobsession zu erklären. Er erklärt sich auch aus einer verständlichen Europa-Euphorie der vielen Menschen, die sich für die europäische Integration engagieren — ob im Europaparlament selbst oder in nationalen Parlamenten, in Parteien, in Vereinigungen wie der Europa-Union, in Akademien oder in den Medien. Diesen kann gar nicht genug "europäisiert" werden. Die Parteien in Deutschland überbieten sich gegenseitig, um ihre Vollidentifikation mit "Europa" zu unterstreichen. In einem der Wahlkämpfe zum Europa-Parlament stand auf dem Plakat der SPD "Wir sind Europa" und auf dem der CDU "Europa sind wir". Viele Europaparlamentarier fühlen sich weniger als Repräsentant ihrer Bevölkerung gegenüber der EU-Kommission oder dem Ministerrat, sondern viel mehr als Repräsentant der EU-Organe gegenüber der Bevölkerung. Europa-Idee und EU-Kommission gelten fast als eines, Kritik an letzterer gilt schnell als anti-europäisch. Deshalb hat auch die EU-Kommission die offizielle Rolle als "Hüterin der Verträge" — und nicht etwa der Europäische Gerichtshof, wie es sich für einen gewaltenteilten Verfassungsstaat gehört. So wurde aus der Europa-Euphorie eine Europa-Hermetik.

Der aufgeklärte Liberalisierungsabsolutismus

Solange sie noch relativ wenige Zuständigkeiten hatte, fiel das Demokratiedefizit Europäischer Gemeinschaften nicht ins Gewicht. Doch seit den Zuständigkeiterweiterungen durch die Verträge der 90er Jahre in Verbindung mit der von Anfang an bestehenden, noch darüber hinausgehenden Selbstermächtigung der Kommission in vielen Einzelbereichen, geht die europäische Zentralisierung zunehmend an die Substanz der demokratischen Verfassungsinstitutionen der Mitgliedsländer und damit der Handlungsspielräume der Politiker. Zahllose politische Vorschläge werden unverzüglich mit dem Argument zurückgewiesen, sie verstießen gegen das Europarecht. Im Zweifelsfall lassen auch die Regierungen in Brüssel lieber ihre Verordnungen und sogar bereits von Parlamenten beschlossene Gesetze von der EU-Kommission prüfen, bevor diese in Kraft treten.

Bleibt es dabei, dann wird sich Europa nicht selbst behaupten, sondern selbst gefährden. Die Mischung aus Europa-Euphorie und eurokratischem Übermut hat ein Gebilde entstehen lassen, das seine untragbare Einseitigkeit nicht sieht und kein Gespür für demokratische Verankerung, Legitimation und Gestaltungsvielfalt hat. Die Zuständigkeitsanhäufung bei der EU-Kommission hat die Grenze der Verträglichkeit mit demokratischen Institutionen der Mitgliedsstaaten längst überschritten. Darüber hinaus hat sich die EU bisher um ihre Aufgabe herumgedrückt, die Grenzen ihrer Ausweitung — also ihre territoriale Finalität — zu definieren. Solange es um die EU herum Staaten gibt, die sich in einem zerrütteten Zustand befinden oder ein Entwicklungsgefälle zur EU haben und zugleich Aussicht auf großzügige Anpassungsbeihilfen, wird es neue Begehren auf Mitgliedschaft geben. Daraus ergibt sich: Jeder Staat, der an einen EU-Mitgliedsstaat angrenzt, strebt die EU-Mitgliedschaft an. Zu den 25 Mitgliedern nach der jetzigen Erweiterungsrounde (2004) sind Rumänien, Bulgarien und die Türkei die nächsten Prätendenten. Eine Beitrittsperspektive wurde den Ländern des westlichen Balkan — also Kroatien, Serbien-Montenegro, Mazedonien, Bosnien-Herzegowina und Albanien — offiziell in Aussicht gestellt. Mit der Ukraine, Moldawien und Weißrussland wird im Zuge der "Wider Europe"-Initiative zunächst Markttöffnung und Liberalisierung angestrebt und eine Beitrittsperspektive offen gelassen. Zu dieser Initiative gehören auch die Mittelmeer-Anrainerstaaten des so genannten Barcelona-Prozesses im Nahen Osten und Nordafrika. Wo ist die Erweiterungsgrenze? Ist es praktisch vorstellbar, dass irgendwann 40 Länder von einem immer dichter gewebten Netz von EU-Richtlinien gesteuert werden und die Generaldirektion Wettbewerb zur Genehmigungsbehörde aller marktrelevanten Gesetze, Verordnungen und Regierungsinitiativen der Mitgliedsstaaten wird?

Diese Entwicklung ist Ausdruck einer sträflichen Demokratievergessenheit. Mussten und müssen den Mitgliedsländern für die Entstehung eines Binnenmarktes tatsächlich so viele wirtschaftliche Gestaltungsfunktionen weggenommen werden? Ich meine damit ausdrücklich nicht die gemeinsame Währung: Der EURO erleichtert den Zahlungsverkehr innerhalb Europas, er bietet die größte Chance, Welthandel unter Umgebung des US-Dollars zu betreiben, und damit die perverse Situation zu überwinden, in der die USA mit ihrer überbewerteten Währung auf Kosten anderer Volkswirtschaften ihre Staatsverschuldung finanzieren und ihr Handelsdefizit ausgleichen. Wenn die russischen und arabischen Ölförderländer ihre Lieferungen künftig mit dem EURO statt mit dem "Petro-Dollar" abrechnen würden, dann wäre die Weltwirtschaft weniger von Washington aus manipulierbar — und die Weltpolitik obendrein.

Für die Demokratie in der deutschen Bundesrepublik bedeutete es keine Einschnitte, dass die währungspolitische Zuständigkeit der regierungsunabhängigen Bundesbank auf die regierungsunabhängige Europäische Zentralbank übertragen wurde. Eine andere Frage ist die der Stabilitätskriterien, die jedes Mitgliedsland des EURO-Raumes erfüllen muss. Der EURO könnte auch ohne diese Kriterien seine Funktion erfüllen. Dass konjunkturpolitische Handlungsspielräume generell geringer geworden sind, ist im Übrigen weniger der EU geschuldet als der Tatsache, dass die klassische Formel von der Verbindung zwischen Wirtschaftswachstum und Beschäftigungssteigerung nicht mehr aufgeht.

Umso wichtiger wird die wirtschaftliche Strukturpolitik. Doch genau diese steht unter der Fuchtel der EU-Behörden und möglicherweise demnächst auch unter der des WTO-Regimes. Zinsgünstige Kredite für umweltbezogene Investitionen in einem Mitgliedsland, vergeben durch staatliche Investitionsbanken; öffentliche Bauaufträge, die vorzugsweise an das heimische Baugewerbe vergeben werden, um damit regionale

Beschäftigungseffekte zu verbinden oder das heimische Handwerk zu fördern; Quersubventionen von Stadtwerken, die mit Einnahmen aus dem Stromgeschäft den öffentlichen Nahverkehr fördern; Vorzugsaktien einer staatlichen Gebietskörperschaft in einer Aktiengesellschaft, um damit eine Standortverlagerung zu verhindern (z.B. die Anteile Niedersachsens am Volkswagenkonzernen, weil dessen Standortwechsel eine wirtschaftliche Katastrophe für das Land wäre): Das alles und noch viel mehr ist verboten oder durch EU-Behörden genehmigungspflichtig — und minimiert den strukturpolitischen Handlungsspielraum der Mitgliedsländer. Unabdingbarer Preis des Binnenmarktes? Die Zahl der Fälle häuft sich, in denen EU-Kommissare Regierungen der Mitgliedsländer Anweisungen geben — so wie einst die Politkommissare kommunistischer Staatsparteien.

Bevor es den EU-Binnenmarkt mit seiner reinen Gleichmachungslehre gab, hatte die Bundesrepublik Deutschland ihren eigenen Binnenmarkt. Dennoch hatte und hat die Bundesregierung kein Recht, in einem Bundesland dessen eigene strukturpolitische Initiative zu unterbinden. Die einzige Instanz, die das konnte, war das Bundesverfassungsgericht, wenn die Initiative verfassungswidrig gewesen wäre. Warum braucht die EU-Kommission zwingend eine solche Kompetenz? Manche, die diese Kritik am Binnenmarktabsolutismus lesen, werden möglicherweise denken, dass ich von einer nostalgischen Idee linker Staatswirtschaft her argumentiere. Deshalb will ich zur Untermauerung meiner Kritik auf ein politisches System verweisen, das weder eine linke noch eine staatswirtschaftliche Tradition hat, aber in den hier aufgeworfenen Fragen demokratische Prinzipien offenbar mehr Respekt schenkt: die USA!

Auch die USA sind zweifellos ein Binnenmarkt. Dennoch haben die 50 amerikanischen Bundesstaaten für ihre eigene Wirtschaftsförderung deutlich mehr eigene Gestaltungskompetenzen als die EU-Mitgliedsländer. Sie würden es sich verbitten, wenn sie für ein Wirtschaftsstrukturgesetz oder eine regionale Wirtschaftsfördermaßnahme erst die Genehmigung (Notifizierung) bei ihrer Bundesregierung in Washington einholen müssten. Natürlich sind die Spielräume der Einzelstaaten nicht beliebig. Artikel I der amerikanischen Verfassung verbietet ihnen, eigene Steuern, Abgaben und Zölle auf Ein- und Ausfuhr zu erheben. Doch nur der Supreme Court, das höchste Bundesgericht, kann einzelstaatliche Gesetze außer Kraft setzen, nicht die Regierung. Seit den 70er Jahren ist sogar in mehreren Anläufen eine neue Dezentralisierung der politischen Zuständigkeiten auf die Einzelstaaten und die kommunalen Gebietskörperschaften eingeleitet worden: Die Zuweisungen aus dem Bundeshaushalt (grants) wurden wieder stärker pauschalisiert, wodurch eine Politikentflechtung eingetreten ist. Absolut übliche Praxis ist es in den USA, die Vergabe öffentlicher Aufträge an die Bedingung zu knüpfen, dass die überwiegende Auftragssumme an Unternehmen des eigenen Staates fließen muss. Bei den neuen Regierungsbauten in Berlin wäre das ein Verstoß gegen das EU-Recht gewesen — obwohl in Berlin die größte öffentliche Bau summe der Stadtgeschichte investiert wurde und es in derselben Zeit über 20 % Arbeitslosigkeit im Baugewerbe gab.

Der Zentralisierungsgrad in Fragen wirtschaftlicher Strukturpolitik ist also in der EU höher als in den USA, obwohl sie politisch und gesellschaftlich deutlich weniger vergemeinschaftet ist: So wird die EU nie über das staatsgesellschaftlich integrierende Element einer gemeinsamen Sprache verfügen. Sie hat keinen direkt gewählten Präsidenten und auch keine direkte parlamentarische Vertretung der Einzelstaaten wie den amerikanischen Senat. Und das Europaparlament ist ohnehin noch weit von den gesetzgebenden Rechten einer echten Volksvertretung entfernt. Dennoch fördert es in seiner überwiegenden Mehrheit den eurokratischen Zentralisierungs- und Gleichma-

chungstrend.

Mehr Zentralisierung in allen mit der Wirtschaft zusammenhängenden Fragen, weniger demokratische Legitimation: Dieser Kontrast im Vergleich mit den USA macht deutlich, auf welch dünnem Eis das EU-Gebäude steht und welcher Selbstgefährdung die Gemeinschaft sich ausgesetzt hat. Das Gefühl, ohnehin nichts mehr beeinflussen zu können, grassiert nicht nur in der Wahlbevölkerung, sondern auch in den Parlamenten der Mitgliedsländer. Die Konsequenzen könnten fatal sein. Die europäische Politik ist wegen der alle anderen politischen Prinzipien überragenden Totalisierung des Binnenmarktliberalismus konzipiert als "Herrschaft für das Volk", statt einer "Herrschaft durch das Volk", wie es der Gesellschaftswissenschaftler Fritz W. Scharpf in seinem Buch "Regieren in Europa" kontrastiert. Es handelt sich mehr um eine "negative Integration" als um eine "positive Integration". Sie basiert — so Scharpf — "auf einem Legitimitätsglauben, der den inneren Kontrollmechanismen des Rechtssystems und der Legitimation richterlicher Rechtsschöpfung durch Diskurse innerhalb der juristischen Profession vertraut, die — so jedenfalls die Hoffnung — in allgemein geteilten Vorstellungen von Gemeinwohl und Gerechtigkeit verwurzelt sind".³ Es handelt sich um einen *aufgeklärten wirtschaftlichen Liberalisierungsabsolutismus*. Das Ergebnis ist, dass die Politiker in den Mitgliedsländern unter einem doppelten Legitimitätsdruck geraten — seitens der EU-Organe und seitens ihrer Bevölkerung. Die EU-Organe können sich dagegen dem Legitimitätsdruck weitgehend entziehen. Geben die politischen Institutionen dem Legitimitätsdruck der EU nach, können sie der Gestaltungserwartung ihrer Wähler, der sie ihre Legitimation verdanken, kaum noch entsprechen. Geben sie dem Legitimitätsdruck ihrer Wählerbasis nach, müssen sie zu Konflikten mit diesem Absolutismus bereit sein. Wenn sich aber ihr Spielraum dafür durch immer mehr Zuständigkeitsaggregierung der EU-Kommission weiter verengt, muss die Europaskepsis im Volk wachsen, bis sie zu antieuropäischen Eruptionen führt und das historische Projekt Europa gefährdet wird. Der Auslöser dafür könnte sein, dass in irgendeinem der Mitgliedsländer ein Volksentscheid den Austritt aus der EU erzwingt und damit eine Lawine ins Rollen bringen könnte.

Die historische Phantasielosigkeit

Fahrlässige Missachtung der demokratischen Selbstbestimmungsidee hat sich historisch immer gerächt. Schon zweimal sind in Europa multilaterale und multikulturelle Staatenvereinigungen gescheitert.

Die eine war das bis 1918 existierende habsburgische Vielvölkerreich. Obwohl es zu seiner Zeit in seiner Multikulturalität durchaus vorbildlich war, zerfiel es wegen des demokratischen Legitimationsdefizits.⁴ Das Resultat des Verfalls war aufschäumender Nationalismus — bis hin zum Austrofaschismus und den starken faschistoiden Strömungen in der Slowakei, die im Zweiten Weltkrieg zur Hitlerkoalition gehörten. Das zweite Beispiel war gesamteuropäisch: die aus dem Wiener Kongress von 1815 hervorgehende Heilige Allianz, die europäische Friedensordnung Metternichs, des jahrzehntelangen Reichskanzlers der Habsburger Monarchie. Ihr Credo war, für die Zukunft

³ Fritz W. Scharpf: Regieren in Europa. Effektiv und demokatisch? Frankfurt a.M. 1999, S. 167 ff.

⁴ Allen Sked: Der Fall des Hauses Habsburg. Der unzeitige Tod eines Kaiserreichs. Berlin 1993.

eine Situation auszuschließen, wie sie Europa mit der Französischen Revolution und ihren Folgen bis zu den napoleonischen Kriegen erlebt hatte. Deshalb sollten sich die fünf europäischen Großmächte (die Habsburger Monarchie, Preußen, England, Frankreich und Russland) als die wichtigsten Träger dieser Allianz "bei jeder Gelegenheit Beistand, Hilfe und Unterstützung gewähren". Die Gemeinsamkeit dieser Pentarchie war die Monarchie, von "Gottes" statt von Volkes "Gnaden". Es gab ein gemeinsames Vollzugs- und Führungsorgan.

Diese Allianz bedrohte, wie der Verfassungshistoriker Ernst Rudolf Huber in seiner "Verfassungsgeschichte der Neuzeit" ausführt, "alle gegen den status quo gerichteten europäischen Bewegungen, und zwar sowohl diejenigen, die die Befreiung von Völkern oder Volksteilen aus bestehender Fremdherrschaft, als auch diejenigen, die für die Völker einen Anteil an der Ausübung der Staatsgewalt erstrebten".⁵ Demokratisch-revolutionäre Bewegungen wurden in den folgenden Jahrzehnten inquisitorisch verfolgt und gemeinsam mit Waffengewalt niedergeschlagen — von der französischen Juli-Revolution 1830 bis zu der Revolution 1848. Dieses System des allgemeinen europäischen Friedens, als das es gedacht war, konnte keinen Bestand haben, weil es gegen die Demokratisierung gerichtet war. Es war ein reaktionäres Europa, das die Demokratiebewegungen zu nationalrevolutionären Bewegungen machte, und aus dem später der unselige Nationalismus entsprang, der zur Selbstzerfleischung führte.

Hier soll nicht unterstellt werden, dass sich die EU dahin entwickeln könnte, gewaltsam gegen demokratische Bewegungen vorzugehen. Dennoch ist die Erinnerung an die gescheiterte Metternichsche Friedensordnung angebracht. Die gegenwärtige Form ist vor allem bestimmt "von Marktregeln statt von Volkes Gnaden". Das Ergebnis: Sie richtet sich nicht gegen die Erringung demokratischer Rechte, sondern gegen bereits errungene demokratische Rechte. Der Begriff der Demokratie kommt nur an einer Stelle vor: als "partizipative Demokratie", also als Mitwirkung, nicht als demokratische Selbstbestimmung.

Der EU-Verfassungsentwurf im Sommer 2003 vom EU-Konvent vorgelegt, enthält manche Verbesserungen im Verhältnis der EU-Organe zueinander. Aber er enthält keine Korrektur dieses Demokratieabbaus. Er hat damit seinen wichtigsten Auftrag von Nizza nicht erfüllt. Zwar heißt es in dem Entwurf des "Vertrags über eine Verfassung für Europa", dass die Union die "nationale Identität der Mitgliedsstaaten" achtet, die ihr von den Mitgliedstaaten übertragenen Zuständigkeiten in gemeinschaftlicher Weise ausübt und auf die Werte der "Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und Wahrung der Menschenrechte" gründet. Demokratie als Wert wird also anerkannt — aber auch als gesellschaftliches Funktionselement? Bei der Formulierung der Ziele der Union geht es — neben Frieden, der Förderung der Werte und des Wohlergehens der Völker — am ausführlichsten um ihre bisherigen Hauptanliegen: um den totalen Binnenmarkt. Dies wird gleich zweimal abgesichert. Unter den Zielen der EU heißt es gleich an zweiter Stelle in Artikel I-3 ("Ziele der Unikon") nach der übergreifenden Formulierung: "Ziel der Union ist es, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern": "Die Union bietet ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen und einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb". In Artikel I-4 ("Grundfreiheiten und Nichtdiskriminierung") heißt es an erster Stelle von nur zwei

⁵ Ernst Rudolf Huber: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Band 1: Reform und Restauration 1789 – 1830. Stuttgart 1975, S. 690 f.

Bestimmungen: "Der freie Personen-, Waren-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr sowie die Niederlassungsfreiheit der Union werden innerhalb der Union und von der Union gemäß der Verfassung gewährleistet."

Der demokratische nervus rerum wird umgangen (Art. I-9). "Nach dem Subsidiaritätsprinzip wird die Union in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedsstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend erreicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser erreicht werden können." Das ist de facto ein Regelungsrecht bis in die kommunale Verwaltung. In der Praxis soll die Beweislast, dass die eigenen Maßnahmen der Mitgliedsstaaten besser wären, bei den Mitgliedsstaaten liegen, auch bevor sie diese ergriffen haben — und nur solange, bis die EU die Regelung an sich gezogen hat. Damit wird eine weitreichendere Rechtssetzungskompetenz für die EU geschaffen. Das ist das alte Problem: Die Organe der Union entscheiden, was subsidiär sein darf.

Deshalb ist vor allem interessant, was "ausschließliche Zuständigkeit" und was "geteilte Zuständigkeit" sein soll. Ausschließliche sind die Währung, soweit der EURO eingeführt ist, die gemeinsame Handelspolitik und die Zollunion. Unter "geteilten Zuständigkeiten" — also jederzeit greifbare — ist außer Bildungs-, Forschungs- und Kulturpolitik fast alles aufgeführt: der Binnenmarkt, der "Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts", Energie, Landwirtschaft und Fischerei, Umwelt, Sozialpolitik (bedingt), Verkehr und transeuropäische Netze, Sicherheitsanliegen im Gesundheitswesen, Verbraucherschutz, "wirtschaftliche und soziale Zusammenarbeit". Wenn schon der Binnenmarkt "nur" unter die geteilten Zuständigkeiten fällt, obwohl die EU-Kommission hier bereits alle Zuständigkeiten direkt oder indirekt praktiziert, kann man sich denken, dass aus all diese geteilten Zuständigkeiten volle werden. Das würde bedeuten: Die Mitgliedsstaaten dürfen im Rahmen der konkurrierenden Rechtssetzungskompetenz nur noch das machen, was die EU-Organe nicht an sich ziehen. Auf die Idee einer Rückholbarkeit abgegebener Kompetenzen ist der EU-Konvent nicht gekommen, wie das zum Beispiel in der Schweiz der Fall ist, etwa durch eine befristete Zuständigkeit mit Verlängerungsmöglichkeit. Der Konvent will keine einzige Zuständigkeit, die schon bei den EU-Organen ist, an die Mitgliedsländer zurückgeben. Noch gravierender ist, dass die Zuständigkeitsaufteilung nicht nur eine sektorale, sondern eine funktionale ist. Das bedeutet, dass die EU zur Erreichung des funktionalen Ziels Binnenmarkt prinzipiell in jeden Politikbereich hineinregieren darf, bis zur kommunalen Ebene!

Der Konventionsentwurf läuft damit auf das Gegenteil dessen hinaus, wofür er eingesetzt wurde. Der Entmächtungsprozess der demokratischen Institutionen der Mitgliedsländer und ihrer gewählten Politiker in den demokratischen Verfassungsstaaten wird wider alle historischen Erfahrungen und gegenwärtige Risiken weiter getrieben — und damit die innere europäische Integration riskiert. Dies wird sich, gemessen an allen Erfahrungen mangelhaften Demokratieverständnisses, erst mit einer Zeitverzögerung zeigen. Das alles bedeutet: Die EU-Verfassungsdebatte, scheinbar mit dem Konvensentwurf beendet, muss erst noch beginnen. Solange in der EU-Entwicklung der freie Binnenmarkt primär und die gewaltengeteilte Verfassungsdemokratie tertiar ist, gefährdet sie sich dauerhaft selbst. Mit weniger Demokratie in Europa droht die Destabilisierung und Desintegration Europas. Der nächste EU-Konvent kommt, im Interesse Europas, bestimmt. Es darf nicht allzu viel Zeit vergehen, bis diese Notwendigkeit breit erkannt ist.

Das deutsche Handelssystem für Emissionszertifikate: Rechtswidrig ?

von Ben Schlemmermeier und Hans-Peter Schwintowski

I. Die Entwicklung des Strompreises seit 1998

Im Jahre 1998 wurden die Strohmärkte in Deutschland liberalisiert — die Preise fielen für Großabnehmer um fast 50 %, für Tarifkunden um ca. 25 %. Diese Zeiten sind längst vorbei. Seit etwa drei Jahren zeigt die Kurve des Strompreises kontinuierlich steil nach oben — das Preisniveau liegt inzwischen oberhalb des Jahres 1998. Einen besonders großen Sprung machte der Strompreis, nachdem Anfang 2005 der Handel mit Emissionsrechten in Deutschland eingeführt wurde.

Obwohl die Unternehmen die Zertifikate zum Ausstoß von Kohlendioxid (CO_2) geschenkt bekamen, erhöhten sie ihre Preise um den Börsenwert der Zertifikate. Sie verweisen dabei auf die Opportunitätskosten der vom Staat unentgeltlich zugeteilten CO_2 -Zertifikate bei der Strompreiskalkulation.

Die großen Vier (E.ON, RWE, ENBW und Vattenfall) sind nur dann bereit, Strom zu produzieren, wenn sie mindestens die Brennstoff-, die variablen Betriebs- und die CO_2 -Opportunitätskosten (Clean Marginal Cost) gedeckt bekommen. Sollte der Strompreis diese Kosten nicht vollständig decken, ist es wirtschaftlicher, die unentgeltlich zugeteilten CO_2 -Zertifikate am Markt zu verkaufen und das Kraftwerk nicht einzusetzen.

Möglich wird ein solches Verhalten, weil die Nachfrage der Konsumenten bei Strom nicht elastisch auf die Höhe des Preises reagiert — will sagen: die Kunden sind auf Strom angewiesen, koste er, was er wolle. Verursacht durch das CO_2 -Handelssystem sind deshalb die Strompreise seit Beginn des Handels um mindestens den Marktwert der CO_2 -Zertifikate gestiegen.

II. Die Auswirkungen des CO_2 -Handelssystems auf die Strompreise an der EEX

Die Auswirkungen des CO_2 -Handelssystems auf die Strompreise an der EEX werden in der folgenden Abbildung sehr deutlich. Die Abbildung verdeutlicht, dass die Stromverbraucher gemessen an den Spotmarktpreisen der EEX im Jahr 2005 durch das CO_2 -Handelssystem höhere Strombeschaffungskosten in Höhe von insgesamt fast 5,7 Milliarden Euro zu tragen hatten.

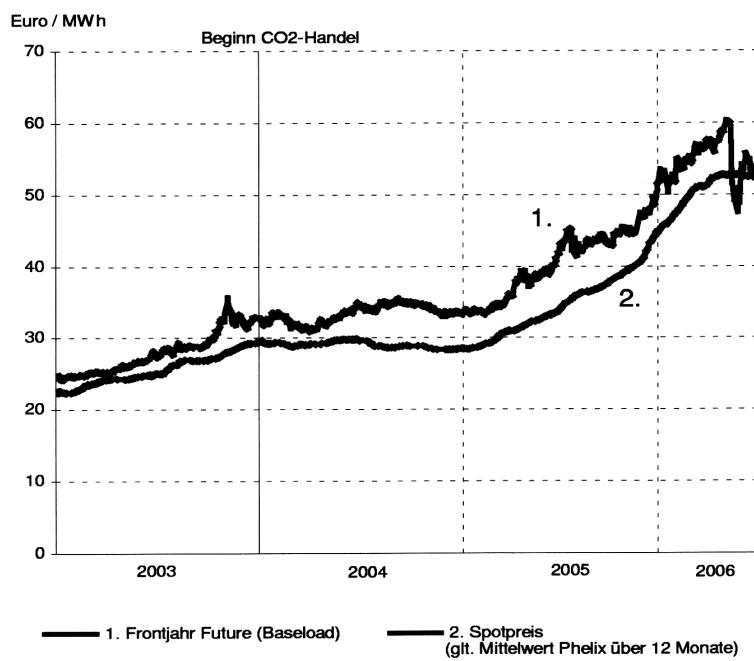


Tabelle 1: Entwicklung Strompreis EEX, Baseload, Stand: 21.06.06, 1. Frontjahr, 2. gleitender 12-Monats-Mittelwert Phelix, (Quelle: EEX, Berechnungen LBD, Stand: 03.07.2006)

Für die folgenden Jahre werden sich die Kosten nahezu verdoppeln. Gemessen an den Terminmarktpreisen der EEX (Stichtag 03. Juli 2006) sind, verursacht durch das CO₂-Handelssystem, für das Jahr 2007 insgesamt knapp 10,6 Milliarden Euro und für das Jahr 2008 insgesamt fast 10,3 Milliarden Euro höhere Strombeschaffungskosten zu erwarten. Gemessen am CO₂-Einsparziel der Bundesregierung in Höhe von 5 Mio. Tonnen pro Jahr im Nationalen Allokationsplan II, bedeutet dies, dass die Konsumenten im Jahre 2005 für eine Tonne zu vermeidendes CO₂ etwa 1.129,00 € und in den Jahren 2007 und 2008 etwa 2.100,00 € pro Tonne zu zahlen haben. Die folgende Tabelle zeigt diese Zahlen noch einmal im Überblick.

	2005	2007	2008
	Spotmarkt	Terminmarkt	
Strompreis (Base) (Euro/MWh)	45,98	53,77	54,69
CO ₂ -Anteil am Basepreis (Euro/MWh)	11,67	21,58	20,89
Regression CO ₂ -Anteil– Strompreis (Base)	0,905*	1,046**	0,754**
Stromaufkommen laut VDN- Prognose (TWh)	483,886	490,300	492,261
Mehrkosten der Strom- beschaffung verursacht durch CO ₂ -Handel (TEuro)	5.645.851	10.578.376	10.282.449
Reduktionsziel (Mio t CO ₂ /a)	5,0	5,0	5,0
Kosten je reduzierte t-CO ₂ (Euro/t CO ₂)	1.129	2.116	2.056

Tabelle 2: Durch das CO₂-Handelssystem verursachte anteilige Strombeschaffungskosten in 2005 (Spotmarkt), 2007 und 2008 Terminmarkt (Quelle: EEX, VDN, Berechnungen LBD, Stand: 03.07.2006; Betrachtungszeitraum der Regressionsanalyse: * Jahr 2005, ** Quartal 1/2006)

Im Ergebnis heißt dies, dass diese aus den CO₂-Zertifikaten resultierenden höheren Strombeschaffungskosten für die Unternehmen Gewinn¹ sind, weil ihnen die CO₂-Zertifikate unentgeltlich zugeteilt werden. Das CO₂-Handelssystem führt also zu einer finanziellen Umverteilung von den Konsumenten zu den Produzenten, ohne dass der Produzent dafür irgendeine Gegenleistung erbringt².

III. Die Kosten für CO₂-Einsparungen nach dem EEG

Angesichts dieser exorbitanten Vermeidungskosten für CO₂ pro Tonne durch das Emissionshandelssystem liegt ein Vergleich mit den Kosten nahe, die das Erneuerbare Energien Gesetz (EEG) verursacht. Das Ergebnis ist einigermaßen überraschend — im Jahre 2005 wurden durch das EEG etwa 41 Mio. Tonnen CO₂ vermieden. Der Vergütungssatz pro Megawattstunde (MWh) lag bei 95,30 €. Die spezifischen Mehrkosten der Strombeschaffung durch das EEG bezogen auf das gesamte Stromaufkommen betrugen pro Tonne vermiedenes CO₂ ca. 57 €. Diese 57 € pro Tonne sind bezogen auf das Jahr 2005 etwa ein Zwanzigstel des Aufwands, den das Emissionshandelssystem verursacht — bezogen auf die Jahre 2007 und 2008 geht es um ein Vierzigstel.

Bezogen auf das Vermeidungsziel des NAP II von 5 Mio. t CO₂ pro Jahr erhöhen sich die Strombeschaffungskosten durch das EEG um rund 274 Mio. € in 2005, für die Jahre 2007 und 2008 sind höhere Strombeschaffungskosten für den Konsumenten durch das EEG in Höhe von rund 247 Mio. € zu erwarten. Die folgende Tabelle belegt diese Zusammenhänge noch einmal im Überblick.

	2005	2007	2008
Vergütungssatz EEG (Euro/MWh)	95,30	98,10	99,10
Summe EEG-Vergütungen (TEuro)	4.422.706	5.566.835	6.233.010
Mehrkosten der Strombeschaffung verursacht durch EEG-Strom (Euro/MWh)	51,34	47,17	47,29
Reduktionsziel (Mio t CO ₂ /a)	5,0	5,0	5,0
EEG-Strom zur CO ₂ -Vermeidung*** entsprechend Reduktionsziel (TWh)	5,56	5,56	5,56
Mehrkosten der Strombeschaffung verursacht durch EEG-Strom entsprechend Reduktionsziel (TEuro)	274.017	246.278	246.722
spezifische Mehrkosten der Strombeschaffung durch EEG-Strom bezogen auf gesamtes Stromaufkommen (Euro/MWh)	0,57	0,50	0,50

Tabelle 3: Durch das EEG verursachte anteilige Strombeschaffungskosten in 2005, 2007 und 2008 (Quelle: VDN, Berechnungen LBD, Stand: 03.07.2006)³

¹ Vermindert um Transaktionskosten und Zukäufe zum Ausgleich des Erfüllungsfaktors.

² Hierzu Fritz Vorholz, Vom Stromschlag getroffen, Die Zeit Nr. 30, vom 20. Juli 2006, S. 17.

³ Annahme: EEG-Strom ersetzt zuerst die Steinkohlekraftwerke im Bestand.

IV. Vergleich der Folgen des CO₂–Handelss mit den Folgen des EEG auf die Strombeschaffungskosten

Gemessen an den Strombeschaffungskosten der Konsumenten führt das CO₂–Handelssystem im Jahre 2005 im Vergleich zur Förderung der direkten CO₂–Vermeidung durch das EEG, also zu beinahe 21–fach höheren anteiligen Strombeschaffungskosten je Tonne CO₂. In 2007 verursacht das CO₂–Handelssystem 43–fach (2008: Faktor 41,7) höhere anteilige Strombeschaffungskosten je Tonne CO₂. Diese Zahlen werden durch die folgende Tabelle noch einmal verdeutlicht.

	2005	2007	2008
Mehrkosten der CO ₂ -Vermeidung verursacht durch CO ₂ -Handel entsprechend Reduktionsziel (Euro/t CO ₂)	1.129	2.116	2.056
Mehrkosten der CO ₂ -Vermeidung verursacht durch EEG-Strom entsprechend Reduktionsziel (Euro/t CO ₂)	54,8	49,3	49,3
Faktor der jeweiligen Mehrkosten	20,6	43,0	41,7

Tabelle 4: Vergleich der anteiligen Strombeschaffungskosten verursacht durch das CO₂–Handelssystem und das EEG in 2005, 2007 und 2008; (Quelle: EEX, VDN, Berechnungen LBD, Stand: 03.07.2006)

Aus der Sicht der Stromkonsumenten führt also das EEG zu erheblich niedrigeren Strompreisen und damit zu niedrigeren Strombeschaffungskosten als der CO₂–Zertifikatehandel. Auf das Gesamtjahr bezogen betragen die Strommehrkosten für das CO₂–Zertifikatesystem 5,7 Milliarden Euro — dieser Betrag erhöht sich in den Jahren 2007 und 2008 auf 10,6 Milliarden bzw. 10,3 Milliarden Euro. Diese Beträge landen weit überwiegend in den Kassen der vier großen Stromkonzerne. Hier liegen die Gründe dafür, dass nach Auskunft des VDEW ein Durchschnittshaushalt gegenwärtig pro Monat 56,76 € für Strom zahlt — 15 € mehr als 2001. Ein Drittel der gestiegenen Kosten ist zwar auf höhere Steuern und Abgaben zurückzuführen, zwei Drittel aber, fast 10 €, gehen auf das Konto von Stromerzeugung, Stromtransport und Stromvertrieb.

V. Die Ursachen

Kein anderer Industriezweig ist in der Lage die Opportunitätskosten für die vom Staat unentgeltlich zugeteilten CO₂–Zertifikate vollständig in seinen Abgabepreis einzupreisen. Dies gelingt allein den Stromerzeugern. Die Ursachen für diese erstaunliche Fehallokation sind relativ rasch ausgemacht.

Wie bereits eingangs gesagt, wird ein solches Verhalten nur möglich, weil die Nachfrage der Konsumenten bei Strom nicht elastisch auf die Höhe des Preises reagiert — will sagen: die Kunden sind auf Strom angewiesen, koste er, was er wolle. Die speziellen Marktbedingungen für das Wirtschaftsgut Strom führen zu diesem Ergebnis.

Der Marktpreis wird für jede Kalenderstunde am Spotmarkt der EEX im Auktionsverfahren festgestellt. Strom ist nicht speicherbar. Die Nachfrage muss durch das Angebot in der jeweiligen Stunde gedeckt werden. Zugleich muss das Angebot auch regional vorhanden sein. Man kann nicht Strom in Ländern kaufen, die nicht am CO₂-Zertifikatehandel teilnehmen. Dieses Marktmodell bestehend aus der Regionalität und der fehlenden Speicherbarkeit führt zur nachfrageunabhängigen Preiselastizität. Demgegenüber kann der Nachfrager sich z. B. in der Chemie- oder Stahlindustrie durch Lagerbestände Handlungsspielraum erkaufen (er muss nicht in dieser Stunde kaufen) und er kann auf dem Weltmarkt einkaufen, d. h. er muss nicht in Deutschland oder der EU mit dem Emissionshandelssystem kaufen.

Selbst wenn wir in Deutschland 100 Kraftwerksbetreiber mit exakt gleichen Marktanteilen hätten, also ein wirksamer Verdrängungswettbewerb erreicht wäre, selbst dann würden die Kraftwerksbetreiber die Opportunitätskosten in ihre Abgabepreise vollständig einpreisen. Solange die Unternehmen unentgeltlich Zertifikate zugeteilt bekommen, haben sie einen garantierten Deckungsbeitrag auf ihre Fixkosten, den sie entweder durch Einpreisen in den Strompreis und Betrieb des Kraftwerks oder direkten Verkauf der Zertifikate bei stillstehendem Kraftwerk erwirtschaften. Auch für die nächste Handelsperiode (NAP II) soll eine solche Zuteilung festgeschrieben werden.

Dies zeigt, dass es im Strommarkt ein einzigartiges Ungleichgewicht zwischen Erzeugern und Konsumenten gibt. Die Marktmacht der Erzeuger ist bezogen auf die Einpreisung der Opportunitätskosten genauso absolut, wie die Ohnmacht der Konsumenten den Strom kaufen zu müssen. Die Folgen sind, dass die Erzeuger im Rahmen eines gigantischen Umverteilungsprozesses in absehbarer Zukunft einen Gewinnzuwachs von rund 10 Mrd Euro p.a. haben werden, dem beim Konsumenten ein gleich hoher Kostenzuwachs (beim Privatkunden plus Mehrwertsteuer) gegenübersteht.

Zusätzlich zu den durch den CO₂-Handel getriebenen Gewinnen der Erzeuger hat sich die Ertragslage der Stromerzeuger seit dem Jahr 2002 erheblich verbessert. Nach Analysen der LBD-Beratungsgesellschaft mbH (Berlin) erwirtschaftete ein abgeschriebenes Steinkohlekraftwerk im Jahr 2002 mit einem Deckungsbeitrag von rund 50 Euro/kW nur knapp seine fixen Betriebskosten. Demgegenüber wird der gleiche Deckungsbeitrag im Jahr 2006 über 150 Euro/kW betragen. Die nachfolgende Abbildung veranschaulicht die Analyseergebnisse.

Obwohl der deutsche Kraftwerkspark weitgehend abgeschrieben ist, erwirtschaftet ein Steinkohlekraftwerk bereits heute rund 80 % der Vollkosten eines neuen Steinkohlekraftwerks, obwohl diese erst ab 2010 in Deutschland in Betrieb gehen werden.

Die Ursache hierfür ist anders als bei der Einpreisung der Opportunitätskosten der unentgeltlich zugeteilten CO₂-Zertifikate die Marktmacht der vier großen deutschen Stromproduzenten. Mit einem Marktanteil in Höhe von zusammen knapp 90 %⁴ sind sie in der Lage, nicht nur die Kosten des abgeschriebenen Kraftwerksparks zu verdienen, sondern zudem auch noch bereits heute die Kapitalkosten eines neuen Steinkohlekraftwerkes, von denen nur wenige erst in 5 Jahren in Betrieb sein werden. Außerdem werden auch in 2010 noch über 80 % des Stroms in abgeschriebenen Kraftwerken erzeugt werden.

⁴ Bundeskartellamt, Sachstandspapier vom 20.03.2006, B8 88/05 1/2.

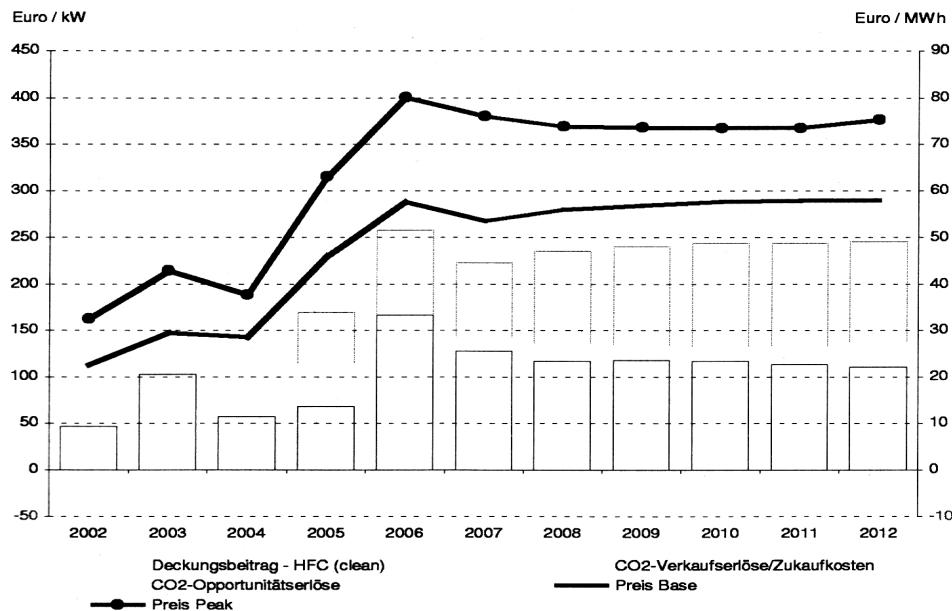


Abbildung 5: Deckungsbeiträge zur Deckung der fixen Betriebskosten eines Steinkohlekraftwerks (Bestandskraftwerk, Brennstoffnutzungsgrad 38%, Grundlastbetrieb, Zuteilung der CO₂-Zertifikate für 7.500 Vollbenutzungsstunden Kraftwerkseinsatz, Berücksichtigung Erfüllungsfaktor NAP I bzw. NAP II, Quellen: EEX, BAFA, McCloskey, Berechnungen LBD, Stand 06.2006).

Die hohen Strompreise haben also zwei kumulierende Ursachen: zum einen die unentgeltliche Zuteilung der CO₂-Zertifikate und die speziellen Marktbedingungen des Produktes Strom und zum anderen die Marktmacht der vier großen deutschen Stromerzeuger.

VI. Verfassungs- und Europarechtliche Erwägungen

Das Emissionshandelssystem beruht auf der Emissionshandels-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft⁵. Diese Richtlinie wurde in Deutschland durch das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz umgesetzt⁶. So gesehen liegt es nahe, die Frage zu stellen, ob das europäische Recht die eben beschriebene Fehlallokation gigantischen Ausmaßes zu Lasten der Stromverbraucher überhaupt zulässt. Immerhin scheint es so, als würden wir in Deutschland ein völlig ineffektives, ineffizientes und extrem teures Instrument zur Einsparung von CO₂ benutzen. Wir könnten die geforderte CO₂-Einsparung von jährlich 5 Mio. Tonnen über das EEG mit einem Aufwand von ca. 250 Mio. Euro erreichen, bezahlen aber für das Emissionshandelssystem stattdessen zwischen 5 und 10 Milliarden Euro pro Jahr. Eine derartige Fehlallokation von Finanzmitteln wirft aus nationaler Perspektive die Vereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen *Wirtschaftlichkeitsgebot* und aus europäischer Perspektive die Vereinbarkeit mit dem europäischen *Effizienzprinzip* auf. Grundsätzlich gilt, dass der europäische Gesetzgeber die Ziele, die er mit Richtlinien und Verordnungen verfolgt, wirksam anstreben

⁵ Richtlinie 2003/87/EG.

⁶ Zu den Einzelheiten vgl. Schweer/von Hammerstein, Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz-Kommentar, 2004, Einleitung, Rdn. 53 ff.

muss (effet util: Art. 10 Abs. 2 EG). Dieses Wirksamkeitsgebot wird vom Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EG) flankiert. Der europäische Gesetzgeber darf danach nur solche Instrumente zur Durchsetzung legitimer europarechtlicher Ziele ergreifen, deren Einsatz erforderlich, geeignet und am mildesten ist. Dabei ist der Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 2 EG) zu beachten. Nur solche Maßnahmen sind von der Kompetenz des EG-Vertrages abgedeckt, die durch eine Gemeinschaftsmaßnahme effektiver und effizienter erbracht werden können. Daran muss man mit Blick auf das Emissionsziel in der Bundesrepublik Deutschland zweifeln. Die Deutschen erbringen nämlich das Emissionsziel über das EEG sehr viel preiswerter als über das Emissionshandelssystem. Das mit dem Emissionshandelssystem verbundene Einsparziel (5 Mio. t) könnte man über das EEG mit einem Aufwand von 57 € pro Tonne eingespartem CO₂ erreichen. Die gleiche Tonne CO₂-Einsparung kostet über das Emissionshandelssystem zwischen 1.000 € und 2.000 € pro Jahr. Zu diesem Ergebnis kommt auch eine kürzlich vorgelegte Studie von Walter Frenz⁷. Auch Frenz ist der Auffassung, dass kein mildereres Mittel existieren darf, das den angestrebten Erfolg genauso effektiv erreichen kann⁸.

Das heißt, schon aus den Grundprinzipien der Verfassung und des Europäischen Vertrages, dem Wirtschaftlichkeits- und Wirksamkeitsgebot, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie dem Subsidiaritätsprinzip folgt, dass kein Mitgliedstaat gezwungen werden kann, eine von der Gemeinschaft vorgesehene Maßnahme zu ergreifen, die der Mitgliedstaat auf anderem Wege entweder schon erfüllt oder durch sehr viel geringere Aufwendungen erfüllen könnte. Der Mitgliedstaat hat in diesem Fall die freie Wahl, genau das Mittel zu wählen, das das europäisch vorgegebene Ziel am effektivsten und effizientesten erreicht. Dieses Ziel wird eindeutig durch das EEG sehr viel preiswerter und genau so effektiv erreicht. Folglich ist aus der Perspektive des Europäischen Rechts die von der Bundesrepublik Deutschland zu erbringende Emissionseinsparung nicht über das Emissionshandelssystem, sondern über das EEG geschuldet.

Verfolgt ein Mitgliedstaat ein europarechtlich geschuldetes Ziel (hier: Einsparung von CO₂-Emissionen) durch ein zu teures und damit ineffizientes Mittel (hier: Emissionshandelssystem), so werden damit zugleich die beihilferechtlichen Vorschriften (Artt. 87, 88 EG) verletzt. Auf diese Zusammenhänge hat kürzlich *Angus Johnston*, Professor an der Trinity Hall, Cambridge (U.K.) überzeugend verwiesen⁹. *Johnston* zeigt, dass es eine Reihe von Argumenten gibt, die zeigen, dass die unentgeltliche Zuweisung der CO₂-Zertifikate eine *staatliche Beihilfe* im Sinne des Europäischen Rechtes ist. Diese Beihilfen sind bisher nicht formal notifiziert (Art. 88 EG) und damit nichtig — folglich also auch zurückzugewähren.

Johnston zeigt ferner, dass eine Notifizierung auf der Grundlage des derzeit praktizierten Systems nicht in Betracht kommt, weil das Ausmaß der Beihilfe mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip kollidiert. Diesen Überlegungen ist voll inhaltlich zuzustimmen und entspricht den bisherigen Erwägungen und Erkenntnissen. Ein Handelssystem darf nicht praktiziert werden, wenn es ein alternatives System gibt, das 20 bis 40 Mal billiger ist. Folglich spricht alles dafür, dass das Emissionshandelssystem beihilfrechtswidrig und somit nichtig (Art. 88 EG) ist.

⁷ WuW 2006, 737–747.

⁸ WuW 2006, 743.

⁹ Free Allocation of Allowances under the EU Emissions Trading System — Legal issues (<http://www.electricitypolicy.org.uk/pubs/tsec/johnston.pdf>).

VII. Handlungsalternativen

Auf der Grundlage der bisherigen Überlegungen bieten sich mehrere Handlungsalternativen an.

1. Beseitigung der Wettbewerbshindernisse auf den Stromerzeugermärkten

Es konnte gezeigt werden, dass ein Problem auf fehlendem oder gestörtem Wettbewerb auf den Stromerzeugungsmärkten beruht. Abhilfe könnte zunächst einmal die Europäische Kommission schaffen, indem sie dafür sorgt, dass die zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden, aber viel zu schwach ausgebauten Kuppelstellen leistungsfähig werden. Ganz besonders wichtig ist ein Ausbau dieser Kuppelstellen in Richtung Osteuropa. Ergänzend zum Ausbau der Kuppelstellen bietet sich ein *eigentumsrechtliches Unbundling*, also eine Abtrennung des Netzbetriebs von der Erzeugung, an. Der Nobelpreisträger Buchanan hat schon vor vielen Jahren vorgeschlagen, dass sinnvoller Weise diejenigen Eigentümer des Netzes sein sollten, die das größte Interesse an niedrigen Netzentgelten einerseits und an funktionsfähigem Wettbewerb im Netz andererseits hätten. Das sind im Regelfall die Verbraucher — ihnen müsste man also, folgt man der *Klubgütertheorie Buchanans*¹⁰, die Eigentumsrechte am Netz zuweisen.

Nun wird man die Kuppelstellen nicht von heute auf morgen verstärken und ausbauen können und ein eigentumsrechtliches Unbundling ist in Europa ein Politikum ersten Ranges, dessen Um- und Durchsetzung für die Kommission auch deshalb besonders problematisch und schwierig wird, weil Art. 295 EG die eigentumsrechtliche Ordnung in den Mitgliedstaaten ausdrücklich toleriert.

So gesehen könnte es sinnvoller sein, zunächst einmal auf Maßnahmen zu setzen, die die europäische und die nationale Rechtsordnung unmittelbar bereitstellen. Zu nennen sind umfassende Preimmissbrauchsverfahren nach Art. 82 EG sowie § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, und zwar wegen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch die vier Stromerzeuger in der Bundesrepublik.

Schaut man sich die Preisentwicklung der letzten Jahre an, so liegt der Eindruck zudem nahe, dass die vier ihr Preisverhalten aufeinander *abstimmen* — anders ist es kaum zu erklären, dass keiner versucht, trotz permanent steigender Preise dem anderen über Preissenkungsstrategien Kunden abzuwerben. Wenn das aber so ist, so sprechen alle Indizien für das Praktizieren eines bundesweiten Stromerzeugungskartells. Diesen Tatbestand sollten die Kartellbehörden nach Art. 81 EG/§ 1 GWB aufgreifen und untersuchen.

Wie bereits geschildert, hat das Bundeskartellamt festgestellt, dass knapp 90 % der deutschen Stromerzeugungskapazität durch die vier größten deutschen Stromproduzenten kontrolliert werden. Die mit diesem Marktanteil einhergehende Marktmacht ist Ursache für mangelnden Wettbewerb unter den Stromproduzenten. Das Bundeskartellamt betrachtet RWE und e.on als Duopol, zudem EnBW und Vattenfall nicht in den Wettbewerb treten.

Die Marktmacht der vier großen Stromerzeuger mit den Instrumenten der Preimmissbrauchsaufsicht zu regulieren ist lediglich ein Laborieren an den Symptomen. Das

¹⁰ Buchanan, An Economic Theorie of Clubs, *Economica*, 1965, Vol. 32, S. 1–14.

Problem müsste besser an der Ursache gelöst werden: Abbau der Marktmacht. Dazu müssten die vier Unternehmen gesetzlich gezwungen werden, Eigentum an und Strombezugsrechte aus ihren Kraftwerkskapazitäten zu verkaufen (Auktion), damit der Marktanteil zusammengenommen auf weniger als 50 % zurückgeht. Der Verlust an Marktmacht wird wirksamen Wettbewerb ermöglichen.

Die vier großen Stromerzeuger zu verpflichten Kraftwerkskapazitäten zu verkaufen, ist zur Zeit im deutschen und europäischen Recht nicht vorgesehen. In den Vereinigten Staaten besteht seit langem dieses rechtliche Instrumentarium. Es wird Entflechtung genannt. So ist z.B. der Rockefeller-Konzern entflochten worden und in gewissen Grenzen IBM. Vor dem Hintergrund der Folgen der Marktmacht der vier großen Stromerzeuger ist es geboten, dass der Gesetzgeber die verfassungsrechtlichen und kartellrechtlichen Voraussetzungen schafft, die eine Entflechtung der deutschen Stromerzeuger nach amerikanischem Vorbild möglich macht.

2. Preimmissbrauchsaufsicht im Zusammenhang mit der Einpreisung der Opportunitätskosten unentgeltlich zugeteilter CO₂-Zertifikate

Auf das Instrumentarium der Preimmissbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG sowie § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB weist auch eine Studie von Walter Frenz¹¹ hin. Frenz ist der Auffassung, dass die Einbeziehung des Börsenwertes der kostenlos zugeteilten Emissionszertifikate in die Abgabepreise für Erzeugnisse unangemessen und damit missbräuchlich ist. Das ergibt sich für ihn aus Art. 82 EG, bei dem dafür auf die Gestehungskosten bzw. eine Marktvergleichsbetrachtung zurückzugreifen ist, wie auch aus § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB und dem dabei notwendigen Vergleich mit intakten Wettbewerbsmärkten. Zwar gehören diese Emissionszertifikate, so Frenz, auch wenn sie kostenlos zugeteilt wurden, den Unternehmen, so dass diese sie auch auf dem Markt verkaufen können. Indes sind sie eingebettet in das System des Emissionshandels und dienen daher in erster Linie als Äquivalent für CO₂-Emissionen. Weil sich die deutsche Wirtschaft und dabei insbesondere auch die Stromunternehmen an den Selbstverpflichtungen zur CO₂-Reduzierung beteiligt haben, haben gerade diese einen in der Emissionshandelsrichtlinie vorgesehenen und zudem grundrechtlich verbürgten Anspruch auf kostenlose Zuteilung einer solchen Menge von Emissionshandelszertifikaten, dass sie für ihre laufenden Aktivitäten keine am Markt zukaufen müssen. Anfallende Kosten sind daher ausgeschlossen. Sie können daher — so Frenz weiter — auch nicht fiktiv angesetzt werden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die eigentliche Ursache für die Einpreisung der Zertifikate nicht in der Marktmacht des Viereroligopols liegt, sondern sich — wie oben dargestellt — aus der prinzipiellen Abhängigkeit des Nachfragers nach dem nicht speicherbaren Gut Strom ergibt (keine Preiselastizität). Aus dieser Erkenntnis dürfte folgen, dass es nicht nur den vier großen Oligopolisten untersagt ist, die Zertifikatekosten einzupreisen, sondern dass dies für jedes EVU gilt, auch wenn es nur eine kleine oder mittlere Position am Markt hat. Auch diese Unternehmen dürfen den Gegenwert der unentgeltlich zugeteilten CO₂-Zertifikate, soweit er ihnen als Windfallprofit zufließt, nicht einpreisen. Dabei ist allerdings die Marktposition des Viereroligopols für die Marktdurchdringung von besonderer missbräuchlicher Bedeutung. Darüber hinaus liegen in der Einpreisung Wettbewerbshandlungen vor, die geeignet sind, die Ent-

¹¹ WuW 2006, 737–747.

scheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen, unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen (§ 4 Nr. 1 UWG). Ein solches Verhalten ist nach § 3 UWG unlauter, weil es geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Daraus folgt, dass die Einpreisung von unentgeltlich zugeteilten CO₂-Zertifikaten ganz unabhängig von der Marktposition des einpreisenden EVU in jedem Falle wettbewerbswidrig und folglich unzulässig ist. Als Rechtsfolge können die EVU auf Unterlassung (§ 8 UWG) und Schadensersatz (§ 9 UWG) in Anspruch genommen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen wird der Gewinn nach § 10 UWG abgeschöpft und an den Bundeshaushalt abgeführt.

Neben diesen zu vertiefenden Erwägungen deuten eine Reihe von Indizien darauf hin, dass das Preisverhalten der vier großen deutschen EVU den Kartelltatbestand sowohl von Art. 81 EG als auch von § 1 GWB erfüllt. Allein die Tatsache, dass unentgeltlich zugeteilte CO₂-Zertifikate einfach *eingepreist* werden und dass dies bei keinem der vier Stromerzeuger zu einer Preissenkungsreaktion führt, indiziert ein *abgestimmtes Verhalten im Preiswettbewerb*. Das Kartellrecht droht hohe Geldbußen an, ermöglicht es, Schadensersatz aufzuerlegen und den Mehrerlös abzuschöpfen. Die Instrumentarien sind vorhanden — sie müssten nur konsequent eingesetzt werden.

Parallel dazu müsste die BaFin ein Preimissbrauchsverfahren nach § 20a WpHG eröffnen, und zwar mit der gleichen Zielrichtung und mit weitgehend gleicher Begründung. Dieses bisher an den Strombörsen eher vergessene Instrument sollte eingesetzt werden, auch wenn beide Behörden (BaFin/BKartA) möglicherweise zielgleich zusammenwirken würden.

3. Partielle Aussetzung des Emissionshandelssystems

Neben diesen absolut vordringlichen Maßnahmen könnte man erwägen, die Teilnahme am Emissionshandelssystem jedenfalls so lange auszusetzen, bis die Preimissbrauchsverfahren von BKartA und BaFin durchgeführt sind und greifen. Die Unternehmen würden in dieser Zeit keine Zertifikate mehr bekommen — das CO₂-Einsparziel würde man über das EEG erreichen. Es würden folglich für Zertifikate keine Opportunitätskosten entstehen, somit könnte auch nichts eingepreist werden. Die Preise würden automatisch sinken. Wäre das nicht der Fall, müssten die beiden genannten Behörden erst recht und massiv eingreifen. Nur am Rande sei erwähnt, dass selbstverständlich auch die Europäische Kommission parallel zum Preimissbrauchsverfahren der deutschen Behörden gegen das Viererkartell oder das Viereroligopol vorgehen könnte. Möglicherweise lässt sich auch zeigen, dass die Kartellierungstendenzen weit über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinausweisen. Es ist ja überraschend, dass kein ausländisches EVU versucht, mit Preisen unterhalb der deutschen Schwellen in den deutschen Markt einzudringen. Dies deutet darauf hin, dass sich alle europäischen EVU in ihrem Preisverhalten abgestimmt haben, um Profits zu erreichen, die sie bei funktionsfähigem Wettbewerb niemals durchsetzen könnten.

4. Versteigerung der Zertifikate

Alternativ könnte man auch an die Versteigerung der Zertifikate für die zweite Handelsperiode denken. Vorteil: Es gäbe keine Windfallprofits bei den Unternehmen — Nachteil: Die Strompreise würden nun mit einem Recht um die Zertifikatekosten

steigen. Eingriffe der Kartellbehörden oder der BaFin könnten nur noch für die Vergangenheit Preissenkungswirkungen entfalten. Dem Staat würden die Versteigerungserlöse zufließen — er würde damit die Strompreise senken, weil die Verbraucher Entgelte ohne Rechtsgrund geleistet hätten. Dies entspräche den Grundsätzen des *Kohlepfennigbeschlusses*¹², in dem das Bundesverfassungsgericht geklärt hat, dass Stromentgelte frei von Belastungen sein müssen, die wie Steuern wirken.

5. Beihilferechtliche Rückforderungen

Hierneben muss über die Rückforderung der bisher bei den deutschen EVU entstandenen Windfallprofits durch CO₂-Emissionen nachgedacht werden. Die Rückforderung zu Unrecht gewährter Beihilfen obliegt im Normalfall den Mitgliedstaaten selbst¹³. Fordern die Mitgliedstaaten unrechtmäßig gewährte Beihilfen nicht oder nicht in hinreichendem Umfang zurück, so verletzen sie damit den Europäischen Vertrag — die Kommission kann sodann ein Vertragsverletzungsverfahren eröffnen. So gesehen ist auch die Kommission aufgerufen, über die Rückforderung unzulässig gewährter Beihilfen durch Emissionshandel nachzudenken und entsprechend zu handeln.

¹² BVerfGE, 91, 186 = DöV 1995, 194 = NJW 1995, 381.

¹³ EuGHE 1997, 1591, Rs C-24/95 Alcan.

10 Jahre Europäisches Umweltmanagement- und Umweltbetriebsprüfungssystem (EMAS) — Entwicklung – Stand – Perspektiven

von Gisela Theis

Das Umweltrecht erfährt seit seinen Anfängen zu Beginn der 70er Jahre bis heute eine rasante Entwicklung. Die Praxis wird überschüttet von einer Flut an Umweltgesetzen. Über das Ausmaß ihrer Umsetzung in die Praxis gibt es nur unzureichende Kenntnisse. Ende der 80er Jahre setzt eine Trendwende in der Umweltgesetzgebung ein: sowohl in der Strategie als auch in den Instrumenten ihrer Umsetzung.

Vom nachsorgenden zum integrierten Umweltschutz

Die Anfänge des Umweltrechts sind geprägt von der nachsorgenden Umweltschutzstrategie oder end-of-pipe-Strategie. Schädliche Umweltwirkungen werden von verschiedenen Verursachern erzeugt, insbesondere von betrieblichen Akteuren. Ansatzpunkt für Minimierungs- und Vermeidungsmaßnahmen sind nicht die Quellen der Verursachung, sondern die Austrittspunkte in das jeweilige Umweltmedium. Gehandelt wird am Ende der Pipeline, d. h. am Schornstein und am Abwasserrohr mit dem Einsatz von Filtertechnik (nachsorgende Umweltschutztechnik).

Ende der 80er Jahre erfolgt eine Wende in der Umweltschutzstrategie. Der auf dem Vorsorgegrundsatz basierende integrierte Umweltschutz setzt früher, d. h. an der Quelle der Verursachung ein und will dort bereits die Entstehung schädlicher Umweltauswirkungen vermeiden. Schlüsselfunktion kommt der Produktentwicklung zu. Bereits in diesem Stadium ist jede Phase des Produktlebenszyklus von der Entwicklung und Produktion über die Nutzungs- bis zur Entsorgungsphase dahingehend zu analysieren, welche Umweltwirkungen bei dem aktuellen Entwicklungsstand des Produkts entstehen können und wie sie vermeidbar oder minierbar sind (ganzheitliche Produktlebenszyklus-Analyse oder Life Cycle Assessment, LCA).

Schaubild 1: ganzheitliche Produktlebenszyklus-Analyse / Life Cycle Assessment, LCA



Das Spektrum möglicher Vermeidungsmaßnahmen ist umso größer, je früher im Produktlebenszyklus angesetzt wird.

Von der integrierten zur nachhaltigen Strategie

Die internationale Klimakonferenz 1992 in Rio de Janeiro mit ihren Folgekonferenzen (u.a. Berlin 1995, Kyoto 1998, Johannesburg 2002) hat mit der Agenda 21 den Prozess der Nachhaltigkeit in Gang gesetzt. Das Prinzip der Nachhaltigkeit ist in Art. 6 EG-Vertrag sowie in Art. 20 a GG verankert. Das Prinzip der Nachhaltigkeit hat seinen Ursprung in der Forstwirtschaft und bedeutet hier, dass in einem Zeitraum nur in dem Maße Holz geschlagen werden darf, wie in dem gleichen Zeitraum an Holz nachwachsen kann. Das Prinzip verbietet die Übernutzung der natürlichen Ressourcen. Deren Nutzung ist nur im Einklang mit der Regenerationsfähigkeit der Ökosysteme erlaubt.

Die Methode des Ökologischen Fußabdrucks (Ecological Footprint) von Wackernagel berechnet z. B. für jeden Stoff- und Energiefloss für die Bereiche Nahrungsmittel, Wohnen, Transport, Konsumgüter und Dienstleistungen die Menge Land, die hierfür in Anspruch genommen wird. Die Einheitsmesszahl dieser Methode ist die Fläche. Eine Region ist nachhaltig, wenn die für die Herstellung eines bestimmten Lebensstils beanspruchte Fläche — der ökologische Fußabdruck — kleiner oder gleich der effektiv zur Verfügung stehenden Fläche ist. Der ökologische Fußabdruck der Bundesrepublik Deutschland hat eine Größe von 3,5 ha pro Einwohner, obwohl Deutschland nur über eine Fläche von 0,4 ha pro Einwohner verfügt. Da der Lebensstil das neunfache der eigentlich zur Verfügung stehenden Fläche beansprucht, muss für den zusätzlichen Bedarf auf Ressourcen im Ausland zugegriffen werden.

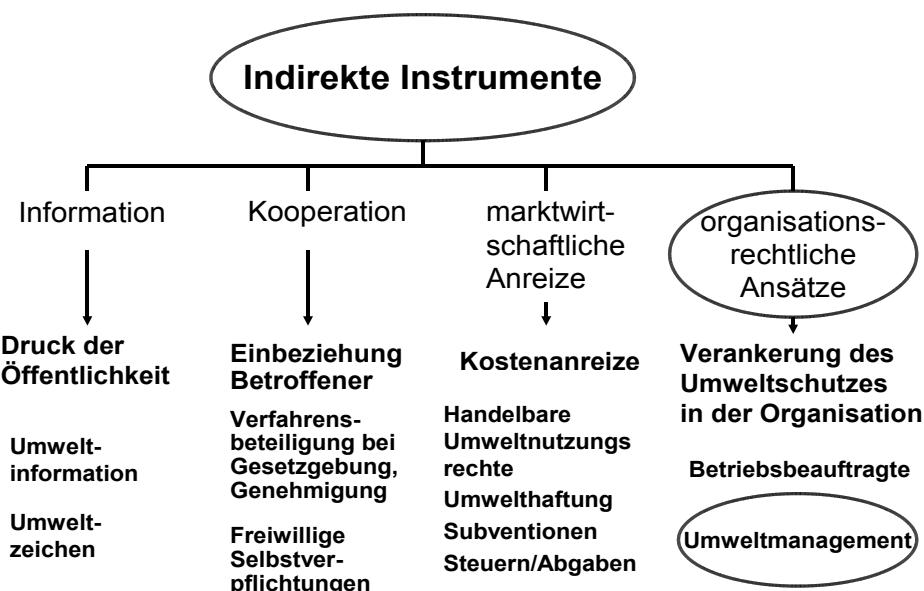
Das Prinzip der Nachhaltigkeit betrachtet die Bereiche Wirtschaft, Umwelt und Soziales als integrierte Einheit. Diese Bereiche können nicht isoliert gesehen werden, sondern sind in starkem Maße miteinander vernetzt. Umweltschutz muss in erster Linie in wirtschaftlichem und unternehmerischem Handeln verankert sein. Mit der Einsparung von Ressourcen geht die Einsparung von Kosten einher. Nachhaltiges Wirtschaften, das sich im Einklang mit der Natur und den natürlichen Ressourcen bewegt, entspricht zugleich den menschlichen Bedürfnissen nach einer intakten Umwelt und respektiert die menschlichen Bedürfnisse auch im Hinblick auf die Absicherung sozialer Lebensstandards.

Von direkten zu indirekten Instrumenten

Neben dem Aufleben der integrierten Umweltschutzstrategie gibt es eine Neuerung in den Instrumenten: an die Stelle von direkten treten zunehmend indirekte Instrumente. Während die direkten Instrumente von der klassischen juristischen Denkweise geprägt sind, Ge- oder Verbote aufzustellen, deren Einhaltung zu kontrollieren und bei Nichteinhaltung zu sanktionieren ist, werden durch den Einsatz indirekter Instrumente neue Wege eingeschlagen. Sie sind darauf angelegt, verstärkt die Eigeninitiative der Akteure zu wecken und zu fördern.

Das Spektrum indirekter Instrumente umfasst unterschiedliche Ansätze, die in der folgenden Übersicht dargestellt sind.

Schaubild 2: Indirekte Instrumente im Umweltrecht



Europäische Umweltpolitik

Die Umsetzung integrierter und nachhaltiger Umweltschutzkonzepte und der Einsatz indirekter Instrumente wird durch die europäische Umweltpolitik forciert. Grundlage dieser Politik sind Art. 6 und 174 EG-Vertrag sowie die Umweltaktionsprogramme der Europäischen Union (EU). Das fünfte Umweltaktionsprogramm (1993–2000) hat die erste EU-Verordnung über die freiwillige Teilnahme an einem Umweltmanagement- und -betriebsprüfungssystem auf den Weg gebracht (Environmental Management and Audit Scheme, EMAS I). Das sechste Umweltaktionsprogramm mit dem Titel "Die Zukunft liegt in unserer Hand" bezieht sich auf den Zeitraum 2001–2010. Ziel ist, die Verankerung von Umweltmanagementsystemen (UMS) in der Praxis weiter voranzutreiben. Wegen der in der Praxis vorherrschenden Entwicklungsdynamik findet derzeit wie bereits bei EMAS I auch für EMAS II eine Überprüfung anhand der in der Praxis gemachten Erfahrungen statt. Zum Ende des Jahres 2006 soll ein Novellierungsentwurf vorgelegt werden, der eine Anpassung an die Praxis beinhaltet. Mit dem Inkrafttreten von EMAS III wird im Jahr 2009 gerechnet.

Die EU fördert eine nachhaltige Umweltpolitik und setzt dabei forciert auf die Einführung indirekter Instrumente. Die EMAS-Verordnung verdeutlicht diese Politik exemplarisch. Die Schwerpunkte liegen auf der Förderung der Eigeninitiative der teilnehmenden Organisationen auf freiwilliger Grundlage sowie auf der Einbeziehung der Öffentlichkeit. Sie sollen die Basis dafür bilden, staatliche Überwachungs- und Kontrollmechanismen Schritt für Schritt abzubauen (Substitution).

EMAS basiert auf den drei Säulen

- Freiwilligkeit
- Selbstverpflichtung
- Selbstkontrolle.

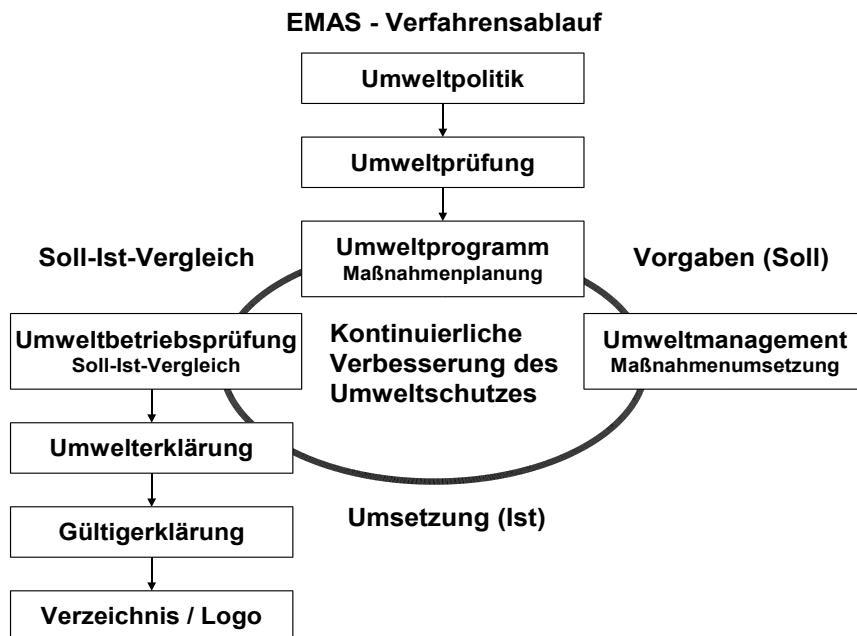
Die EU hat sich gezielt für die Freiwilligkeit einer EMAS–Teilnahme entschieden. Eigeninitiative erfordert Eigenmotivation, der durch die Freiwilligkeit einer Beteiligung Raum gelassen wird. Organisationen sollen dazu bewegt werden, aus Selbstüberzeugung und Eigenantrieb zu handeln. Der Aspekt der Freiwilligkeit ist Ausdruck einer programmatischen Position in der EU-Umweltpolitik. Darüber hinaus ist den teilnehmenden Organisationen im Rahmen der Eigeninitiative ein großer Entscheidungs- und Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Sie können und sollen sich weitgehend eigene Ziele setzen. EMAS will mit diesem Verfahren eingefahrene Wege und Denkmuster, die darauf ausgerichtet sind, erst und ausschließlich auf gesetzgeberische Initiativen bzw. erst auf staatlichen Sanktionsdruck zu handeln, aufbrechen zugunsten von

⇒ Eigeninitiative aufgrund von Eigenmotivation.

Diese Politik setzt auf den allgemeinen Erfahrungssatz, dass alles, was auf Eigeninitiative fußt, zu einem besseren Ergebnis führt und effektiver ist als das, was auf ausgeübten oder angedrohten Sanktionsdruck zurückgeht. Nicht zuletzt auch aufgrund von nur eingeschränkt verfügbaren staatlichen Kontrollkapazitäten wird der Einsatz von indirekten Instrumenten gegenüber direkten Instrumenten als der mehr Erfolg versprechendere Weg favorisiert.

Das EMAS–Verfahren im Überblick

Schaubild 3: Verfahrensablauf von EMAS



Mit EMAS wird die kontinuierliche Verbesserung des Umweltschutzes angestrebt. Ein für die Erreichung dieser Zielsetzung von EMAS ganz zentraler Verfahrensschritt ist die Umweltbetriebspprüfung, in deren Rahmen in regelmäßigen Abständen ein objektiver und systematischer Soll–Ist–Abgleich durchgeführt wird. Der Abgleich findet dahingehend statt, ob die Ziele und Maßnahmen, die im Umweltprogramm vorgesehen

sind (Soll–Vorgaben), durch das Umweltmanagement auch tatsächlich umgesetzt worden sind (Herbeiführung eines Ist–Zustands). Soweit die Ziele umgesetzt sind, können sie für den folgenden Verfahrensdurchlauf (Umweltbetriebsprüfungszyklus) fortgeschrieben und weiterentwickelt werden. Soweit Defizite festgestellt werden, sind die Ziele erneut für den nächsten Umweltbetriebsprüfungszyklus vorzugeben. Ein Umweltbetriebsprüfungszyklus darf höchstens drei Jahre dauern, d. h. innerhalb dieses Zeitraums müssen alle Tätigkeitsbereiche der Organisation mindestens einmal einer Umweltbetriebsprüfung unterzogen worden sein. Die Organisation kann vorsehen, dass bestimmte besonders umweltrelevante Bereiche innerhalb des Zyklus mehrfach geprüft werden.

Umweltpolitik

In einem ersten Verfahrensschritt haben die teilnehmenden Organisationen eine Umweltpolitik zu formulieren, die Leitsätze für das Handeln der Organisation enthält. Sie ist von der obersten Leitung zu verabschieden und den Beschäftigten und der Öffentlichkeit bekannt zu machen (interne und externe Kommunikation). EMAS gibt nur zwei Ziele vor, die bereits systemimmanent mit der Teilnahme an EMAS verbunden sind. Es handelt sich um

- die Verpflichtung zur kontinuierlichen Verbesserung des Umweltschutzes sowie
- die Verpflichtung zur Einhaltung der Umweltvorschriften.

Umweltprüfung

Die Umweltprüfung wird als Verfahrensschritt nur einmalig durchgeführt und dient der Erhebung des aktuellen Ist–Zustands, der als Startposition in das EMAS–Verfahren betrachtet werden kann. Es handelt sich um eine erste Untersuchung der Umweltfragen, der Umweltauswirkungen und der Umweltleistung der Organisation. In diesem Zusammenhang ist auf die wesentlichen Umweltaspekte einzugehen. Zur Überprüfung steht insbesondere der Stand der Einhaltung von Umweltvorschriften. Des Weiteren sind die Stoff- und Energieströme als Input und Output in Form von Ökobilanzen zu erfassen. Der Verfahrensschritt soll die Schwachstellen offenlegen, die Ansatzpunkt möglicher Verbesserungsmaßnahmen sein können.

Umweltmanagement

Für die Einführung und Anwendung eines Umweltmanagements verweist EMAS auf die ISO 14001:2004. Danach umfasst das Umweltmanagement die Verfahrensschritte Planung–Verwirklichung–Überprüfung–Managementbewertung. Die Planung besteht in der Aufstellung eines Umweltprogramms, in dem die Ziele und Einzelziele sowie Maßnahmen zu ihrer Erreichung festgelegt werden. Das Programm umfasst die Festlegung der Fristen für die Zielerreichung und die dafür vorgesehenen Finanzmittel.

Das Umweltprogramm ist in der Organisation umzusetzen durch die Einführung und Anwendung einer Aufbau- und Ablauforganisation. Es sind die Zuständigkeiten und Aufgaben in Bezug auf die Einhaltung der Umweltpolitik und des Umweltprogramms

festzulegen, von der obersten Leitung bis auf die unterste Ebene. Mit den Zuständigkeiten sind zugleich die Verantwortlichkeiten im Umweltschutz auf jeder Ebene der Organisation festgelegt. Im Rahmen der Ablauforganisation ist weiterhin sicherzustellen, dass sowohl regelmäßige als auch spontane Kontrollen über die Einhaltung und Erfüllung der Vorschriften und Aufgaben erfolgen. Das Umweltmanagementsystem umfasst auch eine Störfallorganisation, das heißt es muss in der Organisation auch umschrieben sein, wer von wem bei Abweichungen vom Normalablauf zu informieren ist und wer Entscheidungen über (Korrektur-) Maßnahmen treffen kann. Nach solchen Ereignissen ist eine Intensivierung von Kontrollmaßnahmen vorzusehen, insbesondere mit dem Ziel, ob die Korrekturmaßnahmen effektiv sind.

Umweltbetriebsprüfung

Die Umweltbetriebsprüfung beinhaltet eine systematische, dokumentierte, regelmäßige und objektive Bewertung der Umweltleistung der Organisation. Aus diesem Grund wird EMAS auch als Instrument zur Erleichterung der Managementkontrolle betrachtet. Die oberste Leitung erhält mit dem Umweltbetriebsprüfungsbericht systematisch und objektiv aufbereitete Daten, mit denen sie kontinuierlich über den Grad der Zielerreichung informiert wird und Vorschläge über weitere Verbesserungsmöglichkeiten erlangt.

Umwelterklärung

In der Umwelterklärung sind die Umweltdaten offenzulegen. Die Umwelterklärung stellt die Grundlage für einen offenen Dialog dar, den die Organisation sowohl innerhalb der Organisation als auch extern mit der Öffentlichkeit aktiv suchen und fördern soll. Die Organisation kann nach EMAS II Umweltinformationen auch gezielt an bestimmte interessierte Kreise geben und hierbei nur Teile der Umwelterklärung benutzen. Als interessierte Kreise kommen z. B. in Betracht die Beschäftigten der Organisation, die Anteilseigner, Kunden, Behörden, Nachbarn sowie Versicherungen, Banken und die Wissenschaft.

Gültigerklärung/Validierung der Umwelterklärung

Die Umwelterklärung wird von einem Umweltgutachter für gültig erklärt, wenn die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind. Der Umweltgutachter prüft, ob die Verfahrensschritte von EMAS ordnungsgemäß durchgeführt sind und die in der Umwelterklärung veröffentlichten Daten nachvollziehbar und plausibel sind. Die Umweltgutachter sind für diese Aufgabe staatlich zugelassen. Dies verleiht EMAS einen hohen Stellenwert und ist die Basis für die rechtspolitischen Forderungen nach Deregulierung und Substitution, d. h. Verdrängung staatlicher Kontrollen zugunsten von Eigenkontrollen der Organisation.

Eintragung in das EMAS–Register und Verwendung der Teilnahmeerklärung (Logo)

Nach der Gültigerklärung der Umwelterklärung wird die Organisation in das Verzeichnis der zertifizierten Organisationen eingetragen, das von den Kammern geführt

wird (Industrie- und Handelskammer, Handwerkskammer). Die Kammern versichern sich vorher bei den Umweltbehörden, ob gegen die Organisation kein Verfahren wegen Verletzung von Umweltvorschriften anhängig ist. Ab dem Zeitpunkt der Eintragung kann die Organisation das EMAS-Logo verwenden. Die Besonderheit besteht darin, dass dieses Logo nicht unmittelbar auf dem Produkt selbst und seiner Verpackung angebracht werden darf, weil bei EMAS das Produkt nicht im Vordergrund steht, sondern die Verfahren. Mit EMAS sollte daher kein neues Produkt-Label eingeführt werden.

Vorteile einer Teilnahme an EMAS

Organisationen nehmen aus den unterschiedlichsten Gründen an EMAS teil. Als Vorteile einer Teilnahme an EMAS sind zu nennen:

- Absicherung des Haftungsrisikos
- Einsparung von Ressourcen und Kosten
- Qualifizierung und Motivierung der Beschäftigten
- Imagegewinn und Wettbewerbsvorteile

Absicherung von Haftungsrisiken

EMAS wird insbesondere in Branchen und Unternehmen, die einem hohen Haftungsrisiko ausgesetzt sind, dafür genutzt, dieses Risiko abzusichern. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Umweltmanagementsystem. In diesem Verfahrensschritt von EMAS ist die Aufbau- und Ablauforganisation festzulegen. Es sind die Zuständigkeiten und Aufgaben in Bezug auf die Einhaltung der Umweltvorschriften von der obersten Leitung bis auf die unterste Ebene zu umschreiben. Mit den Zuständigkeiten sind zugleich die Verantwortlichkeiten im Umweltschutz auf jeder Ebene der Organisation festgelegt. Im Rahmen der Ablauforganisation ist weiterhin sicherzustellen, dass eine regelmäßige und spontane Kontrolle über die Einhaltung und Erfüllung der Vorschriften und Aufgaben erfolgt. Das Umweltmanagementsystem umfasst auch eine Störfallorganisation, das heißt es muss in der Organisation auch umschrieben sein, wer von wem bei Abweichungen vom Normalablauf zu informieren ist und wer Entscheidungen über (Korrektur-) Maßnahmen treffen kann. Nach solchen Ereignissen ist eine Intensivierung von Kontrollmaßnahmen insbesondere mit dem Ziel vorzusehen, ob die Korrekturmaßnahmen effektiv sind.

Die regelmäßige Überprüfung des Ist-Zustands mit den Ziel- bzw. Soll-Anforderungen des Umweltprogramms im Rahmen der Umweltbetriebsprüfung gewährleistet die Funktionsfähigkeit und Effektivität des Umweltmanagementsystems. Das Umweltmanagement ist in einem Handbuch zu dokumentieren.

EMAS verleiht dadurch eine Sicherheit dahingehend, dass die Abläufe innerhalb der Organisation klar geregelt sind und auch eingehalten werden, insbesondere in Bezug auf die Erfüllung und Einhaltung der Umweltpflichten. Mit der Dokumentation der Abläufe und den regelmäßig durchzuführenden Umweltbetriebsprüfungen ist die Organisation in der Lage nachzuweisen, dass sie die Umweltpflichten eingehalten hat.

Für die Umwelthaftung ist dies von maßgeblicher Bedeutung. Nach dem Umwelthaftungsgesetz geht die Beweislast, dass die Anlage den Schaden verursacht hat, von dem Anlagenbetreiber auf den Geschädigten über, wenn der Betreiber nachweist, dass beim Anlagenbetrieb die einschlägigen Vorschriften erfüllt worden sind. Das Umweltmanagementsystem nach EMAS stellt sicher, dass dieser Beweis geführt werden kann. Im Umwelthaftungsrecht kommt es für die Durchsetzung von Haftungsansprüchen entscheidend darauf an, wer die Beweislast trägt, denn aufgrund der Vielzahl möglicher Verursachungszusammenhänge von Umweltwirkungen können eindeutige Nachweise in dieser Richtung in der Regel nicht geführt werden. Dadurch, dass Organisationen mit ihrer Teilnahme an EMAS die Beweislast auf die Geschädigten abwälzen können, minimieren sie ihr Haftungsrisiko deutlich.

Einsparung von Ressourcen und Kosten

Mit der Teilnahme an EMAS geht eine systematische Erfassung und Bewertung der Input- und Output Stoff- und Energieströme in Form von Ökobilanzen einher. Die in der Bilanz erfassten Daten sind ständig zu aktualisieren und fortzuschreiben. Auf ihrer Grundlage können Schwachstellen erkannt und Maßnahmen zu ihrer Beseitigung geplant und ergriffen werden. Das Spektrum reicht von Maßnahmen zur Einsparung des Energie- und Wasserverbrauchs bis hin zur Veränderung der Produktkonstruktion und Materialauswahl. Mit der Reduzierung des Ressourcenverbrauchs sind gleichzeitig Kosteneinsparungen verbunden.

Qualifizierung und Motivierung der Beschäftigten

Die Ziele der Organisation zur Verbesserung des Umweltschutzes müssen vor Ort auf den einzelnen Arbeitsplätzen umgesetzt werden. EMAS bezieht daher die Beschäftigten in das Verfahren ein. Im Rahmen des Umweltmanagementsystems sind die Beschäftigten, deren Tätigkeiten eine besondere Auswirkung auf die Umwelt haben, entsprechend zu schulen, so dass die Auswirkungen erkannt werden können und über Ansatzpunkte ihrer Vermeidung oder Verminderung vor Ort durch die Beschäftigten nachgedacht werden kann. Entsprechende Aktivitäten sind durch ein entsprechendes Vorschlagswesen der Organisation zu fördern und zu unterstützen. Darüber hinaus ist eine Motivierung der Beschäftigten durch projektbezogene Gruppenarbeit sowie durch die Einrichtung von Umweltausschüssen in Betracht zu ziehen. Nach der EMAS-VO sind auf Antrag auch Arbeitnehmervertreter in das Verfahren einzubeziehen. Den Beschäftigten auf allen Ebenen muss bekannt sein, welche Bedeutung es hat, dass die Abläufe mit der Umweltpolitik und den zugehörigen Verfahren übereinstimmen. Es muss des Weiteren bekannt sein, welche Aufgaben und Verantwortlichkeiten die Beschäftigten jeweils selbst wahrnehmen, um diese Konformität herzustellen und schließlich welche Bedeutung und mögliche Folgen eine Abweichung von festgelegten Arbeitsabläufen hat.

Imagegewinn und Wettbewerbsvorteile

Aufgrund der sich immer weiter zuspitzenden Umweltprobleme und des zunehmenden Umweltbewusstseins in der Bevölkerung wächst der Handlungsdruck auf Unternehmen und andere Organisationen, im Umweltschutz aktiv zu werden. Mit der

Teilnahme an EMAS können Organisationen deutlich machen, dass sie auf freiwilliger Grundlage und aus Eigeninitiative aktiv werden und eine kontinuierliche Verbesserung im Umweltschutz anstreben. Die teilnehmenden Organisationen und Unternehmen fordern, dass von Seiten des Gesetzgebers die Öffentlichkeit stärker über EMAS aufgeklärt werden muss. EMAS sei noch viel zu wenig bekannt in der Öffentlichkeit. Kaum einer weiß, was sich hinter dem Kürzel verbirgt, so dass Kaufentscheidungen unbeeinflusst von der Frage getroffen werden, ob die Produktanbieter an EMAS teilnehmen. Der potentielle Imagegewinn, der mit einer Teilnahme an EMAS verbunden ist, sei von daher noch lange nicht ausgeschöpft.

Stand der Beteiligung an EMAS und dem Umweltmanagement nach ISO–Norm

Nach anfänglicher großer Euphorie unmittelbar nach Inkrafttreten von EMAS I Anfang 1995 hat diese Euphorie seit dem Jahr 2000 nachgelassen. Die Teilnehmerzahlen haben sich weitgehend auf dem damals bestehenden Stand stabilisiert, es gibt keine bedeutenden Teilnehmersteigerungen. Ein Grund für diese Tendenz ist darin zu sehen, dass EMAS mit dem Umweltmanagementsystem nach der ISO–Norm 14001:2004 konkurriert. Während EMAS in seinem Anwendungsbereich auf Europa begrenzt ist, gilt diese Norm als internationaler Standard. Vor diesem Hintergrund verweisen weltweit agierende Unternehmen auf die Tatsache, dass im außereuropäischen Raum nur das Umweltmanagement nach ISO–Norm bekannt ist, nicht jedoch EMAS. Da oftmals ein einheitliches Umweltmanagementsystem für die gesamte Organisation bevorzugt wird, fällt die Entscheidung eher für die ISO–Norm aus. Mit EMAS II hat Europa einen großen Schritt in Richtung einer Angleichung an die ISO–Norm getan. EMAS II verweist für den Verfahrensschritt Umweltmanagement auf die ISO–Norm, d. h. das Umweltmanagement nach EMAS ist entsprechend den Vorgaben der ISO–Norm einzuführen und anzuwenden. Es ist davon auszugehen, dass sich EMAS und ISO 14001:2004 in Zukunft weiter aufeinander zubewegen werden und die bestehende Normkonkurrenz Schritt für Schritt abgebaut wird. Zur Zeit hebt sich EMAS dadurch von der ISO–Norm ab, dass EMAS mit der Zulassung der Umweltgutachter durch eine staatlich beliehene Gesellschaft (Deutsche Akkredierungs- und Zulassungsgesellschaft mbH, DAU) staatliche Elemente enthält sowie des Weiteren die Verpflichtung zur Veröffentlichung der Umweltdaten in der Umwelterklärung besteht.

Die folgenden Statistiken 1–3 zeigen die Entwicklung der Teilnahme an EMAS in der Bundesrepublik Deutschland, die Statistiken 4–6 die Entwicklung in Europa. Statistik 1 zeigt, dass seit 2001 die Teilnahme an EMAS kontinuierlich abnimmt, von 2368 Organisationen im Jahr 2002 auf nur noch 1499 teilnehmende Organisationen bis Ende 2005. In Bayern und Baden–Württemberg liegt die Teilnehmerzahl deutlich höher als in den übrigen Bundesländern. Nach Branchen betrachtet liegen die höchsten Teilnehmerzahlen in den Bereichen Ernährung, Chemische Industrie, Metallerzeugung, Automobilindustrie und im Bildungsbereich.

Europaweit nimmt die Bundesrepublik eine überragende Spitzenreiterposition ein (1485 Organisationen), gefolgt von Spanien (593), Italien (529) und Österreich (250), (Stand September 2006).

Statistik 1–6 (Quelle: Umweltgutachterausschuss, DIHK, emas-helpdesk)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag

Organisationen in EMAS nach Bundesländern

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
Bad-Württ.	379	414	381	368	336	326	313	317	320	322	320	319	327	350					
Bayern	531	606	584	505	382	328	320	326	328	320	318	314	310	304					
Berlin	59	73	81	74	60	56	55	55	55	55	54	54	54	54					
Brandenburg	51	60	65	66	68	44	42	42	42	42	40	40	40	40					
Bremen	11	15	16	13	9	19	20	21	21	21	21	21	21	21					
Hamburg	21	24	26	29	30	23	20	20	20	20	20	20	20	20					
Hessen	188	208	206	187	130	115	103	102	102	102	102	102	103	102					
Merkl.Vorp.	31	46	52	53	37	26	24	24	23	25	25	25	25	25					
Nieders.	104	110	120	95	80	57	56	55	55	56	56	56	56	56					
NRW	449	461	370	271	170	161	164	163	164	165	165	162	162	161					
Rhein-Pfalz	137	195	184	171	73	59	53	52	52	52	52	52	52	52					
Saarland	36	41	47	46	44	51	49	50	49	48	49	48	48	48					
Sachsen	99	90	102	85	62	55	53	52	50	47	47	47	48	47					
Sach-Anh	105	143	196	175	107	51	34	32	32	32	32	32	32	32					
Schl-Holst	62	89	96	91	68	73	72	71	72	71	71	72	72	72					
Thüringen	76	94	145	139	143	120	112	117	114	110	110	109	108	107					
Deutschland	2339	2669	2671	2368	1799	1564	1491	1499	1499	1488	1479	1473	1478	1487					
Standorte	2399	2669					1958	1967	1970	1939	1926	1913	1912	1943					

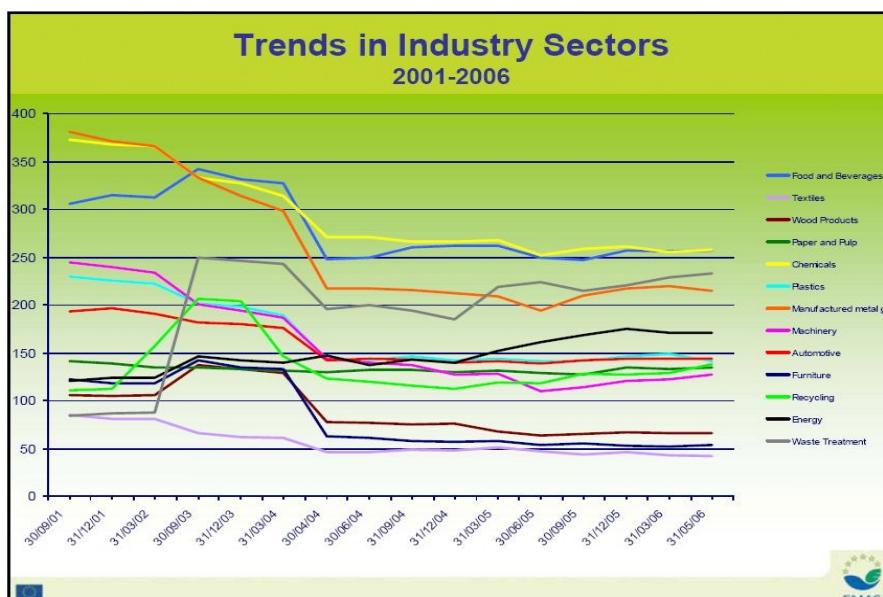
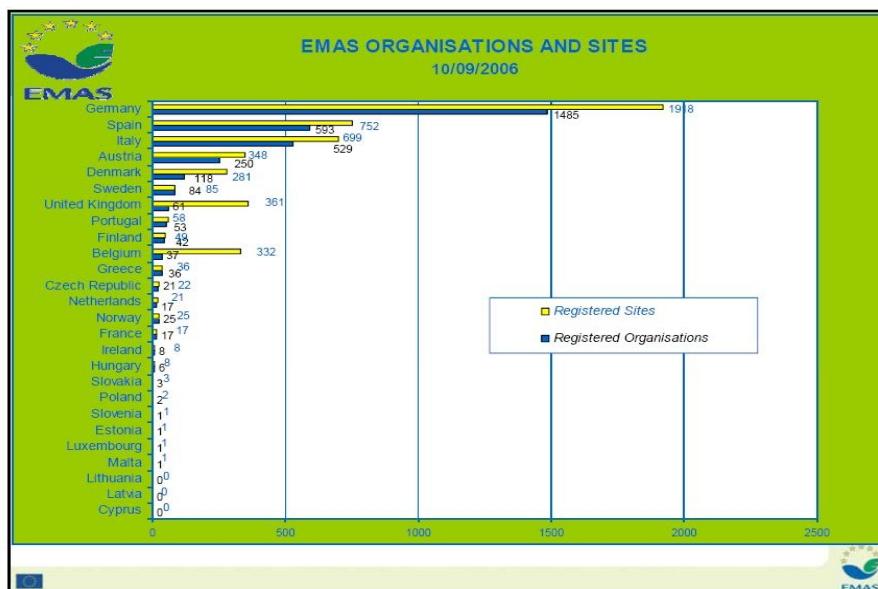
Bis 2001 wurden in der Statistik Standorte erfasst, danach Organisationen, die sich aus einer Mehrzahl von Standorten zusammensetzen können.

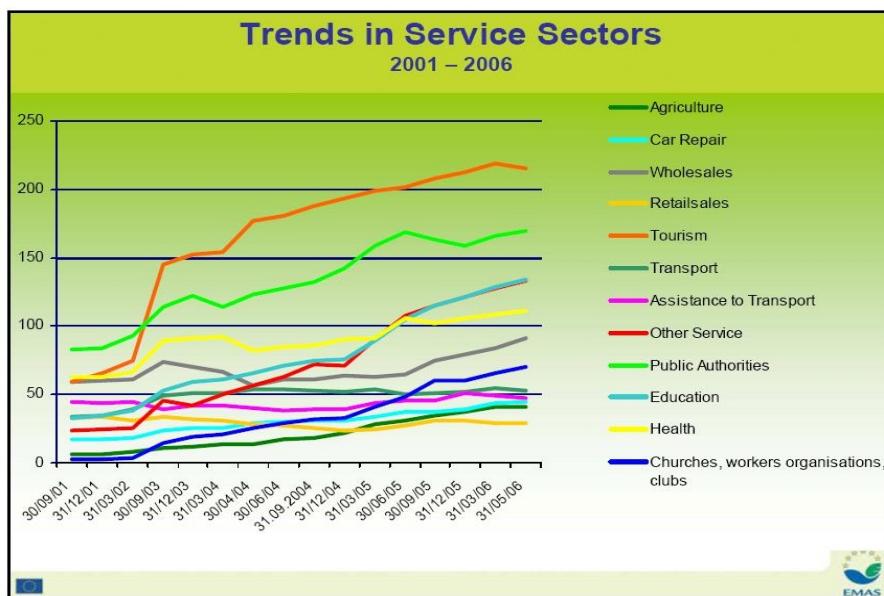
Beteiligung an EMAS in Deutschland nach Branchen

Stand: 31. August 2005

NACE	Branchen	06/99	12/99	11/00	12/01	12/02	03/03	08/05
01	Landwirtschaft					7	7	28
02	Forstwirtschaft							1
14	Gewinnung von Erden	11	16	19	21	19	19	10
15	Ernährungsgewerbe	228	258	283	288	244	241	118
17	Textilgewerbe	41	44	48	44	42	41	14
18	Bekleidungsgewerbe	12	14	14	9	6	5	1
19	Ledergewerbe	4	6	6	8	8	7	4
20	Holzgewerbe	57	69	101	99	92	86	31
21	Papiergewerbe	62	59	60	59	56	54	42
22	Verlag/Druckerei	91	96	104	98	86	81	48
23	Kokerei, Mineralöl	12	13	13	13	11	10	4
24	Chemische Industrie	233	245	257	256	229	225	142
25	Gummi-/Kunststoffwaren	147	163	177	170	136	133	80
26	Glasgewerbe	50	64	67	75	61	60	16
27	Metallerzeugung	61	65	69	68	58	55	40
28	Metallerzeugnisse	246	285	310	316	276	267	152
29	Maschinenbau	170	187	189	181	150	143	75
30	Büromaschinen	16	16	14	10	4	4	4
31	Herstellung von Elektrizitätsgeräten	92	100	94	95	69	64	23
32	Nachrichtentechnik	40	43	42	36	25	23	18
33	Medizintechnik	52	55	55	57	48	45	22
34	Herstellung von Kraftwagen	127	143	156	160	136	134	105
35	Sonstiger Fahrzeugbau	15	18	22	21	17	16	20
36	Möbel/Schmuck	110	121	142	129	119	115	38
37	Rückgewinnung	95	101	105	116	90	88	54
40	Energie	36	68	70	66	63	63	49
41	Wasserversorgung		19	27	32	24	24	23
45	Baugewerbe							20
50	Handel Kraftfahrzeuge					1	1	13
51	Großhandel		19	30	54	57	55	41
52	Einzelhandel		67	71	30	26	27	29
55	Gastgewerbe		13	26	31	25	30	40
60 - 63	Verkehrsunternehmen		27	38	35	39	40	40
64	Nachrichtenübermittlung		5	5	4	1	1	0
65	Kreditgewerbe		8	9	12	11	11	11
66	Versicherungen		6	6	7	9	9	3
67	Mit 65 und 66 verbundene Tätigk.							1
70	Grundstücks- u Wohnungswesen							3
71	Vermietung v Sachen							2
73	Forschung u Entwicklung					1	1	4
74	Dienstl. für Unternehmen		1	7	15	15	14	34
75	Öffentliche Verwaltung		26	47	66	75	78	89
80	Erziehung und Unterricht		7	15	31	39	41	105
85	Gesundh-, Vet- und Sozialwesen		21	40	59	78	80	83
90	Abwasser, Abfall	118	152	168	170	147	144	82
91	Interessenverfr, religiöse Vereinig.				1	13	15	55
92	Kultur, Sport und Unterhaltung		12	15	15	12	12	17
93	Sonstige Dienstleistungen		6	9	14	15	14	17
Gesamt		2126	2638	2930	2971	2640	2585	1851

Soweit in einer Organisation Tätigkeiten verrichtet werden, die mehr als einer Abteilung des NACE zugeordnet werden, wurde die Organisation in allen berührten Abteilungen gezählt. Daher ist die ausgeworfene Gesamtzahl höher als die Zahl der eingetragenen Organisationen. Quelle DIHK, September 2005





Förderung der Einführung von EMAS

Marktwirtschaftlicher Wettbewerbsdruck

Die Einführung von EMAS erfolgt anfangs aufgrund marktwirtschaftlichen Wettbewerbsdrucks. Es wird erwartet, dass EMAS aufgrund einer zunehmenden Sensibilisierung der Öffentlichkeit für die Umweltprobleme und aufgrund einer Schärfung des Umweltbewusstseins zu einem erheblichen Imagegewinn beiträgt und damit zu Wettbewerbsvorteilen verhilft.

Ähnlich wie Qualitätsmanagementsysteme sich weitgehend über Hersteller-Zuliefererbeziehungen in der Praxis verbreiten, steigt die Teilnahme an EMAS ebenfalls dadurch, dass Hersteller-Unternehmen den Nachweis eines zertifizierten EMAS-Systems von ihren Zulieferern fordern. EMAS wird neben Qualitätsmanagementsystemen zur Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Zuliefererbeziehung gemacht.

Anreize für eine Teilnahme durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber verfolgt unterschiedliche Ansätze, um die Teilnahme an EMAS zu erhöhen.

Privilegierungsverordnung 2002

Die an EMAS teilnehmenden Organisationen werden in bestimmten behördlichen Verfahren privilegiert. Das bezieht sich auf die Mitteilungspflichten zur Betriebsorganisation, auf die Bestellung von Betriebsbeauftragten, auf die Ermittlung von Emissionen und die Abgabe von Emissionserklärungen sowie auf sicherheitstechnische Prüfungen.

Öffentliche Aufklärung

Durch eine bessere Aufklärung der Öffentlichkeit soll der Anreiz für eine Teilnahme an EMAS gesteigert werden. Die Öffentlichkeit kann nur in diesem Fall die Anstrengungen würdigen, die Organisationen im Zusammenhang mit EMAS aufbringen. Dadurch erhält das EMAS–Logo mehr Aussagekraft und eine größere Wirkung. Der Imagegewinn und damit mögliche Wettbewerbsvorteile lassen sich nur auf diese Weise realisieren.

Öffentliche Förderprogramme, insbesondere für kleine und mittelständische Unternehmen

Seit dem Inkrafttreten von EMAS geht das Bestreben dahin, besonders kleine und mittelständische Unternehmen durch öffentliche Zuschüsse und zum Teil wissenschaftliche Begleitung zum Einstieg in das EMAS–System zu bewegen. Für diese Unternehmen stellt es teilweise bereits einen Hinderungsgrund dar, die Kosten für den Umweltgutachter tragen zu müssen. Zum Teil erfüllen diese Unternehmen die Anforderungen von EMAS, lassen aber aus Kostengründen keine Zertifizierung des Systems durch Umweltgutachter durchführen. Dies macht deutlich, wie wichtig in diesem Bereich die Bereitstellung von Förderprogrammen ist.

Öffentliches Vergaberecht

Nachdem im Bereich der Privatwirtschaft Herstellerunternehmen bereits seit längerem auf ihre Lieferanten und Vertragspartner einwirken, dass diese wie sie als Hersteller selbst auch zertifizierte Qualitäts- und Umweltmanagementsysteme einführen und anwenden, wird dies nun auch im öffentlichen Vergaberecht relevant. Nach den europäischen Vergaberichtlinien werden nun auch die nationalen Vergaberichtlinien (z. B. Verdingungsordnung für Bau- und Dienstleistungen, VOB) die EMAS–Registrierung und gleichwertige Umweltmanagementsysteme bei der Entscheidung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen berücksichtigen. Die Praktizierung einer umweltbewussten Auftragsvergabe wird sich sicherlich als zusätzlicher bedeutender Anreiz für eine EMAS–Teilnahme erweisen. Soweit die öffentliche Vergabestelle selbst an EMAS teilnimmt, ist sie bereits nach den Anforderungen von EMAS gehalten, auf ihre Auftragnehmer und Vertragspartner einzuwirken, dass auch sie die gleichen umweltpolitischen Grundsätze anwenden wie sie selbst als Vergabestelle.

Ausblick

Wie einige andere Ansätze im Bereich indirekter Instrumente wird auch EMAS kontrovers diskutiert. Die Skeptiker betrachten EMAS nur als Augenwischerei, als willkommene Imagepflege zur Steigerung des Marktanteils. Keinesfalls dürften staatliche Kontrollmechanismen aufgrund einer EMAS–Teilnahme abgebaut werden. Die Optimisten sehen in EMAS einen grundlegenden Wandel in der Umweltpolitik, der erfolgversprechender als tradierte Wege eingeschätzt wird.

EMAS stellt im Wesentlichen nur ein Gerüst zur Verfügung, das mit dem Verfahrensschritt der Umweltbetriebsprüfung sicherstellen soll, dass sich die Organisationen

kontinuierlich überprüfen, ob sie ihre Ziele auch erfüllen. Hierin besteht das Hauptanliegen von EMAS. Bei der Frage, mit welchen inhaltlichen Zielen dieses Gerüst auszufüllen ist, belässt EMAS den Akteuren einen sehr großen Spielraum. In dieser Hinsicht gibt EMAS "nur" die beiden Ziele vor: kontinuierliche Verbesserung des Umweltschutzes und Einhaltung der Umweltvorschriften. Letzteres sollte selbstverständlich sein, ersteres ist zwangsläufig mit einer Teilnahme an EMAS verbunden.

Entsprechend dieser Ausrichtung von EMAS sind die Spielräume, wie das System in der Praxis gelebt wird, sehr groß. Es gibt Teilnehmer, die EMAS einführen, weil sie einem externen Druck unterliegen, d. h. weil ihre Kunden es verlangen. In diesem Fall wird EMAS restriktiv gelebt, als eine Art "Zwangskorsett", in dem man sich bewegen muss und in dem man sich dann zwangsläufig nur sehr langsam und träge bewegt. Im Grunde findet man die tradierten Verhaltensmuster aus den Zeiten der Dominanz direkter Instrumente nur im neuen EMAS–Gewand wieder vor. Die überkommene Mentalität wirkt hier kontraproduktiv auf das fortschrittliche EMAS–Gerüst.

Es gibt demgegenüber Teilnehmer, die EMAS offensiv leben. Hier finden wir eine Symbiose von Instrument und Philosophie der Organisation vor. EMAS wirkt in dieser Teilnehmergruppe produktiv–unterstützend. Es unterstützt die Prozesse in der Organisation, die darauf ausgerichtet sind, den Umweltschutz fortlaufend zu optimieren und weiterzuentwickeln. Wenn diese EMAS–Anwendergruppe mit staatlichen Belohnungen wie z. B. der Privilegierungsverordnung oder dem öffentlichen Vergaberecht begleitet wird, ist das eine "produktive Allianz", die sich idealerweise in einer gegenseitigen Interaktion weiterentwickeln kann zum Nutzen der Umwelt. Funktioniert EMAS unter dieser Prämisse, ist es ein in höchstem Maße unterstützenswertes Instrument. Jeder kennt die Erfahrung insbesondere aus der Eltern–Kind–Beziehung, dass in Eigenmotivation alles besser gelingt als unter fremdbestimmtem Druck!

Zunehmend wird EMAS zu einem "Nachhaltigkeitsmanagement" weiterentwickelt, das nicht nur den Umweltschutz als Einzelaspekt der Organisation sieht, sondern ihn mit ökonomischen und sozialen Gesichtspunkten zu einer Einheit verschmilzt. In diesem Zusammenhang nehmen Organisationen ihre "Corporate Social Responsibility (CSR)" wahr. 285 Unternehmen veröffentlichen Umweltberichte, weitere 75 einen Nachhaltigkeitsbericht sowie 1500 Unternehmen in regelmäßigen Abständen eine Umwelterklärung nach EMAS (Umweltgutachterausschuss, Presse–Information Nr. 13/2006). Relevant ist hier die Global Reporting Initiative (GRI), die einen Leitfaden zur nachhaltigen Berichterstattung entworfen hat.

Es bleibt zu hoffen, dass die Organisationen, deren Einstieg in EMAS trotz Freiwilligkeit des Systems mehr oder weniger "fremdbestimmt" ist, im Zuge der Praktizierung von EMAS deren Vorteile erfahren und sich insbesondere zunehmend über den Nutzen für die Umwelt bewusst werden. EMAS kann hier "zunächst" dazu dienen, einen Bewusstseinswandel zu initiieren. Wichtiger Ansatzpunkt in diese Richtung ist die Verpflichtung der obersten Leitung nach EMAS, eine schriftliche Umweltpolitik zu entwerfen. Des Weiteren wird die oberste Leitung in regelmäßigen Zeitabständen durch die Vorlage des schriftlichen Umweltbetriebsprüfungsberichts über den Stand der Zielerreichung informiert, d. h. allein die Berichtsvorlage konfrontiert mit der Problematik. EMAS lässt seine Teilnehmer nicht ruhen! Das ist insbesondere für die träge Teilnehmergruppe vorteilhaft und fördert den Übergang zur Entfaltung eigenen Schwungs! Unter diesen Gesichtspunkten tut EMAS allen Teilnehmergruppen gut!

Es gibt allerdings verschiedene Punkte, bei denen EMAS noch ein — großes — Optimierungspotential aufweist!

Kleinen und mittelständischen Unternehmen, die EMAS besonders für eine Teilnahme gewinnen möchte, ist die Lektüre des EMAS–Verordnungstextes nicht zumutbar! Es sind Übersetzungsleistungen von der Theorie in die Praxis gefordert. Wünschenswert wäre hier mehr Klarheit und Verständlichkeit. EMAS II hat insoweit trotz mancher Erwartungen keine Verbesserungen gebracht. Bleibt auf EMAS III zu hoffen!

In diesem Zusammenhang sollte der EMAS–Gesetzgeber auch prüfen, ob eine differenzierte Lockerung der bürokratischen EMAS–Anteile in Betracht gezogen werden kann, insbesondere auch wieder besonders im Hinblick auf die Zielgruppe der kleinen und mittelständischen Unternehmen.

Die Systemkonkurrenz von EMAS und ISO 14001 trägt schließlich auch nicht zur Klarheit und Sicherheit in der Praxis bei. Es wäre wünschenswert, wenn sich die Systeme auf höchstem Niveau vereinigen und sich gemeinsam weiterentwickeln könnten! Insbesondere in den Anfangszeiten von EMAS und ISO 14001 hat die Normenkonkurrenz zur Verwirrung in der Praxis beigetragen und nicht der Sache — Verbesserung des Umweltschutzes — gedient! In dieser Zeit ist viel Energie für die Diskussion um die Normenkonkurrenz verschwendet worden. Energie, die sich heute vor dem Hintergrund der stetigen Angleichung der Systeme — erfreulicherweise — als verfehlt erweist.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die positiven Effekte von EMAS deutlich überwiegen und lediglich Korrekturen in der Makulatur angezeigt sind.

Literatur

Müller-Christ, Georg, Umweltmanagement 2001

www.bmu.de

www.uba.de

www.uga.de

www.dihk.de

www.doktoranden-netzwerk.de

www.emas-helpdesk.eu.int

Teil III.

Arbeitnehmerbeteiligung und Unternehmensverfassung

Erweiterung der betrieblichen Mitwirkungsrechte der Europäischen Arbeitnehmervertretung durch Beteiligungsvereinbarung?

von Thomas Blanke

I. Problemstellung: Beeinflussung von Standortentscheidungen durch das Beteiligungsgefälle der Arbeitnehmervertretung in den Mitgliedstaaten

Das Nebeneinander von nationalen und gemeinschaftsrechtlichen betriebsverfassungsrechtlichen Organen der betrieblichen Interessenvertretung auf der Ebene gemeinschaftsweit tätiger Unternehmen nach dem EBRG oder einer SE kann dazu führen, dass in solchen Unternehmen ein Betriebsrat und ggf. ein GBR bzw. KBR nach deutschem Betriebsverfassungsrecht zu bilden sind und daneben ein EBR oder SE-BR besteht. Die Beteiligungsrechte dieser Organe sind unterschiedlich weit reichend. Insbesondere in Fällen von betrieblichen Umstrukturierungen, die nach deutschem Recht sozialplanpflichtig sind, besteht in Deutschland ein Mitbestimmungsrecht der betrieblichen Interessenvertretung bei der Aufstellung des Sozialplans.

EBR und SE-BR besitzen eine derartige Befugnis jedoch nicht. Sie verfügen nach den gesetzlichen Auffangregelungen und nahezu allen Beteiligungsvereinbarungen, die typischer Weise an ihnen Maß nehmen, nur über die *schwächeren Beteiligungsrechte der Information und Konsultation*. Dies könnte dazu führen, dass z.B. eine SE-weite Umstrukturierungsmaßnahme nach deutschem Recht der betrieblichen Mitbestimmung und der Sozialplanpflicht unterliegt, in Bezug auf die Auswirkungen dieser Maßnahme in anderen Mitgliedstaaten jedoch keine entsprechenden Beteiligungsrechte bestehen. Die Umsetzung der Unternehmensentscheidung unterliegt demnach unterschiedlichen Voraussetzungen. Soweit diese zu unterschiedlichen Belastungen und ggf. Kosten für das Unternehmen führen, könnte dies die strategische Unternehmensplanung in der Weise beeinflussen, dass Umstrukturierungen bevorzugt an solchen Standorten vorgenommen werden, bei denen sie mit geringerem Aufwand verbunden sind.

Dies wirft die Frage nach der näheren Bestimmung und Abgrenzung der Befugnisse der jeweiligen Vertretungsgremien auf (dazu unter II). Ferner ist zu untersuchen, ob und ggf. in welcher Weise in bereits abgeschlossenen Beteiligungsvereinbarungen Erweiterungen von Beteiligungsrechten der Europäischen Arbeitsnehmervertretung über das Niveau der Auffangregelungen hinaus geregelt worden sind (III). Schließlich ist die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Erweiterung der Beteiligungsrechte zu prüfen (dazu IV). Dabei erweist sich, dass die Erweiterung der Beteiligungsbefugnisse der Europäischen Arbeitnehmervertretung ein zentrales Element im Prozess der dynamischen Weiterentwicklung des Europäischen Sozialmodells ist (V).

II. Abgrenzung der Befugnisse von SE-BR, EBR und BR bzw. GBR/KBR

Die Befugnisse eines EBR und SE-BR richten sich in erster Linie nach der abzuschließenden Beteiligungsvereinbarung.

1. Die Beteiligungsvereinbarung: Im Grundsatz weite Vereinbarungsmöglichkeit

Parteien der Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE¹ und in einem grenzüberschreitenden Unternehmen oder Konzern gemäß den Bestimmungen über den EBR² sind auf Arbeitgeberseite die Leitungen der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften bzw. die zentrale Unternehmensleitung oder die als zentrale Unternehmensleitung geltende Stelle i. S. von § 2 Abs. 2 EBRG und auf Arbeitnehmerseite das besondere Verhandlungsgremium (BVG).

Die Rechtsnatur der SE-Beteiligungsvereinbarung wird weder in der SE-RL noch im SEBG näher bestimmt. Sofern die SE ihren Sitz in Deutschland hat, beurteilt sich diese Frage nach deutschem Recht.³ Sicher ist danach, dass die SE-Beteiligungsvereinbarung ebenso wenig wie die EBR-Vereinbarung als Tarifvertrag oder als Betriebsvereinbarung angesehen werden kann, weil Partei der Vereinbarung auf Arbeitnehmerseite weder eine Gewerkschaft noch ein Betriebsrat ist, sondern das BVG.⁴ Sowohl die Vorschriften über die SE⁵ als auch die über den EBR⁶ bestimmen, dass die Vereinbarung in der "Autonomie der Parteien" liegt, soweit die RL und das SEBG hierzu keine zwingenden Vorgaben aufstellen. Mit der ausdrücklichen Hervorhebung der "Autonomie" der Parteien wird ausgedrückt, dass diese im Rahmen der zwingenden Vorschriften frei über Inhalt und ggf. Prozedur der Beteiligungsvereinbarung entscheiden können.

Aus dieser Betonung der Vereinbarungsautonomie ergibt sich jedenfalls, dass den Parteien der Beteiligungsvereinbarung bei ihrem Abschluss ein *weiter Gestaltungsspielraum* zukommt. Dieser erstreckt sich nicht nur auf die Frage, ob neben der Errichtung eines EBR oder SE-BR (bzw. eines äquivalenten Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung des BVG) auch eine Vereinbarung über die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen der SE abgeschlossen werden soll (Art. 4 Abs. 2g SE-RL). Darüber hinaus kann die Arbeitnehmerseite durch einen mit (bei der SE: doppelt) qualifizierter Mehrheit zu fassenden Beschlusses des BVG auch entscheiden, ob überhaupt Verhandlungen aufgenommen oder ob bereits aufgenommene Verhandlungen abgebrochen werden sollen (sog. "Negativbeschluss", vgl. Art. 5 Abs. 5 EBR-RL, § 15 EBRG, Art. 3 Abs. 6 SE-RL, § 16 SEBG).

¹ Art. 4 SE-RL, §§ 4 Abs. 1, 21 Abs. 1 SEBG.

² Art. 5 Abs. 3 EBR-RL, §§ 8 Abs. 1, 17 EBRG.

³ Das EBRG enthält hierzu im Gegensatz zum SEBG in § 2 Abs. 1 eine entsprechende ausdrückliche Regelung.

⁴ MünchARbR-Joost § 366 Rn. 98; Müller § 17 Rn. 3, 10, § 41 Rn. 3; DKK-Däubler EBRG § 17 Rn. 6 ff.; zur SE vgl. Herfs-Röttgen, NZA 2002, 358, 364; die Frage der Erstreichbarkeit einer derartigen Vereinbarung, dazu Herfs-Röttgen, NZA 2002, 358, 364, sei hier dahingestellt.

⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 2 SE-RL, § 21 Abs. 1 SEBG.

⁶ Vgl. Art. 13 EBR-RL (= § 41 EBRG) und Art. 5 EBR-RL (= § 17 EBRG). § 17 EBRG trägt die Überschrift: "Gestaltungsfreiheit".

Festzuhalten ist demnach, dass die Parteien einer EBR- und SE-Beteiligungsvereinbarung — abgesehen vom Sonderfall der SE-Gründung durch Umwandlung nach Art. 4 Abs. 4 SE-RL, § 21 Abs. 6 SEBG — eine *weit gefasste Gestaltungsfreiheit* besitzen. Diese ist durch die in Art. 6 EBR-RL (§§ 17, 18 EBRG) und Art. 4 Abs. 2 SE-RL (§ 21 Abs. 1 SEBG) enthaltenen Mindestvorgaben nur relativ geringfügig eingeschränkt.⁷ Die Parteien sind — vorbehaltlich eines "Negativbeschlusses" des BVG — lediglich gehalten, irgendein Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zu vereinbaren. Wie sie dies prozedural und inhaltlich näher ausgestalten, unterliegt ihrer freien Vereinbarungsbefugnis. Dabei sind sie insbesondere auch nicht an die Einhaltung der Auffangvorschriften⁸ gebunden.⁹ Dies wird in Bezug auf EBR-Vereinbarungen nach Art. 6 EBR-RL in § 17 S. 1, 2. Hlbs. EBRG ausdrücklich betont (Danach sind die Parteien "nicht an die Bestimmungen des Vierten Teils dieses Gesetzes"— das sind die Bestimmungen über den EBR kraft Gesetzes, T.B. — "gebunden").

2. Der Regelfall: Orientierung am "gesetzlichen Auffangmodell" der SE-RL und des SEBG

2.1. Die Praxis von EBR-Vereinbarungen

Über den Umfang der vereinbarten Arbeitnehmerbeteiligung in Zusammenhang mit der Gründung von SE liegen bisher *noch keine verlässlichen Daten* vor.¹⁰ Anders ist dies jedoch für Vereinbarungen zur Bildung von EBR: Hier sind inzwischen *über 740 EBR-Vereinbarungen* in Kraft, die zudem gut dokumentiert und ausgewertet sind.

Danach lässt sich insgesamt feststellen, dass sich die Vereinbarungen hinsichtlich der Art und des Umfangs der Beteiligungsrechte ganz überwiegend am *gesetzlichen Modell der Auffangvorschriften orientieren*. Diese Orientierung fällt umso deutlicher aus, je näher das Abschlussdatum der gem. Art. 13 EBR-RL (§ 41 EBRG) zunächst fast gänzlich "freien", gesetzesverdrängenden Vereinbarungen an das Datum der vorgeschriebenen Umsetzung der EBR-RL in nationales Recht, den 22.9.1996, heranrückte.¹¹ Später abgeschlossene Vereinbarungen nach Art. 6 EBR-RL (§ 17 ff. EBRG) unterliegen, ebenso

⁷ Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft — SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 21 Rn. 8; die Auffassung von Hennings, in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Art. 4 SE-RL Rn. 4, es handele sich bei diesem Katalog um eine unverbindliche Orientierungshilfe, verkennt den klaren Wortlaut der Regelung; vgl. dazu auch Blanke, Europäische Betriebsräte-Gesetz, 2. Aufl. 2006, Teil A, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europ. Aktiengesellschaft, Rn. 96 und Fn. 69.

⁸ Vgl. Anhang zu Art. 7 Abs. 1 EBR-RL, §§ 21 ff. EBRG und Anhang zu Art. 7 Teil 1 und 2 SE-RL bzw. über den SE-BR kraft Gesetzes nach §§ 22 – 32 SEBG.

⁹ Freis, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft — SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 21 Rn. 6.

¹⁰ Erste Auswertungen zeigen, dass SE-Gründungen, bei denen Beteiligungsvereinbarungen über einen SE-Br und über die Mitbestimmung abgeschlossen wurden, in der Minderzahl sind. Weitgehend fehlt es nämlich entweder an Beschäftigten oder an einem Geschäftsbetrieb der SE oder an verlässlichen Informationen über die Beschäftigtenzahl und etwaige Beteiligungsvereinbarungen. Lediglich in 4 der bis Mitte Juni 2006 insgesamt gegründeten 35 SE ist eine Beteiligungsvereinbarung über einen SE-Br abgeschlossen worden — und keine der Vereinbarungen sieht gegenüber den Auffangvorschriften weitergehende Beteiligungsrechte vor. Vgl. hierzu die Analyse von Schwimbersky, veröffentlicht unter http://www.seeurope-network.org/cgi-bin/netkey_module/boerse/boerse.cgi?project_nr=6&Seite=58 (Stand 13.6.06).

¹¹ Näher dazu Blanke, EBRG-Kommentar, 1. Aufl, 1999, Einl. Rn. 36 ff.

wie dies für SE–Vereinbarungen der Fall ist, abgesehen von Mindestbestimmungen lediglich in prozeduraler Hinsicht zwingenden gesetzlichen Vorgaben. Die in dieser Phase zustande gekommenen EBR–Vereinbarungen folgen in noch deutlicherem Maße den Vorgaben des Anhangs über den gesetzlichen EBR. Der Grund dafür, dass die gesetzlichen Auffangvorschriften die "Messlatte" in den Beteiligungsvereinbarungen bilden, liegt in ihrer Geltung für den Fall, dass sich die Parteien nicht auf alternative Regelungen einigen.

Ob daraus gefolgert werden kann, dass auch für SE–Beteiligungsvereinbarungen eine Orientierung von Form und Inhalt der Beteiligung am Maßstab der Auffangvorschriften gem. Art. 7 i.Vb. Anhang SE–RL (§§ 22 ff. SEBG) erfolgen wird, ist ungewiss. Für diese Annahme spricht, dass die Verhandlungen im Kontext der Gründung einer SE binnen 6 Monaten, bei einvernehmlicher Verlängerung binnen maximal 12 Monaten abgeschlossen sein müssen (Art. 5 SE–RL, § 20 SEBG). Damit finden sie gegenüber den EBR–Verhandlungen, für die ein Verhandlungszeitraum von 3 Jahren eröffnet ist (§ 21 Abs. 1 S. 2 EBRG), unter deutlich *erhöhtem Zeitdruck* statt. Dieser wird noch durch die insgesamt *komplexere Verhandlungsmaterie* gesteigert. Denn die Parteien haben zudem über eine evtl. abzuschließende Vereinbarung über die Mitbestimmung in den Unternehmensorganen zu befinden. Ob dieses verknappte Zeitregime die Wahrscheinlichkeit vergrößert, dass die Parteien sich regelmäßig *auf das Niveau der Auffangregelungen* einigen, da diese ohnehin im Nichteinigungsfall relativ zügig eingreifen würden, kann freilich erst die Praxis erweisen.¹²

2.2. Inhalte der Auffangregelungen — Vergleich SE–BR und EBR

2.2.1. Vorrang des SE–BR gegenüber dem EBR

EBR und SE–BR erfüllen *ähnliche Aufgaben* und *schließen einander aus*. Auf die SE und ihre Tochtergesellschaften, sofern sie gemeinschaftsweit operierende Unternehmen oder herrschende Unternehmen im Sinne der EBR–RL 94/45/EG oder der Erstreckungs–RL 97/74/EG sind, finden die EBR–RL und das EBRG daher grundsätzlich keine Anwendung (Art. 13 Abs. 1 SE–RL, § 47 Abs. 1 SEBG). In einer SE oder ihren Tochtergesellschaften kommt es nicht zur Errichtung eines EBR — weder durch Verhandlungen noch kraft Gesetzes.

Etwas anderes gilt nur, wenn das BVG einen *Negativbeschluss* nach Art. 3 Abs. 6 SE–RL, § 16 SEBG gefasst hat. In diesem Fall findet die Bildung eines SE–BR nicht statt, so dass eine Konkurrenz zum EBR ausscheidet. Ist jedoch eine *SE als abhängiges Unternehmen* an einer Unternehmensgruppe beteiligt, auf die das EBRG Anwendung findet, so hindert dies die Beteiligung der Beschäftigten der SE an der Bildung eines EBR beim herrschenden Unternehmen nicht. Mit Ausnahme der Unternehmensmitbestimmung in der SE selbst finden auf die inländischen Betriebe und Unternehmen einschließlich der Tochterunternehmen der SE auch weiterhin die nationalen betriebsverfassungs- und

¹²Gegen diese Vermutung könnte sprechen, dass in diesem Fall entsprechend den Auffangvorschriften über die Mitbestimmung das höchste in den beteiligten Gründungsgesellschaften bestehende Mitbestimmungsniveau fortgeführt würde (§ 35 Abs. 2 S. 2 SEBG), sofern die Schwellenwerte für die Mitbestimmungssicherung erreicht bzw. per Beschluss des BVG abgesenkt werden (§ 34 SEBG). Dies stellt nach verbreiteter Arbeitgebersicht einen derart gravierenden Nachteil dar, dass möglichst in den Beteiligungsverhandlungen eine abweichende Einigung erzielt werden müsse, um das Eingreifen der Auffangvorschriften zu vermeiden.

unternehmensrechtlichen Mitbestimmungsvorschriften Anwendung (Art. 13 Abs. 3 SE-RL, § 47 Abs. 1 S. 1 SEBG).

Der Sinn dieses *Vorrangs des SE-BR gegenüber dem EBR* besteht einmal darin, dass der SE-BR die Aufgabe hat, die Zahl der Sitze, die auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsrat entfallen, auf die zu beteiligenden Mitgliedstaaten zu verteilen (§ 36 Abs. 1 SEBG). Zum anderen besitzt der SE-BR gemäß den Bestimmungen des Anhangs über den SE-BR kraft Gesetzes *partiell weitergehende Rechte zur Information und Anhörung* durch die zuständige Unternehmensleitung als ein EBR. Die Informationspflichten sind präzisiert (Auffangregelung Teil 2 b) SE-RL, § 28 SEBG), ebenso, dass es Ziel der Anhörung beim Eintritt außergewöhnlicher Umstände ist, zwischen SE-BR und Unternehmensleitung zu einer *Einigung* über die Ausgestaltung der geplanten unternehmerischen Entscheidungen zu gelangen. Beschließt die SE-Leitung in diesen Fällen, nicht im Einklang mit der vom SE-BR hierzu abgegebenen *Stellungnahme* zu handeln, kann der SE-BR vor der Umsetzung der Entscheidung eine *zweite Zusammenkunft* zur Beratung mit der Unternehmensleitung verlangen, "um eine Einigung herbeizuführen" (Auffangregelung Teil 2 c) SE-RL, § 29 Abs. 4 SEBG). Die Entscheidungszuständigkeit der Unternehmensführung über die Durchführung der Maßnahme wird dadurch nicht eingeschränkt (Auffangregelung Teil 2 c) Abs. 4 SE-RL).

2.2.2. Konstruktive Gemeinsamkeiten zwischen SE-BR und EBR

Die Arbeitnehmerbeteiligung nach der EBR-RL und nach der SE-RL sowie den jeweiligen deutschen Umsetzungsbestimmungen weist grundlegende *konstruktive Ähnlichkeiten* auf: In beiden Fällen besteht eine *Priorität für Verhandlungslösungen*, ist als Verhandlungspartei auf Arbeitnehmerseite ein BVG zu bilden, für dessen Zusammensetzung ähnliche Vorschriften gelten. Allerdings hat in der SE-RL der Grundsatz der Proportionalität gegenüber der EBR-RL verstärkte Beachtung erfahren. Zudem ist jedes dritte auf das Inland entfallende Mitglied auf Vorschlag einer Gewerkschaft zu wählen. Ein *entscheidender Unterschied* liegt darin, dass der *Grundsatz der Verhandlungsfreiheit* bei der Vereinbarung über die Beteiligung des SE-BR und die Mitbestimmung gegenüber derjenigen des EBR wegen der Verpflichtung zur Beachtung des Vorher-Nachher-Prinzips zur Mitbestimmungsbeibehaltung (und der Besonderheiten bei der Umwandlung) *geringere Bedeutung* besitzt. Die Berücksichtigung von leitenden Angestellten im BVG (§ 11 Abs. 4 EBRG; § 6 Abs. 4 SEBG: jedes 7. inländische Mitglied) und die Einschränkung der Beteiligungsrechte in *Tendenzunternehmen* (§ 34 EBRG, § 39 SEBG) führen auch für die SE Besonderheiten der deutschen Tradition betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligung fort.

Die Verhandlungsdauer bis zum Abschluss einer Vereinbarung ist bei der SE mit 6, maximal 12 Monaten — gegenüber 3 Jahren beim EBR — deutlich abgekürzt. Dies erklärt sich aus dem gegenüber der EBR-Beteiligung *gesteigerten Interesse der SE-Leitung am Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung*, da diese gem. Art. 12 Abs. 2 SE-VO *regelmäßig Voraussetzung der Eintragung der SE* ist. Dementsprechend sind im Recht der SE die nach den EBR-Bestimmungen geltenden *Auskunftsansprüche* der Arbeitnehmerseite gegenüber der zentralen Leitung durch *Informationspflichten* der zuständigen Unternehmensleitungen ersetzt worden, denen im Planungsstadium der SE "unaufgefordert und unverzüglich" nachzukommen ist (vgl. § 4 SEBG und §§ 5, 8 Abs. 2 EBRG).

Die Regelungen über den *SE-BR kraft Gesetzes* (§§ 23 - 33 SEBG) sind weitgehend den gesetzlichen Auffangregelungen für den *EBR kraft Gesetzes* (§§ 21 – 37 EBRG) nachge-

bildet. Die Bildung des SE–BR erfolgt im Grundsatz nach denselben proportionalen Gesichtspunkten wie die des BVG (wobei auf die Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe abzustellen ist), die Mitglieder des SE–BR müssen — im Unterschied zu denjenigen des BVG — Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe sein¹³ und die Amtszeit der inländischen Mitglieder beträgt 4 Jahre. Wie beim EBR kraft Gesetzes auch (§ 36 Abs. 2 EBRG) ist *alle zwei Jahre* zu prüfen, ob Veränderungen in der SE eine Änderung der Zusammensetzung des SE–BR erforderlich machen und diese ggf. neu vorzunehmen (§ 25 SEBG). Ebenfalls parallel (vgl. § 37 EBRG) ist die Bestimmung, dass der SE–BR kraft Gesetzes spätestens *nach vier Jahren* einen Beschluss darüber zu fassen hat, ob *erneute Verhandlungen* mit der Unternehmensleitung über eine Vereinbarung nach § 21 SEBG aufgenommen werden sollen (§ 26 SEBG). Durch die neu abzuschließende Vereinbarung soll auch eine als Auffangregelung geltende Mitbestimmung kraft Gesetzes verändert oder beendet werden können.¹⁴ Verhandlungspartei ist auf Arbeitnehmerseite anstelle des BVG der SE–BR. Kommt es nicht zum Abschluss einer Vereinbarung, findet die bisherige Regelung weiter Anwendung. Da es dem *SE–BR verwehrt* ist, einen *Negativbeschluss* nach § 16 SEBG zu fassen,¹⁵ kann durch einen solchen Beschluss *auf eine als Auffangregelung eingreifende Mitbestimmung kraft Gesetzes nicht verzichtet* werden.

2.2.3. Befugnisse des SE–BR: Sitzungen zur Information und Anhörung

Die Befugnisse des SE–BR kraft Gesetzes beschränken sich im Wesentlichen ähnlich wie diejenigen des EBR kraft Gesetzes auf die (jetzt ausdrücklich: *mindestens*) *einmal pro Jahr* stattfindende *Sitzung* mit der Leitung der SE zur Information "unter rechtzeitiger Vorlage der erforderlichen Unterlagen"¹⁶ über die Entwicklung der Geschäftslage und die Perspektiven der SE und die Anhörung hierzu. Neben den regelmäßigen Sitzungen zur Information und Anhörung des SE–BR ist dieser wie der EBR kraft Gesetzes (§ 34 EBRG) auch über *außergewöhnliche Umstände*, die erhebliche Auswirkungen auf die Interessen der AN haben, zu unterrichten und auf Verlangen anzuhören (§ 29 Abs. 1 und 2 SEBG). Nimmt auf Beschluss des SE–BR¹⁷ der geschäftsführende Ausschuss an der Sitzung zur Anhörung über die außergewöhnlichen Umstände teil, so haben auch die Mitglieder des SE–BR, die von diesen Maßnahmen unmittelbar betroffene AN vertreten, das Recht, daran teilzunehmen. Das SEBG räumt dem SE–BR bzw. seinem geschäftsführenden Ausschuss (§ 23 Abs. 4 SEBG) ausdrücklich das Recht zu *internen Vorbereitungssitzungen* vor den Sitzungen mit der SE–Leitung ein (§ 24 Abs. 2 SEBG). Im Detail sind die *Kompetenzen* des SE–BR kraft Gesetzes und seine Rechte *weitgehend* als diejenigen des EBR kraft Gesetzes.¹⁸

¹³ Damit können *externe Gewerkschaftsvertreter* nicht Mitglied eines SE–BR kraft Gesetzes sein. Gleichermaßen gilt auch für den EBR kraft Gesetzes im Unterschied zum dortigen BVG, vgl. §§ 11 und 22 Abs. 1 EBRG.

¹⁴ So die Begründung zum Regierungsentwurf des SEBG, BT–Drs. 15/3405 S. 53.

¹⁵ Diese Vorschrift wird in § 26 Abs. 2 SEBG — im Unterschied zur parallelen Bestimmung in § 37 EBRG, die auf den Negativbeschluss gem. § 15 Abs. 1 EBRG verweist — nicht in Bezug genommen.

¹⁶ Dazu gehören nach der SE–RL Anhang Teil 2 b) und ihr folgend, allerdings in *exemplarischer* Aufzählung, dem SEBG (§ 28 Abs. 1), die Geschäftsberichte, die Tagesordnung aller Sitzungen des Leitungsgremiums und des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans und Kopien aller Unterlagen, die der Hauptversammlung der Aktionäre vorgelegt werden.

¹⁷ In § 34 Abs. 2 EBRG war die Teilnahme des geschäftsführenden Ausschusses anstelle des EBR kraft Gesetzes zwingend vorgesehen.

¹⁸ Nagel, AuR 2004, S. 281 ff., 284.

2.2.4. Zuständigkeit des SE-BR in transnationalen Angelegenheiten

Die *Zuständigkeit* des SE-BR ist gegenüber derjenigen des EBR (§ 31 EBRG) nunmehr eindeutig dahingehend geklärt, dass es für eine grenzüberschreitende Angelegenheit nicht darauf ankommt, dass Arbeitnehmer in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten betroffen sind.¹⁹ Es kommt nicht darauf an, dass die Gegenstände der — mit dem EBRG (§§ 32, 33) identischen Beteiligungskataloge der §§ 28 Abs. 2 und 29 SEBG — "mindestens zwei Betriebe oder zwei Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten betreffen" (§ 31 Abs. 1 EBRG). Vielmehr fallen in die Zuständigkeit des SE-BR alle "Angelegenheiten, die die SE selbst, eine ihrer Tochtergesellschaften oder einen ihrer Betriebe in einem anderen Mitgliedstaat betreffen oder die über die Befugnisse der zuständigen Organe auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaats hinausgehen" (Auffangregelung Teil 2a SE-RL; § 27 SEBG).²⁰ Die Zuständigkeit des SE-BR ist immer dann begründet, wenn in einem Mitgliedstaat eine Entscheidung getroffen wird, die sich in einem *anderen Mitgliedstaat auswirkt*.²¹ "Denn gerade dann reichen die nationalen Arbeitnehmervertretungen nicht aus, um die Beteiligung der betroffenen Arbeitnehmer an der unternehmerischen Entscheidung zu gewährleisten."²²

2.2.5. Gegenstände der Unterrichtung und Anhörung des SE-BR

SE-BR und EBR sind auf den *turnusmäßigen Sitzungen* nach dem Katalog der exemplarisch benannten Gegenstände der Information und Beratung von der Unternehmensleitung über die gleichen Themen zu unterrichten und anzuhören (vgl. § 32 Abs. 2 EBRG, § 28 Abs. 2 SEBG). Zu der Entwicklung der Geschäftslage und den Perspektiven im Sinne gehören danach insbesondere

1. die Struktur des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe sowie die wirtschaftliche und finanzielle Lage,
2. die voraussichtliche Entwicklung der Geschäfts-, Produktions- und Absatzlage,
3. die Beschäftigungslage und ihre voraussichtliche Entwicklung,
4. Investitionen (Investitionsprogramme),
5. grundlegende Änderungen der Organisation,
6. die Einführung neuer Arbeits- und Fertigungsverfahren,

¹⁹ Wenn Erwägungsgrund 6 der SE-RL verlangt, dass "in allen Fällen der Gründung einer SE Unterrichtungs- und Anhörungsverfahren auf grenzüberschreitender Ebene gewährleistet sein (sollten)", dann bezieht sich dies auf das Erfordernis der Errichtung eines SE-BR bzw. eines oder mehrerer Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der AN in der SE und ist nicht als sachliche Zuständigkeitsbegrenzung zu verstehen.

²⁰ Herfs-Röttgen, NZA 2002, 358 ff., 362; die Autorin schließt daraus zu Recht auf eine Konkurrenz zwischen den europarechtlichen und den nationalen Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer, die sich im Einzelfall zugunsten wie zu Ungunsten der Arbeitnehmer auswirken kann.

²¹ Henning in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Anhang: Auffangregelung Teil 2 SE-RL, Rn. 1; im gleichen Sinne auch für die (missverständliche) Regelung in § 31 EBRG Blanke, EBRG-Kommentar, 2. Aufl. 2006, § 31 Rn. 2ff m. Nachw.; Sandmann, Die Euro-Betriebsrats-RL 94/45/EG: europäischer Betriebsrat und alternative Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in transnationalen Unternehmen, 1996, S. 212.

²² Henning in: Manz/Mayer/Schröder (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, Anhang: Auf-

7. die Verlegung von Unternehmen, Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen sowie Verlagerungen der Produktion,
8. Zusammenschlüsse oder Spaltungen von Unternehmen oder Betrieben,
9. die Einschränkung oder Stilllegung von Unternehmen, Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen,
10. Massenentlassungen.

Ebenfalls identisch für EBR und SE-BR sind die in § 29 Abs. 1 SEBG bzw. § 33 Abs. 1 EBRG beispielhaft aufgezählten Sachverhalte, bei denen wegen des Vorliegens *außergewöhnlicher Umstände*, die erhebliche Auswirkungen auf die Interessen der Arbeitnehmer haben, eine zusätzliche Sitzung zur Information und Anhörung entweder mit dem Vertretungsorgan oder ggf. dem engeren Ausschuss stattfinden muss. Zu diesen außergewöhnlichen Umständen zählen

1. Verlegung oder Verlagerung von Unternehmen, Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen,
2. Stilllegung von Unternehmen, Betrieben oder wesentlichen Betriebsteilen,
3. Massenentlassungen.

2.2.6. Erweiterte Anhörungsrechte des SE-BR bei außergewöhnlichen Umständen: Recht auf Stellungnahme, weitere Sitzung mit der SE-Leitung, Verhandlungsanspruch

Eine nicht unbedeutende *Stärkung der Anhörungsrechte* des SE-BR gegenüber denjenigen des EBR kraft Gesetzes enthält in Übereinstimmung mit den Vorgaben der SE-RL²³ § 29 Abs. 4 SEBG im Rahmen der Unterrichtung und Anhörung über außergewöhnliche Umstände. Danach hat der SE-BR *erstens*, was für den EBR kraft Gesetzes auch bisher bereits bejaht worden war,²⁴ das Recht, zu den mitgeteilten Informationen und auf der Basis des mit der SE-Leitung hierüber geführten Meinungsaustauschs *eine Stellungnahme* abzugeben. Beschließt die Leitung der SE, nicht entsprechend dieser Stellungnahme zu handeln, so hat der SE-BR nunmehr *zweitens* "das Recht, ein weiteres Mal mit der Leitung der SE zusammenzutreffen, um eine Einigung herbeizuführen" (Auffangregelung Teil 2 UAbs. 2 SE-RL; § 29 Abs. 4 SEBG). Damit räumt das SEBG dem SE-BR gegenüber der SE-Leitung mit dem Recht auf eine weitere Beratungssitzung nicht nur ein "*suspensives Vetorecht*"²⁵ ein, sondern *drittens* auch einen ausdrücklichen *Verhandlungsanspruch* über die Vermeidung, Beschränkung oder Gestaltung der von ihr in Aussicht genommenen Maßnahmen und über die Minderung der Folgen, die nicht abwendbare Maßnahmen des AG für die Beschäftigten haben können.

²³ Auffangregelung Teil 2 SE-RL, Rn. 1.

²⁴ Vgl. Anhang Teil 2, c Uabs. 2.

²⁵ Vgl. Blanke, EBRG-Kommentar, 1. Aufl., § 33 Rn. 12.

²⁵ Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft — SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, § 29 Rn. 6.

2.2.7: Fazit: Beteiligungsrechte des SE-BR — Nicht nur Information und Anhörung

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass nicht nur die Rechtsstellung des SE-BR gegenüber derjenigen des EBR verbessert worden ist, sondern auch die Beteiligungsrechte des SE-BR über diejenigen eines EBR z.T. deutlich hinausreichen. Die Informationsrechte sind dahingehend präzisiert worden, dass die Zuständigkeit des SE-BR immer dann begründet ist, wenn in einem Mitgliedstaat eine Entscheidung getroffen wird, die sich in einem *anderen Mitgliedstaat auswirkt* und die Anhörungsrechte beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände sind erheblich erweitert worden. Sie umfassen sowohl ein ausdrückliches Recht auf die Abgabe einer Stellungnahme als auch, falls die SE-Leitung beschließt, diesem Vorschlag nicht zu folgen, das Recht auf eine weitere Sitzung mit der SE-Leitung, um zu einer Einigung über das "Ob" und "Wie" der Durchführung der geplanten Maßnahme zu gelangen.

III. Bisherige Erfahrungen: Beispiele für Erweiterungen der Beteiligungsrechte des EBR durch Vereinbarungen

Bereits oben war dargestellt worden, dass sich die Beteiligungsrechte von EBR auf der Grundlage von EBR-Vereinbarungen typischer Weise am Modell der gesetzlichen Auffangregelungen orientieren und dies umso deutlicher, je näher der Abschluss der Vereinbarung am Zeitpunkt des Eingreifens zwingender gesetzlicher Vorgaben liegt. Generell gilt in diesem Sinne, dass EBR-Vereinbarungen nach Art. 6 EBR-RL, die nach 1996 ausgehandelt wurden, im Durchschnitt bessere Bedingungen für die Interessenvertretung vorsehen als die zuvor abgeschlossenen Vereinbarungen nach Art. 13 EBR-RL.²⁶

Aktuelle wissenschaftliche Auswertungen von EBR-Vereinbarungen, die insbesondere im Vorfeld des Verfahrens zur Revision der EBR-RL vorgenommen wurden, haben den Nachweis erbracht, dass in einigen der EBR-Vereinbarungen das in den Auffangvorschriften niedergelegte gesetzliche Niveau der Beteiligung der Arbeitnehmervertretung z. T. deutlich überschritten worden ist.²⁷ Dies gilt nicht nur für die Anzahl der Sitzungen (sowohl der internen EBR-Sitzungen als auch derjenigen mit der zentralen Unternehmensleitung) und Ansprüche auf Schulung und Weiterbildung, sondern auch für den Katalog der Gegenstände der Information und Anhörung. Gelegentlich, wenngleich in weniger als 5% der Gründungsvereinbarungen,²⁸ werden dem EBR sogar *echte Verhandlungs- und Vereinbarungsbefugnisse* zugesprochen. Dazu seien nachstehend einige *Beispiele*²⁹ angeführt.

²⁶Vgl. Carley/Marginson, Verhandlungen zur Einsetzung Europäischer Betriebsräte (2000), <http://www.eurofound.eu.int/publications/files/EF0020DE.pdf>; Kerckhofs, Europäische Betriebsräte. Fakten und Zahlen, Brüssel 2003; Gohde, Europäische Betriebsräte. Analyse und Handlungsempfehlungen, Ffm 2004.

²⁷Vgl. Carley, Bargaining at European level? Joint texts negotiated by European Works Councils, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.), Dublin, 2001, <http://www.eurofound.eu.int/publications/files/EF0152EN.pdf>; Hall/Marginson, Developments in European Works Councils, 2004, <http://www.eiro.eurofound.eu.int/2004/11/study/index.html>.

²⁸Carley, S. 9.

²⁹Originale meist in englischer Sprache, Übersetzung auf deutsch: T.B.

So heißt es etwa in der bei *Danone* abgeschlossenen EBR–Vereinbarung vom 11.3.1996:³⁰

"Article 5: The Committeee (der EBR) is a consultative body, that is, a place for the exchange of views and dialogue. It is designed to review periodically Danone's position and development; to facilitate a dialogue on those topics with trade union representatives; to suggest initiatives in line with the company's social policies; to negotiate joint statements and measures, including with respect to employment, training, information, safety and working conditions, as well as to the exercise of trade union rights. Article 16: The steering group shall ... ensure their follow up."

(Deutsch: "Der EBR ist ein Beratungsgremium, das bedeutet, ein Ort für den Austausch von Ansichten und für den Dialog. Seine Funktion besteht darin, in regelmäßigen Abständen die (wirtschaftliche) Lage von Danone und deren Entwicklung zu prüfen; den Dialog über diese Themen mit Gewerkschaftsvertretern zu erleichtern; Initiativen in Übereinstimmung mit den sozialen Grundsätzen des Unternehmens vorzuschlagen; gemeinsame Standpunkte und Maßnahmen auszuhandeln, die sich ebenso auf die Beschäftigung, Aus- und Weiterbildung, Information, Sicherheit und Arbeitsbedingungen beziehen können wie auf die Ausübung von Gewerkschaftsrechten. Art. 16: Die Steuerungsgruppe soll ... die Umsetzung sicherstellen").

Art. II der EBR–Vereinbarung bei *Air France* vom 25.11.1997 enthält die Bestimmung:

"The social dialogue aims to organise deliberations and debates with a view to achieving common opinions". (Deutsch: "Ziel des sozialen Dialogs sind Beratungen und Diskussionen mit dem Ziel, gemeinsame Auffassungen zu erzielen").

Art. V der Vereinbarung bei *Vogel & Noot* vom 25.5.1998 lautet:

"Joint opinions shall be agreed between the central management and the executive committee". (Deutsch: "Dabei sollen gemeinsame Positionen zwischen der zentralen Leitung und dem engeren Ausschuss (des EBR) erzielt werden").

In der EBR–Vereinbarung vom 10. Oktober 2005 des französischen Versorgungskonzerns *Veolia Environnement* (vormals *Vivendi*) ist in Art. 1.1. ebenfalls eine Vereinbarungsbefugnis für den EBR ("Europäischer Konzernbetriebsrat") vorgesehen, die bis hin zum Abschluss von Betriebsvereinbarungen entsprechend den nationalen Rechtsvorschriften führen kann. Dort heißt es:

"Der europäische Konzernbetriebsrat Veolia Environnement kann gewisse grundsätzliche Vereinbarungen über länderübergreifende Fragen aushandeln. Die Umsetzung derartiger Vereinbarungen hängt für jedes Land, das unter die vorliegende Vereinbarung fällt, von seinen einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften ab."³¹

Bei diesen Regelungen handelt es sich zwar um die *Zuerkennung von Partizipationsbefugnissen*, die über die Rechte im Rahmen des in den subsidiären Vorschriften und in

³⁰ Zit. nach Carley, S. 10.

³¹ Nähere Details hierzu sind in Art. 6.7 der Vereinbarung geregelt:

"6.7 Gemeinsame Erklärungen und Stellungnahmen"

Sofern erforderlich können gemeinsame Erklärungen zur Methode oder Stellungnahmen einen verbindlichen Charakter zwischen der Konzernleitung und dem europäischen Konzernbetriebsrat Veolia Environnement annehmen. Diese gemeinsamen Erklärungen zur Methode oder Stellungnahmen können Gegenstand einer Konzertation zwischen den Mitgliedern des engeren Ausschusses und der Konzernleitung sein. Sie können auch im Zuge von Verhandlungen unter Einhaltung der lokalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Betriebsabkommen innerhalb der Konzernunternehmen von

den nationalen Umsetzungsgesetzen gesetzlich vorgesehenen konsultativen sozialen Dialogs auf Unternehmensebene hinausgehen. Aber die nähere Analyse und Auswertung der in diesem Rahmen abgeschlossenen Vereinbarungen zeigt, dass diese Partizipationsrechte in aller Regel *nicht mit Mitbestimmungsrechten im Sinne des deutschen BetrVG gleichgesetzt* werden dürfen: Es handelt sich eher um *Verlängerungen des sozialen Dialogs* in dem Sinne, dass dessen Ergebnisse in einen *Konsens* münden, der schriftlich niedergelegt wird, als um Vereinbarungen auf der Basis "*echter Mitbestimmungsrechte*", die in den fraglichen Angelegenheiten zu einer *paritätischen Form der Mitentscheidung* führen. Nach deutschem Betriebsverfassungsrecht ist der Arbeitgeber in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten rechtlich verpflichtet, den Konsens mit den Arbeitnehmervertretern herzustellen, bevor er eine bestimmte Entscheidung trifft und die entsprechende Maßnahme durchsetzt. Versäumt er dies, so ist die Maßnahme unwirksam und entfaltet keine verbindlichen Rechtswirkungen.³² Kommt eine Einigung mit der betrieblichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer, die meist die Form einer Betriebsvereinbarung besitzt, nicht zustande, so entscheidet eine *paritätisch zusammengesetzte Einigungsstelle* durch rechtlich verbindlichen Spruch über die betreffende Regelungsfrage.

Insgesamt stellen derartige beteiligungsfreundliche EBR-Vereinbarungen, die den Arbeitnehmervertretungen Partizipationsrechte einräumen, mit ca. 5% der Vereinbarungen nur eine kleine *Minderheit aller EBR-Vereinbarungen* dar. Auch ist die Zahl der *auf ihrer Grundlage abgeschlossenen Vereinbarungen zwischen Management und EBR* (noch) *recht gering*.³³ Aus diesen Befunden wird in der Literatur inzwischen weithin gefolgert,³⁴ dass die Beteiligungsbefugnisse der EBR insgesamt als unzureichend anzusehen seien, um auf diese Weise zu einem kooperativen Stil der Unternehmensführung zu gelangen. Diese Einschätzung trifft sich mit derjenigen der großen Mehrzahl der EBR-Mitglieder. Hier hat eine aktuelle repräsentative Umfrage ergeben, dass die EBR-Mitglieder weit überwiegend ihre *Beteiligungsbefugnisse als zu gering* erachten: Die erhaltenen Informationen seien oftmals sachlich unzureichend gewesen und zeitlich zu spät erteilt worden, die Konsultationen hätten zu keiner vertieften Meinungsbildung, gar zu wechselseitiger Überzeugungsbildung und Beeinflussung von Managemententscheidungen geführt.³⁵ Ein lebendiges Klima der Partizipation habe sich deshalb zu meist nicht entfalten können.

Veolia Environnement münden ..."

³²Ständ. Rspr, vgl. BAG v. 22.12.1980, AP Nr. 70 zu Art. 9 gg Arbeitskampf, DKK-Klebe, § 87 Rn. 3.

³³In der Studie von Carley sind 11 Konzerne, in denen solche Vereinbarungen existierten, benannt. Die Themen der Vereinbarungen reichen im Einzelfall bis zu Fragen der unternehmerischen Umstrukturierung. Häufiger sind Themen aus dem Bereich des Arbeitsschutzes sowie Grundsatzabkommen über soziale Rechte. Carley hat abschließend die Frage erörtert, inwieweit sich EBR zu Verhandlungsforen zwischen Management und Beschäftigten entwickeln können. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die Vereinbarungen zwar inhaltlich sehr begrenzt sind, gleichwohl ein erster Schritt zu einer europäischen Verhandlungsebene sein könnten.

³⁴Weiler, European works councils in practice, in: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Hrsg.), 2004. Untersucht worden sind in dieser Studie EBR von Unternehmen, deren zentrale Leitung in Frankreich, Deutschland, Italien, Schweden und im Vereinigten Königreich liegt. Grundlage sind Interviews mit Repräsentanten des Managements und der EBR. Ziel der Analyse war es, herauszufinden, wie EBR intern funktionieren, welchen Einfluss sie auf Unternehmensentscheidungen nehmen können und welche Einstellungen und Erfahrungen die Handelnden in der Praxis gewinnen. Zu den Ergebnissen gehört die Feststellung, dass auf Arbeitnehmerseite oft der mangelnde Einfluss des EBR beklagt wird, <http://www.eurofound.eu.int/publications/files/EF04109EN.pdf>; vgl. Blanke, Europäische Betriebsräte-Gesetz, 2. Aufl., 2006, Teil B, Einl., Rn. 38.

³⁵Vgl. Waddington, The views of European works council representatives, 2005, im Internet unter

Gestützt auf diese Untersuchungsergebnisse hat der EGB in den Revisionsverhandlungen zur EBR-RL die Forderung nach einem Ausbau der Rechte der Arbeitnehmervertretung geltend gemacht — ein Vorstoß, der von Arbeitgeberseite (Union der Industrien der Europäischen Gemeinschaft, UNICE) strikt zurückgewiesen worden ist.³⁶ In diesem Zusammenhang verweist der EGB u.a. auch auf die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, die seit dem Erlass der EBR-RL im Jahr 1994 zu einer erweiterten Definition der Begriffe von Information und Anhörung und einer Aufwertung ihrer normativen Bedeutung im Rahmen der Wirtschafts- und Sozialbeziehungen geführt habe.³⁷

IV. Zulässigkeit der Einführung von Mitbestimmungsrechten des SE-Br durch Vereinbarung?

Die gleichermaßen in Art. 6 Abs. 2 EBR-RL wie in Art. 4 Abs. 2 SE-RL getroffene Aussage, dass die Bestimmung über die Inhalte der Beteiligungsvereinbarung vorbehaltlich der zwingend zu beachtenden Vorgaben in der "Autonomie der Parteien" liegt und dass insbesondere die *Auffangregelung* für diese Vereinbarung *nicht gilt* (Art. 6 Abs. 4 EBR-RL, Art. 4 Abs. 3 SE-RL), können nur dahingehend verstanden werden, dass die in den subsidiär eingreifenden Bestimmungen enthaltenen Vorgaben eines Beteiligungsniveaus *lediglich Orientierungsmarken* darstellen, die *sowohl unterschritten als auch überboten* werden können. Es steht deshalb in der autonomen Regelungsbefugnis der Parteien, nicht nur geringere, sondern *auch stärkere Beteiligungsrechte der europäischen Arbeitnehmervertretung zu vereinbaren* als in den Auffangvorschriften vorgesehen. Wären diese Auffangregelungen als Vorgaben eines Mindest- oder Maximalniveaus zu interpretieren, so hätte dies in den europäischen Richtlinien bzw. den nationalen Umsetzungsbestimmungen eindeutig zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Angesichts dieser Rechtslage ist überraschend, dass die Zulässigkeit von *Vereinbarungen echter Mitbestimmungsrechte* in der deutschen Literatur zur EBR-RL z.T. bestritten wird.³⁸ Dies wird auf die Behauptung gestützt, dass dem BVG hierfür ein Mandat und damit die Vereinbarungsfähigkeit fehle: "Die Parteien werden in § 17 EBRG nur ermächtigt, die grenzübergreifende Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zu regeln ... Die Vereinbarung kann also nicht wirksam vorsehen, dass über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmervertreter hinaus unternehmerische Maßnahmen nur mit Zustimmung der Arbeitnehmervertreter erfolgen können".³⁹ Gestützt wird diese These, dem EBR dürften "über den Regelungszusammenhang von Unterrichtung und Anhörung hinaus" keine "weitere(n) Gestaltungs- oder Mitbestimmungsrechte eingeräumt werden",⁴⁰ mit dem Regelungsziel der §§ 17 ff. sowie des Art. 6 EBR-RL. Dies bedeutet nach Giesen⁴¹ allerdings nicht, "dass das EBRG oder die EBR-RL solche Vereinbarungen verbieten. Jedoch stehen sie außerhalb des rechtlichen Rahmens des EBRG. Ihre Zulässigkeit richtet sich nach nationalem Recht; weder die EBR-

<http://www.euro-betriebsrat.de/ebr/index.html> (Ausgabe 4/2005).

³⁶ Details bei Blanke, Europäische Betriebsräte-Gesetz, 2. Aufl., Teil B, Einl., Rn. 67 f.

³⁷ Vgl. hierzu namentlich die in der SE-RL 2001/86/EG v. 8.10.2001 enthaltenen Veränderungen, dazu näher oben unter II. 2.2.

³⁸ EAS-Oetker B 8300 Rn. 127; MünchArbR-Joost § 366 Rn. 103.

³⁹ MünchArbR-Joost § 366 Rn. 103.

⁴⁰ Giesen, EBRG in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2004, Rn. 43.

⁴¹ Giesen, EBRG in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2004, Rn. 43.

Richtlinie noch das EBRG haben die Funktion, Änderungen des dafür bestehenden Regelungsrahmens anzugeordnen. Nach deutschem Recht dürfte es aber kaum Möglichkeiten geben, weitere Mitbestimmungsrechte des EBR kraft Vereinbarung zu statuieren, da dem BVG hierfür die Legitimation fehlt".⁴² Nach Hanau⁴³ fallen solche Regelungen ebenfalls außerhalb des EBRG, können aber "als Selbstverpflichtung der betroffenen Unternehmen nach allgemeinen Regeln zulässig sein".

Die Folgerung, dass in einer Beteiligungsvereinbarung zwar das *Mitwirkungsniveau* der Auffangregelungen abgesenkt, nicht aber gestärkt werden dürfe, *widerspricht* evident *dem von der RL und dem EBRG vorgesehenen Vorrang der privatautonomen Vereinbarungsbefugnis*.⁴⁴ Der Wortlaut und der gesetzessystematische Zusammenhang der EBR- und SE-Richtlinienbestimmungen und derjenigen der deutschen Umsetzungsregelungen lässt jedenfalls auch die Vereinbarung von *weitergehenden Beteiligungsrechten* des EBR oder SE-BR bis hin zu effektiven Mitbestimmungsrechten zu.⁴⁵

Im Gemeinschaftsrecht kommt der *teleologischen Auslegung* eine gegenüber dem nationalen Recht prominente Bedeutung bei der Norminterpretation zu.⁴⁶ Falls der EBR-RL und der SE-RL entnommen werden könnte, dass sie nach ihrem Sinn und Zweck die Information und Anhörung der Arbeitnehmervertreter entsprechend den Auffangvorschriften *als Höchstmaß der Beteiligung zwingend vorschreiben*, könnte dies einer weitergehenden Vereinbarungsmöglichkeit zwischen BVG und zuständiger Unternehmensleitung rechtlich verbindliche Schranken setzen. Bei der Bestimmung des Regelungsziels von europäischen Richtlinien kommt den jeweils einleitend *vorangestellten Erwägungsgründen* eine wichtige *Orientierungsfunktion* zu.

Die EBR-RL betont in Nr. 2 der *Erwägungsgründe*, dass es sich bei den Richtlinienbestimmungen um "*Mindestvorschriften*" handele und bezieht sich in Nr. 4 auf Nr. 17 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, wonach u.a. "*Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung* der Arbeitnehmer in geeigneter Weise, unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten, weiterentwickelt werden" müssen. Erwägungsgrund Nr. 15 umreißt den Umkreis der Gestaltungsbefugnisse der Sozialpartner in der Beteiligungsvereinbarung wie folgt: "Getreu dem Grundsatz der Autonomie der Sozialpartner legen ... (die Parteien, T.B.) die Art, Zusammensetzung, Befugnisse, Arbeitsweise, Verfahren und finanzielle Ressourcen ... einvernehmlich derart fest, dass diese den jeweiligen besonderen Umständen entsprechen". Diesen Erwägungsgründen kann als ordnungspolitische Grundsatzentscheidung der Gemeinschaft lediglich entnommen werden, dass die Weiterentwicklung von "*Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung* der Arbeitnehmer" zu den Aufgaben der Gemeinschaft gehört und hierzu Verfahren zur Unterrichtung und

⁴² Giesen, EBRG in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 2004, Rn. 43.

⁴³ Hanau, in: Hanau/Steinmeyer/Wank § 19 Rn. 77.

⁴⁴ Diese betont immerhin zu Recht MünchArbR-Joost § 366 Rn. 107.

⁴⁵ So zu Recht Schiek, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 2. Aufl. 2006, Rn. 840 ff.; dgl., RdA 2001, 218; DKK-Däubler, EBRG Rn. 14 zu § 18; nach Kienast in: Janott/Frodermann (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, S. 447 Rn. 402, 405 muss eine Beteiligungsvereinbarung über die Errichtung eines SE-BR oder ein anderes Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung den Arbeitnehmern jedenfalls "vergleichbare Rechte" wie in den Auffangvorschriften vorgesehen, einräumen — andernfalls ist die Vereinbarung insoweit unwirksam und es kommen die Auffangregelungen zur Anwendung.

⁴⁶ Vgl. nur EuGH v. 29.3.2001 – bofrost – Slg. 2001, I-2579, 2608; v. 13.1.2004 – Kühne & Nagel, NZA 2004, 160; ständ. Rechtsprechung. ErfK-Wißmann EGV Art. 234 Rn. 11. Speziell für die Auslegung der SE-VO Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft — SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, 2005, S. 34 Rn. 9.

Anhörung der Arbeitnehmer in länderübergreifenden Angelegenheiten als Mindestvorschriften vorzusehen sind.⁴⁷ Soweit diese durch Vereinbarungen der Sozialpartner konkretisiert werden, liegt auch die Definition der "Befugnisse", "Arbeitsweise" und "Verfahren" in der Autonomie der Sozialpartner. Dieses *beteiligungs- und vereinbarungsfreundliche Regelungsziel* der EBR-RL wird in der SE-RL aufgenommen und in Erwägungsgrund 3 weiter geführt. Es wird angekoppelt an das Gebot, "dass die Gründung einer SE nicht zur Beseitigung oder zur Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung führt, die in den an der Gründung beteiligten Gesellschaften herrschen." Diese Formulierung erstreckt das "Vorher-Nachher-Prinzip" des mitbestimmungsrechtlichen Bestandsschutzes auf alle Formen der "Arbeitnehmerbeteiligung" und damit gleichermaßen auf die Ebene der betriebsverfassungsrechtlichen wie der unternehmensrechtlichen Mitwirkung. Denn nach der Legaldefinition von "Beteiligung der Arbeitnehmer" in Art. 2 Nr. 5 SE-RL bezeichnet dies "jedes Verfahren — einschließlich der Unterrichtung, der Anhörung und der Mitbestimmung —, durch das die Vertreter der Arbeitnehmer auf die Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft Einfluss nehmen können". Ausdrücklich verwahrt sich ferner die SE-RL gegen das Bestreben, "ein auf die SE anwendbares einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung vorzusehen" (Erwägungsgrund 5), besteht jedoch auf dem *Grundsatz einer Mindestbeteiligung*: "In allen Fällen der Gründung einer SE sollten jedoch Unterrichtungs- und Anhörungsverfahren auf grenzüberschreitender Ebene gewährleistet sein" (Erwägungsgrund 6). Dieses Mindestniveau⁴⁸ der Arbeitnehmerbeteiligung wird in den Regelungen zu den zwingenden Vorgaben für die Inhalte der Beteiligungsvereinbarungen in Art. 4 Abs. 2 SE-RL und § 21 SEBG, nicht aber in den Auffangvorschriften, die lediglich eine Orientierungsfunktion für die SE-Beteiligungsvereinbarung besitzen, näher konkretisiert.

Das Regelungsziel der Gemeinschaft auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts wird *in sein Gegenteil verkehrt*, wenn man diese *Festlegung von Mindestanforderungen als Festbeschreibung eines Höchstmaßes an Regelungsinhalten* für Vereinbarungen interpretiert, die in der Autonomie der Sozialpartner liegen. Zutreffend ist zwar, dass das "Europäische Sozialmodell" in seinen subsidiär zwingend eingreifenden Bestimmungen für die "betriebsverfassungsrechtliche" Ebene der Arbeitnehmerbeteiligung lediglich auf Prozeduren der Information und Konsultation hin ausgelegt ist. Die Gründe hierfür sind bekannt: Sie liegen nicht in der Parteinahme für ein System der "corporate governance", welches auf schwache Beteiligungsrechte setzt. Entscheidend ist vielmehr das Bestreben, die Strukturen der Arbeitnehmerbeteiligung in den Mitgliedstaaten der EU teils vorsichtig einander anzunähern, teils aber überhaupt erst aufzubauen und zu entwickeln. Dies gilt namentlich für die Ebene der betrieblichen Interessenvertretung. In einer Reihe von Mitgliedstaaten ist die Institution einer gewerkschaftsunabhängigen, von allen Arbeitnehmern gewählten und diese repräsentierenden betrieblichen Interessenvertretung schlicht unbekannt, so dass hier bereits die Errichtung solcher Organe und die Einführung von Verfahren der Information und Anhörung einen gravierenden Bruch mit der überkommenen Tradition der Arbeitsbeziehungen bedeutete.

⁴⁷ Eine andere Frage ist, ob die ausdrückliche Vereinbarung echter Mitbestimmungsrechte wünschenswert wäre. Dies wird z.T. wegen der Gefahr des Konzernsyndikalismus bezweifelt, so DKK-Däubler EBRG § 18 Rn. 13.

⁴⁸ Insofern ist der Aussage zuzustimmen, dass auf dieser — gewissermaßen "betriebsverfassungsrechtlichen" — Ebene die SE-RL einen gemeinschaftsweiten Mindeststandard schafft, so Wißmann, "Deutsche" Europäische Aktiengesellschaft und Mitbestimmung, in: FS Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 685; Kienast, in: Janott/Frodermann (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, 443 Rn. 375 Fn. 340 und S. 447 Rn. 399.

V. Fazit: Stärkung der Beteiligungsbefugnisse der Europäischen Arbeitnehmervertretung als dynamisches Element des Europäischen Sozialmodells

Die mit der EBR-RL begonnene Implementierung solcher Strukturen ist inhaltlich auf "Zuwachs", auf eine Weiterentwicklung hin zu einem nicht lediglich unverbindlichen "sozialen Dialog" angelegt. Dies kommt einmal darin zum Ausdruck, dass das Recht des EBR zum Abschluss von "Europäischen Betriebsvereinbarungen" von Anfang an unbestritten war und in einigen neueren EBR-Vereinbarungen eine solche Vereinbarungsbefugnis ausdrücklich festgeschrieben worden ist (näher dazu oben III). Eine parallele Tendenz zur Stärkung der Beteiligungsbefugnisse der Arbeitnehmervertretungen lässt sich auch im Recht der EU selbst nachzeichnen. Dies ist oben für die Auffangregelungen nach der EBR-RL und der SE-RL näher dargelegt worden und kommt ferner darin zum Ausdruck, dass — anders als in Art. 13 EBR-RL — die SE-RL nicht die Möglichkeit eröffnet, in einer Beteiligungsvereinbarung auf die Unterrichtung und Anhörung zu verzichten.⁴⁹ Eine abermalige Präzisierung und einen Ausbau der gesetzlichen Informations- und Anhörungsrechte der Arbeitnehmervertretung sieht die RL 2002/14/EG v. 11.3.2002 "zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft" vor. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts, der Art und Weise und des Zwecks der Unterrichtung und Anhörung (Art. 4, Erwägungsgründe 13 – 18 RL). Darüber hinaus sieht diese allgemeine Rahmen-RL für Information und Konsultation bei geplanten antizipativen Maßnahmen des Arbeitgebers und Entscheidungen, die wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation sowie der Arbeitsverträge mit sich bringen können im Interesse der Beschäftigungssicherung "erstmals im europäischen Recht Vereinbarungen zwischen Unternehmen und Arbeitnehmervertretung über materielle Fragen der Betriebsführung vor".⁵⁰ Und schließlich ist darauf zu verweisen, dass auch der normative Rang des Rechts auf Information und Anhörung der Arbeitnehmer durch seine Aufnahme in den Katalog der Charta der Grundrechte der EU (Art. 27) und deren Integration in den Entwurf eines Verfassungsvertrages (Art. II-87) gegenüber der Mehrzahl der nationalen Verfassungsgewährleistungen deutlich gestärkt worden ist.⁵¹

Alle diese Gründe sprechen dafür, die Auffangregelungen der EBR-RL und SE-RL über die Information und Anhörung der Arbeitnehmervertreter als unverbindlichen, wenngleich durchaus praxisrelevanten Orientierungsmaßstab für Beteiligungsvereinbarungen, nicht aber als zwingende Mindest- oder als Maximalvorgaben anzusehen. Sie verweisen auf ein gemeinschaftsrechtliches Konzept des "sozialen Dialogs", das nicht statisch interpretiert werden darf, sondern — ungeachtet temporärer Rückschläge — auf dynamische Weiterentwicklung angelegt ist.⁵² Perspektivisch geht es dabei um die Stärkung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer über eine folgenlose Konsultation hinaus bis hin zu effektiven Mitbestimmungsrechten. Solche bereits derzeit zu vereinbaren, liegt im freien Ermessen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der betrieblichen Sozialpartner

⁴⁹ Güntzel, Die Richtlinie über die Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) und ihre Umsetzung in das deutsche Recht, Ffm, 2006, S. 221 ff.

⁵⁰ Hanau, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, § 19 Rn. 131.

⁵¹ Blanke, Kommentierung von Art. 27, in: Bercusson (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht und die EU-Charta der Grundrechte, Kurzfassung, 2003, S. 47; Fischer, Der Europäische Verfassungsvertrag, 2005, S. 242.

⁵² Näher Blanke/Hoffmann, KJ H.2/2006 S. 1324 ff.; Blanke, NZA 2006 (Im Erscheinen).

und entspricht der ordnungspolitisch keineswegs verschlossenen Perspektive der Weiterentwicklung des "Europäischen Sozialmodells".

Gewerkschaften im Betrieb

von Rudolf Buschmann

Bernhard Nagel gewidmet, dem
der Verfasser seit vielen Jahren
wertvolle Ratschläge und
Anregungen, nicht nur im
Bereich des Kollektiven
Arbeitsrechts, verdankt.

I Einführung: Alter Streit in veränderten Formen

Der Streit um Inhalt und Umfang der gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb ist so alt wie die Gewerkschaften selber. Die hierzu vertretenen Positionen sind naturgemäß interessengeleitet und kontrovers wie auf wenig anderen Konfliktfeldern des Arbeitsrechts. Es soll an dieser Stelle nicht die historische Entwicklung in allen Einzelheiten aufgezeigt werden. Vielmehr kann es nur darum gehen, eine aktuelle Bestandsaufnahme vorzunehmen und auf aktuelle Entwicklungen hinzuweisen. Dabei haben sich die Auseinandersetzungsformen etwa gegenüber den 70er Jahren durchaus verschoben. Maßgeblich hierfür ist allerdings in erster Linie nicht eine veränderte oder sich verändernde Gesetzeslage. Auch die Novellierung der Betriebsverfassung 2001 berührt die gewerkschaftlichen Rechte im Betrieb nur am Rande. Tatsächlich ist die innerbetriebliche gewerkschaftliche Präsenz in Wirtschaft und Verwaltungen weitgehend anerkannt. Dagegen ist die Umsetzung der Verfassungsrechtsprechung zur Koalitionsfreiheit als "normales Grundrecht"¹ auf Ebene der Fachgerichte noch nicht vollständig vollzogen.

Allerdings weisen Anzeichen darauf hin, dass diese Problematik künftig wieder in den Vordergrund nicht nur der Theorie, sondern auch der Gerichtspraxis² rücken könnte: Neue Technologien, neue Kommunikationsformen führen zu veränderten Formen betrieblicher und damit auch gewerkschaftlicher Kommunikation. Hier geht es um die juristische Anpassung der in der bisherigen Rechtsprechung anerkannten innerbetrieblichen gewerkschaftlichen Kommunikationsformen an die neu entwickelten technischen Möglichkeiten, die zu entsprechenden Notwendigkeiten mutieren können. Die Rechtsprechung wird sich dieser Aufgabe ohne dramatische Strukturveränderungen gewachsen zeigen. Allerdings wird sie naturgemäß dem technischen Innovationsprozess hinterherhinken und mit zeitlicher Verzögerung jeweils solche Kommunikationsformen anerkennen können, die technisch gerade schon wieder überholt sind.

Grundsätzlicher könnten sich Veränderungen auf der Kapitalseite auswirken: Dies betrifft zunächst den sog. IT-Sektor, emerging markets, start-up-entrepreneurs vor und nach der Blase der sog. new economy. Die sich mit Workaholics umgebenden Empörkömmlinge als Firmengründer haben ersichtlich Schwierigkeiten, sich auf die erprob-

¹ Heilmann, AuR 1996, 121.

² Mehrere Verfahren haben inzwischen das BAG erreicht, vgl. unten III 2 b.

ten Sozialbeziehungen einzustellen bzw. wenig Lust, solange sie nicht dazu gezwungen werden. Der erhebliche juristische Aufwand zur Etablierung eines einfachen Betriebsrats in einem Weltkonzern wie SAP belegt diesen Befund³. Während das *Modell Deutschland* bzw. der *Rheinische Kapitalismus* sich nach gegenseitigen Anerkennungsprozessen recht gut auf gewerkschaftliche Präsenz in Betrieben und Unternehmen eingestellt haben, sie teilweise sogar so gut für sich funktionalisieren konnten, dass die als Ordnungsfaktoren auftretenden Arbeitnehmerorganisationen in Identitätskonflikte gerieten, treten neue, teilweise angelsächsische, Investoren auf den Markt, in deren Sicht Gewerkschaften nur Hindernisse auf dem Weg zu der angestrebten kurzfristigen Steigerung des *shareholder value* darstellen. Die für Deutschland neue Kurzlebigkeit von Unternehmensstrukturen⁴ verringert das Interesse der Kapitalseite an einer eher langfristig angelegten Zusammenarbeit.

Darüber hinaus verschärft sich der "Kampf um die Köpfe". Das Bild des Arbeitnehmers als eines Befehlsempfängers, der permanent konkrete Weisungen ausführt, gehört der Vergangenheit an. Moderne Führungsstrukturen setzen auf *Management by Objectives*, umgekehrt auf Ausführungsautonomie des Arbeitnehmers, die er einfach braucht, um den Anforderungen an immer qualifizierter und verantwortlicher gestaltete Leistungen zu genügen. Dieser Zuwachs an Ausführungsautonomie wird freilich nur gewährt, solange der Arbeitgeber die Gewähr sieht, dass seine Arbeitnehmer ihr Handeln an der strikten Verfolgung der unternehmerischen Ziele orientieren. Zielvereinbarungen, Corporate Identity und so seltsame Begriffe wie *affektives unternehmensbezogenes Commitment* stehen dafür, ebenso der exorbitante Kapitaleinsatz zur Produktion von Ideologie, wie die mit 100.000.000 € der Metall–Arbeitgeberverbände gesponserte *Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft*, der sog. *Bürgerkonvent*, das *Institut zur Zukunft der Arbeit* oder das *Zentrum für Arbeitsbeziehungen (ZAR)* in München. In diesem Denken haben Gewerkschaften wenig Platz. Dies könnte die Bestrebungen verstärken, sie aus den Betrieben heraus zu drängen, was wiederum juristische Gegenwehr und entsprechende Rechtsprechung hervorbringen könnte.

Für eine Zunahme arbeitsgerichtlicher Auseinandersetzungen um gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb sprechen schließlich die sichtbaren Tendenzen eines neuen Gewerkschaftspluralismus. Dieser könnte sich auf zwei recht unterschiedlichen Wegen entwickeln:

- Qualifizierte Arbeitnehmergruppen in Schlüsselstellungen (Ärzte, Piloten, Loführer) fühlen sich durch die Kompromissfähigkeit ihrer traditionellen Einheitsgewerkschaft überfordert und kalkulieren ganz pragmatisch die Durchsetzung besserer Arbeitsbedingungen für sich mittels der Gründung eigener Spartenorganisationen, die indes neben den angestrebten besseren Arbeitsbedingungen zunächst um ihre Anerkennung als "Sozialpartner" kämpfen müssen.

³ Vgl. nur Info in AuR 2006, 113, 161. Offenbar befürchtete der SAP–Vorstand, dass die Bildung eines Betriebsrats, mit dem man zunächst noch besondere "partnerschaftliche" Beziehungen pflegen würde, nur die Vorstufe ist zu einer langfristigen gewerkschaftlichen Erschließung des Unternehmens. Auf Seiten der IG Metall wird diese Einschätzung vermutlich geteilt. Unrealistisch ist sie nicht. Die vom Unternehmensgründer Hopp erwartete "Fremdsteuerung des Betriebsrats" verdeutlicht die in der Betriebsverfassung angelegte und gewollte enge Zusammenarbeit von Betriebsrat und Gewerkschaft.

⁴ Wer hätte sich vor Jahren vorstellen können, dass wirtschaftlich gesunde Unternehmen wie Höchst oder Mannesmann mit dem Rechenstift, d. h. gerade wegen ihrer unternehmerischen Erfolge zerstossen werden könnten?

- Eine gegenläufige Tendenz könnte durch die Rechtsprechung des BAG⁵ zu den Anforderungen an den Gewerkschaftsbegriff in Gang gesetzt werden. Wo auch Anschlusstarife und eine quantitativ erfolgreiche anbiedernde Tarifpolitik als Beleg für Gewerkschaftseigenschaft gewertet werden, lässt sich in der Tat erwarten, dass darauf gerichtete Organisationen zielgerichtet gegründet und von der Gegenseite hofiert werden, um weniger anpassungsfreudige DGB-Gewerkschaften aus dem Wege zu räumen⁶. Wenn diese darauf mit gewerkschaftlichen Mitteln antworten, könnten die Unternehmen möglicherweise ihr Hausrecht entdecken und die ungeliebte Gewerkschaft in einen Stellungskrieg um einzelne Artikulations- und Kommunikationsformen verwickeln.

II Gewerkschaften im dualen System der Arbeitnehmervertretung

1. Gewerkschaftliche Rechte im Rahmen der Betriebsverfassung

a) Übersicht

Das Betriebsverfassungsgesetz⁷ (vgl. nur § 2) konstituiert ein Kooperationsverhältnis zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten im Betrieb. Ihre unterschiedlichen Kompetenzen grenzen sich nach §§ 77 Abs. 3 und 87 Abs. 1 (Eingangssatz) i. S. d. Vorrangs der Tarifautonomie voneinander ab. Die Übernahme von Funktionen im Rahmen der Betriebsverfassung beschränkt nicht die Betätigungs möglichkeiten der Funktionsträger *für ihre Gewerkschaft auch im Betrieb* (§ 74 Abs. 3 BetrVG). Das BetrVG monopolisiert damit die innerbetriebliche Arbeitnehmervertretung nicht auf die Betätigung der Betriebsräte bzw. die betriebsverfassungsrechtliche Unterstützungs funktion der Gewerkschaften, sondern anerkennt daneben eine autonome, in diesem Gesetz nicht abschließend beschriebene, innerbetriebliche Gewerkschaftsarbeit. Allerdings werden Arbeitgeber und Betriebsrat ausdrücklich angehalten, darüber zu wachen, dass jede unterschiedliche Behandlung der im Betrieb tätigen Personen wegen *ihrer ... gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung* unterbleibt. Die einzelnen in diesem Gesetz geregelten Gewerkschaftsrechte werden nie auf die Gewerkschaften schlechthin, sondern auf *die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften* bezogen. Nach h. M. ist dafür erforderlich, dass die Gewerkschaft mindestens ein Mitglied im Betrieb hat. Daraus können sich Nachweisprobleme ergeben⁸. Immerhin zeigt die in diesen Vorschriften ausdrücklich genannte Voraussetzung einer gewerkschaftlichen Vertretung im Betrieb, dass die Gewerkschaft nicht als außerbetrieblicher Leistungsanbieter, sondern prinzipiell als Mitgliederorganisation im Betrieb begriffen wird. Dass dieses Bild nicht nur für die gewerkschaftliche Beteiligung an der Betriebsverfassung von Bedeutung ist, liegt auf der Hand.

- Die Gewerkschaften haben das Initiativrecht zur Bildung bisher nicht vorhandener betriebsverfassungsrechtlicher Organe, insbes. des Betriebsrats (Einladung zur Betriebsversammlung zur Wahl des Wahlvorstands (WV), § 17 Abs. 2 [neu: 3]; Antrag auf Bestellung

⁵ Vgl. nur BAG v. 28.3.2006 – 1 ABR 58/04, AuR 2006, 165.

⁶ Dieser Versuch lag offensichtlich den Entscheidungen des LAG Sachsen-Anhalt v. 8.5.2001 – 9(5) Sa 723/00, AuR 2002, 308 und des SächsLAG v. 13.11.2001 – 7 Sa 118/01, AuR 2002, 310, mit gemeinsamer Anm. Jacobs, zu Grunde.

⁷ §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BetrVG.

⁸ Vgl. nur BAG v. 25.3.92 – 7 ABR 65/90, AuR 1002, 88; BVerfG v. 21.3.94 – 1 BvR 1485/93, AuR 1994, 313; Prütting/Weth, AuR 1990, 269; Grunsky, AuR 1990, 105; DKK-Berg, § 2 BetrVG, Rn. 29 f. m.w.N.

des WV durch das Arbeitsgericht, § 17 Abs. 3 [neu: 4]). Um diese Einladung aushängen zu können, ist ihnen der Zutritt zu dem bisher betriebsratslosen Betrieb zu gewähren⁹.

- Die Gewerkschaften können die Wahl des BR wesentlich erleichtern, unterstützen und die ordnungsgemäße Wahl überwachen (Abschluss eines Tarifvertrags über abweichen-de Strukturen, § 3; Antrag auf Bestellung des WV durch das Arbeitsgericht, § 16 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 2 und 3; Entsendung eines Beauftragten in den WV, § 16 Abs. 1 Satz 7 [neu: 5]; Einreichung von Wahlvorschlägen, § 14 Abs. 5 [neu: 3] und 8 [neu: 5]; Übersendung einer Abschrift der Wahlniederschrift, § 18 Abs. 3 Satz 2; Wahlanfechtung, § 19 Abs. 2 Satz 1).
- Die Gewerkschaften haben ein betriebsverfassungsrechtliches Zutrittsrecht zum Betrieb (allgemeiner Zugang von Gewerkschaftsbeauftragten, § 2 Abs. 2; Teilnahme von Gewerkschaftsbeauftragten an Betriebsratssitzungen, § 31; an Betriebs- oder Abteilungsversamm-lungen, § 46 Abs. 1 Satz 1; an Betriebsräteversammlungen, § 53 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 46). Das gewerkschaftliche Zutrittsrecht zur Wahrung betriebsverfassungsrechtlicher Aufga-ben bezieht sich auf die Wahrnehmung aller in diesem Gesetz genannten Aufgaben und Befugnisse; es genügt ein Bezug zu diesen betriebsverfassungsrechtlichen Angelegenhei-ten¹⁰. Es besteht grundsätzlich auch während eines Arbeitskampfes¹¹.
- Die Gewerkschaften unterstützen die Amtsführung des Betriebsrats (Zusammenwirken unter Beachtung der geltenden Tarifverträge, § 2 Abs. 1; Teilnahme von Gewerkschafts-beauftragten an Betriebsratssitzungen, § 31; Aushändigung einer Sitzungsniederschrift, § 34 Abs. 2 Satz 1; Durchführung von Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nach § 37 Abs. 6 und 7, wenn auch nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt; Antrag auf Ausschluss aus dem Betriebsrat oder auf Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung der gesetzlichen Pflichten, § 23 Abs. 1; Unterlassungsantrag gegen den Arbeitgeber, § 23 Abs. 3 bzw. § 17 Abs. 2 Gleichbehandlungsgesetz; Strafantrag nach § 119 Abs. 2; zu Betriebs-versammlungen sogleich; Gewerkschaftssekreträre als Sachverständige i. S. d. § 80 Abs. 3) und der anderen betriebsverfassungsrechtlichen Organe (TV über Mitgliederzahl im Ge-samtbetriebsrat, § 47 Abs. 4, und im Konzernbetriebsrat, § 55 Abs. 4; Geschäftsführung des GBR, § 51 Abs. 1 i. V. m. §§ 30 ff., und des KBR, § 59 Abs. 1 i. V. m. §§ 30 ff.; Teilnahme von Gewerkschaftsbeauftragten an Betriebsräteversammlungen, § 53 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 46; Wahl der Jugend- und Auszubildendenvertretung, § 63 i. V. m. §§ 16 und 18 - 20). In dieser Funktion erhalten sie auch berechtigterweise Informationen über Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, weswegen sie dann ihrerseits einer besonderen Verschwie-genheitspflicht unterliegen¹².
- Die Gewerkschaften spielen eine aktive Rolle bei der Betriebs- und Abteilungsversamm-lung (Antrag auf Einberufung der BV, § 43 Abs. 4; beratende Teilnahme, § 46 Abs. 1; Behandlung tarifpolitischer Angelegenheiten, § 45 Satz 1). In der Praxis halten Gewerk-schaftsbeauftragte häufig das Hauptreferat auf einer Betriebsversammlung.

⁹ BAG v. 25.3.92 – 7 ABR 65/90, AuR 1993, 88; BVerfG v. 21.3.94 – 1 BvR 1485/93, AuR 1994, 313.

¹⁰ BAG v. 26.6.1973 – 1 ABR 24/72, AP Nr. 2 zu § 2 BetrVG 1972 = AuR 1974, 157, unter III 1 a, b der Gründe.

¹¹ ArbG Frankfurt/Main v. 24.3.1999, AuR 1999, 412 m. w. N. Im Einzelfall ging es um die Beratung des Betriebsrats über Mitbestimmungsrechte hinsichtlich technischer Einrichtungen zur Überwachung von Arbeitnehmern (§ 87 Abs. 1 Nr. 6) sowie der Einstellung von Leiharbeitnehmern (§ 99).

¹² DKK – Buschmann, § 79, Rn. 1, 17.

b) Novellierung 2001

Das Betriebsverfassungs-Reformgesetz 2001 hat die betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften nur unwesentlich verändert. Ausgebaut wurde die Möglichkeit abweichender tariflicher Regelungen über Strukturen der Arbeitnehmervertretung nach § 3. Allerdings verloren die Tarifparteien nach § 3 Abs. 2 und 3 das Regelungsmonopol für abweichende Regelungen, da diese u. U. auch durch Betriebsvereinbarung oder sogar durch die Arbeitnehmer mit Stimmenmehrheit getroffen werden können. Die nach § 17 Abs. 1 mögliche Bestellung des Wahlvorstands durch den GBR/KBR entlastet die gewerkschaftlichen Funktionen bei der Betriebsratswahl ein wenig. Der Antrag auf gewerkschaftliche Teilnahme an Betriebsratssitzungen kann nach § 31 nicht mehr von der "Mehrheit einer Gruppe", sondern von 1/4 der Mitglieder des Betriebsrats gestellt werden, woraus sich eine geringfügige Verringerung der gewerkschaftlichen Präsenz in der Betriebsratssitzung ergeben könnte. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Reform zwar die Stellung der Betriebsräte gestärkt, sich bei der Regelung direkter Gewerkschaftsrechte aber eher restriktiv verhalten hat.

c) Europäischer Betriebsrat

Das Gesetz über Europäische Betriebsräte v. 28. 10. 1996¹³ erwähnt gewerkschaftliche Rechte nur vereinzelt. Die ausdrücklich eingeräumten Befugnisse zeichnen sich durch ein hohes Maß an Bescheidenheit aus¹⁴. Nach § 9 Abs. 3 EBRG hat die zentrale Leitung ... *die in inländischen Betrieben vertretenen Gewerkschaften* über die Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums und seine Zusammensetzung zu unterrichten. Nach § 24 Satz 2 EBRG hat die zentrale Leitung ... *die in inländischen Betrieben vertretenen Gewerkschaften* über die Namen der Mitglieder des EBR, ihre Anschriften sowie die jeweilige Betriebszugehörigkeit zu unterrichten. § 13 Abs. 4 EBRG stellt klar, dass Sachverständige des besonderen Verhandlungsgremiums auch *Beauftragte der Gewerkschaften* sein können. § 44 Abs. 3 Satz 2 EBRG nennt das Strafantragsrecht der im Betrieb vertretenen Gewerkschaft in Bezug auf die Verletzung des § 42 EBRG, der insbesondere die Behinderung oder Störung der Wahl oder Tätigkeit des EBR verbietet.

2. Gewerkschaftliche Rechte im Rahmen der Personalvertretung

Die gewerkschaftlichen Rechte in Dienststellen und Verwaltungen sind in den Personalvertretungsgesetzen¹⁵ in weiten Teilen ähnlich geregelt wie im BetrVG. So entsprechen sich die allgemeinen Regelungen in § 2 BPersVG und § 2 BetrVG einschließlich des in Abs. 2 geregelten Zugangsrechts für die *in der Dienststelle vertretenen Gewerkschaften*, § 67 Abs. 1 BPersVG und § 75 Abs. 1 BetrVG (keine unterschiedliche Behandlung wegen *gewerkschaftlicher Betätigung oder Einstellung*), § 67 Abs. 2 BPersVG und § 74 Abs. 3 BetrVG (keine Beschränkung der *gewerkschaftlichen Betätigung auch in der Dienststelle*), § 75 Abs. 5 BPersVG und § 77 Abs. 3 BetrVG, § 75 Abs. 3 (Eingangssatz) BPersVG und § 87 Abs. 1 (Eingangssatz) BetrVG (Vorrang der Tarifautonomie). Zusätzlich gibt § 67

¹³ BGBl. I, S. 1548, ber. 2022; geändert durch Gesetz v. 21.12.2000, BGBl. I, S. 1983, 2011.

¹⁴ Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Handkommentierung, 10. Aufl., Baden-Baden 2000, Rn. 683 t.

¹⁵ Nachfolgend wird nur auf das Bundespersonalvertretungsgesetz eingegangen.

Abs. 3 BPersVG der Personalvertretung die Aufgabe, *sich für die Wahrung der Vereinigungsfreiheit der Beschäftigten einzusetzen*. § 96 BPersVG stellt schließlich klar, dass die Aufgaben der Gewerkschaften und Vereinigungen der Arbeitgeber durch das Personalvertretungsrecht nicht berührt werden.

Bei der Wahl des Personalrats hat die in der Dienststelle vertretene Gewerkschaft ein Initiativrecht ähnlich wie in der Betriebsverfassung zur Wahl des Wahlvorstands, §§ 20 Abs. 2 Satz 1, 22, 23 Abs. 1 Satz 2 BPersVG, ein Teilnahmerecht an Wahlvorstandssitzungen mit beratender Stimme, § 20 Abs. 1 Satz 3 BPersVG, das Recht, Wahlvorschläge zu machen, § 19 Abs. 4 und 9 BPersVG, ein Wahlanfechtungsrecht, § 25 BPersVG.

Weiterhin entsprechen sich § 28 Abs. 1 BPersVG und § 23 Abs. 1 BetrVG (Ausschluss bzw. Auflösung), § 36 BPersVG und § 31 BetrVG (Teilnahme an Personal-/Betriebsratssitzungen), § 49 Abs. 3 BPersVG und § 43 Abs. 4 BetrVG (Einberufung von Personal/Betriebsversammlungen), § 52 Abs. 1 Satz 1 BPersVG und § 46 Abs. 1 Satz 1 BetrVG (Teilnahme an Personal-/Betriebsversammlungen).

III Autonome gewerkschaftliche Betätigung

1. Internationale Rechtsgrundlagen

- Der im Rahmen der Vereinten Nationen abgeschlossene und durch Gesetz v. 23.11.1973¹⁶ ratifizierte *Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* verpflichtet die Vertragsstaaten in seinem Art. 8 u. a. Folgendes zu gewährleisten:
 - a) *das Recht eines jeden, zur Förderung und zum Schutz seiner wirtschaftlichen und sozialen Interessen Gewerkschaften zu bilden oder einer Gewerkschaft eigener Wahl allein nach Maßgabe ihrer Vorschriften beizutreten. Die Ausübung dieses Rechts darf nur solchen Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind.*
 - c) *das Recht der Gewerkschaften, sich frei zu betätigen, wobei nur solche Einschränkungen zulässig sind, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer erforderlich sind.*
- Von den *Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)* sind die Übereinkommen Nr. 87, 98 und 135¹⁷ von Belang. Nach Art. 1 letzteren Übereinkommens, dem der Bundestag durch Gesetz v. 23.7.1973 zugestimmt hat, sind *Arbeitnehmervertreter im Betrieb gegen jede Benachteiligung, einschließlich Kündigung, die aufgrund Ihrer Stellung oder Betätigung als Arbeitnehmervertreter oder aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder ihrer gewerkschaftlichen Betätigung erfolgt, wirksam zu schützen, sofern sie im Einklang mit bestehenden Gesetzen oder Gesamtarbeitsverträgen oder anderen gemeinsam vereinbarten Regelungen handeln*. Nach Art. 2 Abs. 1 sind *Arbeitnehmervertretern im Betrieb Erleichterungen zu gewähren, die geeignet sind, ihnen die rasche und wirksame Durchführung ihrer Aufgaben zu ermöglichen*.

¹⁶ Abgedruckt in Däubler/Kittner/Lörcher, (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, Nr. 130.

¹⁷ Abgedruckt in Däubler/Kittner/Lörcher, a.a.O., Nrn. 210 – 212.

lichen. Arbeitnehmervertreter i. S. d. Übereinkommens sind Gewerkschaftsvertreter und im Betrieb von Arbeitnehmern gewählte Vertreter¹⁸. Nach Auffassung des BAG¹⁹ begründet allerdings das Übereinkommen Nr. 135 keine unmittelbaren Rechtsansprüche. Zur Umsetzung seien nur die staatlichen Gesetzgebungsorgane und die Tarifvertragsparteien berufen. Das Übereinkommen sei durch die Bestimmungen des BetrVG und der Personalvertretungsgesetze verwirklicht. Dieser letzte Satz kann aber nur richtig sein, wenn in der Auslegung und Anwendung dieser Gesetze die Vorgaben des Übereinkommens beachtet werden. Dies bedeutet z. B., dass nicht nur die in § 78 BetrVG ausdrücklich genannten Mitglieder, sondern auch gewerkschaftliche Arbeitnehmervertreter im Betrieb grundsätzlich gegen Benachteiligungen aufgrund ihrer gewerkschaftlichen Stellung, Betätigung oder Zugehörigkeit wirksam zu schützen sind.

- Art. 11 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* gewährleistet allen Menschen das Recht, *sich frei mit anderen zusammenzuschließen, einschließlich des Rechts, zum Schutze ihrer Interessen Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten.*
- In der *Revidierten Europäischen Sozialcharta* (RESC) i. d. F. v. 3.5.1996 (von der Bundesrepublik Deutschland noch nicht ratifiziert), Teil I Nr. 28, heißt es: "Die Arbeitnehmervertreter im Betrieb haben das Recht auf Schutz gegen Benachteiligungen und müssen geeignete Erleichterungen erhalten, um ihre Aufgaben wahrzunehmen". Dementsprechend statuiert Art. 28 RESC "das Recht der Arbeitnehmervertreter auf Schutz im Betrieb und Erleichterungen, die ihnen zu gewähren sind" mit folgendem Inhalt: "Um die wirksame Ausübung des Rechts der Arbeitnehmervertreter zu gewährleisten, ihre Aufgaben wahrzunehmen, verpflichten sich die Vertragsparteien sicherzustellen, dass
 - a) die Arbeitnehmervertreter im Betrieb gegen Benachteiligungen, einschließlich der Kündigung, die aufgrund ihrer Eigenschaft oder Betätigung als Arbeitnehmervertreter im Betrieb erfolgen, wirksam geschützt werden;
 - b) den Arbeitnehmervertretern im Betrieb Erleichterungen gewährt werden, die geeignet sind, ihnen die rasche und wirksame Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, wobei das in dem betreffenden Land zu beachtende System der Arbeitsbeziehungen sowie die Erfordernisse, Größe und Leistungsfähigkeit des jeweiligen Betriebs berücksichtigt werden".
- Das *Recht der Europäischen Gemeinschaften* kennt an sich kein eigenständiges Koalitionsrecht. Art. 137 Abs. 5 EG schließt das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrungsrecht ausdrücklich aus dem Katalog der Regelungsgegenstände in sozialen Fragen aus. Dies bedeutet allerdings nicht, dass die Koalitionsfreiheit auf europäischer Ebene nicht vorhanden wäre. Art. 140 EG betont die Förderungspflicht der Kommission auch in Bezug auf das Koalitionsrecht und die Kollektiv-Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Weiterhin betont Art. 6 Abs. 2 des Vertrags über die Europäische Union v. 7.2.1992 die Beachtung der Grundrechte, wie sie in der Europäischen Menschenrechtskonvention gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Eine Gewährleistung von *Koalitionsfreiheit und Tarifverhandlungen* findet sich auch unter Ziff. 11 – 14 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer v. 9.12.1989, schließlich in Art. 12

¹⁸BAG v. 7.5.1986, DB 1986, 1883.

¹⁹BAG v. 8.12.1978, AuR 1979, 254, mit Anm. Pfarr; v. 19.1.1982, AP Nr. 10 zu Art. 14 GG.

(*Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit*) sowie 27 f. der Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 7.12.2000 (2000/C- 364/01, ABIEG v. 18.12.2000, C-364/01)²⁰. Beide Deklarationen haben noch keine Rechtsverbindlichkeit, werden aber z. B. vom EuGH — zumeist ergänzend — zur Begründung seiner Entscheidungen herangezogen. Danach gehört die Vereinigungsfreiheit zu den Grundrechten, die nach st. Rspr. des EuGH in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt werden²¹. Schließlich wird die Tätigkeit von Arbeitnehmervertretern im Betrieb in Einzelrichtlinien anerkannt und gesichert. So heißt es etwa in Art. 7 der RL 2002/14/EG v. 11.3.2002²² zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der EG: "Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die Arbeitnehmervertreter bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten genießen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen"²³. Einen solchen besonderen Schutz für Arbeitnehmervertreter verlangt auch Art. 7 der Gleichbehandlungsrichtlinie 2002/73/EG im Zusammenhang mit der Behandlung von Beschwerden.

2. Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG)

a) Vom Kernbereich zum normalen Grundrecht

Aus Art. 9 Abs. 3 GG folgt nach st. Rspr. des BVerfG²⁴ und des BAG²⁵ das Recht der Gewerkschaften auf innerbetriebliche Betätigung incl. Werbung auch unabhängig von der Betriebsverfassung/Personalvertretung. Diese Rechtsprechung wurde zusammengefasst im Urteil des BAG v. 14.2.1978²⁶ im Rechtsstreit zwischen der Gewerkschaft ÖTV und den Krankenanstalten Vollmarstein mit folgenden Leitsätzen:

- Der Betriebsinhaber/Unternehmer muss das Anbringen von Schriftgut zur Selbstdarstellung der Gewerkschaft, zur Information über ihre Leistungen und über arbeits- und tarifrechtliche Fragen sowie zur Aufforderung zum Erwerb der Mitgliedschaft bei der Gewerkschaft durch betriebs-/unternehmensfremde Beauftragte der Gewerkschaft auf Bekanntmachungstafeln des Betriebes dulden. Ebenso muss er die Verteilung derartigen Materials und die allgemeine arbeits- und tarifrechtliche Betreuung von Mitgliedern der Gewerkschaft und die Werbung neuer Mitglieder durch betriebs-/ unternehmensfremde Gewerkschaftsbeauftragte in den Betriebs- und Unternehmensräumen außerhalb der Arbeitszeit dann erlauben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn in dem Betrieb schon Mitglieder der Gewerkschaft tätig sind. Das Hausrecht und ein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb stehen den fraglichen Betätigungen der Gewerkschaft nicht entgegen.

²⁰ Auszugsweise veröffentlicht in AuR 2001, 379 mit Besprechungsaufsätzen Weiss und Däubler ebd.

²¹ EuGH v. 15.12.1995 — Rs. C- 415/93, Bosman, AuR 1996, 196 ff., mit Besprechungsaufsatz Blanpain a. a. O., 161; EuGH v. 9.3.2006 — Rs. C-499/04, Werhof, AuR 2006, 202, mit Anm. Buschmann; ausführlich zur Koalitionsfreiheit als Grundrecht des Gemeinschaftsrechts Blanke, AuR 2006, 1 ff., 4f.

²² ABIEG 080/30 v. 23.3.2002.

²³ Zur RL 2002/14/EG vgl. auch Giesen, RdA 2000, 298, 302; Bonin, AuR 2004, 321.

²⁴ BVerfGE 19, 313, 321 (Wahlwerbung); 28, 295, 304 (allgemeine Werbung und Information); 38, 281; weit. Nachweise bei Däubler (Fn. 6), Rn. 260 ff.

²⁵ BAG, AP Nrn. 10 und 11 zu Art. 9 GG; bestätigt 30.8.83, AuR 1984, 50.

²⁶ BAG v. 14.2.1978 – 1 AZR 280/77, BAGE 30, 122 = AP Nr. 26 zu Art. 9 GG = AuR 1978, 344 u. 1979, 62.

2. Das eben Gesagte gilt auch für den Bereich karitativer Einrichtungen der Kirche i. S. des § 118 Abs. 2 BetrVG. Die Kirchenautonomie steht dem nicht entgegen. Die Gewerkschaft darf bei der hier in Rede stehenden Tätigkeit die Kirchenautonomie nicht beeinträchtigen und nicht in Abrede stellen.

In seiner Begründung geht der 1. *Senat des BAG* mangels einfach gesetzlicher Rechtsgrundlagen von den Betätigungen der Koalitionen aus, die für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz unerlässlich sind. Dazu rechnet er spezifisch die Werbung neuer Mitglieder sowie die Information vorhandener Mitglieder und der unorganisierten Arbeitnehmer über Aufgaben, Ziele und Tätigkeit der Koalition. Die *Ansprache nach außen* und die *Binnenkommunikation* werden also insoweit gleich gesetzt. Beide werden zum Kernbereich der Koalitionsgarantie gerechnet. Dann müsse der Gewerkschaft (Koalition) selbst das Recht eingeräumt werden, dort zu werben und zu informieren, wo das Arbeitsleben sich abspielt, nämlich in den Unternehmen/Betrieben. Eine andere Betrachtung würde bedeuten, die Gewerkschaften in ihrer diesbezüglichen Tätigkeit gerade von den Stätten fernzuhalten, wo ihre auf die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtete Tätigkeit vor allem ihre Wirkung zeitigen soll. Wer die gewerkschaftliche Information durchführe, entscheide die Gewerkschaft selber. Das Hausrecht (Art. 13 GG) und das nach Art. 14 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Werbebetrieb des Arbeitgebers seien zwar betroffen, jedoch nicht verletzt, solange der ordnungsgemäße Unternehmens- und Betriebsablauf nicht gestört werde. Jedenfalls gebühre bei der Abwägung der Grundrechte dem Koalitionsbetätigungsrecht der Vorrang.

In dieser Entscheidung hat der Senat zwar seine Argumentationslinien, an denen sich auch die nachfolgende Rechtsprechung bis heute abarbeiten sollte, verdeutlicht, nicht aber unbedingt Neuland beschritten. Bereits in seiner Entscheidung v. 14.2.1967²⁷ hatte das Gericht festgestellt, dass der Betriebsinhaber es einer Gewerkschaft nicht untersagen darf, im Betrieb durch der Gewerkschaft angehörige Belegschaftsmitglieder Werbe- und Informationsmaterial mit spezifisch koalitionsgemäßem Inhalt außerhalb der Arbeitzeit und während der Pausen verteilen zu lassen. Bereits damals hatte sich das Gericht auch mit den Rechten des Arbeitgebers aus Art. 13 und 14 GG befasst, jedoch festgestellt, dass bei der Weitergabe gewerkschaftlichen Werbe- und Informationsmaterials im Betrieb das Eigentum, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und das Direktionsrecht *nicht oder doch nur äußerst geringfügig* beeinträchtigt werden, solange der Ablauf der Arbeit und der Zu- und Abgang der Arbeitnehmer sowie die Erbringung der Arbeit nicht gestört werden. Es ist nun auffallend, dass derartige Störungen bei den späteren Verfahren und Entscheidungen in keinem Fall im Vordergrund standen, sondern immer die prinzipielle Frage der gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb. Schließlich ist anzumerken, dass in diesem Urteil die Tatsache, dass die Gewerkschaft im Betrieb durch Mitglieder vertreten ist, positiv gewürdigt ist, d. h. als Argument für gewerkschaftlichen Zutritt herangezogen wird. Eine spätere Entscheidung wird diese Frage genau umgekehrt beantworten.

Das Urteil v. 1978 wurde indes aufgehoben durch Beschluss des *BVerfG* v. 17.2.1981²⁸. Es sollte sich als verhängnisvoll erweisen, dass dieses Urteil eine kirchliche Krankenanstalt als bezogenen Arbeitgeber traf. Diese war zwar von den Folgen innerbetrieblicher gewerkschaftlicher Betätigung nicht gravierender betroffen als andere private

²⁷ BAG v. 14.2.1967 — 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG = AuR 1967, 158.

²⁸ BVerfG v. 17.2.1981 — 2 BvR 384/78, BVerfGE 57, 220 = AP Nr. 9 zu Art. 140 GG = AuR 1981, 320.

Arbeitgeber, konnte ihre Verfassungsbeschwerde aber im Unterschied zu diesen auf Art. 140 GG stützen, was bei der damaligen Zusammensetzung des *BVerfG* Erfolg versprach und auch einbrachte. Der Leitsatz des Gerichts ließ zunächst eine Beschränkung auf Kirchen erwarten, wenn es nämlich heißt:

In einer kirchlichen Anstalt haben anstaltsfremde Gewerkschaftsbeauftragte dann kein koalitionsrechtliches Zugangsrecht, wenn die Gewerkschaft die werbende und informierende Tätigkeit durch anstaltsangehörige Gewerkschaftsmitglieder durchführen kann.

Dies legt den Schluss nahe, das *BVerfG* habe nur die Übertragung der für innerbetriebliche Gewerkschafter geltenden Grundsätze auf außerbetriebliche Beauftragte und dies auch nur in Kirchen und ihren Einrichtungen gerügt. Die Begründung wies aber darüber hinaus, was von der Arbeitgeberseite alsbald rezipiert und durch entsprechende Verbote und Behinderungen auch in der Privatwirtschaft umgesetzt wurde. In dieser Entscheidung sah das *BVerfG* im Unterschied zu anderen Grundrechten nur einen *Kernbereich* der Koalitionsfreiheit als verfassungsrechtlich verbürgt an, der für die Erhaltung und Sicherung der Existenz der Koalitionen als unerlässlich betrachtet werden müsse. Diese Restriktion eines Grundrechts auf seinen Kernbereich verwechselte den Inhalt des Grundrechts und die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG. Sie beschränkte methodisch zweifelhaft den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz von vornherein auf den Bereich, den anzutasten selbst dem Gesetzgeber verwehrt ist²⁹. So dann stellte es lapidar fest, das berufsverbandliche Zutrittsrecht sei *mit Sicherheit* für die Erhaltung und Sicherung der Koalition nicht unerlässlich, jedenfalls in Betrieben und Anstalten, in denen die Gewerkschaft durch Mitglieder vertreten sei. Die Kombination der Kernbereichslehre mit der Unerlässlichkeitsformel führte zu paradoxen Ergebnissen, dass nämlich erfolgreiche Gewerkschaftsarbeit und mitgliedschaftliche Legitimation der Gewerkschaften sich negativ auf die Rechtsgrundlagen ihrer innerbetrieblichen gewerkschaftlichen Betätigung auswirkten.

Stellte sich jeweils heraus, dass die Gewerkschaft auch ohne die im Einzelfall umstrittene Betätigungsform weiter bestehen konnte, weil sie als Gestaltungsfaktor schlicht anerkannt war, war diese Betätigungsform eben nicht "unerlässlich", gehörte folglich nicht zum Kernbereich. Alle nicht ausdrücklich gesetzlich garantierten Formen innerbetrieblicher gewerkschaftlicher Betätigung rückten durch diese Konstruktion automatisch in den Bereich des Verbotenen, zumindest des nicht Durchsetzbaren. Für die Arbeitgeberseite ergab sich die Möglichkeit, nun differenziert zu reagieren. So weit man sich mit Gewerkschaften arrangiert hatte, blieb die restriktive Rechtsprechung praktisch ohne Konsequenzen. Wurde der strategische Weg eingeschlagen, die Gewerkschaft aus dem Betrieb herauszuhalten, bot die Rechtsprechung allerdings alle Möglichkeiten, nicht nur den Zutritt außerbetrieblicher Gewerkschaftsbeauftragter, sondern auch die Betätigung innerbetrieblicher Gewerkschaftsmitglieder, gestützt auf das Hausrecht des Betriebsinhabers zu untersagen. Gewerkschaftsarbeit konnte somit belohnt oder bestraft werden, was der Arbeitgeberseite die Möglichkeit gab, Gewerkschaftsarbeit inhaltlich zu kontrollieren. Auch in der Rechtsprechung wurde in der Folge wenig zwischen dem Zutritt außerbetrieblicher Gewerkschaftsbeauftragter und der innerbetrieblichen gewerkschaftlichen Betätigung von betriebsangehörigen Arbeitnehmern differenziert, ebenso wenig zwischen dem von der Organisation geltend gemachten kollektiven Grundrecht und dem individuellen Grundrecht der einzelnen Gewerkschaftsmitglieder auf gewerkschaftliche Betätigung nach Art. 9 Abs. 3

²⁹ Zur Kritik vgl. DKK – Berg, § 2 Rn. 43 ff.; Däubler, Gewerkschaftsrechte, Rn. 357; ders., DB 1998, 2014.

GG³⁰. Ob dem *BVerfG* diese Konsequenzen außerhalb des Bereichs der Kirchen bewusst waren, sei dahingestellt. Dort trafen aber die wesentlichen Auswirkungen ein. Dies wurde an einer Reihe von Entscheidungen des *BAG*, das grundsätzlich der gleichen Linie folgte, deutlich:

- *BAG* v. 19. Januar 1982 : Zutritt zum Betrieb³¹
- *BAG* v. 8. Dezember 1978³² : Vertrauensleutewahl im Betrieb
- *BAG* v. 23. Februar 1979³³ : Gewerkschaftlicher Aufkleber auf Schutzhelm
- *BAG* v. 23. Februar 1979³⁴ : Verteilung einer Gewerkschaftszeitung im Betrieb
- *BAG* v. 23. September 1986³⁵ : Benutzung eines krankenhausinternen Postverteilungssystems

³⁰Möglicherweise war es ein prozessualer Fehler der Gewerkschaften, dass lange Zeit die Organisationen selbst jeweils als Kläger auftraten und nicht ihre Mitglieder im Betrieb. Daran drückt sich freilich ein gewisses stark apparatebezogenes Gewerkschaftsverständnis aus, welches für Deutschland nicht untypisch ist.

³¹*BAG* v. 19.1.1982 – 1 AZR 279/81, BAGE 37, 331 = AP Nr. 10 zu Art. 140 GG = AuR 1982, 162: Die Gewerkschaften haben jedenfalls dann keinen unmittelbar aus Art. 9 Abs. 3 GG ableitbaren Anspruch auf Duldung gewerkschaftlicher Werbe-, Informations- und Betreuungstätigkeit durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte in kirchlichen Einrichtungen, wenn sie in diesen Einrichtungen bereits durch betriebsangehörige Mitglieder vertreten sind; ob ihre betriebsangehörigen Mitglieder zu einer solchen gewerkschaftlichen Betätigung auch bereit sind, ist unerheblich (im Anschluss an *BVerfG* v. 17.2.1981 – 2 BvR 384/78, a.a.O). Ein Zutrittsrecht für betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte ergibt sich auch nicht aus dem Übereinkommen Nr. 135 der Internationalen Arbeitsorganisation v. 23.6.1971.

³²*BAG* v. 8.12.1978 – 1 AZR 303/77, BAGE 31, 166 = AuR 1979, 254, 282: Die Gewerkschaften haben keinen gesetzlichen Anspruch gegenüber den Arbeitnehmern, die Wahlen der gewerkschaftlichen Vertrauensleute im Betrieb durchführen zu lassen. Ein solches Recht ergibt sich nicht aus Art. 9 Abs. 3 GG. Es kann auch nicht aus dem Übereinkommen Nr. 135 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 23. Juni 1971 abgeleitet werden.

³³*BAG* v. 23.2.1979 – 1 AZR 172/78, BAGE 31, 318 = AuR 1979, 349, 381 mit Anm. Zachert :

1. Art. 9 Abs. 3 GG garantiert den Gewerkschaften und ihren Mitgliedern einen Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung. Dieser umfasst die Tätigkeiten, für die die Gewerkschaften gegründet und für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz als unerlässlich betrachtet werden müssen. Dazu gehört auch die Informations- und Werbetätigkeit.
2. Die gewerkschaftliche Werbung unter Inanspruchnahme fremden Eigentums ist aber dann nicht unerlässlich i. S. d. Kernbereichsvoraussetzung, wenn sie ebensogut mit anderen Werbemitteln verfolgt werden könnte, die die Eigentumsrechte anderer unberührt lassen. Der Arbeitgeber braucht deshalb als Eigentümer von Schutzhelmen, die er seinen Arbeitnehmern für die Arbeit überlässt, nicht zu dulden, dass auf diesen von Gewerkschaftsmitgliedern Aufkleber mit dem Gewerkschaftsemblem angebracht werden. Vielmehr kann er gemäß § 1004 Abs. 1 BGB die Be seitigung der Aufkleber verlangen.

³⁴*BAG* v. 23.2.1979 – 1 AZR 540/77, AuR 1979, 350 = BB 1979, 887 DB 1979, 1185 Nr. 30; a. A. jetzt LAG Köln v. 19.2.1999 – 11 Sa 962/98, AuR 1999, 411: Nicht zur verfassungsrechtlich geschützten Kernbereichsbetätigung einer Gewerkschaft — weil für die Erhaltung und Sicherung ihrer Existenz nicht unerlässlich — gehört die Verteilung einer (periodisch erscheinenden) Gewerkschaftszeitung im Betrieb ausschließlich an ihre Mitglieder. Es handelt sich dabei nur um einen innergewerkschaftlichen Verteilungsmodus.

³⁵*BAG* v. 23.9.1986 – 1 AZR 597/85, BAGE 53, 89 = AuR 1987, 83: Ein Krankenhaus kann seinen Arbeitnehmern untersagen, gewerkschaftliche Werbe- und Informationsschriften über ein hausinternes Postverteilungssystem, das für dienstliche Zwecke eingerichtet wurde, an die Mitarbeiter des Krankenhauses zu verteilen. Ein solches Verbot verletzt nicht das Recht der Arbeitnehmer auf koalitions mäßige Betätigung (Art. 9 Abs. 3 GG).

Aus dieser insgesamt restriktiven Rechtsprechung der 80er Jahre fallen lediglich zwei Entscheidungen heraus:

- BAG v. 30. August 1983³⁶ : Mitgliederwerbung durch Plakate

Mit dem in der Kernbereichslehre und der Unerlässlichkeitsformel angelegten Instrumentarium hätte sich bei entsprechendem Willen auch in diesem Fall die gewerkschaftliche Klage abweisen lassen können. Dass dies nicht geschehen ist, ist darauf zurückzuführen, dass das BAG die Werbung mit dem gewerkschaftlichen Arbeits- und Sozialrechtsschutz offenbar zum Kernbereich der Gewerkschaftsarbeite rechnet³⁷. Dies kann man so sehen, müsste dann aber weiter fragen, warum für innerorganisatorische Meinungsbildung und Beschlussfassung unter den Mitgliedern andere Maßstäbe gelten sollten. Nach diesem Verständnis wäre plakative Werbung einer im Betrieb mitgliederschwachen Organisation eher zu tolerieren als themenbezogene innergewerkschaftliche Information und Meinungsbildung. Dahinter verbirgt sich das Gewerkschaftsbild eines werbetreibenden außerbetrieblichen Apparats, der die Arbeitnehmer anspricht und ggf. auch braucht, und nicht das Bild einer mitgliedschaftlich und demokratisch strukturierten Selbstorganisation der Arbeitnehmer. Jedenfalls ist durch ein Werbeverbot auch der Kernbereich betroffen. An dieser Entscheidung ist noch ein weiterer Aspekt hervorzuheben, der gerade für die juristische Arbeit der Gewerkschaften von Bedeutung ist: Das inkriminierte Plakat betraf nicht irgendwelche gewerkschaftlichen Leistungen, sondern spezifisch den Arbeits- und Sozialrechtsschutz sowie einen privaten, von der Gewerkschaft angebotenen, Familienrechtsschutz, auch außerhalb des Arbeitsrechts. Letzterer wurde zwar aufgrund einer Entscheidung des BGH³⁸, der darin einen Verstoß gegen § 1 UWG gesehen hatte, später aus dem Leistungskatalog der Gewerkschaften wieder gestrichen. Es bleibt aber die Feststellung des BAG, dass auch der gewerkschaftliche Rechtsschutz einen besonderen koalitionsspezifischen Inhalt hat und sich als unmittelbare Grundrechtswahrnehmung nach Art. 9 Abs. 3 GG darstellt. Das BAG trägt damit einer inzwischen über 100 Jahre alten Tradition gewerkschaftlicher Interessenvertretung vor Gericht Rechnung, in der die Gewerkschaften sich darin begreifen, für ihre Mitglieder Recht nicht nur zu setzen, sondern auch im Einzelfall prozessual durchzusetzen³⁹.

- BAG v. 2. Juni 1987⁴⁰ : Unzulässige Aufforderung zum Gewerkschaftsaustritt

³⁶ BAG v. 30.8.1983 – 1 AZR 121/81, AuR 1984, 50 = DB 1984, 462: Die gewerkschaftliche Mitgliederwerbung im Betrieb durch Plakate gehört zum Kernbereich einer koalitionsmäßigen Betätigung auch dann, wenn lediglich mit satzungsgemäßen Leistungen — hier mit einem Arbeits- und Sozialrechtsschutz sowie einem privaten Familienrechtsschutz — geworben wird.

³⁷ Die inzwischen erfolgte Ausgliederung des Rechtsschutzes in eine eigenständige Rechtsschutz – GmbH hat daran nichts geändert.

³⁸ BGH v. 25.1.1990 – I ZR 19/78, AP Nr. 58 zu Art. 9 GG.

³⁹ Ausführlich dazu Engelen-Kefer, Rechtsschutzversicherung oder gewerkschaftliche Interessenvertretung vor Gericht, AuR 1995, 300 ff.

⁴⁰ BAG v. 2.6.1987 – 1 AZR 651/85, BAGE 54, 353 = AuR 1987, 343:

1. Durch Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG werden die Koalitionen in ihrem Bestand und in ihrer Betätigung geschützt.
2. Ein Arbeitgeber darf die Einstellung eines Arbeitnehmers nicht von dessen Austritt aus einer Gewerkschaft abhängig machen. Die betroffene Gewerkschaft kann sich gegen diesen rechtswidrigen Angriff auf ihr Koalitionsbetätigungsrecht mit einer Unterlassungsklage wehren (im Anschluss an BAG v. 11.11.1968 – 1 AZR 16/68 – BAGE 21, 201 = AP Nr. 14 zu Art. 9 GG).

Dass es überhaupt zu diesem Rechtsstreit gekommen ist, ist erstaunlich. Zum Sachverhalt sei allerdings ergänzt, dass es sich bei den Beklagten um ein Modegeschäft mit 6 Arbeitnehmern handelte und dass kein halbwegs rational handelnder Arbeitgeber sich eine solche Blöße geben würde.

- BAG v. 13. November 1991: Aushändigung eines Leistungsnachweises durch freigestellten Betriebsratsvorsitzenden

Einen Endpunkt in einer Kette restriktiver Entscheidungen markiert das Urteil des 5. Senats des BAG v. 13.11.1991⁴¹, mit dem die Abmahnung eines freigestellten Betriebsratsvorsitzenden bestätigt wurde. Dieser hatte seinem Arbeitskollegen, der ebenfalls für den Betriebsrat kandidierte, während dessen Arbeitszeit einen sog. "Leistungsausweis" der Gewerkschaft Nahrung–Genuss–Gaststätten (NGG) ausgehändigt. Es handelte sich dabei um eine Broschüre, in der die Gewerkschaft einen Überblick über ihr Leistungsangebot gab und der ein Formular "Beitrittserklärung mit Einzugsermächtigung" beilag. Dies hatte der Arbeitgeber zum Anlass einer Abmahnung genommen.

Der vom BAG grundsätzlich gebilligte Vorwurf ging dahin, dass der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit "beschäftigungsfremden Tätigkeiten" nachging. Damit habe der Arbeitnehmer seine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt. Mangels einer gesetzlichen Regelung der Werbe- und Informationstätigkeiten der Gewerkschaft im Betrieb komme es allein darauf an, ob die Verteilung von Werbe- und Informationsmaterial durch betriebsangehörige Mitglieder an andere Betriebsangehörige während deren Arbeitszeit als unerlässlich für die Erhaltung und Sicherung des Bestandes der Gewerkschaft angesehen werden müsse. Danach besage die nur auf einen Kernbereich beschränkte verfassungsrechtliche Garantie einer koalitionsmäßigen Betätigung und damit einer Werbe- und Informationstätigkeit einer Gewerkschaft gleichzeitig, dass eine über diesen Kernbereich hinausgehende Betätigung nicht ebenfalls ihre rechtliche Grundlage in Art. 9 Abs. 3 GG finden könne und außerhalb dieses Kernbereiches einer gesetzlichen Regelung bedürfe, an der es insoweit — auch in diesem Rechtsstreit — fehle. Auch wenn sich das BAG auf die Entscheidung des BVerfG zu den Krankenanstalten Vollmarstein bezog und wohl meinte, diese Rechtsprechung nur auf den konkreten Fall anzuwenden, wird doch deutlich, wie weit sich die Rechtsprechung inzwischen vom Anlass der restriktiven Weichenstellung entfernt hatte: es ging nicht nur um die Frage, ob der Arbeitgeber eine bestimmte gewerkschaftliche Tätigkeit zu dulden hatte bzw. ob er berechtigt war, diese zu untersagen. Im Ausgangsfall hatte der Arbeitgeber nicht einmal ein dahingehendes Verbot ausgesprochen. Das BAG stellte dieses Verbot faktisch selbst auf und begründete dies mit der Feststellung, dass die Verteilung des Leistungsnachweises durch ein *innerbetriebliches* Gewerkschaftsmitglied nicht zum Kernbereich gehöre. Daraus folgerte das BAG unmittelbar ein individuelles Fehlverhalten des betroffenen Arbeitnehmers, das eine Abmahnung rechtfertigte. Eine Auseinandersetzung mit dem individuellen Grundrecht der Koalitionsfreiheit des Klägers fand nicht statt. Um das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen, das am Ausgangspunkt dieser Entscheidungskette gestanden hatte, ging es in diesem Verfahren ohnehin nicht mehr. Das Urteil besagt nicht mehr und nicht weniger, als dass jede innerbetriebliche gewerkschaftliche Betätigung, die für den Bestand der Gewerkschaft nicht unerlässlich war, eo ipso verboten war. Damit war der Bogen offensichtlich überspannt.

⁴¹ BAG v. 13.11.1991 – 5 AZR 74/91, AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abmahnung.

- *BVerfG v. 14. November 1995⁴²* : Koalitionsfreiheit als normales Grundrecht

Auf die Verfassungsbeschwerde des abgemahnten Betriebsratsvorsitzenden hat das *Bundesverfassunggericht* vorgenanntes Urteil des *BAG* aufgehoben. Das *BVerfG* anerkennt die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG als Grundrecht sowohl der Organisation als auch der einzelnen Gewerkschaftsmitglieder. Beschäftigte, die sich im Arbeitsleben darum bemühen, die eigene Vereinigung durch Mitgliederzuwachs zu stärken, genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob sie sich damit an irgendwelchen "offiziellen" Aktivitäten oder Aktionen ihrer Gewerkschaft beteiligen⁴³. Die Unerlässlichkeitsformel wird ausdrücklich aufgegeben. Vielmehr erstreckt sich der Grundrechtsschutz auf alle Verhaltensweisen, die grundrechtsspezifisch sind, mithin auch die gewerkschaftliche Werbung. Man wird ergänzen können: "die gewerkschaftliche Werbung während der Arbeitszeit", denn um die ging es vorliegend. Den in der überholten früheren Rechtsprechung aufgestellten Bezug auf Kernbereich und Unerlässlichkeitsformel wertet das Gericht als unvollständige Wiedergabe seines Verständnisses der Koalitionsfreiheit, räumt aber ein, durch seine Formulierungen Anlass für den Eindruck gegeben zu haben, als schütze Art. 9 Abs. 3 GG die koalitionsmäßige Betätigung von vornherein nur in einem inhaltlich eng begrenzten Umfang. Dieser Eindruck aber — dies wird klargestellt — sei falsch! Vielmehr sei der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht von vornherein auf den Bereich des Unerlässlichen beschränkt. Der Gesetzgeber sei *auch dort, wo er — außerhalb des Kernbereichs — koalitionsmäßige Betätigungen ausgestaltend regelt, zu einer Rücksichtnahme auf die Koalitionen und ihre Mitglieder verpflichtet*. Eine solche Bindung des Gesetzgebers lässt sich aber nur aus einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz der Koalitionsfreiheit rechtfertigen, der sachlich über den "Kernbereich" hinausgeht. Offensichtlich will das *BVerfG* die Feststellung einer Korrektur seiner Rechtsprechung aus dem Jahre 1981 vermeiden. In der Sache findet diese Korrektur gleichwohl statt. Der Hinweis, dass das damalige Urteil durch missverständliche Formulierungen Anlass zu einer unzutreffenden Rezeption gegeben habe, ist mehr als deutlich. Man kann es auch anders ausdrücken: Das *BVerfG* hatte 1981 die Bestimmung der Reichweite des Grundrechts der Koalitionsfreiheit auch in seiner Gegenüberstellung zu entgegenstehenden Grundrechten von Arbeitgebern verkannt. Wenn es dann zu weiteren Einsichten gelangt, entwickelt es seine Rechtsprechung weiter.

b) Koalitionsrecht gegen wirtschaftliche Betätigungsfreiheit

Die Konsequenzen dieser Entscheidung sind erheblich: Unmittelbar wurde eine Rechtsprechung des *BAG* kassiert, nach der jede nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehene gewerkschaftliche Betätigung eine Pflichtverletzung darstellt und Abmahnungen rechtfertigt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass für das beanstandete Verhalten des Arbeitnehmers (Flugblattverteilung während der Arbeitszeit im Betrieb) aus verfassungsrechtlicher Sicht eine besondere Rechtsgrundlage nicht erforderlich ist. Das *BVerfG* traf seine Entscheidung zwar in einem Verfahren eines unmittelbar betroffenen betrieblichen Gewerkschaftsmitglieds, anerkannte also den umfassenden Schutz des Grundrechts zu Gunsten der einzelnen Arbeitnehmer und zu Gunsten ihrer Betätigung für ihre Gewerkschaft im Betrieb und während der Arbeitszeit. Seine Schlussfolgerungen beziehen sich aber gleichermaßen auf den grundrechtlichen Schutz der Organisation, was

⁴² BVerfG v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = AuR 1996, 151 mit Anm. Heilmann.

⁴³ Ebenso Klebe/Wedde, AuR 2000, 403.

insbesondere in den Ausführungen zur Mitgliederwerbung zum Ausdruck kommt. Es kommt also für künftige arbeitsgerichtliche Auseinandersetzungen nicht darauf an, ob als Kläger ein einzelnes Gewerkschaftsmitglied oder die Gewerkschaft auftritt.

Neben der unmittelbar kassierten Entscheidung des BAG v. 13.11.1991 sind aber auch die anderen Entscheidungen des BAG seit Ende der 70er Jahre, soweit sie auf dem vom BVerfG klargestellten *Missverständnis* der Kernbereichslehre basieren, überholt. Dies sind insbesondere die Entscheidung zu Vertrauensleutewahlen im Betrieb, zum Helmaufkleber, zur Zeitungsverteilung im Betrieb⁴⁴, zum Zugangsrecht für außerbetriebliche Gewerkschaftsvertreter, zur Nutzung eines vorhandenen innerbetrieblichen Kommunikationssystems⁴⁵.

Dies bedeutet freilich nicht, dass nun jede gewerkschaftliche Betätigungsform im Betrieb und während der Arbeitszeit uneingeschränkt durchgesetzt werden kann. Das BVerfG gibt die Abgrenzung im einzelnen nicht vor, sondern weist nur darauf hin, dass hier eine Abwägung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, d. h. der gegenüberstehenden Verfassungsrechtspositionen zu erfolgen hat. Gegen das Grundrecht der Arbeitnehmer/Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG wird interessanterweise für den Arbeitgeber nicht auf Art. 12 GG (Berufsfreiheit), Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung – Hausrecht) oder Art. 14 GG (Eigentum) hingewiesen, sondern nur auf die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 GG als "wirtschaftliche Betätigungsfreiheit", die insbesondere bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens berührt werde. Art. 2 GG ist aber in der Gegenüberstellung mit spezifischen Grundrechten regelmäßig das schwächere Grundrecht.

Es fällt auf, dass unmittelbar nach der Entscheidung des BVerfG nur wenig Rechtsprechung zur Gesamtproblematik entstand. Dies mag auf Seiten der Arbeitgeber an der weitgehenden Anerkennung gewerkschaftlicher Betätigung im Betrieb bzw. an einer klugen Prozessvermeidungsstrategie angesichts der Verfassungsrechtsprechung liegen. Hinzu kommt, dass die Gewerkschaften offenbar Prioritäten setzen für betriebliche Konsenslösungen gegenüber gerichtlichen Verfahren, deren juristische Erfolgsausichten eher kalkulierbar sind als ihre organisatorischen Folgen⁴⁶. Gleichwohl werden sich die Fachgerichte der Aufgabe nicht entziehen können, die notwendige Abwägung zu vollziehen. Der letzte Satz des BVerfG zeigt auf, dass nicht jedes wirtschaftliche oder vertragliche Arbeitgeberinteresse dem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG entgegengehalten werden kann. Das BVerfG sieht die *wirtschaftliche Betätigungsfreiheit berührt insbesondere bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens*. "Berührt" bedeutet nicht, dass in diesen Fällen die Koalitionsfreiheit automatisch zu weichen hätte, sondern dass erst dann eine Beeinträchtigung des Arbeitgebers vorliegt, die zu einer Abwägung zwingt. Daraus ergeben sich erste Schlussfolgerungen:

- Führt die gewerkschaftliche Betätigung nicht zu einer Störung, die einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens adäquat ist, besteht keine Veranlassung, die gewerkschaftliche Betätigung von Rechts wegen einzuschränken.
- Führt die gewerkschaftliche Betätigung zu einer Störung, die einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens adäquat ist, richtet sich die Abwägung

⁴⁴ Diese Konsequenz zieht im Ergebnis auch das LAG Köln v. 19.2.1999 – 11 Sa 962/98, AuR 1999, 411.

⁴⁵ Ebenso Däubler, DB 1998, 2014, 2016; Kühling, AuR 2001, 241, 248.

⁴⁶ Das gleiche Phänomen zeigt sich gegenwärtig beim Umgang mit dem vom BAG im Urteil v. 20.4.1999 – 1 ABR 72/98, AuR 1999, 408, mit Anm. Kocher, anerkannten gewerkschaftlichen Unterlassungsanspruch gegen tarifwidrige betriebliche Regelungen.

nach der Schwere der Beeinträchtigung und nach dem *Gewicht des Interesses, auch während der Arbeitszeit sich für die Gewerkschaft zu betätigen.*

Am interessantesten erscheint zweifellos die Abwägung, in welchem Ausmaß Arbeitszeit in Anspruch genommen werden kann. Wegen Verstoßes gegen Art. 1 GG (Würde des Menschen) nicht haltbar ist ein Verständnis, nach dem die Anwesenheit und das Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz nur durch die und in der Erfüllung des Arbeitsvertrages legitimiert ist, so als wäre jedes Gespräch, jedes Handeln, das diesem arbeitsvertraglichen Zweck nicht zu dienen bestimmt ist, während der Arbeitszeit rechtswidrig. Der einzelne ist kein Arbeitsautomat⁴⁷, sondern als Mensch eingestellt, der ein gewisses Maß an Kommunikationsbedürfnis befriedigen will. Dass Arbeitnehmer etwa am Montag während der Arbeitszeit die Ergebnisse der letzten Bundesliga-Spiele erörtern dürfen, bedarf nicht der besonderen Rechtfertigung durch ein spezifisches Grundrecht, auch wenn bekanntermaßen derartige Gespräche u. U. den Betriebsfrieden stärker belasten können als Gespräche über Politik und Gewerkschaften⁴⁸. Jedenfalls ist die Arbeitszeit keine Tabuzone mehr. Kurzzeitige Arbeitsunterbrechungen zu gewerkschaftlichen Zwecken sind hinzunehmen, wenn sie das Arbeitsergebnis nicht beeinflussen⁴⁹. Dies wäre etwa der Fall wenn die wegen einer Unterbrechung versäumte Arbeit fristgemäß nachgeholt wird, aber auch, wenn ein Arbeitnehmer möglicherweise qualifizierter, vor allem schneller arbeitet als ein anderer und die eingesparte Zeit nun zu Koalitionszwecken nutzt.

Bei gewerkschaftlichen Meinungsäußerungen geht der Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG regelmäßig dem durch Art. 5 GG vor⁵⁰. Deswegen sind auch gewerkschaftliche Plaketten selbst zu kontroversen Angelegenheiten (Tarifpolitik, Arbeitszeitpolitik, Ladenschluss usw.) privilegiert zu behandeln und zu dulden, selbst wenn der Arbeitgeber die damit vertretenen Positionen ganz und gar für verfehlt hält und mit seinen Projektionen von Corporate Identity bzw. Leitbildern das Gegenteil anstrebt⁵¹.

Ebensowenig ist die Benutzung von Arbeitgebereigentum ausschlaggebend. Wird etwa ein persönlicher Schutzhelm regelmäßig getragen (ggf. ist der Schutzhelm nach UVV vorgeschrieben) steht der Schutzzweck im Vordergrund und nicht die eigentumsrechtliche Lage. Wird der Schutzzweck nicht durch einen gewerkschaftlichen Aufkleber beeinträchtigt, so hat der AG diesen zu dulden, auch wenn ihm die Gewerkschaft persönlich zuwider ist⁵².

Noch ungeklärt ist das Ausmaß, in dem ein Arbeitnehmer gewerkschaftliche Plakate oder sonstige verfestigte Meinungsäußerungen an seinem Arbeitsplatz anbringen darf⁵³. Stehen dem Arbeitgeber keine anderen Einwände als sein Eigentum an den

⁴⁷ Heilmann, AuR 1996, 122; zust. Däubler, DB 1998, 2015.

⁴⁸ LAG Frankfurt, DB 1967, 430.

⁴⁹ Däubler, DB 1998, 2015.

⁵⁰ Ausführlich Däubler, Gewerkschaftsrechte, Rn. 559 ff.

⁵¹ Vgl. Buschmann/Grimberg, Plaketten als Meinungsäußerung im Betrieb, AuR 1989, 65 ff.

⁵² Zu Plaketten wurde dem Verfasser auf Betriebsratsschulungen zudem das Argument genannt, dass dieselben regelmäßig nicht an dem vom Arbeitgeber gestellten Kittel, sondern an einem darin schon vorher befindlichen Loch angebracht würden. Dieses Argument konnte praktisch größere Überzeugungskraft entfalten als Hinweise auf verfassungsrechtliche Grundlagen.

⁵³ Anregend erscheint in diesem Zusammenhang die Lektüre des § 19 Strafvollzugsgesetz v. 16.3.1976, BGBl. I, S. 58, mit folgendem Inhalt:

1. Der Gefangene darf seinen Haftraum in angemessenem Umfang mit eigenen Sachen ausstatten. Lichtbilder nahestehender Personen und Erinnerungsstücke von persönlichem Wert werden ihm

Wänden zur Verfügung, hat er jene zu dulden. Arbeiten mehrere Arbeitnehmer in einem Raum, besteht Einigungzwang, wobei jedem Arbeitnehmer grundsätzlich ein Veto-Recht bezüglich neuer Plakate, die den ganzen Raum und nicht nur einen Arbeitsplatz gestalten, zukommt.

In jüngster Zeit hatte das BAG Gelegenheit, das Verhältnis zwischen gewerkschaftlicher Betätigung im Betrieb und Hausrecht bzw. wirtschaftlicher Betätigung des Arbeitgebers neu zu konturieren. Zu nennen sind:

BAG v. 25. Januar 2005⁵⁴ : Unterschriftenlisten in Dienstgebäuden der Polizei

Ausdrücklich folgt nun auch das BAG der Rechtsprechung des *BVerfG* aus dem Jahre 1995. Danach ist die Betätigungs freiheit der Koalition zwar vorbehaltlos, nicht aber schrankenlos gewährleistet. Unter Bezug auf frühere Rechtsprechung wird insofern auf die Gewährleistung des Betriebsfriedens und des ungestörten Arbeitsgangs hingewiesen. Diese standen vorliegend allerdings weder im Streit, noch waren sie durch die konkrete Unterschriftenaktion beeinträchtigt. Zu einer grundsätzlichen Abgrenzung des Verhältnisses zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften gab dieser Fall allerdings auch keinen Anlass. Das BAG stützte seine Entscheidung auf Art. 20 GG und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Diese Überlegungen werden sich auf die private Wirtschaft nicht übertragen lassen. Das Gericht macht sogar deutlich, dass dort andere Grundsätze gelten. Im Unterschied zu Dienststellen der Polizei sei die Gewerkschaft bei privaten Unternehmen eben darauf angewiesen, ihre Aktionen in den

belassen.

2. Vorkehrungen und Gegenstände, die die Übersichtlichkeit des Haftraumes behindern oder in anderer Weise Sicherheit oder Ordnung der Anstalt gefährden, können ausgeschlossen werden.

Die Parallele wird nicht zum ersten Mal gezogen, vertrat doch der ehemalige BDI – Präsident Fritz Berg die Auffassung: "Die Demokratisierung der Betriebe ist genauso unsinnig wie die Demokratisierung der Schulen und Zuchthäuser".

⁵⁴ BAG v. 25.1.2005 – 1 AZR 657/03, AP Nr. 123 zu Art. 9 GG:

1. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Betätigungs freiheit der Koalitionen ist nicht auf den Bereich der Tarifautonomie beschränkt. Sie erfasst auch Aktionen der Gewerkschaften, die nicht auf Mitgliederwerbung oder den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind, sondern mit denen die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betreffende Forderungen gegenüber Regierung oder Gesetzgeber vertreten werden sollen.
2. Die Betätigungs freiheit der Gewerkschaften unterliegt verfassungssimmanen Schranken, so weit sie mit anderen Rechtsgütern kollidiert, denen ebenfalls Verfassungsrang zukommt. Dazu gehört auch der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde und in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Dieser verpflichtet den Staat u. a., eine sachwidrige Beeinflussung des Verwaltungshandelns zu verhindern und bereits einen entsprechenden Anschein zu vermeiden, sowie die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen auf den bestimmungsge mäßen Gebrauch zu beschränken.
3. Kollidiert die gewerkschaftliche Betätigungs freiheit mit anderen geschützten Rechtspositionen, muss im Wege der Abwägung praktische Konkordanz zwischen den Rechtsgütern hergestellt werden. Bei der hierzu erforderlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist insbes. von Bedeutung, in welchem Maße eine Gewerkschaft zur Verwirklichung ihrer koalitionsspezifischen Aufgaben auf bestimmte Orte oder Modalitäten der Betätigung angewiesen ist.
4. Unterschriftenaktionen einer Gewerkschaft, mit denen in Polizeidienststellen beim dort verkehrenden Publikum um Unterstützung der Forderung nach einer Stellenvermehrung im Polizeidienst geworben wird, fallen zwar unter die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigungs freiheit. Dennoch sind sie nicht zulässig, da die Koalitionsfreiheit in diesem Fall gegenüber dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurückzutreten hat.

Räumlichkeiten des Arbeitgebers durchzuführen. Demzufolge stellt das Gericht klar, dass es seine Entscheidung ausdrücklich nicht auf das Hausrecht nach Art. 13 GG und das Eigentumsrecht nach Art. 14 GG stützt. Gleichwohl musste es sich Kritik gefallen lassen. Diese wurde schon damit begründet, dass das Gericht methodisch nicht ganz zutreffend einen Anspruch der klagenden Gewerkschaft auf Durchführung der Unterschriftenaktion prüft, wo es doch in Wirklichkeit um eine natürliche Freiheit gehe, für deren Beschränkung die Rechtsgrundlage zu prüfen sei⁵⁵. Missverständlich ist auch die schlichte These, dass der Betriebsfrieden oder der ungestörte Arbeitsgang geeignet seien, der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit Schranken zu ziehen. Das BAG hat diese These auch nicht weiter begründet, sondern stattdessen sich mit Referenzen auf frühere Rechtsprechung begnügt. Immerhin ist jedoch auch die verfassungsnormative Verortung dieser Rechtsgüter anzugeben⁵⁶.

Gelegenheit zu einer weiteren Klärung bot erstmals das Urteil des 1. Senats v. 28. Februar 2006: Zugangsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter — Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften.⁵⁷ Eine letztendliche Klärung ist auch durch diese Entscheidung nicht erfolgt, da das Gericht aufgrund seiner Rechtsprechung zum sog. Globalantrag im Verfahren auf Unterlassung bzw. Duldung den Antrag der klagenden Gewerkschaft mit der Begründung zurückwies, dieser erfasse auch Fallgestaltungen, in denen das geltend gemachte Zutrittsrecht nicht bestehe, so dass er insgesamt unbegründet sei. Immerhin finden sich in der Begründung einige Ausführungen, in denen das neue Verständnis des 1. Senats des BAG hierzu zum Ausdruck kommt. Danach ist ein Zugangsrecht betriebsfremder Gewerkschaftsbeauftragter zum Zweck der Mitgliederwerbung grundsätzlich gegeben. Da eine einfach gesetzliche Regelung fehle, müssten die Gerichte aufgrund ihrer grundrechtlichen Schutzwicht im Wege der Rechtsfortbildung eine entsprechende Ausgestaltung der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit vornehmen. Wiederum werden Mitgliedererhaltung und Mitgliederwerbung gleichbehandelt. Mitgliederwerbung sei nicht nur in dem Maße grundrechtlich geschützt, in dem sie für die Erhaltung und Sicherung des Bestands der Gewerkschaft unerlässlich sie. Sie sei auch nicht auf *notwendige* Werbemaßnahmen beschränkt.

Allerdings kollidiere dieses gewerkschaftliche Grundrecht u. a. mit dem durch Art. 13 und 14 GG geschützten Haus- und Eigentumsrecht sowie der wiederum auf Art. 2 Abs. 1 GG geschützten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit. Diese werde insbesondere bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens berührt. Dies abzuwagen, richte sich nach den Umständen des Einzelfalls. Hier werden neben dem Interesse des Arbeitgebers an einem störungsfreien Betriebsablauf unter Wahrung des Betriebsfriedens vor allem Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen des Arbeitgebers genannt. Dies klingt auf den ersten Blick einleuchtend, bedarf aber der Auslegung. Wenige Begriffe sind so suggestiv und gleichzeitig so unkonkret wie der des Betriebs-

⁵⁵ Höfling/Burkiczak, Anm. zu AP Nr. 23 zu Art. 9 GG a. a. O.

⁵⁶ Höfling/Burkiczak a. a. O.

⁵⁷ BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460704, AuR 2006 :

1. Die Mitgliederwerbung ist Teil der durch Art 9 Abs. 3 Satz 1 GG geschützten Betätigungsfreiheit der Gewerkschaften.
2. Gewerkschaften haben grundsätzlich ein Zutrittsrecht zu Betrieben, um dort auch durch betriebsfremde Beauftragte um Mitglieder zu werben.
3. Das Zutrittsrecht ist nicht unbeschränkt. Ihm können die verfassungsrechtlich geschützten Belange des Arbeitgebers, insbesondere dessen Interesse an einem störungsfreien Arbeitsablauf und der Wahrung des Betriebsfriedens entgegenstehen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls.

friedens. Auch durch ständige Wiederholung und Kettenzitate sowie Aufnahme in den Gesetzestext (§ 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG) hat er wenig Trennschärfe gewonnen, vor allem, wenn man ihn in Bezug zu typischen gewerkschaftlichen Aktionsformen setzt. Wieso auch gefährden Gewerkschaften betriebliche Geheimhaltungs- und Sicherheitsinteressen? Wie der Betriebsrat können unter Umständen auch Gewerkschaftsvertreter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse erfahren und unterliegen dann ihrerseits einer Schweigepflicht nach § 79 Abs. 2 BetrVG. Noch verräterischer ist das Sicherheitsargument. Sieht der Senat etwa spezifische Sicherheitsgefährdungen durch Gewerkschaften? So viel Bürgerschreckpotential trauen sich die Gewerkschaften doch nicht einmal selbst zu. Gemeint ist wohl eher, dass die auch für andere Personen, etwa Arbeitnehmer, Betriebsratsmitglieder, Lieferanten oder Kunden geltenden Sicherheitsmaßnahmen, etwa bei Gefährdungstechnologien, auch für Gewerkschaftsvertreter gelten, was weit harmloser klingt. Zugleich — so der Senat — könnten bei der Abwägung auch die in § 2 Abs. 2 BetrVG kodifizierten Maßgaben des gesetzlichen Zugangsrechts herangezogen werden. Deshalb sei es in der Regel geboten, dass der Arbeitgeber zuvor über den Zeitpunkt des Besuchs und über die Person des oder der Beauftragten unterrichtet werde.

Im Vergleich zur früheren Rechtsprechung bleibt festzuhalten, dass es ausdrücklich nicht als hinderlich angesehen wird, dass der Arbeitgeber in seinem Betrieb Gewerkschaftsmitglieder beschäftigt. Eine Subsidiarität des Zugangs außerbetrieblicher Gewerkschaftsbeauftragter ist also nicht mehr vorhanden. Allerdings führt das Gericht in diesem Zusammenhang überraschend aus, dass "die Gewerkschaften die sich aus den Arbeitsverhältnissen ergebenen Rechte ihrer Mitglieder gegenüber dem Arbeitgeber wahrzunehmen befugt sind"⁵⁸. Nach allem scheint diese Tatsache nicht mehr relevant zu sein, da in dem einen Fall die innerverbändliche Kommunikation, in dem anderen die Werbung und Ansprache nach außen im Vordergrund stehen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob das Grundrecht des einzelnen Arbeitnehmers auf gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb oder das Grundrecht geltend gemacht wird. Beide sind nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützt und unterliegen hinsichtlich ihrer Tragweise auch in Kollision zu entgegenstehenden Grundrechten anderer Personen, insbes. des Arbeitgebers, den gleichen Maßstäben.

Noch nicht entschieden ist die Frage der Reichweite der gewerkschaftlichen Betätigung in von den Kirchen geführten Betrieben. Nach Richardi⁵⁹ entfaltet die Entscheidung des BVerfG v. 17.2.1981 Bindungswirkung gem. 31 BVerfGG zu Lasten der gewerkschaftlichen Betätigung. Dies erscheint zweifelhaft. Wie vom BVerfG "klarstellend" bestätigt, beruhte diese Rsp. auf einer grundrechtsdogmatischen Engführung⁶⁰, die auch nicht mehr den Stand der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung darstellt.

⁵⁸ Es bleibt abzuwarten, ob daraus ein neues Verständnis des gewerkschaftlichen Klagerights bzw. der Geltendmachung individueller Rechte ihrer Mitglieder zum Ausdruck kommt. Bisher hatten die Gewerkschaften entweder eigene gewerkschaftliche Rechte geltend gemacht oder aber ihrer Mitglieder im Wege des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes vertreten, vgl. nur Dieterich, AuR 2005, 121 ff.

⁵⁹ Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 10. Aufl. Rn. 151; a. A. DKK-Berg § 2 Rn. 46 a.; ausdrücklich offengelassen bei BAG v. 28.2.2006 – 1 AZR 460/04 a. O.

⁶⁰ ErfK-Dieterich, Art. 4 GG Rn. 54.

Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der gewerkschaftlichen Betätigung in kirchlichen Betrieben kann von ihrem dogmatischen Ausgangspunkt her dort nicht anders verstanden werden als bei allen anderen privaten oder öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern. Dies behauptet freilich auch *Richardi* nicht, der allerdings von seinem Ausgangspunkt aus ein koalitionsrechtliches Zutritts- und Betätigungsrecht nicht nur in Kirchen, sondern generell verneint. Zutreffend ist daher auch in Kirchen eine Abwägung zwischen kollidierenden Grundrechten zu treffen, wobei sich die Kirchen zweifellos auf Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 WRV stützen können⁶¹. Ob sich daraus jedoch zusätzliche Einschränkungen der gewerkschaftlichen Betätigung ergeben, ist zweifelhaft und bis heute nicht im Einzelnen dargelegt werden. Von da aus ist davon auszugehen, dass diese auch in kirchlichen Einrichtungen nur insoweit zulässig sind, wie dies im konkreten Fall der ungestörte Arbeitsgang oder der Betriebsfrieden dies gebieten⁶².

c) Tarifvertragliche Absicherung von Gewerkschaftsarbeit im Betrieb

Tarifliche Initiativen zur Absicherung von Gewerkschaftsrechten im Betrieb haben angesichts der Grundrechtsverbürgung in den letzten Jahren jedenfalls nicht zugenommen. Unabhängig davon anerkennt die Rechtsprechung diese Möglichkeit nach wie vor, wenn auch die Auseinandersetzungen selten sind und zumeist auch aus älteren Tarifverträgen resultieren. So entschied es das LAG *Düsseldorf* etwa durch Urteil v. 25.8.1995⁶³. Das *BAG* ließ in der Revisionsentscheidung⁶⁴ die in diesem Rechtsstreit umstrittene Frage der Wirksamkeit dieser Vereinbarung offen, da es für das Ergebnis nicht darauf ankam, und meinte nur, dass die Parteien eine konkludente Vereinbarung des Ausschlusses der Nachwirkung durch die Verpflichtung getroffen hätten, während einer längeren Kündigungsfrist Verhandlungen über den Abschluss eines dem gekündigten Tarifvertrag entsprechenden neuen Tarifvertrages zu führen.

Aus jüngerer Zeit ist ferner zu nennen das Urteil des *BAG* v. 20.4.1999⁶⁵. Letztlich obliegt es den Tarifparteien, zu entscheiden, ob und inwieweit sie die Möglichkeiten gewerkschaftlicher Betätigung im Betrieb auf eine tarifliche Grundlage stellen. Rechtliche Hinderungsgründe bestehen dagegen nicht.

⁶¹ Vgl. auch *Kühling*, *Arbeitskampf in der Diakonie*, AuR 2001, 241 ff.; dazu *Richardi/Thüsing*, *Kein Arbeitskampf in der Diakonie – Erwiderung auf Kühling*, AuR 2002, 94 ff.

⁶² *ErfK-Dieterich* a. a. O. Art. 4 GG Rn. 54.

⁶³ LAG *Düsseldorf* v. 25.8.1995 – 17 Sa 324/95, AuR 1996, 238 :

In einem Firmen-TV kann gewerkschaftlichen Vertrauensleuten grundsätzlich ein besonderer Kündigungsschutz eingeräumt und Sonderurlaub sowie Freistellungen aus Anlass der Gewerkschaftstätigkeit zugestanden werden. Die Grenzen normativer Tarifmacht werden nicht überschritten, wenn zum Schutz der Vertrauensleute die ordentliche Kündigung ausgeschlossen wird.

⁶⁴ *BAG* v. 8.10.1997 – 4 AZR 87/96, EZA TVG § 4 Nachwirkung Nr. 24 .

⁶⁵ *BAG* v. 20.4.1999 – 3 AZR 352/97, AuR 2000, 71 : Eine tarifvertragliche Bestimmung, die einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung der Vergütung für die Teilnahme an Zusammenkünften gewerkschaftlicher Art einräumt, soweit der Teilnahme nicht zwingende dienstliche Gründe entgegenstehen, kann diesen Anspruch auch einem Arbeitnehmer für die Zeit seiner Teilnahme an Tarifverhandlungen als Mitglied einer gewerkschaftlichen Tarifkommission geben. Gegen die Wirksamkeit einer solchen Bestimmung bestehen keine rechtlichen Bedenken.

3. Gewerkschaftliche Kommunikation in der Informationsgesellschaft

Die Anwendungen moderner Informationstechniken (neue Medien) haben die innerbetrieblichen Kommunikationsstrukturen in wenigen Jahren grundlegend verändert⁶⁶. Für die Beschäftigten verbindet sich diese Entwicklung oft mit der Loslösung von konventionellen betrieblichen Arbeitsplätzen. Mitarbeiter sind nicht mehr in ihrem angestammten Büro zu finden, sondern verfügen eher über eine nonterritoriale elektronische Adresse. Noch deutlicher wird diese Konzeption bei ausgelagerten Tele-Arbeitsplätzen. In diesem Prozess verlieren traditionelle Informations- und Kommunikationsstrukturen zunehmend ihre Bedeutung. Arbeitgeber versenden ihre Informationen und Anweisungen nicht mehr über Hauspost bzw. in Papierform, sondern über Internet oder Intranet. Auf gleiche Weise kommunizieren die Beschäftigten untereinander. Das Vordringen neuer Medien bedeutet zugleich, dass alte Kommunikationsformen, etwa das gute alte "Schwarze Brett" weitgehend nicht mehr wahrgenommen werden oder gar nicht mehr existieren. Es besteht die Gefahr, dass Gewerkschaften, soweit sie allein auf derartige alte Medien setzen, in einer durch neue Medien geprägten Arbeitswelt allein auf Grund antiquierter Vermittlungsformen nicht mehr wahrgenommen oder nicht mehr ernst genommen werden. Von da aus liegt es nahe, dass sich Gewerkschaften der neuen Medien im gleichen Umfang bedienen werden wie die Unternehmen, in denen ihre Mitglieder arbeiten.

In rechtlicher Hinsicht können für die Nutzung neuer Medien keine anderen Bedingungen gelten als die von der Rechtsprechung des *BVerfG* zur Gewerkschaftsarbeit und zur Gewerkschaftswerbung im Betrieb allgemein aufgestellten Grundsätze. Auch bei der Diskussion über die Nutzung neuer Medien zur Ansprache der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz und zur innerbetrieblichen Kommunikation für gewerkschaftliche Zwecke ist das Koalitionsrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Arbeitgebers nach Art. 2 GG, verstanden als "wirtschaftliche Betätigungsfreiheit", die insbesondere bei einer Störung des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens berührt werde⁶⁷, gegenüberzustellen. Dies bedeutet, dass vorhandene innerbetriebliche Kommunikationsnetze des Arbeitgebers grundsätzlich auch für gewerkschaftliche Zwecke genutzt werden können.

Es ist also zulässig, dass Gewerkschaften oder Gewerkschaftsmitglieder über bestehende betriebliche E-Mail-Systeme Kontakt zu den einzelnen Mitarbeitern aufnehmen. Wenn inzwischen unbestritten die Gewerkschaften durch entsprechende Plakate innerbetrieblich auf ihre Leistungen, ihre Ziele und Grundsätze hinweisen dürfen, bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass sie im Rahmen eines innerbetrieblichen Intranets eine eigene Homepage einrichten, um sich damit den modernen technischen Gegebenheiten anzupassen⁶⁸. Eine Grenze wäre bei unzumutbaren Störungen des Arbeitsablaufs und des Betriebsfriedens zu ziehen, etwa wenn ein Intranet-System durch Gewerkschaftsinformationen blockiert würde oder wenn gewerkschaftliche Informationen ihrem Inhalt nach unzulässig sind, etwa wegen Verstoßes gegen § 185 StGB (Beleidigung).

Dies ist aber kein Problem der Informationsträger, sondern der Inhalte, die sich bei elektronischer Post nicht anders verhalten als bei herkömmlichen Vermittlungsformen.

⁶⁶ Zu dem Nachfolgenden grundlegend Klebe/Wedde, Gewerkschaftsrechte auch per E-Mail und Intranet, AuR 2000, 401ff.

⁶⁷ BVerfG v. 14.11.1995 – 1 BvR 601/92, AP Nr. 80 zu Art. 9 GG = AuR 1996, 151 mit Anm. Heilmann.

⁶⁸ Klebe/Wedde, AuR 2000, 407.

Von da aus hat konsequent das LAG Schleswig-Holstein⁶⁹ die Abmahnung eines Beschäftigten aufgehoben, der von zu Hause aus einen elektronischen Rundbrief an die Arbeitsplätze der Beschäftigten mit Werbung für einen Beitritt zur zuständigen Gewerkschaft versandt hatte. Es liegt auf der Hand, dass es für die Zulässigkeit derartiger Kommunikationsformen nicht darauf ankommen kann, zu welchem Zeitpunkt eine derartige E-Mail abgegeben wird, wann sie ankommt, wann sie geöffnet wird. Erst recht ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, eine Zensur über den Inhalt der von ihm nicht zu verantwortenden elektronischen Post auszuüben⁷⁰.

Bisweilen hilft der Blick über die Grenzen. Sowohl Art und Ausmaß der gewerkschaftlichen Betätigung im Betrieb als auch die Nutzung neuer Medien hierzu werden nicht nur in Deutschland diskutiert, sondern in allen Industrieländern, vor allem in Europa. Das spanische nationale Obergericht, die *Audiencia Nacional*⁷¹, hatte Gelegenheit, über eine Klage der Comisiones obreras gegen eine baskische Bank zu entscheiden, die der Gewerkschaft den Zugang zum betriebsinternen elektronischen Kommunikationssystem verweigert hatte. Die Klage hatte Erfolg. Die in Spanien bestehende gesetzliche Verpflichtung, der Gewerkschaft ein "Schwarzes Brett" zur Verfügung zu stellen, erfordere eine zeitgemäße Anwendung. Dies bedeutete konkret, dass ein sog. Filter, der den Eingang von elektronischer Gewerkschaftspost verhinderte, entfernt werden musste. The times, they are changing!

4. Gewerkschaftliche Prozessvertretung

Dieser Aspekt wird in der Diskussion um gewerkschaftliche Betätigung regelmäßig übersehen. Wie aber das BAG im Urteil v. 30.8.1983⁷² anerkannt hat, gehört der (die Werbung mit dem) gewerkschaftliche(n) Rechtsschutz sogar zum Kernbereich koalitionsmäßiger Betätigung. Im Urteil v. 28.2.2006 führt das BAG sogar lapidar aus, dass die Gewerkschaften die sich aus den Arbeitsverhältnissen ergebenen Rechte ihrer Mitglieder gegenüber dem Arbeitgeber wahrzunehmen befugt sind. Dies ist in der Tat die vornehmste Aufgabe des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes. Auch Rechtssekretäre, die sich im Übrigen auf die prozessualen Privilegien des § 11 ArbGG stützen können, sind i. S. d. Grundrechts Beauftragte der Gewerkschaften. Im Übrigen gestaltet sich ihre Rechtsposition, wenn sie etwa Arbeitnehmer oder Betriebsräte vertreten, nicht schlechter als die von Rechtsanwälten. Dies bedeutet z. B., dass für den Betriebsrat ihnen gegenüber auch keine Schweigepflicht i. S. d. § 79 BetrVG besteht⁷³, sie aber ihrerseits ähnlich wie Rechtsanwälte (vgl. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) abgesehen vom Tat-sachenvortrag im Prozess einer Schweigepflicht unterliegen. Sofern es notwendig ist, dass sie zur Ausübung des Mandats den Betrieb, etwa den Betriebsrat, besuchen, hat der Arbeitgeber auch diesen Zugang zu dulden.

⁶⁹LAG Schleswig-Holstein v. 1.12.2000 – 6 Sa 562/99, AuR 2001, 71, mit Anm. Rehwald; bestätigt durch BAG v. 3.9.2003 – 7 ABR 8/03 und 12/03, AuR 2005, 110 ff., mit Anm. Wedde; jeweils zum Betriebsrat.

⁷⁰In diesem Sinne schon LAG Hamburg v. 4.11.1996 – 4 TaBV 10/95, AuR 1997, 301, "Meinungsfreiheit in der Mailbox"; ArbG Paderborn v. 29.1.1998 – 1 BV 35/97, mit Anm. Dübbers, zur Nutzung von Internet und Intranet durch einen Betriebsrat.

⁷¹Audiencia National v. 6.2.2001 – Urteilsnr. 17/2001, AuR 2001, 105.

⁷²BAG v. 30.8.1983 – 1 AZR 121/81, AuR 1984, 50.

⁷³DKK – Buschmann, § 79, Rn. 22; zust. FKHE, Rn. 24b.

Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat — ein falscher Traum?

von Wolfgang Däubler

I. Einleitung: Von der Mitbestimmung zur "Einbeziehung"

In einer Festschrift für Bernhard Nagel ist es für einen Arbeitsrechtler geradezu ein "Muss", über Unternehmensmitbestimmung zu schreiben. Überall findet man dort die Spuren des Jubilars — von einer "problemorientierten Einführung"¹ über die Möglichkeiten zu Vereinbarungslösungen² und die Probleme neuer Konzernstrukturen³ bis hin zur SE, die ihn in den letzten Jahren besonders stark beschäftigt hat.⁴ In allerjüngster Zeit ist die Erhaltung der Mitbestimmung bei der grenzüberschreitenden Fusion hinzugekommen.⁵ Ausgesprochen oder unausgesprochen steht dabei immer die Perspektive der Parität im Hintergrund — 6 oder 8 oder 10 Kapitalvertretern sollen 6 oder 8 oder 10 Vertreter der Arbeitnehmerseite mit gleichem Stimmrecht gegenüber stehen. Natürlich ist das nicht die Realität; aber wird es nicht eines Tages so weit sein? Die Hoffnung stirbt bekanntlich zuletzt.

Schaut man ein wenig über den deutschen Tellerrand hinaus, ist kaum mehr von "Mitbestimmung" die Rede. Dies liegt nicht an sprachlichen Gründen — "co-determination", "codétermination" oder "cogestione" wären durchaus adäquate Übersetzungen. "Employee Involvement" ist jedoch das dominierende Stichwort, die Beschäftigten müssen "einbezogen" werden. Für das "Wie" gibt es im Euro-Slang und darüber hinaus die Worte "Information und Konsultation"; die Arbeitnehmer oder ihre Vertreter sollen informiert und um ihre Meinung gefragt werden. Wir leben ja (angeblich) in einer so rationalen Welt, dass allein das Argument zählt; die Arbeitnehmer haben auf diese Weise eine gute Chance, auch ihre Interessen zur Geltung zu bringen. Finanzinvestoren — in die Alltagssprache als "Heuschrecken" eingegangen — sind aus dieser Sicht so eine Art Betriebsunfall, den man selbstredend kritisieren darf. Die Normalität sind sie nicht. Diese ist weiter durch Anteilseigner und Beschäftigte geprägt, die sich kooperativ über den Kurs des gemeinsamen Bootes verständigen. Die linke, von Marx inspirierte Kritik ist nicht mehr hörbar; man will allenfalls 2 cm mehr Platz in der gemeinsamen Veranstaltung — mehr nicht. Derzeit steht freilich stärker die Sorge im Vordergrund, von der zweiten in die dritte Reihe verbannt zu werden.

¹ Nagel, Unternehmensmitbestimmung. Eine problemorientierte Einführung, Köln 1980.

² Haslinger/Meurer/Nagel, Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, WSI-Mitt. 2003, 257 ff.

³ Nagel/Riess/Theis, Neue Konzernstrukturen und Mitbestimmung, Baden-Baden 1994.

⁴ Nagel/Fries/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft – SE. Kommentar zum SE-Beteiligungsgesetz, München 2005. Von den zahlreichen Aufsätzen seien genannt: Nagel, Verschlechternde Regelungen und Vereinbarungen zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, AuR 2001, 406 ff.; Ders., Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland — der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, NZG 2004, 833 ff.; Ders., Ist die Europäische Aktiengesellschaft attraktiv? DB 2004, 1299 ff.; Köklü/Nagel, "Societas Europaea" und Mitbestimmung, ZESAR 2004, 175 ff.

⁵ Nagel, Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, 97 ff.

Offenheit, auch schonungslose Offenheit findet man heute eher bei Personen, die der Arbeitnehmerseite keineswegs verbunden sind. Employee Involvement ändert nichts an den Machtverhältnissen, die Standortentscheidungen würden von der Arbeitnehmerseite nicht einmal mit beeinflusst — so kann man es bei Roger Blanpain lesen.⁶ Dies würde zwar seinen Freund Manfred Weiss nicht entmutigen, weiter "more employee involvement" zu fordern, doch was Blanpain davon wirklich hält, wird in den vorangehenden Sätzen deutlich, wo er (zutreffend) darauf hinweist, mehr Mitbestimmung würde Einstimmigkeit unter den 25 Regierungen der EG-Staaten voraussetzen.⁷ Der Wind bläst den Mitbestimmungsfreunden ins Gesicht.

In dieser Situation gibt es zwei verschiedene Verhaltensweisen. Man kann im Schützengraben verharren, viel Papier beschreiben und notfalls die vorderste Linie aufgeben. Man hätte hierfür z.B. in Thomas Raiser einen Verbündeten, der in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag 2006 nur die Montanmitbestimmung abschaffen, die Mitbestimmung 1976 und die Drittelpartizipation aber beibehalten will — freilich ergänzt um den sinnvollen Vorschlag, dass ähnlich wie bei der SE und beim Europäischen Betriebsrat ein Verhandlungsprozess vorgesehen wird, der die Anpassung an die Strukturen und Bedürfnisse des jeweiligen Unternehmens ermöglicht.⁸

Stattdessen kann man auch darüber nachdenken, ob die aktuellen Schwierigkeiten nicht eigentlich mit Konstruktionsfehlern der Unternehmensmitbestimmung zusammenhängen. Kann sie wirklich Arbeitnehmerinteressen in die Entscheidungsprozesse einfließen lassen? Und dies nicht nur in einzelnen Unternehmen, sondern in maßgebenden Teilen der Wirtschaft? Oder geht es letztlich nur darum, das, was sowieso geschieht, durch die Stimmabgabe der Arbeitnehmervertreter zusätzlich zu legitimieren? Ich will — auch vor dem Hintergrund eigener Erfahrungen als Arbeitnehmervertreter in einem Aufsichtsrat — diesen Fragen ein wenig nachgehen, d. h. die Offenheit suchen und nicht das überkommene Gärtchen pflegen.

II. Ein Gedankenspiel: Zahlenmäßige Parität im Aufsichtsrat

Was würde wohl passieren, wenn es wirklich zwei gleichberechtigte Bänke gäbe und die Arbeitnehmerseite mit einem "Nein" zu bestimmten Umstrukturierungen drohen würde? Es gibt dazu mangels entsprechender Praxis wenig Überlegungen; in der Montanindustrie hat man ja den elften Mann als Zünglein an der Waage, der sich dann schon der "wirtschaftlichen Vernunft" beugen wird. Doch nehmen wir den Extremfall der Vollparität. Der Arbeitgeberseite stünden mindestens drei Mittel zur Verfügung, wie sie in ihrem Sinne für Ordnung sorgen könnte.

Das erste ist das Sachargument. Ein Vorstandsmitglied hat in der Regel langjährige Management-Erfahrung und verfügt über einen Stab von Mitarbeitern. Das vorgetragene Umstrukturierungskonzept ist komplex, aber es scheint in sich schlüssig zu sein. Alternativen hat man erwogen, aber als "noch schlechter" verworfen. Die Arbeitnehmerseite hat in der Regel keine Management-Erfahrung und verfügt nicht über einen

⁶ Globalisation of the Economy and Involvement of Employees, in: Höland/Hohmann-Dennhardt /Schmidt/Seifert, Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt. Employee Involvement in a Globalising World, Liber Amicorum Manfred Weiss, Berlin 2005, S. 60.

⁷ Blanpain, aaO, S. 70.

⁸ Raiser, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B zum 66. DJT, Stuttgart 2006, mit Thesen und Empfehlungen S. B 111 ff.

Stab von Mitarbeitern. Auch ist die Arbeit im Aufsichtsrat eine Nebentätigkeit — mindestens 90 % des individuellen Zeithaushalts werden durch die normalen Aufgaben als Arbeitnehmer oder Betriebsrat bzw. als Gewerkschaftssekretär, Kommunalpolitiker oder Hochschullehrer ausgefüllt. Wie will man da ein ebenso schlüssiges Gegenkonzept entwickeln? Eine neuere Untersuchung hat ergeben, dass es selbst bei den Aufsichtsratsvorsitzenden nicht viel besser aussieht, die ja so gut wie immer von der Anteilseignerseite gestellt werden.⁹ Informationen werden nur aus unternehmensinternen Quellen geschöpft, eine Versorgung mit externen Informationen sei praktisch unbekannt. Man ist im Nebenberuf tätig und entsprechend organisiert man seine Arbeit. Auf diese Weise kann nicht wirklich kontrolliert werden. Der Vorstand wird seine Vorstellungen durchsetzen — untermauert durch einige Powerpoint-Präsentationen, die den schwer widerlegbaren Eindruck vermitteln, die Zuhörer hätten alles verstanden und wirkliche Alternativen gebe es nicht.

Doch was würde geschehen, wenn es einmal anders wäre? Die Arbeitnehmervertreter sehen Schlimmes auf sich zukommen und wollen sich wirklich wehren. Sie haben eine Arbeitsgruppe gebildet und einen Unternehmensberater dazu geholt, der — da wird die Geschichte ein bisschen fiktiv — aus reinem Idealismus mitmacht. In der Realität müsste wohl die Gewerkschaft oder die Hans-Böckler-Stiftung ein ordentliches Honorar übernehmen, aber ausgeschlossen wäre eine solche Unterstützung nicht. Nur: Die Zeit drängt und das Alternativkonzept der Arbeitnehmerseite ist bei weitem noch nicht ausgereift. Man könnte den Beschluss gleichwohl blockieren, doch würde nach heutigem Gesellschaftsrecht dann die Hauptversammlung entscheiden.¹⁰ Gäbe es diese Möglichkeit nicht mehr — und wir unterstellen ja eine volle Parität — so würde der Vorstand die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ins Spiel bringen. Diese haben nun mal nach § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG die "Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters" anzuwenden. Im Streitfall müssen die Aufsichtsratsmitglieder nach § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG beweisen, dass sie nicht schuldhaft gehandelt haben. Ob sie für solche Fälle eine D&O – Versicherung haben, ist zweifelhaft. Auch wenn dies der Fall wäre, würde ein "Selbstbehalt" von vielleicht 100 000 oder 200 000 Euro bestehen bleiben. Hand aufs Herz: Wer würde in einem Konfliktsfall ernsthaft eine solche Haftung in Kauf nehmen? Der Selbstbehalt mag für Manager mit einem Jahresgehalt zwischen 500 000 und 1 Mio Euro angemessen sein; für Arbeitnehmervertreter hat er Existenz gefährdenden Charakter. Bisher hat dies alles keine Rolle gespielt — aber schließlich leben wir ja auch nicht in einem Land der vollen Parität. Wer "ja" sagt oder überstimmt wird, hat außerdem kein Haftungsrisiko zu befürchten. Der Ausnahmefall Mannesmann/Vodafone bestätigt die Regel.

Wenn auch die Drohung mit der Haftung nichts bringt, weil die Arbeitnehmervertreter voll abgesichert sind, wird man wohl einen Fachanwalt für Gesellschaftsrecht konsultieren müssen. Er wird Hinweise geben, wie man durch Änderung der Unternehmensform dem ganzen Spuk ein Ende bereiten kann. Der Wechsel in eine andere nicht mitbestimmte Rechtsform ist zwar nach dem UmwG möglich, aber meist wegen steuerlicher oder haftungsrechtlicher "Kollateralschäden" unerwünscht. Einfacher ist da die Schaffung einer nicht mitbestimmten Konzernspitze, die eine Personengesellschaft oder eine Gesellschaft ausländischen Rechts sein kann. Der mitbestimmte Aufsichtsrat hat dann nichts mehr zu sagen. Da schon bei Inkrafttreten des MitbG 1976

⁹ Hierzu und zum Folgenden Ruhwedel/Epstein, BB 2003, 161, 166.

¹⁰ § 111 Abs.4 Satz 3 AktG.

viele entsprechende Register gezogen wurden, findet man weitere Beispiele auch in der arbeitsrechtlichen Literatur,¹¹ doch wird sich der Fachanwalt eher an Formularbüchern und dem orientieren, was als "Erfahrungswissen" in den einschlägigen Kanzleien vorhanden ist. Selbstredend lässt sich diese dritte Waffe auch präventiv nutzen; der Vorstand kann unbotmäßige Arbeitnehmervertreter auf diese Möglichkeit hinweisen. "Höflicherweise" wird er nicht drohen, sondern eine "durchaus nicht schöne, aber reale Handlungsoption" namhaft machen. Die Arbeitnehmerseite weiß dann, dass man ihr jederzeit den Boden unter den Füßen wegziehen kann. Ihr "Mitbestimmungsrecht" degeneriert zum "Recht auf paritätische Zustimmung".

Was ist von einer Konzeption zu halten, die nicht einmal im bislang nie erreichten Idealfall reale Einflussmöglichkeiten eröffnet? Die Frage zu stellen, ist kein Mittel, um sich unter den Freunden der Unternehmensmitbestimmung beliebt zu machen. Ich sehe mich bei einer bestimmten Stiftung, an die ich den größeren Teil meiner Aufsichtsratstantien abführe, schon fast im Zustande des Exkommunizierten. Doch es geht hier nicht darum, die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu reduzieren oder gar abzuschaffen.¹² Vielmehr steht allein eine einigermaßen realistische Einschätzung ihrer Möglichkeiten in Rede. Und da ist es meine durch eigene und viele fremde Erfahrungen bestätigte These, dass es auch bei uns nur "Information und Konsultation" gibt.¹³ Die benutzte Terminologie und die Fixierung auf Institutionen und Zahlen Spiele führen zu der völlig unzutreffenden Vorstellung, es könne effektiv mitbestimmt werden. Wir sind hier keineswegs weiter als andere — nur tragen wir die Präsenz im Aufsichtsrat samt Stimmrecht wie eine Monstranz vor uns her und gerieren uns als kleine Mitunternehmer. Für manche mag dies eine existenznotwendige Lebenslüge sein, in Wahrheit ist es nichts anderes als ein besonders hartnäckiges Vorurteil.

III. Information und Konsultation als Teil realer Mitbestimmung?

Wer die volle Mitbestimmung im Blick hat, wird geneigt sein, "Information und Konsultation" zu verachten. Dies wäre eine höchst verhängnisvolle Fehlbewertung. Interessenvertretung kann heute nicht mehr nach dem Motto erfolgen: Wenn wir die Brocken hinschmeißen, wird sich schon eine bessere Lösung finden. Vielmehr gibt es immer mehr Arbeitnehmer, die die wirtschaftlichen Zwänge des Arbeitgeberunternehmens nachvollziehen und die nach einer machbaren Alternative verlangen, bevor sie wirklich Protest artikulieren. Ob dies eine gute Entwicklung ist, sei dahingestellt; dass die Beteiligten so denken, lässt sich nicht hinwegdefinieren. Dies mag u. a. damit zusammenhängen, dass für die allermeisten keine gesellschaftspolitische Alternative in Sicht ist; wer sich für sein weiteres Leben in der globalen Marktwirtschaft einrichtet, ist aber gut beraten, ihre Spielregeln in Rechnung stellen. Anders mag dies vor 40 oder 50 Jahren in Teilen der französischen, spanischen und italienischen Gewerkschaftsbewegung gewesen sein: Je zahlreicher die Siege über das Kapital, umso näher kommt der Sozialismus. Bei uns war diese Denkweise nie sehr verbreitet,¹⁴ so dass man sich nicht

¹¹ Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn. 1309 ff.

¹² Der Status einer Führungskraft im Nebenamt und das Recht auf exzellente Verköstigung nach jeder Sitzung soll also nicht in Frage gestellt werden.

¹³ Vgl. dazu auch Simitis, Mitbestimmung — Wandel oder Ende?, in: Liber amicorum Manfred Weiss (oben Fn 6), S. 220 ff.

¹⁴ Nicht nur als Episode mag die Tatsache gelten, dass in den siebziger Jahren der Leiter der Abt. Gesellschaftspolitik beim DGB-Bundesvorstand vorübergehend fristlos gekündigt war, weil er gesagt

wundern darf, wenn Belegschaften heute in der Regel nur noch für ein Konzept streiken würden, das mindestens ein Unternehmensberater für gut befunden hat. Umso wichtiger ist es, dass man über das Unternehmen, den Konzern und die Branche exakt Bescheid weiß — und das dafür nötige Wissen erwirbt man außer im Wirtschaftsausschuss eben auch durch "Information und Konsultation" im Aufsichtsrat. Außerdem hat man in konkreten Konflikten die Möglichkeit, über insistierende Fragen an den Vorstand bzw. die Geschäftsführung näheren Aufschluss zu erhalten. Selbst die verbreitete Ausrede, es handle sich bei einer beabsichtigten Umstrukturierung nur um "Planspiele", zieht hier nicht; auch Vorüberlegungen gehören zu den "Angelegenheiten der Gesellschaft", über die die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder nach § 90 Abs. 3 AktG informiert werden müssen.¹⁵

Wo aber findet die wirkliche Mitbestimmung statt, bei der die Informationen von Nutzen sein könnten? Die gleichberechtigte Einwirkung auf Entscheidungen, die Verhandlungen "auf gleicher Augenhöhe" (wie man heute sagt), gibt es in drei Formen:

Zum einen ist da die Mitbestimmung des Betriebsrats, die in der im Prinzip paritätischen Zwangsschlichtung der Einigungsstelle endet. Auf den erfassten Gebieten kann der Betriebsrat in der Regel effektiv Einfluss nehmen, auch wenn die Rechtsprechung bei Einzelfragen nicht immer konsequent erscheint.¹⁶ Allerdings gibt es zwei wichtige Grenzen. Zum einen sind viele wesentliche Fragen der Mitbestimmung entzogen, wozu nicht nur zahlreiche Probleme der Arbeitsorganisation, sondern beispielsweise auch das Outsourcing gehören. Die einzige Einflussmöglichkeit des Betriebsrats besteht hier darin, Kompensationsgeschäfte zu versuchen, also eine Abmilderung der geplanten Maßnahmen durch ein Nachgeben im Bereich echter Mitbestimmung zu erkaufen. Die zweite Grenze ist das, was man den "Globalisierungsvorbehalt" des ganzen Arbeitsrechts nennen könnte: Die Arbeitgeberseite kann immer häufiger damit drohen, Teile des Produktionsprozesses oder ganze Standorte ins Ausland zu verlagern. Die Verhandlungsmacht des Betriebsrats geht in solchen Fällen gegen null; um das Schlimmste zu verhindern, "verkauft" er selbstredend Sozialleistungen des Arbeitgebers, aber auch tarifliche Rechte. Entsprechende Erscheinungen gab es zwar schon in den siebziger Jahren, insbesondere in der Textil- und Bekleidungsindustrie,¹⁷ doch sind sie in der Gegenwart zu einer nirgends ausschließbaren Alternative geworden. Das BetrVG enthält keine ausdrücklichen Regeln, was in solchen Situationen geschehen soll. Der Versuch, die Drohung mit Produktionsverlagerung als Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit und als Behinderung der Betriebsratsarbeit zu qualifizieren, hat nur im Einzelfall Erfolg.¹⁸

haben sollte: "Die Mitbestimmung ist nur eine Zwischenstufe auf dem Weg zum Sozialismus". Als er beweisen konnte, dass er es nicht gesagt hatte (die Kollegen sind in solchen Fällen bei ihren Zeugenaussagen meist solidarisch), wurde die Kündigung zurückgenommen, doch meinte der DGB-Vorsitzende Vetter: "Aber Du könntest es gesagt haben." Der Betroffene wurde dann alsbald zum Vorstandsmitglied in einer kleineren Gewerkschaft gewählt, die ein wenig anders als die DGB-Führung dachte.

¹⁵ Einzelheiten zum Informationsrecht bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, a.a.O., Rn. 1312 ff.

¹⁶ Dazu Wolter, RdA 2006, 137 ff.

¹⁷ Froebel/Heinrichs/Kreye, Die neue internationale Arbeitsteilung, Reinbek 1977.

¹⁸ S. den Fall ArbG Leipzig NZA-RR 2003, 142, wo der Arbeitgeber damit drohte, er würde den Betrieb nach Polen verlagern, wenn er die Anwaltskosten des Betriebsrats für zwei Beschlussverfahren tragen müsse. Dies wird vom ArbG Leipzig als Behinderung der Betriebsratstätigkeit qualifiziert; dass es überhaupt zu einem solchen Verfahren kam, lässt sich nur damit erklären, dass der Betriebsrat offensichtlich nicht an die Ernstlichkeit der Verlagerungsabsicht glaubte.

Die zweite Schiene läuft über den Abschluss von Tarifverträgen. Soweit es streikbereite Belegschaften gibt, findet effektive Mitentscheidung statt. Je besser man die Situation der Arbeitgeberseite kennt, umso mehr lassen sich vorhandene wirtschaftliche Spielräume ausschöpfen. In der Gegenwart ist die Bereitschaft zur Arbeitsniederlegung allerdings stark zurückgegangen. Sie besteht am ehesten bei relativ homogenen Gruppen wie den Ärzten, den Piloten oder den Fluglotsen; die Einheitsgewerkschaft hat versäumt, sich ausreichend um deren Interessen zu kümmern. Ihre eigenen Truppen werden immer schwächer. Bisweilen werden Tarifverträge auf so schandbar niedrigem Niveau abgeschlossen, dass man an tariflich abgesegneten Lohnwucher denken muss.¹⁹ Dazu kommt auch hier der "Globalisierungsvorbehalt". Tarifverhandlungen im Schatten einer drohenden Produktionsverlagerung haben nichts mehr mit Mitbestimmung zu tun; hier trifft das Dictum vom "kollektiven Betteln" völlig zu. Das gelende Tarif- und Arbeitskampfrecht trägt den gewandelten Umständen noch nicht Rechnung; es tut weiter so als würde es diese "Exit-Option" in Wirklichkeit nicht geben.

Eine dritte Form der Mitbestimmung liegt in einer Arbeitsniederlegung oder in verdeckten Kampfmaßnahmen, die sich gegen bestimmte Sachentscheidungen der Arbeitgeberseite richten. Sie ist in Deutschland bislang rechtlich nicht anerkannt. Dies kann sich in näherer Zukunft möglicherweise ändern, da die Bundesrepublik vom Ministerkomitee des Europarats mit Zwei-Drittel-Mehrheit gerügt wurde, es sei nicht mit Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta vereinbar, wenn das Streikrecht auf Gewerkschaften und auf tariflich regelbare Ziele beschränkt werde.²⁰ Das BAG nahm mittlerweile darauf Bezug und kündigte an, seine Rechtsprechung zu überprüfen, wonach immer ein tariflich regelbares Ziel verfolgt werden müsse.²¹ Denkbar sind rechtlich anerkannte spontane Protestaktionen insbesondere dort, wo das System der Betriebsverfassung und der Tarifverträge versagt.²²

Diese drei "Kanäle" der Mitbestimmung sind nicht etwa der "Unterbau" für das, was im Aufsichtsrat geschieht. Vielmehr finden hier die wirklichen Auseinandersetzungen statt. Aus dem Aufsichtsrat kann Unterstützung kommen, die Arbeitnehmervertreter haben (im Rahmen ihrer gesetzlichen Pflichten) "Zulieferfunktion" für die Akteure, die effektiv mitbestimmen und einen Kompromiss zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen erzwingen können.

IV. Der Umgang mit dem Globalisierungsvorbehalt

Die Praxis vieler Unternehmen ist durch die fortschreitende Globalisierung der Märkte für Waren und Dienstleistungen bestimmt. Zölle und andere Handelshemmisse haben seit Beginn der neunziger Jahre immer mehr an Bedeutung verloren. Das erleichtert nicht nur den Import und Export; vielmehr besteht die Möglichkeit, in anderen Ländern für den dortigen Markt, aber auch für den Weltmarkt zu produzieren und sich so die Lohnunterschiede zunutze zu machen. Dieser Mechanismus lässt sich bis auf weiteres nicht rückgängig machen, auch wenn man sich natürlich die Frage stellen kann, ob die Gewerkschaften der industrialisierten Länder wirklich gut beraten waren,

¹⁹ Nachweise bei Däubler, in: Ders. (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Einl. Rn. 58a.

²⁰ Text der Empfehlung in AuR 1998, 154 ff.

²¹ BAG NZA 2003, 734, 740; dazu Kothe/Doll, ZESAR 2003, 393 ff.

²² S. die Überlegungen bei Bepler, FS Wissmann, München 2005, S. 111 ff.

die Öffnung der (Wirtschafts-)Grenzen mehr oder weniger ohne Vorbehalte zu begrüßen und alles, was "aus Europa" oder von den GATT-Runden kam, von vorne herein mit einer Art Gütesiegel zu versehen. Heute sind dies abgefahrene Züge; es geht allein darum, das Arbeitsrecht und hier insbesondere die (im obigen Sinne verstandene) Mitbestimmung so weiterzuentwickeln, dass sie auch in Zukunft ihre Funktion erfüllen kann.

1. Abhilfe auf internationaler Ebene ?

Man könnte zunächst daran denken, die globale Marktwirtschaft mit einem ebenso globalen sozialpolitischen Korrektiv zu versehen. An Konzeptionen fehlt es nicht:²³ Die ILO-Übereinkommen erfassen vom Mindestlohn über die Arbeitszeit bis hin zur Koalitionsfreiheit alle wichtigen arbeitsrechtlichen Themen; sie universell zu ratifizieren und auch umzusetzen, würde einen weltweiten Sozialstaat schaffen. Dass dies nicht mehr als eine schöne Rechtsillusion ist, bedarf keiner näheren Begründung. Selbst die fundamentalen Übereinkommen Nr. 87 und 98 zu Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie sind von Brasilien, China, Indien, Mexiko und den USA nicht ratifiziert worden, so dass mehr als die Hälfte aller abhängig Beschäftigten auf der Welt schon formal nicht erfasst sind — ganz abgesehen davon, dass in den Entwicklungsländern ca. 85 % aller Arbeitenden im informellen Sektor tätig sind, wo es keine staatlichen Normen und damit natürlich auch keine Sozialversicherung und kein Arbeitsrecht gibt.²⁴ Auch die Sozialklauseln in Handelsverträgen, wonach Zollpräferenzen dann gewährt werden, wenn einzelne Länder bestimmte elementare Sozialstandards achten, haben bisher so gut wie nichts auszurichten vermocht.²⁵ Verhaltenskodizes von Unternehmen zeichnen sich durch schöne, unverbindliche Worte aus, die unter glücklichen Umständen dazu führen können, dass besonders grobe Verstöße gegen humane Arbeitsbedingungen in Europa bekannt und umgehend abgestellt werden, weil sie das Image des Konzerns bei Verbrauchern und politischen Entscheidungsträgern beeinträchtigen könnten. Die "corporate social responsibility" klingt ähnlich viel versprechend wie das Wort von der Unternehmensmitbestimmung, doch ist hier nicht einmal "Information und Konsultation" zu erwarten.²⁶ Die Arbeitnehmer können nicht erwarten, dass irgendeine internationale Organisation stellvertretend für sie die Kastanien aus dem Feuer holt; darauf auch nur zu hoffen, würde 150 Jahre Erfahrung der Arbeiterbewegung schlicht ignorieren.²⁷

Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig, als zu kapitulieren oder das nationale Arbeitsrecht an die neue Situation anzupassen.

²³Grundlegend dazu Hepple, Labour Laws and Global Trade, Oxford and Portland/Oregon, 2005.

²⁴Angaben nach Hepple, S. 61 (Übereinkommen Nr. 87 und 98) und S. 16 (informeller Sektor).

²⁵Überblick bei Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn. 70c ff.; Einzelheiten bei Herkommer, Die Europäische Sozialklausel. Zollpräferenzen zur Förderung von Kernarbeitsstandards in Entwicklungsländern, Baden-Baden 2004.

²⁶Überblick bei Kocher, RdA 2004, 27 ff.; Däubler, Das Arbeitsrecht 1, Rn. 1380 ff. Vertiefende Einschätzung bei Arthurs, in: Conaghan u.a., (ed.) Labour Law in an Era of Globalization. Transformative Practices & Possibilities, Oxford 2000, p. 478 ff.

²⁷Es wäre nötig und Ertrag versprechend, ein sozialwissenschaftliches Projekt über das Verloren-Gehen von Erfahrungen und Erkenntnissen in der Gewerkschafts- und Arbeiterbewegung zu initiieren, doch wird man vermutlich von keiner Stiftung dafür Mittel bewilligt bekommen.

2. Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung

Das deutsche System ist nicht anders als z.B. das niederländische bis heute national introvertiert. Die in Deutschland Beschäftigten wählen die Arbeitnehmervertreter in deutschen AGs, GmbHs usw. Beschäftigte in ausländischen Zweigstellen oder Tochtergesellschaften sind nicht einbezogen, obwohl sie von den Entscheidungen der deutschen Konzernspitze in gleicher Weise wie ihre hier tätigen Kollegen betroffen sind. Als Begründung wird häufig das sog. Territorialitätsprinzip bemüht, das es im Gesellschaftsrecht in Wahrheit gar nicht gibt: Niemand würde es wagen, etwa das Stimmrecht in der Hauptversammlung auf in Deutschland wohnende Aktionäre zu beschränken.²⁸ In Wahrheit geht es darum, die eigenen (scheinbaren oder realen) Wissensvorsprünge und Zugangsrechte zu den Entscheidungsträgern zu bewahren und sie nicht mit ausländischen Interessenvertretern teilen zu müssen. Dafür nimmt man es auch in Kauf, dass man seinerseits keinen Zugang zu ausländischen Konzernspitzen hat, die über Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik verfügen. In einigen wenigen Fällen grenzüberschreitender Zusammenschlüsse (Daimler-Chrysler; Hoechst-Aventis; Europipe) wurden vertragliche Lösungen gewählt, die zu einer Vertretung auch der ausländischen Belegschaften im Aufsichtsrat geführt haben.²⁹

In den letzten Jahren ist durch europäische Entwicklungen in dieser Frage Bewegung entstanden. Nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften können nach der Rechtsprechung des EuGH³⁰ ihren Verwaltungssitz in Deutschland nehmen, ohne dass sie deshalb dem deutschen Gesellschaftsrecht unterstehen würden. Ähnliches gilt für US-Gesellschaften.³¹ Da die Unternehmensmitbestimmung in das deutsche Gesellschaftsrecht eingefügt ist, läuft sie — wenn ein ausländisches Unternehmen die "mitbestimmungspflichtige" Größe erreichen würde — faktisch leer. Die Diskussion geht deshalb darum, ob es mit der EG-Niederlassungsfreiheit vereinbar wäre, würde man die deutschen Mitbestimmungsregeln auf diese Gesellschaften erstrecken.³² Vorläufig ist aber nicht mit derartigen Initiativen zu rechnen. Veränderungen gab es demgegenüber durch die Einführung der SE. Hier müssen sich Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite auf eine bestimmte Form von Mitbestimmung einigen, andernfalls tritt ein subsidiäres Modell in Kraft, das sich nach der weitestgehenden Regelung richtet, sofern diese wenigstens 25 % der Gesamtbelegschaft erfasste.³³ Eine ähnliche Regelung ist für die grenzüberschreitende Fusion zweier Unternehmen vorgesehen.³⁴ Bemerkenswert daran ist weniger der Bestandsschutz der Arbeitnehmervertretung als die Tatsache, dass in dem gewählten oder subsidiär eingreifenden Modell alle konzernabhängigen Arbeitnehmer Wahlrecht haben; zum Aufsichtsrat der Allianz-SE können daher auch Italiener und Franzosen kandidieren und ihre Stimme abgeben. Die Europäisierung der Unternehmen wird insoweit nachvollzogen. Der rechtspolitische Trend geht ersichtlich in diese Richtung — auch wenn es bisher noch keine konkreten Fälle gibt, in denen "Information und Konsultation" auf dieser Ebene funktionieren würden.

²⁸ Wegen der juristischen Diskussion s. schon Däubler, RabelsZ 39 (1975) S. 451 ff.

²⁹ Seibt, AG 2005, 413.

³⁰ EuGH NJW 1999, 2027 — Centros; EuGH NJW 2002, 3514 — Überseering; EuGH NJW 2003, 3331 — Inspire Art.

³¹ BGH NJW 2003, 1607.

³² Dazu etwa Thüsing, ZIP 2004, 381 ff.

³³ Einzelheiten bei Nagel/Freis/Kleinsorge, a.a.O. (oben Fn 4).

³⁴ Dazu Heuschmid, AuR 2006, 184 ff.

Europäisierung bedeutet nicht Globalisierung. Geht es um die Verlagerung von Aufträgen oder Produktionsstätten nach Indien, China oder Lateinamerika, ist eine europäische Interessenvertretung in keiner anderen Lage als eine nationale. Sie ist ähnlich erpressbar; nur wenn es um unterschiedliche europäische Standorte geht, kann sie möglicherweise intern zu einer gemeinsamen Politik finden, die unter den Bedingungen des Status quo sehr viel schwerer erreichbar wäre.

3. Weiterentwicklung der Betriebsverfassung

Die Mitbestimmung durch betriebliche Interessenvertretungen hat bisher keine Ausdehnung auf die europäische oder gar die globale Ebene erfahren. Überlegungen Anfang der siebziger Jahre, in der Europäischen Aktiengesellschaft einen Betriebsrat mit Vetorechten zu schaffen,³⁵ haben sich nicht durchgesetzt. Auch in der Betriebsverfassung ist beim Wahlrecht dasselbe Maß an "Selbstbeschränkung" wie im Unternehmensbereich zu konstatieren, die Beschäftigten in ausländischen Zweigstellen und Tochtergesellschaften sind nicht im Gesamt- bzw. im Konzernbetriebsrat vertreten. Immerhin wird das eigene Territorium relativ konsequent verteidigt: Will etwa eine ausländische Konzernspitze vorbei an inländischer Geschäftsführung und Betriebsrat per E-Mail die Beschäftigten befragen, so muss sie sich auf eine einstweilige Verfügung gefasst machen, die ein entsprechendes Tun verbietet.³⁶ Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hatte in einzelnen Fällen zur Folge, dass internationale Konzerne ihre Informationssysteme verändern und insbesondere dem in Europa üblichen Datenschutz anpassen mussten.³⁷

Eine Europäisierung hat jedoch die Information und Konsultation auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene erfahren. Der Europäische Betriebsrat entspricht seinen Aufgaben nach weithin dem Wirtschaftsausschuss, obwohl er anders als dieser als selbstständiges Organ ausgestaltet ist.³⁸ Die heute bestehenden 600 bis 700 Gremien dieser Art³⁹ repräsentierten alle im Territorium der EG-Staaten tätigen Belegschaften, doch ist es möglich, auch Vertreter aus Drittstaaten in den EBR aufzunehmen (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EBRG). VW verfügt über einen "Weltkonzernausschuss", wobei allerdings die "Welt" vor den Toren der Volksrepublik China endet. Wie intensiv Information und Konsultation werden und wie viel Nutzen sich für die Belegschaften ergibt, ist heute noch nicht erkennbar; die Verhältnisse dürften von Konzern zu Konzern höchst unterschiedlich sein.

Deutsche Betriebsräte haben das Recht, Kontakte zu ausländischen Interessenvertretungen aufzunehmen. Sie bewegen sich innerhalb ihrer Kompetenzen, wenn sie sich mit Interessenvertretungen aus ausländischen Niederlassungen treffen, mit ihnen telefonieren oder gleich lautende Forderungen absprechen. Nach § 40 BetrVG hat ihnen der Arbeitgeber die dafür notwendigen Mittel einschließlich Dolmetscher zur Verfügung zu stellen,⁴⁰ was im Grundsatz mittlerweile auch in der Rechtsprechung aner-

³⁵ Dazu Birk, ZfA 1974, 47, 63 ff.

³⁶ S. den Fall LAG Hessen AuR 2002, 33; dazu eingehend U. Fischer, AuR 2002, 7 ff.

³⁷ Beispiel bei Däubler AiB 1997, 258 ff. (mit abgeschlossenem Datenschutzvertrag)

³⁸ Blanke, Europäisches Betriebsräte-Gesetz. Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, Einl. Rn 29

³⁹ Zahlennachweise bei Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG, 10. Aufl., Frankfurt/Main 2006, Vorber. EBRG Rn. 22.

⁴⁰ Bobke, AiB 1989, 231 f.; Wedde, in: Däubler/Kittner/Klebe, a.a.O., § 40 Rn. 20; Klebe, Festschrift Gnade, Köln 1992, S. 661; im Grundsatz auch Fitting, BetrVG, 23. Aufl., München 2006, § 40 Rn. 19; für

kannt ist.⁴¹ Von diesen Möglichkeiten wird wenig Gebrauch gemacht, was damit zusammenhängen mag, dass die Sprachbarriere besonders hoch ist und dass der Zeithaushalt eine Konzentration auf das Nötigste erfordert, das sich immer noch im Inland abspielt. Daneben besteht die Möglichkeit, einen Seminarbesuch nach § 37 Abs. 6 BetrVG für die Entwicklung von Kontakten mit ausländischen Interessenvertretungen zu nutzen, die beispielsweise ein gewerkschaftlicher Seminarträger auf eigene Kosten eingeladen hat.

4. Weiterentwicklung von Tarifvertrag und Arbeitskampf

Weltweite Tarifverträge gibt es bislang nur in der Seeschiffahrt. Die ITF hat Musterkollektivverträge entwickelt, die sich auf sog. Billigflaggen- und Zweitregister schiffe beziehen. Sie fixieren ein Vergütungsniveau, das zwischen dem in den Entwicklungsländern bestehenden und dem der Industriestaaten liegt, und sehen überdies eine Unfall- und Krankenversicherung vor, die üblicherweise im Flaggenstaat und in den Heimatländern der Seeleute nicht existiert. Der Abschluss und die Einhaltung der Verträge werden notfalls durch Hafenarbeiterboykotts erzwungen. Diese sind keine reinen Solidaritätsaktionen, in denen wohlmeinende Individuen und Organisationen das Leid ihrer Mitmenschen lindern wollen. Vielmehr enthält der Musterkollektivvertrag auch eine Regel, wonach die Schiffsbesatzungen keine Hafenarbeit übernehmen dürfen; die Arbeitsplätze der Boykottierenden werden auf diese Weise sicherer gemacht.⁴² Eigene Interessen der Beschäftigten lagen auch den verschiedenen europaweiten Aktionen im Rahmen des General-Motors-Konzerns zugrunde; es ging um das letztlich erfolgreich bewältigte Ziel, die Opfer in Grenzen zu halten und sie gerecht auf die einzelnen Standorte zu verteilen.⁴³ Dabei erwies sich der EBR als zentraler Akteur, der mit gewerkschaftlicher Unterstützung die Aktionen koordinierte.

Was lässt sich aus diesen Erfahrungen lernen? Zum einen wird deutlich, dass es erfolgreiche grenzüberschreitende Aktionen geben kann. Sie mögen in der Gegenwart noch selten sein, aber je enger die Welt zusammenwächst, umso kleiner werden die Hindernisse, die dabei zu überwinden sind. Zum zweiten geht es primär darum, die Interessen der Belegschaften in verschiedenen Ländern zu bündeln, nicht um einen karitativen Akt der Unterstützung armer Brüder und Schwestern. Ein derartiges Verhalten zu erwarten, wäre in der Tat problematisch in einer Welt, wo die Werte des individuellen Nutzens dominieren. Zum dritten wird deutlich, dass die rechtlichen Hindernisse für grenzüberschreitende Aktionen sehr viel geringer sind als dies gemeinhin angenommen wird: Niemand kann es den Gewerkschaften verbieten, in Absprache mit ihren Partnerorganisationen zum gleichen Zeitpunkt wie diese für eigene Ziele zu kämpfen. Die deutsche Rechtsprechung hat auch die Boykottaktionen in der Seeschiffahrt

Erstattung der Kosten erforderlicher Auslandsreisen auch ErfK–Eisemann, 6. Aufl., München 2006, § 40 Rn. 8; GK–Weber § 40 Rn. 35.

⁴¹ Für Erstattung von Flugkosten, die beim Treffen mit einem ausländischen Interessenvertreter entstanden sind, ArbG München AiB 1991, 429. Auch Reisekosten nach Brüssel sind zu ersetzen, wenn dort über Fusionspläne des Arbeitgeberunternehmens verhandelt wird (LAG Niedersachsen DB 1993, 1043)

⁴² Einzelheiten bei Däubler, Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag. Probleme des deutschen Arbeitsrechts bei der Verbesserung der Arbeitsbedingungen auf Billigflaggenschiffen, Baden–Baden 1997.

⁴³ Nachweise bei DKK–Däubler, Vorbem EBRG Rn. 25.

gebilligt⁴⁴, und die Aktionen im GM-Konzern wurden nur deshalb vorübergehend zum Rechtsproblem, weil es keinen offiziellen gewerkschaftlichen Streikaufruf gegeben hatte. Grundsätzlich bejaht wird auch das Recht, Streikarbeit zu verweigern.⁴⁵ Die abweichende Auffassung des LAG Frankfurt/Main (eine Lufthansa-Stewardess hatte in Barcelona Reinigungsarbeiten verweigert, die an sich von streikendem spanischem Bodenpersonal zu erledigen waren⁴⁶) hatte die übrige Rechtsprechung nicht zur Kenntnis genommen; die erfolgreiche Nichtzulassungsbeschwerde⁴⁷ führte jedoch nicht zu einer Sachentscheidung, da sich die Parteien inzwischen außergerichtlich geeinigt hatten.

Sehr viel restriktiver scheinen die rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf den Solidaritätsstreik zu sein. Dieser ist schon bei rein nationalen Sachverhalten grundsätzlich unerlaubt,⁴⁸ doch wird dann eine Ausnahme gemacht, wenn er sich gegen einen Arbeitgeber richtet, der mit dem Gegner im Hauptkampf wirtschaftlich identisch oder eng mit diesem verflochten ist. Innerhalb eines Konzerns ist "Solidarität" daher möglich. Genau diese Ausnahme ist bei grenzüberschreitenden Auseinandersetzungen von wesentlicher Bedeutung, da auf dieser Ebene am ehesten mit der Bündelung von Interessen zu rechnen ist. Beachtung verdient auch die These, bei angedrohten Produktionsverlagerungen sei der Solidaritätsstreik über die vom BAG ausdrücklich genannten Ausnahmen hinaus zulässig, da nur so eine paritätische Verhandlungssituation wiederhergestellt werden könne.⁴⁹ Praktisch werden diese Fälle selten bleiben, da die Wahrung eigener Interessen bei weitem dominiert.

V. Schlussfolgerungen

Hoffentlich ist deutlich geworden, dass es bei aller Kritik an Mitbestimmungillusio-nen nicht darum ging, gegen die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat als solche zu polemisieren. Sie hat ihren Platz in einem Gesamtkonzept, das sich auf die Handlungsformen konzentriert, die wirkliche Mitentscheidung ermöglichen. Dies gilt auch und gerade unter den Bedingungen der Gegenwart, wo die Globalisierung der Arbeitgeberseite zusätzliche Handlungsoptionen eröffnet. Erstaunlich ist, wie viel juristischer Sachverstand und bisweilen sogar Kreativität auf Institutionen verwendet wird, deren Wirkungen über "Information und Konsultation" nicht hinausgehen, während man erhebliche Schwierigkeiten hat, im gewerkschaftlichen oder gewerkschaftsnahen Kontext vergleichbar vertiefende Überlegungen zu den Feldern realer Mitbestimmung zu finden. Auch das Setzen wissenschaftlicher Prioritäten hat politischen Charakter. Die Neoliberalen werden sich freuen, wenn sich ihre potentiellen Gegenspieler auf einen Nebenkriegsschauplatz konzentrieren.

Dies alles darf allerdings nicht als Fundamentalkritik am Jubilar missverstanden werden: Schon im Jahre 1992 hat er eine neuartiges Konzept grenzüberschreitender Ar-

⁴⁴ BAG AP Nr. 6 zu § 1 TVG Form und (in weniger vorsichtiger Formulierung) ArbG Bremen NZA-RR 2000, 35.

⁴⁵ BAG AP Nr. 3 zu § 615 BGB Betriebsrisiko Bl. 2; BGH AP Nr. 56 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 2 R; BAG AP Nr. 86 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 4.

⁴⁶ S. den Sachverhalt in LAG Frankfurt/Main v. 14.1.1987 - 2 Sa 1032/86 - AR-Blattei (D) Arbeitskampf VIII Internationales Arbeitsrecht, Entscheidungen 1.

⁴⁷ BAG AP Nr. 33 zu § 72a ArbGG Grundsatz.

⁴⁸ BAG DB 1985, 1695, bestätigt in BAG DB 1988, 1270.

⁴⁹ Preis, Anm. zu BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 73, S. 21; zustimmend Däubler, Das Arbeitsrecht

beitsbeziehungen vorgelegt.⁵⁰ Auf dieser Grundlage weiterzudenken wäre nicht nur ein wissenschaftlich reizvolles Unterfangen, sondern auch ein Beitrag dazu, wieder über die wirklichen Probleme zu reden.

1, a.a.O., Rn. 669.

⁵⁰ Von der *lex mercatoria* zur *lex laboris*. Zur rechtlichen Bewältigung der internationalen Arbeitsbeziehungen, in: Däubler/Bobke/Kehrmann (Hrsg.), *Arbeit und Recht, Festschrift für Albert Gnade*, Köln 1992, S. 711 ff.

Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat

von Thomas Dieterich

Einleitung

Die beiden Globalbegriffe Unternehmerfreiheit und Sozialstaat wirken in der sozialpolitischen Diskussion wie Brandbeschleuniger. In äußerster Zuspitzung markieren sie sogar die beiden Enden unseres parteipolitischen Systems. Auf der einen Seite die Marktradikalen, die sich alles Heil von unbeschränktem Wettbewerb erhoffen (Motto: Was gut ist für Daimler-Chrysler, ist auch gut für Deutschland); auf der anderen Seite die Staatsgläubigen, die den sozialen Zusammenhalt durch den globalen Wettbewerb bedroht sehen und alles Heil von gesetzlichen Schutzwällen erhoffen. Um diesen ideologisch gefärbten Stellungskrieg soll es hier nicht gehen. Unternehmerfreiheit und Sozialstaat sind ja auch Rechtsbegriffe, die keineswegs einen fundamentalen Antagonismus bezeichnen. Aber welche Bedeutung haben sie in unserer Rechtsordnung? Und welche Rolle spielen sie speziell im Arbeitsrecht?

Die strikte Konzentration auf rechtliche Fragen und Methoden kann und darf natürlich die gesellschaftlichen Konflikte und die wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht ausblenden. Nur erscheinen sie im einfachen Gesetzesrecht zunächst nur als schlichte Interessengegensätze, die zum Ausgleich gebracht werden müssen. Niemand weiß das besser als Arbeitsrechtler. Sie sind ja fast ständig mit dem Widerstreit befasst, der zwischen wirtschaftlichen Erfordernissen einerseits und sozialen Schutzbedürfnissen andererseits entstehen kann. Der Gesetzgeber beschränkt sich hier vielfach auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe; bedeutende Fragenkreise (wie das Arbeitskampfrecht) überlässt er sogar völlig der Rechtsprechung. Wissenschaft und Gerichte stehen also vor der Schwierigkeit, für die daraus folgenden Abwägungsaufträge einigermaßen nachprüfbare Abwägungsprogramme, oder doch wenigstens Argumentationsschemata zu entwickeln. Dabei müssen sie sich an wertenden Zielvorgaben orientieren. Was liegt da näher, als diese in der Verfassung zu suchen.

Ich will deshalb zunächst prüfen, ob und inwieweit das Grundgesetz die beiden Globalbegriffe meines Themas ausgeformt und mit Handlungsanweisungen für die arbeitsrechtliche Praxis ausgestattet hat. Danach sollen die Konsequenzen auf der arbeitsrechtlichen Ebene an einigen besonders brisanten Streitfragen kontrolliert werden.

I. Sozialstaatsprinzip

Ich beginne mit dem Sozialstaatsprinzip, weil es besonders deutlich im Text des Grundgesetzes zum Ausdruck kommt. In Art. 20 Abs. 1 GG wird die Bundesrepublik als "demokratischer und sozialer Bundesstaat" bezeichnet. Was damit im Einzelnen gemeint ist, bleibt allerdings offen. Rein deskriptiv kann es aber nicht gemeint sein, denn in Art. 28 Abs. 1 GG wird den Bundesländern vorgeschrieben, dass ihre

verfassungsmäßige Ordnung den Grundsätzen des sozialen Rechtsstaates entsprechen müsse. Solche Grundsätze gibt es also, und sie sind auch durchsetzbar, obwohl sie nirgends definiert werden. Entsprechend groß ist die Meinungsvielfalt im staatsrechtlichen Schrifttum. Die herrschende Lehre und das Bundesverfassungsgericht orientieren sich an den Zielen und Konkretisierungen der historisch-politischen Sozialbewegungen: Chancengleichheit, Ausgleich sozialer Gegensätze, Schutz vor Ausbeutung, Hilfe gegen Not und Armut usw. — alles dies jedoch ohne Fixierung auf bestimmte Lösungen und Programme, also völlig offen für künftige Entwicklungen und Probleme¹. Die äußerst blasse Formel des Bundesverfassungsgerichts lautet: Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen, wobei ihm die Wahl der Mittel frei steht².

Dieser Ertrag meiner knappen Bestandsaufnahme wirkt auf den ersten Blick so dürf-
tig, dass man das ganze Prinzip für unerheblich halten könnte — zumindest für die
betroffenen Bürgerinnen und Bürger. Worauf sollen die sich denn im Streitfall beru-
fen, wenn doch alles dem Gesetzgeber überlassen zu sein scheint? Im Gegensatz zum
"Rechtsstaatsprinzip", für das klare Verfahrensgrundsätze herausgearbeitet wurden,
sind die Konturen einer gerechten Sozialordnung in fast jeder Hinsicht umstritten. Ist
z. B. wirklich alles "sozial", was Beschäftigung fördern kann? Gerade um solche Fragen
geht es aber regelmäßig, wenn im Arbeitsrecht Abwägungsprobleme zu lösen sind. Ist
das Sozialstaatsprinzip also nur ein feierliches Versprechen, das für den einzelnen Bür-
ger keine Bedeutung hat?

Keine voreiligen Schlüsse! Für Wertungsfragen ist im Grundgesetz der Grundrechts-
katalog zuständig. Hier muss man konkretere Vorgaben suchen. Und hier findet man
auch Antworten auf die Frage nach einer gerechten Sozialordnung, wichtige Grund-
sätze auch für das Privatrecht. Schon der Wortlaut einiger Regelungen zeigt, dass die
Verfassung einen aktiven Staat fordert, der gesellschaftlichen Fehlentwicklungen und
Benachteiligungen entgegentritt. So müssen nach Art. 3 Abs. 2 GG bestehende Nach-
teile der Frauen beseitigt werden. Auch körperliche und geistige Behinderungen dür-
fen nicht zu Benachteiligungen führen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG). Art. 9 Abs. 3 GG ist
Sozialstaatlichkeit in Reinform. Das Bundesverfassungsgericht hält sich aber darüber
hinaus für verpflichtet, auch alle anderen Grundrechte im Sinne des Sozialstaatsprin-
zips auszulegen und zu entfalten. Seit dem legendären Lüth-Urteil von 1958³ hat es
in konsequenter Rechtsprechung aus Anlass ganz unterschiedlicher Probleme herau-
sbearbeitet, dass alle Gleichheits- und Freiheitsrechte des Grundrechtskatalogs als die
maßgebenden Wertmaßstäbe unserer Verfassungsordnung Geltung beanspruchen. Wo
gesellschaftliche Prozesse zu signifikanten Gleichheitsverletzungen oder Freiheitsbe-
schränkungen führen, darf der Staat nicht achselzuckend zusehen, er muss eingreifen.
Ihn trifft eine verfassungsrechtliche Schutzwicht, und zwar nicht nur den Gesetzge-
ber, sondern auch die Verwaltung und die Gerichte⁴.

Diese Rechtsprechung hat einschneidende Konsequenzen für das gesamte Zivilrecht,
also auch für das Arbeitsrecht. Die unterschiedlichsten Vertragsgestaltungen standen
bereits auf dem Prüfstand und gaben dem Bundesverfassungsgericht Anlass für die

¹ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, § 6 Rn. 209; Hofmann, Handbuch des Staatsrechts § 7 Rn. 59; Zacher, Handbuch des Staatsrechts § 25 Rn. 22 ff.

² BVerfGE 22, 180.

³ BVerfGE 7, 198.

⁴ Grundlegend Canaris, AcP 84 (1984), 201 ff.; zusammenfassend Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 201 ff.

Rüge zu großer Passivität des Gesetzgebers oder der Rechtsprechung. So wurde bei karenzentschädigungslosen Wettbewerbsverboten die Erfüllung der Schutzpflicht aus Art. 12 GG reklamiert⁵. Schutzpflichtverletzungen wurden ferner festgestellt bei erzwungenen und unfairen Bürgschafts- und Eheverträgen⁶. Bei Lebensversicherungen forderte das BVerfG erst kürzlich größere Vertragstransparenz und effektivere staatliche Kontrollen im Blick auf Art. 14 GG⁷. Dass im Lichte dieser Rechtsprechung das gesamte Arbeitsvertragsrecht staatliche Schutzpflichten auslöst, liegt auf der Hand. Das BAG hat das ausdrücklich anerkannt und prüft jetzt im Rahmen seiner revisionsgerichtlichen Aufgaben auch die grundrechtlichen Schutzpflichten⁸. Das Bundesverfassungsgericht sieht hier sogar den tieferen Grund für die Tarifautonomie und das Arbeitskampfrecht⁹. (Ich komme darauf zurück.)

Aber wie steht es um die Offenheit des Sozialstaatsprinzips? Wo bleibt der Spielraum für unterschiedliche Politikverständnisse und Lösungskonzepte? Verfassungsrecht kann Sozialpolitik nicht steuern oder gar ersetzen. Das sieht das Bundesverfassungsgericht ganz klar. Es kann hier also nur um eine geräumige Rahmenordnung gehen, um die Absicherung eines kollektivrechtlichen Verfahrens und unverzichtbare Mindeststandards. Das Bundesverfassungsgericht spricht von einem "Untermaßverbot" im Unterschied zu dem "Übermaßverbot" bei Grundrechtseingriffen. Ein anschauliches Beispiel dafür bietet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des BAG zum Mindestbestandsschutz im Arbeitsverhältnis¹⁰. Soweit hier nicht das Kündigungsschutzgesetz eingreift, muss nach dieser Rechtsprechung mithilfe der Generalklauseln des BGB gewährleistet werden, dass evident unsachliche Gründe und Auswahlentscheidungen zu verhindern sind, und dass dafür auch effektiv wirksamer Rechtsschutz verfügbar ist.¹¹ Als "Faustformel" lässt sich ableiten und verallgemeinern: Die Schutzbedürfnisse des Grundrechtsträgers dürfen nicht vollkommen vernachlässigt werden, vielmehr muss man noch von einem angemessenen Interessenausgleich sprechen können.

Das lenkt den Blick auf die Bipolarität des Problems. Die Entdeckung der grundrechtlichen Schutzpflicht führte zwangsläufig zur Gefahr einer Grundrechtskollision. Denn wenn im Zivilrecht eine Seite in ihrer Freiheit geschützt wird, bedeutet das für die Gegenseite, dass sie nicht mehr tun kann, was sie will, also eine Beschränkung ihrer Freiheit hinnehmen muss, zumindest soweit diese auf das Äußerste strapaziert werden soll. Das führt unmittelbar zu dem zweiten Teil meines Themas, der Unternehmerfreiheit.

II. Unternehmerfreiheit

1. Die Grundrechte

Das Grundgesetz enthält keine Festlegung auf eine bestimmte Wirtschaftsverfassung. Es ist wirtschaftspolitisch "neutral". Darauf musste das Bundesverfassungsgericht in

⁵ BVerfGE 81, 242 = AP Nr. 65 zu Art. 12 GG.

⁶ BVerfGE 89, 214 = AP Nr. 35 zu Art. 2 GG; BVerfGE 103, 89.

⁷ BVerfGE 114, 1 und 114, 73.

⁸ Zahlreiche Nachweise bei ErfK/Dieterich, GG Art. 2 Rn. 29 ff.

⁹ BVerfGE 84, 212, 229 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

¹⁰ BVerfGE 84, 133 = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG; BVerfGE 97, 169 = AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969; BAG AP Nr. 12 zu § 242 BGB.

¹¹ Nachweise bei ErfK/Dieterich, Art. 12 Rn. 34 ff.

seiner Frühzeit wiederholt hinweisen¹². Aber ebenso deutlich hat es von Anfang an betont, dass der Grundrechtskatalog als Mosaikbild einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung verstanden werden muss¹³. Und ohne ein freies und konkurrenzfähiges Unternehmertum ist eine freie Gesellschaft gar nicht denkbar. An dieser Prämissen kann also kein Zweifel bestehen. Aber was folgt daraus bei staatlichen Zielkonflikten? Diese sind ja ganz unvermeidlich, weil Unternehmensinteressen eben keineswegs das Maß aller Dinge sind. Die 114 Entscheidungsbände des Bundesverfassungsgerichts bieten eine Fülle von Beispielen solcher Zielkonflikte, und aus der Sicht der Wirtschaft erscheint im Grunde das ganze Arbeitsrecht als eine einzige große Problemzone. Was sagt das Grundgesetz dazu?

Die Antwort erschließt sich — wie schon beim Sozialstaatsprinzip — nicht dem ersten Zugriff. Der Begriff "Unternehmerfreiheit" kommt im Grundgesetz überhaupt nicht vor. Das lässt sich zwanglos mit der sozial- und wirtschaftspolitischen Neutralität des Verfassungstextes erklären. Wo keine sozialen Grundrechte formuliert werden, erübrigt sich auch die Betonung der Gegenposition¹⁴. Auch bei Problemen der Wirtschaftsordnung ergibt sich der verfassungsrechtliche Rahmen erst aus den Grundrechten, die sich an spezifischen Formen der Freiheitsausübung mit ihren typischen Gefährdungen orientieren¹⁵. Wirtschaftliches Erwerbsstreben wird dabei nur als eine besondere Form der Berufsausübung und Eigentumsnutzung verstanden und gewährleistet.

Darin liegt durchaus keine Abwertung unternehmerischer Tätigkeit. Verfehlt sind aber andererseits auch Formulierungen im Schrifttum, die die Unternehmerfreiheit begrifflich "aufrüsten". So ist häufig von "Unternehmensautonomie" die Rede¹⁶, so als ob es eine institutionelle Gewährleistung gäbe wie bei den Kommunen und Kirchen, oder eine Regelungsprärogative, wie bei der Privat- und Tarifautonomie. Lobinger¹⁷ spricht gar von einem "Grundstatut" der freien Unternehmerentscheidungen. Solche hierarchischen Begriffe verfehlten die Rechtslage und führen zu falschen Wertungen.

2. Unternehmerfreiheit als Berufsfreiheit

Zwei Grundrechte gewährleisten in ihrem Zusammenwirken die Freiheit unternehmerischer Betätigung: Soweit es um wirtschaftliche Aktivitäten geht, die dem Erwerb dienen, schützt die Berufsfreiheit des Art. 12 GG vor staatlichen Interventionen. Die materiellen Grundlagen an Kapital und Betriebsmitteln werden durch Art. 14 GG geschützt. Sozialpolitische oder gar arbeitsrechtliche Aspekte spielen bei dieser Zuordnung keine Rolle. Arbeitnehmer können sich vielmehr in gleicher Weise auf die Grundrechte der Berufsfreiheit und des Eigentumsschutzes berufen, wenn sie sich durch staatliche Eingriffe bedrängt und beschränkt fühlen. Selbst dort, wo Art. 12 Abs. 1 GG von der freien Wahl des Arbeitsplatzes spricht, also scheinbar arbeitsrechtliche Schutzbedürfnisse artikuliert, ist keineswegs an einen bestimmten Vertragsstatus gedacht. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Begriff zwar in seinem Warteschleifenurteil¹⁸ aus

¹² So BVerfGE 4, 7, 17 ff.

¹³ Grundlegend Lüth-Urteil BVerfGE 7, 198; BVerfGE 50, 290, 336 ff. = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG.

¹⁴ So zutreffend Däubler, in: "Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit", Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung Bd. 78, S. 11, 13.

¹⁵ BVerfGE 50, 290, 336 f. = AP Nr. 1 zu § 1 MitbesG.

¹⁶ Beuthien, ZfA 1988, 1; Wiedemann, RdA 1986, 231; kritisch Hensche, AuR 2004, 443, 445 Fn. 19.

¹⁷ ZAAR Schriftenreihe Bd. 2 "Zukunft des Arbeitskampfes" S. 55, 83 in Rn. 52.

¹⁸ BVerfGE 84, 133 = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG.

Anlass von Arbeitnehmerklagen erläutert, es stellt aber ganz allgemein auf bestehende Arbeitsmöglichkeiten ab. Unternehmer könnten sich genauso darauf berufen.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer machen von ihrer Berufsfreiheit zwar sehr unterschiedlichen Gebrauch, aber aus der Sicht des Verfassungsrechts stimmen sie in einem wesentlichen Punkt überein: Die zentrale Form der Berufsausübung besteht in der freiwilligen Selbstbindung. Gleichgültig, ob Gewinn erzielt oder Lohn verdient werden soll, Voraussetzung sind stets Verträge, die andere Nutzungsmöglichkeiten ausschließen, also die Berufsfreiheit im Ergebnis einschränken. Die Vertragsfreiheit ist deshalb ein wesentlicher Teil der Berufsfreiheit. Das bedeutet, dass jede gesetzliche Einschränkung der Arbeitsvertragsfreiheit in die Berufsfreiheit eingreift, und zwar in die Freiheit beider Vertragspartner, der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer.

3. Schranken der Berufsfreiheit

Damit stellt sich die Frage nach den Schranken der Berufsfreiheit: Unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Intensität darf der Staat eingreifen? Bei dieser Frage endet naturgemäß die Parallelität der Freiheitsbedürfnisse von Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Für den Unternehmerberuf kommt es entscheidend darauf an, welche sachlichen und faktischen Vorgaben bestehen, die die Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit beschränken. Das Arbeitsrecht bildet dabei nur einen Ausschnitt, eine von vielen Materien, bei denen der Staat in wirtschaftliche Abläufe interveniert: Steuerrecht, Umweltrecht, Verbraucherschutz, Wettbewerbsrecht und vieles andere ..., der Katalog staatlicher Eingriffe und Auflagen ist beachtlich. Art. 12 GG schließt das nicht aus, verlangt aber die Erfüllung von drei Voraussetzungen: zum einen müssen sich solche Eingriffe auf ein formelles Gesetz stützen können, zum anderen müssen sie ein Ziel verfolgen, das für die Allgemeinheit bedeutungsvoll ist, und schließlich müssen sie dabei den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten¹⁹.

Dieser Grundsatz erweist sich als die wichtigste Grenzmarke. Das Bundesverfassungsgericht versucht, seine diesbezügliche Kontrolle mit einem Prüfungsschema transparent zu machen: dem 3-Stufen-Modell. Aber seine umfangreiche Kasuistik seit dem Apotheken-Urteil von 1958 lässt sich dann doch im Grunde auf eine ziemlich unscharfe Faustformel zurückführen: Je intensiver ein Gesetz die Berufsfreiheit einschränkt, desto wichtiger müssen die Ziele sein, die damit verfolgt werden, und desto strenger ist auch die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts. Während dem Gesetzgeber normalerweise bei wirtschafts- und sozialpolitischen Zielen ein weiter Einschätzungsspielraum zugebilligt wird, praktiziert das Gericht eine strenge Plausibilitätskontrolle, wenn schon die Wahl des gewünschten Berufs verhindert wird. Dazu genügt es aber nicht, dass finanzielle Belastungen oder Auflagen einzelne Unternehmen zu Betriebsschließungen zwingen können²⁰. Die Grenze ist also außerordentlich differenziert und auch dehnbar.

Das gilt für Art. 12 GG ganz allgemein, besonders aber für die Unternehmerfreiheit. Denn es gibt kein homogenes Berufsbild des Unternehmers. Dessen Kennzeichen sind nicht einheitliche Problemlagen, die sich wenigstens in groben Zügen typisieren lassen. So tritt der personale Bezug bei Kapitalgesellschaften stark zurück im Vergleich

¹⁹ Rechtsprechungsübersichten bei Jarass/Pieroth, GG, Art. 12 Rn. 19 ff.; Sachs/Tettinger, GG, Art. 12 GG Rn. 100 ff.

²⁰ BVerfGE 50, 290, 348 und 364 f. = AP Nr. 1 zu § 1 MitbestG unter C III1b bb) und 3a bb); Rechtsprechungsbeispiele bei Däubler, a.a.O. (Fn. 14) S. 14 f.

zu persönlich tätigen Unternehmern. Andererseits ist ihre Sozialpflichtigkeit größer, und zwar umso mehr, je mehr sich das Schicksal des Unternehmens auf die Belegschaft oder sogar auf die Allgemeinheit auswirken kann²¹. Diese Streubreite der Sozialpflichtigkeit wird leicht übersehen, wenn allzu unreflektiert von *der* Unternehmerfreiheit gesprochen wird. Und auch die Suche nach einem unternehmerischen Kernbereich, der staatlichen Eingriffen total entzogen sein soll²², führt in die Irre. Zumindest auf der verfassungsrechtlichen Ebene muss sie an der Offenheit des Unternehmerbegriffs und an der Weite des Schrankenvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 GG scheitern. Das Bundesverfassungsgericht wird sich hier durch keine Dogmatisierung festlegen lassen. Es wird immer auf die Sozialbindung und die problembezogene Abwägungsbedürftigkeit aller Grundrechtspositionen verweisen.

Zwischenergebnis

Die Bilanz meiner Überlegungen muss diejenigen enttäuschen, die für ihre Arbeit klare Richtlinien erwartet hatten. Aber sie ist dennoch keineswegs ohne Ertrag für die Auslegung und Anwendung des Arbeitsrechts. Abwägungsprobleme sind ja "unser täglich Brot". Die Verfassung bietet dafür immerhin einen Rahmen mit grundrechtsgeleiteten Kriterien:

- a) Auf der einen Seite können sich die Arbeitnehmer auf Art. 12 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip berufen. Die daraus folgende Schutzwicht verlangt die Gewährleistung eines Mindeststandards. Man spricht von einem Untermoßverbot. Dessen Verletzung führt zur Verfassungswidrigkeit, und zwar entweder schon des defizitären Gesetzes oder aber des Urteils, das eine Möglichkeit verfassungskonformer Auslegung versäumt hat.
- b) Auf der anderen Seite müssen Gesetzgebung und Rechtsprechung aber auch die Berufsfreiheit der Arbeitgeber respektieren. Sie dürfen nicht unverhältnismäßig in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingreifen. Hier gilt ein Übermaßverbot.
- c) Dazwischen liegt das weite Feld wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltungsmöglichkeiten. Hier ist grundsätzlich allein der Wille des Gesetzgebers maßgebend. Wenn dieser allerdings schweigt oder sich auf vage Wertungsformeln beschränkt, können die Grundrechte in ihrer sozialstaatlichen Auslegung immerhin Orientierung bieten. Man spricht hier von "verfassungsgeleiteter" Auslegung²³. Sie wird vom Bundesverfassungsgericht nur kuriosisch überprüft, nämlich nur hinsichtlich der Frage, ob bei der Abwägung die maßgebenden Grundrechte wenigstens zur Kenntnis genommen und berücksichtigt wurden²⁴.

Das will ich nun an drei bekannten Konfliktfeldern überprüfen.

²¹ BVerfGE 50, 290, 348 f.

²² Beuthien, ZfA 1988, 1; Walker, ZfA 2004, 501.

²³ Zum Unterschied zur verfassungskonformen Auslegung: ErfK/Dieterich, GG Einl. Rn. 80 f.

²⁴ "Hecksche Formel" BVerfGE 18, 85, 92 f.; Sie wird nicht immer sehr zurückhaltend praktiziert; so hat eine BVerfG-Kammer kürzlich die Abfindungsentscheidung eines LAG nur deshalb beanstandet, weil Art. 12 bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht ausreichend berücksichtigt worden sei (Beschl. v. 22.10.2004 – 1BvR 1944/01 — AR-Blattei ES 830 Nr. 33 mit krit Anm. Dieterich). Positives

III. Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht

1. Kündigungsschutz

Das anschaulichste Beispiel für die soziale Zweispurigkeit der Grundrechte bietet der Kündigungsschutz. Hier sind beide, Arbeitgeber wie Arbeitnehmer, in ihrer Berufsfreiheit betroffen, also geschützt und gebunden. Die unterschiedlichen Grundrechtsfunktionen mit Über- und Untermaßverbot und die Bedeutung der grundrechtsgeleiteten Auslegung müssen sich hier besonders gut zeigen lassen.

Vom Mindestbestandsschutz als Untermaß habe ich bereits berichtet. Jeder Unternehmer, der andere für sich arbeiten lässt, übernimmt in unserem Sozialstaat Rücksichtspflichten. Ein wildes "hire and fire" darf der Gesetzgeber nicht zulassen²⁵. Man kann hier von einer Willkürgrenze sprechen, wenn man unter Willkür nicht nur Böswilligkeit, sondern auch Bedenkenlosigkeit versteht. Bei verfassungskonformer Auslegung ist dieser Mindestschutz unserer Zivilrechtsordnung immanent und damit eine latente Grenze jeder unternehmerischen Tätigkeit.

Aber der gesetzliche Kündigungsschutz soll bekanntlich über den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz hinausgehen. Er stellt u.a. auf "dringende betriebliche Erfordernisse" ab. Was das bedeutet, sollen die Arbeitsgerichte durch Auslegung klären. Der Begriff ist aber so unbestimmt, dass sich viele Fragen stellen. Zunächst: Wo ist die äußerste Grenze der gerichtlichen Kontrolle? Wann würden Kündigungsverbote zu unverhältnismäßiger Beschränkung der Unternehmerfreiheit führen? Diese Frage wird vom BAG außerordentlich ernst genommen. Sie scheint geradezu im Zentrum seiner Überlegungen zu stehen. Der zuständige Zweite Senat unterscheidet scharfsinnig zwischen zwei Ebenen des Entscheidungsprozesses. Der eigentlichen Kündigungsentscheidung zu Lasten eines bestimmten Arbeitnehmers sieht er gedanklich vorgelagert eine konzeptionelle Unternehmerentscheidung, die den Arbeitsbedarf definiert. Die konzeptionelle Vorentscheidung bilde den Kern der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit und sei deshalb hinzunehmen, solange sie nicht offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erscheine. Hingegen müsse sich der Arbeitgeber bei der Umsetzung seiner Konzeption kontrollieren lassen. Es bleibe zu prüfen, ob im Rahmen der konzeptionellen Vorgabe die jeweils umstrittene Kündigung vermeidbar gewesen wäre²⁶.

Die scheinbar klare Struktur dieser Rechtsprechung wirft unzählige Streit- und Zweifelsfragen auf. Oft wirkt die Unterscheidung der beiden Entscheidungsebenen höchst fiktiv. Gerade bei besonders umstrittenen Fallgestaltungen bleibt für die kontrollierbare Umsetzungsentscheidung gar kein Spielraum mehr, z. B. bei Betriebsstilllegungen. Vielfach besteht die unternehmerische Entscheidung auch lediglich darin, Lohnkosten zu sparen, also das gleiche Arbeitsvolumen mit weniger Personal zu bewältigen. Da bietet eine reine Willkürkontrolle den Arbeitnehmern kaum größeren Schutz, als das Untermaß der Schutzpflicht aus Art. 12 GG. Das wird im Schrifttum auch scharf kritisiert²⁷. Aber zunächst bleibt aus verfassungsrechtlicher Sicht festzustellen, dass

Gegenbeispiel zuletzt: BVerfG-Kammer-Beschl. v. 21.6.2006, NZA 2006, 913.

²⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 10.

²⁶ Aktuelle Rechtsprechungsübersichten bei ErfK/Ascheid, KSchG § 1 Rn. 431 ff.; Preis, NZA 1995, 241; Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 39 (2002) S. 83 ff.

²⁷ Colneric, in: "Betriebsbedingte Kündigung im Widerstreit", Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung Bd. 73, S. 11 ff. ; Kühling, AuR 2003, 92 ff.; Stein, AuR 2003, 99 ff.

jedenfalls die Wahrung des Übermaßverbotes vollkommen gewährleistet ist. Die Kontrollintensität der Rechtsprechung lässt der Unternehmerfreiheit breiten Raum.

Wie steht es aber um die verfassungsgeleitete Auslegung? Mit dem Kündigungsschutzgesetz sollte erkennbar ein differenziert ausgewogener Ausgleich der gegenläufigen Grundrechtspositionen erreicht werden. Das Erfordernis der "Dringlichkeit" betrieblicher Kündigungsgründe zeigt deutlich genug, dass dabei mehr Rücksicht auf die Arbeitnehmerbelange gefordert wird, als schon das allgemeine Willkürverbot verlangt. Das BAG sieht das auch und versucht mit verschärften Darlegungslasten zu helfen, ferner mit einem Wiedereinstellungsanspruch bei Prognosefehlern der Unternehmerentscheidung²⁸. Aber die Kritik im Schrifttum hält das für ganz unzureichend und verlangt in jedem Fall eine Folgenabwägung, bei der das Ziel der unternehmerischen Entscheidung auf der einen Seite und dessen Konsequenzen für die klagenden Arbeitnehmer auf der anderen Seite zu gewichten seien²⁹. Bei konzeptionellen Entscheidungen soll es allerdings nicht auf einzelne klagende Arbeitnehmer, sondern auf die ganze Belegschaft ankommen³⁰.

Soweit diese Kritik allein auf die Berufsfreiheit abstellt, erscheint mir ihr Ansatz berechtigt, ihr Ergebnis hingegen zu radikal. Das verfassungsgeleitete Ziel des Gesetzes, den Kündigungsschutz über ein reines Willkürverbot hinausgehend zu verbessern, und zwar auch gegenüber unternehmerischen Entscheidungen, muss bei der Auslegung des Gesetzes beachtet werden. Das hindert die Gerichte aber nicht, Fallkonstellationen herauszuarbeiten und typisierend zu entscheiden. Ferner ist es legitim, dabei zu berücksichtigen, dass das Kündigungsschutzgesetz die Klage einzelner Arbeitnehmer voraussetzt, also auf einen Zivilprozess zugeschnitten ist, dessen Verlauf und Ergebnis von der speziellen Interessenlage und Prozessführung einzelner Kläger abhängt. In einem solchen Verfahren ist eine Klärung und Abwägung konzeptioneller Planungsentscheidungen mit den Gesamtbelegschaftsinteressen und mit Wirkung für alle Arbeitnehmer nicht erreichbar, so wünschenswert das wäre. Deshalb ist auch nicht zwingend, dass das Kündigungsschutzgesetz derartiges fordern will. Der kollektive Interessenausgleich bleibt anderen Instrumenten vorbehalten. (Dazu später).

Dennoch habe ich Zweifel, ob das BAG die Möglichkeiten der Rechtsprechung ausgeschöpft hat und den verfassungsrechtlichen Vorgaben vollauf gerecht geworden ist. Seine Vorstellung von Unternehmerfreiheit erscheint mir zu undifferenziert im Vergleich zu dem abgestuften Grundrechtsschutz, den Art. 12 GG den unternehmerischen Entscheidungen zubilligt. Wie ich gezeigt habe, kommt es hier entscheidend auf die Intensität des Eingriffs an, wobei das Bundesverfassungsgericht keineswegs alle Unternehmen und alle Formen der Berufsausübung gleich behandelt, sondern nach der personalen Betroffenheit des Grundrechtsträgers unterscheidet. Im Gegensatz dazu führt das Kontrollmodell des BAG im Prinzip zu einer Gleichbehandlung aller Unternehmen und aller denkbaren Unternehmensentscheidungen, ob nun eine kaum reflektierte Spontanreaktion vorliegt, oder ein ausgeklügeltes Sanierungskonzept, oder sogar eine existentielle Berufswahlentscheidung, z. B. die altersbedingte Aufgabe geschäftlicher Tätigkeit. Eine wirklich ausgewogene Berücksichtigung beider Grundrechtspositionen wird in diesem Kontrollprogramm nicht deutlich. Unternehmensentscheidungen sollten besser mit erkennbar abgestufter Intensität kontrolliert werden.

²⁸ BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

²⁹ Colneric, Kühling und Stein a.a.O. (Fn.27).

³⁰ Kühling a.a.O. (Fn.27) S. 98.

Diese These soll hier genügen. Mein Thema ist ja nicht der Kündigungsschutz, sondern die Unternehmerfreiheit. Und die ist in anderen Bereichen des Arbeitsrechts nicht weniger umstritten.

2. Betriebsverfassung

Der älteste und geradezu klassische Streit um die Unternehmerfreiheit betrifft die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Unternehmen. Das erklärte Ziel des Gesetzgebers ist ja hier in der Tat, die Gestaltungsfreiheit der Unternehmen zu beschränken. Durch Verfahrensregeln soll eine Rückbindung unternehmerischer Entscheidungen an die Belange der Belegschaften ermöglicht werden. Deshalb stellte sich zunächst die verfassungsrechtliche Grundsatzfrage, ob ein derartiger Kooperationszwang in einem marktwirtschaftlichen Gesellschaftssystem überhaupt zulässig ist. Nachdem das Bundesverfassungsgericht diese Frage für die Unternehmensmitbestimmung bejaht hatte (Fn. 31), war die Sozialpflichtigkeit des Unternehmens grundsätzlich klargestellt und damit zugleich auch die Begrenzbarkeit der Unternehmensfreiheit. Nun konnte sich auch für die betriebliche Mitbestimmung nur noch die Anschlussfrage stellen: Wo ist die Grenze?

Dieses vertraute und stets wiederkehrende Abgrenzungsproblem hat der Gesetzgeber im Betriebsverfassungsrecht nicht einfach mit einer Generalklausel an die Rechtsprechung weitergegeben. Eine solche Regelungstechnik wäre auch gar nicht möglich gewesen. Die Funktionsfähigkeit des Unternehmens und die Kooperation mit dem Betriebsrat verlangen detaillierte Kompetenz- und Verfahrensregeln. Sie müssen auch im Konfliktfall zu schnellen Lösungen führen können. Solche Verfahrensgrundsätze müssen zugleich die Berufsfreiheit der Unternehmen beachten. Das Betriebsverfassungsrecht hat sich dieser Aufgabe bekanntlich mit einer differenzierten und stellenweise höchst komplizierten Kompetenz- und Verfahrensordnung gestellt. Ich kann das hier voraussetzen. Hervorzuheben ist aber, dass die Abstufung der Mitwirkungs- und Informationsrechte deutlich um einen Interessenausgleich bemüht ist. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird umso weniger angetastet, je geringer deren Auswirkungen für die Arbeitnehmer sind. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat erkennbar als Richtschnur gedient.

Diese Sorgfalt erklärt sich zwanglos aus der intensiven Verfassungsdebatte, die die Gesetzgebungsverfahren in allen Stadien begleitete und bei allen Novellierungen immer wieder aufflammte. Dabei stand das Übermaßverbot in Bezug auf die Unternehmerfreiheit stets ganz im Vordergrund, immer bezogen auf das sozialstaatliche Regelungsziel einer angemessenen und auch wirkungsvollen Beteiligung der Belegschaft. Hier hielt der Gesetzgeber nach den Erfahrungen mit dem Betriebsverfassungsgesetz von 1952 eine Beschränkung auf formelle Arbeitsbedingungen und rein organisatorische Fragen nicht mehr für ausreichend. Deshalb wurden 1972 auch zentrale Unternehmensfragen einbezogen, z. B. Fragen der betrieblichen Lohngestaltung und die Einschränkung oder Stilllegung von Betrieben. Eine Tabuzone ist nicht mehr erkennbar. Allerdings ist eine verfassungsrechtliche Grenze als äußerster Rahmen stets mitzudenken. Nach dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts kann es sich bei alledem für die Unternehmen immer nur um Modalitäten ihrer Berufsausübung handeln³¹. Die Wahl oder Aufgabe des Unternehmerberufs sind also stillschweigend ausgenommen. Sie können kein Gegenstand der Mitbestimmung sein.

³¹ BVerfGE 50, 290, 364.

Damit ist das Abgrenzungsproblem allerdings keineswegs abschließend gelöst. Auch bei der Auslegung und Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes ist die Berufsfreiheit der Unternehmen zu berücksichtigen, also das Übermaßverbot zu beachten. Hier sind die Arbeitsgerichte jedoch in einer bequemeren Ausgangslage als im Kündigungsschutzrecht. Das Gesetz mit seiner Vorgeschichte und außerordentlich differenzierten Systematik bietet für die Masse der Fälle zuverlässige Orientierung.

Dennoch bleibt "Grundrechtssensibilität" geboten. Das gilt vor allem bei unbestimmten Rechtsbegriffen, aber nicht nur bei diesen. In der Praxis erweisen sich oft auch scheinbar präzise Begriffe als zu plump für eine sachgerechte Abgrenzung. Der Katalog des § 87 Abs. 1 BetrVG bietet dafür einige brisante Musterbeispiele mit gravierenden Folgen für die Unternehmen. Die tastenden Bemühungen des BAG, die Unternehmensinteressen zu berücksichtigen³², stoßen regelmäßig auf scharfe Kritik. Das ist nicht nur verständlich, sondern legitim. Aber auch hier sehe ich die Tendenz zu einer allzu schematischen Betrachtung, so als gäbe es einen einheitlichen Schutzbereich für alle Unternehmen und Unternehmensentscheidungen³³. Wenn man der differenzierteren Sicht des Bundesverfassungsgerichts folgt, kommt man zwar nicht zu einer Tabuzone, wohl aber zu brauchbaren Kriterien einer Folgenbewertung. Deren Beachtung ist bei den höchst unterschiedlichen Problemlagen ein Gebot verfassungsgeleiteter Auslegung³⁴.

3. Tarifvertragsrecht

Im letzten Teil muss noch ein Blick auf die Unternehmerfreiheit im Tarifvertragsrecht geworfen werden. Hier ist die verfassungsrechtliche Lage am kompliziertesten und auch am wenigsten geklärt. Zu der bekannten Kollision gegenläufiger Berufsfreiheiten kommt nämlich ein weiteres Kollisionsproblem: Berufsfreiheit gegen Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG).

Wenn man die Klagen der Wirtschaft und ihrer wissenschaftlichen Anwälte hört und liest, muss man den Eindruck gewinnen, dass gerade das geltende Tarifvertragsrecht zu den allerschmerhaftesten Eingriffen in die Unternehmerfreiheiten führt³⁵. Das gilt ganz allgemein schon für die Regelungsform des Flächentarifvertrages, der angeblich die Reaktion auf kurzfristige Lenkungsimpulse des Marktes unverhältnismäßig erschwert. Das gilt aber vor allem bei bestimmten Regelungsgegenständen, auch — und sogar besonders — in Firmentarifverträgen. Die zunehmende Tendenz der Gewerkschaften, konzeptionelle Fragen der Unternehmen beeinflussen zu wollen, notfalls mit Streikdruck, sei mit der unternehmerischen Berufsfreiheit schlechthin unvereinbar. Bestimmte Themen, wie z. B. Standort, Inhalt und Umfang der Produktion, müssten einer kollektiven Regelung grundsätzlich entzogen sein³⁶.

Der grundlegende Fehler dieser Argumentation besteht darin, dass sie Tarifverträge und sogar schon die vorangehenden Tarifforderungen, wie Eingriffe des Staates be-

³² Besonders brisant die Entscheidungen zum Ladenschluss (AP Nr. 8 und 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; bestätigt durch BVerfG-Kammer AP Nr. 14 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit) und zur Einführung von Kurzarbeit (AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit).

³³ So z. B. Beuthien und Walker a.a.O. (Fn.22).

³⁴ Insoweit zutreffend Hensler, in: "Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit", Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung Bd. 78, S. 33, 38 ff.

³⁵ Vgl. für viele Möschel, BB 2005, 490 ff. mwN; programmatisch: Engels u.a. (Kronberger Kreis), Mehr Markt im Arbeitsrecht, 1986.

³⁶ Löwisch/Rieble, TVG 2. Aufl., Einl. Rn. 23; Lobinger, a.a.O. (Fn. 17) Rn. 24. Von anderem Ausgangspunkt aus und mit anderer Grenzziehung früher auch Wiedemann, RdA 1986, 231 ff.

handelt, fast schon wie Maßnahmengesetze oder zumindest eine Art von überbetrieblicher Mitbestimmung. Hoheitliche Macht dringt in den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereich der Unternehmen ein — so klingt das. Die Bedeutung der Koalitionsfreiheit wird dabei ausgeblendet; Funktion und Legitimation der Tarifautonomie werden unterschätzt.

Die Tarifautonomie ist kein hoheitliches, sondern ein privatrechtliches Gestaltungsmittel. Sie kollidiert nicht mit der Unternehmerfreiheit, sondern sie ergänzt diese. Sie ermöglicht nämlich den vertragsförmigen Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mithilfe eines Verfahrens, das die sonst unverzichtbare Inhaltskontrolle der Arbeitsverträge weitgehend entbehrlich machen soll. Das Bundesverfassungsgericht hat das in seiner Aussperrungsentscheidung sehr klar formuliert³⁷. Da heißt es wörtlich: "Tarifautonomie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen." Und weiter: "Zu den durch Art. 9 III GG geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluss von Tarifverträgen gerichtet sind"³⁸. Das ist übrigens kein sozialromantischer Sonderweg in Deutschland, sondern Standard aller westlichen Industrienationen.

Die Unternehmerfreiheit ist also kein Feindbild der Tarifautonomie, sondern ihr integraler Bestandteil. Das ganze System sucht privatrechtliche, also staatsferne Regelungen im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Seine Wirksamkeit beruht sogar auf unternehmerischen Entscheidungen, nämlich dem Beitritt zu einem tariffähigen Verband oder dem Abschluss eines Firmenarifvertrages. Das ist nicht Beschränkung, sondern Ausübung der Berufsfreiheit. Mit dieser Sicht hätten vermutlich auch Unternehmer kein Problem, gäbe es nicht den Streikdruck. Der ist ja in der Tat darauf gerichtet, durch die Verursachung von Schäden und zusätzlichen Kosten die Arbeitgeber zu Verhandlungen zu bewegen, die sie eigentlich blockieren wollen. Ihre Freiheit wird also insoweit beschränkt und das kann nicht unbegrenzt zulässig sein. Also stellt sich hier wieder das bekannte Abgrenzungsproblem mit einer Frage an die Verfassung.

Art. 9 Abs. 3 GG gibt darauf eine Antwort — allerdings so unscharf, wie Verfassungen nun einmal sind: Die Tarifautonomie und damit auch das Streikrecht sind auf den Regelungsbereich der "Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" begrenzt. Nur für diesen Bereich schuldet der Staat ein funktionsfähiges Tarifvertragssystem, nur hier ist das Druckmittel des Arbeitskampfes als Funktionsbedingung im Grundgesetz gewährleistet³⁹. Das bedeutet natürlich nicht, dass auf anderen Gebieten Verträge zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften verboten wären. Art. 9 Abs. 3 GG will ja nicht etwa die allgemeine Vertragsfreiheit einschränken. Aber für diejenigen Regelungsfragen, bei denen die wirtschaftliche und die soziale Seite eng zusammenhängen, sollen kollektive Gestaltungsmittel verfügbar sein und entsprechende Verhandlungen auch nicht blockiert werden können. Art. 9 Abs. 3 GG erweist sich damit als ein verfassungsrechtliches Konzept, das die praktische Konkordanz der Berufsrechte von Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit privatrechtlichen Mitteln möglich macht.

³⁷ BVerfGE 84, 212, 229 = AP Nr. 117 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter CI 3b)aa).

³⁸ A.a.O., Leitsatz 2.

³⁹ Die Europäische Sozialcharta geht darüber hinaus; vgl. Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates, AuR 1998, 156; dazu Bepler, Festschrift für Wissmann, 2005, S. 97 ff.; Däubler, AuR 1998, 144; Rieble, RdA 2005, 200, 202.

Das Begriffspaar "Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" ist in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen⁴⁰. Rein wirtschaftliche Fragen und unternehmerische Grundentscheidungen, bei denen Belegschaftsinteressen noch nicht ins Blickfeld kommen, bleiben ausgeklammert. Ebenso kann Unternehmern nicht eine bestimmte Berufswahl vorgeschrieben werden, wenn sie sich nicht ohne Streikdruck vertraglich binden wollen⁴¹. Aber im Übrigen vertraut die Verfassung weitgehend auf die Richtigkeitsgewähr des kollektiven Vertragsmechanismus.

Vielleicht erscheint das noch zu abgehoben und harmonisch. Deshalb zum Abschluss wenigstens ein Anwendungsbeispiel: die zur Zeit so heftig umstrittenen Sozialtarifverträge und Standortsicherungen. Nach dem bisher Vorgetragenen sollte klar sein, dass gegen freiwillige Zusagen eines Unternehmens, gleichgültig welchen Inhalts und gegenüber wem auch immer, nichts einzuwenden ist. Wenn etwa Opel oder VW der IG Metall versprechen, einen bestimmten Standort aufrecht zu erhalten oder sogar auszubauen, bestimmte Produktionsschwerpunkte zu bilden und zu diesem Zweck beziferte Investitionen zu tätigen, so ist das allenfalls ein Problem der Vertragsgestaltung und prozessualen Durchsetzung. Die Unternehmerfreiheit bleibt unberührt. Streitig werden solche Regelungsziele erst dann, wenn sie von einer Gewerkschaft mit Streikdruck verfolgt werden. Aus aktuellen Anlässen wurde sogar angezweifelt, ob ganz normale Tarifziele, wie z. B. Abfindungszusagen oder Kündigungsschwerungen, erstmals werden dürfen, wenn damit eine geplante Betriebsänderung oder -verlagerung erschwert oder praktisch verhindert werden könnte⁴².

Auch bei dieser Diskussion irritieren die Starrheit der Fronten und die Einförmigkeit der Argumente. Dass nicht jede unternehmerische Grundentscheidung und Konzeption dem Streikdruck ausgesetzt sein kann, ist doch klar und folgt aus den Grenzen der Tarifautonomie. Auf der anderen Seite steht aber auch die Unternehmerfreiheit nicht wie ein monolithischer Block in unserer Rechtsordnung. Sie ist ebenfalls in das Konzept der Tarifautonomie eingebunden. Soweit Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen tariflich regelbar sind, müssen sie auch erstmals werden können. Das führt zu differenzierten Kriterien, die rational diskutiert und kontrolliert werden können.

So sind in meinen Beispielen die Unternehmensstruktur, die Produktionsschwerpunkte und die Investitionsentscheidungen keine zulässigen Streikziele. Hingegen gehört die soziale Abfederung von Betriebsänderungen und -verlagerungen zu den klassischen Aufgaben der Tarifautonomie. Ohne Streikmöglichkeit wären die Gewerkschaften hier praktisch handlungsunfähig. In den Grenzbereich des Problems stößt man erst bei der Frage, ob auch die Betriebsverlagerung selbst Thema eines Arbeitskampfes sein darf. Gamillscheg bezeichnet Standortfragen als "Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ersten Ranges", will sie aber dennoch nur freiwilligen Absprachen zugänglich machen⁴³. Ich meine demgegenüber, dass man hier differenzieren muss. Es kommt darauf an, welche Bedeutung die Standortwahl für das Unternehmen hat. Die Schließung oder Fortführung einer Niederlassung sind bei Großunternehmen vielfach nur austauschbare Varianten und reine Kostenfragen neben vielen anderen, die der

⁴⁰ So auch Hanau/Thüsing, ZTR 2001, 1, 7.

⁴¹ Im einzelnen ist der Grenzverlauf höchst streitig, vgl. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I S. 219 ff.; Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, S. 33, 72; Kempen/Zachert, TVG 4. Aufl., Grundl. Rn. 108; Wiedeman, TVG, 6. Aufl., Einl. Rn. 99; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl., § III 1.

⁴² Franzen, EzA GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 134 unter III 2b; Rolfs/Clemens, DB 2003, 1678.

⁴³ § 7 III 5b; dagegen: Hensche, AuR 2004, 443, 449; Kühling/Bertelsmann, NZA 2005, 1017 ff.; Wolter, RdA 2002, 218 ff.

Tarifautonomie ohnehin unterliegen. Da wirkt ein generelles Streikverbot system- und funktionswidrig.

Resümee

Nach diesem kurSORischen Blick in die Problemzonen des Arbeitsrechts lassen Sie mich mit einem Resümee zu den beiden Globalbegriffen meines Themas zurückkehren: Die Unternehmerfreiheit hat im Sozialstaat einen hohen Stellenwert und ist grundrechtlich als Berufsfreiheit geschützt. Diese Gewährleistung bietet aber keinen scharf abgegrenzten Freiraum. Ihre Sozialbindung verlangt vielmehr stets eine Abstimmung mit anderen Grundrechtspositionen, vor allem denjenigen der Arbeitnehmer und ihrer Koalitionen. Arbeitsrechtliche Gesetze müssen entsprechend verfassungskonform und verfassungsgeleitet interpretiert werden. Aber auch hier hat die Berufung auf die Unternehmerfreiheit keine allein durchschlagende Kraft; sie führt immer nur zu einer der vielen Abwägungsaufgaben, die das Arbeitsrecht so schwierig und zugleich so reizvoll machen.

Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften und die deutsche GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen

von Alper Köklü

Die EuGH-Urteile "Centros", "Überseering" und "Inspire Art" haben den Weg für die Domizilierung inländischer EU-Auslandsgesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten eröffnet und die englische private limited company (Ltd.), abschätzig als "Billig-GmbH" bezeichnet, im deutschen Geschäftsverkehr zu einer nahezu alltäglichen Erscheinung werden lassen: Neueren Untersuchungen zufolge entscheidet sich bereits jeder fünfte deutsche Unternehmensgründer für die Rechtsform der englischen Limited, mit weiter steigender Tendenz.¹ Die deutsche GmbH mit ihren rigiden Regelungen ist einem erheblichen Wettbewerbsdruck ausgesetzt.

Der nachfolgende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über die Rechtsprechungsentwicklung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit,² um in einem nächsten Schritt die Folgen der EuGH-Rechtsprechung für das nationale Recht auszumessen; dabei wird der Blick auf die Zukunft der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsordnungen gerichtet.

1. Ausgangspunkt: Niederlassungsfreiheit versus Sitztheorie

Art. 43 des EG-Vertrages (EG) gewährt den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten das Recht, sich auf dem Gebiet eines anderen Mitgliedstaates niederzulassen und dort einer selbständigen Tätigkeit nachzugehen. Die Niederlassungsfreiheit gilt nicht nur für natürliche Personen, sondern auch für Gesellschaften. Unterschieden wird zwischen der sog. *primären Niederlassungsfreiheit*, die das Recht beinhaltet, den Schwerpunkt der unternehmerischen Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Hauptniederlassung auszuüben (Art. 43 Abs. 1 S. 1, 48 EG), und der *sekundären Niederlassungsfreiheit*, die zur Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften berechtigt (Art. 43 Abs. 1 S. 2, 48 EG). Im Falle der Beteiligung an bereits bestehenden Unternehmen in anderen EU-Mitgliedstaaten nach Maßgabe der dafür geltenden Rechtsvorschriften überschneiden sich die Niederlassungsfreiheit und die Kapitalverkehrsfreiheit³ nach Art. 56, 58 EG.⁴ Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind — ebenso wie Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit — grundsätzlich unzulässig, es sei denn, dass sie eine Regelung des allgemeinen Verkehrsrechts darstellen, die

¹ Westhoff, GmbHR 2006, 526 f.

² Vgl. hierzu auch Köklü, Die Beteiligung der Arbeitnehmer und die Corporate Governance in der Europäischen Aktiengesellschaft ("Societas Europaea") mit Sitz in Deutschland — Rechtliche und Ökonomische Analyse der deutschen Umsetzungsgesetze, 2006, S. 342 ff.

³ S. dazu nur EuGH v. 04.06.2002 — verb. Rs. C-483/99, C-367/98, C-503/99 — Goldene Aktien I, II, III = BB 2002, 1282 ff.; neuestens wieder EuGH v. 13.05.2003 — verb. Rs. C-463/00, C-98/01 — Goldene Aktien IV, V = BB 2003, 1520 ff.

⁴ Bayer, BB 2003, 2357.

unterschiedslos für ausländische und inländische Gesellschaften gilt. Solche Maßnahmen sind in entsprechender Anwendung der in der Keck-Entscheidung zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsätze des EuGH⁵ in der Regel vom allgemeinen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen, es sei denn, sie stellten — was vom EuGH dann ggf. festzustellen wäre — trotz ihrer uniformen Wirkung eine wesentliche Behinderung des Marktzugangs und damit des Binnenmarktes dar. Dann wäre der Anwendungsbereich der Art. 43 und 48 EG wieder eröffnet und müsste der betroffene Mitgliedstaat die Beschränkung nach dem in ständiger Rechtsprechung des EuGH angewandten "Vier-Faktoren-Test" rechtfertigen, d. h. die Maßnahme müsste (1) in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, (2) zwingenden Gründen des Gemeinwohls entsprechen sowie (3) zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet sein und dürfte (4) nicht über das zur Erreichung dieses Ziels Erforderliche hinausgehen.⁶

Hintergrund der Problematik ist, dass (in Europa) zur Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts im Internationalen Privatrecht im Wesentlichen zwei Theorien vertreten werden (das Gesellschaftsstatut bestimmt, welches nationale Recht auf einen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsberührung heranzuziehen ist⁷): Die bisher in der deutschen Rechtsprechung⁸ und Literatur sowie in zahlreichen weiteren kontinental-europäischen Staaten⁹ vorherrschende Sitztheorie wendet auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft das Recht des Ortes ihres tatsächlichen, effektiven Verwaltungssitzes an.¹⁰ Demgegenüber unterliegen die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach der insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreiteten Gründungstheorie¹¹ dem Recht des Ortes, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde.¹² Nach der Gründungstheorie ist deshalb sowohl der Zuzug ausländischer Gesellschaften als auch der Wegzug eigener Gesellschaften ins Ausland identitätswahrend möglich. Sowohl die Sitz- als auch die Gründungstheorie sind (zumindest in Deutschland) ungeschriebene Kollisionsnormen, die bestimmen, welche Privatrechtsordnung (anwendbares Sachrecht) auf einen gesellschaftsrechtlichen Sachverhalt mit Auslandsbezug Anwendung finden soll.

Probleme bereitet die Tatsache, dass in Deutschland gesetzliche Regelungen für die Grundlagen des Internationalen Privatrechts (IPR) fehlen. Das IPR des EGBGB bestimmt in Art. 37 S. 1 Nr. 2 nur, dass die Vorschriften über das IPR vertraglicher Schuldverhältnisse (Art. 27–36 EGBGB) nicht auf Fragen, die das Gesellschaftsrecht, das Vereinsrecht und das Recht der juristischen Personen betreffen, anzuwenden sind, wie z. B. die Errichtung, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die innere Verfassung und die Auflösung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen sowie die per-

⁵ Vgl. EuGH JZ 1994, 358.

⁶ Vgl. EuGH NJW 2003, Rn. 133, S. 3334.

⁷ Vgl. Kiethe, RIW 2005, 651.

⁸ BGHZ 97, 269, 272.

⁹ Der Sitztheorie folgen etwa die Kollisionsnormen Frankreichs, Belgiens, Luxemburgs, Österreichs, Griechenlands, Portugals und in Teilen auch das Recht Spaniens: Vgl. Frenz/Grande, GewArch 2003, 177 m.w.N.

¹⁰ Wird an den Verwaltungssitz angeknüpft, wird angenommen, dass es sich um eine allseitige Kollisionsnorm handelt, mit der Folge, dass auch dann an den Verwaltungssitz angeknüpft wird, wenn sich dieser nicht im In-, sondern im Ausland befindet: Vgl. Kindler, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., 1999, IntGesR Rn. 312.

¹¹ Der Gründungstheorie folgen das IPR Großbritanniens, Irlands, der Niederlande sowie im Bereich der Kapitalgesellschaften Dänemarks und mit Einschränkung Italiens: Vgl. Frenz/Grande, GewArch 2003, 177 m.w.N.

¹² BGHZ 97, 269, 272; vgl. Hoor, NZG 1999, 984; Bayer, BB 2003, 2358.

sönliche gesetzliche Haftung der Gesellschafter und der Organe für die Schulden der Gesellschaft, des Vereins oder der juristischen Person. Der Ausdruck "sind nicht anzuwenden" ist jedoch nicht dahin zu verstehen, dass das Schuldstatut für das IPR ganz ausscheidet. Es besagt lediglich, dass die Regeln des IPR eigenständig zu entwickeln sind und die Art. 27–37 EGBGB sie nicht festlegen.¹³

Die Vereinbarkeit des deutschen internationalen Gesellschaftsrechts mit der durch das Gemeinschaftsrecht garantierten Niederlassungsfreiheit ist seit einiger Zeit umstritten. In diesem Streit hat der EuGH nunmehr durch eine Reihe von Entscheidungen eine klare Position bezogen, für deren Verständnis es zunächst erforderlich ist, auf dessen Daily-Mail-Urteil einzugehen.

2. Die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften

2.1 Das Daily-Mail-Urteil

Die englische Gesellschaft Daily Mail plc wollte ihren Sitz identitätswahrend nach den Niederlanden verlegen, wo sie Anteile ihres Investmentvermögens verkaufen und von dem Erlös eigene Gesellschaftsanteile rückerwerben wollte. Die steuerlichen Bedingungen hierfür waren günstiger als in Großbritannien. Die britische Finanzverwaltung verweigerte die für eine Sitzverlegung ohne Auflösung erforderliche Genehmigung und verlangte, dass sich die Gesellschaft in diesem Fall zuerst in England auflösen und dann in den Niederlanden neu gründen müsse, mit der Folge der Aufdeckung und Besteuerung der stillen Reserven. Die Gesellschaft hielt dies für unzulässig und berief sich auf Art. 43 EG. Der High Court of Justice legte den Fall nach Art. 234 EG dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Der EuGH¹⁴ sah die Verweigerung der Genehmigung indes nicht als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit an: Aus Art. 43 und 48 EG könne nicht das Recht der identitätswahrenden, grenzüberschreitenden Sitzverlegung entnommen werden (keine "Wegzugsfreiheit"¹⁵); vielmehr handele es sich hierbei um eine Frage des IPR der Mitgliedstaaten, mithin um ein Problem, das sich aus der Unterschiedlichkeit der nationalen Rechte bei einer Verlegung des Verwaltungssitzes ergebe. Da bisweilen weder ein Abkommen nach Art. 293 3. SpStr. EG noch eine Richtlinie nach Art. 44 Abs. 2 Buchst. f) EG existiere, müssten die Voraussetzungen des jeweiligen internationalen Gesellschaftsrechts erfüllt werden.¹⁶ Die Daily Mail sei jedenfalls nicht daran gehindert, eine Zweigniederlassung in den Niederlanden zu errichten oder unter Auflösung der plc und Neugründung der Gesellschaft in den Niederlanden ihren Sitz zu verlegen.

2.2 Das Centros-Urteil

Während es bei Daily Mail um ein rechtliches Hindernis des Wegzugs einer Gesellschaft ging, geht es bei dem nachfolgenden Centros-Fall¹⁷ um den Zuzug, d. h. die

¹³ Vgl. BGH RIW 1995, 1027, 1028.

¹⁴ EuGH Slg. 1988, 5483, Rs. 81/87 – Daily Mail.

¹⁵ Horn, NJW 2004, 895.

¹⁶ Vgl. Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2003, 89 f.

¹⁷ EuGH Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027, Rs. C-212/97 — Centros —; abl. Anm. Kindler, NJW 1999,

rechtliche Beurteilung aus der Sicht des *neuen* Sitzstaates. Dem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein dänisches Ehepaar hatte eine Briefkastengesellschaft, die Centros Ltd., nach englischem Recht gegründet, die nicht in Großbritannien, sondern ausschließlich in Dänemark, dem eigentlichen Zielstaat, ihre Geschäftstätigkeit entfalten sollte. Zu diesem Zweck wurde eine Zweigniederlassung gegründet und die Eintragung ins dänische Handelsregister beantragt. Auf diese Weise sollten die strengen Mindestkapitalisierungsnormen des dänischen Gesellschaftsrechts umgangen werden. Die Registerbehörden in Dänemark lehnten jedoch die Eintragung der Zweigniederlassung ab und wollten die Gesellschaft den Regeln des dänischen Gesellschaftsrechts unterwerfen. Begründet wurde dies damit, dass die Gesellschaft nur scheinbar eine ausländische Gesellschaft sei und die Maßnahme zudem dem Gläubigerschutz diene.

Der EuGH entschied, dass die Verweigerung der Handelsregistereintragung gegen die Niederlassungsfreiheit verstöße, da dies eine unzulässige Beschränkung der sekundären Niederlassungsfreiheit darstelle. Die unstreitige Intention der Gründungsge-sellschafter der Centros Ltd. zur Umgehung der dänischen Mindestkapitalvorschriften könne nicht als betrügerisches oder missbräuchliches Verhalten angesehen werden, das eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ausschließe;¹⁸ vielmehr liege eine zulässige Wahrnehmung der sekundären¹⁹ Niederlassungsfreiheit vor. Eine Ausnutzung von innerhalb der Gemeinschaft bestehenden Regelungslücken stehe dem nicht entgegen.²⁰ Zwar könnten die Mitgliedstaaten eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls, wie hier aus dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes vornehmen. Die Verweigerung der Eintragung sei jedoch nicht geeignet, das mit ihr verfolgte Ziel des Gläubigerschutzes zu erreichen, da die Zweigniederlassung in Dänemark eingetragen worden wäre, wenn die Gesellschaft eine Geschäftstätigkeit in Großbritannien ausgeübt hätte, obwohl die dänischen Gläubiger in diesem Fall u. U. ebenso gefährdet gewesen wären.²¹ Außerdem könnten, so der EuGH weiter, mildere Mittel getroffen werden, die die Grundfreiheiten weniger beeinträchtigen. So könnten etwa die öffentlichen Gläubiger rechtlich die Möglichkeit erhalten, sich die erforderlichen Sicherheiten einräumen zu lassen.²² Der EuGH dehnte in diesem Urteil die Niederlassungsfreiheit damit auch auf "Scheinauslandsgesellschaften" aus.²³

2.3 Das Überseering-Urteil

Im Fall Überseering²⁴ ging es um die Überseering BV²⁵, einer nach der in den Niederlanden geltenden Gründungstheorie wirksam gegründeten "GmbH", deren gesamtes Kapital von zwei in Deutschland ansässigen Personen erworben wurde; diese führten die Geschäfte nunmehr von Deutschland aus. Als die Gesellschaft in Deutschland ein

¹⁸ 1993 ff.

¹⁹ EuGH NJW 1999, 2028 Rn. 27

²⁰ Eidenmüller, ZIP 2002, 2243 weist zutreffend darauf hin, dass der Centros-Fall eigentlich nicht die sekundäre, sondern die primäre Niederlassungsfreiheit betrifft.

²¹ Vgl. Frenz, GewArch 2003, 179.

²² Vgl. EuGH NJW 1999, 2029 Rn. 35.

²³ EuGH NJW 1999, 2029 Rn. 37.

²⁴ Ebenso Horn, NJW 2004, 895.

²⁵ EuGH NJW 2002, 3614, Rs. C-208/00 — Überseering —.

Bauunternehmen auf die Beseitigung von Baumängeln verklagte, wurde die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Gesellschaft habe ihren effektiven Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt mit der Folge, dass es zu einem Statutenwechsel gekommen sei, weshalb die Gesellschaft nach der in Deutschland geltenden Sitztheorie²⁶ mangels Beachtung der deutschen Gründungsvorschriften nicht als rechts- und parteifähig angesehen werden könne. Für den EuGH²⁷ spielten Wegzugsbeschränkungen keine Rolle, da die Niederlande keine Wegzugsbeschränkungen kennen. Er prüfte daher mögliche Zuzugsbeschränkungen und stellte fest, dass einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates wirksam gegründet wurde und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, aufgrund der Niederlassungsfreiheit in Art. 43 und 48 EG auch dann nicht ihre Rechtsfähigkeit und damit ihre Parteifähigkeit vor den nationalen Gerichten eines anderen Mitgliedstaates abgesprochen werden darf, wenn sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in diesen Mitgliedstaat verlagert hat.²⁸

2.4 Die Inspire Art–Entscheidung

Diese Rechtsprechung wird vom EuGH im Fall "Inspire Art"²⁹ vom 30.09.2003 konsequent fortgeführt und ausgedehnt, der sich als Entscheidung zur Niederlassungsfreiheit in einem Zuzugsfall auf der Ebene von Centros und Überseering einordnet. Der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt betraf die Inspire Art Ltd., eine Gesellschaft englischen Rechts, deren einziger Gesellschafter in den Niederlanden ansässig war. Die Handelskammer in den Niederlanden wollte die niederländische Zweigniederlassung der Inspire Art, über die allein das Unternehmen ihre Geschäftstätigkeit ausübte, unter den Anwendungsbereich der das Gesellschaftsrecht regelnden "Wet op de formele buitenlandse vennootschappen"³⁰ (WFBV) unterwerfen, die solchen formal ausländischen Gesellschaften, die ihre Tätigkeit ausschließlich in den Niederlanden ausüben, ohne eine tatsächliche Bindung zu dem Gründungsstaat zu haben, neben Mindestkapitalanforderungen, der persönlichen Haftung der Geschäftsführer und anderen Offenlegungspflichten die Pflicht auferlegte, u. a. die Bezeichnung "formal ausländische Gesellschaft" zu führen. Der EuGH hielt die letztgenannte Publizitätspflicht für unvereinbar mit der Zweigniederlassungsrichtlinie 89/666/EWG³¹, die erschöpfend formuliert sei³²; der niederländische Gesetzgeber habe im WFBV damit eine Regelung getroffen, die nicht in dieser Richtlinie vorgesehen sei. Konkret am Maßstab der Art. 43 und 48 EG gemessen wurden indes die Bestimmungen im WFBV, die nicht unter die besagte Zweigniederlassungsrichtlinie fielen, namentlich die Vorschriften über das erforderliche Mindestkapital sowie die Vorschriften über die an die Nichterfüllung der Verpflichtungen aus der WFBV geknüpfte Sanktion der gesamtschuldnerischen Haftung der Geschäftsführer neben der

²⁶ Vgl. den Vorlagebeschluss des BGH v. 30.03.2000 — VII ZR 370/98, GmbHR 2000, 715 m.w.N.

²⁷ Vgl. EuGH NJW 2002, 3617 Rn. 94.

²⁸ Ebke, JZ 2003, 930 Fn. 58 fordert, dass man nach Überseering von "Scheinauslandsgesellschaften" oder "Briefkastengesellschaften" im Hinblick auf EU-Gesellschaften nicht mehr sprechen sollte, da es sich bei den in Rede stehenden Gesellschaften um "echte", niederlassungsberechtigte Gesellschaften handele.

²⁹ EuGH AG 2003, 680, Rs. C-167/01 — Inspire Art —; s. dazu Maul/Schmidt, BB 2003, 2297 ff.; Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1235 ff.; Veit/Wichert, AG 2004, 14 ff.; Sandrock, AG 2004, 57 ff.

³⁰ Gesetz über formal ausländische Gesellschaften.

³¹ Elfte Richtlinie 89/666/EWG v. 22.12.1989 über die handelsrechtliche Publizität von Zweigniederlassungen, ABIEG 1989 L 395/36.

³² Vgl. EuGH NJW 2003, 3333 Rn. 70, 72.

Gesellschaft.³³ Diese Bestimmungen, die lediglich die Angleichung an gesellschaftsrechtliche Vorschriften für inländische Gesellschaften bezeichnen und insofern ausländische Gesellschaften nicht diskriminieren³⁴, stellen nach Ansicht des EuGH vor dem Verständnis der Niederlassungsfreiheit als Beschränkungsverbot³⁵ eine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar.³⁶

2.4.1 Konsequenzen aus der Inspire-Art-Entscheidung

Mit der Inspire-Art-Entscheidung verlangt der EuGH damit nicht nur — wie im Fall Überseering — die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der ausländischen Gesellschaft im Inland, sondern die Anerkennung der ausländischen Kapitalgesellschaft im Inland *als solche*.³⁷ Gesellschaften können also im Niederlassungsstaat unverändert nach dem Recht des Gründungsstaates ihre Geschäftstätigkeit entfalten: Sie können ihr Gründungsstatut ohne Einschränkungen mitbringen.³⁸ Im Ergebnis können ausländische Kapitalgesellschaften durch Verlegung ihres effektiven Verwaltungssitzes in das Inland "importiert" und als Unternehmensträger eingesetzt werden.³⁹ Damit wird — wie in anderen Rechtsgebieten — für den Zuzugsfall von EU-Gesellschaften ein "Herkunftslandprinzip"⁴⁰ ohne die hierfür eigentlich erforderliche Binnenmarktharmonisierung eingeführt.⁴¹ Die Sitztheorie wird als Kollisionsnorm im Geltungsbereich des EG-Vertrages jedenfalls für die Zuzugsfälle beseitigt,⁴² während die Grundfreiheiten des EG-Vertrages nach Art. 43, 48 EG nunmehr weitestgehend als versteckte Kollisionsnormen zu verstehen sind.⁴³ Aus dem Gesichtspunkt des Kollisionsrechts bedeutet dies, dass grundsätzlich für alle "gesellschaftsrechtlichen" Fragen, wie z. B. Kapitalvorschriften und Organhaftung — denn nur hierauf bezieht sich die Inspire Art-Entscheidung — das Gründungsstatut maßgeblich sein soll,⁴⁴ was im Um-

³³ Vgl. EuGH NJW 2003, 3333 Rn. 73.

³⁴ Vgl. Horn, NJW 2004, 896.

³⁵ Vgl. Spindler/Berner, RIW 2003, 953 m.w.N.

³⁶ Vgl. EuGH NJW 2004, 3333 Rn. 101; vgl. dazu auch Leible/Hoffmann, EuZW 2003, 677 ff.

³⁷ Vgl. Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1236. Hierzu geht offenbar auch der VII. Senat des BGH (BGH v. 13.03.2003 — VII ZR 370/98, GmbHR 2003, 527) in seinem zwischenzeitlich verkündeten Urteil zur Umsetzung der Vorabentscheidung des EuGH aus, lässt es aber offen, ob neben dem ausländischen Gesellschaftsstatut auch deutsches Gesellschaftsrecht im Wege der Sonderanknüpfung begrenzt Anwendung finden könnte. Hinfällig ist damit die vom II. BGH-Senat (BGH v. 01.07.2002 — II ZR 380/00, GmbHR 2002, 1021) kurz zuvor entwickelte Lösung, der Sitztheorie dadurch Geltung zu verschaffen, dass der zuziehenden ausländischen Gesellschaft die Rechtsfähigkeit nach deutschem Recht, nämlich als Personengesellschaft, zuerkannt wird.

³⁸ Vgl. Horn, NJW 2004, 896, 897, der in diesem Zusammenhang vom "Europa-Pass für die Gesellschaft samt ihrem Gründungsstatut" spricht.

³⁹ Vgl. Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1236.

⁴⁰ Eidenmüller, JZ 2004, 25.

⁴¹ Zur Problematik der anfänglichen Divergenz von Satzungssitz und tatsächlichem Verwaltungssitz Eidenmüller, ZIP 2002, 2243 f. Dieser betrachtet diese Konstellation als einen Grenzfall der Sitzverlegung mit gegen Null gehender Aufenthaltszeit im Gründungsstaat.

⁴² Nach der z.Zt. herrschenden Auffassung hat der EuGH die Anwendung der Gründungstheorie vorgeschrieben: s. die Nachweis zur h. M. bei Schmidt, K., ZHR 2004, 495 Fn. 23.

⁴³ Wie hier Eidenmüller, JZ 2004, 25. Schon in der Centros-Entscheidung (EuGH NJW 1999, 2027) deutete sich an, dass der EuGH der Sitztheorie zugunsten der Gründungstheorie eine Absage erteilen würde.

⁴⁴ Die Inspire Art-Entscheidung ist indes nicht dahin zu verstehen, dass die Geschäftsführer und Gesellschafter von (Schein-) Auslandsgesellschaften generell vor persönlicher Haftung verschont werden. Nicht anwendbar bleiben nach dieser Entscheidung lediglich die Regeln des inländischen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrechts. Nicht ausgeschlossen ist indes eine Haftung von Ge-

kehrschluss Folgendes bedeutet: Sollen neben den Vorschriften des Gründungsstatuts weitere Vorschriften des Niederlassungsstaates zur Anwendung gelangen, bedürfen sie der Rechtfertigung nach dem bereits erwähnten "Vier-Faktoren-Test"⁴⁵, widrigentfalls verstößen sie gegen Art. 43 und 48 EG. Dies gilt auch für jegliche Sonderanknüpfung, die zur Anwendung anderer Rechtsregeln als derjenigen des Gründungsstaates auf die Gesellschaft vorwiegend in Form der so genannten Überlagerungstheorie⁴⁶ führt.⁴⁷ Nicht geklärt ist indes die Frage, was von der Vielzahl der Normen als auf die Gesellschaft und damit auf die Niederlassungsfreiheit bezogen gelten kann und welche Normen trotz Inspire Art gesondert angeknüpft werden können.⁴⁸

2.4.2 Zuzug von Gesellschaften aus Drittstaaten

Anwendbar bleibt das Kollisionsrecht hingegen für all jene Gesellschaften mit tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland, deren Gesellschaftsstatut sich nach dem Gesellschaftsrecht eines Nicht-EG-Staates richtet, mit der Konsequenz der Maßgeblichkeit der Sitztheorie und damit des deutschen Gesellschaftsrechts. Dies gilt jedoch nicht für Gesellschaften, deren Gründungsstatut dem US-amerikanischen Recht unterliegt, da nach einem bilateralen Abkommen⁴⁹ beide Vertragsstaaten sich verpflichtet haben, Gesellschaften mit dem jeweils ausländischen Gründungsstatut im Inland anzuerkennen.⁵⁰ Der VIII. Zivilsenat⁵¹ bestätigt nunmehr die h. M.⁵², wonach die Gründungstheorie vollumfänglich auf US-amerikanische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland anwendbar ist.⁵³

2.4.3 Fortbestand der Sitztheorie bei Wegzug inländischer Kapitalgesellschaften

Anders als der Zuzugsfall ist der Wegzugsfall zu beurteilen. Denn die Fälle Centros, Überseering und Inspire-Art betrafen die Frage, welche Vorgaben sich aus den Art. 43 und 48 EG für einen Mitgliedstaat gegenüber europäischen Auslandsgesellschaften ergeben und nicht — wie im Fall Daily Mail — welche Regelungskompetenzen demgegenüber dem Gründungsstaat zustehen.⁵⁴ Die Frage, ob sich aus dem europäischen Recht ergibt, dass ein EU-Mitgliedstaat verpflichtet sei, inländischen Gesellschaften

schäftsführer bzw. Gesellschafter nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen, deliktsrechtlichen oder auch insolvenzrechtlichen Tatbeständen bzw. Grundsätzen des Inlands. Diese sind jedoch subsidiär anzuwenden, sofern der Haftungstatbestand nicht vom Gesellschaftsstatut gelöst werden kann. Vgl. Bayer, BB 2004, 4; ders., BB 2003, 2364 f. m.w.N. Ausführlich zum Gläubigerschutz bei ausländischen Gesellschaften mit inländischem Sitz Borges, ZIP 2004, 733 ff.; Altmeppen, NJW 2004, 100 ff.

⁴⁵ Vgl. EuGH NJW 2003, 3334 Rn. 133.

⁴⁶ Gründungstheorie und Überlagerungstheorie stimmen inhaltlich im Wesentlichen überein.

⁴⁷ Ablehnend Horn, NJW 2004, 897.

⁴⁸ Vgl. Spindler/Berner, RIW 2003, 953, 955.

⁴⁹ Vgl. Art. XXV Abs. 5 S. 2 des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika v. 29.10.1954, BGBl. II 1956, 487 ff.

⁵⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB.

⁵¹ BGH, Urt. v. 29. 1. 2003 – VIII ZR 155/02 (Hamm) = NJW 2003, 1607.

⁵² Zur h. M. Merkt, RIW 2003, 459.

⁵³ Vgl. Eidenmüller, ZIP 2002, 2244; ebenso Horn, NJW 2004, 897.

⁵⁴ Vgl. Eidenmüller, JZ 2004, 29. Die Daily Mail-Entscheidung bezieht sich demnach auf das Verhältnis des Staats des Gesellschaftsstatuts zu "seiner" Gesellschaft (bei Wegzug in ein anderes Land), also auf eine internrechtliche Frage, die zudem nicht gesellschaftsrechtliche, sondern steuerrechtliche Hindernisse zum Gegenstand hatte: Vgl. Horn, NJW 2004, 896.

den Wegzug ins EU-Ausland zu ermöglichen, ist im (deutschen) Schrifttum⁵⁵ umstritten.

Der h. M. in Literatur⁵⁶ und Rechtsprechung⁵⁷ zufolge wird in Deutschland der Beschluss der Verlegung des *satzungsmäßigen wie der des tatsächlichen Sitzes* einer deutschen Kapitalgesellschaft ins Ausland als Statutenwechsel und damit als Auflösungsbeschluss angesehen,⁵⁸ mit der Folge, dass der Vollzug des Beschlusses zur Liquidationsbesteuerung gem. §§ 11, 12 KStG und damit zur Besteuerung aller im Unternehmen enthaltenen stillen Reserven führt. Für Wegzugsfälle gilt die Sitztheorie als Kollisionsnorm damit unverändert im Verhältnis zu anderen EG-Mitgliedstaaten fort⁵⁹ und sichert so die Schutzinteressen des Staates, in dem sich der tatsächliche Verwaltungssitz befindet⁶⁰. Im Überseering-Fall bekräftigt der EuGH seinen bereits in der Entscheidung "Daily Mail"⁶¹ eingenommenen Standpunkt, dass die Möglichkeit einer *identitätswahrenden* Sitzverlegung nach den nationalen Rechtsvorschriften (in Deutschland nach der Sitztheorie) zu beurteilen seien, nach denen die Gesellschaft gegründet worden ist.⁶² Der Gründungsstaat hat es damit in der Hand, die Voraussetzungen einer wirksamen Gründung zu normieren, und er kann auch festlegen, wann eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft nicht mehr als eine solche Gesellschaft angesehen wird.⁶³ Im Ergebnis läuft diese Rechtsprechung, an der sich auch nach Inspire Art nichts geändert hat, auf eine "Wegzugssperre"⁶⁴ für deutsche Gesellschaften hinaus. Im Schrifttum ist diese Rechtsprechung zum Teil auf heftige Kritik gestoßen, da die Wegzugssperre zu einer Diskriminierung inländischer Gesellschaften in Deutschland führe und deshalb mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar sei. Es entstehe eine "Schieflage", wenn zwar eine Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat ihren Verwaltungssitz nach Deutschland hereinverlegen könne und anerkannt werden müsse, dies aber nicht bei einer Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes aus Deutschland

⁵⁵ Zum Meinungsstand Triebel/von Hase, BB 2003, 2410.

⁵⁶ Vgl. Bayer, BB 2003, 2363; Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 4a Rn. 10; Großfeld, Internationales Privatrecht, in: J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1993, Rn. 605 ff.; a.A. Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 5 Rn. 12; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 4 a Rn. 13.

⁵⁷ Vgl. OLG Hamm v. 01.02.2001 — 15 W 390/00, NJW 2001, 2183 m. Anm. Schwarz = NZG 2001, 613; OLG Düsseldorf v. 26.03.2001 — 3 Wx 88/01, NJW 2001, 2184 f.; BayObLG v. 07.05.1992 — 3 Z BR 14/92, GmbHR 1992, 529, 530; OLG Hamm v. 30.04.1997 — 15 W 91/97, ZIP 1997, 1696, 1697); abweichend AG Heidelberg v. 03.03.2000 — HRB 831, NZG 2000, 927; kritisch zuletzt Zimmer, NJW 2003, 3592 m.w.N.

⁵⁸ Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1236 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Sitzverlegungen deshalb in der Praxis kaum vorgekommen sind.

⁵⁹ Die Sitztheorie war an sich vorrangig für den umgekehrten Fall des Zuzugs ausländischer Gesellschaften nach Deutschland entwickelt worden: Vgl. Triebel/von Hase, BB 2003, 2411.

⁶⁰ Vgl. Kindler, NZG 2003, 1089.

⁶¹ EuGH RIW 1989, 304, 306 (Rn. 19): "Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund ... einer nationalen Rechtsordnung gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, haben sie keine Realität."

⁶² Vgl. EuGH NJW 2002, 3615 Rn. 65–70. Eidenmüller, ZIP 2002, 2243 merkt in diesem Kontext an, dass Wegzugsbeschränkungen zwar auch in diesem Falle rechtfertigungsbedürftig seien, allerdings seien die Maßstäbe nicht dieselben wie im Zuzugsfall. Jedes "legitime Interesse" des Gründungsstaates reiche aus, um eine bestimmte Wegzugsbeschränkung zu rechtfertigen. Dieses Ergebnis resultiere insbesondere daraus, dass die Gründer bei der Gesellschaftsgründung das Gründungsrecht aussuchen und sich dementsprechend auf einschlägige Wegzugsbeschränkungen einstellen könnten.

⁶³ Eidenmüller, ZIP 2002, 2243. "... Kapitalgesellschaften [haben] nur die Rechtsfähigkeit, die ihnen die nationale Rechtsordnung "einhaucht". Reicht der lebenspendende Atem nicht über die Grenze, so nimmt das der EuGH hin ("Daily-Mail"-Doktrin).": Triebel/von Hase, BB 2003, 2410.

⁶⁴ Horn, NJW 2004, 897.

heraus gelte, da die Gesellschaft dann schon gar nicht von einer Anerkennung in einem Aufnahmestaat profitieren könne.⁶⁵ Sollte der EuGH weiterhin an seiner Daily-Mail-Rechtsprechung festhalten, bleibt für die Eröffnung erweiterter Wegzugsmöglichkeiten die europäische Sitzverlegungsrichtlinie⁶⁶ abzuwarten.⁶⁷ In Deutschland könnte sich dieses Problem dadurch erübrigen, dass mit dem MoMiG Kapitalgesellschaften erlaubt wird, ihren tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen (s. hierzu Abschnitt 4.7).

Damit bleibt festzuhalten, dass "Überseering" und "Inspire Art" allein den Fall betreffen, dass eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat, in dem die Gründungstheorie gilt, ihren Verwaltungssitz in einen anderen EU-Mitgliedstaat (z. B. nach Deutschland) verlegt (Zuzugsfälle). Gesellschaften aus Mitgliedstaaten, in denen die Sitztheorie gilt, werden bereits durch ihren Gründungsstaat am Wegzug gehindert, da der Wegzug den Verlust der Rechts- und Parteifähigkeit zur Folge hat. Eine Anerkennungspflicht in einem anderen Mitgliedstaat setzt aber voraus, dass die Gesellschaft wirksam gegründet wurde und wirksam durch eine tatsächliche Sitzverlegung den Gründungsstaat verlassen hat. Eine Gleichstellung von Gesellschaften unter der Sitztheorie hinsichtlich der Wegzugsfreiheit mit den Gesellschaften, die unter der Gründungstheorie gegründet worden sind, könnte durch besagte Sitzverlegungsrichtlinie erfolgen.⁶⁸

3. Die englische Limited: eine attraktive Alternative zur deutschen GmbH?

Englische Limiteds (Private Limited Company by Shares, abgekürzt mit Ltd.) erfreuen sich größter Beliebtheit: Ermutigt von der Rechtsprechung des EuGH, treten vermehrt Limiteds mit Verwaltungssitz in Deutschland auf. Nach Angaben von Probst/Kleinert⁶⁹ ist die Zahl der Limited-Gründungen im Anschluss an die Überseering-Entscheidung des EuGH sprunghaft um über 25 % gestiegen. Nach Hirte⁷⁰ waren die Gründungszahlen englischer Limiteds schon im unmittelbaren Anschluss an die Übersee-Entscheidung von zweiwöchentlichen ca. 5500 Neugründungen auf ca. 7000 hochgeschnellt: Das Verhältnis von GmbH-Gründungen zu Limited-Gründungen beträgt seither in Deutschland 5,5:1.⁷¹ Da auch künftig eine hohe Nachfrage nach Limiteds erwartet wird, hat sich mittlerweile eine spezialisierte Branche etabliert,⁷² die neben der Gründung häufig noch laufende Dienste anbietet, um den

⁶⁵ Vgl. Maul/Schmidt, BB 2003, 2300, die zur Klärung der Wegzugsproblematik ein weiteres Urteil des EuGH für erforderlich halten; ebenso Bayer, BB 2003, 2363.

⁶⁶ Bereits 1997 hatte die Kommission den Vorentwurf einer 14. (internationalen Sitzverlegungs-) Richtlinie vorgelegt: Text abgedr. in ZIP 1997, 172 ff.; dazu eingehend Hoffmann, ZHR 164/2000, 43, 51 ff.; Vgl. die Aufsätze von Di Marco, ZGR 1999, 3 ff.; K. Schmidt, ZGR 1999, 20 ff.; Priester, ZGR 1999, 36 ff.; Heinze, ZGR 1999, 54 ff.; Hügel, ZGR 1999, 71 ff.; Rajak, ZGR 1999, 111 ff.; Eidenmüller, JZ 2004, 32 plädiert dafür, einen identitätswahrenden Rechtsformwechsel (ohne Auflösung) und eine nachträgliche Rechtswahl des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts zu ermöglichen. Auf diese Weise könnte einen englischen plc mit dem Umzug nach Deutschland auf Wunsch auch zu einer deutschen GmbH oder AG werden. Diese Möglichkeit befürwortend auch Leible/Hoffmann, NZG 2003, 682.

⁶⁷ Vgl. Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1237; Kallmeyer, DB 2002, 2522; Lutter, BB 2003, 8; befürwortend auch Eidenmüller, JZ 2004, 31 f.

⁶⁸ Vgl. auch Horn, NJW 2004, 898.

⁶⁹ Probst/Kleinert, MDR 2003, 1265, 1268, Fn. 31.

⁷⁰ Hirte, GmbHR 2003, R. 421.

⁷¹ Vgl. Westhoff, GmbHR 2006, 525.

⁷² S. hierzu Römermann, GmbHR 2006, R 181–182.

deutschen Kunden auch die Vorteile einer Besteuerung in England zu sichern.⁷³

Englische Limiteds haben gegenüber einer GmbH den Vorteil, dass sie eine schnelle und kostengünstige Gründung ermöglichen:⁷⁴ So kann eine Limited ohne Pflicht zur Hinzuziehung eines Notars innerhalb von 24 Stunden mit einer Eintragungsgebühr von 80 £ oder binnen sieben Tagen mit Registerkosten von nur 20 £ gegründet werden.⁷⁵ Dabei reicht es aus, die gedruckte Gründungsurkunde auszufüllen und zu unterzeichnen und die Unterschrift durch einen beliebigen Zeugen beglaubigen zu lassen. Persönliche Anwesenheit ist nicht erforderlich, so dass die Gründung auch von Deutschland aus vorgenommen werden kann. Die Kosten für die Errichtung der Zweigniederlassung in Deutschland betragen 100 € (Handelsregister); hinzu kommen ca. 150–200 € Kosten für die Bekanntmachung der Zweigniederlassung im Bundesanzeiger sowie in mindestens einem weiteren Blatt. Bei der GmbH ist eine notarielle Beurkundung der Satzung erforderlich (§ 2 Abs. 1 GmbHG) und betragen die Gründungskosten einschließlich der Kosten für Notar, Handelsregistereintragung und Bekanntmachung ca. 2000 €.

Anders als bei der GmbH ist bei der Limited kein Mindestkapital erforderlich — theoretisch genügt ein Pfund — und wird eine Prüfung der Sacheinlagen, die auch in Dienstleistungen bestehen können, nicht vorgenommen.⁷⁶ Zur Aufnahme von Eigen- oder Fremdkapital an der Börse kann sich die Limited im Unterschied zur GmbH durch Satzungsänderung und Eintragung in das Gesellschaftsregister binnen eines Tages bei nur 80 £ Registergebühren in eine plc⁷⁷ umwandeln. Das im Verhältnis der Gesellschafter untereinander geltende Mehrheitsprinzip schränkt Klagen lästiger Minderheitsaktionäre ein. Attraktiv gegenüber der GmbH ist die Limited auch aus dem Gesichtspunkt des fehlenden Erfordernisses der notariellen Beurkundung bei der Anteilsübertragung (zur GmbH vgl. § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG).

Zudem kann eine Limited ihren Sitz nach Deutschland verlegen, ohne de lege lata den Bestimmungen der deutschen Unternehmensmitbestimmung (MitbestG, DrittelG und MontanMitbestG) unterworfen zu sein (h. M.).⁷⁸ Der Umfang der Arbeitnehmerbeteiligung richtet sich vielmehr ausschließlich nach deren englischem Gründungsrecht. Dies folgt aus der Inspire Art–Entscheidung des EuGH. Entrepreneure können sich somit einer mitbestimmungsfreien ausländischen Gesellschaftsform bedienen, um dann ausschließlich am inländischen Rechtsverkehr teilzunehmen. Zur Vermeidung der Mitbestimmung an der Konzernspitze (§ 5 MitbestG) besteht zudem die Möglichkeit der Gründung einer (mitbestimmungsfreien) Holding- oder Produktionsgesellschaft als konzernleitendes Unternehmen im EG–Ausland, verbunden mit einer Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes nach Deutschland.⁷⁹ Die betriebliche

⁷³ Zu den Nachweisen Borges, ZIP 2004, 734 Fn. 12–14.

⁷⁴ Zu den Vor- und Nachteilen einer englischen Limited im Vergleich zur GmbH oder GmbH & Co. KG ausführlich Kallmayer, DB 2004, 636 ff.

⁷⁵ Vgl. dazu Memento Rechtshandbücher spezial, Private Limited Company, 2005, Rn. 102.

⁷⁶ Vgl. dazu Memento Rechtshandbücher spezial, Private Limited Company, 2005, Rn. 202.

⁷⁷ Public Limited Company, entspricht der AG.

⁷⁸ Vgl. etwa Veit/Wichert, AG 2004, 17 f.; Müller-Bonanni, GmbHR 2003, 1237; Ebke, JZ 2003, 931; Junker, NJW 2004, 729; Raiser, MitbestG, 4. Aufl. 2002, § 1 Rn. 15; unter Aufgabe seiner zuvor vertretenen Ansicht auch Sandrock, AG 2004, 66; Junker, NJW 2004, 729, wohl auch Henssler, in: GS für Meinhard Heinze, 2005, 355; Schwark, AG 2004, 178.

⁷⁹ S. zur Mitbestimmung in der Limited Köklü, in: Memento Rechtshandbücher spezial, Private Limited Company, 2005, Rn. 600 ff.

Mitbestimmung ist auf eine Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland indes anwendbar: Im Unterschied zur Unternehmensmitbestimmung unterfällt die betriebliche Mitbestimmung nicht dem Personalstatut der Gesellschaft,⁸⁰ mit der Konsequenz, dass diese Form der Mitbestimmung durch die Gründungstheorie überhaupt nicht angefasst wird⁸¹. Sie stellt vielmehr eine Regelung des allgemeinen Verkehrsrechts dar, die unterschiedslos für ausländische und inländische Gesellschaften gilt. Solche Maßnahmen sind in entsprechender Anwendung der in der Keck-Entscheidung⁸² zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsätze des EuGH in der Regel vom allgemeinen Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit ausgenommen, es sei denn, sie stellen — was vom EuGH dann ggf. festzustellen wäre — trotz ihrer uniformen Wirkung eine wesentliche Behinderung des Marktzugangs und damit des Binnenmarktes dar. Dann wäre der Anwendungsbereich der Art. 43 und 48 EG wieder eröffnet und müsste der betroffene Mitgliedstaat — hier Deutschland — die Beschränkung nach dem in ständiger Rechtsprechung des EuGH⁸³ angewandten "Vier-Faktoren-Test"⁸⁴ rechtfertigen⁸⁵. Nach h. M.⁸⁶, der sich der Verfasser anschließt, würde die betriebliche Mitbestimmung den Anforderungen dieses Tests jedenfalls genügen.⁸⁷

Auf der anderen Seite gilt für eine Limited das englische Gesellschaftsrecht mit einer komplizierten Normenhierarchie⁸⁸ sowie einer erhöhten Publizität, bei deren Verletzung massive Sanktionen bis hin zur Auflösung der Gesellschaft drohen:⁸⁹ So sind mit Blick auf Letztgenanntem beim Gesellschaftsregister nicht nur Satzung, Geschäftsführer, Gesellschaftssekretär, gezeichnete Aktien, Sacheinlagen und Jahresabschlüsse anzumelden, sondern auch wichtige Beschlüsse, Schuldverschreibungen, Belastungen des Gesellschaftsvermögens (*charges*). Ferner sind beim Satzungssitz (registered office) aufzubewahren: Aktienbuch, Angaben über Aktienbestände der Geschäftsführer und deren Ehegatten und minderjährige Kinder, Geschäftsführeranstellungsverträge etc. Bei einer Ltd. mit Verwaltungssitz in Deutschland bestehen zusätzliche — z.T. also doppelte — Pflichten: Eintragung als Haupt- oder Zweigniederlassung im Handelsregister, öffentliche Vorschriften nach deutschem Firmenrecht, Buchführungspflichten nach HGB, Offenlegung der Jahresabschlüsse etc.⁹⁰ Hinzu kommen hohe Beraterkosten. Im Anschluss an den Gründungsvorgang überwiegen bei der Limited somit oftmals die Nachteile die Vorteile, zumal die deutschen Steuergesetze, die Pflichtmitgliedschaft in Kammern (vgl. etwa § 2 Abs. 1 IHKG), die Eintragung in die Handwerksrolle

⁸⁰ Vgl. Kindler, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., 1999, IntGesR Rn. 451, S. 154.

⁸¹ Vgl. Eidenmüller, ZIP 2002, 2237.

⁸² Vgl. EuGH, Urt. v. 24.11.1993 — verb. Rs. C-267/91 und 268/91 "Keck und Mithouard", Slg. 1993, I-6097 = JZ 1994, 358.

⁸³ Vgl. EuGH NJW 2003, Rn. 133, S. 3334.

⁸⁴ Ebke, JZ 2003, 931; Schanze/Jüttner, AG 2003, 668 sprechen vom Vier-Konditionen-Test.

⁸⁵ Vgl. Eidenmüller, JZ 2004, 27.

⁸⁶ Vgl. statt aller Schanze/Jüttner, AG 2003, 668.

⁸⁷ Unzutreffend Franz, Betriebliche Mitbestimmung nur noch freiwillig, in: FAZ v. 30.03.2004, S. 16, der das Inspire Art-Urteil dahin missversteht, dass ausländische Gesellschaften mit Sitz im Inland nunmehr nicht den hierzulande gültigen Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung unterliegen würden.

⁸⁸ Englisches Fallrecht (*common law*), das englische Gesellschaftsgesetz 1985, die aus zwei Teilen bestehende Satzung (*memorandum and articles of association*), die Mustersatzung (*Table A*), daneben etwaige Shareholders' agreements: nach o.V., BB 17/2004, VI.

⁸⁹ Nagel, DB 2004, 1303 weist darauf hin, dass das Verständnis des common law trotz der Umsetzung vieler gemeinschaftsweiter Vorgaben kontinentaleuropäischen Rechtsanwendern immer noch große Schwierigkeiten bereitet.

⁹⁰ o.V., BB 2004, VI.

und die Beachtung der Meisterpflicht auch für eine Limited mit inländischem Verwaltungssitz weiterhin Gültigkeit haben.⁹¹ Zudem knüpfen viele in Deutschland erforderliche Genehmigungen an die tatsächliche Ausübung bestimmter Tätigkeiten an (z. B. Betrieb einer Gaststätte, Beförderung von Personen, Tätigkeit als Bauträger oder Makler), nicht jedoch an die Rechtsform. Staatliche Genehmigungserfordernisse können somit nicht durch Gründung einer Limited umgangen werden, d. h. dass die Genehmigung bei der Anmeldung einer Zweigniederlassung ggf. nachzuweisen ist (vgl. § 13e Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB).⁹²

4. Der Entwurf des "MoMiG" als deutsche Antwort auf die Limited⁹³

Mit der Entscheidung "Inspire Art Ltd." hat der EuGH den unbeschränkten Wettbewerb zwischen den verschiedenen europäischen Gesellschaftsformen zugelassen und in Zuzugsfällen die Sitztheorie zugunsten der Gründungstheorie verabschiedet. Für Gesellschaftsneugründungen besteht seitdem Rechtswahlfreiheit. Die Gründung einer Gesellschaft kann daher in jedem der 25 EU-Mitgliedstaaten erfolgen.

Das Ausland hat bereits auf die Inspire Art-Entscheidung des EuGH durch sog. "Blitz-GmbHs" reagiert: So hat etwa Frankreich sein Gesellschaftsrecht "modernisiert" und dabei insbesondere das Mindestkapital bei der S.A.R.L.⁹⁴ abgeschafft.⁹⁵ Weiter wurde in Spanien die "sociedad limitada Nueva Empresa"⁹⁶ eingeführt.⁹⁷ Auch der deutsche Gesetzgeber blieb nicht untätig: Am 29.05.2006 hat das Bundesjustizministerium den "Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)"⁹⁸ vorgelegt. Erklärtes Ziel ist es, durch Modernisierung und Vereinfachung des Gründungsvorgangs die Attraktivität der deutschen GmbH gegenüber konkurrierenden ausländischen Rechtsformen zu steigern und die Rechtsform der GmbH besser gegen Missbräuche zu schützen.⁹⁹ Es handelt sich dabei um die umfassendste Reform des GmbH-Gesetzes seit der GmbH-Novelle von 1980. Der Entwurf orientiert sich im Wesentlichen an dem bereits in der letzten Legislaturperiode in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten "Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals — MindestkapG"¹⁰⁰ und dem im November 2004 erstellten "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht — MiKa-

⁹¹ S. hierzu Memento Rechtshandbücher spezial, Private Limited Company, 2005.

⁹² Zur Limited in Deutschland im Überblick auch Müller, DB 2006, 824 ff.

⁹³ Vgl. den gleichnamigen Titel bei Römermann, GmbHR 2006, 673.

⁹⁴ Société à Responsabilité limitée.

⁹⁵ Am 01.04.2004 trat in Frankreich das *loi pour l'initiative économique* in Kraft, das durch eine Änderung von Art. L. 223-2 Code Commerce das gesetzliche Mindestkapital abschaffte (freie Bestimmung über deren Höhe) und so die sog. französische Blitz-S.A.R.L. ermöglichte: S. hierzu Meyer/Ludwig, GmbHR 2005, S. 459 ff.; Becker, GmbHR 2003, 1120 f.

⁹⁶ Ley 7/2003, de 1 de abril, de la sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, BOE núm. 79, 12679 ff.: in Kraft seit dem 02.07.2003.

⁹⁷ Zu den Vor- und Nachteilen einer französischen S.A.R.L und der spanischen SLNE im Vergleich zur deutschen GmbH Müller/Müller, GmbHR 2006, 583 ff.

⁹⁸ Der Entwurf zum MoMiG ist im Internet abrufbar unter www.bmj.bund.de, zuletzt gesichtet am 16.10.2006.

⁹⁹ Vgl. die Begründung zum MoMiG-Entwurf, S. 33.

¹⁰⁰ BT-Drs. 15/5673 v. 14.06.2005 = BR-Drs. 619/05 v. 12.08.2005.

TraG¹⁰¹. Nicht weiter verfolgt werden somit zahlreiche Vorschläge für die Schaffung einer neuen Rechtsform, wie etwa einer Unternehmensgründungsgesellschaft¹⁰², einer Basisgesellschaft¹⁰³ oder eines Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung¹⁰⁴. Der nachfolgende Überblick über das MoMiG greift einige wesentliche Neuerungen auf.

4.1 Herabsetzung des Mindestkapitals auf 10.000,- €

Die wohl bedeutsamste Neuregelung ist die geplante Herabsetzung des Mindeststammkapitals von 25.000,- € auf 10.000,- € (§ 5 Abs. 1 GmbHG–E) zwecks Erleichterung von GmbH–Neugründungen. Bemerkenswert ist, dass das Mindestkapital nominal wieder auf dem Stand vor der GmbH–Novelle von 1980 wäre, als es 20.000,- DM betrug.¹⁰⁵ Deutschland würde damit im Vergleich der GmbH–ähnlichen Rechtsformen in der EU aber trotzdem immer noch in der oberen Hälfte liegen.¹⁰⁶

4.2 Individuelle Bestimmbarkeit der Stammeinlagengröße

Nach geltendem Recht muss die Stammeinlage mindestens 100,- € betragen und (in Euro) durch 50 teilbar sein. Diese Regelung wird gestrichen. Die Neuregelung sieht die individuelle Bestimmbarkeit der Stammeinlage vor. Einzige Restriktion dabei ist, dass jede Stammeinlage auf einen Betrag in vollen Euro (mindestens also einen Euro) lauten muss (§ 5 Abs. 2 GmbHG–E). Danach bemisst sich dann auch die Stimmkraft bei der Beschlussfassung (§ 47 Abs. 2 GmbHG). Durch diese Regelung können die Beteiligungsverhältnisse bei der Gründung, bei der Anteilsübertragung und im Erbfall besser an die Bedürfnisse der Gesellschafter bzw. an die jeweiligen Erbteile angepasst werden, was insbesondere mittelständischen und familiär geführten Unternehmen zugute kommt.¹⁰⁷ Gläubigerschutzfunktion kommt dem Mindestbetrag der einzelnen Stammeinlage nicht zu.

4.3 Aufhebung des Verbots der Übernahme mehrerer Stammeinlagen

Das bisherige Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen (Einheitlichkeitsgrundsatz, § 5 Abs. 2 GmbHG) soll aufgehoben werden (§ 5 Abs. 2, § 55 Abs. 4 GmbHG–E). Damit können künftig bei Gründung und Kapitalerhöhung mehrere Stammeinlagen erworben werden. Dies führt z. B. zur Erleichterung der Abtretung an spätere Mitgesellschafter.¹⁰⁸

Aufgehoben werden soll auch das in § 17 Abs. 5 GmbHG verankerte Verbot, mehrere

¹⁰¹Dabei handelt es sich um einen inoffiziellen Referentenentwurf, der nicht förmlich in das Gesetzgebungsverfahren eingebbracht wurde: Vgl. Wachter, GmbHR 2006, 793.

¹⁰²S. dazu Gebh/Drange/Heckelmann, NZG 2006, 88.

¹⁰³S. dazu den Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung — GVGG des Justizministeriums von Nordrhein-Westfalen, im Internet abrufbar unter www.justiz.nrw.de, zuletzt gesichtet am 16.10.2006.

¹⁰⁴S. dazu den "Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Kaufmanns mit beschränkter Haftung" des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, im Internet abrufbar unter www.justiz.bayern.de, zuletzt gesichtet am 10.04.2006.

¹⁰⁵Vgl. Noack, DB 2006, 1475 f.

¹⁰⁶Vgl. die Übersicht bei Wachter, GmbHR 2005, 724.

¹⁰⁷Vgl. die Begründung zum MoMiG–Entwurf, S. 34.

¹⁰⁸Vgl. Römermann, GmbHR 2006, 676.

Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an denselben Erwerber zu übertragen. Mit dieser Regelung wird die Teilung und Übertragung von Geschäftsanteilen weiter erleichtert. Wünschen die Gesellschafter eine stärker personalistische Gesellschaftsstruktur, können sie die Teilung nach dem bisherigen § 17 Abs. 6 (künftig: § 17 Abs. 5) GmbHG auch weiterhin ausschließen.

4.4 Wegfall der Vorlage staatlicher Genehmigungen als Eintragungsvoraussetzung

Bislang kann eine GmbH nur ins Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung die erforderliche staatliche Genehmigungsurkunde (z. B. für den Betrieb einer Gaststätte) vorliegt. Der sequentielle Ablauf von Genehmigung und Eintragung führt in der Praxis jedoch zu erheblichem Zeitverlust und schmälert die Attraktivität der Rechtsform der GmbH. Künftig soll daher der Nachweis durch die Versicherung ersetzt werden, dass die Genehmigung bei der zuständigen Stelle beantragt worden ist. Die Genehmigung muss innerhalb von drei Monaten oder einer vom Gericht gesetzten anderen Frist nach der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nachgewiesen werden, andernfalls droht der GmbH die Löschung von Amts wegen (§ 8 Abs. 1 Nr. 6, § 60 Nr. 7 GmbHG-E).

4.5 Ein-Personen-GmbH ohne Sicherheitsleistung

§ 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG verlangt im Falle der Ein-Mann-GmbH entweder eine Vollzahlung auf die Stammeinlagen oder aber die Erbringung einer Sicherheit für den noch nicht eingezahlten Teil der Geldeinlage. Der Gesetzgeber sieht diese Vorschriften als verzichtbar an, weshalb er deren Streichung vorsieht: In Zukunft kann damit eine einzelne Person durch Einzahlung von 5.000,- € auf das Konto der "Vorgesellschaft" eine GmbH-Gründung vornehmen.¹⁰⁹

4.6 Elektronische Registerführung

Ein weiteres Instrument zur Beschleunigung von Unternehmensgründungen stellt das im Entwurf vorliegende "Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister — EHUG"¹¹⁰ dar, wodurch in Zukunft sämtliche Register (Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregister) schon zum 01.07.2007 auf den elektronischen Betrieb umgestellt werden sollen. Unterlagen, die für die GmbH-Gründung erforderlich sind, können dann grundsätzlich nur noch elektronisch zum Handelsregister eingereicht werden. Auch die weiterhin erforderliche notarielle Beglaubigung erfolgt auf elektronischem Wege. Handelsregistereintragungen sollen künftig nur noch elektronisch bekannt gemacht werden und im Internet für jedermann einsehbar sein.¹¹¹ In England können die Basisdaten zu allen eingetragenen Gesellschaften frei eingesehen werden, auch unter der Internetadresse des *Companies House*, dem zentralen Register aller Gesellschaften. Gegen eine geringe Gebühr (1 £ pro Dokument) können weitergehende Informationen über die Limited abgerufen werden,

¹⁰⁹Vgl. Noack, DB 2006, 1476.

¹¹⁰Im Internet abrufbar unter www.bmj.bund.de, zuletzt gesichtet am 16.10.2006.

¹¹¹Vgl. Römermann, GmbHR 2006, 675.

wie z. B. der Bericht¹¹² über die aktuellen Direktoren und den Sekretär oder die letzten Jahresabschlüsse.¹¹³

4.7 Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH ins Ausland

Die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG¹¹⁴ soll es der GmbH künftig ermöglichen, zwischen Satzungs- und Verwaltungssitz zu differenzieren¹¹⁵ und ihren effektiven Verwaltungssitz ins Ausland zu verlagern. Eine in Deutschland registrierte GmbH ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit in den Mitgliedstaaten der EU vollständig anzuerkennen. Mit der Neuregelung soll der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden und insbesondere im Hinblick auf die Mobilität ein *level playing field*, also gleiche Ausgangsbedingungen, gegenüber vergleichbaren Auslandsgesellschaften wie etwa der englischen Limited geschaffen werden.¹¹⁶ Die GmbH wird somit exportfähig: So besteht für deutsche Konzerne die Möglichkeit, ihre ausländischen Tochtergesellschaften in der Rechtsform der deutschen GmbH zu gründen.¹¹⁷

5. Zusammenfassende Würdigung

Die Entscheidungen Inspire Art und Überseering des EuGH werden die Gesellschaftsrechtslandschaft in Europa, insbesondere in Deutschland, nachhaltig verändern und zu einer Verschärfung der Rechtswahlfreiheit im Gesellschaftsrecht und damit des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte führen,¹¹⁸ dem sich auch die deutsche GmbH wird stellen müssen. "Katalysator" für diesen Wettbewerb ist u. a. die Gründungstheorie, die der Sitztheorie gegenüber den Vorteil der Rechtsklarheit (eindeutige Anknüpfung) hat und zur Beständigkeit und uneingeschränkten rechtlichen Anerkennung der einmal wirksam errichteten Gesellschaft in allen der Gründungstheorie folgenden Rechtsordnungen — ungeachtet des Zentrums ihrer geschäftsmäßigen Betätigung oder des Sitzes ihrer Verwaltung — führt.¹¹⁹ Die Gesellschaft kann demnach das Gründungsrecht frei wählen.¹²⁰ Die Sitztheorie, die demgegenüber Schutzinteressen in den Vordergrund stellt, bietet — ökonomisch gesprochen — potentiellen Unternehmensgründern ein bestimmtes Gesellschaftsrecht nur in Kombination mit der Wahl eines bestimmten Standorts (tatsächlicher Sitz) an. Geht man vor diesem Hintergrund davon aus, dass Gesellschaftsrechte von Regelgebern angebotene Produkte sind, für die es eine Nachfrage auf Seiten der Gesellschaften und Anleger gibt,¹²¹ gelangt man mit Eidenmüller zu dem Ergebnis, dass prima facie die Sitztheorie aufgrund ihrer anders gelagerten ordnungspolitischen Konzeption eher den Wettbewerb der Gesellschaftsrechte behindert.

¹¹²Der Bericht umfasst Name, Geburtsdatum, Nationalität, Adresse und die Anzahl der Gesellschaften, bei denen sie bestellt sind, sowie eine Liste der in der letzten Zeit beim Gesellschaftsregister eingegangenen Meldungen.

¹¹³Vgl. Memento Rechtshandbücher spezial, Private Limited Company, 2005, Rn. 104–105.

¹¹⁴Bei der AG soll § 5 Abs. 2 AktG gestrichen werden.

¹¹⁵Vgl. Triebel/Otto, ZIP 2006, 1326.

¹¹⁶Vgl. Begründung zum MoMiG-Entwurf, S. 37.

¹¹⁷Vgl. Triebel/Otto, ZIP 2006, 1326; Römermann, GmbHR 2006, 678 f.

¹¹⁸Vgl. Maul/Schmidt, BB 2003, 2300; Eidenmüller, JZ 2004, 33.

¹¹⁹Vgl. Bayer, BB 2003, 2358.

¹²⁰Vgl. Grundmann, ZGR 2001, 786.

¹²¹Vgl. auch Grundmann, ZGR 2001, 785.

Indes erscheint eine solche Schlussfolgerung als verfrührt, berücksichtigt man, dass Wettbewerb nicht immer eine wohlfahrtssteigernde Wirkung entfaltet, insbesondere dann nicht, wenn durch Auftreten sog. externer Effekte der "Schutz dritter Interessen" im Wettbewerbsprozess nicht angemessen sichergestellt wird. Deshalb kommt der VII. Zivilsenat des BGH¹²² in diesem Zusammenhang zu einer anderen Einschätzung: "Es ist zu befürchten, dass sich im dergestalt eröffneten "Wettbewerb der Rechtsordnungen" gerade die Rechtsordnung mit dem schwächsten Schutz dritter Interessen durchsetzen würde¹²³ ("race to the bottom")¹²⁴." Durch die Übernahme der Gründungstheorie, so der BGH weiter, könne es zu einer Umgehung der deutschen Mitbestimmungsregeln, insbesondere des MitbestG, kommen.¹²⁵ Wettbewerb wird vom BGH und einigen Vertretern des Schrifttums¹²⁶ im Ausgangspunkt somit nicht für einen sinnvollen Mechanismus im Bereich der Regelsetzung gehalten. In der Tat kann es wie bei dem Wettbewerb zwischen Unternehmen auf Gütermärkten auch bei einem Wettbewerb der Rechtsordnungen zu einem Marktversagen, mithin zu nicht wünschenswerten Ergebnissen kommen.

Ob das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Inspire Art* und *Überseering* zu einer Flucht aus den deutschen Kapitalgesellschaftsformen, insbesondere der GmbH, führen und innerhalb der EU einen "Delawarisierungsprozess"¹²⁷ nach sich ziehen wird, wird maßgeblich von der Frage abhängen, ob und inwieweit EU-Mitgliedstaaten, die von einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft wesentlich und nachhaltig betroffen sind, einzelne Vorschriften ihres eigenen Rechts gegen das "laxere" ausländische Gesellschaftsstatut durchsetzen dürfen.¹²⁸ Denn über alle delikts-¹²⁹ und insolvenzrechtlichen¹³⁰ Ersatzanknüpfungen schwebt stets das Damoklesschwert einer abweichenden Beurteilung durch den EuGH.¹³¹ Dieser hält sich in der Überseering-

¹²²BGH ZIP 2000, 967, 968.

¹²³A.A. Eidenmüller, ZIP 2002, 2244.

¹²⁴Dieser Ausdruck wurde erstmals von Cary in dessen meist zitierten Aufsatz des amerikanischen Gesellschaftsrechts gebraucht: vgl. Cary, 83 Yale Law Journal 663 (1974); auch Nagel/Köklü, ZESAR 2004, 181; dies., WiSt 2003, 718 f.

¹²⁵BGH ZIP 2000, 967, 968.

¹²⁶"Denn es sollte kein Zweifel daran bestehen, dass ein ruinöser Wettbewerb der Rechtsordnungen mit dem Ziel, durch größtmögliche Liberalität ausländische Investoren zu gewinnen, für die Allgemeinheit schädlich ist und daher den Zielen des gemeinsamen Marktes völlig zuwiderläuft.": Bayer, BB 2003, 2366.

¹²⁷In dem kleinen US-amerikanischen Bundesstaat Delaware, der geographisch in der Nähe der großen industriellen Zentren der Ostküste angesiedelt ist, sind fast die Hälfte der an der New York Stock Exchange notierten bzw. der 500 größten Kapitalgesellschaften registriert. Bis zu einem Viertel des Abgabenaufkommens von Delaware stammt aus der anfänglichen Registrierungsgebühr (incorporation fee) und der periodisch erhobenen Konzessionssteuer (franchise tax): nach Grundmann, ZGR 2001, 786 m.w.N.

¹²⁸So auch Ebke, JZ 2003, 930.

¹²⁹Bei einigen Vertretern des Schrifttums bricht sich im Anschluss an die EuGH-Rechtsprechung die Auffassung bahn, Durchgriffstatbestände (Vermögensvermischung, Unterkapitalisierung und existenzvernichtender Eingriff) vom Gesellschaftsstatut zu lösen und deliktisch zu qualifizieren, mit der Folge, dass die auf der Grundlage des deutschen Rechts entwickelten Grundsätze zu einem Haftungsdurchgriff auch bei Gesellschaften ausländischer Rechtsformen zur Anwendung gebracht werden könnten, sofern der Ort der schädigenden Handlung oder aber derjenige des existenzvernichtenden Erfolgs (Art. 40 Abs. 1 S. 1 u. 2 EGBGB) der unerlaubten Handlung in Deutschland liegt: Vgl. Zimmer, NJW 2003, 3588 f.; im Ergebnis auch Horn, NJW 2004, 899.

¹³⁰Als anwendbar und mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar gelten Regeln des materiellen Insolvenzrechts, weil nach Art. 4 EuInsVO hier die lex fori concursus gelten soll: Vgl. Ulmer, NJW 2004, 1201, 1205 u. 1207; Schmidt, K., ZHR 2004, 497.

¹³¹Vgl. Bayer, BB 2003, 2365.

Entscheidung äußerst bedeckt, indem er es für nicht ausgeschlossen hält, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls — wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus — unter "bestimmten Umständen" und unter "Beachtung bestimmter Voraussetzungen" Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen könnten. Der Paradigmenwechsel zur Gründungstheorie wird deshalb nur mit der Maßgabe gefordert, dass inländischen Schutzinteressen durch Sonderanknüpfungen¹³² in ausreichendem Maße Rechnung getragen werden kann.

Dessen ungeachtet erscheint die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH überzeichnet, wenn von ausländischen Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland als von "Billig-GmbHs"¹³³ gesprochen wird, von denen eine besondere Gefahr für die Gläubiger und den Rechtsverkehr aufgrund des nicht vorhandenen bzw. nicht nennenswerten Mindestkapitals¹³⁴ ausgehe. Eine solche Position suggeriert in unzulässiger Weise, dass die nach deutschem Gründungsrecht gegründeten Gesellschaften keine Gefahr für die Gläubiger bedeuteten, und lässt unberücksichtigt, dass Deutschland einer der Weltmeister bei der Zahl der Insolvenzen — gerade im Hinblick auf die GmbH — ist und dass Deutschland einen solchen Spitzenplatz in der ersten Liga der Faillisten-Staaten nicht einnehmen dürfte, wären die deutschen Mindestkapitalvorschriften, die mit dem MoMiG nunmehr einer Revision unterzogen werden sollen, wirklich so effektiv.¹³⁵ Aus der Tatsache, dass den Rechtsordnungen einiger EU-Mitgliedstaaten wie England, Irland oder Frankreich Mindestkapitalerfordernisse fremd sind, kann nicht vorschnell geschlussfolgert werden, dass dem Schutz der Gläubiger dort nicht angemessen Rechnung getragen werde. Dazu genügt der Hinweis, dass es z. B. im englischen Kapitalgesellschaftsrecht eine hoheitliche, dem öffentlichen Recht zuzuordnende Staatsaufsicht über Kapitalgesellschaften gibt, die ein Gegengewicht für das sehr permissive Gründungsrecht darstellt; eine solche Staatsaufsicht kennt das deutsche Recht nicht.¹³⁶ Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass die Wirkungen dieses öffentlich-rechtlichen Aufsichtssystems territorial begrenzt sind, so dass sich nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaften der Aufsicht durch nachträgliche Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes entziehen können.¹³⁷

Die Rechtspraxis wird sich jedenfalls verstärkt auf ausländische Rechtsformen in Form von kleinen Briefkastengesellschaften oder seriösen und unseriösen Unternehmen, die sich verstärkt einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Konzernspitze, Zwischenholding, Komplementär einer KG oder auch als operative (Tochter-) Gesellschaft bedienen werden, einstellen müssen.¹³⁸

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem MoMiG-Entwurf auf die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit reagiert und aus der Sicht der Unternehmenspraxis

¹³²Vgl. Eidenmüller, ZIP 2002, 2244.

¹³³So Altmeppen, NJW 2004, 97; ebenso Kindler, BB 2004, 1; als Unwort bezeichnet von Sandrock, BB 2004, 897.

¹³⁴Zur Rechtsökonomik des Mindestkapitals im GmbH-Recht Eidenmüller/Engert, GmbHRecht 2005, 433 ff.; allgemein Easterbrook/Fischel, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 41 ff.; Adams, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung, 1991, S. 48 ff.

¹³⁵Ebenso Sandrock, BB 2004, 898 m.w.N.

¹³⁶Vgl. Sandrock, NJW 2004, 99 m.w.N.

¹³⁷Bayer, BB 2003, 2366 fordert daher, dass diese "Lücke" im Rahmen der Harmonisierung mittels einer effektiven Aufsichts- und Kontrollverpflichtung der Mitgliedstaaten über die nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften geschlossen werden müsste.

¹³⁸Vgl. Bayer, BB 2003, 2363.

begrüßenswerte Schritte unternommen: Neben Gründungserleichterungen und einer verkehrsfreundlichen Gestaltung der GmbH-Geschäftsanteile schafft er insbesondere damit, dass er deutschen GmbH die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes ins Ausland ermöglicht, "Waffengleichheit"¹³⁹ gegenüber Auslandsgesellschaften wie der Limited. Aber auch nach dem MoMiG-Entwurf bleibt das Erfordernis der notariellen Beurkundung sowohl für die Gründung einer GmbH als auch für die Übertragung von Anteilen sowie die Änderung des Gesellschaftsvertrages erhalten. Am herkömmlichen Kapitalsystem ändert sich gleichfalls nichts. Hier ist zu bedenken, dass die Rechtsform eines Unternehmens aus Sicht eines Darlehensgebers eine eher untergeordnete Rolle spielt, es vielmehr darauf ankommt, welche Sicherheiten von den Gründern bzw. Gesellschaftern gestellt werden bzw. inwieweit diese bereit und fähig sind, das unternehmerische Risiko zu übernehmen. Das von einer wirtschaftlichen Unternehmung ausgehende Risiko schlägt sich im Mindestkapital ohnehin nicht nieder. Die im Schrifttum oft geforderte Abschaffung eines gesetzlich vorgeschriebenen Mindeststammkapitals könnte andererseits die Gefahr der Gründung von noch mehr unrentablen Gesellschaften befördern. Ein gesetzliches Mindestkapital hat immerhin die Wirkung einer "Eintrittskarte": Die Vorteile einer Haftungsbeschränkung sollen nur diejenigen Unternehmer erhalten, die bereit und in der Lage sind, einen potentiellen Verlustbeitrag zumindest in der Höhe des gesetzlichen Einstandswertes aufzubringen.¹⁴⁰

Keinem Zweifel unterliegt jedenfalls die Feststellung, dass das Unternehmensrecht eines jeden Landes künftig mehr denn je die Standortentscheidung der Unternehmen beeinflussen wird und dass — allgemein gesprochen — nur Staaten mit einem leistungsfähigen Rechtssystem internationale Finanzströme auf ihr Staatsgebiet lenken können. Ob die GmbH mit dem MoMiG im "Rucksack" bei diesem Wettbewerb der Rechtsformen aus Sicht der Rechtspraxis gut "platziert" ist, bleibt abzuwarten.

¹³⁹Triebel/Otte, ZIP 2006, 1326.

¹⁴⁰So auch Lorenz, AG 2005, R 467.

Gesellschaftsrechtliche Rahmendaten für unternehmerische Entscheidungen zugunsten betrieblicher Umstrukturierungen

von Hartmut Oetker

I. Einleitung

Betriebliche Umstrukturierungen werfen vielfältige Fragen auf, die in unterschiedlicher Intensität die juristischen Teildisziplinen berühren. Wenn nachfolgend die gesellschaftsrechtlichen Aspekte ausgeleuchtet werden, dann erfordert dies zunächst Klarheit über die erfassten Lebenssachverhalte. Zwei Gesichtspunkte bieten sich für die notwendige Eingrenzung an:

Die Beschränkung auf "betriebliche" Umstrukturierungen umschreibt zunächst das Objekt der Umstrukturierung. Diese muss sich auf den Betrieb beziehen, unter dem seit *Jacobi* die arbeitstechnische Organisationseinheit zu verstehen ist.¹ Deshalb berühren Umstrukturierungen, die ausschließlich die gesellschaftsrechtliche Organisationsverfassung betreffen, nicht unmittelbar die arbeitstechnische Organisationseinheit und bleiben hier ausgeklammert. Das betrifft insbesondere Gesellschafterwechsel, Kapitalerhöhungen oder einen Wechsel der Rechtsform, denen gemeinsam ist, dass sie für sich genommen die Struktur des Betriebes i.S. einer arbeitstechnischen Organisationseinheit nicht berühren.

In einem zweiten Schritt sind die Lebenssachverhalte zu präzisieren, die die Struktur des Betriebes betreffen und zugleich gesellschaftsrechtliche Fragen aufwerfen. Hierfür geben vor allem die Tatbestände einer Betriebsänderung in § 111 Satz 3 BetrVG erste Anhaltspunkte. Betriebliche Umstrukturierungen liegen danach insbesondere bei einer Einschränkung des Betriebes sowie der Stilllegung oder Einschränkung von Betriebsteilen vor. Darüber hinaus werden auch solche Sachverhalte erfasst, die § 111 Satz 3 Nr. 3 BetrVG mit den Begriffen Zusammenschluss und Spaltung umschreibt. Die Anknüpfung an die betriebsverfassungsrechtlichen Tatbestände einer Betriebsänderung hat indes keinen abschließenden Charakter. Eine betriebliche Umstrukturierung liegt vielmehr auch vor, wenn sich in einem Betrieb oder Betriebsteil die Leitung der arbeitstechnischen Organisationseinheit verändert und ein Inhaberwechsel hinzutritt. Dieser kann, muss aber nicht zwingend zugleich als Betriebsänderung i.S. des § 111 BetrVG zu qualifizieren sein.²

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht stellt sich für alle Formen betrieblicher Umstrukturierungen in unterschiedlicher Weise die Frage nach der Entscheidungskompetenz innerhalb des Unternehmens. Dabei erweist sich das Personengesellschaftsrecht zumeist als vergleichsweise unproblematisch, weil dieses die Entscheidungskompetenz regelmäßig bei den geschäftsführenden Gesellschaftern ansiedelt und sich die Reichweite

¹ Siehe *Jacobi*, Festschrift für Ehrenberg, 1926, S. 9.

² Zum Verhältnis von Betriebsinhaberwechsel und Betriebsänderung siehe Oetker, GK-BetrVG, 8. Aufl.

ihrer Befugnisse unabhängig von der konkreten Rechtsform der Personengesellschaft vor allem aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt. Wesentlich komplexer sind die Fragestellungen im Kapitalgesellschaftsrecht. Sowohl bei der GmbH als auch bei der AG stellt sich die Frage, ob der Vorstand bzw. die Geschäftsführung eine beschlossene betriebliche Umstrukturierung alleine umsetzen kann oder aber hierbei die Kompetenzen anderer Organe der Gesellschaft zwingend beachten muss. Vor allem das Recht der AG wirft insoweit zahlreiche Probleme auf, da sich unternehmerische Entscheidungen zugunsten einer betrieblichen Umstrukturierung bei dieser in einem differenziert ausgestalteten Kompetenzdreieck aus Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung bewegen.

II. Entscheidungskompetenz des geschäftsführenden Gesellschafters im Personengesellschaftsrecht

Bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Kompetenzordnung wirft das Personengesellschaftsrecht vergleichsweise wenige Probleme auf. Gleichwohl sind dessen Vorgaben nicht zu vernachlässigen, weil diese Abgrenzungsmaßstäbe bzw. Kompetenzeinschränkungen vorsehen, die im Kapitalgesellschaftsrecht verbreitet aufgegriffen werden, um die Kompetenzen der dortigen Geschäftsführungsorgane zu konkretisieren.³

Für die Kompetenz des geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft zu einer betrieblichen Umstrukturierung ist in einem ersten Schritt der Dualismus von Gesamtgeschäftsführung und Einzelgeschäftsführung zu beachten. Sieht der Gesellschaftsvertrag bzw. der gesetzliche Rahmen für die jeweilige Personengesellschaft eine gemeinsame Geschäftsführung vor, dann ist ein Zusammenwirken aller geschäftsführenden Gesellschafter erforderlich. Anders ist dies bei einer Befugnis zur Einzelgeschäftsführung, die bei der OHG sowie der KG das gesetzliche Grundmodell darstellt (vgl. § 115 Abs. 1 HGB, § 161 Abs. 2 HGB). Der hiermit verliehene Entscheidungsspielraum des jeweiligen geschäftsführenden Gesellschafters ist jedoch auch dort nicht grenzenlos. So umfasst die Einzelgeschäftsführung bei der OHG nur solche betrieblichen Umstrukturierungen, die noch zum gewöhnlichen Betrieb des konkreten Handelsgewerbes zählen (§ 116 Abs. 1 HGB), was auch für das Recht der KG gilt, da es den Ausschluss der Kommanditisten von der Geschäftsführung unter den Vorbehalt stellt, dass die Handlungen nicht über den gewöhnlichen Betrieb des konkreten Handelsgewerbes hinausgehen (§ 164 Satz 1 HGB). Regelmäßig überschreiten betriebliche Umstrukturierungen diese Grenze nicht. Anders ist dies erst, wenn eine betriebliche Umstrukturierung nach Art, Inhalt und Umfang im Hinblick auf den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft Ausnahmeharakter aufweist.⁴ In diesem Fall ist die Zustimmung aller Geschäftsführer erforderlich (§ 116 Abs. 2 HGB) bzw. den Kommanditisten steht

2005, § 111 Rdnr. 52, 129; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 23. Aufl. 2006, § 111 Rdnr. 49 ff.; Annuß, in: Richardi, BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 111 Rdnr. 124 ff.

³ Siehe nachfolgend unter III 1b.

⁴ Siehe Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 116 Rdnr. 2 (einschneidende Änderung von Organisation oder Vertrieb); ebenfalls v. Gerkan, in: Röhricht/v. Westphalen, HGB, 2. Aufl. 2001, § 116 Rdnr. 2; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl. 1996, § 116 Rdnr. 5; Jickeli, MünchKomm. HGB, 2. Aufl. 2006, § 116 Rdnr. 28; Staub/Ulmer, HGB, 4. Aufl. 1999, § 116 Rdnr. 12. Exemplarisch BGH, BB 1973, 212 (213): Zusammenlegung der Einkaufsorganisation von Unternehmen der Gesellschaft mit der Einkaufsorganisation der von dem Geschäftsführer betriebenen eigenen Unternehmen. Tragend für die Bewertung des BGH war jedoch nicht allein die Zusammenfassung beider Einkaufsorganisationen, sondern die aus der konkreten Ausgestaltung folgende Gefahr eines Interessenkonflikts.

das Recht zu, einer beabsichtigten betrieblichen Umstrukturierung zu widersprechen (§ 164 Satz 1 HGB).⁵

Das vorstehend skizzierte normative "Gerippe" wirft die Frage auf, ob die Gesellschafter in dem Gesellschaftsvertrag über den gesetzlich abgesteckten Rahmen disponieren können. Unproblematisch sind insoweit Bestimmungen, die einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen, wie z.B. die Entlassung von Arbeitnehmern oder die Veräußerung von Betriebsvermögen, aus der Einzelgeschäftsführungsbefugnis ausklammern und für diese Gesamtgeschäftsführung anordnen. Das gilt insbesondere bei der OHG (§ 115 Abs. 2 HGB); Entsprechendes kommt aber auch bei der KG in Betracht, wenn ihr mehrere Komplementäre angehören. Ferner steht bei der Kommanditgesellschaft auch der grundsätzliche Ausschluss der Kommanditisten von der Geschäftsführung (§ 164 HGB) unter dem generellen Vorbehalt einer abweichenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag (§ 163 HGB). So kann dieser z.B. festlegen, dass bestimmte Maßnahmen im Zusammenhang mit einer betrieblichen Umstrukturierung der Zustimmung aller oder einzelner Kommanditisten bedürfen.

Darüber hinaus wirft der Vorbehalt des "gewöhnlichen Betriebs" die Frage auf, ob dieser in dem Gesellschaftsvertrag abbedungen werden kann, was insbesondere in Betracht kommt, wenn die Befugnis zur Einzelgeschäftsführung im Gesellschaftsvertrag mit einer Ressortaufteilung kombiniert wird. Das Recht der OHG ist in diesem Punkt eindeutig. Nach § 109 HGB stehen die §§ 110 bis 122 HGB und damit auch § 115 Abs. 2 HGB ohne Einschränkungen unter dem Vorbehalt abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag. Entsprechendes gilt bei der KG wegen § 163 HGB für den vergleichbaren Vorbehalt in § 164 Satz 1 HGB, so dass die Antwort vollständig auf die Regelungen im Gesellschaftsvertrag verlagert wird. Sofern dieser den Vorbehalt bei außergewöhnlichen Maßnahmen nicht ausdrücklich aufhebt, ist bei der Auslegung der zur Geschäftsführung getroffenen Bestimmungen indes Zurückhaltung geboten. Beschränken sich diese z.B. auf eine Ressortaufteilung zwischen verschiedenen geschäftsführenden Gesellschaftern, so ist in der Regel nicht davon auszugehen, dass diese auch solche Maßnahmen erfassen, die über den "gewöhnlichen Betrieb" des konkreten Handelsgewerbes hinausgehen.

Im Hinblick auf die arbeitsrechtliche Umsetzung betrieblicher Umstrukturierungen bleibt der für das Gesellschaftsrecht grundlegende Unterschied zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht zu beachten. Die vorstehenden gesellschaftsrechtlichen Rahmendaten betrafen ausschließlich die Geschäftsführungsbefugnis und damit das Innenverhältnis. Sowohl für arbeitsrechtliche Maßnahmen, die — wie z.B. betriebsbedingte Kündigungen — das Einzelarbeitsverhältnis betreffen, als auch für die Beteiligung des Betriebsrates ist jedoch nicht das Innenverhältnis, sondern das Außenverhältnis und damit die Vertretungsmacht der Geschäftsführer entscheidend. Für die Einzelgeschäftsführung bei der OHG bedeutet dies, dass diese grundsätzlich mit einer Einzelvertretungsmacht verbunden ist (§ 125 Abs. 1 HGB). Nach außen kann der geschäftsführende Gesellschafter deshalb auch solche Rechtshandlungen, die über den "gewöhnlichen Betrieb" des konkreten Handelsgewerbes hinausgehen, selbst dann rechtswirksam allein vornehmen, wenn die nach § 115 Abs. 2 HGB notwendige Zustimmung aller Gesellschafter nicht vorliegt. Ebenso sind gesellschaftsvertragliche

⁵ Unabhängig davon bleibt zu erwägen, ob eine betriebliche Umstrukturierung die unternehmerische Tätigkeit der Gesellschaft so stark verändert, dass die zugrundeliegenden Maßnahmen als "Grundlagengeschäft" zu qualifizieren sind, für deren Durchführung es eines Beschlusses der Gesellschafter bedarf. Näher dazu z.B. Jickeli, MünchKomm. HGB, 2. Aufl. 2006, § 116 Rdnr. 6, 20; Staub/Ulmer,

Vorbehalte für bestimmte Arten von Geschäftsführungsmaßnahmen im Außenverhältnis ohne Bedeutung (§ 126 Abs. 2 HGB). Soll insoweit etwas anderes gelten, so müssen die Gesellschafter Gesamtvertretungsmacht festlegen (§ 125 Abs. 2 HGB), die jedoch erst mit Eintragung im Handelsregister vollständig ihre Rechtswirkungen entfaltet (§ 125 Abs. 4 HGB). Im Recht der KG ist die Trennung zwischen Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht noch ausgeprägter, soweit dies die Kommanditisten betrifft. Während der Gesellschaftsvertrag deren Rechte im Hinblick auf die Geschäftsführung einschränken oder erweitern kann, ordnet § 170 HGB generell an, dass die Kommanditisten nicht zur (organschaftlichen) Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sind. Abweichungen kann der Gesellschaftsvertrag nicht rechtswirksam festlegen, da § 163 HGB die Vorschrift des § 170 HGB nicht in den Kreis der dispositiven Bestimmungen einbezieht.

III. Rahmendaten des GmbH-Rechts für die Entscheidungskompetenz bei betrieblichen Umstrukturierungen

1. Kompetenzaufteilung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung

a) Geschäftsführungsbefugnis und Weisungsrecht

Die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für die Entscheidungskompetenzen in der GmbH sind vergleichsweise einfach strukturiert. Die Geschäftsführer sind zwar das vertretungs- und geschäftsführungsberechtigte Organ der GmbH (§§ 35 Abs. 1, 37 GmbHG), wie sich aber indirekt aus § 37 Abs. 1 GmbHG ergibt, sind sie den Gesellschaftern untergeordnet.⁶ Sofern nicht der Gesellschaftsvertrag den Geschäftsführern einen autonomen Entscheidungsspielraum vorbehält,⁷ sind die Gesellschafter grundsätzlich jederzeit berechtigt, durch mittels Mehrheitsbeschluss (§ 47 Abs. 1 GmbHG) gefasste Weisungen in die Geschäftsführung einzutreten.⁸ Wegen dieser Organisationsstruktur fallen Entscheidungen über eine betriebliche Umstrukturierung regelmäßig in die Kompetenz der Geschäftsführer, die aber durch Weisungen der Gesellschafter überlagert werden können, die eine betriebliche Umstrukturierung untersagen oder anweisen.

HGB, 4. Aufl. 1999, § 116 Rdnr. 14.

⁶ Statt aller Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 1. Zum Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung und der damit korrespondierenden Weisungsbefolgungspflicht der Geschäftsführer näher z.B. Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 37 Rdnr. 19 ff., 27 ff.; Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 30 ff. sowie Konzen, NJW 1989, 2977 ff.

⁷ Siehe z.B. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 25.

⁸ Als Vorbehalt ist lediglich zu beachten, dass den Geschäftsführern die unabdingbare Vertretungsbefugnis zusteht (siehe § 37 Abs. 2 GmbHG). Ein besonderer Mindestbereich autonomer Geschäftsführungsbefugnis wird im Schrifttum zwar erwogen (vor allem von Hommelhoff, ZGR 1978, 119 [127 ff.]), überwiegend aber mit Recht abgelehnt (so z.B. Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 37 Rdnr. 16; Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 38). Eine beanstandungswürdige Grenze ist erst erreicht, wenn die Geschäftsführungsbefugnis so stark eingeengt wird, dass die Geschäftsführer — in Anlehnung an eine plastische Formulierung von Zöllner/Noack — zu "Vertretungsmarionetten" denaturieren (vgl. Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 17).

b) Zwingendes Mitentscheidungsrecht der Gesellschafter (Gesellshafterversammlung)

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob die Geschäftsführer bei fehlenden Weisungen der Gesellschafter stets über eine betriebliche Umstrukturierung alleine entscheiden können oder aber von sich aus einen Beschluss der Gesellschafter einholen müssen. Dessen bedarf es jedenfalls dann, wenn Geschäftsordnung oder Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt aufstellen, wozu die Gesellschafter — wie sich aus § 37 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ergibt — grundsätzlich berechtigt sind.⁹ Darüber hinaus verpflichtet § 49 Abs. 2 GmbHG die Geschäftsführung zur Einberufung der Gesellshafterversammlung, wenn es "im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint". Ob dies bei einer beabsichtigten betrieblichen Umstrukturierung der Fall ist, lässt sich angesichts der Vagheit des Normprogramms indes nicht stets sicher beantworten, da die Pflicht zur Einberufung der Gesellshafterversammlung untrennbar von den Verhältnissen der konkreten Gesellschaft, dem Ausmaß der betrieblichen Umstrukturierung und deren Bedeutung für die gesamte unternehmerische Betätigung der Gesellschaft abhängt.

Verbreitet wird in Anlehnung an die §§ 116, 164 HGB die These aufgestellt, dass das "Interesse der Gesellschaft" stets dann berührt ist, wenn die Geschäftsführung eine Maßnahme beabsichtigt, die im Hinblick auf den Unternehmensgegenstand und die von den Gesellshaftern festgelegte Unternehmenspolitik "ungewöhnlich" ist.¹⁰ Über den Kreis der hiervon erfassten Maßnahmen ist bislang allerdings keine Klarheit erzielt worden. Fest steht lediglich, dass eine Maßnahme "ungewöhnlich" ist, wenn sie im Widerspruch zu der festgelegten Unternehmenspolitik steht,¹¹ z. B. der Verzicht auf bestimmte Produktlinien bzw. ganze Produktsparten mit einem von den Gesellshaftern definierten unternehmerischen Konzept nicht vereinbar ist. Vergleichbares gilt, wenn die gesamte Produktion in das Ausland verlagert werden soll oder eine Umstellung der Vertriebswege geplant ist.¹²

Bei der Ausgliederung einzelner Teile des Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger ist zu differenzieren.¹³ Ungewöhnlich ist eine Ausgliederung sicherlich, wenn die Gesellschaft hierdurch Unternehmensteile verliert, die für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks wesentlich sind. Das ist in Anlehnung an den Sachverhalt der Holzmüller-Entscheidung des BGH¹⁴ z.B. der Fall, wenn der einzige Betrieb einer

⁹ Siehe Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 37 Rdnr. 17; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 16; Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 30; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 15.

¹⁰ Zum Entscheidungsvorbehalt der Gesellshafter bei "ungewöhnlichen Maßnahmen" BGH, NJW 1973, 1039 (1039); in der Sache auch BGH, NJW 1984, 1461 (1462); Lenz, in: Michalski, GmbH-Gesetz, 2002, § 37 Rdnr. 14; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 10; Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 12; einschränkend demgegenüber Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 37 Rdnr. 10 f.: nur außergewöhnliche Geschäfte; ablehnend auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 12 sowie Kort, ZIP 1991, 1274 (1277 f.).

¹¹ BGH, GmbHHR 1991, 197 (197); OLG Düsseldorf, ZIP 1984, 1476 (1479); Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 11; i.e. auch Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 37 Rdnr. 8 f.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 9; siehe auch Kort, ZIP 1991, 1274 (1276 f.).

¹² So Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 14.

¹³ Für eine generelle Einbeziehung Lenz, in: Michalski, GmbH-Gesetz, 2002, § 37 Rdnr. 15.

¹⁴ BGHZ 83, 122 ff.

GmbH stillgelegt oder auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden soll.¹⁵ In diesem Sinne hat auch der 2. Senat des BAG in einem Urteil vom 5. April 2001 festgestellt, dass die Entscheidung des Geschäftsführers zur Stilllegung des einzigen Betriebes bzw. aller Betriebe gem. § 49 Abs. 2 GmbHG eines Beschlusses der Gesellschafter bedarf.¹⁶ Allerdings sind bei diesem Ansatz die Abgrenzungsschwierigkeiten unverkennbar, wenn ein für die Gesellschaft "wesentlicher" Betriebsteil auf einen Dritten übertragen werden soll.¹⁷ Dies betrifft nicht nur die "Wesentlichkeitsschwelle"; ebenso kann das Verhältnis der Gesellschaft zu dem aufnehmenden Rechtsträger nicht unberücksichtigt bleiben. So wird bei der Ausgliederung auf eine 100%ige Tochtergesellschaft aufgrund der Weisungsmöglichkeit der Gesellschafter deren Zustimmungspflicht verneint.¹⁸ Anders soll hingegen zu entscheiden sein, wenn in der Tochtergesellschaft wegen der hinzukommenden Arbeitnehmer ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist.¹⁹

Somit verbleibt für die Geschäftsführung der GmbH eine Grauzone, innerhalb derer sie sich bei betrieblichen Umstrukturierungen bewegt. Gesichertes Terrain betritt sie jedoch regelmäßig, wenn die betriebliche Umstrukturierung die in § 111 Satz 3 BetrVG definierte Schwelle einer beteiligungspflichtigen Betriebsänderung unterschreitet. Sowohl nicht ein Widerspruch zu der von den Gesellschaftern vorgegebenen Geschäftspolitik hinzutritt, verlangt das "Interesse der Gesellschaft" in diesem Fall keine Vorlage an die Gesellschafterversammlung. Verfehlt wäre allerdings der Umkehrschluss, dass eine zum Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung führende "ungewöhnliche" Maßnahme stets dann vorliegt, wenn die betriebliche Umstrukturierung die Voraussetzungen einer nach § 111 BetrVG beteiligungspflichtigen Betriebsänderung erfüllt. Ein derartiger Schematismus verkennt, dass sich die Wesentlichkeit stets auf die gesamte Gesellschaft und nicht nur auf den jeweils betroffenen Betrieb beziehen muss.

c) Rechtsfolgen bei fehlender Zustimmung der Gesellschafter (Gesellschafterversammlung)

aa) Fragestellung

Die Notwendigkeit, für die Entscheidung zu einer betrieblichen Umstrukturierung eine Zustimmung der Gesellschafter bzw. der Gesellschafterversammlung einzuholen, wirft zwangsläufig die Frage nach den Rechtsfolgen auf, wenn diese für eine betriebliche Umstrukturierung fehlt, diese aber gleichwohl durchgeführt wird. Das gilt vor allem, wenn deren Umsetzung mit dem Ausspruch von Kündigungen verbunden ist. Erstens ist zu erwägen, ob ein fehlender Beschluss der Gesellschafterversammlung bereits die Vertretungsmacht des Geschäftsführers zum Ausspruch der Kündigungen

¹⁵ Ebenso trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 11; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 11, die gleichermaßen bei mit der Holzmüller-Entscheidung vergleichbaren Sachverhalten eine Zustimmungspflicht der Gesellschafterversammlung befürworten.

¹⁶ BAG, AP Nr. 117 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁷ Zu pauschal deshalb Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 15, der den Verkauf eines bedeutenden Betriebes oder Betriebsteils generell den "ungewöhnlichen" Maßnahmen zuordnet.

¹⁸ Siehe OLG Koblenz, ZIP 1990, 1570 (1572), aber ohne abschließende Stellungnahme; gegen eine Zustimmungsbedürftigkeit Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 11.

¹⁹ Hierfür Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 11.

beseitigt. Zweitens kann die Rechtswirksamkeit betriebsbedingter ordentlicher Kündigungen in Frage gestellt sein, wenn es der Gesellschaft als Arbeitgeberin wegen der fehlenden Zustimmung der Gesellschafter verwehrt ist, sich auf das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung zu berufen.

bb) Auswirkungen auf die Vertretungsmacht

Während die Geschäftsführungsbefugnis das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer betrifft, beantwortet die Vertretungsmacht das rechtliche "Können" des Geschäftsführers im Außenverhältnis. Diesbezüglich begründet § 35 Abs. 1 GmbHG für den Geschäftsführer die Rechtsmacht, die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Beschränkungen der Vertretungsmacht aus dem Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter strahlen — wie sich insbesondere aus § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ergibt — grundsätzlich nicht auf das Außenverhältnis aus. Das gilt auch für sämtliche Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsführer im Rahmen von Arbeitsverhältnissen vornimmt, insbesondere für den Ausspruch von Kündigungen.²⁰

Deshalb sind die in Vollzug einer betrieblichen Umstrukturierung ausgesprochenen Kündigungen grundsätzlich nicht bereits wegen fehlender Vertretungsmacht unwirksam, weil die im Innenverhältnis notwendige Zustimmung der Gesellschafter bzw. der Gesellschafterversammlung fehlt. Das gilt — wenn nicht das Trennungsprinzip in Frage gestellt werden soll — unabhängig davon, ob das Zustimmungserfordernis aus dem Gesellschaftsvertrag oder § 49 Abs. 2 GmbHG folgt. Dementsprechend hat der 2. Senat des BAG in dem Urteil vom 5. April 2001 zu Recht festgehalten, dass die Überschreitung des gesellschaftsrechtlich internen Dürfens durch das die Betriebsstillegung betreibende Organ der Gesellschaft grundsätzlich nicht auf die Wirksamkeit einer Kündigung durchschlägt.²¹

Eine Ausnahme gilt nur bei kollusivem Zusammenwirken und einem Missbrauch der Vertretungsmacht. Zu der letztgenannten Fallgruppe²² ist z. B. das Urteil des 2. Senats des BAG vom 11. März 1998 zu zählen, in dem das Gericht einer außerordentlichen Kündigung die Wirksamkeit absprach, weil es diese als ungewöhnliche Maßnahme qualifizierte und dem dafür im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Zustimmungsvorbehalt unterwarf.²³ Erstens hatte sich der Geschäftsführer bewusst über die im Innenverhältnis gesetzte Schranke hinweggesetzt und zweitens traf die außerordentliche Kündigung das mit einem Gesellschafter bestehende Arbeitsverhältnis, so dass der Zustimmungsvorbehalt im Gesellschaftsvertrag die Würdigung nahelegte, dass dieser dem Schutz der Gesellschafter diente.²⁴

cc) Auswirkungen für betriebsbedingte Kündigungen

Auf die für betriebsbedingte Kündigungen notwendige unternehmerische Entscheidung lässt sich die vorstehende konzeptionelle Weichenstellung nicht pauschal über-

²⁰ Siehe Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 35 Rdnr. 82.

²¹ BAG, AP Nr. 117 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

²² Mit dieser Zuordnung auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 35 Rdnr. 82.

²³ BAG, AP Nr. 114 zu § 626 BGB.

²⁴ Siehe näher BAG, AP Nr. 114 zu § 626 BGB.

tragen. Dem Judikat des 2. Senats des BAG vom 5. April 2001 ist allerdings zu entnehmen, dass das Fehlen der gesellschaftsrechtlich notwendigen Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung im Kündigungszeitpunkt der Geschäftsführung nicht die Befugnis entzieht, sich im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses auf die von ihr getroffene unternehmerische Entscheidung zu stützen.²⁵

Bemerkenswert ist jedoch der Vorbehalt des Senats für den Fall, dass die Betriebsstilllegung durch einzelne Gesellschafter oder durch andere Organe der Gesellschaft über den Kündigungstermin hinaus verzögert oder gar verhindert wird.²⁶ In derartigen Konstellationen, über die das BAG — soweit ersichtlich — bislang noch nicht zu befinden hatte, dürfte jedoch ebenfalls nicht die Rechtmäßigkeit der Kündigung, sondern vielmehr ein Wiedereinstellungsanspruch in Frage stehen. Eine gegenteilige Würdigung, die direkt auf das Vorliegen eines Kündigungsgrundes zugreift, kommt allenfalls in Betracht, wenn die Geschäftsführung die betriebliche Umstrukturierung entgegen einer Weisung der Gesellschafter durchführt. In dieser Konstellation sprechen gute Gründe dafür, es der Gesellschaft nach Treu und Glauben zu verwehren, sich für die Betriebsbedingtheit einer ordentlichen Kündigung auf die von den Geschäftsführern weisungswidrig getroffene unternehmerische Entscheidung zu berufen.

2. Kompetenzstruktur innerhalb einer mehrgliedrigen Geschäftsführung

Nach der Grundkonzeption in § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG geht das GmbH-Recht von einer Gesamtgeschäftsführung bzw. -vertretungsmacht der Geschäftsführer aus.²⁷ Die Praxis weicht hiervon allerdings häufig durch eine Ressortaufteilung ab, die die Geschäftsführer jedoch nicht von ihrer Gesamtverantwortung für die Geschäftsführung entbindet.²⁸ Aus diesem Grunde müssen Maßnahmen, die für die Gesellschaft von "besonderem Gewicht" sind, trotz einer Ressortaufteilung alle Geschäftsführer gemeinsam treffen.²⁹ Die Definition der hierzu gehörenden Maßnahmen ist indes ebenso unsicher wie beim Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung. Nach verbreiteter Ansicht ist ein gemeinsames Zusammenwirken aller Geschäftsführer jedenfalls erforderlich, wenn es sich um "ungewöhnliche Maßnahmen" handelt,³⁰ so dass es zu einem Gleichlauf zwischen der Pflicht zu einer gemeinsamen Geschäftsführung und derjenigen zur Einberufung der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 GmbHG kommt.

²⁵ BAG, AP Nr. 117 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; a.A. zuvor insbesondere Plander, NZA 1999, 505 ff.; siehe auch Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 2. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rdnr. 492.

²⁶ BAG, AP Nr. 117 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

²⁷ So bereits RGZ 98, 98 (100) sowie Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 28; Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 106; Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 21; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 24.

²⁸ Siehe vor allem BGHZ 133, 370 (376 f.).

²⁹ So Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 2004, § 37 Rdnr. 31; in dieser Richtung auch Scholz/Schneider, GmbH-Gesetz, 9. Aufl. 2000, § 43 Rdnr. 40, der auf die "grundlegende Bedeutung für die Gesellschaft" abstellt; schwächer Hachenburg/Mertens, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1996, § 35 Rdnr. 109, der hierzu lediglich "grundsätzliche Fragen der Unternehmenspolitik" und solche mit ressortübergreifender Bedeutung zählt. Siehe auch BGH, BB 1990, 1856 (1859), wo darauf abgestellt wird, ob das Unternehmen aus besonderem Anlass als Ganzes betroffen ist.

³⁰ Hierfür Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 15. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 31.

Auf der Rechtsfolgenseite ist jedoch zu beachten, dass die Notwendigkeit eines gemeinsamen Zusammenwirkens der Geschäftsführer auf das rechtliche Können im Außenverhältnis ausstrahlt. Fehlt bei einer mehrgliedrigen Geschäftsführung ein entsprechender Beschluss der gesamten Geschäftsführung, so ist die von einem einzelnen Geschäftsführer erklärte Kündigung endgültig unwirksam. Der Ausweg über eine entsprechende Anwendung der §§ 177 ff. BGB (nachträgliche Genehmigung) scheidet bei Kündigungen wegen § 180 BGB regelmäßig aus.

IV. Rahmendaten des Aktiengesetzes für die Entscheidungskompetenzen bezüglich betrieblicher Umstrukturierungen

1. Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung

Bezüglich des Verhältnisses zwischen Vorstand und Hauptversammlung ähneln die maßgeblichen rechtlichen Erwägungen denen zum GmbH-Recht. Im Ausgangspunkt kann der Vorstand einer AG bei der Entscheidung über eine betriebliche Umstrukturierung indes wesentlich freier agieren, da ihm § 76 Abs. 1 AktG die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft zuweist. Deshalb sind weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat dem Vorstand übergeordnet, insbesondere sind sie nicht berechtigt, ihm im Hinblick auf eine betriebliche Umstrukturierung Weisungen zu erteilen.³¹

Auch bezüglich der Verpflichtung des Vorstandes, für eine Umstrukturierungentscheidung zuvor eine Beschlussfassung der Hauptversammlung herbeizuführen, fällt ein wesentlicher struktureller Unterschied ins Auge. Während § 49 Abs. 2 GmbHG eine vergleichbare Pflicht für die Geschäftsführer bereits vorsieht, "wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich erscheint", schneidet § 119 AktG den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung deutlich zurück. Sofern nicht die Katalogtatbestände in § 119 Abs. 1 AktG betroffen sind oder die Satzung in den engen Grenzen des AktG eine Beschlusszuständigkeit der Hauptversammlung begründet, obliegt es nach § 119 Abs. 2 AktG der eigenverantwortlichen Entscheidung des Vorstandes, ob er eine Beschlussfassung über eine Maßnahme der Geschäftsführung initiiert.

Die aktienrechtliche Dogmatik ist bei diesem positivrechtlichen Befund jedoch nicht stehengeblieben, sondern hob zunächst hervor, dass § 119 Abs. 2 AktG dem Vorstand eine Ermessensentscheidung eröffnet,³² so dass es bei diesem Verständnis naheliegt, auf diese die allgemeinen Grundsätze zur Ausübung des Ermessens anzuwenden, nach denen in Ausnahmefällen eine Ermessensschrumpfung bzw. -reduzierung auf Null eintritt.³³ Deshalb könnte auch für den Vorstand einer Aktiengesellschaft die Situation eintreten, dass er sein Ermessen nur dann pflichtgemäß ausübt, wenn er vor Durchführung einer Geschäftsführungsmaßnahme die Zustimmung der Hauptversammlung einholt.

Diese Grundsätze hat der BGH erstmals in dem Holzmüller-Urteil³⁴ in der Praxis an-

³¹ Zur allg. anerkannten Weisungsfreiheit des Vorstandes statt aller Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 76 Rdnr. 21; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 76 Rdnr. 10 f.; Kort, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2002, § 76 Rdnr. 42 ff.; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 76 Rdnr. 42; siehe auch BGHZ 159, 30 (43 f.).

³² Zum Vorlageermessen des Vorstandes Mülbert, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1999, § 119 Rdnr. 46 ff.

³³ Ablehnend aber Mülbert, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1999, § 119 Rdnr. 23.

³⁴ BGHZ 83, 122 ff.

gewendet, zugleich aber auch eine intensive literarische Diskussion ausgelöst.³⁵ Gerade der entschiedene Sachverhalt zeigt, dass eine Zustimmung der Hauptversammlung auch vor Durchführung betrieblicher Umstrukturierungen erforderlich sein kann, da dort über einen Seehafenbetrieb zu befinden war, der auf eine 100%ige Tochtergesellschaft übertragen wurde, ohne dass bei der übertragenden Gesellschaft nennenswerte Vermögenswerte verblieben. Bei einer derartigen Konstellation, in der die wesentliche Substanz des Unternehmens übertragen wird, nahm der BGH an, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen konnte, er dürfe die Entscheidung über die Ausgliederung ausschließlich in eigener Verantwortung treffen, ohne zuvor die Hauptversammlung zu beteiligen.³⁶ In Reaktion auf die Diskussion im wissenschaftlichen Schrifttum hat der BGH den vorstehend referierten dogmatischen Ansatz indes aufgegeben und seine Judikatur zu einer "ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit" auf ein neues Fundament gestellt; nicht mehr die enge Anlehnung an § 119 Abs. 2 AktG oder der im Schrifttum als Alternative erwogene Analogieschluss zu anderen Zuständigkeiten der Hauptversammlung³⁷ ist maßgebend, sondern seit dem Gelantine-Urteil greift das Gericht für die Herleitung einer ungeschriebenen Zuständigkeit der Hauptversammlung auf eine "offene Rechtsfortbildung" zurück.³⁸ Trotz dieser Kurskorrektur hielt der II. Zivilsenat jedoch im Ergebnis an der Kernaussage der Holzmüller-Entscheidung fest und bejahte eine Zuständigkeit der Hauptversammlung für solche Maßnahmen, die in ihrer Bedeutung "für die Gesellschaft die Ausmaße der Ausgliederung in dem von Senat entschiedenen Holzmüller-Fall" erreichen.³⁹

Die weitere Konkretisierung der in dem Gelantine-Urteil niedergelegten Grundsätze bewegt sich indes auf einem vergleichbar ungesicherten Terrain wie der Zustimmungsvorbehalt in § 49 Abs. 2 GmbHG. Ungeachtet aller Unklarheiten über die Sachverhalte, die in den ungeschriebenen Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fallen, können betriebliche Umstrukturierungen den Vorstand nur in Ausnahmefällen verpflichten, zuvor eine Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen. Solange die werthaltigen Vermögensgegenstände der Gesellschaft unangetastet bleiben, scheidet eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung bereits im Ansatz aus. Relevant kann diese erst werden, wenn die Umstrukturierung mit der Übertragung des Betriebes oder wesentlicher Betriebsteile auf einen anderen Rechtsträger verbunden ist. Selbst dann kommt ein Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung jedoch nur in Betracht, wenn der übertragene Betrieb bzw. Betriebsteil ein bedeutender Vermögensgegenstand der Gesellschaft ist und sich deren Unternehmensstruktur infolge der Übertragung von Grund auf ändert.

Sollte der Vorstand auf ein zustimmendes Votum der Hauptversammlung angewiesen sein, bleibt auf der Rechtsfolgenseite zu beachten, dass das Zustimmungserfordernis — wie der BGH in dem Gelantine-Urteil deutlich hervorgehoben hat — lediglich das Innenverhältnis zwischen Vorstand und Hauptversammlung betrifft.⁴⁰ Die Vertretungsmacht des Vorstandes aus § 78 Abs. 1 AktG, die im Außenverhältnis nicht besch-

³⁵ Aus dieser stellvertretend Gefßler, Festschrift für Stimpel, 1985, S. 771 ff.; Lutter, Festschrift für Fleck, 1988, S. 169 ff.; Martens, ZHR Bd. 147 (1983), 377 ff.; v. Rechenberg, Festschrift für Bezzenberger, 2000, S. 359 ff.; Sünder, Die AG 1983, 169 ff.; Werner, ZHR Bd. 147 (1983), 429 ff.

³⁶ BGHZ 83, 122 (131).

³⁷ Hierfür z. B. Mülbert, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 1999, § 119 RdNr. 23.

³⁸ BGHZ 159, 30 (42 f.).

³⁹ BGHZ 159, 30 (45).

⁴⁰ BGHZ 159, 30 (38, 42).

ränkbar ist (§ 82 AktG), wird durch eine fehlende Zustimmung der Hauptversammlung nicht in Frage gestellt. Insoweit gelten auch für die Umsetzung der ohne Zustimmung der Hauptversammlung vollzogenen betrieblichen Umstrukturierung keine anderen Grundsätze als für den Geschäftsführer einer GmbH.⁴¹

2. Entscheidungskompetenz im mehrgliedrigen Vorstand einer Aktiengesellschaft

Ähnlich gelagerte Fragen stellen sich bezüglich der Entscheidungskompetenz innerhalb eines mehrgliedrigen Vorstandes, für den auch das Aktienrecht das Prinzip der Gesamtgeschäftsführung festschreibt (§ 77 Abs. 1 AktG). Einer Ressortaufteilung innerhalb des Vorstandes steht dieses nicht entgegen,⁴² ohne allerdings die Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder zu berühren,⁴³ so dass die Unternehmensleitung nicht auf einzelne Mitglieder des Vorstandes delegiert werden kann.⁴⁴ Betriebliche Umstrukturierungen sind hiervon jedenfalls dann betroffen, wenn ihnen die Hauptversammlung zustimmen muss. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass § 119 Abs. 2 AktG die Einberufung der Hauptversammlung dem Vorstand als Organ zuweist, so dass er als Kollegialorgan tätig werden muss.⁴⁵ Bei Sachverhalten unterhalb dieser Schwelle wird sich die Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder indes auf die Wahrnehmung ihrer Aufsichtspflicht beschränken.⁴⁶

3. Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bei Entscheidungen über betriebliche Umstrukturierungen

Für das Verhältnis zwischen Vorstand und Aufsichtsrat sind drei Aspekte zu unterscheiden: Erstens die Pflicht des Vorstandes, den Aufsichtsrat von sich aus über eine geplante betriebliche Umstrukturierung zu unterrichten. Zweitens das Recht des Aufsichtsrates, von dem Vorstand einen Bericht bzw. Auskunft über betriebliche Umstrukturierungen verlangen zu können. Drittens ist die Frage zu beantworten, ob der Vorstand verpflichtet ist, im Vorfeld einer betrieblichen Umstrukturierung eine Entscheidung des Aufsichtsrates herbeizuführen.

a) Berichtspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat

Die Berichtspflicht des Vorstandes ist in § 90 AktG geregelt, wobei zwischen periodischen Berichten (§ 90 Abs. 1 Satz 1 AktG) und Anlassberichten (§ 90 Abs. 1 Satz 2 AktG) zu unterscheiden ist. Während die periodischen Berichte gegenüber dem Aufsichtsrat als Organ zu erstatten sind, ist der Anlassbericht an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates zu richten.

⁴¹ Siehe dazu oben III 1c.

⁴² Statt aller Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 77 Rdnr. 33; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 77 Rdnr. 10; Kort, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2002, § 77 Rdnr. 23, 26.

⁴³ Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 77 Rdnr. 14; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 77 Rdnr. 20.

⁴⁴ Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 77 Rdnr. 30; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 77 Rdnr. 18; Kort, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2002, § 77 Rdnr. 31.

⁴⁵ Siehe Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 77 Rdnr. 17.

⁴⁶ Zur Aufsichtspflicht als Ausdruck der Gesamtverantwortung siehe Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 77 Rdnr. 28; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 77 Rdnr. 15; Kort, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2002, § 77 Rdnr. 37 ff. sowie Martens, Festschrift für Fleck, 1988, S. 191 (196 ff.); Schwark,

Im Hinblick auf eine Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat als Organ kommt bei betrieblichen Umstrukturierungen allenfalls § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG in Betracht. Danach hat der Vorstand über Geschäfte zu berichten, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können, wozu u.a. auch die Veräußerung oder Schließung von Betrieben und Betriebsteilen gehören kann.⁴⁷ Allerdings führt die Erheblichkeitsschwelle in § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG sowie die Anknüpfung an Rentabilität und Liquidität des Gesamtunternehmens dazu, dass Entscheidungen über betriebliche Umstrukturierungen nur in Ausnahmefällen eine Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat auslösen. In Betracht kommt dies am ehesten, wenn der Vorstand ohnehin verpflichtet ist, die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen. Wie für den Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Gesellschafterversammlung nach § 49 Abs. 2 GmbHG⁴⁸ ist zudem eine Negativabgrenzung in dem Sinne zu erwägen, Entscheidungen über eine betriebliche Umstrukturierung dann nicht in die Berichtspflicht nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG einzubeziehen, wenn diese die Schwelle einer Betriebsänderung i.S. des § 111 BetrVG nicht erreicht. Im Zwischenbereich verbleibt jedoch eine Grauzone, in der sich schematische Abgrenzungen verbieten, da die Berichtspflicht von zwei variablen Faktoren abhängt. Der erste wird durch Umfang und Ausmaß der betrieblichen Umstrukturierung gebildet, der zweite durch deren Bedeutung für das Gesamtunternehmen, wobei § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG diese einschränkend auf Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft bezieht.

Geringer sind die tatbestandlichen Anforderungen für einen an den Vorsitzenden des Aufsichtsrates zu richtenden Anlassbericht, für den nach § 90 Abs. 1 Satz 2 1. Halbs. AktG ein "wichtiger Anlass" genügt. Allerdings täuscht die tatbestandliche Offenheit, da es sich in Abgrenzung zu der periodischen Berichtspflicht des Vorstandes bei den von § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG erfassten Sachverhalten lediglich um solche Ereignisse handeln soll, die von außen an die Gesellschaft herangetragen werden und nachteilig auf diese einwirken können.⁴⁹ Bei einer vom Vorstand beabsichtigten betrieblichen Umstrukturierung ist dies bei isolierter Betrachtung nur schwer vorstellbar.

b) Berichtsverlangen des Aufsichtsrates und seiner Mitglieder (§ 90 Abs. 3 AktG)

Die tatbestandlichen Schranken einer vom Vorstand von sich aus zu erfüllenden Berichtspflicht und hiernach verbleibende Informationsdefizite werden indes dadurch kompensiert, dass § 90 Abs. 3 AktG für den Aufsichtsrat als Organ sowie für einzelne seiner Mitglieder das Recht begründet, vom Vorstand der Gesellschaft jederzeit über Angelegenheiten der Gesellschaft einen Bericht zu verlangen.⁵⁰ Weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen enthält sich das Gesetz, so dass sich das Berichtsverlangen

⁴⁷ ZHR Bd. 142 (1978), 303 (316 ff.).

⁴⁸ Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 26; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 90 Rdnr. 7; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 61; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 90 Rdnr. 38.

⁴⁹ Siehe oben III 1b

⁵⁰ So Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 90 Rdnr. 8; ähnlich Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 69 (Gesellschaft als Betroffene); offener jedoch Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 28; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 90 Rdnr. 39.

⁵¹ Zum kompensatorischen Charakter der Berichterstattung Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 30.

des Aufsichtsrates bzw. eines seiner Mitglieder im Grundsatz auf jede vom Vorstand beabsichtigte betriebliche Umstrukturierung beziehen kann.⁵¹ Sachlich ist diese tatbestandliche Offenheit gerechtfertigt, da der Aufsichtsrat nur so seine gesetzliche Aufgabe wahrnehmen kann, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG).

Allerdings kann ein Anforderungsbericht nur begehrt werden, wenn zumindest einzelne Mitglieder des Aufsichtsrates von einer bevorstehenden betrieblichen Umstrukturierung Kenntnis erlangen, da sie erst dann in der Lage sein werden, den Berichtsgegenstand zu präzisieren.⁵² Da bei der großen Mehrzahl der Aktiengesellschaften ein mitbestimmter Aufsichtsrat installiert ist, werden jedenfalls die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat über das betriebsverfassungsrechtliche Frühwarnsystem der §§ 106 ff. BetrVG bzw. der §§ 111 f. BetrVG regelmäßig von einer geplanten betrieblichen Umstrukturierung Kenntnis erhalten, so dass sie gezielt einen Bericht des Vorstandes an den Aufsichtsrat verlangen können.

c) Befassung des Aufsichtsrates mit einer betrieblichen Umstrukturierung

aa) Einberufung einer Sitzung des Aufsichtsrates

Die Pflicht des Vorstandes, auf Anforderung über eine beabsichtigte betriebliche Umstrukturierung Bericht zu erstatten, weist im Hinblick auf die überwachende Tätigkeit des Aufsichtsrates allerdings die Schwäche auf, dass dieser stets gegenüber dem Aufsichtsrat zu erstatten ist. Berichtsempfänger ist deshalb das Organ und damit dessen Vorsitzender.⁵³ Zwar begründet § 90 Abs. 5 AktG für jedes Mitglied des Aufsichtsrates das Recht, von dem Inhalt des Berichts Kenntnis zu erlangen, stellt damit aber noch nicht sicher, dass sich der Aufsichtsrat mit einer geplanten betrieblichen Umstrukturierung befasst. Hierzu kann es jedoch durch das in § 110 AktG normierte Einberufungsrecht kommen, wenn der Vorsitzende des Aufsichtsrates dem Einberufungsverlangen eines einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes nicht stattgibt. Die früher in § 110 Abs. 2 AktG normierte Hürde für eine Selbsteinberufung des Aufsichtsrates, die Unterstützung des Einberufungsverlangens durch ein weiteres Aufsichtsratsmitglied, wurde durch das TransPuG beseitigt.

bb) Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)

Das vorstehend skizzierte Instrumentarium kann den Vorstand der Gesellschaft zwar zwingen, die Planung einer beabsichtigten betrieblichen Umstrukturierung gegenüber dem Aufsichtsrat zu rechtfertigen, seine Entscheidungskompetenz bleibt hiervon indes unberührt. Dies ist erst anders, wenn er auf die Zustimmung des Aufsichtsrates angewiesen ist, wozu es nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kommen kann, wenn die Sat-

⁵¹ Siehe auch Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 31.

⁵² Zum Bestimmtheitserfordernis für das Berichtsverlangen OLG Köln, AG 1987, 25; Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 31; Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 90 Rdnr. 11; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 90 RdNr. 41; Wiesner, MünchHdbGesR IV, 2. Aufl. 1999, § 25 Rdnr. 21.

⁵³ Hefermehl/Spindler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 90 Rdnr. 39; Lutter, Information und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 182 ff., 185 ff.; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 90 Rdnr. 42.

zung oder ein Beschluss des Aufsichtsrates festlegt, dass der Vorstand bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vornehmen darf.

Nach der früheren Rechtslage stand es allerdings im Ermessen des Satzungsorgans bzw. des Aufsichtsrates, einen derartigen Zustimmungsvorbehalt für bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstandes zu begründen. Lediglich in dem Extremfall, dass ein gesetzwidriges Handeln des Vorstands zu befürchten war, befürwortete der BGH eine Ermessensschrumpfung, die in eine Verpflichtung des Aufsichtsrates umschlagen konnte, die Vorstandstätigkeit an seine Zustimmung zu binden.⁵⁴ In einem derartigen Sonderfall kam es auch in Betracht, den Zustimmungsvorbehalt ad hoc für ein bevorstehendes Einzelgeschäft zu begründen.⁵⁵ Diese hohen Hürden konnten beabsichtigte Umstrukturierungsentscheidungen regelmäßig nicht erfüllen.

Das Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19. Juli 2002 hat insoweit jedoch eine scheinbar einschneidende Rechtsänderung herbeigeführt, da es das bislang bestehende Ermessen aufgehoben hat und die im Gesetz genannten Organe nunmehr verpflichtet, einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte aufzustellen.⁵⁶ Gerade betriebliche Umstrukturierungen zeigen allerdings, daß das Ermessen nicht aufgehoben, sondern letztlich verlagert wurde. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG verpflichtet lediglich zur Aufstellung eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte, verzichtet aber auf jegliche inhaltliche Vorgaben.⁵⁷ Insofern verbleibt es bei einer pflichtgemäß auszuübenden Ermessensentscheidung,⁵⁸ welche Geschäfte in den Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen aufgenommen werden. Allerdings dürften insoweit die früheren Grundsätze der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum mindesten insoweit übertragen werden können, dass hinsichtlich einzelner Sachverhalte eine Verpflichtung zur Einbeziehung in den Katalog zu erwägen ist. In diese Richtung weist auch die Begründung der Bundesregierung zum TransPuG, nach der der Katalog alle Geschäftsarten aufweisen muss, welche für die Gesellschaft von "grundlegender" Bedeutung sind.⁵⁹

Selbst wenn für "grundlegende" Geschäfte die Möglichkeit einer Ermessensreduzierung auf Null bejaht wird, bleiben die Kriterien hierfür vage.⁶⁰ Einen Anhaltspunkt nach unten liefert immerhin § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG, der eine Erheblichkeitschwelle vorsieht. Diese muss für eine Ermessensschrumpfung zum mindesten überschritten werden.⁶¹ Die existentielle Bedeutung für das künftige Schicksal der Gesellschaft könnte deshalb schon eher den schmalen Bereich kennzeichnen, in dem eine Rechtspflicht zur Aufnahme in den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte besteht.⁶²

⁵⁴ BGHZ 124, 111 (127); weiter wohl Hüffer, AktG, 7. Aufl. 2006, § 111 Rdnr. 17.

⁵⁵ BGHZ 124, 111 (127).

⁵⁶ Dazu ausführlich Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2-4 AktG), 2006, S. 178 ff.

⁵⁷ Siehe auch Reg. Begr., BT-Drucks. 14/8769, S. 17.

⁵⁸ Für einen Ermessensspielraum auch Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr. 631; mit anderem dogmatischen Ansatz indes Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2-4 AktG), 2006, S. 192 ff., die einen Beurteilungsspielraum annimmt.

⁵⁹ Reg. Begr., BT-Drucks. 14/8769, S. 17; ablehnend insoweit jedoch Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr. 608 ff.

⁶⁰ Ausführlich dazu jetzt Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2-4 AktG), 2006, S. 66 ff.

⁶¹ Ebenso Götz, NZG 2002, 599 (602); Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2-4 AktG), 2006, S. 114.

⁶² In dieser Richtung wohl auch Reg. Begr., BT-Drucks. 14/8769, S. 17; für eine Zustimmungspflicht des Aufsichtsrates in dieser Konstellation auch Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr.

Auch der Corporate-Governance Kodex ermöglicht keine weitere Präzisierung. Er sieht zwar in Nr. 3.3 ebenfalls vor, den Zustimmungsvorbehalt für Geschäfte von grundlegender Bedeutung festzulegen. Die anschließende Aufzählung zeigt aber, dass betriebliche Umstrukturierungen als solche regelmäßig nicht zu diesen Geschäften gehören, da der Kodex die grundlegende Bedeutung in deutlicher Anlehnung an § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AktG auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens bezieht.⁶³

Erwägen ließe sich eine Verpflichtung zur Einbeziehung in den Katalog für "ungewöhnliche" Geschäftsführungsmaßnahmen, womit eine deutliche Nähe zu der von der Holzmüller-Doktrin geprägten Schwelle bestünde. Mit dieser Konkretisierung wäre jedenfalls nicht für jegliche Umstrukturierungsentscheidungen eine Verpflichtung zur Aufnahme in den Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte begründbar. Andererseits kann die Holzmüller-Doktrin nicht unreflektiert auf § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG übertragen werden, da die vom BGH verwendete Formel zu unbestimmt ist.⁶⁴ Notwendig sind deshalb klare Kriterien, deren Fixierung bei betrieblichen Umstrukturierungsentscheidungen jedoch schon deshalb in generalisierender Form kaum leistbar ist, weil die Tragweite einer Umstrukturierungsentscheidung für die Gesellschaft stets von ihren konkreten Verhältnissen, insbesondere ihrer Größe abhängt.

Während bezüglich des letzten Punktes die weitere gesellschaftsrechtliche Diskussion abzuwarten bleibt, steht auch nach der neuen Rechtslage fest, dass keine grundsätzlichen rechtlichen Bedenken dagegen bestehen, betriebliche Umstrukturierungsentscheidungen in einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte aufzunehmen. Nach der Gesetzesbegründung zum TransPuG soll der Zustimmungsvorbehalt zwar nicht auf weniger bedeutsame Geschäftsführungsmaßnahmen ausgedehnt werden.⁶⁵ Allerdings dürfte diese Schwelle bei betrieblichen Umstrukturierungen häufig überschritten sein. Zudem leidet die in der Regierungsbegründung bekundete Absicht darunter, dass sich diese nicht in dem Gesetzestext niedergeschlagen hat, sondern erst aus einem funktionalen Verständnis der Norm erschließt.⁶⁶ Deshalb dürfte ein Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte selbst dann rechtswirksam sein, wenn er weniger bedeutsame Umstrukturierungen aufnimmt.⁶⁷

Bei der praktischen Umsetzung einer derartigen inhaltlichen Bindung des Vorstandes kann allerdings die Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes⁶⁸ Probleme bereiten, da die generelle Einbeziehung betrieblicher Umstrukturierungen zu unpräzise wäre,

^{625.}

⁶³ Zum Stellenwert des Kodex für die Auslegung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 78 ff.

⁶⁴ Darüber hinaus würde eine derartige Parallelie zu einem Konflikt mit dem ungeschriebenen Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung führen; siehe dazu näher Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 108 ff., 166 ff.

⁶⁵ Reg. Begr., BT-Drucks. 14/8769, S. 17; Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr. 640; s. auch Semler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 111 Rdnr. 412, der den Zustimmungsvorbehalt auf "materiell bedeutsame Geschäfte" bezieht.

⁶⁶ Siehe insoweit Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr. 639 f.

⁶⁷ Siehe auch Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 140 f., 196 ff.

⁶⁸ Dazu Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr. 643; Schönberger, Der Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates bei Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands (§ 111 Abs. 4 Satz 2–4 AktG), 2006, S. 187.

wenn nicht exakte Abgrenzungskriterien hinzutreten. Leichter handhabbar erscheint der Sachverhalt einer Ausgliederung von Betrieben auf einen anderen Rechtsträger. Anders ist dies jedoch bereits, wenn auch Teile von Betrieben in den Zustimmungsvorbehalt aufgenommen werden. Der Verzicht auf jegliches einschränkende Kriterium wäre wenig sachgerecht, andererseits gerät die Flucht in die Wesentlichkeitsschwelle als Alternative in einen offenen Widerspruch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. Ein praktikabler Ausweg könnte deshalb darin bestehen, betriebliche Umstrukturierungen dann der Zustimmungspflicht durch den Aufsichtsrat zu unterwerfen, wenn der Vorstand den Wirtschaftsausschuss nach § 106 BetrVG über die Umstrukturierung unterrichten oder das Beteiligungsverfahren nach § 111 BetrVG eingeleiten muss.

Sollte der Vorstand verpflichtet sein, vor einer betrieblichen Umstrukturierung die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen, so ist auf der Rechtsfolgenebene zu beachten, dass der Vorstand bei einem Vollzug der betrieblichen Umstrukturierung trotz fehlender Zustimmung des Aufsichtsrates lediglich die im Innenverhältnis gesetzten Grenzen überschreitet; seine im Außenverhältnis unbeschränkte Vertretungsmacht (§§ 78, 82 AktG) bleibt hiervon unberührt. Der nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG begründete Zustimmungsvorbehalt entfaltet keine Außenwirkung.⁶⁹

⁶⁹Für die allg. Ansicht Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl. 2005, § 111 Rdnr. 702; Mertens, Kölner Komm. AktG, 2. Aufl. 1996, § 111 Rdnr. 86; Semler, MünchKomm. AktG, 2. Aufl. 2004, § 111 Rdnr. 430.

Public Corporate Governance

von Karsten Schneider

Die Steuerung öffentlicher Unternehmen im Spannungsfeld von politischer Demokratie und Mitbestimmung

1. Einleitung

Das wirtschaftliche Handeln der öffentlichen Hand ist in der Vergangenheit vor allem in der veröffentlichten Meinung in die Kritik geraten. Während die eher ideologisch motivierten Initiativen des Staatsabbaus aber weitgehend versandet sind und die öffentliche Hand ihre Leistungsfähigkeit im Wettbewerb bewiesen hat, wie einschlägige Studien zeigen (Wegener 2002; Lippert 2005), entspringt der (Privatisierungs-) Druck auf die öffentliche Wirtschaftstätigkeit mittlerweile eher der aus politischen Entscheidungen folgenden Haushaltskrise der öffentlichen Hand.¹

Gegenwärtig wächst der Druck auf die Mitbestimmung der Beschäftigten in Betrieben und insbesondere im Aufsichtsrat. Obwohl auch hier empirische Ergebnisse eher auf positive Wirkungen der Mitbestimmung deuten (vgl. Höpner 2004; Jirahn 2006), bemühen sich interessierte Kreise um eine Zurückdrängung mitbestimmungsrechtlicher Regelungen (vgl. z. B. BDI/BDA 2004). Diese Kritik wurde eindrucksvoll auf der Basis der wissenschaftlichen Literatur zurückgewiesen (Keller 2006) und auch in der politischen Öffentlichkeit zeichnet sich mittlerweile eine abgewogene Einschätzung ab.²

Beide Themen, öffentliche Wirtschaftstätigkeit und Mitbestimmung, sind zwei prominente Forschungsthemen von Bernhard Nagel (vgl. z. B. Nagel 1998, 2002; Nagel/Haslinger/Meurer 2002; Nagel/Scheele/Polem 2006). Im Folgenden will ich mich daher mit der politischen Steuerung von öffentlichen Unternehmen und ihrem Zusammenhang mit der Mitbestimmung beschäftigen. Dieses Thema ist auch deshalb relevant, weil im Windschatten der Mitbestimmungskritiker Unternehmensmitbestimmung in öffentlichen Unternehmen als demokratieunverträglich dargestellt wird (vgl. Adams 2006, S. 1566). Tatsächlich gibt es eher ein Problem der politischen Steuerung von öffentlichen Unternehmen (vgl. Bremeier u. a. 2005).

Fraglich ist, inwieweit die rechtliche und tatsächliche Struktur der öffentlichen Wirtschaft ihrem Zweck gerecht wird, d. h. politische Gestaltung ermöglicht bzw. inwieweit öffentliche Unternehmen ein Eigenleben entfalten. Es geht also um die Corporate Governance, die für die private Wirtschaft bereits seit längerem erörtert wird. Corporate Governance öffentlicher Unternehmen unterscheidet sich aber von der allgemeinen

¹ Teile der öffentlichen Arbeitgeber haben in der Folge ihre Energie auf einen stärkeren Konfliktkurs in tarifpolitischen Fragen gelenkt. Damit geht die Phase relativer Stabilität und Einheitlichkeit in den Tarifbeziehungen der öffentlichen Hand Deutschlands offenbar einem Ende entgegen.

² So z. B. Bundeskanzlerin Merkel auf der Tagung der Hans-Böckler-Stiftung (Merkel 2006) und das zu erwartende Ergebnis der Biedenkopf-Kommission (Williamson 2006).

Corporate Governance–Diskussion, da die Anforderungen an öffentliche Unternehmen weitergehender sind als diejenigen für private. Sie sollen nicht primär wirtschaftlich handeln, sondern Leistungen für die Bürgerinnen und Bürger erbringen; es geht also um politisch erwünschte Wirkungen. Damit fügt sich Public Corporate Governance in die Debatte um politische Steuerung und Staatshandeln ein.

Die Mitbestimmung der Beschäftigten und ihrer Gewerkschaften ist Teil der Corporate Governance — auch wenn sich dies im Rahmen der ursprünglich eher angloamerikanischen Diskussion nicht aufdrängt und in der Vergangenheit nur wenig thematisiert wurde. Die Mitbestimmung und die Beteiligung an der Steuerung der Unternehmen stehen in der privaten Wirtschaft in Konflikt zum Eigentumsrecht, im öffentlichen Sektor besteht ein Konflikt zu den durch den Gesetzgeber legitimierten Entscheidungen. Die Legitimität materiell–demokratischer Beteiligung (zum Begriff der materiellen Demokratie vgl. Kißler 1992, S. 15 ff.) im öffentlichen Sektor ist auch vor diesem Hintergrund zu diskutieren. Bislang beschränkte sich die Diskussion aber auf die betriebliche Mitbestimmung. Aufgrund des inhaltlichen Zusammenhangs und des Fehlens reflektierter Veröffentlichungen zur Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen wird die Auseinandersetzung zur betrieblichen Mitbestimmung ausführlich dargestellt und bewertet.

2. Die Legitimation öffentlicher Wirtschaftstätigkeit

Die öffentliche Hand übernimmt bestimmte Aufgaben, wie z. B. Verkehrsdiestleistungen und Grünarbeiten, um für Ihre Bürgerinnen und Bürger, aber auch für die Wirtschaft eine qualitativ gute Infrastruktur bereitzustellen zu können. Diese gäbe es ohne das öffentliche Tätigwerden so nicht bzw. nicht in der bestehenden Form. Die öffentlichen Aufgaben haben sich in ihrer heutigen Form weder zufällig entwickelt, noch entsprangen sie einem übertriebenen Gestaltungsdrang des Staates. Private Dienstleister waren bzw. sind wirtschaftlich oder technisch nicht in der Lage, diese Aufgaben mit der nötigen Sicherheit, Qualität bzw. Zuverlässigkeit zu erbringen (vgl. Ambrosius 1984).

Eine Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand erfolgte erst relativ spät auf Initiative der mittelständischen Wirtschaft bzw. kleiner Handwerksbetriebe und ist heute v. a. in den Gemeindeordnungen geregelt. In der Praxis — auch der Rechtsprechung — hatten diese Beschränkungen allerdings nur selten Relevanz, auch weil die öffentliche Hand ohnehin eher Lücken schließt, die die Privatwirtschaft lässt (vgl. Ambrosius 2000).

Heute wird argumentiert, dass die Zeiten, in denen die Privaten nicht in der Lage waren, die öffentlichen Aufgaben zu erledigen, vorbei seien. Größere private Unternehmen haben ein ausgeprägtes Interesse, sich an öffentlichen Unternehmen zu beteiligen, weil sie gewinnträchtig sind, wie z. B. Krankenhäuser, Ver- und Entsorgung, oder wollen von öffentlichen Zahlungen für andere Aufgaben profitieren, die durch einen regelmäßigen und verlässlichen Geldfluss im Vergleich zu ihrer anderen Tätigkeit nur sehr wenig risikobehaftet sind, wie z. B. Betreuungs- und Pflegeaufgaben, Gebäudemanagement von Schulen.

Die öffentliche Hand interessiert sich für solche Optionen eher nicht aus ideologischen Gründen, sondern hauptsächlich weil sie aufgrund der Haushaltsskrise wenig andere Handlungsoptionen hat. Die Haushaltsskrise ist zwar hausgemacht (Steuerpolitik, Belastung der Sozialversicherung durch versicherungsfremde Aufgaben usw.), aber die

Kommunen, die die größte Last der sozialstaatlichen Aufgaben tragen, sind die Hauptleidtragenden, auch weil sie — anders als die Länder — keine Interventionsmöglichkeit auf bundesstaatlicher Ebene haben, wie die Föderalismusreform aufs Neue bewiesen hat.

In der öffentlichen Diskussion dominiert aber nicht das haushaltstechnische Argument, sondern es wird eher auf a) Effizienzschwächen öffentlichen Handelns bzw. b) grundsätzliche Erwägungen (Beschränkung des staatlichen Handelns auf Kernaufgaben, "Schlanker Staat") Bezug genommen. Beide Argumente sind zwar auf den ersten Blick plausibel, halten aber einer näheren Prüfung nicht stand:

- Zu a) Für die Effizienz wirtschaftlichen Handelns ist nicht die private oder öffentliche Eigentumsform entscheidend, sondern das Wirken des Wettbewerbsprinzips. Öffentliche Unternehmen schneiden trotz diskriminierender Bedingungen (die es z. B. in Großbritannien, aber auch in Deutschland gibt) in der Regel im Wettbewerb gut ab (Wegener 2002).
- Zu b) Empirische Ergebnisse zeigen darüber hinaus, dass der Zielerreichungsgrad, d. h. die Wahrscheinlichkeit, mit der bestimmte erwünschte Wirkungen erreicht werden, bei Leistungserbringung durch Betriebe bzw. Unternehmen, die sich in öffentlichem Eigentum befinden, höher ist (Lippert 2005). Eine Beschränkung öffentlichen Handelns auf Gewährleistung und Regulierung (wie bei Post, Telekom und neuerdings Versorgung) hat also mit bislang ungelösten Problemen zu kämpfen (Diekmann u. a. 2006). In der Konsequenz droht nicht nur eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, sondern auch eine Reduzierung der Dienstleistungsqualität für die Bürgerinnen und Bürger.

Trotz dieser Befunde kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die öffentliche Hand und die öffentlichen Unternehmen ihren Aufgaben ohne weiteres und in jedem Fall vollständig gerecht werden. Die Legitimität des Handelns der öffentlichen Hand lässt sich sichern, indem die öffentlichen Aufgaben so erbracht werden, dass die definierten Ziele in möglichst hohem Maße mit der erwünschten Wirkung übereinstimmen. D. h. es ist dafür Sorge zu tragen, dass die demokratisch gewählten Gremien Einfluss nehmen.

3. Die betriebliche Mitbestimmung im öffentlichen Dienst

Die Mitbestimmung im öffentlichen Sektor steht in der Kritik, obwohl sie in der öffentlichen Rechtsform weitgehend auf betriebliche Mitbestimmung begrenzt ist. Eingewendet wird, dass die Mitbestimmung im öffentlichen Dienst an sich bereits begründungsbedürftig sei (vgl. Ossenbühl 1986, S. 18 ff.). Insbesondere sei die Mitbestimmung von Personalvertretungen bei staatlichen Entscheidungen verfassungswidrig, da eine

ununterbrochene Legitimationskette ein verfassungsrechtliches Erfordernis sei. Ein Amtswalter darf demzufolge nicht von Dritten (z. B. dem Personalrat) beeinflusst werden, sondern ist nur seinem Vorgesetzten verantwortlich. Demokratische Legitimation wird so zu einer Frage von Ernennung bzw. Einstellung und nicht von Beteiligung. Nur bei sog. inneren Dienstangelegenheiten sei die Mitbestimmung unproblematisch. Bei sog. Mischtatbeständen sei demgegenüber ein Letztentscheidungsrecht einer dem

Parlament (bzw. Rat/Stadtverordnetenversammlung) verantwortlichen Stelle unverzichtbar (vgl. Ossenbühl 1986, S. 72 f.).

Mit dieser Argumentation wurde das novellierte Landespersonalvertretungsgesetz von Rheinland-Pfalz 1994 in entscheidenden Teilen durch den Verfassungsgerichtshof des Landes für unvereinbar mit der Verfassung für Rheinland-Pfalz erklärt (vgl. Kamm/Vohs/Peiseler 1995, S. 414 f.). Die Kritik richtete sich dabei insbesondere gegen die Allzuständigkeit des Personalrats, die das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung von 1959 (BVerfGE 9, 268) nicht beanstandet hat. Kisker (1992, S. 26) hielt auch die Allzuständigkeit der Personalräte in Schleswig-Holstein für verfassungswidrig. In seiner Entscheidung von 1995 hat das Bundesverfassungsgericht dieser Argumentation folgend erweiterten Formen der Mitbestimmung enge Grenzen gesetzt. Mitbestimmungsrechte dürfen sich demnach nur auf rein innerdienstliche Maßnahmen erstrecken. Bei allen anderen Maßnahmen steht einem dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträger ein Letztentscheidungsrecht zu (vgl. BVerfGE 83, 60).

Diese juristische Argumentation ist formal nachvollziehbar, wird aber der Realität des korporatistischen Verhandlungsstaats kaum gerecht (vgl. Blanke 1998, 70 ff. m. w. N.).

Plander (1995, S. 45 [Rdnr. 45 f.]) hat geltend gemacht, dass die Kritiker und insbesondere Kisker (1992) von den Zwecken der erweiterten Mitbestimmung, d. h. neben der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe dem Grundrechtsschutz der Beschäftigten, völlig abgesehen hätten. Auch der Argumentation, es fehle den Personalräten an demokratischer Legitimation, tritt er entgegen. Personalratsmitglieder können nur Personen werden, die vom Dienststellenleiter eingestellt wurden. Die Wahl durch die Beschäftigten stellt demnach eine "zusätzliche persönliche Legitimation" dar (vgl. Plander 1995, S. 136 [Rdnr. 182]). Die Kiskers (1992) Einlassungen folgende Argumentation des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 83, 60) entwirft demgegenüber ein Demokratiekonzept, das auf einer formalistischen Interpretation des Art. 20 Abs. 2 GG beruht: Danach bezieht sich das Demokratiegebot des Grundgesetzes ausschließlich auf die staatliche Organisationsform.

Der Einfluss des Volkes auf die Staatsorganisation beruht somit auf Wahlen und Abstimmungen und auf besonderen Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Für die Verwaltung heißt das, dass allein ein strikt hierarchischer Verwaltungsaufbau durch eine lückenlose Kette von Ernennungs- bzw. Bestellungsakten den Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers verwirklicht. In der Konsequenz dieser Argumentation ist die Partizipation der Beschäftigten somit demokratiewidrig.

Blanke (1998, S. 73 f.) kritisiert dieses seines Erachtens "mitbestimmungsfeindliche Demokratiekonzept" des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts. Angesichts massiver Trends zur Übertragung öffentlicher Aufgaben auf private Gesellschaften und zur Gründung eigener Gesellschaften, die mit öffentlichen Aufgaben betraut werden, erscheint ihm die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts v. a. durch den Zweck geprägt, die personalvertretungsrechtliche wie auch unternehmensrechtliche Mitbestimmung "zu torpedieren". Letztlich wird der strikt hierarchische Verwaltungsaufbau zum Modell für Demokratie, den auch der Gesetzgeber nicht legitimiert ist, zu ändern.

Dieses Strukturmodell ist nicht nur demokratietheoretisch bedenklich, sondern auch dysfunktional: Verantwortungsdelegation, Teilautonomie und Mitarbeiterbeteiligung, wie sie Kernelemente der meisten umgesetzten Verwaltungsreformmaßnahmen sind, sind mit der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts nicht vereinbar (vgl. Blanke 1998, S. 77 f.; vgl. auch Dopatka 1996, S. 226 f.).

Dem Anliegen der Gesetzgeber, die rechtlichen Grundlagen der Personalratsarbeit mit den faktischen Veränderungen in Übereinstimmung zu bringen und damit eine Grundrechtsverwirklichung der Beschäftigten umzusetzen, wurde durch die Gerichtsentscheidungen nicht gefolgt. Im Konfliktfall fehlen dem Personalrat wichtige Mittel, um eigene Vorstellungen wirksam einbringen und durchsetzen zu können.

Faktisch verschlechtert dies nicht nur die Position der Beschäftigten. Die öffentlichen Aufgaben lassen sich nicht sachgemäß durch Befehl und Gehorsam erledigen. Diese Vorstellung ignoriert die eigenständigen Machtressourcen der Beschäftigten und ist damit auch weniger problemadäquat. Die politikwissenschaftliche Forschung zeigt, dass der Erfolg staatlicher Maßnahmen angesichts der zunehmenden gesellschaftlichen Komplexität von der Kooperation der Adressaten abhängig ist (Offe 1974). Ein Steuerungserfolg der öffentlichen Hand wird also durch eine Enthierarchisierung erkauft (vgl. Scharpf 1992, S. 94 f.). Dies lässt sich auch auf das Verhältnis von Vorgesetzten und Beschäftigten übertragen.

4. Politische Steuerung in öffentlichen und privaten Rechtsformen

Die politikwissenschaftliche Implementationsforschung hat gezeigt, dass politische Steuerung, also die Einflussnahme der Verwaltung bzw. politischer Entscheidungsträger zur Durchsetzung sachadäquater Problemlösungen alles andere als trivial ist. Das liegt auch daran, dass Problemlösungen nicht quasi bereit liegen und nur umgesetzt werden müssen, sondern erst kooperativ und inkremental zu entwickeln sind. Es gibt nicht nur eine Lösung für ein Problem, sondern mehrere, die in der Wahrnehmung verschiedener Akteure unterschiedlich geeignet sind. Das Ganze wird dadurch noch komplizierter, dass diese Akteure jeweils über eigene Machtressourcen verfügen und diese auch einsetzen können.

Diese Schwierigkeiten politischer Steuerung sind unabhängig von der Rechtsform der operativen Einheit, die eine öffentliche Aufgabe bewältigen soll. Dennoch ist das Ausmaß der Steuerungsschwierigkeit auch abhängig von der Rechtsform.

Regiebetriebe kommen der klassischen Ämterverwaltung sehr nahe, und allein die sog. optimierten Regiebetriebe bzw. Nettoregiebetriebe (vgl. Cronauge 1997, S. 36 ff. [Rdnr. 52 ff.]) verfügen in Anlehnung an die Eigenbetriebsform über eine gewisse Eigenständigkeit bei der Wirtschaftsführung und dem Rechnungswesen.

Da es sich beim Eigenbetrieb grundsätzlich um ein Mittelding zwischen Regiebetrieb und Kapitalgesellschaft handelt (vgl. Cronauge 1997, S. 81 [Rdnr. 231]), ergeben sich für die Steuerbarkeit größere Probleme als bei einer reinen Ämterverwaltung. Eigenbetriebe werden von einem Betriebs- bzw. Werksausschuss, also einem Gremium des Rates bzw. der Gemeindeversammlung, gesteuert. Es gibt dabei eine gewisse Ähnlichkeit zu Aufsichtsräten von Kapitalgesellschaften. Diese Ähnlichkeiten enden allerdings darin, dass, anders als bei Gesellschaften, die Ratsmitglieder bzw. Stadtverordneten Zugang zu allen Informationen haben und das demokratisch gewählte Gremium das Letztentscheidungsrecht besitzt.

Grundsätzlich verfügt die Werkleitung eines Eigenbetriebs über eine große Selbständigkeit gegenüber der Verwaltungsleitung, weil sie als Organ an die Geschäftsführung von Kapitalgesellschaften angelehnt ist. Die Werkleitung ist für die wirtschaftliche und rechtmäßige Aufgabenerfüllung verantwortlich. Um ihren Erfolg nachzuweisen, muss die Werkleitung einen Wirtschaftsplan mit Erfolgsplan (Erträge und Aufwendungen),

einen Vermögensplan (Einnahmen und Ausgaben) sowie einen Jahresabschluss vorlegen. Eigenbetriebe sind aber rechtlich weiterhin Bestandteil der Verwaltung, so dass sie nur begrenzt eigenständig Rechtsgeschäfte tätigen können und ihnen bestimmte Grundzuständigkeiten (Budget- und Satzungsrecht) nicht zufallen; Dienstvorgesetzter bleibt der Bürgermeister.

Anders als Regie- und Eigenbetriebe unterliegen Kapitalgesellschaften grundsätzlich keiner verwaltungsinternen Kontrolle und bleiben damit in Bezug auf politische Einflussnahme weit hinter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zurück. Aus dem kommunalen Selbstverwaltungsrecht nach Art. 28 Abs. 2 GG ergibt sich das Recht und die Pflicht, auf kommunale Unternehmen einzuwirken, welches in den verschiedenen Gemeindeordnungen konkretisiert ist (z. B. § 113 GO NW).

Die Reichweite der Einflussnahme der demokratisch gewählten Gremien ist jedoch durch Bundesgesetze (GmbH- und Aktiengesetz) begrenzt: Nach § 111 AktG ist der Aufsichtsrat jeder Kapitalgesellschaft ausschließlich den Interessen des Unternehmens verpflichtet. Die einschlägigen Bestimmungen der Gemeindeordnungen der Länder, die die Vertreter der Gemeinden in Aufsichtsräten zu einer Orientierung an den Interessen der Gemeinden verpflichten wollen (so z. B. § 113 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 GO NW), laufen daher ins Leere. Nur ein freiwilliger bzw. nicht gesetzlich vorgeschriebener Aufsichtsrat in einer GmbH kann durch den Gesellschaftervertrag zu einer primären Beachtung der städtischen Interessen veranlasst werden (§ 52 Abs. 1 GmbHG). Obwohl der Arbeitgeberanteil in Aufsichtsräten vom Rat oder der Gemeindeversammlung bestellt wird und jederzeit abwählbar ist, besteht, anders als bei öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, kein uneingeschränktes Informationsrecht der Verwaltung (§ 116 i. V. m. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG; § 52 GmbHG, es gibt aber besondere Informationsrechte für die Gebietskörperschaften nach §§ 53, 54 HGrG).

Der Vorstand handelt ganz in eigener Verantwortung (§ 76 AktG). Daher haben die Verwaltungsleitung und die Kommunalpolitik keine formalen Möglichkeiten, direkt auf Vorstände von Aktiengesellschaften Einfluss zu nehmen. Das gilt für konkrete Vorgaben des Aufsichtsrates (§ 119 Abs. 2 AktG) und der Hauptversammlung (§ 111 Abs. 4 AktG). Weisungsrechte gibt es also gar nicht; in begründeten Einzelfällen, die zentrale Bestandteile der Geschäftsführung betreffen, steht es allein dem Aufsichtsrat zu, zustimmungspflichtige Geschäfte zu definieren (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Eine GmbH kann dagegen durch ihren Gesellschaftervertrag so gestaltet werden, dass die Gesellschafterversammlung (bzw. der Aufsichtsrat) direkt auf die Geschäfte der Geschäftsführung einwirken kann (§§ 45 f. GmbHG); auch kann der Geschäftsführung eine Beschränkung ihrer Verantwortung auferlegt werden (§ 37 GmbHG).

Cronauge (1997, S. 111 [Rdnr. 358]) meint daher, die Aktiengesellschaft sei "eine nicht zu unterschätzende Wegstrecke vom kommunalen Zentrum ‚Rat‘ entfernt". Die GmbH kann demgegenüber als eine Organisationsform begriffen werden, die in ihrem Verselbständigungsgrad zwischen Eigenbetrieb und AG angesiedelt ist (vgl. ebd., S. 122 [Rdnr. 393]). Auch hier bleibt allerdings das praktische Problem bestehen, dass Aufsichtsräte in ihrem Handeln nur in Ausnahmefällen dem Willen der Kommunalpolitik direkt unterliegen, u. a. weil die Gesellschafterverträge nicht hinreichend genau abgefasst sind.

Die Reformen der Unternehmenssteuerung in den USA (Sarbanes-Oxley Act) und die Corporate Governance-Kodizes sind eine Reaktion auf manifest gewordene Probleme. Der deutsche Gesetzgeber hat seinerseits z. B. die Qualität der Abschlussprüfung und der Kontrolle von Kapitalgesellschaften im Rahmen eines Ende 1997 ausgefertig-

ten Artikelgesetzes (KonTraG) nachhaltig zu verbessern versucht. Der Aufsichtsrat ist durch diese rechtlichen Veränderungen gestärkt worden, vor allem weil er der erste Adressat des Abschlussprüfers geworden ist.

Verwaltung und Politik verlieren dennoch die rechtlich und demokratisch gebotene Kontrolle, weil Aufsichtsratsmitglieder sich kaum an politisch definierte Ziele gebunden fühlen und Unternehmensziele in ihrer Wahrnehmung eine höhere Priorität besitzen (vgl. Cronauge 1997, S. 56 f. [Rdnr. 120 ff.]; Machura 1998, S. 154 ff.). Dieses Problem besteht nicht nur für Vertreter der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat, die ihrer Funktion nach nicht ausschließlich die Eigentümer-, wohl aber das Unternehmensinteresse zu beachten haben, sondern vor allem für die Vertreter der öffentlichen Hand, die nicht an Weisungen der Politik bzw. der Verwaltung gebunden sind.

Eigeninteressen der Leitungen der dezentralen Einheiten werden durch einen größeren Handlungsspielraum und die Anforderung einer verbesserten Wirtschaftlichkeit wirksam. Diese Eigeninteressen geraten dabei tendenziell in Konflikt zu dem öffentlich definierten Auftrag, dem die öffentliche Hand und damit auch der Verwaltungsvorstand verpflichtet sind:

"Der Perspektive des auf Wirtschaftlichkeit und technische Effizienz verpflichteten Unternehmens sind die politischen Vorgaben jedoch äußerlich. Es handelt sich ja um Vorgaben, die ein Unternehmen zwingen sollen, gegen Marktrationalität zu handeln. [...] aus wirtschaftlicher Perspektive [erscheint dies] als ideologisch motivierte Zumutung." (Stölting 2001, S. 18)

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie wirksam Verwaltungsleitungen auf das Handeln ihrer Unternehmen Einfluss nehmen können. Die wichtigsten formalen Instrumente der Einflussnahme sind die Gesellschafterversammlung, der Aufsichtsrat (inkl. der Wahl der Vorstände/Geschäftsführungen) und das Konzernrecht. Es gibt bislang nur wenige bereits implementierte Formen eines Beteiligungsmanagements, welche die grundlegenden Informationen über die kommunalen Beteiligungen für die Verwaltungsleitung, die Politik und die Aufsichtsräte aufbereiten, bewerten sowie Abweichungen von vorgegebenen Zielen ggf. sanktionieren und damit eine Voraussetzung für systematische Einflussnahme sind (vgl. Bremeier u. a. 2006, S. 27 ff.). Letztlich geht es bei der Einflussnahme (der das Beteiligungsmanagement als grundlegendes Instrument dient) um die "absichtsvolle und auf die jeweiligen eigenen Ziele bezogene Intervention in gesellschaftliche Strukturen und Prozesse" (Gerstlberger/Kneissler 1998, S. 200) mittels der Eigengesellschaften.

Die Verwaltung hat aber erhebliche Probleme, Informationen aus Eigengesellschaften so zu verarbeiten, dass politische Steuerung möglich wird: Häufig führt der Aufbau eines Beteiligungsmanagements erst dazu, dass die Steuerungsprobleme den öffentlichen Akteuren deutlich werden, ohne dass es für die Durchsetzung der politisch definierten Ziele bereits ausreichend ist (Gerstlberger/Kneissler 1998, S. 214).

Insgesamt lässt sich vor dem Hintergrund der vorliegenden Forschungsliteratur (im Detail: Bremeier u. a. 2006) konstatieren, dass es der öffentlichen Hand schwer fällt, ihre dezentralen Einheiten, und hier insbesondere die öffentlichen Unternehmen, zu steuern. Insbesondere gelingt es ihr nicht, durch Aufsichtsräte wirksam Einfluss zu nehmen.

5. Das Verhältnis von Mitbestimmung und politischer Demokratie

Vor dem Hintergrund der Steuerungsprobleme der öffentlichen Hand, die mit der Position der Arbeitnehmervertreter offenkundig nichts zu tun haben, erstaunt die juristische Kritik an der Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen. Nichtsdestotrotz greift die Mitbestimmung in den organisatorischen Ablauf der öffentlichen Verwaltung und öffentlicher Unternehmen ein, genauso wie sie bei privaten Unternehmen in das Eigentumsrecht eingreift. Das Argument, obschon ideologisch motiviert, ist also zu prüfen.

Diese Fragestellung ist in einen größeren Zusammenhang, nämlich das Verhältnis von Mitbestimmung und Demokratie insgesamt, eingebettet. Allgemein akzeptiert ist, dass Mitbestimmung ein Element der sozialen Demokratie ist. Es ist nicht nur der Anspruch der Gewerkschaften, dass Mitbestimmung eine (Teil-) Verwirklichung der "Demokratie in der Wirtschaft" ist, auch in Veröffentlichungen der Arbeitsministerien aller Bundesregierungen findet sich diese Formulierung im Zusammenhang mit der Mitbestimmung. Nach dem Zweiten Weltkrieg war es gesellschaftlicher Konsens, dass die Macht in der Wirtschaft begrenzt werden müsse und Demokratie nicht vor den Werkstören halt machen dürfe. Die gegenwärtige Ausgestaltung der betrieblichen und direktiven Mitbestimmung ist auf dieser Basis Ergebnis einer politischen Konsensbildung.

Das Verhältnis von materieller Demokratie im Arbeitsleben und politischer Demokratie ist aber bis heute nicht vollständig geklärt. Das liegt zum einen daran, dass die Ausgestaltung der Mitbestimmung immer nur als Kompromiss denkbar ist, d. h. Mitbestimmungsregelungen — wenn überhaupt — nur theoretisch mit der politischen Demokratie in Konflikt treten. Zum anderen sind industriesoziologische und demokratietheoretische Forschung bislang weitgehend ohne Berührung zueinander geblieben. Die Demokratietheorie ignoriert die Mitbestimmung fast vollständig, auch da wo sie sich mit politischer Partizipation beschäftigt, was angesichts dessen, dass die Gewerkschaften zu den größten Verbänden der politischen und sozialen Selbstorganisation gehören, überrascht (vgl. Demirović 2006).

Inwieweit Mitbestimmung als legitim begriffen wird und daher in das Eigentumsrecht bzw. — im öffentlichen Sektor — in die Organisationshoheit der Verwaltungsleitung eingreifen kann, ergibt sich aus politischer Konsensbildung, ist letztlich auch eine Machtfrage. Die Gewerkschaften verfügen über große Legitimitätsressourcen, weil sie die Interessen einer erheblichen Zahl von Beschäftigten zusammenführen. Die Kritik, dass die Gewerkschaften Partialinteressen vertreten, führt ins Leere, da es sich einerseits um einen großen Teil der Gesellschaft handelt, der hier vertreten wird, und weil weitaus kleinere Teile der Gesellschaft — nämlich die Unternehmen bzw. ihre Eigentümer — faktisch einen weitaus größeren Einfluss haben. Die Mitbestimmung dient also der Ausbalancierung gesellschaftlicher Macht.

Letztlich ist die Beteiligung der Arbeitnehmer schon allein deshalb eine demokratische Ressource, weil ein demokratisches Gemeinwesen nicht nur durch einmalige, alle vier bis fünf Jahre wiederkehrende Wahlen definiert werden kann. Demokratie muss sich im Alltag wieder finden, einem Citoyen kann nicht zugemutet werden, im Arbeitsleben wieder zum Untertan zu werden (vgl. Moldaschl 2004 m. w. N.).

Fraglich ist dennoch, ob materielle Demokratie im öffentlichen Sektor nicht besonders begründungsbedürftig ist, weil in demokratisch legitimierte Entscheidungen eingegriffen wird. Das Argument, dass staatliches Handeln sich nicht allein auf Hierarchie stützen kann, weil so sachadäquate Lösungen weniger wahrscheinlich werden, wurde

bereits angeführt. Aber über dieses eher technische Argument hinaus lässt sich kaum begründen, warum ausgerechnet in demokratisch legitimierten Organisationen Befehl und Gehorsam zu den demokratisch allein möglichen Interaktionsformen werden sollen. Demokratisch legitimierte Entscheidungen entstehen nur durch Beteiligungshandlungen. Wenn also die demokratische Qualität erhöht werden soll, darf nicht Mitbestimmung reduziert werden, sondern sie muss durch stärkeres bürgerschaftliches Engagement ergänzt werden. Dafür müssen Anreize geschaffen werden. Leider zeigt die politische Partizipationsforschung, dass Bürger (und Beschäftigte) sich eher dann partizipativ einbringen, wenn sie unmittelbar betroffen sind. Dieses Problem, dass sich Bürger — aus der Perspektive demokratischer Legitimation — zu wenig beteiligen, löst man aber nicht, indem man auch denjenigen die Beteiligung erschwert, die sich einbringen wollen.

Bezeichnend ist, dass die direkte Mitbestimmung international weitaus häufiger in öffentlichen Unternehmen zu finden ist als in privaten (vgl. Kluge 2006). Dies korrespondiert damit, dass die Anforderungen an demokratische Legitimation im öffentlichen Sektor höher sind als im privaten (Moldaschl 2004).

6. Schluss

Die öffentliche Hand verwendet zu wenig Energie darauf, Einfluss auf die Erstellung öffentlicher Dienstleistungen zu nehmen und damit ihre Wirkung zu beeinflussen. Die öffentliche Wirtschaft ist häufig selbst für die Verwaltung nur wenig durchschaubar, es haben sich Autonomiespielräume herausgebildet.

Einflussnahme der politischen Gremien sowie der Bürgerinnen und Bürger ist nur möglich, wenn die Gegenstände, die zu gestalten und zu entscheiden sind, transparent sind. Zu diesem Zweck bietet sich an, den Corporate Governance Kodex als Mindestanforderung für das Management öffentlicher Unternehmen zu begreifen, obwohl dieser Kodex nicht für den öffentlichen Sektor konzipiert wurde und daher auch Regelungen enthält, die nicht anwendbar sind (Bremeyer u. a. 2005). Besser noch sollte ein Public Corporate Governance Kodex entwickelt werden, um auch den zusätzlichen Anforderungen des öffentlichen Sektors in puncto Demokratie und politischer Steuerung gerecht zu werden.

Neben Transparenzfordernissen fehlen bislang auch Mindeststandards für die Qualität öffentlicher Dienstleistungen, wie z. B. Arbeitsbedingungen, Leistungsmenge und -qualität. Durch eine Definition solcher Standards kann einerseits der Raum für Partizipation von Bürgerinnen und Bürgern geöffnet werden, andererseits lässt sich feststellen, inwieweit z. B. private Anbieter überhaupt in der Lage sind, solche Leistungen unter fairen Wettbewerbsbedingungen zu erbringen.

Die Beteiligung der Bürgerinnen und Bürger ergänzt so die Mitbestimmung der Beschäftigten. Dies ist nicht nur sinnvoll, um die demokratische Qualität von Entscheidungen zu verbessern, sondern auch um mit höherer Wahrscheinlichkeit zu sachadäquaten Lösungen beizutragen.

Die Kritik an der Mitbestimmung in der öffentlichen Verwaltung und im Aufsichtsrat öffentlicher Unternehmen führt ins Leere. Es ist nicht nur so, dass sie angesichts des begrenzten Interesses der öffentlichen Hand für ihre Unternehmen erstaunt. Da wo Konflikte zwischen politischer Demokratie und Mitbestimmung tatsächlich wirksam

zu werden drohen, lassen sich diese relativ leicht aus dem Feld räumen, indem der demokratisch legitimierte Gesetzgeber sich des Themas unmittelbar annimmt. Insbesondere ermöglicht es das GmbH-Recht, in den Gesellschaftervertrag Ziele aufzunehmen, die dann auch für die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bindend sind. Angesichts der Steuerungsprobleme, die der öffentliche Arbeitgeber mit seinen "eigenen" Vertretern im Aufsichtsrat hat, bietet sich dieses Verfahren ohnehin an. Darüber hinaus ist die öffentliche Hand keineswegs gezwungen, öffentliche Aufgaben in privater Rechtsform zu erbringen, zumal Wirtschaftlichkeitsvorteile bei privatrechtlicher Erbringung nicht nachweisbar sind. Bedient sie sich aber privater Rechtsformen, muss sie auch die Unternehmensmitbestimmung beachten.

Literatur

Adams, Michael (2006), Das Ende der Mitbestimmung, in: ZIP — Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Heft 34, S. 1561–1568.

Ambrosius, Gerold (1984), Die öffentliche Wirtschaft in der Weimarer Republik. Kommunale Versorgungsunternehmen als Instrumente der Wirtschaftspolitik, Baden-Baden (Schriften zur öffentlichen Verwaltung und öffentlichen Wirtschaft, Bd. 78).

Ambrosius, Gerold (2000), Public Private Partnership und Gemischtwirtschaftlichkeit. Neue Formen öffentlich–privater Kooperation in historischer Perspektive, in: Frese, Matthias / Zeppenfeld, Burkhard (Hrsg.), Kommunen und Unternehmen im 20. Jahrhundert. Wechselwirkungen zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft, Essen (Bochumer Schriften zur Unternehmens- und Industriegeschichte, Bd. 7), S. 199–214.

BDA — Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände/ BDI — Bundesverband der Deutschen Industrie (Hrsg.) (2004), Mitbestimmung modernisieren. Bericht der Kommission Mitbestimmung, Berlin.

Blanke, Thomas (1998), Verwaltungsmodernisierung. Direktionsrecht des Arbeitgebers, Mitwirkungsrechte des Personalrats und Tarifautonomie. Rechtsgutachten, Baden-Baden (Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 32).

Bremeier, Wolfram/ Brinckmann, Hans/ Killian, Werner/ Schneider, Karsten (2005), Die Bedeutung des Corporate Governance Kodex für kommunale Unternehmen, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, Heft 3, S. 267–282.

Bremeier, Wolfram/ Brinckmann, Hans/ Killian, Werner (2006), Public Governance kommunaler Unternehmen. Vorschläge zur politischen Steuerung ausgegliederter Aufgaben auf der Grundlage einer empirischen Erhebung, Düsseldorf (Edition der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 173).

Cronauge, Ulrich (1997), Kommunale Unternehmen. Eigenbetriebe — Kapitalgesellschaften — Zweckverbände, 3. Aufl., Berlin (Finanzwesen der Gemeinden, Bd. 3).

Demirović, Alex (2006), Demokratie, Wirtschaftsdemokratie und Mitbestimmung. Zum aktuellen Diskussionsstand und den Perspektiven, in: Bontrup, Heinz J./ Müller, Julia u. a., Wirtschaftsdemokratie. Alternative zum Shareholder-Kapitalismus, Hamburg, S. 54–92.

Diekmann, Jochen / Ziesing, Hans-Joachim / Leprich, Uwe (2006), Anreizregulierung für Beschäftigung und Netzinvestitionen, Berlin, Saarbrücken,
URL: http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2005-756-5-2.pdf (Zugriff am 1.9.2006).

Dopatka, Friedrich-Wilhelm (1996), Mitbestimmung im öffentlichen Dienst revisited. Konservativer roll back oder Angleichung der Verhältnisse?, in: Kritische Justiz, S. 224–238.

Gerstlberger, Wolfgang / Kneissler, Thomas (1998), Die Eigendynamik ausgegliederter Verwaltungseinheiten: Theoretische Überlegungen und empirische Befunde, in: Die Verwaltung, Heft 2, S. 193–218.

Höpner, Martin (2004), Unternehmensmitbestimmung unter Beschuss. Die Mitbestimmungsdebatte im Licht der sozialwissenschaftlichen Forschung, in: Industrielle Beziehungen, Heft 4, S. 347–379.

Jirahn, Uwe (2006), Ökonomische Wirkungen der Mitbestimmung in Deutschland: Überblick über den Stand der Forschung und Perspektiven für zukünftige Studien, in: Sozialer Fortschritt; Heft 9, S. 215–226.

Kamm, Rüdiger / Vohs, Gerhard / Peiseler, Manfred (1995), Personalvertretungsrecht, in: Kittner, Michael (Hrsg.), Gewerkschaften heute. Jahrbuch für Arbeitnehmerfragen 1995, Köln, S. 405–419.

Keller, Berndt (2006), Mitbestimmung: Aktuelle Forderungen im Licht empirischer Daten, in: Sozialer Fortschritt, Heft 2–3, S. 41–50.

Kisker, Gunter (1992), Mitbestimmung total. Zur Neuordnung des Personalvertretungsrechts in Schleswig-Holstein, in: Die Personalvertretung, Heft 1, S. 1–37.

Kißler, Leo (1992), Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland. Modell und Wirklichkeit, Marburg.

Kluge, Norbert (2006), Mitbestimmte Unternehmensführung — ein Leitbild für das Europäische Sozialmodell?, in: Industrielle Beziehungen, Heft 1, S. 43–56.

Lippert, Inge (2005), Öffentliche Dienstleistungen unter EU-Einfluss. Liberalisierung — Privatisierung — Restrukturierung — Regulierung, Berlin (Modernisierung des öffentlichen Sektors, Bd. 26).

Machura, Stefan (1998), Rollenkonflikt und Selbstbehauptung. Zur politischen Psychologie des Aufsichtsrats, in: Edeling, Thomas / Jann, Werner / Wagner, Dieter (Hrsg.), Öffentliches und privates Management. Fundamentally Alike in All Unimportant Respects?, Opladen (Interdisziplinäre Organisations- und Verwaltungsforschung, Bd. 1), S. 147–159.

Merkel, Angela (2006), Rede auf der Jubiläumsveranstaltung "30 Jahre Mitbestimmungsgesetz" der Hans-Böckler-Stiftung am 30. August 2006 in Berlin, URL: http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Bulletin/2006/08/75-1-bk-hans-boeckler.html (Zugriff am 4.10.2006).

Moldaschl, Manfred (2004), Partizipation und/als/statt Demokratie. Zum Entwick-

lungsverhältnis von gesellschaftlicher Demokratisierung und organisationaler Partizipation, in: Weber, W. G./ Pasqualoni, W. G./ Burtscher, C. (Hrsg.): Wirtschaft, Demokratie und soziale Verantwortung. Kontinuitäten und Brüche. Göttingen, S. 216–245.

Nagel, Bernhard (1998), Die Privatisierung im Unternehmens- und Konzernrecht, in: Blanke, Thomas/ Trümner, Ralf (Hrsg.), Handbuch Privatisierung, Baden-Baden, S. 297–380.

Nagel, Bernhard (2002), Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip. Gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf (Edition der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 70).

Nagel, Bernhard/ Haslinger, Sebastian/ Meurer, Petra (2002), Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, Baden-Baden (Schriften der Hans-Böckler-Stiftung, Bd. 51).

Nagel, Bernhard/ Scheele, Ulrich/ Pollem, Ole (2006), Dienste im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse nach Art. 16 des EG-Vertrages und die Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität, hekt. Msgr.

Offe, Claus (1974), Rationalitätskriterien und Funktionsprobleme politisch-administrativen Handelns, in: Leviathan, Heft 3, S. 333–345.

Ossenbühl, Fritz (1986), Grenzen der Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Baden-Baden.

Plander, Harro (1995), Personalvertretung als Grundrechtshilfe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Eine rechtswissenschaftliche Studie, Baden-Baden.

Scharpf, Fritz W. (1992), Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts, in: Kohler-Koch, Beate (Hrsg.), Staat und Demokratie in Europa. 18. Wissenschaftlicher Kongress der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft, Opladen, S. 93–115.

Stölting, Erhard (2001), Das Öffentliche an öffentlichen Unternehmen, in: Edeling, Thomas/ Jann, Werner/ Wagner, Dieter/ Reichard, Christoph (Hrsg.), Öffentliche Unternehmen. Entstaatlichung und Privatisierung?, (Interdisziplinäre Organisations- und Verwaltungsforschung, Bd. 6), S. 17–33.

Wegener, Alexander (2002), Die Gestaltung des kommunalen Wettbewerbs. Strategien in den USA, Großbritannien und Neuseeland, Berlin.

Williamson, Hugh (2006), Beware, union on board? Why Germany's worker directors need to justify their jobs, in: Financial Times, 29.8.2006.

Europäische Aktiengesellschaft — eine Lösung im Spannungsfeld zwischen Europarecht und grenzüberschreitendem nationalen Recht?

von Jürgen von Stuhr

I. Erwartungsvorgaben

Die Erwartungen, Hoffnungen und Ambitionen im Zusammenhang mit der endlich ermöglichten Europäischen (Aktien-) Gesellschaft (offiziell: Societas Europaea — SE) waren hoch¹. Schließlich ist es u. a. eine der wesentlichen Aufgaben der Europäischen Gemeinschaft, einen gemeinsamen Binnenmarkt zu schaffen, der außer der Beseitigung der Handelshemmisse für den freien Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten auch eine gemeinsame (Re-)Organisation der Unternehmen zulässt². Hierzu ist neben der Harmonisierung des nationalen Unternehmensrechts der Mitgliedstaaten insbesondere auch die Schaffung europäischer Rechtsformen notwendig, um europaweit tätigen Unternehmen eine attraktive Alternative zum jeweiligen nationalen Recht der Mitgliedstaaten zu bieten³. Politisch war gewollt, mit der Europäischen (Aktien-) Gesellschaft die internationale Wettbewerbsfähigkeit nationaler Unternehmen zu stärken, indem sie als europaweit einheitliche Rechtsform für Kapitalgesellschaften den Unternehmen eine Expansion und Neuordnung über Ländergrenzen hinweg ermöglicht⁴.

II. Vermutete Vorteile einer SE

Der jetzt geschaffenen Europäischen Gesellschaft werden u. a. folgende Fähigkeiten zugeschrieben:

1. Grenzüberschreitende Fusionen sollen nun die Umstrukturierung von Unternehmensgruppen in der Weise ermöglichen, dass z.B. einzelne Produktlinien, Regionen oder Tätigkeitsbereiche jeweils einer eigenen Societas Europaea (SE) zugeordnet werden⁵.
2. Das Statut der SE soll den Königsweg für jegliche Kooperationen zwischen ver-

¹ Hirte, Die Europäische Aktiengesellschaft — ein Überblick nach In-Kraft-Treten der deutscher Ausführungsgesetzgebung, DStR 2005, 653, spricht von einem der ambitioniertesten und zugleich langwierigsten Rechtsetzungsvorhaben der EU.

² Kleinsorge, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), München 2005, S. 2.

³ Kleinsorge, in: Nagel pp, a.a.O., S. 2.

⁴ Nagel, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) und die Beteiligung der Arbeitnehmer, AuR 2004, S. 281, m.H.a. eine Presseerklärung v. 26.05.2004 der damaligen Bundesjustizministerin Zypries und des damaligen Bundeswirtschafts- und -arbeitsministers Clement.

⁵ Bolkestein, Kommissar a.D. für Binnenmarkt, Steuern und Zollunion der Europäischen Kommission im Geleitwort zu Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart 2005.

- schiedenen Mitgliedstaaten eröffnen⁶.
3. In Vollendung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Bereich der Rechtsformen wird den Unternehmen das "Flaggschiff des Europäischen Gesellschaftsrechts" zur Verfügung gestellt⁷.
 4. Die Europäische Aktiengesellschaft leistet einen wichtigen Beitrag, um nationale Unternehmensstrukturen und -kulturen weiter aufzubrechen und sie in europäische, im Wettbewerb entstandene und daher effiziente Strukturen zu transformieren⁸.
 5. Der jeweiligen Internationalisierungsstrategie sowie der Internationalisierung der operationalen Organisationsstruktur und der Stakeholder kann durch eine statutarische Organisationsstruktur besser Rechnung getragen werden (structure follows strategy), so dass sich zahlreiche Effizienzsteigerungen aufgrund verminderter Transaktions- und Organisations(form)kosten im Europäischen Binnenmarkt realisieren lassen⁹.
 6. Europaweit kann durch eine einzige SE mit rechtlich unselbständigen Niederlassungen agiert werden, so dass die bisher erforderlichen, sehr komplexen Organisationsstrukturen entfallen¹⁰.
 7. Die SE soll zu
 - a) niedrigeren Verwaltungskosten,
 - b) einer einheitlichen Rechtsstruktur,
 - c) einer einheitlichen Geschäftsführung und
 - d) einem einheitlichen Berichtswesen führen¹¹.
 8. Eine SE kann besser zum Abbau psychologischer Hemmnisse beitragen und die Anziehung von zusätzlichen Direktinvestitionen aus Drittstaaten fördern; somit können auch außereuropäische Unternehmen und Konzerne zukünftig im Europäischen Binnenmarkt in klar strukturierter, rechtlich weitgehend einheitlicher Form auf Gemeinschaftsebene auftreten und agieren¹².
 9. Die SE verfügt über einen rechtsformspezifischen Corporate Goodwill und wird zur Herausbildung einer unternehmensindividuellen Europäischen Identity und Culture beitragen¹³.
 10. Die SE kann sich unabhängig von nationalen Rechtsregeln für ein zwei- oder eingliedriges System der Corporate Governance (Vorstand / Aufsichtsrat versus

⁶ Bolkestein, a.a.O., Geleitwort zu Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft.

⁷ Hopt, ZIP 1998, 96, 99; Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, a.a.O., Vorwort IIX.

⁸ Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort IIX.

⁹ Zum Vorteil der Flexibilität: Brandt, Ein Überblick über die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland, BB 2005, 1, 7; Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort IIX.

¹⁰ Vgl. hierzu auch Nagel, Ist die Europäische Aktiengesellschaft (SE) attraktiv?, DB 2004, 1299, 1303; Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort IX.

¹¹ Schulz/Geismar, Die Europäische Aktiengesellschaft — eine kritische Bestandsaufnahme, DStR 2001, 1078.

¹² Hirte, DStR 2005, 653, 655; Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort IX m.H.a. Reitz, in: WamS v. 24.10.2004, S. 23, in Bezug auf die europaweite Umstrukturierung von GM Europe einschließlich der Adam Opel AG.

¹³ Petri/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft — notwendig und zukunftsorientiert, in : Der Aufsichtsrat 2004, Heft 10 S. 3 f.

Boardmodell) entscheiden und den Umfang der Beteiligung der Arbeitnehmer unternehmensindividuell aushandeln¹⁴.

11. Die SE kann dem Druck des US-amerikanischen Kapitalmarktes sowie allgemein der Amerikanisierung des internationalen Kapitalmarktfeldes umfassend Rechnung tragen, indem sie sich ggf. dem US-amerikanischen Muster anpassen und traditionelle europäische Mitbestimmungsstandards vereinheitlichen kann¹⁵.
12. Viele große supranational-europäische Unternehmen (zahlreiche Europäische und verschiedene DAX 30-Unternehmen) prüfen die Möglichkeit, sich vollständig in eine SE umzuwandeln¹⁶.

III. Vermutete Nachteile einer SE

Diesen z. T. euphorisch vorgetragenen Befürwortungsargumenten werden in der Literatur zahlreiche Argumente entgegengehalten:

1. Die Rechtsregelungen seien viel zu unpräzise. Die SE-VO enthalte zu viele Verweisungen auf mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften¹⁷. Die 70 Artikel der SE-VO enthielten insgesamt 84 Verweisungsvorschriften¹⁸.
2. Zu groß und zu zahlreich seien die sich aus den Unterschieden der mitgliedschaftlichen Rechtsordnungen ergebenden Unsicherheiten¹⁹.
3. Die jetzt tatsächlich noch verbliebenen einheitlich geltenden Regelungen seien lediglich als kleinster gemeinsamer Nenner der Genese der SE²⁰ unzureichend und wenig praktikabel²¹.
4. Es gäbe nun keine einheitliche Europäische Aktiengesellschaft mehr, sondern so viele unterschiedlich SE's wie Mitgliedstaaten, diese verliere dadurch an Attraktivität²². Von einer Europäischen Gesellschaft könne insofern keine Rede mehr sein, sondern allenfalls von einer nationalen Gesellschaft europäischen Zuschnitts²³.
5. Bei der Wahl des Standortes einer SE spiele das Recht des Sitzstaates aufgrund der Subsidiaritätsverweisungen eine wesentliche Rolle. Daher sei ein so genann-

¹⁴Nagel, DB 2004, 1299, 1303; Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort IX.

¹⁵Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort X.

¹⁶Theisen/Wenz a.a.O., Vorwort X.

¹⁷Brandt, Die Europäische Aktiengesellschaft in Deutschland, BB Special 3/2005. 7, spricht von einem komplizierten Regelungsgeflecht und Verschachtelung mehrerer Rechtsebenen.

¹⁸Brandt/Scheifele, DStR 2002, 547 ff. verweisen auf insgesamt 84 Verweisungsvorschriften innerhalb der 70 Artikeln der SE-VO.

¹⁹Schröder/Fuchs, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft SE, 2005, S. 27 Rn. 19 m.H.a. Jaeger, S. 211.

²⁰Schröder/Fuchs, in: Manz/Meyer/Schröder, a.a.O., S. 27 Rn. 19 m.H.a. Bungert/Beier, EWS 2002, 2.

²¹Schröder/Fuchs, in: Manz/Meyer/Schröder, a.a.O., S. 27 Rn. 19 m.H.a. Rasner, ZGR 1992, 314, 318, 325; Lutter AG 1990, 413 ff.; Jaeger, S. 211.

²²Hierzu auch Nagel. Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland — der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, NZG 2004, 833, 836; Schröder/Fuchs, in: Manz/Meyer/Schröder, a.a.O., S. 27 Rn. 19 m.H.a. Leupold, S. 25; Grote, S. 63.

²³Schulz/Geismar, a.a.O., DStR 2001, 1079, m.H.a. Merkt, BB 1992, 652, 654; Rasner ZGR 1992, 314, 317 ff.

ter "Delaware-Effekt"²⁴ zu erwarten, d.h. die Gründungsgesellschaften werden den Sitz ihrer SE in dem Mitgliedstaat mit den geringsten rechtlichen Anforderungen wählen²⁵.

6. Auch eine europaweite Vereinheitlichung gesellschaftsrechtlicher Strukturen könnte nicht über Erfolg oder Misserfolg eines Projekts entscheiden. Die wirtschaftliche Realität schaffe sich notfalls Strukturen an den gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen vorbei²⁶.
7. International operierende Konzerne hätten sich längst daran gewöhnt, ihre konzerninterne Hierarchie unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Weisungs- und Berichtspflichten anzugeben und zu praktizieren²⁷.
8. Arbeitsrechtliche Unsicherheiten, die aus der in der SE-Richtlinie geregelten Arbeitnehmerbeteiligung resultieren, könnten Ungleichheiten zwischen Gesellschaften mit Beteiligungen von Gründungsgesellschaften in Mitgliedstaaten mit hohem bzw. niedrigem Mitbestimmungsstandard bedingen²⁸.
9. Da die SE-VO keinen steuerlichen Rechtsrahmen enthält, werden ungesicherte steuerliche Probleme befürchtet²⁹.
10. Auch weitere, eng verbundene Rechtsbereiche über das Steuerrecht hinaus, wie z. B. das Konzernrecht, das Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz und das Konkursrecht (Insolvenzrecht) unterliegen allein nationalem Recht³⁰.

IV. Überholte Problematik durch aktuelle EuGH-Rechtsprechung?

Fraglich erscheint, in wie weit eine neue, gesonderte Regelung für eine "Societas Europaea" wirklich noch interessant ist oder rechtlich bzw. wirtschaftlich tatsächlich noch benötigt wird, nachdem der Europäische Gerichtshof einige grundlegende Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit von Unternehmen innerhalb der Europäischen Union gefällt hat. Zu Beginn der Bestrebungen, eine einheitlich Rechtsordnung und Grundlage für eine Europäische Gesellschaftsform zu schaffen, bestand

²⁴ Diesbezüglich fragend Jannott/Frodermann, in: Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft — Societas Europaea, 2005 Vorwort V; ausführlich hierzu auch Köklü, Wettbewerb der Rechtsordnungen: Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften und die deutsche GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, in: FS für Nagel, der allerdings die Gefahr eines "race to the bottom" (Cary, 83 Yale Law Journal 663 (1974)) insofern bezweifelt, als über allen delikts- und insolvenzrechtlichen Ersatzsanknüpfungen das "Damoklesschwert" einer abweichenden Beurteilung durch den EuGH schwebt.

²⁵ Schröder/Fuchs, in: Manz/Meyer/Schröder, a.a.O., S. 29 Rn. 25 m.H.a. Sagasser/Swienty, DStR 1991, 1188, 1192; Enriques, ZGR 2004, 735, 737.

²⁶ Schröder/Fuchs, in: Manz/Meyer/Schröder, a.a.O., S. 44 Rn. 83 m.H.a. Kolvenbach, in: FS für Heinrichs, S. 379; Markt, BB 1992, 652, 660; Rasner, ZGR 1992, 314, 325 f.

²⁷ Zu den faktischen Maßnahmen von Großkonzernen s. Taschner, in: Jannott/Frodermann a.a.O., 22; sowie Schröder/Fuchs a.a.O., S. 44 Rn. 93.

²⁸ zu den Problemen vgl. z.B. Brandt, BB 2005, 1, 3 ff.

²⁹ Nagel, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) und die Beteiligung der Arbeitnehmer, AuR 2004, 281, 286; ders., NGZ 2004, 834, 839 m.H.a. Förster, DB 2002, 288; Rödder, Der Konzern 2003, 522; Schön, in: Deutsches Aktieninstitut, Die Europa AG — Eine Perspektive für Deutsche Unternehmen? 2003, 75 ff.; Schulz/Petersen, DStR 2002, 1508; sowie Schröder/Fuchs, in: Manz/Meyer/Schröder, a.a.O., m.H.a. Jahn/Herfs-Röttgen, DB 2001, 631, 637.

³⁰ Nagel, AuR 2004, 281, 286; Schulz/Geismar a.a.O., DStR 2001, 1078 f.

offenbar eine große Notwendigkeit für die Ermöglichung zumindest europaweit-grenzüberschreitender Transaktionen³¹. Inzwischen liegt aber eine zumindest richtungsweisende, wenn nicht sogar in Ansätzen bereits gefestigte Rechtsprechung zum Thema der Freiheiten und Rechte von Angehörigen europäischer Mitgliedstaaten vor, die sich gem. Art. 43 EGV in einem anderen Mitgliedstaat geschäftlich niederlassen wollen oder planen, geschäftlich in Form einer selbständigen Erwerbstätigkeit oder Gründung und Leitung von Unternehmen tätig zu werden. Gleches gilt gem. Art. 48 EGV für nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründete Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben.

Die wesentlichen Urteile des EuGH sind bereits bei Nagel beschrieben³²:

- Die erste grundlegende Entscheidung war die "Daily Mail"-Entscheidung.³³ Es ging hierbei um die englische Gesellschaft Daily Mail, die aus steuerlichen Gründen ihren Sitz in die Niederlande verlegen wollte. Die englischen Behörden verweigerten die für eine Sitzverlegung erforderliche Genehmigung und verlangten, dass sich die Gesellschaft zunächst in England auflösen müsse, um sich in den Niederlanden neu gründen zu können. Dies bedeutete jedoch nach englischem Recht eine Aufdeckung der stillen Reserven mit einer entsprechenden Versteuerung. Auch der EuGH hatte damals aus den Artikeln 43 und 48 EGV nicht das Recht entnommen, den Sitz der Geschäftsleitung einer Gesellschaft einschränkungslos in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen (Wegzugsfreiheit)³⁴. Die Verlegung des Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat kann zwar nicht schlicht verboten werden, sie kann aber an bestimmte Voraussetzungen, wie z. B. die Liquidierung der Gesellschaft im Inland und Auflösung der stillen Reserven geknüpft werden. Dies wiederum bedeutet jedoch eine Ungleichbehandlung der Niederlassungsfreiheit von natürlichen Personen einerseits und juristischen Personen andererseits³⁵.
- Seit der "Centros"-Entscheidung³⁶ des EuGH steht zwar fest, dass jedenfalls eine Zweigniederlassung einer europäischen Gesellschaft in jedem anderen Mitgliedstaat (in jenem Fall Dänemark) errichtet werden darf, wenn die Gründung einer Gesellschaft im EG-Ursprungsstaat (in jenem Fall Großbritannien) wirksam ist. In dem Entscheidungsfall wurde eine Gesellschaft (Centros) in Großbritannien gegründet, hatte dort aber keine Tätigkeit aufgenommen. Sie hat

³¹ Ausgangspunkt waren während der ersten Phase des langen Weges der Societas Europaea zwei Kongresse in Frankreich insbesondere mit dem viel zitierten Vortrag von Thibièrege (*Le status des sociétés étrangères*, 57ème Congrès des notaires de France tenu à Tours 1959, Paris 1959) sowie die ebenso häufig zitierte Rotterdamer Antrittsvorlesung von Pieter Sanders (AWD 1960, 1 ff.; ders., Europäische Aktiengesellschaft, Vorentwurf eines Statuts für eine europäische Aktiengesellschaft, Dez. 1966, und AG 1967, 344 ff. zitiert nach Lutter, Europäische Aktiengesellschaft — Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1).

³² Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, 4. Aufl. 2003, S. 89 ff.; s. hierzu jedoch auch ausführlich den Beitrag von Köklü, Wettbewerb der Rechtsordnungen: Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften und die deutsche GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen. In dieser Festschrift.

³³ EuGH vom 27.09.1988, Slg. 1988, S. 05483, Rs. 81/87.

³⁴ Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, a.a.O., S. 90.

³⁵ Diese Lücke zu schließen sah Nagel als Aufgabe der weiteren Harmonisierung des europäischen Unternehmens- und Gesellschaftsrechts an; Nagel, Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht, 2000, S. 348 ff.

³⁶ EuGH Slg. 1999, I-1459; NJW 1999, 2027; Rs. C 212/97.

vielmehr eine Zweigniederlassung in Dänemark eröffnet, was nach der EuGH-Entscheidung zulässig war. Dänemark konnte dies nicht verhindern. Nach der EuGH-Entscheidung verstößt ein Mitgliedstaat nämlich gegen die Vorschrift der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages, wenn er die Eintragung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, selbst wenn dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet wird und die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet worden ist, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt³⁷. Zwar ist nach der Rechtsprechung des EuGH ein Mitgliedstaat berechtigt, Maßnahmen zu treffen, die verhindern sollen, dass sich einige seiner Staatsangehörigen unter Missbrauch der durch den EG-Vertrag geschaffenen Möglichkeiten der Anwendung des nationalen Rechts entziehen; die missbräuchliche oder betrügerische Berufung auf Gemeinschaftsrecht ist nicht gestattet³⁸. Nach Ansicht des Gerichtes stellt es aber keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechtes dar, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in einem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm größere Freiheiten lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet³⁹.

- Nagel verweist auf eine weitere Entscheidung des EuGH (St. Gobain S.A.)⁴⁰. Das Gericht ahndete in diesem Fall eine Steuerdiskriminierung in Deutschland, durch welche eine deutsche Betriebsstätte der französischen St. Gobain S.A. von Steuervergünstigungen bei Einkünften aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften in Drittstaaten ausgenommen wurde, die deutschen Kapitalgesellschaften gewährt werden. St. Gobain konnte es steuerunschädlich vermeiden, in Deutschland eine Tochtergesellschaft zu gründen und die Auslandsbeteiligungen über diese zu halten⁴¹. Der EuGH schützt hier die Niederlassungsfreiheit von Zweigniederlassungen.
- Ebenfalls als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit bewertete der EuGH im Fall Metallgesellschaft⁴² eine britische Regelung, wonach im Vereinigten Königreich ansässige Gesellschaften dafür optieren können, dass sie auf die Dividenden, die sie ihrer Muttergesellschaft zahlten, keine Körperschaftsteuervorauszahlungen entrichten mussten, wenn diese ihren Sitz im UK hatte. Eine solche Option wurde nämlich nicht ermöglicht, wenn die Muttergesellschaft in einem anderen EG-Mitgliedstaat residierte⁴³.
- In Bezug auf die hier vorrangig zu untersuchende Frage der Konkurrenz zwischen der jetzt vorhandenen Möglichkeit der Gründung einer europäischen (Ak-

³⁷ So inhaltlich der offizielle Leitsatz der Centros-Entscheidung Slg. 1999, I-1459.

³⁸ EuGH Slg. 1999, I-1459, Rs. C-212/97, Rn. 24 mit zahlreichen Nachweisen und Verweisungen auf frühere Entscheidungen.

³⁹ EuGH a.a.O., Slg. 1999, I-1459, Rs. C-212/97, Rn. 27.

⁴⁰ EuGH Slg. 1999, I-6161; Rs. C-307/97-St. Gobain.

⁴¹ Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, a.a.O., S. 90.

⁴² EuGH, Slg. 2001, I-1721 vom 08.03.2001; Rs. C-397/98 – Metallgesellschaft.

⁴³ Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, a.a.O., S. 91.

tien-) Gesellschaft einerseits und der bislang ergangenen Rechtsprechung für nationale Gesellschaften andererseits, sich ohne besondere Beschränkungen auch in anderen EG-Mitgliedstaaten etablieren zu können, bekräftigt die Entscheidung "Überseering" vom November 2002 die bereits aus dem Centros-Urteil von 1999 gewonnene Feststellung des EuGH, wonach sich jeder EG-Mitgliedstaat grundsätzlich an die rechtliche Bewertung der Gründungsvoraussetzungen, Bestands- und Wegzugsklauseln für Kapitalgesellschaften zu halten hat, die von anderen EG-Mitgliedstaaten aufgestellt werden⁴⁴. In dem Fall Überseering⁴⁵ sah das Gericht insofern einen Verstoß gegen das EU-weit gefestigte Prinzip der Niederlassungsfreiheit, als Deutschland einer niederländischen Gesellschaft, die ihren satzungsmäßigen Sitz in den Niederlanden beibehalten, ihren tatsächlichen Sitz aber nach Deutschland verlagert hatte, die Rechtsfähigkeit und damit Parteifähigkeit vor deutschen Gerichten verweigert hatte. Das Gericht stellt fest, dass es eine mit den Artikeln 43 und 48 EGV grundsätzlich nicht zu vereinbarende Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn ein Mitgliedstaat sich u.a. deshalb weigert, die Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft, die nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, anzuerkennen, weil die Gesellschaft über den Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile durch in seinem Hoheitsgebiet wohnende eigene Staatsangehörige ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in sein Hoheitsgebiet verlagert haben soll, mit der Folge, dass die Gesellschaft im Aufnahmemitgliedstaat nicht zu dem Zweck parteifähig ist, ihre Ansprüche aus einem Vertrag geltend zu machen, es sei denn, dass sie sich nach dem Recht dieses Aufnahmestaats neu gründet⁴⁶. Es lässt sich zwar nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer oder auch des Fiskus unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können. Solche Ziele können es jedoch nicht rechtfertigen, dass einer Gesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäß gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat, die Rechtsfähigkeit und damit die Parteifähigkeit abgesprochen wird. Eine solche Maßnahme käme nämlich der Negierung einer den Gesellschaften in den Art. 43 und 48 EGV zuerkannnten Niederlassungsfreiheit gleich⁴⁷.

- Ebenfalls im November 2002 entschied der EuGH⁴⁸, dass es mit der Niederlassungsfreiheit von nicht im Eigentum Deutschlands oder deutscher Staatsangehöriger stehender Luftfahrtunternehmen unvereinbar sei, wenn Deutschland in einem Luftverkehrsabkommen mit den USA Regelungen über die Festsetzung von Flugpreisen auf Strecken der Gemeinschaft über in Deutschland angebotene oder benutzte Buchungssysteme und über ein Widerrufs-, Einschränkungs- und Aussetzungsrecht der USA treffe. Luftfahrtunternehmen aus anderen EG-Mitgliedstaaten würden gegenüber deutschen Luftfahrtunternehmen benachteiligt, denen gegenüber die USA diese Rechte nicht hätte⁴⁹. Ähnliche Entscheidungen des EuGH ergingen zu Lasten von anderen EG-Mitgliedstaaten.

⁴⁴ Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, a.a.O., S. 91.

⁴⁵ EuGH vom 05.11.2002, Slg. 2002, I-9919; Rs-C-208/00.

⁴⁶ In Anlehung an den Original-Entscheidungswortlaut: EuGH Slg. 2002, I-9919, Rs-C-208/00, Rn. 82.

⁴⁷ EuGH a.a.O., Slg. 2002, I-9919, Rs-C-208/00, Rn. 92–94.

⁴⁸ EuGH vom 05.11.2002, Rs-C-476/98 – Luftverkehrsabkommen.

⁴⁹ Nagel, Wirtschaftsrecht der Europäischen Union, a.a.O., S. 91.

- In diesem Zusammenhang zunächst abschließend erwähnt sei die insoweit umfangreichste Entscheidung des EuGH vom 30.09.2003 (Inspire Art Ltd.)⁵⁰, bei welcher es um die Frage einer Gesellschaft ging, die in einem Mitgliedstaat gegründet worden ist und ihre Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, wobei es um die Anwendung des dem Schutz der Interessen Dritter dienenden Gesellschaftsrechts des Mitgliedstaates der Niederlassung ging. Konkret handelte es sich bei der Inspire Art um eine als private company limited by shares nach englischem Recht mit Sitz im Vereinigten Königreich gegründete Gesellschaft. Ihr einziger Geschäftsführer (director), wohnhaft in den Niederlanden, ist befugt, allein und selbständig im Namen der Gesellschaft zu handeln. Die Gesellschaft, die unter der Firma Inspire Art Ltd. im Verkauf von Kunstgegenständen tätig ist, nahm ihre Geschäfte im August 2000 auf und hat eine Zweigniederlassung in Amsterdam. Die niederländische Handelskammer hielt es für erforderlich, dass diese Gesellschaft im niederländischen Handelsregister als formal ausländische Gesellschaft gekennzeichnet werde. Hieran sind besondere Anforderungen und Folgen geknüpft, wie z.B. eine Verdeutlichung, dass es sich bei einer formal ausländischen Gesellschaft um eine andere als die nach niederländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handele, die ihre Tätigkeit vollständig oder nahezu vollständig in den Niederlanden ausübt und daneben keine tatsächliche Bindung an den Staat hat, in dem das Recht gilt, nach dem sie gegründet wurde. Es werden ihr auch weitere besondere Pflichten auferlegt, die insbesondere dem Gläubigerschutz dienen sollen⁵¹. Das Gericht entschied jedoch, dass die Artikel 43 und 48 EGV nationalen Regelungen eines Mitgliedstaates entgegenstehen, wenn diese die Ausübung der Freiheit zur Errichtung einer Zweigniederlassung in diesem Staat durch eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, die im innerstaatlichen Recht für die Gründung von Gesellschaften bezüglich des Mindestkapitals und der Haftung der Geschäftsführer vorgesehen sind. Die Gründe, aus denen die Gesellschaft in dem anderen Mitgliedstaat errichtet wurde, sowie der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ausschließlich oder nahezu ausschließlich im Mitgliedstaat der Niederlassung ausübt, nehmen ihr nicht das Recht, sich auf die durch den EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit zu berufen, es sei denn, im konkreten Fall wird ein Missbrauch nachgewiesen⁵².

V. Kommentierungen der EuGH-Rechtsprechung im Bezug auf die neuen SE-Regelungen

In der Literatur wurde schnell die Frage aufgeworfen, ob der nach Jahrzehntelangen Bemühungen endlich erreichte europaweite Kompromiss zur Gründung einer (im Wesentlichen) einheitlichen Gesellschaftsform aufgrund der vorerwähnten, insbesondere aber der letzterwähnten Entscheidungen, hinfällig und überflüssig geworden sei⁵³. Eingehender bearbeitet wurde diese Frage insbesondere von Eidenmüller.

⁵⁰EuGH Slg. 2003, I-10111, Rs. C-167/01.

⁵¹Vgl. zu den einzelnen Regelungen der niederländischen gesetzlichen Verpflichtungen EuGH a.a.O., Slg. 2003, I-10155, Rs. C-167/01, Rn. 22–33.

⁵²EuGH a.a.O., Slg. 2003, I-10155, Rs-C-167/01, Rn. 143.

⁵³Vgl. z.B. Schulz/Geismar, DStR 2001, 1078, 1079; Götz, Ist die europäische Aktiengesellschaft eine

ler⁵⁴ und Braun⁵⁵. Eidenmüller analysiert die Tragweite der Überseering- und Inspire Art-Entscheidung des EuGH und deren Konsequenzen insbesondere für die weitere Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechtes. Zunächst verweist er darauf, dass zwar niemand gezwungen werden könnte, eine europäische (Aktien-)Gesellschaft nach der neuen SE-Verordnung zu gründen. Sollte dieser Weg dennoch gewählt werden, seien einige zwingende, durch die ergänzend geltenden nationalen Vorschriften nicht zu umgehenden Zwangsläufigkeiten zu beachten. Zu den zwingenden Vorgaben gehört u. a. das Erfordernis des Mindestkapitals in Höhe von € 120.000,00 (Art. 4 Abs. 2 SE-VO) sowie der Zwang, dass Satzungssitz und Hauptverwaltung (tatsächlicher Sitz) der SE im selben Mitgliedstaat liegen müssen (Art. 7 Satz 1 SE-VO). Schließlich wird auf die teilweise als recht problematisch angesehene Arbeitnehmerbeteiligung in der SE hingewiesen⁵⁶, wonach im Falle des Scheiterns von Verhandlungen über die Arbeitnehmerbeteiligung als Auffanglösung zwingend das "mitbestimmungsstärkste" Modell gilt⁵⁷.

Nach den vorerwähnten Grundsatzurteilen des EuGH hingegen sind die Gründer von (europaweit) tätigen Gesellschaften frei, die ihnen vorteilhaft erscheinenden Möglichkeiten bestimmter nationaler gesellschaftsrechtlicher Regelungen auszunutzen. Eine solche Gesellschaft kann dann im Grundsatz uneingeschränkt im Rahmen der EG-weit anzuerkennenden Niederlassungs- (und gegebenenfalls Dienstleistungs-)Freiheit im gesamten Binnenmarktgebiet der EU tätig werden. Die Einschränkung derartiger Freiheiten in Fällen von Missbrauch oder Betrug oder zum Schutz zwingender Allgemeininteressen bleibt zwar prinzipiell möglich, bildet jedoch eher die Ausnahme von der Regel⁵⁸. Zugunsten der Wahl einer nationalen Gesellschaftsrechtsform spricht die Analogie zu natürlichen Personen, bei denen im Falle eines Grenzübertritts selbstverständlich nicht verlangt wird, dass diese ihre Staatsangehörigkeit aufgeben. Ebenso könne von einer Kapitalgesellschaft nicht verlangt werden, dass sie ihre rechtliche Identität aufgebe, die untrennbar mit dem Gründungsstatut verknüpft sei. Gleichermaßen gelte für den Fall der Sitzverlegung bei einer anfänglichen Divergenz von Satzungssitz und tatsächlichem Sitz ("Briefkastengesellschaft")⁵⁹.

Verwiesen wird allerdings auf die Einschränkungsmöglichkeit im Falle einer missbräuchlichen Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit. Dies könnte in der Tat vorliegen, wenn eine Auslandsgesellschaft im Einzelfall gegründet wird, um inländische Tätigkeitsverbote zu umgehen. Als Beispiel hierfür wird an Situationen erinnert, in denen jemand, der z.B. gem. § 6 Abs. 2 S. 3 und 4 GmbHG aufgrund rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilung oder wegen Verhängung eines Berufsverbotes nicht Geschäftsführer einer GmbH oder gem. § 76 Abs. 3 S. 3 und 4 AktG aus vergleichbaren Gründen nicht Vorstand einer Aktiengesellschaft sein könnte. Dies ist aber — jedenfalls nach der aktuellen Gesetzeslage — auch kein Vorteil für die Gründung einer SE, denn die europarechtlichen Vorschriften enthalten diesbezüglich keine eigenen Rege-

überzeugende Option für die Praxis?, ZIP 2003, 1067; ders. Chancen und Risiken der SE aus Unternehmenssicht, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die europäische Aktiengesellschaft, 2004, 152.

⁵⁴ Eidenmüller, Mobilität und Restrukturierung, in: Baums/Cahn (Hrsg.), Die europäische Aktiengesellschaft, Umsetzungsfragen und Perspektiven, 2004, 164 ff.

⁵⁵ Braun, Die europäische Aktiengesellschaft: Nach "Inspire Art" ein Auslaufmodell?, Jura 2005, 150 ff.

⁵⁶ Siehe insbesondere auch hierzu Artikel 7 SE-RL; für das nationale Recht vgl. das gesonderte Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft, BGBl I 2004, 3675–3686.

⁵⁷ Eidenmüller a.a.O., S. 164, 165.

⁵⁸ Eidenmüller a.a.O., S. 165.

⁵⁹ So schon Eidenmüller, ZIP 2002, 2233, 2243 f.; m.H.a. Leible/Hoffmann ZIP 2003, 925, 929; a.A. allerdings Kieneger, ZGR 1999, 724, 728 ff.; Zimmer, ZGR 164 (2000) 23, 40 f., Kindler NJW 2003, 1073, 1078.

lungen; im Übrigen wird in Art. 9 Abs. 1c SE-VO gerade auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten verwiesen, die dann sogar unmittelbar gelten. Insofern dürften auch die von Eidenmüller zusätzlich erwähnten Bedenken weiterer Autoren bezüglich des Unterschieds zwischen "Vorschriften über die Errichtung von Gesellschaften" und solchen über die "Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten" überholt sein⁶⁰. Tätigkeiten, für die eine Auslandsgesellschaft gegründet wird, um sich Beschränkungen bezüglich der Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten in dem Ursprungsland (Zielstaat) zu entziehen, werden nämlich gerade in den Fällen, in denen dies in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit einen Rechtsmissbrauchstatbestand darstellt, auch einer SE unmittelbar nicht erlaubt sein, da dann eben das Inlandsrecht unmittelbar gilt. Auch die in diesem Zusammenhang angesprochene Problematik einer zuvor einheitlichen Gesellschaft in zukünftig zwei Gesellschaften, um bestimmte Risiken auszutragen, erscheinen nicht neu; dies war bekanntlich (u.a.) eine der wesentlichen Motivationen für das bekannte Konstrukt der Betriebsaufspaltung.

Auch der in den EuGH-Urteilen betonte Schutz zwingender Allgemeininteressen, wonach die Niederlassungsfreiheit für nationale Gesellschaften eingeschränkt werden könnte, bringt keinen erkennbaren Vorteil für die Wahl einer europäischen (Aktien-)Gesellschaft. In sämtlichen Urteilen von Centros über Überseering bis hin zu Inspire Art wird zwar betont, dass eine Einschränkung der europarechtlich abgesicherten Niederlassungsfreiheit etwa aus Gründen des Schutzes von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern oder Arbeitnehmern sowie des Fiskus in Betracht kommen könnte, sofern diese nicht in diskriminierender Weise z. B. nur gegen Auslandsgesellschaften ohne Geschäftstätigkeit im Gründungsstaat gerichtet sind. Soweit aber die SE-Verordnung und die auf dieser Basis erlassenen nationalen Gesetze zur Ausführung dieser EG-Verordnung diesbezügliche Regelungen enthalten, sind sie meist weit von nationalen Minimalregelungen entfernt. Dies gilt jedenfalls für das deutsche Gesetz zur Ausführung der Verordnung über das Statut der europäischen Gesellschaft (SE-EG vom 22. Dezember 2004) in Bezug auf den Gläubigerschutz oder die Abfindungsregelungen für Minderheitsgesellschafter. Die Interessen der Arbeitnehmer sind schwerpunktmäßig in der SE-Beteiligungsrichtlinie (zumeist wohlwollend für die Arbeitnehmer) geregelt⁶¹. Als Ergebnis ist hieraus abzuleiten, dass Restriktionen wegen des Schutzes zwingender Allgemeininteressen für SE's nicht schwächer erscheinen.

Eidenmüller kritisiert die Rechtsauffassung des EuGH in Bezug auf den Gläubigerschutz insoweit, als der EuGH unterstellt, dass sich ein informierter Gläubiger, welcher in Geschäftsbeziehungen zu einer Auslandsgesellschaft tritt, sich selbst schützen könne und insofern des Schutzes mittels inländischer Regelungen nicht bedürfe⁶². Die Kritik konzentriert sich darauf, dass ein derartiger Selbstschutz nur für so genannte Vertragsgläubiger in Betracht komme, nicht aber bei gesetzlichen Gläubigern, d. h. etwa solchen, die durch Auslandsgesellschaften deliktisch geschädigt würden.

Es ist zwar richtig, dass sich ein deliktisch geschädigter Gläubiger typischerweise seinen Schuldner nicht selbst aussucht. Dies gilt jedoch gleichermaßen bei Schädigungen

⁶⁰ Zitat Eidenmüller a.a.O., 170, 171, Fn. 19 m.H.a. Knapp/DNotZ 2003, 85, 89; Schanze/Jüttner AG 2003, S. 661, 669.

⁶¹ Vgl. hierzu die Richtlinie 2001/86 EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Abl L 294/22 vom 10.11.2001 sowie das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft vom 22.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3675–3686.

⁶² Eidenmüller, a.a.O., S. 174.

durch rein nationale Inlandsgesellschaften. Ein Gläubiger gesetzlicher Ansprüche kann das Risiko grundsätzlich nicht vermeiden, es mit unterschiedlich solventen Schuldern zu tun zu haben. Zum einen kann auch eine inländische Gesellschaft als gesetzlicher Schuldner ebenso zahlungsunfähig sein wie jede natürliche Person. Darüber hinaus sind auch bei juristischen Personen, insbesondere Kapitalgesellschaften die Haftungsgrundlagen nicht gleich, wie sich bereits aus den unterschiedlichen Mindestkapitalsummen von GmbH's oder Aktiengesellschaften ergibt. Auch die von Eidenmüller erwähnten "rational unwissenden" Vertragsgläubiger⁶³, die sich bestimmte Informationen bewusst nicht beschaffen, weil es sich "nicht lohne", erscheinen auch nach bisheriger deutscher Rechtsauffassung nicht verstärkt schutzwürdig, wie sich aus zahlreichen Urteilen ergibt, in denen Vertragsgläubiger bewusst einen Blick z. B. ins Handelsregister oder ins Grundbuch unterlassen. Es ist aber immerhin zuzugestehen, dass das zwangsläufige Mindestkapital einer SE in Höhe von mindestens € 120.000,00 (Art. 4 Abs. 2 SE-VO) zumindest eine potentielle Besserstellung der Gläubiger im Vergleich zu sonst möglichen nationalen Gesellschaftsformen mit zum Teil geringem oder sogar gar keinem Mindestkapital darstellt.

Als einer der wesentlichen Vorteile der Rechtsform einer SE wird in der Literatur jedoch einhellig hervorgehoben, dass eine SE multinational agieren und in der Form nur einer einzigen Gesellschaft europaweit, also unabhängig von nationalen Grenzen, tätig werden könne. Eine komplexe Konzernstruktur sei nicht erforderlich. Insbesondere könne der Sitz der SE jederzeit und einfach über Landesgrenzen hinweg verlegt werden. Eine Besteuerung der stillen Reserven, die an den Wegzug der Gesellschaft anknüpfen würde, entfalle. Die Gesellschaft muss nicht im ersten Mitgliedstaat aufgelöst und im nächsten Mitgliedstaat neu gegründet werden. Letzterer Vorteil ist unstreitig, denn er ergibt sich unmittelbar aus Art. 8 SE-VO, welcher bestimmt, dass der Sitz der SE gemäß den nachfolgenden Absätzen in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden kann. Diese Verlegung führt weder zur Auflösung der SE noch zur Gründung einer neuen juristischen Person. Die Frage ist nur, ob dies wirklich ein entscheidender Vorteil im Vergleich zu den Rechten ist, die ohnehin jeder Gesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat im Rahmen und in Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit offen stehen. Eine der wesentlichen Bedeutungen der bereits mehrfach erwähnten Urteile Centros, Überseering und Inspire Art liegt darin, dass nach insoweit als gefestigt anzusehender Rechtsprechung die Möglichkeit besteht, den tatsächlichen Sitz einer Kapitalgesellschaft identitätswahrend von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu verlegen.⁶⁴ Aus der insoweit allerdings noch nicht offenkundig überholten Daily Mail-Entscheidung ergibt sich jedoch noch der Vorbehalt, dass das Recht des Gründungsstaates eine derartige identitätswahrende Verlegung des tatsächlichen Sitzes zulässt. Nur der Zuzugsstaat, nicht aber der Gründungsstaat ist nach den neueren Urteilen ausdrücklich gehalten, einer wirksam errichteten Kapitalgesellschaft den identitätswahrenden Umzug zu gestatten⁶⁵.

Von der Niederlassungsfreiheit ist jedoch nicht nur der identitätswahrende Sitzwechsel, sondern auch die Errichtung einer Scheinauslandsgesellschaft (Briefkastengesellschaft) abgedeckt⁶⁶. Dies könnte die Basis für die Schaffung sehr flexibler und effizienter Unternehmensstrukturen sein, so dass der sonst in der Vergangenheit beklagte

⁶³ Eidenmüller, a.a.O., S. 175.

⁶⁴ Eidenmüller, a.a.O., S. 187.

⁶⁵ Eidenmüller, a.a.O., S. 182.

⁶⁶ Lange, Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2003, 301 f. beschreibt eingehender die Möglichkeit, das Verfahren und die Verwendung von

Nachteil einer komplexen Konzernstruktur mit europaweit zeit- und kostenaufwändigen Netzen von Tochtergesellschaften und Niederlassungen⁶⁷ überwunden werden könnte. Möglicherweise kann im Rahmen einer derartigen identitätswahrenden Verlegung einer Gesellschaft mit erheblich geringerem Aufwand die sonst erforderliche Gründung einer vergleichbaren Inlandsgesellschaft vermieden werden⁶⁸.

Darüber hinaus scheint die bereits aus dem Jahre 1988 stammende und damit demnächst 20 Jahre alte "Daily Mail-Doktrin" nicht zwingend oder unumstößlich zu sein, wonach bei einer so genannten "Herausumwandlung" zwar der Aufnahmestaat die identitätswahrende Sitzverlegung akzeptieren muss, der Gründungsstaat die Verlegung aber mit einer Auflösung gleich setzen kann. Die Fusionsrichtlinie⁶⁹ sieht nämlich in Artikel 4 vor, dass der Gesamtvorgang keine Liquidationsbesteuerung auslösen dürfe. Zwar wurde diese Richtlinie von einigen Mitgliedstaaten nicht umgesetzt. Sie könnte jedoch — worauf Eidenmüller hinweist — nach den vom EuGH entwickelten Kriterien nach Ablauf der Umsetzungsfrist (01.01.1992) zumindest im Hinblick auf ihren Artikel 4 unmittelbar anwendbar sein, da zumindest diese Vorschrift insoweit unbedingt und hinreichend genau formuliert ist⁷⁰ ⁷¹.

Unabhängig von der Frage der steuerlichen Behandlung der Sitzverlegung einer Gesellschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen unter Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit ist auch hieraus kein eindeutiger Vorteil zugunsten der SE abzuleiten; denn — wie bereits eingangs erwähnt und belegt — enthalten weder die SE-VO noch die entsprechenden nationalen Ausführungsgesetze irgendwelche steuerlichen Regelungen. Solange es aber kein einheitliches europäisches Ertragssteuerrecht gibt, ist jede internationale Transaktion mit steuerlichen Schwierigkeiten und vergleichsweise hohem Beratungsaufwand verbunden⁷². Die steuerlichen Unsicherheiten gelten damit für Verlegungstransaktionen sowohl nationaler Gesellschaften als auch europäischer (Aktien-)Gesellschaften gleichermaßen. Immerhin liegt ein Vorschlag der Kommission zur Änderung der Fusionsrichtlinie vor, mit dessen Hilfe ein klarerer steuerlicher Rechtsrahmen geschaffen werden soll⁷³. Auch die Regelung des Art. 8 SE-VO, nach der die Verlegung des Sitzes einer SE in einen anderen Mitgliedstaat nicht verhindert werden darf und diese Zerlegung weder zur Auflösung der SE noch zur Gründung einer neuen juristischen Person führt, ist nicht zwingend ein eindeutiger Vorteil im Vergleich zu den Möglichkeiten der Verlegung einer nationalen Gesellschaft unter Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 43, 48 EGV. Da nämlich Art. 7 SE-VO feststibt, dass der Sitz und die Hauptverwaltung einer SE im selben Mitgliedstaat liegen muss, ist es einer SE verwehrt, ihre Hauptverwaltung von einem Mitgliedstaat an einen anderen zu verlegen, ohne gleichzeitig auch den Satzungssitz — und damit

Vorrats-SE's.

⁶⁷ Vgl. hierzu Nagel, a.a.O., UR 2004, S. 281.

⁶⁸ Vgl. hierzu Eidenmüller, a.a.O., S. 182.

⁶⁹ Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23.07.1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen (ABL L225 vom 20.08.1990, S. 1 ff.).

⁷⁰ Eidenmüller, a.a.O., S. 184 f.

⁷¹ Zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendung vgl. etwa Fischer, Europarecht, 2005, Rdn. 208 ff., S. 78 ff.

⁷² Schröder/Fuchs, in: Manz/Mayer/Schröder, a.a.O., S. 44.

⁷³ Vgl. Vorschlag 17.10.2003 für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Auszug von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, Kom 2003, 613, endgültig, 2003/0239 (Cns).

das substitutär anwendbare nationale Gesellschaftsrecht und Steuerrecht — zu wechseln⁷⁴. Dies bedeutet letztendlich doch wieder eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit auch für eine SE.

Die praktische Auswirkung insbesondere der "Inspire Art"-Entscheidung besteht insbesondere darin, dass sich potentielle Gesellschafter im Falle einer erstmaligen Gründung für das Recht eines Mitgliedstaates entscheiden können, welches eine passende Rechtsform mit dem aus der Sicht der Gesellschafter geringsten Gründungsaufwand, der flexibelsten inneren Organisation und den geringsten Anforderungen an Mitbestimmung ermöglicht⁷⁵. Dies war zwar aufgrund der Niederlassungsfreiheit vor dieser Entscheidung auch schon möglich; es besteht jetzt aber eine gewisse Rechtssicherheit, denn Gesellschaften, die in anderen Mitgliedstaaten nach der nationalen Rechtsordnung gegründet wurden, können jetzt zusammen mit dem jeweiligen ausländischen Gesellschaftsrecht in den Zuzugsstaat "importiert" werden⁷⁶. Für deutsche Unternehmer, die vor der Wahl stehen, eine deutsche GmbH oder eine ausländische Rechtsform zu gründen, werden nunmehr ausländische Gesellschaftsformen zu einer Alternative, insbesondere wenn diese keine oder nur geringe Anforderungen an die Erbringung eines Mindestkapitals stellen⁷⁷. So scheinen die "private companies limited by shares" (Ltd.) in Großbritannien oder die "Société à responsabilité limitée" (S.A.L.R.) in Frankreich besonders attraktiv zu sein⁷⁸.

VI. Empirische Interessenlage an SE–Gründungen

Nach einer Zusammenstellung von SEEurope⁷⁹ gibt es per 08.08.2006 insgesamt 38 gegründete europäische (Aktien-)Gesellschaften (SE's), davon 9 tatsächlich aktive Gesellschaften mit eigenen Mitarbeitern⁸⁰.

⁷⁴ Eidenmüller, a.a.O., S. 186.

⁷⁵ Eidenmüller, JZ 2004, S. 24 ff.

⁷⁶ Braun, Die europäische Aktiengesellschaft: Nach "Inspire Art" bereits ein Auslaufmodell?, Jura 2005, S. 150, 154.

⁷⁷ Rehm, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften in deutschem Recht, 2004, § 10 Rn. 1; zitiert bei Braun, a.a.O., Jura 2005, S. 154.

⁷⁸ Rieger, ZGR 2004, 510, 522; zitiert bei Braun, a.a.O., Jura 2005, S. 154; ausführlich zur Frage des Wettbewerbs der Rechtsordnungen: Die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften und die deutsche GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, vgl. Köklü in dieser Festschrift.

⁷⁹ SEEurope is a project conducted by an internationally composed network of researchers under the leadership of the European Trade Union Institute for Research, Education and Health and Safety (ETUI-REHS, Brüssel).

⁸⁰ Die nachfolgend in alphabetischer Reihenfolge aufgezählten SEs wurden bereits gegründet; die aktiven davon wurden mit einem Stern gekennzeichnet : Afschrift SE (Belgien), *Alfred Berg SE (Schweden), Algest SE (Luxemburg), Atrium Dritte Europäische VV SE (Deutschland), Atrium Vierte Europäische VV SE (Deutschland), Atrium Fünfte Europäische VV SE (Deutschland), Atrium Achte Europäische VV SE (Deutschland), Atrium Neunte Europäische VV SE (Deutschland), Beiten Burkhardt EU-Beteiligungen SE (Deutschland), Bolagsstiftarna International SE (Schweden), *Carthago Value Invest SE (Deutschland), *Convergence CT SE (Deutschland), EBD European Business Development SE (Deutschland), *Elcoteq SE (Finnland), *Galleria di base del Brennero BBT SE (Österreich), *Graphisoft SE (Ungarn), GO East Invest SE (Deutschland), Investimenti Belgium SE (Belgien), Jura Management SE (Niederlande), Lyreco CE SE (Slovakia), Media Corner SE (Belgien), Minos 2005/01 Vermögensverwaltungs SE (Deutschland), MPIT Structured Financial Services SE (Niederlande), Mat-Mar SE (Österreich), Narada Europe SE (Norwegen), *Plansee SE (Österreich), Schering-Plough Clinical Trials (UK), Startplattan 39001 SE (Schweden), Startplattan 39002 SE (Schweden), *Strabag Bauholding SE (Österreich), Sunshine-Invest SE (Belgien), Tetra Laval Capital SE (Luxemburg), Tetra La-

Schon aus diesen Zahlen lassen sich zwei Vermutungen ableiten: Zum einen übersteigt die Zahl der inaktiven Gesellschaften ohne eigenes Personal die Anzahl der tatsächlich aktiven Gesellschaften bei weitem. Dies ermöglicht die Spekulation, dass sie bislang überwiegend als Vorratsgesellschaften, Scheingesellschaften oder Briefkastengesellschaften gegründet wurden. Zum anderen erscheint die Zahl von neun tatsächlich aktiven SE's in ganz Europa nicht gerade überwältigend.

Beeindruckend ist hierbei allenfalls, dass sich in dem vergleichsweise kleineren Mitgliedsland Österreich insgesamt 4 Gesellschaften für die Wahl einer SE entschieden haben, darunter die häufig als erste SE erwähnte Strabag Bauholding SE⁸¹. In Deutschland waren per 08.08.2006 2 SE's registriert⁸² gefolgt von Schweden, Finnland und Ungarn mit jeweils einer SE.

In allen anderen EU-Mitgliedsländern schien insoweit kein hinreichend dringendes Interesse an der Gründung einer SE zu bestehen. Von gerade europaweit 6 Gesellschaften ist bekannt, dass sie konkret die Gründung einer SE planen⁸³. Gescheitert,⁸⁴ liquidiert⁸⁵ und verkauft⁸⁶ wurde jeweils eine (deutsche) SE. Von insgesamt 15 Gesellschaften wird angenommen, dass sie an der Gründung einer SE interessiert sein könnten⁸⁷.

val Finance Treasury SE (Luxemburg), Tourism Real Estate Property Holding SE (Niederlande), Tourism Real Estate Services Holding SE (Niederlande), *SE TradeCom Finanzinvest (Österreich), Worldwide-Invest SE (Deutschland), YSL Beauté Benelux SE (Frankreich). Quelle: <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/seocompanies.html>.

⁸¹ Bei vielen Autoren wird die Strabag häufig als erste SE-Gründung angeführt. Dies dürfte nicht den Tatsachen entsprechen, denn mit Beginn des 08.10.2004 war es möglich, SEs zu gründen und eintragen zu lassen. Dies ist am selben Tag — und damit wohl als wirklich erster Gesellschaft — der MPIT Structured Financial Services SE mit Sitz in Amsterdam/Niederlande gelungen. Die Strabag Bauholding SE mit Sitz in Spittal/Österreich wurde hingegen "erst" am 12.10.2004 eingetragen, gefolgt von der Bolagsstiftarna International SE mit Sitz in Schweden und einer Eintragung am 14.10.2004, bei welcher es sich allerdings lediglich um eine Vorratsgesellschaft handelt.

⁸² Carthago Value Invest SE, Providing Financial Services, Sitz Frankfurt am Main, Eintragung 15.02.2006 sowie Convergence CT SE, Medical Engineering Sector, Sitz Berlin, eingetragen am 31.01.2006; Quelle: <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/seocompanies.html>.

⁸³ 3 davon in Deutschland, und zwar die in der Literatur häufig erwähnte Allianz AG als erstes mitbestimmtes Unternehmen sowie darüber hinaus MAN B&W Diesel Group sowie Mensch und Maschine Software AG; außerdem Nordea Bank AG (Schweden), AS Sampo Elukindlustus (Estland) und Suz SA (Frankreich); Quelle: <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/seocompanies.html>.

⁸⁴ ZollPool Hafen Hamburg SE; hierbei war eine gemeinsame Tochtergesellschaft von mehreren deutschen und einer italienischen Gesellschaft geplant im Bereich Customs Clearance. Der Grund für die Aufgabe des Projektes war wohl die Entscheidung des Managements, eine deutsche AG zu gründen, nachdem die Eintragung der SE zweimal zurückgewiesen wurde.

⁸⁵ Europäische Gesellschaft (SE) — Erwerb und Verwaltung von Vermögen, Sitz München, registriert am 30.06.2005. Es wird vermutet, dass diese SE lediglich gegründet wurde, um gegebenenfalls die International Reinsurance Company SA Luxemburg mit der Allianz AG zu verschmelzen. Diese SE ging jedoch im Rahmen des Verschmelzungsplans vom 29.08.2005 in der Allianz AG auf.

⁸⁶ Atrium 1. Europäische VV SE, Sitz Düsseldorf, eingetragen Oktober 2005. Es handelte sich hierbei um eine Vorratsgesellschaft, die verkauft und umgenannt wurde in Convergence CT SE, Sitz Charlottenburg, eingetragen am 31.01.2006; Quelle: <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/seocompanies.html>.

⁸⁷ Hierzu sollen z.B. gehören: Arcelor, Braun-Melsungen, Conti, DaimlerChrysler, EDAS, Fortis, Hypo Real Estate, Mazaars, Neumann Partners GmbH, SAP, SEB, TeliaSonera, WAZ-Mediengruppe, Quelle: Eurobetriebsrat, <http://www.euro-betriebsrat.de/ebr/115.php> sowie <http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/seocompanies.html>.

VII. Gründe für das anscheinend geringe Interesse an einer SE:

Als Begründung oder Ursache für das bislang nicht gerade als überwältigend zu bezeichnende Interesse, eine SE zu gründen, wird auf die Lückenhaftigkeit der SE-Verordnung verwiesen. Zum einen sind viele nationale (aktien-)rechtliche Vorschriften in den Bereichen anwendbar, für welche die SE-Verordnung keine Regelung trifft⁸⁸. Es ist des Weiteren eine mehrfach gestaffelte Normenhierarchie zu beachten, die zu einem komplizierten Regelungsgeflecht bis zur Verschachtelung mehrerer Rechtsebenen führt⁸⁹. Viele für eine SE bedeutungsvolle Rechtsbereiche wie das Konzernrecht, das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht und der gewerbliche Rechtsschutz werden von der SE-Verordnung überhaupt nicht erfasst⁹⁰. Die nach wie vor unterschiedliche, immer noch nicht harmonisierte steuerrechtliche Situation in den einzelnen EU-Mitgliedsländern auch für eine angeblich einheitliche europäische Gesellschaft verhindert eine Chancengleichheit im gesamten EU-Binnenmarkt⁹¹. Letztlich wird auch auf die hochkomplizierte Regelung der Arbeitnehmerbeteiligungsrichtlinie⁹² sowie das deutsche Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft⁹³ mit den für einen Nichtfachmann kaum zu verstehenden Verfahrensvorschriften und Mehrheitsberechnungsverfahren verwiesen⁹⁴.

Es ist sicherlich richtig, dass die Normenhierarchie für eine SE sehr komplex ist und sich wie folgt in insgesamt 9 Stufen aufteilt⁹⁵.

1. Auf die SE sind primär die zwingenden Bestimmungen der SE-VO anwendbar.
2. An zweiter Stelle stehen die Bestimmungen der Satzung der jeweiligen SE, sofern die SE-VO dies ausdrücklich zulässt. Sie gehen den Vorschriften der Mitgliedstaaten vor.
3. Danach sind die dispositiven Bestimmungen der SE-VO anwendbar, die aber von den Rechtsakten der Mitgliedstaaten verdrängt werden.
4. Auf der nächsten Stufe sind die zwingenden Vorschriften anzuwenden, zu deren Erlass die Mitgliedstaaten durch die VO beauftragt oder ermächtigt werden.
5. In einem komplizierten Verhältnis wechselhafter Durchdringung mit diesen Regelungen steht die Vereinbarung, durch die die Beteiligung der Arbeitnehmer verbindlich festgelegt wird, Art. 6 SE-RL.

⁸⁸ Nagel, DB 2004, S. 1299, 1303.

⁸⁹ Brandt, BB 2005, 1, 7 m.H.a. Brandt/Scheifele, DStR 2002, S. 547; Wagner, NZG 2002, S. 985; Brandt, Die Hauptversammlung der europäischen Aktion Gesellschaft, 2004, S. 61 ff.

⁹⁰ Nagel, AUR 2004, S. 281, 286.

⁹¹ Zu den Problemen der unterschiedlichen Besteuerung vgl. Lutter, BP 2002, S. 1, 6 f.; Nagel, BB 2004, S. 1299, 1303.

⁹² Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Abl L 294/22 ff. vom 10.11.2002.

⁹³ Vom 22.12.2004, BGBl. I 2004, S. 3675–3686.

⁹⁴ Im Gegensatz zu anderen Autoren hält Nagel die Beteiligung der Arbeitnehmer jedoch für handhabbar, vgl. Nagel, Die europäische Aktiengesellschaft SE und die Beteiligung der Arbeitnehmer, AUR 2004, S. 281 ff.; vgl. hierzu auch Nagel/Köklü, Die europäische Aktiengesellschaft und die Beteiligung der Arbeitnehmer, WiSt 2003, S. 713–720.

⁹⁵ Vgl. hierzu mit ausführlicher Beschreibung der einzelnen Hierarchiestufen Kübler, Societas Europaea — Implementation and Perspectives, in: Baums/Cahn, Die europäische Aktiengesellschaft (Umsetzungsfragen und Perspektiven), 2004, S. 1, 3 f.; sowie Kübler, ZHR 2003, S. 222, 224.

6. Wenn sich die Beteiligten auf keine Vereinbarung einigen können, greift eine Auffangregelung, die im Anhang der Richtlinie vorgesehen ist.
7. Die nächste Stufe bilden die zwingenden gesetzlichen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (alle für eine Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften der Mitgliedstaaten)⁹⁶.
8. Danach sind die Regelungen der Satzung der SE einschlägig.
9. Abschließend finden die dispositiven Regelungen des nationalen Aktienrechts Anwendung⁹⁷.

Es ist wohl zutreffend, dass diese Normenhierarchie Fachkunde voraussetzt oder einen (kostenverursachenden) Bedarf an fachkundiger Unterstützung hervorruft. Nicht zwingend scheint hieraus gefolgert werden zu müssen, dass deshalb bezüglich der neugeschaffenen Möglichkeit der Gründung einer SE Zurückhaltung geübt wird. Die für eine englische Limited geltende Normenhierarchie erscheint zumindest für Ausländer nicht sehr viel einfacher zu sein. Dennoch war 2004 jede fünfte von Deutschen gegründete Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung eine Limited⁹⁸. So soll z. B. im Anschluss an die Überseering-Entscheidung des EuGH die Zahl der Limited-Gründungen sprunghaft um über 25% gestiegen sein⁹⁹. Konkret sollen die Gründungszahlen englischer Limited schon im unmittelbaren Anschluss an die Überseering-Entscheidung von zweiwöchentlich ca. 5.500 Neugründungen auf ca. 7.000 hochgeschnellt sein¹⁰⁰. All dies ist geschehen, obwohl auch für eine Limited das englische Gesellschaftsrecht eine komplizierte Normenhierarchie vorsieht. Diese umfasst das englische Fallrecht (Common Law), das englische Gesellschaftsgesetz 1985, die aus zwei Teilen bestehende Satzung (Memorandum and Articles of Association), die Mustersatzung (Table A, daneben etwaige Shareholders' Agreements) sowie eine erhöhte Publizität (in englischer Sprache), bei deren Verletzung massive Sanktionen bis hin zur Auflösung der Gesellschaft drohen. Beim Gesellschaftsregister sind Satzung, Geschäftsführer, Gesellschaftssekretär, gezeichnete Aktien, Sacheinlagen und Jahresabschlüsse ebenso anzumelden, wie wichtige Beschlüsse, Schuldverschreibungen oder Belastungen des Gesellschaftsvermögens (Charges). Ferner sind beim Satzungssitz (Registered Office) aufzubewahren: Aktienbuch, Angaben über Aktienbestände der Geschäftsführer und deren Ehegatten und minderjährigen Kinder, Geschäftsführeranstellungsverträge usw. Bei einer Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland bestehen zusätzliche — zum Teil also doppelte — Pflichten, wie z. B. die Eintragung als Haupt- oder Zweigniederlassung im Handelsregister, öffentliche Vorschriften nach deutschem Firmenrecht, Buchführungspflichten — möglicherweise abweichend von denen in England — Offenlegung der Jahresabschlüsse usw.¹⁰¹

Wenn also die Komplexität der mit einer EU-Gesellschaftsformwahl zusammenhängenden Konsequenzen nicht zwingend entscheidungserheblich erscheinen, müssen

⁹⁶Dazu gehören nicht nur das Aktiengesetz, sondern auch das Umwandlungsgesetz oder für die Publizität die Regeln über das Handelsregister.

⁹⁷Vgl. zur vorerwähnten Aufzählung auch Braun, Jura 2005, S. 150, 151.

⁹⁸Köklü, a.a.O., in dieser Festschrift, Einleitung.

⁹⁹Köklü, a.a.O., m.H.a. Probst/Kleinert, MDR 2003, S. 1265, 1268, Fn. 31.

¹⁰⁰Köklü, a.a.O., m.H.a. Hirte, GmbHHR 2003, R. 421.

¹⁰¹Die vorerwähnte, nicht notwendigerweise abschließende Aufzählung erfolgte in Anlehnung und Übernahme dieser Ausführungen des Beitrags von Köklü in dieser Festschrift.

mithin wohl letztlich andere Faktoren für die Attraktivität bestehender nationaler Gesellschaftsformen und die Zurückhaltung gegenüber der neu geschaffenen Möglichkeit einer europäischen (Aktien-) Gesellschaft verantwortlich sein. Dies könnte zum einen daran liegen, dass andere Länder bereits auf die so genannte "Inspire Art"-Entscheidung des EuGH reagiert und vereinfachte Unternehmensgründungsmodalitäten erlassen haben. So hat etwa Frankreich sein Gesellschaftsrecht modifiziert und dabei u. a. das Mindestkapital bei der S.A.R.L. abgeschafft und an dessen Stelle eine freie Bestimmung über dessen Höhe ermöglicht. Darauf hinaus wurde die so genannte französischen "Blitz-S.A.R.L." geschaffen.¹⁰² Auch in Spanien wurde die "sociedad limitada nueva empresa" eingeführt. Die in Deutschland vorübergehend diskutierte Herabsetzung des Mindeststammkapitals bei einer GmbH auf € 10.000,00 wird bekanntlich derzeit nicht weiterverfolgt. Die an deren Stelle diskutierte Unternehmensgründergesellschaft (UGG) steht als Alternative ebenfalls (noch) nicht zur Verfügung¹⁰³. Durch die Erleichterungen bei der Gründung schon bekannter nationaler Gesellschaftsformen scheint es plausibel, dass zumindest die bisherige Gründerklientel gehalten werden kann und sich diese nicht zur Gründung einer SE entscheidet. Darüber hinaus ist die Mehrzahl der Kapitalgesellschaften nun einmal dem Bereich der kleinen und mittelständischen Unternehmen und nicht der Gruppe der Großunternehmen zuzurechnen. Gerade für die kleineren und mittleren Unternehmen scheinen die SE-Vorschriften aber schon z. B. aufgrund der Mindestkapitalvorgaben und der möglichen Arbeitnehmermitbestimmungsregelungen — sollten sie denn für sie anwendbar sein — abschreckend¹⁰⁴. Aufgrund der weit länger bekannten Regelungen des EG-Vertrages und der dort festgeschriebenen und durch die Rechtsprechung abgesicherten und präzisierten Niederlassungsfreiheit stehen eben auch geeignete Alternativen zur Verfügung. Tatsächlich entscheidend dürfte aber sein, dass das ursprüngliche Kernziel der SE, nämlich europaweit eine übereinstimmende und inhaltsgleiche europäische Gesellschaftsform mit überall gleichen Rechten und Pflichten, im Wege des Jahrzehntelangen Entwicklungsprozesses immer mehr aufgeweicht wurde und in den Hintergrund trat, mit der Folge, dass dieses Kernziel als nicht erreicht deklariert werden muss. Sollte die im Grundsatz durchaus zu befürwortende Idee einer wirklich einheitlichen und überall übereinstimmenden europäischen Gesellschaftsform weiterverfolgt werden, müssten die diversen Kompromisse wohl doch wieder rückgängig gemacht werden. Hierbei wäre jedoch dann dringend zu wünschen, dass dieser Prozess der Rückbesinnung auf die ursprünglichen Vorgaben und Kernziele nicht genauso lange dauert wie der bisherige Prozess der Aufweichung.

¹⁰²Köklü, a.a.O., in dieser Festschrift m.H.a. Meyer/Ludwig, GmbHs 2005, S. 459 ff.; Becker, GmbHs 2003, S. 1120 f.

¹⁰³Vgl. hierzu Köklü, a.a.O., in dieser Festschrift.

¹⁰⁴Braun, a.a.O., Jura 2005, 155; Schulz/Geismar, a.a.O., DStR 2001, 1078. 1082; Lange a.a.O., EuZW 2003, 301, mHa. Hirte, NZG 2002, 1; Hommelhoff, AG 2001, 279, 286.

Teil IV.

Law and Economics

Zur markenrechtlichen Schutzfähigkeit von Eventmarken aus rechtsökonomischer Sicht. Einige Bemerkungen zur aktuellen Rechtsprechung anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2006

von Thomas Eger und Petra Ebermann

1. Einleitung

Seit einiger Zeit bedienen sich die Veranstalter von Großereignissen wie Welt- und Europameisterschaften, Olympiaden, Konzerttouren u.a.m. des Markenrechts, um Sponsoren dieser Ereignisse eine wertvolle Gegenleistung bieten zu können. Die Bezeichnung des Ereignisses wird als Marke eingetragen, um durch ein Angebot verschiedener Typen von Lizenzverträgen unterschiedlicher Exklusivität und unterschiedlicher Reichweite im Rahmen eines umfassenden Marketingkonzepts das Interesse einer Vielzahl heterogener Sponsoren zu wecken und dadurch die Finanzierung des Großereignisses zu ermöglichen. Fezer (2003) hat für diese Form der Marke den Begriff der "Eventmarke" geprägt.

Auch die Fédération International de Football Association (FIFA) hat sich zur Finanzierung der Fußballweltmeisterschaft 2006 in Deutschland dieses Konzepts bedient. Zu diesem Zweck hat sie zahlreiche Marken, die dieses sportliche Großereignis kennzeichnen — wie beispielsweise "FIFA WM Deutschland 2006", "Deutschland 2006", "WM 2006" usw., angemeldet und mit drei Kategorien von Veranstaltungspartnern Lizenzverträge abgeschlossen (FIFA Medieninformation; Heermann 2006). Eine geringe Zahl von international tätigen Unternehmen erhielten den Status eines offiziellen Partners und damit das exklusive Recht, weltweit ihre Waren und Dienstleistungen mit Hilfe dieser Eventmarken mit der Weltmeisterschaft gewerblich in Verbindung zu bringen. Für dieses Recht zahlten die offiziellen Sponsoren durchschnittlich 45 Mio. Euro an die FIFA. Weiterhin beteiligten sich so genannte nationale Förderer an der Finanzierung der Fußballweltmeisterschaft. Sie erhielten das Recht, für ihre Produkte und Dienstleistungen nur im Inland mit den entsprechenden Eventmarken zu werben, und zahlten der FIFA dafür durchschnittlich 13 Mio. Euro. Schließlich gab es noch eine Reihe von Lizenznehmern, die das Recht erwarben, die Marken zu nutzen, um bestimmte Merchandising-Produkte herzustellen und zu vertreiben.

Der Streit um die Marken- und Eintragungsfähigkeit der Eventmarken "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" begann Mitte 2002, als das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) für die FIFA die Marke "FUSSBALL WM 2006" für über 850 Waren und Dienstleistungen eingetragen hat. Später folgte die Eintragung von "WM 2006". Gegen beide Eintragungen richteten sich verschiedene Löschungsanträge, mit denen das Bestehen von absoluten Schutzhindernissen geltend gemacht wurde. Das DPMA hat daraufhin die vollständige Löschung der Marken angeordnet. Auf die Beschwerde der FIFA hat das Bundespatentgericht die Löschung für einen Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen wieder aufgehoben. Auf die von der FIFA und vom Süßwarenkonzern Ferrero als Löschungsantragsstellerin eingelegten Rechtsbeschwerden

hat der BGH die Löschung der Marken für einen Großteil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen bestigt und die Sache im übrigen wieder an das Bundespatentgericht verwiesen.

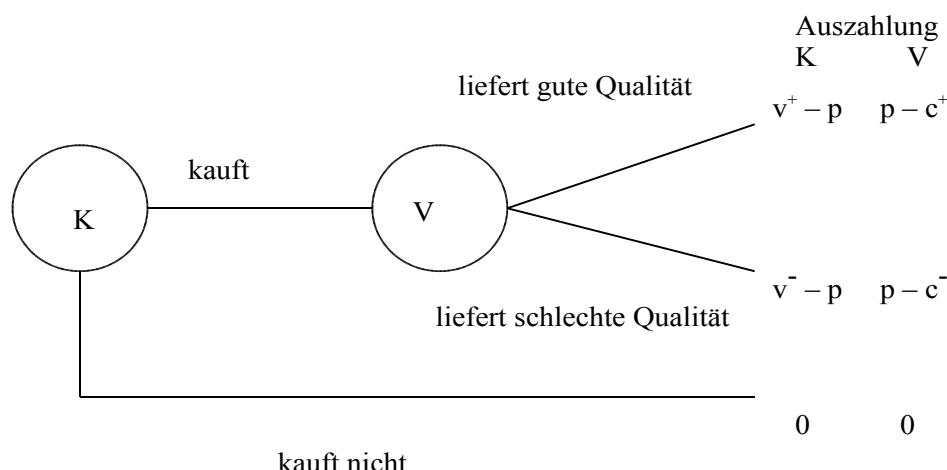
Um diesen Konflikt aus rechtsökonomischer Sicht zu bewerten, soll im Folgenden zuerst einmal geklärt werden, worin die ökonomischen Funktionen des Markenschutzes bestehen. Auf dieser Grundlage werden dann die aktuellen Entscheidungen des Bundespatentgerichts und des BGH bewertet.

2. konomische Aspekte des Markenschutzes

2.1 Marktversagen bei asymmetrischer Information?

In der ökonomischen Literatur werden drei Gruppen von Gutseigenschaften unterschieden, die mit unterschiedlichen Graden der Informationsasymmetrie zwischen Verkäufer und Käufer verbunden sind (Nelson 1970, Darby/Karni 1973). Als Inspektionseigenschaften werden solche Merkmale bezeichnet, über die sich der Konsument zu geringen Kosten vor dem Kauf durch eine kurze Inspektion informieren kann — wie beispielsweise die Farbe und Festigkeit von Obst und Gemüse, das Design von Textilien etc. Erfahrungseigenschaften sind demgegenüber solche Eigenschaften, die man erst im Laufe der Zeit durch den Umgang mit dem Konsumgut kennenlernt — wie etwa die Reparaturanfälligkeit von Waschmaschinen, Autos und Häusern. Bezuglich dieser Eigenschaften sind die Konsumenten typischerweise schlechter informiert als über Inspektionseigenschaften. Schließlich gibt es noch die so genannten Vertrauenseigenschaften. Hierbei handelt es sich um Eigenschaften, über die man auch durch Konsumerfahrung keine endgültige Klarheit gewinnt. Ein typisches Beispiel hierfür sind rztlche Dienstleistungen, bei denen häufig auch nach einer gelungenen Therapie eine gewisse Restunsicherheit bestehen bleibt, ob man dasselbe Ergebnis nicht auch mit weniger drastischen oder sogar ohne rztlche Eingriffe (durch die Selbstheilungskräfte des Körpers) hätte erreichen können.

Das folgende "Vertrauensspiel" macht deutlich, dass derartige Informationsasymmetrien zur Folge haben können, dass bestimmte wechselseitig vorteilhafte Verträge nicht zustande kommen, so dass Markt und Wettbewerb nicht zu effizienten Ergebnissen führen.



Nehmen wir an, ein Käufer (K) stehe vor der Wahl, eine Ware oder Dienstleistung, deren wahre Qualität er nicht kennt, zu einem vom Anbieter festgesetzten Preis zu kaufen oder nicht zu kaufen. Wenn sich der Käufer zum Kauf entscheidet, habe der Verkäufer (V) die Wahl, hohe Qualität zu hohen Produktionskosten oder niedrige Qualität zu niedrigeren Produktionskosten zu liefern.

Dabei bezeichnen v^+ bzw. v^- den Wert einer Leistung hoher bzw. niedriger Qualität für den Käufer, c^+ bzw. c^- die Produktionskosten bei hoher bzw. niedriger Qualität und p den geforderten Preis. Wir nehmen an, für alle Konsumenten gelte $(v^+ - c^+) > (v^- - c^-)$, d. h. die Kooperationsrente aus der Bereitstellung von Leistungen hoher Qualität zu hohen Kosten ist immer größer als die Kooperationsrente aus der Bereitstellung von Leistungen niedriger Qualität zu niedrigen Kosten. Bei vollständiger Information aller Parteien über die wahre Qualität der Leistung würde sich somit immer die höhere Qualität zu vergleichsweise hohen Preisen durchsetzen, was unter den gegebenen Annahmen auch die gesamtwirtschaftlich effiziente Lösung ist.

Ist der Käufer demgegenüber vor seiner Kaufentscheidung nicht über die wahre Qualität der Leistung informiert und wird sich insofern für alle Qualitäten ein einheitlicher Marktpreis durchsetzen, so wird er bei einer einmaligen Kaufentscheidung von folgender Überlegung ausgehen: Da der Preis unabhängig von der wahren Qualität der Leistung ist und da die Kosten niedriger Qualität immer geringer sind als die Kosten hoher Qualität, wird ein rationaler, gewinnmaximierender Verkäufer immer die niedrige Qualität liefern: $(p - c^-) > (p - c^+)$. Erwartet dies auch der Käufer, so gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder lohnt sich der Kauf bei dem gegebenen Preis dennoch ($v^- - p > 0$); dann wird der Käufer niedrige Qualität kaufen, obwohl er höhere Qualität zu einem höheren Preis vorziehen würde. Oder das Geschäft lohnt sich für den Käufer nicht ($v^- - p < 0$) und wird somit auch nicht zustande kommen.¹ Wir können es auch anders formulieren: Gelingt es dem Verkäufer nicht, dem Käufer glaubhaft zu signalisieren, dass er hohe Qualität liefert, die einen vergleichsweise hohen Preis rechtfertigt, so wird hohe Qualität nicht angeboten werden, auch wenn das im wohlverstandenen Interesse beider Parteien wäre.²

Sieht der Verkäufer aber eine Chance, dass der Käufer auch in Zukunft bei ihm kaufen wird, so verändert sich seine Kalkulation. Verspricht er dem Käufer hohe Qualität, liefert aber tatsächlich niedrige Qualität, so hat er einen kurzfristigen Sondergewinn in Höhe von $(c^+ - c^-)$, d. h. in Höhe der eingesparten Produktionskosten. Lernt nun der Käufer durch den Konsum, dass er tatsächlich niedrige Qualität erhalten hat, und reagiert er auf diese Erfahrung durch Einstellung aller Geschäftsbeziehungen mit diesem Verkäufer, so steht dem kurzfristigen Vorteil ein langfristiger Nachteil gegenüber, der dem Gegenwartswert der entgangenen Gewinne aus potentiellen künftigen Geschäften entspricht. Unterstellen wir der Einfachheit halber, dass bei Lieferung hoher Qualität der Käufer über eine unendliche Zahl künftiger Perioden jeweils einen Kauf pro Periode abwickeln wird, dann lautet die Bedingung dafür, dass ein rationaler Verkäufer gute Qualität liefert:

$$(c^+ - c^-) \leq \sum_{t=1}^{\infty} \delta^t (p - c^+) = \frac{p - c^+}{r}$$

¹ Das wird immer dann der Fall sein, wenn $(v^- - c^-) < 0$.

² Vgl. hierzu die grundlegende Arbeit von Akerlof (1970).

Der Anreiz, gute Qualität zu liefern, ist somit um so stärker, je größer der Preisaufschlag auf die Grenzkosten und je größer der Diskontierungsfaktor ($\delta = 1/(1+r)$, mit r als Kalkulationszinssatz), d. h. das Gewicht zukünftiger Einnahmen, ist. Dieser Anreizeffekt wird noch verstärkt, wenn der Verkäufer damit rechnen muss, dass der Käufer etwaige schlechte Erfahrungen anderen Konsumenten mitteilt und diese von zukünftigen Käufen bei dem entsprechenden Verkäufer abhält.

Wir sehen also: Informationsasymmetrien führen nicht notwendigerweise zu Marktversagen. Je häufiger Güter mit Erfahrungseigenschaften gekauft werden, je schneller die Konsumenten lernen, wer ihnen schlechte Qualität liefert hat, und je besser die Kommunikation zwischen den Konsumenten funktioniert, desto weniger staatliche Interventionen sind erforderlich, um zu verhindern, dass systematisch hohe durch niedrige Qualität verdrängt wird.

2.2 Glaubwürdige Signale durch Markenschutz

Was hat das nun alles mit Marken und Markenrecht zu tun? In Zeiten der Massenproduktion und des Massenkonsums, in denen Hersteller und Konsumenten von Gütern durch weitgehend anonyme Marktbeziehungen miteinander verbunden sind, erleichtert die Markierung von Waren und Dienstleistungen es den Konsumenten, solche Akteure zu identifizieren und gezielt durch Abbruch der Geschäftsbeziehungen zu bestrafen, die für die Lieferung einer schlechten, nicht den berechtigten Erwartungen der Konsumenten entsprechenden Qualität verantwortlich sind. Markierung und Markenschutz verbessern somit die Kommunikation und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, indem es den Konsumenten ermöglicht wird, in verstärktem Maße solche markierten Güter zu kaufen, mit denen man in der Vergangenheit gute Erfahrungen gemacht hat. Grob stilisiert trägt der Markenschutz folgendermaßen zu einer Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in Märkten mit Informationsasymmetrien bei:³

- Der Hersteller eines Gutes entwickelt eine Marke und macht diese Marke durch Werbung bekannt, um den Konsumenten Qualität zu signalisieren.
- Um diese zusätzlichen Kosten zu decken, muss der Hersteller einen Aufschlag auf die Grenzkosten kalkulieren.
- Die Konsumenten sind bereit, diesen Aufschlag zu akzeptieren, wenn er nicht größer ist, als die "Suchkosten", die sie aufwenden müssten, um die wahre Qualität des Gutes aufzudecken, und wenn der Marktpreis nicht höher ist als die marginale Zahlungsbereitschaft der Konsumenten für dieses Gut.
- Liefert der Hersteller schlechtere Qualität als versprochen, so sind die Konsumenten nicht mehr bereit, den höheren Preis zu zahlen, und der Hersteller verliert in Zukunft seine Überschüsse über die Grenzkosten, die erforderlich sind, seine Investitionen in die Werbung für die Marke zu decken.

Machen wir uns das wesentliche Argument noch einmal anhand eines kleinen Zahlenbeispiels deutlich: Der Hersteller eines Gutes möchte seinen Konsumenten die hohe Qualität seines Gutes signalisieren und investiert zu diesem Zweck 1 Mio. Euro in

³ Vgl. insbesondere die grundlegenden Arbeiten von Landes/Posner (1987, 2003).

die Werbung für seine Marke. Er erwartet in den folgenden Perioden einen Absatz von 200.000 Stück, sofern er die hohe Qualität beibehält. Die Grenzkosten der Herstellung einer Einheit des Gutes betragen 100 Euro. Wenn wir aus Gründen der Vereinfachung einmal davon absehen, dass zukünftige Erträge auf die Gegenwart abgezinst werden müssen (wenn wir also einen Diskontierungsfaktor von 1 unterstellen), dann ist ein Aufschlag von 5 Euro auf die Grenzkosten erforderlich, um bei einem Absatz von 200.000 Stück die Investitionskosten von 1 Mio. Euro zu decken. Die Konsumenten sind bereit, diesen Aufschlag auf die Grenzkosten zu zahlen, wenn die Aufdeckung der wahren Qualität höhere "Suchkosten" (z. B. 10 Euro) verursachen würde und wenn die marginale Zahlungsbereitschaft für dieses Gut wenigstens 105 Euro beträgt. Ein Konkurrent, der ein nicht-markiertes Produkt zu den Grenzkosten von 100 Euro anbieten würde, könnte sich nicht durchsetzen, da er den Konsumenten nicht glaubhaft signalisieren könnte, dass er ebenfalls gute Qualität liefert. Die Glaubwürdigkeit des Qualitätsversprechens des Markenherstellers resultiert letztlich daraus, dass er viel zu verlieren hat, wenn er schlechte Qualität liefert und die Konsumenten in Zukunft deshalb nicht mehr bereit sind, den hohen Preis von 105 Euro zu zahlen. Seine Investitionen sind spezifische Investitionen, die in dem Moment entwertet sind, wenn es ihm nicht mehr möglich ist, seine markierten Produkte mit einem entsprechenden Aufschlag auf die Grenzkosten zu verkaufen.

2.3 Gesamtwirtschaftliche Effekte des Markenschutzes

Markenschutz hat somit die ökonomische Funktion, die Kommunikation zwischen den Marktteilnehmern zu verbessern und die Märkte kompetitiver zu machen. Das setzt übrigens nicht voraus, dass die Konsumenten die Identität des Herstellers kennen. Nur im 19. Jahrhundert war es mit der "Firmenmarke" bzw. später der "Fabrikmarke" für den Konsumenten relativ leicht möglich, von der Marke auf den Hersteller rückzuschließen.⁴ Schon in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gingen einzelne Mehrproduktunternehmen dazu über, unterschiedliche Produkte unter verschiedenen "Warenzeichen" zu vertreiben⁵, und infolge der Globalisierung werden heute unter einer bestimmten Marke Produkte vertrieben, die in verschiedenen Teilen der Welt von wechselnden Produzenten gefertigt werden. Wichtig für die ökonomische Funktion des Markenrechts ist nur, dass derjenige, der in die Marke investiert hat, einen starken Anreiz hat, durch Auswahl und Kontrolle der Produzenten eine gleichbleibend hohe Qualität zu garantieren.

Den positiven Wohlfahrtseffekten des Markenschutzes sind nun dessen soziale Kosten gegenüberzustellen (Shavell 2004, S. 170 f.). Zum einen entstehen natürlich Verwaltungs- und Durchsetzungskosten, die aber in der Regel gegenüber den positiven Wohlfahrtseffekten nicht nennenswert ins Gewicht fallen dürften. Zweitens sind mit Marken zusätzliche Werbungskosten verbunden, die aber typischerweise geringer sein dürften als die dadurch eingesparten "Suchkosten" der Konsumenten. Marken können, drittens, auch dazu genutzt werden, Marktmacht aufzubauen und zu missbrauchen. Diese sozialen Kosten können durch ein geeignetes Wettbewerbsrecht gering gehalten werden. Schließlich können der Gesellschaft dadurch zusätzliche Kosten entstehen, dass andere daran gehindert werden, bestimmte Zeichen zu benutzen, und

⁴ Zur Entwicklung siehe im Einzelnen Wadle (2003, S. 342 ff.).

⁵ Beispielsweise die Markenprodukte "Persil", "Ata" und "Imi", die alle durch die Firma Henkel vertrieben wurden.

dass dadurch der Wettbewerb behindert werden kann. Um diese Kosten gering zu halten, sieht das Markenrecht u. a. vor, dass eine minimale Unterscheidungskraft bestehen muss und dass Freihaltebedürfnisse der Gesellschaft, insbesondere bei stärker deskriptiven Kennzeichnungen, zu berücksichtigen sind.

Halten wir fest: Bei einer geeigneten Ausgestaltung und einer entsprechenden Ergänzung durch das Wettbewerbsrecht (sowie durch andere gewerbliche Schutzrechte) wird der rechtliche Markenschutz den Leistungswettbewerb fördern und mit positiven Nettowohlfahrtseffekten verbunden sein.

2.4 Die Wirkungen des Markenschutzes aus ökonomischer Sicht

Worin besteht nun der rechtliche Schutz des Markeninhabers genau? Zunächst einmal kann der Inhaber einer Marke anderen untersagen, für identische Waren eine identische Marke zu verwenden. Die ökonomische Funktion dieses Unterlassungsanspruchs dürfte offensichtlich sein. Baut sich beispielsweise ein Hersteller von Waschmaschinen, die er unter einer bestimmten Marke vertreibt, einen guten Ruf als Hersteller von Produkten hoher Qualität auf, und sind deshalb die Konsumenten auch bereit, einen entsprechend hohen Preis zu zahlen, so würde die Kommunikation zwischen den Marktteilnehmern verschlechtert und der Leistungswettbewerb beeinträchtigt, wenn es jedem beliebigen anderen Waschmaschinenhersteller gestattet wäre, seine Ware unter der gleichen Marke zu vertreiben.

Darüber hinaus kann der Inhaber einer Marke anderen auch untersagen, identische Marken für ähnliche Waren, ähnliche Marken für identische Waren oder ähnliche Marken für ähnliche Waren zu verwenden, sofern Verwechslungsgefahr besteht. Auch dieser Unterlassungsanspruch lässt sich ökonomisch gut begründen, da das Markenrecht es den Konsumenten erleichtern soll, unterschiedliche Produkte voneinander zu unterscheiden. Dies beinhaltet auch, dass eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist.

Erst seit Mitte der 1990er Jahre hat ein dritter Untersagungstatbestand, der bisher durch ergänzende Schutznormen erfasst war, Eingang in das Markenrecht gefunden. Für im Inland bekannte Marken gilt ein besonderer Schutz. Ein Untersagungsrecht besteht in diesem Fall bei ähnlichen Marken bzw. ähnlichen Produkten auch dann, wenn zwar keine Verwechslungsgefahr besteht, wenn aber die Unterscheidungskraft oder Wertschätzung der Marke ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise ausgenutzt oder beeinträchtigt wird. Auch dieser besondere Schutz berühmter Marken gegen "Verwässerung" oder "Rufausbeutung" lässt sich ökonomisch begründen. Investiert nämlich ein Markeninhaber beträchtliche Summen in eine Marke, um diese bekannt zu machen und unter dieser Marke eine Vielzahl von Produkten mit bestimmten Qualitätsstandards zu vertreiben, so reduziert eine "Verwässerung" oder "Rufausbeutung" die Rendite auf diese Investitionen und damit auch die Anreize des Markeninhabers, für eine entsprechende Qualität zu sorgen. Aus Sicht der Konsumenten werden durch eine "Verwässerung" der Marke die Suchkosten erhöht (Dogan/Lemley 2005, S. 47 ff.).

2.5 Der markenrechtliche Schutz von Eventmarken aus ökonomischer Sicht

Wie weit sollte der markenrechtliche Schutz von Eventmarken aus ökonomischer Sicht reichen? Um diese Frage zu beantworten, muss man sich die Unterschiede und Ge-

meinsamkeiten von "klassischen" Warenzeichen und Eventmarken verdeutlichen. Zunächst einmal betrachten offizielle Sponsoren wie Continental, Adidas oder Hyundai die Zahlung zweistelliger Millionenbeträge an die FIFA als Investition in ihre eigenen Marken. Sie können als glaubwürdiges Signal gegenüber den Konsumenten dienen, dass die entsprechenden Produkte noch eine Weile zu gleichbleibender Qualität angeboten werden, weil nur auf diese Weise eine Amortisation der spezifischen Investitionen in die Marke erreicht werden kann. Der Schutz der Eventmarke erleichtert es nun den Konsumenten, Sponsoren, die umfangreiche Investitionen getätigt haben, von Nicht-Sponsoren, die sich einfach an das Großereignis "dranhängen", zu unterscheiden. Die Werbebranche hat für ein derartiges Trittbrettfahrerverhalten den Begriff "Ambush-Marketing" geprägt, d.h. eine Art "Angriff aus dem Hinterhalt" oder ein "Guerilla-Marketing" (Heermann 2006, Schmitz 2005). Ohne einen Schutz der Eventmarke würde es den Konsumenten erschwert, Sponsoren von Nicht-Sponsoren zu unterscheiden. Dadurch würde für die Sponsoren der Anreiz reduziert, hohe Summen in das Ereignis zu investieren, und bestimmte Großereignisse würden vielleicht gar nicht mehr stattfinden können. Abgesehen von den Verwaltungs- und Durchsetzungskosten ist der Schutz der Eventmarke aber auch insoweit mit weiteren sozialen Kosten verbunden, als der Wettbewerb auf den Märkten für solche Waren und Dienstleistungen, deren Anbieter sich zur Förderung des Absatzes auf das Ereignis beziehen möchten, eingeschränkt wird. Aus ökonomischer Sicht ist somit eine Verstärkung des rechtlichen Schutzes der Eventmarke gerechtfertigt, solange dadurch zusätzliche Sponsorenmittel akquiriert werden können und die Wohlfahrtsgewinne, die den durch die zusätzlichen Sponsorenmittel Begünstigten zukommen, größer sind als die Wohlfahrtsverluste, die aus einer Einschränkung des Wettbewerbs auf den davon betroffenen Märkten für Güter und Dienstleistungen entstehen.

Jedenfalls sollte bei der ganzen Diskussion nicht aus dem Blick geraten, dass die ökonomische Funktion des Markenrechts letztlich darin besteht, die Kommunikation zwischen den Marktteilnehmern zu verbessern und damit den Wettbewerb zu befördern, und nicht darin, den Wettbewerb zu beschränken, um Anreize zu bestimmten geistigen Leistungen zu induzieren — wie das bei den anderen intellektuellen Eigentumsrechten der Fall ist.

3. Die relevanten Entscheidungen im Einzelnen

Der Streit um die Markenfähigkeit der sog. Eventmarken "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" hat nun sämtliche Instanzen durchlaufen. Das Bundespatentgericht gab Lösungsanträgen, die sich gegen die Eintragung der FIFA Marken richteten, teilweise statt.⁶ Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 27.04.2006⁷ der streitgegenständlichen Marke "FUSSBALL WM 2006" die Markenfähigkeit in letzter Instanz vollständig versagt und die Marke "WM 2006" als zu einem Großteil nicht markenfähig eingestuft. Paradoxalement sind "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" — auch in Deutschland — aber dennoch weiter geschützt, und zwar als europäische Gemeinschaftsmarken. Zudem handelt es sich nach Ansicht verschiedener Oberlandesgerichte bei den Zeichen um besondere geschäftliche Bezeichnungen, die den Schutz des § 5 MarkenG genießen. Der Streit ist auch nach dem Ende der Fußballweltmeisterschaft noch von Bedeutung, denn auch nachträglich können — je nach Ausgang des Rechtsstreits —

⁶ BPatG, Beschluss vom 03.08.2005, Az 32 W (pat) 238/04.

⁷ Az I ZB 96/05 u. I ZB 97/05.

Lizenzgebühren oder Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns geltend gemacht werden.

Der Markenschutz könnte an der Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG, dem Vorliegen eines Freihaltebedürfnisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG sowie dem Fehlen der erforderlichen Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG scheitern.

Die Markenfähigkeit nach § 3 MarkenG erscheint wenig problematisch. Den beiden fraglichen Angaben, "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" kann die erforderliche abstrakte Unterscheidungsfähigkeit, an die geringe Anforderungen zu stellen sind, nicht abgesprochen werden. Nach § 3 Abs. 1 MarkenG ist die Marke ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden.⁸ Die Unterscheidungskraft ist hier abstrakt zu beurteilen und fehlt nur in seltenen Fällen. Ausreichend ist nämlich schon, dass ein Zeichen geeignet ist, Unternehmensprodukte bei abstrakter Betrachtungsweise zu identifizieren, ohne dass Produkte nach Maßgabe ihrer kommerziellen Herkunft voneinander unterscheidbar sein müssen.⁹ Es gibt zahlreiche Beispiele für Marken aus einer Kombination von einem Wort, Buchstaben bzw. einer Abkürzung und einer Jahreszahl. So werden im Urteil des Bundespatentgerichts z.B. MK 3, VK 01, CP 1963, MS 2000, SPM 64 genannt. Entsprechend sind "WM 2006" als auch "FUSSBALL WM 2006" abstrakt markenfähig.

Problematischer ist dagegen die Frage, ob die Eintragung der Marken "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" an den absoluten Schutzhindernissen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG scheitert. Die Eintragungsfähigkeit von "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" als Marke ist sowohl nach Ansicht des Bundespatentgerichts als auch des BGH an § 8 MarkenG zu messen. Es stellt sich die Frage, ob die streitgegenständlichen Zeichen Unterscheidungskraft im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG haben und ob — soweit dies bejaht wird — möglicherweise ein Freihaltebedürfnis entgegensteht und die Eintragung daher gem. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG ausgeschlossen ist.

3.1 Die Ansicht des Bundespatentgerichts

Das Bundespatentgericht hielt die Zeichen "WM 2006" und auch "FUSSBALL WM 2006" für ausreichend unterscheidungskräftig, d.h. für geeignet, die so gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen von denen anderer Unternehmen zu unterscheiden, und bejahte die Markenfähigkeit, soweit nicht ein Freihaltebedürfnis im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG gegeben ist. Der Senat kam bei der Prüfung des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG zu dem Ergebnis, dass ein Freihaltebedürfnis nur für solche Waren und Dienstleistungen besteht, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausrichtung der Fußballweltmeisterschaft im Jahr 2006 stehen oder die mediale Auswertung der Veranstaltung zum Gegenstand haben. Dementsprechend wird die Markenfähigkeit nur für einen Teil der beanspruchten Klassen verneint. Für Waren und Dienstleistungen, die nicht für eine Fußballweltmeisterschaft charakteristisch sind, sind dieser Ansicht nach die fraglichen Zeichen als Marken schutzfähig. Die FIFA könnte bei unlisenzierter Nutzung Unterlassungsansprüche geltend machen. Da insbesondere für Merchandising-Artikel und -Angebote ein Freihaltebedürfnis nach Ansicht des Bundespatentgerichts nicht besteht, waren die Marken "WM 2006" und "FUSSBALL WM

⁸ Fezer (2001) § 3 Rn 203.

⁹ Fezer (2001) § 3 Rn 203; BPatG, Beschluss vom 03.08.2006, Az 32 W (pat) 238/04 para 69.

2006" trotz Löschung in verschiedenen Klassen immer noch wirtschaftlich sehr wertvoll und geeignet, als Anreiz für Sponsoren genutzt zu werden, da Merchandising Waren — wie wir im Laufe der WM gesehen haben — in großen Mengen vertrieben und damit Riesengewinne erzielt werden konnten.

3.2 Die Ansicht des Bundesgerichtshofs

Der BGH als maßgebliche Instanz vertritt aber eine andere Ansicht. Der Senat unterscheidet zwischen den beiden Marken und sprach der Marke "FUSSBALL WM 2006" jegliche Unterscheidungskraft ab. Die Angabe genüge den Anforderungen, die an die konkrete Unterscheidungskraft eines Zeichens zu stellen sind, nicht und könne daher im Hinblick auf das in § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG normierte absolute Schutzhindernis nicht eingetragen werden. Der Senat führt aus, dass es sich bei der Angabe "FUSSBALL WM 2006" um eine sprachübliche Bezeichnung für die 2006 stattfindende Fußballweltmeisterschaft handele, die vom Verkehr als Beschreibung der Veranstaltung selbst aufgefasst werde. Hier fehle die Eignung, Waren oder Dienstleistungen einem Unternehmen zuzuordnen und von denen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden, vollkommen. Der Verkehr entnehme der Bezeichnung "FUSSBALL WM 2006" nicht, dass die FIFA als Veranstalterin der Fußballweltmeisterschaft Waren und Dienstleistungen, die mit dieser Angabe gekennzeichnet sind, kontrolliere und für die Qualität der Produkte wie ein Warenproduzent oder Dienstleister verantwortlich sein wolle, sondern verstehe die Angabe nur als Verweis auf die Veranstaltung. Dies gilt nach Ansicht des BGH wegen des eindeutigen Bezugs zur Fußballweltmeisterschaft für alle Waren und Dienstleistungen, also auch für die, die nicht schon wegen ihrer Art, ihres Verwendungszwecks oder ihrer sonstigen Merkmale in einem unmittelbaren Sachzusammenhang zur Fußballweltmeisterschaft stehen. Folglich kommt der Senat zu dem Ergebnis, dass die Marke "FUSSBALL WM 2006" für keine Klasse eingetragen werden kann.¹⁰

Differenziert betrachtet der BGH dagegen die Marke "WM 2006". Hier fehle es an einem deutlichen Sachbezug der Bezeichnung. Es könne daher nicht angenommen werden, dass der Verkehr die Angabe für alle beanspruchten Waren oder Dienstleistungen als nicht unterscheidungsfähigen Hinweis auf die Veranstaltung einer Weltmeisterschaft im Jahre 2006 verstehe und dieses Verständnis bereits im Zeitpunkt der Eintragung bestand. "WM 2006" ist nach Ansicht des BGH eine Zahlen- und Buchstabenkombination, die nicht notwendig für jede Ware oder Dienstleistung einen Bezug zu einer 2006 stattfindenden Weltmeisterschaft nahe lege. Insoweit obliege dem BPatG eine differenzierte Prüfung. Diese Entscheidung des Bundespatentgerichts steht noch aus.

3.3 Ökonomische Analyse

Im Hinblick auf die doch nicht unerheblichen wirtschaftlichen Folgen stellt sich die Frage nach einer ökonomisch sinnvollen Abgrenzung der Anwendungsbereiche von § 8 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 MarkenG. Es fragt sich ferner, inwieweit eine unterschiedliche Behandlung der Marken "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" gerechtfertigt ist und ob eine (teilweise) Einschränkung des Markenschutzes unter ökonomischen Gesichtspunkten eine effiziente Lösung ist.

¹⁰ Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 67/2006; BGH, Beschluss vom 27.04.2006.

Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG sind Marken, denen jegliche Unterscheidungskraft fehlt, von der Eintragung ausgeschlossen. Nr. 2 bezieht sich dagegen auf beschreibende Marken. Das sind solche, die ein Zeichen zum Gegenstand haben, das im Verkehr zur Bezeichnung der Art, der Beschaffenheit, der Menge, der Bestimmung des Wertes, der geographischen Herkunft, der Zeit der Herstellung der Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen oder zur Bezeichnung sonstiger Merkmale der Waren oder Dienstleistungen dienen kann. Diese Marken besitzen die erforderliche konkrete Unterscheidungskraft. Die Markenfähigkeit ist aber dann nicht gegeben, wenn ein Freihaltebedürfnis für das fragliche Zeichen besteht und andere, die an der Nutzung des Zeichens interessiert sind, durch die Zuordnung zu nur einem Rechtsinhaber zu stark im Wettbewerb eingeschränkt würden.

3.3.1. Konkrete Unterscheidungskraft

Im Gegensatz zur abstrakten Unterscheidungseignung nach § 3 MarkenG geht es bei der Frage nach einer konkreten Unterscheidungskraft eines Zeichens nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG darum, den unmittelbaren Produktbezug eines Zeichens festzustellen. Abhängig davon kann ein Zeichen für bestimmte Waren und Dienstleistungen unterscheidungsfähig sein, während für andere die produktidentifizierende Unterscheidungskraft fehlt. Die Anforderungen sind hier höher als bei der Beurteilung der abstrakten Unterscheidungskraft. Dennoch sind auch an das Fehlen der konkreten Unterscheidungskraft hohe Maßstäbe zu stellen. Eine Marke ist schon dann konkret unterscheidungskräftig, wenn ihr für die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen *irgendeine* Unterscheidungskraft zukommt. Jede Art und jeder Grad von Unterscheidungskraft, auch wenn sich diese als noch so gering erweist, ist ausreichend, um das absolute Schutzhindernis der fehlenden Unterscheidungskraft zu überwinden.¹¹

Wie ausgeführt nahm der BGH an, dass der Angabe "FUSSBALL WM 2006" jegliche Unterscheidungskraft fehle, weil die Angabe als Hinweis auf die Veranstaltung selbst und nicht auf einen bestimmten Unternehmer oder Veranstalter verstanden werde. Die Angabe "WM 2006" besitzt nach Ansicht des Senats demgegenüber keinen derart eindeutig beschreibenden Bezug zu einer Weltmeisterschaft im Jahre 2006, dass man annehmen könne, dass der Verkehr diese Angabe sich überwiegend als Hinweis auf eine entsprechende Veranstaltung verstehet. Diese Annahme des Senats, dass im Zeitpunkt der Eintragung die überwiegenden Teile des Verkehrs den Begriff "FUSSBALL WM 2006" als beschreibende Angabe der Veranstaltung verstanden haben werden und nicht als ein Qualitätsmerkmal, das auf eine Kontrolle durch die FIFA hinweist, während dieser Bezug bei dem Begriff "WM 2006" nicht ganz so eindeutig gegeben ist, ist zwar grundsätzlich nachvollziehbar. Es ist jedoch schwierig, wenn nicht unmöglich, zum jetzigen Zeitpunkt zu sagen, wie der maßgebliche Verkehr die Angaben zur Zeit der Eintragung tatsächlich aufgefasst hat und ob hier eine Unterscheidung zwischen den Zeichen nicht doch konstruiert und realitätsfern ist.

3.3.2. Freihaltebedürfnis

Im Rahmen der Bestimmung eines Freihaltebedürfnisses ist es möglich, den Markenschutz für bestimmte Waren und Dienstleistungsgruppen auszuschließen, für andere

¹¹ Fezer (2001) § 8 Rn 26.

aber zu gewähren. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG schließt solche Zeichen von der Eintragung als Marke aus, bei denen es sich um eine beschreibende Angabe handelt und im Interesse der Allgemeinheit ein Freihaltebedürfnis besteht. Das ist dann der Fall, wenn Marktteilnehmer ein berechtigtes Interessen an der freien Verwendung beschreibender Angaben haben.¹² Die Zuordnung einer solchen Angabe zu einem Rechtsinhaber, der ein exklusives Recht an der Nutzung hätte, würde hier zu Wettbewerbsbeschränkungen führen. Das Freihaltebedürfnis an beschreibenden Zeichen bildet ein Schutzhindernis, um im Allgemeininteresse die Benutzung solcher Zeichen allen Marktbeteiligten offen zu halten, und bestimmt sich folglich in der Regel nach den berechtigten Interessen der Mitbewerber.¹³ Es bleibt also Raum für eine Abwägung.

Fraglich ist zunächst, inwieweit hier eine tatsächliche oder faktische Monopolstellung relevant sein kann und ob das Bestehen einer solchen das Freihaltebedürfnis entfallen lässt. Die FIFA hat im Verfahren vor dem Bundespatentgericht vorgetragen, dass ein Freihaltebedürfnis für "WM 2006" nicht angenommen werden könne, weil sie hier eine faktische Monopolstellung habe. Jeder andere Veranstalter würde seinen speziellen Wettbewerb mit weiteren Angaben kennzeichnen. Zutreffend hat das Bundespatentgericht hier festgestellt, dass rechtlich begründete oder faktische Monopolstellungen bei der Frage nach dem Freihaltebedürfnis nicht zu berücksichtigen sind. § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG stellt strenge Anforderungen an das Freihaltebedürfnis. Es ist bereits ausreichend, wenn ein Zeichen als beschreibende Angabe *dienen kann*. Ein Freihaltebedürfnis entfällt auch nicht deswegen, weil es andere Synonyme gibt, die die fraglichen Merkmale beschreiben können.¹⁴ Auch die Möglichkeit, Namen und beschreibende Angaben gem. § 23 Nr. 2 MarkenG zu nutzen, kann nicht zum Entfallen des Freihaltebedürfnisses führen. Die Normen haben unterschiedliche Regelungsgehalte. Bei § 23 MarkenG handelt es sich um eine Schranke des Markenschutzes, die u.a. den Zweck hat, dem Mitbewerber eine zusätzliche Sicherung zu geben, um sich im Verletzungsprozess gegenüber möglicherweise zu Unrecht eingetragenen Marken zu verteidigen.¹⁵ § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG soll dagegen bereits im Registerverfahren Fehlmonopolisierungen verhindern.

"WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" beschreiben einen internationalen Fußballwettkampf, der im Jahre 2006 stattfindet. Insbesondere im Hinblick auf die große wirtschaftliche Bedeutung der Fußballweltmeisterschaft haben andere Marktteilnehmer natürlich ein Interesse daran, die Bezeichnung zu verwenden, um darauf hinzuweisen, dass sich ihre Angebote auf eine Fußballweltmeisterschaft im Jahr 2006 beziehen, dabei zum Einsatz kommen oder sich bei einer solchen bewährt haben.¹⁶ Ein Zeichen kann jedoch nur insoweit freihaltebedürftig sein, als ein Bezug zu den Waren oder Dienstleistungen besteht. Für Waren, die einen eindeutig beschreibenden Bezug zu der Veranstaltung haben, sind die fraglichen Zeichen daher nicht eintragungsfähig. Soweit sich unter den angemeldeten Waren oder Dienstleistungen solche befinden, bei denen die angesprochenen Verkehrskreise keine Verbindung zur Fußballweltmeisterschaft herstellen, kann von der Löschung der Marke abgesehen werden. Zu welchem Ergebnis das Bundespatentgericht hier bei einer weiteren Überprüfung nach der Zurückverweisung kommt, bleibt abzuwarten. Nach den Erfahrungen der WM gibt es

¹² Fezer (2001) § 8 Rn 118.

¹³ Fezer (2001) § 8 Rn 30, 32.

¹⁴ Ingerl/Rohrke (2003), § 8 Rn 244; EuGH GRUR Int 2004, 102.

¹⁵ BGH GRUR 1998, 930, 931.

¹⁶ BPatG, Beschluss vom 03.08.2006, Az 32 W (pat) 238/04 para 84; BGH GRUR 2004, 775 (EURO 2000).

praktisch wenige Waren und Dienstleistungen, die nicht mit der WM in Verbindung gebracht werden. Zum Teil hängt dies aber gerade mit der extensiven Werbung zusammen. Ein stärkerer Markenschutz hätte hier anders wirken können. Nicht zu verennen ist auch, dass jeder Marktteilnehmer in Deutschland allein durch das Stattfinden der WM, das auch maßgeblich durch die Sponsorengelder ermöglicht wird, profitiert. Diese Überlegung könnte eine andere Bewertung dieser Interessen notwendig machen.

3.3.3. Abwägung

Eventmarken erfüllen eine andere Funktion als Marken im herkömmlichen Sinne. Es stellt sich daher die Frage, ob bei Marken, die zu Sponsoring- und Merchandisingzwecken verwendet werden, andere Anforderungen an das Erfordernis der Unterscheidungskraft und an das Freihaltebedürfnis gestellt werden sollten, um einen stärkeren Schutz der Marke zu ermöglichen. In diesen Fällen ist Sinn und Zweck der Werbung durch Marken nicht die Herkunftsangabe oder Qualitätskontrolle, sondern der Hinweis darauf, dass der Hersteller ein bestimmtes Großereignis unterstützt. Der Sponsor verspricht sich durch diese Art der Werbung kurzfristige Umsatzerhöhung, sieht seine Werbung aber in erster Linie als Investition in den Namen und Ruf des Unternehmens für die Zukunft. Als Gegenleistung für die Nutzung der Marke gewährt der Sponsor finanzielle Zuwendungen, die die Veranstaltung von Großereignissen ermöglicht.

Erklärt man nun, wie der BGH es getan hat, die Angabe "FUSSBALL WM 2006" für nicht und "WM 2006" für nur teilweise markenfähig, besteht die Gefahr, dass es zu Verwechslungen kommt. Die Verbraucher halten Nichtsponsoren, die ihre Produkte mit "FUSSBALL WM 2006" oder "WM 2006" kennzeichnen, möglicherweise für offizielle Sponsoren mit der Folge, dass der Anreiz, eine Großveranstaltung wie die Fußballweltmeisterschaft zu sponsern, schwindet und im schlimmsten Fall eine solche Veranstaltung, die sich ja zum größten Teil aus Sponsorengeldern finanziert, nicht mehr stattfinden kann. Andererseits muss man berücksichtigen, dass ein sehr weiter Markenschutz den Wettbewerb behindert, denn andere als die offiziellen Sponsoren dürfen dann ihre besonderen Angebote anlässlich der Fußball WM nicht mit der Angabe "FUSSBALL WM 2006" oder "WM 2006" bewerben. Absurd ist es auch, wenn sich andere im Jahre 2006 stattfindende Weltmeisterschaften nicht "WM 2006" nennen dürfen. Hier besteht eine Interessenkollision zwischen den Sponsoren und dem Interesse der Allgemeinheit an der Durchführung von "Events" auf der einen Seite und anderen Marktteilnehmern auf der anderen Seite, denen man die Verwendung der Bezeichnung "WM 2006" zur Bezeichnung ihrer Produkte oder Veranstaltung untersagen müsste.

Gegen eine Ausdehnung des Markenschutzes könnte sprechen, dass es der FIFA unbenommen bleibt, die Bezeichnung "FIFA WM 2006" zu verwenden, gegen die wegen des eindeutigen Bezugs zur FIFA als Veranstalterin keine markenrechtlichen Bedenken bestehen dürften. Auch der Zusatz des FIFA Symbols, des Pokals oder ähnlicher Zeichen beinhalten eine Unterscheidungsfähigkeit, die den Angaben "FUSSBALL WM 2006" und "WM 2006" fehlt. Andererseits ist es aber wahrscheinlich, dass eine ausreichende Unterscheidung zwischen denjenigen, die ihre Produkte mit "FIFA WM 2006" kennzeichnen und denjenigen, die "FUSSBALL WM 2006" oder "WM 2006" verwenden, durch die maßgeblichen Verkehrskreise nicht mehr stattfindet, mit der Folge, dass die Anreize zum Sponsoring sich verringern. In Anbetracht der Fülle der Produkte, die mit "FUSSBALL WM 2006" oder "WM 2006" gekennzeichnet wurden, erscheint es wenig wahrscheinlich, dass der durchschnittlich informierte Verbraucher in jedem einzelnen Fall den Anbieter für einen Sponsor hält. Hierfür ist eine weitere Identifizierung

nötig. Es hängt letztlich davon ab, ob der Verkehr diese Unterscheidung vornimmt, wenn ein Unternehmen mit einem identifizierenden Zusatz wie "FIFA" oder "offizieller Sponsor" arbeitet oder ob nur eine durch den Markenschutz erreichte Exklusivität der verwechslungsfähigen Angaben die Anreize zum Sponsoring erhält.

Es bestehen durchaus gewichtige Interessen an und gute Gründe für einen Markenschutz der Bezeichnungen "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006". Sponsoring ist ein wichtiger Teil von Großveranstaltungen, und adäquate Anreize sind hier unverzichtbar. Die Sponsoren müssen die Möglichkeit haben, sich von Nichtsponsoren abzugrenzen. Es sind aber Interessen an der Nutzung der Angaben denkbar, die höher zu bewerten wären. Hier ist über die Bestimmung des Freihaltebedürfnisses eine sachgerechte Lösung möglich. Letztendlich ist es eine Frage der empirischen Evidenz, wie die unterschiedlichen Bezeichnungen durch den Verkehr wahrgenommen werden, wie die Sponsoren auf eine Schwächung des Markenschutzes reagieren, wie wichtig das Sponsoring für die jeweilige Veranstaltung ist etc., um zu einer effizienten Abwägung zwischen den Interessen der Veranstalter an einer Finanzierung des Großereignisses und den Freihaltebedürfnissen anderer Marktteilnehmer zu kommen.

3.4. Schutz als Gemeinschaftsmarke und besondere geschäftliche Bezeichnung

In dem Streit um die Markenfähigkeit ist das letzte Wort noch nicht gesprochen. Als europäische Gemeinschaftsmarke stehen "WM 2006" und "FUSSBALL WM 2006" in der gesamten Europäischen Union und somit auch in Deutschland weiter unter Schutz. Das Europäische Markenamt hat in seiner Entscheidung vom 28.10.2005 Anträge auf Löschung der Marke "WM 2006" abgelehnt.¹⁷ Eine entsprechende Entscheidung erging für "FUSSBALL WM 2006". Diese Entscheidungen sind jedoch nicht rechtskräftig. Es bleibt abzuwarten, wie auf europäischer Ebene endgültig entschieden wird. Hier könnte es relevant werden, dass WM und Fußball WM in anderen Sprachen keine beschreibenden Angaben sind. So heißt es auf Englisch *World Championship* und *Soccer*.

Schließlich ist noch zu erwähnen, dass es sich nach Ansicht mehrerer Oberlandesgerichte, u. a. des OLG Hamburg in einem Beschluss im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vom 07.02.2005¹⁸, bei der Angabe "WM 2006" um eine besondere geschäftliche Bezeichnung handelt, die nach § 5 Abs. 2 MarkenG Schutz genießt. Tatbestandsvor aussetzung ist, dass es aus Sicht des Verkehrs ein Objekt gibt, das unabhängig von der Firma des veranstaltenden Unternehmens Träger eines Kennzeichens sein kann. Dies hat das OLG Hamburg bei der Fußballweltmeisterschaft bejaht, da es sich um ein zeitlich und räumlich abgrenzbares sportliches und kulturelles Großereignis mit eigener Organisation handelt, die das Ereignis für das Publikum erkennbar durch Sponsoring und sonstige Rechtsvermarktung werblich kommuniziert. Die Fußballweltmeisterschaft wird durch ein eigenes Komitee organisiert und ist damit ein organisatorisch abgrenzbarer Teil des Unternehmens der FIFA, die ja auch diverse andere Veranstaltungen durchführt. Der Senat hält es in Anbetracht der Bekanntheit der Angabe "WM 2006" für überwiegend wahrscheinlich, dass das Publikum eine Unterscheidung von der Fußballweltmeisterschaft zu anderen ähnlichen Veranstaltungen vornimmt. Folglich genießt die FIFA für "WM 2006" Markenschutz nach § 5 Abs. 2 MarkenG.

¹⁷ OHIM, Cancellation Division - Az.: 969 C 002155521.

¹⁸ Az 3 W 14/05.

4. Schlußbemerkung

Die Eventmarke ist ein neues Phänomen, auf das bisher gängige Vorstellungen von Markenrecht und Markenschutz nicht ohne weiteres passen. Man sollte daher nicht allzu fest an Definitionen festhalten, die sich bisher zu den einzelnen Eintragungshindernissen herausgebildet haben, da es unter Zugrundelegung der ökonomischen Argumente so scheint, dass die Eventmarke einen anderen Zweck erfüllt und eine andere Behandlung erhalten sollte.

Wo andere Maßnahmen versagen oder sich als unzureichend erweisen, kann man über das Markenrecht ökonomisch sinnvolle Anreize setzen. Markenrechtliche Ansprüche können weitergehen als Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb, bei denen ja immer unlauteres Verhalten erforderlich ist, oder als Ansprüche aus Haus- oder Persönlichkeitsrechten. Im Rahmen einer Abwägung bietet das Markenrecht durchaus Spielraum, einen angemessenen Schutzbereich abzustecken. Wie wir gesehen haben, kommt es letztendlich auf die Wahrnehmung der betroffenen Verkehrskreise und die Umstände des Einzelfalls an. Über das Freihaltebedürfnis lassen sich sachgerechte Ergebnisse erzielen.

Aus ökonomischer Sicht geht es letztlich um den Trade-off zwischen den Wohlfahrtsgewinnen einer Stärkung des Schutzes von Eventmarken, die aus den dadurch zusätzlich akquirierten Sponsorenmitteln und deren Beitrag zu Qualität und möglicherweise sogar Existenz des Großereignisses resultieren, und den Wohlfahrtsverlusten, die aus einer Beschränkung des Wettbewerbs auf den Märkten für die davon betroffenen Produkte, steigenden Preisen und reduzierten Mengen entstehen.

Literatur

Akerlof, G. (1970), The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: Quarterly Journal of Economics, 84, S. 488 ff.

Darby, R. R./Karni, E. (1973), Free Competition and the Optimal Amount of Fraud, in: Journal of Law and Economics, 16, S. 67 ff.

Dogan, S. L./Lemley, M. A. (2005), The Merchandising Right: Fragile Theory or Fait Accomplis?, in: Emory Law Journal, 54, S. 461 ff.

Fezer, K. H. (2003), Die Eventmarke, in: Festschrift für Winfried Tilmann, Köln, S. 321 ff.

Fezer, K. H. (2001), Markenrecht, 3. Auflage, München.

Heermann., P. W. (2006), Ambush-Marketing anlässlich Sportgroßveranstaltungen — Erscheinungsformen, wettbewerbsrechtliche Bewertung, Gegenmaßnahmen, in: GRUR, Heft 5, S. 359 ff.

Ingerl, R./Rohnke, C. (2003), Markengesetz, 2. Auflage, München.

Landes, W. M./Posner, R. A. (2003), The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge/Mass.

Landes, W. M./Posner, R. A. (1987), Trademark Law: An Economic Perspective, in: *Journal of Law and Economics*; 30, S. 265 ff.

Nelson, Ph. (1970), Information and Consumer Behavior, in: *Journal of Political Economy*, 78, S. 310 ff.

Schmitz, J. K. (2005), Ambush Marketing: The Off-Field Competition at the Olympic Games, in: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 3, S. 203 ff.

Shavell, S. (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge/Mass.

Wadle, E. (2003), *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, Bd. II, München.

Ethische Gefühle, Marktwirtschaft oder doch Gerechtigkeit?

von Manfred J. Holler

I. Zur These¹

In seinem Vorwort zur sechsten Auflage der "Theory of Moral Sentiments", überschrieben mit "Avertissement", konstatiert Adam Smith, dass er aufgrund seines vorgerückten Alters wohl kaum eine "theory of jurisprudence" zu seiner Zufriedenheit niederschreiben werde können, wie er auf der letzten Seite der "Theory of Moral Sentiments" ankündigte. Doch der Plan zu diesem Buch, so lässt er den Leser wissen, besteht noch, und er wird an der Realisierung dieses Plans auch arbeiten, soweit es die Umstände erlauben. Deshalb soll die Ankündigung wieder abgedruckt werden. Sie befindet sich bereits in der ersten Auflage der "Theory of Moral Sentiments" von 1759 und beschließt damit auch den Text der sechsten, der letzten von ihm durchgesehenen und überarbeiteten Auflage von 1790, seinem Todesjahr. Er wollte nicht nur über "die allgemeinen Prinzipien des Gesetzes und der Regierung" schreiben, sondern auch "of the different revolutions they have undergone in the different ages and periods of society, not only what concerns justice, but in what concerns police, revenue, and arms, and whatever else is the object of law."²

Es scheint naheliegend zu fragen, was der Beitrag einer Smithschen Theorie der Gerechtigkeit und des Staates gewesen wäre und inwieweit der Entwurf eines Sozialsystems, den sein Gesamtwerk enthält, unvollständig ist. Die Aufzeichnungen seiner Vorlesungen in Glasgow, die erst 1978 als "Lectures on Jurisprudence" publiziert wurden, lassen ahnen, welchen Prinzipien eine Smithsche Theorie der Gerechtigkeit und des Staates folgen würde. Zudem enthalten seine beiden Hauptwerke (die "Theory of Moral Sentiments" und die "Wealth of Nations") zahlreiche Hinweise auf seine Vorstellungen zu diesem Gegenstand.³

Das Fehlen einer Smithschen Theorie der Gerechtigkeit und des Staates scheint aber auch deshalb nicht signifikant, weil sich Grundsätze zur Gerechtigkeit aus den moral-

¹ Institute of SocioEconomics, IAW, Universität Hamburg, Von-Melle-Park 5, D-20146 Hamburg, Fax: +49 40 428 38 6329. holler@econ.uni-hamburg.de. Für ihre hilfreichen Kommentare möchte ich Matthew Braham, Leonidas Donskis und den anderen Teilnehmern der Konferenz an der Universität Tartu (Dezember 2005) danken. Gleichermaßen gilt für jene Teilnehmer der Vorlesung am Salem College (September 2005), die durch ihre kritischen Diskussionsbeiträge zur Entwicklung des vorliegenden Materials entscheidend beitrugen. Mein besonderer Dank gilt John Quigley.

² Adam Smith (1982 [1759, 1790]), *The Theory of Moral Sentiments*, hrsg. von D.D. Raphael und A.L. Macfie (Band I der Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith), Indianapolis: Liberty Press, S. 342.

³ In den nachfolgenden Literaturangaben steht TMS für "Adam Smith (1982 [1759, 1790]), *The Theory of Moral Sentiments*, hrsg. von D.D. Raphael und A.L. Macfie (Band I der Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith), Indianapolis: Liberty Press" und WN für "Adam Smith (1981 [1776/77]), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, hrsg. von R.H. Campbell und A.S. Skinner (Band II der Glasgow Edition of the Works and Correspondence of Adam Smith), Indianapolis: Liberty Press".

philosophischen Betrachtungen der "Theory of Moral Sentiments", aber auch der "Wealth of Nations" ableiten lassen. Das Lesen und Anwenden des Smithschen Werks besteht vielfach ohnehin gerade darin, es "interpretativ" zu ergänzen. Die Folge ist, dass dieses Werk von Vertretern extrem unterschiedlicher politischer Richtungen herangezogen wird, um ihre äußerst divergierenden Botschaften in bezug auf Wirtschaft und Gesellschaft zu belegen. Das Ergebnis ist eine Vielzahl unterschiedlicher Lesarten des Werks und widersprüchlicher Bewertung des Autors, deren Zusammensetzung und Gewichtung zudem im Zeitverlauf, insbesondere mit der Veränderung der wirtschaftlichen Situation, variiert. Das gilt natürlich auch für die nachfolgende Interpretation.

In meinem Aufsatz "Adam Smith's Model of Man and Some of its Consequences"⁴ argumentiere ich, dass die Smithsche Moralphilosophie, die sich aus der "Theory of Moral Sentiments" und der "Wealth of Nations" herleitet, nicht genügend Spannweite besitzt, um die Fragen abzudecken, die von Smiths ökonomischer Theorie und ihrer Umsetzung aufgeworfen werden. Durch die Anwendung der Smithschen Theorie "enteilt" die Wirtschaft dem Bereich der gesellschaftlichen Zustände, über den seine Moralphilosophie etwas aussagen könnte. Die Konsequenz dieser Unzulänglichkeit ist, dass sich der ökonomische Sektor verselbständigt und seine eigenen Werte schafft. Die Quintessenz daraus ist, dass ein sozialer Zustand akzeptiert werden muss, wenn er das Resultat eines (markt-) wirtschaftlichen Systems ist, das den Postulaten der Smithschen Wirtschaftstheorie gehorcht. Das impliziert, dass beispielsweise die Verteilung der Einkommen so zu akzeptieren ist, wie sie sich aus dem Marktprozess ergeben. Eine zusätzliche Bewertung ist, so die Behauptung, aus der Smithschen Moralphilosophie nicht ableitbar, und eine Anleihe bei Kant, Rawls oder Nozick würde dem Anspruch nicht gerecht, der aus der Interpretation und Anwendung der Smithschen Theorie als "soziales Gesamtsystem" folgt.

Ich möchte die Gelegenheit dieses Aufsatzes benutzen, um diese These ein wenig zu modifizieren. Zunächst ist festzustellen, dass die Smithsche Theorie der Gerechtigkeit bei entsprechender Interpretation greift, sofern die Subsistenz nicht für alle gesichert ist. Das galt für einen Großteil der Bewohner Großbritanniens im 18. Jahrhundert,⁵ das gilt heute für den überwiegenden Teil der Bewohner der "Dritten Welt" und wird wohl in Zukunft auch für den größeren Teil der Bevölkerung der so genannten Industriestaaten gelten. Mit zunehmender Unsicherheit über die soziale bzw. ökonomische Position, die man in der Gesellschaft längerfristig einnimmt, der Absenkung und Durchlöcherung der sozialen Netze und die wachsende Ungleichheit in der Einkommens- und Vermögensverteilung wird das Problem der Subsistenz möglicherweise für die Mehrheit der Bevölkerung relevant. Der Schleier des Nichtwissens, den John Rawls in seiner "Theory of Justice"⁶ als theoretisches Konstrukt einführte, wird zusehends real, und die Smithsche Moralphilosophie wird (wieder) auf die Realisationen seiner ökonomischen

⁴ Manfred J. Holler (2006), "Adam Smith's Model of Man and Some of its Consequences", *Homo Oeconomicus* 23 (in Druck). Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor auf einer Konferenz zum Thema "Human Nature as the Basis of Morality and Society in Early Modern Philosophy" an der Universität Tartu (Estland), Dezember 15–17, 2005, hielt. Eine Zusammenfassung des Vortrags erscheint unter dem Titel "Adam Smith's Model of Man and Why the Market Program Failed" in *Acta Philosophica Fennica*.

⁵ Smith hat wiederholt betont, dass die Reichweite seiner Wohlstandsbetrachtung durch die Grenzen Großbritanniens definiert ist. Allerdings ging er davon aus, dass der internationale Freihandel zum Wohl aller Beteiligten ist. Er akzeptierte aber in diesem Zusammenhang durchaus vorübergehende Einschränkungen des Freihandels, besonders natürlich in der Übergangsphase von einem merkantilen System zum Freihandel, wenn diese im nationalen Interesse waren.

⁶ John Rawls (1972), *A Theory of Justice*, London et al.: Oxford University Press.

Theorie anwendbar. Die Smithsche Moralphilosophie hat dann "genügend Spannweite", um das tatsächliche und das mögliche Missgeschick derer zu thematisieren und zu bewerten, die gegen ein Absinken unter das Subsistenzniveau nicht immunisiert sind. Das werden leider sehr viele sein.

II. Ethische Gefühle

Das zentrale Konzept der Smithschen Moralphilosophie ist Sympathie. Sie beschränkt sich nicht, wie die umgangssprachliche Verwendung nahelegt, auf Zuneigung, Mitleid und altruistische Gefühle, aber diese lassen sich aus der Anwendung von Sympathie ableiten. Das Smithsche Konzept der Sympathie beruht auf der Fähigkeit des Menschen, sich in den Mitmenschen hineinzudenken und die Welt durch dessen "Augen" zu sehen.⁷ Konsequenterweise sind es nicht die Gefühle anderer, die uns deshalb bewegen, sondern unsere eigenen. Diese "ethischen Gefühle"⁸ leiten sich aus unserem Durchleben der Situation ab, in der sich der andere befindet, aber nicht davon, wie er selbst die Situation erlebt, durchlebt und möglicherweise durchleidet. "Sympathy, therefore, does not arise so much from the view of the passion, as from that of the situation which excites it. We sometimes feel for another, a passion of which he himself seems to be altogether incapable; because, we put ourselves in his case, that passion arises in our breast from the imagination, though it does not in his from the reality. We blush for the impudence and rudeness of another, though he himself appears to have no sense of the impropriety of his own behaviour; because we cannot help feeling what confusion ourselves should be covered, had we behaved in so absurd a manner."⁹

Wir schämen uns für andere, aber wir leiden auch durch die Schicksalsschläge, die andere heimsuchen. "When I condole with you for the loss of your only son, in order to enter into your grief, I do not consider what I, a person of such a character and profession, should suffer, if I had a son, and if that son was unfortunately to die: but I consider what I should really suffer if I was really you, and I not only change circumstances with you, but I change persons and characters. My grief, therefore, is entirely upon your account, and not at least upon my own".¹⁰ Man muss hinzufügen, es ist die Gram der Ich-Person. Dieser Schmerz ist nicht dadurch bestimmt, was der Vater oder die Mutter über den Verlust des Sohnes empfindet. Es ist zunächst kein Teilen des Schmerzes, obwohl Anteilnahme das Ergebnis sein kann. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass der Schmerz für den Vater oder die Mutter deshalb leichter zu tragen ist, weil sie um den Schmerz wissen, den andere über den Tod ihres Sohns empfinden. Schon deshalb, so betont Adam Smith, soll der Ausdruck des eigenen Schmerzes nicht übermäßig, sondern angemessen sein, um nicht andere davon abzuhalten, auch Schmerz zu empfinden.

Die Unterscheidung zwischen dem anderen, der sich in einer bestimmten Situation befindet, und dem, der sie mit seinen Gefühlen durchlebt und dadurch bewertet, il-

⁷ "Pity and compassion are words appropriated to signify our fellow-feeling with the sorrow of others. Sympathy, though its meaning was, perhaps, originally the same, may now, however, without much impropriety, be made use of to denote our fellow-feeling with any passion whatever" (TMS, p.10).

⁸ Die deutsche Übersetzung der "The Theory of Moral Sentiments" hat den Titel "Theorie der ethischen Gefühle" (vgl. Adam Smith (2004), Theorie der ethischen Gefühle, Hamburg: Felix Meiner Verlag).

⁹ TMS, S. 12.

¹⁰ TMS, S. 317. Es scheint hier angemessen, "characters" durch "characteristics" zu substituieren; sie beschreiben die Eigenschaften und Rahmenbedingungen, die den Vater oder die Mutter (oder beide)

lustriert Adam Smith sehr drastisch, mit unserer Sympathie gegenüber Verstorbenen: "We sympathize even with the dead, and overlooking what is of real importance in their situation, that awful futurity which awaits them, we are chiefly affected by those circumstances which strike our senses, but can have no influence upon their happiness."¹¹

Die Unterscheidung wird schwierig, wenn der sympathisierende Beobachter nicht nur die situativen Umstände des anderen beobachtet und in seinen Gefühlen berücksichtigt, sondern auch die Gefühle dessen, der sich mit diesen Umständen konfrontiert sieht. Sind diese Gefühle Teil der Situation, in die sich der sympathisierende Beobachter hineindenkt? Es verwundert deshalb nicht, dass sich an einigen Stellen der "Theory of Moral Sentiments" der umgangssprachliche Begriff der Sympathie als Mitgefühl einschleicht und manchmal die beiden Begriffe nicht zu trennen sind. Das führte in der Folge und bis heute zu zahlreichen Fehlinterpretationen. Die wohl schwerwiegendste — sie ging als Adam-Smith-Problem in die Literatur ein¹² — ist die Unterstellung, dass das Menschenbild in der "Theory of Moral Sentiments" ein anderes ist als in der "Wealth of Nations" und dass die beiden inkompatibel sind. Das eine sei durch teilnehmendes Mitgefühl geprägt, das andere durch ein Selbstinteresse, das jedes Mitgefühl für den Mitmenschen ausschließt.

Aus dem Smithschen Konzept der Sympathie leitet sich die Möglichkeit ab, sein eigenes Verhalten zu bewerten und zu steuern, denn "the principle by which we naturally either approve or disapprove our own conduct, seems to be altogether the same with that by which we exercise the like judgements concerning the conduct of the other people. We either approve or disapprove of the conduct of another man according as we feel that, when we bring his case home to ourselves, we either can or cannot entirely sympathize with the sentiments and motives which directed it. And in the same manner, we either approve or disapprove of our own conduct, according as we feel that, when we place ourselves in the situation of another man, and view it, as it were, with his eyes and from his station, we either can or cannot entirely enter into and sympathize with the sentiments and motives which influenced it. We can never survey our own sentiments and motives, we can never form any judgement concerning them; unless we remove ourselves, as it were, from our own natural station, and endeavour to view them as at a certain distance from us. But we can do this in no other way than be endeavouring to view them with the eyes of other people, or as other people are likely to view them."¹³

Wir versuchen unser eigenes Verhalten so zu prüfen und zu bewerten, als wären wir ein "unparteiischer Beobachter". Dadurch hoffen wir, das Mitgefühl und die Wertschätzung unserer Umwelt zu gewinnen. Wir sind soziale Wesen und streben danach, von unseren Mitmenschen geschätzt und gar geliebt zu werden. Deshalb sind wir auch bereit, unser Verhalten so zu gestalten, dass ihm die anderen zustimmen können und wir deren Anerkennung und Zuneigung gewinnen. Das hat auch wirtschaftliche Konsequenzen, denn die Reichen und Mächtigen werden bewundert und verehrt, während Arme und Unglückliche vernachlässigt, wenn nicht gar verachtet werden.

auszeichnen.

¹¹ TMS, S. 12.

¹² Siehe Manfred Trapp (1987), Adam Smith — politische Philosophie und politische Ökonomie, Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, S. 17 ff. und S. 50 f., dort insbesondere FN 22.

¹³ TMS, S. 109.

Das ist jedenfalls die Erfahrung, von der Adam Smith explizit ausging.¹⁴ Diese Erfahrung lässt sich dadurch begründen, dass die Wertschätzung voraussetzt, dass man sich in den anderen hineindenkt. Selbstverständlich resultieren angenehmere Gefühle, wenn man sich in die Position eines Reichen oder Mächtigen versetzt als in einen Armen oder Kranken. Allerdings kann die Erfahrung dadurch verändert werden, dass soziale Wertungen Berücksichtigung finden. So kann uns der *Impartial Spectator* wissen lassen, dass es wertvoller ist, sich um Kranke zu kümmern als Reiche zu bejubeln. Dann werden unsere Gefühle möglicherweise im ersten Fall intensiver sein als im zweiten.

Der unparteiische Beobachter stellt sich als ein sehr komplexes Geschöpf heraus, wenn er auf andere Personen angewandt wird. Wenn ich eine moralische Wertung über einen Mitmenschen abgebe, dann drücke ich eine "Sympathie" aus, von der ich annehme, dass sie von den meisten Mitgliedern der Gemeinschaft geteilt wird, der ich angehöre oder zu der ich mich zähle. Ich versetze mich, der Unparteilichkeit gehorchend, in die Situation des Mitmenschen, so als wäre ich ein beliebiges Mitglied dieser Gemeinschaft, und versuche zu fühlen, was jeder andere fühlte, der sich in die Situation dieses Mitmenschen hineindenkt.¹⁵

Damit ein *Impartial Spectator* überhaupt wirken kann, muss eine gemeinsame Plattform an Werten und Erfahrungen existieren. Nur dann erleben die Mitglieder einer Gemeinschaft, einer Gruppe oder einer Nation das Vergnügen einer wechselseitigen Sympathie, die gegenseitiges Verständnis und eine Übereinstimmung der Gefühle impliziert. Diese Übereinstimmung gibt dem Menschen Hoffnung, dass er in der Not Unterstützung beim Mitmenschen findet, und er grämt sich, wenn diese Übereinstimmung fehlt, weil er dann nicht mit Hilfe rechnen kann.¹⁶ Deshalb freuen wir uns, wenn wir eine Übereinstimmung unserer Gefühle und Wertungen feststellen können. Wir genießen dann "the pleasure of mutual sympathy".

Eine Übereinstimmung unserer Gefühle und Wertungen erfordert aber gemeinsame oder zumindest gleichartige Erfahrungen. Diese sind jedoch bei einem hohen Grad von Arbeitsteilung und sozialer Differenzierung selten. Gerade deshalb kommt der Bildung eine so große Bedeutung zu. Adam Smith gibt zwei Argumente, warum die Öffentlichkeit an der Ausbildung des "gemeinen Mannes" interessiert sein soll und warum sie der Staat bereitstellen soll. Das erste ist die Unterstützung der Wehrkraft "which is necessary to defend the country and assure the security of its citizens"¹⁷. Das zweite Argument unterstellt, dass die Ausbildung die Urteilskraft erhöht und den Widerstand stärkt gegen die Irrungen durch "enthusiasm and superstition, which among

¹⁴ Siehe TMS, S. 61: "It is because mankind are disposed to sympathize more entirely with our joy than with our sorrow, that we make parade of our riches, and conceal our poverty. Nothing is so mortifying as to be obliged to expose our distress to the view of the public, and to feel, that though our situation is open to the eyes of all mankind, no mortal conceives for us the half of what we suffer. Nay, it is chiefly from this regard to the sentiments of mankind, that we pursue riches and avoid poverty. For to what purpose is all the toil and bustle of this world?" (TMS, S. 50).

¹⁵ Wird der unparteiische Beobachter auf Mitmenschen angewandt, so impliziert er nach Stephen Darwall eine "first–person–plural perspective I share with all others to whom my judgment is implicitly addressed." So Stephen Darwall (1999), "Sympathetic liberalism: Recent work on Adam Smith," *Philosophy and Public Affairs* 28, 140–163; S. 160.

¹⁶ "Man, say they, conscious of his own weakness, and of need which he has for assistance of others, rejoices whenever he observes that they adopt his own passions because he is then assured of that assistance; and grieves whenever he observes the contrary, because he is then assured of their opposition" (TMS, S. 13 f.).

¹⁷ WN, S. 788.

ignorant nations, frequently occasion the most dreadful disorder. An instructed and intelligent people besides are always more decent and orderly than an ignorant and stupid one. They feel themselves, each individually, more respectable, and more likely to obtain the respect of their lawful superiors, and they are therefore more disposed to respect those superiors. They are more disposed to examine, and more capable of seeing through, the interested complaints of faction and sedition, and they are, upon that account, less apt to be misled into any wanton or unnecessary opposition to the measures of government. In free countries, where the safety of government depends very much upon the favourable judgment which the people may form of its conduct, it must surely be of the highest importance that they should not be disposed to judge rashly or capriciously concerning it".¹⁸ Nicht jede Regierung wird allerdings von dem (informierten) Urteil profitieren, das die Bürger über ihre Politik treffen, besonders wenn das Urteil mit "a martial spirit" verbunden ist.

Das zweite Argument, das Adam Smith zur Unterstützung öffentlicher Bildung vorbringt, besagt, dass sie notwendig ist, um der Verdummung entgegenzuwirken, die aus der Arbeitsteilung folgt. "The man whose whole life is spent in performing a few simple operations, of which the effects too are, perhaps, always the same, or very nearly the same, has no occasion to exert his understanding, or to exercise his invention in finding out expedients for removing difficulties which never occur. He naturally loses, therefore, the habit of such exertion, and generally becomes as stupid and ignorant as it is possible for a human creature to become."¹⁹ Die Arbeitsteilung ist von zentraler Bedeutung für die Smithsche Ökonomie, wie wir im nächsten Abschnitt sehen werden. Der unmittelbare Weg, die Arbeitsteilung zu beschränken, um es nicht zur Verdummung der Arbeiter kommen zu lassen, ist deshalb für Adam Smith versperrt.

III. Marktgesellschaft und die unsichtbare Hand

Sympathie steht nicht im Widerspruch zum Eigeninteresse, aber es ist kein egoistisches Prinzip, so betont Adam Smith, sondern eine Eigenschaft menschlicher Existenz.²⁰ In der "Wealth of Nations" aber lässt sich Eigeninteresse weitgehend mit Egoismus identifizieren. Jedoch ist es nach Smith nicht der Egoismus, der das Wirtschaften motiviert, sondern eine gewisse Neigung des Menschen zu tauschen: "the propensity to truck, barter and exchange one thing for another."²¹ Nach Smith ist diese Neigung die Ursache für die Arbeitsteilung. Aus der Arbeitsteilung wiederum folgt eine wesentliche Steigerung der Produktivität und des materiellen Wohlstands.

Selbstverständlich ist das Eigeninteresse die Grundlage für den Tausch, aber die treibende Kraft ist, so Smith, die Neigung zu tauschen. Diese Neigung lässt sich tatsächlich beobachten, aber ist ihre Intensität nicht wiederum von der Gesellschaftsstruktur selbst abhängig? Es lässt sich ohne Zweifel feststellen, dass diese Neigung zum Tausch (und

¹⁸WN, S. 788.

¹⁹WN, S. 782.

²⁰"Sympathy...cannot, in any sense, be regarded as a selfish principle. When I sympathize with your sorrows or your indignation, it may be pretended, indeed, that my emotion is founded in self-love, because it arises from bringing your case home to myself, from putting myself in your situation, and thence conceiving what I should feel in the like circumstances. But though sympathy is very properly said to arise from an imaginary change of situations with the person principally concerned, yet this imaginary change is not supposed to happen to me in my own person and character, but in that of the person with whom I sympathize" (TMS, S. 317).

²¹WN, S. 25.

Verhandeln) sehr unterschiedlich ausgeprägt ist. Allerdings ist es nicht offensichtlich, dass die Arbeitsteilung um so größer und der materielle Wohlstand um so höher ist, je stärker diese Neigung ist. Warum soll aus der Neigung zum Tausch eine zunehmende Arbeitsteilung folgen?

Natürlich impliziert Arbeitsteilung ein Potential für den Tausch, und ohne Tausch kann Arbeitsteilung nicht funktionieren. Aber daraus können wir nicht schließen, dass die bloße Neigung zum Tausch eine *zunehmende* Arbeitsteilung generiert und sich entsprechende Märkte etablieren.²² Man könnte sogar argumentieren, dass mit zunehmender Arbeitsteilung, der Tausch immer weniger reizvoll und unsere Neigung zum Tausch (wenn sie überhaupt existiert) immer weniger befriedigt wird. Massenprodukte werden nicht getauscht, sondern auf Märkten gehandelt. Adam Smiths sprichwörtlicher Bäcker erstellt sein Brot, nicht weil er eine Neigung zum Tausch hat, sondern weil dafür eine Nachfrage besteht und er durch Produktion und Verkauf von Brot Gewinn machen kann. Dieser Gewinn erlaubt ihm Güter zu kaufen, die er nicht selbst erstellt, obwohl er für sie im Konsum oder als Investition Verwendung hat. Märkte sind anonym; es gibt Käufer und Verkäufer, Güter und Preise. Sofern die Märkte funktionieren, gibt es keinen Raum für den Tausch. Das Eigeninteresse und die Regeln des Marktes scheinen auszureichen.

Sind Märkte eine Konsequenz des Eigeninteresses, und hat die Marktwirtschaft eine Tendenz sich auszuweiten und dadurch die Arbeitsteilung zu intensivieren? Wenn wir diese Fragen mit Ja beantworten, dann haben wir eine Erklärung für die wachsende Marktwirtschaft, die Adam Smith in der "Wealth of Nations" propagierte. Damit aber stellt sich die Frage nach dem Entstehen von Märkten. Selbstverständlich ist das Eigeninteresse der Akteure ein wesentlicher Baustein, aber es war auch für Wirtschaftssysteme maßgeblich, die nicht auf Märkten beruhten. Im klassischen Griechenland und im antiken Rom waren die Mitglieder der politischen und sozialen Elite Grundeigentümer. Die Produktion basierte auf Sklavenarbeit. Das Ziel war Autarkie. Nur die Überschüsse wurden auf den Markt gebracht, und die daraus resultierenden Erträge wurden in Luxusgüter umgesetzt. Sie waren das Geschenk des Himmels, der Götter oder des Glücks.

Eine Folge war, dass weder der Faktoreinsatz noch die Verwendung der erstellten Produkte von den Marktpreisen und deren Schwankungen abhingen. Die moderne Wirtschaftstheorie lehrt uns aber, dass dies notwendigerweise zu einer ineffizienten Allokation führt, denn die Wertgrenzprodukte der Faktoren werden nicht ausgeglichen und die Grenzkosten der Produktion sind für identische Güter verschieden. Ferner ließ die angestrebte Autarkie keine Arbeitsteilung großen Stils zu. Autarkie aber war wichtig: Sie bedeutete Unabhängigkeit, und nur wer unabhängig war, konnte eine politische oder gesellschaftliche Position von Bedeutung einnehmen. Nur dann konnte man in Athen die Rechte eines Bürgers wahrnehmen, und in der Zeit der römischen Republik wurde von den Senatoren und anderen Würdenträgern der herrschenden Klasse erwartet, dass sie mit Unterstützung ihrer Sklaven ihre eigenen Felder bestellten.

Ähnliche sozioökonomische Strukturen herrschten auch in Nordeuropa. In der vorindustriellen Zeit, so Karl Polanyi, war das ökonomische System in das soziale System eingebettet, "whatever principle of behavior predominated in the economy, the pre-

²²"Individual acts of barter or exchange — this is the bare fact — do not, as a rule, lead to the establishment of markets in societies where other principles of economic behavior prevail," so Karl Polanyi (1968 [1944]), *The Great Transformation: the Political and Economic Origin of Our Time*, Boston: Beacon Press, S. 61.

sence of the market pattern was found to be compatible with it.²³ Ferner konstatierte Polanyi, dass sich der Umfang der Tauschwirtschaft in der vorindustriellen Zeit nicht vergrößerte. Diese Beobachtung steht in gewissem Widerspruch zu Adam Smiths These von einer zunehmenden Ausdehnung der Arbeitsteilung, die durch die "propensity to truck, barter and exchange one thing for another" gespeist wurde und mit einer Ausdehnung der Marktwirtschaft einherging. Dagegen behauptet Polanyi, "...the gearing of markets into a self-regulating system of tremendous power was not the result of any inherent tendency of markets towards excrescence, but rather the effect of highly artificial stimulants administered to the body social in order to meet a situation which was created by the no less artificial phenomenon of the machine."²⁴

Die Maschine brachte große Veränderungen. Natürlich wäre es interessant zu untersuchen, was die "highly artificial stimulants" sind und wie sie funktionieren. Nach Polanyi sind sie verbunden mit der Industrialisierung, dem Siegeszug der Maschine, dem Eintritt in das technische Zeitalter. Aber war die "Vermarktung der Gesellschaft" eine Folge der Industrialisierung, oder war die Industrialisierung und damit der Eintritt ins technische Zeitalter eine Folge der Entwicklung von Märkten? Oder war die Industrialisierung eine Folge der Hierarchisierung der Arbeitsbeziehung, die den Bedürfnissen der Maschine, der Massenproduktion und dem Gewinnstreben der "Bosse" entsprach, wie Stephen Marglin²⁵ behauptet?

Die Antworten auf diese Fragen scheinen, zumindest vordergründig, für das Smithsche Wirtschaftssystem nicht relevant zu sein. Über Maschinen schreibt er, ein Freund und Förderer von James Watt, dem Erfinder der Dampfmaschine, auffallend wenig. Er diskutiert, verstreut in der "Wealth of Nations", Regulierungs- und Deregulierungsmaßnahmen, die die Entwicklung von Märkten unterstützen sollten und Arbeitsbeziehungen verändern würden. Aber Ziel von Staatseingriffen in die Wirtschaft sollte primär die Sicherstellung des Wettbewerbs und die Vermeidung von Chaos sein. Dies wird im Kapitel über den Bankensektor, dem zweiten Kapitel des zweiten Buches der "Wealth of Nations" besonders deutlich. Die unsichtbare Hand braucht die Unterstützung des Staates, um ihren Auftrag zu erfüllen. Adam Smith hat nicht unterstellt, dass sich die Märkte selbst regulieren. Das Konzept der selbstregulierenden Märkte überschreitet die Grenzen, innerhalb derer Adam Smith die unsichtbare Hand agieren sieht. Selbstregulierende Märkte aber sind der Kern der modernen Marktwirtschaft, deren Propheten sich auf Adam Smith berufen: "a self-regulating market demands nothing less than the institutional separation of society into an economic and political sphere."²⁶ Aber der ökonomische Sektor wird letztlich dominieren, denn, so Karl Polanyi, eine Marktwirtschaft kann nur in einer Marktgesellschaft existieren. "A market economy must comprise all elements of industry, including labor, land, and money."²⁷

²³ Karl Polanyi (1968 [1944]), *The Great Transformation: the Political and Economic Origin of Our Time*, Boston: Beacon Press, S.68.

²⁴ Karl Polanyi (1968 [1944]), *The Great Transformation: the Political and Economic Origin of Our Time*, Boston: Beacon Press, S.57.

²⁵ Stephen A. Marglin (1974), "What Do the Bosses Do? The Origins of Functions of Hierarchy in Capitalist Production", *Review of Radical Political Economy* 6, 33–60.

²⁶ Karl Polanyi (1968 [1944]), *The Great Transformation: the Political and Economic Origin of Our Time*, Boston: Beacon Press , S. 71.

²⁷ Karl Polanyi (1968 [1944]), *The Great Transformation: the Political and Economic Origin of Our Time*, Boston: Beacon Press, S. 71. Polanyi kommt zu dem Schluss: "Self-regulation implies that all production is for sale on the market and that all incomes derive from such sales." ... "Nothing must be allowed to inhibit the formation of markets, nor must incomes be permitted to be formed otherwise than through sales." (S. 69).

Die jüngsten Entwicklungen auf dem Bildungssektor scheinen Polanyi recht zu geben. In den Führungsgremien vieler deutscher Universitäten finden sich heute Vertreter der Wirtschaft, die ihre Erfahrung im Hochschulbereich umsetzen wollen. Ich fürchte, vor dem Hintergrund eines anstehenden Rankings der University of Glasgow wäre Adam Smiths Veröffentlichungsliste nicht überzeugend genug gewesen, um ihm mit erst 28 Jahren einen Lehrstuhl anzuvertrauen.²⁸ Zudem war seine Persönlichkeit nicht so, dass man erwarten konnte, dass er in der Drittmittelbeschaffung erfolgreich sein würde. Er war oft gedankenverloren²⁹ und sprach zu sich selbst. Allerdings konnte er in der Folgezeit für sich wertvolle "Stipendien" requirieren, die ihm erlaubten, seine Professur aufzugeben.

IV. Über Gerechtigkeit

In einer Marktgesellschaft erlebt jeder den anderen primär als Käufer oder Verkäufer. Dies sind die Rollen, die der Markt uns in der Marktgesellschaft fallweise zuordnet. Entsprechend wird der *Impartial Spectator* geprägt: Man sieht sich durch die Augen der anderen als Käufer oder Verkäufer und fragt sich, ob man diese Rollen adäquat ausfüllt. Adäquat bedeutet hier, dass man "günstig" einkauft und "erfolgreich" verkauft, gleich ob es sich um Waren oder um die eigene Arbeitskraft handelt. Umberto Galimberti konstatiert, dass im Zeitalter der Technik die Liebe der einzige Freiraum ist, "in dem der einzelne sich jenseits der Rollenzwänge, die unsere technisch organisierte Gesellschaft ihm auferlegt, verwirklichen kann."³⁰ Sie ist durch die Ökonomisierung der Gesellschaft von gesellschaftlichen Zwängen befreit und radikal individualisiert worden. In einer Marktgesellschaft kann es kein *Drama* um Romeo und Julia geben. Aber selbst in den Gesellschaften, die dem Ideal der Marktgesellschaft am nächsten kommen, zeigen sich noch nicht-marktliche Rudimente, wenn es beispielsweise um die Ehe geht. Die Ehe selbst ist ein solches Rudiment.

Die Erfahrung mit diesen Rudimenten geht selbstverständlich auch in den *Impartial Spectator* ein, aber sie sind durch ihre Privatheit geprägt und wenig geeignet, eine Grundlage für die Bewertung sozialer Zustände zu liefern. Verallgemeinerungsfähig sind allein Bezüge, die sich am Markt orientieren. Damit bestätigt der *Impartial Spectator*, was der Markt generiert, aber er ist nicht in der Lage, es zu bewerten. Oder ist eine Einkommensverteilung *per se* gut, weil sie aus marktwirtschaftlichen Beziehungen resultiert?

Wenn wir dies bejahen, dann reicht der marktbestimmte *Impartial Spectator* als moralische Instanz aus, unseren Wertesbedarf zu decken. Falls wir aber die Frage nach Gerechtigkeit stellen, wenn die Bezahlung für acht Stunden Arbeit nur für das Essen ausreicht, aber nicht erlaubt, die Miete zu bezahlen, dann müssen wir uns auf die Suche nach einem vom Markt unabhängigen Bewertungsmaßstab begeben. In Zeiten von großer Armut und Hunger konnte sich Adam Smith auf das Urteil stützen, dass eine Gesellschaft um so besser ist, je mehr ihrer Mitglieder das Subsistenzniveau erreichten.

²⁸ Er hatte noch keine Veröffentlichung, als er 1751 zum Professor für Logik an der Universität Glasgow ernannt wurde.

²⁹ Bei einer Einladung zum Frühstück beim Herzog von Buccleigh nahm er, völlig in ein Gespräch vertieft, "ein Stück Brot, strich Butter darauf, rollte es zusammen — und warf es in den Teekessel. Nach einigen weiteren Sätzen goß er sich eine Tasse ein und murkte, noch nie einen so scheußlichen Tee getrunken zu haben" (Gerhard Streminger (1989), Adam Smith, Reinbek: Rowohlt, S. 80).

³⁰ Umberto Galimberti (2006), Liebe. Eine Gebrauchsanweisung, München: C.H. Beck, S. 11.

Akzeptierte man diesen Maßstab, dann konnte das Problem einer Bewertung der Einkommensverteilung auf die Zeit verschoben werden, in der der Hungertod keine Bedrohung mehr darstellte.

Subsistenz selbst kann aber Grundlage eines Maßes für soziale Gerechtigkeit sein. Amos Witztum argumentiert, dass Adam Smith eine Verletzung der kommutativen Gerechtigkeit darin sehen würde, wenn das Subsistenzniveau nicht erreicht wird, weil das Einkommen ungleich verteilt ist. Diese Situation "will create harm and injury, not only through labourer's frustrated expectations, but through physical and mental hardship as well".³¹ Das resultierende Leid wird Gefühle des Zorns ("resentments") hervorrufen, jene Gefühle, die uns nach Adam Smith von der Natur gegeben wurden, um uns zu verteidigen. Sie sollen uns vor Ungerechtigkeit bewahren und uns Sicherheit geben, wenn wir unschuldig sind.³² Sie sind Rechtfertigung für Strafe und staatliches Eingreifen, denn für kommutative Gerechtigkeit ist, laut Adam Smith, der Staat zuständig.

Aus Witztums Überlegungen folgt, dass sich aus der kommutativen Gerechtigkeit ein Anspruch auf staatliche Einkommenspolitik ergäbe, wenn die Einkommensverteilung das Subsistenzniveau nicht sicherstellt, obwohl dies grundsätzlich möglich wäre. Hierbei ist auch zu beachten, dass bereits die Unsicherheit über das Erreichen des Subsistenzniveaus als schädigend angesehen wird und die Eigentumsrechte des Lohnempfängers verletzt, wenn wir Witztums Interpretation (s.o.) folgen. Für Adam Smith waren Sicherheit, Stabilität und Schutz vor unerwarteten Ereignissen und Überraschungen an sich bereits positive Werte. In seinem Manuskript "The History of Astronomy", das Smiths Freunde Joseph Black und James Hutton nach seinem Tode veröffentlichten, zeigte er auf, wie schädlich Überraschungen für den Menschen sein können, auch wenn sie positiv sind.

Aber ob die Sicherheit des Subsistenzniveaus ein Eigentumsrecht konstituiert, ist abhängig von sozialen Konventionen und damit vom *Impartial Spectator* und damit vom sozioökonomischen Umfeld. Smiths Definition der Gerechtigkeit impliziert, dass man sich nichts aneignet, was andere rechtmäßig besitzen. Aber was rechtmäßig ist, bestimmt der *Impartial Spectator* und natürlich das geschriebene Gesetz. Sind die Bedingungen der Subsistenz verletzt und erwachsen daraus Gefühle des Zorns, dann, so schließt Amos Witztum, "both familiarity and universality of such sentiments in the age of commercial society would have guaranteed the impartial spectator's approval of their resentment and would demand an enforced recompense".³³ Jedoch kann gerade bezweifelt werden, dass diese Gefühle über fehlende Subsistenz verallgemeinert werden können, wenn dem Ergebnis der *unsichtbaren Hand*, also des Zusammenwirkens von Markt, Privateigentum und Arbeitsteilung, der Status eines Naturrechts zugestanden wird. In der Tat haben die selbsternannten Propheten der "Wealth of Nations" eine Interpretation der Smithschen Theorie durchgesetzt, die den Naturrechtsstatus unterstützt, und die Sicht des *Impartial Spectors* und das Wirken der Sympathie haben sich entsprechend angepasst.³⁴ Wenn es in einer Marktwirtschaft für den Fall, dass die Sub-

³¹ Witztum, Amos (1997), "Distributive considerations in Smith's conception of economic justice", *Economics and Philosophy* 13, 241–259, S. 256.

³² TMS, S. 79.

³³ Witztum, Amos (1997), "Distributive considerations in Smith's conception of economic justice", *Economics and Philosophy* 13, 241–259, S. 248.

³⁴ Siehe Emma Rothschild (2001), *Economic Sentiments: Adam Smith, Condorcet, and the Enlightenment*, Cambridge, Mass., and London: Harvard University Press.

sistenz nicht gesichert ist, dennoch Gefühle des Zorns gibt, dann fallen sie schwach aus und führen im Allgemeinen zu keinem grundsätzlichen Umdenken. Denn die *unsichtbare Hand* ist unpersönlich, und es ist nicht selbstverständlich, gegen ein abstraktes System Zorn zu empfinden.

Adam Smith war sich im Klaren, dass die Subsistenz als Gegenleistung für Arbeit nicht gesichert ist, selbst wenn die Gesellschaft Überschüsse erwirtschaftet. Wenn der Notfall eintritt, dann wird, so Adam Smith, ein Großteil der Kinder zum Tode verurteilt sein.³⁵ Eine derartige Gesellschaft, so schließt Witztum, ist ungerecht.³⁶ Die Botschaft der "Wealth of Nations" ist, dass Arbeit durch Wirtschaftswachstum knapp wird und die Löhne über das Subsistenzniveau steigen. Anhaltendes Wirtschaftswachstum sichert Löhne über dem Subsistenzniveau. Kein anderes Rezept finden wir in Adam Smiths Werk, mit dessen Hilfe die Ungerechtigkeit überwunden werden kann, die mit der Not und Lebensangst der Arbeiter verbunden ist.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Ein Blick in die Literatur zur Sozialethik zeigt, dass es noch keinen Ersatz für das Buch über Gerechtigkeit gibt, das Adam Smith schreiben wollte und das uns überzeugende Antworten auf die hier angesprochenen Fragen geben könnte.³⁷ Deshalb sind wir auch heute auf eigene Interpretationen angewiesen. Dieser Aufsatz sollte dazu Material liefern.

Zunächst war die These, dass die Smithsche Moralphilosophie, die sich auf Sympathie und den *Impartial Spectator* stützt, nicht ausreichte, eine Sozialpolitik zu begründen, welche die Subsistenz für jedes Mitglied der Gesellschaft sichert. Doch in einer Gesellschaft, in der der Einzelne von Hunger und Hungertod bedroht ist, lassen sich Maßnahmen zur Existenzsicherung durch kommutatives Recht begründen. So jedenfalls kann man Adam Smiths Rechtsauffassung interpretieren; sie entsprach den ökonomischen Verhältnissen seiner Zeit, in der die Bedeutung des Marktes noch auf den ökonomischen Bereich beschränkt war und der Markt selbst dort noch keine dominante Rolle spielte.

Wenn aber der Mangel das Ergebnis einer wohl etablierten Marktwirtschaft ist und diese die gesellschaftlichen Werte bestimmt, dann lässt sich eine Sozialpolitik, die diesen Mangel ausgleicht oder gar beseitigt, nicht aus kommutativem Recht herleiten, denn der Mangel ist dann systemimmanent. Man braucht Maßstäbe, die unabhängig vom Markt sind, aber den Markt nicht außer Kraft setzen, um den Mangel bewerten und, wenn möglich, beseitigen zu können. Das gilt sowohl für private Wohltätigkeit als auch für staatliche Sozialpolitik. Die Marktwirtschaft kann diese Maßstäbe nicht liefern, und die Moralphilosophie ist noch auf der Suche nach ihnen.

³⁵WN, S. 98.

³⁶Witztum, Amos (1997), "Distributive considerations in Smith's conception of economic justice", *Economics and Philosophy* 13, 241–259, S. 259.

³⁷Weitere Ausführungen dazu enthält Manfred J. Holler (2006), "Adam Smith's Model of Man and Some of its Consequences", *Homo Oeconomicus* 23 (in Druck).

"Ordnung" globalisierter Finanzmärkte durch Marktvalorientierung?

von Rainer Stöttner

I. Die Illusion einer internationalen Finanzmarktordnung

Finanzmärkte sind global und sehr wettbewerbsintensiv. "Global" bedeutet, dass es im Grunde kaum noch nationale Abschottungsmöglichkeiten für regionale Finanzmärkte gibt, sondern dass alle regionalen Finanzmärkte mehr oder weniger zu einem "global financial village" zusammen gewachsen sind. "Wettbewerbsintensiv" heißt, dass alle potenziellen Anbieter Zutritt zu allen Segmenten der Finanzmärkte haben. Ein wirksames Fernhalten von Wettbewerbern ist aufgrund weitgehender Markttöffnung ("Finanzmarktliberalisierung") unmöglich.

Die Zunahme des Wettbewerbsdrucks richtet sich in summa nach der Entwicklung der Angebotskapazität relativ zur Nachfrage. Dabei wird die Kapazität des Marktangebots zum einen bestimmt durch die Zahl der Anbieter und zum andern durch die anbieterspezifische Kapazität. Aufgrund der erkennbaren Konzentrationerscheinungen auf der Anbieterseite dürfte die Ausweitung der Angebotskapazität und mithin — konstante oder nur unterdurchschnittlich wachsende Nachfrage unterstellt — die Wettbewerbsintensivierung auf anbieterspezifische Kapazitätsausweitungen zurückzuführen sein. Auf jeden Fall hat sich der internationale Finanzmarkt zu einem Käufersmarkt entwickelt.

Wettbewerb bedarf, nach allgemeinem Verständnis, der Kontrolle bzw. der Aufsicht, um seine "Qualität" zu sichern und zu erhalten. Der Grund liegt in einer möglichen Degeneration des Wettbewerbs hin zu einem Regime, in dem das "Recht des Stärkeren" gilt oder im Extremfall nur noch friedlich–oligopolistische oder gar monopolistische Anbieterstrukturen vorherrschen. Eine internationale Aufsichtsbehörde, die mit hinreichender Kompetenz und Autorität auf globalisierten Finanzmärkten für fairen Wettbewerb sorgen könnte, gibt es (noch) nicht. Allerdings sind Bemühungen in dieser Richtung unverkennbar. Diese sind jedoch zumeist von eher punktueller Natur und/oder von begrenzter regionaler bzw. sektoraler Reichweite. Die Konzeption einer tragfähigen "financial architecture" ist zwar durchaus global vom Anspruch her, aber bislang weitgehend abstrakt. Ähnliches gilt für das Plädoyer zugunsten von "orderly conditions" auf den Devisenmärkten. Recht konkret sind zwar die Eigenkapitalunterlegungsempfehlungen des bei der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) domizilierten Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht, der einheitliche Standards für das Kreditrisikomanagement der Kreditinstitute — in bislang zwei weitreichenden Initiativen ("Basel I" und "Basel II") — feststellt, deren Implementierung auf nationaler Ebene aber nur innerhalb der Europäischen Union, und zwar durch Umsetzung der jeweiligen EU–Richtlinien in nationales Recht, gewährleistet ist. Außerdem fokussieren die Baseler Empfehlungen zwar einen wichtigen Bereich des Finanzmarktgeschehens,

auf die übrigen Bereiche haben sie aber keinen oder allenfalls nur indirekten Einfluss.¹ Ähnliches gilt auch für die sog. Tobin–Steuer, die als Transaktionssteuer (Devisen-Umsatzsteuer) konzipiert ist und angeblich schädliche spekulative Transaktionen, vorwiegend im Devisenbereich, unterbinden soll.² Abgesehen von den theoretischen Einwänden, die man gegen die Tobin–Steuer vorbringen kann, erscheint sie allenfalls regional durchsetzbar, was zugleich ihre Effektivität einschränkt oder gar ganz aufhebt. Vermutlich wird es immer Länder geben, die sich im internationalen Finanzgeschäft marginale Wettbewerbsvorteile verschaffen wollen, indem sie die partielle oder gänzliche Nicht–Erhebung der Tobinsteuern offerieren.

Auch die Vereinten Nationen (UN), der Internationale Währungsfonds (IWF), die Weltbank und die OECD haben zur internationalen Finanzarchitektur wiederholt Stellungnahmen abgegeben, die freilich über den Status dringender, aber unverbindlicher Gestaltungsempfehlungen nicht hinauskamen.³ Eine ermutigende Initiative zur globalen Harmonisierung von Finanzmarktstandards stellt die 1983 gegründete International Organisation of Securities Commissions (IOSCO) dar, in der 183 Wertpapieraufsichtsbehörden (Stand August 2006) zusammengeschlossen sind mit dem Ziel einer verbesserten Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Finanzmärkte und der Etablierung weltweit akzeptierter Standards.⁴

Es gibt zahlreiche regionale, teilweise länderübergreifende Regelungen, so etwa aus dem Accounting- und Controlling–Bereich. Die Vereinheitlichung der Rechnungslegungsstandards ist fast schon eine zwingende Folge globalisierter Finanzmärkte, denn

¹ Die BIZ wurde 1930 gegründet mit dem Zweck, die reibungslose Abwicklung der Reparationszahlungen Deutschlands zu gewährleisten. In der Weltwirtschaftskrise entwickelte sich die BIZ zur "Bank der Zentralbanken". In den sechziger Jahren übernahm sie die Rolle des Koordinators in Währungskrisen (Bretton Woods!). Darauf folgten als Arbeitsschwerpunkte der Euro–Dollar–Markt sowie die Banken- und Versicherungsaufsicht. 1974 nahm der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht seine Arbeit auf. 1988 wurde das "Baseler Konkordat" zur Bankenaufsicht, heute bekannt unter der Bezeichnung "Basel I", verabschiedet, in dem Mindestanforderungen für die Eigenkapitalausstattung international tätiger Banken festgelegt wurden. Aufgrund der Globalisierung wurde eine gründliche Überarbeitung und Anpassung der "Mindestanforderungen" erforderlich, die ihren Niederschlag in "Basel II" gefunden haben. Diese Regelungen haben in korrespondierenden EU–Richtlinien ihren Niederschlag gefunden, die europaweit, nach vorheriger Umsetzung in nationales Recht, ab 2007 in Kraft treten sollen. Auch die USA wollen diese Regelungen ab 2008 übernehmen. Neben der Bankenaufsicht kümmert sich die BIZ inzwischen auch um die Versicherungsaufsicht, nachdem seit 1998 die International Association of Insurance Supervisors (IAIS) ihren Sitz bei der BIZ hat.

² Die Tobinsteuern soll auf grenzüberschreitende Geldgeschäfte erhoben werden (Steuersatz zwischen 0,1 % und 0,5 %). Sie soll spekulative Kapitalflüsse und damit die Gefahr einer Destabilisierung des Finanzsystems reduzieren ("erste Dividende"). Außerdem soll sie als Einnahmequelle für die globale Armutsbekämpfung dienen ("zweite Dividende"). Nach Schätzungen der Befürworter würden bei einem Steuersatz von 0,1 %, trotz erwarteter Halbierung der Devisenumsätze, jährliche Einnahmen in Höhe von 150 Mrd. bis 250 Mrd. US–\$ erzielt werden, während zur Beseitigung der schlimmsten Armut und Umweltschäden laut UNO 250 Mrd. US–\$ erforderlich wären. Das Volumen der täglich weltweit durchgeföhrten Devisentransaktionen wird auf 1400 Mrd. US–\$ geschätzt; davon sollen mindestens 80 % spekulativer Natur sein. Vgl. auch Alfred Pfäller: Was soll man von der Tobin–Steuer halten? (FES–Library), Bonn 2002 (<http://library.fes/fulltext/id/01231.htm>).

³ Vgl. hierzu z. B. "Towards a New International Financial Architecture", Report of the Task Force of the Executive Committee of Economic and Social Affairs of the United Nations, Final Version January 21, 1999, in: www.undp.org/rblac/documents/poverty/archit/finarq.pdf.

⁴ Im Einzelnen hat sich die IOSCO folgenden Zielen verschrieben: 1. to cooperate together to promote high standards of regulation in order to maintain just, efficient and sound markets; 2. to exchange information and respective experiences in order to promote the development of domestic markets; 3. to consider efforts to establish standard and effective surveillance of international securities transactions; 4. to provide mutual assistance to promote the integrity of markets by a rigorous application of

schließlich müssen Rechnungslegungsinformationen international vergleichbar sein, wenn sie für Anlageentscheidungen brauchbar sein sollen. In Deutschland wurde für die International Accounting Standards (IAS) und die International Financial Reporting Standards (IFRS)⁵ der Weg eher zögerlich geebnnet, doch ein Anfang ist immerhin gemacht. Zunächst wurden die IAS ab 1998 zugelassen, die alten Konzernrechnungslegungsvorschriften blieben jedoch weiterhin in Kraft. Ab 2005 wurde dann die Bilanzierung unter Beachtung der IFRS für "kapitalnahe" Unternehmen Pflicht (§ 315a HGB), während die übrigen Konzernunternehmen zwar zur Rechnungslegung nach IFRS berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, d. h., sie können alternativ die alten HGB-Vorschriften anwenden. Der wesentliche Unterschied zwischen den IFRS und den Rechnungslegungsvorschriften des HGB besteht darin, dass nach IFRS nicht der Gläubigerschutz, sondern das generelle Informationsinteresse aller Stakeholder im Vordergrund steht; diesen soll eine "true and fair view" vermittelt werden. Die United States Generally Accepted Accounting Principles (US-GAAP), die insbesondere für deutsche Unternehmen, die in den USA an der Börse gelistet werden, zu beachten sind, dürfen in Deutschland nur noch bis 2007 angewendet werden, was nahezu folgenlos bleiben dürfte, da mit einer weitgehenden Annäherung zwischen US-GAAP und IFRS gerechnet wird.

Neben den accountingorientierten Regelungen gibt es auch solche mit speziellem Finanzmarktbezug (z. B. Wertpapierdienstleistungsrichtlinie, die u. a. die Niederlassungsfreiheit von Wertpapierdienstleistungsunternehmen innerhalb des EU-Binnenmarkts regelt, Wertpapierhandelsgesetz, auf das weiter unten zurückzukommen sein wird und die Finanzmarktförderungsgesetze, mit denen der deutsche Gesetzgeber die gedeihliche Fortentwicklung der Finanzmärkte fördern will). Die genannten Regelungen haben durchweg intendierten und in der Regel auch faktischen Vorbildcharakter und entfalten gestalterische Wirkung weit über die Grenzen der ursprünglich anvisierten Zielregion hinaus. Trotzdem fehlt die generelle Akzeptanz und die weltweite Verbindlichkeit. Aus diesem Grund lassen sich auch Vorstellungen im Stile der Tobinsteuern nicht leicht oder gar nicht verwirklichen, denn die Finanzmarktparteien können ausweichen.

Es ist eine altbekannte Erkenntnis der Wettbewerbstheorie, dass auf Teilmärkten nur dann unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen durchgesetzt werden können, wenn die Teilmärkte wirksam voneinander abgeschottet sind, so dass den Marktteilnehmern keine Ausweichmöglichkeiten offen stehen. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch die in der Regionalökonomik diskutierte These einer angeblichen "Triadisierung" oder "Rumpfglobalisierung" der Welt. Nach dieser These zeigen hauptsächlich drei große Regionen markante Integrationserscheinungen, speziell auch im Bereich der Finanzmärkte, und zwar Japan einschließlich der südasiatischen und südostasiatischen "Tigerstaaten", Westeuropa und Nordamerika. Diese Triade wurde von der Globalisierung voll erfasst, obwohl selbst hier noch regionenspezifische Unterschiede zu konstatieren sind. Die übrigen Regionen der Welt stehen hingegen noch weit abseits von diesem Globalisierungsprozess.

Es zeigt sich also, dass die Globalisierung der Finanzmärkte nicht gleich zu setzen ist mit einer generellen Angleichung sämtlicher Rahmenbedingungen der jeweiligen nationalen Finanzmärkte. Ähnlich wie in der Europäischen Union die Harmonisierung der diversen Ordnungen (Rechts-, Sozial-, Wirtschaftsordnung usw.) bei weitem nicht

the standards and by effective enforcement against offenses. Vgl. www.iosco.org/about/.

⁵ Die IFRS enthalten neben den IAS auch die Standards des International Accounting Board (IASB) und

als vollständig zu bezeichnen ist, so sind auch die globalisierten Finanzmärkte bei weitem nicht vollständig integriert im Sinne einer vollkommenen Übereinstimmung der Arbeits- und Funktionsbedingungen. Eine vollständige Harmonisierung dieser Bedingungen wird wohl immer eine Illusion bleiben. Man denke etwa an kaum überbrückbare Barrieren kultureller, traditioneller und mentaler Art. Die ordnenden Eingriffe in die Finanzmärkte haben bislang keine kohärente globale Finanzmarktordnung hervorgebracht, sondern erinnern eher an einen Flickenteppich.

II. Beiträge Deutschlands zur Finanzmarktordnung — einige Beispiele

Deutschland hat innerhalb von weniger als 100 Jahren zwei schmerzhafte Währungsreformen erlebt. Die Deutschen begegnen deshalb dem Geld- und Finanzsektor mit besonderer Sensibilität. Dem "Urbedürfnis" nach einer stabilen Währung wurde im § 1 des Bundesbankgesetzes Rechnung getragen. Inzwischen sind die Wünsche differenzierter geworden; sie richten sich zunehmend auf eine umfassende Finanzmarktkultur, deren Ausgestaltung freilich im Einzelnen zu konkretisieren ist. Nicht zuletzt aufgrund negativer Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit überwiegt die Meinung, dass der Markt von sich aus nicht in der Lage ist, die geforderten Standards an Integrität, Vertrauenswürdigkeit und Transparenz zu gewährleisten.

Das bereits 1962 in Kraft getretene und seither mehrmals geänderte Kreditwesengesetz (KWG)⁶ und die ergänzenden Regelungen (Grundsatz I, Grundsatz II, Mindestanforderungen an das Kreditgeschäft MaK, Mindestanforderungen an das Betreiben von Handelsgeschäften MaH)⁷ regeln die Bankenaufsicht, d. h., sie begrenzen die Möglichkeiten der Banken, Risiken einzugehen.

Konkret geht es um Ausfallrisiken, Marktpreisrisiken, Liquiditätsrisiken, operationelle Risiken und Informationsrisiken. Die verbindlichen Vorgaben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) für das Risikomanagement deutscher Kreditinstitute ergeben sich aus den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)⁸. Die MaRisk stellen zugleich eine Aktualisierung und Ergänzung der MaK, der MaH sowie der Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der Internen Revision (MaIR) dar. Neu enthaltene Vorgaben müssen erst mit Inkrafttreten von Basel II am 1. Januar 2007 beachtet werden.

Die Versicherungsaufsicht hat in Deutschland eine über hundertjährige Geschichte. Grundlage ist das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) aus dem Jahre 1901, das nach wechselvoller Geschichte heute im Wesentlichen durch die europäischen Standards der Versicherungsaufsicht geprägt ist. Das VAG wurde zuletzt am 19.04.2006 (BGBl I 2006, 866) geändert. Die Versicherungsaufsicht soll gewährleisten, dass Versicherer

die Interpretationen des International Financial Reporting Standards Committee (IFRIC).

⁶ Letzte Änderung durch Art. 4a des Gesetzes vom 22.09.2005.

⁷ Hierbei handelt es sich nicht um Rechtsverordnungen, sondern um "Bekanntmachungen" des BA-Kred oder des BaFin. Sie haben weder Rechtsnormcharakter noch stellen sie Verwaltungsakte dar. Es handelt sich um normenkomplettierende Verwaltungsvorschriften. Auch wenn diese nicht unmittelbar verbindlich sind, da ihnen die formelle Rechtsqualität fehlt, werden sie strikt beachtet, da bei ihrer Nichtbeachtung mit schwerwiegenden aufsichtsrechtlichen Konsequenzen seitens der BaFin zu rechnen ist. Vgl. www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/.

⁸ Veröffentlicht durch Rundschreiben der BaFin am 20.12.2005.

jederzeit in der Lage sind, ihre eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Im Einzelnen unterliegt der Versicherungsaufsicht die Bedeckung der aus den Versicherungsverträgen resultierenden Verpflichtungen, die Solvabilität und die Gesetzestreue der Versicherer.

Vergleichsweise spät erst kam die Wertpapieraufsicht dazu, deren Grundsätze im Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz, WpHG) in der Fassung vom 9. September 1998 kodifiziert sind. Das Hauptziel des WpHG besteht in der Schaffung eines integren, vertrauenswürdigen Finanzmarkts. Damit hat der Gesetzgeber ins Schwarze getroffen, denn Vertrauen ist gewissermaßen das Lebenselixier der Finanzmärkte.⁹

Für alle drei Aufsichtsbereiche existierten bis vor kurzem drei Aufsichtsbehörden, und zwar das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred), das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV) und das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel (BAWe). Seit Mai 2002 sind alle drei Aufsichtsbereiche unter dem Dach der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vereint.¹⁰ Ihr erklärt Hauptziel besteht in der Gewährleistung eines funktionsfähigen, stabilen und integren deutschen Finanzsystems, in das Bankkunden, Versicherte und Anleger volles Vertrauen haben können. Die Bereiche "Bankenaufsicht", "Versicherungsaufsicht" und "Wertpapieraufsicht/Asset Management" stellen die Organisationseinheiten, die sog. "Aufsichtssäulen", der BaFin dar. Mit diesen soll die BaFin eine umfassende Finanzaufsicht gewährleisten. Während die Bankenaufsicht (Basel I, Basel II) und Versicherungsaufsicht (Solvency I, Solvency II) als zentrale Aufgabe die Solvenzsicherung der jeweiligen Institute fokussiert, hat die Wertpapieraufsicht das generelle Ziel, die Integrität der Märkte und den Anlegerschutz zu gewährleisten. Die grundlegende Kodifizierung ist im WpHG erfolgt; diverse Einzelfragen sind in Nebengesetzen geregelt worden. Zu nennen sind hier insbesondere das Wertpapiererwerbs- und -Übernahmegesetz (WpÜG), das Wertpapierprospektgesetz (WpPG) und das Wertpapier–Verkaufsprospektgesetz (VerkprospG).

Zu den zentralen Aufgaben der BaFin zählt die Aufsicht über ein sehr breites Spektrum von Finanzmarktaspekten bzw. deren zielkonforme Ausgestaltung:

- Die Insiderüberwachung (Abschnitt 3, 12 ff. WpHG): Zunächst wird definiert, was Insiderpapiere sind (§ 12 WpHG) und was unter Insider–Informationen zu verstehen ist (§ 13 WpHG). Durch § 14 WpHG wird ein generelles Verbot von Insidergeschäften ausgesprochen. § 15 WpHG verpflichtet Emittenten von Finanzinstrumenten zur unverzüglichen Mitteilung von Insider–Informationen, während § 15a WpHG ergänzend festlegt, dass Personen, die bei einem Emittenten Führungsaufgaben wahrnehmen, Eigengeschäfte mit Aktien des Emittenten und darauf bezogenen Derivaten dem Emittenten und der BaFin anzeigen müssen (vgl. unten "Directors' Dealings").
- Die Ad–hoc–Publizität: Durch sie werden Emittenten von börsennotierten Finanzinstrumenten verpflichtet, unverzüglich ("ad hoc") neue, die Öffentlichkeit

⁹ Vgl. z. B. Anton Burger, Philipp Ulbrich: Reform des Frankfurter Aktienhandels — ein Weg aus der Vertrauenskrise, S. 199–216; Hendrik Leber: Ansatzpunkte zur Stärkung des deutschen Aktienmarktes, S. 217–227; Sven Kreitmair: Schaffung neuen Vertrauens in die Finanz- und Wertpapiermärkte, S. 229–238, in: Leo Schuster, Alex W. Widmer (Herausgeber): Wege aus der Banken- und Börsenkrise (Springer), Berlin 2004.

¹⁰ Vgl. www.bafin.de: "Wir über uns".

interessierende Umstände aus ihrem Unternehmensbereich zu veröffentlichen, wenn diese geeignet sind, auf den Preis des Finanzinstruments einzuwirken und den Emittenten unmittelbar betreffen (§ 15 WpHG);

- Die Directors' Dealings (§ 15a WpHG): Durch unverzügliche Mitteilung an den Emittenten und das BaFin sind sog. "Directors' Dealings" offen zu legen. Das sind Käufe oder Verkäufe, die Vorstände und Aufsichtsräte in eigenen Aktien durchführen. Derartige Transaktionen haben für Anleger einen beachtlichen Informationswert, da Vorstände und Aufsichtsräte regelmäßig Zugang zu Insiderinformationen haben und zu wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen befugt sind;
- Die Mitteilung und Veröffentlichung bei Veränderungen des Stimmrechtsanteils von börsennotierten Gesellschaften (§§ 21 ff. WpHG): Sobald durch Kauf oder Verkauf die Schwellenwerte 5, 10, 25, 50 oder 75 % des Grundkapitals erreicht, über- oder unterschritten werden, müssen der BaFin und der börsennotierten Gesellschaft die Stimmrechtsveränderungen mitgeteilt werden. Hierdurch wird der Markt über Veränderungen der Aktionärsstruktur und über maßgebliche Beteiligungsveränderungen informiert, was ebenfalls der Transparenz dient und Anlageentscheidungen erleichtert;
- Die Veröffentlichung von Wertpapierprospekten (§ 3 WpPG): Für Wertpapiere, die öffentlich angeboten oder zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen werden sollen, muss nach dem Wertpapierprospektgesetz grundsätzlich ein von der BaFin gebilligter Prospekt veröffentlicht werden. Hierdurch sollen alle wichtigen Informationen über das Wertpapier und den Emittenten einer breiten Öffentlichkeit kommuniziert werden;
- Die Erstellung eines Verkaufsprospekts (§ 8f Abs. 1 Satz 1 VerkprospG): Nach dem Verkaufsprospektgesetz müssen Anbieter von Anteilen an geschlossenen Fonds ab dem 1.7.2005 grundsätzlich einen Verkaufsprospekt erstellen. Hierdurch sollen die Anleger über alle wesentlichen Eigenschaften des betreffenden Fonds unterrichtet werden, was wiederum dem generellen Transparenzbedürfnis entspricht;
- Die Festlegung von Verhaltensregeln und Organisationspflichten (§§ 31 ff. WpHG): Das Wertpapierhandelsgesetz legt auch Verhaltensweisen fest, deren sich Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Umgang mit ihren Kunden befleißigen müssen. Hierdurch wird speziell der Anlegerschutz und generell die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte fokussiert. Anleger sollen wissen, was sie tun. Deshalb gilt für die Beratungspraxis der Grundsatz: Je spekulativer und risikanter das Geschäft und je unerfahrener der Anleger, desto umfangreicher ist der Kunde aufzuklären. Zu den Organisationspflichten gehört, dass die Unternehmen ihren Geschäftsbetrieb angemessen organisieren. Damit ist hauptsächlich gemeint, dass, im Interesse der Vermeidung interner Interessenkonflikte, die Funktionsbereiche "Handel", "Abwicklung" und "Kontrolle" scharf voneinander getrennt werden (Prinzip der Funktionstrennung);
- Die Überwachung von Unternehmensübernahmen: Seit Anfang 2002 überwacht das BaFin Übernahmen von in Deutschland ansässigen Unternehmen, deren Aktien zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind. Die Grundlage hierfür bildet das Wertpapiererwerbs- und -Übernahmegesetz (WpÜG);

- Enforcement/Bilanzkontrolle: Das im Dezember 2004 in Kraft getretene Bilanzkontrollgesetz (BilKoG) unterwirft die Rechnungslegung börsennotierter Unternehmen ab dem 1.7.2005 einer gesetzlichen externen Kontrolle, dem sog. Enforcement/Bilanzkontrolle. Hierdurch soll das Vertrauen der Anleger in die Richtigkeit von Unternehmensabschlüssen kapitalmarktorientierter Unternehmen ab dem Bilanzstichtag 31.12.2004 gestärkt werden. Angesichts der sich im In- und Ausland häufenden Fälle von Bilanzmanipulationen und Bilanzfälschungen erwies sich eine staatliche Jahresabschlusskontrolle als unerlässlich. Die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e.V. (DPR) prüft stichprobenartig bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß gegen die Rechnungslegungsvorschriften oder auf Verlangen der BaFin;
- Die Gewährleistung hoher Qualitätsstandards der Finanzanalyse (§ 34b WpHG): Finanzanalysen stellen eine wesentliche Grundlage von Anlageentscheidungen dar. Um das Vertrauen der Anleger in Finanzanalysen mit Bezug zu Finanzinstrumenten zu stärken, ist zu gewährleisten, dass die Finanzanalysten hohe Standards von Sorgfalt, Integrität und Neutralität einhalten. Das WpHG schreibt daher vor, dass Finanzanalysen sachgerecht zu erstellen und darzubieten sind;
- Die Aufsicht über Kapitalanlagegesellschaften (KAGen): Zu den Aufgaben der Asset-Management-Säule der BaFin gehört auch die Aufsicht über Kapitalanlagegesellschaften. Im Hinblick auf ihre Solvenz werden sie als Spezialkreditinstitute nach dem KWG überwacht (Solvenzaufsicht). Außerdem unterliegen die KAGen auch noch einer Marktaufsicht, deren Grundlagen im Investmentgesetz (InvG) festgelegt sind. Aufgrund der Marktaufsicht müssen KAGen z. B. die Vertragsbedingungen von Publikumsfonds genehmigen lassen;
- Die Solvenzaufsicht für Finanzdienstleistungsinstitute: Finanzdienstleistungsinstitute erbringen bestimmte Arten von Finanzdienstleistungen, z. B. die Verwaltung von Wertpapiervermögen für Kunden. Sie sind aber keine Kreditinstitute und dürfen deshalb z. B. keine Kredite vergeben und Einlagen entgegen nehmen. Die Abgrenzung zwischen Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten kann im Einzelfall schwierig sein. Seit 1998 unterliegen auch Finanzdienstleistungsinstitute der Solvenzaufsicht nach dem Kreditwesengesetz. Die Aufsicht erfolgt ähnlich wie bei den Kreditinstituten. Wer in Deutschland Finanzdienstleistungen erbringen will, bedarf hierfür der schriftlichen Erlaubnis durch das BaFin (§§ 32, 33 KWG).

Es ist erkennbar, dass der Gesetzgeber immer dann in die Ordnung der Finanzmärkte eingreift, wenn diese entweder aus eigener Kraft nicht in der Lage sind, erwünschte Ordnungselemente — z. B. die sach- und wahrheitsgemäße Erstellung von Bilanzen — selbstorganisatorisch durchzusetzen oder aber aufgrund von Vermachtungsprozessen "schlechte" Wettbewerbsbedingungen tolerieren bzw. fördern, gegen die aus ordnungspolitischen Gründen — z. B. im Interesse des Anleger- und Minderheiten- schutzes — durch gesetzgeberische Maßnahmen eingeschritten werden muss. Damit haben Gesetzgeber und sonstige Regelungsinstanzen eine klar subsidiäre Aufgabe: Sie sollen bzw. müssen immer erst dann tätig werden, wenn der Markt aus eigener Kraft gesellschaftlich optimale Entwicklungen und Strukturen nicht zustande bringt. Wenn man dem Markt allerdings grundsätzlich überlegene Fähigkeiten der Selbstorganisation und der Selbstregulierung zutraut, wie dies im Falle eines Bekenntnisses zur Marktwirtschaft nur konsequent ist, so bedarf jeder Eingriff in die marktmäßi-

gen Organisations- und Regelungsstrukturen einer soliden Begründung, zumal externe Eingriffe erfahrungsgemäß die Selbststeuerungskräfte mehr oder weniger nachhaltig (zer)stören.

III. Selbstorganisation des Marktes durch Corporate Governance?

Bevor man also Sinn und Zweck externer Finanzmarktregulierungen beurteilen kann, muss geklärt werden, ob und inwiefern der globale Finanzmarkt überhaupt externer Regelungsmechanismen und aufsichtsrechtlicher Eingriffe bedarf oder ob er nicht vielmehr durch interne Regelungs- oder Selbstorganisationsmechanismen in der Lage ist, ein Pareto–Optimum zustande zu bringen. Bekanntlich behauptet genau dies die neoklassische Wettbewerbstheorie.¹¹ Wenn man bedenkt, dass Finanzmärkte zumindest als informationseffizient gelten können in dem Sinne, dass alle Marktteilnehmer (weitgehend) kostenlosen Zugang zu allen relevanten Informationen haben¹², dann ist die Vision eines Pareto–Optimums zumindest insoweit nicht mehr abwegig. Welche Selbstorganisationsmechanismen kommen in Betracht?

Bei der Suche nach Selbstorganisationsmechanismen stößt man unweigerlich auf die Corporate–Governance–Problematik. Wie häufig bei modischen Begriffen wie diesem, ist erst einmal unklar, was damit genau gemeint ist. Manche wollen unter "Corporate Governance" eine Sammlung von Wohlverhaltensregeln ("Anstandsregeln") für Manager verstanden wissen. Andere wiederum verstehen unter "Corporate Governance" ein aktives Handeln, Lenken, Einflussnehmen. Ethymologisch erscheint die zweite Deutung des Corporate–Governance–Begriffes überzeugender, denn nicht nur der Wortstamm "govern" erzeugt die Vorstellung eines "aktiven Tuns", sondern auch die Nachsilbe "-ance" suggeriert Aktivität (wie z. B. in maintainance, acceptance, surveillance). Somit ist man eher geneigt, mit dem Begriff "Corporate Governance" ein eingreifendes, gestaltendes Verhalten zu assoziieren. The Concise Oxford Dictionary of Current English "übersetzt" governance als "act, manner, fact, or function of governing, control", wodurch die handlungsorientierte Interpretation gestützt wird. Nach The American College Dictionary bedeutet governance "1. government; exercise of authority; control. 2. method or system of government or management." Während die erste Interpretation wiederum klar das handelnde Element betont, fokussiert die zweite Interpretation die Regelorientierung. Die Deutsche Börse AG definiert Corporate Governance "als verantwortungsbewusste Leitung bei gleichzeitiger Kontrolle eines Unternehmens".¹³

Im Folgenden wird der Corporate–Governance–Begriff als Inbegriff der vielfältigsten Möglichkeiten verstanden, marktseitige (externe) und unternehmensseitige (interne) Kontrolle über Unternehmen auszuüben. Durch das interne Rechnungswesen, durch systematisches Controlling und konsequentes Risk–Management unterliegen Unternehmen internen Kontroll- und Steuerungsmechanismen. Unternehmen der Finanzindustrie, also Banken, Versicherungen, Bausparkassen, Kapitalanlagegesellschaften, usw. sind aber nolens volens außerdem in den globalen Finanzmarkt eingebettet. Dies bedeutet, dass sie nicht nur die Spielregeln dieses Marktes mitbestimmen, sondern sich auch an die vom Mehrheitskonsens durchgesetzten Spielregeln halten müssen.

¹¹ Vgl. z. B. Andrew Schotter: Microeconomics — A Modern Approach, third edition (Addison, Wesley, Longman), Boston etc. 2001, pp. 573 ff.

¹² Vgl. z. B. William F. Sharpe, Gordon J. Alexander, Jeffrey V. Bailey: Investments, sixth edition (Prentice–Hall), London etc. 1999, 92 ff.

¹³ www.deutsche-boerse.com.

Verstoßen sie gegen diese, bekommen sie Sanktionen zu spüren. Über diesen Sanktionsmechanismus diszipliniert der Markt "seine" Unternehmen gemäß den — zumeist ungeschriebenen — Marktgesetzen. So strafen die Finanzmärkte all jene Unternehmen ab, die gegen die "ehernen" Gesetze der Finanzmärkte verstößen, und zwar durch wertmäßige Herabstufung. Wer nicht "performat", wird abgewertet. Konkret bedeutet diese Disziplinierungslogik, dass Unternehmen, die sich nicht mit hinreichender Konsequenz um diejenigen Wertgeneratoren kümmern, denen der Markt hohe Priorität zubilligt, qua Unternehmenswertreduktion zur leichten Beute irgendwelcher "Raider" oder "Heuschrecken" werden, die ein Schnäppchen wittern.

Dieses besteht darin, dass die niedrig bewerteten Unternehmen zwar einen (momentan) niedrigen Marktwert haben, der aber, unter konsequenter Ausschöpfung realer Handlungsoptionen, wieder deutlich und nachhaltig erhöht werden kann. Solche "Realoptionen" können z. B. in der Umorganisation, Teilung ("Entflechtung"), Ausweitung des Managements und/oder einer strategischen Neuorientierung bestehen. Die Wege, einen derartigen Wiederaufwertungsprozess in Gang zu setzen, sind vielfältig. Beispiele sind freundliche oder feindliche Übernahmen, Management-Buy-Outs (MBO), Management-Buy-Ins (MBI), usw. Manager, die es zulassen, dass der Marktwert ihres Unternehmens sinkt, laufen Gefahr — mit Ausnahme von MBOs —, dass Sie Ihren Arbeitsplatz verlieren, womit in der Regel erhebliche Einkommens-, Macht-, Reputations- und Kontrollverluste einhergehen. Um einer Abstrafung durch den Markt zuvorzukommen, müssen Manager nicht nur konsequente Werterhaltungs- und Wertsteigerungspolitik betreiben, sondern sie müssen dies auch der "Financial Community" gegenüber kommunizieren.

Dies geschieht — wenn es denn geschieht — durch Investor-Relations-Aktivitäten, die bestehende Informationsasymmetrien zwischen der Unternehmensleitung einerseits und den "Stakeholders", insbesondere den Anteilseignern ("Shareholders"), abbauen helfen.¹⁴ Salopp formuliert: Manager müssen nicht nur Gutes tun (im Sinne des Marktes), sondern sie müssen auch darüber reden. Aufsichtsrechtliche Vorschriften zur Erhöhung der Unternehmenstransparenz – z. B. das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) und das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) — sowie verschärfte Offenlegungspflichten aufgrund der Rechnungslegungsvorschriften unterstützen den Investor-Relations-Prozess.

In diesem Zusammenhang ist auf den Corporate-Governance-Kodex hinzuweisen, der am 26.02.2002 von der — auf ministerielle Veranlassung hin eingesetzten — Corporate-Governance-Kommission verabschiedet wurde (geltende Fassung vom 12.06.2006). Mit ihm soll der — insbesondere vom Ausland immer wieder laut gewordenen — Kritik an der Intransparenz der Führung und Überwachung deutscher Unternehmen begegnet werden. Diese Kritik an der deutschen Unternehmensverfassung bezog sich vor allem auf die angeblich mangelhafte Ausrichtung deutscher Aktiengesellschaften an den Aktionärsinteressen, auf die mangelhafte Transparenz der Unternehmensführung im Allgemeinen und der Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat im Besonderen, auf die mangelhafte Unabhängigkeit deutscher Aufsichtsräte sowie auf die eingeschränkte Unabhängigkeit der Wirtschaftsprüfer. Der Corporate-Governance-Kodex erhielt über die Entsprechungserklärung gem. § 161 AktG eine gesetzliche Grundlage. Die Einfügung des (neuen) § 161 in das AktG erfolgte aufgrund des am 26.07.2002 verabschiedeten TransPuG (Art. 1 Ziffer 16). Die börsennotierten

¹⁴Vgl. hierzu Karsten Tiemann: Investor Relations, Gabler Edition Wissenschaft (DUV), Wiesbaden 1997.

Unternehmen müssen jährlich erklären, ob sie die von der Corporate-Governance-Kommission ausgesprochenen und im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen eingehalten haben bzw. einhalten werden. Aus ökonomischer, speziell aus informationsökonomischer, Sicht hat der Corporate-Governance-Kodex komplementäre Funktion, d. h. er ergänzt und erleichtert, durch Transparenzerhöhung und Abbau von Informationsasymmetrien, die Unternehmenskontrolle über den Markt.

Die Corporate Governance über den Markt ist allerdings nicht unumstritten. Sie wird in einem Atemzug genannt mit "neoliberaler" und "turbokapitalistischer" Wirtschaftsgesinnung. Solche Attribute sind zwar griffig, inhaltlich aber recht diffus. Transportiert werden soll durch sie die Wahrnehmung rücksichtsloser, sozial blinder, allein am schnöden Profitinteresse der Eigenkapitaleigner orientierter Unternehmenspolitik. Dabei stört wenig, dass der umfassend kolportierte Vorwurf an die Adresse der Neoliberalen definitiv unberechtigt ist. Denn gerade die deutschen Neoliberalen, die sog. "Ordoliberalen" — im Wesentlichen die Vertreter der "Freiburger Schule" — zeichnen sich aus durch eine klare Abkehr vom Paläo-Liberalismus sozialdarwinistischer Prägung — in neuerer Zeit ansatzweise allenfalls noch vertreten von krassen Außenseitern wie Friedrich August von Hayek. Ordolibrale wie Wilhelm Röpke, Franz Böhm, Walter Eucken, Alexander Rüstow und Alfred Müller-Armack, der immerhin als geistiger Vater der Sozialen Marktwirtschaft gilt, kann man schwerlich mit sozialer Blindheit und sozialer Kälte in Verbindung bringen. Zuweilen werden fälschlicherweise - oder in der unaufrechten Absicht, durch klangvolle Rhetorik im Kern nichts Konkretes auszusagen — wirtschaftstheoretisch umstrittene ("Chicago-Schule") oder von schlichtem wirtschaftspolitischem Pragmatismus geprägte Konzepte ("Reaganomics", "Thatcherismus") in einen Topf mit neoliberalen Gedankengut geworfen, eine ärgerliche Praxis, die man nicht einmal Politikern durchgehen lassen sollte.

Worin bestehen nun konkret die Wohlverhaltensregeln, die der Markt, speziell der globale Finanzmarkt, seinen Akteuren auferlegt? Im Kern handelt es sich um die Regeln effizienten Wirtschaftens, die, fast schon volkstümlich, auch als "Sparsamkeitsprinzip" umschrieben und von der Moraltheologie geradewegs zur Tugend erhoben wurden. Auf eine andere griffige Formel gebracht: Effizient wirtschaften heißt, mit knappen Ressourcen sparsam umgehen.¹⁵ Oder zugesetzt: Knappe Ressourcen sollen dort eingesetzt werden, wo sie die produktivste Wirkung entfalten. Wichtig dabei ist, dass "Produktivität" in diesem Sinne nicht rein technisch zu verstehen ist, sondern wohlfahrtsökonomisch bzw. nutzentheoretisch. Soll die Volkswirtschaft in den Dienst der Gesellschaft insgesamt gestellt werden, so kommt es letztlich darauf an, mit dem Wirtschaften den größten erreichbaren gesamtgesellschaftlichen Nutzen zu erzielen. Konkret: Die Wirtschaft ist auf das Ziel der gesellschaftlichen Wohlfahrt fixiert, die es zu maximieren gilt (Zielkriterium). Vilfredo Pareto (1848–1923) verdanken wir die weiterführende Erkenntnis, dass das Wohlfahrtsmaximum so lange nicht erreicht ist, wie durch Reallokation der Ressourcen — bzw. Reorganisation und Neustrukturierung der Produktion — wenigstens ein Mitglied der Gesellschaft besser gestellt wird, ohne irgend ein anderes Mitglied schlechter zu stellen. Erst wenn Wohlfahrtssteigerungen auf diesem Wege nicht mehr möglich sind, spricht man von Pareto-Optimum.

Wie sollen nun aber die einzelnen Gesellschaftsmitglieder — und mithin die Gesellschaft insgesamt — ihr Wollen — und damit indirekt ihre Nutzen- und Wohlfahrts-

¹⁵ Vgl. z. B. N. Gregory Mankiw: Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 2. Auflage, (Schäffer-Poeschel), Stuttgart 2001, S. 69 ff.

empfindungen — dem Markt mitteilen? Bekanntlich geschieht dies in einer Marktwirtschaft über den Preis. Empfindet jemand ein Gut oder eine Dienstleistung als dringlich, so fragt der oder die Betreffende dieses Gut (verstärkt) nach, was tendenziell Preissteigerungen bei dem Gut oder der Dienstleistung auslöst. Empfinden viele so, dann kommt es entsprechend zu starken Preissteigerungen. Der Produzent bzw. die Produzenten nehmen dieses Signal wahr. Das Signal des Marktes — die Erhöhung des Marktpreises für ein Produkt — wird von der Produktionsseite als Anreiz zur Produktionsausweitung interpretiert, allerdings nur dann — und dies ist entscheidend! —, wenn diese gewinnsteigernd erfolgen kann. Also nur wenn die Produktionsausweitung zu einer Umsatzausweitung führt, die größer ist als die damit einhergehende Kostensteigerung, entsteht ein Produktionsanreiz. Der Gewinn wiederum entfaltet seine Steuerungs- und Anreizfunktion deshalb, weil er über die Rentabilität des Wirtschaftens in dem betreffenden Unternehmen entscheidet.

Nun sind wir bei der, speziell aus der Sicht der Finanzmärkte, entscheidenden Steuerungsgröße angelangt, der Investitions- oder Kapitalrendite. Kapital, das in einem Unternehmen gebunden ist, steht in Konkurrenz mit anderen Kapitalbindungsformen. Aus Finanzmarktsicht ist ein Unternehmen nichts anderes als eine Investition, die im Vergleich zu anderen denkbaren Investitionen — z. B. in andere Unternehmen, in Edelmetalle, in Immobilien, in Optionsscheine, usw. — lohnender ist oder auch nicht. Im letzteren Falle wird der Investor — Unternehmer — versuchen, sein Kapital aus dem unrentablen Investment zu befreien und anderweitig rentabler zu re-investieren. Damit hat er im Grunde nicht nur sich, sondern der Gesellschaft insgesamt, einen wohlfahrtssteigernden Dienst erwiesen, denn finanzielle — und damit indirekt auch materielle — Ressourcen werden künftig dort eingesetzt, wo sie dringender benötigt werden, weshalb dieser Einsatz vom Markt auch besser honoriert wird.

Diese Mechanismen stellen im Grunde elementares ökonomisches Basiswissen dar. Trotzdem erscheint es vor dem Hintergrund der sehr emotional geführten Diskussion um die Shareholder-Value-Orientierung von Unternehmen nützlich und erforderlich, diese "Binsenweisheiten" in Erinnerung zu rufen. Für die Beliebtheit des weltweit verfolgten Ziels der Marktwertmaximierung, seit Alfred Rappaport¹⁶ "Shareholder-Value-Maximierung" genannt, gibt es viele Gründe. Einer der Gründe ist sicher die unmittelbare Kompatibilität dieses Ziels mit dem wirtschaftlichen Prinzip, also dem Prinzip der Sparsamkeit und der effizienten Ressourcenverwendung. Dies verleiht diesem Ziel gewissermaßen eine originär-ökonomische Legitimation.

Ein weiterer Grund ist sowohl theoretischer als auch praktisch-pragmatischer Natur: Seit Einzelunternehmen, deren Manager zugleich der Kapitaleigner ist, weitgehend durch Gesellschaften, insbesondere Kapitalgesellschaften, verdrängt worden sind, ist das Problem aufgetaucht, wie das Management den zum Teil stark divergierenden Kapitalgeberinteressen gerecht werden kann. Klein- und Großaktionäre können gruppenintern und gruppenübergreifend nicht nur in Bezug auf die Ausschüttungspolitik, sondern auch in Bezug auf die allgemeine Unternehmenspolitik und deren strategische Ausrichtung, also letztlich im Hinblick auf das Unternehmensziel, verschiedene, zuweilen sogar diametral entgegengesetzte Vorstellungen und Wünsche haben. Ihnen allen gerecht zu werden, ist schlechterdings unmöglich, außer es gelingt, alle Kapitaleigner auf ein Ziel einzuschwören, mit dem sie sich (notfalls und ggf. vorübergehend) identifizieren können. Genau dies trifft auf das Shareholder-Value-Ziel zu, da es die

¹⁶ Alfred Rappaport: Creating Shareholder Value — The New Standard for Business Performance (Macmillan), New York etc. 1986.

konfliktfreie Trennung zwischen Konsum- und Sparentscheidungen (der Kapitalgeber) einerseits und den Produktions- und Investitionsentscheidungen (des Unternehmens, der Manager) andererseits ermöglicht. In der Kapitalmarkttheorie spricht man, zu Ehren von Irving Fisher (1867–1947), vom Fisher'schen Separationstheorem.¹⁷

Im Grunde steckt dahinter wiederum das bereits erwähnte gesellschaftliche Wohlfahrtsoptimum. Man kann zeigen¹⁸, dass dieses eine Übereinstimmung der Schlüsselrenditen oder -zinssätze einer Volkswirtschaft voraussetzt. Die volkswirtschaftliche Zeitpräferenzrate sorgt im Bereich der Konsumenten und Sparer für ein Gleichgewicht zwischen Arbeitsleistung — aus welcher das zum Erwerb von Konsumgütern erforderliche Einkommen resultiert — und Muße. Die volkswirtschaftliche Grenzrate der Transformation sorgt im Bereich der Produzenten und Investoren für eine gleichgewichtige Aufteilung aktueller Produktion und zukünftiger Produktion. Der Marktzinssatz schließlich sorgt dafür, dass sich angebotene und nachgefragte Finanzmittel die Waage halten, oder, anders ausgedrückt, dass die von den Haushalten geplanten Ersparnisse und die von den Unternehmen geplanten Investitionen vom Volumen her deckungsgleich sind. Solange diese drei Zinssätze — Zeitpräferenzrate, Transformationsrate und Markttrendite — nicht übereinstimmen, lassen sich noch Wohlfahrtssteigerungen erreichen. Genauer: Der Barwert aus heutigem und zukünftigem Vermögen (bzw. aus heute und zukünftig verfügbaren Gütern) ist erst dann maximal, wenn alle drei Renditen übereinstimmen. Da "mehr Vermögen" mit "mehr Wohlstand" gleichgesetzt wird, führt eine Vermögenssteigerung (Barwertsteigerung) zu mehr Wohlstand.¹⁹

Diese gesamtwirtschaftliche Ratio muss — oder sollte — nun freilich auch auf die einzelwirtschaftliche Ebene, etwa des einzelnen Haushalts (Sparers/Anlegers), durchschlagen. Dass dies so ist, gewährleistet wiederum das Shareholder–Value–Prinzip, allerdings nur in Verbindung mit "vollkommenen", zumindest gut funktionierenden Kapitalmärkten. Ist ein Anleger mit der Unternehmens- und Ausschüttungspolitik des Unternehmens, an dem er beteiligt ist, unzufrieden, verspürt er also doch einen fundamentalen Zieldissens, dann kann er diesen sozusagen mit einem "goldenen Handschlag" beseitigen, indem er sich von den maximal bewerteten Anteilen am "unliebten" Unternehmen trennt und diese – bzw. deren monetären Gegenwert — über den Kapitalmarkt in das Anlageinstrument umwandelt, das seinen Vorstellungen (Zielen) optimal entspricht. Somit entpuppt sich — auf einzelwirtschaftlicher Ebene — das Shareholder–Value–Prinzip als Kompromissformel, mit der sich ein Anleger arrangieren kann, ohne mit ihm vollinhaltlich übereinzustimmen.

Der Clou besteht darin, dass er, unter Mithilfe und Vermittlung des Finanzmarktes, das ungewünschte Anlageobjekt zu einem Spitzenpreis verkaufen und in das von ihm bevorzugte Anlageobjekt umtauschen kann, von dem er sich, aufgrund des günstigen Verkaufs, besonders viel leisten kann. Somit kann das Shareholder–Value–Prinzip, wie dies ja von Alfred Rappaport und vielen anderen propagiert wird, als Maxime der konfliktfreien Unternehmenssteuerung aufgefasst werden, da es einen Weg zur Überwindung von Interessenkonflikten aufzeigt, die ursprünglich als unüberbrückbar

¹⁷ Vgl. Thomas E. Copeland, J. Fred Weston: Financial Theory and Corporate Policy, third edition (Addison-Wesley), Reading etc. 1989, p. 11.

¹⁸ Loc. cit., p. 3ff.

¹⁹ Der zwingende Zusammenhang zwischen Vermögen und Wohlstand ist hin und wieder bestritten worden. Ohne hier auf Details eingehen zu können, sollte man aber bedenken, dass Vermögensmehrungen auf die (freien) Entscheidungen der Wirtschaftssubjekte zurückführen, von diesen also gewollt sind. Insofern ist der Zusammenhang zwischen Vermögensmehrung und Wohlstandsmehrung logisch. Der Zusammenhang lässt sich dann leugnen, wenn man "unmündige" Bürger unterstellt, die,

galten.²⁰

Noch ein weiterer Umstand hat dem Shareholder-Value-Prinzip zu weltweitem Ansehen verholfen. Dieser ist zugleich schlichter betriebswirtschaftlicher, finanzmathematischer und theoretischer Natur. Nach der in der Betriebswirtschaftslehre und speziell in der Unternehmensbewertung vollzogenen Abwendung vom "Gewinn" und Hinwendung zum "Cash Flow"²¹ — frühe Vorläufer sind in Eugen Schmalenbach (1873-1955) und Erich Kosiol (1899-1990) zu erkennen — war es in der sog. zahlungsorientierten ("pagatorischen") BWL gelungen, alle relevanten betrieblichen Vorgänge als Zahlungsströme zu definieren und zu erfassen. Zahlungen ("Cash") hatten (und haben) außerdem, im Vergleich zu der undurchsichtigen, auf vielfältige Weise manipulierbaren Gewinngröße, einen faszinierend simplen und konkreten "Touch", nicht zuletzt für Anteilseigner: "Cash" ist konkret vorhanden und ggf. greifbar, der Gewinn hingegen ist irgendwo "versteckt".

In der Unternehmensbewertung hatte sich längst Unzufriedenheit mit den völlig unzulänglichen Substanz- und Buchwertverfahren eingestellt, weshalb zunehmend der Übergang zum Ertragswertverfahren propagiert wurde. Dieses jedoch verwendet Erfolgsgrößen (Ertrag, Aufwendung, Gewinn) anstatt der nun modern gewordenen Zahlungsströme (Cash Flows). Zugleich wurde in der Bewertungstheorie gezeigt, dass Marktwerte sich als Barwerte zukünftiger Zahlungen bestimmen lassen. Der Marktwert eines Unternehmens ist demnach nichts anderes als der Barwert zukünftiger (erwarteter) Zahlungsüberschüsse des Unternehmens. Mit einfachen und plausiblen Schätzalgorithmen — etwa dem Gordon'schen Bewertungsmodell²² — versuchte man, künftige Zahlungsströme einigermaßen überzeugend zu schätzen und in aktuelle Marktwerte umzurechnen. Mit Hilfe des inzwischen zum Bewertungsstandard avancierten Discounted-Cash-Flow-Modell (DCF-Modell) schuf man ein konzeptionell denkbar einfaches, theroriekonformes und zum modernen Erscheinungsbild der BWL passendes Bewertungsinstrument, das sich inzwischen weltweiter Akzeptanz erfreut.²³

Trotz dieser anscheinend überzeugenden Legitimation des Shareholder-Value-Prinzips ist dieses massiv ins Gerede gekommen, weil es angeblich einseitig Eigenkapitalgeberinteressen berücksichtige, sich an den "falschen" Größen wie Gewinn und Cash Flow orientiere, sozial unverträglich sei, etwa weil es Arbeitsplätze vernichtet und unzumutbare Arbeitsbedingungen schafft. Die Diskussion über das Shareholder-Value-Prinzip ist stark emotional aufgeladen. Es soll nun versucht werden, das ökonomische Selbststeuerungsprinzip "Shareholder Value" einer sachlichen Würdigung zu unterziehen.

Erstens kann das Streben nach höchstmöglicher Effizienz betrieblicher Strukturen und Prozesse per se nicht als schlechtes, fragwürdiges oder gar verantwortungsloses Management gelten. Maßnahmen zur Effizienzsteigerung gehören grundsätzlich zum ökonomischen Tugendkatalog, denn dahinter steckt, wie oben dargelegt, die honorige Absicht, mit knappen Ressourcen äußerst sparsam umzugehen. Der Maßstab, an dem gemessen wird, ob dem effizienzsteigernden Verhalten Erfolg beschieden ist, war oder

ohne sich dessen gewahr zu werden, Entscheidungen treffen, die ihnen letztlich schaden.

²⁰Vgl. Rainer Stöttner: Investitions- und Finanzierungslehre — Eine praxisorientierte Einführung mit Fallbeispielen (Campus), Frankfurt am Main/New York 1998, S. 290 ff.

²¹Loc. cit., S. 29 ff., *passim*.

²²Es unterstellt einen in Zukunft mit konstanter Rate wachsenden Netto-Cash-Flow.

²³Loc. cit., S. 88 ff., S. 309 ff.

ist entweder der Gewinn oder, aufgrund dessen bewertungsrechtlicher Manipulierbarkeit und seiner nicht eindeutigen definitorischen Abgrenzung, der Cash Flow. Auch dieser ist zwar innerhalb gewisser Grenzen unterschiedlich definierbar²⁴, gleichwohl gilt er als Ausdruck der "hard facts" des Unternehmens. Cash muss greifbar, also z. B. entnehmbar sein, der Gewinn nicht, denn er kann in allen möglichen "Assets" aufgegangen sein. Effizienzsteigernde, d. h. ressourcensparende Maßnahmen begünstigen auch nicht einseitig die Eigenkapitalgeber, sondern nutzen der Volkswirtschaft und Gesellschaft als Ganzes, also allen, denn eingesparte Ressourcen können anderweitig wertschöpfend und wohlfahrtssteigernd eingesetzt werden.

Zweitens kann das Argument, Shareholder–Value–Orientierung nutze nur den Eigenkapitalgebern und gehe zu Lasten aller übrigen Stakeholders, auch aus anderen Gründen nicht überzeugen. Seitdem Unternehmen als komplexe Systeme²⁵ aufgefasst werden, ist klar, dass alle (gesellschaftlichen) Interessengruppen (sog. Stakeholder) synergistisch zusammenarbeiten müssen, um bestmögliche Produktionsergebnisse zu erbringen. Damit ist auch klar, dass ein Ausspielen aller oder einiger Stakeholders gegeneinander, also z. B. der Eigenkapitalgeber gegen die Fremdkapitalgeber oder gegen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, als zielschädigend und deshalb als ein mit dem Shareholder–Value–Prinzip nicht zu vereinbarendes Verhalten eingestuft werden muss. Jeder Unternehmer weiß, dass leistungsbereite, hoch motivierte und zufriedene Mitarbeiter(innen) die beste, vielleicht sogar entscheidende Voraussetzung für eine nachhaltig gedeihliche Entwicklung des Unternehmens darstellen. Er wäre denkbar schlecht beraten, wenn er versuchte, einseitig Kapitalgeberinteressen gegen die Interessen seiner Belegschaft durchzusetzen. Man könnte sogar sagen: Ein derartiges Verhalten wäre ein klarer und krasser Verstoß gegen das Prinzip der Unternehmenswertsteigerung, denn mit unzufriedenen Mitarbeiter(innen) im Rücken ist es um den Unternehmenswert schlecht bestellt. Es gibt zuhauf Beispiele florierender Mittelständler, deren Unternehmenswert nicht trotz, sondern wegen einer betont mitarbeiterfreundlichen Unternehmenspolitik überdurchschnittlich hoch liegt.

Für die übrigen Stakeholders gilt selbstverständlich eine analoge Argumentation. Unbotmäßiges Verhalten gegenüber potenziellen Fremdkapitalgebern zahlt sich ebenso wenig aus wie mangelhafte Termintreue in der Belieferung von Kunden, schlechte Informationspolitik gegenüber der breiten "Öffentlichkeit", unfaire Behandlung von Zulieferern, Verstoß gegen Umweltschutzbestimmungen (z. B. "Brent Spar")²⁶ mit der Folge von Imageschäden, usw.

Was den öffentlichen Unmut zu Recht erregt, sind Verhaltensweisen, die unter dem Deckmantel der Shareholder–Value–Orientierung Managementfehler zudecken sollen bzw. im Stile eines Notmaßnahmenkatalogs schnell erkennbare und finanzielle Erleichterung schaffende "Erfolge" zustande bringen. Derartige Maßnahmen sind oft im Interesse der Rettung des Unternehmens unvermeidlich. Sie sind die Folge eklatanter Fehlentscheidungen, zumeist im strategischen Bereich. Beispiele gibt es genug. Zu nennen ist etwa die Daimler AG, die unter der Ägide von Edzard Reuter im Rahmen

²⁴Vgl. z. B. Armin Töpfer: Betriebswirtschaftslehre — Anwendungs- und prozessorientierte Grundlagen (Springer), Heidelberg 2005, S. 1126 ff.

²⁵Vgl. z. B. den systemischen Managementansatz ("St. Gallener Schule") um Fredmund Malik.

²⁶Die spektakulären Protestaktionen von Greenpeace und eine zunehmend empörte Öffentlichkeit hinderten 1995 den Shell-Konzern an der Versenkung der Ölplattform "Brent Spar" mitsamt ihrer 130 Tonnen an Ölschlamm, Schwermetallen und radioaktiven Abfällen. Der Shell-Konzern hatte einen enormen Imageverlust erlitten und sah sich zeitweilig sogar mit einem teilweisen Boykott seiner Produkte konfrontiert. 1998 wurde ein generelles Verbot der Versenkung von Ölplattformen erlassen.

einer falsch verstandenen Diversifikationspolitik einen kostenträchtigen, ineffizienten, kaum noch überschau- und beherrschbaren "Gemischtwarenladen" ohne erkennbaren Fokus auf Kernkompetenzen zusammenkaufte²⁷; oder die DaimlerChrysler AG, die von Jürgen Schremp aus schierer Großmannssucht zur weltumspannenden ("weltbeherrschenden?") "Welt-AG" ausgebaut werden sollte; oder die deutschen Großbanken von Commerzbank über Dresdner Bank, Hypovereinsbank und Deutsche Bank, deren Management sich zuhauf strategische Fehlentscheidungen leistete (Vernachlässigung des zukunftsträchtigen Privatkundengeschäfts, kostspieliger Ausbau des von internationalen Großbanken bereits bestens besetzten Investment Banking, Unterlassen effizienzsteigernder und kostensenkender Maßnahmen, blindes Mitschwimmen auf dem Internet-Hype, unkluge Beteiligungspolitik, usw.). Als Folge dieser desaströsen Managementfehler wurde Shareholder-Value in kaum für möglich gehaltenem Umfang vernichtet. So fiel z. B. der Aktienkurs der Commerzbank-Aktie von über 40 Euro im Jahre 2000 auf 5 Euro im Jahre 2002. Ähnlich erging es den meisten "Blue Chips", etwa DaimlerChrysler (Kursrückgang von knapp 100 Euro auf 25 Euro). Wenn derartige Unternehmen nun die "Notbremse" ziehen, lang aufgeschobene Strukturveränderungen mit der Brechstange durchsetzen, in diesem Zusammenhang zu schnell sichtbaren, GuV-wirksamen "Entlastungsmaßnahmen", etwa durch massenhaften Abbau von Arbeitsplätzen, Abstoßen von entbehrlichen Assets (Immobilien, Beteiligungen, etc.), ihre Zuflucht nehmen, so mag dies im Rahmen eines Nothilfeprogramms durchaus Sinn machen. Zweifellos wird in vielen Fällen über das kurzfristige Ziel — die Abwendung unmittelbarer Existenzbedrohung für das Unternehmen — weit hinaus geschossen.

Mit wohl verstandener Shareholder-Value-Maximierungspolitik hat dies alles wenig oder nichts zu tun. Eine Politik der Unternehmenswertmaximierung ist konzeptionell ausgereift, wird konsequent umgesetzt und ist vor allem langfristig angelegt, ganz im Einklang mit dem Discounting-Cash-Flow-Modell, das von einer prinzipiell unendlichen Lebensdauer des Unternehmens ausgeht und deshalb die Cash-Flows des Unternehmens auch über eine prinzipiell unendlich lange Zukunft optimieren muss. Eine langfristige Wertsteigerungsstrategie ist aber auch notwendigerweise eine vernetzte, Systemzusammenhänge bewusst ausnutzende Strategie. Deshalb ist die Diskussion um die angebliche Dominanz der Eigenkapitalgeber im Rahmen des Shareholder-Value-Maximierungsmodells schon vom Ansatz her falsch, denn in einem Räderwerk mag es zwar große und kleine Rädchen geben, wichtig und unentbehrlich sind sie jedoch alle. Vermutlich wirkt allein schon die, zugegebenermaßen nicht gerade glücklich gewählte Terminologie — die explizite Nennung der Shareholders — auf viele Zeitgenossen provozierend. Es wäre schade, wenn dieser terminologische faux pas den Blick für die substanziellen Meriten des Wertsteigerungsprinzips verstellen würde.²⁸

Gegner des Shareholder-Value-Prinzips scheuen sich häufig nicht, mit ebenso populistischen wie falschen Argumenten zu hantieren. So wird in Talkshows und ähnlich medienwirksamen Veranstaltungen immer wieder auf die "traumhaften" Kapitalrenditen der Anteilseigner großer Publikumsgesellschaften hingewiesen. Diese kommen dadurch zustande, dass der Gewinn — zuweilen sogar noch der Vorsteuergewinn — schlicht auf das Grundkapital bezogen wird. Renditen von 20 % oder mehr sind

²⁷ Edzard Reuter war von 1987 bis 1995 Vorstandsvorsitzender der Daimler-Benz AG. 1993 wies der Konzern einen Verlust von 3,3 Mrd. DM, 1994 einen Gewinn von 900 Mio. DM und 1995 erneut einen Verlust von ca. 3 Mrd. DM aus.

²⁸ Steigerung des Unternehmenswerts und Steigerung des Marktwerts bezeichnen im Grunde dasselbe wie Erhöhung des Shareholder Value, klingt aber in manchen Ohren weniger "aufreizend".

dann keine Seltenheit.²⁹ Als besonders geschmacklos und verwerflich werden derartige Renditen dann eingestuft, wenn sie einhergehen mit schmerzhaften Rationalisierungsmaßnahmen, insbesondere in Gestalt von massivem Arbeitsplatzabbau. Dabei wird oft übersehen, dass derartige Maßnahmen, vor allem im Bereich von Finanzdienstleistern (Banken, Versicherungen, usw.), eine überfällige Reaktion auf lange aufgeschobene oder zumindest vernachlässigte Strukturanpassungen darstellen. So haben z. B. deutsche Banken während der Börsenboomphase, die im Jahre 2000 dann jäh zu Ende ging, ihre eigentlich längst erkennbaren Kosten- und Ertragsprobleme schlicht ignoriert, und erst dann, als sie sich in einer regelrechten Existenzkrise wiederfanden (Commerzbank, Dresdner Bank, Hypovereinsbank, diverse Versicherungen), zu unmittelbare Erleichterung versprechenden Entlastungsmaßnahmen gegriffen.³⁰ Nachdem die Branche lange Zeit den notwendigen Strukturwandel verschlafen oder sich allenfalls durch unüberlegte Strategiewechsel (z. B. Rückzug aus dem lukrativen Privatkundengeschäft und Hinwendung zum modischen und überdies bereits von marktstarken "Platzhirschen" dominierten Investment-Banking) noch tiefer in die Krise manövriert hat, ist jetzt allenthalben hektische Betriebsamkeit zu beobachten, die freilich zuweilen an blinden Aktionismus erinnert und insofern die Konzeptionslosigkeit früherer Jahre und Jahrzehnte fortsetzt.

So scheinen viele Bankvorstände zwar begriffen zu haben, dass "etwas" geschehen muss, eine überzeugende Zukunftstrategie fehlt jedoch häufig. Der Abschied von der einst hoch-gepriesenen Allfinanz-Idee und die konsequente Hinwendung zu Kernkompetenzen, die es unter kompromissloser Orientierung am Kundennutzen zu stärken gilt, fällt offenbar vielen Bank-Managern unverändert schwer. Auch Grundsatzdebatten, wie etwa um das Für und Wider des Universalbankprinzips, um die korrekte Wahl des Standorts (Frankfurt oder London), um den Grad der "Elektronisierung" von Finanzdienstleistungen (E-Banking, E-Insurance), um die optimale Institutsgröße und Zweigstellendichte, usw. sind bei weitem noch nicht beendet. Wenig überzeugende Schnellschüsse, wie etwa die Flucht in den hoch-riskanten Eigenhandel oder der völlig überstürzte, sachlich kaum zu rechtfertigende "Ausverkauf" der wieder genesenen Hypovereinsbank an die italienische Unicredito geben ebenso zu denken wie das glücklose Agieren mancher Banken (bzw. der mit ihnen verbandelten Kapitalanlagegesellschaften) im Investmentfondsbereich (offene Immobilienfonds, allenfalls durchschnittliche Performance der üblicherweise benchmarkgesteuerten Aktienfonds

²⁹ So geißelte z. B. Oskar Lafontaine unter großem Beifall in der Politalk-Sendung "Sabine Christiansen" am 30. August 2006 die "skandalöse" Kapitalrendite in Höhe von 25 % der Deutsche-Bank-Aktionäre. Erstens ist diese Ziffer grundsätzlich falsch, da sie den Gewinn auf eine ungeeignete Bezugsgröße (Grundkapital) bezieht. Zweitens ist die Angabe einer Kapitalrendite für einen bestimmten Aktionär nur möglich, wenn man den Einstandskurs kennt, zu dem er die Aktie erworben hat. Am 28.07.2006 betrug der Kurs der Dt.Bank-Aktie 89,46. Bei Zugrundelegung dieses Kurses als Einstandskurs und der in diesem Jahr ausgeschütteten (Brutto-)Dividende von 2,50 errechnet sich eine Brutto-Rendite von "stolzen" 2,79 %. Angesichts der Tatsache, dass Aktienkurse erheblich schwanken, ein Aktieninvestment also auch erhebliche Kapitalverlustrisiken birgt, ist dies eine lächerlich niedrige Kapitalverzinsung ("risikolose" Festgeldanlagen werfen genau so viel ab). Hier von skandalösen Renditen zu sprechen, ist reine Polemik.

³⁰ Vgl. z. B. Leo Schuster: Das Phänomen der Banken- und Börsenkrisen, S. 3–14; Günter Merl: Der Finanzplatz Deutschland im Zeichen der Struktur- und Ertragskrise, S. 33–49; Christina Heiß: The German Financial Industry from a US Perspective, S. 57–67; Hanns-Peter Sonnenborn: Wandel der Management-Kozepte der Großbanken, S. 71–91; Marcus Lingel: Chancen und Risiken der Privatbanken, S. 93–102; Hubert Weiler: Sparkasse Quo vadis?, S. 119–131; Eugen Dempfle: Turnaround-Management als strategisches Geschäftsfeld für Banken, S. 147–159; in: Leo Schuster, Alex W. Widmer (Herausgeber): Wege aus der Banken- und Börsenkrise (Springer), Berlin etc. 2004.

bei gleichzeitig exorbitant hohen, dem Kunden belasteten Fondsverwaltungskosten)³¹ oder das beharrliche Nicht-Erkennen evidenter Marktchancen, wie etwa im wiedererwachten, von den Banken aber weitgehend ignorierten, Edelmetallhandel oder im Bereich strukturierter Produkte.³²

Die Beispiele der schwierigen strategischen Ausrichtung der Finanzmarktanbieter zeigen, dass es für treffsicheres ökonomisches Gespür und strategischen Weitblick keinen Ersatz gibt. Die hier gestellte Aufgabe muss — und kann nur — der Markt lösen. Es wäre verhängnisvoll, wenn sich vergleichsweise marktferne Bürokraten auf dem Umweg über regulatorische Marktinterventionen steuernd in die Strategiefindung des Marktes einmischen wollten. Ähnliches gilt selbstverständlich zumindest in gleichem Maße für die Ausgestaltung der operativ-taktischen Leistungsprozesse der "Finanzindustrie". Ob und inwieweit diese in der Lage ist, die korrekten strategisch-taktischen Entscheidungen zu treffen, hängt von der Qualität des Managements ab. Die Folgen eines schlechten Managements können, wie gerade die deutsche Finanzindustrie einprägsam vor Augen geführt hat, sehr schmerzlich sein.

Gerade diese "Schmerzen" sind es, die der (externen) Corporate Governance, der Unternehmenskontrolle durch den Markt, den notwendigen "Biss" verleihen. Wenn diesen Biss allerdings nur die vergleichsweise schwachen, an strategischen Entscheidungsprozessen zumeist gar nicht beteiligten Akteure der schlecht geführten Unternehmen zu spüren bekommen, während die Manager, die eklatante Fehlentscheidungen zu verantworten haben, verschont bleiben oder gar noch belohnt werden (in Gestalt von Gehaltserhöhungen, "Beförderung" zu noch lukrativeren Posten), dann ist dies nicht nur nach jedem Gerechtigkeitsempfinden unanständig, unfair und skandalös, sondern dann muss hier nüchtern ein Nicht-Funktionieren der marktinduzierten Corporate Governance konstatiert werden.

Bei aller Empörung über die ungerechte Verteilung der Lasten von Managementfehlern, bei all dem verständlichen "Zorn der Gerechten" sollte die Frage, ob und ggf. wie dieser Corporate-Governance-Defekt beseitigt werden kann, sachlich und nüchtern beantwortet werden. Es ist vergleichsweise einfach, die Schuld einem Prinzip, hier vorzugsweise dem Shareholder-Value-Prinzip, anzulasten. Managementfehler werden jedoch nicht von einem Prinzip begangen, sondern von Menschen. Hinzu kommt, dass, wie oben dargelegt, das SV-Prinzip Managementfehler ja gerade vermeiden will. Wer Managementfehler begeht, schafft keinen Shareholder Value, sondern er zerstört Shareholder Value, und nicht nur diesen: Er be- oder verhindert die Schaffung von Werten an sich.

³¹ Zur dringend gebotenen Neuausrichtung des Anlagegeschäfts und Portfoliomanagements vgl. z. B. Rainer-Marc Frey, Pierre -Yves Moix: Neue Wege im Portfoliomanagement — alternative Investments, S. 307–314; Antoinette Hunziker-Ebneter: Warum sich an Hedge Funds die Geister scheiden, S. 315–334; Nicolás Ebhardt, Christian Seilheimer: Neuausrichtung der Investmentfondsindustrie in schwierigen Kapital- und Absatzmärkten, S. 335–352; Rainer Konrad: Visionen zur Vermögensverwaltung für Private nach der Krise, S. 353–364; Stefan Jentzsch, Anja Welsch: Asset Allocation als Instrument und Gegenstand der Anlageberatung, S. 365–373, in: Leo Schuster, Alex W. Widmer (Herausgeber): Wege aus der Banken- und Börsenkrise (Springer), Berlin etc. 2004.

³² Strukturierte Produkte zeichnen sich durch hochkomplexe Pay-off-Strukturen aus. Ihr "fairer" Wert ist schwer zu bestimmen, zumal diese Produkte in aller Regel neben den elementaren Basisobjekten auch noch "derivative" Produktkomponenten enthalten. Beispiele sind Aktienanleihen, Bonus-Zertifikate, aber auch scheinbar einfache Produkte wie das DAX-Sparbuch der Postbank. Für den Emittenten haben diese Produkte den Vorteil, dass (infolge der temporär geringen Markttransparenz!) lukrative Margen am Markt durchsetzbar sind.

Die Shareholder bekommen immer nur ein Stück des Kuchens, den Rest bekommen die übrigen Stakeholder. Ist der Kuchen klein, bekommen alle wenig. Ist der Kuchen hingegen groß, bekommen alle, gleiche Verteilung unterstellt, viel. Dies ändert sich nur, wenn Managementfehler konsequent beseitigt werden, unter Auswechselung der sich als glücklos oder unfähig erwiesenen Manager. Dies — und nicht die Auswechselung des Steuerungsprinzips — ist der direkte Weg zur Lösung des Problems. Nun mag es durchaus zutreffen, dass in Zeiten hoher Gewinne der Anteil der Shareholder, zu Lasten des Anteils der übrigen Stakeholder, steigt. Gerade hierauf kapriziert sich die populistische Kritik am Shareholder–Value–Prinzip. Wenn man solche Anteilsverschiebungen zum Thema macht, dann muss man aber auch fairerweise die andere Seite der Medaille betrachten. Macht ein Unternehmen Verluste, dann können diejenigen Stakeholder, die über vertraglich (bzw. gesetzlich) zugesicherte Einkommen verfügen (Lohn- und Gehaltseinkommen der Arbeitnehmer, Zinseinkommen der Gläubiger, Gewinnmargen der Lieferanten, Steueraufkommen der öffentlichen Hand, usw.) den Kuchen verspeisen. Der Shareholder geht leer aus, denn er ist der einzige, der keinen gesicherten Anteil am "Kuchen" hat. Ist der Gewinn negativ, sind also Verluste entstanden, dann heißt das, dass er, als Shareholder, ein Einkommen von null bezieht. Negatives Einkommen (also Zahlungsverpflichtung anstatt Zahlungsanspruch) ist zwar aktienrechtlich ausgeschlossen, doch muss sich der Shareholder im Falle von Verlusten seines Unternehmens darüber klar sein, dass der Wert seines Unternehmens fällt. Während die übrigen Stakeholder (Arbeitnehmer, Gläubiger, Lieferanten, Staat, usw.) im Verlustfalle ihre Auszahlungsansprüche an das Unternehmen auf jeden Fall decken können (außer im Konkursfall), und zwar entweder durch Zugriff auf die Umsatzerlöse oder, falls diese nicht ausreichen, aus der Unternehmenssubstanz, geht der Shareholder im Verlustfall nicht nur leer aus, sondern er hat auch noch einen mehr oder weniger großen Vermögensverlust zu verkraften.

Damit muss er rechnen, da er Risikokapital investiert hat, das mit keinerlei Renditegarantie ausgestattet ist. Um einen Ausgleich des Risikos von Einkommens- und Vermögensverlusten zu schaffen, erhält er im Falle der Gewinnerzielung ein Einkommen, das abhängig ist von seinem Kapitalanteil und von der Höhe der Ausschüttung. Thesaurierte Gewinne erhöhen das Eigenkapital und damit zumindest den Buchwert des Unternehmens. Ob damit auch eine Marktwertsteigerung, eine Erhöhung des Shareholder Value, zustande kommt, hängt von der Gunst des Finanzmarktes ab, also davon, ob dieser die Gewinnthesaurierung als wertsteigernd interpretiert. Wenn der Markt dem Unternehmen z. B. keine renditeträchtige Verwendung des nicht ausgeschütteten Gewinns zutraut, kann die Marktwertsteigerung durchaus ausbleiben. Der Shareholder ist also, bei Lichte betrachtet, nicht gerade ein beneidenswertes Geschöpf, oder, wie es der deutsche Bankier Carl Fürstenberg (1850–1933) einmal formulierte, er ist "dumm und frech": Dumm, weil er sein gutes Geld in ungewisse Zukunftsperspektiven investiert, und frech, weil er für diese Dummheit in Form von Dividenden auch noch belohnt werden will. Man könnte hinzufügen: Der Shareholder läuft außerdem stets Gefahr, von den vom ihm mit der Leitung des Unternehmens betrauten Managern hinters Licht geführt und übervorteilt zu werden, ein Ergebnis des hinlänglich bekannten Principal–Agent–Problems. Der Manager (Agent) ist mit den Betriebs–Internen weit besser vertraut als der Shareholder (Prinzipal), was den Manager möglicherweise dazu veranlasst, diesen Informationsvorsprung zu seinem eigenen Vorteil und zu Lasten der Shareholder auszunutzen. Auch hiergegen hilft wiederum am besten eine ausgeklügelte Corporate Governance, sowohl von außen (über den Markt) als auch von innen (z. B. über das Risiko–Controlling).

Obwohl die Shareholder im ökonomischen Verteilungskampf gar keine gute Karten haben, ziehen sie unweigerlich den Neid aller übrigen Stakeholder auf sich, wenn sie einmal auf ein "gutes" Jahr zurückblicken können. Dabei wird nicht nur ausgeblendet, dass sie möglicherweise in manchen Jahren herbe Einkommens- und Vermögensverluste haben hinnehmen müssen, sondern auch, dass sie einen fairen Risikoausgleich erwarten dürfen. Was fair ist, bestimmt der Finanzmarkt im Wege der neutralen Konsensfindung. Modellhaft lässt sich die "Risikoprämie" z. B. im Rahmen des Capital-Asset-Pring-Modells (CAPM) ableiten. Bei durchschnittlich riskanten Unternehmen wird in der Praxis eine Risikoprämie von mindestens 5 % angesetzt. Diese wird auf die sog. "risikolose" Rendite — z. B. Umlaufrendite von Staatspapieren — aufgeschlagen. Beträgt diese im langfristigen Bereich 4,5 %, dann ergibt sich für den Shareholder eines durchschnittlich riskanten Unternehmens eine faire Kapitalrendite — sog. Eigenkapitalkosten aus Sicht des Unternehmens — in Höhe von 9,5 %. Da die Dividendenrendite in der Regel nur einen kleinen Bruchteil der Kapitalrendite ausmacht, muss der Shareholder also im Durchschnitt mit erheblichen jährlichen Wertsteigerungen rechnen, wenn ihm die faire Rendite als darstellbar erscheinen soll. Verliert er den Glauben daran — und die aktionärsfeindliche Haltung der "breiten Öffentlichkeit" mag dazu durchaus einen nicht unbedeutlichen Beitrag leisten, dann wird er sich von Unternehmens-Investments abwenden. Wenn viele es ihm gleichtun, was zu erwarten ist, kann man sich die Folgen für die Unternehmensfinanzierung, die ja künftig sogar verstärkt auf Eigenkapital angewiesen sein wird (Basel II!), leicht ausmalen.

IV. Fazit

Die Globalisierung der Fianzmärkte bedeutet nicht, dass weltweit an den Finanzmärkten gleiche Bedingungen herrschen. Es gibt durchaus länder- und regionenspezifische Unterschiede, die innerhalb der "Triade" schwach, zwischen der "Triade" und dem "Rest der Welt" jedoch deutlich ausgeprägt sind.

Gleichwohl hat die Globalisierung zu einer Wettbewerbsintensivierung unter den Finanzdienstleistern geführt. Produkte, Marktgepflogenheiten, IT-Austattung und vieles andere mehr sind ähnlich oder vielfach sogar gleich, Differenzierungsmöglichkeiten sind schwer zu finden. Gerade aus diesem Grund erscheint es dringend geboten, dass einzelne Anbieter sich einerseits auf Marktnischen, andererseits auf Kernkompetenzen konzentrieren, Differenzierungspotenziale, wo immer möglich, ausschöpfen, und, dies ist das Gebot der Stunde, in strikter Kundenorientierung versuchen, den Kundennutzen zu erhöhen, und zwar überzeugend besser als die Konkurrenten. Diese spezifisch marktseitigen Weichenstellungen können und müssen die Finanzdienstleistungsunternehmen in einer Marktwirtschaft selbst, d. h. aufgrund eigener Entscheidung und in eigener Verantwortung, vornehmen.

Staatliche Intervention und Aufsicht kann nur subsidiär sein, d. h. sollte zum einen dann erfolgen, wenn der Marktprozess gesellschaftlich unerwünschte Ergebnisse hervorbringt, also ein Marktversagen vorliegt. Beispiele sind das Verbot des Insiderhandels und hoheitlich verfügte Handelsunterbrechungen an den Börsen, um Crash-Kaskaden zu unterbinden. Zum andern sollte regulierend dann eingegriffen werden, um an sich wünschenswerte, aber in ihrer Funktion zu schwach ausgeprägte Marktmechanismen zu stärken, z. B. den bestehenden Grad der Markttransparenz erhöhen durch transparenzfördernde, Informationasymmetrien weiter abbauende Regelungen (z. B. KonTraG, TransPug, Rechnungslegung gemäß IFRS). Derartige Maßnahmen ver-

bessern die externe Corporate Governance über den Markt ebenso wie die interne Corporate Governance durch im Unternehmen installierte Kontrollmechanismen.

Durch regionenspezifische Unterschiede in der hoheitlichen Finanzmarktregulierung können sogar regionenspezifische Wettbewerbsvorteile entstehen. So hat z. B. die Qualität des Finanzmarktes der USA durchaus von der starken Hand der U.S. Securities and Exchange Commission (SEC)³³ profitiert. Ähnliches wird dem "Off-Shore"-Markt Singapur nachgesagt, da dort aufgrund strikter staatlicher Aufsicht "orderly conditions" erwartet werden können, während ansonsten, insbesondere in den "Emerging Markets", eher noch von einem Regulierungsvakuum oder allenfalls lasch gehandhabter Aufsicht ausgegangen werden kann mit der Folge unkalkulierbarer Verwerfungen an den betreffenden Finanzmärkten.

Regulierung und Markt müssen sich nicht ausschließen, sondern können sich fruchtbar ergänzen. Die vom Markt ausgehende Corporate Governance unterwirft Unternehmen dem Zwang der Unternehmenswertsteigerung und sichert auf diese Weise einen sparsamen, effizienten und wohlfahrtsmaximierenden Ressourceneinsatz. Zeigen sich Funktionsmängel des Marktes, etwa aufgrund der Herausbildung machtmisbrauchender oligopolistischer Strukturen, dann bedarf es korrigierender Maßnahmen. Aufgrund des Korrektivs eines globalisierungsbedingt intensivierten Wettbewerbs dürfte die Gefahr nachhaltigen Missbrauchs von Marktmacht auf den Finanzmärkten allerdings eher gering sein, zumal durch die zunehmende Transparenz der Unternehmen die Ausnutzung von Informationsasymmetrien immer schwieriger wird. Die im Unternehmen selbst ausgeübte Corporate Governance, in Gestalt von Controlling, Rechnungslegung und Risiko-Management, wird unter dem Druck internationaler Gepflogenheiten und entsprechender Anpassung auf nationaler Ebene immer höheren Standards gerecht. Noch bestehender Regelungsbedarf ist erkannt und durch weitgehende Schließung der Regelungslücken beantwortet worden; Basel II, Solvency II, der Corporate-Governance-Kodex und international eingespielte Verfahren des Finanzkrisenmanagements sind Beispiele.

Somit lässt sich das einigermaßen beruhigende, konditionierte Fazit ziehen: Wenn sich die Finanzdienstleistungsproduzenten vom Ziel der nachhaltigen Unternehmenswertsteigerung im Sinne eines fairen Interessenausgleichs zwischen Shareholdern und den (übrigen) Stakeholdern leiten lassen und sich staatliche Regulierung auf die Stärkung der Marktkräfte, die Beseitung von Missbräuchen und die Verhinderung gesellschaftlich unerwünschter Marktentwicklungen beschränkt, müsste es gelingen, auf dem globalisierten Finanzmarkt ein ausreichendes Maß an "Ordnung" zu schaffen, um auch künftige Herausforderungen bestehen zu können. Einer weltumspannenden, mit globaler Regulierungsauthorität ausgestatteten Aufsichtsinstanz bedarf es hierzu nicht.

³³ Das erklärte Ziel der SEC "... is to protect investors, maintain fair, orderly, and efficient markets, and facilitate capital formation" (www.sec.gov/about/whatwedo.shtml).

Sie denken anders — Verfassungsökonomik und Verfassungsrecht

von Georg von Wangenheim

1. Einleitung

Bernhard Nagel hat sich verschiedentlich mit Fragen des Wirtschaftsverfassungsrechts, insbesondere im Zusammenhang mit der Unternehmensmitbestimmung¹ und der Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung öffentlicher Unternehmen² beschäftigt. Er hat dabei auch auf ökonomische Argumente zurückgegriffen³ und sich damit an die Verbindung zweier Forschungsrichtungen unterschiedlicher Disziplinen gewagt, die zumindest in Deutschland wenig miteinander kommunizieren und einander noch weniger verstehen.

Gerade im Bereich der Wirtschaftsverfassung ist der geringe Umfang rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Zusammenarbeit auf den ersten Blick schwer zu erklären. Einerseits beschäftigen sich hier doch Verfassungsjuristen gerade mit dem Gegenstand, welcher die Wirtschaftswissenschaft definiert. Andererseits ist es aufgrund der Zuordnung der Gewalten in Deutschland ebenso wie in andren westlichen Ländern klar, das über die Auslegung der Verfassung Juristen entscheiden. Deshalb würde man wenigstens von normativ orientierten Verfassungsökonomen erwarten, dass sie ihre Argumente so entwickeln, dass sie realistische Chancen haben, auf die Entwicklung des tatsächlich geltenden Verfassungsrechts einzuwirken. Das setzt allerdings voraus, dass sie von Juristen wahr und ernst genommen werden.

Erst auf den zweiten Blick wird deutlich, dass die Denkstrukturen der Verfassungsjuristen und der Verfassungsökonomen in ihrer aktuellen Ausprägung so grundverschieden sind, dass auf absehbare Zeit nicht zu erwarten ist, dass sich die Zusammenarbeit der beiden Wissenschaften im Bereich des Verfassungsrechts wesentlich vertieft. In diesem Beitrag sollen diese grundlegenden Differenzen der Denkstrukturen herausgearbeitet werden, wobei wegen der Heterogenität juristischen Denkens in unterschiedlichen Rechtssystemen und wegen offensichtlicher Beschränkungen des

¹ Als einige Beispiele seien genannt: Nagel, Bernhard: Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz, 1988; ders.: Neue Konzernstrukturen und Mitbestimmung BetrR 1991, 257; ders.: Mitbestimmung im Montankonzern und Grundgesetz, 1992; ders.: Wann darf der Staat in Tarifverträge eingreifen? RdA 1997; ders.: Unternehmensmitbestimmung — Eine problemorientierte Einführung, 1980; ders.: Ist die Mitbestimmung (heute noch) effizient und gerecht? in: Hans Nutzinger (Hrsg.): Die Entstehung des Arbeitsrechts in Deutschland: eine aktuelle Problematik in historischer Perspektive, 1998, 183; ders.: Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Grundgesetz, ArbuR 1987, 15; ders.: Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, 1990.

² Nagel, Bernhard: Die öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb — Kommunalrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 2000, 428.

³ Nagel, Bernhard: Wie effizient sind Tarifvertrag und Mitbestimmung? Gewerkschaftliche Monatshefte 1996, 97; ders.: Ist die Mitbestimmung (heute noch) effizient und gerecht? a.a.O.; ders.: Tarifstrukturen und Zukunft des Flächentarifvertrages in Deutschland, in: Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, Hrsg.: Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer, 2001, 30.

Umfangs dieses Beitrages auf der juristischen Seite der Blick auf das Denken deutscher Verfassungsjuristen verengt werden soll. Als Anknüpfungspunkt der Darstellung der Denkstrukturen soll das deutsche Wirtschaftsverfassungsrecht dienen, obwohl seine Bedeutung seit der Mitbestimmungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁴ aufgrund der Solange-II-Entscheidung⁵ und der damit verbundenen faktischen Verlagerung wirtschaftsverfassungsrechtlicher Kompetenzen auf die Europäische Ebene gering geworden ist. An diesem Rechtsgebiet kann aber am besten und in aller Deutlichkeit herausgearbeitet werden, inwiefern und warum Verfassungsjuristen und Verfassungsökonomien in unterschiedlichen Strukturen denken. Nur wer diese Unterschiede in den Denkstrukturen kennt, kann erklären, warum der Einfluss der Verfassungsökonomien auf das Verfassungsrecht so gering ist, und Wege aufzeigen, wie sich das ändern könnte.

Um dieses Ziel des Aufsatzes zu erreichen, soll im Folgenden nach einer kurzen Klärung einiger methodologischer und definitorischer Ausgangspunkte der Argumentation (Abschnitt 2) zunächst beschrieben werden, wie Ökonomen an Fragen der Wirtschaftsverfassung herangehen (Abschnitt 3). Dabei ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass es die eine ökonomische Theorie der Verfassung, wie sie im einleitenden Absatz dieses Beitrages angeführt wurde, nicht gibt: es sind vielmehr zwei methodologisch stark differierende Ansätze heranzuziehen, nämlich einerseits der auf die positiven Wirkungen spontaner Ordnungen abstellende liberale Ansatz in der Tradition der so genannten "österreichischen Schule" und andererseits der eher neoklassische Ansatz, welcher nach der Optimierung einzelner staatlicher Maßnahmen strebt. In Abschnitt 4 wird es dann darum gehen, zu zeigen, wie das Bundesverfassungsgericht — und mit ihm der größte Teil der juristischen Lehre vom Grundsatz her an Fragen des Wirtschaftsverfassungsrechts herangeht und warum beide ökonomischen Ansätze von der Grundidee her nicht mit dieser Herangehensweise kompatibel sind.

Dieser grundsätzliche Dissens führt dazu, dass Rechtsprechung und juristische Lehre zwar einzelne Elemente der ökonomischen Theorien übernehmen, letzteren aber wesentlicher Einfluss auf die Verfassungsrechtsentwicklung auch im wirtschaftlichen Bereich versagt bleiben muss. Nur wenn es der Ökonomik gelingt, so wird in den Schlussfolgerungen (Abschnitt 5) zu zeigen sein, beide Ansätze miteinander zu verbinden und die trade-offs zwischen den beiden Ansätzen impliziten Zielen darzustellen und handhabbar zu machen, kann die Ökonomik im Bereich des Wirtschaftsverfassungsrechts an Einfluss gewinnen.

2. Definitorische und methodologische Ausgangspunkte

Bevor die ökonomischen Herangehensweisen an das Wirtschaftsverfassungsrecht mit der herrschenden juristischen verglichen werden, sollen in diesem Abschnitt einige grundlegende Konzepte und ihre Verwendung in diesem Beitrag erläutert werden, um Missverständnisse zu vermeiden.

Es soll in diesem Aufsatz nicht untersucht werden, welche Interpretation der wirtschaftsbezogenen Aspekte des Grundgesetzes am meisten überzeugen kann. Insofern ist dieser Beitrag nicht typisch juristisch. Soweit das (Verfassungs-)Recht betroffen ist, wird nur eine Beschreibung des existierenden beobachtbaren Rechts angestrebt. Dabei

⁴ BVerfGE 50, 290.

⁵ BVerfGE 73, 339.

ist Recht konsequenterweise nicht normativ definiert, sondern in Anlehnung an Oliver Holmes als die Vorhersage, was Richter tatsächlich entscheiden würden ("*the prophecy of what the courts will do in fact*")⁶. Eine solche Vorhersage ist natürlich dann besonders einfach, wenn Fälle oder Probleme betrachtet werden, die die Gerichte bereits entschieden haben. Die klare Trennung normativer Beeinflussung der Rechtslage und ihrer positiven Beschreibung erlaubt eine klare Analyse der tatsächlichen Zusammenhänge und Inkompatibilitäten von (Verfassungs-)Rechtswissenschaft und (Verfassungs-)Ökonomik.

In der Einleitung wurde bereits erwähnt, dass die rechtliche Seite des angestrebten Vergleichs der Denkstrukturen auf das deutsche Recht verengt werden muss. Wenn also im Folgenden von "den Verfassungsjuristen" oder "der Wirtschaftsverfassung" die Rede ist, sind stets die deutschen Verfassungsjuristen bzw. die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes gemeint. Als (deutsche) Wirtschaftsverfassung soll in dieser Arbeit die Gesamtheit der Grundrechte und der sich auf deren Auslegung und Abgrenzung auswirkenden Verfassungsprinzipien bezeichnet werden, welche die Produktion und die (marktliche oder gerade nicht marktliche) Verteilung von Gütern beeinflussen.⁷ Konkret sind dies vor allem die Artikel 2 Abs. I (allgemeine Handlungsfreiheit), 3 (Gleichheit vor dem Gesetz), 9 (Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit), 12 Abs. I (Freiheit der Berufswahl), 14 (Eigentum, Erbrecht und Enteignung) und 15 (Sozialisierung bestimmten Eigentums) sowie das Sozialstaatsprinzip, das Rechtsstaatsprinzip und in gewissem Umfang auch das Demokratieprinzip. Obwohl die Europäische Wirtschaftsverfassung (Art. 4, der gesamte Titel III des Dritten Teils sowie insbesondere Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages) die Bedeutung der im Grundgesetz enthaltenen Wirtschaftsverfassung erheblich zurückgedrängt hat, soll das Europäische Recht aus den in der Einleitung genannten Gründen hier nicht weiter betrachtet werden.

Schließlich soll noch eine letzte definitorische Eingrenzung vorgenommen werden. Wenn im folgenden von Prozess-Orientierung eines Teils der normativen Ökonomik oder von prozeduralen (Wohlfahrts-)Kriterien gesprochen wird, bezieht sich das stets auf das in einem Teil der ökonomischen Literatur vertretene Argument, dass die normative Beurteilung von Politik und Recht nicht am Ergebnis zu einem statischen Zeitpunkt festgemacht werden kann, sondern sich nur darauf stützen kann, dass die Ergebnisse aus einem bestimmten Verfahren oder eben "Prozess" folgen. Es geht also ausdrücklich nicht um Gerichtsverfahren, also nicht um *prozessuale* Fragen. Das ökonomische Konzept der Prozess-Orientierung wird unten noch genauer erläutert, es erscheint aber sinnvoll, bereits an dieser Stelle auf die Verwendung der Wörter hinzuweisen, um im Folgenden Missverständnisse zu vermeiden.

3. Ökonomische Theorien der Wirtschaftsverfassung

Es ist in einem Beitrag zu einer Festschrift, zumal in einem einzelnen Abschnitt in einem solchen Beitrag, nicht möglich, die ökonomischen Theorien der Wirtschaftsverfassung vollständig darzustellen. Es soll hier also nur um einen Überblick gehen, der die wesentlichen Denkstrukturen, die den Überlegungen zugrunde liegen, herausarbeitet. Wenn hier von ökonomischen Theorien der Wirtschaftsverfassung gesprochen wird, so

⁶ Holmes, Oliver W.: *The Path of Law*. Harvard Law Review 10 (1897), 457.

⁷ Dieser Begriff ist enger als in der Rechtswissenschaft üblich (vgl. z. B. Stober, Rolf: *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 12. Aufl. 2000 § 2 III 1, m.w.N.), er findet aber doch in einzelnen Lehrbü-

geht es um volkswirtschaftliche Theorien und zwar insbesondere um Teilgebiete aus der so genannten Verfassungsökonomik.⁸ Diese beschäftigt sich nicht nur mit Fragen der Wirtschaftsverfassung eines Staates, sondern auch, wenn man sich den Umfang der Literatur ansieht, sogar zu einem erheblichen Teil mit Fragen der Staatsorganisation. Dabei wird in großem Umfang auf Überlegungen der Public Choice Theorie⁹ zurückgegriffen. Um diesen Teil der Verfassungsökonomik geht es hier nicht. Ebenso ist es nicht sinnvoll im Zusammenhang mit der Fragestellung dieses Aufsatzes auf die positive Verfassungsökonomik¹⁰ einzugehen, denn es geht ja gerade nicht darum zu zeigen, wie sich Verfassungsrecht entwickelt, sondern welche normativen Forderungen Ökonomen an den materiellen Inhalt der Verfassung haben.

Die ökonomische Forschung zu Wirtschaftsverfassungsfragen lässt sich in zwei Stränge unterteilen, deren Ausgangspunkte wesentlich voneinander divergieren. Auf der einen Seite sind die in der österreichischen Tradition stehenden Autoren, welche wegen elementarer Beschränkungen der menschlichen und damit auch der staatlichen Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazität gute Politik allein darin sehen, dass gute Rahmenbedingungen für die Entstehung und Entwicklung spontaner Ordnung geschaffen werden. Auf der anderen Seite sind die Autoren zu finden, die in der Tradition der Wohlfahrtsökonomik und der angewandten Preistheorie die konkreten Wirkungen einzelner Rechtsregeln und ihrer Alternativen vorhersagen und die Regeln dann anhand dieser Wirkungen miteinander vergleichen wollen. Beide Stränge zielen normativ allerdings letztendlich auf dasselbe Ziel ab: die Maximierung eines Aggregats der individuellen menschlichen Wohlfahrt. Der Begriff der Wohlfahrt ist dabei in einem sehr weiten Sinn zu verstehen. Es geht nicht nur um die Versorgung mit materiellen Gütern, sondern um die Befriedigung aller Wünsche und Bedürfnisse, also unter anderem auch dem Bedürfnis nach Freiheit, Selbstverwirklichung, sozialer Anerkennung und gegebenenfalls sogar dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit für sich selbst und andere.

Die in der österreichischen Tradition¹¹ stehenden (Verfassungs-)Ökonomen begründen die Annahme elementarer Beschränkungen der menschlichen Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazität mit der hohen Komplexität wirtschaftlicher und anderer gesellschaftlicher Zusammenhänge. Diese sei so hoch, dass eine Steuerung im Einzelfall nicht möglich ist, weil es weder einzelnen Menschen noch Gruppen von Menschen möglich ist, die dafür notwendigen Informationen zu erfassen und zu verarbeiten (Hayek, Hoppmann und Streit sprechen hier von der "konstitutionellen Un-

chern Verwendung (z. B. Maurer, Hartmut: Staatsrecht I, 3. Auflage 2003, Rn. 85).

⁸ Als einführende Literatur seien hier nur die Folgenden genannt: Voigt, Stefan (Hrsg.): Constitutional Political Economy, 2003; Cooter, Robert D.: The Strategic Constitution, 2000; Ackerman, Bruce A.: Constitutional Economics — Constitutional Politics, Constitutional Political Economy 10 (1999), 415; Schmidtchen, Dieter (Hrsg.): Constitutional law and economics of the European Union, 1997; Leschke, Martin: Ökonomische Verfassungstheorie und Demokratie : das Forschungsprogramm der constitutional economics und seine Anwendung auf die Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1993.

⁹ Für diesen Forschungszweig der Ökonomik, welcher im deutschsprachigen Raum auch unter dem Stichwort der "Neuen Politischen Ökonomie" bekannt ist, kann nach wie vor das Lehrbuch von Dennis Mueller (Public Choice III, 2003) als die beste Einführung genannt werden.

¹⁰ Vgl. hierzu Stefan Voigt: Explaining constitutional change: a positive economics approach, Cheltenham, UK u.a.: Elgar, 1999 und Stefan Voigt: Positive Constitutional Economics, Public Choice 90 (1997): 11—53.

¹¹ Die Bezeichnung dieser Tradition als "österreichisch" geht darauf zurück, dass viele ihrer Vertreter (Carl Menger, Friedrich von Wieser, Ludwig von Mises und besonders prominent Friedrich August von Hayek) in Wien lehrten.

wissenheit" oder vom "konstitutionellen Wissensmangel"¹²). Gute Politik und gutes Recht sollten daher nicht versuchen, die Wirkungen einzelner Maßnahmen vorherzusagen und darauf normative Kriterien anzuwenden. Vielmehr sollte sich Recht und damit auch (Wirtschafts-)Verfassungsrecht darauf beschränken, einen günstigen Rahmen zu setzen, in dem sich die Wirtschaft als komplexes System so spontan ordnen und entwickeln kann, dass die in ihr vorhandenen Informationen bestmöglich genutzt werden. Normative Kriterien für die Bewertung unterschiedlicher Regeln des Verfassungsrechts (seien es nun alternative Verfassungstexte oder alternative Auslegungen des Textes) müssten deshalb darauf abstellen, ob sie einen Rahmen für die Wirtschaft bilden, der die Entwicklung einer spontanen Ordnung erlaubt, in welcher Informationen intensiv genutzt werden. Die einzelnen Ergebnisse der sich innerhalb der (Wirtschafts-)Verfassung bildenden spontanen Ordnung können nicht zur Bewertung des alternativen Verfassungsrechts herangezogen werden, da die Wirkungen von Verfassungsrecht auf das Wohlergehen einzelner Menschen nicht unmittelbar vorhergesagt werden können. Es geht hier also allein um prozedurale Kriterien in dem Sinne, dass Regeln Voraussetzungen für einen wünschenswerten Wirtschaftsprozess schaffen.

Die Vertreter dieses Ansatzes bleiben selbstverständlich nicht auf dieser abstrakten Ebene stehen. Vielmehr argumentieren sie, dass nur solche (Verfassungs-)Rechtsregeln die in der Wirtschaft vorhandenen, aber auf alle Menschen verteilten Informationen bestmöglich verarbeiten, welche den eigennutzinteressierten Menschen in der Wirtschaft möglichst starke Anreize geben, ihre eigenen Informationen zu nutzen und so durch ihr Verhalten anderen Menschen zur Verfügung zu stellen, damit diese sie dann weiter für ihren eigenen Vorteil nutzen können. Da der Markt im Zusammenwirken von Angebot und Nachfrage ohne die bewusste Intervention einzelner Menschen eine Vielzahl von Informationen in Preisen in kaum vorstellbarer Effizienz kondensiert, wird dann weiter argumentiert, dass nur der Markt zur bestmöglichen Koordination der Wünsche und Bedürfnisse der Menschen in einer Wirtschaft führt. Entsprechend sollten dann auch alle Rechtsregeln, insbesondere natürlich die der Wirtschaftsverfassung als dem Rahmen für alle untergeordneten Regeln, die Kräfte des Marktes möglichst frei wirken lassen.

Auf den ersten Blick scheint dieser Ansatz entweder in sich widersprüchlich oder ideologisch geprägt zu sein. Dieses Dilemma drängt sich auf, wenn man den jetzt mehrfach verwendeten Ausdruck "bestmöglich" (bezogen auf die Nutzung der Information oder die Koordination der Wünsche und Bedürfnisse) mit Inhalt füllen will. Der Widerspruch ergibt sich, wenn man versucht zu argumentieren, dass "bestmöglich" heiße, dass die konkreten Regeln, die den Kräften des Marktes möglichst viel Wirkungsraum lassen, ein — wie auch immer definiertes — Aggregat der Wohlfahrt aller Menschen in der Volkswirtschaft maximieren. Wäre es möglich, diese Vorhersage zu treffen, dann hieße das, dass im Widerspruch zur Grundannahme dieses Ansatzes eben doch ausreichend Informationen vorhanden seien und wenigstens durch den diese Meinung vertretenden Ökonomen verarbeitet werden könnten. Ist aber diese Vorhersage nicht möglich, so bleibt nur der ideologische Glaube daran, dass der Markt zu bestmöglichen Ergebnissen führe oder — noch stärker ideologisch geprägt — der zentrale Wert an sich sei.

Man sollte sich jedoch davor hüten, den auf der Theorie der spontanen Ordnung basierenden ökonomischen Ansatz aufgrund des im vorherigen Absatz geführten Argu-

¹² Hayek, Friedrich August von: Economics and Knowledge, *Economica* 4 (1937); Hoppmann, Erich: Unwissenheit, Wirtschaftsordnung und Staatsgewalt, 1993; Streit, Manfred: Theorie der Wirtschafts-

ments "des ersten Anscheins" zu verwerfen. Der scheinbare Widerspruch lässt sich auflösen, wenn man nicht die konkreten Folgen konkreter Rechtsregeln betrachtet, sondern sich auf eine viel abstraktere Ebene begibt. Es lässt sich dann argumentieren, dass, wie immer die Wünsche und Bedürfnisse der Menschen in einer Gesellschaft aussehen mögen,¹³ ein vernünftiges Aggregat des Wohlstands aller Menschen der Gesellschaft durch marktliche Koordination maximiert wird, ohne dass auf konkrete Präferenzen und Handlungen eingegangen werden muss. Auf dieser abstrakten Ebene ist die Argumentation nicht nur widerspruchsfrei, sondern scheint auch gut begründet, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die kaum zufrieden stellende Genauigkeit von Vorhersagen der Wirkungen einfacher rechtlicher Regelungen in der Wirtschaftspolitik im Bereich des Wirtschaftsverfassungsrechts allein aufgrund seiner größeren Abstraktheit ein noch viel größeres Problem darstellt.

Der für die Widerspruchsfreiheit notwendige hohe Abstraktionsgrad der Argumentation führt allerdings dazu, dass es ausgesprochen schwierig ist, festzustellen, welche konkrete Regel mit dem Marktparadigma vereinbar ist und welche nicht. Das Problem wird spätestens dann virulent, wenn man akzeptiert, dass Informationsasymmetrien, natürliche Monopole oder Variationen des Gefangenendilemmas marktliche Koordination fehlschlagen lassen können. Wirtschaftsverfassungsrechtliche Regeln werden hier zwar nicht unmittelbar in das Marktgeschehen eingreifen, aber sie müssen solche Eingriffe zulassen, wenn man nicht grundsätzlich davon ausgeht, dass staatliche Eingriffe in den Markt stets größere Probleme schaffen als sie beseitigen können.

Wenn es aber kaum möglich ist, Grenzen festzulegen, wie weit Eingriffe in die marktliche Koordination verfassungsrechtlich zugelassen werden sollten, ist es nur konsequent, grundsätzlich jeden Eingriff in die marktliche Koordination abzulehnen und Marktkonformität zum Verfassungsprinzip zu erheben. Verstärkt werden solche Tendenzen dadurch, dass mit guten Gründen argumentiert wird, dass jeder Eingriff, welcher den marktlichen Koordinationsmechanismus stört, weitere Eingriffe erfordert, um unerwünschte Nebenwirkungen zu kurieren.¹⁴ Die in der österreichischen Tradition stehenden Vertreter der Verfassungsökonomik fordern also nicht nur aus einer liberalen Grundeinstellung heraus, dass (Wirtschafts-)Verfassungsrecht marktkonform sein und damit vor allem auf Freiheitsrechte abstellen sollte, sondern auch aufgrund ihrer wirtschaftstheoretischen Überlegungen zu Informationsaufnahme- und -verarbeitungskapazitäten des Menschen einerseits und der spontanen Ordnung Markt andererseits.

Die in der Tradition der Wohlfahrtsökonomik und der angewandten Preistheorie stehenden Ökonomen¹⁵ sind optimistischer bezüglich der Möglichkeiten, die Wirkungen einzelner Maßnahmen vorherzusagen. Sie glauben zwar auch nicht, dass alle Informationen, die für die vollständige Vorhersage der Folgen einzelner rechtlicher Maßnahmen erforderlich wären, von einzelnen Menschen aufgenommen und verarbeitet werden können, gehen aber doch mit dem größten Teil der ökonomischen Analyse des Rechts davon aus, dass die wesentlichen Informationen, wenn auch zufallsgestört, vor-

politik, 6. Auflage 2005.

¹³Ganz streng darf man dieses "wie immer" nicht nehmen, da man sonst mit dem Unmöglichkeitstheorem von Arrow in Konflikt kommt; vgl. Arrow, Kenneth: Social Choice and Individual Values, 1951.

¹⁴Diese Argumentation wird teilweise als "Ölfleckentheorie" bezeichnet, weil sich kleine Eingriffe wie ein Tropfen Öl auf einer riesigen Wasseroberfläche ausbreiten, vgl. Lachmann, Werner: Wirtschaftspolitik im Ungleichgewicht, 1983.

¹⁵z. B. Cooter, Robert D. a.a.O.

handen und in ihrer Anzahl klein genug sind, um sinnvoll zur (Verfassungs-)Rechtsfolgenabschätzung herangezogen werden zu können. Diese vorhergesagten Folgen alternativen Verfassungsrechts können und sollten selbstverständlich auch bewertet werden, um so darüber zu entscheiden, welchen Inhalt (Wirtschaftsverfassungs-)Recht haben sollte.

Wie in der ökonomischen Analyse des Rechts üblich, wird für die Rechtsfolgenabschätzung auf die Mikroökonomik rekurren. Es wird also unterstellt, dass alle einzelnen Menschen sich so verhalten, dass es ihnen bei gegebener (oder sich erwartungsgemäß andernder) Umwelt individuell möglichst gut geht. Dabei wird der Mensch nicht mehr unbedingt, wie in den Anfängen der ökonomischen Analyse des Rechts als hyperrationaler Nutzenmaximierer beschrieben, sondern — nicht zuletzt aufgrund der Erkenntnisse der experimentellen Ökonomik — durchaus mit Informations- und Rationalitätsbeschränkungen und erweiterten Zielen dargestellt. Aus der Zusammenschau einer Vielzahl derartig modellierter Individuen ergibt sich dann die Vorhersage, wie Menschen auf unterschiedliche Rechtsregeln reagieren. Dabei reicht die Modellierung der Interaktion der Individuen von einfachen Angebot-und-Nachfrage-Modellen bis hin zu komplexen spieltheoretischen oder dynamisch-evolutorierten Modellen, welche nicht nur die statischen attrahierenden Gleichgewichte der Interaktion betrachten, sondern auch deren Entwicklung im Zeitverlauf und damit verbundene Irreversibilitäten von Rechtsfolgen.

Probleme dieses Ansatzes ergeben sich vor allem in seinem zweiten Schritt, dem normativen Vergleich der Wirkungen alternativer Rechtsregeln. Hier wird darauf abgestellt, wie sich die Güterausstattung der Rechtsunterworfenen aufgrund des Zusammenwirkens ihrer Entscheidungen aufgrund von Rechtsänderungen ändert. Dabei steht die Menge der Güter im Mittelpunkt, die Verteilung wird selten betrachtet, weil sie als Gegenstand des Steuerrechts angesehen wird.¹⁶ Aus verfassungsrechtlicher Sicht aber noch viel problematischer ist das Außerachtlassen der Art der Entscheidungsfindung der einzelnen Individuen. Zwar wird in diesem Ansatz berücksichtigt, dass individuelle Entscheidungsfreiheit bei heterogenen Präferenzen, die dem Gesetzgeber nicht vollständig bekannt sind, zu besseren, weil den individuellen Präferenzen angepassten Ergebnissen führt, aber individuelle Entscheidungsfreiheit geht nicht als ein Wert an sich in den Vergleich der alternativen Rechtsregeln ein.

In ihrem gemeinsamen Streben, die wohlfahrtsmaximierende Ausgestaltung der Wirtschaftsverfassung zu finden, unterscheiden sich die beiden Ansätze also wesentlich darin, dass der in der österreichischen Tradition stehende Ansatz die Lösung in der Marktkonformität des Verfassungsrechts als zentralem normativen Kriterium sucht, während der wohlfahrtstheoretisch und preistheoretisch fundierte Ansatz die Lösung in der mikroökonomischen Wirkungsanalyse der konkreten Verfassungsregeln sucht.

Bevor im folgenden Abschnitt das juristische Herangehen an Fragen der Wirtschaftsverfassung dargestellt und mit den ökonomischen Herangehensweisen verglichen wird, soll hier noch ein wesentliches Element ökonomischer Denkstrukturen hervorgehoben werden, welches beiden ökonomischen Ansätzen zugrunde liegt. Es geht darum, wie rationale Entscheidungen aus ökonomischer Sicht getroffen werden: Rationale Entscheidungen, auch solche des Gesetzgebers, lassen sich idealiter in vier Stufen darstellen.¹⁷ Auf der ersten Stufe wird die Menge der möglichen Verhaltensweisen, beim

¹⁶ In extremer Form betreiben die Ablehnung der Betrachtung von Verteilungsfragen Kaplow und Shavell, vgl. Kaplow, Louis und Steven Shavell: Fairness versus Welfare, 2002.

¹⁷ Wangenheim, Georg von: Wofür braucht die Ökonomik andere Sozialwissenschaften? in: Kilian Bizer,

Gesetzgeber also die Menge der möglichen Rechtslagen, definiert, aus der die beste Alternative bestimmt werden soll. Auf der zweiten Stufe werden die Konsequenzen der verschiedenen Verhaltensweisen vorhergesagt, wobei typischer Weise jeder Verhaltensweise eine Vielzahl möglicher Konsequenzen zugeordnet werden kann, welche dann jeweils mit einem Wahrscheinlichkeitsmaß belegt werden müssen. Dabei ist zu beachten, dass die Konsequenzen zum einen durch das Verhalten anderer Menschen — soweit es um Gesetzgebung geht: der Rechtsunterworfenen — bestimmt sind, welches über Verhaltensmodelle vorhergesagt werden muss. Zum anderen bestehen die Konsequenzen aber auch in unmittelbaren Wirkungen, wie zum Beispiel einer Vereinigung oder Erweiterung des Freiheitsraumes anderer Menschen oder dem Gefühl der Subordination oder Gleichwertigkeit von Menschen, die von der Entscheidung des Entscheidungsträgers betroffen sind.

Auf der dritten Stufe erfolgt die Bewertung der Konsequenzen der verschiedenen Verhaltensmöglichkeiten in einer einheitlichen Dimension. Hier kann ein lineares Bewertungsschema zugrunde gelegt werden (die Veränderung jeder einzelnen Zielgröße um eine Einheit wird mit einem fixen Wert belegt) oder es wird eine Zielfunktion beliebiger Komplexität gebildet, deren Argumente die einzelnen Zielgrößen sind. Für politische, also auch rechtliche Entscheidungen versuchen Ökonomen meistens — österreichisch motivierte Ökonomen immer — diese Zielfunktion auf die aggregierten Präferenzen aller Individuen zu stützen, was aber für eine rationale Entscheidung nicht erforderlich ist. Die Zusammenfassung der Bewertungen kann entfallen, wenn die verschiedenen Ziele nicht miteinander konfigurieren, wenn es also möglich ist, einzelne Ziele besser zu erreichen, ohne die Erreichung anderer Ziele zu verschlechtern. Dies ist allerdings der seltener Fall — sobald Ziele miteinander konfigurieren, müssen sie miteinander vergleichbar gemacht werden, also in einer gemeinsamen Dimension dargestellt werden.¹⁸ Auf der vierten Stufe erfolgt dann die Entscheidung für jene Verhaltensmöglichkeit, deren Konsequenzen zum besten Wert der Zielfunktion führen.

Während die wohlfahrtstheoretisch begründete Verfassungsökonomik in der Tradition der Ökonomischen Analyse des Rechts diese vier Stufen im Prinzip alle explizit nimmt, um ihre Untersuchungen zu stützen, tut die österreichisch beeinflusste Verfassungsökonomik das nur implizit. Zwar gehen Vertreter der letzteren zunächst auch davon aus, dass eine solche Entscheidungsstruktur grundsätzlich sinnvoll wäre. Da sie aber sowohl auf der zweiten Stufe, also der Konsequenzenvorhersage, als auch auf der dritten Stufe, also der Bestimmung der Bewertungsfunktion durch Aggregation der individuellen Präferenzen, unüberwindbare Hindernisse für die Informationsaufnahme und -verarbeitung sehen, überlassen sie die Entscheidungsfindung, wie oben darge-

Martin Führ und Christoph Hüttig (Hrsg.): *Responsive Regulierung*, 2002, Gravell, Hugh und Rees, Ray: *Microeconomics*. 3. Aufl. 2004, S. 6. Vgl. hierzu aus juristischer Sicht Hofmann, Ekkehard: *Abwägung im Recht*, 2007 (im Erscheinen), Kapitel C, insbesondere C I 3.

¹⁸ Diese Stufe ist offensichtlich die schwierigste. Gerade in juristischen Entscheidungen wird sie nur selten bewusst und nachvollziehbar genommen. Oft werden Bewertungen ungenau spezifiziert oder nur angedeutet, um eine bestimmte Entscheidung begründet und nachvollziehbar erscheinen zu lassen. Besonders erschreckende Beispiele lassen sich im Verwaltungsrecht finden, wo die Zusammenfassung der Bewertungen in einer Dimension oft dadurch umgangen wird, dass jeder einzelne Nachteil der zu begründenden Entscheidung nacheinander und nicht aggregiert mit der Gesamtheit oder auch nur dem größten aller Vorteile verglichen wird. Die vom Bundesverwaltungsgericht verlangte "bilanzierende Gesamtbetrachtung" aller Vor- und Nachteile (z. B. BVerwGE 110, 302, 317) verkommt dann zum vorgeschriebenen Lippenbekenntnis. Zu den Einzelheiten vgl. Hofmann, Ekkehard und Georg von Wangenheim: *Trade Secrets vs. Cost Benefit Analysis*, International Review of Law and Economics 22 (2002), 511 und Hofmann, Ekkehard: a.a.O. Kapitel B I 1.

stellt, dem Markt, der durch Aggregation der individuellen Rationalitäten zu besseren Entscheidungen findet, als einzelne Individuen in staatlichen Entscheidungsgremien das in bewussten rationalen Entscheidungsprozessen könnten. Besonders wichtig ist festzuhalten, dass beide verfassungsökonomischen Strömungen stets nach der optimalen Regelung suchen.

4. Vergleich des verfassungsrechtlichen mit dem verfassungsökonomischen Denkens

Nachdem im vorherigen Abschnitt die beiden wesentlichen ökonomischen Strömungen zur Wirtschaftsverfassung dargestellt wurden, soll nun gezeigt werden, warum beide Strömungen nur einen geringen Einfluss auf die konkrete Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die wirtschaftsverfassungsrechtliche Literatur haben. Dafür soll zunächst die Rechtsprechung des BVerfG und die ihm im Wesentlichen folgende Entwicklung der Literatur skizziert werden. Das soll selbstverständlich keine umfassende Beschreibung der Entwicklung des Wirtschaftsverfassungsrechts sein. Vielmehr wird der Schwerpunkt auf jene wenigen Aspekte gelegt, welche für die hier zu führende Argumentation wesentlich sind. Auf Grundlage dieser Skizze wird dann herausgehoben werden, wie sich die Denkstrukturen des Wirtschaftsverfassungsrechts von denen der beiden Ansätze der Verfassungsökonomik unterscheiden und warum der Einfluss der Ökonomik auf die Argumentation der Verfassungsjuristen auch im wirtschaftlichen Bereich klein bleibt.

Seit den frühen Jahren der Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht hat dieses immer wieder betont, dass sich das Grundgesetz nicht auf ein bestimmtes Wirtschaftssystem festlege. Im Investitionshilfeurteil aus dem Jahre 1954 (BVerfGE 4, 7, 17 f.) greift der Erste Senat erstmals den vom Beschwerdeführer der damals beschiedenen Verfassungsbeschwerde benutzten Ausdruck der "wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes" auf. Er stellt klar, dass dieser Begriff, anders als der Beschwerdeführer das intendiert hatte, dahingehend zu verstehen sei, dass das Grundgesetz keine Festlegung auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung kenne und der Gesetzgeber deshalb in seinen wirtschaftspolitischen noch in seinen wirtschaftssystembezogenen Entscheidungen allein durch die Grundrechte¹⁹ gebunden sei. Im Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377, 400) wird dann noch einmal ganz klar gestellt, dass ein Gesetz nicht allein deshalb gegen das Grundgesetz verstossen könne, weil es nicht mit der sonstigen Wirtschaftspolitik oder einer ihr "zugrunde liegenden volkswirtschaftlichen Lehrmeinung" vereinbar ist. Besonders deutlich, dass es bei Fragen der Wirtschaftsverfassung auf die einzelnen Grundrechte, die durchaus in ihrem systematischen Zusammenhang gesehen werden müssen, nicht aber auf Konformität mit dem Markt oder einem sonstigen Wirtschaftssystem ankommt, macht es das Bundesverfassungsgericht in seiner Mitbestimmungsentscheidung (BVerfGE 50, 290, 331). An dieser Festlegung des Bundesverfassungsgerichts hat auch das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz und die damit einhergehende Änderung des Artikels 109 des Grundgesetzes nichts geändert. Die Forderung des Art. 109 Abs. II, dass die Haushaltswirtschaft

¹⁹ Das BVerfG beschränkt die Bindung des Gesetzgebers nicht auf die Grundrechte, sondern auf "das Grundgesetz", was nicht so recht zu der behandelten Frage passt, ob das Grundgesetz eine bestimmte Wirtschaftsordnung vorschreibe. Die Ungenauigkeit der Argumentation wird im Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377, 400) geklärt: der Gesetzgeber habe bei seinen wirtschaftspolitischen Entscheidungen "das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte," zu beachten.

des Bundes und der Länder "den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen" habe, ist zwar ursprünglich im Sinne einer keynesianischen antizyklischen Konjunkturpolitik gedacht gewesen, ist aber offen genug formuliert, um neuere volkswirtschaftliche Erkenntnisse aufnehmen zu können, so dass sich damit gerade keine Festlegung auf eine bestimmte Wirtschaftspolitik ergibt.²⁰

Die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes wurde und wird in der Literatur teilweise bestritten, häufiger aber unterstützt.²¹ Autoren, die die wirtschaftspolitische Neutralität ablehnen, folgern üblicherweise aus der Gesamtschau der Grundrechte, insbesondere der Freiheitsrechte und der sozialen Schutzrechte, dass nur Wirtschaftsordnungen grundgesetzkonform sind, die sich weder einer reinen Marktwirtschaft noch einer reinen Planwirtschaft²² zu stark annähern. Unterschiede sind hier vor allem darin zu finden, was eine "zu" starke Annäherung ist. Ohne hier auf die Einzelheiten eingehen zu wollen, lässt sich doch sagen, dass solche Abgrenzungen von der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts den Kern des Problems verfehlten. Wie oben dargestellt meint das Bundesverfassungsgericht, wenn es von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes spricht, nur, dass Konformität mit einem wie auch immer gearteten Wirtschaftssystem oder einer wie auch immer gearteten Wirtschaftspolitik für sich genommen kein relevantes Argument für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ist. Dass die Grundrechte die Umsetzung einer Vielzahl möglicher Wirtschaftssysteme oder -politiken verbieten, bestreitet das Gericht nicht, aber es sieht keinen Grund, auf abstrakter Ebene zu prüfen, welche dieser Systeme oder Politiken verfassungswidrig wären, weil es immer nur einzelne Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit den einzelnen Grundrechten prüft. Dafür bedarf es der Beantwortung der abstrakten Frage nach der Verfassungskonformität von Wirtschaftssystemen und -politiken nicht. Einzelne Autoren argumentieren, dass sich daran durch den Vertrag über die Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik etwas geändert habe, weil dieser Vertrag in Art. 1 Abs. III postuliert, dass die Grundlage der mit dem Vertrag gegründeten Wirtschaftsunion "die soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien" sei. Es ist allerdings unklar, welche Bindungswirkung dieser Vorschrift zukommt. Weitgehende Einigkeit²³ besteht insoweit, als der Vertrag nicht über dem Grundgesetz und nicht gleichwertig neben ihm steht. Zumeist wird argumentiert, dass die Berufung auf die soziale Marktwirtschaft im Vertrag nicht über eine Benennung und Beschreibung der tatsächlich praktizierten Wirtschaftsordnung hinausgeht.²⁴

²⁰ Treffend schreibt Maurer (a.a.O. Rn 89) hierzu, dass nicht festgestellt werden könne, dass die ursprüngliche Verpflichtung aus Art. 109 Abs. II "derzeit realisiert oder auch nur zur Kenntnis genommen wird."

²¹ Eine Aufzählung verschiedener Lehrmeinungen mit weiteren Nachweisen findet sich z. B. bei Stober, Rolf: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, Grundlagen und Prinzipien. Wirtschaftsverfassungsrecht. Stuttgart et al.: Kohlhammer, 12. Auflage, 2000, § 5 I 3 b.

²² Beides sind Idealtypen, deren Umsetzung praktisch von niemand gefordert wird: auch radikale Anhänger des Marktes konzedieren, dass es eine soziale Mindestabsicherung gegen das Verhungern geben muss, während kein Theoretiker der Planwirtschaft wenigstens auf absehbare Zeit für die Güterverteilung gänzlich auf marktliche Elemente verzichten will.

²³ Andrer Ansicht scheint Badura zu sein, wenn er allerdings sehr vorsichtig formuliert, der Staatsvertrag stelle "*in gewisser Weise* eine authentische Interpretation der Wirtschaftsverfassungsrechtlichen Staatsziele und Garantien des Grundgesetzes dar" (Badura, Peter: Staatsrecht, 2. Auflage 1996; meine Hervorhebung). Sehr kritisch hierzu auch: Maurer a.a.O., Rn 92.

²⁴ So z. B. Maurer a.a.O., und Stober, a.a.O. § 5 I 4.

Mit der klaren Ablehnung der Konformität rechtlicher Regeln mit einem Wirtschaftssystem oder einer Wirtschaftspolitik als legitimes Argument in verfassungsrechtlichen Diskussionen durch Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtslehre ist die österreichisch fundierte Verfassungsökonomik, wie sie oben dargestellt wurde, nicht kompatibel. Für sie ist die Marktkonformität das wesentliche normative Kriterium für die Güte rechtlicher Regeln und einzelne Freiheitsrechte, die zur marktlichen Ordnung passen, sind nur Instrumente zur Beschreibung und Erreichung des Marktes, während für (Verfassungs-)Juristen das Verhältnis genau umgekehrt ist: Freiheitsrechte sind Werte an sich und damit unmittelbar Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit rechtlicher Regeln; Marktkonformität ist nur eine häufige, aber nicht notwendige Folge der Grundrechtskonformität.

Man mag jetzt argumentieren, dass für den wirklich liberalen Teil der österreichischen Schule der Verfassungsökonomik Freiheitsrechte nicht nur Instrumente zur Beschreibung und Erreichung des Marktes sind, sondern auch Werte an sich. Das mag konzidiert sein, aber wesentlich ist das Wort "auch": es impliziert, dass auch diese "Österreicher" Marktkonformität als ein eigenes und wichtiges Ziel sehen, welches zur verfassungsrechtlichen Bewertung unterverfassungsrechtlicher Regeln herangezogen werden soll. Eben diesen Schritt kann die Verfassungsrechtsprechung und mit ihr die juristische Verfassungsliteratur aber nicht mitgehen, weil damit erstens die einzelnen Grundrechte teilweise zu Instrumenten entwertet würden und zweitens das GG neben den Freiheitsrechten einerseits das Sozialstaatsprinzip mit daraus abgeleiteten sozialen Schutzrechten und andererseits konsequenzalistische Abwägungserfordernisse (insbes. in Art. 14 Abs. III und in Art. 15) explizit enthält.

Dieses Nebeneinanderstehen von prozessorientierten Freiheitsrechten und konsequenzorientierten sozialen Schutzrechten und Abwägungserfordernissen führt aber nicht nur zur Inkompatibilität der Bewertungsmaßstäbe des österreichisch fundierten Teils der Verfassungsökonomik mit den Maßstäben der Verfassungsjuristen. Gleiches gilt vielmehr auch für den rein konsequenzalistisch argumentierenden Teil der Verfassungsökonomik der wohlfahrtstheoretischen Tradition. Denn dieser vernachlässigt die Bedeutung der Freiheitswerte insgesamt. Eine vollständige Übernahme der Argumentation dieser verfassungsökonomischen Strömung würde die Freiheitsrechte derart eklatant verletzen, dass hier nicht einmal Nachweise für die Ablehnung gefunden werden können. Verstärkt wird die Inkompatibilität beider verfassungsökonomischen Ansätze mit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Argumentation noch dadurch, dass sie sich bei der Bewertung fast ausschließlich auf die allokativen, also effizienzbezogenen Wirkungen alternativer Rechtsregeln stützen und Verteilungsaspekte außer Acht lassen. Der in der Ökonomischen Analyse des Rechts verankerte Ansatz der Verfassungsökonomik betrachtet zwar auch, und oft auch ausführlich, die Verteilungswirkungen alternativer Rechtsregeln, beschränkt sich dann aber auf die positive Beschreibung und enthält sich jeder Bewertung. Zwar ist diese Verkürzung der Bewertung nicht durch den Ansatz als solchen bedingt, sie hat sich aber allgemein durchgesetzt. Zu begründen ist das damit, dass das Steuerrecht mit guten Gründen²⁵ als das ideale Mittel für Umverteilungen angesehen wird, alle anderen Rechtsregeln führen zu größeren Effizienzsenkungen.

Damit ist gezeigt, dass der geringe Umfang der Kommunikation zwischen Wirtschaftsverfassungsrecht und Verfassungsökonomik zu einem wesentlichen Teil damit zu be-

²⁵Vgl. hierzu z. B. Schäfer, Hans-Bernd und Claus Ott: Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage 2005, S. 30 f.

gründen ist, dass beide Strömungen der Verfassungsökonomik nur einen Teil der für das Wirtschaftsverfassungsrecht wichtigen Kriterien aufnehmen. Die Strömung der österreichischen Tradition vernachlässigt die konsequenzorientierten Grundrechte, die Strömung der wohlfahrtstheoretischen Tradition die prozessorientierten. Eine auf den ersten Blick nahe liegende Verbindung der beiden Strömungen kann den Einfluss der Verfassungsökonomik auf das Wirtschaftsverfassungsrecht nicht steigern, weil sie unmöglich ist: in der österreichischen Tradition ist die Einbeziehung der konkreten Konsequenzen rechtlicher Regeln in ihre Bewertung vom Grundansatz her ausgeschlossen.

Liegt die zentrale Ursache der Kommunikationsprobleme zwischen Verfassungsökonomen und Wirtschaftsverfassungsjuristen nun darin, dass letztere mehr in Grundrechten ausgedrückte Werte gegeneinander abwägen müssen als beide Strömungen der Verfassungsökonomik das tun, so drängt sich die Frage auf, ob nicht wenigstens die in der Ökonomischen Analyse des Rechts wurzelnde Strömung die weiteren Werte, nämlich die in den prozessorientierten Freiheitsrechten enthaltenen, in ihre Analyse aufnehmen könnte. Schließlich geht es bei Abwägungen stets um ein ökonomisches Problem: den trade-off zwischen verschiedenen Zielen.

Für die Ökonomische Analyse des Rechts und die auf ihr aufbauende Strömung der Verfassungsökonomik stellt sich aber das Problem, dass prozessorientierte Werte sehr viel schwieriger miteinander und vor allem mit konsequenzorientierten Werten verglichen werden können, als das bei konsequenzorientierten Werten untereinander der Fall ist. Für letztere lassen sich meist relativ leicht Märkte finden, in welchen Güter gehandelt werden, die einen Rückschluss auf die individuelle Wertschätzung der betrachteten Grundrechte zulassen. Das ist bei prozessorientierten Werten, die in Freiheitsrechten ihren Ausdruck finden, kaum der Fall. So sind schwerlich Märkte zu finden, die Rückschlüsse auf individuelle Bewertungen der Religionsfreiheit, Berufsfreiheit oder gar der allgemeinen Handlungsfreiheit zulassen.

Das kann aber auch daran liegen, dass sich die Ökonomik mit solchen Werten bisher nur sehr wenig beschäftigt. Es wäre durchaus denkbar, dass eine intensivere Beschäftigung der Ökonomik, insbesondere der Ökonomischen Analyse des Rechts mit diesen Werten wenigstens für einzelne Elemente der genannten und weiterer Freiheiten entsprechende Märkte finden würde.

Aber selbst wenn die Vergleichbarkeit der verschiedenen Arten von Grundrechten nicht auf individuelle Wertschätzungen zurückgeführt werden kann, könnte die Ökonomische Analyse des Rechts immer noch versuchen, die trade-offs zwischen betroffenen Grundrechten aufzuzeigen, und die Bewertung der Rechtsprechung und der Politik überlassen. Das setzt natürlich voraus, dass letztere bereit sind, ihre Bewertungen der konfliktierenden Grundrechte und ihrer Einschränkungen offen zu legen. Das bleibt schwierig, solange sie zwar in einzelnen Entscheidungen sagen, dass die eine Einschränkung durch die Vermeidung einer anderen Einschränkung nicht oder doch zu rechtfertigen sei, aber sich die diesen Entscheidungen notwendig zugrunde liegenden Bewertungen nicht in intersubjektiv kommunizierbarer Form bewusst machen.²⁶

Sollte es der Ökonomik nicht gelingen, die trade-offs zwischen betroffenen Grundrechten in kommunizierbarer Form aufzuzeigen, könnte sie stärkeren Einfluss auf das geltende Wirtschaftsverfassungsrecht und Entscheidungen darüber wohl nur dadurch gewinnen, dass sie weiterhin trade-offs zwischen jenen Konsequenzen rechtlicher Regeln betrachtet, mit denen sie umgehen kann, aber dann sehr deutlich klarstellt, dass

²⁶ Zu diesem Problem ausführlich Hofmann, a.a.O. und Hofmann und Wangenheim a.a.O.

sie sich bewusst ist, dass dies nicht alle relevanten Werte sind. Mit dieser Klarstellung könnte sie in der juristischen Diskussion leichter wahrgenommen werden, weil sie nicht mehr dem Vorwurf des unerfüllten Vollständigkeitsanspruchs ausgesetzt wäre. Allerdings setzt das wieder voraus, dass auch Verfassungsjuristen bereit sind, Abwägungsprozesse als die Bewertung unterschiedlicher Verwirklichung von Werten in einer einheitlichen Dimension und den Vergleich dieser Bewertung anzusehen.

Neben den bisher beschriebenen Differenzen über die Auswahl der relevanten normativen Kriterien zwischen beiden Strömungen der Verfassungsökonomik einerseits Rechtsprechung und Rechtswissenschaft andererseits lässt sich eine weitere Kommunikationsbarriere in Unterschieden in der Fragestellung sehen. Verfassungsökonomnen fragen nach der optimalen Verfassung, ihrer optimalen Auslegung oder der optimalen Rechtsgestaltung innerhalb der Grenzen der aktuellen Verfassungsauslegung, so wie Ökonomen im Allgemeinen nach der optimalen Politik fragen. Verfassungsjuristen hingegen fragen nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit konkret bestimmter Rechtsregeln und der dafür erforderlichen Interpretation von Teilen der Verfassung.

Stellt man diesen Unterschied anhand der oben dargestellten Struktur rationaler Entscheidungen dar, so tendiert die Verfassungsökonomik dazu, bei jeder diskutierten Frage die gesamte Entscheidungsstruktur zu durchlaufen. Der Verfassungsjurist dagegen betrachtet eine bereits getroffene Entscheidung und möchte diese daraufhin kontrollieren, ob die Entscheidung rational war. Dabei führt sie nur auf der ersten Stufe eine Vollkontrolle durch: hier wird verlangt, dass tatsächlich alle relevanten Alternativen für die Entscheidungsfindung des Recht setzenden Staatsorgans zugrunde gelegt wurden. Danach legt sie sich aber weder auf eine bestimmte, als richtig erkannte (stochastische) Vorhersage der Wirkungen der getroffenen Entscheidung über die Rechtslage und ihre relevanten Alternativen fest, noch auf eine bestimmte Bewertung der verschiedenen Wirkungen. Auf beiden Stufen überlässt sie dem Gesetzgeber (oder jedem anderen Recht setzenden Organ) einen relativ breiten Entscheidungsspielraum. Nur ob dieser relativ weit gefasste Entscheidungsspielraum verlassen wurde, interessiert das Bundesverfassungsgericht, wobei der Entscheidungsspielraum auf der Stufe der Wirkungsanalyse größer ist als auf der Stufe der Bewertungen.

Auf der vierten Stufe könnte das Bundesverfassungsgericht dann vom Gesetzgeber verlangen, dass er auf Grundlage der von ihm betrachteten Entscheidungsalternativen, seiner Vorhersagen der Wirkungen der Alternativen und deren Bewertungen die beste Alternative ausgewählt hat. Eine solche Begründungskontrolle führt das Bundesverfassungsgericht aber nicht durch. Das wäre auch gar nicht möglich, weil die zu kontrollierenden Organe zwar die ihren Entscheidungen zugrunde liegenden Wirkungsvorhersagen weitgehend offen legen, nicht aber ihre Bewertungen.²⁷ In seiner Kontrolle der Gesetzgebung (und anderer staatlicher Gewalt) beschränkt sich das Bundesverfassungsgericht auf eine Begründbarkeitskontrolle.

Es untersucht also, ob es im zulässigen Bereich der Bewertungen der Auswirkungen der Rechtsalternativen eine Menge von Bewertungen gibt, die die tatsächlich getroffe-

²⁷ Würde das Bundesverfassungsgericht eine Begründungskontrolle durchführen, würde sich natürlich das Verhalten der kontrollierten Organe ändern: sie wären gezwungen, sich der ihren Entscheidungen zugrunde liegenden Bewertungen bewusst zu werden und diese zu explizieren. Vgl. hierzu sehr ausführlich Hofmann a.a.O., insbes. Kap. F, Abschnitt I, 4 und 5. Die Unterscheidung zwischen Begründungskontrolle und Begründbarkeitskontrolle geht zurück auf Koch, Hans-Joachim: Das Abwägungsgebot im Planungsrecht, DVBl. 1983, S. 1125 (1126); ähnlich auch Schmidt-Aßmann, Eberhard, in: Theodor Maunz und Günter Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Stand Januar 1985, Art. 19 Abs. 4, Rz. 209.

ne Entscheidung begründen kann. Wenn das der Fall ist, wird die Entscheidung als grundgesetzkonform angesehen.

Zu dieser Art der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht können ökonomische Ansätze, die sich auf die Suche nach einer optimalen Regelung machen, wenig beitragen. Ökonomen tun sich im Allgemeinen schwer damit, durch Variation der Bewertungen nach einer Begründung für ein gegebenes Ergebnis zu suchen — oder umgekehrt zu zeigen, dass eine solche Begründung nur mit Bewertungen zu finden ist, die, ohne inkonsistent sein zu müssen, außerhalb eines bestimmten Bereiches liegen. Dies hat seine Ursache unter anderem darin, dass es unter Ökonomen als schlechte Wissenschaft gilt, Präferenzen und damit auch Bewertungen von Politiken als variabel und fast frei wählbar anzusehen. Dafür gibt es gute Gründe: würde man die Präferenzordnungen auch für die positive Analyse der Rechtswirkungen so frei wählbar machen, wie das für die Bewertungen im Rahmen einer Begründbarkeitskontrolle erforderlich ist, ließe sich kaum noch eine Auswirkung einer Rechtsregel ausschließen.

Deshalb können Ökonomen hier nur dann ohne Verleugnung der methodologischen Grundlagen ihres Faches zur Fundierung von Begründbarkeitskontrollen beitragen, wenn sie die positive Verhaltensvorhersage und die normative Bewertung weitgehend voneinander trennen. Das wird leichter, wenn sie, wie oben bereits aus einem anderen Grund gefordert, bereit sind, die normativen Kriterien auf eine Kombination aus ergebnisorientierten und prozessorientierten Werten zu erweitern. Nur die ergebnisorientierten Werte können sinnvoll auf individuelle Präferenzen zurückgeführt werden, die auch das Verhalten der Individuen steuern. Die sich daraus ergebenden Zusammenhänge zwischen Bewertungen und Verhaltensvorhersagen müssten selbstverständlich berücksichtigt werden. Aber die Variation der Bewertung von prozessorientierten Zielen kann dann immer noch auf einer weiteren getrennten Stufe erfolgen.

Dennoch könnte es für Ökonomen, die bereit sind, die normativen Kriterien auf eine Kombination aus ergebnisorientierten und prozessorientierten Werten, wie oben beschrieben, zu erweitern, hilfreich sein, auch diesen zweiten Schritt zu gehen. Ohne diesen Schritt bleibt die Fragestellung der Ökonomen so weit entfernt von dem, was Verfassungsjuristen interessiert, dass erstere keinen Einfluss auf letztere gewinnen können.

5. Schlussfolgerungen

Wenn Ökonomen Verfassungsrechtsprechung so kommentieren wollen, dass sie auch von Juristen, im Idealfall von Verfassungsrichtern ernsthaft zur Kenntnis genommen werden, oder besser noch: wenn sie Verfassungsrechtsprechung beeinflussen wollen, dann müssen sie das zentrale Problem des Wirtschaftsverfassungsrechts, nämlich die Abwägung zwischen miteinander möglicherweise konfliktierenden Grundrechten und Verfassungsprinzipien *vollständig* in ihren theoretischen Ansatz integrieren. Es reicht nicht, zu begründen, warum ergebnisorientierte Ziele Rechtsetzung und Rechtsprechung nicht beeinflussen sollten, denn es lässt sich schlecht leugnen, dass das Grundgesetz als Basis jeder Verfassungsrechtsprechung ergebnisorientierte Ziele enthält. Umgekehrt reicht es auch nicht, allein auf ergebnisorientierte normative Kriterien abzustellen, denn das Grundgesetz enthält ebenso prozedurale normative Kriterien.

Allerdings wird es der Ökonomik schwer fallen, prozedurale und ergebnisorientierte normative Kriterien miteinander zu verbinden. Einerseits sind die Gräben zwischen

den Apologeten der spontanen Ordnung und den Verfechtern der Folgenabschätzung und -bewertung nach wie vor tief. Andererseits ist eine solche Verbindung kaum möglich, solange man prozedurale Kriterien allein oder auch nur zum Teil als Instrumente ansieht, welche eigentlich ergebnisorientierte Ziele erreichen helfen sollen, deren Erreichung nur wegen der Komplexität von Wirtschaft und Gesellschaft nicht gemessen oder vorhergesagt werden kann. Verstärkt werden solche Probleme, wenn Vertreter der österreichischen Schule versuchen, die unterschiedlichen Freiheitsrechte soweit zu reduzieren, dass sie alle nur durch marktliche Koordination am besten geschützt werden.

Die Verbindung von ökonomischer Analyse des Rechts mit dem Wirtschaftsverfassungsrecht, wie Bernhard Nagel sie unter anderem in den eingangs zitierten Arbeiten versucht hat, wird also auf absehbare Zeit die Ausnahme bleiben. Es bleibt zu hoffen, dass es der Ökonomik gelingen wird, in der Verbindung prozeduraler und ergebnisorientierter normativer Kriterien Fortschritte zu machen. Davon würden Verfassungsjuristen profitieren, weil sie zusätzliche und gut strukturierte Argumente an die Hand bekämen, und Verfassungsökonomen, weil sie entsprechend ihrem normativen Streben an Einfluss auf das Verfassungsrecht einschließlich seiner Auslegung gewinnen würden.

Kartellschäden und -geschädigte

von Peter Weise

I. Einleitung

Neben vielen anderen Gebieten hat sich Bernhard Nagel auch mit der Wirtschaftsverfassung beschäftigt. Diese hat er sowohl unter rein juristischer Perspektive als auch unter einem ökonomisch-rechtlichen Blickwinkel analysiert. Davon künden viele Arbeiten. Nicht immer war er auf Seiten der herrschenden Meinung; oft hat er wider den Stachel gelockt. Getragen war seine abweichende Meinung immer von dem Motiv, die Schwächeren und Benachteiligten zu schützen und ihren Interessen Geltung zu verschaffen.

Auch die folgenden Anmerkungen zum Kartellrecht liegen nicht auf der Linie der herrschenden Meinung. Nach herrschender Meinung sollen im Kartellrecht die Interessen der Nachfrager geschützt werden, da diese durch eine Kartellierung geschädigt werden. Im Folgenden wird argumentiert, dass die Geschädigten einer Kartellierung vor allem die Eigentümer von Produktionsfaktoren sind. Deren Interessen müssten geschützt werden.

Im Kartellrecht hat sich eine bedeutsame Veränderung ergeben. Statt wie bisher Kartellverstöße behördlich-obrigkeitlich zu verfolgen, soll in Zukunft die private Durchsetzung Vorrang haben. Der Vollzug des Wettbewerbsrechts geschieht in Zukunft in stärkerem Maße durch die Gerichte der Mitgliedstaaten und nicht mehr lediglich durch die EU-Kommission. Dadurch soll die Privatinitiative der von Kartelldelikten Betroffenen angeregt werden.¹ Direkt Betroffene sind aber die Nachfrager, indirekt Betroffene die Produktionsfaktoreigentümer. Während die Nachfrager durch die neue Rechtslage vermutlich gewinnen, wird es für die Eigentümer von Produktionsfaktoren noch schwieriger, als Kartellgeschädigte anerkannt zu werden und einen Kartellschaden einklagen zu können.

Aus ökonomischer Sicht wird durch diese Veränderung auf die Präventionswirkung von Haftungsandrohungen gesetzt. Dem Schädiger werden die Kosten der dem Opfer zugefügten Nutzeneinbußen zugerechnet. Um diese Kosten zu vermeiden, wird der Schädiger geeignete Sorgfaltsmaßnahmen ergreifen. Als rationaler Schädiger wird er die Grenzkosten der Sorgfaltmaßnahmen gleich den Grenzkosten der zu vermeidenen Schäden setzen lassen. Nur auf diese Art und Weise werden optimale, d.h. nicht zu große und nicht zu kleine, Sorgfaltmaßnahmen erbracht.² Wendet man diese Analyse allerdings auf die Kartellierung an, handelt man sich Probleme ein, wie noch gezeigt werden wird.

Die Hauptprobleme bei der Kartellierung lauten: Welche Schäden sollen vermieden werden und wer ist der Geschädigte bei Kartelldelikten? Diese Probleme werden im Folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen.

¹ Siehe hierzu im einzelnen Wagner, G.: Schadensersatz bei Kartelldelikten, Manuskript, 2006.

² Siehe hierzu Nagel, B. und Eger, T.: Wirtschaftsrecht II, 4. Aufl., München/Wien 2003, insbesondere

II. Schadensermittlung

In der 7. GWB–Novelle wird der Schaden präzisiert, der durch ein Kartell entsteht.³ Es wird ein Schadensersatzanspruch zugestanden, der den potentiellen Schädiger vor Kartelldelikten abschrecken soll und der der Abschöpfung der durch das Kartelldelikt erlangten Vorteile dient. Schadensersatz wird den Abnehmern und den Konkurrenten des Schädigers zuerkannt, aber auch den Folgeabnehmern und den Verbrauchern. Bei vorsätzlichen Wettbewerbsverstößen gegenüber einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern haben Verbände Anspruch auf Herausgabe des erlangten Vorteils des Schädigers.

Wie wird der Schaden berechnet? International gilt die Differenzhypothese als Grundlage der Schadensberechnung. Danach bemisst sich der Schaden als Differenz zwischen dem tatsächlichen Zustand aufgrund des Kartelldelikts und dem hypothetischen Zustand ohne Kartelldelikt. Wird gemäß dieser Hypothese der Schaden lediglich in der Differenz zwischen Monopolpreis und Konkurrenzpreis (multipliziert mit den entsprechenden Mengen) gesehen, wie das in der Praxis zumeist geschieht, so wird der so genannte *deadweight loss* außer Acht gelassen. Dieser entsteht, da die Nachfrager bei einer Preiserhöhung vom Konkurrenzpreis auf den Monopolpreis ihre Nachfrage mengenmäßig einschränken werden. Der *deadweight loss* muss also zu der Differenz zwischen Monopol- und Konkurrenzpreis (multipliziert mit den entsprechenden Mengen) addiert werden, um den gesamten Schaden durch das Kartelldelikt vollständig zu ermitteln.

Zeigen wir dies anhand eines Zahlenbeispiels. Ein Zahlenbeispiel hat den Vorteil, dass man alle Größen zahlenmäßig bestimmen und vergleichen kann; dieser Vorteil wiegt in unserem Beispiel den Nachteil der mangelnden Verallgemeinerungsfähigkeit auf.⁴

Betrachten wir eine einzige kartellierte Branche. Der Einfachheit halber nehmen wir ein Preiskartell an. Die Produktionsfunktion sei

$$x = 2v_1^{\frac{1}{4}}v_2^{\frac{3}{4}},$$

wobei x die Ausbringungsmenge und v_1 und v_2 die eingesetzten Produktionsfaktormengen der Produktionsfaktoren 1 und 2 sind. Auf der Beschaffungsseite herrsche vollkommene Konkurrenz; die Preise für die Produktionsfaktoren seien $r_1 = 4$ und $r_2 = 12$. Minimiert man die Kosten, erhält man die Kostenfunktion

$$K = 8x,$$

wobei das Einsatzverhältnis der Produktionsfaktoren $v_1 = v_2 = \frac{1}{2}x$ ist. Die Nachfragefunktion laute

$$p = -\frac{1}{2}x + 12.$$

Der Grenzerlös ist dann $GE = -x + 12$. Das Kartell realisiert den Cournot–Preis, indem Grenzerlös und Grenzkosten gleichgesetzt werden; dies ergibt mit $GK = 8$ den Kartellpreis $p^c = 10$ und die zugehörige Ausbringungsmenge $x^c = 4$. Der Gesamterlös ist 40, die Kosten betragen 32 und der Gewinn 8.

Kap. III.

³ Im einzelnen Wagner, G.: Schadensersatz bei Kartelldelikten, Manuskript, 2006, S. 11 ff.

⁴ Vgl. allgemein Fritsch, M., Wein, T. und Ewers, H.–J.: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6. Aufl.,

Nach der Differenzhypothese ist als Vergleichszustand der Zustand der vollkommenen Konkurrenz zu bestimmen. Hier gilt $GK = p$. Dies ergibt einen Preis von $p^K = 8$ und die zugehörige Konkurrenzmenge $x^K = 8$. Der Gesamterlös ist 64, die Kosten betragen ebenfalls 64, der Gewinn ist Null.

Vergleichen wir beide Situationen, so sehen wir, dass im Kartell der Preis höher und die Menge kleiner ist als im Konkurrenzfall. Der Schaden für die Nachfrager liegt in der entgangenen Konsumentenrente. Diese setzt sich zusammen aus dem Gewinn des Kartells und dem *deadweight loss*. Der Gewinn ist $G = 8$; er entspricht einer Umverteilung von der Nachfrageseite auf die Angebotsseite. Der *deadweight loss* ist $L = 4$. Er geht durch das Kartell verloren. Die entgangene Konsumentenrente beträgt demnach 12 (siehe Abb. 1).⁵ Der durch die Kartellierung entstehende Schaden ist folglich die entgangene Konsumentenrente. Diese ist zu ersetzen. Sie muss auch als Schadensersatz angedroht werden, um eine optimale Präventivwirkung zu entfalten. Diese Aussage werden wir allerdings weiter unten relativieren.

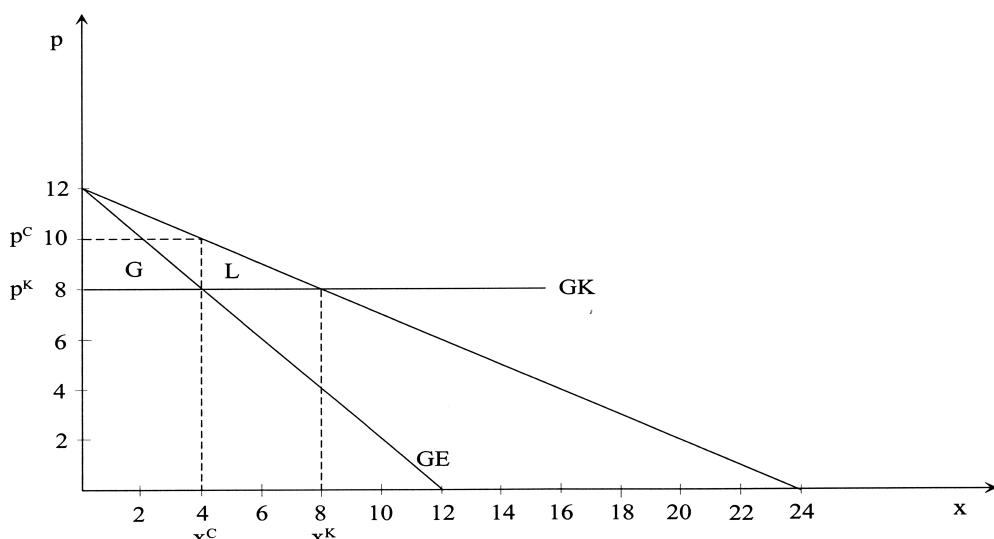


Abb. 1

Die bisherige Analyse entspricht der aktuellen Gesetzeslage und der ökonomischen Theorie. Der durch die Kartellierung entstehende Schaden wird in der entgangenen Konsumentenrente auf der Nachfrageseite gesehen. Dies ist prima facie sehr plausibel. Aber ist es auch richtig?

III. Geschädigte

Zur Produktion der niedrigeren Menge von 4 gegenüber der Konkurrenzmenge von 8 benötigt das Kartell weniger Produktionsfaktoren. In unserem Beispiel werden nur

München 2005, S. 192 ff.

⁵ Bei linearer Kostenfunktion, abgeleitet aus einer Produktionsfunktion mit konstanten Skalenerträgen, und linearer Nachfragefunktion beträgt der *deadweight loss* immer die Hälfte des Gewinns. Der Gewinn ist also mit dem Faktor 1,5 zu multiplizieren, um die gesamte entgangene Konsumentenrente zu ermitteln. Multipliziert man den Gewinn mit dem Faktor 0,5, so erhält man den reinen *deadweight*

noch $v_1 = 2$ und $v_2 = 2$ eingesetzt und $v_1 = 2$ und $v_2 = 2$ freigesetzt. Die freigesetzten Produktionsfaktoren bleiben entweder unbeschäftigt oder senken im Wettbewerb mit den anderen Produktionsfaktoren den Produktionsfaktorpreis. In beiden Fällen haben wir einen weiteren "Schaden" der Kartellierung: Eine Erhöhung des Gewinnes des Kartells auf Kosten der Produktionsfaktoreinkommen.

Im Extremfall sinken die Produktionsfaktorpreise so weit, dass wieder Vollbeschäftigung im Kartell herrscht. In unserem Zahlenbeispiel sinken die Produktionsfaktorpreise von $r_1 = 4$ auf $r_1 = 2$ und $r_2 = 12$ auf $r_2 = 6$. Die Kostenfunktion ist jetzt $K = 4x$ nach zuvor $K = 8x$. Wieder maximiert das Kartell seinen Gewinn, indem es Grenzkosten und Grenzerlös zum Ausgleich bringt. Der neue Cournot-Preis liegt jetzt auf der gleichen Höhe wie der alte Konkurrenzpreis $p^K = 8$. Die Ausbringungsmenge beträgt $x^K = 8$, der Erlös beträgt 64. Aber nun hat das Kartell einen Gewinn von 32; die Produktionsfaktoreinkommen betragen ebenfalls 32. Die Nachfrager zahlen den gleichen Preis wie in der Konkurrenzsituation; einen *deadweight loss* gibt es nicht (siehe Abb. 2).

Vergleichen wir nun nach der Differenzhypothese beide Situationen miteinander, so erkennen wir, dass die Kartellierung keinerlei Schaden auf der Nachfrageseite verursacht. Die Kartellierung sorgt lediglich für eine Ausbeutung auf der Produktionsfaktorseite. Von den ursprünglichen Faktoreinkommen von 64 in der Konkurrenzsituation erhält nun das Kartell 32 als Gewinn; den Produktionsfaktoren verbleiben 32 als Entlohnung.

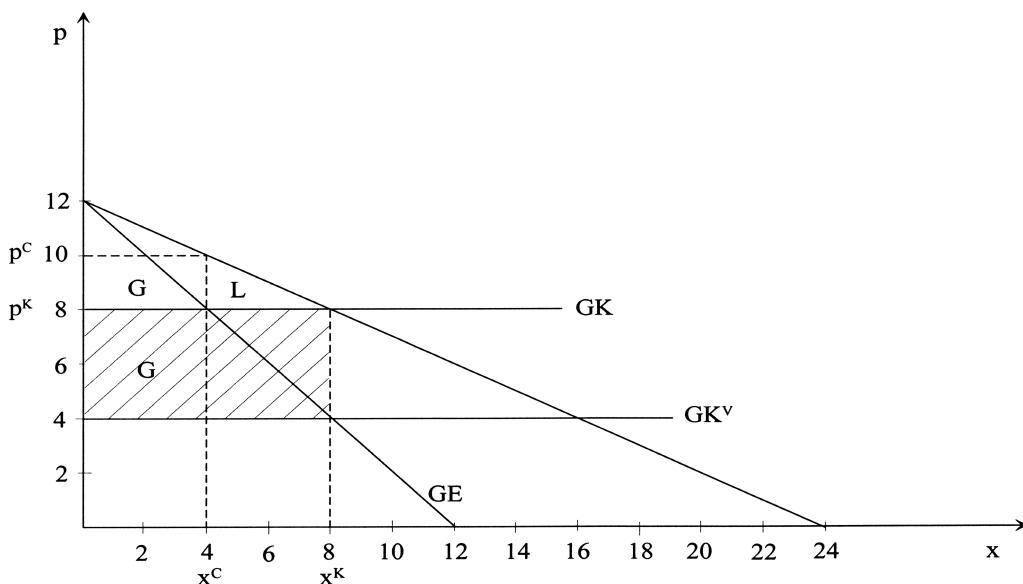


Abb. 2

Während bei der üblichen Betrachtung der Schaden vollständig auf der Nachfrageseite in Form der entgangenen Konsumentenrente anfällt, erleiden bei gesunkenen Produktionsfaktorpreisen die Produktionsfaktoren den gesamten Schaden. Dies sind die beiden Extremfälle. In der Realität haben wir vermutlich sowohl einen Schaden auf der Nachfrageseite als auch einen Schaden auf der Produktionsfaktorseite. Betrachten wir hierzu ein Beispiel.

loss. Damit hat man auch zwei Faustformeln, um in der Praxis Konsumentenrente und *deadweight loss* bestimmen zu können. (Auch Wagner (2006, S. 15) rechnet mit dem Faktor 1,5, bezieht diesen aber nur auf den Produktpreis.).

Nehmen wir an, dass die Produktionsfaktorpreise nur von $r_1 = 4$ auf $r_1 = 3$ und von $r_2 = 12$ auf $r_2 = 9$ sinken. Dann erhalten wir die neue Kostenfunktion $K = 6x$. Die Ausbringungsmenge im Kartell beträgt dann $x^{cn} = 6$ und wird zum Preis von $p^{cn} = 9$ angeboten. Nach der Differenzhypothese ist der Vergleichsmaßstab die alte Konkurrenzsituation mit der Kostenfunktion $K = 8x$.

Der Erlös ist 54. Das Produktionsfaktoreinkommen beträgt 36. Eingesetzt werden $v_1 = 3$ und $v_2 = 3$; arbeitslos sind $v_1 = 1$ und $v_2 = 1$. Der Gewinn ist 18. Er setzt sich zusammen aus $G = 12$ aus der Produktionsfaktorpreissenkung und $G = 6$ auf Kosten der Nachfrageseite. Der *deadweight loss* ist 1. Die entgangene Konsumentenrente ist 8 (vgl. Abb. 3). Ohne Produktionsfaktorpreissenkung betrug der Gewinn 8 und der *deadweight loss* 4. Die entgangene Konsumentenrente war mithin 12. Wir sehen, dass sowohl der Gewinn als auch der *deadweight loss* durch die Produktionsfaktorpreissenkung geringer werden; folglich sinkt auch die entgangene Konsumentenrente, und zwar von 12 auf 8. Der Schaden auf der Nachfrageseite wird demnach geringer.

Aber der Schaden auf der Produktionsfaktorseite kommt hinzu, nämlich der Gewinn aufgrund der Produktionsfaktorpreissenkung; in unserem Beispiel beträgt er 12. Der gesamte Schaden ist nunmehr also 19. Dieser ist aber höher als die entgangene Konsumentenrente von 12. Dies zeigt, dass die übliche Ermittlung von Schadenshöhe und Geschädigten nur dann korrekt ist, wenn man den Schaden auf der Produktionsfaktorseite unberücksichtigt lässt. Nimmt man ihn aber hinzu, erkennt man, dass dann der Schaden durch die Kartellierung höher wird. Die Anlastung nur des Schadens auf der Nachfrageseite ist nicht mehr effizient. Der Schaden aufgrund der Arbeitslosigkeit oder der sinkenden Produktionsfaktorpreise wird dem Kartell nicht angelastet. Im Extremfall hat die Nachfrageseite überhaupt keinen Schaden, den Schaden trägt allein die Produktionsfaktorseite.

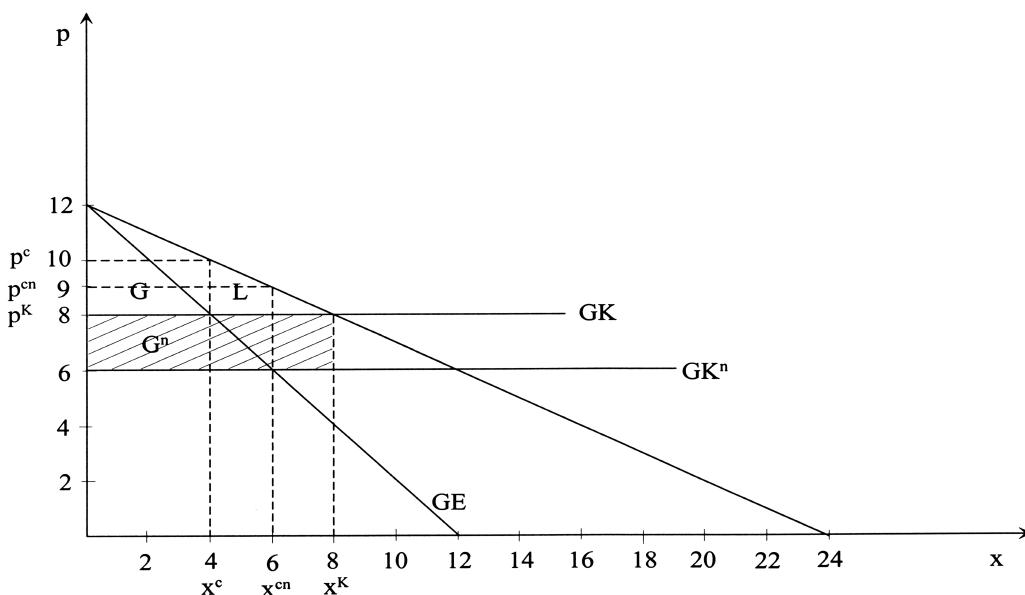


Abb. 3

IV. Diskussion von Argumenten

Im Folgenden sollen einige Argumente diskutiert werden, die die Höhe des Schadensersatzes und die Geschädigten betreffen. Betrachten wir zunächst den Fall oh-

ne Produktionsfaktorpreissenkung (siehe Abb. 1). Hier beträgt der Gewinn 8 und der *deadweight loss* 4. Zu ersetzen ist die gesamte entgangene Konsumentenrente, also 12. Dies ist der volkswirtschaftliche Schaden.

Nun könnte man einwenden, dass der Gewinn von 8 lediglich eine Umverteilung von der Nachfrageseite auf die Angebotsseite ist und der eigentliche volkswirtschaftliche Schaden nur im *deadweight loss* von 4 liegt. Eine Umverteilung ist kein Schaden, der zu ersetzen ist. Erkennt man eine Umverteilung dennoch als Schaden an, so fällt man ein Werturteil: Die Nachfrageseite soll vor ungerechtfertigten Preiserhöhungen geschützt werden.

Die Kartellierung erfolgt zum Zwecke der Gewinnerhöhung. Die Verursachung des *deadweight loss* ist unbeabsichtigt und geht nicht in das Kalkül des Kartells ein. Zur Abschreckung dient demnach bereits die Androhung eines Schadensersatzes in Höhe des Gewinns von 8. Wird bei Androhung einer Kartellbildung Schadensersatz in einer Höhe verlangt, die etwas über dem Gewinn liegt, lohnt sich die Kartellierung nicht.⁶ Ein *deadweight loss* entsteht nicht. Wird dennoch kartelliert und wird das Kartell entdeckt, wirkt die Anlastung des *deadweight loss* wie eine Zusatzstrafe, die zwar ökonomisch begründbar ist, aber zur Überabschreckung führt. Will man wirklich vor einer Kartellierung abschrecken, kann man gleich das Zwei- oder Dreifache des Gewinns als Schadensersatz androhen. Die schwierige Ermittlung des *deadweight loss* entfällt.

Betrachten wir nun den Fall mit Produktionsfaktorpreissenkung (siehe Abb. 2 und 3). Im Extremfall der Vollbeschäftigung der Produktionsfaktoren im Kartell beträgt der Erlös 64; davon erhält das Kartell 32 als Gewinn und die Produktionsfaktoren 32 als Einkommen. Entgangene Konsumentenrente und *deadweight loss* sind Null. Wieder könnte man argumentieren, es liege lediglich eine Umverteilung von der Produktionsfaktorseite auf die Angebotsseite vor, die keinem Schaden entspreche. Wieder ist das Gegenargument das gleiche wie oben: Die Produktionsfaktorseite soll vor ungerechtfertigten Ausbeutungen durch die Angebotsseite geschützt werden. Dann ist der Schaden der Kartellierung der gesamte Produktionsfaktoreinkommensverlust (was für ein Wort!). Der Schadensersatz ist also der gesamte Kartellgewinn. Er müsste den Produktionsfaktoren direkt oder in Form von entsprechenden Steuersenkungen weitergegeben werden.

Schwieriger zu interpretieren ist der mittlere Fall, bei dem die Produktionsfaktorpreise zwar etwas sinken, aber nicht zur Vollbeschäftigung im Kartell führen. Hier haben wir einen Schaden auf der Nachfrage- und einen auf der Produktionsfaktorseite. Man könnte argumentieren, dass der Preissenkungseffekt auf der Produktionsfaktorseite zu gering sei, um ins Gewicht zu fallen. Unterstellt man, dass nur eine einzige Branche kartelliert, so könnten die in dieser Branche nicht genutzten Produktionsfaktoren in anderen Branchen wieder eine Beschäftigung finden. Der Schaden auf der Produktionsfaktorseite wäre vernachlässigbar. Aber dann wäre auch der Schaden auf der Nachfrageseite vernachlässigbar. Die Kosten der Unterbindung oder Sanktionierung der Kartellierung würden den geringen Nutzen auf der Nachfrageseite übersteigen.

Tatsächlich ist jede Branche von einer Kartellierung bedroht. Hinzu kommt, dass durch Fusionen und Zusammenschlüsse Quasi-Kartelle entstehen.⁷ Darüber hinaus bestehen in vielen Branchen Überkapazitäten, die in der Konkurrenzsituation aufgebaut worden

⁶ Ist die Aufdeckungsquote kleiner als 1, ist der Schadensersatz mit der umgekehrten Aufdeckungsquote zu multiplizieren, um den korrekten Erwartungswert zu ermitteln.

⁷ Im Jahre 2005 gab es in der EU etwa 20.000 Fusionen und Zusammenschlüsse mit einem Gesamtwert

sind, um zusätzliche Nachfrage zu gewinnen und zu bedienen, und im Kartell oder Quasi-Kartell abgebaut werden. Die Freisetzung von Produktionsfaktoren durch ein Kartell ist folglich keine vernachlässigbare Größe.

Das bedeutet, dass die übliche Schadensermittlung in Form der entgangenen Konsumentenrente und die Identifizierung der Nachfrageseite als Geschädigten nicht ganz korrekt ist. Da Kartellierung ein ubiquitäres Phänomen ist, entsteht auch ein Schaden auf der Produktionsfaktorseite. Dieser Schaden drückt sich in Form eines geringeren Einkommens aus, dem ein erhöhter Gewinn des Kartells entspricht. Dann ist aber die Schadensersatzandrohung in Höhe der entgangenen Konsumentenrente zu gering. Denn diese sinkt, wenn die Produktionsfaktorpreise sinken, wohingegen der Gewinn des Kartells steigt. Auch die ausschließliche Entschädigung der Nachfrager ist nicht richtig; auch für die Produktionsfaktoren müsste Schadensersatz geleistet werden. Im Extremfall erleiden nur die Eigentümer von Produktionsfaktoren einen Schaden und müssten statt der Nachfrager entschädigt werden.

V. Produktionsfaktorseite

Um die im vorhergehenden Kapitel gebrachten Argumente zu stützen, betrachten wir im Folgenden die Gewinnmaximierung des Kartells von der Produktionsfaktorseite aus. Allgemein hat man mit $p = p(x)$ der Marktnachfragefunktion und $x = x(v_1, v_2)$ der Produktionsfunktion das Gewinnmaximierungsproblem

$$\max G = p(x(v_1, v_2)) \cdot x(v_1, v_2) - r_1 v_1 - r_2 v_2.$$

Die resultierende Gewinnmaximierungsbedingung lautet

$$(p + x \frac{dp}{dx}) \frac{\partial x}{\partial v_i} = r_i \text{ für } i = 1, 2.$$

Dies bedeutet, dass im Kartell das Grenzerlösprodukt eines Produktionsfaktors seinem Preis entspricht. Im Fall der Konkurrenz hat man stattdessen

$$\max G = p \cdot x(v_1, v_2) - r_1 v_1 - r_2 v_2$$

mit der Gewinnmaximierungsbedingung

$$p \frac{\partial x}{\partial v_i} = r_i \text{ für } i = 1, 2.$$

Dies bedeutet, dass bei Konkurrenz das Wertgrenzprodukt eines Produktionsfaktors seinem Preis entspricht.

Da $dp/dx < 0$, sieht man sofort, dass im Kartell ein Wert, der geringer ist als der Produktpreis, angesetzt wird, um die Entlohnung der Produktionsfaktoren zu bestimmen. Dieser Wert ist der Grenzerlös. Das Kartell macht also einen Gewinn dadurch, dass es seinen Produktionsfaktoren nicht das Wertgrenzprodukt, sondern nur das niedrigere Grenzerlösprodukt zahlt. Das Kartell erzielt folglich seinen Gewinn direkt auf Kosten der Produktionsfaktorseite und nur indirekt auf Kosten der Nachfrageseite.

Gleichwohl setzt das Kartell die Produktionsfaktoren volkswirtschaftlich effizient ein. Denn es gilt

$$\frac{(p + x \frac{dp}{dx}) \frac{\partial x}{\partial v_1}}{(p + x \frac{dp}{dx}) \frac{\partial x}{\partial v_2}} = \frac{r_1}{r_2}, \text{ woraus folgt } \frac{\frac{\partial x}{\partial v_1}}{\frac{\partial x}{\partial v_2}} = \frac{r_1}{r_2},$$

d.h., die Minimalkostenkombination wird durchgeführt.

Für zwei Monopolisten in zwei Branchen gilt nicht mehr, wie bei vollständiger Konkurrenz,

$$p_1 \frac{\partial x_1}{\partial v_1} = r_1 \text{ und } p_2 \frac{\partial x_2}{\partial v_1} = r_1,$$

d.h., die Wertgrenzproduktivität eines Produktionsfaktors ist in allen Branchen gleich, sondern

$$(p_1 + x_1 \frac{dp_1}{dx_1}) \frac{\partial x_1}{\partial v_1} = r_1 \text{ und } (p_2 + x_2 \frac{dp_2}{dx_2}) \frac{\partial x_2}{\partial v_1} = r_1,$$

d.h., das Grenzerlösprodukt eines Produktionsfaktors ist in allen Branchen gleich. Dies bedeutet, dass die Güterstruktur volkswirtschaftlich verzerrt ist.

Im Gleichgewicht mit Kartellen gilt, dass die Produktionsfaktoren vollbeschäftigt sind und effizient eingesetzt sind, dass aber die Güterstruktur nicht den Wünschen der Konsumenten entspricht. Hinzu kommt, dass die Kartelle einen Gewinn auf Kosten der Produktionsfaktoren machen.

Für unser Zahlenbeispiel gilt

$$\max G = \left(-\frac{1}{2} \cdot 2v_1^{\frac{1}{4}}v_2^{\frac{3}{4}} + 12 \right) \cdot 2v_1^{\frac{1}{4}}v_2^{\frac{3}{4}} - 4v_1 - 12v_2.$$

Man erhält

$$\frac{\partial G}{\partial v_1} = -v_1^{-\frac{1}{2}}v_2^{\frac{3}{2}} + 6v_1^{-\frac{3}{4}}v_2^{\frac{3}{4}} - 4 = 0$$

$$\frac{\partial G}{\partial v_2} = -3v_1^{\frac{1}{2}}v_2^{\frac{1}{2}} + 18v_1^{\frac{1}{4}}v_2^{-\frac{1}{4}} - 12 = 0$$

Daraus erhält man $v_1 = 2, v_2 = 2$. Dies ergibt $x = 4$ und $p = 10$ sowie die übrigen Zahlen.

VI. Schlussbemerkung

Die übliche Ermittlung von Schaden und Geschädigten durch ein Kartell ist nur eine Partialbetrachtung. Es wird nur der Schaden auf der Nachfrageseite gesehen. Der Folgeschaden aufgrund der Freisetzung von Produktionsfaktoren wird hingegen nicht berücksichtigt. Tatsächlich erzielt das Kartell seinen Gewinn nicht so sehr auf der Nachfrageseite. Denn in Abhängigkeit von der Preiselastizität der Nachfrage verändert sich zwar der Erlös; aber selbst wenn der Erlös konstant bleibt, entsteht ein Gewinn. Und dieser Gewinn wird in überwiegendem Maße durch Kosteneinsparungen auf der Produktionsfaktorseite realisiert. Das heißt, das Kartell erzielt seinen Gewinn vor allem durch die Ausbeutung der Produktionsfaktoren und weniger durch die Ausbeutung

der Nachfrageseite. Die Produktionsfaktoren erleiden den eigentlichen, durch das Kartell verursachten Schaden. Sie sind die eigentlichen Kartellgeschädigten und hätten Anspruch auf entsprechende Entschädigung.

Teil V.

Haftungsfragen der Industriegesellschaft

Zur Haftung des Zertifizierungsdiensteanbieters nach § 11 Signaturgesetz 2001

von Walter Blocher

Einleitung

In der Begründung zum Regierungsentwurf¹ für das 1. SigÄndG² wurde in Aussicht gestellt, Überlegungen über systematische Änderungen des Signaturgesetzes u. a. dann anzustellen, wenn sie "durch die von der Bundesregierung vorgesehene Einführung von elektronischen Pass- und Ausweisverfahren notwendig würden". Kürzlich beschloss die Bundesregierung³, im Rahmen ihres Programms zur Modernisierung der Bundesverwaltung den elektronischen Personalausweis ab dem Jahr 2008 einzuführen. Der nachstehende Beitrag soll die angekündigten gesetzgeberischen "Überlegungen" durch einige konkrete Anhaltspunkte und Korrekturvorschläge unterstützen.

Zentrale Aufgabe der Zertifizierungsdiensteanbieter

Die digitale Signatur auf der Grundlage der asymmetrischen Kryptographie gilt schon seit ihrer Entwicklung in den 70er Jahren des vorigen Jahrhunderts⁴ als geeignetstes Mittel sowohl zur zuverlässigen Identifizierung von nicht zur selben Zeit am selben Ort anwesenden Kommunikationspartnern als auch zur Sicherstellung der Unverfälschtheit der dabei übertragenen Daten. Ihre vor allem für E-Commerce und E-Government unverzichtbare Anwendung setzt voraus, dass der für das Verifizieren zu verwendende (öffentliche) Signaturprüfschlüssel zuverlässig einer bestimmten Person zugeordnet wurde. Dazu bedarf es einer vertrauenswürdigen dritten Person oder Einrichtung (ZDA = Zertifizierungsdiensteanbieter; engl. "trusted third party"), die bestätigt, dass die zum öffentlichen Schlüssel gehörende private Schlüsselkomponente einer mit ausreichender Zuverlässigkeit identifizierten Person zur Verfügung gestellt wurde. Diese Zuordnung erfolgt durch "Zertifikate", die nichts anderes sind als digitale Datenstrukturen, welche zumindest den Namen bzw. das Pseudonym des jeweiligen Signaturschlüssel-Inhabers, den zugeordneten öffentlichen Signaturprüfschlüssel, die Bezeichnung des zur Prüfung zu verwendenden Algorithmus' sowie den Namen des ZDA enthalten und von diesem (aus Gründen der Überprüfbarkeit) digital signiert sind. Damit wird sozusagen die Identität des Signaturschlüssel-Inhabers mit seinem öffentlichen Schlüssel verknüpft, so dass sich ein Signatur-Empfänger nach erfolgreicher Signaturprüfung auf die Authentizität und die Integrität der signiert zugegangen Nachricht verlassen kann.

¹ BT-Drucks. 15/3417, 6.

² Erstes Gesetz zur Änderung des Signaturgesetzes (BGBl. I 2005, 2).

³ Kabinettsbeschluss vom 13.09.2006.

⁴ Vgl. Diffie/Hellman, New Directions in Cryptography, IEEE Transactions on Information Theory 1976, 644, <http://www.cs.rutgers.edu/~tdnguyen/classes/cs671/presentations/Arvind-NEWDIRS.pdf>.

Theoretische Regelungsalternativen

"Market driven approach"

Solche als PKI ("Public Key Infrastructure") bezeichneten Arrangements könnten sich auch ohne spezifische Rechtsvorschriften etablieren. In der Tat gab es schon vor den ersten Signaturgesetzen einigermaßen erfolgreiche Produkte⁵. Allerdings hätte der auf europäischer Ebene vor allem von britischer Seite propagierte "market-driven approach" bewirkt, dass zunächst das Vertrauen einer Vielzahl von Menschen durch mangelhafte Signaturprodukte oder Zertifikate enttäuscht worden wäre, bevor Insolvenzen unsolide Anbieter vom Markt gespült und sich schließlich zuverlässige Hersteller und Dienstleister durchgesetzt hätten. Ein derartiges Konzept vermochte — zumal es gerade um die Förderung von Sicherheit und Vertrauen ging — jedenfalls für offene Netze⁶ nicht zu überzeugen.

Regelung der Haftung und eines technisch–organisatorischen Mindestniveaus

Vom juristischen Standpunkt aus betrachtet bedeutet die Inanspruchnahme von Vertrauen letztlich "Haftung". Daher hätte sich die Gesetzgebung auf deren Regelung beschränken und sich im Übrigen doch auf die Marktkräfte verlassen können⁷. Damit wären zwar die negativen wirtschaftlichen Folgen des Vertrauens auf untaugliche Zertifizierungsdienste bzw. Signaturprodukte durch entsprechende Schadensersatzansprüche ausgeglichen worden, es wäre aber relativ viel (und in Anbetracht der in den elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr gesetzten Erwartungen: zuviel) Zeit vergangen, bis sich zuverlässige Anbieter bzw. Standards auf "evolutivem" Wege durchgesetzt hätten. Es schien daher angebracht, den marktförmigen Optimierungsprozess durch ein gesetzlich definiertes Mindestniveau technisch–organisatorischer Sicherheit auf einem akzeptablen Ausgangspunkt beginnen zu lassen und ihm somit nur den "Feinschliff" zu überantworten. Außerdem war es ein erklärt Ziel, auch schriftformbedürftige Rechtsgeschäfte bzw. Verwaltungsakte auf elektronischem Weg abwickeln zu können. Das war ohne gesetzliche Definition qualitativer Kriterien, die von den zu diesen Zwecken verwendbaren digitalen Signaturen zu erfüllen sind, kaum vorstellbar.

Signatur–RL

Um den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr im Binnenmarkt nicht durch von einander abweichende Signaturgesetze der Mitgliedstaaten⁸ zu behindern, wurden

⁵ So war etwa die erste Version von PGP bereits 1991 verfügbar.

⁶ Im Gegensatz dazu werden in "geschlossenen Systemen" Dienste nur einem eingeschränkten Benutzerkreis (z. B. den Kunden einer Bank) angeboten. Dieses Feld kann der Gesetzgeber weitgehend privatautonomen Vereinbarungen überlassen. Zur Effizienz dieser Vorgangsweise vgl. ILPF, An Analysis of International Electronic and Digital Signature Implementation Initiatives (September 2000), http://www.ilpf.org/groups/report_IEDSII.htm.

⁷ Zur Wahl zwischen Haftung und Regulierung vgl. Boyer/Porrini, The Choice of Instruments for Environmental Policy: Liability or Regulation? in: Swanson (Hrsg.), An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy — Issues in Institutional Design, Research in Law and Economics Series Vol.20, 2002, 247–269, <http://www.cirano.qc.ca/pdf/publication/2002s-17.pdf>.

⁸ Mit dem SigG 1997 (FN 11) wurde in Deutschland die erste europ. Signaturregelung in Kraft gesetzt.

schließlich mit der Signatur-RL⁹ "gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen", wie sie fortan heißen sollten, geschaffen. Besondere Rechtswirkungen, insbesondere die weitgehende Gleichstellung mit der handschriftlichen Unterschrift, sind gem. deren Art. 5 nur sog. "fortgeschrittenen" elektronischen Signaturen, die auf einem "qualifizierten" Zertifikat beruhen und von einer "sicheren" Signaturerstellungseinheit¹⁰ erstellt werden, zuzuordnen. Die — vom hier vertretenen Standpunkt aus gesehen — zentrale Regelung enthält Art. 6 Signatur-RL, der eine verpflichtende Haftungsregelung zu Lasten jener ZDA vorsieht, die öffentlich qualifizierte Zertifikate anbieten oder für solche Zertifikate anderer Anbieter einstehen. Was den von ihr verfolgten konzeptuellen Ansatz anbelangt, bildet die Signatur-RL gewissermaßen die Synthese aus der These, wonach die Regelung der Haftung genügt, zu der vom Signaturgesetz (SigG) 1997¹¹ realisierten Antithese, die strenge Vorabprüfung und Überwachung der zugleich normierten hohen Anforderungen mache eine spezielle Haftungsregelung verzichtbar. Die Signatur-RL gibt ein technisch-administratives Mindestniveau vor, setzt aber an die Stelle eines Ex-ante-Genehmigungsverfahrens die Ex-post-Haftung der ZDA für den Fall, dass etwas schief geht.

Umsetzung durch das SigG 2001

Mit dem Signaturgesetz (SigG) 2001¹² wurde die Signatur-RL in die deutsche Rechtsordnung umgesetzt und das SigG 1997 abgelöst. Die ZDA-Haftung regelt § 11 SigG 2001. Danach hat ein ZDA, der die Anforderungen des SigG 2001 oder der Signaturverordnung (SigV) 2001¹³ verletzt, einem Dritten den Schaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Angaben in einem qualifizierten Zertifikat, einem qualifizierten Zeitstempel oder einer Auskunft nach § 5 Abs. 1 Satz 2¹⁴ vertraut. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Dritte die Fehlerhaftigkeit der Angabe kannte oder kennen musste oder wenn der ZDA nicht schuldhaft gehandelt hat. Das Haftungsregime des SigG 2001 kann daher wie folgt charakterisiert werden: "Verschuldenshaftung mit Kulpakompensation und umgekehrter Beweislast."

Ob es sich dabei um eine angemessene und im Hinblick auf das Ziel einer raschen Verbreitung des elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehrs effiziente Regelung handelt, will der vorliegende Beitrag erörtern¹⁵. An dieser Stelle sei betont, dass sich die Haftungsregelung des § 11 SigG 2001 nur auf das Verhältnis zwischen dem ZDA und

⁹ ABl L 013 vom 19.01.2000, 12.

¹⁰ In der Praxis sind das Chipkarten, auf denen der private Signaturschlüssel gespeichert wird und deren Prozessor den von einer Applikation (z. B. ein auf einem PC laufender Webbrowser) übermittelten Hash-Wert nach der durch den Benutzer mittels Eingabe eines PIN-Codes am Kartenleser vorgenommenen Freigabe signiert und an die Applikation retourniert.

¹¹ Signaturgesetz vom 30.06.1997, BGBl. I, 1870 (Art. 3 IuKG).

¹² Signaturgesetz vom 16.05.2001, BGBl. I, 876 i. d. F. BGBl. I 2005, 1970 (1. SigGÄndG).

¹³ Signaturverordnung vom 16.11.2001, BGBl. I, 3074 i. d. F. BGBl. I 2005, 1970.

¹⁴ Dabei handelt es sich um einen Verweisungsfehler, der zunächst unerkannt blieb, als durch das 1. SigGÄndG ein neuer Satz 2 eingefügt wurde. Dieser Fehler soll mit Art. 4 Nr. 2 des als Regierungsentwurf vorliegenden Gesetzes zur Vereinheitlichung von Vorschriften über bestimmte elektronische Informations- und Kommunikationsdienste (BT-Drs. 16/3078) bereinigt werden. Davon unabhängig kann kein Zweifel daran bestehen, dass die im nunmehrigen Satz 3 geregelte Verpflichtung des ZDA gemeint ist, qualifizierte Zertifikate jederzeit für jeden über öffentlich erreichbare Kommunikationsverbindungen nachprüfbar und abrufbar zu halten.

¹⁵ Ausführlich widmet sich dieser Frage schon Thomale, Haftung und Prävention nach Signaturgesetz (Diss. Kassel, 2003).

denjenigen Dritten bezieht, die mit dem ZDA nicht in unmittelbarer Vertragsbeziehung stehen, sich aber auf ein falsches qualifiziertes Zertifikat verlassen. Ob im Verhältnis zwischen dem ZDA und seinen Kunden die vom SigG 2001 unberührte Vertragshaftung ausreicht, und insbesondere, ob im Zusammenhang mit anderen als qualifizierten Zertifikaten auf eine gesetzliche Regelung der Dritthaftung weiterhin verzichtet werden kann, ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung¹⁶.

Szenarien für eine ZDA–Haftung

Kompromittierung fremder Schlüssel

Am Beginn der Überlegungen sollen mögliche Szenarien bzw. Anlässe für eine ZDA–Haftung beleuchtet werden: Nahe liegend sind Fehler oder bewusste Manipulationen bei der Ausgabe oder der Verwaltung der öffentlichen Signaturprüfschlüssel, insbesondere die unzulängliche Identifikation einer Person, die ein Zertifikat beantragt (§ 5 SigG 2001). Den gleichen negativen Effekt zieht eine falsche Zuordnung von Personalisierungsdaten zu einem Signaturprüfschlüssel nach sich. Werden dem Signaturschlüssel–Inhaber ungeeignete Produkte überlassen oder versagen technische Sicherungseinrichtungen des ZDA, besteht die Gefahr der Kompromittierung — aus der Sicht des ZDA — fremder privater Signaturschlüssel oder des Ausspähens von PINs für Chipkarten, so dass Signaturen gefälscht oder signierte Daten verfälscht werden können (§ 17 Abs. 1 SigG 2001).

Kompromittierung eigener Schlüssel

Den GAU beim Betrieb eines Zertifizierungsdienstes stellt es zweifellos dar, wenn (z. B. durch einen Hacker–Angriff) eigene Schlüssel des ZDA preisgegeben oder die Verzeichnis- und Sperrlisten manipulierbar werden (§ 17 Abs. 3 SigG 2001), da hierdurch ein Angreifer in die Lage versetzt wird, Zertifikate nach Belieben zu fälschen. Wird der Sperrdienst durch den ZDA unzureichend geführt (§ 8 SigG 2001), indem er etwa nicht ständig erreichbar ist oder gesperrte Zertifikate nicht unverzüglich im Verzeichnis als solche kennzeichnet, können auf der Grundlage von bereits als kompromittiert erkannten Zertifikaten weiterhin (gefälschte) Signaturen erstellt werden.

Verwandtschaft mit der Produkthaftung

Signaturtechnologie als "black box" für den Anwender

Obwohl die Liste der eben dargestellten Problemfelder beim Betrieb eines ZDA bei weitem nicht vollständig ist¹⁷, lässt sie bereits erkennen, dass die komplexen Abläufe und Technologien, die in PKI–Umgebungen eingesetzt werden, für einen "Anwender" in aller Regel eine "black box" darstellen, auf die er sich schlicht verlassen können

¹⁶Dass auch hier so manches im Argen liegt, belegt z. B. Hindelang, No Remedy for Disappointed Trust? The Liability Regime for Certification Authorities Towards Third Parties Outwith the EC Directive in England and Germany Compared, Journal of Information, Law and Technology, 2002 (1), http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_1/hindelang/.

¹⁷Vgl. dazu im Detail Thomale (o. FN 15), 142 ff.

muss. Der durchschnittliche Autofahrer hat heutzutage weder eine Ahnung davon, wie das elektronische Motormanagement im Detail funktioniert, noch will er sie überhaupt haben. Er darf dennoch zu Recht erwarten, dass ihm der Motorblock nicht auf Grund eines Produktionsfehlers "um die Ohren fliegt" und Personen- oder Sachschäden verursacht. Demjenigen, der selbst Signaturen einsetzt oder auf die Richtigkeit fremder Signaturen bzw. Zertifikate vertraut, geht es nicht viel anders. Erleidet er einen Nachteil, weil die "Produkte" (so § 11 Abs. 1 Satz 1 SigG 2001 wörtlich) des ZDA versagen, erwartet er dafür Kompensation. Die Nähe zum Produkthaftungsrecht drängt sich hier aber längst nicht nur wegen der Wortwahl des Signaturgesetzgebers auf.

Rechtspolitische Forderung nach verschuldensunabhängiger Haftung

Dass das ProdHaftG nicht unmittelbar anwendbar ist, scheint im Hinblick auf § 1 (Haftung nur für privat ge- oder verbrauchte Produkte) und § 2 (Haftung nur für bewegliche Sachen) zwar festzustehen. Die rechtspolitische Forderung nach einer verschuldensunabhängigen Haftung "nach dem Vorbild amerikanischer Signaturgesetze und moderner deutscher Technikgesetze"¹⁸ wurde dagegen schon zur Entstehungszeit des SigG 1997 erhoben, aber wenig beachtet bzw. mit eher "konservativen" Argumenten¹⁹ beiseite geschoben und schließlich auch bei der Schaffung der Haftungsregel des § 11 SigG 2001 nicht erwogen.

Anwendbarkeit der Argumente für die Produkthaftung auch auf die ZDA–Haftung

Dabei treffen die für die verschuldensunabhängige Produkthaftung ins Treffen geführten Argumente im Wesentlichen auch auf die Haftungssituation des ZDA zu: Er ist derjenige, der die Risiken am ehesten vermeiden bzw. sich dagegen am günstigsten versichern kann. Der Geschädigte hat dagegen im Hinblick auf "fehlerhafte" Zertifikate keinen Einfluss auf Schaden begrenzende Sorgfaltsmaßnahmen²⁰. Letztlich ist es dem ZDA wie dem Hersteller körperlicher Produkte möglich, sein Haftungsrisiko im Wege der Preiskalkulation für seine Dienstleistungen auf die Signaturschlüssel-Inhaber zu verteilen, die dadurch (gemeinsam mit den als "innocent bystanders" betroffenen Dritten) indirekt eine Gefahrengemeinschaft bilden.

Für Schäfer²¹ macht es der sich ständig ausweitende Handel mit Informationen notwendig, diesen haftungsrechtlich in der gleichen Weise zu regulieren wie den Transport gefährlicher Stoffe oder die Herstellung brennbarer und explosiver Chemikalien. Einwände, wonach argumentative Anleihen aus der Produzentenhaftung nicht möglich wären, müsste man entgegenhalten, dass Informationen ebenso Nutzen stiftende Güter wie Waren seien. Wer sie kommerziell in Verkehr brächte, könne riesige Schäden verursachen, unabhängig davon, ob es sich um eine Information oder um eine herkömmliche Ware handele. Eine ontologische Verschiedenheit von Waren und Informationen sei nicht erkennbar. Jedenfalls greift der Hinweis darauf, dass der elektronischen Signatur keine besondere Gefahr immanent sei, die sich jederzeit gegenüber

¹⁸ Roßnagel, Das Signaturgesetz — Eine kritische Bewertung ..., DuD 1997, 75 (79).

¹⁹ Timm, Signaturgesetz und Haftungsrecht, DuD 1997, 525 (528).

²⁰ Adams, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung (1985), *passim*.

²¹ Schäfer, Konsul (Analyse der BGH–Entscheidung JZ 1985, 951) in: Kötz/Schäfer, *Judex oeconomicus* — 12 höchstrichterliche Entscheidungen kommentiert aus ökonomischer Sicht (2003), 87 (120).

jedermann realisieren könne, argumentativ zu kurz, um eine verschuldensunabhängige Haftung abzulehnen²².

Sorgfaltsmäßstab für die Verbreitung von Information

Dagegen lässt sich ein Abstellen auf das Verschulden bzw. eine Absenkung des bei der Beurteilung von Schäden aus fehlerhafter Information anzulegenden Sorgfaltsmäßstabs zutreffend damit begründen, dass Fehlinformationen anders als fehlerhafte Waren nicht nur zu Ressourcenschäden, sondern auch zu reinen Umverteilungsschäden führen können²³. Gesamtwirtschaftlich betrachtet saldieren sich solche Schäden, da dem Geschädigten auch ein Nutznießer gegenübersteht, so dass die Gesellschaft kein Interesse an ihrem Ausgleich hat. Die Rechtsordnung reagiert darauf entweder mit einem gänzlichen Ausschluss "reiner Vermögensschäden" oder mit einer Teilkompensation des Geschädigten, dessen Schaden den aufsalierten gesamtwirtschaftlichen Schaden übersteigt²⁴. Bei aus fehlerhafter Zertifizierung entstehenden Schäden ist eine Überkompensation im eben dargestellten Sinn freilich nicht zu befürchten: Die "Umverteilung" erfolgt hier allenfalls vom Dritten, der sich wegen des fehlerhaften Zertifikats auf die Authentizität einer Willenserklärung bzw. einer Bestätigung verlassen hat, zu demjenigen, der durch Vorspiegelung einer falschen Identität Güter oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, ohne dafür zu bezahlen. Solche "Umverteilungen" erfüllen indessen strafrechtliche Tatbestände, so dass sich die Rechtsordnung ihnen gegenüber auch im Deliktsrecht nicht indifferent verhalten darf. In diesem speziellen Fall fehlerhafter Information wird folglich auch durch verschuldenslose Haftung kein Anreiz zu einem unnütz hohen Sorgfaltsniveau geschaffen.

Kombination aus Haftung für Verhaltensunrecht und Gefährdungshaftung

Schließlich passt selbst die von der Produkthaftungs-RL für die verschuldensunabhängige Haftung im Produkthaftpflichtrecht angeführte Begründung²⁵ recht gut auf die Haftungsproblematik im Zusammenhang mit elektronischen Signaturen:

"Nur bei einer verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers kann das unserem Zeitalter fortschreitender Technisierung eigene Problem einer gerechten Zuweisung der mit der modernen technischen Produktion verbundenen Risiken in sachgerechter Weise gelöst werden."

Wie die Produkthaftung wäre die hier vorgeschlagene verschuldensunabhängige ZDA-Haftung keine Gefährdungshaftung i. e. S., da diese nach dem Motto "Wer den guten Tropfen hat, soll auch den schlechten haben!" typischerweise an erlaubte Tätigkeiten anknüpft. Da die Verletzung von ZDA-Pflichten nicht rechtmäßig ist, müsste man die Haftung als Kombination aus Haftung für Verhaltensunrecht und Gefährdungshaftung sehen. Zu letzterer sei angemerkt, dass sie an der Schwelle von der Agrar- zum Industriezeitalter als Schadensordnung für Sach- und Personenschäden

²²So aber Timm (o. FN 19), 528; und Thomale (o. FN 15), 120 f. und 251.

²³Vgl. Schäfer (o. FN 21), 120 f.

²⁴Vgl. Schäfer (o. FN 21), 116 f.

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

entwickelt wurde, die aus den Gefahren der "modernen Technik" resultierten. Es ging dabei um die Verteilung der Risiken aus gefährlicher Kraft²⁶. An der Schwelle zum Informationszeitalter muss dieser Gedanke fortentwickelt werden: Nun geht es um die effiziente Verteilung von Vermögensschäden aus für den Einzelnen nicht überschaubaren und beherrschbaren Gefahren einer zusehends dematerialisierten Welt, oder — wenn man so will — um Teilauspekte einer adäquaten Haftungsordnung für Informationsmärkte.

Haftungsbeschränkung durch Eintrag im Zertifikat

Ein häufiges, aber nicht notwendiges Merkmal verschuldensabhängiger Haftungsregeln ist die betragsmäßige Beschränkung der Haftung mit dem Ziel, die Versicherbarkeit des Risikos zu fördern. Dagegen sind Haftungshöchstgrenzen im Bereich der Verschuldenshaftung unüblich. Auch unter diesem Aspekt würde der ZDA-Haftung des § 11 SigG 2001 die Verschuldensunabhängigkeit nicht schlecht zu Gesicht stehen. In § 12 SigG 2001 hat der Gesetzgeber zwar lediglich Mindestdeckungssummen und keine Haftungshöchstgrenzen vorgesehen. Gem. § 7 Abs. 1 Nr. 7 SigG 2001 können jedoch in das Zertifikat Angaben darüber aufgenommen werden, "ob die Nutzung des Signaturschlüssels auf bestimmte Anwendungen nach Art oder Umfang beschränkt ist." § 11 Abs. 3 SigG 2001 zufolge tritt die Ersatzpflicht des ZDA ggf. nur im Rahmen dieser Beschränkungen ein. Damit hat es der ZDA in der Hand, den Erwartungswert der von ihm zu kompensierenden Schäden durch entsprechende Verwendungsbeschränkungen zu beeinflussen, so dass er z. B. für bestimmte Einsatzgebiete kostengünstige Zertifikate mit geringem Haftungsrisiko anbieten kann.

Leider hat sich der Gesetzgeber in diesem Punkt nicht auf die Umsetzung der Signatur-RL beschränkt. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich dazu, den ZDA solche Vorgaben im Zertifikat vornehmen zu lassen. Für den deutschen Gesetzgeber war dieser Ansatz insofern neu, als es im SigG 1997 keine speziellen ZDA-Haftungsregeln gab und damit auch nicht die Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung durch Angaben im Zertifikat bestand. Aus der Kombination der aus der Signatur-RL stammenden Begrenzung der ZDA-Haftung mit der bereits im SigG 1997 für den "ängstlichen" Signatur-Anwender enthaltenen Möglichkeit, den Anwendungsbereich des Signaturschlüssels zu beschränken, ergeben sich nun erhebliche Unklarheiten hinsichtlich der Rechtswirkungen solcher Beschränkungen. Eine Haftungsbegrenzung zugunsten des ZDA wird in der Regel nur dann schlagend werden, wenn ein mit einem falschen Zertifikat abgeschlossenes Rechtsgeschäft wirksam wird. Wenn die Überschreitung der Begrenzung dagegen schon die Nichtigkeit der rechtsgeschäftlichen Erklärung nach sich zieht²⁷, bleibt ohnehin kaum Raum für eine ZDA-Haftung. Anders mag dies vielleicht dann aussehen, wenn die qualifizierte elektronische Signatur nicht für die Abgabe einer Willenserklärung, sondern "lediglich" als Identitätsnachweis genutzt wird. Welche Wirkung die Überschreitung einer Anwendungsbeschrän-

25.07.1985, 22, Erw. 2.

²⁶ So sah der österr. OGH entsprechende Gefahrenquellen dann gegeben, wenn "gewaltige Naturkräfte entfesselt werden" oder "schwere Massen mit ungeheurer Geschwindigkeit dahin gleiten" (vgl. SZ 44/182; SZ 46/36) und dachte dabei seinerzeit u. a. an die aus heutiger Sicht beschaulich dahinzukelnde Dampfeisenbahn.

²⁷ Sie wird etwa von Fischer-Dieskau/Gitter/Hornung, Die Beschränkung des qualifizierten Zertifikats — § 7 SigG als wichtiges Mittel der Risikokalkulation, MMR 2003, 384 (387 f.), vertreten.

kung in solchen Fällen nach sich zieht, ist ebenfalls ungeklärt. So darf es nicht verwundern, dass die erste Gerichtsentscheidung zu diesem Problembereich einer Signatur auf der Grundlage eines auf 100 Euro beschränkten Zertifikats sogar die Eignung für die elektronische Einbringung der Klage mit dem Argument absprach, diese könnte höhere Kosten verursachen²⁸.

Das in sich unstimmige Konzept der "Doppelwirkung" einer Anwendungsbeschränkung sowohl für die Gültigkeit der Anwendung bzw. Willenserklärung als auch für die ZDA-Haftung bedarf dringend einer Überarbeitung durch den Gesetzgeber.

Systematische Einordnung des § 11 SigG 2001

Vertrauenshaftung nach dem Leitbild des § 122 BGB

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs²⁹ ist gem. § 11 SigG 2001 der einem in redlicher Weise vertrauenden Dritten adäquat kausal entstandene Schaden nach dem Leitbild des Vertrauensschadens in § 122 BGB zu ersetzen. Im Hinblick auf die mit ihnen verfolgten Zwecke ist den beiden Normen eine gewisse Verwandtschaft nicht abzusprechen. So besteht der zum Ersatz gem. § 122 BGB verpflichtende Umstand im Erwecken des Vertrauens auf die Gültigkeit des Vertrags³⁰. Die Ersatzpflicht nach § 11 SigG 2001 knüpft in ähnlicher Weise an das enttäuschte Vertrauen auf die Angaben in einem qualifizierten Zertifikat an, das häufig mit dem enttäuschten Vertrauen auf die Gültigkeit eines unter Zuhilfenahme einer elektronischen Signatur (vermeintlich) zustande gekommenen Vertrags Hand in Hand gehen wird. Dies fordert dazu heraus, die systematische Einordnung der Haftungsregel des § 11 SigG 2001 zu beleuchten.

War die Haftung des Anfechtenden nach dem ersten BGB-Entwurf noch als Anwendungsfall der culpa in contrahendo zu qualifizieren, wurde dieses "Deliktsprinzip" im zweiten Entwurf durch das "Veranlassungsprinzip" ersetzt. Der Anfechtungsgegner sollte danach "unter allen Umständen verlangen" können, "dass der Urheber, falls ihm nur überhaupt die Erklärung zurechenbar ist, den entstandenen Nachteil trage. Sind beide Teile schuldlos, so" sei "doch ... der Empfänger der Erklärung "noch unschuldiger" als der Irrende ..."!³¹.

Inzwischen wird dieses wohl noch immer vorherrschende "Veranlassungsprinzip" zunehmend durch den "Sphärengedanken" verdrängt. Das Abstellen auf bloße Veranlassung lasse ein wertendes Zurechnungserfordernis vermissen, bloße Ursächlichkeit könne für ein differenziertes Rechtsempfinden nichts erklären. § 122 BGB beruhe vielmehr auf der Erwägung, dass der Mangel der Erklärung allein aus der "Sphäre" des Irrenden stamme. Er allein sei es, der den Irrtum und damit gleichzeitig die Gefahr der Erweckung von enttäuschtem Vertrauen "beherrschen" konnte³².

²⁸ FG Münster, 23.03.2006, EFG 2006, 997; vgl. dazu die Besprechung durch Roggenkamp, jurisPR-ITR 5/2006 Anm. 2.

²⁹ BT-Drs. 14/4662, 25.

³⁰ MünchKomm/Kramer⁴, § 122 Rdnr. 1.

³¹ Otto von Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht (1889), 167, zit. nach MünchKomm/Kramer⁴, § 122 Rdnr. 2.

³² MünchKomm/Kramer⁴, § 122 Rdnr. 3 unter Berufung auf Canaris, Flume und Frotz.

Auch hier drängt sich die Parallele zu Schäden aus fehlerhaften Zertifikaten auf: Der Dritte hat keinen Einblick in die komplexen technischen Abläufe im Zusammenhang mit der Zertifizierung sowie der Anwendung von Signaturprodukten und noch weniger in die Organisation des ZDA. An der falschen Zuordnung eines Signaturprüfschlüssels zu einer Person ist er "am unschuldigsten".

Unabhängig davon, welchem der geschilderten Erklärungsansätze für die Haftung gem. § 122 BGB der Vorzug gegeben wird: Es bleibt festzuhalten, dass die im Gesetzgebungsverfahren als Leitbild für § 11 SigG 2001 bezeichnete Haftung kein Verschulden voraussetzt!

Vergleich mit der Vertrauenshaftung nach § 179 BGB

Ein weiterer Fall der "Vertrauenshaftung", genau genommen: der "Erklärungshaftung", ist mit der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht in § 179 BGB normiert. Dabei handelt es sich um eine als gesetzliche Garantienhaftung³³ ausgestaltete "vertrauensrechtliche Erfüllungshaftung"³⁴. Der falsus procurator hat selbst für die Erfüllung oder den Ersatz des Erfüllungsinteresses einzustehen. Er wird im Interesse der Verkehrssicherheit verschuldensunabhängig mit dem Risiko der Richtigkeit seiner Erklärung belastet und muss wegen des in Anspruch genommenen Vertrauens dafür einstehen ("Vertrauenshaftung"). Das Risiko wird ihm auferlegt, weil typischerweise er und nicht der "gutgläubige" Geschäftsgegner in der Lage ist, den Mangel der Vertretungsmacht zu erkennen. Selbst wenn er ihn nicht erkennen konnte, ist er doch "näher daran" als der Dritte, den Schaden zu tragen³⁵. Dass in der Tat auch die "Falsus-Haftung" der ZDA-Haftung Pate stand, lässt sich nicht zuletzt aus der in gleicher Weise normierten Kulpakompensation erkennen: Hier wie dort entfällt die Haftung zur Gänze, wenn der Geschädigte die Fehlerhaftigkeit der erhaltenen Information kannte oder kennen musste.

Unter systematischen Gesichtspunkten missglückte Ausgestaltung des § 11 SigG 2001

Es kann festgehalten werden, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, diese neue Form der Erklärungs- bzw. Vertrauenshaftung verschuldensabhängig auszustalten, auch unter Gesichtspunkten der zivilrechtlichen Dogmatik und Systematik nicht nachzuvollziehen ist. Er hätte gut daran getan, den Ratschlag Kramers³⁶ zu beherzigen:

"Man sollte ... der pragmatischen Maxime folgen, alle dem § 122 (und eventuell auch dem § 179) analogen Tatbestände der Erklärungshaftung mit dem Risikoprinzip zu bewältigen, während alle anderen (in Fortentwicklung der Lehre von der culpa in contrahendo begründeten) Fälle ... nach dem Zurechnungsprinzip des Verschuldens zu behandeln wären."

³³ MünchKomm/Schramm⁴, § 179 Rdnr. 1.

³⁴ Canaris, in: 50 Jahre BGH (Festgabe aus der Wissenschaft), Bd. I (2000), 132 ff.

³⁵ MünchKomm/Schramm⁴, § 179 Rdnr. 2 m. w. Nw.

³⁶ MünchKomm/Kramer², Einleitung zu Buch 2, Rdnr. 82.

Ökonomische Argumente für die verschuldensunabhängige ZDA-Haftung

"Geschäftsmodell" der elektronischen Signatur

Ein weiteres Argument für eine verschuldensunabhängige Ausgestaltung der ZDA-Haftung lässt sich schließlich aus dem der elektronischen Signatur zugrunde liegenden "Geschäftsmodell" gewinnen: Mit der Signatur-RL wurde die Förderung von Sicherheit und Vertrauen im Bereich des elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehrs intendiert. Die auf Zertifikaten basierende Anwendung asymmetrischer Kryptographie erleichtert bzw. ermöglicht die Abwicklung von Transaktionen über offene Netze. Dass sich künftige Signaturschlüssel-Inhaber um einen "elektronischen Identitätsnachweis" zu bemühen hat, entspricht einem ökonomischen Gebot: Damit werden informationsineffiziente Nachforschungen jedes künftigen Geschäftspartners über die wahre Identität seines Gegenübers vermieden bzw. — insbesondere im Bereich spontaner (nicht auf eine dauerhafte Geschäftsbeziehung angelegter), kleinvolumiger Aufträge — Transaktionen überhaupt erst ermöglicht. Das einmal ausgestellte Zertifikat kann (was den Identitätsnachweis anbelangt) ohne zusätzliche Kosten für beliebig viele Kommunikationsvorgänge eingesetzt werden. Die daraus für den jeweiligen Kommunikationspartner über die Identität des Signaturschlüssel-Inhabers beziehbare Information hat daher den Charakter eines öffentlichen Guts. Genau genommen dient das Zertifikat aber von vornherein ausschließlich dem Informationsbedürfnis Dritter. Für den Signaturschlüssel-Inhaber enthält das Zertifikat nichts "Neues" und damit keine Information. Aus den genannten Gründen muss dennoch er das Vertragsverhältnis mit dem ZDA eingehen und die von diesem erbrachte Dienstleistung bezahlen. Er tut dies aber vornehmlich, um seinen künftigen Kommunikations- bzw. Geschäftspartnern eine von diesen nachgefragte Information auf effiziente Weise zur Verfügung zu stellen. Es wäre daher bizar्र, nur dem Signaturschlüssel-Inhaber aus dem zum ZDA bestehenden Vertragsverhältnis einen Schadensersatzanspruch mit Beweislastumkehr zuzugestehen. Dem Dritten gegenüber, für den der ZDA die Information ja eigentlich generiert, auch wenn sie nicht (direkt) von ihm bezahlt wird, einen gleichwertigen Anspruch zu gewähren, ist demzufolge ein "Minimalprogramm". Es ließe sich neueren Tendenzen im Bereich der quasi-vertraglichen Haftung bzw. der Haftung zwischen Vertrags- und Deliktsrecht³⁷ zufolge wohl auch ohne die spezifische Haftungsregelung des § 11 SigG 2001 darstellen. Eine solche Dritthaftung ist z. B. bei fehlerhaft erstellten Gutachten auch dann geboten, wenn der Besteller nicht nur für sich, sondern erkennbar auch im Interesse eines Dritten handelt, bei dem ein Risikopotential besteht, das zu jenem des Bestellers hinzutritt³⁸.

Beweisnotstand des Geschädigten

Eine deliktische Haftung des ZDA gegenüber dem in seinem Vertrauen enttäuschten Dritten in Abhängigkeit davon, dass dem Dritten der Beweis einer Sorgfaltsverletzung im Bereich des ZDA gelingt, wäre wegen der regelmäßigen Aussichtslosigkeit dieses Unterfangens kaum mehr wert, als eine Situation ohne jede Haftung. Die Gründe für

³⁷ Vgl. dazu bahnbrechend schon Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag: Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln (1981), *passim*.

³⁸ Schäfer (o. FN 21), 112 f.

die Beweislastumkehr bei der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB)³⁹ können ebenso gut als Argumente für eine entsprechende Beweislastverteilung im (nicht rechtsgeschäftlich begründeten) Verhältnis ZDA/Dritter ins Treffen geführt werden. Mehr noch: Da der Dritte zwar auf die Information des ZDA angewiesen ist, mit ihm aber in keinerlei geschäftlicher Beziehung steht, kennt er dessen Organisation bzw. Reputation noch weniger als der Signaturschlüssel-Inhaber, der sich den ZDA immerhin aussuchen konnte. Der Dritte dagegen kann nur darauf vertrauen, dass "die Sache" tatsächlich so sicher ist, wie sie durch den Signaturgesetzgeber "dargestellt" wird. Zu alledem bliebe der Dritte selbst bei einer verschuldensunabhängig ausgestalteten ZDA-Haftung immer noch mit dem Kausalitätsnachweis belastet, der ihn — nicht zuletzt wegen der fehlenden Regelung eines Auskunftsanspruchs — u. U. mehr als nur fordern wird⁴⁰.

Vertrauen auf der Grundlage der ZDA–Haftung und systemimmanentes Restrisiko

Seit die Einhaltung der strengen gesetzlichen Sicherheitsanforderungen jedoch nicht mehr ex ante geprüft wird, ist dieses Vertrauen ausschließlich durch die ZDA–Haftung zu rechtfertigen. Beim Entwurf einer adäquaten Haftungsregelung kann es also lediglich darum gehen, ob die ZDA–Haftung überhaupt verschuldensabhängig ausgestaltet sein soll. Bejaht man dies wie der Gesetzgeber in § 11 SigG 2001, belastet man den Dritten mit dem systemimmanenten Restrisiko. Gerade weil für das Funktionieren elektronischer Signaturen das Zusammenspiel einer Fülle hochkomplexer technischer Produkte und organisatorischer Abläufe erforderlich ist, lässt sich nicht ganz ausschließen, dass einem ZDA im Fall einer fehlerhaften Zertifizierung der Beweis gelingt, dass die Ursache dafür im Bereich nicht überblickbarer "Seiteneffekte" zu suchen und folglich ihm bzw. seinen Mitarbeitern oder von ihm beauftragten Dritten⁴¹ kein Vorwurf zu machen ist. Dann steht der Dritte "im Regen" und wird für seine Fehleinschätzung einer Technologie bestraft, deren Tauglichkeit er unter allen Gliedern der Leistungskette wohl am aller wenigsten beurteilen konnte.

Zertifikat als Garantiezusage bzw. "Versicherungspolice"

Letztlich geht es bei der Wahl des Haftungsmodells um die Frage, ob der ZDA bloß für pflichtgemäßes Bemühen oder auch für den Erfolg seiner Bemühungen einstehen soll. Das programmatische Ziel, das Vertrauen in die elektronische Kommunikation zu fördern, wird wesentlich effektiver verfolgt, wenn das vom ZDA ausgestellte Zertifikat als Garantiezusage bzw. als "Versicherungspolice" gewertet werden darf. Plastisch formuliert: Der ZDA "verkauft Vertrauen" in Gestalt der zur Reduktion der Gefahren offener Netze benötigten zuverlässigen Information und übernimmt hierdurch selbst Risiko. Er ermöglicht damit risikoaversen Wirtschaftstreibenden den Abschluss von Geschäften, die ohne zuverlässigen Nachweis der Identität des jeweiligen Gegenübers unterbleiben müssten. Diese Tätigkeit rückt den ZDA zumindest in die Nähe eines Ga-

³⁹S. dazu umfassend Mock, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung (2006), *passim*.

⁴⁰Vgl. Thomale, Die Haftungsregelung nach § 11 SigG, MMR 2004, 80 (82).

⁴¹Auf die problematische Exkulpationsmöglichkeit des ZDA beim Einsatz weisungsgebundener Mitarbeiter kann hier nicht eingegangen werden; s. dazu Thomale (o. FN 15), 197 ff.

ranten oder Versicherers, dem eine Exkulpation durch Berufung auf "höhere Gewalt" verwehrt sein sollte⁴².

Notwendigkeit einer Kostenteilung bzw. Kostenübernahme durch den Nutznießer

Natürlich müssten ZDA die Erhöhung ihres Risikos in Folge der hier vorgeschlagenen verschuldensunabhängigen Haftung in ihre Preiskalkulation einfließen lassen. An dieser Stelle sei die aus ökonomischen Gründen nahe liegende Kostenteilung zwischen dem Signaturschlüssel-Inhaber und den mit ihm unter Verwendung des Zertifikats kommunizierenden Dritten eingemahnt: Bei Transaktionen, die ohne qualifizierte Signatur unterbleiben müssten oder wegen eigener Nachforschungen des jeweiligen Kommunikationspartners nur zu erhöhten Kosten abzuwickeln wären, ziehen beide am Kommunikationsvorgang Beteiligten Nutzen aus der Ausstellung eines Zertifikats. Bei jenen Geschäften dagegen, die bislang auch ohne qualifizierte Signaturen stattfanden bzw. weiterhin auf diese Weise abgewickelt werden, liegt der Vorteil des Einsatzes zertifikatsbasierender Signaturen weit überwiegend beim Dritten. Daher gibt es in dieser Konstellation nur eine geringe "intrinsische" Motivation, die Ausstellung eines Zertifikats zu beantragen, was die für manche bislang enttäuschend geringe Verbreitung qualifizierter Zertifikate zum Teil erklären mag. In beiden Fällen, vor allem aber in der zuletzt geschilderten Situation, sollten externe Anreize in Form einer partiellen bzw. vollständigen Kostenübernahme evtl. in Kombination mit durch das erhöhte Sicherheitsniveau begründeten Preisabschlägen für die mittels qualifizierter Signatur bestellten Waren oder Dienstleistungen gesetzt werden⁴³.

Ökonomische Bewertung der Verschuldenshaftung nach § 11 SigG 2001

Die Verschuldenshaftung in § 11 SigG 2001 setzt falsche wirtschaftliche Anreize und ermuntert durch die Ermöglichung der Externalisierung von Kosten zur Einführung von Aktivitäten unterhalb des effizienten technischen Sicherheitsniveaus⁴⁴. Bei verschuldensunabhängiger Haftung hingegen wird ein ZDA größtmögliche Sorgfalt walten lassen und jenes Aktivitätsniveau wählen, welches die Differenz des Nutzens aus seiner Tätigkeit und der bei Dritten zu erwartenden Schäden maximiert. Dieses entspricht genau dem aus gesamtwirtschaftlicher Sicht wünschenswerten Niveau.

⁴² Die Vermutung Thomales (o. FN 15, 120), dass "beide Haftungstatbestände praktisch ... gleiche Wirkungsmechanismen entfalten", so dass eine Bevorzugung der "Gefährdungshaftung" nicht notwendig sei, beruht auf einem verbreiteten Missverständnis. Vgl. dazu Gómez, Burden of Proof and Strict Liability: An Economic Analysis of a Misconception (2001), http://www.indret.com/ras_articulos/eng/burden_proof.pdf.

⁴³ Sollten künftig für "Micropayments" geeignete Methoden weitere Verbreitung finden, wäre es auch denkbar, dass der jeweilige Geschäftspartner die Befriedigung seines Informations- bzw. Sicherheitsbedürfnisses dadurch selbst finanziert, dass er für die Überprüfung des (kostenlos ausgestellten) Zertifikats mittels Zugriffs auf den Verzeichnisdienst des ZDA an diesen eine Gebühr entrichtet.

⁴⁴ Zur Überlegenheit des verschuldensunabhängigkeit am Beispiel der Wirtschaftsprüferhaftung bei unvollständigen Informationen, kostenintensiven Gerichtsverfahren und risikoaversen Wirtschaftsprüfern vgl. Ewert/Feess/Nell, Auditor liability rules under imperfect information and costly litigation: the welfare-increasing effect of liability insurance, The European Accounting Review 2000, 9:3, 371–385; vgl. grundlegend zur Abwägung zwischen verschuldensabhängiger und verschuldensunabhängiger Haftung schon Shavell, Strict liability versus negligence, The Journal of Legal Studies, Vol. IX, (January 1980), 1–25.

Zu erwartende Auswirkungen einer Verschärfung der ZDA–Haftung

Einschränkung der Angebotspalette statt inkompatibler Produkte

Eine Verschärfung der ZDA–Verantwortlichkeit durch die hier vorgeschlagene verschuldensunabhängige Haftung würde tendenziell nicht dazu beitragen, weitere Akteure auf den Plan zu rufen. Eher wäre eine Einschränkung der den künftigen Verwendern qualifizierter elektronischer Signaturen zur Auswahl stehenden Angebotspalette zu erwarten. Das muss allerdings nicht als Nachteil gesehen werden. Am Höhepunkt der "Internet–Blase" hatten sich vor allem Internet–Service–Provider vom "Signatur–Geschäft" beträchtliche Umsatzzuwächse erhofft. Das vom Richtliniengeber daraufhin verfolgte Konzept, die ZDA–Aufgaben dem freien Wettbewerb zu überlassen und diesen durch möglichst geringe Zugangsbarrieren zu fördern⁴⁵, ging allerdings in der Folge nicht auf. Zum einen wird das seinerzeit erhoffte große "Spektrum neuer Dienste und Produkte im Zusammenhang mit oder unter Verwendung von elektronischen Signaturen" auf dem Markt bis heute nicht zur Verfügung gestellt, zum anderen werden gerade die mangelnde Standardisierung und die daraus resultierende Inkompatibilität der verfügbaren Signaturprodukte als Hemmschuh für die wünschenswerte Verbreitung der Signaturtechnologie gesehen. So kommt die Kommission in ihrem Bericht über die Anwendung der Signatur–RL u. a. zu dem Ergebnis, dass es "anscheinend wenig Interesse von Seiten der Diensteanbieter" gibt, "ihren Kunden die Nutzung ihrer Authentifizierungseinrichtung für andere Dienste zu gestatten"⁴⁶.

In Deutschland, das innerhalb der Europäischen Union noch den fortgeschrittensten Markt für Signaturprodukte aufweist⁴⁷, gibt es außer einer ganzen Reihe von Berufskammern (Bundesnotarkammer, Rechtsanwaltskammern, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüferkammern) betriebener gerade einmal eine Handvoll kommerziell tätiger ZDA⁴⁸, in Österreich gar nur eine einzige. Das — im Vergleich zum optimalen — abgesenkten Haftungsniveau der jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetze hat sich für die "Verbraucher" also auch nicht durch den erhofften Wettbewerb unter den Anbietern günstig ausgewirkt.

Wahrnehmung der Infrastrukturaufgabe durch den Staat

Es ist daher an der Zeit, dem gesamtwirtschaftlichen Infrastruktcharakter elektronischer Signaturverfahren⁴⁹ Rechnung zu tragen und sich darauf zu besinnen, dass es sich dabei um eine staatliche Aufgabe handelt. Wenn man sich schon an eine "real-world metaphor" für den Signaturvorgang klammern möchte, entspricht ihm jene der "Ausweisleistung" wesentlich besser als diejenige der "Unterschrift". Identitätsnachweisfunktion (ggf. nur hinsichtlich des Pseudonyms) kommt der Signatur stets zu, ob es sich gleichzeitig um eine "Unterschrift mit Ausweisleistung" handelt, ergibt sich dagegen erst aus dem Kontext bzw. aus dem Parteiwillen. In der "realen Welt" aber käme niemand auf die Idee, die Ausgabe von Ausweisen, mit denen man seine Identität

⁴⁵ Vgl. Erw. 7 der Signatur–RL (o. FN 9).

⁴⁶ KOM (2006) 120 endg. vom 15.03.2006.

⁴⁷ Vgl. Roßnagel, Elektronische Signaturen mit der Bankkarte? — Das Erste Gesetz zur Änderung des Signaturgesetzes, NJW 2005, 385.

⁴⁸ Vgl. die Liste der Bundesnetzagentur unter http://www.bundesnetzagentur.de/enid/Elektronische_Signatur/Zertifizierungsdiensteanbieter_ph.html.

⁴⁹ Vgl. Roßnagel, Eine konzertierte Aktion für die elektronische Signatur, MMR 2003, 1.

auch bei wichtigen und deshalb formpflichtigen Geschäften nachweisen kann, einem privaten Unternehmer zu überlassen. Nähme der Staat seine Infrastrukturaufgabe im Bereich der elektronischen Signatur wahr, würde schon alleine durch diese Tatsache das mit der Signaturtechnologie angestrebte Vertrauen in den elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr erheblich gesteigert. Es wäre dann auch kein Problem, mit dem systemimmannten Restrisiko einer unverschuldeten Falsch-Zertifizierung nicht mehr den enttäuschten Geschäftspartner des (vermeintlichen) Signaturanwenders, sondern durch die verschuldensunabhängige Ausgestaltung der ZDA-Haftung die öffentliche Hand zu belasten⁵⁰.

Nicht zuletzt ist es für mit Signaturtechnologien noch wenig vertraute Bürger gewiss wesentlich leichter nachvollziehbar, wenn sie ihre Identität im Internet durch Verwendung eines amtlichen Ausweises (z. B. eines scheckkartenförmigen Personalausweises) nachweisen sollen, als wenn dies z. B. durch die Mitgliedskarte eines Swinger-Clubs oder durch eine Bankkarte zu bewerkstelligen ist. Bedauerlicher Weise hat sich der deutsche Gesetzgeber erst kürzlich dazu hinreißen lassen, letzteres zu erleichtern. Das sog. "Signaturbündnis"⁵¹ konnte ihn dazu bewegen, mit dem 1. SigÄndG die Ausgabe von qualifizierten Zertifikaten auf Bank- oder Versicherungskarten dadurch zu erleichtern, dass auf die beim ZDA (im Fall einer Bank z. B. seit der Kontoeröffnung) bereits vorliegenden Identifizierungsdaten zurückgegriffen und auf eine (neuerliche) Identifizierung des Antragstellers unter Vorlage eines Lichtbildausweises verzichtet werden kann. Damit wird dem zentralen Anliegen des SigG 2001, Vertrauen zu schaffen, alles andere als ein guter Dienst erwiesen. Der geplante elektronische Personalausweis sollte hier den Anlass für eine Kurskorrektur bilden.

Resümee

§ 11 SigG 2001 sieht für Schäden, die ein Dritter dadurch erleidet, dass er auf die Angaben in einem qualifizierten Zertifikat vertraut, eine verschuldensabhängige Haftung des ZDA mit umgekehrter Beweislast vor. Diese Form der Haftung ist weder im Hinblick auf die schon für eine verschuldensunabhängige Produkthaftung sprechenden Argumente, noch hinsichtlich ihrer Ausgestaltung als Vertrauenshaftung nach dem Leitbild des § 122 BGB, noch unter ökonomischen Aspekten angemessen und sollte daher von einem künftigen "2. SigÄndG" durch eine verschuldensunabhängige ZDA-Haftung ersetzt werden. Überdies empfiehlt es sich zur Steigerung des Vertrauens in den elektronischen Rechts- und Geschäftsverkehr, die Etablierung der "Public Key Infrastructure" tatsächlich als staatliche Infrastrukturaufgabe wahrzunehmen und die Zertifizierung vorrangig durch Behörden, insb. auf dem künftigen elektronischen Personalausweis, durchführen zu lassen.

Dass es bislang — soweit ersichtlich — noch keinen einzigen Haftungsfall auf der Grundlage von § 11 SigG 2001 gab, darf nicht dazu verleiten, am suboptimalen ZDA-Haftungsmodell festzuhalten. Während derzeit eine noch recht dürftige Verbreitung von Signaturprodukten zu verzeichnen ist, stehen wahre "Massenanwendungen" knapp vor ihrer Einführung oder sind zumindest in Vorbereitung: Von der KFZ-Zulassung, über An- und Abmeldungen im Melderegister und im elektronischen Han-

⁵⁰ Als Vorbilder dafür, wie Vertrauen in IT-Anwendungen bei staatlichen Infrastrukturaufgaben zu schaffen ist, können z. B. die Regelungen einer verschuldensunabhängigen Haftung in § 7 BDSG und in § 27 des österr. Grundbuchumstellungsgesetzes (BGBl. 550/1980 i. d. F. BGBl. I 128/2004) dienen.

⁵¹ Mitgliederliste unter <http://www.signaturbundnis.de/sigbundnis/mitglieder.htm>.

delsregister bis hin zur elektronischen Fakturierung und zu Bankgeschäften werden wir künftig eine Fülle von "Behördenwegen" und Rechtshandlungen online rasch und kostengünstig mit elektronischen Signaturen unter Zuhilfenahme des elektronischen Personalausweises oder anderer Signaturkarten abwickeln und uns darüber hinaus durch die "elektronische Identität" auch die benutzerunfreundliche und zugleich risikoträchtige Verwaltung dutzender Benutzerkennungen und Passwörter ersparen. Den dafür geschaffenen Rechtsrahmen ständig weiterzuentwickeln um ihn an geänderte Gegebenheiten, Erfahrungen und Erkenntnisse anzupassen, ist eine lohnende gesetzgeberische Herausforderung!

Multinationale produktsicherheitsrechtliche Selbstanzeigen bei Behörden — der industrielle Preis für die Globalisierung des Warenvertriebs?

von Thomas Klindt

I. Einleitung

Deutsche Industrieunternehmen vertreiben seit Jahrzehnten und mit zunehmendem Volumen im europäischen wie außereuropäischen Ausland Waren und Güter aller Art. Der Eintritt in eine fremde Vertriebsregion ist dabei ersichtlich immer auch der Eintritt in eine fremde Rechtsregion; die mannigfaltigen Unterschiede staatlicher Gesetzgebung in Fragen des Arbeits-, Kartell-, Kauf- oder Haftungsrechts sind bekannt und industrieloser Anstoß für eine Vielzahl rechtlicher Harmonisierungsbemühungen aller Art.

Im Bereich des Produktvertriebs ist schon zu den hohen Zeiten europapolitischer Aufbruchsstimmung unter Jacques Delors die Intensivierung der Bemühungen um den Abbau nationaler technischer Handelshemmisse durch den *New Approach* als einer der wesentlichen Freiheitsverwirklichungen eines wirklichen europäischen Binnenmarktes identifiziert worden.¹ Die mittlerweile über 20 EG-Richtlinien, die mit einer CE-Kennzeichnung arbeiten,² sind ein beredtes, wenn auch nicht das einzige Zeichen für den Erfolg europäischer Rechtsharmonisierung.³

Die Vereinheitlichung der produkt- bzw. phänomenbezogenen⁴ Anforderungen an Fragen des technischen Designs, der Produkt- und Herstellerkennzeichnung oder etwa der Beigabe von Bedienungsanleitungen ist dabei eine Harmonisierung *in der Sache* — eine Harmonisierung *im Verfahren* hat indes ebenfalls stattgefunden, wenn man etwa an den MODUL-Beschluss⁵ und damit an Fragen der EG-Konformitätserklärung und des gesamten Konformitätsbewertungsverfahrens denkt.

II. Die Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG

Abgesehen von spezialrechtlichen Vorläufern im medizinproduktgerechtlichen Bereich

¹ Illustrativ Langner, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Teil C VI; Roßnagel, DV-Bl. 1996, 1181.

² Insgesamt abgedruckt bei Berghaus/Langner/Klindt, Das CE-Zeichen, München, Stand: 8/2005.

³ Interessant zu den Schnittstellen zwischen Beschaffenheitsanforderungen und Betriebssicherheitsanforderungen Kothe, in: Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder (Hrsg.), Technische Regeln im Umwelt- und Technikrecht (Bd. 86) 2005, 119 ff.

⁴ Da die elektromagnetische Verträglichkeit (EMV) trotz ihrer Sicherheitsimplikationen kein Produkt betrifft, sondern sich vielmehr mit einem Wirkungs- "Phänomen" befasst, soll diese Formulierung hier gestattet sein; zum EMVG vgl. Klindt, NJW 1999, 175.

⁵ Beschluss des Rates über die in den technischen Harmonisierungsrichtlinien zu verwendenden Module für die verschiedenen Phasen der Konformitätsbewertungsverfahren und die Regeln für die

ist mit der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG,⁶ die die Vorgängervorschrift der ersten Produktsicherheitsrichtlinie 92/59/EWG — in der Bundesrepublik umgesetzt durch das Produktsicherheitsgesetz von 1997 (ProdSG)⁷ — ablöste, daher auch im Hinblick auf eine Vielzahl von verfahrensrechtlichen Anforderungen für die industrielle Warenproduktionsgesellschaft Neuland betreten worden. Die in der öffentlichen Wahrnehmung wohl noch immer unterschätzte Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG, deren Umsetzung in den EG–Mitgliedstaaten (bis auf die deswegen von der Kommission wegen Vertragsverletzung verklagten Mitgliedstaaten Holland und Luxemburg⁸) als abgeschlossen anzusehen ist, hat in gleich mehrerer Hinsicht sehr moderne gesetzgeberische Steuerungsaspekte.

1. Prozess–Steuerungselemente im europäischen Verbraucherschutzrecht

So werden neben neuen produktbezogenen Anforderungen (z.B. die Angabe des Herstellers und seiner Adresse auf Produkt oder Verpackung, die Identifizierbarkeit des Produkts innerhalb von Chargen etc.) mit der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG erstmals organisationsbezogene Vorgaben im Sinne eines *Compliance-Managements* an die Industrie fixiert; das europäische Produktsicherheitsrecht bekämpft potentielle Gefahrenlagen nunmehr auch durch Prozesssteuerung.

Rückrufmanagement

Hierzu zählt etwa Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 3 EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/-EG, der folgendes regelt:

"Die Hersteller haben ferner im Rahmen ihrer jeweiligen Geschäftstätigkeit Maßnahmen zu treffen, die den Eigenschaften der von ihnen gelieferten Produkte angemessen sind, damit sie im Stande sind,

- a) die etwaigen von diesen Produkten ausgehenden Gefahren zu erkennen,
- b) zu deren Vermeidung zweckmäßige Vorkehrungen treffen zu können, erforderlichenfalls einschließlich der Rücknahme vom Markt, der angemessenen und wirksamen Warnung der Verbraucher und des Rückrufs beim Verbraucher."

Das damit produktsicherheitsrechtlich angesprochene Rückrufmanagement,⁹ dessen firmeninterner Implementierung es bedarf, ist (abgesehen von versicherungsrechtlichen Vorgaben und der dort längst bekannten Notwendigkeit beim Abschluss von Rückrufkosten–Deckungen) eine typische Form rein organisationsbezogener Schutzworkehrungen für den Verbraucher- und Kundenkreis und hat mit genuinen Sicherheitsanforderungen an das technische Design nichts mehr zu tun.

Anbringung und Verwendung der CE–Konformitätskennzeichnung (Modul–Beschluss) v. 22.7.1993, ABl.EG Nr. L 220 S. 23.

⁶ Dazu Klindt, PHi 2002, 2; zum ehemaligen Richtlinienentwurf ders., ZRP 2000, 419.

⁷ Ausführlich Klindt, Produktsicherheitsgesetz, München 2001.

⁸ Dazu jetzt EuGH, ABl. EG Nr. C 131 Seite 48.

⁹ Ausführlich Klindt/Popp/Rösler, Rückrufmanagement, Berlin 2006.

Selbstanschwärzungspflicht

Die EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG hat eine weitere Pflicht eingeführt, für die sich Begriffe wie "Selbstanschwärzung"¹⁰, "Selbst–Mitteilung" oder der indes durch Verwendungen im Steuerrecht (§ 371 AO) bereits belegte Begriff der "Selbstanzeige"¹¹ etabliert haben.

a) Richtlinievorgaben

Nach Art. 5 Abs. 3 der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG gilt:

"Wenn die Hersteller und Händler anhand der ihnen vorliegenden Informationen und als Gewerbetreibende wissen oder wissen müssen, dass ein Produkt, das sie in Verkehr gebracht haben, für den Verbraucher eine Gefahr darstellt, die mit der allgemeinen Sicherheitsanforderung unvereinbar ist, haben sie unverzüglich die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Anhangs I zu informieren; insbesondere informieren sie die Behörden über Vorkehrungen, die sie zur Abwendung von Gefahren für die Verbraucher getroffen haben."

Die Einzelheiten dieser Informationspflicht in Anhang I werden von der Kommission nach dem Verfahren des Artikels 15 Abs. 3 angepasst."

Die nach Art. 21 der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG notwendige Umsetzung in den nationalen EG–Mitgliedstaaten ist in Deutschland durch § 5 Abs. 3 des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes (GPSG) und etwa in Österreich durch § 7 Abs. 4 des dortigen Produktsicherheitsgesetzes (PSG 2004)¹² erfolgt.

b) Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland

Eng angelehnt an den europäischen Richtlinientext und ergänzt um eine fragwürdige,¹³ im Bedeutungsinhalt auch unklare strafrechtliche Passage lautet dieser § 5 Abs. 2 GPSG:

"Der Hersteller, sein Bevollmächtigter und der Einführer haben jeweils unverzüglich die zuständigen Behörden nach Maßgabe von Anhang I der Richtlinie 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3.12.2001 über die allgemeine Produktsicherheit (Amtsblatt EG Nr. L 11 Seite 4) zu unterrichten, wenn sie wissen oder anhand der ihnen vorliegenden Informationen oder ihrer Erfahrung eindeutige Anhaltspunkte dafür haben, dass von einem von ihnen in Verkehr gebrachten Verbraucherprodukt eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit von Personen ausgeht; insbesondere haben sie über Maßnahmen zu unterrichten, die sie zur Abwendung dieser Gefahr getroffen haben. Eine Unterrichtung nach Satz 1 darf nicht zur strafrechtlichen Verfolgung des Unterrichtenden oder für ein Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Unterrichtenden verwendet werden."

¹⁰Geiß/Doll, GPSG, § 5 Rn. 56; Klindt/von Locquenghien/Ostermann, GPSG, S. 31; Wilrich, GPSG, § 5 Rn. 29.

¹¹So bei Moelle/Mecklenbrauck, PHi 2003, 210 [214]; Moelle, StoffR 2004, 178 [184]; Fluck/Sechting, DVBl. 2004, 1392 [1396]; Hoeren/Ernstschneider, MMR 2004, 507 [511]; Potinecke, DB 2004, 55 [58] spricht von "Anzeigepflicht".

¹²Öster. BGBl. Teil I v. 1.4.2004, S. 1.

¹³Zweifelnd auch Moelle/Mecklenbrauck, PHi 2003, 210 [214 Fußn. 63]; Moelle, StoffR 2004, 178 [185];

Sowohl nach der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95 als auch nach § 5 Abs. 2 GPSG ist mithin im Rahmen der behördlichen Meldung auch Anhang I der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG zu berücksichtigen, der Erfordernisse hinsichtlich der Information über nicht der allgemeinen Sicherheitsanforderung entsprechender Produkte enthält, die die Hersteller und Händler den zuständigen Behörden übermitteln müssen. Nach Anhang I ist de jure zusätzlich zu beachten:

1. *Die Informationen, die in Artikel 5 Abs. 3 oder ggf. im besonderen, für das betreffende Produkt geltenden Gemeinschaftsvorschriften genannt werden, werden den dafür zuständigen Behörden in den Mitgliedstaaten übermittelt, in denen die betreffenden Produkte in Verkehr gebracht werden oder wurden bzw. anderweitig an Verbraucher geliefert werden oder wurden.*
2. *Die Kommission legt mit Unterstützung durch den Ausschuss des Artikels 15 den Inhalt und die Standardform der in diesem Anhang vorgesehenen Meldungen fest, wobei sie für die Wirksamkeit und das ordnungsgemäße Funktionieren des Systems Sorge trägt. Sie gibt insbesondere — ggf. in Form eines Handbuchs — einfache und klare Kriterien zur Festlegung der besonderen Bedingungen vor, insbesondere im Zusammenhang mit seltenen Produkten oder Umständen, unter denen die Meldung im Hinblick auf diesen Anhang nicht erheblich ist.*
3. *Im Falle einer ernsten Gefahr erstrecken sich diese Informationen zumindest auf:*
 - a) *Angaben, die eine genaue Identifizierung des betreffenden Produkts oder Produktpostens erlauben;*
 - b) *eine umfassende Beschreibung der von den betreffenden Produkten ausgehenden Gefahr;*
 - c) *sämtliche verfügbaren Informationen, die zur Rückverfolgung des Produkts beitragen können;*
 - d) *eine Beschreibung der Maßnahmen, die ergriffen wurden, um Gefahren für die Verbraucher abzuwenden.*

Die in Anhang I Ziff. 3. normierten, dezidierten Vorgaben für die dreistufige¹⁴ Untergruppe der ernsten Gefahren ("serious risks") verstehen sich allein in Korrespondenz zu Art. 12 Abs. 1 der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG, denn nur bei den dezidiert erwähnten "ernsten Gefahren" ist (auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht) eine Meldung im RAPEX–Verfahren vorgesehen und zulässig. Die aus der RAPEX–Meldung entstehende Veröffentlichung im RAPEX–Meldesystem, das im Internet jederzeit einsichtig ist, setzt bestimmte Angaben voraus, um die transparente Publikation vorbereitet zu wissen.

III. Rechtsbefolgung durch Rechtsunterworfen

Wie sieht nun der notwendige Selbstvollzug durch rechtstreue Inverkehrbringer aus, wenn sie erkennen, dass von ihnen in den Verkehr gebrachte Produkte einem pro-

Littbarski, VersR 2005, 448 [456].

¹⁴ Low risks, moderate risks, serious risks.

duktsicherheitsrechtlichen relevanten und daher Meldepflichten auslösenden Mangel besitzen?

1. "Inselvertrieb": nur Deutschland

Die Situation stellt sich größtenteils als leidlich klar, rechtlich unproblematisch und in der Praxis beherrschbar heraus, soweit und solange das Inverkehrbringen lediglich in dem Mitgliedstaat erfolgt ist, in dem der Inverkehrbringer auch mit seiner Unternehmensniederlassung sitzt.

Beispiel: Das in Deutschland ansässige Unternehmen A hat eine unsichere Charge eines konzeptionell sicheren Produkts nur in der Bundesrepublik Deutschland in den Verkehr gebracht.

In einem solchen Fall ist nach § 5 Abs. 2 GPSG eine unverzügliche Meldung unter Beachtung der Maßgaben von Anhang I der EG-Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG vorzunehmen. Dies hat gegenüber der — wie es das GPSG lapidar schreibt — "zuständigen Behörde" zu erfolgen. Damit ist sowohl die funktionelle wie die örtliche Zuständigkeit i.S.d § 3 VwVfG gemeint.

In der Praxis verstecken sich hier allerdings durchaus tückische Probleme, die nur angedeutet sein sollen: Eine Vielzahl von Produkten unterliegt dem GPSG–Vollzug über § 1 Abs. 3 GPSG insoweit, als vorhandenes Spezialrecht Lücken offen lässt, in denen eine spezialrechtliche Umsetzung der EG–Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG nicht (vollständig) erfolgt ist, obwohl die spezialrechtliche Materie auch Verbraucherprodukte i.S.d. § 2 Abs. 3 GPSG erfasst; ergänzend muss dann wegen § 1 Abs. 3 GPSG das GPSG für die europarechtskonforme Umsetzung der produktsicherheitsrechtlichen Vorgaben aus der Richtlinie 2001/95/EG sorgen. Viele Spezialgesetze haben nun die hier skizzierte behördliche Meldepflicht nicht installiert, so dass mangels spezialrechtlicher Bestimmung insofern häufig § 5 Abs. 2 GPSG ergänzend zur Anwendung kommt und — allein — die Informationspflicht des Inverkehrbringers gegenüber der Marktüberwachungsbehörde regelt.

Dann kann es jedoch für den Hersteller, der bis dato nie aktiv mit einer für ihn zuständigen Marktüberwachungsbehörde zu tun haben musste, zu einem erheblichen Problem werden, die im produktsicherheitsrechtlichen Behördenvollzug für ihn zuständige Stelle zu ermitteln: Es gibt dazu weder Durchführungsverordnungen auf Landesebene, die eine abschließende Auflistung anbieten, noch informelle Papiere auf Bundes- oder Landesebene. Mit Distanz zu Einzelfragen ist diese Regelungslücke behördlicher Zuständigkeits–Mitteilungen rechtsstaatlich problematisch, weil der Staat seinen Rechtsunterworfenen eine aktive Kommunikationspflicht gegenüber einer Behörde auferlegt, aber die konkrete Antwort darüber, wer diese Behörde ist, offenbar verweigert. Zur klarstellenden Erinnerung: das Produktsicherheitsrecht arbeitet via Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt; es gibt daher für den abstrakt Rechtsunterworfenen keinerlei Obliegenheit, von sich aus, unaufgefordert und vor allem fehlerfrei die für ihn zuständige Behörde zu ermitteln und zu kennen, bevor diese jemals mit einem verbotsvorbereitenden Amtsermittlungsverfahren auf ihn zukommt. Sollte — wie zuweilen inoffiziell zu vernehmen ist — hinter diesem legislativen Schweigen die (in der Tat nicht unberechtigte) Befürchtung stehen, auf gesetzgeberischer Seite könne man möglicherweise bei der Auflistung positivrechtlicher Zuständigkeiten den einen oder anderen Zuständigkeitsbereich spezialrechtlicher Regelungsmaterie übersehen oder gar

zuständigkeitsrechtlich falsch identifizieren, so zeigte dies nur um so schlaglichtartiger auf, welchem Ermittlungsproblem sich erst der Rechtsunterworfenen gegenüber sehen muss — und das, obwohl der Staat von ihm will, dass er sich selbst und sein Produkt gegenüber den Behörden zu diskreditieren habe. Das Ganze ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht eines Rechtsstaats nicht würdig.

Sieht man von diesen Problemen ab, bestehen indes keine kategorischen Schwierigkeiten im Vollzug der behördlichen Meldepflicht nach § 5 Abs. 2 GPSG.

2. "Inselvertrieb": nur ein EG-Mitgliedstaat

Ebenfalls noch relativ unkritisch sind Fälle, in denen ein Inverkehrbringer den Vertriebsmarkt regional auf einen fremden EG-Mitgliedstaat eingrenzen kann.

Beispiel: Der in Deutschland ansässige Inverkehrbringer stellt fest, dass die allein von ihm (bzw. seiner Vertriebsgesellschaft) in Österreich in Verkehr gebrachte Charge fehlerbehaftet ist.

Die Meldung hat hier ausschließlich in Österreich nach dem österreichischen Produktsicherheitsgesetz¹⁵ (dort § 7 Abs. 4 GPSG) zu informieren und dazu die hierfür zuständigen Behörden zu ermitteln.

3. "Inselvertrieb": nur USA

Schon wesentlich elektrisierender wird der Vertriebskontakt in das US-amerikanische Ausland.

Beispiel: Der in Deutschland ansässige Inverkehrbringer hat sein unsicheres Produkt auch auf den US-amerikanischen Markt geliefert.

Für Verbraucherprodukte (*consumer products*) gilt im US-amerikanischen Bereich der *Consumer Product Safety Act* (CPSA), der von der *Consumer Product Safety Commission* (CPSC) behördlich überwacht wird. Nach section 15 der CPSA sind Hersteller, Händler und Importeure verpflichtet,¹⁶ die CPSC angemessen zu informieren, wenn sie Kenntnis eines Produktfehlers haben, der eine erhebliche Gefährdung darstellen kann, d.h. dann, wenn ein Produkt einen Fehler mit einem schwerwiegenden Sicherheitsrisiko

¹⁵ Bundesgesetz zum Schutz vor gefährlichen Produkten — PSG 2004, BGBl. I v. 1.4.2005, S. 1.

¹⁶ Every manufacturer of a consumer product distributed in commerce, and every distributor and retailer of such product, who obtains information which reasonably supports the conclusion that such product

- (1) fails to comply with an applicable consumer product safety rule or with a voluntary consumer product safety standard upon which the Commission has relied under section 9;
- (2) contains a defect which could create a substantial product hazard described in subsection (a)(2); or
- (3) creates an unreasonable risk of serious injury or death,

shall immediately inform the Commission of such failure to comply, of such defect, or of such risk, unless such manufacturer, distributor, or retailer has actual knowledge that the Commission has been adequately informed of such defect, failure e to comply, or such risk.

aufweist (*defect in a product that could create substantial product hazard, or an unreasonable risk of serious injury or death*). Als "unreasonable risk of serious injury" gilt eine Verletzung, die eine stationäre Behandlung der Verunfallten notwendig macht, wie z.B. gravierende Schnittverletzung, erhebliche Verbrennung o.ä. Dem Anzeigepflichtigen wird nach US-amerikanischen Verbraucherschutzrecht ein angemessener Zeitraum für die Untersuchung des Problems zugestanden, allerdings wird eine umgehende Information an die CPSC (innerhalb von 24 Stunden) erwartet, sobald eine Entscheidung zur Risikoeinschätzung vorliegt. Verstöße gegen die Berichtspflicht können mit empfindlichen Geldbußen bis zu 5 Mill. US-Dollar und strafrechtlicher Verfolgung geahndet werden.

Dies zwingt übrigens dazu, unternehmensintern im Compliance-Management vernünftige Reporting-Systeme vorzuhalten, wenn es um die beabsichtigte Einhaltung der Meldepflichten geht.

4. Problemfall: EG-weite Auslieferung

Kritischer und kulminativer Gegenstand dieser kurzen Betrachtungen¹⁷ sind indes die Fälle, in denen ein Inverkehrbringer — typischerweise in Form sich global diversifizierenden Warenvertriebs — sein Produkt sowohl im europäischen Sitzort-Land als auch in anderen EG-Mitgliedstaaten und zudem mit dem identischen, der gesamten Serie/Charge anhaftenden Sicherheitsmangel in Verkehr gebracht hat.

Beispiel: Der in Deutschland ansässige Inverkehrbringer bringt sein unsicheres Produkt sowohl in Deutschland als auch, (ggf. bei Vertriebsgesellschaften, ggf. über eigenständige Fertigungsgesellschaften) in allen 24 weiteren EG-Mitgliedstaaten in Verkehr.

Wie stellt sich diese Situation innerhalb der EU dar?

a) Forderungen der Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG

Bereits ein unbeeinflusster Blick in Art. 5 Abs. 3 der Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG zeigt, dass nicht etwa eine einzige Meldung an eine koordinierende und die Weitervermittlung organisierende Behörde ausreichend erscheint; vielmehr wird von parallelen Meldungen in allen Vertriebsstaaten auszugehen sein. Im Wortlaut ("...die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten ... zu informieren") ist von einem Plural die Rede, der prima vista eine gleichzeitige Mehrfach-Information der einzelnen Behörden erzwingt. Die alternativ denkbare Variante einer isolierten Meldung bei der dafür zuständigen Behörde am Sitz des Inverkehrbringers hätte eine andere Formulierung nahe gelegt. Im Beispielsfall spricht also bereits die EG-Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG selbst dafür, dass der deutsche Inverkehrbringer neben seiner Meldung nach § 5 Abs. 2 GPSG an die deutsche Behörde in allen weiteren 24 EG-Mitgliedstaaten, gestützt auf die dort jeweilige Umsetzung der EG-Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG, über seine Vertriebs- und/oder Produktionsgesellschaften eine identische Meldung abzugeben hat. Bei Lichte betrachtet werden daher 25 nationale Marktüberwachungsbehörden, deren Zuständigkeit analog dem deutschen GPSG erst noch mit erheblichem Aufwand zu ermitteln sein wird, mit einer gleichen Meldung informiert.

¹⁷ Vgl. auch Hagena/Freeman/Volz, BB 2005, 2591.

Weder erscheint es nach dem Richtlinientext ausreichend, die "Quell-nächste" Behörde am Sitzort des Inverkehrbringers als Hersteller zu informieren, noch ist es gar ausreichend, den deutschen Richtlinienvertreter für die entsprechende EG-Richtlinie zu informieren.

b) Forderungen des deutschen GPSG

Dieser Befund wird auch durch einzelne nationale Umsetzungsvorschriften bestätigt:

Bereits das deutsche GPSG zeigt in § 5 Abs. 2 GPSG spiegelbildlich, dass nicht nur der Hersteller, sondern auch der Einführer (Importeur) einer solchen Meldepflicht unterliegt, also auch das deutsche Recht im Falle einer enttarnten Unsicherheit EG-ausländischer Inverkehrbringer eine isolierte Meldung erwarten würde und sich nicht mit der Möglichkeit einer amtseitigen Weitergabe anderswo gemeldeter Sicherheitsbedenken begnügt. Ergänzend kommt hinzu, dass nach § 5 Abs. 3 S. 2 GPSG die Pflicht zur behördlichen Selbstanschwärzung qua Verweisung für Händler entsprechend gilt; mithin sind reine Händler ergänzend der Meldepflicht unterworfen.

c) Forderungen des österreichischen PSG

Auch § 7 Abs. 4 des österreichischen PSG erwartet die behördliche Information von jedem Inverkehrbringer, der geschlechtlich sprachneutral in § 3 Nr. 7 PSG als "Hersteller, Importeure/Importeurinnen, Händler/Händlerinnen" umfassend definiert ist.

d) Forderungen der britischen GPS-Regulations

Als letztes sei ein vergleichender Blick auf die britische Umsetzung geworfen: Am 1.10.2005 sind die General Practise Safety Regulations 2005 in Kraft getreten.¹⁸ Nach Regulation Nr. 9 gilt

subject to paragraph (2), where our producer or our distributor knows that the product he has placed on the market or supplied poses risks to the consumer that are incompatible with the general safety requirement, he shall forthwith notify an enforcement authority in writing of that information and —

- (a) ...
- (b) *where the products is being or has been marketed or otherwise supplied to consumers outside the United Kingdom, of the identity of each Member State in which, to the best of his knowledge, it is being or has been marketed or supplied.*

Es zeigt sich bereits jetzt der Befund, dass die von der Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG selbst nahe gelegte Leseart in sämtlichen nationalen Vollzugsvorschriften gleichfalls umgesetzt ist und isolierte Behördenmeldungen verlangt werden.

Inverkehrbringer mit multinationalem Warenvertrieb haben damit — und zwar trotz einer Harmonisierung der zugrunde liegenden Sicherheitsvorschriften der Sache nach

¹⁸ dazu Vorpeil, VersRAI 2006, 13 ff.

— in verwaltungsverfahrensrechtlicher Hinsicht keine erleichterte Harmonisierung auf ihrer Seite. Sie sind vielmehr gehalten, wie bei einem nationalstaatlich zersplitterten Binnenmarkt isolierte Einzelmeldungen jeweils dem Unverzüglichkeits-Gebot folgend gegenüber den im Übrigen noch zu ermittelnden Nationalbehörden abzugeben.

Dies ist mit etwas Distanz zu Einzelfragen ein industriepolitisch wie europapolitisch unbefriedigender Zustand, der einer in schnellen Entscheidungsintervallen agierenden, sich multinational diversifizierenden Wirtschaft in keiner Weise mehr gerecht wird.

e) Empfehlungen der Kommissions-Leitlinien

Die Situation wird auch in europarechtlicher Hinsicht nicht dadurch einfacher, dass die — rechtsunverbindlichen — *Leitlinien für die Meldung gefährlicher Verbrauchsgüter bei den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten durch Hersteller und Händler nach Artikel 5 Abs. 3 der Richtlinie 2001/95/EG*¹⁹, die die Kommission verabschiedet hat, dieses Tohuwabohu dezidiert verhindern wollten. In den Leitlinien wird nämlich (vgl. S. 12) die Möglichkeit ausdrücklich eingeräumt, nur an die Behörde des Staates, in dem der meldende Inverkehrbringer ansässig ist, die behördliche Meldung abzugeben, wenn (*sic!*) diese Behörde dann willens ist, die Information der anderen Marktüberwachungsbehörden zu übernehmen.²⁰ Diese Einwilligung gerichtsfest dokumentiert zu erhalten, müsste also mindestens Bestreben des meldenden Inverkehrbringers sein.

Einzig das gemäß § 1 Abs. 3 GPSG zum Gesetzesvollzug im Bereich der sicherheitstechnischen Kfz-Vorschriften berufene Kraftfahrt-Bundesamt hat sich in seinem Ende 2005 öffentlich bekannt gemachten *Kodex zur Ausführung des Geräte- und Produktsicherheitsgesetzes (GPSG) bei Straßenfahrzeugen* zu einer vergleichbaren Aussage verstanden, der in der Tat unterstellt werden darf, dass sie die — zukünftige — Verwaltungspraxis abbildet. Nach Ziffer 2.2.10 des GPSG-Ausführungskodex (Allgemeiner Teil) ist nämlich bestimmt:

"Ein in Deutschland ansässiger Produktverantwortlicher muss diese Meldung für den Bereich der Europäischen Union (EU) nur einmal in Deutschland abgeben."

Man wird diese Aussage so lesen dürfen, dass vom Kraftfahrt-Bundesamt in alleiniger Zuständigkeit eine EG-weite Kommunikation vorgenommen und verantwortet wird; diese Aussage gibt das Amt auch auf Nachfrage.

V. Zusammenfassende Bewertung und Ausblick

Einem bekennenden Industrieanwalt sei abschließend der Blick auf die vollzugsrechtliche Praxis noch einmal aus Industriesicht gestattet: Die ohnehin in ihrer Sinnhaftigkeit anzweifelbare Selbstanschwärzungspflicht des § 5 Abs. 2 GPSG führt für international tätige Inverkehrbringer zu einer desaströsen Gesamtsituation im europäischen Binnenmarkt. Von einer bürokratie-freien, schlanken und in einem umfassenden Sinne einen gelebten Binnenmarkt repräsentierenden Wirklichkeit kann nicht die

¹⁹ ABl.EG 2004 Nr. L 381 S. 63.

²⁰ Skeptisch daher auch Hagena/Freeman/Voltz, BB 2005, 2591 [2594].

Rede sein. Statt dessen gilt eine Situation nationaler Informationsbefindlichkeiten, die kombiniert mit unterschiedlichen Amts- und Verfahrenssprachen, unterschiedlichen Inverkehrbringerstrukturen vor Ort, unterschiedlichen Bearbeitungsabläufen in den schließlich gefundenen, zuständigen Behörden und — dies darf nie vergessen werden — ggf. inhaltlich unterschiedlichen Risikobewertungen der einzelnen Marktüberwachungsbehörden ein gänzlich zersplittertes, uneinheitliches und unvereinbarbares Bild zeigen. Vergleicht man den in Bevölkerungszahl wie volkswirtschaftlichem Wertschöpfungsvolumen wohl vergleichbaren US-amerikanischen Markt einerseits mit dem europäischen Binnenmarkt andererseits, so zeigen sich die Unterschiede in aller Deutlichkeit — und es zeigt sich vielleicht auch die etwas überstürzt-naive Imitation dortiger behördlicher Meldepflichten auf das Binnenmarktrecht: Ist dort allein an eine einzige Bundesbehörde namens CPSC zu melden und damit der gesamte US-amerikanische Rechtsmarkt erfasst, steht der vergleichbare europäische Inverkehrbringer vor dem Scherbenhaufen einer über die europäische Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG implementierten Verfahrensanweisung, die ihn zu 25 isolierten Meldeverfahren zwingt. Damit ist weder dem postulierten Verbraucherschutz in irgendeiner Weise gedient noch rechtlich wie atmosphärisch Werbung für einen auch auf Industrieseite ernst zu nehmenden Anspruch an Produktsicherheit gedient. Vielmehr zeigt sich die europäische Kakophonie von ihrer unschönsten, nämlich verwaltungsverfahrensrechtlichen Seite.

Letztlich, und dies ist in Anbetracht des hehren Anspruchs eines europäischen Binnenmarktes ein ausgesprochen ernüchternder Befund, stellt sich die Umsetzung der behördlichen Selbstanschwärzungspflicht nach Art. 5 Abs. 3 Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95/EG daher für den Inverkehrbringer nicht anders dar, als wenn er nicht in einem europäischen Binnenmarkt, sondern im Nebeneinander zersplitterter Nationalstaaten leben würde: Er muss eine — zufällig sachidentische — Pflicht 25-mal erfüllen.

Es bleibt zu hoffen, dass dieser Sachstand letztlich auch über Druck der darunter leidenden Industrie politisch mit der gebotenen Deutlichkeit wahrgenommen wird, um überlegenere Lösungen zu finden. Wenn die USA sie (erneut) vormachen sollten, kann die Antwort nur in einer gesetzlich benannten, EG-weit einheitlichen Meldezuständigkeit liegen.

Haftungsstrukturen in der Industriegesellschaft und Arbeitnehmerhaftung

von Karl Linnenkohl

I. Begriff der "Industriegesellschaft"

Dass Alles im Flusse sei (*panta rhei*), ist eine aus der Antike überlieferte Erkenntnis. Dies gilt auch für unsere ökonomischen und gesellschaftlichen Bedingungen sowie für die damit in einem Wechselverhältnis stehenden Rechts- und Gesetzesnormen.¹ Zur Zeit befinden sich die Industriegesellschaften der entwickelten Industrieländer im Übergang zur "Informationsgesellschaft". Im beginnenden 21. Jahrhundert bestimmen naturwissenschaftliche und technische Erfindungen sowie Innovationen unser Schicksal. Diese These wird durch den sog. "Kondratieff-Effekt"² gestützt. Hiernach kommt es alle fünfzig Jahre aufgrund technologischer Entwicklungssprünge zu einem umfassenden zivilisatorischen Umbruch und neuen Zeitalter. Der Rechner als Symbol der Wissensgesellschaft wird damit zum Fanal des Prozesses der "schöpferischen Zerstörung", der "creative destructions". Nach Schumpeter ist dies zwar das wesentliche Faktum des Kapitalismus. Es lässt sich aber auch auf die allumfassenden, insbesondere ökonomischen Auswirkungen der Informationstechnologie anwenden.³

II. Begriff der Haftungsstrukturen in der "Übergangs"-Gesellschaft

"Die Industriegesellschaft im Übergang zur Informationsgesellschaft ist differenzierter, die Konflikte sind komplexer geworden. Haftungsrecht hat es nicht mehr (und hatte es schon seit der Industrialisierung nicht mehr) mit einfachen — quasi strafrechtlichen — Täter–Opfer–Beziehungen zu tun."⁴ Akteure in diesen hoch differenzierten westlichen Gesellschaften sind Unternehmen, die u. a. Informationen verbreiten, Manager als Entscheidungsträger sowie Arbeitnehmer als Ausführende.⁵

III. Begriff der Haftung

Der Ausdruck "Haftung" wird nicht einheitlich verwandt.⁶ Unter Haftung soll hier das "Einstehenmüssen" für entstandene Schäden verstanden werden. Im Vordergrund

¹ Linnenkohl, BB 2001, 42.

² Derselbe (Fußn. 1), S. 43 Fußn. 11.

³ Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 3. Aufl., 1950, S. 114, 138. Zum "Kondratieff-Effekt" s. Nefiodow, Der fünfte Kondratieff, Ffm/Wiesbaden, 1991 sowie Bress, Technikgeschichte Bd. 43 (1976) Nr. 2, S. 135, 149. Nagel, Die Eigenarbeit der Zisterzienser, Marburg 2006, S. 83ff. verneint die Frage, ob die Zisterzienser Vorboten des Kapitalismus gewesen seien, weil bei ihnen nicht die Erwirtschaftung von Geld (G-W-G), sondern die Warenproduktion (W-G-W) vorrangig war (S. 92).

⁴ Brüggemeier, Prinzipien des Haftungsrechts, 1. Aufl., Baden-Baden, 1999, S. 22.

⁵ Derselbe (Fußn. 4), S. 22.

⁶ Brox/Walker, Allg. Schuldrecht, 29. Aufl., München 2003, § 2 Rn. 19 ff., S. 14 f.

hierbei steht neben dem vertraglichen vor allem das deliktische Schadensrecht in Form der "außerkontraktlichen Obligation (obligationes ex delicto)".⁷ Neben schuldhaft herbeigeführter Leistungsstörung geht es um die Frage der Haftung für Verletzung fremder Rechtsgüter i.S. einer "Integritätsverletzung" (§ 241 II BGB). Hierzu gehören u. a. Aufklärungs- und Mitteilungspflichten, wie sie aus der Aufnahme von Vertragsverhandlungen bzw. der Anbahnung eines Vertrags entstehen (§ 311 II, III BGB). Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat damit die bereits zu der Lehre vom Verschulden bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) entwickelten Rechtsgrundsätze gesetzlich anerkannt. Die Schadensersatzpflicht folgt aus § 280 I BGB.⁸ Auf die vorvertragliche Haftung des Arbeitnehmers findet die Beweislastumkehr des § 619a BGB keine Anwendung, wenn es z. B. um Leistungsversprechen (§ 311 a II BGB) und nicht um betrieblich veranlasste Tätigkeiten geht, der Grundvoraussetzung für die Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers.⁹

IV. Begriff der Haftungs-"Struktur"

Nach Esser ist die Frage nach der "Struktur" einer Rechtsinstitution "nur eine verdeckte Wertungsfrage mit dem Ansinnen, die Wertung als schon vollzogen hinzunehmen."¹⁰ Dieses wird sichtbar, wenn man die betreffende Institution "umfunktioniert" oder als Aufgabe wahrnimmt. Ein derartiges "Neubegreifen" wird gerade an elementaren Institutionen des Zivilrechts immer wieder vollzogen, "von der Dogmatik des Synallagma-Gedankens über die "Struktur" des Rücktrittverhältnisses bis hin zu den Funktionsgesetzlichkeiten des Bereicherungs- und Haftpflichtrechts ..." und des Schmerzensgelds.¹¹ Dies gilt besonders für herausragende "Spezialmaterien" mit ihrer Einzelgesetzgebung, wie z. B. dem Kartell- und Wettbewerbsrecht; es trifft auf besondere Weise auf das Arbeitsrecht zu, das seine zweckprogrammierten Aufgaben vielfach eindeutig an den entscheidenden Richter weiterreicht.¹²

V. Grundstruktur der Haftung: der objektive Haftungstatbestand

"It needs two to commit a taught." Dieser Satz umschreibt die Grundstruktur, die Anatomie eines Haftpflichtfalles. Es bedarf mindestens zweier Personen, um ein Delikt zu begehen, nämlich eines "Schädigers", eines "Geschädigten" sowie einer Beziehung zwischen beiden, die man als "Kausalität" bezeichnet. Damit ist — jedenfalls nach deutschem Leistungsrecht — der "objektive Haftungstatbestand" gekennzeichnet.¹³

⁷ Esser, Schuldrecht, 1. Aufl., Karlsruhe, 1949, S. 460.

⁸ Heinrichs, in: Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (SMG), Ergänzungsbd. Zur 61. Aufl., München, 2002, § 311 Rn. 4 und 8.

⁹ Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, München, 2002, Rn. 134, 135.

¹⁰ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Ffm, 1972, S. 131.

¹¹ Derselbe (Fußn. 10), a.a.O., Das SMG hat durch § 253 Abs. 2 BGB die Frage des Schmerzengeldes neu thematisiert.

¹² Derselbe (Fußn. 10), S. 160.

¹³ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 43 u. Fußn. 216 auf S. 43.

VI. Hauptfunktionen des Haftungsrechts

– Zur Situation

In den meisten entwickelten Industriestaaten befindet sich das Haftungsrecht in einer schlechten Verfassung.¹⁴ Die Schuldrechtsreform hat das Haftungs- und Schadensrecht weitgehend ausgespart, so dass nach wie vor das "Chaos der Kasuistik", also Intransparenz, vorherrscht.¹⁵ Als Beispiele für richterliche Rechtsfortbildung des Haftungsrechts außerhalb des BGB können die "Produkthaftung" sowie die "Arbeitnehmerhaftung" (s. unten IX) angeführt werden. Zum Modell des außervertraglichen Schadensersatzrechts des BGB gehörte die kleinstädtisch-bäuerlich-handwerkliche Sozialordnung, in der man entweder Vertragskontakte zu anderen hatte oder schädliche Deliktskontakte vermeiden konnte. Das deliktsrechtliche Haftungsmodell des BGB widersprach aber bereits der Realität des ausgehenden 19. Jahrhunderts. Diese war durch das aufkommende Industriezeitalter mit Arbeitsunfällen und in zunehmendem Maße durch Verkehrsunfälle zu Land und in der Luft gekennzeichnet.¹⁶ Leider verabsäumte das 1896 verabschiedete deutsche BGB ein Zivilrecht für "die industrielle Arbeitswelt und die moderne Verkehrsgesellschaft" zu schaffen, weil der Gesetzgeber in Deutschland stärker vergangenheits- als gegenwarts- oder gar zukunftsorientiert war.¹⁷

– Richterrechtliche Erfindung der "Produkthaftung"

Gemeint ist das Urteil des Reichsgerichts vom 25.02.1915¹⁸, die sog. "Brunnensalz"-Entscheidung. Eine Konsumentin von in einer Apotheke gekauftem medizinischen Salz kam zu einem gesundheitlichen Schaden, weil sich feine Glassplitter in dem Salz befanden und sie verklagte das Herstellerunternehmen auf Schadensersatz. Diesen sprach das RG der Klägerin grundsätzlich auf der Basis des § 831 BGB zu, indem es von einer allgemeinen "Oberaufsicht" des Geschäftsherrn ausging, "deren er sich niemals entschlagen und die er auch den sorgfältig ausgewählten Aufsichtsbeamten nicht selbstständig überlassen kann ..."¹⁹ Diese "Oberaufsichtspflicht" des RG verbirgt sich in der Rechtsprechung des BGH als "deliktische Organisationspflicht" und "ist in der Folgezeit von § 831 I nach § 823 I BGB gewandert."²⁰ Somit kommt der "Brunnensalz"-Entscheidung des RG eine besondere Bedeutung als erste grundlegende Produzentenhaftungsentscheidung zu.²¹

– Schadensausgleich und Schadensverhinderung

Die Hauptfunktionen des Haftungsrechts sind der Schadensausgleich (Kompensation)

¹⁴ Dies gilt für die europäischen Zivilrechtskodifikationen, aber auch für das anglo-amerikanische common law, Brüggemeier (Fußn. 4), S. 1 m.w.N.

¹⁵ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 1, 2.

¹⁶ Zur Geschichte: Wiethölter, Rechtswissenschaft, München und Hamburg, 1968, S. 198; zu den haftungsrechtlichen Kodifikationen außerhalb des BGB (vom § 25 Preuß. Eisenbahngesetz 1838 bis zum Gentechnikgesetz 1980) s. Ramm, Einf. i.d. Privatrecht, Allg. T. d. BGB, dtv (1968), § 10 G 55, 56; Brüggemeier (Fußn. 4), S. 83 f., Medicus, Schuldrecht II, 10. Aufl., München 2000, Rn. 869 – 928.

¹⁷ Brüggemeier (Fußn. 14), S. 8.

¹⁸ RGZ 87, 1.

¹⁹ RGZ 87, 4.

²⁰ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 122.

²¹ Derselbe (Fußn. 4), S. 121.

sowie die Schadensverhinderung (Prävention). Ziele sind vor allem der Rechtsgüterschutz sowie die Sicherheit von Produkten und Dienstleistungen.²² Die Steuerungsfunktion der Prävention versagt da, wo die Schadenskosten den Schädiger nicht oder nicht wesentlich treffen, weil ein Haftpflichtversicherungsschutz besteht.²³ Somit hat die Haftpflichtversicherung Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Haftungsfrage: Wer trägt den Schaden? Haftpflichtversicherung und Selbstversicherung ermöglichen den Unternehmern als Schädiger den Schaden über die Preise der Güter und Dienstleistungen zu streuen. Damit übt die "Schadensstreuung" einen starken Anreiz auf den Übergang zur Kausalhaftung aus.

– Zum "Chisma" im Haftungsrecht

Die Kausalhaftung entwickelte sich in den modernen Industriegesellschaften zu einer Alternative zur Verschuldenshaftung. Insoweit verlagerte sich die Zurechnung der Haftung vom Verschuldensprinzip zum Gefährdungspotential des Verursachers. "Wem der Nutzen der neu erschlossenen Naturkräfte zugute kam, sollte auch für durch sie entstehenden Schaden aufkommen (Gefährdungshaftung). Doch sollte die Haftung nicht den Fortschritt selbst gefährden." Dem gemäß wurde die Schadensersatzpflicht sowohl auf den "materiellen Schaden" als auch dem Umfange nach begrenzt.²⁴ Durch die so entstandene Zweispurigkeit von Verschuldens- und Gefährdungshaftung wurde ein "Chisma" im Haftungsrecht angelegt²⁵, und zwar vorbei am BGB. "Die wenigen altväterlichen Fälle, die es als Gefährdungshaftung kennt, sind weitgehend durch Entschuldigungsbeweise dem Culpa-Gedanken eingeordnet. Eine Ermächtigung an den Richter zur Regulierung unverschuldeter Schadensfälle nach sozialen Gesichtspunkten gibt es nur in dem ganz engen Rahmen des § 829, ..."²⁶

VII. Zu den haftungsrechtlichen Problemen

Es lassen sich drei Schwerpunkte der Gefährdungspotentiale einer industriell-technologischen Wachstumsgesellschaft unterscheiden: das Unfallrecht, die Unternehmenshaftung und der Autonomieschutz.

– Zum Unfallrecht

Da die haftungsrechtlichen Strukturen des BGB bereits im Zeitpunkt seines Erscheinens veraltet waren, entwickelte sich das Unfallrecht außerhalb des BGB. "Arbeitsunfälle" als Folge von Bergbau- und Industriearbeit wurden durch die Einführung einer gesetzlichen Unfallversicherung, also durch Ersetzung ziviler Haftung, in 1884 zusammen mit der gesetzlichen Krankenversicherung in 1883 und der Rentenversicherung in 1889, also in Form eines umfassenden Sozialversicherungsschutzes, geregelt.

²²Derselbe (Fußn. 4), S. 3 f.

²³Derselbe (Fußn. 4), S. 4. "Jeder Schaden wird weniger empfindlich sein, wenn er verteilt wird, und muss dann am härtesten wirken, wenn er an einer einzigen Person hängen bleibt." Zitiert bei Brüggemeier (Fußn. 4), S. 5 Fußn. 17.

²⁴Ramm (Fußn. 16), § 10, G 55.

²⁵Wiethölter (Fußn. 16), S. 198; Brüggemeier (Fußn. 4), S. 5.

²⁶Esser (Fußn. 7), S. 461. Zu den generellen Defiziten der gesetzlichen Regelung des Deliktrechts durch

Verkehrsunfälle wurden nach der Jahrhundertwende vom 19. zum 20. Jahrhundert in Gestalt einer Kombinationslösung aus Gefährdungshaftung der KFZ/LKW-Halter und einer obligatorischen Haftpflichtversicherung einer Regelung zugeführt. Dadurch dient das Haftungsrecht letztlich nur noch als Grundlage für einen Schadensausgleich zwischen den Trägern der Sozialversicherung und den privaten Haftpflichtversicherungen.²⁷

- Zur Unternehmenshaftung

Das individuelle Deliktsrecht des BGB passt auf die natürlichen Personen, "die am allgemeinen gesellschaftlichen Verkehr teilnehmen, Sport betreiben, ihre Kinder großziehen und ihre Hunde ausführen. Dieses Deliktsrecht passt nicht auf Unternehmen ... Es geht ... nicht mehr länger um Zurechnung von personellem Fehlverhalten — sondern um Risikozurechnung; um die Haftung für Organisations-, Prozess- und "Systemfehler" ..." ²⁸

Wie oben bereits erwähnt, hat das RG mit seiner "Brunnensalz"- Entscheidung (RGZ 87, 1) die Verschuldenshaftung des § 831 BGB verlassen und damit die Entwicklung von der Auswahlpflicht in § 831 I, S. 2 BGB zur "Verkehrssicherungspflicht" nach § 823 BGB eingeleitet.²⁹ Konsequenter Weise sollte daher der Entlastungsbeweis in § 831 I, S. 2 BGB von der Rechtsprechung aufgegeben werden.³⁰ Im Übrigen lassen sich die Ergebnisse der Rechtsfortbildung präter legem dahin deuten, dass das "Organisationsverschulden" mittlerweile zu einer entpersonalisierten Form von "Systemversagen" geworden ist.³¹ Im Übrigen wäre für die weitere Rechtsfortbildung der Unternehmenshaftungsstrukturen zu bedenken, die Grundgedanken des § 31 BGB, also die Schuldübernahme durch den inkooperierten Geschäftsherrn sowie den der Staatshafung gem. Art. 34 GG (1949) nutzbar zu machen.³²

– Zum Autonomieschutz

Hierbei steht — im Zusammenhang mit den deliktisch geschützten Rechtsgütern — die Herausbildung des "Schutzes von Autonomie und Privatheit".³³ Hiermit leistet das Haftungsrecht einen entscheidenden Beitrag, die "territories of the self" in der Gesellschaft abzustecken. Schon frühzeitig hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) auf der Grundlage der Art. 1 und 2 GG entwickelt.³⁴ Ferner hat das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung zum Volkszählungsgesetz 1983 festgestellt, dass unter den Bedingungen der modernen Datenverarbeitung der Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung und Weitergabe seiner persönlichen Daten von dem APR des Art. 2 I i.V.m Art. 1 I GG umfasst wird. Einschränkungen dieses Rechtes auf "informationelle Selbstbestimmung",

das BGB: Däubler, BGB kompakt, 2. Aufl., München 2003, S. 975 – 993.

²⁷ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 7 ff.

²⁸ Brüggemeier, Vortragstext zum Thema "Unternehmenshaftung — Enterprise Liability", S. 10 f. (www2.Jura.uni-hamburg.de/leBrueggemeier.pdf).

²⁹ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 10, 117.

³⁰ Brüggemeier (Fußn. 28), S. 18.

³¹ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 125.

³² Derselbe (Fußn. 4), S. 112 f.

³³ Derselbe (Fußn. 4), S. 11 f. m.w.N.

³⁴ Kannengießer, in: Schmidt-Bleibtreu-Klein, Kom. z. GG, 9. Aufl., 1999, Art. 2 Rn. 12.

so das BVerfG, seien nur in überwiegendem Allgemeininteresse zulässig.³⁵ Beispielsweise haben die Richter in Abwehr neuer technologischer Zugriffe Autonomiebereiche neu definiert und damit Selbstbestimmung ermöglicht.³⁶ Ein weiteres Aufgabenfeld für die Rechtsprechung ist die Intensiv- und Reproduktionsmedizin.³⁷

VIII. Haftungsrechtswissenschaft

Aufgabe und Funktion einer "modernen" Haftungsrechtswissenschaft soll vor allem eine "Umorientierung" von der einseitigen Bindung an das Gesetz hin zu einem methodisch gesicherten Verhältnis zum Fallrecht sein.³⁸ Somit sind die §§ 823 ff. BGB nur noch ein "ungefährer Entscheidungsrahmen", weil gesellschaftliche "Hochdifferenzierung" eine "Generalität und Formalität des Rechts" ausschließen. "Denn das "wirkliche" Haftungsrecht wird nur noch entfaltet über sozialbereichsspezifische Kasuistik."³⁹ Das Szenario spielt sich auf der Ebene der Gesetzgebung, der Rechtsprechung sowie der Haftungsrechtswissenschaft, also auf einem "Mehr-Ebenen-System" ab.⁴⁰

Der nationale und Gemeinschafts-Gesetzgeber wird immer mehr in Form einer "Nachkodifizierung"⁴¹ tätig. Oder überlässt noch offene, nicht geklärte Fragen der "richterlichen Rechtsfortbildung" oder korrigiert diese. Umgekehrt beobachten wir eine eben solche richterliche Korrektur "missglückter Gesetze" (legislativer Irrtum).⁴² Richter arbeiten vor allem "analogisch", indem sie die Entscheidung im konkreten Einzelfall durch Vergleich und Differenzierung mit Vorentscheidungen treffen. Dabei können sie entweder "systemimmanent" (meist bei den Instanzgerichten) oder "innovativ oder systemerweiternd" urteilen, wie dies bei den höchstrichterlichen Entscheidungen zu beobachten ist.⁴³

Die Haftungsrechtswissenschaft ihrerseits begleitet den kasuistischen Prozess systematisierend und prinzipienorientiert, indem sie auf die Konsistenz und die sachliche Angemessenheit der Rechtsprechung achtet.⁴⁴

IX. Haftungsstrukturen und Situation im Arbeitsrecht

Was für die juristischen Verhältnisse der zivilrechtlichen Haftungsstrukturen im Allgemeinen gilt, trifft im gleichen Maße auf das Arbeitsrecht als Rechtsgebiet und in Sonderheit auf das arbeitsrechtliche Haftungsrecht zu.

Die rechtliche Situation im Arbeitsrecht ist — im Gegensatz zum Sozialrecht mit seinen inzwischen zwölf Büchern umfassenden Sozialgesetzbuch (SGB) — dadurch grund-

³⁵ Schmidt-Bleibtreu (Fußn. 34), Vorb. V. Art. 83 Rn. 16.

³⁶ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 11 m.w.N. Linnenkohl, Betriebliche Informatisierung und Arbeitnehmerschutz, in: Festschrift für Albrecht Gnade, 1992, S. 195 – 223.

³⁷ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 11 u. Fußn. 50.

³⁸ Derselbe (Fußn. 4), S. 21.

³⁹ Derselbe (Fußn. 4), S. 22, 23, 24.

⁴⁰ Derselbe (Fußn. 4), S. 25 f.

⁴¹ "Von der Bindung des Richters an das Gesetz zur Bindung des Gesetzgebers an den Richter".

⁴² Brüggemeier (Fußn. 4), S. 26 u. Fußn. 142, 143.

⁴³ Derselbe (Fußn. 4), S. 25 f.

⁴⁴ Derselbe (Fußn. 4), S. 26.

legend gekennzeichnet, dass Deutschland über kein "Arbeitsgesetzbuch" verfügt.⁴⁵ Stattdessen existieren einige grundlegende Gesetze (z. B. das Betriebsverfassungsgesetz, das Tarifvertragsgesetz) sowie ausgesprochene Spezialgesetze, wie z. B. das Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) sowie das Betriebsrentengesetz (BetrAVG). Letzteres ist eine für das Arbeitsrecht typische "Nachkodifizierung".⁴⁶ Betriebliche Praxis und arbeitsgerichtliche Rechtsprechung leisten Schrittmacherdienste und der Gesetzgeber greift die in der Rechtspraxis entwickelten Prinzipien für seine Kodifizierung auf. Dies gilt z. B. auch für § 14 I TzBfG. Hinzu kommt eine "Rechtszersplitterung" durch eine Vielzahl einzelner über die Privat- und Sozialrechtsordnung verstreuter Einzelvorschriften (z. B. §§ 310 IV, S. 2; 622, 623, 626, 629, 630 BGB; §§ 105 – 110 GewO; §§ 59 – 83 HGB). Der Behindertenschutz weist allein sechsundachtzig verstreute Einzelvorschriften auf.⁴⁷

Gerade im Arbeitsrecht kommt daher der "Leitlinienfunktion" der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BAG eine rechtsprägende Rolle zu. Dabei erlangt die "richterliche Rechtsfortbildung" im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung. So kommen Erwartungen des Gesetzgebers gegenüber der Rechtsprechung u. a. in enumerativen Aufzählungen, wie z. B. beim "sachlichen Grund" i.S.d. § 14 I TzBfG zum Ausdruck. Auch unbestimmte Rechtsbegriffe bedürfen einer "kasuistischen Interpretation". Ein hierfür durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I, 3138) geschaffenes Beispiel stellt das Tatbestandsmerkmal der "im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten" in § 310 IV, S. 2 BGB dar. Hierzu hat das BAG mit Urteil vom 04.03.2004 – 8 AZR 196/03 –⁴⁸ bereits grundlegend entschieden, dass die Vereinbarkeit von *Vertragsstrafen* — entgegen dem Klauselverbot des § 309 Nr. 6. BGB — eine arbeitsrechtliche Besonderheit darstellt.⁴⁹ Auch die richterliche Korrektur "missglückter Gesetze" fällt in die Leitlinienfunktion höchstrichterlicher Rechtsprechung. Ein jüngstes, das Arbeitsrecht betreffendes Beispiel hierfür liefert die Entscheidung des EuGH vom 22.11.2005 – C 144/04 –, mit der er den § 14 III TzBfG für europarechtswidrig erklärt hat, und zwar wegen einer begründungslosen Befristung allein wegen des Lebensalters.⁵⁰

Ein Beispiel für Richterrecht in größerem Umfang ist vor allem das Arbeitskampfrecht. BAG und BVerfG mussten die wesentlichen Grundsätze der Zulässigkeit von Streik und Aussperrung auf der Grundlage von Art. 9 III GG festlegen, weil der Gesetzgeber es bisher versäumt hat, — entgegen seinem gesetzlichen Auftrag — tätig zu werden.⁵¹ Nachdem der Gesetzgeber weitgehend untätig geblieben ist, wurde die Rechtsprechung des BAG zum richterrechtlichen Arbeitskampfrecht der Bundesrepublik.⁵²

⁴⁵ Nach Art. 30 Abs. 1 Nr. 1 des Einheitsvertrags vom 31. August 1990 (am 3.10.1990 in Kraft getreten, BGBl. II, 889) ist es Aufgabe des "gesamtdeutschen" Gesetzgebers, "das Arbeitsvertragsrecht ... möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren." Alle diesbezüglichen Gesetzesvorhaben sind gescheitert, Schaub, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 10. Aufl., 2002, § 3 Rn. 210ff.

⁴⁶ Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 31. Aufl., S. 375 (zur geschichtlichen Entwicklung).

⁴⁷ Der Spiegel Nr. 20/15.5.2006, S. 31.

⁴⁸ BB 2004, 1740 ff.

⁴⁹ Nach Auffassung des BAG spielt aufgrund der fehlenden Vollstreckbarkeit von Arbeitsleistungen (§ 888 Abs. 3 ZPO) eine rechtliche Notwendigkeit für die Vereinbarung von Vertragsstrafen im Vertragsrecht (Hauptargument), BB (Fußn. 48), S. 1744.

⁵⁰ So das BAG v. 26.4.2006 – 7 AZR 500/04 – (Pressemitteilung des BAG Nr. 27/06 in EZA Schnelldienst S. 3 f.) unter Berufung auf EuGH v. 22.11.2005 – C 144/04 – Mangold.

⁵¹ Reichold, Arbeitsrecht, 2002, § 3 Rn. 36 u. § 13.

⁵² Kittner, Arbeitskampf, München 2005, S. 606, 607 f.

Ähnliches gilt für die Haftungsgrundsätze der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers, wenn er im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Arbeitspflicht Schäden des Arbeitgebers oder Dritter zu vertreten hat.⁵³

X. Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers

Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber aus § 280 I BGB wegen pVV geltend machen, wenn der Arbeitnehmer schuldhaft (§ 276 I BGB) und adäquat kausal gehandelt hat. Wegen der "arbeitsrechtlichen Besonderheiten" hat der Gesetzgeber schon im Jahre 1884 die gesetzliche Unfallversicherung eingeführt und damit dem BGB von vornherein einen Teil des Haftungsrechts entzogen nach dem Prinzip "Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz". Dieser gilt sowohl für "Haftungsausschlüsse" des Unternehmers gegenüber Arbeitnehmern, wenn der Arbeitsunfall (§ 8 SGB VII) auf sein Verschulden zurückzuführen ist (§ 104 SGB VII), als auch für Haftungsausschlüsse der Arbeitskollegen (§ 105 SGB VII) untereinander und auch gegenüber dem Unternehmer. An die Stelle privatrechtlicher Schadensersatzansprüche tritt insoweit die öffentlich-rechtliche Versicherungslösung. Die Haftungsfreistellung des Unternehmers ergibt sich aus seiner alleinigen Beitragspflicht ("Finanzierungsargument") sowie aus der Überlegung, dass wegen des Schadensersatzes kein den Betriebsfrieden belastender Prozess geführt werden muss ("Friedensargument").

Das Motiv für den Ausschluss zwischen Arbeitnehmern liegt in der Funktions- und Gefahrengemeinschaft mit gegenseitigem hohem Schadensrisiko begründet.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Entschädigung des Arbeitsunfalles eine weitgehende Schadensabdeckung vorsieht und der Verzicht sich auf die "Schadenspitzen" und das "Schmerzensgeld" beschränkt.⁵⁴

Dem allgemeinen Haftungsrecht nach BGB unterfallen nur noch die *vorsätzliche* Schädigung im Betrieb und nichtbetrieblich veranlasste Schäden.⁵⁵ Dabei bezieht sich die Arbeitsunfallentschädigung nur auf *Personenschäden* (§ 8 I SGB VII).

Sach- und Vermögensschäden sind somit Gegenstand des durch Richterrecht gestalteten "innerbetrieblichen Schadensausgleiches". Damit weist die Arbeitnehmerhaftung sowohl sozialversicherungs- als auch arbeitsrechtliche Komponenten auf.

XI. Die "Aufgabe der Gefahrgeneigtheit"

Ausgangspunkt ist die Rechtsfortbildung des Großen Senats des BAG aufgrund seines Beschlusses vom 27.09.1994 – GS 1/89 (A)⁵⁶. Die Vorgeschichte ergibt sich aus einem Vorlagebeschluss des 8. Senats vom 12.10.1989 – 8 AZR 741/87 gem. § 45 I ArbGG. Der 8. Senat vertrat die Auffassung, dass die Grundsätze über die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung auch für nicht gefahrgeneigte Tätigkeiten gelten sollten, eine Auffassung, die einen Bruch mit der bisherigen Rechtsprechung bedeutete.

⁵³ Reichold (Fußn. 51), § 3 Rn. 36 u. § 9 Rn. 29 ff.

⁵⁴ Gitter/Schmitt, Sozialrecht, 5. Aufl., § 22 Rn. 3, 9. Bedenken gegen den Ausschluss von "Schmerzensgeld" äußert Richardi in NZA 18/2002, 1004, 1009 u. sieht hierin wegen § 253 Abs. 2 BGB eine Unvereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

⁵⁵ Reinhold (Fußn. 51), § 59 Rn. 28, 29.

⁵⁶ BAG GS, BB 1994, 2000.

Dem Vorlagebeschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde, der so genannte "Bauführer-Fall":

"Die Klägerin "betrieb" ein Bauunternehmen. Die Klägerin hatte auf einem Hausgrundstück eine Grundstückseinfriedung zu erstellen. Der Beklagte war der Polier dieser Baustelle. Zum Ausbau des Fundaments mussten mit einem Bagger Gräben ausgehoben werden. Beim Aushub beschädigte der Baggerführer die Gasleitung. Durch den Schaltfunken eines elektrischen Geräts explodierte das in die Kellerräume des Hauses ausströmende Gas. An dem Haus entstand ein Schaden von 244.263,- DM. Die Gebäudeversicherung leistete den Hauseigentümern Ersatz. Sie nahm die Parteien im Wege des Rückgriffs in Anspruch. Die Klägerin "begehrte" von dem Beklagten Zahlung des durch ihre Betriebshaftpflichtversicherung nicht gedeckten Schadens, da er den Baggerführer fehlerhaft eingewiesen habe."

Zwischen den Verfahrensbeteiligten bestand Einigkeit über das Vorliegen einer nicht gefahrgeneigten Tätigkeit.

Der Große Senat hielt es für geboten, die bisherige Beschränkung der Haftungserleichterung auf gefahrgeneigte Tätigkeiten aufzugeben, "weil sonst Arbeitnehmer, die keine gefahrgeneigte Tätigkeit ausüben, bei Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten grundsätzlich den gesamten Schaden des Arbeitgebers tragen müssen." Nach Einschätzung des Großen Senats wurde das Bedürfnis nach Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung im Laufe der Zeit immer drängender, weil der Arbeitnehmer seit der Zeit des Inkrafttretens des BGB wachsenden Haftungsrisiken ausgesetzt sei. Die entsprechenden Haftungsbeschränkungen erwiesen sich als unzureichend, um den geänderten betrieblichen Verhältnissen Rechnung zu tragen, wonach der Arbeitnehmer bei nicht gefahrgeneigten Tätigkeiten in der heutigen Arbeitswelt einem unzumutbar hohen Schadensrisiko ausgesetzt sei. Das hierin zum Ausdruck kommende "Betriebsrisiko" sowie die Befugnis des Arbeitgebers zur Organisation des Betriebs und der Arbeitsbedingungen begründe die allgemeine Rechtsüberzeugung, dass die Arbeitnehmerhaftung bei Arbeiten, die durch den Betrieb veranlasst seien, nicht unbeschränkt sein dürfe.⁵⁷

Die Entscheidung des Großen Senats bedeutet eine "Rückstufung" der "Gefahrgeneigtheit" zu einem Tatbestandsmerkmal u. a., das für die Bestimmung des Verschuldensgrades eine Rolle spielen kann.⁵⁸ Dem gemäß hat der 8. Senat unter Berücksichtigung der Auffassung des Großen Senats in seinem Rückverweisungsbeschluss an das LAG Nürnberg darauf verwiesen, dass das LAG vor allem die Höhe des Schadens, den Grad der Fahrlässigkeit sowie die Angemessenheit der Versicherungssumme zu prüfen habe.⁵⁹

Richterliche Rechtsfortbildung, wie sie der Große Senat in der vorstehenden Entscheidung praktiziert hat, ist nicht unproblematisch. Sie wird jedoch als legitime richterliche Aufgabe angesehen und keinesfalls als Gesetzgebung. So hat z. B. das BVerfG auch die vom BAG zur Frage der Aussperrung entwickelten Rechtsgrundsätze als zulässige richterliche Rechtsfortbildung eingestuft.⁶⁰

⁵⁷ BB 1994, 2205.

⁵⁸ Hübsch, BB 1998, 690 - 695.

⁵⁹ BB 1995, 465.

⁶⁰ Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu, Klein (Fußn. 34), Art. 20 Rn. 41., 42.

XII. Die "Haftungsquart"

Wegen der Ausdifferenzierung der Verschuldensformen des § 276 I BGB, d. h. wegen der vierfachen Abstufung des Verschuldens kann man von "Haftungsquart" sprechen.⁶¹ Ohne dass das BGB den Begriff des Verschuldens definiert, kann man hierunter nach der gesetzlichen Systematik den Oberbegriff der Schuldformen "Vorsatz und Fahrlässigkeit" verstehen. Danach ist Verschulden objektiv rechtswidriges bzw. pflichtwidriges und subjektiv vorwerftbares Verhalten, wobei rechtswidriges Verschulden jede Verletzung eines fremden Rechts oder Rechtsguts (ohne Rechtfertigungsgrund) darstellt.⁶²

Handelt es sich um betrieblich veranlasste Tätigkeit, so trifft den Arbeitnehmer volle Haftung bei vorsätzlicher Herbeiführung des Schadens und nicht nur der Pflichtverletzung. Auch bei "grober" Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer grundsätzlich voll, gesteigertes Betriebsrisiko des Arbeitgebers mildert jedoch die Haftung; formelhaft bedeutet "grob": das darf nicht vorkommen, grob fahrlässig handelt, wer verkennt, was für jeden evident. Bei besonders grober Fahrlässigkeit spricht das BAG sogar von "gröbster Fahrlässigkeit". Dies ist der Fall, wenn z. B. eine Narkoseärztin nach einer durchgeföhrten Magenoperation der Patientin eine Blutkonserve mit der falschen Blutgruppe verabreicht und die Patientin daran tödlich erkrankt. In diesem Fall scheiden Haftungserleichterungen, z. B. aufgrund einer Berufshaftpflichtversicherung, aus; vielmehr tritt eine uneingeschränkte Haftung, hier der Narkoseärztin, ein.⁶³

Bei "mittlerer" Fahrlässigkeit tritt — unter Abwägung von Arbeitnehmerverschulden und Arbeitgeberbetriebsrisiko — eine geteilte Haftung ein. Bei "leichter bzw. leichtester" Fahrlässigkeit entfällt die Arbeitnehmerhaftung; die dafür entwickelte Formel lautet: "das kann vorkommen". Als eine Kinderkrankenschwester einen Säugling aus seinem Kinderbett nehmen will, rutscht er ihr aus den Händen und fällt aus einer Höhe von einem Meter auf den Boden mit mehrwöchigem behandlungsbedürftigen Scheitelbeinbruch.⁶⁴

Da sich der Umfang der Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber für grob oder "mittelfahrlässig" verursachte Schäden nach den Umständen des Einzelfalles richtet, ist die judikativ gestaltete Arbeitnehmerhaftung zwar "sehr gerecht, aber sehr ungenau".⁶⁵

XIII. Die dogmatische und verfassungsrechtliche Einordnung der Arbeitnehmerhaftung

Der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geschaffene Wortlaut des § 276 I S. 1 BGB erlaubt eine Feinabstufung der Verschuldensfrage (z. B. von "leichtester" bis "gröbster" Fahrlässigkeit); zumindest steht der Wortlaut des § 276 I S. 1 BGB dem nicht entgegen.⁶⁶

⁶¹ So Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 12. Aufl., Neuwied 2000, Rn. 692, S. 199.

⁶² Heinrichs, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., München 2002, Rn. 5, 8 zu § 276.

⁶³ BAG, Urt. v. 25.9.1997 – 8 AZR 288/96 (LAG Baden-Württemberg), EZA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 63.

⁶⁴ Reichold (Fußn. 51), § 9 Rn. 30.

⁶⁵ So Hanau/Adomeit (Fußn. 61), Rn. 692, S. 2000. Dieselben auch zu den formelhaften Definitionen des Verschuldensgrades, a.a.O., m.w.N.

⁶⁶ Reichold (Fußn. 51), § 9 Rn. 32.

Im Übrigen beruht die Haftungsrechtsprechung des BAG auf Verursachungs- und Billigkeitserwägungen. Dabei passt der vom BAG verwandte § 254 BGB insoweit nicht, als das BAG hiervon sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch der Rechtsfolgen abweicht. So soll beim Arbeitgeber statt des Mitverschuldens die "Betriebsgefahr" ("Betriebsrisiko" s. § 615 I S. 2 BGB) ausreichen. Bei den Rechtsfolgen werden nicht nur tat- sondern auch "täterbezogene" Umstände (z. B. Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb, Höhe des Arbeitsentgelts, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienverhältnisse und bisheriges Verhalten)⁶⁷ herangezogen, die als Billigkeitserwägungen den Rahmen des § 254 I BGB sprengen.⁶⁸ Da die Billigkeitserwägungen des Großen Senats in § 254 I BGB keine Stütze finden, ist die dogmatische Einordnung der Arbeitnehmerhaftung durch das BAG insoweit verfehlt. Daher besteht nach wie vor eine große "Regelungslücke" für die Arbeitnehmerhaftung.⁶⁹ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung leitet der Große Senat aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) ab.⁷⁰ Für den Arbeitnehmer erhöht die Ausdehnung der Haftungsbeschränkung durch Wegfall des Erfordernisses der Gefahrgeneigtheit der Arbeit seine Handlungsfreiheit, insbesondere am Arbeitsplatz. Dem steht die Erweiterung des Begriffes des Betriebsrisikos auf der Seite des Arbeitgebers als Unternehmer gegenüber, was sich aus seiner Organisationsmacht für die nähere Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen herleitet und somit das Haftungsrisiko für den Arbeitgeber prägt.⁷¹ Als Verantwortlichkeit ohne Verschulden ist das Betriebsrisiko die Haftung des Arbeitgebers als Unternehmer für die Folgen seiner gewerblichen Aktivitäten der Ausdruck seiner ihm zuzurechnenden "Verantwortungssphäre".⁷²

Für die praktische Handhabung empfiehlt sich die Unterscheidung von "Haftungsgrund" (schlechte Erfüllung des Arbeitsvertrags als Tatbestand, §§ 280 I, 611 BGB; Rechtswidrigkeit und Verschulden nach § 276 I S. 1 BGB und mindestens "mittlerer, normaler" Fahrlässigkeit) und "Haftungsumfang" (Einordnung des Arbeitnehmerverhaltens nach Verschuldensgraden, Abwägung des Eigenverschuldens mit der Organisationsverantwortung des Arbeitgebers, Billigkeitsprüfung nach tat- und täterbezogenen Umständen und dem Ergebnis der Vermeidung eines groben Missverhältnisses zwischen Arbeitsentgelt und Schadensumfang), wie sie Reichold⁷³ in seinem "Prüfschema" mustergültig vornimmt.

XIV. Schlussbemerkung

"Das Haftungsrecht der entwickelten Industriegesellschaft ist norm- und prinzipienorientierte adhoc-pragmatische Kasuistik."⁷⁴ Ein erstes, interessantes Beispiel hierfür liefert die bereits erwähnte "Brunnensalz–Entscheidung" des RG von 1915. Die hierbei

⁶⁷ BAG GS, Urt. v. 27.9.1994 – GS 1/89 (A), BB 1994, 2205, 2006.

⁶⁸ Hanau/Adomeit (Fußnote 61), Rn. 692, S. 200. Bei der Billigkeitserwägung dürfte der GS eine gedankliche Anleihe bei § 1 I S. 1 KSchG vorgenommen haben.

⁶⁹ Richardi, NZA 18/2002, 1004, 1009. Hieran ändert auch § 619a BGB nichts, der lediglich eine von § 280 I BGB abweichende Beweislastregel (zugunsten des ArbN) enthält, Richardi, a.a.O.

⁷⁰ BAG GS (Fußn. 67), BB 1994, 2206.

⁷¹ Dito.

⁷² Brüggemeier (Fußn. 4), S. 5, 153.

⁷³ Reichold (Fußn. 51), § 9 Rn. 33.

⁷⁴ GS (Fußn. 67), BB 1994, 2206 spricht von "Verantwortung für die Organisation des Betriebes und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen".

vom RG kreierte "Oberaufsichtspflicht" ist Vorläuferin der späteren deliktischen Organisationspflicht und begründet letztlich die Verkehrspflicht der Unternehmensträger der Produzentenhaftung.⁷⁵

Einen wichtigen Teil des Haftungsrechts stellt die Arbeitnehmerhaftung dar, die als richterrechtliche Rechtsfortbildung aus juristischer Kasuistik besteht. Sie fußt auf den "Verantwortungssphären"⁷⁶ von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wobei Betriebsrisiko und Organisationsverantwortung ("Organisationsverschulden") in zunehmendem Maße eine spezifische Gefährdungshaftung bilden, während für die Haftung des Arbeitnehmers, den "Haftungsgrund", nach wie vor ausschließlich ein Verschulden mittlerer Fahrlässigkeit bis Vorsatz maßgeblich ist. Für den Haftungsumfang zieht die Rechtsprechung außer den Tatumständen (Schadensanlass und Schadensfolgen) Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkte mit heran. Diese sprengen allerdings den Rahmen des § 254 BGB und führen zu Lösungen, die zwar "sehr gerecht, aber auch sehr ungenau" sind. Damit rufen die vom BAG insoweit entwickelten Haftungsgrundsätze (notwendigerweise) Rechtsunsicherheit für die Beurteilung der Arbeitnehmerhaftung im konkreten Einzelfalle hervor.

Hieraus ergibt sich die Frage, inwieweit es für Arbeitgeber und Arbeitnehmer zweckmäßig sein kann, Versicherungen abzuschließen. Hiermit hat sich die Rechtsprechung verschiedentlich auseinandergesetzt (z. B. KFZ-Vollkasso-, Betriebshaftpflicht-, Privathaftpflicht- und Rechtsschutzversicherung)⁷⁷. Während vom Arbeitnehmer abgeschlossene oder abschließbare Versicherungen keinen Einfluss auf die Haftungssituation haben, trifft den Arbeitgeber eine "Versicherungsobligation". Der Nichtabschluss einer ausreichenden Versicherung begründet zwar im Rahmen der Schadensteilung kein Mitverschulden des Arbeitgebers, erhöht aber das durch ihn zu vertretende Betriebsrisiko.⁷⁸ Was hiermit gemeint ist, verdeutlicht das Urteil des BAG v. 16.03.1995.⁷⁹ Hiernach hat der Arbeitgeber — unabhängig vom Bestehen einer Rechtsschutzversicherung — dem schuldlosen Berufskraftfahrer in einem Strafverfahren wegen fahrlässiger Tötung durch einen schweren Verkehrsunfall die erforderlichen Kosten der Verteidigung zu ersetzen. Oft steht dem Arbeitnehmer bei betrieblich veranlasster Tätigkeit ein Freistellungsanspruch bei Fahrlässigkeitsdelikten zu. Diese Schutzstrategie kann jedoch im Krisenfall versagen, wenn z. B. der Arbeitgeber insolvent ist und kein Versicherungsschutz besteht.⁸⁰ Hier wirkt es sich aus, ob der Arbeitnehmer über eine eigene Haftpflichtversicherung verfügt.

Die Aufgabe des Erfordernisses der "Gefahrgeneigtheit" hat die Kausalhaftung des Arbeitgebers für die betriebstypischen Risiken (Betriebsrisiko etc.) erhöht und für den Arbeitnehmer zu weiteren "Haftungsprivilegien" geführt. Dieser Wandel ist als Antwort auf die gesteigerten Risiken der modernen Industriegesellschaft gerechtfertigt. Sie begründet den Bedarf nach privaten Haftpflichtversicherungen und ordnet sich damit in die Beobachtung ein, dass in den modernen Industriegesellschaften Kausalhaftung in Verbindung mit Versicherungen sich zu einer Alternative zur Verschuldenshaftung entwickelt hat.⁸¹

⁷⁵ Brüggemeier (Fußn. 4), S. 121, 122.

⁷⁶ GS (Fußn. 67), BB 1994, 2206 spricht von "Verantwortung für die Organisation des Betriebes und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen".

⁷⁷ Hübsch (Fußn. 58), S. 690, 691 m.w. Rspr.-Hinw.

⁷⁸ Dito.

⁷⁹ 8 AZR 260/94, BB 1995, 1488.

⁸⁰ Brüggemeier (Fußn. 4), 134, 135.

⁸¹ Derselbe (Fußn. 4), 5.

Steuerungsfunktionen des Produkthaftungsrechts im IT-Recht und Reformbedarf

von Gerald Spindler

I. Einleitung

Das Produkthaftungsrecht war seit jeher einer der Rechtsbereiche, die Bernhard Nagel besonders interessiert haben. Er kann mit Fug und Recht als einer der Pioniere im Wirtschaftsrecht gelten, die sich frühzeitig mit Fragen der verhaltenssteuernden Funktionen des Haftungsrechts besonders in modernen Industriebeziehungen befasst haben, etwa im Rahmen der Just-in-Time-Produktion oder der Qualitätsmanagementvereinbarungen.¹ Der Jubilar hat sich dabei oft als kreativer "Quer"-Denker erwiesen, der zahlreiche, überraschende Parallelen zwischen Entwicklungen in verschiedenen Rechtsbereichen zog und sich stets aktuellen Fragen stellte.

Zu eben jenen Rechtsfragen zählt der gesamte Komplex der Haftung im IT-Bereich als einer der volkswirtschaftlich wichtigsten Branchen. Dies kann trotz diverser gesetzgeberischer Aktivitäten und einiger Ansätze in Rechtsprechung und Wissenschaft keineswegs als endgültig geklärt gelten, sondern bedarf gegebenenfalls einer rechtspolitischen Umorientierung. Schon der Jahr-2000-Fehler hatte etliche Defizite und Unsicherheiten im rechtlichen Umgang mit Produkten aus der IT-Branche aufgedeckt.² Das letztliche Ausbleiben des Fehlers führte nur dazu, dass die Aufmerksamkeit der rechtlichen Diskussion und auch der Rechtspolitik sich anderen Dingen zuwand; die grundlegenden Fragen der Anreiz- und Steuerungsfunktionen des Haftungs- und Vertragsrechts im IT-Sektor sind indes damit nicht beseitigt. Schon allein der Blick auf das Fallmaterial aus dem Bereich des Produkthaftungsrechts, aber auch des Vertragsrechts offenbart, dass IT-Produkte sich relativ selten darunter befinden. Andererseits kennt jeder aus dem täglichen Umgang mit IT-Produkten den berühmten "Blue Screen" oder Abstürze von Software. Warnmeldungen vor unsicherer Software, Sicherheitslücken sowie umfangreiche "Patches", um diese Löcher zu stopfen, sind gang und gäbe. Im Folgenden können nur ausschnittsweise einige der Hauptursachen kurz beleuchtet werden — das Problem der offenbar versagenden Anreizwirkungen des Haftungs- und Vertragsrechts im Bereich der IT-Produkte ist indes wesentlich facettenreicher und umfasst auch prozessuale Fragen, insbesondere im Vertragsrecht hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast, die hier nicht vertieft werden können.

¹ Vgl. etwa Gewährleistung und Produkthaftung im internationalen Produktionsverbund, DB 1995, S. 2581 ff.; Produkt und Umwelthaftung im Verhältnis von Herstellern und Zulieferern, DB 1993, S. 2469 ff.; Produkthaftung im Produktionsverbund, in: Hahn/Kaufmann (Hrsg.), Handbuch industrielles Beschaffungsmanagement, 2002, S. 447 ff.

² Aus der umfangreichen Literatur: Bartsch, Das Jahr-2000-Problem, 1998; v. Westphalen/Langheid/Streitz, Der Jahr 2000-Fehler, 1999; wNachw bei Spindler, NJW 1999, 3737 ff.

II. Die IT-Wertschöpfungskette und Charakteristika von IT-Produkten

Auf den ersten Blick ähnelt die IT-Wertschöpfungs- und Vertriebskette jedem anderen Produktions- und Vertriebsweg, finden wir doch auch hier Hersteller, Groß- und Einzelhändler bis hin zum Endkunden vor. Dennoch ist die IT-Branche durch einige Charakteristika geprägt, die bereits aus wirtschaftlicher Sicht zum Teil für den Mangel an (Produkt-) Haftungsfällen verantwortlich gemacht werden können:

- Software ist ein außerordentliches komplexes Produkt, das aus Millionen von Code-Zeilen besteht. Dementsprechend findet sich häufig die Aussage, dass es praktisch ausgeschlossen ist, fehlerfreie Software zu entwickeln.³ Aber auch für den Retail-Händler führt dies dazu, dass er praktisch den Zustand einer Software selbst oberflächlich nicht kontrollieren kann.
- Software kann oftmals für zahlreiche Zwecke eingesetzt werden, die sich außerhalb von individuellen Vertragsbeziehungen (und selbst dort nicht immer) nicht vorhersehen lassen.
- Zahlreiche Produkthaftungsfälle entstammen dem gewerblichen Bereich (B2B-Geschäft). Gerade hier werden aber oft IT-Produkte individuell angefertigt und anschließend gepflegt. Dementsprechend herrschen hier Softwareerstellungs- und -pflegeverträge vor.⁴
- Selbst wenn standardisierte IT-Produkte zum Einsatz in B2B-Verhältnissen gelangen, bestehen oft unmittelbare vertragliche Verhältnisse zwischen dem Softwarehersteller und dem Kunden, in der Regel in Gestalt von besonderen Verträgen, die direkt mit dem Hersteller geschlossen werden, so dass vertragliche Ansprüche in aller Regel dominieren.⁵
- Im Gegensatz zu klassischen Produkten lassen sich bei Softwareprodukten nur bedingt einzelne Module isolieren, die den von Lieferanten gelieferten Teilen entsprechen. Dementsprechend komplexer fallen Entwickler- und Softwareherstellungsbeziehungen aus, einschließlich der Testvorgänge beim "Einkauf" von entsprechenden Modulen.
- Darüberhinaus versuchen praktisch alle Softwarehersteller, direkte Lizenzverträge mit ihren Kunden zu schließen (sog. End User License Agreements — EULA), auch im Privatkundengeschäft, die unabhängig von den eigentlichen Erwerbsgeschäft sein sollen. Ob derartige Verträge wirksam abgeschlossen werden können und inwieweit sie vertragliche Pflichten im Verhältnis des Kunden zum Händler überlagern können, kann hier nicht vertieft werden⁶ — jedenfalls schrecken die in ihnen enthaltenen Haftungsausschlussbedingungen in der Praxis wohl zum Teil vor der Geltendmachung von Ansprüchen ab.

³ OLG Hamburg CR 1986, 83 (84); LG Heidelberg CR 1989, 197 (198); Taeger, Auervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, S. 37, 40 f.; kritisch MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 3 ProdHaftG Rn. 15.

⁴ Dazu umfassend jüngst Schneider/v. Westphalen, Softwareerstellungsverträge, 2006.

⁵ Die indes ihrerseits häufig vor Schiedsgerichte gebracht werden.

⁶ Zu Shrink-Wrap und Click-Wrap-Verträgen s. Schneider, Handbuch EDV-Recht, 3. Aufl. 2003, J Rn. 4 ff.

- Immer mehr treten zu den klassischen Vertriebsstrukturen die internetspezifischen Möglichkeiten hinzu, welche den herkömmlichen Produkten nicht offen stehen, so der unmittelbare "Download", der oftmals von einer ausländischen Web-Site erfolgen kann — mit allen Konsequenzen, die international-privatrechtlich daran geknüpft sind.⁷
- Die Einschaltung dieser neuartigen Vertriebswege, insbesondere des Internets, bringt neue Akteure mit neuen Sicherungspflichten ins Spiel, insbesondere die sog. Provider, die den Transport der Daten besorgen.
- Schließlich nehmen auf der Kundenseite gerade gewerbliche Abnehmer häufig eine Art Doppelrolle ein, indem sie nämlich ihrerseits IT-Dienstleistungen erbringen, was am deutlichsten bei Online-Banken wird. Dies kann etwa Auswirkungen auf die Fragen eines etwaigen Mitverschuldens haben.

Schon aus diesem Kaleidoskop wird deutlich, dass das Produkthaftungsrecht im IT-Sektor derzeit nicht dieselbe Rolle spielt wie in anderen Branchen. Dennoch darf daraus nicht voreilig der Schluss gezogen werden, dass dem Produkthaftungsrecht keinerlei Beachtung geschenkt werden müsste; vielmehr ist darüber nachzudenken, welche spezifischen Defizite das deutsche Produkthaftungsrecht aufweist und ob — gegebenenfalls wie — sie zu beheben wären. Denn die traditionelle Aufgabe des Deliktsrechts ist die Gewährleistung einer jedermann gegenüber eingreifenden Basissicherheit, ohne dass jeder spezifische Einsatz eines Produktes und jede Gefahr umfasst werden könnte — was wiederum Aufgabe des Vertragsrechts und der Austarierung der Interessen zwischen den Parteien ist. Der gegenüber jedermann eingreifende Schutz wird aber auch umso wichtiger, je mehr Produkte Netzwerkeffekte hervorrufen können: Wenn etwa Software Sicherheitslücken aufweist, die durch Dritte ausgenutzt werden, indem sie wiederum schädliche Software (Viren, Trojaner etc.) bei nichtsahnenden Nutzern implementieren, geht es keineswegs mehr um bilaterale Beziehungen zwischen Vertragspartnern, sondern um potentiell gefährliche Produkte für Dritte, gegebenenfalls für die gesamte Volkswirtschaft, wie dies einige berühmte Fälle vor Augen geführt haben.

Die Aufgabe des deliktischen Produkthaftungsrechts, einen Minimalschutz zu gewährleisten, begegnet — abgesehen von den oben aufgezeigten produkt- und sektor-spezifischen Bedingungen — indes auch einigen "hausgemachten" rechtlichen Problemen:

III. Anwendungsprobleme des Produkthaftungsrechts in der Informationstechnologie

1. Software als immaterielles Gut und rechtliche Folgen

a) Beschränkung auf verletzte Rechtsgüter

Zahlreiche Produkthaftungsfälle entstammen dem klassischen verschuldensabhängigen Deliktsrecht (§§ 823 I, 823 II BGB); auf die Frage, ob Software überhaupt ein Pro-

⁷ Siehe dazu Mankowski, RabelsZ 1999, 203 (232 f.); Lurger, Internationaler Verbraucherschutz im In-

dukt ist, kommt es daher nicht an. Vielmehr steht in Rede, welche Gefahren für geschützte Rechtsgüter verursacht werden oder welche Schutzgesetze verletzt werden.⁸

Abgesehen von den seltenen Fällen, in denen Schutzgesetze verletzt werden,⁹ stellt für die meisten Haftungsfälle das juristische Nadelöhr die Frage dar, ob es sich bei den verursachten Schäden um Eigentumsverletzungen handelt. Fehler in IT-Produkten sind aber oftmals immaterieller Natur, indem sie Daten vernichten, Systeme unbrauchbar machen oder zu Betriebsstörungen führen — ohne aber die Substanz einer Sache unmittelbar zu berühren. Im Grundsatz erfasst das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützte Eigentum auch die Integrität von Daten,¹⁰ da schon die Funktionalität und innere Ordnung des Eigentums, z.B. einer Sammlung, auch ohne Substanzschädigung geschützt wird,¹¹ so dass ein erheblicher Teil von Daten und Datenbanken in den Schutzbereich von § 823 Abs. 1 BGB fällt.¹² Da jede Festplatte eine innere Ordnung der gespeicherten Daten voraussetzt, führt die Zerstörung dieser Ordnung und der damit oftmals einhergehende Verlust der Daten grundsätzlich zu einer Eigentumsverletzung.¹³ Urheberrechtlich oder andere immaterialgüterrechtlich geschützte Werke, die auch in Gestalt von Daten verkörpert sein können, ebenso wie Software werden zudem gleichermaßen nach den jeweiligen Spezialregelungen, z.B. § 97 UrhG, wie auch deliktisch geschützt.

Problematischer sind dagegen der Ausfall des EDV-Systems und die dadurch verursachten Schäden in der Steuerung eines Betriebs infolge einer mangelhaften Software: Denn die Funktionsuntauglichkeit der Sache, die mit der Software gesteuert wird, erschöpft sich in der Regel in einem temporären Vorgang, der die Sache (Hardware) nicht seiner Gebrauchstauglichkeit auf Dauer enthebt, sondern die mit einer neuen Software wieder einsatzbereit gemacht werden kann. Demgemäß kann auch die Rechtsprechung zum weiterfressenden Mangel, insbesondere die Transistor-Entscheidung des BGH,¹⁴ nicht auf Softwaremängel übertragen werden.¹⁵ Zwar hat die Rechtsprechung teilweise selbst die erhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache als Eigentumsverletzung angesehen.¹⁶ Doch können damit die Gren-

ternet, in: Leible (Hrsg.), *Die Bedeutung des Internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien*, 2003, S. 44 f.; MünchKommBGB/Martiny, 4. Aufl. 2006, Art. 29 EGBGB Rn. 15 mwNachw.

⁸ S. dazu Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, S. 239 ff.; Günther, *Produkthaftung für Informationsgüter*, 2001, S. 253 ff.; Schneider, *Handbuch EDV-Recht*, 3. Aufl. 2003, J 294 ff.; Marly, *Softwareüberlassungsverträge*, 4. Aufl. 2004, Rn. 1309 ff.; grundsätzlich zur Unabhängigkeit von der Sacheigenschaft: MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 554; Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 823 BGB Rn. 114.

⁹ Wichtigster Anwendungsfall sind hier die verschiedenen Produktsicherheitsgesetze, die ihrerseits aber oftmals auf Rechtsgüter wie Gesundheit und Leben (GPSG) abstellen.

¹⁰ OLG Karlsruhe NJW 1996, 200 (201); zust. Meier/Wehlau, NJW 1998, 1585 (1587 ff.); Staudinger/J. Häger, 13. Aufl. 1999, § 823 BGB Rn. B 60; Imhof/Wahl, WpK-Mitt. 1998, 136 (137); Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, S. 261; aA LG Konstanz NJW 1996, 2662; AG Dachau NJW 2001, 3488.

¹¹ BGHZ 76, 216 (220) f. = NJW 1980, 1518.

¹² Denkbar wäre auch ein deliktischer Schutz der Datenbanken über die Anerkennung als sonstiges Recht nach §§ 87a ff. UrhG, die allerdings nicht die einzelnen Daten als geschütztes Recht erfassen.

¹³ MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 96; Bamberger/Roth/Spindler, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 55; OLG Karlsruhe, NJW 1999, 200 (201), Bartsch, CR 2000, 721 (723); Spindler, NJW 1999, 3737 (3738); Meier/Wehlau, NJW 1998, 1585 (1588); Mankowski, in: Ernst (Hrsg.), Hacker, Cracker & Computerviren, 2004, Rn. 440 f.; aA Bauer, PH 1989, 98 (105 f.), nach dem die Zerstörung der Information physikalisch allenfalls eine elektronische Zustandsveränderung darstellt.

¹⁴ BGHZ 138, 230 (236) = NJW 1998, 1942 (1943).

¹⁵ So aber für den Jahr-2000-Fehler noch: v. Westphalen, DStR 1998, 1722 ff., ders., Rn. 764 ff.; ähnlich Imhof/Wahl, WpK-Mitt. 1998, 136 (137 f.).

¹⁶ BGHZ 55, 153 (159 ff.); BGHZ 105, 346 (350); BGH NJW 1994, 517 (518); BGH NJW-RR 1995, 342 (342

zen zum Äquivalenzinteresse leicht überschritten werden, da letztlich nur ein Gebrauchsausfallschaden vorliegt.¹⁷ In Betracht käme schließlich noch eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, bei dem es indes in der Regel aber am erforderlichen betriebsbezogenen, finalen Eingriff¹⁸ fehlen wird.¹⁹ Darüberhinaus dürfen die dargelegten Wertungen zur Abgrenzung von Äquivalenz- und Integritätsinteresse nicht über das — subsidiäre — Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb unterlaufen werden.²⁰ Erst recht schlägt der Rechtsschutz über § 823 BGB fehl, wenn es um die Ausspähung von Daten durch Dritte, z. B. durch Trojaner, geht: Zwar stellt § 202a StGB das Ausspähen unter Strafe, doch nur bei vorsätzlichem Handeln. Der Softwarehersteller, der durch Sicherheitslücken überhaupt erst das Eindringen von Trojanern in die EDV-Systeme eines Nutzers ermöglicht, handelt indes kaum vorsätzlich. Demgemäß versagt der deliktische Schutz über § 823 II BGB. Zweifelhaft, bislang aber auch wenig geklärt, ist auch der Schutz über § 823 I BGB, da der Trojaner zwar das Eigentum an der Festplatte und deren Bestimmung modifiziert, indem er sich ohne Einwilligung des Benutzers installiert, vergleichbar etwa dem Empfang von E-Mail.²¹ Indes ist fraglich, ob auch der eigentliche Schaden, nämlich das Ausspähen von Geheimnissen (Passwörtern, PIN/TAN-Nummern) noch von der Verletzung umfasst ist. Dementsprechend wäre der Softwarehersteller auch kaum zur Haftung heranzuziehen.

Schon an dieser Stelle rächt sich damit der Fokus des deutschen Rechts auf die Verkörperung und Materialisierung von Produkten; denn die Subsumtion von Gütern, die beliebig zwischen Verkörperung und Flüchtigkeit wechseln können und deren eigentlicher Wert nicht in einer Sachsubstanz liegen, fällt ersichtlich schwer, ohne die Tatbestandselemente nicht extensiv zu interpretieren.

b) Beschränkung auf verkörperte Produkte (ProdHaftG)

Auch im Bereich der verschuldensunabhängigen Produkthaftung begegnet einem in verändertem Kleid das Problem der Verkörperung wieder: Denn nach wie vor ist die Frage umstritten, ob Software überhaupt unter den Produktbegriff des ProdHaftG fällt. § 2 ProdHaftG definiert als Produkt "jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil

f.); BGH NJW 1996, 2507 (2508).

¹⁷ Vgl. auch BGH NJW 1990, 908 (909): Das nur wirtschaftlich unsinnige Umfüllen eines wahrscheinlich intakten Weines, aber mit verschimmelten Korken begründet noch keine Eigentumsverletzung; für die Einordnung als Ersatz des Betriebsausfallschadens nach § 280 BGB auch Schneider, Handbuch EDV-Recht, 3. Aufl. 2003, D Rn. 1532; dazu auch Erman/Schiemann, 11. Aufl. 2004, § 823 Rn. 124 ff.; für Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, S. 261 ist die aufgrund eines Softwarefehlers eintretende Unmöglichkeit der Nutzung bzw. Dispositionsbeeinträchtigung einer Sachentziehung gleichzustellen.

¹⁸ BGHZ 29, 65 (74); BGHZ 90, 113 (123); näher dazu: Bamberger/Roth/Spindler, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 108; MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 185 mwNachw.

¹⁹ Bartsch, Software und das Jahr 2000, 1998, S. 159; s. dagegen für Virenbefall R. Koch, NJW 2004, 801 (803).

²⁰ Anders wohl BGH, NJW 1992, 41 (42): Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines Bauunternehmers bei Überflutung der Baustelle infolge eines Pumpenausfalls (Baustromverteiler); anders noch BGH NJW 1983, 812 (813); offen BGHZ 137, 89 (97): Blockade von Baumaschinen; krit. zu BGH NJW 1992, 41; zu Recht Foerste, NJW 1992, 27 f.; E. Lorenz, VersR 1990, 1284 (1285); ähnlich — kein Ersatz des Betriebsausfallschadens bei Produktfolgeschaden — noch MünchKommBGB/Mertens, 3. Aufl. 1997, § 823 BGB Rn. 294.

²¹ Zu den grundsätzlich gegebenen Besitzstörungsansprüchen bei unverlangt zugesandter E-Mail (Spam) s. Spindler/Schmittmann, MMR 2001, Beilage Heft 8, S. 10 ff. mwNachw.

einer anderen beweglichen Sache oder einer unbeweglichen Sache bildet sowie Elektrizität". Teilweise wird die Produkteigenschaft von Software verneint, da es sich hierbei um keine bewegliche Sache, sondern um ein immaterielles Gut handele.²² Das Computerprogramm als solches sei von dem körperlichen Datenträger zu unterscheiden. Das ProdHaftG finde zwar Anwendung, wenn die Gefahr von dem Datenträger selbst ausgehe, nicht aber wenn sie von der Software herrühre.²³ Die wohl überwiegende Meinung bejaht dagegen zu Recht die Produkteigenschaft von auf einem Datenträger wie Disketten, CD-Roms, Festplatten u. ä. gespeicherter Software.²⁴ Denn die Software ist mit dem Datenträger fest verbunden und bildet mit dieser eine bewegliche Sache. Es genügt mithin, wenn die Software auf irgendeinem Datenträger beim Benutzer gespeichert ist.²⁵ Diese Ansicht stimmt mit der vertragsrechtlichen Rechtsprechung des BGH zur Sacheigenschaft von Software überein.²⁶ Auch die EG-Kommission geht in einer Stellungnahme²⁷ zur EG-Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG davon aus, dass Software als Produkt im Sinne der Richtlinie anzusehen ist. Nach wie vor offen ist aber damit, ob es eine Rolle spielen kann, wie die Software zu dem Kunden gelangt ist, ob von vornherein auf einem Datenträger oder per Online-Download. Richtigerweise wird man hier keinen Unterschied machen können, wenn man Software als das eigentlich gefahrtragende Produkt qualifiziert, zumal es sowohl beim Hersteller ursprünglich als auch nachher beim Abnehmer verkörpert ist. Unerheblich für die Einordnung von Software als Produkt sollte daher die Art und Weise ihrer Beschaffung sein.²⁸ Der Zufall, ob ein Kunde die Software per CD oder per Download erwirbt — wobei letzterer heute in vielen Fällen angesichts zunehmender Breitbandanschlüsse dominieren dürfte — sollte nicht darüber entscheiden, ob das ProdHaftG Anwendung finden kann.

2. Bestimmung der Pflichten

Hat man den Filter der Rechtsgutsverletzung oder der Produkteigenschaft passiert, steht die Frage der Bestimmung der Verkehrspflichten im Raum. Zwar ist für die verschuldensunabhängige Produkthaftung nach dem ProdHaftG gerade keine Pflichtenverletzung erforderlich; doch spielen hier mittelbar die Verkehrspflichten auch eine Rolle, indem die ähnlichen Wertungen bei der Spezifikation des Fehlerbegriffs und der berechtigten Sicherheitserwartungen nach § 3 I Nr. 2 ProdHaftG eingreifen. Gerade diese Pflichtenbestimmung erweist sich aber bei IT-Produkten, insbesondere Software, als äußerst komplex — was sich nicht zuletzt bereits in den detaillierten Leistungs- und Pflichtenbestimmungen im Rahmen von Softwareerstellungs- und -pflegeverträgen

²² So Redeker, NJW 1992, 1739 f.; Müller-Hengstenberg, NJW 1994, 3128 (3131); Honsell, JuS 1995, 211 (212).

²³ Beckmann/Müller, MMR 1999, 14, 15; Bauer, PHi 1989, 38, 101.

²⁴ Spindler/Klöhn, VersR 2003, 410 (412); Mankowski, in: Ernst, Hacker, Cracker & Computerviren, Rn. 441; Sodtalbers, Softwarehaftung im Internet, Rn. 161; Koch, Versicherbarkeit von IT-Risiken, Rn. 607; MünchKommBGB/Wagner, 3. Aufl. 2003, § 2 ProdHaftG Rn. 15; Taschner/Frietsch, ProdHaftG, § 2 ProdHaftG Rn. 23.

²⁵ Spindler/Klöhn, VersR 2003, 410 (412); MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003 § 2 ProdHaftG Rn. 15.

²⁶ Dazu BGH, NJW 1993, 2436 (2437); BGH, NJW 1990, 320 (321).

²⁷ Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auf die Schriftliche Anfrage Nr. 706/88 von Herrn Gijs de Vries an die Kommission: Produkthaftung für Computerprogramme v. 8.5.1989, ABl. EG Nr. C 114, 42.

²⁸ Spindler/Klöhn, VersR 2003, 410 (412); Sodtalbers, Softwarehaftung im Internet, Rn. 164 ff.; MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 2 ProdHaftG Rn. 16.

äußert.²⁹ Zunächst könnte daran gedacht werden, auf jegliche Haftung zu verzichten, da Softwarereprodukte aufgrund ihrer Komplexität praktisch nicht fehlerfrei herzustellen sind.³⁰ Ein solcher Schritt wäre jedoch mit Sicherheit zu radikal: Denn in Abhängigkeit von den betroffenen Rechtsgütern und Gefahren kann auch dem Hersteller eines komplexen Produktes zugemutet werden, entsprechende Kontrollen und Sicherheitsmaßnahmen vorzusehen, um Gefahrenlagen auszuschalten; die Komplexität eines Produktes kann im Rahmen der Pflichtenbestimmung berücksichtigt werden.³¹

a) Entwicklungs- versus Konstruktionsfehler

Ein bislang wenig beachteter Komplex betrifft zunächst die Trennung von Entwicklungs- und Konstruktionsfehlern: Sowohl in der verschuldensabhängigen als auch der verschuldensunabhängigen Produkthaftung müssen Hersteller nicht für Entwicklungsfehler einstehen³² — ohne dass aber deswegen auch eine mögliche Haftung wegen der Verletzung von Produktbeobachtungspflichten aufgrund späterer Erkenntnisse von vornherein ausscheidet.³³ Entscheidend ist, dass niemand nach dem Stand von Wissenschaft und Technik zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe — nicht zu einem früheren Zeitpunkt, etwa der Konstruktion — in der Lage war, den Fehler zu entdecken. Diese an sich theoretisch saubere Trennung zwischen beiden Fehlern entlang der Linie der objektiven Unerkennbarkeit stößt indes angesichts der Komplexität des Produktes "Software" auf ihre Grenzen: Begründet schon allein die schiere Unmöglichkeit, einen Code vollständig zu überprüfen, eine objektive Unerkennbarkeit und damit fehlende Einstandspflicht? Liegen nicht eher Parallelen zu der im Gentechnikrecht (§ 32 GenTG) normierten Haftung für Entwicklungsfehler vor, die aufgrund der fehlenden Prognostizierbarkeit des Verhaltens gentechnisch veränderter Produkte ebenfalls eine Einstandspflicht statuiert?

b) Vorhersehbarkeit

Eng damit verbunden ist die Frage der Vorhersehbarkeit von Rechtsgutsverletzungen bzw. Schäden: die Vielseitigkeit zahlreicher Softwarereprodukte erschwert die Definition von Standards, anhand derer die Sicherheitspflichten definiert werden könnten. Dies hat im Bereich der Normung von Softwareprodukten im Hinblick auf deren Sicherheitsanforderungen zu interessanten Modifizierungen des klassischen Normungsprofils geführt: Nicht mehr allein produktbezogene Standards werden definiert, sondern diese müssen im Hinblick auf den jeweiligen Einsatz- bzw. Schutzzweck spezifi-

²⁹ Vgl. Schneider/v. Westphalen, Softwareerstellungsverträge, 2006, Teil D Rn. 42 ff. und Teil G.

³⁰ Auf die Komplexität weisen hin: OLG Hamburg CR 1986, 83 (84); LG Heidelberg CR 1989, 197 (198); Taeger, Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, 1995, S. 37, 40 f.; Münch-KommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 3 ProdHaftG Rn. 15.

³¹ Meier/Wehlau, CR 1990, 95 (97); Bauer, PHi 1989, 38 (47); s. auch Schneider/Günther, CR 1997, 389 ff.; Bartsch, CR 2000, 721 (722 ff.).

³² St.Rspr., BGHZ 80, 186, 190 f. = NJW 1981, 1603; BGH NJW-RR 1990, 406 f.; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 284; Bamberger/Roth/Spindler, 1. Auflage 2003, § 823 BGB Rn. 493 wNachw; Münch-KommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 264, 579 f.

³³ Foerste, in: v. Westphalen, ProdHaftHdb., 2. Aufl. 1997, Bd. I, § 24 Rn. 83, 290 ff.; Kullmann, in: Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Kz. 1520 S. 51 f.; Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl. 2004, § 823 BGB Rn. 116, 119; v. Bar, in: Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, 1998, S. 29, 33.

ziert werden (sog. Protection Profiles³⁴ zusammen mit den sog. Common Criteria³⁵), die sich als internationaler Standard für IT-Produkte herausgebildet haben.³⁶ Damit kann den Protection Profiles im Zusammenspiel mit den Common Criteria eine erhebliche Bedeutung hinsichtlich der Konkretisierung der im Verkehr erwarteten Sicherheit zukommen, was sich im Bereich der mit der Einhaltung (oder Verletzung) der allgemein anerkannten Regeln der Technik verknüpften Vermutungswirkungen auswirkt. Anders indes als bei üblichen Normungen lässt sich nur schwer *ex ante* und *a priori* ein bestimmter Sicherheitsstandard definieren — auch wenn einzuräumen ist, dass für klassische Produkte ebenso bestimmte Definitionen der Verwendung bedürfen. Ein weiteres Problem in diesem Zusammenhang stellen die sog. Kombinationsprodukte dar, die gerade für Software kennzeichnend sind, indem zahlreiche Applikationen wiederum auf anderer Software aufbauen, am deutlichsten erkennbar beim Zusammenspiel von Anwendungssoftware und Betriebssystemen, aber auch bei anderen Softwareprodukten. Wollte man entsprechend der bisherigen Rechtsprechung den Hersteller grundsätzlich auch zur Beobachtung fremder Produkte verpflichten, die im Zusammenhang mit dem eigenen Produkt eingesetzt werden, wäre das Haftungsrisiko für den Hersteller kaum beherrschbar.³⁷ Für mangelnde Kompatibilität mit einzelnen Fremdprodukten kann indes keine deliktische Haftung eingreifen, da damit der Bereich des deliktisch geschützten Integritätsinteresses verlassen würde.³⁸

c) Pflichten "After Sale", insbesondere Rückrufpflichten und "Patches"

Die regelmäßigen "Patch-Days" großer Softwarehersteller verführen dazu, die kontinuierliche Pflege einmal in Verkehr gegebener Software als selbstverständlich und den Hersteller als hierzu verpflichtet anzusehen. Indes fehlt es außerhalb von vertraglichen Pflichten (und erst recht nach Ablauf entsprechender Gewährleistungszeiten) an einer dogmatischen Grundlage für derartige Pflichten: Zwar ist eine Pflicht, das fehlerhafte Produkt zurückzunehmen und gegen ein funktionstüchtiges auszutauschen, in den Grundzügen größtenteils anerkannt, doch fehlt bislang eine klare dogmatische Grundlage,³⁹ da sie das vertragsrechtlich geregelte Äquivalenzinteresse berührt.⁴⁰ Im Vordergrund der Herstellerpflichten steht die Vermeidung von Schäden an anderen

³⁴Ernester, DuD 2003, 68; Probst, DSB 2003, Heft 5, 10; Roßnagel, Freundesgabe Büllesbach, 131 (141); eine Liste der aktuell registrierten Schutzprofile findet sich unter <http://www.bsi.de/cc/pplist/pplist.htm>.

³⁵Als Common Criteria werden die "Gemeinsamen Kriterien für die Prüfung und Bewertung von Sicherheit von Informationstechnik" nach der im Jahre 2000 beschlossenen ISO-Norm 15408 bezeichnet, dazu Mackenbrock, http://www.bsi.de/cc/cc_20d.htm; Ernester, DuD 2003, 68; Probst, DSB 2003, Heft 5, 10.

³⁶Näher dazu unter im Internet unter <http://www.bsi.bund.de>.

³⁷Grundlegend dazu BGH v. 9.12.1986 — VI ZR 65/86 — Honda, BGHZ 99, 167 = MDR 1987, 396 = CR 1987, 230; dazu Ulmer, ZHR 152, 564 (570 ff.); Foerste, in: v. Westphalen, ProdHaftHdb., 2. Aufl. 1997, Bd. I, § 25 Rn. 176 ff.; Kullmann, in: Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung, Rn. 1520, S. 52; Pfister, EWiR 1987, 235.

³⁸BGHZ 86, 256 (258 ff.) = NJW 1983, 810 (811) = JZ 1983, 499 m. Anm. Stoll; MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 122; Bamberger/Roth/Spindler, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 60 mwN.

³⁹Zusammenfassend MünchKommBGB/Wagner, 4. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn 603 ff.; Staudinger/J. Hager, 13. Aufl. 1999, § 823 BGB Rn. F 20 f.; Bamberger/Roth/Spindler, 1. Aufl. 2003, § 823 BGB Rn. 516 ff.; Pieper, BB 1991, 985; v. Bar, 25 Jahre Karlsruher Forum, 1983, S. 80 ff.; Hager, VersR 1984, 799 ff.; Herrmann, BB 1985, 1801 ff.; Schwenzer, JZ 1987, 1059 ff.

⁴⁰Zu Recht abl. Foerste, in: v. Westphalen, ProdHaftHdb., 2. Aufl. 1997, Bd. I, § 24 Rn. 260 ff., 266, 274, 280 mwN.

Rechtsgütern durch den weiteren Gebrauch des Produktes, so dass in fast allen Fällen eine ausdrückliche Warnung genügt, die den Softwarenutzer von der weiteren Verwendung des Produktes abhält; alles andere wäre auf das Äquivalenzinteresse gerichtet. Modifiziert werden kann diese Lage allenfalls durch das öffentlich-rechtliche Produktsicherheitsrecht.⁴¹ Dementsprechend kann aus dem Produkthaftungsrecht prinzipiell keine Pflicht abgeleitet werden, dass Patches oder ein Support zur Verfügung gestellt wird, da es genügen würde, dass der Kunde das Produkt nicht mehr benutzt, um seine Integritätsinteressen zu wahren. Eine Pflicht zur fortdauernden Softwarepflege kann daher deliktisch nicht abgeleitet werden — auch wenn diese angesichts sich ständiger ändernder Bedrohungs- und Gefährdungslagen geboten wäre. Letztlich müsste aber hier die Balance zwischen Patches zur Gewährleistung einer Mindestsicherheit, z.B. durch Sicherung gegenüber Angriffen Dritter, einerseits und einer Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Produktes andererseits (Äquivalenzinteresse) gefunden werden.

Selbst hinsichtlich der Mindestsicherheit ist dieser Befund keineswegs gesichert: Kaum jemand käme auf die Idee, einen PKW-Hersteller zur Nachbesserung und Umrüstung älterer PKW auf ABS zu verpflichten, wenn ABS zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe nicht zum Mindeststandard an Sicherheit gehörte. Eine entsprechende Erweiterung der Pflichten im Bereich der Software könnte sich daher letztlich als ein Korrelat für die geringere Kontrollierbarkeit auf Fehlerfreiheit zum Zeitpunkt der Inverkehrgabe darstellen.

3. Schadensumfang

Schließlich kann auch die Schadensberechnung, insbesondere ein etwaiges Mitverschulden Probleme bereiten. Zwar ist der Pflichtenmaßstab nach § 254 BGB hinreichend flexibel, um den spezifischen Fähigkeiten und Kenntnissen der Anwender Rechnung zu tragen; doch fehlt es auch hier häufig an Maßstäben, anhand derer sich die Rechtsprechung orientieren könnte. Abgesehen von Datensicherungspflichten und inzwischen wohl weitgehend konsentierten Datenschutzpflichten bezüglich eines Virenbefalls ist das Ausmaß an weiteren Pflichten noch wenig geklärt. Anhaltspunkte können hier für die Zukunft die Normungen der ISO 27 001 ff. Reihe bieten, die für Unternehmen bestimmte IT-Riskmanagement- und -sicherheitsanforderungen vorgeben.⁴² Für private Kunden indes bleibt nach wie vor fraglich, ob sie über einen Virenschutz⁴³ hinaus zu weitergehenden Maßnahmen verpflichtet werden können. So wird man etwa eine Pflicht zur Benutzung von Firewalls, die von einem normalen Nutzer nur schwer zu konfigurieren sind, nicht bejahen können.

⁴¹ Vgl. § 5 I Nr. 1 c) GPSG = § 4 II ProdSG aF: öffentlich-rechtliche Produktbeobachtungspflicht des Herstellers sowie § 8 Abs. 4 Nr. 7 GPSG = § 9 ProdSG aF: behördliche Anordnung des Rückrufs; zur Rückrufpflicht aufgrund von § 823 BGB Abs. 2 iVm. § 8 Abs. 4 Nr. 7 GPSG bzw. § 9 ProdSG aF; vgl. Bamberger/Rot/Spindler, 1. Auflage 2003, § 823 BGB Rn. 522.

⁴² S. dazu auch Zertifizierung nach ISO 27001 auf der Basis von IT-Grundschutz, Prüfschema für ISO 27001 — Audits, Stand 1.02.2006, abrufbar im Internet unter <http://www.bsi.bund.de/gshb/zert/Pruefschema06.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.02.2006).

⁴³ Auch wenn im sog. Dialer-Urteil des III. Zivilsenats der BGH dem Kunden keine Pflicht zum Selbstschutz hinsichtlich von Dialern auferlegt hat (BGH NJW 2004, 1590 = JZ 2004, 1124 m. Anm. Spindler), dürfte dies für den inzwischen allgemein bekannten und mit zahlreichen Betriebssystemen kostenlos ausgelieferten Virenschutz nicht gelten.

IV. Fazit

Lässt man die holzschnittartig dargestellten Einschränkungen der Produkthaftung für IT-Produkte, insbesondere Software, Revue passieren, so handelt es sich bis auf wenige Ausnahmen im Wesentlichen um Schäden auf der Grenzlinie zwischen einer (schon weit interpretierten) Eigentumsverletzung und reinen Vermögensschäden. Eine Rechtsordnung, die wie das deutsche Recht mit einem rechtsgutsspezifischen Haftungstatbestand operiert (flankiert durch Schutzgesetzausnahmen und verhaltensbezogene Anforderungen), der zudem auf tradierten Vorstellungen der Materialisierung von Eigentum basiert, sieht sich naturgemäß Problemen bei Phänomenen wie Software und Informationen ausgesetzt, deren materielles Substrat — die Verkörperung — weit weniger bedeutsam als ihr immaterieller Inhalt ist.

Ebenfalls an der Grenze zum Äquivalenzinteresse bzw. zum Vertragsrecht angesiedelt sind die Pflichten zum "Patchen", die sich deliktsrechtlich kaum begründen lassen. Aber auch das Vertragsrecht erscheint offenbar in der Praxis nur wenig geeignet, um etwaige Kosten der Produktanpassung den Herstellern rückzubelasten — denn Händler sind kaum in der Lage, Softwareprodukte auf ihre Tauglichkeit hin zu prüfen, so dass entsprechende Schadensersatzansprüche spätestens an dieser Stelle scheitern dürften. Aber auch bei unmittelbaren Vertragsbeziehungen mit Softwareherstellern ist — außerhalb von individuellen Softwareerstellungsverträgen — es für den Endabnehmer in der Praxis oftmals schwierig, dem Einwand des Bedienungsfehlers oder des unzulässigen Einsatzes anderer Software in Kombination mit dem Softwareprodukt zu begegnen.

Damit schließt sich der Kreis — und eröffnet gleichzeitig eine übergreifende, bislang wenig geklärte Perspektive, nämlich ob und inwieweit die weitgehend nur in Individualverträgen (Softwareerstellung/-pflege) anzutreffende Risikoverteilung letztlich Ausdruck einer volkswirtschaftlich gewollten bzw. akzeptierten Externalisierung von Risiken bei Produkten ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Software im Vergleich zu wesentlich länger eingeführten Produkten kaum zu kontrollierenden Anwendungsrisiken ausgesetzt ist, anders gewendet lassen sich Schäden durch Software kaum im vorhinein kalkulieren. Demgemäß kann ihr volkswirtschaftlicher Nutzen höher bewertet werden als wenn sämtliche Risiken internalisiert würden. Im Sinne des Jubilars, der diese Tradition immer gepflegt hat, werden diese Fragen in einer interdisziplinären Analyse zu bewältigen sein.

Die Ablösung privater Haftpflicht durch öffentlich-rechtliche Pflichtversicherung gegen Unfälle: die Folgen für die private Unfallversicherung — ein historischer Rückblick aus aktuellem Anlass

von Florian Tennstedt

1. Von der privaten Haftpflicht zur öffentlich-rechtlichen Unfallversicherung

In den sechziger Jahren des 19. Jahrhunderts nahmen die Arbeitsunfälle in Bergwerken, aber auch in Fabriken und bei Bauten die Dimension von Massenunglücken an, und die politische Öffentlichkeit erörterte eifrig die Fragen nach Ursachen und Folgen, nach Vermeidbarkeit und Verantwortung, nach Einstehen für Schuld und Ausgleich von Schaden: Arbeiterversammlungen und Fabrikantenvereine, politische Parteien und Fachwissenschaftler befassten sich damit ebenso wie die Justiz, die Regierungsbürokratie und sogar der preußische König. Die Anwendung von Maschinen und der Großbetrieb hatten Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeiter herbeigeführt, denen gegenüber hinsichtlich des Schadensersatzes die gemeinrechtlichen Normen sowohl des materiellen Zivilrechts wie auch des Prozesses nicht mehr ausreichten, da sie mit am Verschuldensprinzip und Handlungsunrecht ausgerichteten Haftungsgrundsätzen operierten.

Die Diskrepanz zwischen herrschender Privatrechtsordnung und sozialem Wandel, gekennzeichnet durch eine mit Dampf und Kapitaleinsatz betriebene Industrieproduktion, wurde so groß, dass sie zum Politikum wurde. Am Anfang des noch vor der Reichsgründung einsetzenden Reformprozesses steht eine Petition, die 1868 der Ausschuss der nationalliberalen Partei in Leipzig auf Veranlassung von Professor Dr. Karl Biedermann beim Reichstag des Norddeutschen Bundes und beim Bundeskanzleramt einreichte.¹ Diese Petition um Erlass gesetzlicher Bestimmungen über Schadensersatzansprüche von Privatpersonen — also nicht nur der Arbeiter — bei nicht von ihnen verschuldeten Unglücksfällen führte dazu, dass 1871 die Reichsregierung den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die beim Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vorlegte. Daraus ging das sog. Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 hervor (RGBl S. 207). Dieses Gesetz hielt an dem tradierten Grundsatz der Haftung als Einstehen für eine persönliche Schuld (im Sinne von Verschulden) fest, bei Unternehmern von Bergwerken, Fabriken und fabrikähnlichen Betrieben erweiterte es diesen allerdings auf Haftung für fremde Schuld, d. h. die ihres Aufsichtspersonals. Die gesetzliche Haftung fand ihre Grenze also immer noch in einer persönlich zurechenbaren Schuld, die zudem der Geschädigte zu beweisen hatte. Der "Betriebsunternehmer" konnte sich von der Haftung durch Hinweis auf höhere Gewalt oder das eigene Verschulden des Arbeitnehmers freizeichnen. Eine begrenzte Ausnahme gab es nur

¹ Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik (GDS), I. Abt., Bd. 2, Nr. 1.

bei Personenschäden durch den Betrieb von Eisenbahnen, hier hatte das Gesetz aus dem preußischen Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 (PrGS S. 505) die Schuldvermutung (Beweislastumkehr) übernommen. Als ein weiterer Rechtsfortschritt galt, dass das Gesetz die freie Beweiswürdigung durch das Gericht eingeführt hatte. Insgesamt aber wurde dieses neue Reichshaftpflichtgesetz der eigentlichen Problematik der vom Industriebetrieb ausgehenden technischen Gefährdungen nicht gerecht.² In der Realität führte es zu negativen, sogar von Seiten der Industrie beklagten Folgen, für diese war der Ausgang der Prozesse, insbesondere die Höhe des Schadensersatzes nicht genügend kalkulierbar. Man versuchte, sich gegen die Risiken durch eine private kollektive Unfallversicherung abzusichern.

Als im November 1872 preußische und österreichische Ministerialbeamte in Berlin eine Konferenz zur Beratung der sozialen Frage abhielten, erklärte dann auch der Vertreter des preußischen Handelsministeriums, der Abteilungsdirektor Rudolf Jacobi, es bestünde "schon jetzt eine Tendenz, das Haftpflichtgesetz dahin auszudehnen, dass jeder ohne eigene Schuld bei mit irgendeiner Gefahr verbundenen Arbeit beschädigte Arbeiter dem Unternehmer gegenüber für entschädigungsberechtigt werde."³ Das Reichshaftpflichtgesetz wurde aber nicht novelliert, statt dessen kam es nach knapp zehn Jahren zu einem Systemwechsel. Dieser bedeutete: "Ersetzung der Haftpflicht durch obligatorische, auf direktem Zwang beruhende Unfallversicherung, Ausführung der Versicherung durch eine staatliche Organisation im Gegensatz zur Privatspekulation."⁴ Dieser Systemwechsel von "privat" zu "öffentlicht" ist bereits recht gut historisch wie systematisch untersucht worden, denn er steht am Anfang des deutschen Weges zum Sozialstaat. Kaum beachtet aber sind die institutionellen und personellen Konsequenzen dieses Systemwechsels für die durch das Reichshaftpflichtgesetz provozierten privaten Versicherungen, d. h. vergessen ist die kurze Geschichte der privaten Unfallversicherungsgesellschaften für gewerbliche Arbeiter, die — vielfach von Fabrikanten gegründet — versuchten, gleichermaßen das Haftpflichtrisiko wie das Unfallrisiko abzusichern. Deren "Schicksal" war mit der Einrichtung der gesetzlichen Unfallversicherung von 1885 "besiegelt", ihr Ende durch Liquidation oder schlichte Aufhebung in den Jahren 1887/88 wurde damit eingeläutet.

In Darstellungen zur Geschichte des Haftpflichtrechts wie der Unfallversicherung wird dieser rechtsökonomisch und sozialpolitisch gleichermaßen interessante Sachverhalt, der seinerzeit zu heftigen parlamentarischen Debatten führte, nicht erwähnt. Allein die zeitgenössische Monographie des Würzburger Öffentlichrechtlers Robert Piloty berichtet knapp: "Der unmittelbare Einfluß der Einrichtung einer öffentlichen Unfallversicherung für weite Kreise der Bevölkerung war eine beträchtliche Einbuße, welche Privatversicherungsanstalten in ihrem Geschäfte erlitten. Für den hierdurch erlittenen Gewinnentgang ist denselben im Wege der Gesetzgebung kein Ersatz gewährt worden. Mehrere darauf gerichtete Anträge aus dem Schoße des Reichstages blieben erfolglos."⁵

Für den politisch engagierten Rechtswissenschaftler Bernhard Nagel ist die nachfol-

² Wolfgang Gitter, Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht: die soziale Unfallversicherung als Teil des allgemeinen Schadensrechts, Tübingen 1969; Regina Ogorek, Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, Köln/Wien 1975.

³ StA Abt. HHStA Wien IB K 35 1873, Konvolut ad 67 ex 1873, fol. 325.

⁴ So treffend der Regierungskommissar Theodor Lohmann am 7.3.1882 vor dem preußischen Volkswirtschaftsrat (Volkswirtschaftsrath Session 1882, S. 73).

⁵ Robert Piloty, Das Reichs–Unfallversicherungsrecht, dessen Entstehungsgeschichte und System,

gende Darstellung dieser Vorgänge sicher nicht nur historisch, sondern auch aktuell interessant. Die Aktualität dieser historischen Vorgänge auf dem sozialpolitischen Sektor resultiert daraus, dass seit der Option von SPD und Grünen für eine Bürgerversicherung sich eine begrenzte Zukunft der privaten Vollversicherung gegen Krankheit abzeichnet. Die nun berichteten, weitgehend vergessenen Vorgänge bestimmten seinerzeit allerdings nicht die Sozialdemokraten, sondern Reichskanzler Bismarck, der diesen ebenso das Wasser abgraben wollte wie den Liberalen.

2. Die kurze Geschichte privater Unfallversicherungsgesellschaften für gewerbliche Arbeiter

Das Reichshaftpflichtgesetz ordnete nicht an, die den Betriebsunternehmern von Bergwerken, Fabriken etc. auferlegte Haftpflicht zu versichern, empfahl eine Versicherung jedoch indirekt dadurch, dass es in § 4 bestimmte, es sei die dem Ersatzberechtigten etwa zukommende Leistung einer Versicherungsanstalt auf die Entschädigungssumme anzurechnen, wenn der Unternehmer mindestens ein Drittel der Prämie zahle. Durch diese Regelung, die durch die Initiative der sog. freien Kommission des Reichstags (Eduard Lasker und Genossen) in das Gesetz kam,⁶ wurde die private Unfallversicherung (PUV) der Arbeitgeber für ihre Arbeiter angeregt und auch geschaffen. Diese PUV für Arbeiter bezog sich nicht auf bestimmte einzelne Personen, sondern auf individuell nicht bestimmte Mitglieder einer Gruppe, also etwa die Beschäftigten eines Betriebes, und wurde daher auch als Kollektiv–Unfallversicherung bezeichnet.⁷ Die Arbeiter eines Betriebes wurden dadurch auf ein Vielfaches ihres Lohnes oder auf fixe Summen pro Kopf versichert — für sog. haftpflichtige Unfälle auf Kosten des Unternehmers, für sog. nicht haftpflichtige Unfälle meist unter Beteiligung der so versicherten Arbeiter am Beitrag.⁸ 1879 sollen ein Drittel aller Fabrikarbeiter gegen die haftpflichtigen Unfälle, aber nur ein Zehntel bis ein Sechstel der Fabrikarbeiter gegen alle Unfälle versichert gewesen sein.⁹ Die Anzahl der gegen alle Unfälle versicherten gewerblichen Arbeiter stieg bis 1881 absolut und relativ: Von Anfang 1881 insgesamt 860.861 versicherten Arbeitern waren 53 v. H. gegen haftpflichtige wie nichthaftpflichtige Unfälle versichert.¹⁰ Das Reichshaftpflichtgesetz war somit eine offizielle Empfehlung zum Abschluss einer (Betriebs-) Unfallversicherung, zu deren Durchführung sich eine ganze Anzahl neuer Gesellschaften bildeten bzw. bestehende Gesellschaften

Würzburg und Dresden 1890, S. 147.

⁶ Vgl. zu Entstehungsgeschichte und Auslegung des § 4, der mehr darauf angelegt war, das Haftpflichtrisiko erträglicher zu machen als einen umfassenden Versicherungsschutz gegen Arbeitsunfälle herzurufen, ausführlich: Georg Eger, Das Reichs–Haftpflicht–Gesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräberreien und Fabriken herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vom 7. Juni 1871, 2., verm. Aufl. Breslau 1879, S. 386 ff.

⁷ Neben der kollektiven Unfallversicherung entwickelte sich auch die Einzelversicherung gegen Unfälle und zu dieser gesellte sich die eigentliche Haftpflichtversicherung, d. h. die von jeder persönlichen Versicherung losgelöste Deckung gegen die aus Unfällen dem Versicherten erwachsende gesetzliche Haftung.

⁸ Vgl. Paul Hiestand, Grundzüge der Privaten Unfallversicherung mit Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung, Stuttgart 1900, S. 10 ff.

⁹ Gustav Schmoller, Haftpflicht und Unfallversicherung, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, 5 (1881), S. 294 ff.

¹⁰ Vgl. dazu die Eingabe einiger Privatversicherungen an den Deutschen Reichstag vom 21.3.1881 (Quellensammlung GDS, I. Abt., Bd. 2, Nr. 219).

entsprechende Zweige einrichteten.¹¹

Hier sind in chronologischer Abfolge zu nennen:

- die 1871 gegründete Allgemeine Unfallversicherungsbank in Leipzig (für haftpflichtige Unfälle) und deren 1873 gegründetes Zweiginstitut, die Deutsche Unfallversicherungs–Genossenschaft (für nichthaftpflichtige Unfälle),
- die 1871 gegründete Gegenseitige Lebens-, Invaliditäts- und Unfall–Versicherungs–Gesellschaft Prometheus in Berlin,
- die 1871 gegründete Unfall–Versicherungs–Genossenschaft in Chemnitz für haftpflichtige und nichthaftpflichtige Unfälle,
- die 1871 gegründete Magdeburger Allgemeine VersicherungsAG,
- die 1872 gegründete Schlesische Lebens–VersicherungsAG in Breslau,
- die 1872 gegründete Rhenania, VersicherungsAG zu Köln,
- der 1875 gegründete Allgemeine Deutsche Versicherungs–Verein in Stuttgart, der (haftpflichtige und nichthaftpflichtige) Unfall-, Kranken-, Invaliditäts-, Sterbekassen-, Militärdienst- und Rentenversicherung betrieb,
- die 1880 gegründete Kölnische UnfallversicherungsAG in Köln.

Der Vollständigkeit halber sei noch die Dresden–Stuttgarter Unfall–Versicherungsbank erwähnt, die als eingetragene Genossenschaft 1876 gegründet worden war, aber nicht konzessioniert wurde und infolge dessen nur etwa sechs Jahre mehr schlecht als recht "funkionierte".

Die bedeutendste und spezialisierteste Unfallversicherung auf Gegenseitigkeit war die Allgemeine Unfallversicherungsbank in Leipzig. Sie war im Wesentlichen eine Gründung von Industriellen, die im Aufsichtsrat mit prominenten Namen wie Nikolaus Druckenmüller (Düsseldorf), Hermann F. Giesecke (Leipzig), Louis Haniel (Düsseldorf), Louis Schwartzkopff (Berlin) und anderen vertreten waren. Anfang 1881 waren bei ihr 4692 "Etablissements" mit 246.834 Personen nach 2 (Gefahren-)Klassen und innerhalb dieser 51 Gruppen vertreten. In der ersten Klasse waren die Steinkohlenwerke, in der 2. Klasse sämtliche übrigen Industrien mit Ausschluss der Pulver- und Dynamit–Fabriken vertreten. 1881 entschädigte sie 2709 haftpflichtige Unfälle und zahlte 1,221 Mio M., pro Fall also 450,71 M.

Die Anzahl der durch die deutschen Unfallversicherungsgesellschaften geschützten Personen bestand Anfang 1881 aus 860.861 Arbeitern in etwa 29.000 verschiedenen "Etablissements". Bis Ende 1880 wurden von den Unfallversicherungsgesellschaften etwa 138.000 einzelne Unfälle bearbeitet, und zwar mit Kapitalentschädigungen in Höhe von ca. 17 Mio. und jährlichen Renten an invalide Arbeiter sowie an Witwen und Waisen verunglückter Arbeiter in Höhe von insgesamt etwa 170.000 M.¹²

¹¹ Details zu Gründung, Konzessionierung, Geschäftsführung und Vorstand sowie Geschäftsumfang im Jahrbuch für das Deutsche Versicherungswesen 1878 (ff.), herausgegeben von J. Neumann, Berlin 1878, und der Zeitschrift für Versicherungswesen, die seit 1877 (zunächst, bis 1878, unter dem Titel "Deutsches Vereinsblatt für Versicherungswesen") erschien.

¹² Quellensammlung GDS, I. Abt., Bd. 2, Nr. 219. Angaben zu einzelnen Versicherungsanstalten finden sich in den entsprechenden Jahrbüchern, Almanachen und Fachzeitschriften.

Die Geschäftspolitik dieser neuen Gesellschaften wurde zeitgenössisch oft kritisiert. Objektiv gesehen war die Prämienberechnung aufgrund der unzureichenden amtlichen Unfallstatistik schwierig und entsprechend schwankte die Höhe der Prämien. Durch das Prinzip der freien Beweiswürdigung hinsichtlich der Schadenshöhe gab es keine (gut kalkulierbare) Beschränkung der Ersatzleistung, also Maximalbeträge. Die richterliche Auslegung des Haftpflichtgesetzes wurde immer strenger, die Normen wurden immer mehr zu Gunsten der Arbeiter interpretiert.¹³ Die auf dem Prozessweg erzielten Entschädigungen stiegen. Der von der "Leipziger" zwischen 1873 und 1885 pro Schadensfall durchschnittlich aufgewandte Betrag stieg von 225,75 M. auf 685,56 M., und auch die Zahl der Entschädigungsfälle verdoppelte sich.¹⁴ Infolge der vielen, wohl unvermeidlichen Prozesse waren die Verwaltungskosten hoch, sie betragen durchschnittlich 25 bis 30 Prozent der Prämien.¹⁵

Die Gegenseitigkeitsgesellschaften erhoben Beiträge postnumerando, sofern die Prämien vorauszuzahlen waren, forderten sie häufig "Nachschuß", Konkurs und Liquidation drohten mehr als einer Gesellschaft. Die Aktiengesellschaften sollen in den ersten Jahren gar keinen Gewinn gemacht haben,¹⁶ allein die "Magdeburger" meldete für die Unfallversicherungssparte einen Gewinn von 150.000 M. Aufgrund dieser Situation waren "Stockungen in der Erfüllung der Verpflichtungen unausbleiblich, und für den verunglückten Arbeiter, welcher die ihm zukommende Entschädigung nicht prompt empfängt, tritt ein Notstand ein", meinte 1884 zu Recht das Wiener "Assecuranz-Jahrbuch" in einem wohl informierten Artikel.¹⁷ Erwähnt sei noch, dass die Direktion der Leipziger Unfallversicherungsbank durch ein Gutachten für den Bochumer Unternehmer Louis Baare maßgeblich dazu beitrug, dass Bismarck den Gedanken einer staatlichen Unfallversicherung entwickelte, der das Haftpflichtprinzip weitgehend ablöste und so diesem letztlich die Grundlage für ihr Wirken entzog!¹⁸

3. Abkehr von der privaten Unfallversicherung durch Bismarck

Die Geschichte der drei Unfallversicherungsvorlagen zwischen 1881 und 1884 soll hier nicht in den einzelnen Abläufen dargestellt werden, sondern nur im Hinblick auf die systematische Fragestellung, wie sich denn diese Entwürfe und schließlich das Gesetz auf die privaten Unfallversicherungen auswirkten, die grundsätzlich das gleiche Risiko absicherten.

Bismarck wollte von Anfang an die bestehenden privaten Unfallversicherungsgesellschaften "ausschalten" und hat an dieser Intention auch bis zur Verabschiedung konse-

¹³ Eine 1880 geplante reichsweite Enquête über Haftpflichtprozesse zwischen 1872 und 1880 unterblieb aufgrund des damit für die Gerichte verbundenen Aufwandes; einen Eindruck von der Rechtsprechung vermitteln die zeitgenössischen Kommentare, z. B. Georg Eger, Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Steinbrüchen, Gräberen und Fabriken herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen vom 7. Juni 1871, 2., verm. Aufl. Breslau 1879, S. 386 ff.

¹⁴ Hansjoachim Henning, Sozialpolitik III, in: Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Bd.7, Stuttgart/Tübingen/Göttingen 1977, S. 93.

¹⁵ Einen guten Überblick vermittelt der anonym erschienene Aufsatz: Über Unfallversicherung, ihre Entstehung, Entwicklung und gegenwärtige Lage, Assecuranz-Jahrbuch, hg. von A. Ehrenzweig, 5 (1884), S. 131 ff.

¹⁶ Ebenda; zur "Magdeburger" vgl. Zeitschrift für Versicherungswesen 7 (1883), S. 342.

¹⁷ Assecuranz-Jahrbuch 5 (1884), S. 146 (vgl. Anm. 15).

¹⁸ Dazu: Florian Tennstedt/Heidi Winter, "Der Staat hat wenig Liebe — aktiv wie passiv", in: Zeitschrift

quent festgehalten: Abänderungen der verschiedenen Fassungen der Gesetzentwürfe und der Gesetzesvorlagen im Reichstag akzeptierte er nur dann, wenn "dadurch seine Konzeption der Ausschaltung der Privatversicherung nicht tangiert würde".¹⁹

In der ersten positiven Äußerung Bismarcks zum Thema der Ablösung der Haftpflichtversicherung durch eine allgemeine Unfallversicherung in der mit Aplomb inszenierten Sitzung des Staatsministeriums vom 28.8.1880 — sämtliche Minister, auch die beurlaubten, wurden dazu hinbeordert — ist dieser Grundgedanke bereits axiomatisch formuliert: "Die Privatversicherungsgesellschaften (seien) zur Lösung dieser Aufgabe außerstande, schon weil der Unfall als solcher von sittlichen Gesichtspunkten aus nicht Gegenstand der Spekulation und Ausgangspunkt der Dividendenverteilung sein sollte. Man werde also auf den Vorschlag einer Reichs- oder Staatsversicherung kommen müssen."²⁰ Dabei glaubte er, dass diese Staatsversicherung "wenn nicht ganz kostenfreie, doch nur äußerst billige Verwaltungskosten erfordern müßte."²¹

In Direktiven und Randbemerkungen zu der als Chefsache behandelten und entsprechend vorangetriebenen Vorbereitung der ersten Unfallversicherungsvorlage vom 8. März 1881 hat der Kanzler diese Grundgedanken mehrfach wiederholt, am ausführlichsten hat er sie dann in den von ihm maßgeblich mitbestimmten Motiven der ersten Unfallversicherungsvorlage und seiner großen Reichstagsrede vom 2. April 1881 dargestellt und begründet: "Man kann nicht den Sparpfennig der Armen dem Konkurse aussetzen, man kann auch nicht zugeben, dass ein Abzug von den Beiträgen als Dividende oder zur Verzinsung von Aktien gezahlt würde (...). Und für solche Privatversicherungsgesellschaften, die in Konkurs geraten können, auch bei guter Verwaltung, durch Konjunkturen, durch große Unglücksfälle (...), zu solchen Versicherungen können wir nach meinem Rechtsgefühl niemand zwingen, und da möchte ich meinen Beitrag dazu versagen. Das Korrelat für den Zwang bildet meines Erachtens auch die Übernahme der Versicherung durch den Staat in der Form des Reiches oder in der Form des Einheitsstaates."²²

Bismarcks Ablehnung der privaten Versicherung war im Übrigen nicht auf die Unfallversicherung begrenzt, Anfang der achtziger Jahre gab es ernsthafte Pläne, nach Eisenbahn und Post auch das gesamte Versicherungswesen zu verstaatlichen. Diese Pläne wurden auch bekannt und etwa von dem Bismarck begeisterten Berliner Ökonomen Adolph Wagner propagiert, blieben aber in der Schublade.²³ Sie hatten, wie bei Bismarck oft, nicht nur ein politisches Kalkül, sondern auch ein persönliches Moment: Im November 1882 informierte die "Vaterländische Feuer- und Hagelversicherung in Elberfeld" den Gutsbesitzer Otto Fürst von Bismarck, dass sie für die Anfang 1883 beginnende Vertragsperiode beabsichtigte, die Prämien für die Versicherung seiner Friedrichsruher Besitzungen anzuheben, und zwar zwischen 25 und 50 Prozent.

für Sozialreform 39 (1993), S. 362–392; vgl. auch die Reformvorschläge der "Leipziger" vom Mai 1883: Zeitschrift für Versicherungswesen 7 (1883), S. 243.

¹⁹ So treffend Wolfgang Gitter, Schadensausgleich, S. 32.

²⁰ Quellensammlung GDS, I. Abt., Bd. 2, Nr. 83.

²¹ Ebenda, Nr. 84.

²² Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags (Sten.Ber. RT), 4. Legislaturperiode, IV. Session 1881, Bd.1, S. 711 ff.

²³ Vgl. Otto Pflanze, Bismarck. Der Reichskanzler, München 1998, S. 414 ff., und Adolph Wagner, Der Staat und das Versicherungswesen. Principielle Erörterungen über die Frage der gemeinwirtschaftlichen Organisation dieses wirtschaftlichen Gebiets im Allgemeinen, in: Zeitschrift für die gesammelte Staatswissenschaft 37 (1881), S. 102-172; allgemein: E. Freiherr von Liebig, Das deutsche Feuerver sicherungswesen, Berlin 1911, S. 30 ff.

Kurze Zeit später las dann der Reichskanzler Otto Fürst von Bismarck im "Reichsanzeiger", dass die besagte "Elberfelder" ihre Dividende von 20 auf 37,5 Prozent erhöht hatte. Prompt beauftragte er über seinen Bankier Gerson Bleichröder seinen Gutsverwalter Peter Lange, den Vertragspartner zu wechseln und ging zur "Magdeburger", die eine günstigere Prämie bot.²⁴ Diese Erfahrung ließ in ihm den Plan entstehen, nahezu das gesamte "unproduktive" Versicherungsgewerbe weitgehend zu verstaatlichen, er meinte sogar, "die ganze Lebens-, Krankheits- und Unfallversicherung müsse auf den Staat übergehen; es sei gegen die Moral, die Privatspekulation aus menschlichem Mißgeschick Nutzen ziehen zu lassen. Auch eine Verstaatlichung der Mobiliar- und Immobiliar-Feuerversicherung müsse erstrebt werden, "unter nachbarlicher Kontrolle", der Brandstiftungen wegen. Es sei doch ein ungesunder Zustand, wenn einige Feuerversicherungsgesellschaften 50 % Dividende machten."²⁵

Seit der zweiten Unfallversicherungsvorlage vom 8. Mai 1882 war die Abkehr von der PUV strukturell auch noch dadurch verstärkt, dass als Finanzierung das Umlageverfahren und nicht das Kapitaldeckungsverfahren vorgesehen war. Damit war der Bruch zur privaten Versicherung nicht nur rechtlich und politisch, sondern auch budgettechnisch bzw. ökonomisch vollzogen. Auf den Vorwurf des nationalliberalen Reichstagsabgeordneten Wilhelm Oechelhäuser, "die Regierung vertrete mit dem Umlageverfahren einen Gedanken, der nie vorher im Gebiete des Versicherungswesens ausgesprochen, der aber stets als das Gegenteil gesunder Versicherungstechnik angesehen worden sei", replizierte der Staatssekretär des Innern (und vorrangige Kenner von Bismarcks Intentionen!) Karl Heinrich von Boetticher: "Die geplante Unfallversicherung habe mit einer Versicherung, wie man sie zu denken gewohnt sei, nichts als den Namen gemein. Man habe künftig weiter nichts zu tun, als die gesetzliche Entschädigungsrente festzustellen, zur Zahlung durch die Post anzuweisen und rechnerisch auf die Berufsgenossenschaft umzulegen. Die Regierung werde vom Umlageverfahren nicht abgehen, so wenig wie von ihrem unbedingten Widerspruch gegen die Zulassung der Privatversicherungen."²⁶ Auf dem 1882 in Mannheim abgehaltenen Kongress deutscher Volkswirte, der als Hochburg des ökonomischen Liberalismus galt, führte der nationalliberale Politiker und Statistiker Ernst Engel allerdings positiv aus: "Wenn der Staat eine Zwangsversicherung einführt, dann hat er auch für alle Konsequenzen derselben aufzukommen. Das geplante Umlageverfahren hat für den Staat daher weniger Bedenken, weil der Staat ewig ist; für die Privatgesellschaften ist es freilich nicht zulässig."²⁷

Dieser Abkehr von Prinzipien der privaten Versicherung wie deren völliger Ausschluss gefährdete die parlamentarische Verabschiedung auch der dritten Unfallversicherungsvorlage. Jedoch, wie Bismarcks Schwiegersohn verlauten ließ: "Der Zulassung der Privatversicherung, die ja als Mittel, die liberalen Stimmen zu gewinnen, vielleicht in Aussicht genommen werden könnte, würde der Herr Reichskanzler außerstande sein, eine Konzession zu machen; er glaubt vielmehr, daß mit dem Festhalten an dem Prinzip der Ausschließung der Privatversicherung das Gesetz stehen und fallen muß."²⁸ Durch das Einschwenken der Nationalliberalen unter Führung von Johannes Miquel im Heidelberger Programm kam es dann auch noch zu einem politischen Kom-

²⁴Vgl. Otto Pflanze, Bismarck, S. 418.

²⁵Arthur von Brauer, Im Dienste Bismarcks, Berlin 1936, S. 163.

²⁶Zeitschrift für Versicherungswesen 8 (1884), S. 210.

²⁷Zit. nach Zeitschrift für Versicherungswesen 6 (1882), S. 475.

²⁸Quellensammlung GDS, II. Abt., Bd. 2, 1. Teil, Nr.135, Anm. 4.

promiss, der dazu führte, dass das Gesetz am 6. Juli 1884 verabschiedet wurde und am 1. Oktober 1885 in Kraft trat. Am 28. Mai 1885 und 11. Mai 1887 wurde die gesetzliche Unfallversicherung dann auch noch auf weitere Branchen, nämlich Transportgewerbe und andere, sodann auch die Baubranche ausgedehnt und damit der PUV als Zielgruppe entzogen.

4. Politische Eckpunkte und Fragen staatlicher Entschädigung für entgangenen Gewinn und verlorenen Arbeitsplatz

Die weitgehend flächendeckende Einführung einer gesetzlichen Unfallversicherung für die Industrie zwischen 1884 und 1886 ohne die Möglichkeit privater "Ersatzkassen" bzw. Ablehnung jeglichen Substitutivprinzips bedeutete absehbar Konkurs und Liquidation der nach 1872 gegründeten Versicherungsgesellschaften, die auf die Absicherung des Unfallrisikos spezialisiert waren — modern gesprochen eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und/oder auch einen enteignungsgleichen Eingriff. Die Gesetzentwürfe wie das am 6. Juli 1884 verabschiedete Unfallversicherungsgesetz sahen keine Entschädigungsregelungen vor, nur in § 100, dass die Rechte und Pflichten aus entsprechenden Versicherungsverträgen auf die neu eingerichteten Berufsgenossenschaften als Träger der gesetzlichen Unfallversicherung übergehen sollten.²⁹ Tatsächlich sank die Prämieneinnahme der deutschen Unfallversicherungsgesellschaften insgesamt 1886 von bisher etwa 11 auf 4,5 Millionen Mark,³⁰ die beiden "Leipziger" sowie die Unfall-Versicherungs-Genossenschaft in Chemnitz gingen in Konkurs und wurden liquidiert, die übrigen Gesellschaften konnten sich halten, weil sie nicht auf die sog. kollektive Unfallversicherung spezialisiert waren, entließen aber eine Anzahl ihrer Angestellten, seinerzeit als Privatbeamte bezeichnet.³¹

Ein Sonderproblem war nun das einer durch den gesetzlichen Eingriff eigentlich notwendig werdenden Entschädigung, vor allem der Angestellten ("Beamten") der privaten Unfallversicherungsträger. Dieses wurde im Gesetzgebungsverfahren durchaus gesehen und in dieser Hinsicht wurde auch petitioniert. Bereits am 14. Mai 1881, also bei der ersten Unfallversicherungsvorlage, petitionierten die Beamten der Abteilung für Unfallversicherung bei der Magdeburger Allgemeinen VersicherungsAG betreffend ihre eventuelle Entschädigung, im Reichstag brachten daraufhin liberale Abgeordnete um Dr. Sigmund Günther³² und der Zentrumsführer Ludwig Windthorst³³ entsprechende Resolutionen ein, die im Plenum auch diskutiert und angenommen wurden. Anfang Juni 1882 petitionierten die Direktoren, Beamten und Vertreter aller in Deutschland konzessionierten Unfallversicherungsgesellschaften um eine angemessene Entschädigung aus Reichsmitteln für die in ihrer Existenz geschädigten Gewerbetreibenden. In dieser Petition wurden alle sachlichen wie lobbyistischen Argumente zusammengetragen, dabei wurde u. a. ausgeführt: "Die Privat-Unfallversicherungsgesellschaften sind lediglich durch das Gesetz vom 7. Juni 1871 ins Leben gerufen, denn dieses Gesetz weist in seinem § 4 geradezu auf die Versicherungsnahme hin."

²⁹ Vgl. dazu ausführlich Robert Piloty, Das Reichs-Unfallversicherungsrecht, S. 148 ff.

³⁰ Paul Hiestand, Grundzüge der Privaten Unfallversicherung, S. 12.

³¹ Eine Fülle von Material dazu findet sich in den Jahrgängen 6 bis 9 bzw. 1882 bis 1885 der Zeitschrift für Versicherungswesen.

³² Sten.Ber. RT, 4. LP, IV. Session, Drucksache Nr. 205.

³³ Ebenda, Drucksache Nr. 254.

Die infolgedessen entstandenen und staatlich konzessionierten Unfallversicherungs-Gesellschaften bedurften für ihren Betrieb ein Heer von Beamten und Vertretern, die zum Teil sich nur für diese Branche ausbildeten oder doch ihre Existenz ganz oder größtenteils in derselben fanden. Andere wieder wurden durch die jahrelange Tätigkeit für dieses Fach ihrem früheren Berufe ganz entfremdet, so daß sämtliche Beamten und ein großer Teil der Vertreter der Unfallversicherungsbranche in ihrer Existenz bedroht sind, ja daß vielen sogar ein unabsehbares Elend bevorsteht, wenn die gesetzgebenden Faktoren die Tätigkeit der Privat-Unfallversicherungs-Gesellschaften ausschließen, ohne gleichzeitig gesetzliche Bestimmungen zu erlassen, welche die Entschädigung der betroffenen Gewerbetreibenden anordnen und angemessen regeln. Es bleibt auch zu berücksichtigen, daß von den Vertretern zahlreiche Opfer für die Errichtung und den Betrieb des Unfallversicherungsgeschäfts gebracht werden mußten und Verpflichtungen übernommen wurden, welche dieselben noch auf Jahre hinaus engagieren. Wie umfangreich der materielle und soziale Schaden ist, welcher deutschen Reichsangehörigen aus einer derartigen Umwälzung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die Unfallversicherung erwächst, geht daraus hervor, daß nach den stattgehabten Ermittlungen 7372 Beamte, Generalagenten und Haupt- und Spezialagenten sich dem Berufe der Unfallversicherung gewidmet haben. Diesen Tausenden von Reichsangehörigen würden durch Annahme der Gesetzesvorlage ganz oder zum Teil die Existenzmittel entzogen, ohne daß ihnen eine Entschädigung gewährt wird.³⁴

Am 18. Juni 1884 befasste sich der Reichstag erneut mit der Entschädigungsproblematik. Dabei bestritt der Staatssekretär des Innern Karl Heinrich von Boetticher schlankweg, dass "das Geschäft der Privatversicherungsgesellschaften in einer Weise geschädigt wird, daß sie fortan nicht mehr existieren können; ich behaupte vielmehr, daß ihnen auch in Zukunft noch ein weites Feld der Tätigkeit übrig bleibt."³⁵ Auf die Vorhaltung des liberalen Abgeordneten Friedrich von Payer, durch das Gesetz würden tausende Menschen außer Brot gesetzt und dass der Gesetzgeber kein Recht habe, ihnen diese Branche, in der sie beschäftigt gewesen seien, zu entziehen, meinte Staatssekretär von Boetticher: "Ja, meine Herren, mit dieser Argumentation kann man jeden Fortschritt auf wirtschaftlichem Gebiet bekämpfen. Brauchen wir neue Institutionen, so brauchen wir neue Kräfte, und indem wir neue Kräfte brauchen, machen wir alte entbehrlich; aber damit ist nicht gesagt, daß diese alten Kräfte nicht auch für die neuen Institutionen verwertbar wären."³⁶

Gleichwohl nahm der Reichstag am 27. Juni 1884 eine erneute auf Entschädigung gerichtete Resolution von Ludwig Windthorst an. Über diese wiederum referierte im Bundesrat am 6. Oktober 1884 der bayr. Bundesratsvertreter Josef Hermann ebenfalls ablehnend: Das Bedürfnis sei nicht nachgewiesen und es könne auch "mit Rücksicht auf die möglichen Konsequenzen" der Resolution keine Folge gegeben werden: "Es sei gar nicht möglich, auf dem Gebiet der wirtschaftlichen Gesetzgebung Änderungen vorzunehmen, ohne in die Interessensphäre einzelner einzugreifen."³⁷ Daraufhin petitionierten die Beschäftigten der Magdeburger Allgemeinen Versicherungsgesellschaft am 24. Oktober 1884 direkt bei Kaiser Wilhelm "auf fernere Beschäftigung im Staats-

³⁴ Zeitschrift für Versicherungswesen 6 (1882), S. 314.

³⁵ Sten.Ber. RT, 5. LP, IV. Session, S. 822.

³⁶ Ebenda, S. 828.

³⁷ Quellensammlung GDS, II. Abt., Bd. 2, 2. Teil, Nr. 204.

dienst oder Entschädigung für den Brotverlust" — gleichfalls erfolglos.³⁸ Im Geschäftsbericht der "Magdeburger" wurde in eine ähnliche Richtung gehend festgestellt, dass im Ausschluss von dem Arbeiter-Unfallversicherungsgeschäft, für das sie 1872 ausdrücklich konzessioniert worden sei, nur ein "unberechtigter Eingriff in wohl erworbene Rechte erblickt werden könne." Von dort her müssten "die ihres Geschäfts beraubten Privatgesellschaften entschädigt werden".³⁹ Die Argumentation der sich häufenden Petitionen war ähnlich — durchweg blieben sie ohne Erfolg. Mögen die überlieferten Statistiken auch ungenau sein — die Zahl der entlassenen Privatunfallversicherungsbeamten und -agenten ging sicher nicht in die Tausende wie befürchtet, "in die Hunderte" dürfte aber eine realistische Schätzung sein. Dabei war die Dauer ihrer Arbeitslosigkeit angesichts der einsetzenden Konjunktur wohl aber eher kurz.

Interesse verdient die Frage, inwieweit die durch Einführung der gesetzlichen Unfallversicherung mittelbar stellenlos gewordenen sog. Privatunfallversicherungsbeamten bei den neu errichteten "staatlichen" Berufsgenossenschaften und beim Reichsversicherungsamt (RVA) eine neue Anstellung erhielten. Bei entsprechenden Erhebungen von Anfang 1886 zeigte sich, dass insgesamt 106 Beamte regelrecht entlassen worden waren, die meisten bei der in Konkurs gegangenen "Leipziger", nämlich 29, und 24 bei der weiterhin florierenden "Magdeburger".⁴⁰ Bei den neu eingerichteten "staatlichen" Berufsgenossenschaften und dem ebenfalls neu geschaffenen RVA angestellt wurden von den entlassenen Privatversicherungsbeamten nur 20. Diese Angaben beruhen auf einer Umfrage der "Magdeburger"! Nach dem Geschäftsbericht des RVA hingegen waren erheblich mehr in den öffentlichen Dienst übergewechselt: 79 zu den Berufsgenossenschaften und 8 zum RVA.⁴¹ Nach einem Bericht des Präsidenten des RVA Tonio Bödiker an den Staatssekretär des Innern vom 2.4.1886 waren es insgesamt sogar 101.⁴²

So kann wohl abschließend gesagt werden, dass langfristig die Folgen der "Verstaatlichung" der Unfallversicherung weniger gravierend waren als in den zahlreichen Eingaben der Interessenten befürchtet wurde. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass sich die deutsche Wirtschaft im Aufschwung befand. Die Prämieneinnahme der deutschen Gesellschaften, die bis auf die beiden "Leipziger" nicht liquidiert wurden, war 1898 höher als je zuvor: 33 Mio Mark gegenüber 4,5 Mio Mark im Jahr 1886. Ein Schweizer Experte schrieb bereits 1900 wieder von dem "gewaltigen Aufschwung, den die Unfall- und Haftpflichtversicherung seit dem Abgang des Arbeiterversicherungsgeschäfts genommen hat."⁴³ Die gesetzliche Unfallversicherung hatte den Versicherungsgedanken weiter populär gemacht und die unternehmerische Geschäftspolitik wich geschickt auf entsprechende individuelle Risiken und andere, nicht gewerbliche Personengruppen aus.

5. Lehren aus der Geschichte?

Für Lehren zur Haftpflichtgestaltung und Unfallversicherungsreform in der Gegenwart bietet sich der historische Rückblick kaum an, interessant erscheint aber ein Blick auf die Krankenversicherung! Inwieweit daraus Lehren für die Reformoptionen zur

³⁸ Ebenda, Nr. 214.

³⁹ Zeitschrift für Versicherungswesen 8 (1884), S. 324.

⁴⁰ Zeitschrift für Versicherungswesen 10 (1886), S. 81.

⁴¹ Vgl. Amtliche Nachrichten des Reichs-Versicherungsamtes 2 (1886), S. 70.

⁴² Bundesarchiv R 1501 Nr. 100404, fol. 7–10 Rs.

⁴³ Paul Hiestand, Grundzüge (vgl. Anm. 8), S. 11 f.

Krankenversicherung in der Gegenwart gezogen werden können, sei dahingestellt. Es ist wohl nur sicher, dass die nach den "Eckpunkten" vom 3. Juli 2006 gestaltete Gesundheitsreform, die 2008 in Kraft treten soll, nicht die letzte ist: Die Kosten werden weiter steigen, und so dürfte die seit 2004 diskutierte durchaus verfassungskonforme⁴⁴ Ausweitung der Versicherungspflicht und damit die Eingliederung der privaten Krankenversicherung (PKV) wieder auf die Tagesordnung kommen.⁴⁵ Die verfassungsrechtlich am ehesten geschützten 100 Milliarden Euro an Altersrückstellung der PKV werden nach und nach abschmelzen — auch ohne enteignungsgleichen Eingriff des Staats. Die private Vollversicherung dürfte langfristig wohl keine Zukunft haben, aber die PKV als solche dürfte damit ebenso wenig untergehen wie seinerzeit die PUV! Sie wird sich aber wandeln. Das deutsche System ist ohnehin ein Exot, in allen anderen europäischen Ländern gibt es die PKV nur als Zusatz zu einer staatlich organisierten und regulierten Grundsicherung, und auch die Finanzierung durch Kapitaldeckung ist nicht die Regel.⁴⁶ Sollten die Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen weiter reduziert werden, wird sicher der Geschäftszweig "Zusatzversicherung" schnell ausgedehnt werden und seinen Anteil rasch erhöhen, vielleicht sogar die PKV zunehmend prägen. Die stetig steigenden Ausgaben, die ein Problem der PKV wie der GKV sind, und zu deren nachhaltiger Minderung bislang keine Gesundheitsreform Substanzielles beigetragen hat, sind dann sicher wieder eher ein (sozial-)politisches Problem als die Gewinne.

Man wird sehen, was teurer war und sein wird. Reformen werden von ihren Initiatoren immer als Erfolg gepriesen, ihre Anlässe darüber vergessen. Sie provozieren oft ungeplante Folgen — jedenfalls für die Anfangsjahre der Arbeiterversicherung gibt es Indizien dafür, dass auch die gesetzliche Unfallversicherung kaum geringere Beiträge erforderte als die PUV und ob — wie von Bismarck gewünscht — die Prozesse um

⁴⁴ Vgl. Beschluss des BVerfG v. 4.2.2004 (BVerfGK 2, 283, 286 ff.), dazu auch der Präsident des BVerfG Hans-Jürgen Papier, vgl. FAZ Nr. 135 v. 13.6.2006, S. 13 (Reformoptionen für die Krankenversicherung).

⁴⁵ Eine Projektgruppe der SPD hatte im Sommer 2004 Eckpunkte einer Bürgerversicherung erarbeitet, die der SPD-Vorstand am 30. August 2004 verabschiedete. Der entscheidende Eckpunkt war, dass alle Erwerbstätigen, also auch privat versicherte sog. Besserverdienende, Selbständige und Beamte nach einem Bürgerversicherungstarif versichert werden sollten. [Ein erster Schritt in diese Richtung war bereits das Beitragssatzsicherungsgesetz vom 23.12.2002: Durch Ansatz eines höheren Grenzbeitrages für die Versicherungspflicht nach § 6 Abs. 6 ff. SGB V sollten sog. Besserverdienende, die relativ hohe Beiträge zahlen und die bisher bei Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze zu privaten Krankenversicherungsunternehmen wechseln konnten, den gesetzlichen Krankenkassen als zahlende Mitglieder erhalten bleiben. Seitdem gibt es zwei unterschiedliche Versicherungspflichtgrenzen (Jahresarbeitsentgeltgrenzen) in der Krankenversicherung, 2006 waren das 42 750 Euro einerseits und 47 250 Euro andererseits. In der Pflegeversicherung wurde entsprechend verfahren (§ 20 Abs. 1, §§ 54 ff. SGB XI)]. Dabei sollten auch private Krankenkassen als solche einbezogen werden. Im Anfang Juli 2005 verabschiedeten Wahlmanifest der SPD ging es dann aber um mehr, nämlich um einen solidarischen Beitrag in eine mehr oder weniger einheitliche Krankenversicherung. In diesem Sinne kündigte die Gesundheitsministerin Ulla Schmidt in einem Interview an: "Der entscheidende Punkt muss sein, dass die unsinnige Trennung zwischen privater und gesetzlicher Krankenversicherung aufgehoben wird." (Vgl. "Kassenbeiträge allein reichen nicht mehr", Die Welt v. 6.6.2005.) Auf jeden Fall sollte der (pflicht-)versicherte Personenkreis in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) ausgeweitet werden — nicht allein, wie bis 2002, unter dem Gesichtspunkt der sozialen Schutzwürdigkeit, sondern auch unter dem der Solidarität bzw. solidarischen Finanzierung. Die PKV, die rund 10 Prozent der Bürger umfasst, wäre damit aus dem Grundgeschäft der Absicherung von Standardrisiken verdrängt worden. Die "Eckpunkte zu einer Gesundheitsreform", die die Große Koalition am 3. Juli 2006 verabschiedete, enthalten diese Option nicht mehr!

⁴⁶ Die bekannteste Ausnahme sind die Niederlande.

Entschädigungen relativ abnahmen oder stiegen, sei auch dahingestellt.⁴⁷ Die richtigen Fragestellungen und eine gründliche Kenntnis der historischen Abläufe lehren, dass ein Blick in die Geschichte nach wie vor lehrreich ist — ob man daraus dann auch lernen will und lernt, ist eine etwas andere Frage.

⁴⁷Vgl. dazu den Bericht der Handelskammer Neuss vom 17.9.1889, Abdruck: Quellsammlung, II. Abt., Bd. 2, 2. Teil, Nr. 359. Ungewollt nahmen so die gewerkschaftliche Rechtshilfe bzw. die Arbeitersekretariate mit der Unfallversicherung ihren Aufschwung.

Teil VI.

Veröffentlichungen von Bernhard Nagel

Monographien, Lehrbücher und Kommentierungen

Recht und Gerechtigkeit im gesellschaftlichen Wandel, Hamburg: merus verlag 2006

Mark ist gleich Mark — Der Gesetzespositivismus des Reichsgerichts und die Hyperinflation des Jahres 1923, Metropolis–Verlag 2006

— zusammen mit Alper Köklü —

Die Eigenarbeit der Zisterzienser, Von der religiösen Askese zur wirtschaftlichen Effizienz, Metropolis–Verlag 2006

Zur Problematik von Studiengebühren, Stellungnahme zum NRW–Studiengebühren gesetz anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Innovation, Wissenschaft, Forschung und Technologie des Landtages von Nordrhein–Westfalen am 26. Januar 2006 in Düsseldorf, im Internet unter

<http://www.uni-kassel.de/fb7/wirtschaftsrecht/nagel/>

Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft — Kommentar zum SE–Beteiligungsgesetz (SEBG), München: Beck 2005

— zusammen mit Gerhild Freis und Georg Kleinsorge —

Weiterbildung als Zukunftsinvestition, in: Bundesverband der Träger beruflicher Bildung (Bildungsverband) e.V. (Hg.), Hamburg 2005

Bildungsfinanzierung in Deutschland, Analyse und Gestaltungsvorschläge, 2. Aufl., Baden–Baden: Nomos 2004

— zusammen mit Roman Jaich —

Die Finanzierung lebenslangen Lernens — der Weg in die Zukunft, Schlussbericht der Kommission Finanzierung lebenslangen Lernens, BMWF, Bielefeld: wbv 2004

Wirtschaftsrecht der Europäischen Union , 4. Aufl. Baden–Baden: Nomos 2003 (Lehrbuch)

Studiengebühren und ihre sozialen Auswirkungen — eine Zusammenstellung aus Australien, England, Schottland, Neuseeland, den Niederlanden, Österreich und den USA, Baden–Baden: Nomos 2003

Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt, Vertrag mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 4. Aufl. München/Wien: Oldenbourg 2003 (Lehrbuch)

— zusammen mit Thomas Eger —

Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform, Baden–Baden: Nomos 2002

— zusammen mit Sebastian Haslinger und Petra Meurer —

Bildungsfinanzierung in Deutschland, Analyse und Gestaltungsvorschläge — Endbericht an die Max–Träger–Stiftung, Frankfurt/Main 2002

— zusammen mit Roman Jaich —

Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip, Gutachten für die Hans–Böckler–Stiftung, Edition 70, Düsseldorf 2002

Wirtschaftsrecht der Europäischen Union , 3. Aufl. Baden–Baden: Nomos 2001 (Lehrbuch)

Wirtschaftsrecht I, Grundrechte und Einführung in das Bürgerliche Recht, 4. Aufl. München/Wien: Oldenbourg 2000 (Lehrbuch)

Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht — Eine Einführung, München: Verlag Franz Vahlen 2000 (Lehrbuch)

The Establishment of European Works Councils — From information committee to social actor, Aldershot u.a.: Ashgate 1999

— zusammen mit Wolfgang Lecher und Hans–Wolfgang Platzer —

Gemeindeordnung als Hürde? — Zur Reichweite der Betätigung kommunaler Unternehmen nach § 107 der nordrhein–westfälischen Gemeindeordnung vor dem Hintergrund des europäischen Gemeinschaftsrechts und des Grundgesetzes, Nomos: Baden–Baden 1999

Nationale Konflikte und monetäre Einheit, ein Plädoyer für die Währungsunion, Wien: Passagen Verlag 1999

— zusammen mit Jürgen Nautz —

Wirtschaftsrecht der Europäischen Union , 2. Aufl. Baden–Baden: Nomos 1999 (Lehrbuch)

Vom Informationsforum zum Akteur? Zur Konstituierung von Euro–Betriebsräten in Deutschland, Frankreich, Großbritannien und Italien — Endbericht eines Forschungsprojekts, Nomos: Baden–Baden 1998

— zusammen mit Wolfgang Lecher und Hans–Wolfgang Platzer —

Wirtschaftsrecht der Europäischen Union , 1. Aufl. Baden–Baden: Nomos 1998 (Lehrbuch)

Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt, Vertrag mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 3. Aufl. München/Wien: Oldenbourg 1997 (Lehrbuch)

— zusammen mit Thomas Eger —

Information und Mitbestimmung im internationalen Konzern — Endbericht eines Forschungsprojekts, Baden–Baden: Nomos 1996

— zusammen mit Birgit Riess, Stefan Rüb und Andreas Beschorner —

Norm und Wirklichkeit des Zisterzienserordens, Leipziger Juristische Vorträge, Heft 15, Leipziger Universitätsverlag 1996

Neue Konzernstrukturen und Mitbestimmung, Baden–Baden: Nomos 1994

— zusammen mit Birgit Riess und Gisela Theis —

Wirtschaftsrecht III — Unternehmens– und Konzernrecht, München/Wien: Oldenbourg 1994 (Lehrbuch)

Wirtschaftsrecht I, Grundrechte und Einführung in das Bürgerliche Recht, 3. Aufl. München: Oldenbourg 1993 (Lehrbuch)

Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt, Vertrag mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 2. Aufl. München/Wien: Oldenbourg 1993 (Lehrbuch)
— zusammen mit Thomas Eger —

EG-Wettbewerbsrecht und Zulieferbeziehungen der Automobilindustrie (mit einer ökonomischen Analyse der Zulieferbeziehungen in der Automobilindustrie von Eger), Gutachten im Auftrag der EG-Kommission, Luxemburg und Brüssel (Veröffentlichungen der Kommission) 1992

Mitbestimmung im Montankonzern und Grundgesetz, Baden-Baden: Nomos 1992

Wirtschaftsrecht I, Grundrechte und Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., München: Oldenbourg 1991 (Lehrbuch)

Markt und Konzentration in der Brauwirtschaft, Nürnberg 1991
— zusammen mit G. Brüggelambert —

Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Verfassungsrecht, Rechts-gutachten für die Hans-Böckler-Stiftung, Baden-Baden: Nomos 1990
— zusammen mit Uwe Bauers —

Der Lieferant on line, Just-in Time-Produktion und Mitbestimmung in der Automobilindustrie, Baden-Baden: Nomos 1990
— zusammen mit Birgit Riess und Gisela Theis —

Wirtschaftsrecht II, Eigentum, Delikt, Vertrag mit einer Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts, 1. Aufl., München/Wien: Oldenbourg, 1989 (Lehrbuch)
— zusammen mit Thomas Eger —

Eigentum und Markt im Maschinenbau, Baden-Baden: Nomos 1988
— zusammen mit Hildegard Kaluza —

Mitbestimmung und Grundgesetz, Baden-Baden: Nomos 1988

Struktur und Entwicklungspotentiale in der Region Nordhessen, Kassel 1987
— zusammen mit Birgit Riess —

Wirtschaftsrecht I, Grundrechte und Einführung in das Bürgerliche Recht, 1. Aufl., München: Oldenbourg 1987 (Lehrbuch)

Fristverträge an Hochschulen und Forschungseinrichtungen (Kommentar), zugl. Nachtr. zu Denninger, HRG, München 1986

Beschränkung der Rechtsformen für mitzubestimmende Großunternehmen und Eigentumsschutz, Kassel 1986
— zusammen mit Beier und Kaluza —

Neue Technologien, Qualifikation und Mitbestimmung in der Brauwirtschaft, 3. Aufl., Kassel 1986
— zusammen mit Heike Dippel und Birgit Riess —

Rechtliche Situation und Probleme der beruflichen Weiterbildung, Reihe Berufliche Weiterbildung der Fernuniversität Hagen 1983

Unternehmensmitbestimmung, Köln: Bund–Verlag 1980

Rechtliche Anforderungen an die Binnenstruktur von Hochschulkliniken, Gutachten 1978

Gutachten zur Bewertung beruflicher Leistungen beim Hochschulzugang (für das BVerfG), 1976

— zusammen mit Ulrich Hammer —

Die Aufklärung des Verbrauchers im Teilzahlungskredit, Vergleiche des Rechts der Bundesrepublik Deutschland mit dem der USA, (zugl. Diss.) 1972

Consumer Protection in Time Sales by Disclosure and a Right of Cancellation, 1968 (Masterthese an der University of Michigan)

Aufsätze und Beiträge zu Sammelwerken

Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, in: NZG 3/2006, S. 97–101

Das Rechtssystem in der Weiterbildung, in: Krug/Nuissl (Hg.), Praxishandbuch Weiterbildungrecht, Neuwied: Luchterhand 2004, Kap. 1, S. 1–81

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) und die Beteiligung der Arbeitnehmer, in: AuR 8/2004, S. 281–286

Ist die Europäische Aktiengesellschaft (SE) attraktiv?, in: DB 24/2004, S. 1299–1304

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland — der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, in: NZG 18/2004, S. 833–839

Societas Europaea und Mitbestimmung, in: ZESAR 4/2004, S. 175–181
— zusammen mit Alper Köklü —

Studiengebühren und ihre sozialen Auswirkungen, in: Wirtschaftspraxis, Verwaltungspraxis, Wirtschaftswissenschaften 2/2003, S. 65–68

Die Europäische Aktiengesellschaft und die Beteiligung der Arbeitnehmer, in: WiSt 12/2003, S. 713–720
— zusammen mit Alper Köklü —

Distanz-, Summations- und Massenschäden in der Produkthaftung, in: Haftpflicht international — Recht und Versicherung (PHI) 5/2003; S. 180–189

Erneuerbare Energien und Rechtsordnung, in: Koch/Roßnagel (Hg.), 11. Deutsches Atomrechtssymposium, Baden-Baden: Nomos, 2002 S. 457–482

Mitbestimmung in öffentlichen Unternehmen mit privater Rechtsform und Demokratieprinzip, in: ZNER 2002, S. 78–87

Lebenslanges Lernen und Staatsfinanzen (Kommentar), in: WSI-Mitteilungen 6/2002, S. 306

Mehr Markt oder mehr Staat oder beides in der Weiterbildung? Eine rechtsökonomische Analyse, in: Zeitschrift für Erziehungswissenschaft 2/2002, S. 241–260

Finanzierung der Weiterbildung in Deutschland, in: Faulstich (Hg.), Für ein Recht auf Weiterbildung, Hamburg 2002, S. 105–129

Die Zisterzienser aus der Sicht der Rechtsökonomie, in: Kniefkamp (Hg.), Zisterzienser, Norm, Kultur, Reform, 900 Jahre Zisterzienser, Berlin u.a.: Springer 2001, S. 389–414

A Conflict between Asceticism and Wealth: Law and Economics of the Cistercians in the Middle Ages, in: Homo Oeconomicus XVII (4), München: ACcedo Verlagsgesellschaft 2001, S. 2–22

Gesellschaftsrechtliche Schlichtungsinstanzen aus der Sicht der Rechtsökonomie, in: Nautz/Brix/Luf (Hg.), Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft, Wien: Passagen Verlag 2001, S. 81–99

Zukunft des Flächentarifvertrages in Deutschland, in: Schäfer/Ott (Hg.), Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, S. 30–45

Verschlechternde Regelungen und Vereinbarungen zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in Festschrift für Michael Kittner, in: AuR 10/2001, S. 406–411

Ökostrom darf durch Mindestpreise gefördert werden — Anmerkung zur Entscheidung des EuGH in Sachen Preußen-Elektra AG/Schleswag AG, in: ZUR 4/2001, S. 263–265

Zum Verhältnis von gesetzlicher und vertraglich vereinbarter Mitbestimmung, in: Schnee (Hg.), Politische Ökonomie, Macht und Arbeitnehmersituationen im Kapitalismus, Festschrift für Erwin Weissel, Marburg: Metropolis 2000, S. 226–262
— zusammen mit Hans G. Nutzinger —

Autonomie, Abhängigkeit und Wettbewerb, rechtliche und ökonomische Analyse; in: Ökonomie und Gesellschaft, Jahrbuch 11: Markt, Norm und Moral, Marburg: Metropolis 2000, S. 89–126

Norm und Markt bei den kommunalen Stromversorgern, in: NVwZ 2000, S. 758–762

EU-Gemeinschaftsrecht und nationales Gestaltungsrecht, in: ZNER 2000, S. 3–6

Die Vereinbarkeit des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) mit dem Beihilferecht der EG, in: ZNER 2000, S. 100–111

Die Vereinbarkeit des EEG mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, verfahrensrechtliche Analyse, in: ZNER 2000, S. 161–170

Die öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb — Kommunalrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: ZögU 2000, S. 428–443

Zum Verhältnis von gesetzlicher und vertraglich vereinbarter Mitbestimmung, in: Homo Oeconomicus XVI (3), München: ACCEDO Verlagsgesellschaft 2000, S. 301–332
— zusammen mit Hans G. Nutzinger —

Euro-Betriebsräte: Struktur und Entwicklungspotentiale, in: Nutzinger (Hg.), Perspektiven der Mitbestimmung, Marburg: Metropolis 1999, S. 347–360

Produkthaftung im Produktionsverbund — Neue faktische und rechtliche Produkthaftungsrisiken, in: Hahn/Kaufmann (Hg.), Handbuch industrielles Beschaffungsmanagement, 2. Aufl., Wiesbaden: Gabler 1999, S. 295–319

Law and economics analysis of the European Works Council, in: de Geest/Siegers/van den Bergh (Hg.), Law and Economics and the Labour Market, London 1999, S. 157–184
— zusammen mit Roman Jaich —

Ist die Mitbestimmung (heute noch) effizient und gerecht?, in: Nutzinger (Hg.), Die Entstehung des Arbeitsrechts in Deutschland, Marburg: Metropolis 1998, S. 183–212

Die Privatisierung im Unternehmens- und Konzernrecht, in: Blanke/Trümner (Hg.), Handbuch der Privatisierung, Baden-Baden: Nomos 1998, S. 295–380

Kommentar zu Jennifer Arlen und Reinier Kraakman: Die Neustrukturierung der Unternehmenshaftung, in: Claus Ott und Hans-Bernd Schäfer, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, S. 340–344

Arbeitnehmer wie Aktionäre behandeln?, in: Die Mitbestimmung Heft 3/1997, S. 48–51

Wann darf der Staat in Tarifverträge eingreifen? Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.04.1996 zum Hochschulfristvertragsgesetz (1 BvR 712/86), in: RdA 6/1997, S. 351–355

Wie effizient sind Tarifvertrag und Mitbestimmung?, in: Gewerkschaftliche Monatshefte 2/1996, S. 97–111

Entwicklungsdimensionen von Euro–Betriebsräten und deutsche Mitbestimmung, in: WSI–Mitteilungen 8/1996, S. 494–503

Gewährleistung und Produkthaftung im internationalen Produktionsverbund, in: DB 1995, S. 2581–2590

Neue Konzernstrukturen, Verzahnung von Gewerkschafts- und Betriebsratsarbeit, in: Die Mitbestimmung 6/1994, S. 34–37

Die Marken der Hersteller von Autoteilen und das Wettbewerbsrecht der EG, in: ZIP 1993, S. 987–993

Die Produkt- und Umwelthaftung im Verhältnis von Herstellern und Zulieferern, in: DB 1993, S. 2469–2474

Von der *lex mercatoria* zur *lex laboris* — zur rechtlichen Bewältigung der internationalen Arbeitsbeziehungen, in: Däubler/Bobke/Kehrmann (Hg.), Arbeit und Recht, Festschrift für Gnade, 1992

Zulieferbeziehungen der Automobilindustrie und Wettbewerbsrecht der EG, in: WuW 1992, S. 818–829

Schuldrechtliche Probleme bei Just-in-Time–Lieferbeziehungen — dargestellt am Beispiel der Automobilindustrie, in: DB 1991, S. 319–326

Der EG–Richtlinienentwurf zum Europäischen Betriebsrat, in: AuR 1991, S. 161–172

Effizienz und Menschenwürde — Ein Gegensatz? Anmerkungen zu einer Kontroverse zwischen Ott/Schäfer und Fezer, in: C. Ott, H.-B. Schäfer (Hrsg.): Ökonomische Probleme des Zivilrechts, Beiträge zur ökonomischen Analyse des Rechts, Berlin et al.: Springer 1991, S. 18 – 34

— zusammen mit Thomas Eger und Peter Weise —

Die Qualitätshaftung des Verkäufers aus ökonomischer Sicht (Kommentar) in: Ott, C./Schäfer, H.B.. (Hg.): Ökonomische Probleme des Zivilrechts, Berlin et al.: Springer 1991

Erosion der Mitbestimmung und EG – Kommissionsentwürfe zur Europa–AG, in: ArbR 1990, S. 205–213

JiT-Produktion und Zivilrecht — Schuld- und unternehmensrechtliche Probleme und Lösungen bei JIT-Lieferbeziehungen, in: Klaus J. Schmidt (Hg.), *Handbuch Logistik und Produktionsmanagement*, Landsberg, Loseblatt, Bd. 1, 6. Nachlieferung, 1990

Der faktische Just-in-Time-Konzern, in: DB 1989, S. 1505–1511
— zusammen mit Birgit Riess und Gisela Theis —

Zur tarifrechtlichen und gesetzlichen Regelung befristeter Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, in: Die Neu-regelung der Dienst- und Arbeitsverhältnisse des wissenschaftlichen Personals an Hochschulen und Forschungseinrichtungen, Essen 1989, S. 107–134

Der Lieferant on line — unternehmensrechtliche Probleme der Just-in-Time-Produktion am Beispiel der Automobilindustrie, in: DB 1988, S. 2291–2294

Mitbestimmung in öffentlich-rechtlichen Unternehmen und Grundgesetz, in: AuR 1987, S. 15–20
— zusammen mit Abel —

Mitbestimmung in Einrichtungen der öffentlichen Hand und Demokratieprinzip, in: Diefenbacher/Nutzinger (Hg.), *Mitbestimmung in Betrieb und Verwaltung*, Heidelberg 1986

Informationsrechte und Mitbestimmungsträger nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 und dem Betriebsverfassungsgesetz, in: N. Koubek und K. Schredelseker (Hg.), *Information, Mitbestimmung und Unternehmenspolitik*, Frankfurt/M./Bern: Cirencester 1984

Informationsrechte und Informationspolitik in mitbestimmten Unternehmen, in: Diefenbacher/Nutzinger (Hg.), *Mitbestimmung, Theorie, Geschichte, Praxis*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1984

Kommentierung der §§ 4, 5, 21, 36–40 und 77–81 HRG, in: Denninger (Hg.), *Hochschulrahmengesetz*, München 1984

Konzentration und kartellrechtliche Kontrolle von Marktmacht in der Brauwirtschaft, Kassel, 2. Aufl. 1984 (mit einer Darstellung des EG-Rechts); daraus Auszüge, in: DB 1984, S. 1077–1085, und in: *Brauwelt* 1984, S. 60–71

Privatautonomie und Unternehmenspolitik, in: *Unternehmensverfassung, Recht und Betriebswirtschaftslehre* — Referate und Ergebnisse einer Tagung der Gesamthochschule Kassel vom 22.–24. September 1982 in der Evangelischen Akademie Hofgeismar, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, 1983
— zusammen mit Ottfried Kießler —

Überlegungen zur Funktion und zum Wandel der Unternehmensverfassung, in: *Unternehmensverfassung, Recht und Betriebswirtschaftslehre* — Referate und Ergebnisse einer Tagung der Gesamthochschule Kassel vom 22.–24. September 1982 in der Evangelischen Akademie Hofgeismar, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag, O. Kießler/M. Kittner/B. Nagel (Hg.), Köln, Berlin, Bonn, München 1983

— zusammen mit Michael Kittner —

Fusionskontrolle und Schutz von Arbeitsplätzen, in: ArbuR 1982, S. 207–215

Zusammensetzung mitbestimmter Aufsichtsratsausschüsse und Unternehmensinteresse, in: DB 1982, S. 2677–2681

Fusion und Fusionskontrolle, in: Cox/Jens/Markert (Hg.) Handbuch des Wettbewerbs, München: Vahlen 1981

Der Schutz von Arbeitsplätzen im Kartell- und Wettbewerbsrecht, in: Michael Kittner (Hg.), Arbeitsmarkt — ökonomische, soziale und rechtliche Grundlagen, Heidelberg 1982

Lehrerarbeitslosigkeit und die "Sanierung" der Staatshaushalte, in: Hessische Lehrerzeitung (HLZ) 4/1982, S. 3–4

Rechtsauslegung und Rechtssetzung zur Mitbestimmung, in: Blätter für Steuer-, Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht 1981, S. 344–350

Staatshaushalt, Unternehmergevinne und Beschaffungspolitik — Zum Streit um den Bundeshaushalt und die unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Konzepte, in: Hessische Lehrerzeitung (HLZ) 11/1981, S. 5–8

Beschaffung und Weitergabe von Informationen durch Mitbestimmungsträger im Aufsichtsrat, in: Diefenbacher/Nutzinger (Hg.), Frankfurt/M./Bern: Cirencester 1980, S. 249–269

Kann die Fusionskontrolle ihren Anspruch einlösen?, in: DB 1979, S. 1021–1025

Die Verlagerung der Probleme um die Unternehmensmitbestimmung auf das Informationsproblem, in: BB 1979, S. 1799–1804

Probleme der Preiskontrolle nach dem GWB, in: DB 1977, S. 1237–1244
— zusammen mit Sylvia Engelbrecht —

Die Öffnung der Hochschulen als Verfassungsproblem, in: NJW 1977, S. 1257–1263
— zusammen mit Ulrich Hammer —

Kontrolle von Kapazitätsfestsetzungen im Hochschulbereich, in: NJW 1976, S. 654–662
— zusammen mit Ulrich Hammer —

Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Staatsvertrages zur Hochschulzulassung und der Numerus–clausus–Praxis (für das BVerfG), in: Studentische Politik 6/7 1975, S. 14–40
— zusammen mit Becker/Hauck/Hammer/Lüthje/Plander —

Mitbestimmung der nichtwissenschaftlichen Mitarbeiter an den Hochschulen, in: Kittner/Nagel/Preuss/Stelzig/Meijer, Mitwirkung in der Hochschule, 1974
— zusammen mit Michael Kittner —

Entscheidungsanmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 07.05.1974 zur Zuständigkeitsregelung im Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen, in: NJW 1974, S. 1812–1815

Fusionskontrolle und Mißbrauchsaufsicht, in: Kritische Justiz (KJ) 1974, S. 387–399

Teil VII.

Autorenverzeichnis

Peter Becker, Dr. jur., Rechtsanwalt in Marburg (seit 1971), seit 1986 Notar und Fachanwalt für Verwaltungsrecht; 1987 Promotion; Geschäftsführender Herausgeber der Zeitschrift für Neues Energierecht (ZNER); Vorsitzender der Vertreterversammlung der Hessischen Rechtsanwaltsversorgung; Mitglied des Vorstands der Rechtsanwaltskammer Kassel; Lehrbeauftragter an der Humboldt–Universität zum Energiewirtschaftsrecht (seit 2003).

Thomas Blanke, Prof. Dr. jur., Professor für Arbeitsrecht an der Carl–von–Ossietzky Universität Oldenburg (seit 1975); 1972 Promotion; 1991/1992 Vizepräsident der Universität Oldenburg; bis 2006 Mitglied des Stiftungsrats des "Hanse–Wissenschaftskollegs" der Länder Niedersachsen und Bremen in Delmenhorst; Mitherausgeber "Kritische Justiz"; "Oldenburger Forum der Rechtswissenschaften" und "Wirtschaftswissen für den Betriebsrat".

Walter Blocher, Prof. Dr. iur. Dr. rer. soc. oec., Professor für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Informationsrecht an der Universität Kassel (seit 2006); 1985 – 2006 Universitätsassistent bzw. Assistenzprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien; Lehrbeauftragter an der Wirtschaftsuniversität Wien und an der Donau–Universität Krems.

Gerhard Bosch, Prof. Dr. rer. pol., Professor an der Universität Duisburg–Essen und Vize–Präsident des Instituts Arbeit und Technik; 1991 Habilitation; Mitglied der Gruppe hochrangiger Experten für soziale und gesellschaftliche Aspekte der Informationsgesellschaft, Europäische Kommission (1996 – 1998); Mitherausgeber der Zeitschriften "Arbeit" und "Industrielle Beziehungen"; Mitglied der Expertenkommissionen "Finanzierung Lebenslangen Lernens"(2001-2004) und des 5. Altenberichts der Bundesregierung (2003 – 2005); Mitglied Aufsichtsrat Mannesmann–Vallourec sowie Salzgitter Flachstahl AG.

Rudolf Buschmann, DGB–Verbindungsstelle beim Bundesarbeitsgericht; Leiter DGB–Bundesrechtsstelle in Kassel (seit 1999); 1977/78 Rechtssekretär des Deutschen Gewerkschaftsbundes in Kiel; 1978 bis 1992 juristischer Berater des Hauptvorstandes der Gewerkschaft Handel, Banken und Versicherungen; seit 1992 verantw. Redakteur der Zeitschrift "Arbeit und Recht"; ehrenamtlicher Richter am Bundesarbeitsgericht; seit 1992 Lehrbeauftragter für Arbeitsrecht an der Universität Kassel.

Ute Clement; Prof. Dr. phil., Professorin für Berufs- und Wirtschaftspädagogik an der Universität Kassel; 1998 Promotion; 2002 Habilitation.

Wolfgang Däubler, Prof. Dr. jur., Professor für deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen i.R.; 2005/2006 Gastprofessor an der Universität Trient (Italien) und am Chinesisch–Deutschen Hochschulkolleg in Shanghai (VR China); Mitglied im Aufsichtsrat und Kreditausschuss der Bremer Landesbank; wissenschaftlicher Berater der Anwaltskanzlei *schneider : schwegler*, Düsseldorf–Berlin–Frankfurt/Main (seit 2004).

Thomas Dieterich, Prof. Dr. jur., Honorarprofessor der Universität Göttingen; ab 1972 Richter am Bundesarbeitsgericht (zuletzt als Vorsitzender Richter); 1987 – 1994 Richter des Bundesverfassungsgerichts; 1994 – 1999 Präsident des Bundesarbeitsgerichts; Mitherausgeber der Zeitschriften "Recht der Arbeit" und "Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht" sowie des Erfurter Kommentars zum Arbeitsrecht.

Petra Ebermann, Ass. iur., LL.M, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Recht und Ökonomik der Universität Hamburg.

Thomas Eger, Prof. Dr. rer. pol., Professor für Recht und Ökonomie, Universität Hamburg; 1980 Promotion; 1995 Habilitation.

Peter Faulstich, Prof. Dr. phil., Professor für Erziehungswissenschaft mit Schwerpunkt Erwachsenenbildung an der Universität Hamburg; 1975 Promotion; 1977 Habilitation; 1977–1985 Privatdozent an der TU Berlin; 1978–1992 Leiter Kontaktstelle für wissenschaftliche Weiterbildung an der Gesamthochschule Kassel; 1985–1992 Privatdozent an der Gesamthochschule Kassel; 1992–1995 apl. Professor an der Gesamthochschule Kassel; 1995–1999 Sprecher der Kommission Erwachsenenbildung der Deutschen Gesellschaft für Erziehungswissenschaft; Vorsitzender der Deutschen Gesellschaft für wissenschaftliche Weiterbildung (seit 2002).

Andreas Hänlein, Prof. Dr. jur., Professor für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Kassel (seit 2002); 1991 Promotion; 2000 Habilitation; 1993–1995 wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht; 1995–2002 wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht in München; Mitherausgeber der Zeitschrift "Beiträge zum Recht der sozialen Dienste und Einrichtungen (RsDE)".

Sebastian Haslinger, Dr. rer. pol., Referent bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen; 2006 Promotion; 2000/2001 wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Nagel.

Anja Hentschel, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Öffentliches Recht, insbesondere Umwelt- und Technikrecht von Prof. Roßnagel an der Universität Kassel.

Manfred J. Holler, Prof. Dr. rer. pol., Professor für Volkswirtschaftslehre an der Universität Hamburg; 1975 Promotion; 1983 Habilitation; 1986–1991 Associate Professor an der Universität Aarhus; Herausgeber des *Homo Oeconomicus* (Accedo) (seit 1983).

Roman Jaich, Dr. rer. pol., wissenschaftlicher Mitarbeiter beim "European Institute for Globalisation Research" mit dem Schwerpunkt Bildungsforschung; 2000 Promotion; von 1995 bis 2001 wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Prof. Nagel; von 2001 bis 2003 wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Geschäftsstelle der Expertenkommission "Finanzierung Lebenslangen Lernens" und Mitglied im "Wissenschaftlichen Beraterkreis der Gewerkschaften ver.di und IG Metall in Fragen der beruflichen Bildung".

Barbara M. Kehm, Prof. Dr. phil, Professorin für Hochschulforschung an der Universität Kassel; Geschäftsführende Direktorin des Internationalen Zentrums für Hochschulforschung Kassel (INCHER-Kassel); 1989 Promotion.

Thomas Klindt, Rechtsanwalt Prof. Dr. jur., Fachanwalt für Verwaltungsrecht bei NÖRR STIEFENHOFER LUTZ Partnerschaft, München; Honorarprofessor an der Universität Kassel; Mitherausgeber der Zeitschrift "Stoffrecht" (StoffR); Mitglied in den Herausgeber-Beiräten der Zeitschriften "Medizinproduktgerecht" (MPR) und "Sicherheit und Industrie" (S&I) sowie Gründungsmitglied der ANP-Projektgruppe "Produktkonformität" im DIN.

Alper Köklü, Dr. jur. Dipl.-Oec., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschaftsrecht von Prof. Nagel (2001–2007); 2006 Promotion.

Karl Linnenkohl, Prof. Dr. iur., Prof. i.R. an der Universität Kassel; 1962 Promotion; 1973 Professor an der Gesamthochschule Kassel; 1979 Professor für Privatrecht, Arbeits- und Sozialrecht, Rechtsinformatik; 1992–1994 Vertretungsprofessur und Direktor des Instituts für Rechtswissenschaften TU Ilmenau; Mitherausgeber der Zeitschrift "Recht der Datenverarbeitung" (RDV) seit 1985.

Hans G. Nutzinger, Prof. Dr. rer. pol., Professor für Theorie öffentlicher und privater Unternehmen an der Universität Kassel; 1973 Promotion; 1976 Habilitation; Lehr- und Forschungstätigkeiten unter anderem an den Universitäten Heidelberg, Dortmund, Bielefeld, Hamburg, Wien und als Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin und am Max–Weber–Kolleg der Universität Erfurt.

Hartmut Oetker, Prof. Dr. jur., Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht an der Christian–Albrechts–Universität zu Kiel; Richter am Thüringer Oberlandesgericht sowie Lehrbeauftragter an der Wirtschaftsuniversität Wien; 1986 Promotion; 1993 Habilitation; 1988–1994 wissenschaftlicher Assistent am Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht der Christian–Albrechts–Universität zu Kiel; 1994–2005 Universitätsprofessor für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Arbeitsrecht der Friedrich–Schiller–Universität Jena.

Alexander Roßnagel, Prof. Dr. jur., Professor für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Recht der Technik und des Umweltschutzes an der Universität Kassel; wissenschaftlicher Leiter der "Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet)" im Forschungszentrum für Informationstechnik–Gestaltung (ITeG) der Universität Kassel; wissenschaftlicher Direktor des Instituts für Europäisches Medienrecht (EMR) in Saarbrücken; Vizepräsident der Universität Kassel (seit 2003); 1981 Promotion; 1991 Habilitation; 1993 Forschungspreis der Alcatel SEL Stiftung; 1995/96 Alcatel SEL–Stiftungsgastprofessor an der Technischen Universität Darmstadt; seit 1988 stellvertretender Richter am Staatsgerichtshof Baden–Württemberg; Mitherausgeber der Zeitschrift "Multimedia und Recht" und des Jahrbuchs "Telekommunikation und Gesellschaft".

Sven Rudolph, Dr. rer. pol., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet Theorie öffentlicher und privater Unternehmen des Fachbereichs Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel; 2005 Promotion; 2003 stellvertretender Referent für Wirtschafts- und Finanzpolitik in der Bundesgeschäftsstelle des Bundes für Umwelt und Naturschutz (BUND) e.V. in Berlin.

Joachim Sanden, PD Dr. jur., seit WS 2005/2006 Vertretungsprofessor Öffentliches Recht, Umwelt- und Technikrecht an der Universität Kassel; 1993 Promotion; 2003 Habilitation; 1994–1999 Referent in der Arbeitsgruppe "Bodenschutz, allgemeine und grundständische Fragen der Altlastensanierung" sowie der Projektgruppe "Nachhaltige Entwicklung in Deutschland" des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU); Akademischer Rat in der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Umweltrecht an der Universität Lüneburg (seit 1999); 2002/2003 "Visiting Professor of Law" an der Universität Tartu (Dorpat/ Estland); 2006 Gastprofessur an der Hitotsubashi–Universität in Tokio/Japan.

Hermann Scheer, Dr. rer.pol., Mitglied des Deutschen Bundestags seit 1980; 1976 bis 1980 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Kernforschungszentrum Karlsruhe; Präsident von EUROSOLAR (Europäischen Vereinigung für Erneuerbare Energien) (seit 1988);

General Chairman des Weltrats für Erneuerbare Energien (World Council for Renewable Energy) (seit 2001).

Karsten Schneider, Dr. rer. pol., Referatsleiter in der Abt. Forschungsförderung der Hans-Böckler-Stiftung; 2002 Promotion; 2002 Carl-Goerdeler-Preis; 1998–2003 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Kassel, Forschungsgruppe Verwaltung automation und Fachgebiet Verwaltungswissenschaften; 2003–2004 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, Abt. Innovation und Organisation.

Hans-Peter Schwintowski, Prof. Dr. jur., Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Europarecht an der Humboldt-Universität in Berlin; 1982 Promotion; 1986 Habilitation; Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim Bund der Versicherten; geschäftsführender Direktor des Instituts für Energie- und Wettbewerbsrecht in der Kommunalen Wirtschaft e.V. an der Humboldt-Universität zu Berlin; Mitglied des Versicherungsbeirats bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht; geschäftsführender Direktor der Forschungsstelle "Finanzierung von Gerichtsprozessen"; Mitglied des wissenschaftlichen Beirats der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V.

Gerald Spindler, Prof. Dr., Dipl.-Ökonom, Professor für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung, Multimedia- und Telekommunikationsrecht an der Universität Göttingen seit 1997; 1993 Promotion; 1996 Habilitation; ordentliches Mitglied der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen; Urheberrechtsbeauftragter der Union der Akademien der Wissenschaften; langjähriger stellvertretender Vorstandsvorsitzender der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik und jetziges Beiratsmitglied; Herausgeber der "Multimedia und Recht" und der Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft; 2000/2001 Dekan und 2002 bis 2004 Finanzdekan der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen.

Rainer Stöttner, Prof. Dr., Professor für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Finanzierung, Banken, Versicherungen an der Universität Kassel (seit 1993); 1980 Promotion; 1988 Habilitation; Studienleitung des Weiterbildenden Studiengangs "Finanzdienstleistungen" der Universität Kassel; Mitglied des Aufsichtsrats der WAFIOS AG, Reutlingen; assoziiertes Mitglied der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Pfeiffer University, Charlotte (NC, USA); Mitglied des Beirats der VPV-Versicherungen.

Jürgen v. Stuhr, Prof. Dr. rer.pol. Dr. jur., Honorarprofessor für Wirtschaftsrecht an der Universität Kassel mit Schwerpunkt Gewerblicher Rechtsschutz und Recht der Wettbewerbsordnung; Rechtsanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Fachanwalt für Steuerrecht bei Senior Partner ABECON (Rechtsanwalts-; Steuerberatungs- und Wirtschaftprüfungsgesellschaft); 1975 Promotion; 2001 Habilitation; zuvor Hochschulerneuerungsprofessur TU-Ilmenau; Vertretungsprofessuren Universität Kassel; Tätigkeiten an verschiedenen amerikanischen Hochschulen und Universitäten, zuletzt NYU New York; Leiter des rechtswissenschaftlichen Instituts an der Europäischen Management Akademie; Mitherausgeber der Preßberger Zeitung.

Ulrich Teichler, Prof. Dr. Dr. h.c., Professor für Berufs- und Hochschulforschung an der Universität Kassel seit 1987; von 1978 bis 2002 Geschäftsführender Direktor des Internationalen Zentrums für Hochschulforschung Kassel (INCHER-Kassel; vormals

Wissenschaftliches Zentrum für Berufs- und Hochschulforschung der Universität Kassel); 1997 Forschungspreis des Council on International Educational Exchange; 1998 Comenius–Preis der UNESCO; 2006 Ehrendoktor der Universität Turku (Finnland).

Florian Tennstedt, Prof. Dr. disc. pol.; Professor für Sozialpolitik an der Universität Kassel (seit 1975); 1972 Promotion; 1972–1974 Akademischer Rat an der Universität Bielefeld; seit 2001 korr. Mitglied der Akademie der Wissenschaften u. d. Literatur Mainz; seit 1992 Mitherausgeber der "Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik" und der "Zeitschrift für Sozialreform".

Gisela Theis; Prof. Dr. rer. pol., Professorin für Recht, Umweltrecht, Umweltmanagement, Betriebswirtschaftslehre und Wirtschaftlichkeitsanalysen an der Fachhochschule Braunschweig/ Wolfenbüttel (seit 1995); 1992 Promotion; 1982/1983 Rechtsanwältin in Marburg; 1983–1992 wissenschaftliche Mitarbeiterin bei Prof. Nagel; 1992–1994 Mitarbeiterin am "Zentrum für integrierten Umweltschutz e.V." in Kassel.

Georg von Wangenheim; Prof. Dr. rer. pol., Professor für Grundlagen des Rechts, Privatrecht und Ökonomik des Zivilrechts an der Universität Kassel (seit 2005); 1994 Promotion; 2002 Habilitation; 2002–2005 wissenschaftlicher Referent am Max–Planck–Institut für Ökonomik in Jena.

Peter Weise; Prof. Dr. rer. pol., Professor für Wirtschaftswissenschaften mit sozialwissenschaftlicher Ausrichtung an der Universität Kassel (seit 1982); 1971 Promotion; 1976–1982 Professur für Wirtschaftstheorie an der Universität Paderborn; Geschäftsführender Herausgeber des Jahrbuchs "Ökonomie und Gesellschaft" im Metropolis Verlag.